

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr.: PG110009-O/U

Mitwirkend: Der Obergerichtspräsident, lic. iur. R. Naef, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. P. Helm sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Gürber

Beschluss vom 16. August 2012

in Sachen

A._____ AG ...,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B._____**,
 2. **C._____ AG**,
 3. **D._____ AG**,
 4. **E._____**,
- Gesuchsgegnerinnen

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Ablehnung eines Schiedsrichters nach Art. 369 ZPO**

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 27. Juli 2011 liess die A._____ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) durch ihren Rechtsvertreter Dr. X._____ beim Obergericht des Kantons Zürich ein Gesuch um Ablehnung eines Schiedsrichters einreichen betreffend ein zwischen ihr und der ARGE F._____, bestehend aus der B._____, der C._____ AG, der D._____ AG sowie der E._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerinnen), hängigen Schiedsverfahrens. Die Gesuchstellerin liess folgende Anträge stellen (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass der von den Gesuchsgegnern bezeichnete Schiedsrichter Dott. Ing. G._____ (H._____, ... [Adresse]) von der Gesuchstellerin zu Recht abgelehnt wurde bzw. wird.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegner."

2. Mit Verfügung vom 29. Juli 2011 wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, einen Kostenvorschuss gemäss Art. 98 ZPO in der Höhe von Fr. 12'000.- zu leisten (act. 5). Dieser ist bei der Obergerichtskasse fristgerecht eingegangen (act. 9). Weiter wurde der Vertretung der Gesuchsgegnerinnen in besagter Verfügung Frist zur Einreichung einer sie für das vorliegende Verfahren legitimierenden Vollmacht angesetzt (act. 5). Mit Eingabe vom 12. August 2011 wurden die entsprechenden Vollmachten der Gesuchsgegnerinnen zu den Akten gereicht (act. 7 und act. 8/1-4).

3. Mit Verfügung vom 18. August 2011 wurde den Gesuchsgegnerinnen sowie dem abgelehnten Schiedsrichter Dott. Ing. G._____ Frist angesetzt zur Stellungnahme (act. 10). Innert erstreckter Frist ging eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerinnen ein mit folgenden Anträgen (act. 16 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Schiedsklausel (Klausel 7.8 der Versicherungspolice) ein zweistufiges Schlichtungs- und Schiedsgerichtsverfahren vorsieht mit einem Schlichtungsverfahren in erster Stufe, das nicht den gesetzlichen Regeln des Schiedsgerichtsverfahrens untersteht.

2. Es sei festzustellen, dass der von der Gesuchsgegnerin bezeichnete Schiedsrichter, Dr. Ing. G._____ (H._____, ...), von der Gesuchstellerin zu Unrecht abgelehnt wird.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

Ebenfalls innert erstreckter Frist ging eine Stellungnahme des abgelehnten Schiedsrichters Dott. Ing. G._____ ein, in welcher dieser sinngemäss die Abweisung des vorliegenden Gesuches der Gesuchstellerin beantragte (act. 18).

4. In der Folge wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 18. Oktober 2011 Frist angesetzt zur freigestellten Stellungnahme zu den Eingaben der Gesuchsgegnerinnen sowie des abgelehnten Schiedsrichters (act. 19). Innert erstreckter Frist reichte die Gesuchstellerin am 29. November 2011 eine Stellungnahme zu den Akten, in welcher sie an ihren bisherigen Rechtsbegehren ausdrücklich festhielt (act. 23). Diese Stellungnahme wurde in der Folge den Gesuchsgegnerinnen sowie dem abgelehnten Schiedsrichter zur Kenntnis gebracht (act. 27). Mit Eingabe vom 1. März 2012 ging eine weitere Stellungnahme der Gesuchsgegnerinnen ein (act. 31), welche der Gesuchstellerin zur Kenntnis gebracht wurde (act. 33). Weitere Stellungnahmen gingen in der Folge nicht ein. Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

II. Sachverhalt

1. Dem vorliegenden Ablehnungsverfahren liegt eine Rechtsstreitigkeit zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen im Zusammenhang mit einem zwischen der Gesuchstellerin als Versicherung und der I._____ AG als Versicherungsnehmerin abgeschlossenen Versicherungsvertrag zugrunde. Die I._____ AG bzw. nach erfolgter Zession die Gesuchsgegnerinnen machen gegenüber der Gesuchstellerin Versicherungs-/Deckungsansprüche geltend, welche seitens der Gesuchstellerin bestritten werden (act. 1 S. 3). Mit Eingabe vom 17. Juni 2011 leiteten die Gesuchsgegnerinnen das Schiedsverfahren gemäss Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages ein und bezeichneten Dott. Ing. G._____ als den

von ihnen ernannten Schiedsrichter (act. 4/2). Dieser Schiedsrichter wurde von der Gesuchstellerin in der Folge abgelehnt (act. 4/3).

2. Unbestritten und durch eingereichte Dokumente belegt ist, dass der von den Gesuchsgegnerinnen als Schiedsrichter ernannte Dott. Ing. G._____ von diesen als Berater für die Verhandlungen mit der Gesuchstellerin beigezogen wurde und in den letzten Jahren als Berater der Gesuchsgegnerinnen an mehreren Vergleichsgesprächen zwischen den Parteien teilgenommen hat (Gesuchstellerin: act. 1 S. 3; Gesuchsgegnerinnen: act. 16 S. 4; Dott. Ing. G._____: act. 18 S. 2; vgl. auch act. 4/7-9). Unbestritten ist sodann auch, dass die Gesuchsgegnerinnen Dott. Ing. G._____ bzw. die H._____ (nachfolgend: H._____) damit beauftragten, eine verhandlungsfähige Grundlage zu erarbeiten, um die zwischen den Parteien verhärteten Standpunkte einer Lösung zuzuführen. Zu diesem Zweck erstellte Dott. Ing. G._____ bzw. die H._____ das Gutachten vom 25. Juni 2010 (Gesuchstellerin: act. 1 S. 4; Gesuchsgegnerinnen: act. 16 S. 4).

3. Zwischen den Parteien strittig ist die Auslegung der Schiedsklausel mit folgendem Wortlaut:

"7.8 Arbitrato in caso di controversia

Ogni controversia relativa all'interpretazione ed esecuzione del presente contratto si dirime, a richiesta di una delle parti, tra due arbitri liberi da nominarsi uno per ciascuno, con apposito atto scritto, entro 20 giorni dalla data della richiesta stessa.

I due arbitri, entro 20 giorni dalla loro nomina, debbono eleggere per iscritto un terzo arbitro, ch è chiamato a pronunciarsi soltanto sui punti per i quali i due arbitri non sono riusciti a raggiungere un accordo.

Se una delle due parti non nomina il proprio arbitro, ovvero se gli arbitri non nominano il terzo, nei limiti e nei modi rispettivamente previsti, la parte più diligente può farli nominare dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione ha sede la società delegataria.

Gli arbitri sono dispensati da ogni formalità giudiziaria.

Le pronunce degli arbitri di parte concordi e quelle eventuali del terzo arbitro sono obbligatorie per le parti, le quali rinunciano fin da ora a qualsiasi impugnativa, salvo il caso di dolo o di violazione delle norme di legge o dei patti contrattuali e salvo rettifica die eventuali errori materiali di conteggio. Tali pronunce devono essere emesse entro 180 giorni dalla data di elezione del terzo arbitro.

Qualora gli arbitri non rispettino i termini sopra indicati, le parti possono considerarli decaduti e nominare altri in loro vece.

Ciascuna delle parti sopporta la spesa del proprio arbitro; quella del terzo fa carico per metà al contraente, che conferisce alla società la facoltà di liquidare detta spesa e die prelevare la di lui quota dalle indennità spettanti all'assicurato."

Die Gesuchstellerin vertritt die Ansicht, dass es sich bei Ziff. 7.8. des Versicherungsvertrages um eine Schiedsklausel handelt, weshalb für die gemäss dieser Schiedsklausel zu bezeichnenden Schiedsrichter die Ablehnungsgründe gemäss Art. 367 ZPO gelten (act. 1 S. 6 ff.).

Die Gesuchsgegnerinnen gehen demgegenüber davon aus, dass in einer ersten Stufe, einem Schlichtungsverfahren, die Parteien je einen "Schiedsrichter" im Sinne eines Schlichters und Vertreters ermächtigt mit dem Auftrag, in den strittigen Fragen eine Lösung zu suchen und diese verbindlich zu vereinbaren. Diese seien nicht an rechtliche Formalitäten gebunden und könnten auch nach Billigkeit entscheiden. In einer zweiten Stufe sei ein Schiedsgerichtsverfahren im engeren Sinn vereinbart mit einem Einzelschiedsrichter, der über diejenigen Punkte urteile, in denen sich die beiden Schlichter und Vertreter der Parteien im Schlichtungsverfahren nicht hätten einigen können (act. 16 S. 5).

III. Prozessuales

1. Der Sitz des Schiedsgerichts wurde in der Police nicht ausdrücklich vereinbart (vgl. act. 4/1 S. 19). Die Gesuchsgegnerinnen leiteten mit Eingabe vom 17. Juni 2011 das Schiedsverfahren ein und bezeichneten darin Zürich als Gerichtsstand (act. 4/2 S. 4). Dies wird von der Gesuchstellerin ausdrücklich akzeptiert (act. 1 S. 10).

2. Die Gesuchsgegnerinnen machen geltend, es handle sich vorliegend um eine internationale Streitigkeit, da die Gesuchsgegnerinnen Sitz in J._____ und in der Schweiz hätten (act. 16 S. 9). Gemäss Art. 176 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Vorliegend hatten im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung beide Parteien ihren Sitz in der Schweiz (vgl. act. 4/1 S. 5). Die in der Folge erfolgte Zession der Forderung von der I._____ AG auf die heutigen Gesuchsgegnerinnen vermag daran nichts zu ändern. Das IPRG kommt damit vorliegend nicht zur Anwendung. Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass die Gesuchsgegnerinnen zwar - wie dargelegt - eine internationale Streitigkeit geltend machen, selber jedoch in ihrer Eingabe vom 16. September 2011 durchwegs von der Anwendbarkeit der schweizerischen Zivilprozessordnung ausgingen (act. 16, insbesondere S. 5).

3. Die Parteien trafen keine Rechtswahl. Zu berücksichtigen ist, dass seit dem 1. Januar 2011 in der Schweiz eine neue, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) gilt, welche die bis anhin gültigen kantonalen Zivilprozessordnungen ablöst. Diese kommt zur Anwendung, wenn das Verfahren - wie das Vorliegende - am 1. Januar 2011 noch nicht rechtshängig war (Art. 407 Abs. 4 ZPO e contrario). Das vorliegende Verfahren richtet sich somit nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

4. Wurde - wie vorliegend - eine Schiedsklausel vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 geschlossen, beurteilt sich ihre Gültigkeit nach dem für sie günstigeren Recht (Art. 407 Abs. 1 ZPO). Die Schiedsklausel ist den Anforderungen in Art. 357 f. ZPO entsprechend gültig vereinbart worden. Damit erübrigt sich eine Prüfung nach bisherigem Recht.

5. Der Kanton, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, bezeichnet ein Gericht als einzige Instanz u.a. für die Ablehnung von Schiedsrichtern (Art. 356 Abs. 2 ZPO). Wie bereits ausgeführt hat das Schiedsgericht seinen Sitz in Zürich. Nach § 46 GOG ist das Obergericht das zuständige Gericht gemäss Art. 356 Abs. 2 ZPO. Die Zuständigkeit des Obergerichts für das vorliegende Verfahren ist damit gegeben und wird von den Gesuchsgegnerinnen ausdrücklich anerkannt (act. 16 S. 3).

6. Da die Parteien das Ablehnungsverfahren nicht geregelt haben, kommt Art. 369 ZPO zu Anwendung. Die Gesuchsgegnerinnen leiteten mit Schreiben vom 17. Juni 2011 das Schiedsverfahren ein, indem sie Dott. Ing. G._____ als Schiedsrichter bezeichneten (act. 4/2). Innert der dreissigtägigen Frist gemäss Art. 369 Abs. 2 ZPO wurde dieser von der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 7. Juli 2011 abgelehnt (act. 4/3-4). Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 bestritt Dott. Ing. G._____ die Ablehnung, weshalb die dreissigtägige Frist gemäss Art. 369 Abs. 3 ZPO mit der Eingabe der Gesuchstellerin vom 27. Juli 2011 gewahrt ist (act. 2).

IV. Standpunkte der Parteien

1. Die Gesuchstellerin führte zur Begründung ihres Gesuches im Wesentlichen aus, dem Verb "dirimere" komme vorliegend nicht die Bedeutung von "schlichten" zu, was bereits aus der Natur der Sache und der Aufgabe bzw. Kompetenz, welche den beiden Parteischiedsrichtern gemäss Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages zukommen solle, ersichtlich sei. Auch dort, wo sich das Verfahren nur vor den beiden Parteischiedsrichtern abspiele, werde verbindlich über die Rechte und Pflichten der Parteien entschieden, sofern sich die Parteischiedsrichter einig seien. Dies habe offenkundig nichts mit Schlichten zu tun. Dem Schlichten sei be-

griffsimmanent, dass dabei nichts entschieden oder verbindlich festgelegt werde. Ein Schlichter versuche, eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen und habe keine Möglichkeit, verbindlich über die geltend gemachten Ansprüche zu entscheiden. Von einem Schlichtungsverfahren unter Einbezug und Beteiligung der Parteien sei in Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages nicht die Rede. Ebenso wenig könnten die Parteischiedsrichter einen blossen Vergleichsvorschlag ausarbeiten, den die Parteien alsdann annehmen oder ablehnen könnten. Gemäss Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages seien die übereinstimmenden Entscheide der Parteischiedsrichter für die Parteien verbindlich und es würden damit verbindlich Rechte und Pflichten festgelegt. Damit handle es sich klarerweise um Schiedsrichter, weshalb namentlich Art. 353 ff. ZPO zur Anwendung gelangten. Auch Dott. Ing. G. _____ bezeichne in seinem Antwortschreiben auf das Ablehnungsbegehren seine Tätigkeit als Schiedsrichter und nicht als Schlichter, worauf er zu behaften sei (Urk. 1 S. 6 ff.)

2. Die Gesuchsgegnerinnen machten geltend, der Versicherungsvertrag sei von der Gesuchstellerin verfasst und den Gesuchsgegnerinnen vorgegeben worden. Nach der Unklarheitenregel verdiene im Zweifel diejenige Bedeutung einer Vertragsklausel den Vorzug, die für ihren Verfasser die ungünstigere sei (act. 16 S. 3). In der ersten Stufe sei kein Schlichtungsverfahren vereinbart, was bereits daraus hervorgehe, dass nach Ziff. 7.8 Abs. 4 des Versicherungsvertrages die "Schiedsrichter" nicht an juristische Formalitäten gebunden seien. Diese Vertragsbestimmung könne sich nur auf ein Schlichtungsverfahren und nicht auf ein Schiedsgerichtsverfahren beziehen (act. 16 S. 5 f.). Die Gesuchstellerin gebe zu, dass das Verb "dirimere" viele verschiedene Bedeutungen haben könne. Die Unklarheit bzw. Mehrdeutigkeit dieses Begriffes habe die Gesuchstellerin als Verfasserin der Police zu vertreten. Dem Begriff "dirimere" sei diejenige Bedeutung beizumessen, welche für die Gesuchstellerin die ungünstigere sei. Dass dem Verb "dirimere" die Bedeutung von "schlichten" zukomme, ergebe sich insbesondere daraus, dass die "arbitri" von allen juristischen Formalitäten befreit seien (act. 16 S. 6). Die Ernennung eines Schlichters mit der Ermächtigung, in strittigen Punkten eine Vergleichsvereinbarung verbindlich abzuschliessen, bedeute nichts anderes als eine zivilrechtliche Vollmacht. Sodann seien die beiden "arbitri" nicht verpflicht-

tet, in allen strittigen Punkten ein definitives Urteil zu fällen. Ein Schiedsgerichtsverfahren bedinge, dass das Schiedsgericht über alle strittigen Fragen entscheide (act. 16 S. 7). Es sei nicht von Bedeutung, dass Dott. Ing. G._____ den Begriff "arbitri" mit "Schiedsrichter" übersetzt habe. Die Funktion der "arbitri" sei nicht aufgrund der Bezeichnung, sondern aufgrund des Inhaltes der Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages zu bestimmen. Dott. Ing. G._____ verfüge im vorliegenden Fall über grosse Kenntnisse, was seine Eignung als Schlichter bekräftige. Ziff. 7.8 Abs. 7 des Versicherungsvertrages sehe vor, dass jede Partei den von ihr eingesetzten Schlichter bezahle. Dies führe automatisch zu einem Mandatsverhältnis (act. 16 S. 8). Die Formulierung "arbitri liberi" habe für das Schlichtungsverfahren die Bedeutung, dass die Schlichter nach ihrer Ernennung unabhängig von Instruktionen der Parteien nach einer Lösung suchen und diese bei Einigkeit verbindlich für die Parteien vereinbaren (act. 16 S. 9).

3. Dott. Ing. G._____ erklärte in seiner Stellungnahme vom 13. September 2011, er verhalte sich immer objektiv und sachlich, obwohl er stets von einer bestimmten Partei ernannt und bezahlt werde, um ihre Interessen zu vertreten. Die Tatsache, dass er in den letzten Jahren in diesem Fall schon tätig gewesen sei, kompromittiere seine professionelle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht. Auch wenn der Versicherungsvertrag die Ernennung eines Schiedsrichters durch eine Partei vorsehe, werde seine Beurteilung weiterhin stets objektiv und professionell und unparteiisch erfolgen (act. 18).

4. In ihrer Stellungnahme vom 29. November 2011 führte die Gesuchstellerin aus, Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages spreche sowohl mit Bezug auf die Parteischiedsrichter als auch mit Bezug auf den von diesen ernannten Schiedsrichter einheitlich und ausschliesslich von "arbitro" bzw. "arbitri", was üblicherweise "Schiedsrichter" bedeute. Zudem könne ein Schlichter per definitionem nichts alleine verbindlich entscheiden (act. 23 S. 4). Ziff. 7.8 Abs. 4 des Versicherungsvertrages, wonach die Schiedsrichter nicht an juristische Formalitäten gebunden seien, gelte aufgrund seiner Stellung und Systematik nicht nur für das Verfahren vor den beiden Parteischiedsrichtern, sondern ebenso für das Verfahren vor dem Einzelschiedsrichter. Die Gesuchsgegnerinnen selber gäben zu, dass die beiden

Parteischiedsrichter nach ihrer Ernennung nach einer Lösung in den strittigen Punkten suchen würden, und zwar frei und unabhängig von Parteiinstruktionen. Damit seien die Parteien - auch nach Meinung der Gesuchsgegnerinnen - nicht mehr Herr ihrer Rechts- und Prozesstandpunkte. Dies aber habe nichts mehr mit Schlichten zu tun, sondern mit Entscheiden und Richten (act. 23 S. 5). In Ziff. 7.8 Abs. 5 der Police werde sowohl mit Bezug auf die übereinstimmenden Entscheide der beiden Parteischiedsrichter als auch mit Bezug auf allfällige Entscheide des Einzelschiedsrichters einheitlich von "le prononce", d.h. Urteilssprüchen, und nicht von Urteilsspruch und Vergleichsvereinbarung gesprochen. Die von den Parteien ernannten Schiedsrichter seien sehr wohl verpflichtet, über alle strittigen Punkte eine Entscheidung zu treffen. Wo dies allerdings mangels Einstimmigkeit nicht gelinge, könne bei zwei Schiedsrichtern logischerweise auch keine Entscheidung ergehen. In diesem Fall seien die noch offenen Punkte dem dritten Schiedsrichter als Einzelschiedsrichter zur Entscheidung vorzulegen (act. 23 S. 6). "Arbitri liberi" bedeute übersetzt "unabhängige Schiedsrichter", was wiederum bedeute, dass auch die von den Parteien ernannten Schiedsrichter unabhängig sein müssen (act. 23 S. 7).

5. In einer weiteren Stellungnahme vom 1. März 2012 machten die Gesuchsgegnerinnen geltend, zweistufige Verfahren wie hier (Schlichtungsverfahren und anschliessendes Schiedsgerichtsverfahren) seien insbesondere für grössere und komplexere Streitfälle durchaus üblich, wobei sie auf die Empfehlung Nr. 641 510 "Streiterledigung" des VSS Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute verwiesen (act. 31 S. 2). In der durch die Gesuchstellerin veranlassten deutschen Übersetzung von Ziff. 7.8 Abs. 1 des Versicherungsvertrages sei das Verb "dirimere" mit "schlichten" übersetzt worden. Der Wortlaut sei insofern klar (act. 31 S. 2 f.). Dass es sich bei den für die erste Stufe des Schlichtungsverfahrens beauftragten Schiedsrichtern nicht um formelle Schiedsrichter i.S.v. Art. 353 ff. ZPO handle, ergebe sich auch daraus, dass jede Partei die Vergütung des Honorars und der Aufwendungen des von ihr ernannten "Schiedsrichters" zu tragen habe, und zwar unabhängig vom Ergebnis und dem Ausgang des Verfahrens (act. 31 S. 4). Ziff. 7.8 Abs. 4 des Versicherungsvertrages, wonach die Schiedsrichter von

allen juristischen Formalitäten entbunden seien, wäre für ein formelles Schlichtungsverfahren rechtswidrig (act. 31 S. 4 f.).

II. Materielles

1. Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn - wie im vorliegenden Fall - nicht von einer tatsächlichen Willensübereinstimmung auszugehen ist, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (anstatt vieler: BGE 118 III 123 E. 4.b.aa, 126 III 119 E. 2.a, 130 III 554 E. 3.1). Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte (BGE 131 III 611 f., 133 III 409). Im Weiteren von Bedeutung sind die Umstände wie Ort, Zeit, das Verhalten der Parteien, die Interessenlage der Parteien, die Verkehrsübung etc. (Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 1212 ff.). In diesem Zusammenhang kann auch die Unklarheitenregel herangezogen werden. Sie besagt, dass im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. In der Schweizerischen Praxis wird die Unklarheitenregel vor allem für die Auslegung Allgemeiner Bedingungen herangezogen. In keinem Fall aber darf diese Regel allein schon deswegen angewandt werden, weil die Auslegung strittig ist. Sie kommt erst dann zum Zuge, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen und die bestehenden Zweifel nicht anders behoben werden können (Gauch/Schluep, a.a.O., N 1231 f. mit weiteren Hinweisen).

2. Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages, deren Formulierung gemäss unwidersprochen gebliebener Darstellung der Gesuchsgegnerinnen von der Gesuchstellerin stammt (act. 16 S. 3), ist deshalb aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen in guten Treuen verstanden werden durfte und musste. Entgegen der

Ansicht der Gesuchsgegnerinnen kommt die Unklarheitenregel nur dann zum Tragen, wenn der Sinn von Ziff. 7.8 auch aufgrund einer Auslegung nicht ermittelt werden kann.

2.1. Vorab ist festzuhalten, dass das Verb "dirimere" gemäss Wörterbuch die Bedeutung von "beilegen, schlichten" hat (vgl. *Il nuovo Dizionario Sansoni, Tedesco-Italiano, Italiano-Tedesco*, 4. Auflage, Sansoni 2000, S. 1222). In der juristischen Terminologie wird dieses Verb jedoch häufig mit der Bedeutung "entscheiden" verwendet (vgl. BGE 135 III 483, 125 I 389, worin das Verb "dirimere" ausdrücklich für ein Schiedsgericht verwendet wird, welches einen Streit anstelle der staatlichen Gerichte entscheidet). Aus der Verwendung des Verbs "dirimere" lässt sich somit nicht schliessen, dass die Parteien ein vorhergehendes Schlichtungsverfahren vereinbaren wollten. Die Gesuchsgegnerinnen weisen jedoch zu Recht darauf hin, dass in der Übersetzung der Gesuchstellerin das Verb "dirimere" mit "schlichten" übersetzt wurde (vgl. act. 32/4 S. 20). Dies mag zwar ein Indiz für die Darstellung der Gesuchsgegnerinnen sein. Zu beachten ist jedoch, dass das Wort "arbitro" in derselben Übersetzung mit "Schiedsrichter" übersetzt ist, dass der Titel von Ziff. 7.8 "Schiedsgericht bei Streitfällen" lautet und dass die Entscheide der beiden Parteischiedsrichter - wie auch diejenigen des dritten Schiedsrichters - als "Schiedssprüche" bezeichnet werden (vgl. act. 32/4 S. 20). Insofern ist die Übersetzung von Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages genau wie das Original der genannten Ziffer auslegungsbedürftig, die Formulierungen in der Übersetzung deuten insgesamt jedoch eher auf die Vereinbarung eines Schiedsgerichts hin.

2.2. Der Begriff "arbitro" kann zwar Schiedsrichter oder Schlichter bedeuten (vgl. *Il nuovo Dizionario Sansoni, Tedesco-Italiano, Italiano-Tedesco*, 4. Auflage, Sansoni 2000, S. 1063), die Bedeutung "Schiedsrichter" ist jedoch geläufiger und insbesondere im Rahmen von rechtlichen Ausführungen üblich (vgl. BGE 108 Ia 308, 110 Ia 56; vgl. auch die italienische Fassung der Art. 353 ff. ZPO). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass "arbitrare" "schiedsrichten/als Schiedsrichter fungieren" bedeutet und "arbitrato" mit "Schiedsgerichtsbarkeit", "Schiedsgericht" oder "Schiedsspruch/Schiedsurteil" übersetzt wird (vgl. *Il nuovo Dizionario Sansoni*,

Tedesco-Italiano, Italiano-Tedesco, 4. Auflage, Sansoni 2000, S. 1063). Eine Bedeutung im Zusammenhang mit "schlichten" kommt diesen Begriffen nicht zu.

2.3. Wesentlich ist, dass in der Schiedsklausel nicht nur die Parteischiedsrichter, sondern auch der dritte Schiedsrichter - welcher unbestrittenermassen Schiedsrichter im eigentlichen Sinn ist - durchwegs und ohne irgendeine Differenzierung als "arbitro" bzw. als "gli arbitri" bezeichnet werden. Wären tatsächlich - wie die Gesuchsgegnerinnen geltend machen - zunächst zwei Schlichter und erst in einem nächsten Schritt ein Schiedsrichter gewollt gewesen, hätte man unterschiedliche Bezeichnungen gewählt. In Ziff. 7.8 Abs. 5 wird sowohl für die Entscheide der Parteischiedsrichter als auch für die Entscheide des dritten Schiedsrichters die Bezeichnung "le pronunce", also "die Entscheide", verwendet (vgl. Il nuovo Dizionario Sansoni, Tedesco-Italiano, Italiano-Tedesco, 4. Auflage, Sansoni 2000, S. 1549). Sodann steht die ganze Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages unter dem Titel "Arbitrato in caso di controversia". Dem Wortlaut von Ziff. 7.8 lässt sich somit keine Unterscheidung zwischen einem Schlichtungs- und einem Schiedsgerichtsverfahren entnehmen.

2.4. Im Weiteren sind nach Ziff. 7.8 Abs. 5 des Versicherungsvertrages die übereinstimmenden Entscheide der beiden Parteischiedsrichter sowie allfällige Entscheide des dritten Schiedsrichters für die Parteien verbindlich. Die Gesuchstellerin weist deshalb zu Recht darauf hin, dass auch dort, wo sich das Verfahren nur vor den beiden Parteischiedsrichtern abspielt, bei Einstimmigkeit der beiden Parteischiedsrichter verbindlich über die Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird. Auch dies spricht gegen die Vereinbarung eines Schlichtungsverfahrens.

2.5. Der Einwand der Gesuchstellerinnen, die "Schiedsrichter" seien gemäss Ziff. 7.8 Abs. 4 des Versicherungsvertrages nicht an juristische Formalitäten gebunden, weshalb es sich in der ersten Stufe nicht um ein Schiedsgerichtsverfahren handeln könne, vermag nicht zu überzeugen. Abs. 4 spricht von "gli arbitri" und unterscheidet nicht zwischen den beiden Parteischiedsrichtern und dem dritten Schiedsrichter, welcher auch nach Ansicht der Gesuchsgegnerinnen ein Schiedsrichter im eigentlichen Sinne ist. Aus der Systematik ergeben sich keine

Hinweise dafür, dass sich Abs. 4 einzig auf die beiden Parteischiedsrichter beziehe, nicht jedoch auf den dritten Schiedsrichter. Aus Ziff. 7.8 Abs. 4 können die Gesuchsgegnerinnen somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ganz im Gegenteil unterscheidet auch Abs. 4 nicht zwischen den Parteischiedsrichtern und dem dritten Schiedsrichter, was gegen die Annahme eines vorangehenden Schlichtungsverfahrens spricht. Offen bleiben kann im vorliegenden Zusammenhang, ob eine derartige Regelung für ein Schiedsverfahren überhaupt zulässig ist.

2.6. Die Darstellung der Gesuchsgegnerinnen, wonach Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages so zu verstehen sei, dass jede Partei einen Schlichter bezeichne und diesem eine zivilrechtliche Vollmacht zum Abschluss einer Vergleichsvereinbarung erteile, findet im Wortlaut von Ziff. 7.8 keine Stütze und erscheint auch nicht als **lebensnah**.

2.7. Fehl geht das Argument der Gesuchsgegnerinnen, dass es sich bei den Parteischiedsrichtern nicht um Schiedsrichter im eigentlichen Sinn handeln könne, da diese nicht verpflichtet seien, in allen strittigen Punkten ein definitives Urteil zu fällen. Es ist keineswegs zwingend, dass ein Schiedsgericht über alle strittigen Fragen entscheidet. Wesentlich ist, dass es für beide Parteien verbindlich über strittige Fragen entscheiden kann. Dies ist vorliegend gemäss Ziff. 7.8 Abs. 5 eindeutig der Fall. Zudem sind die Parteischiedsrichter - wie die Gesuchstellerin zutreffend ausführt - durchaus verpflichtet, über sämtliche strittigen Punkte zu entscheiden. Liegt jedoch keine Einstimmigkeit vor bzw. sind sich die beiden Parteischiedsrichter nicht einig, kann bei zwei Schiedsrichtern logischerweise keine Entscheidung ergehen. In diesem Fall sind die noch offenen Punkte dem dritten Schiedsrichter zu unterbreiten.

2.8. Richtig ist, dass in Ziff. 7.8. Abs. 7 des Versicherungsvertrages vorgesehen ist, dass jede Partei den von ihr bezeichneten Schiedsrichter bezahlt (act. 4/1 S. 19). Dies ist zwar unüblich, spricht für sich allein jedoch nicht gegen ein Schiedsgericht, solange die Schiedsrichter bei der Entscheidungsfindung von den Parteien unabhängig sind.

2.9. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchsgegnerinnen ihr Schreiben vom 17. Juni 2011 selber ausdrücklich als "Anzeige zur Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens" und Dott. Ing. G._____ als "Schiedsrichter", nicht als "Schlichter", bezeichneten. Zudem forderten sie die Gesuchstellerin auf, ihrerseits einen "Schiedsrichter", nicht einen "Schlichter", zu ernennen (act. 4/2 S. 2 und S. 4). Auch Dott. Ing. G._____ spricht ausnahmslos von seiner Ernennung als "Schiedsrichter" (act. 18).

2.10. Und schliesslich ist festzuhalten, dass selbst wenn der Ansicht der Gesuchsgegnerinnen gefolgt und von einem Schlichtungsverfahren ausgegangen würde, Dott. Ing. G._____ dennoch abgelehnt werden könnte. In der Vereinbarung der Parteien ist ausdrücklich vorgeschrieben, dass die beiden Schlichter/Schiedsrichter unabhängig sein müssen ("arbitri liberi"). Die Erklärung der Gesuchsgegnerinnen, wonach "arbitri liberi" nicht bedeute, dass die Parteischiedsrichter unabhängig und unparteilich im Sinne von Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO sein müssen, sondern lediglich zum Inhalt habe, dass sie frei und unabhängig von Instruktionen der Parteien entscheiden sollen (act. 16 S. 9), findet zum einen im Wortlaut der Vereinbarung keine Stütze. Zum anderen scheinen die Gesuchsgegnerinnen selbst davon nicht überzeugt zu sein, führen sie doch an anderer Stelle aus, die Parteien blieben jederzeit als Auftraggeber Herr des Mandates bzw. hätten jederzeit die Möglichkeit, Weisungen zu erteilen oder das Mandat zu beenden (act. 31 S. 5). Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass auch in der von den Gesuchsgegnerinnen als Beispiel eingereichten Vereinbarung der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute, in welcher vorab ein Schlichtungsverfahren vorgesehen ist, ausdrücklich festgehalten ist, dass auch die Schlichter von den Parteien unabhängig sein müssen (Urk. 32/3 S. 9). Sodann wird in dieser Vereinbarung klar zwischen der Schlichtungsstelle bzw. den Schlichtern und dem Schiedsgericht bzw. den Schiedsrichtern unterschieden (Urk. 32/3 S. 2, 3, S. 8 ff. und S. 12 ff.), was in Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages gerade nicht der Fall ist. Auch aus der Vereinbarung der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute vermögen die Gesuchsgegnerinnen somit nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich weder dem Wortlaut von Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages noch den übrigen Umständen Hinweise dafür entnehmen lassen, dass die Parteien zunächst ein Schlichtungsverfahren und hernach ein Schiedsverfahren vorsehen wollten. Vielmehr deutet alles darauf hin, dass es sich auch bei den beiden Parteischiedsrichtern um Schiedsrichter im eigentlichen Sinne handelt und nicht um Schlichter. Damit kann bereits durch Auslegung der Schiedsklausel deren Bedeutung festgestellt werden, weshalb die von den Gesuchsgegnerinnen angerufene Unklarheitenregel nicht zu Anwendung kommt. Handelt es sich bei den beiden Parteischiedsrichtern um Schiedsrichter im eigentlichen Sinne, finden die Art. 353 ff. ZPO und damit insbesondere Art. 367 ZPO auch auf sie Anwendung.

4. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob der von den Gesuchsgegnerinnen bezeichnete Schiedsrichter Dott. Ing. G. _____ zu Recht von der Gesuchstellerin als befangen abgelehnt wurde.

4.1. Die Ablehnungsgründe richten sich vorliegend nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Art. 367 ZPO zählt verschiedene Gründe auf, welche zur Ablehnung eines vorgeschlagenen Schiedsrichters führen. Nach Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO kann ein Schiedsrichter abgelehnt werden, wenn berechtigte Zweifel an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bestehen. Es müssen objektive Umstände vorliegen, die Anlass zu ernsthaften und berechtigten Zweifeln an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des betroffenen Schiedsrichters geben. Die Abhängigkeit oder Parteilichkeit muss also nicht tatsächlich vorliegen oder bewiesen werden. Es reicht, wenn die objektiven Umstände derart sind, dass sie bei einer "vernünftigen Drittperson" berechtigte Zweifel an der Unbefangenheit hervorrufen (Weber-Stecher, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 17 zu Art. 367). Dies gilt nach Lehre und Rechtsprechung auch für die Parteischiedsrichter (Schnyder/Pfisterer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 16 ff. zu Art. 367).

4.2. Wie bereits ausgeführt ist unbestritten und auch belegt, dass der von den Gesuchsgegnerinnen als Schiedsrichter ernannte Dott. Ing. G. _____ von diesen

als Berater für die Verhandlungen mit der Gesuchstellerin beigezogen wurde und in den letzten Jahren als Berater der Gesuchsgegnerinnen an mehreren Vergleichsgesprächen zwischen den Parteien teilgenommen hat (Gesuchstellerin: act. 1 S. 3; Gesuchsgegnerinnen: act. 16 S. 4; Dott. Ing. G._____: act. 18 S. 2; vgl. auch act. 4/7-9). Unbestritten ist sodann auch, dass die Gesuchsgegnerinnen Dott. Ing. G._____ bzw. die H._____ damit beauftragten, eine verhandlungsfähige Grundlage zu erarbeiten, um die zwischen den Parteien verhärteten Standpunkte einer Lösung zuzuführen. Zu diesem Zweck erstellte Dott. Ing. G._____ bzw. die H._____ das Gutachten vom 25. Juni 2010 (Gesuchstellerin: act. 1 S. 4; Gesuchsgegnerinnen: act. 16 S. 4).

4.3. Bei dieser Sachlage bestehen klarerweise berechnigte Zweifel an der Unbefangenheit von Dott. Ing. G._____. Dieser bestreitet in seiner Stellungnahme sinngemäss, befangen zu sein (act. 18). Dabei verkennt er jedoch, dass bereits der Anschein der Befangenheit genügt, eine tatsächliche Befangenheit aber nicht vorliegen muss. Zu Recht bestreitet er nicht, dass vorliegend ein Anschein der Befangenheit besteht. Dass Dott. Ing. G._____ - wie die Gesuchsgegnerinnen geltend machen (act. 16 S. 8) - die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Mandates erfüllt, soll vorliegend nicht in Zweifel gezogen werden, ist jedoch für die Frage der Befangenheit bzw. des Anscheins der Befangenheit nicht von Bedeutung.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass berechnigte Zweifel an der Unbefangenheit von Dott. Ing. G._____ bestehen. In Gutheissung des Gesuchs der Gesuchstellerin ist damit festzustellen, dass Dott. Ing. G._____ im mit Eingabe vom 17. Juni 2011 eingeleiteten Schiedsverfahren zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen nicht als Schiedsrichter bestellt werden kann.

5. Für die Ersetzung eines Schiedsrichters gilt das gleiche Verfahren wie für die Ernennung (Art. 371 Abs. 1 ZPO analog). Der durch die Gesuchsgegnerinnen ernannte und von der Gesuchstellerin zu Recht abgelehnte Schiedsrichter Dott. Ing. G._____ ist somit durch die Gesuchsgegnerinnen gemäss den Vorgaben in Ziff. 7.8 des Versicherungsvertrages zu ersetzen.

V. Kosten und Rechtsmittel

1. Die Gesuchstellerin obsiegt hinsichtlich des Begehrens um Feststellung eines Ablehnungsgrundes gegenüber Dott. Ing. G. _____ und damit vollständig.

Die Kosten des Gerichtsverfahrens sind in Anwendung von § 13 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 12'000.- festzusetzen und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchsgegnerinnen sind zu verpflichten, der Gesuchstellerin entsprechend dem Ausgang des Verfahrens den geleisteten und mit der Gerichtsgebühr verrechneten Prozesskostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Die Gesuchsgegnerinnen sind sodann zu verpflichten, der Gesuchstellerin für ihre Aufwendungen eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- zu entrichten.

2. Gemäss Art. 369 Abs. 3 ZPO obliegt der Entscheid über die Ablehnung eines Schiedsrichters - wenn die Parteien wie vorliegend nichts anderes vereinbart haben - dem nach Art. 356 Abs. 2 ZPO zuständigen staatlichen Gericht als einziger Instanz. Nach Art. 369 Abs. 5 ZPO kann der Entscheid über die Ablehnung nur zusammen mit dem ersten Schiedsspruch angefochten werden.

Nach Auffassung des Bundesgerichts sollen Entscheide staatlicher Gerichte über ein Ablehnungsgesuch nicht mehr überprüfbar, also absolut endgültig sein (BGE 128 III 330, 332). Dieser Entscheid erging jedoch zu Art. 180 Abs. 3 IPRG. In der Lehre sind die Auffassungen dazu im Zusammenhang mit Art. 180 Abs. 3 IPRG geteilt. Ein Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass auch die Ablehnungsentscheide staatlicher Gerichte indirekt mit dem Schiedsspruch angefochten werden können. Andere sprechen sich dagegen aus (vgl. Weber-Stecher, a.a.O., N 36 f. zu Art. 369 mit Hinweisen).

Der Botschaft ist zu entnehmen, dass Art. 369 Abs. 5 ZPO auch für die staatlichen Gerichte anwendbar ist, die einen Ablehnungsentscheid fällen (S. 7397). Der Gesetzgeber hat sich also für eine indirekte Überprüfbarkeit von Ablehnungsentscheiden staatlicher Gerichte entschieden. Entsprechend steht gegen den vor-

liegenden Entscheid kein Rechtsmittel zur Verfügung, er kann jedoch mit der Schiedsbeschwerde gegen den (nächstmöglichen) Schiedsspruch nach Art. 392 i.V.m. Art. 393 lit. a ZPO angefochten werden (ebenso: Weber-Stecher, a.a.O., N 38 zu Art. 369; Dasser, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 10 zu Art. 369; Schnyder/Pfisterer, a.a.O., N 11 zu Art. 369).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung des Gesuchs wird festgestellt, dass Dott. Ing. G._____ wegen Befangenheit/Vorbefassung im Schiedsverfahren zwischen der A._____ AG ... und der ARGE F._____, bestehend aus der B._____, der C._____ AG, der D._____ AG und der E._____, nicht als Schiedsrichter bestellt werden kann.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf Fr. 12'000.- festgesetzt und den Gesuchsgegnerinnen auferlegt. Die Kosten werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet.
Die Gesuchsgegnerinnen werden solidarisch verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten und mit der Gerichtsgebühr verrechneten Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 12'000.- zu ersetzen.
3. Die Gesuchsgegnerinnen werden solidarisch verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- zu entrichten.
4. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an:
 - den Vertreter der Gesuchstellerin, zweifach für sich und zuhanden der Gesuchstellerin
 - die Vertreterin der Gesuchsgegnerinnen, fünffach für sich und zuhanden der Gesuchsgegnerinnen
 - den abgelehnten Schiedsrichter, Dott. Ing. G._____ (auf dem Rechtshilfeweg)
 - die Obergerichtskasse

Zürich, 16. August 2012

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Gürber

versandt am: