

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP220018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

Urteil vom 10. Januar 2023

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____ AG, HGV,
Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. August 2022; Proz. FV220074

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 20'434.25 nebst
- 5% Zins seit 26. März 2021 auf CHF 12'780.40 und nebst
 - 5% Zins seit 3. März 2022 auf CHF 7'653.85 zu bezahlen.
2. Es sei der Beklagten zu untersagen, Bilder von A. _____ GmbH unerlaubt zu publizieren.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der beklagten Partei."

Verfügung des Bezirksgerichtes:

(act. 19 = act. 28)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf CHF 1'600.– festgesetzt. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens betragen CHF 540.–
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Der beklagten Partei wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien als Gerichtsurkunde, an die beklagte Partei unter Zustellung der Doppel von act. 18, act. 18/18 und act. 18/19.
6. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 26):

- "1. Die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 30. August 2022 (FV220074-L) sei aufzuheben und das Bezirksgericht Zürich sei anzuweisen, auf die Klage einzutreten, unter Aufhebung der Kostenfolgen, eventuell unter Reduktion der Entscheidgebühr.
2. Die vorinstanzlichen Akten seien dieser Berufung beizufügen.
3. Sämtliche Kosten und Verpflichtungen zu Entschädigungsleistungen inkl. Mehrwertsteuer seien der Beklagten zu auferlegen."

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 34):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) vermittelt als Modellagentur nichtprofessionelle Fotomodelle an Kunden für deren Werbung. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist u.a. in der Vermittlung sowie im Immobilienhandel tätig. Am 20. Mai 2022 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz eine Klage ein, mit welcher sie von der Beklagten die Kosten für die unrechtmässige Verwendung von Bildern eines Fotomodells (Verwendung über die vereinbarte Dauer hinaus) sowie eine Konventionalstrafe gemäss ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) fordert (act. 1, 2 und 3/1-9; act. 26 S. 4).

Die Beklagte stellte innert der ihr mit Verfügung vom 2. Juni 2022 gestützt auf Art. 245 Abs. 2 ZPO angesetzten Frist für die schriftliche Stellungnahme den Antrag, es sei auf die Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht einzutreten und - sofern auf die Klage eingetreten werde - sei diese abzuweisen (act. 9). Die Vorinstanz erwog mit Verfügung vom 16. Juni 2022, es sei vorab die

Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu prüfen und setzte der Klägerin Frist an um zur Unzuständigkeitseinrede Stellung zu nehmen und dabei ihre Beweismittel abschliessend zu bezeichnen und einzureichen (act. 10). Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 27. Juni 2022 Stellung (act. 12), wozu sich die Beklagte wiederum am 12. Juli 2022 (act. 16) und die Klägerin am 25. Juli 2022 (act. 18) äusserte. Mit Verfügung vom 30. August 2022 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein und auferlegte der Klägerin die Verfahrenskosten (act. 19 = act. 28).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin am 7. Oktober 2022 Berufung (act. 26). Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses (act. 29 und act. 31) wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 32). Diese erging innert Frist am 11. November 2022 (act. 34). Die Berufungsantwort wurde der Klägerin zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs zur Kenntnis zugestellt (act. 35, act. 36), welche unerwidert blieb. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-24). Der Prozess ist spruchreif.

II.

1. Die Berufung wurde innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist erhoben (act. 26 i.V.m. act. 20). Sie enthält die eingangs aufgeführten Anträge und genügt auch im Übrigen den Anforderungen an eine Rechtsmitteleingabe. Es ist auf die Berufung einzutreten.

2. Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Die Parteien haben sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen und mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, weshalb dieser unrichtig sein soll. Dabei sind auch die Aktenstücke, auf die sich die Kritik stützt, genau zu bezeichnen. Es genügt nicht, die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen in der Rechtsmittelschrift zu wiederholen oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren (sog. appella-

torische Kritik; vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016 E. 2.2). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungswort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen; diese geben das Prüfprogramm vor. In rechtlicher Hinsicht kann das Berufungsgericht die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen. Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

3. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, die Klägerin könne nicht genügend beweisen, dass die von ihr angerufene Gerichtsstandsvereinbarung mit dem Gerichtsstand Zürich 1 gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) (act. 13/10) zwischen den Parteien Geltung erlangt habe. Auch könne die Klägerin aus dem Umstand, dass es die Beklagte versäumt habe, gegenüber dem Friedensrichteramt Zürich die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben, nicht auf eine Einlassung der Beklagten schliessen. Schliesslich könnten aus einem andern Verfahren keine Parallelen zum hier streitigen Verfahren gezogen werden. Es bleibe unklar, ob überhaupt und wenn ja, welche AGB zwischen ihr und der Beklagten Geltung erlangt hätten. Mangels Nachweis einer gültigen Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien und da die Beklagte ihren Sitz in C._____ habe, sei die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich nicht gegeben und auf die Klage sei nicht einzutreten (act. 28 S. 9).

4.1 Die Klägerin rügt in ihrer Berufungsschrift das Vorgehen der Vorinstanz und macht geltend, diese habe sich nicht an Art. 246 Abs. 1 ZPO gehalten, welcher zwingend vorschreibe, die notwendigen Verfügungen so zu treffen, dass eine Streitsache sich möglichst am ersten Termin erledigen lasse. Sodann habe sich die Vorinstanz der Fragepflicht entzogen, sich nicht um den Grundsatz "iura novit curia" gekümmert und die nicht anwaltlich vertretenen Parteien unnötigerweise in ein unverhältnismässig aufwändiges Schriftverfahren verwickelt und damit das Verfahren unnötig verzögert und verteuert (act. 26 S. 2).

4.2 Unter Verwendung des Klageformulars (act. 2) machte die Klägerin ihre Klage bei der Vorinstanz im vereinfachten Verfahren hängig, welches in den Art. 243 ff. ZPO geregelt ist. Merkmale des vereinfachten Verfahrens sind u.a. vorherr-

schende Mündlichkeit und Beschleunigung sowie vereinfachte Form. Das Leitbild des Gesetzgebers ist, ohne Rechtsvertreter an einer Verhandlung eine Lösung für die Parteien zu finden. Angesichts dieses Leitbilds des Gesetzgebers ist der Unmut der Klägerin darüber, dass das Verfahren bei der Prüfung der Frage der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts stehen geblieben ist, und noch keine Grundlagen für eine Entscheidung in der Sache gesichert werden konnten, bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar. Das Gericht hat bei der Leitung des vereinfachten Verfahrens, das sich, wie erwähnt, an den Grundzielen der Verfahrensbeschleunigung und der Laientauglichkeit orientieren soll, ein grosses Ermessen. Das in Art. 246 Abs. 1 ZPO formulierte Ziel, die Streitsache möglichst am ersten Termin zu erledigen, ist entgegen der Auffassung der Klägerin keine zwingende Gesetzesbestimmung, sondern als Ordnungsvorschrift zu verstehen (BSK-ZPO-MAZAN, 3. A., Art. 246 N 2; BK-ZPO-KILIAS, Art. 246 N 1). Gerade wenn die Prozessvoraussetzungen (vgl. Art. 59 Abs. 2 ZPO) strittig sind, lässt sich das Verfahren nicht am ersten und einzigen Termin erledigen.

4.3 Art. 245 ZPO gibt den Weg vor, wie bei den Klagen im vereinfachten Verfahren vorzugehen ist. Enthält die Klage eine Begründung, so stellt das Gericht sie der beklagten Partei zu (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Ebendies hat die Vorinstanz mit ihrer Verfügung vom 2. Juni 2022 getan (act. 8), worauf die Beklagte die Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit erhob (act. 9; E. I./1. vorstehend). Bei der örtlichen Zuständigkeit handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung gemäss Art. 59 ZPO. Das Gericht hat die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen und kann - wie dies die Vorinstanz getan hat - das Verfahren zunächst auf diese Prüfung beschränken. Für das Verfahren der Prüfung der Prozessvoraussetzungen bestehen keine expliziten Vorschriften (KUKO ZPO-DOMEJ, 3. A., Art. 59 N 6). Das Gericht kann sich darauf beschränken, das rechtliche Gehör und das sogenannte letzte Wort zu gewähren. Dies hat die Vorinstanz getan (E. 4.4. nachstehend). Dass die Vorinstanz zur Gewährung des rechtlichen Gehörs der Parteien den schriftlichen Weg wählte, ist nicht zu beanstanden (vgl. dazu: KUKO ZPO-FRAEFEL, 3. A., Art. 245 N 2).

4.4 Zum erstinstanzlichen Verfahren bleibt zu ergänzen, dass die Vorinstanz der Klägerin mit Verfügung vom 16. Juni 2022 Frist angesetzt hat, sich zur Unzuständigkeitseinrede zu äussern (act. 10) und sie beschränkte sich in der Folge - wie angekündigt - auf die Prüfung eben dieser Prozessvoraussetzung. Wenn sich die Klägerin nicht nur dazu, sondern einlässlich auch zur Sache äusserte, war dies zwar nicht verboten, doch kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch was das Vorgehen betrifft, ist der Vorinstanz nichts vorzuwerfen. Es geht vorliegend einzig - und nicht nur primär (vgl. act. 26 S. 3 Ziff. 1) - um die Frage, ob die Voraussetzungen für das Eintreten auf die Klage erfüllt sind. Der Inhalt der Forderungsklage bildet nicht Gegenstand des Verfahrens, weshalb auch eine Auseinandersetzung mit den entsprechenden Vorbringen der Klägerin entfallen muss.

5.1 In der Sache stellt die Klägerin im Berufungsverfahren nicht mehr in Frage, dass sich die Beklagte auf das Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich nicht eingelassen hat. Hierauf ist nicht mehr einzugehen. Soweit sie rügt, die Vorinstanz habe die eingereichten Fakten nicht zur Kenntnis genommen oder diese unrichtig gewürdigt, bzw. die Vorinstanz äussere Vermutungen über den Bestand eines Vertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten, den es aber so nicht gegeben habe (act. 26 S. 5), handelt es sich um appellatorische Kritik, die den Berufungsanforderungen nicht genügt (E.II./2 vorstehend).

5.2 Die Parteien können gemäss Art. 17 Abs. 1 ZPO für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 17 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtsstandsvereinbarung ist ein prozessrechtlicher Vertrag, der in analoger Anwendung von Art. 1 ff. OR zu seiner Entstehung des Austauschs übereinstimmender Willenserklärungen bedarf (BGE 132 III 268 E. 2.3.2). Notwendig ist, dass die Willenserklärungen beider Parteien durch Text nachweisbar sind. Dabei genügt auch ein Briefwechsel oder der Austausch von E-Mails, in denen die dortige Gerichtsstandsbestimmung angenommen wird. Dies gilt auch, wenn sich die Gerichtsstandsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) befindet. Enthält das Angebot zum Abschluss eines

Vertrages einen ausdrücklichen Verweis auf die AGB, in denen sich eine Gerichtsstandsvereinbarung befindet und sind Angebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Text nachweisbar, dann ist die Gerichtsstandsvereinbarung formgültig, wenn das entsprechende Angebot integral in einer durch Text nachweisbaren Form angenommen wird (DIKE-Komm ZPO-FÜLLEMANN, 2. A., Art. 17 N 14, N 18; KUKO-ZPO-HAAS/SCHLUMPF, 3. A., Art. 17 N 17).

5.3. Die Klägerin rügt zunächst, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, der gültige Einbezug der AGB stütze sich einzig und allein auf den Mailverkehr mit dem Fotografen D. _____ vom 17. November 2015 (act. 26 S. 3). Sie, die Klägerin, habe in ihren Eingaben vom 27. Juni 2022 und 25. Juli 2022 bezüglich Gerichtsstand die nötigen Fakten vorgebracht. Sie wiederholt, dass der von der Beklagten beauftragte Fotograf D. _____ für die Klägerin der alleinige Ansprechpartner seitens des Projekts der B. _____ AG gewesen sei. D. _____ sei als externer Mitarbeiter dem internen Projektleiter der Beklagten direkt unterstellt gewesen und habe von Letzterem Aufträge und Weisungen entgegen genommen. Aufgrund seines beruflichen Vorwissens sei der Fotograf geradezu prädestiniert, im Namen der Beklagten mit der Klägerin zu verhandeln. D. _____ habe auch die Aufgabe gehabt, das Modell zu buchen. Damit sei von ihm stellvertretend für die Beklagte der Vermittlungs- und Nutzungsvertrag mit der Klägerin abgeschlossen worden. Das Shooting habe der Fotograf exklusiv für die Beklagte durchgeführt und er habe auch alle für die Beklagte getätigten Auslagen bevorschusst, Belege gesammelt etc. Er sei auch für die Einholung der individuellen Einwilligung des Modells zur limitierten Nutzung (Dauer und Umfang) besorgt gewesen und habe Belege und die Rechnung vom 22. Dezember 2015 der Beklagten überreicht, ebenso die Rechnung der Klägerin vom 29. November 2015 mit dem ausdrücklichen Hinweis "Urheber- und Verwendungsrechte gemäss den aktuell gültigen AGB auf www.A'._____.ch" (act. 26 S. 6 f.).

Die Beklagte stellt sich auch im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, sie habe weder beim Vertragsschluss zur Fotoherstellung am 16. November 2015, noch anlässlich der Rechnungsstellung, noch später bei den Verhandlungen zur ein-

vernehmlichen Regelung der streitigen Angelegenheit, die AGB der Klägerin und damit die Gerichtsstandsvereinbarung angenommen (act. 34).

5.4. Die von der Klägerin eingereichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (act. 13/10) enthalten eine Gerichtsstandsvereinbarung, mit welcher der Gerichtsstand Zürich 1 prorogiert wird. Dass die Klägerin und die Beklagte sich übereinstimmend auf die Gültigkeit dieser Vereinbarung geeinigt haben, behauptet die Klägerin demgegenüber nicht. Mit ihren Vorbringen wiederholt die Klägerin im Berufungsverfahren das, was sie bereits vor Vorinstanz vorgetragen hat und betont insbesondere die Rolle des Fotografen D._____, den sie als externen Mitarbeiter der Beklagten bezeichnet, der stellvertretend für die Beklagte gehandelt habe. Die Beklagte hat sich im vorinstanzlichen Verfahren zu diesen Ausführungen und zur Rolle des Fotografen im Verhältnis zu den Parteien nicht geäußert, sondern es bei der allgemeinen Behauptung belassen, es sei zwischen den Parteien zu keiner Vereinbarung eines Gerichtsstandes gekommen (act. 9 und act. 16). Ob sie damit die Vorbringen der Klägerin hinreichend bestritten hat, nachdem die Klägerin sich hiezu im zweiten Parteivortrag detailliert geäußert hatte, kann mangels Erheblichkeit offen bleiben. Gleiches gilt für die Zulässigkeit der im Berufungsverfahren erstmals erhobenen Behauptung der Beklagten, der Fotograf D._____ habe den Vertrag mit der Beklagten im Namen der Klägerin abgeschlossen (act. 34 S. 2 Ziff. 2).

Was die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren aufgrund der allgemeinen Bestreitung der Beklagten eingereicht hat, genügt nicht zum Nachweis der formgültigen Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien: Von den von der Klägerin eingereichten Akten befasst sich einzig der E-Mail-Verkehr vom 17. November 2015 (act. 18/18) mit den behaupteten damaligen Kontakten zwischen den Parteien bzw. dem genannten Fotografen. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich daraus nicht ergebe, dass der E-Mail-Verkehr zwischen der Klägerin und D._____ der Beklagten angerechnet werden könne und deshalb daraus auch nicht geschlossen werden könne, die Beklagte habe die AGB der Klägerin akzeptiert. Diesen Erwägungen (act. 28 S. 4 ff. E. 3.1.) setzt die Klägerin in der Berufung nichts entgegen und Gegenteiliges ist auch aus den Akten nicht ersichtlich.

Insbesondere stellt sich auch nicht die Beurteilung der Frage, ob mit einem Hinweis auf einer Rechnung der AGB-Verwenderin auf die aktuell gültige Webseite (act. 26 S. 7) die höchstrichterliche Rechtsprechung erfüllt ist, wonach die allgemeinen Geschäftsbedingungen (nur) dann vom Konsens erfasst sind, wenn die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (sog. Zugänglichkeitsregel, vgl. BGE 139 III 345 E. 4.4.).

Es bleibt damit dabei, dass eine Übernahme der AGB durch die Beklagte im Jahr 2015 nicht rechtsgenügend dargetan ist.

5.5. Die Klägerin wiederholt des weiteren ihre Vorbringen bezüglich des Zeitraums 2020/2021 und macht geltend, dass sich der Einbezug der AGB wieder neu aus der Annahme der Offerte am 3. Juli 2020 ergeben habe. Der Schriftverkehr bis zur Annahme habe sechs Schreiben der Klägerin umfasst, welche alle mit dem Hinweis "Urheber- und Verwendungsrechte gemäss den aktuell gültigen AGB auf www.A'._____ch" versehen gewesen seien. Mit der Annahme der Offerte vom 3. Juli 2020 sei ein neuer Vertrag unter Einbezug der AGB der Klägerin gültig zustande gekommen und die Klägerin habe ihre Offerte - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - zu keinem Zeitpunkt geändert oder widerrufen. Vielmehr habe sie lediglich ein zusätzliches Angebot an die Adresse der Beklagten gerichtet. Der Widerruf vom 8. Juli 2020 ändere nichts am gültigen Zustandekommen des Vertrages vom 3. Juli 2020, mit welchem erneut auch die AGB der Klägerin vertraglich miteinbezogen worden sei (act. 26 S. 8 ff.).

Die Beklagte macht in der Berufungsantwort geltend, im Jahre 2020 sei ja gerade kein Vertrag zustande gekommen und damit sicherlich auch keine über eine unbekannte Gerichtsstandsvereinbarung (act. 34).

5.6. Die Klägerin geht davon aus, dass die Rechnungen (vgl. act. 3/1-3) nicht als Vertragsverhandlungen zu bezeichnen seien, sondern lediglich schriftlich formulierte finanzielle Forderungen darstellten (act. 26 S. 6). Sie stellt damit die Erkenntnis der Vorinstanz, aus den Rechnungen als einseitige Dokumente aus der Feder der Klägerin könne nicht geschlossen werden, die Beklagte habe die Ge-

richtsstandsvereinbarung angenommen, zu Recht nicht in Frage. Gleiches gilt für die Feststellung, dass eben diese Rechnungen von der Beklagten nicht bezahlt worden seien (act. 28 S. 6). Hieraus lässt sich nichts zugunsten der Klägerin ableiten.

5.7. Die Klägerin kritisiert - wie gesehen - die von der Vorinstanz aus dem Mail-Verkehr im Zusammenhang mit der Offerte vom 17. Juni 2020 gezogenen Schlüsse. Die Offerte der Klägerin vom 17. Juni 2020 umfasst das Nutzungsrecht ab 1. März 2019 bis 30. Juni 2020 sowie jenes ab 1. Juli 2020 für weitere 5 Jahre; sie ist gültig bis 22. Juni 2020 (act. 13/12). Mit E-Mail vom 3. Juli 2020 teilte E._____ von der Beklagten der Klägerin mit, dass sie die Bilder weiterhin nutzen möchten und erbat die Rechnung über den Pauschalpreis (CHF 1'400; act. 13/13). Im Antwort-Mail der Klägerin vom 8. Juli 2020 nahm diese ausdrücklich Bezug auf die eben erwähnten Kontakte betreffend die Nutzungsrechte in den vorerwähnten Perioden. Sie teilte alsdann mit, dass "wir nun nicht einfach die Rechnung ausstellen möchten, ohne Ihnen Gelegenheit zur Neubeurteilung der Situation zu geben" (act. 13/14). Damit machte die Klägerin deutlich, dass sie nicht wie von der Beklagten gewünscht, die Rechnung zustellen, sondern eine Modifikation vornehmen wolle, welche im weiteren Verlauf des Mails dann auch tatsächlich erfolgte: Aufgrund der eingetretenen "unerwarteten Komplikation" unterbreitete die Klägerin der Beklagten eine neue Offerte, welche die F._____ AG umfasste und auch eine Publikation bei der G._____ AG, Zürich, einbezog. Diese Offerte war bis am 16. Juli 2020 befristet und wurde von der Beklagten mit E-Mail vom 9. Juli 2020 abgelehnt (act. 13/15). Die Würdigung der Vorinstanz, dass gestützt auf diese in den Akten dokumentierten Kontakte zwischen den Parteien im Juni und Juli 2020 kein neuer Vertrag zustande gekommen ist, ist nicht zu beanstanden. Der Auffassung der Klägerin, die AGB und damit die Gerichtsstandsvereinbarung habe mit dem Mail der Beklagten vom 3. Juli 2020 Geltung erlangt, kann auch im Rechtsmittelverfahren nicht gefolgt werden.

6. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung vom 30. August 2022 ist zu bestätigen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der Klägerin aufzuerlegen. Ausserdem ist diese zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen.
2. Für die Bemessung der Kosten und der Entschädigung ist der Streitwert massgebend. Dieser wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO), was auch dann der Fall ist, wenn sich das Verfahren - wie vorliegend - auf die Prüfung einer Prozessvoraussetzung beschränkt. Die Rüge der Klägerin, die Vorinstanz habe sich in einen gewissen Widerspruch gegeben, indem sie für die Bemessung der Kosten auf die Höhe der Forderung abstellte und sich gleichzeitig auf die Prüfung der Prozessvoraussetzung beschränkte (act. 26 S. 4), überzeugt deshalb nicht. Die Beschränkung des Prozesses auf die Frage der Prozessvoraussetzungen kann aber ein Grund sein, die gemäss Anwaltstarif gelistete ordentliche Entscheidgebühr zu reduzieren. Die Vorinstanz hat die ordentliche Entscheidgebühr von Fr. 3'200.-- in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 10 Abs. 1 Gerichtsgebührenverordnung reduziert.
3. Die eingeklagte Forderung und damit der Streitwert beläuft sich auch im Rechtsmittelverfahren auf Fr. 20'434.25. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2. 10 Abs. 1 sowie § 12 der Gerichtsgebührenverordnung, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nicht in der Sache zu entscheiden war, auf Fr. 1'600.-- festzusetzen. Für die Bezahlung ist der von der Klägerin geleistete Vorschuss heranzuziehen (act. 31). Für die mit dem Berufungsverfahren entstandenen Umtriebe ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten Fr. 200.-- zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgericht Zürich vom 30. August 2022 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'600.--.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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. 20'435.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw I. Bernheim

versandt am: