

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 25. Januar 2016

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

C._____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Verbot der Datenbearbeitung**

Berufung gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. November 2015; Proz. CG140146

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- " 1. Es sei der Beklagten unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, dem U.S. Departement of Justice (DOJ) oder einer anderen Behörde der Vereinigten Staaten von Amerika in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Kläger betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten, zu übermitteln, herauszugeben oder sonst wie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST zu Lasten der Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. November 2015:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf Fr. 2'500.--.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt und mit dem von der Klägersseite geleisteten Vorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss dem Einzahler nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
4. Die Kläger 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Parteienschädigung von Fr. 9'000.-- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (act. 55 S. 2):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. November 2015 im Verfahren CG140146 sei aufzuheben und das Verfahren zur Fortsetzung des Prozesses an die Vorinstanz zurückzuweisen;
2. Eventualiter sei Ziff. 4 des Beschlusses des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. November 2015 im Verfahren CG140146 aufzuheben und der Beklagten sei für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteienschädigung zuzusprechen;

3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien unabhängig vom Verfahrensausgang auf die Staatskasse zu nehmen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. A._____ und B._____, die Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger), sind Mitglied respektive Präsident des Verwaltungsrats der D._____ AG (act. 5/1). Diese bezweckt die Anlage und Verwaltung von Vermögenswerten aller Art. Die C._____ AG, die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte), bezweckt den Betrieb einer Bank im In- und Ausland, einschliesslich des gewerbsmässigen Handels mit Effekten und anderen beweglichen Vermögenswerten (act. 5/2). Zwischen den Parteien bestand eine Geschäftsverbindung. Die D._____ AG bzw. die beiden Kläger waren im Rahmen der Verwaltung von Vermögen ihrer Kunden für gewisse Konten bei der Beklagten zeichnungsberechtigt (act. 2 Rz 66 ff.).

Die Beklagte informierte die D._____ AG im Frühjahr 2014, sich im Zusammenhang mit der Beilegung des Steuerstreits zwischen den USA und den Schweizer Banken am Programm des US-Justizdepartements (dem "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks") zu beteiligen. Sie stellte in Aussicht, Informationen über ihre Geschäftsbeziehung, insbesondere die Namen der Kläger im Zusammenhang mit von der Bank betreuten Bankverbindungen mit einem Bezug zu den USA, zu übermitteln (act. 5/8-23). Mit der vorliegenden Klage wehren sich die Kläger gegen dieses Ansinnen der Beklagten.

1.2. Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren erhoben die Kläger am 12. Dezember 2014 bei der Vorinstanz Klage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1 f.). Am 16. März 2015 erstattete die Beklagte die Klageantwort. Nachdem die Vorinstanz festgestellt hatte, dass der Kläger 1 als Inhaber des Ein-

zelunternehmens "B._____" und der Kläger 2 als Inhaber des Einzelunternehmens "... Inh. A._____" im Handelsregister eingetragen sind, beschränkte sie das Verfahren auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit und führte dazu einen doppelten Schriftenwechsel durch (act. 23, 30, 34 und 39). Eine weitere Stellungnahme der Kläger (act. 47) erfolgte verspätet (act. 41-48) und wurde deshalb von der Vorinstanz bei ihrem Entscheid nicht beachtet (was von den Klägern mit ihrer vorliegenden Berufung nicht beanstandet wird). Mit Beschluss vom 3. November 2015 trat die Vorinstanz auf die Klage wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Kläger nicht ein (act. 57 [= act. 56 = act. 49]). Sie ist der Auffassung, das Handelsgericht Zürich sei zuständig.

2.

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2015 erhoben die Kläger innert Frist Berufung gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 3. November 2015 (act. 55 i.V.m. act. 50). Sie halten an der Zuständigkeit des Bezirksgerichts fest und beantragen die Aufhebung des Nichteintretensbeschlusses und die Rückweisung des Verfahrens. Eventualiter beantragen sie die Aufhebung von Ziff. 4 des vorinstanzlichen Entscheids, gemäss welcher sie zur Zahlung einer Prozessentschädigung an die Beklagte verpflichtet wurden.

Die Kläger haben den Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 58 ff.). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-53). Das Verfahren ist spruchreif. Eine Berufungsantwort einzuholen, erübrigt sich (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1. Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bildet eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Ihr Vorliegen ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Ist sie nicht gegeben, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario).

3.2. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist in Art. 6 ZPO geregelt und knüpft an den Begriff der "handelsrechtlichen Streitigkeit" an, den das Gesetz

näher definiert. Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich, wenn a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Person betroffen ist, b) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, ist das Handelsgericht zwingend zuständig, weder eine Prorogation noch eine Derogation ist also möglich (BERGER, Berner Kommentar, Art. 6 ZPO N 7; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 6 N 4). Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO).

3.3. Die ersten beiden Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO stehen nicht zur Debatte. Die Parteien sind sich einig und die Vorinstanz ist dieser Auffassung zu Recht gefolgt, dass die strittige Datenherausgabe an die US-Behörden in engem Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Beklagten steht. Zu ergänzen ist diesbezüglich allein, dass nur schon ein loser Zusammenhang zur Geschäftstätigkeit der Beklagten genügen würde (vgl. OGer ZH LF130075 vom 24. Feb. 2014, Erw. 4.2.1.). Die Datenherausgabe an die US-Behörden tangiert sodann in erster Linie die Persönlichkeit der beiden Kläger. Sie berufen sich nämlich auf den Schutz ihrer persönlichen Freiheit und ihrer informationellen Selbstbestimmung. Sie befürchten insbesondere eine Strafverfolgung durch die amerikanischen Behörden und eine öffentlich Anprangerung (act. 2 Rz 114 und 218 ff.). Damit liegt eine Streitigkeit nicht vermögensrechtlicher Natur vor, welche mit Beschwerde an das Bundesgericht gebracht werden kann (Art. 72 BGG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BGG e contrario). Selbst wenn man von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit ausgeht – eine Datenherausgabe kann (auch) die weitere geschäftliche Tätigkeit der Kläger 1 und 2 ernsthaft beeinträchtigen –, wäre der Streitwert ohne weiteres mit mindestens Fr. 30'000.- zu beziffern. In diesem Fall wäre die Beschwerde an das Bundesgericht ebenfalls zulässig (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Auch wenn am Handelsgericht vermögensrechtliche Streitigkeiten im Vordergrund stehen, fallen auch handelsrechtliche Streitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Natur unter die han-

delsgerichtliche Zuständigkeit gemäss Art. 6 Abs. 1-3 ZPO (vgl. BERGER, a.a.O., Art. 6 ZPO N 34). Dies gilt trotz des missverständlichen Wortlauts in § 44 lit. b GOG auch für das Handelsgericht Zürich (OGer ZH LF130077 vom 3. März 2014, Erw. 4.2.3.).

3.4. Von der Vorinstanz näher zu prüfen war einzig die Frage, ob der Eintrag der beiden Kläger im Handelsregister in ihrer Funktion als Inhaber je eines Einzelunternehmens die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO erfüllt.

3.4.1. Die Vorinstanz bejahte diese Frage und damit die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich und trat dementsprechend auf die Klage nicht ein. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst Folgendes (act. 57 Erw. 4): Ob das Einzelunternehmen, wie die Kläger geltend machten, aktiv sei oder nicht und ob die natürliche Person im Rahmen der fraglichen Rechtsbeziehung unter der Firma der Einzelunternehmung auftrete oder nicht, spiele keine Rolle. Bei einer als Inhaberin eines Einzelunternehmens im Handelsregister eingetragenen Person sei für sämtliche Forderungen auf diesen Eintrag abzustellen. Dies entspreche der Grundidee, wonach die Einzelunternehmung kein vom Geschäftsinhaber verschiedenes Rechtssubjekt schaffe. Auch in der Konkursbetreibung gegen einen Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens werde nicht zwischen aus dem Geschäftsbetrieb herrührenden und privaten Schulden unterschieden. Das zur Diskussion stehende Rechtsverhältnis müsse daher keinen Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit des Einzelunternehmens haben. Dies diene der Rechtssicherheit, müsse doch so vor Klageeinleitung nicht abgeklärt werden, ob der Streitgegenstand dem Geschäftsvermögen oder dem Privatvermögen zuzurechnen sei. Für die Gegenpartei sei es oft schwierig, diese Abgrenzung vorzunehmen. Es genüge, so die Vorinstanz, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sei.

3.4.2. Die Kläger heben in ihrer Berufungsbegründung (act. 55) hervor, dass die beiden Einzelunternehmen inaktiv seien, sie, die Kläger, nie als Einzelunternehmen gegenüber der Beklagten aufgetreten seien und insbesondere der Streitgegenstand, die Herausgabe von Daten und Dokumenten zur Geschäftsbeziehung zwischen den Klägern zur Beklagten, keinerlei Bezug zu diesen Einzelunterneh-

mungen aufweise. In einer solchen Konstellation liege, wie das Handelsgericht des Kantons Zürich bereits entschieden habe (ZR 114/2015 Nr. 59, Entscheid vom 5. August 2015), kein zureichender Handelsregistereintrag im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO vor. Damit stünde den Klägern das Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO zu. Mit ihrem Nichteintretensentscheid habe die Vorinstanz ihnen den Wahlgerichtsstand entzogen.

3.5.

3.5.1. Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO ist nur scheinbar klar. Es genügt nicht jeder Eintrag einer Partei in das Handelsregister, um die Zuständigkeit des Handelsgerichts zu begründen. Unter Bezugnahme auf Art. 934 Abs. 1 OR wird dafür vielmehr vorausgesetzt, dass die im Register eingetragenen Personen ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und sich im Prozess somit zwei Unternehmen gegenüber stehen (vgl. BERGER, a.a.O., Art. 6 ZPO N 9 f.; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 12; RÜETSCHI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 6 N 24; BRUNNER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 19). Dieser in der Lehre vertretenen Auffassung folgend, verneinte das Bundesgericht die Zuständigkeit des Handelsgerichts im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. c ZPO im Falle einer Partei, die nur in ihrer Eigenschaft als Organ im Handelsregister eingetragen war (BGE 140 III 409).

3.5.2. Das Handelsgericht geht einen Schritt weiter und lässt auch im Falle des Inhabers eines Einzelunternehmens den blossen Registereintrag nicht genügen (ZR 114/2015 Nr. 59). Nach seiner Auffassung ist an der Rechtseinheit des Einzelunternehmens anzuknüpfen, und es erachtet es damit als irrelevant, dass dem Einzelunternehmen gar keine Rechtsfähigkeit zukommt. Zum Registereintrag müsse, so das Handelsgericht, hinzukommen, dass der Streitgegenstand einen Bezug zum Einzelunternehmen hat und dementsprechend unter das gewerbliche Handeln des Inhabers fällt und nicht unter sein privates Handeln. Diese Abgrenzung sei möglich, namentlich aufgrund der Firmengebrauchspflicht gemäss Art. 954a OR sowie der Buchführungspflicht (ebd. Erw. 2.16). Auch praktische bzw. prozessökonomische Gründe würden für diese Auffassung sprechen. Da die handelsgerichtliche Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO zwingend sei, müsste in

jedem Zivilverfahren vor einem erstinstanzlichen Gericht zwischen einer im Handelsregister eingetragenen Klägerin, deren geschäftliche Tätigkeit von ihrer Klage mit einem Streitwert von über Fr. 30'000.- betroffen ist, und einer natürlichen Person als Beklagten zunächst von Amtes wegen abgeklärt werden, ob nicht die beklagte Partei allenfalls als Inhaberin eines Einzelunternehmens im Handelsregister eingetragen sei, und zwar völlig unabhängig davon, ob die Streitigkeit mit einem Einzelunternehmen auch nur das Geringste zu tun habe. Diese Prozessvoraussetzung sei auch zu beachten, wenn sie erst im (späteren) Verlauf des Prozesses bekannt werde. Angesichts der grossen praktischen Bedeutung der Einzelunternehmen seien die drohenden prozessökonomischen Leerläufe nicht zu unterschätzen. Da selbst Einträge in ausländischen Registern genügen, würde sich das Problem noch akzentuieren. Verlange man für einen zureichenden Handelsregistereintrag nach Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO, dass der zu beurteilende Sachverhalt der Rechtseinheit des Unternehmens zuzuordnen ist, so führe dies zu transparenten Verhältnissen bei der Zuständigkeitsprüfung, was die aufgezeigte Problematik entschärfe und letztlich Rechtssicherheit gewährleiste (ebd. Erw. 2.18).

3.5.3. Im Bewusstsein, dass ein Einzelunternehmen keine Rechtseinheit mit eigener Rechtspersönlichkeit ist, nimmt das Handelsgericht im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Handelsgerichts eine Unterteilung des Einzelunternehmens in einen betrieblich/gewerblichen Teil und einen privaten Teil vor und behandelt diese als "Rechtseinheiten". Auch wenn es diesen Begriff Art. 2 lit. a Ziff. 1 der Handelsregisterverordnung entlehnt, lässt sich damit nicht aus der Welt schaffen, dass dem Einzelunternehmen als Rechtseinheit keine juristische Selbständigkeit zukommt. Träger der Rechte und Pflichten, sowohl der gewerblichen wie der privaten, ist der *Inhaber* des Einzelunternehmens und eine rechtliche Aufteilung in selbständige (Rechts-) Einheiten ist nicht vorgesehen und lässt sich auch aus den gesetzlichen Vorgaben in Art. 6 Abs. 2 ZPO nicht ableiten.

Ein Bezug zur Streitigkeit, die es zu beurteilen gilt, muss vorliegen, das ist richtig. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes genügt allerdings ein derartiger Bezug zu (mindestens) *einer* Partei (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO). Auch wenn es das

Handelsgericht verneint (ZR 114/2015 Nr. 59 Erw. 2.16 Abs. 2), weitet es diese klare gesetzliche Vorgabe aus. Das Handelsgericht stützt seine Argumentation auf die Lehre. In keinem der vom Handelsgericht bezeichneten Kommentare (vgl. BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 12 und RÜETSCHI, a.a.O., Art. 6 N 24) wird indessen sein Standpunkt vertreten, dass der blosser Eintrag im Handelsregister als Inhaber eines Einzelunternehmens der Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO nicht entspricht und es zusätzlich eines Bezugs zur geschäftlichen Tätigkeit des Einzelunternehmers bedarf. Im Gegenteil, *Berger*, den das Handelsgericht ebenfalls zur Untermauerung seines Standpunktes aufführt, vertritt explizit die Auffassung, dass mit dem geforderten Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei auch Streitigkeiten bürgerlicher (bzw. privater) Natur vom Handelsgericht, das er deswegen als Standesgericht für Kaufleute bezeichnet, zu beurteilen sind; so etwa, wenn der (eingetragene) Maler dem (eingetragenen) Schreiner die Familienwohnung streicht, der (eingetragene) gewerbsmässige Vermieter dem (eingetragenen) Bäcker ein Feriendomizil vermietet, der (eingetragene) Autohändler dem (eingetragenen) Metzger ein Auto für den privaten Gebrauch verkauft (vgl. BERGER, a.a.O., Art. 6 ZPO N 21). Diese Auffassung entspricht denn auch dem ebenfalls von der Vorinstanz bereits erwähnten Grundgedanken, dass der Eintrag des Einzelunternehmens im Handelsregister kein vom Inhaber verschiedenes Rechtssubjekt schafft und dieser im Rahmen der Schuldbetreibung nicht nur für Schulden aus dem Geschäftsbetrieb der Konkursbetreibung unterliegt, sondern auch für private Schulden (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, BGE 120 III 6). Damit spielt auch keine Rolle, ob das Einzelunternehmen aktiv ist oder der Inhaber unter der Firma im Geschäftsleben auftritt (vgl. OGer ZH PS140003, Urteil vom 4. Februar 2014 Erw. 4), und es ist sogar unerheblich, ob ein Eintrag un gerechtfertigt ist oder ein nicht vorhandener Eintrag gerechtfertigt wäre (vgl. BERGER, a.a.O., Art. 6 ZPO N 18).

Gegen eine praktikable Lösung, die letztlich auch der Rechtssicherheit dient, wie dies das Handelsgericht mit seinem Entscheid beabsichtigte, ist nichts einzuwenden. Die Kammer ist allerdings der Meinung, dass es im Falle eines eingetragenen Einzelunternehmens einiges einfacher und praktikabler ist, auf den (blosser) Registereintrag abzustellen, und handle es sich auch um ein ausländisches Re-

gister, als auf den gewerblichen Bezug der Streitsache zum Einzelunternehmen. Die Abgrenzung zwischen gewerblichem und privatem Handeln des Inhabers eines Einzelunternehmens kann zuweilen äusserst aufwändig sein (trotz Pflicht zum Firmengebrauch und zur Buchführung) und ist für die Gegenpartei wie das Gericht keinesfalls einfacher vorzunehmen, als die schlichte Konsultation eines Registers. Soll, wie das Handelsgericht meint, in Zivilprozessen im Rahmen der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit bei Inhabern eines Einzelunternehmens zwischen Rechtseinheiten, einer geschäftlichen und einer privaten, unterschieden werden, widerspricht dies dem Grundsatz in der (eventuell) anschliessenden Zwangsvollstreckung, wonach für die Festlegung der Art der Betreuung sämtliche Schulden, unabhängig ihres Entstehungsgrundes, einheitlich behandelt werden und allein der Registereintrag massgebend ist. Diese Inkongruenz verträgt sich schlecht mit der angestrebten Rechtssicherheit.

3.6. Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen: klagt der Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens gegen eine ebenfalls im Handelsregister eingetragene Partei, ist (falls die Beschwerde ans Bundesgericht offen stehen wird) das Handelsgericht nach Art. 6 Abs. 2 ZPO zwingend zuständig, wenn wie hier die geschäftliche Tätigkeit der beklagten Partei (nämlich: *einer* der Parteien, gemäss lit. a der Bestimmung) betroffen ist. Es muss also in diesem Fall nicht geprüft werden, ob auch ein Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit des Einzelunternehmens der klagenden Partei besteht. Die Berufung ist daher abzuweisen, und es ist der Entscheid der Vorinstanz, auf die Klage nicht einzutreten, zu bestätigen.

4.

4.1. Die Kläger unterliegen und werden damit kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Weder die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr noch die Auflage der Gerichtskosten der Vorinstanz haben die Kläger beanstandet. Dispositiv-Ziff. 2 und 3 des vorinstanzlichen Beschlusses sind damit ebenfalls zu bestätigen.

4.3. Nicht einverstanden sind die Kläger mit der erstinstanzlichen Anordnung, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.- zu bezahlen. Obwohl dem Handelsregistereintrag positive und negative Publizität zukomme, habe die Beklagte in ihrer Klageantwort die Einträge der Kläger im Handelsregister nicht thematisiert. Anstatt sofort die Unzuständigkeitseinrede zu erheben und diesbezüglich einen Entscheid zu veranlassen, habe die Beklagte umfassend zur Sache plädiert. Dieser Aufwand sei unnötig und gemäss Art. 108 ZPO von der Beklagten selber zu tragen. Die Vorinstanz sei selber davon ausgegangen, dass die Beklagte in einem allfälligen Verfahren vor dem Handelsgericht den bisherigen Aufwand werde nutzen können. Die Kostenaufgabe würde sich aber auch als unbillig im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO erweisen (act. 55 Rz 13 f.).

Aus der Tatsache allein, dass Einträge im Handelsregister als bekannt vorausgesetzt werden, lässt sich der Beklagten im Rahmen des Entscheids über die Kostenfolgen keinen Vorwurf machen. Sie ist nicht verpflichtet, eine Unzuständigkeitseinrede zu erheben, auch nicht, wenn ein zwingender Gerichtsstand zur Debatte steht, und muss somit nicht nach Gründen forschen, die gegen die Zuständigkeit des von der Gegenseite angerufenen Gerichts sprechen. Unkenntnis, und beruhe sie auf Unsorgfalt, darf der Beklagten, wenn sie obsiegt, nicht schaden. Die (umfassende) Klageantwort erstattete sie auf Aufforderung der Vorinstanz (act. 11). Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte von den Einträgen im Handelsregister wusste und erst im Verlauf des Verfahrens, insbesondere erst nach Erstattung der Klageantwort, die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben beabsichtigte, was unter Umständen als treuwidriges Prozessieren und Anwendungsfall von Art. 108 ZPO oder von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO betrachtet werden könnte, liegen nicht vor bzw. wurden nicht geltend gemacht. Es war die Vorinstanz selber, welche sich der Einträge im Handelsregister gewahr wurde und die Parteien darüber informierte (act. 20 f. und act. 28). Ob die Kläger ihre Klage beim Handelsgericht neu einreichen, liegt nicht in der Macht der Beklagten. Es war daher zweifellos richtig, dass die Vorinstanz der Beklagten eine Parteientschädigung zusprach, und ebenso zutreffend war ihr Hinweis an das Handelsgericht, diesem Umstand bei einer allfälligen Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagte Rechnung zu tragen. Die Höhe der Parteientschädigung wurde von den Klägern

nicht beanstandet und ist damit nicht weiter zu prüfen. Auch in diesem Punkt, Dispositiv-Ziff. 4, ist der Beschluss der Vorinstanz somit zu bestätigen.

4.4. Entgegen der Auffassung der Kläger besteht in der hier zu beurteilenden Angelegenheit kein negativer Kompetenzkonflikt; die Kläger haben nach den vorliegenden Akten zu schliessen bislang erst eine Klage, diejenige bei der Vorinstanz, eingereicht. Dies haben sie getan, ohne überhaupt in Betracht gezogen zu haben, ob und welche Auswirkungen ihr Eintrag im Handelsregister auf die gerichtliche Zuständigkeit hat (vgl. act. 20). Zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei der Vorinstanz lag der Entscheid des Handelsgerichts Zürich zur Bedeutung des Eintrags einer Partei als Inhaberin eines Einzelunternehmens im Kontext von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO noch nicht vor. Den Klägern kann deshalb nicht zugutegehalten werden, im Vertrauen auf einen einschlägigen Entscheid des Handelsgerichts die Klage bei der Vorinstanz eingereicht zu haben. Die Kammer sieht daher keinen Grund, die Kläger für das Berufungsverfahren mit Kosten zu verschonen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.- festzusetzen und den Klägern 1 und 2 je zur Hälfte aufzuerlegen.

4.5. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteienschädigungen festzusetzen; für die Kläger nicht, weil sie unterliegen, für die Beklagte nicht, weil ihr kein Aufwand entstand.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 3. November 2015, wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 55, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. O. Canal

versandt am: