

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 13. Juni 2018

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

2. **C.\_\_\_\_\_ mbH,**

Beklagte und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 31. Januar 2018 (ET170004)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 ff.)

" 1. Im Wege der einstweiligen Verfügung wird den Gesuchsgegnern aufgegeben, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250'000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfalle Ordnungshaft bis zu 2 Jahren,

a. zu unterlassen, in Deutschland im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung "D.\_\_\_\_\_" im Rahmen eines Gastronomiebetriebes zu verwenden, insbesondere des Gastronomiebetriebes "E.\_\_\_\_\_" in F.\_\_\_\_\_, ...strasse ..., insbesondere wenn dies auf Bekleidung von Mitarbeitern, Geschirr und Zuckersticks erfolgt sowie Rezepte der Gesuchstellerin im Rahmen des Gastronomiebetriebes "E.\_\_\_\_\_" zu verwenden und Druckvorlagen der Unterlassungsläubigerin zur Erstellung von Speisekarten zu nutzen; sowie

b. es zu unterlassen, in Deutschland im geschäftlichen Verkehr eine Speisekarte mit folgendem Aufbau:

- Frühstück (Brotauswahl, Bäckerei und gefüllte Croissants in einem Kästchen oben mittig hervorgehoben)
- Frühstück & Brunch (in einem Kästchen oben mittig hervorgehoben), Extras (Konfitüre, Butter & Co., Herzhaftes, Eierspeisen, Joghurt, Müsli, Obstsalat)
- Herzhafte Speisen: Quiche, Croque, Tartines (in einem Kästchen hervorgehoben), Croques, Quiches, Salat, Flammkuchen, Suppen, Desserts (in einem Kästchen unten rechts hervorgehoben)
- Getränke (warm, alkoholfreie Getränke, Getränke mit Alkohol, Wasser)
- Weinkarte (Roséwein, Rotwein, Sekt & Champagner, Weisswein)

wie nachfolgend abgebildet zu nutzen:

... [Bilder der Speisekarte]

2. Die Anordnungen gemäss Antrag 1 des Rechtsbegehrens seien aufgrund der besonderen Dringlichkeit bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegner 1 und 2 anzuordnen.

3. Alles unter Kostenfolge (inkl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegner."

**Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach vom 31. Januar 2018**

(act. 39 = act. 43 = act. 45)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.– festgesetzt. Allfällige Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Parteientschädigung von jeweils Fr. 2'450.– zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsanträge:**

(act. 44 S. 2 ff.)

- " 1. Auf das Gesuch der Berufungsklägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 11. Juli 2017 sei einzutreten.
2. Es sei im Wege einer einstweiligen Verfügung den Berufungsbeklagten aufzugeben, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250'000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfalle Ordnungshaft bis zu 2 Jahren,
    - a. zu unterlassen, in Deutschland im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung "D.\_\_\_\_\_" im Rahmen eines Gastronomiebetriebes zu verwenden, insbesondere des Gastronomiebetriebes "E.\_\_\_\_\_" in F.\_\_\_\_\_, ...strasse ..., insbesondere wenn dies auf Bekleidung von Mitarbeitern, Geschirr und Zuckerstricks erfolgt sowie Rezepte der Gesuchstellerin im Rahmen des Gastronomiebetriebes "E.\_\_\_\_\_" zu verwenden und Druckvorlagen der Unterlassungsgläubigerin zur Erstellung von Speisekarten zu nutzen; sowie
    - b. zu unterlassen, in Deutschland im geschäftlichen Verkehr eine Speisekarte mit folgendem Aufbau:

- Frühstück (Brotauswahl, Bäckerei und gefüllte Croissants in einem Kästchen oben mittig hervorgehoben)
- Frühstück & Brunch (in einem Kästchen oben mittig hervorgehoben), Extras (Konfitüre, Butter & Co., Herzhaftes, Eierspeisen, Joghurt, Müsli, Obstsalat)
- Herzhafte Speisen: Quiche, Croque, Tartines (in einem Kästchen hervorgehoben), Croques, Quiches, Salat, Flammkuchen, Suppen, Desserts (in einem Kästchen unten rechts hervorgehoben)
- Getränke (warm, alkoholfreie Getränke, Getränke mit Alkohol, Wasser)
- Weinkarte (Roséwein, Rotwein, Sekt & Champagner, Weisswein)

wie nachfolgend abgebildet zu nutzen:

[siehe Abbildungen vorstehend]

3. Eventualiter: Das Verfahren sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zuweisen und die Vorinstanz sei anzuweisen, auf das Gesuch der Berufungsklägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 11. Juli 2017 einzutreten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge einschliesslich Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) betreibt das Restaurantkonzept "D.\_\_\_\_\_" als Franchisesystem (vgl. act. 1 S. 7). Am 9. Februar 2016 schlossen die Parteien einen Franchisevertrag, mit welchem die Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) als Franchisenehmer berechtigt wurden, in den Räumlichkeiten ihres Restaurants in F.\_\_\_\_ (D) einen Betrieb nach dem "D.\_\_\_\_\_"-Franchisekonzept zu führen (vgl. act. 3/2). Im Juni 2017 wurde

der Franchisevertrag zunächst von den Beklagten und kurz darauf auch von der Klägerin ausserordentlich gekündigt (vgl. act. 1 S. 7).

1.2. Am 11. Juli 2017 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Bülach (nachfolgend Vorinstanz) das eingangs wiedergegebene Begehren um Erlass vorsorglicher bzw. superprovisorischer Massnahmen (act. 1). Sie machte im Wesentlichen geltend, nach Beendigung des Vertrags hätten die Beklagten lediglich den Restaurantnamen von "D. \_\_\_\_\_" in "E. \_\_\_\_\_" geändert und im Übrigen das Franchisekonzept der Klägerin unverändert weitergeführt (vgl. act. 1 S. 8). Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz stützte die Klägerin auf die in § 25.8 des Franchisevertrages (im Vertrag fälschlicherweise als § 24.8 bezeichnet) enthaltene Gerichtsstandsklausel (vgl. act. 1 S. 6). Diese lautet wie folgt (act. 3/2 S. 25):

"Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Franchisevertrag, im Zusammenhang mit seinem Zustandekommen, seiner Durchführung, seiner Beendigung und Abwicklung ist der Sitz des Franchisegebers, soweit der Franchisenehmer zum Zeitpunkt des Franchisevertrages schon Kaufmann ist. [...]"

In § 25.6 des Franchisevertrages (im Vertrag fälschlicherweise als § 24.6 bezeichnet) trafen die Parteien zudem eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts (vgl. act. 3/2 S. 25). Die Klägerin und Franchisegeberin stellt sich auf den Standpunkt, ihr für die örtliche Zuständigkeit massgeblicher Sitz befinde sich in G. \_\_\_\_\_ ZH im Bezirk Bülach (act. 1 S. 6; act. 27 S. 3).

1.3. Mit Verfügung vom 13. Juli 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab und setzte den Beklagten Frist zur Stellungnahme an (act. 4). In ihrer Stellungnahme vom 9. Oktober 2017 bestritten die Beklagten u.a. die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz. Sie vertraten (soweit vorliegend relevant) die Auffassung, der massgebliche Sitz der Klägerin liege nicht in G. \_\_\_\_\_ ZH, sondern in H. \_\_\_\_\_ (D) (act. 20 S. 5 ff.). Nach Eingang weiterer Stellungnahmen beider Parteien trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 31. Januar 2018 mangels örtlicher Zuständigkeit auf das Massnahmegesuch nicht ein (act. 39 = act. 43 = act. 45).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. Februar 2018 rechtzeitig Berufung mit den vorstehenden Anträgen (act. 44). Den ihr mit Verfügung vom 19. Februar 2018 auferlegten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 49-51). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-41). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO abgesehen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt uneingeschränkt für nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten; bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, falls der Streitwert der umstrittenen vorsorglichen Massnahme Fr. 10'000.– übersteigt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Mit der Vorinstanz ist von einem Streitwert von EUR 50'000.– bzw. rund Fr. 59'000.– auszugehen. Damit ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig.

3.

3.1. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, die Schweizer Gerichte seien für die beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht zuständig. Sie erwog im Einzelnen, die in § 25.8 des Franchisevertrags enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung erfülle die Voraussetzungen des vorliegend anwendbaren Lugano-Übereinkommens und sei damit zulässig. Zwar stellten sich die Beklagten auf den Standpunkt, die Gerichtsstandsklausel sei nicht anwendbar bzw. unwirksam. Die Frage könne jedoch offen bleiben, da die Klägerin ihre Ansprüche aus dem Franchisevertrag auch gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ am Erfüllungsort einklagen könne. Gemäss § 25.7 des Franchisevertrages liege dieser – wie der vereinbarte Gerichtsstand – ebenfalls am Sitz des Franchisegebers. Im Folgenden prüfte die Vorinstanz, wo die Franchisegeberin, d.h. die Klägerin, ihren Sitz in die-

sem Sinne hat. Sie hielt fest, gemäss dem anwendbaren deutschen Recht befinde sich der Sitz einer Gesellschaft nicht an dem im Handelsregister genannten Sitz, sondern am effektiven Verwaltungssitz der Gesellschaft. Dieser sei dort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Zu berücksichtigen seien etwa der Ort, an dem Geschäftsführung, Beirat, Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung regelmässig unternehmensleitend tätig würden, sowie die Büroorganisation mit Beschäftigung von Personal oder die Unterhaltung von Büroräumlichkeiten mit entsprechender Ausstattung. Nach einlässlicher Prüfung dieser Kriterien kam die Vorinstanz zum Schluss, der Ort der tatsächlichen Verwaltung der Klägerin liege nicht in G. \_\_\_\_\_ ZH, sondern in H. \_\_\_\_\_ (D), weshalb das Bezirksgericht Bülach für das Begehren örtlich unzuständig sei (vgl. act. 43 E. 2, S. 5-14).

3.2. Von der Klägerin nicht beanstandet wird die Auffassung der Vorinstanz, der Sitz der Franchisegeberin sei vorliegend massgebend für die örtliche Zuständigkeit (vgl. act. 44 S. 11). Ebenfalls unangefochten blieben die vorinstanzliche Feststellung, der massgebliche Sitz sei gemäss Rechtswahl der Parteien nach deutschem Recht zu bestimmen, sowie die von der Vorinstanz diesbezüglich angewendeten Kriterien (vgl. act. 44 S. 13; § 25.6 Franchisevertrag, act. 3/2 S. 25). Auf die entsprechenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz kann daher ohne weiteres verwiesen werden (vgl. act. 43 E. 2.3.2. unter Verweis auf LANG/ORTMANN, GmbHG internationales Gesellschaftsrecht, Beck Online-Kommentar, Hrsg. ZIEMONS/JÄGER, 32. Aufl., Stand 01.08.2017, Rz. 9, act. 21/1). Zutreffend hielt die Vorinstanz auch fest, es obliege der Klägerin, die prozessbe gründenden Tatsachen vorzutragen und deren Vorliegen zu beweisen (act. 43 E. 2.1.).

3.3. Die Klägerin stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, sie habe vor Vorinstanz hinreichend glaubhaft gemacht, ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befinde sich in G. \_\_\_\_\_ ZH. Die Vorinstanz habe bei der Bestimmung des Sitzes erhebliche Tatsachen unzutreffend gewürdigt und daraus letztlich fehlerhafte Schlüsse gezogen. Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin ist nachfolgend insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind. Nicht zu

berücksichtigen sind dabei neue Tatsachenbehauptungen der Klägerin und die von ihr neu eingereichten Beilagen (insbesondere act. 47/15-17), da nicht ersichtlich ist und von ihr auch nicht dargetan wird, weshalb diese nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht bzw. eingereicht werden können (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.4. Die Klägerin bringt vorab vor, ein deutsches Gericht würde sich für unzuständig erklären, da die Parteien im Franchisevertrag wirksam die Zuständigkeit der Vorinstanz vereinbart hätten. Die Gerichtsstandsvereinbarung dokumentiere den Willen der Parteien, Streitigkeiten vor den Gerichten der Schweiz und nicht vor denjenigen in Deutschland auszutragen (act. 44 S. 11). Wie gesehen bezeichneten die Parteien aber nicht einen konkreten Ort, sondern den "Sitz des Franchisegebers" als Gerichtsstand. Dass die Parteien darunter subjektiv die Gerichte der Schweiz oder des Bezirkes Bülach verstanden hätten, lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen und wird auch nicht behauptet. Wo sich der "Sitz des Franchisegebers" befindet, ist daher vom angerufenen Gericht anhand der nach dem anwendbaren Recht massgeblichen Kriterien zu ermitteln, wie dies die Vorinstanz tat.

3.5. Unbestritten ist im Schweizerischen Handelsregister als Sitz der Klägerin eine Adresse in G.\_\_\_\_\_ ZH eingetragen. Dabei handelt es sich zugleich um die Wohnadresse des einzigen Verwaltungsrates der Klägerin, I.\_\_\_\_\_, und dessen Ehefrau J.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/3; act. 43 S. 7 f.). Zudem verfügt die Klägerin über Räumlichkeiten in H.\_\_\_\_\_ (D), wo auch ihre deutsche Tochtergesellschaft A1.\_\_\_\_\_ Deutschland GmbH ansässig ist. Gemäss Angaben der Klägerin handle es sich dabei um ein Büro für die beiden dortigen Angestellten sowie einen separaten Schulungsraum mit Küche (act. 44 S. 16 f.).

3.6. Die Klägerin weist darauf hin, der Franchisevertrag bestehe zwischen ihr und den Beklagten. Dahingegen sei die Tochtergesellschaft A1.\_\_\_\_\_ Deutschland GmbH, bei welcher es sich um eine eigene Rechtspersönlichkeit handle, nicht Vertragspartei. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es müssten erhöhte Voraussetzungen erfüllt sein, um ihren tatsächlichen Verwaltungssitz am Standort eines Dritten verorten zu können. Dies umso mehr als der Franchisever-



trag den Einsatz blosser Erfüllungsgehilfen wie der A1.\_\_\_\_\_ Deutschland GmbH bei der Leistungserbringung durch die Klägerin ausdrücklich vorsehe (act. 44 S. 13).

Welche Tatsachen vor dem Hintergrund, dass die Tochtergesellschaft ihren Sitz in H.\_\_\_\_\_ (D) hat, konkret anders zu würdigen wären, führt die Klägerin nicht aus. Wie die Vorinstanz darlegte, gilt nach deutschem Recht als Sitz der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird, d.h. dort wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmungsleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Die Bestimmung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung hat aufgrund von Indizien und in Abwägung der Umstände des Einzelfalls zu erfolgen. Massgeblich sind – wie von der Vorinstanz ausgeführt – gemäss Rechtsprechung namentlich der Ort, an dem die Geschäftsführung oder Gesellschafterversammlung regelmässig unternehmensleitend tätig wird sowie die Büroorganisation mit Beschäftigung von Personal oder die Unterhaltung von Büroräumlichkeiten mit entsprechender Ausstattung (vgl. act. 21/1 Rz 9). Liegt Schwerpunkt dieser Handlungen in H.\_\_\_\_\_ (D), so ist dies als Sitz der Klägerin zu betrachten, unabhängig davon, ob dort gleichzeitig der Sitz ihrer Tochtergesellschaft liegt. Zudem handelt es sich bei der A.1\_\_\_\_\_ Deutschland GmbH um keine von der Klägerin völlig unabhängige Gesellschaft, sondern um deren Tochtergesellschaft. Die Klägerin führt denn auch aus, die A1.\_\_\_\_\_ Deutschland GmbH erbringe Leistungen der Klägerin als Erfüllungsgehilfin. Derart erbrachte Leistungen hätte sich die Klägerin ebenfalls anrechnen zu lassen.

3.7. Was die Räumlichkeiten der Klägerin anbelangt, erwog die Vorinstanz, die Adresse in G.\_\_\_\_\_ ZH befinde sich in einem Einfamilienhaus in einem Wohnquartier. Das von einem der beiden dortigen Büros eingereichte Foto zeige eine Einrichtung, welche nicht darauf schliessen lasse, es werde dort einer geschäftlichen Tätigkeit nachgegangen. Der Sitz der deutschen Tochtergesellschaft in H.\_\_\_\_\_ (D) befinde sich hingegen in einer Gewerbeliegenschaft. Zwar fehlten Aufnahmen, die eine Beurteilung der dortigen Infrastruktur erlaubten. Dennoch sei unschwer zu erkennen, dass die Räumlichkeiten in H.\_\_\_\_\_ (D) für die geschäftliche Tätigkeit um ein Vielfaches bedeutender seien, als jene in G.\_\_\_\_\_. Ausser-

dem würden in H.\_\_\_\_\_ (D) nach Angaben der Klägerin in einer eigenen Küche Produkte und Speisen für ihr Franchisesystem entwickelt, was die Bedeutung des dortigen Standorts zusätzlich erhöhe (act. 43 E. 2.3.3.).

3.7.1. Die Klägerin beanstandet, es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz auf Grundlage der eingereichten Fotos habe zum Schluss kommen können, die Räumlichkeiten in G.\_\_\_\_\_ seien nicht für eine geschäftliche Tätigkeit eingerichtet. Die Klägerin verfüge dort u.a. über eine vollständige stationäre PC-Infrastruktur mit Internet-, Cloud- und Serverzugang, Drucker sowie mehrere Aktenschränke mit zahlreichen Aktenordnern, Laptops, Mobiltelefone usw. Diese Infrastruktur erlaube es dem Verwaltungsrat I.\_\_\_\_\_ sowie seiner ebenfalls dort angestellten Ehefrau ohne weiteres, ihre geschäftlichen Tätigkeiten auszuüben (act. 44 S. 14 f.).

Als Beleg legt die Klägerin im Berufungsverfahren neue Fotos der Büroräumlichkeiten in G.\_\_\_\_\_ vor, welche wie bereits erwähnt nicht berücksichtigt werden können (act. 47/17; vgl. dazu E. 3.3.). Dasselbe gilt für die neu eingereichten "eidesstattlichen Versicherungen" von I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ (act. 47/15-16). Diese wären nach Schweizer Prozessrecht zudem ohnehin nur als Parteibehauptungen zu behandeln, denen kein erhöhter Beweiswert zukommt (vgl. OGer ZH PF140057 vom 7. April 2015 E. III./1.). Im vorinstanzlichen Verfahren reichte die Klägerin zwar Fotos von zwei Büros in G.\_\_\_\_\_ ein, lediglich eines davon betraf jedoch Räumlichkeiten der Klägerin (act. 28/15). Die Vorinstanz führte dazu aus, es sei lediglich ein technisches, nicht angeschlossenes Gerät, vermutlich ein Drucker, zu sehen. Hinter dem Pult sei zudem ein kleines Büromöbel erkennbar, in dessen Regalen sich nur gerade fünf Ordner befänden. Das abgebildete Büro könne ebenso für private Belange genutzt werden (act. 43 E. 2.3.3. S. 8). Mit diesen Erwägungen setzt sich die Klägerin nicht auseinander. Das weitere abgebildete Büro gehört gemäss Beschriftung der Klägerin zwei anderen Gesellschaften, welche an der selben Adresse eingetragen sind (vgl. act. 28/15; act. 21/12-13). Dieses wurde von der Vorinstanz zu Recht nicht berücksichtigt. Damit blieben die Behauptungen der Klägerin zum Unterhalt geeigneter Büroräumlichkeiten in G.\_\_\_\_\_ ZH vor Vorinstanz unbelegt.

3.7.2. Die Klägerin verweist weiter darauf, Auswärtstätigkeiten seien letztlich dem Arbeits- bzw. Einsatzort des betreffenden Mitarbeiters zuzuordnen. Der Arbeitsort des Verwaltungsrates der Klägerin I. \_\_\_\_\_ liege gemäss Arbeitsvertrag in G. \_\_\_\_\_ ZH, weshalb seine auswärts erledigten Arbeiten ebenfalls diesem Ort zuzurechnen seien (act. 44 S. 16).

Der dazu vor Vorinstanz eingereichte Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und I. \_\_\_\_\_ wurde für beide Vertragsparteien von I. \_\_\_\_\_ unterzeichnet (act. 36/29). Nach ständiger Rechtsprechung ist der Vertragsabschluss eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig und hat die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge (vgl. statt vieler BGer 4A\_195/2014 E. 6.1.; BGE 127 III 332 E. 2.a). Auf den Arbeitsvertrag kann deshalb nicht abgestellt werden. Im Übrigen ist für die Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungsortes gerade massgebend, wo die geschäftsleitenden Handlungen effektiv ausgeübt werden, weshalb es nicht auf einen vertraglich festgelegten Arbeitsort ankommen kann, welcher sich allenfalls gar nicht verwirklicht hat.

3.8. Die Vorinstanz erachtete das Argument der Klägerin, die Verwaltungsratssitzungen würden in G. \_\_\_\_\_ abgehalten und es würden dort massgebliche Entscheidungen getroffen, als nicht stichhaltig, da die Klägerin lediglich ein Verwaltungsratsmitglied habe, das zugleich an der Sitzadresse der Klägerin wohne (act. 43 E. 2.3.3. und E. 2.3.6.). Die Klägerin vertritt im Berufungsverfahren die Ansicht, es könne ihr nicht zum Nachteil gereichen, dass ihr Verwaltungsrat nur aus einer Person bestehe. Sie dürfe nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie ein zweites Verwaltungsratsmitglied hätte, das sich zwecks Entscheidungsfindung gelegentlich in G. \_\_\_\_\_ ZH einfinden würde (act. 44 S. 14).

Wie gesehen hat die Bestimmung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung anhand von Indizien zu erfolgen, die im Einzelfall zu gewichten und abzuwägen sind. Es muss dabei auf die tatsächlichen Gegebenheiten abgestellt werden. Da der Verwaltungsrat der Klägerin an der Adresse in G. \_\_\_\_\_ ZH wohnt, ist zwar wahrscheinlich, dass er dort zum Teil auch unternehmerische Entscheide trifft. Die Vorinstanz wies aber zu Recht daraufhin, als einziges Verwaltungsratsmitglied könne er dies grundsätzlich überall tun. Dass sich ein weiteres Verwaltungsratsmit-

glied für entsprechende Sitzungen in G.\_\_\_\_\_ ZH einfinden würde, ist rein hypothetisch. Damit liegt kein objektiver Anhaltspunkt dafür vor, dass die Geschäftsleitung von G.\_\_\_\_\_ ZH aus erfolgt. Die Vorinstanz hat das Treffen von Entscheiden in G.\_\_\_\_\_ ZH daher zu Recht nicht als gewichtiges Indiz für den Verwaltungssitz des Unternehmens betrachtet. Überdies ist gemäss der zitierten Rechtsprechung des BGH nicht notwendigerweise massgebend, wo die Sitzungen des Verwaltungsrates oder die Generalversammlungen stattfinden, sondern wo die Entscheide effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden (vgl. act. 21/1 Rz 9). Dies kann ebenso gut in den Räumlichkeiten der Klägerin in H.\_\_\_\_\_ (D) geschehen.

3.9. Wie erwähnt verfügt die Klägerin nach eigenen Angaben in H.\_\_\_\_\_ (D) über ein Büro sowie einen separaten Schulungsraum mit Küche (act. 44 S. 16 f.). Gemäss unangefochten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz sei das dortige Gebäude auf zwei Seiten hin mit dem Logo der Klägerin versehen. In G.\_\_\_\_\_ sei der Auftritt der Klägerin dahingegen sehr diskret, indem lediglich die Klingel mit ihrer Firma beschriftet sei (act. 43 E. 2.3.4.). Die Klägerin bestätigt im Berufungsverfahren zudem, den telefonischen Erstkontakt mit Franchiseinteressenten über die in H.\_\_\_\_\_ (D) ansässige Tochtergesellschaft zu kanalisieren (act. 44 S. 17). Sie stellt sich aber mit der Berufung auf den Standpunkt, dies sei unerheblich, denn im weiteren Verlaufe führe die Klägerin den Kontakt mit den Vertragspartnern selbst, und zwar zu rund 70 % von G.\_\_\_\_\_ ZH aus und im Übrigen von unterwegs oder direkt in der Kundenfiliale (act. 44 S. 17-18). Ansonsten verweist sie pauschal auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz (act. 44 S. 18). Inwiefern die Klägerin vor Vorinstanz dargetan hätte, dass sie den Kundenkontakt zu 70 % von G.\_\_\_\_\_ ZH aus wahrnahm, führt sie nicht aus. Der pauschale Verweis auf bei der Vorinstanz eingereichte Rechtsschriften genügt hierzu nicht (vgl. HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 39 f.). Damit vermag die Klägerin den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach ihr Aussenauftritt für einen Verwaltungssitz in H.\_\_\_\_\_ (D) spricht, nichts entgegenzusetzen.

3.10. Die Vorinstanz ging weiter davon aus, das operative Geschäft sei massgeblich von H. \_\_\_\_\_ (D) und nicht von G. \_\_\_\_\_ ZH aus geführt worden. Die Klägerin gebe selber an, dass in H. \_\_\_\_\_ Schulungen der Franchisenehmer durchgeführt, neue Produkte und Speisen entwickelt und von dort aus die Restaurants der Franchisenehmer überprüft sowie operativ Dienstleistungen erbracht würden (act. 43 E. 2.3.7.). Die Klägerin bringt hierzu lediglich vor, der Ort, an dem ein Unternehmen Forschung und Entwicklung betreibe sei nicht notwendigerweise der Ort, an dem unternehmerische Entscheide zur Markteinführung oder Weiterentwicklung eines Produktes getroffen würden (act. 44 S. 17). Dass das operative Geschäft von H. \_\_\_\_\_ (D) aus geführt wird, bestreitet sie jedoch auch im Berufungsverfahren so nicht.

3.11. Mit Bezug auf die Beschäftigung von Personal ging die Vorinstanz gestützt auf die eingereichten Arbeitsverträge davon aus, der Arbeitsort des einzigen Verwaltungsrates der Klägerin und seiner Ehefrau liege in G. \_\_\_\_\_ ZH. In H. \_\_\_\_\_ (D) würden gemäss Angaben der Klägerin ebenfalls zwei Personen arbeiten. Damit sei an beiden Standorten gleich viel Personal angestellt, wobei die Anstellungen in H. \_\_\_\_\_ (D) für die Beurteilung des effektiven Verwaltungssitzes bedeutender seien, da es sich bei diesen um aussenstehende Personen handle (act. 43 E. 2.3.5.).

Auch hier ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Standort H. \_\_\_\_\_ (D) eine höhere Bedeutung beimass. Da I. \_\_\_\_\_ und seine Ehefrau an der Adresse in G. \_\_\_\_\_ ZH wohnen und überdies der Betrieb geeigneter Büroräumlichkeiten dort nicht glaubhaft gemacht wurde, spricht die Anstellung von Drittpersonen in den Büros in H. \_\_\_\_\_ (D) eher für einen dortigen Verwaltungssitz der Gesellschaft. Überdies ist auch hier zu bemerken, dass sich der Arbeitsvertrag mit I. \_\_\_\_\_ als nicht aussagekräftig erweist. Seine Ehefrau J. \_\_\_\_\_ ist gemäss Arbeitsvertrag im Bereich Controlling und Buchhaltung tätig (act. 36/29). Dabei würde es sich ohnehin nicht um Tätigkeiten handeln, welche für die Begründung eines Verwaltungssitzes von Bedeutung wären (vgl. act. 21/1 Rz 9).

3.12. Schliesslich erwog die Vorinstanz, aus dem Umstand, dass die Rechte an der Marke D. \_\_\_\_\_ auf die Berufungsklägerin eingetragen seien, wobei im deutschen Markenregister als Sitz G. \_\_\_\_\_ verzeichnet sei, könne nicht geschlossen werden, die Klägerin würde effektiv von G. \_\_\_\_\_ aus verwaltet. Es sei notorisch, dass aus fiskalischen Gründen eine in steuergünstigen Ländern domizilierte (Konzern-)Gesellschaft als Markeninhaberin auftrete, während eine andere (Konzern-)Gesellschaft mit dem operativen Geschäft betraut sei (act. 43 E. 2.3.8.). Die Klägerin bestreitet, aus fiskalischen Gründen in G. \_\_\_\_\_ (CH) domiziliert zu sein. Ihr Gesellschafter und Verwaltungsrat sei Schweizer Staatsbürger und dort beheimatet (act. 44 S. 14). Die Vorinstanz habe überdies verkannt, dass die typische Hauptleistung in einem Franchisesystem das Überlassen immaterieller Güter sei. Diese Hauptleistungen würden von G. \_\_\_\_\_ aus erbracht, wo die Markenrechte der Beklagten auch registriert seien (act. 44 S. 18).

Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Klägerin die Planung, den Aufbau und das Betreiben von System-Gastronomie im In- und Ausland sowie die Vermarktung von Markenrechten sowie von Lizenzen (vgl. act. 3/3). Die zur Umsetzung des Gesellschaftszwecks notwendigen Geschäftsführungsakte erschöpfen sich damit nicht in der Eintragung der Markenrechte. Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass deren Eintragungsort für sich allein nichts darüber aussagt, von wo aus die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird. Davon scheint denn auch die Klägerin auszugehen, wenn sie ausführt, die Überlassung von Markenrechten könne "unter keinem in Betracht kommenden Gesichtspunkt gegen, sondern allenfalls (mit-)entscheidend für einen Sitz in G. \_\_\_\_\_ ZH" sein (act. 44 S. 18).

3.13. Nach dem Gesagten konnte die Klägerin nicht ausreichend erstellen, dass ihr Verwaltungssitz im Sinne der vorhin genannten Definition in G. \_\_\_\_\_ ZH liegt. Die Büroräumlichkeiten, die Beschäftigung von Personal, die Angaben der Klägerin im Aussenauftritt sowie die Führung des operativen Geschäfts sprechen vielmehr für einen Verwaltungssitz in H. \_\_\_\_\_ (D). Auch wurde nicht dargetan, dass zwei Verwaltungssitze bestehen, weshalb das Argument der Klägerin, in einem solchen Fall wäre auf den satzungsmässigen Sitz abzustellen, nicht greift (act. 44 S. 18). Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich auch, auf die weiteren Vorbringen

der Klägerin – namentlich zur Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung, der Passivlegitimation des Beklagten 2, der Unzuständigkeit des Handelsgerichts sowie des Anspruchs in der Sache – einzugehen (act. 44 S. 6-13 und S. 19 ff.). Die Berufung ist abzuweisen, und die Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach vom 31. Januar 2018 ist zu bestätigen.

4.

4.1. Bei diesem Ausgang wird die Klägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 2, 4 und 8 Abs. 1 GebVOG auf Fr. 4'500.– festzusetzen.

4.2. Mangels relevanter Umtriebe ist den Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach vom 31. Januar 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift und Beilagen (act. 44 und 47/3-38), sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: