

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP240030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Kappeler

## Urteil vom 10. Januar 2025

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirks-  
gerichtes Zürich vom 26. Juli 2024; Proz. FV220144**

**Rechtsbegehren:**

(act. 36 S. 1 f.)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende vereinbarte geldwerte Vorteile (insbesondere Provisionen, Retrozessionen, Bestandespflegekommissionen, Kick-Backs, Finder-Fees, Vertriebsentschädigungen etc.; nachfolgend "Retrozessionen") in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung lautend auf C. \_\_\_\_\_ Ltd. (RE: D. \_\_\_\_\_) teilklageweise zu bezahlen (mit Nachklagevorbehalt):
  - Fr. 1'891.33 zzgl. Zins von 5% seit 31. Dezember 2012
  - Fr. 2'796.84 zzgl. Zins von 5% seit 31. Dezember 2013
  - Fr. 4'299.70 zzgl. Zins von 5% seit 31. Dezember 2014
  - Fr. 6'295.91 zzgl. Zins von 5% seit 31. Dezember 2015
  - Fr. 6'156.57 zzgl. Zins von 5% seit 16. Dezember 2016
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin vollständig Rechenschaft über die Geschäftsführung, insbesondere über vereinbarte geldwerte Vorteile (insbesondere Provisionen, Retrozessionen, Bestandespflegekommissionen, Kick-Backs, Finder-Fees, Vertriebsentschädigungen etc.; nachfolgend "Retrozessionen") in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung lautend auf C. \_\_\_\_\_ Ltd. (RE: D. \_\_\_\_\_) abzulegen bzw. offenzulegen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin sämtliche Kundenkorrespondenzen und sämtliche Verträge in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung lautend auf C. \_\_\_\_\_ Ltd. (RE: D. \_\_\_\_\_) offenzulegen bzw. herauszugeben.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Auslagen für die Betreuungskosten in der Höhe von Fr. 103.30 sowie die Postgebühren von Fr. 2.20 zurückzuerstatten.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letzteres zzgl. 7.7 % MWSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichtes:**

(act. 49)

1. In Gutheissung der Teilklage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 21'440.35 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5%
  - auf Fr. 1'891.33 ab dem 31. Dezember 2012;
  - auf Fr. 2'796.84 ab dem 31. Dezember 2013;
  - auf Fr. 4'299.70 ab dem 31. Dezember 2014;

- auf Fr. 6'295.91 ab dem 31. Dezember 2015 und
  - auf Fr. 6'156.57 ab dem 16. Dezember 2016.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin vollständig Rechenschaft über die Geschäftsführung, insbesondere über vereinnahmte geldwerte Vorteile (insbesondere Provisionen, Retrozessionen, Bestandespflegekommissionen, Kick-Backs, Finder-Fees, Vertriebsentschädigungen etc.) in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung mit der C.\_\_\_\_\_ Ltd. (RE: D.\_\_\_\_\_) abzulegen.
  3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin sämtliche Kundenkorrespondenzen und sämtliche Verträge in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung mit der C.\_\_\_\_\_ Ltd. (RE: D.\_\_\_\_\_) offenzulegen bzw. herauszugeben.
  4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'617.– festgesetzt.
  5. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.
  6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'020.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem hat sie der Klägerin den von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'617.–, die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 560.– sowie Auslagen von Fr. 105.50 zu ersetzen.
- 7./8. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 46 S. 2):

"Es sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vom 26. Juli 2024, vollumfänglich aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen;

eventualiter sei die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 60 S. 2):

"1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei;

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8.1 % MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) ist eine juristische Person, die die Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten sowie den Erwerb und das Inkasso bei Forderungen bezweckt. Sie macht im vorliegenden Verfahren geltend, die C.\_\_\_\_\_ Ltd habe ihr einen Anspruch auf Herausgabe von Retrozessionen abgetreten, welche die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen zur C.\_\_\_\_\_ Ltd (nachfolgend Zedentin) vereinnahmt habe.

2. Die Klägerin machte ihre Klage am 12. Oktober 2022 vor dem Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) hängig (act. 2). In ihrer schriftlichen Stellungnahme zur Klage vom 3. Januar 2023 machte die Beklagte geltend, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen (act. 12). Mit Verfügung vom 21. Juli 2023 wies die Vorinstanz

den Antrag der Beklagten auf Nichteintreten ab (act. 22). Die von der Beklagten dagegen erhobene Berufung wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 8. November 2023 ab (act. 32). Am 18. April 2024 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt, an welcher beide Parteien je zwei Parteivorträge erstatteten (Prot. VI S. 9 ff.). Am 26. Juli 2024 erging das vorinstanzliche Urteil (act. 39 = act. 48/1 = act. 49). Das Dispositiv ist oben wiedergegeben.

Am 3. Oktober 2024 erhob die Beklagte Berufung (act. 46). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2024 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 50), welcher am 1. November 2024 beim Gericht einging (act. 52). Mit Verfügung vom 7. November 2024 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 53). Mit Eingabe vom 29. November 2024 beantragte die Klägerin im Wesentlichen, die Beklagte sei zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung (in Höhe von Fr. 10'400.–) zu verpflichten und es sei der Klägerin die mit Verfügung vom 7. November 2024 angesetzte Frist für die Erstattung der Berufungsantwort abzunehmen und nach Leistung der Sicherheit neu anzusetzen, eventualiter sei ihr die Frist für die Berufungsantwort um dreissig Tage zu erstrecken (act. 55 S. 2). Mit Beschluss vom 3. Dezember 2024 wurden diese Anträge abgewiesen (act. 58). Die Berufungsantwort wurde am 11. Dezember 2024 erstattet (act. 60). Weiterungen sind nicht erforderlich. Der Beklagten ist mit diesem Entscheid ein Doppel dieser Eingabe zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Die Beklagte ist durch das angefochtene Urteil beschwert. Es handelt sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 41) und der Kostenvorschuss wurde geleistet (act. 52). Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei

und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragene Beanstandungen, d.h. die gerügten Mängel in Rechtsfragen, das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen

will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2). Keine unzulässigen Noven sind demgegenüber Vorbringen, welche bereits vor Vorinstanz gemacht wurden, von der Vorinstanz indes zu Unrecht infolge Verspätung nicht berücksichtigt wurden.

### III.

1. Die Beklagte bringt in der Berufungsschrift vor, die Vorinstanz habe ihre Behauptungen, Bestreitungen und Beweisofferten in ihrem ersten Parteivortrag zu Unrecht nicht berücksichtigt, weil die Vorinstanz unzutreffend davon ausgehe, der Aktenschluss sei bereits vor den Parteivorträgen der Parteien an der Hauptverhandlung eingetreten. Die Vorinstanz habe daher zu Unrecht geschlossen, zwischen der Zedentin und ihr sei ein Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Inhalt des von der Klägerin eingereichten nicht unterzeichneten Vertrags zustande gekommen. Sie, die Beklagte, habe im ersten Parteivortrag bestritten, dass sie den von der Klägerin eingereichten, nicht unterzeichneten Vertrag der Zedentin zugestellt habe und dass die Zedentin ihr einen solchen, von der Zedentin unterzeichneten Vertrag zugestellt habe. Sie habe hierzu eine Beweisofferte gemacht. Die Vorinstanz habe diese Bestreitungen sowie den angebotenen Beweis zu Unrecht als verspätet nicht beachtet. Ebenso seien die übrigen Behauptungen und Bestreitungen der Beklagten aus dem ersten Parteivortrag zu Unrecht unberücksichtigt geblieben (act. 46 S. 3 f.).

2. Im vorliegend anwendbaren vereinfachten Verfahren kann die Klage schriftlich oder mündlich eingereicht werden, wobei eine Begründung nicht erforderlich ist (Art. 244 Abs. 1 und 2 ZPO). Enthält, wie vorliegend, eine schriftlich eingereichte Klage eine Begründung, so setzt das Gericht der beklagten Partei zu-

nächst eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Über die Rechtsnatur dieser Stellungnahme bestehen in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen, ebenso wie zur Frage allfälliger Säumnisfolgen, wo diese Stellungnahme unterbleibt (vgl. dazu LAZOPOULOS/LEIMGRUBER in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2023, Art. 245 N 5, N 6b; BSK ZPO-MAZAN, 4. Aufl. 2024, Art. 245 N 17 f., je mit weiteren Hinweisen). Die Frage, ob die schriftliche Stellungnahme im vereinfachten Verfahren als Klageantwort zu gelten hat, ist zwar umstritten (vgl. den Meinungsstand bei KUKO ZPO-FRAEFEL, 3. Aufl. 2021, Art. 245 N 4). Gemäss ständiger Praxis der Kammer gilt indes die Stellungnahme der beklagten Partei im vereinfachten Verfahren nicht als Klageantwort respektive deren Ausbleiben führt nicht zu den Säumnisfolgen nach Art. 223 ZPO (OGer ZH NP210006 vom 29. März 2021 E. 3.2; OGer ZH NP180002 vom 7. März 2018 E. 3.1; OGer ZH NP150010 vom 29. Mai 2015 E. 3). Die wie die Klägerin anwaltlich vertretene Beklagte hat unstreitig eine schriftliche Stellungnahme abgegeben (act. 12), welcher inhaltlich die Qualität einer Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO zukommt. Auch soweit diese Stellungnahme als "erster Schriftenwechsel" und insoweit als Klageantwort angesehen würde (obwohl sie gemäss Gesetzeswortlaut keine Klageantwort ist), so hätten die Parteien jedenfalls einen zweiten Vortrag mit unbeschränktem Novenrecht zugute. Letzteres ist zwar der Vorinstanz nicht entgangen, doch ist sie der Ansicht, der Aktenschluss sei vorliegend noch vor den Parteivorträgen der Parteien an der mündlichen Hauptverhandlung eingetreten, da neue Vorbringen nur zu Beginn der Hauptverhandlung bzw. vor den ersten Parteivorträgen zulässig seien (act. 49 E. II.2. unter Berufung auf BGE 147 III 475 E. 2.3.2 f.).

Dem kann nicht gefolgt werden: Die Vorinstanz hat, wie die Beklagte in der Berufung zu Recht geltend macht (act. 46 S. 3 Rz. 1.2), in der Vorladung zur Hauptverhandlung die Parteien darauf hingewiesen, diese hätten Tatsachenbehauptungen und die Beweismittel dazu mit ihrem ersten Parteivortrag abschliessend zu bezeichnen und ein Verzeichnis der Beweismittel einzureichen (act. 34/1-2 S. 2). Die Klägerin stellt dies offensichtlich zu Unrecht in Abrede (act. 60 Rz. 8). Der Einzelrichter hat sodann die Parteien zu Beginn der Hauptverhandlung gefragt, ob gleich mit den Parteivorträgen begonnen werden könne oder

ob es vorab schon Bemerkungen gebe (Prot. VI S. 9), worauf die Parteien erklärten, für die Parteivorträge bereit zu sein (ebenda). Aus der Formulierung, ob gleich mit den Parteivorträgen begonnen werden könne "oder ob es vorab schon Bemerkungen gibt", konnten die Parteien keinesfalls schliessen, Noven wären nur noch in diesen schon vorab abgegebenen Bemerkungen zulässig. Die Beklagte war entgegen der Klägerin nicht gehalten, dagegen zu opponieren (act. 60 Rz. 8). Sie durfte sich vielmehr darauf verlassen, dass mit dem ersten Parteivortrag – als einem ihrer beiden Vorträge mit unbeschränktem Novenrecht – neue Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten unbeschränkt zulässig sein würden. Unabhängig von der Frage, ob die begründete Klage und die schriftliche Stellungnahme uneingeschränkt als erster Schriftenwechsel anzusehen seien (oder ob den Parteien an der Hauptverhandlung noch zwei Vorträge mit unbeschränktem Novenrecht zugestanden hätten), so hat die Vorinstanz mit der Vorladung unzweifelhaft zu erkennen gegeben, dass im ersten Parteivortrag Noven unbeschränkt vorgebracht werden könnten. Angesichts dessen ist es offensichtlich mit Art. 52 ZPO nicht zu vereinbaren, die Parteien zu Beginn der Verhandlung zu fragen, ob es "vorab schon Bemerkungen" gebe oder ob gleich mit den Parteivorträgen begonnen werden könne, wenn entgegen der Vorladung die Meinung ist, dass Vorbringen im ersten Parteivortrag als verspätet gelten würden. Die Vorinstanz hat die Vorbringen im ersten Parteivortrag zu Unrecht als verspätet erachtet.

Bei dieser Sachlage ist nicht zu überprüfen, ob sich die Vorinstanz zu Recht auf BGE 147 III 475 berief. Die Nichtbeachtung der beklagischen Vorbringen im ersten Parteivortrag erweist sich als treuwidrig. Nur am Rande sei erwähnt, dass der genannte Entscheid bekanntlich auf verbreitete Kritik gestossen ist und überdies den Gesetzgeber auf den Plan gerufen hat: So hält nunmehr seit dem 1. Januar 2025 Art. 229 Abs. 1 ZPO ausdrücklich fest, in der Hauptverhandlung könnten neue Tatsachen und Beweismittel (falls nicht vorgängig schon zwei Schriftenwechsel oder eine Instruktionsverhandlung stattgefunden haben) *im ersten Parteivortrag* unbeschränkt vorgebracht werden, während die alte Fassung von Art. 229 ZPO anstatt "im ersten Parteivortrag" noch "zu Beginn der Hauptverhandlung" lautete. Dass die neue Gesetzesbestimmung auf das vorliegende Verfahren noch nicht anwendbar ist, ist ebenso klar.

3.1. Zur Frage, ob zwischen der Zedentin und der Beklagten überhaupt ein Vermögensverwaltungsvertrag zustande gekommen war, verwies die Vorinstanz im angefochtenen Urteil darauf, dass sich das Gericht bereits in der Verfügung vom 21. Juli 2023 (act. 22) ausführlich dazu geäußert habe und diese Verfügung vom Obergericht bestätigt worden sei, weshalb es keinen Grund gebe, weshalb das Gericht auf diese Erwägungen im Entscheid vom 21. Juli 2023 zurückkommen sollte. Vielmehr sei auf die entsprechenden Ausführungen im erwähnten Entscheid zu verweisen. Dementsprechend sei erstellt, dass der Vermögensverwaltungsvertrag so, wie er von der Klägerin (in act. 4/5) eingereicht worden sei, zwischen der Zedentin und der Beklagten abgeschlossen worden sei (act. 49 S. 5 E. III.2. unter Hinweis auf act. 22 S. 5 f. E. III./3-4).

3.2. Zu Recht bringt die Beklagte dagegen in der Berufung vor, der Zwischenentscheid vom 21. Juli 2023 (act. 22) beziehe sich ausschliesslich auf die Eintretensvoraussetzung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, wobei vom Zustandekommen des Vermögensverwaltungsvertrags als doppelrelevante Tatsache gemäss den klägerischen Tatsachenbehauptungen ausgegangen worden sei (act. 46 S. 5). Genau dies – das Abstellen auf die entsprechenden klägerischen Tatsachenbehauptungen als doppelrelevante Tatsachen bei der Prüfung der Eintretensfrage – hat denn die Vorinstanz selbst im Zwischenentscheid ausdrücklich festgehalten (act. 22 S. 6 E. III. 4.). Es ist offensichtlich unzulässig, unter Verweis auf die dortigen Ausführungen vom Zustandekommen des Vermögensverwaltungsvertrags auszugehen. Dies übersieht die Klägerin in der Berufungsantwort (act. 60 Rz. 11, Rz. 13 f.). Vielmehr hätte die Vorinstanz nach den von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen das Zustandekommen des Vermögensverwaltungsvertrags zwischen der Zedentin und der Beklagten prüfen müssen. Sie wird dies – unter Beachtung der rechtzeitig erfolgten (oben, E. 2.) Bestreitungen der Beklagten im ersten Parteivortrag (act. 37 S. 1 f.) – nachzuholen haben.

Ebenso wird die Vorinstanz die weiteren Behauptungen resp. Bestreitungen der Beklagten im ersten Parteivortrag, insbesondere auch betreffend den von der Beklagten geltend gemachten Verzicht auf die Weiterleitung der Retrozessionen,

zu beachten haben, was gegebenenfalls auch die Durchführung eines Beweisverfahrens erforderlich machen wird. Damit ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen. Ein reformatorischer Entscheid der Berufungsinstanz, wie von der Beklagten im Hauptantrag beantragt, fällt daher ausser Betracht. Die Streitsache ist in Gutheissung des Eventualantrags zur ordentlichen Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

4. Zusammenfassend ist die Berufung damit gutzuheissen und die Streitsache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### IV.

1. Die Klägerin unterliegt vollumfänglich. Dies führt zur Kostenaufgabe an sie (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gemäss § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'600.– festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen. Sie ist aus dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss zu beziehen, der Beklagten indes von der Klägerin zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO alte Fassung, vgl. Art. 407f ZPO e contrario).
3. Die Klägerin ist sodann ausgangsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt und wäre infolge der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs auch nicht zu gewähren.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 26. Juli 2024 aufgehoben. Die Sache wird

zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt und der Klägerin und Berufungsbeklagten auferlegt. Sie wird aus dem von der Beklagten und Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss bezogen, ist ihr jedoch von der Klägerin zu ersetzen.
3. Die Klägerin und Berufungsklagte hat der Beklagten und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– zu leisten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 60, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'905.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

i.V. der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw S. Widmer

versandt am: