

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP130005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

## Urteil vom 10. Juli 2013

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen eine Zwischenverfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Januar 2013; Proz. FV120243**

## **Erwägungen:**

### **I.**

*(Übersicht zum unstreitigen Sachverhalt/Prozessgeschichte)*

**1. - 1.1** Am 16. Mai 2008 schlossen A. \_\_\_\_\_ als sog. Leasingnehmer und die C. \_\_\_\_\_ plc, Zweigniederlassung Schweiz, als sog. Leasinggeberin einen Leasingvertrag über ein Fahrzeug vom Typ Mazda CX-7 2.3 Sport. A. \_\_\_\_\_ bestätigte dabei ausdrücklich, das Fahrzeug werde von ihm beruflich bzw. gewerblich verwendet. Die Parteien sahen deswegen eine Gerichtsstandregelung vor, in der sie Zürich bzw. "Zürich 1" als ausschliesslichen Gerichtsstand bestimmten (vgl. act. 4/1).

**1.2** Die B. \_\_\_\_\_ vertritt die Auffassung, A. \_\_\_\_\_ schulde ihr aufgrund des Fahrzeugleasingvertrags vom 16. Mai 2008 den Betrag von Fr. 18'895.10. Die entsprechende Forderung setzte sie gegen Ende September 2011 in Betreibung. Im Juli 2012 ersuchte sie zudem das Friedensrichteramt am Wohnsitz von A. \_\_\_\_\_ in Winterthur um Schlichtung.

Die Schlichtungsverhandlung fand am 11. September 2012 statt. Es erschienen zu ihr D. \_\_\_\_\_, Mitarbeiter der B. \_\_\_\_\_, sowie A. \_\_\_\_\_. Die Parteien gelangten zu keiner Einigung, nachdem A. \_\_\_\_\_ die Forderung bestritten und die B. \_\_\_\_\_ an dieser festgehalten hatte (vgl. act. 1 S. 1 und act. 24 S. 4 [insbes. Rz. 9]). Das Friedensrichteramt stellte daraufhin der B. \_\_\_\_\_ am 13. September 2012 die Klagebewilligung aus (vgl. act. 1).

**1.3** Die B. \_\_\_\_\_ erhob mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2012 (act. 2-4) beim Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht) gegen A. \_\_\_\_\_ Klage auf die Bezahlung der Fr. 18'895.10 nebst Zinsen usw. (vgl. act. 2 S. 2). Sie stützte sich dabei auf die Klagebewilligung vom 13. September 2012 (act. 1).

**2.** Das Einzelgericht verlangte von der B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend nur: die Klägerin) einen Kostenvorschuss und holte nach deren Eingang eine schriftliche Klageantwort von A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend nur: der Beklagte) ein. In seiner Klageantwort beantragte der Beklagte, es sei auf die Klage nicht einzutreten, weil die Klagebewil-

ligung ungültig sei und es daher an einer Prozessvoraussetzung fehle. Das Einzelgericht beschränkte sein Verfahren daher einstweilen auf die Eintretensfrage und wies den Antrag des Beklagten am 29. Januar 2013 ab (vgl. act. 26 [= act. 18 = act. 25/1).

**3.** Der Beklagte führt dagegen Berufung. Sein entsprechender Schriftsatz datiert vom 1. März 2013 (vgl. act. 24 f.). Beantragt wird darin zum einen die Aufhebung der einzelgerichtlichen Verfügung vom 29. Januar 2013 sowie zum andern, es sei auf die Klage nicht einzutreten.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Nach deren Eingang wurde der Beklagte am 19. März 2013 angehalten, sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren, das er mit der Berufung gestellt hatte, in einzelnen Punkten noch näher zu begründen und zu belegen. Am 22. Mai 2013 wurde dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und der Klägerin Frist zur schriftlichen Berufungsantwort angesetzt. Die Klägerin erstattete ihre Antwort am 21. Juni 2013 (vgl. act. 35) und beantragt die Bestätigung des einzelgerichtlichen Zwischenentscheides vom 29. Januar 2013 (a.a.O., S. 2).

Mit dem Eingang der schriftlichen Berufungsantwort ist der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel abgeschlossen. Dem Beklagten wurde noch ein Doppel von act. 35 zugestellt (vgl. act. 36). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### *(Zur Berufung im Einzelnen)*

**1.** Zwischen den Parteien ist umstritten, ob das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, die ihm vorgelegte Klage vom 12. Dezember 2012 in der Sache prüfen darf. Unstrittig ist immerhin, dass das Einzelgericht für die Beurteilung der Klage in der Sache an sich örtlich – aufgrund der Gerichtsstandvereinbarung im Leasingvertrag – sowie sachlich und funktionell (vgl. § 24 lit. a GOG i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO) zuständig wäre. Der Streit dreht sich jedoch um die Frage, ob sich die Klägerin auf die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Winterthur vom 13. September 2012 stützen kann, weil sich dieses Amt nicht am vereinbarten Gerichtsstand in Zürich befindet. Ist das zu verneinen, so bleibt für die Prüfung der Klage

in der Sache durch das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, nämlich kein Raum. Darin sind sich sowohl das Einzelgericht als auch die Parteien einig.

Das Einzelgericht hat die Frage indessen bejaht, und zwar richtigerweise in einem sog. Zwischenentscheid i.S. des Art. 237 i.V.m. Art. 219 ZPO. Das Einzelgericht gelangte aufgrund einlässlicher Erwägungen zu diesem Ergebnis. Diese sind hier nicht mehr einzeln wiederzugeben, sondern es ist – zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen – auf sie zu verweisen (vgl. act. 26 S. 4-6).

**2.** Der Beklagte hält im Wesentlichen dafür, mangels örtlicher Zuständigkeit des Friedensrichteramtes Winterthur sei dessen Klagebewilligung ungültig. Die Klage habe daher trotz der "Klagebescheinigung" dieses Amtes "nicht prosequiert werden" (vgl. act. 24 S. 5) können. Denn es fehle für das gerichtliche Verfahren an einer Prozessvoraussetzung (a.a.O.). Das Einzelgericht habe das verkannt und damit das Recht, nämlich die Zivilprozessordnung, falsch angewandt (vgl. act. 24 S. 4). Die Klägerin ihrerseits vertritt im Wesentlichen die Auffassung, entscheidend sei, dass materiell ein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden sei. Das sei Prozessvoraussetzung. Hinzu komme, dass den Parteien aus dem Schlichtungsversuch vor der örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde – wie das Einzelgericht richtigerweise festgehalten habe – keine Nachteile erwachsen seien (vgl. act. 35 S. 8).

Auf die Vorbringen der Parteien in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens ist im Folgenden näher einzugehen, soweit diese Vorbringen für die Entscheidungsfindung wesentlich sind.

**3.** Das Einzelgericht hat sich in den Erwägungen Ziffern 3.1-3.6 einlässlich und sachlich zutreffend mit dem Streitthema befasst. Es erwog dabei im Wesentlichen, ein Aussöhnungsversuch vor der Schlichtungsbehörde am Wohnsitz eines Beklagten, der tatsächlich und ohne Vorbehalte des Beklagten durchgeführt worden sei, habe den vom Gesetzgeber mit dem Schlichtungsverfahren angestrebten Zweck verwirklicht. Eine blosser Wiederholung ergebnisloser Aussöhnung vor der zuständigen Behörde würde sich als sinnlos erweisen und widerspräche zudem einer effizienten und sachgerechten Abwicklung eines Geschäftes, wie es das Gesetz wolle. Ferner verwies es darauf, dass der Beklagte nicht stichhaltig vorge-

bracht habe, was im Fall der Parteien einen nochmaligen Aussöhnungsversuch zu rechtfertigen vermöchte.

Die hier nur verknüpft wiedergegebenen Erwägungen des Einzelgerichts erweisen sich grundsätzlich als zutreffend und vermögen den angefochtenen Entscheidung für sich allein zu tragen. Es kann daher auf sie abgestellt werden und es ist in diesem Sinne auf sie (vgl. act. 26 S. 5-6) zu verweisen.

Ergänzend bzw. verdeutlichend anzumerken ist dazu noch, dass dem Beklagten durch die Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung an seinem Wohnsitz kein Nachteil erwachsen ist, bzw. keine vergleichbaren Umtriebe entstanden sind wie dann, wenn er nach Zürich an die Verhandlung hätte reisen müssen. Richtigerweise geht der Beklagte in der Berufung auf diesen Punkt gar nicht ein. Hervorzuheben ist ebenso, dass das Einzelgericht sachlich zutreffend festhielt, der Beklagte habe nichts Stichhaltiges vorgebracht, was entgegen dem von ihm – dem Einzelgericht – Erwogenen einen zweiten Aussöhnungsversuch rechtfertigen könnte. Will der Beklagte heute im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur anwaltlichen Vertretung (vgl. act. 24 S. 6) allenfalls das Gegenteil vortragen, so läge darin ein Novum, welches gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich bliebe. Denn Vortragen konnte der Beklagte das ohne Weiteres bereits dem Einzelgericht. Wie noch zu zeigen sein wird, erweist sich das in act. 24 S. 6 vom Beklagten Dargelegte seinerseits aus anderen Gründen nicht als stichhaltig. Weiterungen erübrigen sich daher im hier erörterten Zusammenhang.

**4.** Unabhängig von den Gesichtspunkten, von denen das Einzelgericht ausging und aufgrund deren es zu seinem Ergebnis gelangte, sind noch weitere Gesichtspunkte zu prüfen. (Soweit sich diese mit den vom Einzelgericht erwogenen allenfalls überschneiden, ergänzen sie diese immerhin noch zusätzlich).

**4.1** Dem Entscheidverfahren muss grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde vorausgehen (vgl. Art. 197 ZPO). Dieses findet ebenso grundsätzlich seinen Abschluss, nachdem eine vertrauliche Verhandlung stattgefunden hat, die dem Zweck dient, zwischen den Parteien eine Einigung zu finden. Kommt es zu keiner Einigung (oder ist die beklagte Partei säumig), so erteilt die Schlichtungsbehörde – wiederum im Grundsatz – die Klagebewilligung (vgl.

Art. 209 Abs. 1 ZPO). Diese berechtigt in der Regel während dreier Monate nach der Eröffnung zur Klage im Entscheidungsverfahren (vgl. Art. 209 Abs. 3 ZPO). Die Klagebewilligung ist zusammen mit der Klage dem Gericht einzureichen (vgl. Art. 221 Abs. 2 lit b ZPO und Art. 244 Abs. 3 lit. b ZPO).

In der Botschaft zur ZPO wurde festgehalten, das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung stelle eine Prozessvoraussetzung dar (vgl. BBl 2006 7333 bzw. FF 2006 6941), welche das Gericht grundsätzlich nach dem Eingang einer Klage (vgl. dazu Art. 59 ZPO) von Amtes wegen zu prüfen habe (vgl. dazu Art. 60 ZPO). Der Gesetzgeber bzw. das Parlament folgte dieser Auffassung ohne grosse Diskussion. Rechtsprechung und Literatur halten daher heute richtigerweise daran fest (vgl. BGer, Urteil 4A\_28/2013 vom 3. Juni 2013 E. 2.1 mit Verweisen). Weder die Botschaft noch das Parlament haben allerdings näher umschrieben, worin die Ungültigkeit einer Klagebewilligung genau liegen kann. Auch dem Wortlaut des Gesetzes kann zu diesem Thema nichts entnommen werden; soweit er den Begriff der Klagebewilligung verwendet, erfolgt das stets ohne den Hinweis auf deren Gültigkeit bzw. Ungültigkeit (vgl. Art. 207, 209, 211, 213, 221 und 244 ZPO sowie die Überschrift zum 3. Kapitel des 1. Titel im zweiten Teil des Gesetzes zu den Besonderen Bestimmungen).

Aus der Regelung im 3. Absatz von Art. 209 ZPO lässt sich immerhin schliessen, dass eine Klagebewilligung mit ihrer Eröffnung durch die Schlichtungsbehörde Gültigkeit bzw. Wirksamkeit erlangt und in der Regel mit dem Ablauf der Dreimonatsfrist diese verliert, also insofern ungültig wird. Richtigerweise ist der Verfall der Klagebewilligung vom 13. September 2012 i.S. des Art. 209 Abs. 3 ZPO zwischen den Parteien kein Thema.

Ungültig bzw. unwirksam, nämlich nichtig (frz.: nul) ist zudem gemäss den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung ein Akt, der von einer dafür offenkundig sachlich bzw. funktionell unzuständigen Behörde erlassen wird. Diese Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (vgl. BGE 116 Ia 215 [217], 122 I 97 [99], 127 II 32 [47 f.] sowie 137 I 273 [275 f.] mit Verweisen auf weitere jüngere Entscheide). Diese allgemeinen Prinzipien gelten konsequenterweise ebenfalls für Akte sachlich offensichtlich (frz.: manifestement) unzuständiger Behörden der Zivilrechtspflege, also auch für Akte der Schlichtungsbehörden wie die Ausstellung

von Klagebewilligungen (vgl. BGer, Urteil 4A\_28/2013 vom 3. Juni 2013 E. 2.1).  
Übrige fehlerhafte Akte gelten demgegenüber gemäss diesen allgemeinen Prinzipien nicht als unwirksam bzw. nichtig, sondern lediglich als anfechtbar, insbesondere solche örtlich unzuständiger Behörden.

**4.2** Die Zivilprozessordnung kennt zwei Typen von Schlichtungsbehörden mit unterschiedlichen sachlichen Zuständigkeiten, nämlich einerseits die paritätischen Schlichtungsbehörden gemäss Art. 200 ZPO sowie andererseits die übrigen Schlichtungsbehörden. Im Übrigen überlässt die Zivilprozessordnung den Kantonen die Organisation ihres Gerichtswesens (vgl. Art. 3 ZPO) und damit zum einen die Einteilung des jeweiligen Kantonsgebietes in sog. Gerichtssprengel und zum anderen die Bestimmung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit der kantonalen Behörden bzw. Gerichte (vgl. Art. 4 Abs. 1 ZPO) innerhalb der sog. Gerichtssprengel.

Im Kanton Zürich sind – ausgenommen die Sachbereiche, in denen das Bundesrecht gemäss Art. 200 ZPO das Wirken paritätischer Schlichtungsbehörden verlangt – die Friedensrichterämter die sachlich zuständigen Schlichtungsbehörden. Richtigerweise ist daher auch die sachliche Zuständigkeit des Friedensrichteramtes Winterthur zur Schlichtung in einem Streit, wie er zwischen den Parteien besteht, hier kein Thema.

**4.3 - 4.3.1** Die örtliche Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden bzw. Friedensrichterämter beschränkt sich nach kantonalem Recht auf ihren Amtskreis (Sprengel), aber es ist die ZPO, welche in den Art. 9 ff. bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Schlichtungsbehörde örtlich zuständig ist. Namentlich gelten daher die allgemeinen Bestimmungen der ZPO zur zwingenden örtlichen Zuständigkeit (vgl. Art. 9 ZPO) sowie – nur sachgemäss – u.a. auch die Regeln für vereinbarte Gerichtsstände und zur Einlassung (vgl. Art. 17 f. ZPO), welche stets dann ergänzend zum Zuge kommen können, wenn die Gerichtsstandsbestimmungen der ZPO keine (teil)zwingende Zuständigkeit vorsehen. Denn gölten die ergänzenden Vorschriften der Art. 17 f. ZPO nicht auch für die Schlichtungsbehörden (in Bezug auf deren Verfahren), wäre es ausgeschlossen, einen Schlichtungsversuch am vereinbarten Gerichtsstand durchzuführen, weil es den Parteien

ja versagt wäre, für das Schlichtungsverfahren im Voraus eine von der nicht-zwingenden gesetzlichen Ordnung abweichende örtliche Zuständigkeit zu vereinbaren. Ebenso wäre es einer Partei versagt, sich im konkreten Einzelfall auf einen Schlichtungsversuch vor einer örtlich unzuständigen Behörde einzulassen. Warum endlich das eine (Vereinbarung im Voraus gemäss Art. 17 ZPO) zwar zulässig sein sollte, hingegen das andere (Einlassung gemäss Art. 18 ZPO auf die Schlichtung bzw. das Schlichtungsverfahren) gerade nicht, wie der Beklagte vorträgt (vgl. act. 24 S. 5, dort Ziff. 12), fände weder im geltenden Gesetz eine Stütze noch sonst eine sachlich nachvollziehbare Rechtfertigung.

Anderes lässt sich auch aus dem BGE 87 I 53 (59) sowie den dort zitierten weiteren Entscheiden des Bundesgerichts zum alten Recht für die Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden nicht herleiten. Festgehalten wird dort im Wesentlichen, die Einlassung auf ein Sühn- bzw. Schlichtungsverfahren beinhalte noch keinen Verzicht auf die Einrede der (örtlichen) Zuständigkeit vor dem nachfolgend angerufenen Gericht (in diesem Sinne denn auch z.B. SUTTER-SOMM/HEDIGER, in: Kommentar zur ZPO, 2. A. Zürich 2013, Art. 18 N 10).

**4.3.2** Hier liegen die Dinge indessen umgekehrt: Der Beklagte bringt nicht vor, das von der Klägerin angerufene Einzelgericht in Zürich sei örtlich unzuständig. Er rügt, es sei das Friedensrichteramt Winterthur zur Schlichtung örtlich unzuständig gewesen, und zwar richtigerweise nicht wegen der Verletzung einer zwingenden Gerichtsstandsbestimmung der ZPO (in diesem Fall wäre das Friedensrichteramt Winterthur im Übrigen offensichtlich örtlich unzuständig gewesen). Der Beklagte beruft sich vielmehr darauf, die Parteien hätten im Rahmen der ihnen zustehenden Möglichkeiten Zürich als Gerichtsstand vereinbart (und das habe sich auch auf das Schlichtungsverfahren bezogen).

Mit einer Gerichtsstandsvereinbarung, wie sie die Parteien unbestrittenermassen abgeschlossen haben, wird lediglich ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet (vgl. Art. 17 Abs. 1 ZPO), und zwar einer, der vom ordentlichen Wohnsitzgerichtsstand des Art. 31 ZPO abweicht. Die Ausschliesslichkeit hindert die Parteien allerdings – wie gesehen – nicht, ihre Streitigkeit im konkreten Einzelfall auch einer (Schlichtungs-)Behörde an einem anderen Ort als dem Vereinbarten zu unterbreiten (z.B. am ordentlichen Wohnsitzgerichtsstand). Namentlich kann

sich eine beklagte Partei auf ein Schlichtungsverfahren am Wohnsitzgerichtsstand gemäss Art. 31 ZPO einlassen, indem sie ohne Widerspruch der Vorladung der (Schlichtungs-)Behörde folgt und an deren Verhandlung teilnimmt, sich dem Schlichtungsversuch einer örtlich nicht offensichtlich unzuständigen Behörde also vorbehaltlos unterzieht und damit die Zuständigkeit dieser Behörde insoweit anerkennt, obwohl ihr aufgrund der von ihr selbst abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung bekannt ist, dass diese Behörde örtlich an sich unzuständig wäre.

Genau so hat sich der Beklagte verhalten: Als am Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung Beteiligter war ihm diese ebenso bekannt wie der Klägerin (erstellt das daher zu Recht nicht in Abrede). Er folgte sodann unbestrittenermassen (insbesondere auch laut eigenem Bekunden) der Einladung des Friedensrichteramtes Winterthur, also der an seinem ordentlichen Wohnsitzgerichtsstand gelegenen Behörde, die sich deswegen auch nicht als offenkundig örtlich unzuständig erachten konnte. Er nahm zudem an der Verhandlung teil, ohne weder im Voraus, noch bei Beginn der Verhandlung, noch während der Verhandlung anzumerken, als der Vertrag mit der Gerichtsstandsvereinbarung als Anspruchsgrundlage zur Sprache kam, er halte das Friedensrichteramt Winterthur als für die Schlichtung örtlich unzuständig (vgl. act. 24 S. 4 Ziff. 9: "Weder der ... Beklagte noch die Friedensrichterin haben ... auf die örtliche Unzuständigkeit ... aufmerksam gemacht"). Dass er diesen Einwand in der Verhandlung nicht hatte vorbringen können, behauptet er – wohl doch zu Recht – nicht, auch nicht mit seinen Hinweisen auf die fehlende (anwaltliche) Vertretung (vgl. act. 24 S. 4 [Ziff. 9] und S. 6 [Ziff. 16]). Nach eigenem Bekunden hinderte ihn die fehlende anwaltliche Vertretung einzig daran, "seine Prozessrisiken und -chancen bei diesem vorliegend komplexen Sachverhalt eines Gewerbeleasings und dessen Kündigung aufgrund eines Getriebebeschadens" (act. 24 S. 6) abzuschätzen. Und das habe seine Vergleichsbereitschaft erheblich gemindert (a.a.O.). Mit der Zuständigkeitsfrage hat das nichts zu tun und es kann daher offen gelassen werden, ob der Beklagte aus der fehlenden anwaltlichen Vertretung im Schlichtungsverfahren in dieser Hinsicht überhaupt etwas zu seinen Gunsten herleiten könnte (zumal es sich bei ihm ja um eine geschäftsgewandte Person handelt, der die Gerichtsstandsvereinbarung bekannt war).

Endlich behauptet der Beklagte auch nicht, er habe jedenfalls nach Beendigung der erfolglosen Schlichtung im Hinblick auf die Ausstellung der Klagebewilligung Einwände zur Unzuständigkeit erhoben. Das deckt sich mit der Sachdarstellung der Klägerin, wonach ein solcher Einwand vom Beklagten nie erhoben worden war, weshalb der Sachverhalt auch in diesem Punkt als erstellt gelten darf. Damit hat sich der Beklagte aber auf das Schlichtungsverfahren vor dem für seinen Wohnsitz örtlich zuständigen Friedensrichteramt Winterthur eingelassen und dessen Zuständigkeit zur Schlichtung anerkannt.

**4.3.3** Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Klagebewilligung vom 13. September 2012, die das Schlichtungsverfahren gesetzeskonform abschloss (vgl. Art. 209 Abs. 1 ZPO), von einem Friedensrichteramt ausgestellt wurde, dessen örtliche Zuständigkeit zur Schlichtung unbestritten, weil vom Beklagten anerkannt war. Folgerichtig kann sich die Klagebewilligung insoweit nicht als ungültig erweisen und fehlt – entgegen der Auffassung des Beklagten – diese Prozessvoraussetzung eben nicht. Weiteres ist hier nicht zu prüfen.

**4.4** Selbst wenn man dem bislang unter dieser Ziff. II/4 Erwogenen nicht folgen wollte (und ebenso wenig dem unter Ziff. II/3 Dargelegten), also die Klagebewilligung vom 13. September 2012 als ungültig erachtete, wäre für den Beklagten aus folgenden Gründen nichts gewonnen.

Gemäss Art. 52 ZPO haben sich alle an einem Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu verhalten. Diese Bestimmung übernimmt in Bezug auf das prozessuale Verhalten die Massstäbe, welche der Art. 2 ZGB für das Handeln der Parteien im Privatrechtsverkehr generell aufstellt. Verboten bzw. unbeachtlich ist daher prozessuales Verhalten der Parteien, welches den Tatbestand von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt. Darunter fallen u.a. das sog. widersprüchliche Verhalten, also ein *venire contra factum (vel dictum) proprium*, oder die Berufung auf einen (Form-)Mangel, der selbst absichtlich (z.B. durch Täuschung) herbeigeführt wurde, worin auch ein schikanöses bzw. mutwilliges Verhalten erblickt werden kann.

Der Beklagte beharrt darauf, wegen der im Leasingvertrag von den Parteien getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung könne nur in Zürich gegen ihn geklagt

werden (und damit zugleich: nicht in Winterthur) und es habe daher auch nur in Zürich ein gültiger Schlichtungsversuch bzw. ein gültiges Schlichtungsverfahren durchgeführt werden können. Er behauptet zudem nicht, er habe diesen Standpunkt erst heute eingenommen, weshalb als erstellt zu gelten hat, dass er den gleichen Standpunkt bereits eingenommen hatte, als er sich – wie gesehen, erstelltermassen – am Schlichtungsverfahren beteiligte. Gleichwohl hat er einen entsprechenden Einwand erstellermassen bis zum Abschluss des Verfahrens und mit Blick auf die ausstehende Klagebewilligung nie vorgetragen, wiewohl er das gekonnt hätte. Insoweit erweckte er gegenüber der Klägerin, der die Gerichtsstandsvereinbarung ja auch bekannt war, weil sie Partei des entsprechenden Vertrages war, den sachlich begründeten, weil – wie gesehen (vgl. vorn Ziff. II/4.3.1-2) – keinesfalls haltlosen Anschein bzw. Eindruck, er unterziehe sich der Schlichtung an seinem ordentlichen Wohnsitzgerichtsstand. Und so verstand die Klägerin den Beklagten, die Klageanhebung in Zürich zeigt es. Als vernünftige und korrekte Rechtsgenossin durfte die Klägerin das Verhalten des Beklagten dem erweckten Anschein entsprechend verstehen, nachdem der Beklagte selber nicht behauptet, sein Verhalten sei von der Klägerin tatsächlich anders verstanden worden, und das zu Recht: Denn dass dieses von ihm erweckte Verständnis seinem Standpunkt widersprach, hat er während des ganzen Verfahrens nie geäußert, also wider sein besseres Wissen (und insoweit absichtlich) verschwiegen. Die Berufung des Beklagten auf die Ungültigkeit der Klagebewilligung vor dem örtlich zuständigen Gericht widerspricht vor diesem Hintergrund offensichtlich einem Verhalten nach Treu und Glauben und wäre daher nicht zu hören.

Soweit der Beklagte darauf verweist, es sei von der Friedensrichterin die Frage der örtlichen Unzuständigkeit nicht aufgeworfen worden, kann er zu seinen Gunsten nichts herleiten. Denn zum einen erwies sich das Friedensrichteramt, worauf bereits hingewiesen wurde, nicht als offensichtlich örtlich unzuständig. Von daher hatte die Friedensrichterin keinen Anlass, sich näher zur Zuständigkeitsfrage zu äussern, die folgt man dem Beklagten, zudem gar nie ein Thema war. Denn zum anderen behauptet der Beklagte ebenfalls nicht, die Klägerin habe verlangt, es sei eine Klagebewilligung auszustellen, die das Bezirksgericht Winterthur als örtlich zuständig bezeichne. Das behauptet(e) so endlich auch die Klägerin we-

der in der erstinstanzlichen Klageschrift noch in der Berufungsantwort (da widmet sie sich vor allem der rechtlichen Sicht), weshalb der Sachverhalt auch in diesem Punkt als erstellt zu gelten hat.

5. Als Ergebnis der vorstehenden Erwägungen (Ziff. II/3-4) lässt sich gesamthaft festhalten, dass der Beklagte mit seiner Auffassung und seinen Rügen aus mehreren, voneinander unabhängigen Gründen nicht durchdringt. Das führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung der angefochtenen Verfügung.

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist der erstinstanzliche Prozess weiter zu führen. Dem Beklagten ist allerdings vom Einzelgericht die schon am 19. Februar 2013 angesetzte Frist zur Klageantwort (vgl. act. 1) korrekterweise nochmals anzusetzen.

### III.

#### *(Kosten- und Entschädigungsfolgen)*

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren können noch nicht definitiv geregelt werden, sondern erst im Rahmen des einzelgerichtlichen Verfahrens mit dessen Erledigung, und zwar gemäss dem Verfahrensausgang (vgl. Art. 104 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Sie sind deshalb dem Endentscheid des Einzelgerichtes vorbehalten, welches dabei auch zu berücksichtigen haben wird, dass dem Beklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung vom Vorschussleistungen und von den Gerichtskosten) bewilligt wurde. Über eine allfällige Entschädigung der dem Beklagten für das Berufungsverfahren ebenfalls bewilligten unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird demgegenüber von der Kammer zu entscheiden sein, allerdings erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des derzeit vor dem Einzelgericht noch pendenten Verfahrens.

Heute ist somit einzig die Entscheidgebühr festzusetzen, und zwar gemäss den Grundsätzen von §12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG (ausgehend vom Streitwert, der sich auf gerundet Fr. 18'895.- beläuft) sowie in Beachtung von § 9 Abs. 2 GebV OG.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und es wird die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 29. Januar 2013 bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Verlegung der Kosten des Berufungsverfahrens und die Festsetzung einer allfälligen Parteientschädigung werden dem Endentscheid des Einzelgerichts vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt rund Fr. 18'895.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: