

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP200049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 25. Februar 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ **SA,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Oktober 2020; Proz. FV200091**

Erwägungen:

1. Gestützt auf die von A._____ (Kläger und Beschwerdeführer) namens seiner Einzelfirma C1._____ 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 13. 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. 11). 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. 25).

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. 22):

- "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. 27). Die Verfügung wurde ihm am 24. November 2020 zugestellt (act. 28), somit lief

die 10-tägige Frist am 4. Dezember 2020 ab. Der Kostenvorschuss wurde erst am 7. Dezember 2020 bezahlt (act. 29). 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.

3. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort ist deshalb zu verzichten (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-20). 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. 26), mit der Beschwerde wurde indes eine von A._____ unterzeichnete Vollmacht vom 29. Oktober 2020 eingereicht, welche D._____ ausdrücklich zur Beschwerdeerhebung legitimiert (act. 23), 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 beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

5. a) Nachdem die Beklagte nach Erhalt der Zuteilungsverfügung beim Bezirksgericht die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben hatte (act. 7), 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 schein 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 Erfüllungsort der charakteristischen Leistung zur Verfügung. Im Bestellvertrag vom 2. Juni 2009 werde als Erfüllungsort 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. Auch habe die Beklagte mit ihrer Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit klargestellt, sich auf ein Verfahren in Zürich nicht einlassen zu wollen (act. 25 Erw. II.2.3). Die beklagte Partei bestreite ferner die Vereinbarung eines Gerichtsstandes (act. 7). In der Kopie des genannten Bestellvertrags vom ... 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 S. 2. Seite) (act. 25 Erw. II.3.2). 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, welche gemäss Hinweis auf der Rückseite des Original-Bestellvertrages abgedruckt gewesen seien bzw. von welchen die Vertragspartei überhaupt hätte Kenntnis nehmen können. Da die beklagte Partei bestreite, überhaupt eine Gerichtsstandsvereinbarung

mit der klagenden Partei getroffen zu haben, und sich auch die Gerichtsstände gemäss den zusammengehefteten Kopien der AGB (act. 2/1 2. Seite) und des Bestellvertrags (act. 2/1 1. Seite) nicht deckten, sei nicht rechtsgenügend dargetan, ob die seitens der klagenden Partei eingereichten kopierten Dokumente mit schwer lesbaren Unterschriften überhaupt echt seien und damit überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien bzw. 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. 25 Erw. II.3.4). Auf die Klage sei mangels örtlicher Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich nicht einzutreten und das Verfahren sei demgemäss abzuschreiben (act. 25 Erw. II.4).

b) 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._____ [Ort] 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 angegeben, 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 bäte 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 (act. 22).

6. 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-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-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 18 N 10).

b) Aufgrund des Streitwertes war die vorliegende Klage im vereinfachten Verfahren zu behandeln. Der Kläger stützt seine Forderung auf einen von der C2._____ GmbH mit der Beklagten abgeschlossenen Bestellvertrag vom 2. Juni 2009 für Einträge in Orts- und Stadtplänen (act. 2/1). Sämtliche Debitoren der C2._____ GmbH wurden am 1. November 2012 an die C1._____ abgetreten (act. 12). Bereits nach Erhalt der Zuteilungsverfügung erhob die beklagte Partei bei der Vorinstanz die Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit. Sie machte geltend, sie habe nie einen Vertrag unterzeichnet und auch nie eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen (act. 7). Auch im Sühnverfahren, dem sie unentschuldigt fern blieb, hatte sie die Einrede erhoben (act. 1A S. 2). Die Beklagte erhob ihre Unzuständigkeitseinrede ohne Kenntnis des vom Kläger eingereichten Vertrages und der Globalzession. Üblicherweise erfolgt die Einrede 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). Vorliegend forderte die Vorinstanz den Kläger nach Erstattung des Kostenvorschusses mit Verfügung vom 1. September 2020 u.a. auf, eine verbesserte Klageschrift mit Stellung des Rechtsbegehrens und der Bezeichnung des Streitgegenstandes einzureichen sowie zur Prozessvoraussetzung der örtlichen Zuständigkeit Stellung zu nehmen (act. 9). Der Kläger reichte in der Folge eine Klageschrift mit Rechtsbegehren und Begründung ein unter Beilage der obenerwähnten Globalzession (act. 11-12). Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit liess sich der Kläger nicht vernehmen. Dies holt er nun in seiner Beschwerde nach.

7. a) Es kann offen gelassen werden, ob die Vorinstanz der Beklagten den Vertrag und die Globalzession zur Stellungnahme hätte unterbreiten müssen, bevor sie einen Entscheid fällte, ist doch die Beschwerde, wie darzulegen sein wird, abzuweisen. Aufgrund der fehlenden Einlassung prüfte die Vorinstanz zu Recht die örtliche Zuständigkeit.

b) Die Beklagte hat ihren Sitz in E._____, weshalb E._____ als Gerichtsort 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 C2._____ GmbH dort ihren Sitz (vgl. nachstehend Ziff. 8b). F._____ liegt jedoch im Bezirk Bülach. Für Zürich gibt es somit keinen gesetzlichen Gerichtsstand.

8. 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, was die Beklagte bestreitet (act. 7), einen Gerichtsstand in F._____ vereinbart.

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

9. 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 C2._____ 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 die Vorinstanz den Kläger hätte auffordern müssen, das Original nachzureichen bzw. ob es sich beim im Beschwerdeverfahren eingereichten, vom Kläger als Original bezeichneten Bestellvertrag, um ein unzulässiges Novum handelt. Selbst wenn das "Original" berücksichtigt würde, brächte es keine Klarheit. Dieser Bestellvertrag enthält zwar auf der Rückseite AGB, diese sind jedoch sprachlich nicht völlig identisch mit den in act. 2/1 angehefteten AGB. So wird in der linken Spalte im 5. Absatz das konjugierte Verb verhindern von "verhindert" (act. 2/1) in "verhindern" (act. 24/2) korrigiert. Eine weitere Rechtschreibkorrektur findet sich im 1. Absatz auf der rechten Spalte, nämlich "Punktlichen Raten Zahlungen" (act. 2/1) wird korrigiert in "pünktlichen Ratenzahlungen" (act. 24/2). Inhaltlich stimmen zwar die beiden AGB-Varianten überein, jedoch ist aufgrund der Abweichungen überhaupt nicht klar, welche AGB - und ob überhaupt - auf der Rückseite des Bestellvertrages aufgeführt waren. Aufgrund der Abweichungen der beiden AGB bestehen jedenfalls Zweifel, ob die Seite 2 auf dem "Original" Bestellvertrag zur Zeit des Vertragsabschlusses in dieser Fassung vorlag. 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.
10. 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 Gerichtsstandsgesetz 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 persönli-

chen 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 diese 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_247/2913 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 C2._____ GmbH, basierend auf diesem Vertrag, unterstehen dem schweizerischen Recht. Erfüllungsort sowie ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Verfahrensarten ist Zürich (Schweiz). Die C2._____ 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 hinreichender 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, die zudem dem Novenverbot unterliegen. So sollen anfangs 2009 die Bestellverträge von ihrem 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. 22 S. 1). 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.

11. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.
12. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr im Kanton Zürich berechnet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Ausgehend von einem Verfahrensstreitwert in Höhe von Fr. 3'392.55 (vgl. act. 1A und act. 25 S. 2) ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 720.-- festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist der Beschwerdegegnerin mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären, nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 720.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 22, 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: