

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

Urteil vom 1. Februar 2017

in Sachen

A. _____ GmbH,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (1. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Mai 2016; Proz. FV150169

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 30'000.00 nebst Zins zu 5% seit 8. Mai 2013 zu bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO handelt und über die Restforderung eine Nachklage ausdrücklich vorbehalten wird.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

**Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht,
vom 19. Mai 2016:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt, der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 4./5. (Mitteilungen und Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 34 S. 2):

1. a) Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Mai 2016 (Geschäfts-Nr. FV150169-L/U) sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 30'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Mai 2013 zu bezahlen.
b) Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO handelt und über die Restforderung eine Nachklage ausdrücklich vorbehalten wird.
2. Eventualiter: Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Mai 2016 (Geschäfts-Nr. FV150169-L/U) vollumfänglich auf-

zuheben, es sei auf die Zuständigkeit der Vorinstanz zur materiellen Beurteilung der Klage zu erkennen, und es sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage einzutreten und materiell zu beurteilen.

3. Subeventualiter: Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Mai 2016 (Geschäfts-Nr. FV150169-L/U) vollumfänglich aufzuheben, und die Sache sei zur Neuurteilung der Frage der Zuständigkeit der Vorinstanz, einschliesslich der Durchführung eines Beweisverfahrens, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Verfahren vor der Vorinstanz und für dieses Berufungsverfahren (zzgl. MWST von 8% auf der Parteientschädigung) zulasten des Beklagten.

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2015 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz eine Teilklage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren ein. Auf seine Mitteilung, er wolle sich vorgängig zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichts äussern, wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 21. Januar 2016 Frist angesetzt, um sich zur Frage der Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich zu äussern. Mit Eingabe vom 14. bzw. 15. März 2016 beantragte der Beklagte, auf die Klage sei wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Die Klägerin nahm am 20. April 2016 dazu Stellung, worauf sich der Beklagte am 28. April 2016 und die Klägerin am 11. Mai 2016 erneut schriftlich vernehmen liess. Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein.

2. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid, der ihrem Vertreter am 27. Mai 2016 zugestellt worden war (act. 30), erhob die Klägerin mit Eingabe vom 27. Juni 2016 rechtzeitig Berufung (act. 34). Der mit Verfügung vom 1. Juli 2016 (act. 38) auferlegte Vorschuss von CHF 2'000 für die mutmasslichen Verfahrenskosten wurde innert der gesetzten Frist geleistet (act. 40). Der Beklagte beantwortete die Berufung am 7. November 2016 (act. 43).

II.

1. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Provision aus einem Exklusiv-Mäklervertrag zwischen der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) als Auftragnehmerin und dem Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) als Auftraggeber (Exklusivauftrag im Zusammenhang mit Liegenschaftenverkauf vom 27. Februar 2012, act. 3/2). Mit einer Teilklage macht die Klägerin den Betrag von CHF 30'000 geltend, wobei sie anmerkt, insgesamt sei eine Provision von CHF 107'000 geschuldet, und sich eine Nachklage vorbehält (act. 1 S. 6 Ziff. 13).

2. Im erwähnten Vertrag vereinbarten die Parteien unter dem Titel Gerichtsstand und anwendbares Recht (act. 3/2 S. 3):

Als Gerichtsstand für allfällige Streitigkeiten aus vorliegender Vereinbarung wird das Handelsgericht Zürich vereinbart. Es gilt Schweizer Recht.

Da der Beklagte unbestrittenermassen weder im schweizerischen Handelsregister noch in einem vergleichbaren ausländischen Register verzeichnet ist, ist das Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache nicht zuständig (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Da unter der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung die sachliche Zuständigkeit der Parteidisposition entzogen ist, ändert die zitierte Gerichtsstandsklausel nichts an diesem Ergebnis.

3. Die Klägerin räumt ein, dass die Vereinbarung der Zuständigkeit des Handelsgerichts ungültig ist. Aus der entsprechenden Vereinbarung leitet sie jedoch ab, die Parteien hätten die örtliche Zuständigkeit in der Stadt Zürich vorgesehen, wo sich das Handelsgericht befinde, und sie hätten die Stadt Zürich auch dann als örtlichen Gerichtsstand gewählt, wenn sie um die sachliche Unzuständigkeit des Handelsgerichts gewusst hätten, und begründet so die Zuständigkeit des von ihr angerufenen Bezirksgerichts Zürich (act. 1 S. 5 f. Ziff. 11 f.; act. 34 S. 9 Ziff. 20).

Der in Monaco wohnhafte Beklagte lässt sich nicht auf das Verfahren ein und bestreitet die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich (act. 18).

4. Die Vorinstanz erwog, die Argumente der Klägerin, die der Meinung sei, die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich komme dem Vereinbarten am nächsten, würden "angesichts des Geltungsbereichs des Handelsgerichts des Kantons Zürich" nicht überzeugen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich das Verkaufsobjekt nicht in der Stadt Zürich, sondern in C._____ und damit im Bezirk Meilen befinde, sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Bezirksgericht Zürich den anderen sich im Kanton Zürich befindlichen Bezirksgerichten, insbesondere dem Bezirksgericht Meilen, hätte vorgezogen werden sollen. Ausschlaggebende Bezugspunkte der Streitsache zur Stadt Zürich seien nicht ersichtlich (act. 37 S. 6 E. 4.3).

5. Da der Beklagte seinen Wohnsitz im Ausland hat, liegt ein internationaler Sachverhalt vor, und da mit der Klägerin zumindest eine Vertragspartei ihren Sitz in einem Vertragsstaat hat, kommt auf die Gerichtsstandsklausel der Parteien Art. 23 Abs. 1 des Lugano-Übereinkommen zur Anwendung, der wie folgt lautet:

Haben die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates hat, vereinbart, dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates zuständig. Dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates sind ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Mit der Vereinbarung des Handelsgerichts Zürich haben sich die Parteien sowohl über die sachliche als auch über die örtliche Zuständigkeit geeinigt. Was die Parteien damit beabsichtigten, ist grundsätzlich unstrittig und klar. Während das für eine Klage des Beklagten gegen die Klägerin unproblematisch wäre, kann diese Absicht im umgekehrten Fall nicht umgesetzt werden, weil die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts von Gesetzes wegen nicht gegeben ist und auch nicht prorogiert werden kann.

Vom in der Literatur diskutierten Fall, dass die Parteien ein nicht existierendes Gericht vereinbarten (vgl. Berger, BSK, Art. 23 LugÜ N 34) unterscheidet sich

dieser Fall insofern, als das Handelsgericht zwar existiert, aber bei der gegebenen Parteirollenverteilung sachlich nicht zuständig ist (act. 34 S. 21 Ziff. 47).

6. Als Vorfrage ist zu klären, ob der Ungültigkeit der Prorogation des Handelsgerichts auch der Rest der Gerichtsstandsklausel und allenfalls sogar der ganze Vertrag zum Opfer fällt. Sollte das der Fall sein, wäre die Zuständigkeit aufgrund den anwendbaren Gesetze zu beurteilen, wo sich keine Grundlage für die Zuständigkeit der Vorinstanz findet, wie diese richtig erkannte. Auch der Erfüllungsort hilft nicht weiter, da sich dieser nach herrschender Lehre beim Mäklervertrag am Sitz des Mäklers (als Erbringer der charakteristischen Leistung i.S. von Art. 113 i.V.m. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG) und somit vorliegend in D. _____ / SZ befindet (Amstutz / Wang, BSK, Art. 117 IPRG N 36).

Nach der allgemeinen Regel von Art. 20 Abs. 2 OR, die auf dem Grundsatz des *favor contractus* beruht, hat ein Mangel, der nur Teile des Vertrages betrifft, nur dann die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Wer Ganznichtigkeit geltend macht, trägt die Beweislast für ihre Voraussetzungen, da es sich nach der gesetzlichen Konzeption dabei um die Ausnahme handelt (BK, Kramer, Art. 19 / 20 OR N 327 f.).

Im internationalen Verhältnis führt die Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit nicht zur Unwirksamkeit der Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit, weil anzunehmen ist, dass die Parteien auch in diesem Fall gewollt hätten, dass die Gerichte dieses Staates entscheiden. Behauptet eine Partei, das sei ausnahmsweise nicht der Fall, hat sie dies zu behaupten und zu beweisen (Geimer / Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 2. A., München 2004, Art. 23 EuGVO N 150, insbes. Fn. 190).

Gerichtsstandsklauseln und Schiedsabreden behalten wegen ihrer besonderen Funktion im Zweifel sogar bei Totalnichtigkeit des übrigen Vertrages (was hier nicht vorliegt) ihre Geltung, da sie ihren Sinn gerade auch dann, etwa bei Rechtsstreitigkeiten über die Nichtigkeit und die Rückabwicklung von Geleistetem, entfalten können (Kramer, BK, Art. 19 / 20 OR N 336).

7. Der Beklagte macht geltend, er habe einem Gerichtsstand Zürich nur deshalb zugestimmt, weil er wusste, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich als Fachgericht konzipiert sei und als einzige kantonale Instanz urteile. Hätte er gewusst, dass das Handelsgericht zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr vereinbart werden konnte, hätte er einem Gerichtsstand Zürich nicht zugestimmt, sondern den Vertrag nur unterzeichnet, wenn bei Streitigkeiten als Gerichtsstand sein Wohnsitz in Monaco oder ein Schiedsgericht vorgesehen gewesen wäre (act. 18 S. 7 f.; act. 25 S. 3; act. 43 S. 6 und S. 13).

Was der Beklagte behauptet, beschlägt nicht seinen beim Vertragsschluss tatsächlich geübten Willen, sondern seinen hypothetischen Willen. Dieser ist kein wirklicher, empirisch nachweisbarer, sondern ein aufgrund der konkreten Umstände des Falles angenommener Vertragswille (BK, Kramer, Art. 19-20 OR N 350). Der hypothetische Wille ist nicht dasselbe wie der mutmassliche Wille. Er kann nicht Beweisthema sein, sondern lediglich die konkreten Umstände, aus denen er abgeleitet wird.

Da die Parteien nicht ahnten, dass das Handelsgericht für eine Klage gegen den Beklagten nicht gültig vereinbart werden konnte, konnten sie keinen Willen darüber bilden, was für diesen Fall gelten sollte. Es nützt daher nichts, den Beklagten dazu persönlich zu befragen, wie von ihm beantragt wird. Anders sieht es hingegen grundsätzlich mit Bezug auf die Behauptung aus, dass dem Beklagten bewusst war, dass das Handelsgericht als Fachgericht konzipiert ist und als einzige kantonale Instanz urteilt. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben, da sich dadurch nichts am Ergebnis ändert.

Es mag sein, dass dem Beklagten bekannt war, dass das Handelsgericht als Fachgericht konzipiert ist und als einzige kantonale Instanz urteilt, wenn er eine solche Gerichtsstandsklausel abschloss. Es gibt jedoch keine Hinweise darauf, dass diese Umstände für ihn von besonderer Bedeutung waren, und noch viel weniger darauf, dass sie ihm sogar so wichtig waren, dass er ohne sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.

Was über die Entstehung des Vertrages bekannt ist, deutet vielmehr in eine andere Richtung. Wie der Beklagte in anderem Zusammenhang selbst betont, ist die Gerichtsstandsklausel Teil eines von der Klägerin "selbst redigierten vorformulierten Mustervertragstexts" (act. 43 S. 6 Ziff. 7.3.3). Weder der Umstand, dass diese Klausel Vertragsbestandteil wurde, noch ihre Formulierung ist demnach auf sein Zutun zurückzuführen.

Das spricht dagegen, dass diese Klausel Verhandlungsgegenstand war oder aus Sicht der Klägerin überhaupt verhandelbar war und deutet vielmehr darauf hin, dass es sich um den Teil eines Pakets handelte, das als Ganzes zu akzeptieren hat, wer ihre Dienste als Mäklerin in Anspruch nehmen will. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben, da es von vornherein keine Anhaltspunkte für einen anderen hypothetischen oder gar tatsächlichen Willen des Beklagten gibt, so dass nicht davon auszugehen ist, dass die Parteien eine andere oder gar keine Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit getroffen hätten, wenn sie gewusst hätten, dass eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit nicht möglich ist.

8. Der Beklagte meint, die Bestimmung des sachlich zuständigen Gerichts, nämlich des Handelsgerichts, stehe klarerweise im Vordergrund bzw. das Hauptgewicht, der Hauptfokus oder die primäre Anknüpfung liege darauf, während der örtlichen Zuweisung nur sekundärer bzw. beiläufiger Charakter zukomme. Aus der Gerichtsstandsklausel "Handelsgericht Zürich" könne nicht einfach auf eine irgendwie geartete örtliche Zuständigkeit im Kanton Zürich geschlossen werden. Vielmehr erweise sich eine solche Gerichtsstandsklausel zufolge der Unmöglichkeit, das mit der Klausel bestimmte Gericht anzurufen, als ungültig (act. 43 S. 8 Ziff. 12, S. 9 Ziff. 13.2, S. 12 Ziff. 16.1; S. 13 Ziff. 17 und S. 14 Ziff. 19).

Mit ihrer Vereinbarung haben sich die Parteien sowohl über die sachliche als auch über die örtliche Zuständigkeit geeinigt, wobei letztere eine internationale und eine nationale Facette hat: Einerseits haben sie international-örtlich die Schweizerischen Gerichte prorogiert, was zur in der gleichen Ziffer getroffenen Wahl des Schweizerischen Rechts passt. Andererseits haben sie mit der Bezeichnung des "Handelsgericht(s) Zürich" neben der sachlichen Zuständigkeit des Handelsge-

richts auch die örtliche Zuständigkeit des Kantons Zürich (und nicht eines anderen Handelsgerichtskantons) vereinbart.

Mit der zu beurteilenden Gerichtsstandsklausel verzichteten beide Parteien auf ihren Heimatsgerichtstand, der sich beim Beklagten in Monaco und bei der Klägerin in D. _____ / SZ befindet. Ein solcher Verzicht wiegt vergleichsweise schwer und ist daher im Streitfall nicht leichthin anzunehmen. Das gilt in besonderem Ausmass für den Beklagten, der sich anstatt in Monaco in der Schweiz verklagen lässt, während die Klägerin damit nur eine Verschiebung in einen Nachbarkanton mit gleicher Amtssprache und gleichem Prozessrecht in Kauf nimmt. Die Einschätzung des Beklagten, die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit sei neben der Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit nebensächlich, kann vor diesem Hintergrund nicht geteilt werden.

Steht jedoch fest, dass die Parteien eine Vereinbarung mit derart weitreichenden Folgen abschliessen wollten - was hier grundsätzlich unbestritten ist -, so besteht kein Anlass zu einer besonders restriktiven Auslegung ihres Inhalts, sondern es ist analog zur Rechtsprechung zur Auslegung von Schiedsabreden (BGE 129 III 675 E. 2.3; BGE 116 Ia 56E. 3.b) diesem Anliegen der Parteien zum Durchbruch zu verhelfen, indem Lücken oder Mängel der Vereinbarung nicht zur Ungültigkeit der ganzen Gerichtsstandsklausel führen, wenn sie sich mit den Mitteln der Auslegung beheben lassen, was hier der Fall ist (vgl. unten 10 und 11).

9. Der Beklagte beruft sich auf die sogenannte Unklarheitsregel *in dubio contra stipulatorem*, "wonach eben eine aus einer Unklarheit herrührende Unwägbarkeit letztlich von demjenigen zu vertreten ist, der diese in einem von ihm selbst redigierten vorformulierten Mustervertragstext quasi gesetzt hat" (act. 43 S. 6 Ziff. 7.3.3). Der Beklagte habe sich in guten Treuen darauf verlassen dürfen, dass die im Standardvertrag der Klägerin enthaltene Klausel gültig vereinbart werden könne. Wenn das wegen der Nachlässigkeit der Klägerin nicht der Fall sei, rechtfertige es sich, die Folgen davon im Rahmen des Grundsatzes *in dubio contra stipulatorem* der Klägerin anzurechnen (act. 43 S. 11 Ziff. 15.6).

Wie ihre Bezeichnung sagt, setzt die Anwendung der Unklarheitsregel eine Unklarheit voraus. Eine Unklarheit liegt hier jedoch nicht vor, sondern es geht um die Rechtsfolgen der Teilungültigkeit, welche für sich genommen nicht unklar ist. Auch diese Rechtsfolgen sind nicht unklar, sondern es gibt zwei klar umschriebene Alternativen und es ist lediglich umstritten, welche von ihnen zum Tragen kommt. Die analoge Anwendung der Unklarheitsregel auf diesen Streit erscheint nicht sachgerecht und ist ausserdem nicht mit dem Grundsatz von Art. 20 Abs. 2 OR vereinbar.

Hinzu kommt, dass die Anwendung der Unklarheitsregel voraussetzt, dass von mehreren Varianten eine ungünstiger als die andere ist. Die von der Beklagten vertretene Rechtsfolge - vollständige Ungültigkeit - wäre zwar im vorliegenden Prozess für den Beklagten günstiger. Das lässt sich jedoch nicht verallgemeinern, da der Beklagte in diesem Fall bei umgekehrter Parteirollenverteilung ebenfalls nicht am Handelsgericht gegen die Klägerin klagen könnte, sondern diese an ihrem Sitz in D._____ / SZ einklagen müsste. Vergegenwärtigt man sich, wie wichtig dem Beklagten nach eigenem Bekunden die Zuständigkeit des Handelsgericht ist, wäre das für ihn nicht günstig, so dass er in dieser Situation an der Restgültigkeit interessiert wäre. Das würde bedeuten, dass die Unklarheitsregel je nach prozessualer Konstellation zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde. Das würde dem Sinn einer Auslegungsregel widersprechen, welche eine Auslegungsfrage klären und nicht eine Partei für ein bestimmtes Verhalten sanktionieren soll.

10. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Rest der Gerichtsstandklausel von der einseitigen Ungültigkeit der sachlichen Prorogation nicht berührt wird. Dieses Ergebnis entspricht der Grundregel von Art. 20 Abs. 2 OR (vgl. oben 6).

Mit der Prorogation des Handelsgerichts des Kantons Zürich haben sich die Parteien in örtlicher Hinsicht auf die Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zürich (und nicht eines anderen Handelsgerichtskantons) geeinigt. Überträgt man diese Bestimmung auf die ordentlichen Gerichte, ist sie nicht eindeutig, da für Zivilverfahren im Kanton Zürich in jedem Bezirk ein Bezirksgericht besteht mit unterschiedlicher örtlicher Zuständigkeit (§ 3 lit. a GOG).

Nach dem Lugano-Übereinkommen ist es zulässig, nur die international-örtliche Zuständigkeit zu regeln, und das Schweizerische Recht lässt eine unbestimmt-örtliche Prorogation der Gerichte eines Kantons ebenfalls zu. Eine solche Regelung ist demnach zulässig und somit grundsätzlich nicht ergänzungsbedürftig.

Da nicht ersichtlich ist, mit welcher Bestimmung die Parteien den Vertrag ergänzt hätten, wenn sie dieses Problem vorausgesehen hätten, und da ein Verzicht auf eine Ergänzung im Übrigen die geringste Abweichung vom Vereinbarten darstellt (BSK, Huguenin / Meise, Art. 19 / 20 OR N 65), ist auf eine richterliche Ergänzung der Gerichtsstandsklausel zu verzichten und von einer unbestimmt-örtlichen Einigung der Parteien auf die Gerichte des Kantons Zürich auszugehen.

Die Unklarheitsregel, auf die sich der Beklagte in anderem Zusammenhang bezieht, kommt auch hier nicht zum Tragen, da keine alternative Auslegung ersichtlich ist, deren Bedeutung für ihn günstiger wäre (vgl. ZK, Jäggi / Gauch, Art. 18 OR N 456). Der Beklagte hat zwar ein prozessuales Interesse daran, dass die Vorinstanz nicht zuständig ist. Davon abgesehen macht es für ihn jedoch keinen Unterschied, welches Bezirksgericht im Kanton Zürich örtlich zuständig ist.

11. Regeln die Parteien nur die international-örtliche Zuständigkeit, bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit grundsätzlich nach den Regeln der *lex fori*. Sieht diese keinen Anknüpfungspunkt vor, überlässt die Lehre dem Kläger die Wahl oder erklärt - im Sinne einer ungeschriebenen europäischen Regel - die Gerichte der Hauptstadt für zuständig, wobei dieser Gerichtsstand in Deutschland auch im nationalen Recht bekannt ist (BSK, Berger, Art. 23 LugÜ N 32; Killias, Handkomm, Art. 23 LugÜ N 55 f.; Geimer / Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 23 EuGVO N 146 und N 150; Kropholler / von Hein, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 9. A., Frankfurt a.M. 2011, EuGVO Art. 23 N 78 m.H. auf § 15 I 2 ZPO-D).

Nach Schweizerischem Recht überlässt eine unbestimmte örtliche Prorogation der Gerichte eines Kantons nach herrschender Lehre dem jeweiligen Kläger die Wahl unter den erstinstanzlich zuständigen Gerichten dieses Kantons (vgl. KUKO ZPO-Haas / Schlumpf, Art. 17 N 14 m.w.H.).

Demnach ist die Vorinstanz für die Behandlung der Klage zuständig. Obwohl es sich um einen internationalen Sachverhalt handelt, hat sie keine Ablehnungsbefugnis, da die Parteien das Schweizerische Recht gewählt haben (Art. 5 Abs. 3 lit. b IPRG). Ein Bezugspunkt der Streitsache zum Bezirk Zürich ist darüber hinaus nicht nötig. Der Umstand, dass sich das Verkaufsobjekt im Bezirk Meilen befindet - was im Übrigen nicht als Erfüllungsort gilt und daher keinen gesetzlichen Gerichtstand begründet (vgl. oben 6) -, hat darauf keinen Einfluss.

12. Die Berufung ist demnach gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Da die Vorinstanz auf die Klage nicht eingetreten ist und die Klage damit materiell noch nicht beurteilt hat, ist das Verfahren zur Durchführung des Verfahrens und zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

III.

Das ist kein Endentscheid, sondern das Verfahren wird an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Prozesskosten sind daher nur der Höhe nach festzusetzen, ihre Verteilung sowie die Regelung der Entschädigungsfolgen sind hingegen dem Entscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es ist vorzumerken, dass die Klägerin für die Kosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 2'000.- geleistet hat.

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht, vom 19. Mai 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.- festgesetzt.
3. Die Verlegung der Prozesskosten und die Regelung der Entschädigungsfolgen dieses Berufungsverfahrens wird der Vorinstanz überlassen. Es wird

vorgemerkt, dass die Klägerin für die Kosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 2'000.– geleistet hat.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 43, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: