

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP230010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

## Urteil vom 16. August 2023

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Uster vom 25. Oktober 2022 (FV220026-I)**

**Rechtsbegehren:**

der Klägerin (Urk. 15 S. 1):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in Höhe von CHF 27'890.40 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in Höhe von CHF 24'017 zu bezahlen.
3. Subeventualiter sei die Beklagte unter Rücknahme des Kaufgegenstandes gemäss Kaufvertrag vom 05.07.2021, zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in Höhe von CHF 15'040.15 zuzüglich Zins von 5 % seit 16.08.2021 zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht**

**Uster vom 25. Oktober 2022:**

(Urk. 22 S. 8 f. = Urk. 25 S. 8 f.)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 27'890.40 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'890.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr wird der Beklagten auferlegt. Sie wird von der Klägerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sie ist ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_ (GV.2022.00019 / SB.2022.00031) von Fr. 525.– zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'298.85 (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage)

### **Berufungsanträge:**

#### der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 24 S. 2):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 25. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr. FV220026-I) sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Uster zurückzuweisen.

#### *Eventualiter:*

Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 25. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr. FV220026-I) sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

#### der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 35 S. 2):

- "1. Die Berufung vom 20.03.2023 sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 25.10.2022 sei zu bestätigen.
2. Die Kosten des Verfahrens seien der Berufungsklägerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt) zu bezahlen."

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgeschichte**

1. Mit Eingabe vom 28. Februar 2022 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_ ein. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung wurde der Klägerin am 10. Mai 2022 die Klagebewilligung erteilt (Urk. 1 und Urk. 8). Daraufhin machte sie am 21. Juni 2022 eine Klage mit den Rechtsbegehren gemäss Urk. 2 S. 2 hängig, die sie anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2022 leicht modifizierte (vgl. Rechtsbegehren im Ingress). Mit Urteil vom 25. Oktober 2022 hiess die Vorinstanz die Klage (gemäss modifiziertem Rechtsbegehren) gut (Urk. 22 S. 8 = Urk. 25 S. 8).

2. Dagegen erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 20. März 2023 fristgerecht (Urk. 23 und Art. 311 Abs. 1 ZPO) Berufung mit den vorgenannten Anträgen (Urk. 24). Mit Verfügungen vom 24. März und 3. April 2023 wurden von der Beklagten zunächst eine Vollmacht

und anschliessend ein Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'780.– verlangt, welche beide fristgerecht eingingen (Urk. 29-33). Daraufhin wurde der Klägerin mit Verfügung vom 21. April 2023 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 34). Diese wurde fristgerecht eingereicht und der Klägerin mit Verfügung vom 13. Juni 2023 zugestellt (Urk. 35-38). Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 26. Juni 2023 Stellung zur Berufungsantwort (Urk. 39). Diese Stellungnahme wird der Klägerin mit dem heutigen Urteil zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-23) und das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird im Folgenden eingegangen, soweit es sich für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

## **II. Prozessuale Vorbemerkungen**

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 ZPO). Hinsichtlich verspätet vorgebrachter Tatsachen und Beweismittel, mit welchen das Fehlen einer Prozessvoraussetzung geltend gemacht wird, ist hingegen zu differenzieren: Lehre und Rechtsprechung wenden für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime an, gemäss welcher das Gericht von Amtes wegen unabhängig von den Vorbringen der Parteien darüber zu wachen hat, dass die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Der Richter ist daher an die Zugeständnisse der Parteien nicht gebunden und muss von Amtes wegen erforschen, ob Tatsachen bestehen, die gegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sprechen (BGer 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.4.). Die Gefahr, dass ein Sachurteil trotz Fehlens der Prozessvoraussetzungen ergeht, kann es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung rechtfertigen, verspätet vorgebrachte Tatsachen zu berücksichtigen (BGer 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.4.3.). So werden Noven ausserhalb der Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zugelassen, sofern sie die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit betreffen (BGer 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.4.3.; OGer ZH LB130013 vom 16.09.2013, E. II.4.; OGer ZH LB120012

vom 23.11.2012, E. II.4). Entscheide, welche von einem sachlich oder funktionell unzuständigen Gericht erlassen werden, leiden nämlich an einem schwerwiegenden Mangel, welcher zur Nichtigkeit des Entscheides führen kann (BGE 137 III 217 E. 2.4.3.; BGer 2C\_178/2020 vom 19. Juni 2020, E. 2.2.). Das Vermeiden solch schwerwiegender, möglicherweise zu nichtigen Urteilen führenden Fehlern liegt im öffentlichen Interesse (BGer 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.2.), weshalb es ohne weiteres gerechtfertigt ist, auch verspätet vorgebrachte Noven zu berücksichtigen. Anders als die sachliche und funktionelle Zuständigkeit ist die örtliche Zuständigkeit der Disposition der Parteien in aller Regel nicht entzogen, sondern kann durch (auf Einrede hin zu berücksichtigende) Parteivereinbarung (Art. 17 ZPO; BSK ZPO-Infanger, Art. 17 N 20) oder ein einseitiges tatsächliches Verhalten (Einlassung; Art. 18 ZPO) begründet werden. Ihr Fehlen führt grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit eines Entscheides (BGer 5F\_6/2016 vom 23. Mai 2016, E. 2.2). Damit besteht (jedenfalls in den erwähnten Fällen) kein Anlass, verspätet vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel ausserhalb von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen und dadurch unsorgfältig prozessierenden Parteien unter die Arme zu greifen. Es erscheint auch nicht erstrebenswert, Parteien so die Möglichkeit einzuräumen, abzuwarten, ob sich der Prozess (materiell) zu ihren Gunsten entwickelt, um im Falle eines ungünstigen Entscheides im Rechtsmittelverfahren die Unzuständigkeitseinrede erheben zu können. Daher sind neue Behauptungen und Beweismittel, welche die örtliche Unzuständigkeit belegen sollen, (jedenfalls in den erwähnten Fällen) nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Wer sich auf Noven beruft, hat zudem deren Zulässigkeit nachzuweisen und darzutun, warum ein früheres Vorbringen nicht möglich war und worin die hierfür unternommenen Anstrengungen bestanden haben. Die Partei, welche das Novenrecht beansprucht, ist insoweit behauptungs- und beweisbelastet (BGer 4A\_38/2020 vom 22. Juli 2020, E. 5.1.3.; OGer ZH RT180120 vom 12.02.2019, E. 3.3.3. m.w.H.).

### **III. Materielles**

1. Die Beklagte rügt zusammengefasst, die Klägerin habe die streitgegenständliche Maschine über die von ihr (der Beklagten) betriebene Internetseite

www.D.\_\_\_\_\_.ch bestellt. Zur Bestellung habe die Klägerin die allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptieren müssen. Die Bestellung sei am 5. Juli 2021 um 14.39 Uhr von der Klägerin bestätigt worden, wobei sie sich mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden erklärt habe. Die Auftragsbestätigung sei sodann mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen an E.\_\_\_\_ versandt worden (Urk. 24 Rz. 9). Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (fortan AGB) sähen bei Streitigkeiten wie im vorliegenden Fall, bei welchen der Kunde Kaufmann sei, als alleinigen Gerichtsstand F.\_\_\_\_ vor (Urk. 24 Rz. 10). Dies gelte bereits für das vorgelagerte Schlichtungsverfahren. Die Klägerin habe ihr Schlichtungsgesuch jedoch beim Friedensrichteramt C.\_\_\_\_ eingereicht (Urk. 24 Rz. 11). Die Klagebewilligung sei somit von einem örtlich unzuständigen Friedensrichteramt ausgestellt worden und die Vorinstanz hätte nicht auf die Klage eintreten dürfen (Urk. 24 Rz. 12). Sollte wider Erwarten von einem korrekt durchgeführten Schlichtungsverfahren oder von der Nichtgeltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgegangen werden, so werde auf folgende Eventualbegründung verwiesen (Urk. 24 Rz. 13): Sie sei im Vertrauen auf die von der Klägerin akzeptierten allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schlichtungsverhandlung ferngeblieben. Infolge der ungültigen Klagebewilligung habe sie sich einen Nichteintretensentscheid der Vorinstanz erhofft und sei deshalb auch der Verhandlung vom 25. Oktober 2022 ferngeblieben. Hätte sie sich in den Verfahren geäußert, hätte sie sich den Vorhalt der Einlassung gefallen lassen müssen, was sie habe verhindern wollen (Urk. 24 Rz. 14). Entgegen ihren Erwartungen sei ein Entscheid in der Sache ergangen. Da die Vorinstanz von einer Säumnis ihrerseits an der Verhandlung vom 25. Oktober 2022 ausgegangen sei, sei die Vorinstanz von einer wahren Darstellung der Klägerin ausgegangen. Mithin habe die Vorinstanz ihr (der Beklagten) keine Möglichkeit mehr eingeräumt, sich umfassend zu den Tatsachenvorbringen der Klägerin zu äussern (Urk. 24 Rz. 15). Daher sei es auch unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs und der Verfahrensfairness notwendig, die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 24 Rz. 16).

2. Die Klägerin entgegnet zusammengefasst, die AGB seien für Vertragsparteien nur verbindlich, wenn sie Vertragsbestandteil seien. In der von der Beklagten eingereichten E-Mail werde geäußert, die Bestellung sei im Shop bestellt

und die AGB akzeptiert worden, sonst "könne man nicht bestellen". Dem sei unter Verweis auf die Bestellung vom 23. Mai 2023 zu widersprechen, als die Unterzeichnende ohne einen Hinweis auf die AGB die Bestellung habe abschliessen können. Dies könne – unter Vorbehalt der neuen Programmierung durch die Beklagte – jederzeit getestet bzw. simuliert werden (Urk. 35 Rz. 5). Nachdem der diesbezügliche Beweis, ob die AGB als Vertragsbestandteil gelten würden, der Beklagten obliege, werde auf weitere Ausführungen verzichtet. Der eingereichte Quelltext vermöge den Nachweis nicht zu erbringen. Schliesslich lasse sich daraus nicht erkennen, wie sich der Bestellvorgang tatsächlich ereignet habe, und ein nachträglicher Nachweis wäre ohnehin verspätet, zumal nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Bestellvorgang mittlerweile angepasst worden sei (Urk. 35 Rz. 6). Entsprechend sei die Berufung infolge Fehlens einer Gerichtsstandsvereinbarung abzuweisen (Urk. 35 Rz. 7). Diese sei nie Vertragsbestandteil geworden (Urk. 35 Rz. 20).

3.1. Die Beklagte bringt erstmals im Rechtsmittelverfahren vor, dass die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen hätten (Urk. 24 Rz. 9 ff.), und reicht die AGB mitsamt dieser Klausel ein (Urk. 28/4). Dass es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen sein soll, diese Behauptungen und Beweismittel bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorzubringen, macht die Beklagte nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Damit sind sie verspätet und nicht zuzulassen (siehe E. II). Der Beklagten gelingt es daher nicht, die Unzuständigkeit des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_ nachzuweisen.

3.2. Im Sinne einer Eventualbegründung ist zu ergänzen, dass der Beklagten der Nachweis einer Gerichtsstandsvereinbarung auch nicht gelänge, wenn die Noven zuzulassen wären. Dem eingereichten Quelltext der E-Mail vom 5. Juli 2021 um 14:39 Uhr lässt sich nicht entnehmen, dass die Klägerin die AGB akzeptiert hat (Urk. 28/3). Da diese E-Mail von der Beklagten an die Klägerin verschickt wurde, konnte Letztere die Bestellung – entgegen der Darstellung der Beklagten (Urk. 24 Rz. 9) – mit dieser E-Mail auch gar nicht bestätigen und sich hierbei mit den AGB einverstanden erklären. Ohnehin scheint die Bestellung nicht über den Webshop der Beklagten aufgegeben worden zu sein: Wie die Klägerin im vo-

rinstanzlichen Verfahren ausführte, habe die Beklagte ihr im Juli 2021 die streitgegenständliche Maschine offeriert und sie hätten grösstenteils per Whatsapp kommuniziert (Urk. 15 Rz. 5 f.). Aus dem beigelegten Chat-Verlauf ist ersichtlich, dass die Klägerin der Beklagten am 5. Juli 2021 um 10:08 Uhr mitteilte, dass sie die Maschine gerne hätte. Die Beklagte entgegnete um 10:12 Uhr, dass sie den Auftrag fertig mache. Um 13:04 Uhr erwiderte die Klägerin, sie habe gesehen, dass die Beklagte ihr bereits eine Mail geschickt habe, und bat um Anpassung der Adresse (Urk. 16/6 S. 1). Die Bestellung wurde daher offensichtlich über Whatsapp – ohne Bezugnahme auf die AGB – aufgegeben.

3.3. Die Rügen der Beklagten erweisen sich nach dem Gesagten als unbegründet. Ohne Gerichtsstandsvereinbarung waren das Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_ und die Vorinstanz zur Behandlung der Klage örtlich zuständig; das wird auch von der Beklagten eingeräumt (Urk. 24 Rz. 7, 9). Die Vorinstanz trat folglich zu Recht auf die Klage ein. Das Verfahren ist nicht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und der Verfahrensfairness (so die Beklagte in Urk. 24 Rz. 16) an die Vorinstanz zurückzuweisen, da die Beklagte an der Verhandlung vom 25. Oktober 2022 Gelegenheit gehabt hätte, die Klage zu beantworten. Sie blieb der Verhandlung jedoch trotz ordnungsgemässer Vorladung unentschuldigt fern (Urk. 10-12; Prot. I. S. 4). Eine erneute Vorladung wäre daher nur unter den Voraussetzungen von Art. 148 ZPO möglich. Die Beklagte vermochte jedoch nicht darzutun, dass sie an ihrer Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Sie hätte ohne weiteres im Schlichtungsverfahren oder im vorinstanzlichen Verfahren die Unzuständigkeitseinrede erheben können, was nicht als Einlassung gilt und was der anwaltlich vertretenen Beklagten zweifelsfrei bewusst ist. Die Berufung ist daher abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Ferner sind der unterliegenden Beklagten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, welche in Anwendung von § 2, § 4, § 10 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'780.– festzusetzen und aus

dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen sind. Sie ist sodann zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'600.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen (§ 4 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 25. Oktober 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'780.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 39, sowie an die Vorinstanz, 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 Fr. 27'890.40. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw L. Hengartner

versandt am:  
st