

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr.: PG190005-O/U

Mitwirkend: Obergerichtspräsident lic. iur. M. Burger, Oberrichterin lic. iur. F. Schorta und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Heuberger Golta

Beschluss vom 29. April 2020

in Sachen

1. **A._____**,
2. **B._____ AG**,
3. **C._____ GmbH**,

Gesuchsteller

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

D._____ Switzerland GmbH,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

betreffend **Ernennung eines Einzelschiedsrichters**

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 12. Dezember 2016 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag bzw. ein "Asset Purchase Agreement" ab (act. 3/2). Darin kaufte die Gesuchsgegnerin, ein 19jj in E._____ gegründeter, seit Jahren weltweit expandierender Konzern im Pizza-Business (vgl. www.D._____.com/en/company/), den drei Gesuchstellern im Wesentlichen sämtliche Vermögenswerte und damit verbundenen Rechte in Verbindung mit B._____ AG und dem Pizza-...-Business ab (act. 3/2 Ziff. 1). Der Kaufvertrag enthält in Ziffer 15 folgende Schiedsklausel (act. 3/2 S. 9):

"15. Applicable Law and Resolution of Disputes

This Agreement is governed by the material law of Switzerland under exclusion of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). All disputes, controversies, and differences of every kind which may arise between Buyer and Seller in connection with or arising from this Agreement shall be finally settled by confidential arbitration to be held in Zürich, Switzerland, in accordance with section 353 seq. of the Swiss Civil Procedure Code of 19 December 2008 (Part 3 Arbitration, sections 353 to section 399 of the Swiss Civil Procedure Code of 19 December by one (1) Arbitrator appointed in accordance with the said Rules. The language of the proceedings shall be English. Swiss law shall apply without giving effect to its choice of law principles. Notwithstanding this paragraph, each of Buyer and D._____ may protect its Brand, reputation, intellectual property, confidential information and trade secrets in any court."

1.2. Mit Eingabe vom 4. Dezember 2019 gelangten die Gesuchsteller an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und ersuchten darum, für die Entscheidung der zwischen den Parteien bestehenden Forderungsstreitigkeit einen Schiedsrichter zu ernennen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gegenpartei (act. 1). Den ihnen mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 (act. 4) auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– leisteten die Gesuchsteller fristgerecht am 7. Januar 2020 (act. 6). Mit Verfügung vom 9. Januar 2020 wurde der Gesuchsgegnerin, damals vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____, das rechtliche Gehör gewährt (act. 7). Die rechtzeitig erfolgte Stellungnahme vom 23. Januar 2020 (act. 8; 10/2-4) wurde

den Gesuchstellern mit Verfügung vom 27. Januar 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 11). Diese liessen sich nicht mehr vernehmen.

1.3. Mit Eingabe vom 3. März 2020 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ mit, dass ab sofort er die Gesuchsgegnerin vertrete (act. 12).

2. Ausführungen der Parteien

2.1. Die Gesuchsteller führten im Gesuch vom 4. Dezember 2019 aus, dass sie der Gesuchsgegnerin am 7. Februar 2018 zunächst Rechtsanwalt lic. iur. F. _____ von G. _____ Rechtsanwälte als Schiedsrichter vorgeschlagen hätten. Die Gesuchsgegnerin habe diesen Vorschlag jedoch mit Schreiben vom 23. März 2018 abgelehnt und ihrerseits Rechtsanwalt lic. iur. H. _____ von I. _____ AG vorgeschlagen (act. 1 S. 5). Auch ein neuerlicher Versuch vom November 2019, anlässlich welchem der Gesuchsgegnerin Rechtsanwältin Prof. Dr. J. _____ von K. _____ [Kanzlei] vorgeschlagen worden sei, sei gescheitert; die Gesuchsgegnerin habe an RA H. _____ festgehalten (act. 1 S. 6). Die Parteien hätten sich somit nicht einigen können, weshalb ein Schiedsrichter durch das angerufene Gericht zu ernennen sei. Da als Verfahrenssprache Englisch vereinbart worden sei, müsse der Schiedsrichter dieser Sprache ausreichend mächtig sein (act. 1 S. 6).

2.2. Die Gesuchsgegnerin führte in der Stellungnahme vom 23. Januar 2020 aus, dass die Gesuchsteller spätestens ab Herbst 2017 eine Forderung von Fr. 200'000.– aus dem Kaufvertrag geltend gemacht hätten (act. 8 S. 2). Am 1. Februar 2018 habe sie, die Gesuchsgegnerin, zu den behaupteten Ansprüchen ausführlich Stellung genommen (act. 10/3). Die Gesuchsteller seien in der Folge mit Schreiben vom 7. Februar 2018 nicht auf ihre Argumente eingegangen, sondern hätten RA F. _____ als Einzelschiedsrichter vorgeschlagen (act. 3/3). Sie habe diesen aber aus verschiedenen Gründen nicht akzeptieren können und deshalb am 23. März 2018 alternativ RA H. _____ vorgeschlagen (act. 3/4, act. 10/4). Darauf hätten die Gesuchsteller am 9. April 2018 mitgeteilt, es sei keine Einigung über den Schiedsrichter erfolgt, und sie würden nun das zuständige Gericht um Ernennung eines solchen ersuchen (act. 3/5). Anschliessend seien über eineinhalb Jahre vergangen, bis sich die Gesuchsteller am 22. Oktober 2019 erneut te-

lefonisch gemeldet und RAin Prof. Dr. J. _____ als Einzelschiedsrichterin vorgeschlagen hätten. Die Frage, ob RAin Prof. Dr. J. _____, eine der renommiertesten Schiedsrichterinnen der Schweiz, für die vorliegende Streitigkeit mit beschränktem Streitwert überhaupt zur Verfügung stehe, hätten die Gesuchsteller aber nicht beantworten können. Sie, die Gesuchsgegnerin, habe deshalb ihren Vorschlag zur Ernennung von RA H. _____ wiederholt. Darauf hätten die Gesuchsteller wiederum die Einleitung eines Verfahrens angekündigt (act. 8 S. 3).

Die ZPO regle die Verfahrenskosten des Schiedsverfahrens nicht. Stattdessen sei es Sache der Parteien – oder bei Nichteinigung des Schiedsgerichts – die Zusammensetzung der Verfahrenskosten festzulegen. Angesichts des für ein Schiedsverfahren verhältnismässig tiefen Streitwerts von mutmasslich rund Fr. 200'000.– dränge sich eine Regelung und Begrenzung der Verfahrenskosten auf. Im Hinblick darauf werde das Gericht ersucht, bereits bei der Wahl der Schiedsperson zu sondieren, ob diese einer Entschädigung des Schiedsgerichts nach den Kostentabellen entweder der Swiss Chambers Arbitration Institution (SCAI) oder der Internationalen Handelskammer (ICC) zustimmen würde. Die Kostentabellen kämen ausschliesslich für die Entschädigung der Schiedsperson zur Verwendung, d.h. es würden keine zusätzlichen administrativen Kosten anfallen, und das Verfahren müsste auch nicht von der Schiedsinstitution begleitet werden (act. 8 S. 4).

3. Prozessuales

3.1. Örtlich zuständig für die Ernennung von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern ist nach Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 18). Nach Ziffer 15 des zwischen den Parteien am 12. Dezember 2016 abgeschlossenen Kaufvertrages hat das Schiedsgericht seinen Sitz in Zürich (act. 3/2 S. 9). Damit ist die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Zürich gegeben. In sachlicher Hinsicht ist die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zuständig (§ 46 GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 [LS 212.51]).

3.2. Zur Anwendung kommen die Bestimmungen des 3. Teils der Zivilprozessordnung (Art. 353 ff. ZPO), da die Bestimmungen des zwölften Kapitels des IPRG nicht anwendbar sind und eine Erklärung betreffend den Ausschluss von Art. 353 ff. ZPO im Sinne von Art. 353 Abs. 2 ZPO nicht aktenkundig ist.

4. Materielles

4.1. Zwischen den Parteien ist eine Forderung von Fr. 200'000.– streitig. Gemäss Ziffer 5 des Kaufvertrages wurde dieser Kaufpreisanteil bei Vertragsabschluss zurückgehalten und sollte erst bei einem sogenannten "Earn Out" gemäss Ziffer 16 fällig werden (act. 1 S. 4). Die Fr. 200'000.– waren gemäss Ziffer 5 dann verdient, wenn innerhalb von sechs Monaten nach dem Kauf mindestens neun Pizza-...-Franchisebetriebe in D. _____-Franchisebetriebe umgewandelt waren (act. 3/2). In diesem Zusammenhang hatte der Gesuchsteller 1 bei der Gesuchsgegnerin gemäss Ziffer 16 des Kaufvertrages einen vorerst auf sechs Monate befristeten und mit Fr. 10'000.– pro Monat entschädigten Beratungsvertrag (act. 3/2 S. 9). Über die Fälligkeit der Forderung von Fr. 200'000.– debattierten die Parteien teilweise auch auf Deutsch (vgl. act. 10/3). Sie sind sich uneinig, ob die Voraussetzungen gemäss Ziffer 5 im fraglichen Zeitpunkt vorlagen oder nicht.

4.2. Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können (Art. 354 ZPO). Das ist beim strittigen Anspruch der Fall.

4.3. Die Parteien haben bestimmt, dass das Schiedsgericht aus einer Person besteht (act. 3/2 S. 9; vgl. Art. 360 Abs. 1 ZPO).

4.4. Sie konnten sich über die Person des Einzelschiedsrichters bzw. der Einzelschiedsrichterin nicht einigen (Art. 362 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. oben Erw. 2.). Es ist somit ein Schiedsrichter oder eine Schiedsrichterin durch die Verwaltungskommission zu ernennen (Art. 362 Abs. 1 lit. a ZPO), zumal eine summarische Prüfung nicht ergibt, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung bestünde (Art. 362 Abs. 3 ZPO). Das ist zwischen den Parteien auch nicht strittig.

4.5. Auf entsprechende Anfrage vom 9. April 2020 hin, in welcher betont wurde, dass die Gesuchsteller Wert darauf legten, dass die Schiedsrichterin oder der Schiedsrichter die Schiedssprache Englisch auf einer "juristisch-professionellen Basis" und fliessend beherrsche, und dass die Gesuchsgegner darauf hingewiesen hätten, dass sich eine Regelung und Begrenzung der Verfahrenskosten nach den Kostentabellen entweder der SCAI oder der ICC aufdränge (act. 14), hat sich Rechtsanwältin Dr. L. _____ von M. _____ Rechtsanwälte in Zürich bereit erklärt, das Amt als Einzelschiedsrichterin auszuüben (act. 16). RAin Dr. L. _____ ist deutscher und englischer Muttersprache (vgl. www.zav.ch/de/fuer-rechtssuchende/anwaltssuche.html). Sie hat keine näheren Beziehungen bzw. keine Interessenkonflikte zu einer der Prozessparteien (act. 17). RAin Dr. L. _____ ist damit in der massgeblichen Schiedssache als Einzelschiedsrichterin zu ernennen.

5. Kostenfolgen; Rechtsmittel

5.1. In Anwendung von § 13 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'000.– festzusetzen und gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO mit dem von den Gesuchstellern geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu verrechnen.

5.2. Die beim Obergericht entstandenen Kosten werden praxismässig von den Gesuchstellern 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.

5.3. 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 ZPO-Habegger, Art. 362 N 43; BK ZPO-Stark-Traber, Art. 362 N 52; vgl. auch BSK IPRG-Peter/Legler, Art. 179 N 33b) bzw. erst zusammen mit dem später ergehenden Schiedsspruch (Dasser, in: Oberhammer

[Hrsg.], Kurzkomentar ZPO-Dasser, Art. 362 N 11; vgl. auch 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).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung des Begehrens wird Rechtsanwältin Dr. L._____, M._____ Rechtsanwälte AG, ... [Adresse], ... Zürich, für die zwischen den Parteien bestehende Streitigkeit betreffend das Asset Purchase Agreement vom 12. Dezember 2016 als Einzelschiedsrichterin ernannt.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt und mit dem von den Gesuchstellern geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Kosten des Verfahrens werden einstweilen von den Gesuchstellern bezogen; über deren definitive Tragung wird das Schiedsgericht zu entscheiden haben.
4. Es werde keine Parteientschädigungen zugesprochen; über eine allfällige Parteientschädigung für das Ernennungsverfahren sowie deren Höhe wird das Schiedsgericht zu befinden haben.
5. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an:
 - den Vertreter der Gesuchsteller, zweifach, für sich und die Gesuchsteller,
 - den Vertreter der Gesuchsgegnerin, zweifach, für sich und die Gesuchsgegnerin,
 - Rechtsanwältin Dr. L._____, M._____ Rechtsanwälte AG, ... [Adresse], ... Zürich, als Einzelschiedsrichterin,
 - die Obergerichtskasse.

Zürich, 29. April 2020

Obergericht des Kantons Zürich
Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Heuberger Golta