

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB230008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

## Urteil vom 20. April 2023

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Hinwil vom  
18. Januar 2023; Proz. CG220011**

**Rechtsbegehren:**

(act. 7/2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 91'374.53 zuzüglich 5% Zins seit dem 30.11.2018 zu bezahlen, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.07.2018, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.08.2018, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 30.09.2018, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.10.2018, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 30.11.2018, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.12.2018, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.01.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 28.02.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.03.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 30.04.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.05.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 30.06.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.07.2019, CHF 4'200 zuzüglich 5% Zins ab dem 31.08.2019 und CHF 17'405.70.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.), zuzüglich die Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhen von CHF 750 zulasten der Beklagten."

**Prozessuale Anträge der Beklagten:**

(act. 7/12 S. 2)

1. Der Kläger sei zu verpflichten, eine Sicherheit für die Parteient-schädigung von Fr. 23'868.– zu hinterlegen.
2. Das Verfahren sei einstweilen auf die Prüfung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit zu beschränken.
3. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil sei zu verneinen und es sei nicht auf die Klage einzutreten.
4. Eventualiter sei die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil teilweise zu verneinen und es sei teilweise nicht auf die Klage einzutreten.
5. [...]
6. [...]
7. [...]
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST).

**Beschluss des Bezirksgerichtes:**

1. Auf die Klage wird eingetreten.
2. Die Gebühr für diesen Zwischenentscheid wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

3. Die Gebühr für diesen Zwischenentscheid wird der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. MWST) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
- 6./7. [Rechtsmittel]

### **Berufungsanträge:**

#### **der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):**

1. Ziff. 1, 3 und 4 des Zwischenentscheids über die Zuständigkeit seien aufzuheben;
2. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil sei zu verneinen und es sei nicht auf die Klage einzutreten;
3. Eventualiter sei die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil teilweise zu verneinen und es sei teilweise nicht auf die Klage einzutreten;
4. Die Gebühr für den Zwischenentscheid sei dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen;
5. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen;
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten.

### **Erwägungen:**

1. **Ausgangslage und Verfahrensverlauf**
  - 1.1. B.\_\_\_\_\_ (Kläger und Berufungsbeklagter, nachfolgend Kläger) führte das Restaurant C.\_\_\_\_\_ in Zürich. Als er sich im Jahr 2018 um eine Nachfolgeregelung bemühte, interessierte sich A.\_\_\_\_\_ (Beklagte und Berufungsklägerin, nachfolgend Beklagte) für die Übernahme des Restaurants. In der Folge einigten sich die Parteien auf einen Übernahmepreis von Fr. 150'000.–, zahlbar bis Ende 2018

in drei Raten. Die Beklagte übernahm das Restaurant am 1. Juni 2018. Da sie die vereinbarte Anzahlung bzw. erste Rate à Fr. 50'000.– nicht bezahlen konnte, einigten sich die Parteien auf einen neuen Zahlungsmechanismus, der unter anderem vorsah, dass die Beklagte dem Kläger in Anrechnung an den Übernahmepreis die Kreditkarteneinnahmen aus dem Restaurantbetrieb überweist. Der Mietvertrag für die Restauranträumlichkeiten sollte nach Darstellung des Klägers erst nach vollständiger Bezahlung des Übernahmepreises auf die Beklagte übertragen werden. Per Ende September 2019 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag mit dem Kläger und schloss mit der Beklagten einen neuen Mietvertrag ab. Der Kläger kam bis Ende September 2019 gegenüber der Vermieterin für den Mietzins auf. Mit der vorliegenden, beim Bezirksgericht Hinwil eingereichten Klage fordert der Kläger von der Beklagten die ausstehende Restschuld aus dem Übernahmepreis von Fr. 91'374.53 sowie die von ihm nach der Übernahme des Restaurants durch die Beklagte bezahlten Mietzinse und Nebenkosten im Gesamtbetrag von Fr. 58'800.– (14 Monate x Fr. 4'200.–) und Fr. 17'405.70. Strittig ist, ob das Bezirksgericht Hinwil für die Klage örtlich und sachlich zuständig ist oder ob die Klage in die Zuständigkeit des Mietgerichts Zürich fällt.

1.2. Der Kläger reichte die vorliegende Klage mit Eingabe vom 23. August 2022 beim Bezirksgericht Hinwil (nachfolgend Vorinstanz) ein (act. 7/1 und 7/2). Nach Bezahlung des Kostenvorschusses für die Gerichtskosten (act. 7/6 und 7/8) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. September 2022 Frist für die Klageantwort angesetzt (act. 7/9). Mit Eingabe vom 13. Oktober 2022 (act. 7/12) stellte die Beklagte die eingangs wiedergegebenen prozessualen Anträge. Darauf wurde ihr die Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort mit Verfügung vom 18. Oktober 2022 (act. 7/14) einstweilen abgenommen und dem Kläger Frist angesetzt, sich zu den Anträgen der Beklagten zu äussern. Der Kläger stellte mit Eingabe vom 11. November 2022 (act. 7/17) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes und beantragte, die prozessualen Anträge der Beklagten seien abzuweisen. Die Beklagte nahm dazu mit Eingabe vom 1. Dezember 2022 (act. 7/22) Stellung. Mit Beschlüssen vom 18. Januar 2023 gewährte die Vorinstanz dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihm einen unentgeltlichen Rechtsbeistand;

den Antrag der Beklagten auf Sicherheitsleistung wies sie ab. Gleichzeitig entschied sie, auf die Klage werde eingetreten (act. 7/23 = act. 6 [Aktenexemplar]).

1.3. Gegen den zuletzt erwähnten Beschluss erhob die Beklagte mit Eingabe vom 1. März 2023 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-30). Mit Präsidialverfügung vom 13. März 2023 wurde der Beklagten Frist für die Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 8). Das diesbezügliche Fristerstreckungsgesuch der Beklagten vom 27. März 2023 (act. 10) wurde mit Verfügung vom 29. März 2023 abgewiesen. Gleichzeitig wurde ihr eine Nachfrist für die Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (act. 11). Der Vorschuss wurde fristgerecht bezahlt (act. 13). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Kläger ist die Berufungsschrift (act. 2) mit diesem Urteil zuzustellen.

## 2. Prozessuales

2.1. Beim Eintretensbeschluss der Vorinstanz handelt es sich um einen berufungsfähigen Zwischenentscheid (Art. 237 Abs. 2 ZPO und Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Beklagte ist durch den angefochtenen Beschluss beschwert. Die Berufung wurde fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 7/25) und der Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt (act. 13). Die Beklagte stellt in der Berufung die oben aufgeführten Anträge und begründet diese. Auf die Berufung ist folglich – unter Vorbehalt der nachstehenden Erwägungen (vgl. nachstehende E. 2.3) – einzutreten.

2.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H.a. die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche

Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufungsklägerin die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 57 N 22).

2.3. Gemäss den vorstehenden Grundsätzen muss die Beklagte in der Berufung konkret dartun, inwiefern die Erwägungen im angefochtenen Entscheid falsch sind. Dies setzt voraus, dass sie in der Berufungsbegründung auf die erstinstanzlichen Erwägungen Bezug nimmt und aufzeigt, inwiefern diese zu korrigieren sind. Soweit sich die anwaltlich vertretene Beklagte in der Berufungsschrift darauf beschränkt, ihre Sicht der Dinge zu schildern und erneut ihren Standpunkt wiederzugeben (act. 2 Rz. 9-21, Rz. 28-32), kommt sie den Anforderungen an die Begründungsobliegenheit im Berufungsverfahren nicht nach. Insoweit ist auf ihre Ausführungen nicht einzugehen.

### 3. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz bejahte ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit. Sie hielt fest, die Klage stütze sich auf einen Vertrag, den die Parteien im Jahr 2018 abgeschlossen hätten. Für den Übernahmepreis von Fr. 150'000.– habe die Beklagte das Restaurant C. \_\_\_\_\_ samt Inventar, Wert des Namens, Kundenstamm und Reputation übernehmen sollen. Der Übernahmepreis habe teils durch Baranzahlung, teils durch Überweisung von Restaurantannahmen beglichen werden sollen. Als die Beklagte die versprochene Anzahlung nicht geleistet habe, habe der Kläger sicherheitshalber mit der Übertragung des Mietverhältnisses auf die Beklagte zugewartet und zur Sicherung des Fortbestands des Mietverhältnisses weiterhin die Mietzinse überwiesen. Diese Vorbringen des Klägers seien für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen, zumal sie nicht auf Anhieb fadenscheinig wirkten. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob der Vertrag der Parteien einen mietrechtlichen Schwerpunkt habe, der die Anwendung von Art. 33 ZPO rechtfertige. Sie qualifizierte den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag als Vertrag sui generis, der auch mietrechtliche Komponenten enthalte. Für die Beurteilung der vorliegenden Klage stünden mietrechtliche Fragen indessen nicht im Vordergrund, zumal nicht die Übertragung des Mietverhältnisses (bzw. die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob der Vermieter die Zustimmung allenfalls hätte verweigern können), sondern primär das Zustandekommen des Geschäftsübernahmevertrages zu beurteilen sei. Schliesslich seien sich die Parteien einig, dass es nie zur Übertragung des Mietverhältnisses vom Kläger auf die Beklagte gekommen sei. Da keine Übertragung des Mietverhältnisses stattgefunden habe und die Parteien zueinander nicht in einem Mietverhältnis stünden, könne sich auch die über die Höhe des Übernahmepreises hinausgehende Forderung des Klägers für die weiterhin bezahlten Mietzinse und Nebenkosten nicht auf eine mietrechtliche Grundlage stützen. Es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb für die Beurteilung der klägerischen Vorbringen die besondere Sachnähe des Mietgerichts hilfreich sein solle, zumal die mietrechtliche Komponente des Geschäftsübernahmevertrages gar nie zum Tragen gekommen sei (act. 6 S. 11 f.).

#### 4. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

4.1. Die Beklagte macht in der Berufung geltend, die Mietzinsforderungen ergäben sich nicht direkt aus dem vom Kläger behaupteten Übernahmevertrag, sondern aus zusätzlichen Vereinbarungen. Die Forderung betreffend Restzahlung aus dem Übernahmevertrag und die Mietzinsforderungen basierten auf unterschiedlichen Rechtsgründen, welche separat beurteilt werden könnten. Die Zuständigkeit sei daher für beide Forderungen separat zu prüfen. Die Vorinstanz habe zutreffend ausgeführt, Zweck der Regelung von Art. 33 ZPO sei es, die Beweiserhebung und die Feststellung des Ortsgebrauchs zu erleichtern. Es sei für die Anwendung von Art. 33 ZPO jedoch nicht erforderlich, dass im konkreten Fall die Beweiserhebung auch tatsächlich erleichtert werde oder Kenntnisse des Ortsgebrauchs erforderlich seien (act. 2 Rz. 4 ff.). Nach Auffassung der Vorinstanz sei die mietrechtliche Komponente des Geschäftsübernahmevertrages gar nie zum Tragen gekommen und daher würden keine Fragen aufgeworfen, welche eine Beweiserhebung im Mietobjekt erforderten. Der Kläger habe aber nicht behauptet, dass der Vermieter die Zustimmung zur Übertragung des Mietverhältnisses erteilt habe. In der Gesamtbetrachtung liege der Vertragsschwerpunkt klar auf der Übertragung des Mietverhältnisses, wovon alle weiteren Leistungen abhängig seien. Aus dem Umstand, dass der Vermieter mit ihr ein neues Mietverhältnis ohne die Zahlung eines Schlüsselgeldes abgeschlossen habe, könne nicht abgeleitet werden, dass er der Übertragung des Mietverhältnisses auch unter Berücksichtigung des Schlüsselgeldes zugestimmt hätte. Der Vermieter habe sich zwar der geplanten Neuausrichtung nicht widersetzt. Er hätte die Übertragung jedoch auch verweigern können, weil das Schlüsselgeld unangemessen hoch sei. Es sei ferner nicht auszuschließen, dass zur Beurteilung der Angemessenheit des Schlüsselgeldes eine Beweisabnahme im Mietobjekt zu erfolgen habe. Der Vermieter hätte die Übertragung des Mietverhältnisses auch verweigern können, weil sie (die Beklagte) klar zum Ausdruck gebracht habe, nicht über die notwendigen finanziellen Mittel zur Zahlung des Schlüsselgeldes zu verfügen (act. 2 Rz. 22 ff.). Die Vorinstanz habe die rechtliche Qualifikation des Klägers ohne nähere Begründung übernommen und festgehalten, die Parteien hätten nicht in einem Mietverhältnis zueinander gestanden. Anders als die Tatsachenbehauptungen des Klägers sei



dessen rechtliche Qualifikation jedoch nicht als wahr zu unterstellen. In tatsächlicher Hinsicht behauptete der Kläger, zwischen den Parteien sei vereinbart worden, dass sie (die Beklagte) den Mietzins von Fr. 4'200.– direkt an ihn und ausdrücklich nicht an den Vermieter zahle. Die Überlassung eines Mietobjektes mit der Verpflichtung, Miete zu bezahlen, entspreche der gesetzlichen Definition eines Mietverhältnisses nach Art. 253 OR. Falls keine Vereinbarung über die Mietzinszahlung bestanden habe, liege ein faktisches Mietverhältnis vor. Die Forderung einer Entschädigung für die Überlassung eines Geschäftslokals entspreche auf jeden Fall einem mietrechtlichen Tatbestand, welcher für die Begründung der Zuständigkeit der Mietgerichte genüge. Aufgrund dieses mietrechtlichen Tatbestands sei die Zuständigkeit des Mietgerichts zu bejahen (act. 2 Rz. 33 ff.).

4.2. Ist wie vorliegend die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts strittig, ist von der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen auszugehen, worauf die Vorinstanz zu Recht hinwies. Von sog. doppelrelevanten Tatsachen spricht man, wenn die für die Zuständigkeit des Gerichts massgebenden Tatsachen auch für die Begründetheit der Klage massgebend sind. Doppelrelevante Tatsachen müssen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung nicht bewiesen werden, vielmehr wird auf Grundlage der Behauptungen und Anträge des Klägers darüber entschieden. Das Gericht muss dabei prüfen, ob die vom Kläger behaupteten Tatsachen (welche als wahr unterstellt werden) schlüssig sind, d.h. ob aus ihnen rechtlich auf den vom Kläger geltend gemachten Gerichtsstand geschlossen werden kann. Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen wird ausnahmsweise nicht angewendet, wenn sich der Kläger rechtsmissbräuchlich verhält, z.B. weil er die Klage in einer Art und Weise einreicht, mit der deren wirkliche Natur verschleiert wird oder weil die klägerischen Behauptungen offensichtlich falsch sind (BGE 147 III 159 E. 2.2.1 f.).

4.3. Die Beklagte macht keine Umstände geltend, die auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers schliessen lassen. Nach Massgabe der vorstehenden Grundsätze ist mit der Vorinstanz deshalb für die Zuständigkeitsfrage auf die Sachdarstellung des Klägers abzustellen. Für den Entscheid über die Zuständigkeit ist demnach von folgenden Tatsachen auszugehen: Die Parteien schlossen

einen Übernahmevertrag für das Restaurant C.\_\_\_\_\_ in Zürich ab. Die Beklagte verpflichtete sich, dem Kläger den Übernahmepreis von Fr. 150'000.– bis Ende 2018 in drei Raten zu bezahlen. Die Beklagte übernahm das Restaurant C.\_\_\_\_\_ am 1. Juni 2018. Sie bezahlte die im Zeitpunkt der Übernahme des Restaurants vertraglich geschuldete erste Rate des Übernahmepreises nicht vollumfänglich. Die Parteien vereinbarten deshalb im Zeitpunkt der Übernahme einen neuen Abzahlungsmechanismus. Die Beklagte wurde mit der Übernahme des Restaurants alleine verantwortlich für die Geschäftsführung. Entsprechend musste sie ab der Übernahme am 1. Juni 2018 sämtliche Kosten für den Betrieb des Restaurants bezahlen (act. 2 Rz. 18). Zur vertraglich vereinbarten Übertragung des Mietvertrages für die Restauranträumlichkeiten wäre es nach Darstellung des Klägers erst nach vollständiger Bezahlung des Übernahmepreises durch die Beklagte gekommen. Konkrete Behauptungen zu weiteren Abmachungen – insbesondere auch bezüglich der Bezahlung des Mietzinses für die Restauranträumlichkeiten – bringt der Kläger nicht vor. Er hält lediglich fest, die Beklagte habe ihm die Mietzinse für die Monate Juni und Juli 2018 am 30. Mai 2018 bzw. am 30. Juni 2018 vereinbarungsgemäss in bar gegeben, damit er die Zahlung an den Vermieter habe vornehmen können (act. 2 Rz. 19).

4.4. Die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts ergibt sich für erstinstanzliche Streitigkeiten aus Mietverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume aus § 21 Abs. 1 lit. a GOG. Örtlich zuständig ist für Klagen aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen das Gericht am Ort der gelegenen Sache (Art. 33 ZPO). Nach Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO handelt es sich bei diesem Gerichtsstand zugunsten des Mieters eines Wohn- oder Geschäftsraumes um eine teilzwingende Zuständigkeit. Unter "Klagen aus Miete und Pacht" sind alle Klagen zu verstehen, denen materiell-rechtliche Vertragsansprüche zugrunde liegen. Die vom Bundesgericht unter altem Recht begründete Rechtsprechung, welche unabhängig davon, ob der geltend gemachte Anspruch vertraglicher, quasi-vertraglicher, ausservertraglicher oder sachenrechtlicher Natur war, einen für die Zuständigkeitsfrage relevanten mietrechtlichen Tatbestand bejahte, kommt unter Art. 33 ZPO nicht mehr zum Tragen, jedenfalls soweit die ZPO für entsprechende Klagen eine eigene Gerichtsstandnorm kennt, wie das für die ausservertraglichen oder sachenrechtli-

chen Klagen oder Klagen mit gesellschaftsrechtlicher Anspruchsgrundlage gilt (HIGI, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 33 N 17).

Stehen verschiedene Parteivereinbarungen nicht als selbständige Verträge nebeneinander, sondern sind sie nach dem Willen der Parteien in der Art miteinander verknüpft und voneinander abhängig, dass ein gemischter oder zusammengesetzter Vertrag vorliegt, muss jede Streitfrage entsprechend den auf sie zutreffenden Bestimmungen und Grundsätzen beantwortet werden, ausgehend vom Schwerpunkt des Vertrages, der als einheitliche Gesamtvereinbarung zu erfassen ist (BGE 131 III 528 E. 7.1.1; 118 II 157 E. 3a). Bei gemischten Verträgen ist demnach auf den Regelungsschwerpunkt abzustellen. Dabei ist ausgehend von der Interessenlage der Parteien zu prüfen, welche Bedeutung den einzelnen Vertragsbestandteilen im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtrechtslage zukommt (BGE 118 II 157 E. 3a). Bei Klagen aus gemischten Verträgen gilt der Gerichtsstand nach Art. 33 ZPO, wenn die mietrechtlichen Elemente, die vorrangig den Gebrauch einer unbeweglichen Sache betreffen, im Vertrag überwiegen (HIGI, a.a.O., Art. 33 N 24 m.H.a. ZR 112 [2013] Nr. 73).

4.5. Die Forderung des Klägers auf Bezahlung des Restübernahmepreises im Betrag von Fr. 91'374.53 basiert auf dem Übernahmevertrag der Parteien, in dem sich die Beklagte zur Zahlung des Übernahmepreises von Fr. 150'000.– verpflichtete. Beim Übernahmevertrag handelt es sich um einen gemischten Vertrag. Mit Blick auf die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist deshalb zu prüfen, worin der Regelungsschwerpunkt der aus verschiedenen Elementen bestehenden Vereinbarung liegt. Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass entgegen der Beklagten nach den vorstehend genannten Grundsätzen für Forderungen, die auf einem gemischten Vertrag basieren, keine Spaltung der Zuständigkeit eintritt.

4.6. Der Übernahmevertrag enthält mit Bezug auf die Übertragung des Inventars und des Goodwills des Restaurants (Reputation, Kundenstamm, Restaurantname) kaufvertragliche Elemente. Die Beklagte sieht in der vereinbarten Übertragung des Mietverhältnisses im Sinne von Art. 263 OR für die Zuständigkeit relevante mietrechtliche Elemente. Zwischen den Parteien des Übernahmevertrages kommen mietrechtliche Regeln indessen nicht direkt zur Anwendung. Die vorge-

sehene Übertragung des Mietverhältnisses vom Kläger auf die Beklagte im Sinne von Art. 263 OR stellt eine von der schriftlichen Zustimmung des Vermieters abhängige, suspensiv-bedingte Vertragsübertragung (Art. 151 OR) dar. Lediglich indirekt, nämlich im Zusammenhang mit dem Eintritt der Suspensivbedingung, schlagen die zwischen dem Kläger und der Vermieterin anwendbaren mietrechtlichen Regeln betreffend Übertragung der Miete auf einen Dritten nach Art. 263 OR durch. Der Argumentation der Beklagten, die Übertragung des Mietvertrages nach Art. 263 OR stelle per se ein gewichtiges mietrechtliches Element des Übernahmevertrages dar, kann somit nicht gefolgt werden. Selbst wenn nach Darstellung der Beklagten, die Vermieterin die Zustimmung wegen eines unzulässigen Schlüsselgeldes hätte verweigern können, wären auf den Übernahmevertrag der Parteien keine mietrechtlichen Regeln zur Anwendung gekommen. Entsprechend ist in der im Übernahmevertrag vorgesehenen Übertragung des Mietvertrages kein für die Zuständigkeitsfrage relevanter mietrechtlicher Regelungsschwerpunkt zu sehen. Ohnehin wirft die vertraglich vereinbarte, aber nicht nach Art. 263 OR vollzogene Vertragsübertragung vorliegend keine Fragen auf, zumal die Beklagte zwischenzeitlich (auf anderem Weg) Mieterin der Restauranträumlichkeiten geworden ist.

4.7. Der Kläger macht mit der vorliegenden Klage auch Mietzinse und Nebenkosten im Gesamtbetrag von Fr. 58'800.– und Fr. 17'405.70 geltend. Nach Massgabe der ursprünglich vereinbarten Ratenzahlungen hätte die Beklagte die letzte Rate per Ende 2018 bezahlen müssen, so dass die Übertragung des Mietvertrages auf die Beklagte nach vollständiger Bezahlung des Übernahmepreises (frühestens) Anfang 2019 hätte erfolgen können. Gemäss Darstellung des Klägers habe die Beklagte mit der Übernahme des Restaurants am 1. Juni 2018 sämtliche Kosten für den Betrieb des Restaurants tragen müssen; sie habe den Mietzins der Monate Juni und Juli 2018 vereinbarungsgemäss an ihn bezahlt (act. 7/2 Rz. 17-19 sowie Rz 25 f.). Folglich sah der Übernahmevertrag der Parteien vor, dass der Kläger nach der Übernahme des Restaurants C.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte am 1. Juni 2018 weiterhin – mit entsprechenden Rechten und Pflichten – Mieter der Restauranträumlichkeiten ist, ohne diese zu nutzen, während die Beklagte die Restauranträumlichkeiten nutzt, ohne in den Mietvertrag eingetreten zu sein. Mit

der Nutzung der Restauranträumlichkeiten durch die Beklagte enthält der von den Parteien abgeschlossene Übernahmevertrag für die Übergangszeit bis zur vollständigen Bezahlung des Übernahmepreises Elemente eines Untermietvertrages. Auf die Forderungen des Klägers für die Mietzinse und Nebenkosten betreffend den Zeitraum bis Ende 2018, welche auf dem Übernahmevertrag basieren, sind demnach mietrechtliche Regeln anwendbar.

4.8. Die Parteien einigten sich im Zeitpunkt der Übernahme des Restaurants durch die Beklagte auf einen neuen Abzahlungsmechanismus, da die Beklagte die erste Rate des Übernahmepreises am 1. Juni 2018 nicht vollständig bezahlt hatte. Konkrete Behauptungen zu weiteren Abmachungen – insbesondere zur Bezahlung des Mietzinses und der Nebenkosten für die Restauranträumlichkeiten während der verlängerten Zahlungsfrist – macht der Kläger nicht. Nach Art. 2 Abs. 2 OR ist für eine Vertragsergänzung auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen. Ausgehend von der von den Parteien im Übernahmevertrag bis Ende 2018 vorgesehenen Übergangsregelung ist nach pflichtgemäsem Ermessen (Art. 4 ZGB) anzunehmen, dass die Parteien die Regeln betreffend Nutzung der Restauranträumlichkeiten bis zur vollständigen Bezahlung des Übernahmepreises durch die Beklagte gemäss dem geänderten Abzahlungsmechanismus verlängert hätten. Entsprechend sind auf die Forderungen für die Mietzinse und Nebenkosten ab Januar 2019 ebenfalls mietrechtliche Regeln anwendbar.

4.9. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Der gemischte Vertrag der Parteien ist als Einheit zu behandeln. Gegenstand der Vereinbarung der Parteien war die Restaurantübertragung vom Kläger auf die Beklagte. Diese umfasste auch die Übertragung des Mietvertrages für die Restauranträumlichkeiten nach Art. 263 OR, wobei im Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten keine mietrechtlichen Regeln anwendbar sind und die vom Kläger eingeklagten Forderungen ohnehin keinen Zusammenhang mit der Übertragung des Mietvertrages hätten. Der Übernahmevertrag und die später vereinbarten Abzahlungsmodalitäten enthalten zwar mietrechtliche Elemente. Die Nutzung der Restauranträumlichkeiten durch die Beklagte während der Zahlungsfrist und damit die mietrechtlichen Elemente stellen jedoch keinen Regelungsschwerpunkt dar. Vielmehr dient diese

Regelung der Abwicklung des Übernahmevertrages und dem Kläger als Sicherheit für die vollständige Bezahlung des Übernahmepreises. Die vorübergehende Nutzung der Restauranträumlichkeiten durch die Beklagte ist somit auf die Erfüllung des vertraglichen Hauptzweckes ausgerichtet, ihr kommt bei einer Gesamtbetrachtung untergeordnete Bedeutung zu. Nach dem Gesagten enthalten die Vereinbarungen der Parteien keinen mietrechtlichen Regelungsschwerpunkt. Weder § 21 Abs. 1 lit. a GOG noch Art. 33 ZPO sind anwendbar. Die Vorinstanz hat ihre örtliche und die sachliche Zuständigkeit zu Recht bejaht. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Beschluss ist zu bestätigen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

5.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird die Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist ausgehend vom Streitwert von Fr. 167'580.23 auf Fr. 3'000.– festzusetzen (§§ 4 Abs. 1, 9 Abs. 2 und 12 GebV OG).

5.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Beschluss des Bezirksgerichts Hinwil vom 18. Januar 2023 über die Zuständigkeit wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 167'580.23.

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 T. Rumpel

versandt am: