

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP200048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## Urteil vom 30. April 2021

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **SA,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Oktober 2020; Proz. FV200089**

**Erwägungen:**

1. Gestützt auf die von A.\_\_\_\_\_ (Kläger und Beschwerdeführer) namens seiner Einzelfirma C.\_\_\_\_\_ eingereichte Forderungsklage stellte das Friedensrichteramtsamt Kreise ... + ... nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung, zu welcher die B.\_\_\_\_\_ SA (Beklagte und Beschwerdegegnerin) nicht erschienen war, am 11. März 2020 die Klagebewilligung aus (act. 1A). Mit Eingabe vom 12. Juni 2020 (Poststempel) erhob der Kläger unter Einreichung der Klagebewilligung beim Bezirksgericht Zürich Klage und verbesserte diese mit Schreiben vom 17. September 2020 im Sinne von Art. 244 und Art. 130 ZPO (act. 10). Er verlangte (act. 1B i.V.m. act. 1 A):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen:  
CHF 3'000.00 Logo/Inserat  
CHF 231.00 7.7 % MwSt.  
CHF 161.55 3x Mahnspesen zu je 53.85 inkl. 7.7 % MwSt.  
nebst 15 % Zins seit 01. Januar 2011

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 trat das Einzelgericht, 10. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich auf die Klage nicht ein und auferlegte der klagenden Partei die Gerichtskosten (act. 24).

2. Gegen diese Verfügung erhob D.\_\_\_\_\_ namens und im Auftrag des Klägers mit Eingabe vom 10. November 2020 (Poststempel) Beschwerde bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und beantragte (act. 21):

- "1. Die Verfügung sei aufzuheben.  
2. Auf die Klage sei einzutreten.  
3. Der Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin zu bezahlen:  
CHF 3000.00 nebst 15% Zins seit 01.01.2011 und  
CHF 231.00 MwSt. (7.7%) sowie  
CHF 161.55 für 3 Mahnkosten  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit Verfügung vom 18. November 2020 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 720.– angesetzt (act. 26). Die Verfügung wurde ihm am 24. November 2020 zugestellt (act. 27), somit lief die 10tägige Frist am 4. Dezember 2020 ab. Der Kostenvorschuss wurde

erst am 7. Dezember 2020 bezahlt (act. 28). Da dem Kläger gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO unter Säumnisandrohung eine Nachfrist zur Leistung des Vorschusses hätte gewährt werden müssen, hat die verspätete Zahlung keine rechtlichen Konsequenzen. Mit Verfügung vom 23. Februar 2021 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 30). Diese wurde mit Eingabe vom 26. März 2021 (Poststempel) rechtzeitig erstattet (act. 33 i.V.m. act. 30 und act. 31). Die Beklagte beantragte Abweisung der Beschwerde und die Zusprechung einer Parteientschädigung von Fr. 750.- (act. 33 S. 4). Die Beschwerdeantwort wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 36).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-19). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.
4. a) Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich zudem, dass die Beschwerde Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).  
  
b) Die vorliegende Beschwerde wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Sie wurde von D.\_\_\_\_\_ im Auftrag von A.\_\_\_\_\_ unterzeichnet. D.\_\_\_\_\_ ist für die Einzelfirma des Klägers grundsätzlich nicht zeichnungsberechtigt (vgl. act. 25), mit der Beschwerde wurde indes eine von A.\_\_\_\_\_ unterzeichnete Vollmacht vom 29. Oktober 2020 eingereicht, welche D.\_\_\_\_\_ ausdrücklich zur Beschwerdeerhebung legitimiert (act. 22), womit die Beschwerde als gültig erhoben gilt. D.\_\_\_\_\_ ist indes im weiteren Verfahren nicht als Vertreterin des Klägers im Rubrum aufzuführen. Im Übrigen ist der Kläger durch den angefochtenen Entscheid be-

schwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

5. Da sich die klagende Partei auf eine Gerichtsstandsvereinbarung berief, prüfte die Vorinstanz die Frage der örtlichen Zuständigkeit im Rahmen der Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Vorinstanz erwog u.a., gemäss Handelsregister habe die beklagte Partei ihren Sitz in E. \_\_\_\_\_ im Kanton Tessin. Als Gerichtsstand käme damit E. \_\_\_\_\_ in Frage. Gemäss Klage bzw. Beilagen scheine die klagende Partei eine Forderung aus einem Vertrag für die Bestellung für Einträge in Orts- und Stadtplänen, welche nur in kopierter und schwer leserlicher Form beim Gericht eingereicht worden seien (act. 2/1), geltend zu machen (act. 1B). Als weiterer Gerichtsstand stünde gemäss Art. 31 ZPO damit noch zusätzlich der Ort der charakteristischen Leistung zur Verfügung. Im Bestellvertrag werde als Erfüllungsort und Gerichtsstand ausdrücklich F. \_\_\_\_\_ bezeichnet (act. 2/1). Dabei handle es sich um eine Gemeinde des Bezirks Bülach, womit das Bezirksgericht Bülach örtlich zuständig wäre. Ein Gerichtsstand Zürich ergebe sich damit nicht. Die beklagte Partei sei nicht zur Schlichtungsverhandlung in Zürich erschienen (act. 1A S. 2) und habe sich damit noch nicht auf ein Verfahren hierorts eingelassen (act. 24 Erw. II.2.3). Zur Gerichtsstandsvereinbarung erkläre die klagende Partei, der Gerichtsstand sei Zürich, da es so in den AGB geregelt sei, auch wenn auf der Vorderseite F. \_\_\_\_\_ stehe (act. 10 S. 3). In der Kopie des genannten Bestellvertrags (act. 2/1) sei als Gerichtsstand F. \_\_\_\_\_ genannt worden; gemäss den dem Bestellvertrag angehefteten - ebenfalls kopierten - Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) werde als ausschliesslicher Gerichtsstand Zürich bezeichnet, wobei indes die klagende Partei das Recht habe, "den Interessenten beim zuständigen Gericht seines Firmensitzes oder vor jedem anderen zuständigen Gericht zu belangen" (act. 2/1 2. Seite). Die Originale der entsprechenden Dokumente lägen nicht im Recht (act. 24 Erw. II.3.1-2). Zwar werde auf dem Bestellvertrag auf die AGB, welche auf der Rückseite aufgeführt seien, hingewiesen (act. 2/1 1. Seite). Allerdings sei aufgrund der eingereichten Kopien nicht eruierbar, ob es sich bei den angehefteten AGB tatsächlich um die AGB handle, wel-

che gemäss Hinweis auf der Rückseite des Original-Bestellvertrages abgedruckt gewesen seien bzw. von welchen die Vertragspartei überhaupt hätte Kenntnis nehmen können. Da sich die Gerichtsstände gemäss den zusammengehefteten Kopien der AGB (act. 2/1 2. Seite) und des Bestellvertrags (act. 2/1 1. Seite) nicht deckten, sei zweifelhaft, ob die seitens der klagenden Partei eingereichten kopierten Dokumente mit schwer lesbaren Unterschriften überhaupt echt seien und damit überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien und damit auch ob eine Gerichtsstandsvereinbarung gültig abgeschlossen worden sei. Selbst wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen worden wäre, hätte diejenige auf dem Hauptdokument, mithin dem Bestellvertrag, zweifellos Vorrang vor einer lediglich im Rahmen von AGB festgehaltenen Klausel. Damit wäre dann ein Gerichtsstand in F.\_\_\_\_\_, mithin im Bezirk Bülach, vereinbart worden (act. 24 Erw. II.3.4). Auf die Klage sei mangels örtlicher Zuständigkeit des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich nicht einzutreten und das Verfahren sei demgemäss abzuschreiben (act. 24 Erw. II.4).

6. a) In seiner Beschwerdeschrift führte der Kläger aus, das Bezirksgericht bezweifle die Gültigkeit der Kopie des Vertrages bzw. der AGB, ohne die Nachreichung des Originalvertrages zu verlangen. Das Bezirksgericht bestätige, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung auch in den AGB gültig vereinbart werden könne. Gestützt auf die Gerichtsstandsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche auf der Rückseite des Vertrages abgedruckt seien und integraler Bestandteil des Vertrages bildeten, sei das angerufene Gericht örtlich zuständig. Zudem werde auf dem Bestellvertrag (im letzten Satz vor der Unterschrift) deutlich auf die AGB hingewiesen. Anfangs 2009 seien ihre Bestellverträge von ihrem Vertrauensanwalt G.\_\_\_\_\_ aus H.\_\_\_\_\_ neu überarbeitet worden. Bis dahin sei auch auf der ersten Seite des Vertrages als Erfüllungsort und Gerichtsstand Zürich angegeben worden. Der Sitz der Firma sei zwar in F.\_\_\_\_\_ gewesen, doch die Produktion der Firma sei an der I.\_\_\_\_\_ -strasse ..., in ... Zürich gewesen. Anwalt G.\_\_\_\_\_ habe auf der ersten Seite den Gerichtsstand in F.\_\_\_\_\_ abgeändert, doch er habe ihm versichert, dass gleicherweise wie in den AGB ange-

geben, ebenso Zürich als gültiger Gerichtsstand zugelassen sei, wenn in der AGB (gemeint wohl: auf die AGB) deutlich hingewiesen werde, was in ihren Verträgen der Fall sei. Aus diesen Gründen bitte er, die Verfügung des Bezirksgerichtes aufzuheben und gegebenenfalls mitzuteilen, ob er in Zukunft bei weiteren Forderungen aus Verträgen dieser Art den Friedensrichter in J.\_\_\_\_\_ anrufen müsse und somit Klage beim Bezirksgericht Bülach einreichen solle. Beiliegend sende er den Originalvertrag zur Kontrolle der Richtigkeit und Gültigkeit der Gerichtsstandsklausel ein (act. 21).

b) In ihrer Beschwerdeantwort liess die Beklagte u.a. ausführen, bereits aus dem Wortlaut des Vertrages werde deutlich, dass die Vertragsparteien von Anfang an den gegenseitigen Austausch von Arbeitsleistungen vereinbart hätten. Dies gehe aus dem von Hand hinzugefügten (Zusatz) "cambio con lavori, solo un buono" (...) hervor. In diesem Sinne sei die Leistung der Beklagten durch die Übergabe eines Gutscheins für eine Bauausführungsdienstleistung, der dem Gesamtbetrag der Rechnung entsprochen habe, an C.\_\_\_\_\_ vollständig erfüllt worden. Diese Arbeitsleistung sei von C.\_\_\_\_\_ (Herr A.\_\_\_\_\_) nie eingefordert worden, ein Umstand, den die Beklagte sicherlich nicht zu verantworten habe. Mit der Ausstellung des Gutscheins habe B.\_\_\_\_\_ SA das Angebot ihrer Dienstleistung nachgewiesen. Es werde vollständig bestritten, dass C.\_\_\_\_\_ (Herr A.\_\_\_\_\_) seinerseits die vertragliche Leistung erbracht habe oder auch nur die Erfüllung angeboten habe. Auch aus diesem Grunde seien die Forderungen des Klägers vollständig abzuweisen. Schliesslich seien die vom Kläger mit der Rechnung vom Jahr 2009 angeforderten Leistungen in jedem Fall bereits verjährt, da die zehnjährige Frist i.S.v. Art. 128 OR bereits abgelaufen sei (act. 33 S. 2). Die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit der vorliegenden AGB-Klauseln würden vollständig bestritten. Zunächst werde allgemein darauf hingewiesen, dass diese Klauseln zum völligen Nachteil einer Vertragspartei ausgestaltet seien, in diesem Fall zum Nachteil der B.\_\_\_\_\_ SA. Diese Klauseln seien daher für diejenigen, die sie akzeptierten als ungewöhnlich anzusehen. Im konkreten Fall könne kein Zweifel daran bestehen, dass die AGB von der Vertragspartei nicht vollständig gelesen und verstanden worden seien. Dies bereits an-

gesichts der Tatsache, dass die Möglichkeit den Inhalt dieser Bedingungen zu kennen, dadurch erschwert, wenn nicht verunmöglicht werde, dass sowohl die AGB als auch der Vertrag vollständig in deutscher Sprache abgefasst worden seien. Aus diesem Grunde sei bereits zweifelhaft, dass insbesondere die allgemeinen Vertragsbedingungen tatsächlich Bestandteil des Vertrages geworden seien, da kein Konsens nach Art. 1 OR vorliege. Die AGB-Klauseln seien als nichtig und rechtlich unwirksam anzusehen. Überdies seien die Bestimmungen bezüglich der prorogatio fori völlig unklar. Einerseits sei nicht nachvollziehbar, warum der Gerichtsstand F.\_\_\_\_\_ direkt im Vertragsinhalt festgelegt werde, während der Gerichtsstand Zürich nur im Rahmen der AGB auf der Rückseite des Vertrages stehe. Die Vertragspartei, konkret die B.\_\_\_\_\_ SA, welche die Gerichtsstandsvereinbarung im Vertrag sehe, müsse nach Treu und Glauben keine weitere Gerichtsstandsregelung in den AGB erwarten. Daher sei sowohl nach der Ungewöhnlichkeitsregel als auch nach der Unklarheitsregel (Auslegung in dubio contra stipulatorem) die Vereinbarung eines Gerichtsstandes Zürich rechtlich unwirksam. Die Klage von Herrn A.\_\_\_\_\_ (der C.\_\_\_\_\_) sei abzuweisen und der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichtes zu bestätigen (act. 33 S. 3-4).

7. a) Das Gericht prüft das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Dazu gehören auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), wobei Letztere, wo nicht zwingend, lediglich auf Einrede der beklagten Partei überprüft wird. Grundsätzlich ist für Klagen aus Vertrag das Gericht am Wohnsitz resp. Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Die charakteristische Leistung ist regelmässig diejenige, welche nicht in Geld besteht. Beim Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen ist dies die Dienstleistung (IVO SCHWANDER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 31 N 5 und 12 f.). Für konsumentenrechtliche, arbeitsrechtliche, sowie miet- und pachtrechtliche Klagen gelten besondere Gerichtsstände (Art. 32-34 ZPO). Zu unterscheiden sind zwingende und nicht zwingende Gerichtsstände. Ein Gerichtsstand ist nur dann zwingend, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorschreibt. Von einem

zwingenden Gerichtsstand können die Parteien nicht abweichen (Art 9 ZPO). Soweit nicht zwingende Gerichtsstandsvorschriften entgegenstehen, wird das angerufene Gericht zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO). Eine Einlassung ist auch bei einem aufgrund einer ausschliesslichen Prorogationsabrede örtlich unzuständigen Gericht möglich (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, 3. Auflage 2016, Art. 18 N 4 f.). Unterbleibt die Einrede, so wird die fehlende örtliche Zuständigkeit nicht von Amtes wegen festgestellt (BK ZPO I-ZINGG, Art. 60 N 8). Obschon die Rechtshängigkeit nach Art. 62 Abs. 1 ZPO bereits mit Einreichung eines Schlichtungsgesuches eintritt, ist eine Einlassung im Schlichtungsverfahren ausgeschlossen. Die beklagte Partei muss in einem bereits hängigen gerichtlichen Verfahren die Unzuständigkeitseinrede erheben (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 18 N 10).

b) Der Kläger stützt seine Forderung auf einen von der C1.\_\_\_\_\_ GmbH mit der Beklagten abgeschlossenen Bestellvertrag vom 10. Februar 2009 für Einträge in Orts- und Stadtplänen ab (act. 2/1-2). Sämtliche Debitoren der C1.\_\_\_\_\_ GmbH wurden am 1. November 2012 an die C.\_\_\_\_\_ abgetreten (act. 11). Aufgrund des Streitwertes war die vorliegende Klage im vereinfachten Verfahren zu behandeln. Die Beklagte hatte sich im vorinstanzlichen Verfahren (noch) nicht geäussert, insbesondere keine Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben. Üblicherweise erfolgt die Einrede der fehlenden örtlichen Unzuständigkeit im Rahmen des ersten Vortrages der beklagten Partei. Die erhobene Einrede erfordert sodann unter Umständen ein Beweisverfahren, wobei die klagende Partei die Beweislast für die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen trägt (BK ZPO I-ZINGG, Art. 60 N 4). Ob sich die Beklagte auf das Verfahren einlassen und damit auf die Einrede der fehlenden örtlichen Unzuständigkeit verzichten werde, war der Vorinstanz demnach vor Durchführung der Hauptverhandlung nicht bekannt. Trotzdem forderte sie den Kläger nach Erstattung des Kostenvorschusses mit Verfügung vom 1. September 2020 u.a. auf, zur Prozessvoraussetzung der örtlichen Zuständigkeit Stellung zu nehmen (act. 8). Die Vorinstanz geht insoweit unzutreffend davon aus, dass sie bei Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinba-

rung von Amtes wegen die örtliche Zuständigkeit zu prüfen hat. Wie bereits oben ausgeführt, ist eine Einlassung auch bei einem aufgrund einer ausschliesslichen Prorogationsabrede örtlich unzuständigen Gericht möglich. Da die Beklagte im Beschwerdeverfahren die Unzuständigkeitseinrede erhebt, kann eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Fortsetzung des Verfahrens unterbleiben. Nachfolgend ist deshalb die Frage der örtlichen Zuständigkeit zu prüfen.

8. Die Beklagte hat ihren Sitz in E.\_\_\_\_\_, weshalb E.\_\_\_\_\_ als Gerichtsstand in Frage kommt. Aufgrund des abgeschlossenen Vertrages steht ein weiterer gesetzlicher Gerichtsstand, nämlich jener am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung, zur Verfügung (Art. 31 ZPO). Das dürfte vorliegend F.\_\_\_\_\_ sein, wird doch im Bestellvertrag F.\_\_\_\_\_ als Erfüllungsort bezeichnet, und zudem hatte die C1.\_\_\_\_\_ GmbH dort ihren Sitz (vgl. nachstehend Ziff. 11b). F.\_\_\_\_\_ liegt jedoch im Bezirk Bülach. Für Zürich gibt es somit keinen gesetzlichen Gerichtsstand.
9. Im Bestellvertrag wird in Fettdruck festgehalten: "Erfüllungsort und Gerichtsstand ist F.\_\_\_\_\_". Das bei Vertragsabschluss geltende Gerichtsstandsgesetz sah für Klagen aus Vertrag lediglich den Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei vor (Art. 3 ff. GestG). Den Gerichtsstand des Erfüllungsortes kannte das bisherige Recht nicht (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 31 N 1). Demnach hatten die Parteien, falls der Vertrag so abgeschlossen wurde, einen Gerichtsstand in F.\_\_\_\_\_ vereinbart.

Aus der im Bestellvertrag enthaltenen Gerichtsstandsklausel ergibt sich somit keine Zuständigkeit für das Bezirksgericht Zürich.

10. a) Eine weitere, zweite Gerichtsstandsvereinbarung findet sich nach dem Vortrag des Klägers in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).

Im Bestellvertrag ist vermerkt: "Dieser Vertrag enthält alle getroffenen Abmachungen. Der Besteller bestätigt, ein Exemplar erhalten, gelesen und akzeptiert zu haben und für den Abschluss dieses Vertrages bevollmächtigt zu

sein. Die auf der Rückseite aufgeführten allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bilden Vertragsgegenstand." Der Kläger hatte der Vorinstanz drei Exemplare des kopierten Bestellvertrages eingereicht, wobei die Rückseite jeweils unbeschriftet war und somit keine AGB enthielt. Bei einer Kopie waren ebenfalls in Kopie "Geschäftsbedingungen der C1.\_\_\_\_\_ GmbH" mit dem handschriftlichen Vermerk "B.\_\_\_\_\_" angeheftet (act. 2/1).

b) Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass aufgrund der bei ihr eingereichten Kopien nicht eruierbar ist, ob es sich bei den angehefteten AGB tatsächlich um die AGB handelt, welche gemäss Hinweis im Bestellvertrag auf der Rückseite des Original-Bestellvertrages, der vor Vorinstanz nicht eingereicht worden war, abgedruckt waren. Es kann dabei offen gelassen werden, ob es sich beim im Beschwerdeverfahren eingereichten, vom Kläger als Original bezeichneten Bestellvertrag (act. 23/2) um ein unzulässiges Novum handelt. Ob die AGB auf der Rückseite des Vertrages vorhanden waren und der Beklagten somit zugänglich gemacht worden sind, was Voraussetzung ist, damit diese zum Vertragsinhalt hätten gemacht werden können, muss heute nicht geklärt werden. Auch das Berücksichtigen der AGB vermöchte nämlich den Gerichtsstand Zürich nicht zu begründen.

11. a) Gemäss Art. 17 Abs. 1 ZPO können Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Vorliegend datiert der vor Vorinstanz eingereichte Vertrag, wie bereits erwähnt, aus dem Jahre 2009 und wurde somit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO) abgeschlossen. In den Übergangsbestimmungen der ZPO sieht Art. 406 ZPO vor, dass sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat, bestimmt. Zur Anwendung gelangt demzufolge Art. 9 Abs. 2 GestG. Danach muss eine Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich abgeschlossen werden, wobei Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und E-Mail einer schriftlichen Vereinbarung gleichgestellt sind. Das Gerichtsstandsge-

setz ist nicht nur in Bezug auf die Form, sondern auch auf die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung im Hinblick auf zwingende und teilzwingende Gerichtsstände anzuwenden (Art. 406 ZPO; KUKO ZPO-DOMEJ, 2. Auflage 2014, Art. 406 N 2; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Auflage 2017, Art. 406 N 2). Die Wirkungen einer altrechtlichen Gerichtsstandsvereinbarung bestimmen sich nach Art. 404 ZPO. Sie richten sich in jedem Fall, unabhängig davon, ob ein entsprechendes Verfahren bereits vor dem 1. Januar 2011 rechtshängig war oder nicht, nach Art. 17 ZPO (DANIEL FÜLLEMANN, DIKE Komm-ZPO, Art. 406 N 3). Gemäss Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO begründet eine Gerichtsstandsvereinbarung vermutungsweise eine ausschliessliche Zuständigkeit (ZK ZPO-HEDINGER/HOSTETTLER, Art. 17 N 28). Das in der Vereinbarung genannte Gericht ist zur Behandlung des Rechtsstreits verpflichtet. Eine Ablehnung der Zuständigkeit wegen fehlendem örtlichen und sachlichem Bezug der Streitigkeit zum vereinbarten Gerichtsstand, wie das Art. 9 Abs. 3 GestG vorsah, ist nicht mehr möglich.

b) Vorliegend ist die (zweite) Gerichtsstandsvereinbarung Teil eines vom Kläger vorgefertigten Formularvertrages (AGB), weshalb die Nachweisbarkeit in Textform somit ohne weiteres gegeben ist.

Bei einer Gerichtsstandsvereinbarung handelt es sich um einen Prozessvertrag. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt eine vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung eine selbständige, vom Vertragsganzen unabhängige prozessrechtliche Abrede dar (ZBJV 154/2018 S. 367). Zwar wirken Gerichtsstandsvereinbarungen, wie auch Verträge, grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien. Sofern sie aber nicht rein persönlichen Charakter haben, sind sie auch für ihre Rechtsnachfolger verbindlich (BGE 87 I 53 Erw. 2.3.b). Steht kein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien fest, so ist die Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 132 III 268 Erw. 2.3.2). Ob ein gültiger Verzicht auf den Wohnsitzgerichtsstand vorliegt, hängt davon ab, ob der Vertragspartner des Verzichtenden in guten Treuen annehmen durfte, sein Kontrahent habe mit dem Akzept zum Vertrag auch der Gerichtsstandsvereinbarung zugestimmt (BGE

109 Ia 55 Erw. 3a; 104 Ia 280 Erw. 3 S. 280; BGer 4A\_247/2013 vom 14. Oktober 2013 Erw. 2.1.2). Für das Zustandekommen einer Prorogation ist erforderlich, dass die Parteien hinreichend klar bestimmen, welches Gericht sie als zuständig erklären, damit das angerufene Gericht zweifelsfrei seine Zuständigkeit feststellen kann (BGE 132 III 268 Erw. 2.3.3; BGer 4A\_568/2017 v. 27. April 2018, Erw. 3).

Die zu beurteilende Vertragsklausel lautet wie folgt: "Sämtliche Rechtsbeziehungen des Inserenten mit der C1.\_\_\_\_\_ GmbH, basierend auf diesem Vertrag, unterstehen dem schweizerischen Recht. Erfüllungsort sowie ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Verfahrensarten ist Zürich (Schweiz). Die C1.\_\_\_\_\_ GmbH hat indessen auch das Recht, den Inserenten beim zuständigen Gericht seines Firmensitzes oder vor jedem anderen zuständigen Gericht zu belangen."

Mit dem letzten Satz wird einerseits auf den (damaligen) Sitz des Verlages in F.\_\_\_\_\_ und andererseits auf die gesetzlichen Gerichtsstände verwiesen. Indem nun zusätzlich für alle Verfahrensarten Zürich als Erfüllungsort und ausschliesslicher Gerichtsstand genannt wird, stehen die AGB im Widerspruch zum im Bestellvertrag ausdrücklich genannten Erfüllungsort und Gerichtsstand F.\_\_\_\_\_. Damit mangelt es dieser Gerichtsstandsklausel an einer klaren Bezeichnung des zuständigen Gerichtes. Angesichts der widersprüchlichen vertraglichen Bestimmungen im Bestellvertrag und in den AGB kommt in den AGB nach dem Vertrauensprinzip kein hinreichend klarer Wille der Parteien zum Ausdruck. Zuzufolge Widersprüchlichkeit liegt daher keine gültige Gerichtsstandsvereinbarung vor (vgl. dazu BGer 4A\_4/2015 vom 9. März 2015 Erw. 2 ff.). Irrelevant sind diesbezüglich die Ausführungen des Klägers zu den früheren Verträgen mit dem Gerichtsstand Zürich, die zudem dem Novenverbot unterliegen. So sollen anfangs 2009 die Bestellverträge von seinem beigezogenen Anwalt überarbeitet worden sein und der Erfüllungsort und Gerichtsstand sei von "Zürich" auf "F.\_\_\_\_\_" abgeändert worden. Der Sitz der Firma sei zwar in F.\_\_\_\_\_ gewesen, aber die Produktion sei in Zürich erfolgt (act. 21, vgl. vorstehend, Ziff. 6.a). Weshalb es zu den

widersprüchlichen vertraglichen Bestimmungen gekommen ist, ist indes nicht von Belang. Demzufolge lässt sich keine Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Zürich begründen. Ob das Bezirksgericht Bülach für die Behandlung der vorliegenden Klage zuständig ist, muss heute nicht geprüft werden.

12. Über die materiellen Einwendungen der Beklagten zum Bestand der Forderung, insbesondere über die Frage der Verjährung muss heute nicht entschieden werden. Darüber wird das örtlich zuständige Gericht zu entscheiden haben, sofern der Kläger überhaupt noch an seiner Klage festhalten will.
13. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.
14. a) Für das zweitinstanzliche Verfahren sind umständehalber keine Kosten zu erheben. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin aber eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO), weil eine solche auch vor Vorinstanz angefallen wäre, wenn die Beschwerdegegnerin die Unzuständigkeitseinrede dort erhoben hätte.  
  
b) Die Beklagte verlangt für die anwaltliche Vertretung eine Parteientschädigung in der Höhe von 750.–. Sie macht einen Aufwand von 3 Stunden geltend (act. 33 S. 4). Zur Anwendung gelangt die Verordnung des Obergerichtes über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Entgegen der vom Rechtsvertreter der Beklagten offenbar vertretenen Ansicht bemisst sich die Parteientschädigung nicht nach dem von ihm geltend gemachten Stundenaufwand multipliziert mit einem bestimmten Stundenansatz. Vielmehr ist anhand des Streitwertes eine Grundgebühr festzulegen, welche gegebenenfalls um Zuschläge zu erhöhen ist (§ 4 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 3'392.55 liegt die verlangte Parteientschädigung im Rahmen der Grundgebühr. Der Kläger ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 750.– zu bezahlen. Ein Ersatz der Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt (act. 33).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.  
Der Kostenvorschuss von Fr. 720.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsrechts des Staates.
3. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 750.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht, 10. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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. 3'392.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: