

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr.: PG140005-O/U

Mitwirkend: Der Obergerichtsvizepräsident lic. iur. M. Burger, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. P. Helm sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu

Beschluss vom 3. Februar 2015

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Ernennung eines Schiedsrichters**

Erwägungen:

I.

1. Am 23. September 2009 schlossen A.____ (nachfolgend: Gesuchsteller) und B.____ (nachfolgend: Gesuchsgegner) je einen Gesellschaftsvertrag in Sachen C.____, ... [PLZ] ... [Ort], bzw. in Sachen D.____, ... [PLZ] ... [Ort], ab (act. 4/1-2). In beiden Verträgen hielten sie in Ziffer 5.5.1. unter dem Titel "Schiedsgericht" fest:

"5.5.1 Alle aus diesem Vertrag sich ergebenden Streitigkeiten werden in erster Linie durch Verständigung gelöst. Sollte dies nicht möglich sein, so werden diese Streitigkeiten von einem unabhängigen Schiedsgericht entschieden."

2. Mit Eingabe vom 7. November 2014 gelangte der Gesuchsteller an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und ersuchte diese in Anwendung von Art. 362 ZPO um Bestellung eines Schiedsgerichtsmitglieds (act. 1 S. 2). Zur Begründung brachte er zusammengefasst vor, gemäss den besagten Gesellschaftsverträgen seien Streitigkeiten im Falle von fehlender Verständigung durch ein unabhängiges Schiedsgericht zu entscheiden. Er beabsichtige, die gerichtliche Auflösung der beiden einfachen Gesellschaften beim zuständigen Schiedsgericht zu beantragen. Mit Blick auf die Bestimmung des Schiedsgerichts gelange die subsidiäre Bestimmung von Art. 355 Abs. 1 ZPO zur Anwendung, wonach das Schiedsgericht seinen Sitz selbst zu bestimmen habe. Zuständig sei ein Dreierschiedsgericht. Der Sitz des Schiedsgerichts sei strittig. Er, der Gesuchsteller, befürworte den Sitz in der Stadt Zürich. Im Rahmen der Korrespondenz mit dem gegnerischen Rechtsvertreter habe man seitens des Gesuchstellers Rechtsanwalt Dr. Z1.____ als Parteischiedsrichter bezeichnet. Letzterer habe das Mandat am 29. September 2014 angenommen. Nach weiterer Korrespondenz habe der gesuchsgegnerische Rechtsvertreter am 15. Oktober 2014 mitgeteilt, er bezeichne Rechtsanwalt Dr. Z2.____ als

Parteischiedsrichter, und ergänzt, Rechtsanwalt Dr. Z2._____ habe aufgrund seiner Ferienabwesenheit noch nicht über die Annahme seiner Ernennung befragt werden können. Anfragen seitens des Gesuchstellers, bis wann mit der Annahmeerklärung gerechnet werden könne, seien vom Gesuchsgegner unbeantwortet geblieben. Es sei daher unklar, ob Rechtsanwalt Dr. Z2._____ seine Ernennung annehme oder nicht. Als Folge davon könne das vereinbarte Schiedsgericht nicht eingesetzt werden und könne der Gesuchsteller die beabsichtigte Auflösungsklage nicht anhängig machen. Sodann drängten sich berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit des vom Gesuchsgegner ernannten Schiedsrichters auf, weshalb er, der Gesuchsteller, den Antrag stellen werde, Rechtsanwalt Dr. Z2._____ nicht als Schiedsrichter zu ernennen.

- 3.1. Mit Verfügung vom 17. November 2014 wurde dem Gesuchsteller aufgegeben, einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- zu leisten (act. 5). Nach dessen fristgerechten Eingang (act. 6) wurde dem Gesuchsgegner sodann mit Verfügung vom 25. November 2014 (act. 7) Frist angesetzt, um allfällige Einwendungen gegen die Pflicht zur Bildung eines Schiedsgerichts zu erheben, um sich zur Besetzung des Schiedsgerichts zu äussern und um einen Vorschlag für die allfällige Bestellung eines Schiedsrichters zu machen. Mit Eingabe vom 8. Dezember 2014 liess der Gesuchsgegner innert Frist (act. 7) folgende Anträge stellen (act. 8):

"1. Das Begehren des Gesuchstellers um Ernennung eines Schiedsgerichtsmitglieds sei abzuweisen.

2. Es sei davon Vormerk zu nehmen,

2.1. dass der Gesuchsgegner keine Einwendungen gegen die Pflicht zur Bildung eines Schiedsgerichts erhebt,

2.2. dass der Gesuchsgegner mit dem Gesuchsteller davon ausgeht, dass das Schiedsgericht mangels anderweitiger Vereinbarung mit drei Schiedsrichtern zu besetzen ist;

2.3. dass der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 Herrn Dr. Z2._____, ... [Adresse], als Parteischiedsrichter bezeichnet hat.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers."

- 3.2. Der Gesuchsgegner begründete seine Anträge im Wesentlichen damit (act. 8), die Einberufung eines Schiedsgerichts bei Streitigkeiten wie der Vorliegenden werde nicht in Abrede gestellt. Ebenso wenig werde bestritten, dass das Schiedsgericht aus drei Mitgliedern zu bilden sei. Er, der Gesuchsgegner, habe mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 Rechtsanwalt Dr. Z2._____ als Schiedsrichter bezeichnet. Diese Ernennung sei bindend, auch wenn die Annahmeerklärung des Mandats durch Rechtsanwalt Dr. Z2._____ im damaligen Zeitpunkt noch nicht vorgelegen sei. An dieser Bestellung werde festgehalten. Der Schiedsrichtervertrag werde zwischen dem Schiedsrichter und den involvierten Parteien abgeschlossen, weshalb sich der Gesuchsteller direkt an Rechtsanwalt Dr. Z2._____ hätte wenden können. In der Zwischenzeit habe sich Rechtsanwalt Dr. Z2._____ bereit erklärt, das Mandat anzunehmen. Auf die Bedenken des Gesuchstellers über die Unbefangenheit bzw. Unparteilichkeit von Rechtsanwalt Dr. Z2._____ sei nicht näher einzugehen, da er diesbezüglich keinen Ablehnungsantrag stelle. Hingegen bestünden aus verschiedenen Gründen Zweifel an der Unbefangenheit hinsichtlich des vom Gesuchsteller bezeichneten Parteischiedsrichters Rechtsanwalt Dr. Z1._____. Den Vorwurf des Gesuchstellers, er, der Gesuchsgegner, verzögere die Ernennung seines Schiedsrichters, weise er zurück. Vielmehr habe der Anwalt des Gesuchstellers dem gesuchsgegnerischen Rechtsvertreter ein in Aussicht gestelltes Schreiben bis heute nicht zukommen lassen. Aufgrund der unnötigen Anrufung der Verwaltungskommission seien die Gerichtskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Dem Gesuchsgegner sei der Aufwand zu entschädigen.
4. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2014 wurde dem Gesuchsteller sodann Frist angesetzt, um zur Eingabe des Gesuchsgegners Stellung zu nehmen (act. 10). Am 8. Januar 2015 liess der Gesuchsteller folgende Anträge ins Recht reichen (act. 11):
- "1. Es sei das Verfahren bis am 30. Januar 2015 zu sistieren.

2. Eventualiter sei dem Gesuchsteller die Frist zur Stellungnahme im Sinne der Verfügung vom 11. Dezember 2014 bis zum 30. Januar 2015 einmalig zu erstrecken."

Der Gesuchsteller begründete seine Begehren damit, er bzw. sein Rechtsvertreter hätten erst im Rahmen der Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 8. Dezember 2014 erfahren, dass Rechtsanwalt Dr. Z2._____ das Schiedsrichtermandat angenommen habe. Mit Schreiben vom 7. Januar 2015 hätten sie daher Rechtsanwalt Dr. Z2._____ mitgeteilt, dass er, der Gesuchsteller, ihn als Schiedsrichter ablehne, und es sei ihm Frist angesetzt worden, um sich darüber zu äussern, ob er die Ablehnung akzeptiere. Zudem habe der Gesuchsteller dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners Frist angesetzt, um ihm mitzuteilen, ob er an Rechtsanwalt Dr. Z2._____ als Schiedsrichter festhalte. Unter diesen Umständen rechtfertige es sich, das vorliegende Verfahren zu sistieren, bis sich Rechtsanwalt Dr. Z2._____ und der Gesuchsgegner zur Befangenheitsproblematik geäussert hätten.

5. Nachdem dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 15. Januar 2015 Frist angesetzt wurde, um zum Sistierungsantrag Stellung zu nehmen (act. 14), reichte der Gesuchsteller am 20. Januar 2015 folgende Anträge ins Recht:

"1. Es sei das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.
2. Unter vorläufiger Kostenfolge zulasten des Gesuchstellers."

Zur Begründung liess er vorbringen, mit Schreiben vom 13. Januar 2015 habe der vom Gesuchsgegner ernannte Schiedsrichter Rechtsanwalt Dr. Z2._____ seinen Verzicht auf Teilnahme im Schiedsgerichtsverfahren "CD._____ ...gesellschaften" erklärt. Rechtsanwalt Dr. Z2._____ habe damit die vom Gesuchsteller vorgebrachten Ablehnungsgründe als begründet erachtet. Mit E-Mail/Fax vom 14. Januar 2015 sei der Gesuchsgegner zur Ernennung eines neuen Schiedsrichters innert dreissig Tagen ersucht worden, weshalb das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben sei. Die Kosten seien vorläufig dem Gesuchsteller zu überbinden, unter Vorbehalt der anderweitigen Verteilung im kommenden Schiedsgerichtsverfahren. Es seien keine Parteientschädigungen zuzusprechen (act. 15).

6. Mit Eingabe vom 21. Januar 2015 liess der Gesuchsgegner sodann den Antrag auf Abweisung des Sistierungsbegehrens stellen (act. 18). Dies mit der Begründung, Rechtsanwalt Dr. Z2._____ habe dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers am 13. Januar 2015 mitgeteilt, dass er auf die Mitwirkung im Schiedsgerichtsverfahren "CD._____ ...gesellschaften" verzichte. Ebenfalls nehme Rechtsanwalt Dr. Z1._____ das Schiedsrichtermandat gemäss Schreiben vom 20. Januar 2015 nicht an. Beide Parteien hätten nun neue Schiedsrichter zu bezeichnen (act. 18).

II.

1. Örtlich zuständig für die Ernennung von Schiedsrichtern nach Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO ist das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 18). Die Parteien haben vorliegend davon abgesehen, den Sitz des jeweiligen Schiedsgerichtes in den massgeblichen Vertragsbestimmungen beider Gesellschaftsverträge festzulegen. Der aktenkundigen Korrespondenz kann indes der übereinstimmende Wille des Sitzes des Schiedsgerichts im Kanton Zürich entnommen werden (act. 4/3 S. 1, act. 4/4 S. 2). Damit ist die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Zürich gegeben. In sachlicher Hinsicht zuständig ist die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich (§ 46 GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 [LS 212.51]).
2. Durch die Ablehnung des Schiedsrichtermandates durch Rechtsanwalt Dr. Z2._____ mit E-Mail vom 13. Januar 2015 (act. 17/1) ist das Gesuch um Sistierung des Verfahrens gegenstandslos geworden, weshalb es abzuschreiben ist. Gleiches gilt mit Blick auf das Begehren des Gesuchstellers um Ernennung eines Parteischiedsrichters gemäss Art. 362 ZPO. Gemäss dem aktenkundigen Schreiben des gesuchstellerischen Rechtsvertreters vom 14. Januar 2015 wurde der Gesuchsgegner nach der Ablehnung des Mandats durch Rechtsanwalt Dr. Z2._____ erneut um Ernennung eines

Schiedsrichters innert dreissig Tagen ersucht (act. 17/2). Nach Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das nach Art. 356 Abs. 2 ZPO zuständige staatliche Gericht auf Antrag einer Partei die Ernennung eines Schiedsrichters vor, wenn die Schiedsvereinbarung keine andere Stelle für die Ernennung vorsieht oder diese die Mitglieder nicht innert angemessener Frist ernennt und eine Partei die von ihr zu bezeichnenden Mitglieder nicht innert dreissig Tagen seit der Aufforderung ernennt. Letztere Voraussetzung ist mit der Ablehnung des Schiedsrichtermandates durch Rechtsanwalt Dr. Z2._____ und der erneuten Fristansetzung des Gesuchstellers dahingefallen bzw. nicht mehr erfüllt, weshalb das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

III.

- 1.1. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Wird das Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben, kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist zu berücksichtigen, wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, wer das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (DIKE Kommentar ZPO-Urwyler, Art. 107 N 8; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 107 N 16).
- 1.2. Der Gesuchsteller beantragt zwar die Kostenaufgabe zu seinen Lasten, jedoch unter Vorbehalt der anderweitigen Verteilung im kommenden Schiedsgerichtsverfahren (act. 15 Rz II).
- 1.3. Der Gesuchsteller liess beim Obergericht am 7. November 2014 den Antrag auf Ernennung eines Parteischiedsrichters stellen (act. 1). Bereits am 15. Oktober 2014 teilte der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners demjeni-

gen des Gesuchstellers mit, dass er Rechtsanwalt Dr. Z2._____ als Parteischiedsrichter ernannt habe (act. 4/4). Lediglich die Annahmeerklärung von Rechtsanwalt Dr. Z2._____ blieb aus. Der Gesuchsteller macht zwar geltend, der Gesuchsgegner habe seinen Parteischiedsrichter nicht innert der gesetzlichen Frist von dreissig Tagen ernannt (act. 1 Rz 5). Dem kann indes nicht gefolgt werden, da sich aus dem massgeblichen Schreiben vom 27. August 2014 (act. 4/6) keine Fristansetzung ergibt. In der Lehre besteht sodann Einigkeit, dass die Ernennung eines Schiedsrichters durch eine Partei für diese ab dem Zeitpunkt bindend ist, ab welchem die diesbezügliche Mitteilung der Gegenpartei zugeht. Die Bindung bleibt bestehen, sofern der ernannte Schiedsrichter die Wahl nicht ablehnt (vgl. BK ZPO-Boog/Stark-Traber, Art. 361 N 45; Grundmann in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 361 N 32; BSK ZPO-Habegger, Art. 361 N 25 mit weiteren Verweisen). Die rechtmässige Bezeichnung eines Parteischiedsrichters reicht somit zur Erfüllung der aus Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO resultierenden Verpflichtung aus. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut der besagten Bestimmung, welcher lediglich die Ernennung eines Parteischiedsrichters, nicht aber eine Annahmeerklärung innert Frist voraussetzt. Damit nahm der Gesuchsgegner vor der Einreichung des vorliegenden Gesuchs eine für ihn bindende und hinreichende Schiedsrichterernennung vor. Insbesondere lag aufgrund des Umstandes, dass gegenüber Rechtsanwalt Dr. Z2._____ allenfalls ein Ablehnungsgrund bestehen würde, kein Fall von Säumnis im Sinne von Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO vor. Ein solcher ist nur dann anzunehmen, wenn ein mit einem Ablehnungsgrund behafteter Schiedsrichter einzig deshalb ernannt wurde, um die Bestellung des Schiedsgerichts zu verzögern (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 12a). Dies war vorliegend nicht der Fall, bestanden doch im Zeitpunkt der Ernennung keine offensichtlichen Anhaltspunkte dafür, dass gegenüber Rechtsanwalt Dr. Z2._____ ein Ablehnungsgrund gegeben wäre. Der Gesuchsteller macht denn auch nicht geltend, Rechtsanwalt Dr. Z2._____ sei einzig deshalb ernannt worden, um das Schiedsverfahren zu verzögern. Ein allfälliger Ablehnungsgrund hätte im

Rahmen eines Ablehnungsverfahrens nach Art. 369 ZPO festgestellt werden müssen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller mit seinem Begehren nicht durchgedrungen wäre. Demnach rechtfertigt es sich, die Kosten des Verfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Entgegen dessen Antrag auf eine einstweilige Kostenauflage mit dem Hinweis auf die endgültige Festlegung im Schiedsverfahren ist vorliegend über die Kostenauflage definitiv zu entscheiden. Eine Anordnung, wie sie der Gesuchsteller beantragt, erweist sich nur im Falle der Gutheissung des Ernennungsgesuchs als angezeigt, zumal das Schiedsverfahren nur in diesen Fällen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durchgeführt wird. Zudem ist ein positiver Ernennungsentscheid - anders als ein negativer - nicht mit einem Rechtsmittel anfechtbar (vgl. dazu Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juli 2013, PG130003-O), weshalb es sich rechtfertigt, die endgültige Kostenverteilung dem Schiedsgericht zu überlassen.

- 1.4. In Anwendung von § 13 Abs. 1 GebV OG (LS 211.11) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 2'000.- festzusetzen und gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- zu verrechnen. Im Mehrbetrag ist der Kostenvorschuss dem Gesuchsteller zurückzuerstatten.
2. Nach § 15 Abs. 1 AnwGebV (LS 215.3) beträgt die Grundgebühr in Gerichtsverfahren, bei denen das staatliche Gericht in einer Schiedssache mitwirkt, in der Regel Fr. 50.- bis Fr. 16'000.-. Für das vorliegende Verfahren erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- als angemessen. Mehrwertsteuer ist nicht zuzusprechen, weil sie nicht verlangt wurde (vgl. act. 8 S. 2 und 6 sowie Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Der Gesuchsteller ist deshalb zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für seine Aufwendungen eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zu entrichten.
3. Gegen negative Ernennungsentscheide steht den Parteien die Beschwerde ans Bundesgericht zu (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 45, BK ZPO-

Boog/Stark-Traber, Art. 362 N 53). Dies hat auch für den Fall eines negativen Prozessentscheides zu gelten.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren PG140005 wird als gegenstandslos am Register abgeschrieben.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 2'000.- festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem von diesem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag ist der Kostenvorschuss - vorbehältlich anderer Verbindlichkeiten - dem Gesuchsteller zurückzuerstatten.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an:
 - den Vertreter des Gesuchstellers, zweifach für sich und zuhanden des Gesuchstellers, unter Beilage einer Kopie von act. 18 und act. 19/1-2,
 - den Vertreter des Gesuchsgegners, zweifach für sich und zuhanden des Gesuchsgegners, unter Beilage einer Kopie von act. 15, act. 16, act. 17/1-2,
 - die Obergerichtskasse.
6. Rechtsmittel:

Eine allfällige Beschwerde gegen diesen Entscheid 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. (ordentliche Beschwerde) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Zürich, 3. Februar 2015

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Die Gerichtsschreiberin:

versandt am: lic. iur. A. Leu