

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr. PG180005-O/U

Mitwirkend: Der Obergerichtspräsident lic. iur. M. Burger, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. F. Schorta
sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu

Beschluss vom 26. Februar 2019

in Sachen

A._____ S.A.,
Gesuchstellerin

vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. X1._____ und lic. iur. X2._____,

gegen

B._____,
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ernennung eines Schiedsrichters**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 30. April 2017 [recte: 2018] liess die A._____ S.A. (nachfolgend: Gesuchstellerin) beim Obergericht des Kantons Zürich durch ihre damaligen Rechtsvertreter lic. iur. X3._____ und Dr. X4._____ ein Gesuch um Ernennung eines Schiedsrichters einreichen und folgende Anträge stellen (act. 1):

"1. Es sei für die Entscheidung der zwischen den Parteien bestehenden Forderungsstreitigkeit der Parteischiedsrichter des Gesuchsgegners zu ernennen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners."

2. Mit Verfügung vom 22. Mai 2018 (act. 4) wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, binnen zehn Tagen einen Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 8'000.- zu leisten, unter der Androhung, dass sonst - nach der allfälligen Gewährung einer Nachfrist - auf das Gesuch nicht eingetreten würde (act. 4). Der Kostenvorschuss ging innert Frist am 1. Juni 2018 ein (act. 5).

3. Ebenfalls in der Verfügung vom 22. Mai 2018 (act. 4) wurde Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob er B._____, den Gesuchsgegner im vorliegenden Verfahren (nachfolgend: Gesuchsgegner), vertrete, und bejahendenfalls eine Vollmacht einzureichen. Nach einmaliger Fristerstreckung (act. 7) legitimierte sich Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als Rechtsvertreter des Gesuchsgegners (act. 8-9). Mit Verfügung vom 13. Juli 2018 (act. 10) wurde dem Gesuchsgegner sodann das rechtliche Gehör gewährt. Nachdem ihm die Frist samt Notfrist erstreckt worden war (act. 12 und 14), nahm er mit Eingabe vom 28. August 2018 (act. 15) zum Gesuch Stellung und stellte die folgenden Anträge:

"1. Der Gesuchsgegner erhebt die Einrede der fehlenden örtlichen und sachlichen Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in C._____;

2. Eventualiter sei Herr Rechtsanwalt D._____, ... Rechtsanwälte, als Parteischiedsrichter zu ernennen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchstellerin."
4. Am 11. September 2018 stellte die Verwaltungskommission die gesuchsgegnerische Eingabe der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zu (act. 17). Deren Eingabe vom 24. September 2018 (act. 18) liess sie mit Verfügung vom 1. Oktober 2018 (act. 21) wiederum dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zukommen. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2018 (act. 22) teilte Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ der Verwaltungskommission unter Einreichung einer entsprechenden Vollmacht mit, dass die Gesuchstellerin neu durch ihn und Rechtsanwalt lic. iur. X2.____ vertreten werde und ersuchte um Zustellung der Akten zur Einsicht (act. 22-24). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2018 (act. 25) wurde den Rechtsanwälten lic. iur. X3.____ und Dr. X4.____ sodann Frist zur Mitteilung angesetzt, ob sie die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren weiterhin vertreten würden. Am 29. Oktober 2018 (act. 28) bestätigten diese die Niederlegung des Mandates.
5. Bereits am 15. Oktober 2018 (act. 26) ging ferner eine Eingabe des Rechtsvertreters des Gesuchsgegners ein. Darin ergänzte er die bisher gestellten Anträge wie folgt:
- "1. Subeventualiter sei das rubrizierte Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Rückweisung der Strafanzeige der Staatsanwaltschaft Muntinlupa City vom 30. Juli 2018 zu sistieren.
 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchstellerin."
- Am 29. Oktober 2018 (act. 29) liess der Gesuchsgegner sodann nach Ablauf der angesetzten Frist eine Ergänzung anbringen.

II.

- 1.1. Die Gesuchstellerin lässt zur Begründung ihres Gesuchs (act. 1 und act. 18) zusammengefasst vorbringen, der Gesuchsgegner weigere sich zu Unrecht, von ihr an die E._____ (nachfolgend: E._____) gewährte Darlehen zurückzuzahlen. Der Gesuchsgegner habe diesbezüglich ein "Agreement of Joint Liability / Acknowledgment of Debt" (nachfolgend: AJL) unterzeichnet, aus welchem sich im Falle von Täuschungs- oder Betrugshandlungen ("fraud") oder Veruntreuungen ("embezzlement") durch Mitarbeitende oder Organe der E._____ seine Solidarschuld ergebe. Aufgrund von Ungereimtheiten habe sie, die Gesuchstellerin, die Darlehen in der Folge gekündigt und sie zur Rückzahlung fällig gesetzt. Weder die E._____ noch der Gesuchsgegner hätten die Darlehen bis heute zurückbezahlt. Gleiches gelte für Darlehen des Mitinvestors F._____. Auch er habe der E._____ basierend auf täuschenden Angaben Darlehen gewährt. F._____ habe seine Forderungen in der Zwischenzeit an die Gesuchstellerin abgetreten.
- 1.2. Mit Schiedsanzeige vom 18. Oktober 2017 habe sie, die Gesuchstellerin, Rechtsanwalt Dr. G._____, ... [Adresse], zu ihrem Parteischiedsrichter ernannt. Die dem Gesuchsgegner angesetzte Frist zur Ernennung seines Parteischiedsrichters sei unbenutzt verstrichen. Mangels anderweitiger Vereinbarung sei von einem Schiedsgericht mit drei Mitgliedern auszugehen. Zwischen den Parteien liege eine gültige Schiedsvereinbarung vor. Die Schiedsabrede sei von der Gesuchstellerin unterzeichnet worden und halte vor einer "prima facie"-Prüfung stand. Die unterzeichnete Version liege der Verwaltungskommission vor. Die Ansicht des Gesuchsgegners, es liege keine gültige Schiedsabrede vor, sei falsch. Er bestreite weder die Echtheit noch den Bestand der Urkunde. Auch bestreite er nicht, das AJL selbst unterzeichnet zu haben. Bestritten werde sodann, dass eine bedingte, unwirksame Schiedsklausel vorliege, weil die Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Eine solche Interpretation sei mit dem klaren Wortlaut der Klausel unvereinbar. Zudem sei dem juge d'appui eine materiell-rechtliche Prüfung ohnehin verwehrt. Auch vermöge der durch das Office of the City Prosecut-

or, City of Muntinlupa, Philippinen, gefällt die Entscheid vom 30. Juli 2018 an der Gültigkeit der Schiedsabrede nichts zu ändern. Es sei der Verwaltungskommission verwehrt, im Rahmen der "prima facie"-Prüfung auf materiellrechtliche Klagegründe einzugehen. Zudem seien die Substantiierungsanforderungen nicht eingehalten worden. Der Entscheid des Office of the City Prosecutor sei ohnehin noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

2.1. Der Gesuchsgegner begründet seine Anträge (act. 15 und 26) im Wesentlichen damit, zwischen den Parteien sei keine Schiedsklausel vereinbart worden. Dementsprechend sei die Verwaltungskommission zur Behandlung des Gesuchs unzuständig. Zum einen hätten die Parteien keine Vertragsverhandlungen geführt. Dies werde auch im Entscheid des Office of the City Prosecutor, City of Muntinlupa, Philippinen, vom 30. Juli 2018 festgehalten. Zum anderen ergebe sich aus der im vor dem Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich geführten Verfahren Nr. EQ170107-L betr. Arresteinsprache eingereichten Version des AJL, dass dieses von der Gesuchstellerin nicht unterzeichnet worden sei. Erst über ein Jahr nach der Stellung des Arrestgesuchs habe die Gesuchstellerin eine von deren Verwaltungsrat H._____ nachträglich unterzeichnete Version des AJL ins Recht gereicht. Weder nach schweizerischem noch nach philippinischem Recht würden auf diese Art und Weise übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht bzw. würde so ein Vertrag abgeschlossen. Ohne übereinstimmende Willensäusserungen könne keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen werden. Eine stillschweigende Abrede reiche nicht aus. Die nachträgliche Unterzeichnung durch H._____, dem Verwaltungsrat der Gesuchstellerin, sei ein Angebot zur Gegenzeichnung durch den Gesuchsgegner, aber keinesfalls eine Verpflichtung des Gesuchsgegners.

2.2. Selbst wenn das AJL vereinbart worden wäre, so der Gesuchsgegner weiter, hätte dieses keine Haftung ausgelöst. Entsprechend den Erwägungen des Bezirksgerichts Zürich würde es sich um eine bedingte Schuldanererkennung handeln. Das Bezirksgericht habe im erwähnten Arrestverfahren festgehalten, dass erst der Bedingungseintritt von "fraud" bzw. "embezzlement" zur

Haftung des Gesuchsgegners führe. Die Gesuchstellerin stelle dies durch ihre Behauptung, es sei auch dann ein Schiedsverfahren durchzuführen, wenn kein Betrug und/oder keine Veruntreuung vorliege, zu Unrecht in Abrede. Aus dem vor dem Office of the City Prosecutor, City of Muntinlupa, Philippinen, durchgeführten Verfahren ergebe sich sodann, dass die unter anderem gegen den Gesuchsgegner eingereichte Strafanzeige mangels Betrugs etc. am 30. Juli 2018 abgewiesen worden sei. Es liege somit kein strafrechtlich relevantes Verhalten des Gesuchsgegners vor, und damit fehle es am Bedingungseintritt. Mangels Abschlusses des AJL liege zwischen den Parteien auch keine gültige Schiedsvereinbarung vor. Die Streitigkeit bestehe zwischen der Gesuchstellerin und der E._____. Auch gegenüber Forderungen von Dr. F._____ liege mangels strafbaren Handelns keine Haftungsgrundlage vor. Zutreffend sei, dass der juge d'appui keine materiell-rechtliche Prüfung vornehmen dürfe. Dies entbinde ihn jedoch nicht von der Pflicht, zu prüfen, ob die Parteien eine schriftliche Schiedsklausel nach Art. 178 IPRG unter beidseitiger Formwahrung vereinbart hätten (act. 1 und act. 26).

III.

1. Auf das vorliegende Verfahren gelangen die Bestimmungen des 12. Kapitels "Internationale Schiedsgerichtsbarkeit" des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) zur Anwendung, da die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des eine Schiedsvereinbarung beinhaltenden "Agreement of Joint Liability /Acknowledgment of Debt" (vgl. zur Frage des gültigen Abschlusses einer Schiedsvereinbarung nachfolgend Ziff. III.3 ff.) am 14. Dezember 2016 ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Sitz im Ausland hatten, die Gesuchstellerin auf den British Virgin Island und der Gesuchsgegner auf den Philippinen (act. 1 Rz 4, act. 3/2, act. 3/7 S. 1 und 3), und sich der Sitz des Schiedsgerichtes in Zürich befindet (act. 3/7 S. 3, Art. 176 Abs. 1 IPRG). Von der in Art. 176 Abs. 2 IPRG vorgesehenen Möglichkeit, die Anwendung des besagten Kapitels auszuschliessen und die Anwendung des dritten Teils der schweizerischen Zivilprozessordnung über die Schieds-

gerichtsbarkeit zu vereinbaren, haben die Parteien keinen Gebrauch gemacht (act. 4/1 Rz 31 f.).

2. Gemäss Art. 179 Abs. 1 IPRG wird der Schiedsrichter gemäss der Vereinbarung der Parteien ernannt. Fehlt eine solche Vereinbarung oder weigert sich eine Partei, den Schiedsrichter zu ernennen, obliegt das Ernennungsverfahren dem Richter am Sitz des Schiedsgerichts, wobei er sinngemäss die Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung über die Ernennung der Mitglieder des Schiedsgerichts anwendet (Art. 179 Abs. 2 IPRG). Örtlich zuständig für die Ernennung von Schiedsrichtern ist demnach das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts (Art. 179 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO; BSK IPRG-Peter/Legler, Art. 179 N 18 ff. und N 23; Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 745; BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 18). Die sachliche Zuständigkeit obliegt im Kanton Zürich gemäss § 46 GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 (LS 212.51) der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich.
3. Zusammen mit der Beurteilung seiner Zuständigkeit hat das angerufene Gericht als Ernennungsgericht summarisch zu prüfen, ob eine Schiedsvereinbarung vorliegt und, wenn ja, ob der gewählte Schiedsort im Kanton Zürich liegt. Ist beides zu bejahen, so ist es verpflichtet, einen Schiedsrichter zu ernennen. Andernfalls ist das Gesuch um Ernennung mangels einer Schiedsabrede abzuweisen bzw. ist darauf wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Mit der Verpflichtung zur summarischen Prüfung des Vorliegens einer Schiedsvereinbarung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Richter eine Bezeichnung ablehnt, einzig weil eine Partei die Gültigkeit der Schiedsabrede bestreitet. Es sollte demnach dem Grundsatz "pacta sunt servanda" Nachachtung verschafft werden (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 24. April 2014 in: BJM 2015 S. 253 mit weiterem Verweis; Volken, Zur Ernennung von Schiedsrichtern durch den staatlichen Richter, Bull. ASA 1992, S. 462 ff., 471). Der angerufene Richter

ist deshalb grundsätzlich zur Ernennung eines Parteischiedsrichters verpflichtet, es sei denn, bereits ein erster Blick, d.h. eine "prima facie"-Prüfung, lasse ihn erkennen, dass zwischen den Parteien offensichtlich keine Schiedsvereinbarung und damit auch keine Zuständigkeit des juge d'appui besteht (Art. 179 Abs. 3 IPRG). Mit der "prima facie"-Prüfung soll eine Partei nur davor bewahrt werden, sich selbst dann auf ein Schiedsverfahren einlassen zu müssen, wenn nicht einmal der Anschein einer Schiedsvereinbarung besteht (BGE 118 Ia 20 E. 5b; Berger/Kellerhals, a.a.O., N 767).

In BGE 118 Ia 20 hielt das Bundesgericht fest, die summarische Prüfung umfasse «den Bestand, nicht aber Gültigkeit und genaue Tragweite der Schiedsvereinbarung» (BGE 118 Ia 20 E. 5b; vgl. auch ZR 2010 [109] Nr. 17, E. 2a). Nach etwas abweichender Lehrmeinung sind hingegen sämtliche Fragen der Tragweite der Schiedsvereinbarung, nicht nur deren genaue Tragweite, bei der summarischen Prüfung i.S.v. Art. 179 Abs. 3 IPRG ausser Acht zu lassen und hat sich die summarische Prüfung darauf zu beschränken, ob prima facie eine textlich nachweisbare Schiedsvereinbarung i.S.v. Art. 178 Abs. 1 IPRG besteht. Alle anderen Gültigkeitsaspekte, namentlich die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung fällt, können der Lehre zufolge nicht im Rahmen einer "prima facie"-Prüfung festgestellt werden (Berger/Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Auflage, Bern 2015, N 830; BSK IPRG-Peter/Legler, Art. 179 N 41; BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 39; KUKO ZPO-Dasser, Art. 362 N 10). Im Verfahren BGE 141 III 444 nahm das Bundesgericht insbesondere zur Kritik der Lehre zu seiner bisherigen Rechtsprechung Stellung und kam zum Ergebnis, dass dem Ernennungsgesuch zu entsprechen sei, wenn sich bezüglich des persönlichen, sachlichen oder zeitlichen Anwendungsbereichs der Schiedsvereinbarung ein Auslegungsproblem stelle oder wenn das Ergebnis der summarischen Prüfung nicht erlaube, von vornherein und mit Sicherheit das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung auszuschliessen. Es sei vom Prinzip "in dubio pro arbitro" auszugehen (BGE 141 III 444 E. 3). Dem Ernennungsrichter ist es demnach verwehrt, eine sachliche Vorprüfung des Schiedsgegenstandes

vorzunehmen; darüber entscheidet das Schiedsgericht aufgrund der ihm nach Art. 186 Abs. 1 IPRG eingeräumten sog. Kompetenz-Kompetenz selber. Jedoch hat sich der Richter im Zweifelsfalle zugunsten seiner Zuständigkeit und einer Ernennung zu entscheiden, da er sonst in den Zuständigkeitsbereich des Schiedsgerichts eingreifen würde (in dubio pro arbitro, BGE 141 III 444 E. 3).

Angesichts dessen, dass Art. 179 Abs. 3 IPRG vom Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung ausgeht, hat der Schiedsbeklagte den summarischen Gegenbeweis zu erbringen, dass keine Schiedsvereinbarung besteht (vgl. zum Ganzen BSK IPRG-Peter/Legler, Art. 179 N 34 ff.; OFK ZPO-Planinic/Erk-Kubat, Art. 362 N 5; Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 24. April 2014 in: BJM 2015 S. 253; Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 421; Stacher, Nicht- und Scheinschiedssprüche sowie nichtige Schiedssprüche in ZZZ 409/2106 S. 321 ff., S. 325 und FN 37; BGE 118 Ia 20 E. 5; BGE 121 III 38 E. 2b; BGE 122 III 139 E. 2b; Beschluss der III. Zivilkammer OGer ZH vom 20. Oktober 2009, Nr. PG090001, E. 2; ZR 2005 [104] Nr. 19 Ziff. 5).

4. Der Gesuchsgegner bestreitet, dass zwischen den Parteien eine gültige Schiedsvereinbarung abgeschlossen worden sei, leitet daraus die Unzuständigkeit des vorliegenden Gerichts ab und erhebt demnach die Einrede der fehlenden örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Das AJL sei nicht rechtsgültig vereinbart worden, da keine Verhandlungen geführt worden seien und die Unterschrift der Gesuchstellerin erst nachträglich angebracht worden sei (act. 15 Rz 4, act. 26 Rz 3). Die Gesuchstellerin stellt dies in Abrede (act. 18 Rz 5 f.).

Nach Art. 178 Abs. 1 IPRG hat die Schiedsvereinbarung schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Mit der Bestimmung in Absatz 1 hat der Gesetzgeber eine Schriftform eingeführt, welche nicht den herkömmlichen, im schweizerischen Recht bekannten Kategorien entspricht (BSK IPRG-Gränicher, Art. 178 N 11). Als schriftliche

Textform im obgenannten Sinne gilt dabei jeder visuell wahrnehmbare, körperlich reproduzierbare, aber nicht notwendigerweise unterzeichnete Text (sog. Textform). Massgebliche Voraussetzung zur Wahrung der Formgültigkeit ist demnach, dass der Wortlaut der Erklärung beim Empfänger in visuell wahrnehmbarer, physisch reproduzierbarer Form eintrifft (BSK IPRG-Gränicher, Art. 178 N 13; Berger/Kellerhals, a.a.O., N 396). Dabei reicht es, wenn aus der Gesamtheit der in Textform nachgewiesenen Äusserungen aller Vertragspartner die Zustimmung zur Schiedsvereinbarung hervorgeht, d.h. die Zustimmung aller Vertragsparteien schriftlich im obgenannten Sinne nachweisbar ist (CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht-Furrer/Girsberger/ Ambauen, Art. 178 N 18 f.; Entscheid des Bundesgerichts 4A_618/2015 vom 9. März 2016, E. 4.3 betr. interne Schiedsgerichtsbarkeit; Stacher, a.a.O., FN 37). Ein Erklärungsaustausch im Sinne von Erklärungen, welche als Annahmeerklärungen ausdrücklich auf eine Offerte Bezug nehmen, wird hingegen nicht vorausgesetzt. Mit einer bloss mündlichen oder gar nur stillschweigenden Annahme einer schriftlichen Schiedsofferte ist die Textform jedoch nicht gewahrt (BSK IPRG-Gränicher, Art. 178 N 16; CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht-Furrer/Girsberger/Ambauen, Art. 178 N 18a f.; vgl. auch KUKO ZPO-Dasser, Art. 358 N 4; sodann BGE 119 II 391 E. 3a [zur Textform des Art. 5 Abs. 1 IPRG]). Entgegen dem Gesuchsgegner erfordert Art. 178 Abs. 1 IPRG keine Unterschrift. Das Unterschriftserfordernis verneint nicht nur die Lehre, sondern wird auch in der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgelehnt. So erachtet es das Bundesgericht ebenfalls als ausreichend, wenn die Vereinbarung aus den Schriftstücken hervorgeht (Entscheide des Bundesgerichts Nrn. 4A_74/2014 vom 28. August 2014, E. 3.3. und 4P.124/2001 vom 7. August 2001, E. 2c).

Im Übrigen ist die Schiedsvereinbarung gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht (Art. 178 Abs. 2 IPRG). Welche Voraussetzungen inhaltlich im Einzelnen für die Annahme eines Konsenses gelten, bestimmt sich demnach nach dem nach

Art. 178 Abs. 2 IPRG anwendbaren Recht (Kollisionsnorm der lex arbitri; vgl. auch Berger/Kellerhals, a.a.O., N 304 und 367 f.).

- 5.1. Das AJL vom 14. Dezember 2016 (act. 3/7) enthält in Ziffer 4 die folgende Bestimmung:

"Swiss law is applicable to this agreement.

Disputes shall be solved by arbitrary court and under the law of Switzerland.
Place of court is Zurich."

In den vor der Verwaltungskommission eingereichten Akten befindet sich eine vom Gesuchsgegner, der E._____, der Gesuchstellerin und von F._____ unterzeichnete Version des AJL (act. 3/7). Das AJL wurde offenbar erstmals im vorliegenden Verfahren mit allen vier massgeblichen Unterschriften ins Recht gereicht, während im Verfahren vor dem Arrestrichter, Nr. EQ170107-L, lediglich eine Version vorlag, welche vom Gesuchsgegner, der E._____ und F._____ unterschrieben war (act. 16/2, vgl. auch act. 3/11 S. 9). Den obigen Erwägungen zur Formvorschrift nach Art. 178 IPRG folgend setzt die gültige Vereinbarung einer Schiedsklausel voraus, dass der Wortlaut der entsprechenden Erklärung beim Empfänger in visuell wahrnehmbarer, physisch reproduzierbarer Form eingetroffen ist. Aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin über ein vom Gesuchsgegner unterzeichnetes Exemplar des AJL verfügt, kann geschlossen werden, dass Letzterer eine entsprechende Vereinbarung abschliessen wollte und diese der Gesuchstellerin zukommen lassen hat. Eine Zustellung des unterzeichneten Dokumentes ohne Bindungswille ergäbe keinen Sinn. In Bezug auf die Willensäusserung der Gesuchstellerin ist festzuhalten, dass sich diese grundsätzlich aus Aktorum 3/7 ergibt. Hierbei handelt es sich um diejenige Version des AJL, welche von allen Vertragsparteien unterzeichnet ist. Der Gesuchsgegner bringt diesbezüglich vor, die Gesuchstellerin habe die Vereinbarung seiner Ansicht nach zu einem zu späten Zeitpunkt unterzeichnet, mit der Folge, dass es sich hierbei nicht mehr um ein Offertenakzept handle, sondern um ein neues Angebot. Bis zur Einreichung des Aktorums 3/7 vor Gericht habe er über keine

von der Gesuchstellerin unterzeichnete Version verfügt (act. 15 S. 9, act. 26 Rz 3 und 4.5). Ob dies zutrifft und ob damit lediglich von einer unzureichenden mündlichen oder stillschweigenden Annahme der Schiedsofferte durch die Gesuchstellerin ausgegangen werden kann, oder ob die Unterzeichnung schon zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt ist und die Schiedsvereinbarung aufgrund einer textlich nachweisbaren Annahme gültig abgeschlossen wurde, ergibt sich aus den Akten nicht abschliessend. Der diesbezügliche Beweis würde dem Gesuchsgegner obliegen. Entsprechende Dokumentationen hat er nicht ins Recht gereicht. An dieser Stelle - in welcher es lediglich um eine summarische Prüfung geht - kann demnach nicht endgültig bzw. abschliessend geklärt werden, ob eine gültig zustande gekommene Schiedsvereinbarung vorliegt, zumal dies über eine "prima facie"-Prüfung hinaus ginge. Vielmehr ist dieser Entscheid dem Schiedsgericht zu überlassen. Gestützt auf die dem Gesuchsgegner obliegende Beweislast sowie den Umstand, dass der Verwaltungskommission eine von allen Parteien unterzeichnete Version des AJL vorliegt (act. 3/7), kann im Rahmen der "prima facie"-Prüfung hingegen nicht von einem eindeutigen Nichtbestehen der Schiedsvereinbarung ausgegangen werden. Angesichts des Grundsatzes, dass im Zweifelsfalle ein Schiedsrichter zu ernennen ist, steht diese Unklarheit einer Schiedsrichterbezeichnung nicht entgegen.

- 5.2. Anders hätte sich die Rechtslage nur dann präsentiert, wenn die Gesuchstellerin das von ihr unterzeichnete AJL (act. 3/7) nicht ins Recht gereicht hätte, zumal es dann an Anhaltspunkten für eine rechtzeitig textlich nachweisebare Annahme, z.B. im Sinne eines entsprechenden E-Mail- oder anderweitigen Verkehrs, gefehlt hätte, und auch nicht von einer nachträglichen Einlassung des Gesuchsgegners auf das Schiedsverfahren hätte ausgegangen werden können (act. 3/13).
- 5.3. Unbestritten blieb seitens des Gesuchsgegners, dass mit der Vereinbarung eines "arbitrary court" für Streitigkeiten zwischen den Parteien ein Schiedsgericht gemeint sein soll und dass dieses seinen Sitz in C._____ habe (act. 15 E. 5 und act. 26). Damit bleibt es dabei, dass im Rahmen der sum-

marischen Prüfung von einer gültigen Schiedsvereinbarung auszugehen ist und die Verwaltungskommission daher zur Behandlung des Gesuchs gestützt auf die oben erwähnten Bestimmungen örtlich und sachlich zuständig ist. Auf das Gesuch ist damit einzutreten.

- 6.1. In materiell-rechtlicher Hinsicht stellt sich der Gesuchsgegner ferner auf den Standpunkt, selbst im Falle einer gültigen Vereinbarung des AJLs sei das Gesuch der Gesuchstellerin mangels Eintritts der Bedingung von "fraud" bzw. "embezzlement" als Haftungsvoraussetzung abzuweisen (act. 15 Rz 10 und S. 10, act. 26 Rz 4). Die Gesuchstellerin macht geltend, der Bedingungseintritt sei im vorliegenden Verfahren nicht zu überprüfen (act. 18 Rz 12).
- 6.2. Wie dargelegt, darf der staatliche Richter über die Existenz der Schiedsvereinbarung hinausgehende Gültigkeitsaspekte wie die Frage, ob ein Anspruch in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung fällt, grundsätzlich nicht überprüfen (Berger/Kellerhals, a.a.O., N 830; KUKO ZPO-Dasser, Art. 362 N 10). Dementsprechend bejaht das Bundesgericht denn auch eine Pflicht zur Gutheissung des Ernennungsgesuchs, wenn sich bezüglich des persönlichen, sachlichen oder zeitlichen Anwendungsbereichs der Schiedsvereinbarung ein Auslegungsproblem stellt oder wenn das Ergebnis der summarischen Prüfung nicht erlaubt, von vornherein und mit Sicherheit das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung auszuschliessen (Grundsatz "in dubio pro arbitro", BGE 141 III 444 E. 3). Diesen Ausführungen zufolge ist die Frage, ob die zwischen den Parteien vereinbarte Schiedsvereinbarung einer Bedingung unterliegt und falls ja, ob diese eingetreten ist, nicht durch den juge d'appui zu beurteilen. Vielmehr obliegt die diesbezügliche Kompetenz dem Schiedsgericht selber. Damit steht die Frage des Bedingungseintritts der ersatzweisen Bestellung eines Schiedsrichters nicht entgegen.
- 6.3. Gleiches gilt in Bezug auf die offenbar abgetretenen Darlehensforderungen von F._____ (vgl. dazu der nicht unterzeichnete Verpfändungsvertrag in act. 3/8). Über die Frage des Eintritts der Bedingung von "fraud" oder "embezzlement" hat auch hier das Schiedsgericht selbst zu befinden.

- 6.4. Soweit der Gesuchsgegner in diesem Zusammenhang subeventualiter um Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Rückweisung der Strafanzeige des Office of the City Prosecutor, Muntinlupa City, vom 30. Juli 2018 ersucht (act. 26), so ist dieser Antrag abzuweisen, zumal der entsprechende Entscheid bzw. die darin behandelte Frage des Vorliegens von "fraud" bzw. "embezzlement" und damit des bestrittenen Bedingungseintritts für das vorliegende Verfahren nicht massgeblich ist.
- 7.1. Für die ersatzweise Ernennung eines Parteischiedsrichters ist ferner erforderlich, dass die gesuchstellende Partei den von ihr zu bestellenden Schiedsrichter bereits bezeichnet und die Gegenpartei erfolglos aufgefordert hat, ihrerseits den ihrigen Parteischiedsrichter zu ernennen. Diese Aufforderung ist zwar an keine Form gebunden, jedoch obliegt dem sich darauf Berufenden die Beweispflicht. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, hat die Ernennung innert dreissig Tagen seit der Aufforderung zu erfolgen (vgl. Art. 179 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO, vgl. auch KUKO ZPO-Dasser, Art. 362 N 2 f.). Nach Art. 179 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 360 Abs. 1 ZPO können die Parteien sodann frei vereinbaren, aus wie vielen Mitgliedern das Schiedsgericht besteht. Haben sie nichts festgelegt, so besteht es aus deren drei.
- 7.2. Gemäss der ins Recht gereichten Schiedsanzeige der Gesuchstellerin vom 18. Oktober 2017 bezeichnete die Gesuchstellerin Rechtsanwalt Dr. G.____, I.____ AG, ... [Adresse], als ihren Parteischiedsrichter (act. 3/12 Rz 7). Zudem setzte sie dem Gesuchsgegner eine Frist von 15 Tagen an, um einen Parteischiedsrichter zu ernennen (act. 3/12 Rz 8). Innert dreissig Tagen (Art. 179 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO) kam der Gesuchsgegner dieser Aufforderung nicht nach, weshalb die diesbezüglichen Erfordernisse erfüllt sind. Die Verwaltungskommission ist damit als juge d'appui verpflichtet, für den Gesuchsgegner einen Parteischiedsrichter zu ernennen.

- 7.3. In der Eingabe vom 28. August 2018 bezeichnete der Gesuchsgegner Rechtsanwalt lic. iur. D._____, ... Rechtsanwälte, ... [Adresse], eventualiter als seinen Parteischiedsrichter (act. 15 Rz 5). Da der Wahlvorschlag der säumigen Partei grundsätzlich zu beachten ist und Rechtsanwalt lic. iur. D._____ gegen seine Bestellung keine Einwendungen vorbrachte (act. 36), ist diesem Eventualantrag zu folgen und ist für den Gesuchsgegner Rechtsanwalt lic. iur. D._____, ... Rechtsanwälte, als Parteischiedsrichter zu ernennen.

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 von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- zu verrechnen.
2. Die beim Obergericht entstandenen Kosten werden praxisgemäss von der Gesuchstellerin 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. 356 Abs. 2 ZPO 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 (BSK IPRG-Peter/Legler, Art. 179 N 33b; vgl. auch BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 43 und BK ZPO-Stark-Traber, Art. 362 N 52) 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, Art. 179 N 22; vgl. auch KUKO ZPO-Dasser, Art. 362 N 11).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung des Begehrens der Gesuchstellerin und des Eventualbegehrens des Gesuchsgegners wird Rechtsanwalt lic. iur. D._____, ... Rechtsanwälte, ... [Adresse], für die zwischen den Parteien bestehende Streitigkeit betreffend "Agreement of Joint Liability /Acknowledgment of Debt" vom 14. Dezember 2016, hinsichtlich welcher die Gesuchstellerin als Klägerin auftritt, als Parteischiedsrichter des Gesuchsgegners ernannt. Alle übrigen Begehren werden abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 8'000.- festgesetzt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Kosten des Verfahrens werden von der Gesuchstellerin 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 der Gesuchstellerin, zweifach, für sich und die Gesuchstellerin, unter Beilage eines Doppels von act. 26 und 29,
 - den Vertreter des Gesuchsgegners, zweifach, für sich und die Gesuchsgegner,
 - Rechtsanwalt lic. iur. D._____, ... Rechtsanwälte, ... [Adresse], als Parteischiedsrichter,
 - die Obergerichtskasse.

Zürich, 26. Februar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
Verwaltungskommission

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu

versandt am: