

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 9. Januar 2019

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. September 2018; Proz. FV170206

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 13'608.00 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin auf die genannte Forderung einen Verzugszins von 5 % seit 25. November 2015 zu leisten.
3. Der durch den Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Weinfelden, Aussenstelle Bischofszell erhobene Rechtsvorschlag sei im Umfang der gemäss Ziff. 1 und 2 der vorliegenden Rechtsbegehren gestellten Forderungen zu beseitigen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

**Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht vom
12. September 2018:**

(act. 44 S. 12)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Der nicht beanspruchte Teil des von der Klägerin geleisteten Kostenvorschusses wird dieser zurückerstattet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 3'167.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien als Gerichtsurkunde.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 42 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 12. September 2018 sei aufzuheben.
2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, auf die Klage vom 17. Oktober 2017 einzutreten.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine nach Streitwert zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien dem Beklagten aufzuerlegen."

Erwägungen:

I.

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage der Gültigkeit der Gerichtsstandsklausel in einem Internet-System-Vertrag, welchen die Parteien am 25. November 2011 unterzeichnet haben, vom Beklagten indes nicht gewollt war (act. 4/3). Am 17. Oktober 2017 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz die Klagebewilligung und Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein (act. 1 und 2). Mit der Klageantwort erhob der Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit (act. 15), worauf die Vorinstanz das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit beschränkte. Der weitere Schriftenwechsel erging einzig zu dieser Frage (act. 21, 27, 30 und 34). Mit Verfügung vom 12. September 2018 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (act. 37 = act. 44). Der Entscheid wurde der Klägerin am 20. September 2018 zugestellt (act. 38).

2. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2018 erhob die Klägerin Berufung (act. 42). Den ihr mit Verfügung vom 23. Oktober 2018 auferlegten Kostenvorschuss (act. 45) leistete sie fristgerecht (act. 47). Mit Eingabe vom 6. November 2018 stellte der Beklagte mit Blick auf das bevorstehende Berufungsverfahren das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung seines Rechtsvertreters als unentgeltlicher Rechtsbeistand (act. 48). Die vorinstanzlichen

Akten wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 ZPO verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, mit welchem auf eine Klage nicht eingetreten wurde (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Sie wurde innert Frist bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz erhoben, ist schriftlich begründet und mit Anträgen versehen (Art. 311 ZPO). Die Klägerin ist als unterliegende Partei im erstinstanzlichen Verfahren zur Erhebung der Berufung ohne weiteres legitimiert. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Aus dem Begründungserfordernis ergibt sich, dass die Berufung führende Partei darzulegen und konkret aufzuzeigen hat, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass sie sich sachbezogen mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzt. Es genügt nicht, die Vorbringen vor Vorinstanz einfach zu wiederholen oder pauschal darauf zu verweisen. Ebenso wenig genügt eine allgemeine Kritik an den vorinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Fehlen Antrag und/oder eine Begründung oder genügen diese den Anforderungen nicht, dann wird auf das Rechtsmittel ganz oder teilweise nicht eingetreten. Sind die Anforderungen erfüllt, überprüft die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei (REETZ/THEILER, in ZK ZPO, 3.A., Art. 310 N 5 f., Art. 311 N 34 ff.). Neue Vorbringen können nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

3. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die im Internet-System-Vertrag in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schlussbestimmungen Ziff. 10 (6), enthaltene Gerichtsstandsklausel sei durch Globalübernahme Vertragsbestandteil geworden. Sie wies den Einwand des Beklagten zurück, Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen könnten als ge-

schäftsfremde und ungewöhnliche Regelungen nur dann als akzeptiert gelten, wenn sie tatsächlich zur Kenntnis genommen worden seien. Da der Beklagte im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung Inhaber einer Einzelfirma gewesen sei, könne er nicht als geschäftsunerfahren gelten und überdies könne eine Gerichtsstandsklausel, mit welcher das Handelsgericht Zürich vereinbart werde, unter Geschäftsleuten nicht als ungewöhnlich gelten (act. 44 E. 3). Die Klägerin stimmt dieser Auffassung in der Berufung zu. Es erübrigen sich Weiterungen an dieser Stelle.

4.1 Mit Bezug auf die Auslegung der Gerichtsstandsklausel (act. 4/3, Ziff. 10 Abs. 6 der Vertragsbedingungen):

"Für Streitigkeiten ausser (recte: aus) oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag vereinbaren die Parteien die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich."

hielt die Vorinstanz fest, es sei nach dem Vertrauensprinzip der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln, da kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille behauptet worden sei. Dabei sei zunächst zu berücksichtigen, dass im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur die Klägerin im Handelsregister eingetragen gewesen sei und Sitz in Zürich gehabt habe, der Beklagte, nicht im Handelsregister eingetragen, habe Wohnsitz im Kanton Thurgau gehabt, welcher über kein Handelsgericht verfügte. Ohne anderslautende Vereinbarung wären somit für Streitigkeiten mit einem Streitwert über CHF 30'000.-- die ordentlichen Gerichte zuständig gewesen. Mit dem Beklagten hielt sie sodann dafür, dass der zu beurteilende Fall anders liege als jener, der dem von der Klägerin zitierten Obergerichtsentcheid (OGer ZH NP130011 vom 9. August 2013) zugrunde gelegen habe. Es gebe keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Vereinbarung vor allem die Komponente der örtlichen Zuständigkeit beinhalte, wie die Klägerin behauptete. Es sei davon auszugehen, keine der Parteien habe bedacht, dass das Handelsgericht Zürich nur hätte angerufen werden können, wenn die Klägerin in der Beklagtenrolle wäre und der Streitwert CHF 30'000.-- übersteigen würde. Diese Nachlässigkeit müsse sich die Klägerin entgegenhalten lassen und könne nicht dazu führen, die Klausel dahingehend umzudeuten, dass sie auch den Sinn gehabt ha-

be, den Gerichtsstand Zürich zu bezeichnen, zumal das zur Folge hätte, dass der Beklagte auf seinen Wohnsitzgerichtsstand verzichten müsse (act. 44 E. 4).

4.2 Dem hält die Klägerin in der Berufung – wie vor Vorinstanz (act. 21 S. 3) – entgegen, dass die Gerichtsstandsklausel ohne Zutun des Beklagten zustande gekommen sei und einen Teil der von der Klägerin vorformulierten AGB darstelle. Es bestünden keine Anzeichen dafür, dass der Beklagte die entsprechende Vereinbarung nicht übernommen hätte, wenn er gewusst hätte, dass das Handelsgericht Zürich unter Umständen sachlich gar nicht zuständig sein könnte. Vielmehr sei die Gerichtsstandsvereinbarung auf Initiative der Klägerin aufgenommen worden, für welche aber nicht nur die sachliche Komponente, sondern auch die örtliche von Bedeutung gewesen sei, denn sie habe bei Vertragsschluss ihren Sitz in der Stadt Zürich gehabt, weshalb es ihr grundsätzlich um die Fixierung des Prozessortes Zürich gegangen sei. Dies habe für sie vor allem auch den Vorteil, dass sämtliche potentiellen Gerichtsverfahren an einem einheitlichen Gerichtsstand geführt werden könnten und sich die Stadt Zürich neben dem damaligen Sitz auch deshalb anbiete, da die Vertreter der Klägerin für allfällige Gerichtsverfahren jeweils aus Deutschland anreisen müssten. In späteren AGB habe die Klägerin denn auch den Gerichtsstand "Zürich 1" statuiert, um allfälligen Diskussionen über den Prozessort vorzubeugen. Was den Willen des Beklagten anbelange, sei davon auszugehen, dass die Vereinbarung eines Gerichtsstands für diesen nur eine untergeordnete Rolle spiele. Somit bestünden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte in Kenntnis der fehlenden Möglichkeit der Vereinbarung des Handelsgerichts dem Prozessort Zürich nicht zugestimmt oder gar den Vertrag als Ganzes nicht geschlossen hätte. Es sei davon auszugehen, dass er – wie dies auch bei der Bestimmung des Handelsgerichts anzunehmen sei – auch dann auf seinen Wohnsitzgerichtsstand verzichtet hätte, wenn die Klägerin in den AGB das Bezirksgericht Zürich aufgenommen hätte. Die Klausel sei mithin dahingehend auszulegen, dass die Parteien auch in Kenntnis der fehlenden sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts den Gerichtsstand der Stadt Zürich vereinbart hätten. (act. 42 S. 3/4).

5.1 Mit ihren Vorbringen in der Berufung wiederholt die Klägerin im Wesentlichen ihren – von der vorinstanzlichen Auffassung abweichenden – Standpunkt. Auf die konkreten Umstände und insbesondere die von der Vorinstanz erörterten Differenzen des zu beurteilenden Falles von jenem, welcher dem von der Klägerin zitierten obergerichtlichen Entscheid (OG ZH NP130011 vom 9. August 2013) zugrunde gelegen hatte, geht sie nicht ein. Im Gegensatz zu jenem Entscheid, bei welchem es um Vertragsparteien ging, die beide je in einem Handelsgerichtskanton ihren Sitz hatten und auch beide im Handelsregister eingetragen waren, was bei gegebenem Streitwert ohne weiteres die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts begründet hätte, war beim zu beurteilenden Vertrag nur die Klägerin im Handelsregister eingetragen, und der Beklagte hatte Sitz in einem Kanton, in dem es kein Handelsgericht gibt. Im früheren Fall war davon auszugehen, dass die Klausel auch der Klärung der Frage diene, *welches* Handelsgericht an den verschiedenen Orten zuständig sein sollte, womit eine örtliche Komponente gegeben war. Im zu beurteilenden Fall ist dies nicht so. Die Kammer liess damals denn auch ausdrücklich offen, ob bei einer Vereinbarung mit einer Partei aus einem Kanton, in dem es kein Handelsgericht gibt, gleich zu entscheiden gewesen wäre.

5.2 Die Klägerin setzt sich mit der Erwägung der Vorinstanz, dass – im Gegensatz zu jenem Entscheid – keinerlei Anhaltspunkte dafür vorlägen, welche auf eine örtliche Komponente der Klausel hindeuteten, nicht auseinander. Sie belässt es vielmehr dabei zu wiederholen, dass dies für sie in verschiedener Hinsicht von Vorteil war und davon auszugehen sei, dass für den Beklagten die Vereinbarung eines Gerichtsstandes nur eine untergeordnete Rolle spiele. Auf Ersteres allein kann es indes nicht ankommen und letzteres war vor Vorinstanz umstritten. Es erscheint fraglich, ob die Klägerin damit ihrer Begründungsobliegenheit hinreichend nachkommt.

5.3 Die Vorinstanz und die Klägerin (act. 42 S. 3) gehen davon aus, dass ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille hinsichtlich der Tragweite von Ziff. 10 Abs. 6 AGB nicht ermittelt werden kann. Es geht daher unbestrittenermassen einzig um die objektivierte Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips. Im Kern geht

es um die Frage, ob die Klausel – wenn das Zürcher Handelsgericht sachlich nicht zuständig ist – keine Bedeutung hat oder ob diesfalls eine örtliche Komponente dazukommt, nämlich die Fixierung des Prozessortes Zürich. Im ersteren Fall wären die ordentlichen Gerichte am Sitz des Beklagten zuständig. Im zweiten Fall wäre es der nicht näher bestimmte "Prozessort Zürich".

Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwillen zu ermitteln. Dabei ist danach zu fragen, welche Vereinbarung die Parteien unter den konkreten Umständen getroffen hätten, wenn sie um den Mangel gewusst hätten, vorliegend konkret darum, dass das Handelsgericht Zürich sachlich nicht zuständig ist, weil es am erforderlichen Streitwert fehlt und weil nur die Klägerin im Handelsregister eingetragen ist.

Die Vorinstanz hat – in Anlehnung an den von der Klägerin zitierten obergerichtlichen Entscheid NP130011 vom 9. August 2013 (E. II. 4) – die massgeblichen Autoren im Schrifttum zur Frage zitiert, wie es sich verhalten soll, wenn es das vereinbarte Gericht nicht gibt, was vergleichbar sei mit der Situation, dass es für gewisse Streitigkeiten nicht zuständig ist (act. 44 E. 4.3.5). Die Situation ist auch vergleichbar mit dem Fall der Teilnichtigkeit, wo sich die Frage stellt, ob der Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre, wozu nach Massgabe des Vertrauensprinzips ebenfalls der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln ist (BGE 143 III 558 ff. E. 4.1.1). In diesem von der Klägerin in der Berufung zitierten Bundesgerichtsentscheid (act. 42 S. 3) ging es um eine Gerichtsstandsvereinbarung mit unzulässiger Wahl des sachlich zuständigen Gerichts im Anwendungsbe- reich des LugÜ und um die Frage, ob die Gerichtsstandsvereinbarung trotz nach ZPO unzulässiger Wahl des sachlich zuständigen Gerichts, d.h. bezüglich der internationalen und örtlichen Zuständigkeit, gültig bleibe. Es sei vom Grundsatz *in favorem validitatis* auszugehen (a.a.O. E. 4.1.2).

Auch unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes bedarf es indes der Umstände, welche darauf schliessen lassen, dass die Parteien im konkret zu beurteilenden Vertrag der Klausel eben diese örtliche Komponente beimessen wollten. Es ist der Vorinstanz darin zuzustimmen und jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn diese zum Schluss kommt, dass sich solche vorliegend nicht erkennen lassen.

Ausser, dass die Klägerin sich dieser Meinung nicht anschliessen kann, setzt sie den Erwägungen denn auch wie gesehen nichts entgegen.

Mit einem "Prozessort Zürich" ist überdies noch nicht konkretisiert, welches erstinstanzliche Gericht im Kanton Zürich zuständig sein soll. In der nicht publizierten Erwägung E.4.3.4.2 des von der Klägerin erwähnten BGE 143 III 558 (vgl. 4A_131/2017 vom 21. September 2017) hielt das Bundesgericht (in einem allerdings nicht in jeder Hinsicht vergleichbaren internationalen Kontext) fest, dass zu fragen sei, ob die Parteien bei Kenntnis der fehlenden Möglichkeit, ein Handelsgericht zu vereinbaren, von welchem es in einem Kanton höchstens eines gebe, die innerstaatliche Zuständigkeit eines ganzen Kantons vorgesehen hätten oder nicht ein bestimmtes örtliches erstinstanzliches Gericht. Die Frage sei im zweiten Sinn zu beantworten. Da Gerichtsstandsvereinbarungen möglichst eindeutig sein sollten, sei davon auszugehen, dass sich vernünftige Parteien im hypothetischen Fall auf ein bestimmtes örtliches Gericht geeinigt hätten und nicht auf einen ganzen Kanton (a.a.O.). Auch die Vorinstanz erwog, dass die Klägerin eine entsprechend andere Formulierung gewählt hätte, wäre es auf die örtliche Komponente angekommen (act. 44 S. 10). Schliesslich erwähnt auch die Klägerin in der Berufung, dass sie, um allfällige Diskussionen um den Prozessort vorzubeugen, in späteren AGB den Gerichtsstand "Zürich 1" statuiert habe (act. 42 S. 4). Im zu beurteilenden Fall war dies indes noch nicht der Fall, weshalb es bei der Unklarheit und der Auslegung, wie sie die Vorinstanz zutreffend vorgenommen hat, bleiben muss.

6. Im Ergebnis ist die Berufung abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 12. September 2018 zu bestätigen.

III.

1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr ist nach Massgabe der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 auf CHF 1'500.-- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG).

Für das Berufungsverfahren sind keine Entschädigungen zuzusprechen, der Klägerin nicht weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

2. Sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen, wird das mit Blick auf das bevorstehende Berufungsverfahren gestellte Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bezug auf die Gerichtskosten gegenstandslos. Was die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters betrifft, ist es abzuweisen, weil sich die rechtliche Vertretung im Berufungsverfahren bei dem oberwähnten Ausgang des Verfahrens als nicht notwendig erweist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten und Berufungsbeklagten, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, wird mit Bezug auf die Gerichtskosten als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachstehendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung - Einzelgericht) vom 12. September 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels von act. 48 mit Beilagenverzeichnis, an den Be-

klagten und Berufungsbeklagten unter Beilage je eines Doppels von act. 42 und 43 sowie an das Bezirksgericht Zürich (10. Abteilung - Einzelgericht) und an die Obergerichtskasse, 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 beträgt rund Fr. 13'600.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: