

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160037-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PP160036

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 15. November 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____ SA,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Aberkennungsklage**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 15. August 2016; Proz. FV160033**

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 1 S. 1 sinngemäss)

Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der Beklagten mit Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 4. April 2016 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, nicht besteht, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 11 S. 2)

"1. Auf die Aberkennungsklage sei nicht einzutreten.

Eventualiter: Die Aberkennungsklage sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers."

Verfügung(en) des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. August 2016:

(act. 21 = act. 26 S. 4 f.)

Es wird verfügt:

1. Das Begehren der klagenden Partei um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Entscheid.
3. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Sodann wird verfügt:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Ladung für die Hauptverhandlung vom 23. August 2016 wird abgenommen. Die Verhandlung findet nicht statt.

3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 4. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt.
 5. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.
- 6./7. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage].

Rechtsmittelanträge:
(act. 24 S. 2 f. sinngemäss)

1. Auf die Aberkennungsklage sei einzutreten und es sei gerichtlich festzustellen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten nichts schuldig sei.
2. Es sei gerichtlich festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Lugano vom 8. März 2004, auf welchem die Forderung der Berufungsbeklagten beruht, nichtig sei.
3. Dem Berufungskläger sei für das Aberkennungsverfahren, das Berufungsverfahren und für alle weiteren Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
4. Das Beschwerdeverfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sei mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zusammenzulegen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten bzw. der Vorinstanz.

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien liegen im Streit über eine Forderung, die aus dem Gebrauch einer Firmenkreditkarte resultiert. Gemäss dem bei den Akten liegenden Kreditkartenantrag wurde die Ausstellung der Kreditkarte für den Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) beantragt, mit dessen Verpflichtung, solidarisch mit der Firma für sämtliche durch die Kreditkartenbenützung entstehenden Verpflichtungen aufzukommen (act. 2/2 = act. 12/4). Am 3. September 2003 erhob die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) beim Bezirksgericht Lugano gegen den Kläger eine Forderungsklage betreffend den Kreditkartenausstand (act. 12/8). Das Bezirksgericht Lugano fällte den Entscheid am 8. März 2004; es hiess die Klage gut (act. 12/1; act. 19). Im Jahr 2005 leitete die Beklagte eine Betreibung gegen den Kläger ein. Es wurde kein Rechtsvorschlag erhoben und am 18. Oktober 2005 ein Pfändungsverlustschein ausgestellt. Nach Fortsetzung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl wurde am 3. Mai 2006 schliesslich ein Pfändungsverlustschein über Fr. 17'572.45 ausgestellt (act. 12/12-14).

1.2. Die Beklagte betrieb den Kläger in der Folge mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vom 20. Februar 2015 (Betreibungs-Nr. ...) für die Forderung von Fr. 17'572.45. Als Forderungsgrund resp. -urkunde wurde auf den Passivsaldo der Kreditkarte sowie den Pfändungsverlustschein vom 3. Mai 2006 verwiesen. Der Kläger erhob am 27. Februar 2015 Rechtsvorschlag. Die Beklagte stellte am 12. Juni 2015 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach ein Rechtsöffnungsbegehren (act. 3/1-2). Am 30. Juli 2015 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Lugano ein Revisionsgesuch betreffend den Entscheid vom 8. März 2004 ein (act. 3/7/5). Im Rechtsöffnungsverfahren stellte er aufgrund dessen ein Sistierungsgesuch, welches mit Verfügung des Rechtsöffnungsrichters vom 17. August 2015 abgewiesen wurde (act. 3/13). Dagegen erhobene Rechtsmittel blieben ohne Erfolg (act. 3/16-17). Auf das Revisionsgesuch wurde nach Angabe des Klägers nicht eingetreten

(act. 24 S. 4 Abs. 6). Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach vom 4. April 2016 wurde der Beklagten die provisorische Rechtsöffnung erteilt für die Forderung von Fr. 17'572.45, die Betriebskosten sowie die Kosten und Entschädigung gemäss dem Entscheid (act. 2/1 = act. 3/18 S. 9).

2. Am 25. April 2016 (Datum Poststempel) erhob der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) die eingangs angeführte Aberkennungsklage gegen die Beklagte (act. 1). Mit Verfügung vom 2. Mai 2016 setzte die Vorinstanz der Beklagten eine Frist zur freigestellten Stellungnahme und dem Kläger eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 4). Der Kläger stellte am 13. Mai 2016 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Mit Verfügung vom 18. Mai 2016 befreite die Vorinstanz den Kläger aufgrund der von ihm eingereichten Beilagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einstweilen von der Vorschusspflicht (act. 7-9). Die Beklagte reichte ihre Stellungnahme zur Klage innert erstreckter Frist ein (act. 6 und act. 11). Die auf den 16. August 2016 anberaumte Hauptverhandlung wurde auf ein Verschiebungsgesuch des Klägers hin auf den 23. August 2016 angesetzt. Die Beklagte teilte mit, aus Distanzgründen nicht an der Verhandlung teilzunehmen (act. 13-16 und act. 20). Nach Beizug der Akten des Bezirksgerichts Lugano (act. 19) erachtete die Vorinstanz die Sache als spruchreif. Sie fällte am 15. August 2016 die eingangs wiedergegebene(n) Verfügung(en) (act. 21 = act. 26).

3.1. Am 29. August 2016 erhob der Kläger fristgerecht Beschwerde gegen die Abweisung seines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung durch die Vorinstanz (act. 22 und act. 24 im Geschäft-Nr. PP160036). Zur Behandlung der Beschwerde wurde das Verfahren mit der Nummer PP160036 angelegt. Am 16. September 2016 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 15. August 2016 (act. 22 und act. 24), mit welcher auf die Aberkennungsklage nicht eingetreten wurde. Zur Behandlung der Berufung wurde das vorliegende Verfahren mit der Nummer NP160037 angelegt.

3.2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens inklusive der Akten des Rechtsöffnungsverfahrens mit der Geschäfts-Nr. EB150332 sowie diejenigen des Be-

zirksgerichts Lugano (Pretura die Lugano – Sezione 1) wurden beigezogen (act. 1-22). Auf die Einholung einer Berufungs- sowie Beschwerdeantwort der Beklagten kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 ZPO). Ihr ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Berufungs- und der Beschwerdeschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen des Klägers ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

1.1. Der Kläger stellt den prozessualen Antrag auf Zusammenlegung des vorliegenden Berufungsverfahrens mit dem von ihm ebenfalls anhängig gemachten Beschwerdeverfahren betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das vorinstanzliche Verfahren (act. 24 S. 3).

1.2. Die beiden vom Kläger erhobenen Rechtsmittel richten sich gegen die vorinstanzliche(n) Verfügung(en) vom 15. August 2016. Nach Art. 125 lit. c ZPO können selbstständig eingereichte Rechtsmittel zur Vereinfachung des Prozesses vereinigt werden (vgl. Art. 125 lit. c ZPO). Vorliegend erscheint eine Vereinigung zweckmässig und überdies zulässig, da die Berufung gegen den Entscheid über das Nichteintreten auf die Klage und die Beschwerde gegen die Abweisung der unentgeltlichen Prozessführung in einem sachlichen Zusammenhang stehen, so dass eine gemeinsame Entscheidung angezeigt ist. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. PP160036 ist daher mit dem vorliegenden Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. NP160037 zu vereinigen und unter der letzteren Verfahrensnummer weiterzuführen. Das Verfahren Nr. PP160036 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

2. Mit den Rechtsmitteln der Berufung und Beschwerde können Fehler in der Rechtsanwendung und der Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden. Bei der Beschwerde kann in Abweichung zur Berufung allerdings nur eine *offensichtlich* unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 und Art. 320 ZPO). Für beide Rechtsmittel gilt, dass sie schriftlich und begründet einzureichen sind (Art. 311 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Es obliegt dem Rechtsmittelklä-

ger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Entscheids er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Sind auch die minimalen Anforderungen nicht erfüllt, so sind die Voraussetzungen für das Eintreten auf das Rechtsmittel nicht erfüllt (vgl. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011). Geprüft wird sodann nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Rechtsmittelinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, BGE 133 II 249 und BGE 130 III 136; OGer ZH, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 [2011] Nr. 80 S. 246 ff.). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt ein umfassendes Novenverbot, es sind sowohl echte wie auch unechte Noven ausgeschlossen (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 326 N 3 f.).

3. Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz habe den zweiten Teil seines Rechtsbegehrens, welches auf die Feststellung der Nichtigkeit des Urteils des Bezirksgerichts Lugano vom 8. März 2004 abziele, "unterschlagen" bzw. nicht geprüft (act. 24 S. 2 Abs. 6 und S. 4 Abs. 1; act. 24 S. 2 Abs. 5 und S. 4 Abs. 1 im Geschäft-Nr. PP160036). Darin kann dem Kläger nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz trat auf die Klage nicht ein, wobei sie sich vornehmlich mit der Frage der Nichtigkeit des Entscheids des Bezirksgerichts Lugano befasste (vgl. unten Erw. III.A.1.), dies vorfrageweise im Rahmen der durch den Kläger erhobenen Aberkennungsklage. Die Vorinstanz entschied damit implizit auch über die Frage der Nichtigkeit. Ein Feststellungsinteresse des Klägers hinsichtlich einer selbständigen Feststellung der Nichtigkeit wäre im Übrigen nicht gegeben (vgl. dazu auch Walther, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, SZPZ 2/2005 S. 207 ff., 220-221 sowie Leuenberger, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Bern 1976, S. 70 und 94).

III.

A. Zur Berufung

1. Die Vorinstanz erwog, die materielle Rechtskraft und damit auch die Vollstreckbarkeit des der erteilten Rechtsöffnung zugrunde liegenden Titels (Urteil des Bezirksgerichts Lugano) seien vorfrageweise zu prüfen. Erweise sich der Titel als vollstreckbar, sei auf die Aberkennungsklage nicht einzutreten und die provisorische Rechtsöffnung werde zur definitiven. Das Bezirksgericht Lugano habe mit Urteil vom 8. März 2004 bereits über die Forderung entschieden, welche Gegenstand der klägerischen Aberkennungsklage sei. Gemäss Bescheinigung vom 27. April 2004 sei das Urteil in Rechtskraft erwachsen. Der Kläger mache die Nichtigkeit des Entscheides geltend. Er berufe sich einerseits darauf, dass das Bezirksgericht Lugano örtlich überhaupt nicht zuständig gewesen sei. Ob dies der Fall sei, könne vorliegend jedoch offen bleiben, weil die (örtliche) Unzuständigkeit keinen Nichtigkeitsgrund darstelle. Dies müsste der Kläger vielmehr mittels Revision beim Bezirksgericht Lugano geltend machen. Andererseits berufe sich der Kläger sinngemäss darauf, dass ihm im Verfahren vor dem Bezirksgericht Lugano das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei, was grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund darstellen würde. In den Akten des Bezirksgerichts Lugano befinde sich kein Zustellnachweis bezüglich der Verfügung vom 4. September 2003, mit welcher dem Kläger Frist zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt worden sei. Hingegen habe dem Kläger die Verfügung vom 14. Oktober 2003, mit welcher ihm eine Nachfrist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt worden sei, nachweislich am 15. Oktober 2003 zugestellt werden können. Spätestens in diesem Zeitpunkt habe der Kläger Kenntnis vom Verfahren erlangt; die behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs sei demnach nicht ersichtlich. An der Gültigkeit und damit an der Vollstreckbarkeit des Urteils des Bezirksgerichts Lugano vermöge schliesslich auch das Vorbringen des Klägers, seine Unterschrift auf dem Kartenantrag sei gefälscht, nichts zu ändern. Dies könne einen Revisionsgrund darstellen, lasse das Urteil jedoch nicht nichtig werden (act. 26 S. 2 f., Erw. 4.).

2.1. Der Kläger verweist zur Begründung seiner Berufung zunächst auf sämtliche seiner Eingaben, Beweismittel und Beweisofferten gegenüber dem Gericht in Lugano, dem Rechtsöffnungsgericht, dem Ober- und dem Bundesgericht "in dieser Angelegenheit". Der Kläger führt an, sie zum integrierenden Bestandteil der Berufung zu erklären (act. 24 S. 3 Abs. 3). Mit diesen pauschalen Verweisen schiebt der Kläger die ihm obliegende Aufgabe, sein Rechtsmittel zu begründen, an die Rechtsmittelinstanz ab. Sie soll sich selbst die Argumente und Standpunkte heraussuchen, die zur Begründung des Rechtsmittels taugen (vgl. BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.6). Damit genügt der Kläger den eingangs aufgezeigten Anforderungen an die Rechtsmittelbegründung nicht (vgl. oben Erw. II.2.). Weiterungen dazu erübrigen sich daher.

2.2.1. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe nicht sehr sorgfältig gearbeitet. Um dies zu untermauern, macht der Kläger Ausführungen zur vorinstanzlichen Verfügung vom 18. Mai 2016 (betreffend einstweilige Befreiung von der Kostenvorschusspflicht, Abweisung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung) und zum durch die Vorinstanz bewilligten Gesuch um Verhandlungsverschiebung (act. 24 S. 3 f. Abs. 4 ff.). Der Kläger macht weiter geltend, die Vorinstanz verhalte sich mit ihren Erwägungen, dass die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Lugano offen bleiben könne, da die Unzuständigkeit keinen Nichtigkeitsgrund darstelle, die Unzuständigkeit hätte er mittels Revision beim Bezirksgericht Lugano geltend machen müssen, widersprüchlich und somit rechtsmissbräuchlich. Mit Schreiben vom 30. Juli 2015 habe er ein Revisionsgesuch gestellt, eine Kopie desselben im Rechtsöffnungsprozess EB150332 eingereicht und damit sein seinerzeitiges Sistierungsgesuch begründet. Das Bezirksgericht Lugano sei auf sein Revisionsgesuch nicht eingetreten und es sei ihm die Bestellung eines Italienisch sprechenden unentgeltlichen Rechtsbeistandes verweigert worden. Dagegen habe er kein Rechtsmittel erhoben, weil er vom Rechtsöffnungsrichter damit getröstet worden sei, dass er nach einer allenfalls erfolgten Rechtsöffnung die Aberkennungsklage erheben könne. Jetzt habe er dies getan und man wolle auf dieselbe nicht eintreten. Weitere Widersprüchlichkeiten sieht der Kläger zudem zwischen einzelnen Erwägungen in den Verfügungen des Rechtsöffnungsrichters, die er im Laufe des Verfahrens fällte (act. 24 S. 4 ff. Abs. 3 ff.).

2.2.2. Die Beanstandungen des Klägers sind gleich in mehrfacher Hinsicht unbehelflich. Die Rüge der unsorgfältigen Arbeitsweise der Vorinstanz genügt den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht, da sie keine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen erkennen lässt. Zur Bezugnahme oder Auseinandersetzung des Klägers mit Entscheiderwägungen des Rechtsöffnungsrichters ist zu bemerken, dass die Aberkennungsklage kein Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid darstellt, dieser wird im Verfahren der Aberkennungsklage nicht überprüft (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, 2. A., Basel 2010, Art. 83 N 16). Anfechtungsobjekt der Berufung bildet ausserdem einzig die vorinstanzliche Verfügung vom 15. August 2016. Auf die Vorbringen des Klägers, welche sich folglich nicht auf diese Verfügung beziehen, spricht keine konkreten Beanstandungen in Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid darstellen, ist nicht weiter einzugehen. Es ist darauf nicht einzutreten.

2.3.1. Der Kläger macht weiter geltend, die Ansicht der Vorinstanz, dass die Unzuständigkeit keinen Nichtigkeitsgrund darstelle, widerspreche den Ausführungen des Bundesgerichts zur Urteilsnichtigkeit in BGE 129 I 361. Der Kläger beanstandet, dass die Vorinstanz sich mit diesem bundesgerichtlichen Entscheid nicht auseinandersetzte. Er bringt vor, er habe keine Veranlassung gehabt, sich auf das Gerichtsverfahren in Lugano einzulassen, da dieses offensichtlich nicht für ihn zuständig gewesen sei. Die Quintessenz von BGE 129 I 361 sei, dass man sich bei einem offensichtlich unzuständigen Gericht nicht auf einen Prozess einlassen müsse und einem dies nachher nicht zum Vorwurf gemacht werden dürfe (act. 24 S. 5 Abs. 2 und S. 7 f. Abs. 8).

2.3.2. Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessende grundsätzliche Pflicht des Gerichts zur Begründung des Entscheides bedeutet, dass dieses kurz die wesentlichen Überlegungen nennen muss, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Es bedeutet nicht, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen der Parteien ausdrücklich widerlegen muss (vgl. statt vieler BGE 136 I 229 Erw. 5.2). Das Gericht wendet das Recht sodann von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz sich nicht auf

BGE 129 I 361 stützte und nicht auf diesen Entscheid einging, denn die vom Kläger angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung bzw. die behauptete Quintessenz geht daraus nicht hervor. Das Bundesgericht führte in BGE 129 I 361 seine mehrfach bestätigte Rechtsprechung an, wonach fehlerhafte Entscheide nichtig sind, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (vgl. Erw. 2.1; sog. Evidenztheorie). In BGE 129 I 361 ging es um einen in der Gehörverletzung liegenden Verfahrensmangel. Ein solcher sei an sich heilbar und führte nur zur Anfechtbarkeit des Entscheides. Im genannten Entscheid war der Beschwerdeführer in regelwidriger Weise durch öffentliche Ladung vorgeladen worden und wusste nichts vom Verfahren. Das Bundesgericht erachtete den Entscheid, welcher ergangen war, ohne dass die Voraussetzungen für ein Säumnisurteil erfüllt gewesen wären, als mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass er als nichtig erscheine (vgl. Erw. 2.2.). Das Bundesgericht stellte jedoch keine Erwägungen zur Nichtigkeit eines Entscheides infolge *örtlicher* Unzuständigkeit des entscheidenden Gerichts an. Es äusserte einzig, dass inhaltliche Mängel nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit führten. Vorab würden funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörden sowie krasse Verfahrensfehler als Nichtigkeitsgründe in Betracht fallen (vgl. Erw. 2.1). Anzumerken bleibt, dass die sachliche Unzuständigkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Allgemeinen ebenfalls nicht zu einem nichtigen Urteil führt; als nichtig erachtet wird ein Urteil nur, wenn die sachliche Unzuständigkeit schwerwiegend und offensichtlich ist und das urteilende Gericht *im betreffenden Rechtsgebiet überhaupt keine* Zuständigkeit hat (siehe etwa BGE 127 II 32 E. 3.g). Da der Kläger in seiner Berufung die vorinstanzlichen Erwägungen zu seiner Kenntnis vom Verfahren vor dem Bezirksgerichts Lugano und dem ihm darin gewährten rechtlichen Gehör zu Recht nicht beanstandet, erweist sich der angerufene BGE 129 I 361 folglich als nicht einschlägig.

2.3.3. Was die örtliche Zuständigkeit betrifft, so zählt diese zu den Prozessvoraussetzungen, die das angerufene Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO). Wird der Verstoss gegen eine (teil-/zwin-

gende) Zuständigkeit vom angerufenen Gericht nicht erkannt, kann ihn die beklagte Partei auch noch im Rechtsmittelverfahren, bis zum Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft geltend machen. Obschon die Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen ist, geht die Lehre darin einig, dass ein von einem örtlich unzuständigen Gericht gefällter Entscheid *nicht* nichtig ist (BSK ZPO-Infanger, 2. A., Basel 2013, Art. 9 N 34; SHK ZPO-Schenker, Bern 2010, Art. 9 N 11; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 7 N 11; Walther, a.a.O., SZPZ 2/2005 S. 207 ff, 217; vgl. auch Schwander, DIKE-ZPO-Komm, Art. 9 N 23; Müller, DIKE-ZPO-Komm, Art. 59 N 13 Fn 13 und N 22; ZK ZPO-Sutter-Somm/Gut, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 9 N 4b; KUKO ZPO-Domej, 2. A., Basel 2014, Art. 59 N 12). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (ausserhalb des Steuerrechts) kann nichts anderes entnommen werden (vgl. etwa BGer 5F_6/2016 vom 23. Mai 2016 E. 2.2 und BGer 6B_188/2013 vom 4. Juli 2016 E. 3.2 je m.w.H.; siehe auch BGE 89 I 303 E. 5 S. 313). Anzumerken ist, dass das Vorbringen des Klägers, die Nichteinlassung vor einem unzuständigen Gericht dürfe einem nachher nicht zum Vorwurf gemacht werden, insofern zutrifft, als die reine Passivität durch Nichterstattung einer Klageantwort oder Nichterscheinen zur Verhandlung nicht als Einlassung zu werten ist. Bei Ergehen eines Säumnisurteils kann die Unzuständigkeitseinrede (wie bereits erwähnt) selbst noch im Rechtsmittelverfahren erhoben werden (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Hedinger, a.a.O., Art. 18 N 13). Dies ändert jedoch nichts daran, dass das – trotz fehlender örtlicher Zuständigkeit gefällte – (Säumnis-)Urteil in Rechtskraft erwächst und alsdann vollstreckt werden kann. BERGER spricht im Zusammenhang mit dem in Art. 9 Abs. 2 ZPO (dieser entspricht wörtlich dem früheren Art. 2 Abs. 2 GestG) statuierten Prorogations- und Einlassungsverbot daher von einer "lex imperfecta" (in: BK ZPO, Bd. I, Bern 2012, Art. 9 N 9). Die Zuständigkeitseinrede entfällt bei der Vollstreckung ausnahmslos, das heisst unabhängig davon, ob zwingende, teilzwingende oder dispositive Gerichtstände betroffen sind (vgl. etwa BSK ZPO-Infanger, a.a.O., Art. 9 N 34; Staehelin/Staehelin/Grolimund, 2. A., Zürich/Basel/ Genf 2013, § 28 N 9). Gleiches muss auch in dem Falle gelten, in dem die Vollstreckbarkeit eines bereits ergangenen Leistungsurteils im Rahmen einer Aberkennungsklage (vorfrageweise) geprüft wird.

Der Vollständigkeit halber ist abschliessend noch Folgendes anzufügen: Die streitgegenständliche Forderung stammt aus dem Vertrag über eine Firmenkreditkarte, womit nicht davon auszugehen war resp. ist, dass teilzwingende Konsumentengerichtsstände (vgl. den bis zum 31. Dezember 2010 in Kraft gewesenen Art. 21 und Art. 22 Abs. 2 GestG, gleichermassen auch nach Art. 35 und Art. 32 Abs. 2 ZPO: *Leistungen des üblichen Verbrauchs für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse*) der im Kartenantrag getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung entgegengestanden wären. Gemäss dem Kreditkartenantrag in Verbindung mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterwarfen sich sowohl die vertragschliessende Firma als auch der Karteninhaber für alle Verfahren dem ausschliesslichen Gerichtsstand Lugano, wobei der Beklagten (Bank) auch das Recht eingeräumt wurde, den Inhaber (Kläger) oder die Firma am Gericht des Wohnsitzes bzw. Sitzes oder an jedem anderen zuständigen Gericht zu belangen (vgl. act. 12/4 S. 2 und S. 3 textliche Hervorhebung der ABG-Einwilligungsklausel Art. 9 i.V.m. act. 12/4 S. 4, ABG Art. 9, dortige textliche Hervorhebung). Unter diesen Umständen kann im vorliegenden Fall – würde es denn darauf ankommen – auch nicht davon gesprochen werden, dass der Entscheid des Bezirksgerichts Lugano vom 8. März 2004 in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit an einem offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel im Sinne der bundesgerichtlichen Evidenztheorie leiden würde.

2.3.4. Der Entscheid des Bezirksgerichts Lugano vom 8. März 2004 ist gemäss Bescheinigung am 27. April 2004 in Rechtskraft erwachsen (act. 12/1, Stempel auf der Rückseite der letzten Seite). Was die Vorinstanz in einem Satz festhielt, trifft zu: die örtliche Unzuständigkeit – hätte denn eine solche in Bezug auf das Bezirksgericht Lugano vorgelegen – stellte keinen Nichtigkeitsgrund dar. Die Vorinstanz sah daher zu Recht davon ab, eine nähere Prüfung der Zuständigkeit des Bezirksgerichts Lugano in Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Klägers zur Gerichtsstandsvereinbarung im Kreditkartenantrag und zur behaupteten Fälschung aller handschriftlichen Angaben sowie der Unterschrift auf dem Kreditkartenantrag vorzunehmen. Auf diesbezügliche Behauptungen des Klägers braucht folglich auch im Rechtsmittelverfahren nicht weiter eingegangen werden (act. 24 S. 5 Abs. 8, S. 6 Abs. 1 und 5-6, S. 7 Abs. 1-5). Schliesslich musste bzw. muss

auch das vom Kläger zu nicht relevanten Behauptungen offerierte Schriftgutachten (act. 24 S. 7 Abs. 5) nicht eingeholt werden (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).

3. Vor dem vorstehend Gesagten kann festgehalten werden, dass es dem Kläger nicht gelingt, eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz darzutun. Die Berufung des Klägers ist demnach abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 15. August 2016 (Geschäfts-Nr. FV160033-C/U), mit welcher auf die Klage nicht eingetreten wurde, ist zu bestätigen.

B. Zur Beschwerde

1. Die Vorinstanz erwog zum Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, dass die Mittlosigkeit des Klägers mit der eingereichten Steuererklärung ohne Weiteres ausgewiesen sei, dessen Klage jedoch klarermassen als aussichtslos angesehen werden müsse. Das Gesuch sei demgemäss abzuweisen (act. 26 S. 3 f. Erw. 5.).

2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (vgl. statt vieler: BGE 138 III 217 E. 2.2.4). Die Aussichtslosigkeit kann materieller oder formeller Art sein. Formell aussichtslos ist ein Begehren bei Fehlen einer oder mehrerer Prozessvoraussetzungen. Materielle Aussichtslosigkeit liegt etwa vor, wenn sich das Begehren auf eine rechtlich unhaltbare Gesetzesauslegung stützt (vgl. zum Ganzen BSK ZPO-Rüegg, a.a.O., Art. 117 N 19).

3. Auch zur Darlegung, dass die Klage nicht von vornherein als aussichtslos anzusehen sei, ist es ungenügend, wenn der Kläger lediglich pauschal sämtliche Eingaben, Beweismittel und Beweisofferten an diverse Gerichte anführt (act. 24 S. 3 Abs. 4 im Geschäft-Nr. PP160036). Es kann diesbezüglich auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (vgl. oben Erw. III.A.2.2.). Aus dem Vorbringen, ihm sei der Kostenvorschuss aufgrund seines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung erlassen und sein Gesuch um Verhandlungsverschiebung bewilligt worden (act. 24 S. 3 Abs. 6 im Geschäft-Nr. PP160036), kann der Kläger nichts für sich ableiten. Entgegen der Ansicht des Klägers kann daraus insbesondere nicht gefolgert werden, dass damals noch keine Aussichtslosigkeit vorgelegen habe. Es ist ferner anzumerken, dass die Vorinstanz dem Kläger den Kostenvorschuss gemäss Verfügung vom 18. Mai 2016 nicht erlassen hat, sondern sie ihn lediglich einstweilen von dessen Leistung befreite (act. 9). Im Weiteren enthält die Beschwerdeschrift des Klägers zur Erläuterung, dass die Klage nicht aussichtslos sei, in der Sache weitgehend dieselben Ausführungen wie die Berufungsschrift. Der für die Begründung der Aberkennungsklage vom Kläger eingenommene rechtliche Standpunkt, der rechtskräftige Entscheid des Bezirksgerichts Lugano vom 8. März 2004 sei zufolge örtlicher Unzuständigkeit nichtig, ist (sollte denn eine Unzuständigkeit überhaupt bestehen) wie gesehen nicht zutreffend (vgl. oben Erw. III.A.2.3.2.). Er widerspricht herrschender Lehre und kann auch nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gestützt werden. Dass sein sinngemässer Standpunkt, ihm sei das rechtliche Gehör vor dem Bezirksgericht Lugano nicht gewährt worden, erfolgsversprechend gewesen sei, macht der Kläger in seiner Beschwerde indes selber nicht geltend. Den vorinstanzlichen Erwägungen dazu setzte er nichts entgegen. Nicht zuletzt liegt damit über den im Aberkennungsverfahren zu beurteilenden materiellen Anspruch bereits ein rechtskräftiger Entscheid vor. Inhaltliche Rügen betreffend denselben waren damit von vornherein nicht zu hören und es fehlte insbesondere an der Prozessvoraussetzung der noch nicht abgeurteilten Sache (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Die Gewinnaussichten hinsichtlich der Klage vom 25. April 2016 waren demzufolge von Beginn weg beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Folglich muss die durch den Kläger erhobene Klage als aussichtslos bezeichnet werden.

4. Im Sinne dieser Erwägungen wurde dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung für das vorinstanzliche Verfahren zu Recht verwehrt; die Beschwerde des Klägers erweist sich in der Sache als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

IV.

1.1. Der Kläger beantragt in seiner Berufungs- sowie Beschwerdeschrift auch für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Prozessführung (act. 24 S. 2 und act. 24 im Geschäft-Nr. PP160036). Der Kläger verweist in Bezug auf seine Mittellosigkeit auf seinen Steuerbeleg, der sich auf die Staats- und Gemeindesteuern 2015 beziehe und sich auch bei den vorinstanzlichen Akten befinde. Der Beleg datiere vom 30. April 2015. Einen neueren Beleg gebe es nicht, weil er für die Einreichung der Steuererklärung 2016 (recte: 2015) eine Fristerstreckung bis Ende November 2016 erhalten habe (act. 24 S. 2 Abs. 8; act. 24 S. 3 Abs. 1 im Geschäft-Nr. PP160036).

1.2. Eine Partei hat – wie bereits angeführt – Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO; näheres dazu vgl. oben Erw. III.B.2.). Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, waren die Gewinnaussichten der Berufung als auch der Beschwerde von Anfang an beträchtlich geringer als die Verlustrisiken. Die vom Kläger erhobenen Rechtsmittel sind als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist aus diesem Grund abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Es erübrigt sich somit, auf die aktuellen finanziellen Verhältnisse des Klägers und insbesondere die Frage näher einzugehen, ob er diese resp. seine Mittellosigkeit mit Einreichung der provisorischen Steuerrechnung 2015 im Sinne von Art. 119 Abs. 5 ZPO genügend dargelegt und dokumentiert hat (vgl. dazu BGer 5A_267/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.3-4.4 sowie auch BK ZPO-Bühler, Bd. II, Bern 2012, Art. 119 N 137 ff.).

2. Angesichts des Streitwertes von Fr. 17'572.45 und des Umstandes, dass vorliegend zwei Verfahren entschieden werden, rechtfertigt es sich, die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'800.00 festzusetzen. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind für das Rechtsmittelverfahren keine zuzusprechen: Dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschossen:

1. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. PP160036 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. NP160037 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt; das Verfahren Nr. PP160036 wird als erledigt abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungs- und das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde und die Berufung werden abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Verfügungen des Bezirksgericht Bülach vom 15. August 2016 (Geschäfts-Nr. FV160033-C/U) werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 24 und act. 24 aus dem Geschäft-Nr. PP160036, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 liegt unter Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. K. Würsch

versandt am: