

# Obergericht des Kantons Zürich

Präsident



---

Geschäfts-Nr.: PG130002-O/U

Mitwirkend: Der Obergerichtspräsident lic. iur. R. Naef sowie  
die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Gürber

## Verfügung vom 24. Januar 2014

in Sachen

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

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_,  
Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ und  
Rechtsanwalt lic. iur. X3.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,  
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,  
Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ und  
Rechtsanwalt lic. iur. Y3.\_\_\_\_\_

betreffend **Ernennung eines Obmanns in einem ad hoc-Schiedsverfahren**

## Erwägungen:

### I.

1. Dem vorliegenden Verfahren liegt eine Rechtsstreitigkeit zwischen A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) und der B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) im Zusammenhang mit einem am 7. Dezember 1995 zwischen den Parteien abgeschlossenen Konsortialvertrag zugrunde (act. 4/4). Ziff. 4 dieses Konsortialvertrages verweist auf die Schiedsgerichtsvereinbarung gemäss Anlage 3 zum gleichentags zwischen den Parteien abgeschlossenen Aktienkaufvertrag (act. 4/1-2). § 3 dieser Schiedsvereinbarung lautet wie folgt (act. 4/1 S. 2 f.):

- "1. Das Schiedsgericht besteht aus zwei Schiedsrichtern und einem Obmann. Jede Partei ernennt einen Schiedsrichter. Die Benennung hat spätestens innerhalb von zwei Wochen zu erfolgen, nachdem die eine Partei unter Darlegung ihres Anspruchs der Gegenpartei schriftlich von der Ernennung ihres Schiedsrichters Kenntnis gegeben und die Gegenpartei zur Bestellung ihres Schiedsrichters aufgefordert hat. Kommt die Gegenpartei dieser Aufforderung nicht innerhalb dieser Frist nach, so ist auf Antrag der anderen Partei der Schiedsrichter durch den jeweiligen Präsidenten des Appellationsgerichts in Zürich zu ernennen.
2. Beide Schiedsrichter haben innerhalb von vier Wochen nach der Ernennung des letzten von ihnen einen Obmann zu wählen. Können sich die Schiedsrichter innerhalb dieser Frist über die Person des Obmanns nicht einigen, so ist er auf Antrag eines der beiden Schiedsrichter oder einer der beiden Parteien von dem jeweiligen Präsidenten des Appellationsgerichts in Zürich zu ernennen.
3. Die Schiedsrichter müssen die Befähigung zum Richteramt haben, der Obmann muss Rechtsanwalt oder Richter sein. Der Obmann soll über besondere Erfahrungen im Handels- und Wirtschaftsrecht verfügen."

2. Nachdem beide Parteien ihren jeweiligen Parteischiedsrichter ernannt hatten (Gesuchsteller: Rechtsanwalt Dr. C. \_\_\_\_\_; Gesuchsgegnerin: Rechtsanwalt lic. iur. D. \_\_\_\_\_), teilten die beiden Schiedsrichter den Parteien mit E-Mail vom 9. April 2013 mit, dass sie sich angesichts der gegebenen Umstände nicht in der Lage sähen, einen Obmann zu ernennen (act. 4/24-25).

3. Mit Eingabe vom 19. April 2013 liess der Gesuchsteller beim Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich folgende Rechtsbegehren stellen (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei in dem mit Einleitungsanzeige des Klägers vom 18. Dezember 2012 anhängig gemachten Schiedsverfahren zwischen den Parteien ein Obmann zu bestellen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

4. Der mit Verfügung vom 30. April 2013 vom Gesuchsteller verlangte Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- (act. 5) wurde innert Frist geleistet (act. 8). Mit Verfügung vom 6. Juni 2013 wurde den Parteien sodann Frist angesetzt, um zur Frage einer Sistierung des Verfahrens Stellung zu nehmen (act. 9). Nach Eingang der entsprechenden Stellungnahmen (Gesuchsteller: act. 11; Gesuchsgegnerin: act. 10) wurde von einer Sistierung abgesehen, der Antrag des Gesuchstellers auf Erlass eines Teilentscheides wurde abgewiesen und es wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Bestellung eines Obmannes Stellung zu nehmen (act. 12). Die Gesuchsgegnerin reichte innert erstreckter Frist eine Stellungnahme ein mit folgenden Anträgen (act. 15 S. 2):

- "1. Es sei das Gesuch des Gesuchstellers um Ernennung eines Obmanns vom 19. April 2013 in dem mit Einleitungsanzeige des Gesuchstellers vom 18. Dezember 2012 anhängig gemachten Schiedsverfahren zwischen den Parteien abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers."

5. Das von der Gesuchsgegnerin bei der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich eingereichte Gesuch um Ablehnung von Rechtsanwalt Dr. C.\_\_\_\_\_ wurde von der Verwaltungskommission mit Beschluss vom 17. Januar 2014 abgewiesen (Verfahren PG130004-O).

## II.

1. Da die Gesuchsgegnerin bei Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Sitz in Deutschland hatte (vgl. act. 4/1 S. 1 und act. 4/4 S. 1) und sich der Sitz des

Schiedsgerichtes in Zürich befindet (vgl. act. 4/1 S. 3 § 4), sind die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG anwendbar.

2. Nach Art. 179 Abs. 1 IPRG werden die Schiedsrichter gemäss der Vereinbarung der Parteien ernannt, abberufen oder ersetzt. Vorliegend haben die Parteien vereinbart, dass der Präsident "des Appellationsgerichts in Zürich" für die Ernennung zuständig sein soll, falls sich die zwei parteiernannten Schiedsrichter innert Frist nicht auf einen Obmann einigen können (vgl. act. 4/1 S. 3 § 3 Ziff. 2). Beide Parteien sind sich einig, dass mit "Präsident des Appellationsgerichts in Zürich" der Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich gemeint ist (Gesuchsteller: act. 1 S. 14 Rz. 50; Gesuchsgegnerin: act. 15 S. 10 Rz. 31). Damit ist die Zuständigkeit des Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich zu bejahen.

### III.

1. Ist ein staatlicher Richter mit der Ernennung eines Schiedsrichters betraut, so muss er diesem Begehren stattgeben, es sei denn, eine summarische Prüfung ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung besteht (Art. 179 Abs. 3 IPRG). Die Gesuchsgegnerin lässt vorliegend ausführen, für die vom Gesuchsteller geltend gemachte Schadenersatzforderung hätten die Parteien keine Schiedsvereinbarung getroffen (act. 15 S. 3 Rz. 2 und S. 11 ff. Rz. 37 ff.).

1.1. Der staatliche Richter ist nach Art. 179 Abs. 3 IPRG grundsätzlich verpflichtet, einem Ernennungsgesuch stattzugeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Ernennung eines Schiedsrichters nur dann abgelehnt werden, wenn zwischen den Parteien zwar eine Schiedsvereinbarung besteht, jedoch kein Zweifel bestehen kann, dass sie sich einzig auf Rechtsverhältnisse bezieht, die mit den tatsächlich geltend gemachten Ansprüchen offensichtlich in keinem Zusammenhang stehen. Insbesondere beim Vorliegen internationaler Verhältnisse hat eine Partei ein schützenswertes Interesse daran, von vornherein nicht in ein Schiedsverfahren hineingezogen zu werden, falls die streitigen Ansprüche eindeutig nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen (BGE 118 Ia 20 Erw. 5b).

Mit dieser Rechtsprechung stützte das Bundesgericht die Ansicht, dass eine rein formelle Kontrolle der Existenz einer Schiedsklausel zwischen den Parteien nicht genüge, sondern dass vielmehr auch das Bestehen einer Beziehung zwischen der Schiedsklausel und den geltend gemachten Ansprüchen geprüft werden müsse. In der Lehre wird diese mittlerweile mehr als zwanzig Jahre alte Rechtsprechung mit durchaus prüfungswerten Argumenten kritisiert. So wird geltend gemacht, eine derart weitgehende Kontrolle sei insbesondere problematisch, wo Ansprüche aus Konzernhaftung, Durchgriff oder Rechtsnachfolge geltend gemacht würden. Zudem sei eine solche Interpretation gefährlich, da der Ernennungsrichter geneigt sein bzw. sich gezwungen sehen könnte, eine Streitsache mehr als nur prima facie zu prüfen, weil gerade in Fällen des internationalen Wirtschaftsrechts in der Regel äusserst komplexe wirtschaftliche und rechtliche Verhältnisse bestünden, denen mit einer summarischen Prüfung normalerweise nicht beizukommen sei. Damit begäbe sich der Ernennungsrichter - entgegen der Absicht des Gesetzgebers - in das dem Schiedsgericht zustehende Gebiet der Zuständigkeitsprüfung nach Art. 186 Abs. 1 IPRG. In der Lehre wird deshalb die Ansicht vertreten, der Ernennungsrichter habe nur eine summarische Prüfung der Existenz und keinesfalls der Tragweite der zwischen den Parteien bestehenden Schiedsvereinbarung vorzunehmen (vgl. zum Ganzen Peter/Legler, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 41 zu Art. 179 IPRG mit weiteren Hinweisen).

Wie sich dies genau verhält, kann vorliegend jedoch offen bleiben, kann doch - wie nachfolgend zu zeigen wird - nicht gesagt werden, dass die streitigen Ansprüche eindeutig nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen. Zudem sind sich Lehre und Rechtsprechung insofern einig, als dass im Zweifel vom angerufenen Ernennungsrichter zugunsten einer Ernennung der Schiedsrichter zu entscheiden ist (BGE 118 Ia 20 Erw. 5; Peter/Legler, a.a.O., N 40 und N 41 zu Art. 179 IPRG).

1.2. Der Gesuchsteller liess zur Begründung seines Anspruches im Schreiben vom 18. Dezember 2012 ausführen, die Verhandlungen zwischen den Parteien hätten am 7. Dezember 1995 mit Unterzeichnung des Aktienkaufvertrags und des Konsortialvertrages erfolgreich abgeschlossen werden können. Damit sei das

Fundament der einfachen Gesellschaft zwischen dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin geschaffen worden, in deren Rahmen sich die Parteien ihrem gemeinsamen Ziel, der erfolgreichen Vermarktung der E.\_\_\_\_-Anlagen, gewidmet hätten (act. 4/6 S. 11 Rz. 34). Ab dem Jahr 2000 habe sich bei der Gesuchsgegnerin eine Abneigung gegenüber E.\_\_\_\_ breitgemacht, was sich in einem zunehmend unkooperativen Verhalten und Blockadehandlungen auch nach aussen hin geäussert habe (act. 4/6 S. 12 Rz. 40). In der Folge sei es zu einer Reihe von Prozessen in Deutschland und der Schweiz gekommen, die die Parteien teilweise selbst und zum Teil durch die direkt betroffenen Gesellschaften hätten austragen lassen (act. 4/6 S. 14 Rz. 47). Die Torpedierungsstrategie habe zur Folge gehabt, dass nicht nur Investitionen in der Höhe von vielen Millionen Euro vernichtet worden seien, sondern dass sich die E.\_\_\_\_-Technologie ausserhalb des asiatischen Raumes nicht mehr habe vermarkten lassen (act. 4/6 S. 14 Rz. 48). Durch diese Torpedierungsstrategie und die damit einhergehende Wertvernichtung habe die Gesuchsgegnerin ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber dem Gesuchsteller in grober Weise verletzt. Für den dadurch verursachten Schaden sei sie dem Gesuchsteller schadenersatzpflichtig (act. 4/6 S. 15 Rz. 54). Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sei ein zentraler Grundsatz des Gesellschaftsrechts und habe ihre Grundlage im Gesellschaftsvertrag (act. 4/6 S. 16 Rz. 55).

1.3. Die Gesuchsgegnerin machte demgegenüber im Wesentlichen geltend, der Konsortialvertrag sei von den Parteien als eine Art "Übergangslösung" konzipiert worden mit dem alleinigen Zweck, die Position der Gesuchsgegnerin als Minderheitsaktionärin der E.\_\_\_\_ AG bis zur Geltung der neuen Statuten zu schützen. Über diesen Zweck hinausgehende Verpflichtungen seien im Konsortialvertrag für keine der Parteien normiert. Vielmehr erschöpfe sich der Gegenstand des Konsortialvertrages in der Statuierung einer Stimmbindung zu Lasten des Gesuchstellers, die ihrer Rechtsnatur nach eine einseitige Verpflichtung sei. Die Bezeichnung des Vertrages als "Konsortialvertrag" sei damit offensichtlich unrichtig, vielmehr handle es sich um einen Stimmbindungsvertrag (act. 15 S. 12 Rz. 41). Nach Ansicht des Gesuchstellers folge der geltend gemachte Schadenersatzanspruch aus einer angeblichen einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR. Für diese angebliche einfache Gesellschaft schweizerischen Rechts hätten die Parteien un-

strittig keine eigenständige, separate Schiedsgerichtsvereinbarung getroffen (act. 15 S. 12 Rz. 43). Der Zweck der angeblichen einfachen Gesellschaft bestehe gemäss Gesuchsteller darin, das Gedeihen der von den Parteien gehaltenen und kontrollierten E.\_\_\_\_\_ AG mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln zu fördern und die Weiterentwicklung und Vermarktung der E.\_\_\_\_\_ Technologie unter anderem durch den Bau von E.\_\_\_\_\_ -Anlagen zum Wohl der E.\_\_\_\_\_ AG zu fördern. Dieser Zweck lasse sich dem Konsortialvertrag aber nicht entnehmen, der alleine dazu diene, die Position der Gesuchsgegnerin als Minderheitsaktionärin zu schützen (act. 15 S. 13 Rz. 46). Der Konsortialvertrag enthalte keinerlei Pflichten für die Gesuchsgegnerin (act. 15 S. 14 Rz. 50).

1.4. Unbestritten ist, dass es sich bei der Schiedsgerichtsvereinbarung in Anlage 3 zum Kaufvertrag (act. 4/1) um eine Schiedsvereinbarung im Sinne von Art. 178 IPRG handelt (Gesuchsteller: act. 1 S. 3 f. Rz. 3 ff.; Gesuchsgegnerin: act. 15 S. 5 Rz. 13 und Rz. 16). Das Bestehen einer Schiedsklausel kann damit ohne Weiteres bejaht werden. Strittig ist, ob der geltend gemachte Anspruch von dieser Schiedsklausel erfasst wird bzw. ob der Gesuchsteller den geltend gemachten Schadenersatzanspruch auf den Konsortialvertrag vom 7. Dezember 1995 stützen kann. Es bestehen zwar durchaus Anhaltspunkte dafür, dass der geltend gemachte Anspruch allenfalls nicht von der Schiedsklausel erfasst sein könnte. So ist insbesondere zutreffend, dass den Ziffern 1-5 des Konsortialvertrages keine direkte Verpflichtung der Gesuchsgegnerin entnommen werden kann (vgl. act. 4/4 S. 2 f.). Der Konsortialvertrag enthält aber drei Vorbemerkungen, wobei dort insbesondere festgehalten ist, dass die Parteien vier Projekte für neu zu errichtende E.\_\_\_\_\_ -Anlagen gemeinsam durchführen, und zwar in der Weise, dass E.\_\_\_\_\_ die Anlagen unter voller Haftung des ...-Werks gegenüber dem jeweiligen Besteller errichtet (act. 4/4 S. 1 lit. c). In Ziff. 2 des Konsortialvertrages wird ausdrücklich auf lit. c dieser Vorbemerkungen Bezug genommen (vgl. act. 4/4 S. 2). Im Weiteren deutet auch die Bezeichnung des Vertrages als "Konsortialvertrag" darauf hin, dass allenfalls auch lit. c der Vorbemerkungen Vertragsbestandteil sein könnte. Wie diese lit. c der Vorbemerkungen genau zu verstehen ist und ob die in Ziff. 4 enthaltene Schiedsklausel auch für Streitigkeiten in diesem Zusammenhang Geltung hat oder nicht, ist nicht ohne Weiteres klar und

kann insbesondere im Rahmen einer summarischen bzw. prima facie-Prüfung nicht abschliessend geklärt werden. Es bestehen damit zwar durchaus Zweifel daran, dass sich die vom Gesuchsteller geltend gemachten Ansprüche auf den Konsortialvertrag vom 7. Dezember 1995 stützen können und damit von der Schiedsklausel erfasst werden, ausgeschlossen werden kann dies im heutigen Zeitpunkt jedoch nicht. Es wird Sache des Schiedsgerichts sein, darüber und damit über die Frage seiner Zuständigkeit zu entscheiden.

2. Aufgrund der eingereichten Unterlagen ausgewiesen ist, dass bis heute zwischen den beiden Parteischiedsrichtern keine Einigung über den Obmann zustande gekommen ist (vgl. act. 4/24-25).

3. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 179 Abs. 3 IPRG und der Schiedsgerichtsvereinbarung der Parteien vom 7. Dezember 1995 erfüllt, weshalb durch den Obergerichtspräsidenten ein Obmann zu ernennen ist.

4. Zu prüfen bleibt, welche Anforderungen der zu ernennende Obmann zu erfüllen hat. Die Parteien vereinbarten hierzu das Folgende (act. 4/1 S. 3 § 3 Ziff. 3):

"3. Die Schiedsrichter müssen die Befähigung zum Richteramt haben, der Obmann muss Rechtsanwalt oder Richter sein. Der Obmann soll über besondere Erfahrungen im Handels- und Wirtschaftsrecht verfügen."

4.1. Der Gesuchsteller stellt sich auf den Standpunkt, gemäss dem Wortlaut dieser Schiedsklausel müsse der Obmann Rechtsanwalt oder Richter sein und über besondere Kenntnisse im Handels- und Wirtschaftsrecht verfügen. Demgegenüber sei das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt nicht auf den Obmann anwendbar, sondern nur auf die beiden parteiernannten Schiedsrichter (act. 1 S. 15 Rz. 56 f.). Auch das systematische Element der Auslegung bestätige diesen Standpunkt, werde in der ganzen Schiedsvereinbarung doch systematisch zwischen den Begriffen "Schiedsrichter" und "Obmann" unterschieden (act. 1 S. 15 f. Rz. 60 f.). Im Weiteren unterstünden der Aktienkaufvertrag, der Konsortialvertrag und die Schiedsgerichtsvereinbarung Schweizer Recht, das Schiedsgericht tage in der Schweiz, der Gesuchsteller habe seinen Wohnsitz in der Schweiz, die E.\_\_\_\_\_ AG habe ihren Sitz in Vaduz/Liechtenstein und habe ihre Geschäfte im

Wesentlichen über eine Tochtergesellschaft mit Sitz in der Schweiz geführt. Weshalb vor diesem Hintergrund der Obmann ausgerechnet über eine Ausbildung im deutschen Recht verfügen sollte, sei nicht nachvollziehbar (act. 1 S. 16 Rz. 63). Sodann entspreche es auch nicht dem historischen Willen der Parteien, dass als Schiedsrichter deutsche Rechtsanwälte oder Richter ernannt werden sollten. Ursprünglich war geplant, im Aktienkaufvertrag die Anwendung deutschen Rechts vorzusehen. Der Gesuchsteller habe aber in der Folge vorgeschlagen, den Vertrag dem schweizerischen Recht zu unterstellen und ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich vorzusehen, was die Gesuchsgegnerin akzeptiert habe. Das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt, welches dem Schweizer Recht fremd, in Deutschland jedoch geltendes Recht sei, sei nicht gestrichen worden, weil die den Aktienkaufvertrag und die Schiedsgerichtsvereinbarung verhandelnden deutschen Juristen nicht gewusst hätten, dass das Erfordernis der "Befähigung zum Richteramt" dem Schweizer Recht nicht bekannt sei. Auch für sie sei das Erfordernis eine Garantie dafür gewesen, dass das Schiedsgericht aus Personen zusammengesetzt werde, die etwas von dem in der Sache selbst anwendbaren Schweizer Recht verstünden (act. 1 S. 16 ff. Rz. 64 ff.).

4.2. Die Gesuchsgegnerin ist demgegenüber der Ansicht, dass der Obmann über die Befähigung zum deutschen Richteramt verfügen müsse. Sie verweist in der Folge auf ihr Schreiben vom 20. März 2013 an die beiden Parteischiedsrichter (act. 15 S. 16 Rz. 62). Darin führte sie aus, es verstehe sich von selbst und müsse im Wortlaut der Schiedsklausel nicht explizit wiederholt werden, dass der Obmann, welcher selber Schiedsrichter sei, automatisch auch die Befähigung zum Richteramt im Sinne des deutschen Rechts haben müsse. Sowohl deutsche Rechtsanwälte als auch deutsche Richter würden diese Qualifikation automatisch vorweisen. Die Parteien hätten mit dem zusätzlichen Erfordernis lediglich sicherstellen wollen, dass der Obmann als Richter oder Anwalt tätig sei, und nicht etwa ein Verwaltungs- oder Unternehmensjurist sei. Dass, wie der Gesuchsteller meine, eine Befähigung zum Richteramt in der Schweiz gemeint sei, sei abwegig und könne weder aus der Tatsache, dass die Parteien den Konsortialvertrag Schweizer Recht unterstellt hätten, noch aus der Tatsache, dass der Schiedsort sowie die Schiedsregeln einen Bezug zur Schweiz aufwiesen, abgeleitet werden. Der

Begriff der Befähigung zum Richteramt sei dem Schweizer Recht nämlich völlig fremd. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sei es absolut üblich, dass Obmänner bzw. Schiedsrichter an einem nicht-heimischen Schiedsort nach nicht-heimischem materiellen Recht zu entscheiden hätten. Dies gelte umso mehr, wenn es sich wie vorliegend um verwandte Schiedsordnungen handle. Zudem wiesen bereits die beiden Parteischiedsrichter profunde Kenntnisse des Schweizer Rechts auf und der vorliegende Fall habe sodann wesentliche Berührungspunkte zum deutschen Recht (act. 4/21 S. 3 ff. Rz. 6 ff.).

4.3. Die Auslegung des Inhalts dieser ins Recht gelegten Klausel hat nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Auslegung privater Willenserklärungen zu erfolgen (BGE 130 III 66 Erw. 3.2. mit weiteren Hinweisen). Massgebend ist in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen (Art. 18 OR). Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, so ist die Schiedsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip objektiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben hat verstanden werden dürfen und müssen.

4.4. Wie aufgrund der Ausführungen der Parteien ohne Weiteres ersichtlich ist, haben die Parteien die massgebende Bestimmung tatsächlich nicht übereinstimmend verstanden. Ziff. 3 der Schiedsvereinbarung ist damit nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

4.5. Gemäss dem Wortlaut von Ziff. 3 der Schiedsklausel müssen nur die Schiedsrichter die Befähigung zum Richteramt aufweisen, der Obmann muss lediglich Anwalt oder Richter sein und er muss über besondere Erfahrungen im Handels- und Wirtschaftsrecht verfügen. So, wie die Gesuchsgegnerin die Schiedsklausel versteht, hätte der Wortlaut folgendermassen lauten müssen: Die Schiedsrichter müssen die Befähigung zum Richteramt haben, der Obmann muss *zusätzlich als* Rechtsanwalt oder Richter *tätig* sein. Alleine gestützt auf den Wortlaut kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass auch der Obmann das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt erfüllen muss.

4.6. Die Gesuchsgegnerin brachte im Weiteren vor, der Obmann sei auch Schiedsrichter, weshalb bei ihm das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt nicht ausdrücklich habe erwähnt werden müssen. Sowohl deutsche Rechtsanwälte als auch deutsche Richter würden diese Qualifikation automatisch vorweisen. Die Parteien hätten mit dem zusätzlichen Erfordernis lediglich sicherstellen wollen, dass der Obmann als Richter oder Anwalt tätig sei, und nicht etwa ein Verwaltungs- oder Unternehmensjurist sei (act. 4/21 S. 3 Rz. 6). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass - wie der Gesuchsteller zutreffend ausführt - in der ganzen Schiedsvereinbarung konsequent zwischen den beiden Schiedsrichtern und dem Obmann unterschieden wird (vgl. act. 4/1), und nicht ersichtlich ist, weshalb einzig in § 3 Ziff. 3 mit "Schiedsrichter" auch der Obmann gemeint sein soll. Zudem ist in der Schiedsklausel nirgends ausdrücklich festgehalten, dass es sich beim Obmann um einen *deutschen* Rechtsanwalt oder einen *deutschen* Richter handeln muss. Und schliesslich würde bei dem von der Gesuchsgegnerin vertretenen Verständnis der Schiedsklausel das Schiedsgericht ausschliesslich aus deutschen Juristen gebildet. Dass dies jedoch nicht dem Willen der Parteien entsprochen haben dürfte, ergibt sich - wie nachfolgend zu zeigen ist - aus den von den Parteien am 7. Dezember 1995 getroffenen Vereinbarungen (Aktienkaufvertrag, Konsortialvertrag und Schiedsgerichtsvereinbarung):

4.6.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegend massgebenden rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin kaum Bezugspunkte zum deutschen Recht oder zu Deutschland aufweisen, jedoch ganz wesentlich mit der Schweizer Rechtsordnung bzw. dem Schweizer Recht verbunden sind. So unterliegt der Aktienkaufvertrag vom 7. Dezember 1995 dem Schweizer Recht (act. 4/2 S. 8 § 9 Ziff. 1). In der Schiedsvereinbarung wurde Zürich als Schiedsort festgelegt und für das Verfahren wurden die Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung für massgebend erklärt (act. 4/1 S. 3 §§ 4 und 5). In der Vereinbarung der Parteien vom 28. Januar 2003, welche eine Zusatzvereinbarung zum Aktienkaufvertrag vom 7. Dezember 1995 darstellt, wurden für Streitigkeiten aus dem Aktienkaufvertrag und aus der Zusatzvereinbarung ausschliesslich die ordentlichen Gerichte der Stadt Zürich für zuständig erklärt (act. 4/3 Ziff. 4). Auch der Konsortialvertrag vom 7. Dezember 1995 wurde dem

Schweizer Recht unterstellt (act. 4/4 S. 2 Ziff. 3). Es mag zwar zutreffen, dass - wie die Gesuchsgegnerin geltend macht (act. 4/21 S. 4 Rz. 8) - die Rechtsbeziehungen der Parteien durchaus auch Bezugspunkte zu Deutschland bzw. zum deutschen Recht aufweisen. Diese treten im Vergleich zu den Bezugspunkten zur Schweiz bzw. zum Schweizer Recht jedoch klar in den Hintergrund. Es erscheint deshalb wenig wahrscheinlich, dass die Parteien bei dieser Sachlage das Schiedsgericht ausschliesslich mit deutschen Juristen besetzen wollten.

4.6.2. Im Weiteren war gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung des Gesuchstellers ursprünglich geplant, im Aktienkaufvertrag die Anwendung deutschen Rechts vorzusehen. Der Gesuchsteller bzw. dessen damaliger Rechtsvertreter hat dann - gerade wegen des überwiegenden Bezuges zur Schweiz bzw. zur Schweizer Rechtsordnung - vorgeschlagen, den Vertrag dem schweizerischen Recht zu unterstellen und ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich vorzusehen (vgl. act. 4/5). Dies hat die Gesuchsgegnerin ohne Weiteres akzeptiert. In der Folge wurde der Vertrag unbestrittenermassen von deutschen Juristen überarbeitet (Gesuchsteller: act. 1 S. 16 f. Rz. 65 ff.; Gesuchsgegnerin act. 15 S. 6 f. Rz. 18 ff.). Im Rahmen dieser Überarbeitung erfolgte - aus welchen Gründen auch immer - an mehreren Stellen keine vollständige Anpassung an das schweizerische Recht bzw. wurden an verschiedenen Stellen falsche Bezeichnungen gewählt. So wurde in § 5 der Schiedsvereinbarung geregelt, dass für das Verfahren die Bestimmungen der "Schweizerischen Zivilprozessordnung" gelten sollen (act. 4/1 S. 3 § 5), obschon es im damaligen Zeitpunkt keine "Schweizerische Zivilprozessordnung" gab. Im Weiteren wurde in der Schiedsgerichtsvereinbarung der jeweilige Präsident "des Appellationsgerichts in Zürich" für die Ersatzernennung der Schiedsrichter und des Obmannes als zuständig bezeichnet (act. 4/1 S. 2 f. § 3 Ziff. 1 und Ziff. 2). Im Kanton Zürich existierte jedoch kein Gericht mit der Bezeichnung "Appellationsgericht". Dies macht deutlich, dass die den Aktienkaufvertrag und die Schiedsgerichtsvereinbarung überarbeitenden deutschen Juristen bei den Formulierungen - sei dies aus Versehen, sei dies aus Unwissen über die in der Schweiz bestehende Terminologie - mehrfach falsche Bezeichnungen wählten. Es erscheint daher naheliegend, dass auch bei der Umschrei-

bung der Anforderungen, welche die Schiedsrichter und der Obmann zu erfüllen hatten, eine Anpassung an die schweizerische Terminologie unterblieb.

4.6.3. Gegen die Auslegung der Gesuchsgegnerin spricht schliesslich auch die Tatsache, dass die Parteien den Präsidenten des Appellationsgerichts in Zürich für die Ersatzernennung der Schiedsrichter und des Obmannes für zuständig erklärten. Wäre das Schiedsgericht ausschliesslich mit deutschen Juristen zu besetzen, würde es wenig Sinn ergeben, die Schiedsrichter und den Obmann durch einen schweizerischen Richter, welcher sich in deutschen Justiz- und Anwaltskreisen nicht auskennt, ernennen zu lassen.

4.7. Zusammenfassend ist aufgrund einer Auslegung der Schiedsklausel davon auszugehen, dass der zu ernennende Obmann als Anwalt oder Richter tätig sein und über besondere Erfahrungen im Handels- und Wirtschaftsrecht verfügen muss. Nicht erforderlich ist jedoch, dass er über die "Befähigung zum Richteramt" im Sinne des deutschen Rechts verfügt.

5. Auf entsprechende Anfrage hin hat sich Oberrichter Dr. F.\_\_\_\_\_ bereit erklärt, das Amt des Obmanns in der vorliegenden Angelegenheit zu übernehmen. Er erfüllt die soeben in Ziff. 4.7. dargelegten Voraussetzungen, ist Oberrichter Dr. F.\_\_\_\_\_ doch seit Jahren als Richter am Handelsgericht des Kantons Zürich tätig. Im Weiteren hat Oberrichter Dr. F.\_\_\_\_\_ keine näheren Beziehungen zu einer der Prozessparteien (vgl. act. 18). Oberrichter Dr. F.\_\_\_\_\_ ist damit als Obmann einzusetzen.

#### **IV.**

1. In Anwendung von § 13 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 8'000.- festzusetzen und gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- zu verrechnen.

2. Die beim Obergericht entstandenen Kosten werden praxisgemäss vom Gesuchsteller mit dem Hinweis bezogen, dass im Schiedsverfahren über deren endgültige Tragung zu entscheiden sein wird. Ebenso wird das Schiedsgericht über

die Höhe einer allfälligen Parteientschädigung für das vorliegende Ernennungsverfahren zu befinden haben.

3. Das gemäss Art. 179 IPRG für die Ernennung zuständige staatliche Gericht ist einzige kantonale Instanz i.S.v. Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG. Ein positiver Ernennungsentscheid eines staatlichen Gerichts stellt keinen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG und auch keinen Vor- und Zwischenentscheid i.S.v. Art. 92 f. BGG dar, da er keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bewirken vermag. Entsprechend ist ein positiver Ernennungsentscheid nicht anfechtbar (Habegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 43 zu Art. 362 ZPO) bzw. erst zusammen mit dem später ergehenden Schiedsspruch (Vischer, in: Girsberger/Heini/Keller/Kren Kostkiewicz/Siehr/Vischer/ Volken [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N 22 zu Art. 179 IPRG; vgl. auch Dasser, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2010, N 11 zu Art. 362 ZPO).

**Es wird verfügt:**

1. In Gutheissung des Gesuches des Gesuchstellers wird Oberrichter Dr. F.\_\_\_\_\_ als Obmann gemäss § 3 der Schiedsgerichtsvereinbarung vom 7. Dezember 1995 ernannt.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 8'000.- festgesetzt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Gerichtsgebühr wird einstweilen vom Gesuchsteller bezogen; über deren definitive Tragung wird das Schiedsgericht zu entscheiden haben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen; über eine allfällige Parteientschädigung für das Ernennungsverfahren sowie deren Höhe wird das Schiedsgericht zu befinden haben.
5. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an:

- die Vertreter des Gesuchstellers, zweifach für sich und zuhanden des Gesuchstellers, unter Beilage einer Kopie von act. 15
- die Vertreter der Gesuchsgegnerin, zweifach für sich und zuhanden der Gesuchsgegnerin
- die Obergerichtskasse
- Oberrichter Dr. F. \_\_\_\_\_

Zürich, 24. Januar 2014

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Gürber

versandt am: