

# Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



---

Geschäfts-Nr.: PG160004-O/U

Mitwirkend: Der Obergerichtsvizepräsident lic. iur. M. Langmeier, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. A. Lichti Aschwanden sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu

## **Beschluss vom 7. März 2018**

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin

vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_, LL.M., und/oder lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ LL.M.

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_ AG,**

2. **C.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerinnen

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_ und/oder Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_\_

2 vertreten durch die Rechtsanwälte lic. iur. Y3.\_\_\_\_\_, LL.M., und/oder MLaw Y4.\_\_\_\_\_

betreffend **Ernennung eines Schiedsrichters**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Eingabe vom 8. August 2016 stellten die Rechtsanwälte Dr. X1. \_\_\_\_\_ und lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ namens und auftrags der A. \_\_\_\_\_ AG (fortan: Gesuchstellerin) beim Obergericht des Kantons Zürich die folgenden Anträge:  
  
"1. Es sei im Ad-hoc-Schiedsverfahren der Klägerin gegen die Beklagten gemäss Schiedsanzeige der Klägerin vom 3. Juni 2016 gerichtlich für beide Beklagten gemeinsam ein Parteischiedsrichter einzusetzen.  
2. Eventualiter seien im genannten Ad-hoc-Schiedsverfahren alle drei Mitglieder des Schiedsgerichts gerichtlich einzusetzen.  
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit derselben.
2. Mit Verfügung vom 30. August 2016 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. 5). Der Kostenvorschuss ging am 8. September 2016 innert Frist ein (act. 6).
3. Ebenfalls in der Verfügung vom 30. August 2016 wurde der B. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ AG (fortan: Gesuchsgegnerinnen) ein Doppel des Gesuchs samt Beilagenverzeichnis zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 5).
4. Mit Verfügung vom 27. September 2016 (act. 7) wurde den Gesuchsgegnerinnen sodann Frist zur Stellungnahme zum Gesuch der Gesuchstellerin eingeräumt (act. 7). Dabei wurden sie aufgefordert, insbesondere allfällige Einwendungen gegen die Pflicht zur Bildung eines Schiedsgerichts zu erheben, unter der Androhung, dass sonst Anerkennung dieser Pflicht angenommen würde, sich im Weiteren zur Besetzung des Schiedsgerichts zu äussern, namentlich zur Anzahl der Schiedsrichter sowie zur Frage, ob die

Gesuchsgegnerinnen Anspruch auf die Bestellung je eines oder eines gemeinsamen Parteischiedsrichters hätten, mit der Androhung, dass ansonsten von Letzterem ausgegangen würde, sowie schliesslich einen Vorschlag hinsichtlich des zu bestellenden Schiedsgerichtsmitgliedes bzw. der zu bestellenden Schiedsgerichtsmitglieder zu machen.

5. Am 31. Oktober 2016 liess die Gesuchsgegnerin 1 nach einmaliger Fristerstreckung (act. 14) durch ihren Rechtsvertreter ihre Stellungnahme einreichen und die folgende Anträge stellen (act. 19):

"1. Auf das Gesuch vom 08.08.2016 sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter sei das Gesuch abzuweisen und es seien als Schiedsrichter zu ernennen

- für die Gesuchsgegnerin 1 Herr Prof. Dr. iur. D. \_\_\_\_\_, LL.M., ... [Adresse];
- für die Gesuchsgegnerin 2 eine Person nach deren Wahl; und
- für die Gesuchstellerin eine Person nach deren Wahl.

3. Subeventualiter sei das Gesuch abzuweisen und es sei ein Schiedsgericht bestehend aus vier Schiedsrichtern zu ernennen, wobei das Obergericht einen Schiedsrichter für die Gesuchsgegnerin 1, einen Schiedsrichter für die Gesuchsgegnerin 2 sowie einen Schiedsrichter für die Gesuchstellerin und einen Präsidenten des Schiedsgerichts zu ernennen habe.

4. Sub-subeventualiter sei das Gesuch abzuweisen und es sei ein gemeinsamer Schiedsrichter für die beiden Gesuchsgegnerinnen, ein Schiedsrichter für die Gesuchstellerin und ein weiterer Schiedsrichter als Präsident des Schiedsgerichts durch das Obergericht zu ernennen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

6. Nach zahlreichen Fristerstreckungen infolge geführter Vergleichsgespräche (act. 9, 18, 23, 30, 33, 36, 39, 42 und 45) liess die Gesuchsgegnerin 2 am 21. April 2017 Folgendes beantragen (act. 46):

"1. Es seien die Rechtsbegehren 1 und 3 der Gesuchstellerin gemäss ihrem Gesuch vom 8. August 2016 abzuweisen.

2. Es sei das Rechtsbegehren 2 der Gesuchstellerin gemäss ihrem Gesuch vom 8. August 2016 gutzuheissen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin, eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der B. \_\_\_\_\_ AG (nachstehend: Gesuchsgegnerin 1)."
7. Mit Verfügung vom 24. Mai 2017 wurden die Stellungnahmen den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 48).

## II.

- 1.1. Die Gesuchstellerin begründet ihre Begehren (act. 1) zusammengefasst damit, zwischen den Parteien sei ein Streit betreffend die Schlussabrechnung der ARGE entstanden. Sie fordere von der Gesuchsgegnerin 1 die Korrektur der vorläufigen Schlussabrechnung und von beiden Gesuchsgegnerinnen die Herausgabe der zu Unrecht vereinnahmten Beträge an die Gesuchstellerin. Nachdem die Gesuchsgegnerin 1 in den Jahren 2014 bzw. 2015 verschiedentlich aufgefordert worden sei, hinsichtlich der Schlussabrechnung Auskünfte zu erteilen und zu den Ansprüchen der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen, habe sie, die Gesuchstellerin, am 3. Juni 2016 die Schiedsanzeige anhängig gemacht und ihren Schiedsrichter, Prof. Dr. iur. E. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], ernannt. Zudem habe sie den Gesuchsgegnerinnen eine Frist von dreissig Tagen zur Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters angesetzt. Am 7. Juli 2016 habe die Gesuchsgegnerin 1 einseitig Prof. Dr. iur. D. \_\_\_\_\_, LL.M., ... [Adresse], als ihren Parteischiedsrichter bezeichnet. Die Gesuchsgegnerin 2 habe am 19. Juli 2016 mitgeteilt, vor der Bestellung eines Schiedsrichters müsse ein Einigungsversuch stattfinden. Für den Fall der fehlenden Einigung ernenne sie Dr. iur. F. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], zu ihrem Parteischiedsrichter.
- 1.2. Das Schiedsverfahren unterstehe der schweizerischen Zivilprozessordnung. Mit Ziffer 10 des ARGE-Vertrages liege eine gültige Schiedsvereinbarung vor. Der bisherige Standpunkt der Gesuchsgegnerin 2, es müsse vor der Einleitung des Schiedsverfahrens zuerst eine gütliche Einigung erzielt werden, gehe fehl. Der entsprechende Einwand sei nicht durch das staatliche Gericht, sondern durch das Schiedsgericht zu prüfen, da Ersteres das Vor-

liegen einer gültigen Schiedsvereinbarung nur summarisch überprüfe. Die Gesuchstellerin habe sich sodann um eine Einigung mit den Parteien bemüht. Über eineinhalb Jahre habe sie erfolglos versucht, mit den Gesuchsgegnerinnen eine gütliche Einigung zu erzielen. Mit der Gesuchsgegnerin 2 habe sie sogar intensive Gespräche geführt. Mit der Gesuchsgegnerin 1 seien die Vergleichsgespräche hingegen von vornherein unmöglich gewesen, da sie jeglichen konstruktiven Dialog verweigert habe. Die Schiedsklausel enthalte ohnehin keine Hinweise auf die Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Sie sei viel zu wenig detailliert und genau, um eine solche Verpflichtung zu begründen. Die Gesuchsgegnerinnen seien hinsichtlich der Bestellung eines gemeinsamen Schiedsrichters säumig. Nach herrschender Lehre hätten mehrere Streitgenossen einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen. Dies stelle keine Verletzung des Grundsatzes der Parität dar. Die Bezeichnung zweier verschiedener Schiedsrichter sei daher ungültig und die Gesuchsgegnerinnen seien seit dem Fristablauf am 7. bzw. 21. Juli 2016 säumig. Im Falle der fehlenden Einigung von mehreren Streitgenossen müsse das staatliche Gericht in analoger Anwendung von Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO die Ernennung vornehmen. Es entspreche sodann nicht der schweizerischen Gerichtspraxis, im Falle eines Mehrparteienverhältnisses alle drei Schiedsrichter zu ernennen. Vielmehr sei unter Hinweis auf die Westland-Entscheidung nur der Parteischiedsrichter für die mehreren Gesuchsgegner zu ernennen. Etwas anderes gelte nur in Bezug auf Fälle mit einem Bezug zu Frankreich. Selbst die Swiss Rules gingen von diesem Grundsatz aus. Gegenüber dem von der Gesuchstellerin bezeichneten Parteischiedsrichter Prof. Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ bestünden sodann keine Ablehnungsgründe.

- 2.1. Die Gesuchsgegnerin 1 bringt zur Begründung ihrer Anträge im Wesentlichen vor, obwohl die Parteien das Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit als anwendbares Recht vereinbart hätten, richte sich das vorliegende Verfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, da es nicht möglich sei, mittels Schiedsvereinbarung "altrechtliche Verfahrensregeln" zu vereinbaren. In der massgeblichen Schiedsklausel hätten

sich die Parteien verpflichtet, Einigungsverhandlungen zu führen. Insoweit sei die Schiedsklausel aufschiebend bedingt. Die Verbindlichkeit der Schiedsklausel hänge vom Eintritt der Bedingung ab. Diese sei noch nicht eingetreten, da die Gesuchstellerin ihrer Verhandlungspflicht gegenüber der Gesuchsgegnerin 1 bis heute nicht nachgekommen sei. Zwar hätten sie miteinander korrespondiert, jedoch habe es die Gesuchstellerin unterlassen, der Gesuchsgegnerin 1 trotz entsprechender Aufforderung einen Termin für eine gemeinsame Besprechung vorzuschlagen. Vielmehr habe die Gesuchstellerin ihr nach mehreren Monaten des Schweigens unvermittelt den Entwurf einer Schiedsanzeige zugestellt und in der Folge das Schiedsgerichtsverfahren anhängig gemacht, ohne ernsthaft versucht zu haben, mit der Gesuchsgegnerin 1 eine Einigung zu erzielen. Die ihr, der Gesuchsgegnerin 1, durch die Gesuchstellerin angesetzte Frist für eine Stellungnahme zum Entwurf der Schiedsanzeige sei viel zu kurz ausgefallen. Eine Fristerstreckung habe die Gesuchstellerin nicht genehmigt. Vergleichsgespräche wären durchaus möglich gewesen. Unzutreffend sei die Behauptung der Gesuchstellerin, die vorliegende Schiedsklausel begründe keine Verpflichtung zur Führung eines Schlichtungsverfahrens. Die Verbindlichkeit der Schiedsklausel hänge vom Bedingungseintritt ab. Da dieser noch nicht erfolgt sei, sei auf das Gesuch der Gesuchstellerin nicht einzutreten.

- 2.2. Dazu, ob es sich bei den Gesuchsgegnerinnen um eine einfache oder um eine notwendige Streitgenossenschaft handle, äussere sich die Gesuchstellerin nicht. Bei den streitgegenständlichen Individualansprüchen, wie sie vorliegend gegeben seien, liege einfache (passive) Streitgenossenschaft vor, zumal die Prozesse gegen die Gesuchsgegnerinnen auch in zwei separaten Verfahren geführt werden könnten. Gleiches gelte für die Schadenersatzforderung gegen die Gesuchsgegnerin 1 sowie für die Werklohnforderung. Im Falle von zwei getrennten Verfahren könnte die Gesuchsgegnerin 1 ihren Parteischiedsrichter alleine wählen. Es dürfe ihr dieses Recht nicht genommen werden, indem sie willkürlich mit einer anderen Partei eingeklagt werde. Selbst wenn hinsichtlich eines Teils der geltend gemachten Ansprüche von einer notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen wäre, wäre es mit dem

Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien nicht vereinbar, dass die Gesuchsgegnerinnen einen gemeinsamen Schiedsrichter bestellen müssten. Es wäre unhaltbar, dürfte die Gesuchsgegnerin 1 hinsichtlich der Ansprüche, welche nur sie alleine betreffen, nicht einen eigenen Schiedsrichter ernennen. Die Schiedsklausel in Ziff. 10 des ARGE-Vertrages sei daher unwirksam. Zudem sei die Schiedsgerichtsklausel nicht auf den vorliegenden Sachverhalt zugeschnitten. Die Vertragsparteien hätten damit lediglich Ansprüche eines ARGE-Partners gegen die ARGE abdecken wollen, nicht hingegen den Fall, dass eine ARGE-Partei gleichzeitig Individualansprüche gegen eine andere ARGE-Partei und gegen die ARGE erhebe. Die Schiedsklausel sei nur auf ein Zweiparteien-, nicht aber auf ein Mehrparteienverhältnis ausgerichtet. Da die Gesuchsgegnerinnen damit zu Recht je einen Schiedsrichter ernannt hätten, seien sie nicht säumig im Sinne von Art. 362 Abs. 1 ZPO. Auch aus diesem Grunde sei auf das Gesuch nicht einzutreten.

- 2.3. Die Gesuchsgegnerin 1 habe ihren Schiedsrichter am 6. Juli 2016 innert Frist ernannt. Auf Aufforderung der Gesuchstellerin hin, sie, die Gesuchsgegnerin 1, müsse mit der Gesuchsgegnerin 2 einen gemeinsamen Schiedsrichter ernennen, habe sie der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass sie diese Ansicht nicht teile.
- 2.4. Eventualiter, bei Eintreten des Gerichts auf das gesuchstellerische Gesuch, sei festzuhalten, dass ein Dreierschiedsgericht in der vorliegenden Konstellation der Kumulation einer einfachen und eventuell einer notwendigen Streitgenossenschaft gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen würde. Es sei daher ein Viererschiedsgericht zu ernennen, wobei jede Partei ihren Schiedsrichter ernennen dürfe. Die Gesuchsgegnerin 1 würde Prof. Dr. iur. D.\_\_\_\_\_, LL.M., ... [Adresse], als Schiedsrichter ernennen. Sollte das Obergericht dies ablehnen, so beantrage sie, die Gesuchsgegnerin 1, subeventualiter die Bestellung aller vier Schiedsrichter durch das Gericht, unter Hinweis auf den "Dutco-Entscheid". Der "Westland-Entscheid" komme bei Fällen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit nicht zur Anwendung.

Subsubeventualiter werde das Gericht darum ersucht, das in Ziff. 10 des ARGE-Vertrags vorgesehene Dreierschiedsgericht selbst zu bestellen.

- 3.1. Die Gesuchsgegnerin 2 führt zur Begründung ihrer Anträge aus, aus ihrer Sicht sei unbestritten, dass das Schiedsgericht aus drei Mitgliedern bestehe. Ebenfalls unstrittig sei, dass die Gesuchsgegnerinnen Anspruch auf einen gemeinsamen Parteischiedsrichter hätten. Sie halte an der Bestellung von Dr. iur. F.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], fest. Es würde ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot vorliegen, würde das Gericht nicht alle drei Schiedsrichter bestimmen. Zudem würde gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstossen, würde Prof. Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ als Parteischiedsrichter für die Gesuchstellerin amten, zumal er mit Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ gemeinsame Publikationen und Projekte getätigt habe und mit ihm eine aussergerichtliche Bekanntschaft pflege. Die Frage der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots werde in der Lehre sodann kontrovers diskutiert. Die Gesuchstellerin gebe die bundesgerichtliche Rechtsprechung einseitig wieder. Die Lehre gehe vom Konzept der Gesamternennung aus.
- 3.2. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zur Pflicht zur Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters für beide Gesuchsgegnerinnen würden bestritten. Die Gesuchsgegnerin 2 sei nicht säumig, da sie einen Parteischiedsrichter ernannt habe. Ein Konsens mit der Gesuchsgegnerin 1 hinsichtlich der Ernennung eines gemeinsamen Parteischiedsrichters habe nicht erzielt werden können. Sodann stelle sie in Abrede, dass sie sich im Rahmen der mit der Gesuchstellerin geführten Korrespondenz generell geweigert habe, einen Schiedsrichter zu bestellen. Vielmehr habe sie vorgängige Vergleichsverhandlungen gefordert. Die übrigen Ausführungen der Gesuchstellerin zur Vorgeschichte sowie jene zur anwendbaren Schiedsordnung und zum Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung würden anerkannt. Zutreffend sei auch, dass das Obergericht nicht über den Einwand der Verletzung der Einigungspflicht zu entscheiden habe und dass zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 2 inzwischen intensive Vergleichsgespräche geführt worden seien. Sie, die Gesuchsgegnerin 2, habe kein Schlichtungsver-



fahren gefordert. Die geltend gemachte Säumnis sei nicht durch die Gesuchsgegnerin 2 zu verantworten.

### III.

1. Örtlich zuständig für die Ernennung von Schiedsgerichtsmitgliedern nach Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO ist das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 18). Nach Art. 10.1 des zwischen den Parteien am 25. Mai 2011 bzw. 1. Juni 2011 abgeschlossenen ARGE-Vertrages befindet sich der Sitz des Schiedsgerichts in Zürich (act. 4/2). 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]).
2. Auf das vorliegende Verfahren ist - entsprechend den Ausführungen der Parteien (act. 1 Rz 8, act. 19 Rz II.5, act. 46 Rz 6) - das Summarverfahren anwendbar (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 21). Einig sind sich die Parteien sodann darüber, dass die in Art. 10 ARGE-Vertrag vorgesehene anwendbare Schiedsordnung, das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, infolge ihrer Aufhebung für die Bestellung des Schiedsgerichts nicht mehr zur Anwendung gelange, sondern die schweizerische Zivilprozessordnung das massgebliche Verfahrensrecht regle (act. 1 Rz 19 f., act. 19 Rz III./1, act. 46 Rz 26). Diesen Ausführungen ist zu folgen, zumal die Bestimmungen des zwölften Kapitels des IPRG nicht anwendbar sind und eine Erklärung betreffend dessen Anwendbarkeit im Sinne von Art. 353 Abs. 2 ZPO nicht aktenkundig ist.
3. Im Weiteren gehen alle drei Vertragsparteien davon aus, dass die Schiedsvereinbarung gültig sei, wobei die Gesuchsgegnerin 1 eine aufschiebend bedingte Schiedsvereinbarung annimmt (vgl. nachfolgend Ziff. 4). Gestützt auf Art. 362 Abs. 3 ZPO überprüft das staatliche Gericht den Bestand der

Schiedsvereinbarung summarisch (prima facie Prüfung). Hinweise auf das Nichtbestehen der Schiedsvereinbarung ergeben sich aus den Akten keine und werden - wie dargelegt - seitens der Parteien auch nicht vorgetragen.

- 4.1. Uneinig sind sich die Parteien darüber, inwieweit dem Schiedsverfahren ein Schlichtungsverfahren bzw. Einigungsverhandlungen voranzugehen haben und inwiefern die Durchführung von solchen einer staatlichen Überprüfung unterliegt (act. 1 Rz 25, act. 19 Rz III.2.2. f., act. 46 Rz 28).

Die massgebliche Schiedsvereinbarung (act. 4/2 S. 9) lautet wie folgt:

"Alle Vertragspartner verpflichten sich, beim Auftreten von Differenzen und Streitigkeiten, zuerst und mit ganzer Kraft, eine gütliche Einigung zu erzielen. Sollte diese nicht erreicht werden, so werden die Streitigkeiten von drei Schiedsrichtern gemäss Schweizerischem Recht endgültig entscheiden. Anwendbar ist das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969. Der Schiedsspruch ist schriftlich zu begründen." (Hervorhebung durch das Gericht vorgenommen)

Die Schiedsvereinbarung sieht demnach vor, dass der Einleitung eines Schiedsverfahrens ein Einigungsversuch voranzugehen hat. Grundsätzlich sind die Parteien gestützt auf Art. 361 Abs. 1 ZPO frei, das Verfahren betreffend Ernennung der Mitglieder des Schiedsgerichts zu bestimmen. Die in Art. 361 f. ZPO vorgesehenen Erfordernisse greifen lediglich subsidiär, d.h. sofern die Parteien von ihrer Parteiautonomie keinen Gebrauch gemacht haben.

- 4.2. In ZR 101 (2002) Nr. 21 trat die III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich - noch unter Anwendung des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) - auf ein Gesuch um Ernennung eines Schiedsrichters ein und erwog zur Frage der Pflicht zur Prüfung, ob dem Schiedsverfahren ein Einigungsversuch bzw. ein Schlichtungsverfahren vorausgegangen sei, bei der Ernennung eines Schiedsrichters durch die richterliche Behörde prüfe die angerufene Instanz neben ihrer Zuständigkeit und der Gültigkeit der Schiedsabrede auch die Frage, ob der Gesuchsgegner bei der Bestellung effektiv säumig sei. Daraus folge aber nicht, dass die um Ernennung eines

Schiedsrichters angerufene Behörde (auch) die Prozessvoraussetzungen des Schiedsverfahrens prüfe. Dies bleibe vielmehr dem Schiedsgericht vorbehalten, welches deren Vorhandensein gleich den staatlichen Gerichten von Amtes wegen abzuklären habe. Die Ernennungsbehörde prüfe somit nur, ob die Voraussetzungen zur Ernennung eines Schiedsrichters vorhanden seien. Ob in einem allfällig daran anschliessenden Schiedsgerichtsverfahren die Voraussetzungen effektiv vorhanden seien, sei für das vorliegende (Ernennungs-)Verfahren irrelevant bzw. nicht Prüfungsgegenstand. Die Einrede des Gesuchsgegners 1 betreffend vorgängigem obligatorischem Schlichtungsverfahren vor einem neutralen Schiedsgutachter sei demnach von der Ernennungsbehörde nicht zu prüfen, weshalb auf das Gesuch einzutreten sei (ZR 101 [2002] Nr. 21, Beschluss der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2001, E. 3).

Diese Erwägungen gelten in Bezug auf die Frage der Prüfung der Prozessvoraussetzungen auch heute noch, und es ist ihnen selbst im Anwendungsbereich der schweizerischen Zivilprozessordnung zu folgen, zumal der damals massgebliche Art. 12 KSG dem Grundsatz nach dem heutigen Art. 362 ZPO entspricht. Dieselbe Ansicht wird denn auch in der Lehre vertreten. Sie hält fest, die summarische Prüfung des staatlichen Richters beschränke sich auf den Bestand der Schiedsvereinbarung, nicht aber auf ihre Gültigkeit bzw. deren genaue Tragweite (OFK ZPO Kommentar-Planinic/Erk-Kubat, Art. 362 N 5; Kurzkomentar ZPO-Dasser, Art. 362 N 8 f.; Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 864 f.; vgl. auch Grundmann in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 362 N 18; DIKE-Kommentar ZPO-Schwander/Stacher, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 362 N 16 f.; Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, § 10 N 767; Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993, S. 124). Die Frage der Durchführung eines vorangehenden Schlichtungsverfahrens bzw. eines Versuchs zur vorgängigen gütlichen Einigung ist daher vorliegend nicht zu prüfen.

- 4.3. Lediglich ergänzungshalber sei darauf hingewiesen, dass zwischen den Parteien im Vorfeld des vorliegenden Verfahrens rege korrespondiert wurde. In Bezug auf die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin 2 gehen denn auch beide Parteien von intensiven Vergleichsgesprächen aus (act. 1 Rz 26, act. 46 Rz 29). Auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1 erfolgte vor der Einleitung des hiesigen Verfahrens zumindest ein reger schriftlicher Austausch (act. 21/2-15, act. 4/7, act. 19 Rz III.2). Die Vertreter der Gesuchstellerin hielten bereits mit Schreiben vom 14. Januar 2015 fest, dass sie beabsichtigten, mit der Gesuchsgegnerin 1 ein Treffen zu vereinbaren (act. 21/8). Die Gesuchsgegnerin 1 ihrerseits bestätigte ihre Verhandlungsbereitschaft mit Schreiben vom 22. Januar 2015 und 2. Dezember 2015 (act. 21/9-10). Mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 erklärte sich die Gesuchstellerin bereit, mit der Einleitung des Schiedsverfahrens zuzuwarten, sofern die Gesuchsgegnerin 1 sich zu den geltend gemachten Ansprüchen der Gesuchstellerin innert angesetzter Frist äussern würde (act. 21/11). Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 teilte der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin 1 der Gesuchstellerin mit, dass er bemüht sei, dem Anliegen der Gesuchstellerin zur schriftlichen Stellungnahme innert erstreckter Frist nachzukommen (act. 21/12). Am 15. Dezember 2015 hielt die Gesuchstellerin an ihrem Begehren um Erhalt einer juristisch fundierten Stellungnahme fest und bat die Gesuchsgegnerin 1 um Terminvorschläge für Gespräche im Beisein der Parteien (act. 4/8). In der Folge nahm die Gesuchsgegnerin 1 im April 2016 zu den Vorbringen der Gesuchstellerin Stellung (act. 21/15), wobei sie sich auch zu inhaltlichen Fragen äusserte. Aus der seitens der Parteien eingereichten Korrespondenz geht somit hervor, dass die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerinnen um einen schriftlichen Austausch, welcher sich auch auf die geltend gemachten Ansprüche bezog und im Endeffekt eine Bereinigung der Differenzen zum Ziel hatte, bemüht waren.
- 4.4. Die Gesuchsgegnerin 1 verweist sodann auf die Verfügung des Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2012, Verfahren PG120004-O, und leitet daraus die Pflicht zur Prüfung der vorgängigen

Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ab (act. 19 Rz III.2.4). Im besagten Verfahren wurde geprüft, ob ein vertraglich vereinbarter Einigungsversuch stattgefunden habe. Die Prüfung erfolgte wohl im Hinblick auf die subsidiäre Bestimmung in Art. 362 Abs. 1 lit. a ZPO, welche in Bezug auf die staatliche Bestellung eines Einzelschiedsrichters einen Einigungsversuch voraussetzt. Hinsichtlich der vorliegenden Konstellation des Dreierschiedsgerichts sieht die Verwaltungskommission unter Hinweis auf die unter Ziffer III.4.2. wiedergegebene überzeugende Rechtsprechung und Lehre keinen Spielraum für die Prüfung des Vorliegens eines Einigungsversuchs.

- 5.1. Im Weiteren sind sich die Parteien über die Anzahl der zu ernennenden Schiedsrichter uneinig. Während die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin 2 von drei Schiedsrichtern ausgehen, zieht die Gesuchsgegnerin 1 in ihrem Eventualbegehren auch ein aus vier Mitgliedern bestehendes Schiedsgericht in Betracht (act. 1 und 46, act. 19 Rz III.4.1 f.). Damit zusammenhängend besteht unter den Parteien keine Einigkeit über die Zusammensetzung des Schiedsgerichts. Haben die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 nach Ansicht der Gesuchstellerin einen gemeinsamen Schiedsrichter zu benennen (act. 1), was von der Gesuchsgegnerin 2 nicht bestritten wird (act. 46 Rz 8 f.), beantragt die Gesuchsgegnerin 1 in ihren (Eventual-) Begehren, dass für jede Partei ein Schiedsrichter zu ernennen sei (act. 19).
- 5.2. In der in Art. 10 ARGE-Vertrag enthaltenen Schiedsvereinbarung wird festgehalten, dass eine allfällige Streitigkeit im Falle des Scheiterns einer gültigen Einigung von drei Schiedsrichtern gemäss Schweizerischem Recht endgültig zu entscheiden sei. Die Mitglieder des ARGE-Vertrages, welche im Zeitpunkt von dessen Unterzeichnung aus vier Parteien bestanden (act. 4/2), vereinbarten damit ausdrücklich ein aus drei Mitgliedern bestehendes Schiedsgericht. An diese im Rahmen ihrer Parteiautonomie erfolgte Vereinbarung, welche im Übrigen der subsidiären Regelung in Art. 360 Abs. 1 Satz 2 ZPO entspricht, sind die Parteien gebunden (Art. 360 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die Bestellung eines aus vier Mitgliedern bestehenden Schiedsgerichts bleibt damit grundsätzlich kein Raum. Ein entsprechender

Anspruch kann insbesondere nicht aus Art. 362 Abs. 2 ZPO abgeleitet werden (vgl. act. 19 Rz III.4.1), zumal sich diese Bestimmung nur mit der Frage befasst, ob das staatliche Gericht alle oder lediglich einzelne Schiedsrichter zu bestellen habe.

- 6.1. Zur weiteren Zusammensetzung des Schiedsgerichts, namentlich zu den Wählbarkeitsvoraussetzungen und zum Ernennungsverfahren, enthält Art. 10 des ARGE-Vertrags keine Ausführungen. Vielmehr wird hierzu auf das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 verwiesen, an dessen Stelle aufgrund seiner Aufhebung jedoch, wie dargelegt, die schweizerische Zivilprozessordnung tritt (vgl. auch act. 1 Rz 19 f., act. 19 Rz III.1, act. 46 Rz 26). Gemäss Art. 361 Abs. 2 ZPO ernennt bei Fehlen einer Vereinbarung jede Partei die gleiche Anzahl Mitglieder, welche einstimmig den Präsidenten bzw. die Präsidentin bezeichnen. Art. 361 Abs. 2 ZPO geht implizit von einem Zweiparteienschiedsverfahren aus (Kurzkommentar ZPO-Dasser, Art. 361 N 9). Nicht geregelt wird hingegen der Fall, da auf Kläger- und/oder Beklagtenseite - wie vorliegend - mehrere Parteien in die Streitsache involviert sind (Mehrparteienverhältnisse). Damit ist auch offen, ob im Falle eines solchen jede Prozesspartei oder jede einzelne Vertragspartei einen Schiedsrichter zu ernennen hat. Insoweit besteht eine Gesetzeslücke, welche es so zu füllen gilt, dass sie mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Parteien vereinbar ist.

Der Grundsatz der Gleichberechtigung besagt, dass bei der Bestellung des Schiedsgerichts keiner Partei ein überwiegender Einfluss zukommen darf. Der Anspruch auf paritätische Behandlung bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts existierte bereits unter dem erwähnten Konkordat (Art. 19 Abs. 1 KSG) und gilt auch im Anwendungsbereich der schweizerischen Zivilprozessordnung (BK ZPO-Boog/Stark-Traber, Art. 361 N 47). Mit ihm soll eine unparteiische und unabhängige Rechtsprechung gewährleistet werden. Gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen nach der Lehre namentlich Abreden, die einer Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Mitglieder des Schiedsgerichts einräumen bzw. die der einen Partei das

Recht einräumen, mehr Schiedsrichter zu ernennen als der anderen (Göksu, a.a.O., N 809; BSK ZPO-Habegger, Art. 361 N 7; ZK ZPO-Grundmann, Art. 362 N 21a f.). Bei Mehrparteienschiedsverfahren resultiert aus dem Grundsatz der Gleichberechtigung, dass die einzelne Partei zwingend die Möglichkeit haben muss, bei der Bestellung des Schiedsgerichts mitzuwirken (Entscheid des Bundesgerichts 4P.86/1994 vom 11. November 1994 E. 3, zit. in Berger/Kellerhals, a.a.O., Rz 773; BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 26; DIKE Kommentar ZPO-Schwander/Stacher, Art. 362 N 12; ZK ZPO-Grundmann, Art. 362 N 21a).

- 6.2. Im sog. Westlandentscheid aus dem Jahre 1983 hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, sich mit der Frage der Verletzung des Grundsatzes des Gleichbehandlungsgebots zu befassen. Der Entscheid betraf jedoch - anders als die vorliegende Streitigkeit - die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Darin schützte das Bundesgericht implizit die Ansicht der Vorinstanz, welche im Ergebnis mehrere Beklagte zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters verpflichtete (Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Mai 1983, zusammengefasst in ASA Bulletin 1984 S. 203 f.; Urteil der Vorinstanz: Urteil des Cour de Justice de Genève vom 26. November 1982, abgedruckt in SJ 1984 S. 309 ff.). Es erachtete es dabei als irrelevant, ob die Interessenlage der mehreren Beklagten übereinstimmten oder divergierten (vgl. dazu nachfolgend).
- 6.3. In der Lehre wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass die Lücke von Art. 361 Abs. 2 ZPO dahingehend zu füllen sei, dass die mehreren Kläger bzw. mehreren Beklagten jeweils gemeinsam einen Schiedsrichter zu ernennen hätten. Auch die Lehre unterscheidet in der Regel nicht, ob die Interessenlage der mehreren Kläger oder Beklagten konvergent bzw. divergent sind (BSK ZPO-Habegger, Art. 361 N 27; BK ZPO-Boog/Stark-Traber, Art. 361 N 47, Art. 362 N 40; ZK ZPO-Grundmann, Art. 362 N 21b; DIKE Kommentar ZPO-Schwander/Stacher, Art. 362 N 11 f.; Kurzkomentar ZPO-Dasser, Art. 361 N 9; Berger/Kellerhals, a.a.O., N 773; Ruede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 126; nicht ganz eindeutig Göksu, a.a.O., N 852).

Begründet wird die Pflicht zur Bestellung eines gemeinsamen Schiedsrichters durch die mehreren Kläger bzw. Beklagten mit der Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Parteien, würde beispielsweise ein Kläger gegen zwei Beklagte klagen und würden Letztere je so viele Schiedsrichter ernennen dürfen wie der Kläger (Rüede/Hadenfeldt, S. 126; BSK ZPO-Habegger, Art. 361 N 27; Kurzkommentar ZPO-Dasser, Art. 361 N 9; s. auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2001 E. 4, in: ZR 101 [2002] Nr. 21 bezüglich notwendiger Streitgenossenschaft mit gleichlaufenden Interessen).

- 6.4. Nach Ansicht der Verwaltungskommission gilt das eben Dargelegte insbesondere in Fällen, in denen bei mehreren Beklagten gleichlaufende Interessen bestehen. In solchen Fällen wird das Prinzip der Gleichberechtigung der Beklagten durch die Pflicht zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsgerichtsmitglieds nicht verletzt. Die Parteischiedsrichter gelten nicht als Repräsentanten der Parteien (Urteil des Cour de Justice de Genève vom 26. November 1982, abgedruckt in SJ 1984 S. 310 und 318), sondern haben alle Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gemäss Art. 367 ZPO zu erfüllen. Die Beklagten haben daher aus dem Umstand, dass die klägerische Seite einen eigenen Schiedsrichter bestimmen darf, während sie einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen haben, keine Nachteile zu befürchten (vgl. auch Bühler/Feit in: Swiss Rules of International Arbitration, Zuberbühler/Müller/Habegger [Hrsg.], 2nd edition, Zürich 2013, Art. 8 N 23 für Schiedsverfahren unter den Swiss Rules).
- 6.5. Hinsichtlich sich nicht deckender Interessenlagen bzw. gegenläufiger Interessen bestätigte das Bundesgericht im erwähnten Entscheid vom 16. Mai 1983 implizit die Zulässigkeit der Verpflichtung von mehreren Beklagten, einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen. Damit schützte es die vorinstanzliche Rechtsprechung, welche im Ergebnis mehrere Beklagte unabhängig von ihrer Interessenlage zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters verpflichtete, sofern genügend Sicherheit für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter bestand (Unveröffentlichter



Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Mai 1983 in ASA Bulletin 1984 S. 203 ff.; vgl. auch das Urteil der Vorinstanz: Urteil des Cour de Justice de Genève vom 26. November 1982, abgedruckt in SJ 1984 S. 309 ff., S. 317 f.; vgl. ferner Bühler/Feit, a.a.O., Art. 8 N 18; Wirth, The Current Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, cemaj, 2007 S. 1 ff., S. 10). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist damit die Pflicht zur gemeinsamen Ernennung zumindest bei internationalen Sachverhalten selbst bei divergierenden Interessen zulässig bzw. verstösst eine solche nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. auch DIKE Kommentar ZPO-Schwander/Stacher, Art. 362 N 12, welche nicht danach unterscheiden, ob die Interessen identisch oder gegenläufig sind; Bühler/Feit, a.a.O., Art. 8 N 23). Diese Ausführungen müssen grundsätzlich auch für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit, wie sie vorliegend gegeben ist, gelten. So kann für die Frage, ob das Bestellverfahren die Neutralität und Unparteilichkeit des Schiedsgerichts tangiert, nicht entscheidend sein, ob es sich um einen nationalen oder internationalen Fall handelt, da die Kriterien für die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts in beiden Fällen dieselben sind (vgl. Art. 180 IPRG, Art. 367 ZPO). Im Weiteren kann es sich bei den Parteien sowohl in internationalen Verhältnissen als auch bei nationalen Schiedsangelegenheiten um geschäftserfahrene Personen handeln. Gründe, welche es rechtfertigen würden, Parteien bei Binnenverhältnissen anders zu behandeln als solche eines internationalen Schiedsfalles, sind keine ersichtlich. Insbesondere kann nicht generell von einem grösseren Schutzbedürfnis ausgegangen werden. Dies gilt insbesondere für den vorliegenden Fall, in welchem sich die beteiligten Parteien im Internet als seit Jahren existierende, geschäftserfahrene juristische Personen präsentieren. Die Gesuchstellerin bietet Dienstleistungen in den Bereichen von Anlagen, Installationen und Komponenten jeglicher Art sowie der Informations- und Kommunikationstechnologie an (act. 4/3), während die Gesuchsgegnerin 1 Dienstleistungen als Elektrounternehmen (act. 4/4) bzw. die Gesuchsgegnerin 2 Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Führung eines Fachbetriebs der Baubranche, Projektierung und Ausführung von Haustechnik- und Bauinstallation etc. (act. 4/5)

erbringen. Ein über das vom Bundesgericht für internationale Schiedsfälle vorgesehene Mass hinausgehender Schutz erweist sich nicht als notwendig und ist vorliegend nicht gerechtfertigt.

Die Pflicht zur gemeinsamen Bestellung eines Schiedsgerichtsmitgliedes selbst bei nicht deckungsgleichen Interessen lässt sich auch vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass diese keinen Verzicht auf den Anspruch auf Gleichbehandlung im Verfahren im Sinne von Art. 373 Abs. 4 ZPO darstellt, sondern einzig dazu führt, dass die Parteien ihr Recht aufgeben, einen Schiedsrichter allein ihrer Wahl zu bestellen, welcher die von ihnen bevorzugten fachlichen und persönlichen Qualitäten mit sich bringt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Verfahren besteht indes weiterhin, ebenso die Pflicht der Schiedsgerichtsmitglieder, unabhängig und unparteilich zu entscheiden (Art. 368 ZPO; Andrea Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss. Zürich 2007, ZStP 2007 S. 102). Demzufolge waren die Gesuchsgegnerinnen grundsätzlich verpflichtet, gemeinsam einen Schiedsrichter zu ernennen.

- 6.6. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob diesen Erwägungen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anspruch auf Unabhängigkeit des Schiedsgerichts im Sinne von Art. 368 ZPO entgegenstehen. Noch im Anwendungsbereich des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit und damit in Bezug auf die Binnenschiedsgerichtsbarkeit bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes im Sinne von Art. 19 KSG für den Fall, dass eine Partei bei der Bestellung des Schiedsgerichts einen übermässigen Einfluss ausübte. Ungleichgewichtige Ernennungssysteme erachtete es demnach als unzulässig. Daraus folgte die Lehre, dass es fraglich sei, ob eine Partei im Voraus auf ihr Ernennungsrecht verzichten könne oder ob sich die Parteien durch ein solches Vorgehen in unzulässiger Weise ihres Gleichbehandlungsanspruchs begeben würden (vgl. dazu BK ZPO-Boog/Stark-Traber, Art. 362 N 40 mit Verweis auf Meier Andrea, a.a.O., S. 101 f.).

Art. 19 Abs. 1 des besagten Konkordats lautete dahingehend, dass das Schiedsgericht abgelehnt werden konnte, wenn eine Partei einen überwie-

genden Einfluss auf die Bestellung seiner Mitglieder ausübte. Diese Bestimmung war aufgrund von Art. 1 Abs. 3 KSG zwingend, und ein vorgängiger Verzicht auf das Recht auf Unabhängigkeit des Schiedsgerichts war somit nicht möglich. Art. 19 Abs. 1 KSG wurde inhaltlich in Art. 368 ZPO übernommen. Auch Art. 368 Abs. 1 ZPO gilt in der Lehre als zwingend (BSK ZPO-Weber-Stecher, Art. 368 N 10c mit weiteren Verweisen). Art. 368 ZPO wurde insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verbandsschiedsgerichtsbarkeit in die Zivilprozessordnung übernommen. In der Botschaft wird hierzu festgehalten, die Bestimmung sei vor allem für Schiedsgerichte bedeutsam, bei denen ein Verband - oder bei statutari-schen Schiedsklauseln - eine Gesellschaft die Bestellung des Schiedsgerichts beeinflusse (Botschaft ZPO, S. 7397; vgl. auch KUKO ZPO-Dasser, Art. 368 N 1). Im Gegensatz zur Verbandsschiedsgerichtsbarkeit handelt es sich bei der vorliegenden Schiedsklausel nicht um eine vorgegebene Schiedsbestimmung, welche es für die Berufsausübung zu übernehmen galt bzw. welche diese erheblich erleichtert hätte, sondern um eine freiwillig unterzeichnete Vereinbarung der Parteien. Art. 368 ZPO hat für die vorliegenden Parteien demnach nicht dieselbe Bedeutung wie für Verbandsmitglieder. Dementsprechend erweist sich der aus Art. 19 KSG abgeleitete Schutz in der vorliegenden Konstellation nicht als notwendig bzw. ist vorliegend kein Ablehnungsgrund anzunehmen.

Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 107 Ia 155 E. 4 und Urteil des Bundesgerichts 5P.362/2005 vom 19. Mai 2006, E. 2), auf welche diesbezüglich in der Lehre hingewiesen wird, erfolgte in anderem Zusammenhang. BGE 107 Ia 155 bezog sich auf eine in einem Gesamtarbeitsvertrag enthaltene Schiedsklausel, welcher sich ein Leiter des Schauspiels und Regisseur trotz fehlender Mitgliedschaft im Verband unterwerfen musste. Das Urteil des Bundesgerichts 5P.362/2005 vom 19. Mai 2006 befasste sich sodann mit der Bestellung eines Schiedsrichters aus einer Liste, welche jährlich und einseitig von der beschwerdegegnerischen Partei zusammengestellt wurde. Auch diese Rechtsprechung erfolgte damit in anderem Zusammenhang.

6.7. Soweit die Gesuchsgegnerin 1 in ihrer Eingabe vom 31. Oktober 2016 auf die sog. Dutco-Rechtsprechung verweist (act. 19 Rz III.3.5), so kann ihr nicht gefolgt werden. Der französische Cour de Cassation bekräftigte mit Urteil vom 7. Januar 1992 (zitiert in Bühler/Feit, a.a.O., Art. 8 N 16 ff. mit Verweis auf Revue de l'arbitrage 1992, S. 470 ff., Siemens AG und BKMI Industrieanlagen GmbH v. Dutco Construction Co., Urteil des frz. Cour de Cassation vom 7. Januar 1992) den Grundsatz, dass alle Parteien vor Entstehen der Streitigkeit nicht auf ihre Gleichbehandlung bei der Bestellung des Schiedsgerichts verzichten könnten, da die Gleichbehandlung der Parteien bei der Bestellung des Schiedsgerichts zum Ordre public gehöre. Dementsprechend erachtete es das Gericht als notwendig, dass alle Parteien gleiche Mitwirkungsrechte bei der Bestellung des Schiedsgerichts haben müssten und dass auf dieses Recht nicht im Voraus gültig mittels Schiedsvereinbarung verzichtet werden könne.

Vorab sei festgehalten, dass es sich beim Dutco-Entscheid um eine Entscheidung des französischen Kassationsgerichts handelt. Gerichte innerhalb Frankreichs sind an die darin entwickelten Grundsätze zwar gebunden, Gerichte ausserhalb Frankreichs müssen ihnen jedoch nicht notwendigerweise folgen, sofern sich der Sitz des Schiedsgerichts ausserhalb Frankreichs befindet. Auch inhaltlich ist dem Entscheid nicht zu folgen, zumal er letztlich dazu führen würde, dass sich die Regelung zuungunsten der anderen Verfahrensseite auswirken würde. Würde die Dutco-Rechtsprechung übernommen, würde die Klägerin im vorliegenden Fall entweder benachteiligt, weil sie weniger Schiedsgerichtsmitglieder ernennen dürfte als die Beklagten, oder es müsste ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, ebenfalls mehr Schiedsrichter zu bestellen. Letzteres Vorgehen würde nicht nur das Schiedsgericht aufblähen, sondern auch mit der in der Schiedsklausel festgehaltenen Absicht, Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht von überschaubarer Grösse zu regeln, kaum vereinbar sein. In Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem Jahre 1983 kann der Praxis des französischen Cour de Cassation nicht gefolgt werden.

- 6.8. In der vorliegenden Konstellation ist die Verpflichtung von mehreren Beklagten, einen gemeinsamen Schiedsrichter ernennen zu müssen, demnach selbst bei divergierenden Parteiinteressen zulässig. Auch wenn der Gesuchsgegnerin 1 daher in ihrem Standpunkt, dass es sich bei ihr und der Gesuchsgegnerin 2 als Beklagte um eine einfache passive Streitgenossenschaft handle (act. 19 Rz III.3.4.2 f.), deren Interessen nicht in allen Punkten übereinstimmten, sondern zumindest teilweise divergierten (vgl. act. 19 Rz III.3.4.5), zu folgen wäre, so könnte daraus in Bezug auf die Anzahl der zu bestellenden Schiedsgerichtsmitglieder nichts zu ihren Gunsten abgeleitet werden. Die Gesuchsgegnerin 2 musste sich im Zeitpunkt des Abschlusses des ARGE-Vertrages über die Regelung in dessen Art. 10 bewusst sein. Dies gilt umso mehr, als am Vertragsabschluss vier Vertragsparteien beteiligt waren (act. 4/2) und die Schiedsvereinbarung in Bezug auf die Bestellung eines Dreierschiedsgerichts damit nur dahingehend verstanden werden konnte, dass auf derjenigen Prozessseite, welche aus mehreren Vertragsparteien besteht, mehrere Parteien nur ein Schiedsgerichtsmitglied bestellen könnten. Zu berücksichtigen gilt auch, dass die Gesuchsgegnerin 1 nicht geltend macht, der Zusammenzug der Klagen gegen sie und die Gesuchsgegnerin 2 sei unzulässig gewesen, sondern sich lediglich auf den Standpunkt stellt, dass auch zwei separate Klagen gegen die Gesuchsgegnerinnen möglich gewesen wären (vgl. act. 19 Rz III.3.4.2). Ob der Zusammenzug der Klagen zulässig ist, hat sodann das zuständige Schiedsgericht zu prüfen.
- 6.9. Die Pflicht zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters entspricht im Übrigen auch der international zunehmend üblichen Praxis (vgl. Art. 8 Abs. 4 Swiss Rules; Art. 12 Abs. 6 ICC Rules; Kurzkomentar ZPO-Dasser, Art. 361 N 9).
- 7.1. Die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 machen geltend, sie seien in Bezug auf die Bestellung des Schiedsgerichtsmitglieds nicht säumig (act. 19 Rz III.3.6 und act. 46 Rz 15). Während sich die Gesuchsgegnerin 1 auf den Standpunkt stellt, sie sei berechtigt gewesen, allein ein Schiedsgerichtsmitglied zu

bezeichnen (act. 19 Rz III.3.6), führt die Gesuchsgegnerin 2 aus, sie habe im Rahmen des Möglichen einen Parteischiedsrichter für ihre Person ernannt. Eine Einigung mit der Gesuchsgegnerin 1 sei nicht möglich gewesen (act. 46 Rz 15 f.).

- 7.2. Wie unter Ziffer III.6 dargelegt wurde, hätten die Gesuchsgegnerinnen gemeinsam einen Schiedsrichter bezeichnen müssen. Dieser Verpflichtung sind sie trotz Aufforderung der Gesuchstellerin (act. 4/9-10) nicht nachgekommen. Damit sind sie im Sinne von Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO säumig. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass es der Gesuchsgegnerin 2 mangels Mitwirkung der Gesuchsgegnerin 1 nicht möglich gewesen sei, gemeinsam einen Schiedsrichter zu ernennen (act. 46 Rz 15 f.). Das Risiko der fehlenden Einigung nahm die Gesuchsgegnerin 1 mit dem Abschluss des ARGE-Vertrages und der Genehmigung der Bestimmung in dessen Artikel 10 in Kauf. Demnach hat die Verwaltungskommission für die Beklagten ein gemeinsames Schiedsgerichtsmitglied zu ernennen.
- 8.1. Im Zusammenhang mit der Schiedsrichterbestellung stellt sich schliesslich die Frage, ob das staatliche Gericht nur den Schiedsrichter, welchen die Beklagten hätten ernennen müssen, oder alle Schiedsrichter zusammen zu bestellen hat. Während sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt stellt, es sei nur der Schiedsrichter der sich in Verzug befindenden Partei zu bestellen (act. 1 Rz 38 f.), ersuchen die Gesuchsgegnerinnen um Bestellung aller Schiedsrichter (act. 19 RB 2-4 und act. 46 Rz 36).
- 8.2. Art. 362 Abs. 2 ZPO sieht diesbezüglich vor, dass das Gericht im Falle einer Mehrparteienschiedssache alle Mitglieder ernennen kann. Es ist damit dem Gericht überlassen, eine fallspezifische Lösung zu finden. Art. 362 Abs. 2 ZPO entspricht insoweit Art. 8 Abs. 5 der Swiss Rules, welcher es dem Gerichtshof ebenfalls frei lässt, alle Mitglieder des Schiedsgerichts zu ernennen. Gleiches sieht auch Art. 12 Abs. 8 der ICC-Rules vor.
- 8.3. Im erwähnten Westland-Entscheid wurde die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots für den Fall, dass die Ernennungsinstanz lediglich die Schieds-

richter für die sich aus mehreren Personen zusammengesetzte Beklagte ernannte und nicht alle Mitglieder des Schiedsgerichts (neu) bestellte, verneint (Urteil des Cour de Justice de Genève vom 26. November 1982, abgedruckt in SJ 1984 S. 309 ff., S. 319). Das Bundesgericht korrigierte diese Ansicht nicht (Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Mai 1983, ASA Bull 1984 S. 203 ff.). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge ist es demnach zulässig, den einen Parteischiedsrichter von einer Partei und den anderen ersatzweise ernennen zu lassen (vgl. auch Kurzkomentar ZPO-Dasser, Art. 362 N 6; a.M. Frz. Cour de Cassation, Urteil vom 7. Januar 1992, in: Revue de l'arbitrage 1992, 470 ff.).

- 8.4. Vorliegend bestehen keine Gründe, die es rechtfertigen würden, alle Schiedsrichter durch das staatliche Gericht zu ernennen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es mehreren Parteien nicht ermöglicht werden soll, durch fehlende Einigung automatisch die Absetzung des von der Gegenpartei ernannten Schiedsrichters bewirken zu können. Die Gesuchsgegnerin 1 hat denn auch nichts vorgebracht, was gegen die Bestellung des durch die Gesuchstellerin bezeichneten Schiedsrichters sprechen würde (act. 19 Rz III.4.2). Lediglich die Gesuchsgegnerin 2 führte aus, zwischen dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin und dem von ihr ernannten Schiedsrichter Prof. RA Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ bestehe angesichts der einschlägig geläufigen, aussergerichtlichen Bekanntschaft und der gemeinsamen Publikationen sowie gemeinsamen Projekte eine unerwünschte Vertrautheit (act. 46 Rz 13). Hierzu ist festzuhalten, dass die berufliche Zusammenarbeit in Projekten bzw. Publikationen für sich alleine nicht ausreicht, um einen Ablehnungsgrund zu begründen. Auch ein allfällig "einschlägig geläufiger Kontakt" zwischen dem ernannten Schiedsrichter und dem Rechtsvertreter der Klägerin gibt keinen Anlass zu Zweifeln an dessen Unbefangenheit, zumal selbst die Gesuchsgegnerin 2 nicht von einem engen freundschaftlichen Verhältnis ausgeht (vgl. BSK ZPO-Weber-Stecher, Art. 367 N 52 f., insb. N 54). Die Einwendungen der Gesuchsgegnerin 2 sind daher nicht zu hören.

9. Abschliessend ist damit festzuhalten, dass einzig für die Gesuchsgegnerinnen ein gemeinsames Schiedsgerichtsmitglied zu ernennen ist.
10. Auf entsprechende Anfrage hin hat sich Rechtsanwalt Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], bereit erklärt, das Amt als Schiedsrichter auszuüben. Er hat keine näheren Beziehungen bzw. Interessenkonflikte zu einer der Prozessparteien (act. 53). Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_ ist damit in der massgebenden Schiedssache als Parteischiedsrichter für die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 zu ernennen.

#### IV.

1. In Anwendung von § 13 Abs.1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 12'000.- festzusetzen und gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO teilweise 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 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.], Kurzkommentar 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 Hauptbegehrens der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], als Parteischiedsrichter von den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 für die zwischen den Parteien bestehende Streitigkeit betreffend den ARGE-Vertrag vom 23. Mai bzw. 1. Juni 2011 ernannt. Alle übrigen Begehren werden abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 12'000.- festgesetzt und teilweise mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- verrechnet.
3. Die Kosten des Verfahrens werden einstweilen 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,
  - die Vertreter der Gesuchsgegnerin 1, zweifach, für sich und die Gesuchsgegnerin 1,
  - die Vertreter der Gesuchsgegnerin 2, zweifach, für sich und die Gesuchsgegnerin 2,
  - Rechtsanwalt Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_, als Parteischiedsrichter,
  - die Obergerichtskasse.

Zürich, 7. März 2018

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Verwaltungskommission  
Die Gerichtsschreiberin:

Lic. iur. A. Leu

versandt am: