



Geschäfts-Nr. PN100073/U/hp

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. H. Schmid, Vorsitzender,
Dr. A. Brunner und Dr. J. Zürcher sowie
die juristische Sekretärin Dr. D. Oser

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 18. August 2010

in Sachen

A. _____ AG,
Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____, Dr.,
Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____ und/oder Dr. Y2. _____

betreffend **Dekotierung (Zuständigkeit)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Zwischenentscheid des
Schiedsgerichts der A. _____ (Obmann: Prof. Dr. C. _____, ... [Adresse]) vom
11. März 2010**

Das Gericht erwägt:

1. Die Beklagte bzw. ihr "... Board" bewilligte am 7. Mai 2009 ein Gesuch der D._____ AG um Dekotierung. Dagegen erhob der Kläger, der an der Gesellschaft als Aktionär mit über 3 % des gesamthaft ausgegebenen Aktienkapitals beteiligt ist (act. 20/9), eine Beschwerde bei der (internen) Beschwerdeinstanz der Beklagten, die mit Entscheid vom 31. August 2009 abgewiesen wurde. Als Rechtsmittelinstanz wurde das in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verankerte Schiedsgericht genannt (act. 4/3 S. 12 Dispositiv-Ziffer 7).

Mit Schreiben vom 28. September 2009 richtete der Kläger ein entsprechendes "Schiedsbegehren" an das Schiedsgericht. Da die Beklagte weder eine bilaterale Schiedsvereinbarung mit dem Kläger abschloss, noch sich sonst auf das Verfahren einliess, beschränkte das Schiedsgericht das Verfahren in der Folge auf die Frage seiner Zuständigkeit und bejahte diese mit Zwischenentscheid vom 11. März 2010 (act. 2).

Mit rechtzeitig erhobener Nichtigkeitsbeschwerde vom 12. April 2010 beantragt die Beklagte, dieser Zwischenentscheid des Schiedsgerichts sei aufzuheben und dessen Unzuständigkeit bezüglich der vorliegenden Streitsache festzustellen (act. 1). Mit Verfügung vom 15. April 2010 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen (Prot. S. 2 f.).

Auch die D._____ AG erhob gegen den Zwischenentscheid des Schiedsgerichtes mit Eingabe vom 13. April 2010 eine Nichtigkeitsbeschwerde, die Gegenstand des Verfahrens PN100072 bildet.

2. Der angefochtene Zwischenentscheid wurde von einem Schiedsgericht erlassen, das seinen Sitz im Kanton Zürich hat. Beide Parteien sind in der Schweiz domiziliert bzw. wohnhaft. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher nach den Bestimmungen des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) vom 27. März 1969 zu beurteilen. Nach Art. 9 in Verbindung mit Art. 36 lit. b KSG ist gegen den hier angefochtenen Schiedsspruch als

Rechtsmittel die Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich gegeben (Wiget/Sträuli/Messmer, in: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., 1997, vor §§ 238-258 ZPO N 93). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. f KSG), im Kanton Zürich also insbesondere nach §§ 281 ff. ZPO.

3. a) Die Beklagte rügt unter Berufung auf Art. 36 lit. b KSG, dass sowohl Art. 30 BV als auch Art. 4 und 6 KSG verletzt worden seien. Zwar habe das Schiedsgericht zu Recht erkannt, dass mangels gegenseitiger Willenserklärungen und Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13 bis Art. 15 OR keine Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien bestehe (mit Hinweis auf act. 2 Ziff. 2.2.1.). Indem es aber trotzdem seine Zuständigkeit bejaht habe, sei die Beklagte unter Verzicht auf den ordentlichen Richter gezwungen, sich auf ein Schiedsverfahren mit einem Dritten, dem Kläger, einzulassen. Dies obwohl sie mit keine Schiedsvereinbarung geschlossen habe (Art. 6 Abs. 1 KSG), und der Kläger auch keine Beitrittserklärung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 KSG abgegeben habe.

Vorweg ist hervorzuheben, dass die Kognition des Obergerichts bei der Prüfung des Kompetenzentscheides des Schiedsgerichts nicht auf die Willkürüberprüfung beschränkt ist (Art. 3 lit. f i.V. m. Art. 9 und Art. 36 lit. b KSG; ZR 90 Nr. 4 S. 11; BGE 129 III 727 E. 5.2.2; BGE 128 III 50 E. 2a; Urteil des Bundesgerichtes vom 4. Juli 2003 [4P.137/2002]; Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, N 1713 und N 1559 ff. m.w.H.).

- b) Zwischen den Parteien ist die Rechtsnatur und die Auslegung von Art. 62 Abs. 2 des geltenden Kotierungsreglementes (KR) der Beklagten strittig. Die Bestimmung lautet:

"Entscheide und Vorentscheide des ... Board können innert 20 Börsentagen nach Zustellung oder Veröffentlichung an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden.

*Die Entscheidungen der Beschwerdeinstanz können ihrerseits in-
nert 20 Börsentagen an das Schiedsgericht der A._____ weiter-
gezogen werden."*

Die Beklagte bringt dazu im Wesentlichen vor, dass es sich beim Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) um ein Rahmengesetz mit wirtschaftspolizeilichem Charakter handle. Die Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) zum Betrieb einer Börse, die im öffentlichen Interesse liege, sei eine Art Polizeibewilligung, weswegen die Genehmigung der AGB und Reglemente der Beklagten durch die FINMA Teil diese gewerbepolizeilichen Börsenbewilligung sei (act. 1 S. 16 ff. Rz 58 ff. mit Hinweisen auf die Literatur). Zwar werde sowohl in der Lehre als auch vom Bundesgericht vorgebracht, dass den Regularien der Beklagten - trotz vertraglicher Grundlage - "normative Funktion" zukomme (mit Hinweis auf BGE 133 III 221 E. 5.2.3.). Damit solle jedoch lediglich zum Ausdruck kommen, dass die Regularien gegenüber deren Adressaten - Emittenten und Teilnehmer - allgemeinverbindlich seien, d.h. dass die Beklagte mit den Adressaten keine den Reglementen widersprechenden Individualabreden treffen dürfe. Hingegen bedeute "normative Funktion" nicht, dass es sich bei den Reglementen der Beklagten um formelle Gesetze handle, bzw. dass verfassungsmässige Grundsätze, namentlich Art. 30 BV, unbeachtlich wären. Weder aus dem im Streite liegenden Kotierungsreglement, noch aus einer sonstigen Norm des Bundesrechts bzw. des KSG dürfe folglich ein Kontrahierungszwang bzw. eine Bindungswirkung für die Beklagte resultieren.

Das Schiedsgericht erwog in diesem Zusammenhang, dass das Kotierungsreglement der Beklagten ein Rechtssatz des öffentlichen Bundesrechtes sei (act. 2 S. 16 ff.).

Eine Rechtsverletzung ist in dieser Auffassung, die zudem in der Doktrin geteilt wird (vgl. Watter/Dubs, Bedeutung und Zukunft der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, Schweizer Treuhänder 2005, S. 747; Watter/Reichenberg, AJP 2005, S. 981; Rötheli/Iffland, SZW 2004, S. 309 ff.,

Zobl/Kramer, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, S. 51; Peter Hsu, Ad-hoc-Publizität, Zürich 2000, S. 272 ff.), nicht auszumachen, selbst wenn sich allenfalls die gegenteilige Meinung vertreten lässt. Die Frage ist vom Bundesgericht - soweit ersichtlich - bislang nicht entschieden worden. Die Ansicht des Schiedsgerichtes leitet sich vom Börsengesetz ab, wonach die als privates Unternehmen organisierte Beklagte, die eine gemäss Art. 3 BEHG konzessionierte Börse betreibt, durch Art. 8 BEHG verpflichtet und berechtigt ist, im öffentlichen Interesse bestimmte Vorschriften über die Kotierung bzw. Dekotierung zu erlassen und gegenüber jedermann gleich anzuwenden. Grundlage dafür ist folglich die durch den Bund erfolgte Delegation der Rechtssetzungskompetenz an die Beklagte, wonach sie die Voraussetzungen und das Verfahren der (De-)Kotierung regelt. Die Rechtsauffassung wird zudem mit dem Umstand begründet, dass die Vorschriften des KR erst Geltung erlangen, nachdem die FINMA sie im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BEHG genehmigt hat, wobei dessen Anwendung durch die Organe der Beklagten von der FINMA beaufsichtigt wird (Art. 1 Abs. 1 FINMAG). Damit ist die schiedsgerichtliche Schlussfolgerung nachvollziehbar, dass das KR öffentlich-rechtlicher Natur sei und Rechtssatzcharakter zumindest in Bezug auf Fragen der (De-)Kotierung aufweise.

Daran vermag der Einwand der Beklagten nichts zu ändern, wonach es keinen eigentlichen Inkraftsetzungsakt der FINMA gäbe, da sie lediglich der Beklagten ihr Einverständnis mit dem zu genehmigenden Reglement kommuniziere. Die Reglemente seien deshalb schon aus "rechtslogischen" Gründen keine "Rechtssätze" (act. 1 S. 19 Rz 68). Weshalb aber die Beklagte nach der Genehmigung der FINMA nicht im Rahmen ihrer sogenannten "unechten" - da staatlich gesteuerten - Selbstregulierung das Verbindlichkeitsdatum des Kotierungsreglementes hätte festsetzen können, ohne dass dieses dadurch als rein parteiautonome Satzung zu qualifizieren sei, legt die Beklagte nicht dar, noch ist dies sonst ersichtlich (zum Begriff "unechte Selbstregulierung" siehe Kunz, Corporate Governance - Tendenz von der

Selbstregulierung zur Regulierung, in Kramer/Nobel/Waldburger [Hrsg]., Festschrift für Peter Böckli, 2006, S. 476 ff. und S. 484).

Nicht zielführend ist ferner die Behauptung der Beklagten, dass die Kotierungsreglemente nach Art. 2 lit. e des Publikationsgesetzes (PublG) ("rechtssetzende Erlasse von Organisationen des privaten Rechts") hätten publiziert werden müssen, wenn der Bundesgesetzgeber sie als Erlasse mit Gesetzeskraft eingestuft hätte (act. 1 S. 19 Rz 69, vgl. Art. 8 PublG). Zwar gilt aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit, der Grundsatz, dass rechtssetzende Erlasse des Bundes in der Regel erst nach ihrer Publikation in der amtlichen Gesetzessammlung für die Privaten verbindlich werden. Indes ist dies für die Qualifizierung des strittigen Reglementes als Norm im Sinne des materiell-rechtlichen Gesetzesbegriffs nicht massgeblich. Abgesehen davon geht die Beklagte selbst von ihrer Rechtssetzungsbefugnis aus, spricht sie doch in Art. 116 KR von Handlungen, die unter altem Recht erfolgt seien (act. 20/1). Der Vollständigkeit halber ist schliesslich zu ergänzen, dass im angefochtenen Entscheid entgegen der Darstellung der Beklagten nicht erwogen wurde, das Schiedsverfahren stehe aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters des Kotierungsreglements "jedem Nicht-Teilnehmer" der Börse offen (act. 1 S. 21 Rz 77). Vielmehr kam das Schiedsgericht darin einzig zum Schluss, dass diese Option auch dem Kläger als Anleger offenstehen müsse.

Zusammenfassend erweist sich die Rüge, wonach das Schiedsgericht die Befugnis der Beklagten zum Erlass von Normen des öffentlichen Bundesrechts im Bereich des Kotierungsrechts zu Unrecht bejaht habe, als unbegründet.

c) Aufgrund dieses Ergebnisses ist zu untersuchen, ob das Schiedsgericht in korrekter Auslegung von Art. 62 Abs. 2 KR gefolgert hat, dass sich auch der Kläger als Anleger an das Schiedsgericht wenden könne. Ist dies zu bejahen, dann würde diese Bestimmung dem KSG als kantonalem Recht vorgehen, da höherrangiges Recht ein Schiedsgericht vorsehen würde. Damit

würde auch eine schriftliche Schiedsvereinbarung im Sinne des KSG obsolet, so dass sich von vornherein nicht mehr die Frage eines allfälligen (von der Beklagten gerügten) Kontrahierungszwangs stellen würde (vgl. Lalive/Poudret/Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, 1989, N.1.1 zu Art. 4 KSG).

Immerhin ist bereits festzuhalten, dass die Behauptung der Beklagten, wonach Art. 4 bzw. Art. 6 KSG ein Grundrecht verkörpern würden und somit Verfassungsrang hätten (act. 1 S. 11 f. Rz 41 f.), bereits aus bundesstaatsrechtlichen Überlegungen nicht zu überzeugen vermag; die entsprechende Rüge wird unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensgarantie nach Art. 30 BV zu prüfen sein (vgl. E. 3 d).

Art. 62 Abs. 2 KR ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Wortlaut einer Bestimmung klar, erübrigt es sich, für die Bedeutung und Tragweite der Norm auf weitere Auslegungselemente zurückzugreifen. Ist der Text nicht ganz klar, so ist nach seiner wahren Tragweite unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente zu suchen. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, nämlich dann, wenn anzunehmen ist, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (vgl. BGE 133 III 257 E. 2.4 mit weiteren Hinweisen).

Das Schiedsgericht gelangte in grammatikalischer Auslegung von Art. 62 KR zum Schluss, dass dieser Wortlaut ebenso wie der früher geltende Art. 83 Abs. 3 aKR keine subjektive Begrenzung enthalte. Entgegen der Meinung der Beklagten könne sich diese Norm nicht nur an Emittenten richten, jedenfalls folge dies nicht aus ihrem Wortlaut. Das Gleiche gilt im Übrigen auch für das seit 1. Juli 2009 geltende Reglement der Beschwerdeinstanz (act. 20/3, Art. 6.9), wonach der Beschwerdeführer gegen einen abweisenden Entscheid innerhalb von 20 Börsentagen nach dessen Zustellung das Schieds-

gericht gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. dem Kotierungsreglement und der Verfahrensordnung der Beklagten anrufen kann. Der Wortlaut beider Reglemente spricht dafür, dass mindestens die Parteien des vorgängigen Beschwerdeverfahrens vor der Beschwerdeinstanz an das Schiedsgericht sollen gelangen können.

Auch vom systematischen Ansatz her betrachtet schliesst Art. 62 Abs. 2 KR den Kreis jener nicht ein, die gegen Entscheide des ... Board Beschwerde führen können. Dass aber der Kläger nicht befugt gewesen sei, sich an die Beschwerdeinstanz zu wenden, macht die Beklagte zu Recht nicht geltend.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass das Kotierungsreglement nur gegenüber dessen Adressaten eine Bindungswirkung entfalte. Wie der Name schon sage, richte es sich an die Teilnehmer der Börse gemäss der Definition in Ziffer 1.1.1. AGB, nicht aber an Dritte, d.h. Nicht-Teilnehmer. Mit den Teilnehmern und Emittenten würden demgegenüber Schiedsvereinbarungen aufgrund der AGB (neu sogar aufgrund gesonderter Vereinbarungen) bestehen. Hingegen beziehe sich weder ihr Wille noch ihre Regelungskompetenz auf beliebige Dritte. Einzig in Bezug auf Emittenten habe das alte Reglement eine Ausnahme im Sinne eines Angebotes gemacht. Diese seien jedoch - im Gegensatz zum Kläger - funktional Teilnehmer der Börse (act. 1 S. 15 Rz 54 ff.).

Dem ist entgegenzuhalten, dass nach dem Wortlaut der AGB, die im Übrigen gemäss der Webseite der Beklagten per 31. März 2010 aufgehoben worden sind, auch die Emittenten nicht explizit als Teilnehmer vorgesehen waren. Gestützt auf diesen Umstand kann somit nicht zwingend geschlossen werden, dass der Zugang zum Schiedsverfahren dem Kläger verwehrt sei. Es kommt dazu, dass Art. 58 Abs. 1 Ziff. 1 KR den ausdrücklichen Hinweis enthält, wonach bei der Dekotierung auch die Interessen der Anleger zu berücksichtigen seien, so dass deren Einbezug in ein Schiedsverfahren mindestens nicht ausgeschlossen scheint (vgl. auch Art. 4 der Dekotierungsrichtlinien, act. 20/8). Die Auffassung der Beklagten lässt sich ferner nicht mit der Tatsache in Einklang bringen, dass sie auf ihrer Websei-

te die Zulassung als anerkannter Vertreter ausdrücklich als Streitgegenstand des Schiedsgerichtes aufführt (act. 20/14). Abgesehen davon ist weder einleuchtend, noch wird dies von der Beklagten substantiiert begründet, weshalb im Lichte von Art. 8 BEHG sich die Regelungskompetenz der Beklagten nicht auch auf die Zulassung von Anlegern zum Schiedsverfahren beziehen würde.

Nicht zielführend ist sodann die Argumentation der Beklagten, wonach sie nur in Bezug auf Emittenten eine Ausnahme gemacht habe (act. 1 S. 15 Rz 55), statuierte doch Art. 6.9 des alten Reglements der Beschwerdeinstanz, dass sich die Beklagte dem Schiedsgericht auch dann unterwerfe, wenn der Beschwerdeführer nicht Teilnehmer der Beklagten, sondern "z.B." Emittent gemäss Kotierungsreglement sei (act. 20/4). Damit war es entgegen ihrer Darlegung bereits unter der Herrschaft des alten Reglementes offen, ob nicht auch der Anleger, der ohne Weiteres an die Beschwerdeinstanz gelangen konnte, das Schiedsgericht um Schutz anrufen konnte.

Nicht zu überzeugen vermag des Weiteren der Einwand der Beklagten, wonach sie in Bezug auf die Emittenten deshalb eine Ausnahme gemacht habe, weil diese funktional Teilnehmer der Börse seien, ergibt sich doch diese Unterscheidung nicht aus der hier interessierenden Bestimmung selbst. Abgesehen davon macht der Kläger zu Recht geltend, dass er ebenso wie der Emittent "funktional" Teilnehmer der Börse sei, betreibe doch die Beklagte ihr Geschäft dank den Anlegern (act. 19 S. 16 N 39).

Die Beklagte hält sodann dafür, aus der Entstehungsgeschichte des BEHG sei ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Tätigkeit der Börse, vor allem im Bereich der Kotierung, bewusst als privatrechtlich eingestuft habe. Dies habe dazu geführt, dass - entgegen dem Vorschlag des Bundesrates - nicht das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) massgeblich, sondern der "Zivilrichter" als Rechtsmittelinstanz vorgesehen sei (Art. 9 Abs. 3 BEHG; act. 1 S. 18 f. Rz 67).

Das Schiedsgericht führte zur Entstehungsgeschichte aus, dass zwar das Parlament die vom Bundesrat vorgeschlagene Kompetenz der Börse, über die Kotierung "Verfügungen" im Sinne von Art. 5 VwVG zu treffen, verworfen habe, was den Rechtsweg tiefgreifend verändert habe. Zu Recht erwog es jedoch, dass der geltende Rechtsweg allenfalls ein Indiz, nicht jedoch das entscheidende Kriterium für die Frage sei, ob ein Rechtssatz als öffentlich-rechtlich oder als privatrechtlich zu qualifizieren sei (act. 2 S. 17).

Vor diesem Hintergrund ist die Schlussfolgerung des Schiedsgerichtes nicht zu beanstanden, wonach sich in Auslegung der fraglichen Bestimmung des Kotierungsreglementes auch der Kläger an das Schiedsgericht wenden könne und die Beklagte auf ihr selbst verfasstes Reglement zu behaften sei.

Daran ändern die Ausführungen der Beklagten nichts, wonach sie Art. 62 Abs. 2 KR nicht im Hinblick auf Nicht-Teilnehmer sowie Nicht-Emittenten konzipiert habe, und ihr "inhaltlicher" Wille Ausgangspunkt für die Auslegung des Reglements sei (act. 1 S. 16 Rz 59).

Es mag zwar zutreffen, dass die Beklagte den Zugang zum Schiedsgericht den Anlegern - auch um die Möglichkeit einer Popularklage auszuschliessen - verunmöglichen wollte. Die Beklagte weist ausserdem richtigerweise darauf hin, dass bei der Prüfung, ob eine Schiedsvereinbarung im Sinne des KSG vorliege, ein Verzichtswille auf ein staatliches Gericht zugunsten eines Schiedsgerichtes nicht leichthin anzunehmen sei (act. 1 S. 10 Rz 35 mit Hinweis auf BGE 129 III 675 E. 2.3.). Vorliegend bedurfte es aber für diesen Verzicht weder einer (schiedsgerichtlichen) Prüfung des tatsächlichen Parteiwillens (Art. 18 OR) noch einer objektivierten Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, da - wie gesehen - höherrangiges Recht, das die Beklagte freiwillig verfasst hat, diesen Willensakt substituiert.

Auch die in Rz 42 ff. vertretene Ansicht der Beklagten, wonach sie in ihren eigenen AGB das Schiedsgericht fälschlicherweise als ein solches bezeichne, und dieses ausserdem kein Gericht im Sinne von Art. 30 BV sei, das unabhängig von einer Parteivereinbarung richten dürfe, dringt nicht durch. So

merkt die Beklagte in ihrer Beschwerdeschrift selbst an, dass es unbestritten sei, dass der Zivilrichter im Sinne von Art. 9 Abs. 3 BEHG ein Schiedsgericht sein könne (act. 1 S. 21 Rz 78). Damit geht sie selber davon aus, dass es sich bei dem von ihr vorgesehenen Gremium um ein Schiedsgericht handle, welches als Spruchbehörde befugt ist, die ihr unterbreitete Streitsache aufgrund der vom Staat verliehenen Hoheit endgültig und bindend zu entscheiden (Berger/Kellerhals, a.a.O., S. 1 f. m.w.H.). Dafür spricht im Übrigen auch der Umstand, dass die Beklagte in Art. 6.3 Abs. 3 AGB ausdrücklich festhält, dass das KSG anwendbar sei. Unter diesen Umständen braucht auf ihre Ausführungen unter Rz 42 ff. nicht weiter eingegangen zu werden: Ist von einem rechtmässig konstituierten Schiedsgericht auszugehen, dann besteht für die Prüfung der Frage, ob die Vorinstanz ein Gericht im Sinne von Art. 30 BV sei, kein Raum.

d) Weiter ist zu untersuchen, ob das Schiedsgericht bei der Auslegung von Art. 62 Abs. 2 KR die verfassungsrechtliche Bestimmung von Art. 30 BV verletzt hat. Diese Verfassungsbestimmung beinhaltet eine Verfahrensgarantie, die einerseits den Grundsatz der Gewaltenteilung konkretisiert und andererseits das Individualrecht auf ein korrektes und faires Gerichtsverfahren gewährleistet (Hotz, Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 30 N 5 ff. S. 429 f. mit weiteren Hinweisen). Träger dieser Verfahrensgarantie ist "jede Person" und damit jede natürliche und jede juristische Person sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts. Folglich ist davon auszugehen, dass die Beklagte als privates Unternehmen, das eine konzessionierte Börse betreibt, Grundrechtsträgerin ist.

Hingegen ist der Einwand der Beklagten, wonach weder das Kotierungsreglement als Gesetz im formellen Sinne, noch das BEHG als "Eingriffsgesetzgebung" zu qualifizieren sei, nicht stichhaltig, da Art. 30 BV kein klassisches Freiheitsrecht mit der Folge darstellt, dass Einschränkungen nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig wären (vgl. Schweizer, Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 36 N 7 S. 492 mit weiteren Hinweisen).

Nicht zu beanstanden ist deshalb, wenn das Schiedsgericht der Auffassung ist, dass sich die Beklagte durch das Kotierungsreglement selbst "gebunden" habe: Es kann nicht sein, dass die Beklagte sich gegenüber dem Kläger im Nachhinein auf Art. 30 BV beruft, obschon sie in einem generell-abstrakt formulierten Rechtssatz auf die Beurteilung durch ein Zivilgericht verzichtet hat. Weshalb aber ein solcher Verzicht auf eine Verfahrensgarantie grundsätzlich nicht zulässig sein sollte, ist weder einsichtig, noch wird dies von der Beklagten hinreichend substantiiert.

e) Die Beklagte wirft dem Schiedsgericht ausserdem vor, es habe eine formelle Rechtsverweigerung begangen und ihr rechtliches Gehör verletzt, indem es die Rüge der Verfassungswidrigkeit zwar erwähnt, sich jedoch in seinem Entscheid damit nicht materiell auseinandergesetzt habe (act. 1 S. 14 f. Rz 51). Insbesondere genüge die Worthülse "Selbstbindung" in Anbetracht der Rüge, es sei das in Art. 30 BV verankerte Grundrecht verletzt worden, der Begründungspflicht nicht, weshalb der angefochtene Entscheid auch aus diesem Grund nichtig und aufzuheben sei.

Dazu ist vorliegend präzisierend anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG eine formelle Rechtsverweigerung im engeren Sinn nur dann zu bejahen ist, wenn den Parteien die Möglichkeit, am Prozess teilzunehmen, ihn zu beeinflussen und ihren Standpunkt einzubringen, verbaut ist, mithin ihr Anspruch auf rechtliches Gehör durch ein "offensichtliches Versehen" faktisch ausgehöhlt wird. Dies allein würde es rechtfertigen, den Entscheid ohne Rücksicht auf die materiellen Erfolgchancen der Beschwerde aufzuheben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert nicht die materielle Richtigkeit, sondern das Recht auf Beteiligung der Parteien an der Entscheidungsfindung (vgl. BGE 127 III 576 E. 2.).

Diese Rechtsprechung scheint auch im Binnenschiedsgerichtsverfahren sachgerecht. Vorliegend ist jedoch nicht von einem offensichtlichen Versehen auszugehen, macht doch die Beklagte selbst geltend, das Schiedsgericht habe die Verfassungsrüge erwähnt. Die Beanstandung ist deshalb un-

ter dem Gesichtswinkel des rechtlichen Gehörs zu prüfen (vgl. dazu Keller/Bergerhals a.a.O., N 1578 ff. und 1716).

Die Beklagte trug in ihrer Stellungnahme vom 4. Dezember 2009 zum Schiedsbegehren des Klägers diesbezüglich einzig vor, dass die Schiedsklausel aufgrund der Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV nicht auf den Kläger ausgedehnt werden dürfe; sie habe Anspruch auf den gesetzlichen Richter, wo sie mit einer Partei keine Schiedsvereinbarung getroffen habe (vgl. act. 4/2 S. 12 in PN100072).

Das Schiedsgericht setzte sich auf den Seiten 12 bis 19 des angefochtenen Entscheides ausführlich und sorgfältig mit den Vorschriften des KSG sowie mit der Rechtsnatur des Kotierungsreglementes auseinander und legte dar, weshalb es sich bei Letzterem um eine Norm des öffentlichen Bundesrechts handle. Daraus folge, dass eine Schiedsvereinbarung nach Art. 4 und 6 KSG nicht erforderlich sei, da Art. 62 Abs. 2 KR den Bestimmungen des KSG vorgehe. Sodann erwog es sinngemäss, die Beklagte habe auf die in Art. 30 BV verankerte Garantie verzichtet, indem sie sich durch den Erlass des KR selbst insoweit gebunden habe, als gegen die Entscheide ihrer (internen) Beschwerdeinstanz ein Schiedsgericht anzurufen sei. Damit begründete das Schiedsgericht für die Parteien - nachdem es ihre Vorbringen tatsächlich gehört, ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt hatte - in nachvollziehbarer (und somit in überprüf- und anfechtbarer) Weise, weshalb aus seiner Sicht der Einwand der Beklagten, wonach die Schiedsklausel nicht auf den Kläger aufgrund Art. 30 BV ausgedehnt werden dürfe, ins Leere gehe. Ein Anlass, die Begründungsdichte aufgrund der erwähnten rudimentären Anrufung von Art. 30 BV im Kontext mit einer nach KSG geforderten Schiedsvereinbarung zu erhöhen, bestand nicht. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

f) Die Beklagte beanstandet abschliessend, dass das Schiedsgericht seine Zuständigkeit unzulässigerweise in erster Linie mit Zweckmässigkeitsüberlegungen begründet habe (act. 1 S. 22 ff. Rz. 80 ff.; mit Hinweis auf act. 2 S. 18: "vor allem"). Soweit die Beklagte sich sodann zur Aktivlegitimation des

Klägers als Anleger äussert, ist darauf nicht näher einzugehen, da dies nicht Prozessgegenstand ist.

Der Beklagten ist jedoch darin zu folgen, dass das Schiedsgericht seine Zuständigkeit auch aufgrund von teleologischen Überlegungen bejaht hat. So führte es aus, dass vor allem der Zweck von Art. 62 Abs. 2 KR gegen die Auffassung der Beklagten spreche. Danach soll der Beklagten, aber auch den Emittenten, Teilnehmern und Anlegern ein Rechtsmittelsystem zur Verfügung gestellt werden, das einerseits unabhängig und effizient sei, andererseits auch Rechtssicherheit erzeuge. Letzteres Kriterium könne nur erfüllt werden, wenn dieselbe Instanz (De-)Kotierungsentscheide fälle, und wenn sicher sei, dass ein solcher Entscheid nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gemäss Art. 62 Abs. 2 KR nicht mehr angefochten werden könne. Es könne zudem zu unerwünschten Widersprüchen in den Entscheiden des durch die Emittenten angerufenen Schiedsgerichts einerseits und des durch die Anleger angerufenen staatlichen Gerichtes andererseits führen, wenn das Schiedsgericht nicht für die von Anlegern gegen einen solchen Entscheid vorgetragenen Klagen zuständig wäre. Aus Kohärenzgründen und ohne Präjudiz für die im Rahmen der Zuständigkeitsfrage nicht zu beurteilende Legitimation des Klägers, müsse deshalb den Anlegern das Recht eingeräumt werden, ebenfalls an das Schiedsgericht, das die Funktion eines Zivilgerichts übernehme, gelangen zu können. Im Unterschied zur Klage vor dem Zivilgericht gemäss Art. 9 Abs. 3 BEHG, die ausser durch Verjährung keiner zeitlichen Begrenzung unterliege, habe die Beklagte zudem die Möglichkeit wahrgenommen, im Rahmen der ihr delegierten Regulierung eine Rechtsmittelfrist zu statuieren und so die nötige Rechtsbeständigkeit unangefochtener Entscheid zu fördern. Letztlich müsse vor dem Hintergrund der Prinzipien der Gleichbehandlung und der Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte, die insbesondere auch dem Schutz der Anleger dienen, Art. 62 Abs. 2 KR korrekt so ausgelegt werden, dass neben dem Emittenten auch der Anleger das von der Beklagten eingerichtete Schiedsgericht anrufen könne.

Ob diese sich über rund eine Seite erstreckenden Ausführungen im Einzelnen vollends zu überzeugen vermögen, kann vorliegend offen gelassen werden. Es genügt, dass die als rechtsfehlerhaft (nämlich als verfassungsbzw. konkordatswidrig) bezeichneten Begründungen im angefochtenen Entscheid - wie gesehen - einer Überprüfung standhielten.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig.

Der Kläger verzichtete auf eine Bezifferung des Streitwertes (act. 14). Immerhin hielt er in seiner Beschwerdeantwort dafür, dass der Streitwert wohl deutlich über den von der Beklagten angegebenen Fr. 15'000.- liege, da er über 3 % der Aktien der D. _____ AG halte (act. 19 S. 19 Ziff. 50; vgl. act. 12/10). Die Beklagte führte aus, das Streitinteresse des Klägers sei die börsenmässige Handelbarkeit der in seinem Eigentum stehenden 1'050 Aktien, wobei diese nicht unmittelbar mit dem Wert der Aktien gleichzusetzen sei. Bei einem Kurs von Fr. 14.55 würden diese Aktien einen Wert von Fr. 15'277.50 verkörpern, sodass ein "ideeller" Streitwert von Fr. 15'000.- vorliege. Ob die dem Kläger zugerechneten weiteren rund 60'000 Aktien zum Streitwert zuzurechnen seien, könne offen gelassen werden (vgl. act. 1 S. 5 Rz 9 und S. 24 Rz 92).

Es ist davon auszugehen, dass die umstrittene Dekotierung nicht einen vollständigen Wertverlust der Aktie nach sich ziehen würde. Bei dieser Ausgangslage ist deshalb die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich bzw. dessen Schätzung schwierig. Dies genügt jedoch nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Massgebend ist, dass der Kläger mit der Klage letztlich unbestrittenmassen einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt.

Dabei scheint die vom Kläger in seinem beim Audienzrichter am Bezirksgericht Zürich am 23. September 2009 gestellten Gesuch um superprovisorische Anordnung einer vorsorglichen Massnahme geäusserte Einschätzung

realistisch, wonach eine Börsenkotierung einen Einfluss auf den Aktienwert von rund 10 - 20 % habe (act. 4/4 S. 3 mit Hinweis auf eine Studie). Der Kläger hält nach eigenen Angaben (in-)direkt 62'450 Namenaktien der D._____ AG und damit einen Stimmrechtsanteil von 3.217 % (act. 20/9). Vor diesem Hintergrund argumentiert er unter Hinweis auf die Offenlegungsvorschriften nach Art. 20 BEHG, dass er ein Aktionär mit einer wesentlichen Beteiligung und nicht irgendein zufälliger Anleger sei, dessen Anliegen aufgrund des im BEHG verankerten Anlegerschutzes gebührend zu berücksichtigen seien (act. 19 S. 6; vgl. Art. 1 BEHG). Daraus ist zu schliessen, dass sich sein wirtschaftliches Interesse auch auf die indirekt gehaltenen Aktien bezieht, weswegen dieser Faktor zusätzlich im Sinne von § 2 Abs. 1 GerGebV zu gewichten ist. Hingegen ist zu beachten, dass sich der Prozessgegenstand auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes beschränkt. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von Fr. 6'500.- (§ 8 Abs. 2 i.V. m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 2 GerGebV).

Die Prozessentschädigung richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung; sie ist nach dem Gesagten auf Fr. 8'000.- anzusetzen (§ 5 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 und § 12 AnwGebV).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist. Damit entfällt die ihr zuerkannte aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren von Fr. 6'500.- wird der Beklagten und Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beklagte und Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 8'000.- zu zahlen.

4. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an:
- den Vertreter der Beschwerdeführerin,
 - die Vertreter des Beschwerdegegners,
 - Rechtsanwalt Dr. E. _____,
 - den Obmann des Schiedsgerichtes.
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 in SR 173.110).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt jedenfalls über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:

Dr. D. Oser

versandt am: 20. August 2010