



III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,
lic. iur. Th. Seeger und Dr. iur. R. Wyler
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 25. August 2004

in Sachen

M. GmbH & Co. KG,

(Deutschland)

Klägerin und Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. (...) Zürich

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. (...) Zürich

gegen

T. Holding Limited,

(Liechtenstein)

Beklagte und Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. (...) Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. (...) Zürich

betreffend **Ernennung eines Schiedsrichters**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Beschluss vom 26. März 2004 trat die III. Zivilkammer des Obergerichts auf das Gesuch der heutigen Klägerin und Gesuchstellerin um Ernennung von Schiedsrichtern mit der Begründung nicht ein, die Schiedsrichter würden gemäss Art. 179 Abs. 1 IPRG gemäss der Vereinbarung der Parteien ernannt (PG040003). Mit einem erneuten Gesuch vom 30. April 2004 ersuchte die Klägerin "*gestützt auf den zwischen den Parteien am 5. Dezember 2003 geschlossenen Nachtrag Nr. 2 des Werkvertrages (Construction Contract) um Bestellung eines Schiedsgerichtes nach Art. 179 Abs. 2 IPRG*" mit den Anträgen (act. 1):

- "1. Es sei Prof. Dr. X., (...) Zürich, zum Schiedsrichter zu ernennen.*
- 2. Es sei durch das Obergericht unverzüglich ein weiterer Schiedsrichter zu benennen.*
- 3. Es seien die Schiedsrichter gemäss Ziffern 1 und 2 anzuweisen, innert einer Frist von 10 Tagen einen Obmann zu benennen unter der Androhung, dass nach Fristablauf der Obmann durch das Obergericht bestellt werde.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."*

Die Beklagte und Gesuchsgegnerin beantragte, das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen, eventualiter stellte sie die Anträge (act. 8):

- "1. (...)*
- 2. Sollten die Anträge Nr. 1 und Nr. 2 der Gesuchstellerin gutgeheissen werden, so sei im Rahmen des Antrages Nr. 2 Rechtsanwalt Dr. iur. Y. (...) Zürich, als Schiedsrichter der Gesuchsgegnerin zu benennen.*
- 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."*

Die Parteien hielten in ihren weiteren Rechtsschriften vom 14. Juni 2004 und vom 8. Juli 2004 an ihren Anträgen fest.

2. Die Parteien begründen ihre unterschiedlichen Standpunkte zur Rechtslage hinsichtlich der Ernennung des Schiedsgerichts wie folgt:

- a) Die Klägerin trägt zur Begründung ihres Antrags vor, die Beklagte habe sich mit Schreiben vom 23. April 2004 ausdrücklich geweigert, einen Schiedsrichter zu ernennen. Der Nachtrag Nr. 2 zum Werkvertrag vom 5. Dezember 2003 enthalte in Ziff. 9.1 eine eigene Schiedsklausel, wonach für *sämtliche* Streitigkeiten ein Dreier-Schiedsgericht mit Sitz in Zürich zuständig sei. Dieselbe Schiedsklausel sei in den Vertragsbedingungen Teil II vom 20. November 2002 enthalten. Die neue Sub-Clause 67.3 ersetze also diejenige in den Vertragsbedingungen Teil I, womit auch das in der alten Sub-Clause 67.3 statuierte, der "*Arbitration*" vorgelagerte Schlichtungsverfahren gemäss Sub-Clause 67.1 und 67.2 ("*Settlement of Disputes*") entfalle. Die neue gehe der alten Schiedsklausel auch deshalb vor, weil die Vertragsbedingungen Teil II vom 20. November 2002 die Rangfolge der einzelnen Vertragsdokumente bestimmten und gemäss deren Sub-Clause 5.2 ("*Priority of Contract Documents*") der Werkvertrag vom 20. November 2002 allen anderen Dokumenten vorgehe, an erster Stelle gefolgt von den Vertragsbedingungen Teil II und erst an zweiter Stelle von den Vertragsbedingungen Teil I. Da die Schiedsklausel für die *Ernennung* des Schiedsgerichts weder eine Parteivereinbarung enthalte noch ein institutionalisiertes Schiedsgericht vorsehe, seien gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG, insbesondere dessen Art. 179 Abs. 2 IPRG anwendbar. Eventualiter wird vorgetragen, selbst wenn eine diesbezügliche Parteivereinbarung bestünde, müsste der Richter gemäss Art. 179 Abs. 2 IPRG die Schiedsrichter ernennen, wenn deren Ernennung im Rahmen der Parteiautonomie wegen der Weigerung einer Partei, ihren Schiedsrichter zu bezeichnen, scheitere. Voraussetzung sei lediglich der Bestand einer Schiedsabrede, was vom angerufenen Richter bloss summarisch zu prüfen sei (Hinweis auf Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A. 2004, N 16 f. zu Art. 179; act. 1 Ziff. 22 f.).
- b) Die Beklagte bestreitet die Statuierung einer neuen Schiedsklausel durch den Nachtrag Nr. 2 vom 5. Dezember 2003 mit der folgenden

Begründung: Die Parteien hätten in Sub-Clause 67.3 ("*Arbitration*") der Vertragsbedingungen Teil II vom 20. November 2002, genau so wie von der FIDIC (Fédération internationale des Ingénieurs-Conseil) in "*Clause 67*" der "*Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1992)*" vorgeschlagen, präzisiert, dass das ICC-Schiedsgericht ein Dreierschiedsgericht mit Sitz in Zürich und der Verfahrenssprache Deutsch sein solle. Die in den FIDIC-Bestimmungen erwähnte mögliche Variante eines Ad-hoc-Schiedsgerichts sei gerade *nicht* gewählt worden. Die Nachträge Nr. 1 vom 21. März 2003 und Nr. 2 vom 5. Dezember 2003 stellten blosse Ergänzungen zum ursprünglichen Vertrag dar. Obwohl die in einem Vertrag vorgesehene Schiedsklausel grundsätzlich auch für Streitigkeiten aus ergänzenden, ändernden und erweiternden Vertragsnachträgen gelte (IPRG-Wenger, N 32 a.E. zu Art. 178), sei - um jeglichen Zweifel auszuschalten, dass der im ursprünglichen Werkvertrag vorgesehene Streiterledigungsmechanismus auch für die Vertragsnachträge gelte - in den Nachträgen Nr. 1 und Nr. 2 jeweils eine Klausel aufgenommen worden, in welcher bezüglich Gerichtsstand und anwendbarem Recht ausdrücklich auf die Vertragsbedingungen Teil II vom 20. November 2002 verwiesen worden sei. Auf die FIDIC-Regeln sei nicht verwiesen worden, weil die Parteien von deren *allgemeinen* Weitergeltung ausgegangen seien. Die Gesuchstellerin könne kein Dokument vorlegen, in welchem eine Änderung des Streiterledigungsmechanismus' auch nur angesprochen würde; die Gesuchsgegnerin vermöge diese negative Tatsache naturgemäss nicht zu beweisen. Annex III zum Nachtrag Nr. 2, welcher die Vertragsbedingungen II in bereinigter Form enthalte, sei ebenfalls klar zu entnehmen, dass für die Streiterledigung die genau gleiche Regelung wie in der ursprünglichen Fassung vom 20. November 2002 zu gelten habe. Die Vertragsbedingungen II stellten wegen ihres allgemeinen Vorrangs einleitend klar, dass sie die FIDIC-Regeln nur ergänzten und nicht ersetzten. Die Gesuchstellerin habe der Gesuchsgegnerin mit FAX-Schreiben vom 2. Februar 2004 selbst angedroht, die Schiedsge-

richtsklage beim Sekretariat des Schiedsgerichtshofes unter Benennung ihres Schiedsrichters einzureichen, woraus ersichtlich sei, dass die Gesuchsgegnerin (damals noch) von der Anwendbarkeit eines ICC-Schiedsverfahrens und nicht eines Ad-hoc-Schiedsgerichts ausgegangen sei. Im Rahmen von Art. 179 IPRG sei die Frage, ob überhaupt eine Schiedsvereinbarung bestehe, was nur summarisch zu prüfen sei, zu unterscheiden von der Frage, ob die Parteien eine Vereinbarung zur Ernennung der Schiedsrichter getroffen hätten, was vom Richter umfassend geprüft werde. Da die Parteien vorliegend die Ernennung der Schiedsrichter indirekt durch Verweisung auf die Regeln einer Schiedsinstitution - die ICC-Schiedsgerichtsbarkeit - vereinbart hätten (IPRG-Kommentar, Vischer, N 11 zu Art. 179) und die ICC-Schiedsordnung detaillierte Regeln betreffend die Ernennung der Schiedsrichter enthalte, sei die Voraussetzung einer fehlenden Vereinbarung i.S. von Art. 179 Abs. 2 IPRG nicht erfüllt und das Gesuch dementsprechend abzuweisen.

- c) Die Gesuchstellerin hielt dem in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2004 entgegen, die Streitigkeit werde dem Sekretariat des ICC-Gerichtshofs zu unterbreiten sein, sollte das vom mitwirkenden staatlichen Richter bestellte Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass nach den ICC-Regeln vorzugehen sei. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 2. Februar 2004 sei nichts abzuleiten, da sie sich in jenem Zeitpunkt noch nicht darum gekümmert habe, wie ein Schiedsverfahren konkret einzuleiten sei. Die Tatsache, dass die Klägerin sich auf die ICC-Schiedsordnung berufen habe, bedeute noch lange nicht, dass sie die FIDIC-Regeln als anwendbar anerkannt habe: Ziff. 9.1 des Nachtrags Nr. 2 nehme ausdrücklich nur auf die Vertragsbedingungen Teil II, nicht jedoch auf die Vertragsbedingungen Teil I und damit die FIDIC-Regeln Bezug. Da die FIDIC-Regeln mit dem Nachtrag Nr. 2 vom 5. Dezember 2003 derogiert worden seien, komme auch das der "*Arbitration*" vorgeschaltete interne Streitschlichtungsverfahren vor dem "*Engineer*" nicht mehr zum Zug. Die Frage, ob eine Parteivereinbarung

bezüglich der Ernennung der Schiedsrichter vorliege, sei vom staatlichen Richter ebenfalls nur summarisch zu prüfen, andernfalls Sinn und Zweck von Art. 179 Abs. 2 IPRG, die Schiedsgerichtsbarkeit als schnelles und effizientes Streitschlichtungsinstrument auszugestalten, ausgehebelt würde.

- d) Die Gesuchsgegnerin nahm zu den neuen Tatsachenbehauptungen und Rechtsausführungen der Gesuchstellerin am 8. Juli 2004 abschliessend wie folgt Stellung: Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei sehr wohl die Frage, ob eine Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Ernennung der Schiedsrichter i.S. von Art. 179 Abs. 2 IPRG bestehe, da vorliegend der Bestand einer Schiedsvereinbarung - als Voraussetzung der Mitwirkung des staatlichen Gerichts bei der Ernennung der Schiedsrichter - gar nicht streitig sei (Art. 179 Abs. 3). Sodann sei es weder möglich noch zweckmässig, ein bereits bestelltes Ad-hoc-Schiedsgericht nachträglich der Administration der Internationalen Handelskammer (IHK/ICC) und deren Verfahrensordnung zu unterstellen. Die Gesuchstellerin lege kein einziges Dokument vor, welches darauf hindeuten würde, dass die Parteien von einem differenzierten Streiterledigungsmechanismus mit einem ICC-Schiedsgericht zu einem unadministrierten Ad-hoc-Schiedsgericht wechseln wollten.
3. Die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus der Parteivereinbarung in den Vertragsbedingungen Teil II vom 20. November 2002 sowie den Nachträgen Nr. 1 und Nr. 2, wonach Sitz des Schiedsgerichts Zürich sein soll, was nicht streitig ist (Art. 185 IPRG). Auf das Gesuch ist daher einzutreten. Die sachliche Zuständigkeit zur Ernennung der Schiedsrichter (vgl. Vischer, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A. 2004, Art. 185 N 5 f.) ist an die materiell-rechtliche Voraussetzung geknüpft, dass eine Parteivereinbarung betreffend Ernennung, Abberufung oder Ersetzung der Schiedsrichter fehlt (Art. 179 Abs. 1 und 2 IPRG; Primat der Parteiautonomie, IPRG-Peter/Legler, N 5 f. zu Art. 179 IPRG m. Hinw. auf

die Lehre; Vischer, a.a.O., Art. 179 N 11). Diese zwischen den Parteien streitige Frage ist im Folgenden zu prüfen.

4. Die Gesuchsgegnerin macht eine sog. indirekte Parteivereinbarung betreffend die Ernennung der Schiedsrichter durch Verweisung auf das ICC-Schiedsverfahren geltend, was die Gesuchstellerin bestreitet und welcher sie eventualiter entgegenhält, selbst bei Bestand einer solchen Parteivereinbarung sei sie berechtigt, den staatlichen Richter i.S. von Art. 179 IPRG anzurufen, da die Gegenpartei sich weigere, ihren Schiedsrichter zu bezeichnen (vorne E. 2a am Ende). Dieser Einwendung kann nicht zugestimmt werden, da die Parteien, die ein dem 12. Kapitel des IPRG unterstelltes Schiedsgerichtsverfahren führen und hierfür die Hilfe einer Schiedsinstitution, z.B. der Internationalen Handelskammer (IHK/ICC) in Anspruch nehmen, sich selbstredend auch den Regelungen dieser Institution betreffend *Ernennung*, Abberufung und Ersetzung der Schiedsrichter unterwerfen (IPRG-Peter/Legler, N 8 und N 11 zu Art. 179 IPRG; vgl. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 der Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer [ICC-VerfO] in der seit 1. Januar 1998 gültigen Fassung). Nach Art. 8 Abs. 4 Satz 2 ICC-VerfO wird der Schiedsrichter vom Schiedsgerichtshof ernannt, wenn eine Partei es unterlässt, ihren Schiedsrichter zu ernennen (vgl. auch Andreas Reiner, ICC-Schiedsgerichtsbarkeit [1989], S. 307 f.). Die Gesuchstellerin bleibt also nicht ohne Rechtsschutz, wenn der staatliche Richter nicht eingreift. Die Streitfrage einer gültig abgeschlossenen indirekten Parteivereinbarung bezüglich der Ernennung der Schiedsrichter ist daher zu prüfen.
5. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin unterliegt die Prüfung, ob diese Vereinbarung Bestand hat, nicht der beschränkten Kognition des Richters i.S. von Art. 179 Abs. 3 IPRG. Die summarische Prüfung erfasst zwar für beide Fälle der richterlichen Ernennung (Art. 179 Abs. 2 *und* Abs. 3 IPRG) den Nachweis des Bestands einer Schiedsabrede, obwohl dies in Art. 179 Abs. 2 IPRG nicht ausdrücklich gesagt wird. Denn auch im Fall der bloss subsidiären Mitwirkung des staatlichen Richters bei der Ernennung von

Schiedsrichtern soll sein Aktivwerden zur Voraussetzung haben, dass zumindest prima facie der *Bestand* einer Schiedsabrede nachgewiesen ist (Vischer, a.a.O., Art. 179 N 15 m. Hinw. auf BGE 118 Ia 24). Zweck dieser eingeschränkten Kognition ist lediglich sicherzustellen, dass im Zweifelsfall der Existenz einer Schiedsabrede ein Schiedsgericht bestellt wird, welches dann erst die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung für die streitigen Ansprüche umfassend zu prüfen und damit über seine eigene sachliche Zuständigkeit i.S. von Art. 186 IPRG zu befinden hat (vgl. IPRG-Peter/Legler, N 41 a. E. zu Art. 179 IPRG; Vischer, a.a.O., N 16 zu Art. 179 IPRG). Damit wird verhindert, dass eine Partei sich durch Obstruktion ihrer vertraglich übernommenen Pflicht zur *schiedsgerichtlichen* Streitbeilegung im Nachhinein entziehen kann (vgl. IPRG-Peter/Legler, N 38 zu Art. 179 IPRG). Hingegen rechtfertigt sich die Prüfung des Bestands einer gültigen Parteivereinbarung betreffend die Ernennung der Schiedsrichter mit voller Kognition wegen des Primats der Parteiautonomie, welches einen der wesentlichsten Hauptpfeiler des neuen IPRG bildet (IPRG-Peter/Legler, N 5 zu Art. 179 mit zahlreichen Hinweisen). Der staatliche Richter soll nicht leichthin in das von den Parteien gewählte Ernennungsverfahren eingreifen.

- a) Die zwischen den Parteien streitige Frage, ob anlässlich des Abschlusses der ergänzenden Vereinbarung zum Werkvertrag vom 20. November 2002 (Nachtrag Nr. 2 vom 5. Dezember 2003) die ursprüngliche Verweisung auf das ICC-Schiedsverfahren durch ein Ad-hoc-Schiedsgericht ersetzt wurde (vgl. vorne E. 2a und E. 2b, je am Anfang), ist demnach mit voller Kognition zu prüfen. Die Auslegung des Inhalts dieses ins Recht gelegten, den ursprünglichen Werkvertrag vom 20. November 2002 ergänzenden Vertragsdokuments hat nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Vertragsauslegung zu erfolgen (Schwenzer, OR AG, 3. A. N 33.01). Dabei gilt als Auslegungsregel der Vorrang des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens (Art. 18 OR) vor dem nach dem Vertrauensprinzip ausgelegten

Willen der Parteien (a.a.O. N 33.02 m. Hinw. auf BGE 121 III 118, 123 m. w. Nachw.). (...)

6. Das Gesuch ist aus den dargelegten Gründen abzuweisen. Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Sie ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung zu zahlen.

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. (Gerichtsgebühr)
3. (Kostenauflage)
4. (Prozessentschädigung)
5. (Schriftliche Mitteilung)