

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr. PG170002-O/U

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

Beschluss vom 3. Juli 2018

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____

gegen

B._____ Selbstregulierungs-Verein,
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y._____

betreffend **Ablehnung des Sekretariats des Schiedsgerichts (Dr. C._____)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 22. Mai 2017 liess die A._____ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) beim Obergericht des Kantons Zürich durch ihren Rechtsvertreter ein Gesuch um Ablehnung des Verantwortlichen des Schiedsgerichtswesens Dr. C._____ einreichen. Das Gesuch betrifft eine zwischen ihr und dem B._____ Selbstregulierungs-Verein (nachfolgend: Gesuchsgegner) bestehende Streitigkeit. Dabei liess die Gesuchstellerin die folgenden Anträge stellen (act. 1 S. 2):

- "1. Dr. C._____ habe in den Ausstand zu treten.
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolge."

2. Mit Verfügung vom 28. Juni 2017 forderte die Verwaltungskommission die Gesuchstellerin auf, einen Kostenvorschuss gemäss Art. 98 ZPO in der Höhe von Fr. 8'000.- zu leisten (act. 4). Dieser ging bei der Obergerichtskasse am 7. Juli 2017 ein (act. 5). Am 18. Juli 2017 wurde vom fristgerechten Eingang des Kostenvorschusses Vormerk genommen und dem Gesuchsgegner sowie dem abgelehnten Verantwortlichen des Schiedsgerichtswesens, Dr. C._____, Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt (act. 6). Am 7. August 2017 ersuchte der Letztgenannte darum, es sei auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter sei es als gegenstandslos geworden abzuschreiben bzw. subeventualiter sei es abzuweisen (act. 8). Mit Eingabe vom 9. August 2017 legitimierte sich sodann Rechtsanwalt Dr. Y._____ als Rechtsvertreter des Gesuchsgegners und stellte die folgenden Rechtsbegehren (act. 10):

- "1. Es sei auf das Gesuch nicht einzutreten.
2. eventuell: Es sei das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.
3. sub-eventuell: Es sei das Gesuch abzuweisen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin."

3. Mit Verfügung vom 6. Juni 2018 (act. 15) wurden die Stellungnahmen des Gesuchsgegners und des abgelehnten Dr. C. _____ den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt.

II.

1. Beim Gesuchsgegner handelt es sich um eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) im Sinne von Art. 24 des Geldwäschereigesetzes (GwG), welche gegenüber den angeschlossenen Finanzintermediären die gesetzlichen Aufsichts- und Überwachungspflichten wahrnimmt und selbst der Aufsicht der FINMA untersteht (act. 1 Rz 19, act. 10 Rz 3, act. 3/2 § 2, act. 3/26 § 2).

Die Gesuchstellerin, ein Unternehmen mit dem Zweck der Erbringung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten, Informatik- und Beratungsdienstleistungen sowie des Vertriebs von Produkten für Informationssysteme von verwandten Technologien (act. 3/6), war vom 3. Mai 2006 bis zum 27. April 2016 Vereinsmitglied des Gesuchsgegners (act. 1 Rz 20, act. 3/3 Ziff. 1.1 und 4.1, act. 3/11). Per 27. April 2016 erklärte sie ihren Vereinsaustritt, nachdem es zwischen ihr und dem Gesuchsgegner zu Meinungsverschiedenheiten gekommen war.

Der abgelehnte Dr. C. _____ ist sodann als Verantwortlicher für das Schiedsgerichtswesen im Sinne von § 19 Abs. 3 der gesuchsgegnerischen Statuten tätig (act. 3/2, act. 3/26).

2. In der Schiedsklausel der Statuten des Gesuchsgegners vom 7. Juli 2010 haben die Parteien in § 35 als Sitz des Schiedsgerichts Zürich vereinbart (act. 3/2 S. 15). Gleiches sieht § 35 der Statuten vom 1. Juli 2016 vor (act. 3/26). Die Frage, welche Statutenversion vorliegend zur Anwendung gelangt (vgl. act. 1 Rz 48), kann an dieser Stelle daher offenbleiben. Der Kanton, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, bezeichnet ein Gericht als einzige Instanz u.a. für die Ablehnung von Schiedsrichtern (Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 369 Abs. 3 ZPO). Im Kanton Zürich ist

nach § 46 GOG das Obergericht das zuständige Gericht gemäss Art. 356 Abs. 2 ZPO, sofern die Parteien keine andere Vereinbarung getroffen haben (Art. 361, Art. 362 ZPO und Art. 369 Abs. 3 ZPO). Die Zuständigkeit des Obergerichts ist strittig. Namentlich sind sich die Parteien nicht einig darüber, ob eine anderweitige Vereinbarung im Sinne von Art. 369 Abs. 3 ZPO vorliegt. Auf diese Frage wird in Ziff. IV.1. f. – nach der Darstellung der Parteivorbringen – näher einzugehen sein.

III.

- 1.1. Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung des Gesuchs im Wesentlichen vor, das sich gegen das Sekretariat richtende Ausstandsgesuch sei durch das Obergericht des Kantons Zürich zu behandeln. Eine anderweitige Vereinbarung bestehe nicht. Vielmehr gehe das Sekretariat des Schiedsgerichts davon aus, dass seine Ablehnung unmöglich sei. Die Gesuchstellerin ersuche um den Ausstand von Dr. C._____ als Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen, Verfahrensleiter und Sekretär eines nach den Statuten des Gesuchsgegners noch zu bestellenden Schiedsgerichts.
- 1.2. Am 8. August 2013 habe der Gesuchsgegner einen als Verfügung bezeichneten Vorstandsbeschluss erlassen, wonach die von der Gesuchstellerin angebotene Dienstleistung „D._____“ eine GwG-relevante Tätigkeit darstelle. Gleichzeitig habe er die Gesuchstellerin aufgefordert, die Frage der GwG-Relevanz der Dienstleistung „D._____“ der FINMA zur Beurteilung zu unterbreiten. Die FINMA habe die Unterstellungsanfrage nach zahlreicher Korrespondenz und geführten Gesprächen behandelt und am 9. September 2016 verfügt, dass es sich beim „D._____“-Abrechnungsverfahren für ... des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) per sms um eine GwG-relevante Tätigkeit handle. Die Verfügung sei ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen worden. Bereits am 21. April 2016 habe der Gesuchsgegner trotz fehlenden rechtskräftigen Urteils zur GwG-Unterstellungsfrage ein Sanktionsverfahren wegen angeblicher Verletzungen von GwG-Sorgfaltspflichten im Bereich

„D._____ ...“ eröffnet. Am 29. März 2017 habe er einen Sanktionsentscheid erlassen und der Gesuchstellerin in Anwendung des Reglements vom 11. September 2015 wegen Verstosses gegen die GwG-Pflichten eine Busse von Fr. 4,3 Mio. auferlegt. Dagegen sei die Gesuchstellerin zum einen an das Bundesverwaltungsgericht gelangt. Zum anderen habe sie gegen den Sanktionsentscheid entsprechend dessen Rechtsmittelbelehrung beim Schiedsgericht eine Beschwerde eingereicht. Dabei habe sie den Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen Dr. C._____ zur Offenlegung von Umständen, welche Zweifel an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erwecken könnten, aufgefordert. Zudem habe sie darauf hingewiesen, dass aufgrund ihres Vereinsaustritts per 27. April 2016 die Statuten des Gesuchsgegners vom 7. Juli 2010 gälten.

- 1.3. Dem Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen kämen nach den Statuten weitreichende Befugnisse zu, indem er als Vorstandsmitglied das Schiedsgericht präsidiere, als Sekretär amte, bis zur Konstituierung den Schriftenwechsel leite, den Parteien Vergleichsvorschläge unterbreiten könne und durch Auslosung die Zusammensetzung des Dreierschiedsgerichts bestimme. Er habe damit bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts faktisch die Alleinherrschaft über das Schiedsverfahren. Danach amte er als Sekretär. Nach den massgeblichen Statuten habe der Verantwortliche für das Schiedsgerichtswesen sodann dem Vorstand des Gesuchsgegners anzugehören und werde von diesem ernannt, beaufsichtigt, instruiert und überwacht. Sie, die Gesuchstellerin, erachte Dr. C._____ nicht als unabhängig. In der Verfügung vom 2. Mai 2017 sei Dr. C._____ jedoch auf das Ausstandsbegehren nicht eingetreten. Dies mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe sich mit der Beitrittserklärung zum Verein den Statuten des Gesuchsgegners unterworfen, welche von der FINMA überdies genehmigt worden seien. Die Verfügung basiere auf einer falschen Sachverhaltsfeststellung und auf einer nicht haltbaren Rechtsauffassung. Auf den Anspruch auf ein unabhängiges Gericht könne im Voraus nicht verzichtet werden, was einer Statutengenehmigung entgegenstehe. Der Hinweis von Dr. C._____, er erledige lediglich administrative Arbeiten und sei nicht Sekretär, sei sodann

falsch. Dr. C._____ handle als verlängerter Arm des Gesuchsgegners, dessen Vorstand er angehöre. Nach Art. 365 Abs. 2 ZPO gälten für das Sekretariat in Bezug auf dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit die gleichen Anforderungen wie für das Schiedsgericht. Die Voraussetzungen selbst seien in Art. 367 ZPO geregelt. Der Anspruch auf Unabhängigkeit sei zwingend. Darauf könne nicht im Voraus verzichtet werden. Daran ändere auch die Genehmigung durch die FINMA nichts. Die International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration könnten sodann als Code of best Practice herangezogen werden. Vorliegend sei erstellt, dass Dr. C._____ als Prozessleiter und Sekretär amte, zugleich Mitglied des Vorstands sei und damit eine Organfunktion innehave und dass er vom Vorstand instruiert und überwacht werde. Diese Umstände belegten eine offensichtliche Abhängigkeit vom Gesuchsgegner. Als Mitglied des Vorstandes habe Dr. C._____ ein unmittelbares persönliches Interesse am Streitgegenstand, indem er ein manifestes Interesse daran aufweise, dass die Gesuchstellerin die Busse von Fr. 4.3 Mio. zugunsten der Vereinskasse zu bezahlen habe. Die vorliegende Konstellation erfülle sodann ein Beispiel aus der sog. Non-Waivable Red List der IBA Guidelines. Aufgrund des bisherigen Verhaltens von Dr. C._____ sei ferner auf dessen fehlende Unparteilichkeit zu schliessen. Infolge seiner langjährigen Tätigkeit im Vorstand habe er die vorliegende Streitigkeit in den letzten vier Jahren aus unmittelbarer Nähe mitverfolgt und sei zudem vorbefasst.

- 2.1. Mit Eingabe vom 7. August 2017 (act. 8) begründete der abgelehnte Dr. C._____ seine Anträge zusammengefasst damit, die FINMA habe die Statuten und Reglemente des Gesuchsgegners kontrolliert. Die FINMA verlange von den Selbstregulierungsorganisationen, dass sie ein internes Schiedsgerichtswesen organisierten, welches umstrittene Sanktionsfälle überprüfe. Das Schiedsgerichtswesen des Gesuchsgegners sei seit dem Inkrafttreten des Geldwäschereigesetzes im Jahre 2000 dem Grundsatz nach gleichgeblieben. Das allgemein übliche Verfahren zur Auswahl der Schiedsrichter sei vorliegend ungeeignet, weil Schiedsrichter nach § 40 der Statuten und Art. 24 Abs. 1 lit. c GWG bestimmte Anforderungen erfüllen müssten. Das in-

ternationale Sportgericht in Lausanne habe eine ähnliche Schiedsrichter-
auswahl. Diese sei vom Bundesgericht bis anhin nie beanstandet worden.
Die Gesuchstellerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin hätten sich der Schieds-
ordnung unterworfen. Die Ansicht der Gesuchstellerin, das Obergericht sei
zur Behandlung des streitigen Ausstandsbegehrens zuständig, sei wegen
anderslautender Vereinbarung unzutreffend. Nach § 36 Abs. 5 lemma 7 der
Statuten seien Ablehnungsanträge von einem Einzelschiedsgericht zu be-
handeln. Dr. E._____ sei hierfür ausgelost worden. Das Obergericht sei da-
her sachlich unzuständig.

- 2.2. Sollte das Obergericht seine sachliche Zuständigkeit bejahen, so amte er,
Dr. C._____, als Verantwortlicher für das Schiedsgerichtswesen. Er amte je-
doch nicht in Fällen, in denen durch Zwangsurteil entschieden werde. Ent-
scheidungsbefugnis komme ihm nur zu, wenn ein Verfahren vor der Konsti-
tuierung des Schiedsgerichts ohne Anspruchsprüfung abzuschreiben sei. In
streitigen Fällen ziehe er die Einschreibegebühr ein, setze Fristen für den
Schriftenwechsel an, übermittle den Parteien die Schiedsrichterliste und lose
das bzw. die Schiedsgerichtsmitglieder aus der Liste aus. Zudem amte er
als Sekretär für Kanzleiaufgaben ohne beratende Stimme. Seine bisherigen
Aufgaben hätten sich nach diesem Aufgabenbeschrieb gerichtet und seien
nicht darüber hinaus gegangen. Nach Erlass von verschiedenen Verfügun-
gen habe er an der Auslosung von Dr. E._____ als Einzelschiedsrichterin
und den übrigen Schiedsrichtern teilgenommen. Das inzwischen konstituier-
te Schiedsgericht werde einstweilen ohne ihn, Dr. C._____, tätig sein. Er
selbst halte sich für nicht befangen. Auch bestünden keine Anhaltspunkte für
eine Voreingenommenheit. Da er das Schiedsverfahren jedoch nicht behin-
dern wolle, erkläre er hiermit, dem ausgelosten Schiedsgericht auch dann
nicht mehr als Sekretär zur Verfügung zu stehen, wenn dieses noch in ei-
nem späteren Verfahrensstadium den Beizug eines Sekretärs beschliessen
sollte. Dasselbe gelte auch für den Fall, dass Dr. E._____ einen Sekretär
beizuziehen wünsche. Das vorliegende Ausstandsverfahren sei daher ge-
genstandslos.

- 3.1. Am 9. August 2017 (act. 10) liess der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners sodann seinen Nichteintretensantrag im Wesentlichen damit begründen, eine Bestellung des Schiedsgerichts analog zu Art. 361 Abs. 2 ZPO falle ausser Betracht, weil eine solche Vorgehensweise die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Schiedsrichter von den Prozessparteien sowie deren Sachkunde im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. c GwG nicht zu erfüllen vermöchten. Der Gesuchsgegner habe öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrzunehmen. Die Statuten sähen daher vor, dass die Schiedsrichter im Einzelfall von einem Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen aus einer Liste ausgelost würden. Die Gleichberechtigung der Parteien sei jedoch durch die in § 27 Punkt 4 bzw. § 36 Abs. 5 Punkt 7 und Abs. 6 der Statuten gewährten Rechte gewahrt. Da die Selbstregulierungsorganisation insbesondere öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehme, könne sie über die Streitsache nicht frei verfügen. Soweit sich aus den öffentlich-rechtlichen Anforderungen Besonderheiten ergäben, seien diese auch aus dem Blickwinkel der Zivilprozessordnung als zulässig zu betrachten.
- 3.2. Die Gesuchstellerin übersehe, dass zwischen den Parteien eine anderslautende Vereinbarung im Sinne von Art. 369 Abs. 2 ZPO bestehe. Nach § 36 Abs. 5 der Statuten seien Ausstandsbegehren durch einen zusätzlich auszulosenden Schiedsrichter zu beurteilen. Die zuständige Einzelschiedsrichterin sei in Anwesenheit der Rechtsvertreter der Parteien ausgelost worden. Das Obergericht sei sachlich unzuständig, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei. Eventualiter sei von der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens auszugehen. Das ausgeloste Schiedsgericht habe in seinem Konstituierungsbeschluss vom 11. Juli 2017 beschlossen, vorläufig auf den Beizug eines Sekretärs zu verzichten. Dr. C._____ habe in seiner Eingabe vom 7. August 2017 sodann erklärt, dass er in den vorliegend massgeblichen Schiedsverfahren nicht mehr als Sekretär zur Verfügung stehe. Bereits in der Verfügung vom 2. Mai 2017, d.h. vor der Einreichung der Eingabe der Gesuchstellerin vom 22. Mai 2017, habe er zudem festgehalten, nicht als Sekretär des noch zu bestellenden Schiedsgerichts zu amten.

- 3.3. Subeventualiter sei das Ablehnungsbegehren abzuweisen. Das Ernennungsverfahren durch Auslosung basiere auf dem Prinzip des Zufalls. Die Person des Auslosenden bzw. seine Nähe zu einer der Parteien hätten demnach keinen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung des Schiedsgerichts. Dasselbe gelte für die übrigen Funktionen im Zusammenhang mit der Auslosung und der Vorbereitung bis zur Schiedsgerichtskonstituierung. Verfahrensmängel seien beim Schiedsgericht zu rügen. Die Neutralität des Verantwortlichen ergebe sich im Übrigen daraus, dass er der Aufsicht der FINMA unterstellt sei. Da Dr. C. _____ als Sekretär nicht zur Verfügung stehe, sei sodann nicht massgeblich, ob die Tätigkeit mit Art. 365 Abs. 2 i.V.m. Art. 367 ZPO vereinbar sei. Art. 365 Abs. 2 ZPO gelte nur für das Sekretariat des materiell entscheidenden Schiedsgerichts, nicht hingegen für diejenigen Personen, welche mit der Anhandnahme des Verfahrens und der Auslosung des Schiedsgerichts betraut seien. Beim Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen handle es sich nicht um den Verfahrensleiter eines noch zu bestellenden Schiedsgerichts. Die Verfahrensleitung obliege dem Schiedsgericht selbst. Der Verantwortliche für das Schiedsgerichtswesen sei lediglich für die ordnungsgemässe Organisation nach den Statuten und den öffentlich-rechtlichen Vorschriften verantwortlich.
- 3.4. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zum Sachverhalt seien für das vorliegende Verfahren zum grössten Teil unbedeutend. Art. 365 Abs. 2 ZPO stelle eine schweizerische Besonderheit dar. Angesichts der öffentlich-rechtlichen Auflagen sei die Regelung in den Statuten als zulässig zu erachten. Nach der Konstituierung des Schiedsgerichts würden die prozessleitenden Funktionen durch den Vorsitzenden des Schiedsgerichts ausgeübt. Es gehe nicht um den Verzicht auf das Ablehnungsrecht, sondern darum, dass die Parteien eine Schiedsordnung vereinbart hätten, welche ausdrücklich einen Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen vorsehe, der im Einzelnen bezeichnete Funktionen wahrnehme. Die Gesuchstellerin habe an seiner Ernennung mitgewirkt, weshalb sich ein Ablehnungsgesuch nach Art. 367 Abs. 2 ZPO nur auf Gründe stützen könne, von welchen sie erst zu einem späteren Zeitpunkt erfahren habe. Die fehlende Unabhängigkeit könne somit

nicht als Einwand vorgebracht werden. Die Guidelines IBA würden in rein zivilrechtlichen Fällen Anhaltspunkte liefern. Sie berücksichtigten aber nicht die Situation, die durch die öffentlich-rechtliche Auflage geschaffen worden sei. Das bisherige Verhalten von Dr. C._____ sei nicht zu beanstanden. Er habe den statutarischen Rechten und Pflichten entsprechend gehandelt.

IV.

1. Nach Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO zufolge handelt es sich insbesondere bei den sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten um Prozessvoraussetzungen. Das Gericht prüft das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO).
2. Der Gesuchsgegner sowie der abgelehnte Dr. C._____ stellen sich auf den Standpunkt, das Obergericht des Kantons Zürich sei infolge der Regelung in § 36 Abs. 5 der Statuten vom 7. Juli 2010 bzw. vom 1. Juli 2016, wonach Ablehnungsbegehren durch ein durch Los ausgewähltes Einzelschiedsgericht zu beurteilen seien, für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs nicht zuständig (act. 8 Rz 5, act. 10 Rz 12 f.).
- 3.1. Den vorliegenden Statuten des Gesuchsgegners kann entnommen werden, dass über Streitigkeiten zwischen dem Verband und dessen Mitgliedern ein Schiedsgericht entscheidet, dessen Mitglieder von einer vorab zusammengestellten Liste ausgelost werden (act. 3/2 §§ 19 und 35 ff. und act. 3/26 §§ 19 und 35 ff.). Die Auslosung erfolgt durch den Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen, welcher überdies weitere Aufgaben wahrnimmt (act. 3/2 § 19 Abs. 3, § 36 Abs. 2, § 38 Abs. 2 und act. 3/26 § 19 Abs. 3, § 36 Abs. 2, § 38 Abs. 2). Wer als Mitglied auf die Liste gelangt, entscheidet der Vorstand des Vereins. Während die Liste früher durch die FINMA genehmigt werden musste, reicht heute offenbar eine Anzeige an diese samt Lebenslauf sowie Unterlagen zu den beruflichen Tätigkeiten und Erfahrungen der Schiedsgerichtskandidaten (act. 10 Rz 4, act. 8 Rz 1 f.). Die Aus-

wahl der für die Liste bestimmten Schiedsrichter erfolgt demnach alleine durch den Gesuchsgegner. Dies gilt nicht nur nach den aktuell gültigen Statuten vom 1. Juli 2016 (act. 3/26), sondern war auch bereits unter der früheren Version vom 7. Juli 2010 der Fall (act. 3/2).

- 3.2. Im Weiteren enthalten die Statuten in § 36 Abs. 5 (act. 3/2 und act. 3/26) eine Klausel, wonach die Frage von allfälligen Ausstandsgründen durch ein Einzelschiedsgericht zu beurteilen ist. Dessen Ernennung erfolgt ebenfalls durch Auslosung aus der erwähnten Liste. Auch diesbezüglich enthalten die beiden Statutenversionen keine unterschiedliche Regelung.
- 3.3. Zu prüfen gilt es nachfolgend, ob die Bestimmungen in den Statuten zur Auslosung der Schiedsgerichte gültig sind oder ob die Gesuchstellerin daran nicht gebunden ist.

Gegenüber einem Mitglied des Schiedsgerichts kann nach Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO der Ausstand verlangt werden, wenn berechtigte Zweifel an seiner Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit bestehen. Gemäss Art. 368 Art. 1 ZPO kann eine Partei das Schiedsgericht sodann ablehnen, wenn die andere Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Mitglieder ausgeübt hat. Die Ablehnung ist dem Schiedsgericht und der anderen Partei unverzüglich mitzuteilen. Sowohl Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO als auch Art. 368 Abs. 1 ZPO sind zwingender Natur. Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO setzt die Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Richters im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV auf Gesetzesstufe im Schiedsverfahrensrecht um. Hinsichtlich Art. 368 Abs. 1 ZPO wird der zwingende Charakter damit begründet, dass es sich bei der Gleichberechtigung der Parteien um eines der zentralen Elemente der Schiedsgerichtsbarkeit handelt (BK ZPO-Gabriel/Buhr, Art. 367 N 8 f. sowie Art. 368 N 10 f.). Ohne paritätische Zusammensetzung des Schiedsgerichts besteht keine Gewähr für einen unparteiischen und unabhängigen Entscheid (Berger/Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Auflage, Bern 2015, Rz 865). Verletzt wird der Grundsatz der Parität beispielsweise durch eine Klausel, welche einer Partei das Recht einräumt, den Einzelschiedsrichter, alle oder die Mehrzahl der

Schiedsrichter zu benennen. Gleiches gilt, wenn als Schiedsrichter nur Personen wählbar sind, die mit einer Partei in Beziehungen stehen, welche ihre Unbefangenheit gefährden (ZK ZPO-Pfisterer, Art. 368 N 11; vgl. zu Art. 19 aKSG auch Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993, S. 144). Die Art. 367 f. ZPO gelten für das Sekretariat des Schiedsgerichts sinngemäss (Art. 365 Abs. 2 ZPO).

- 3.4. Im Bereich der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit wird häufig ein Listensystem verwendet, gemäss welchem nur Schiedsrichter aus einer bestimmten Liste wählbar sind. Ein solches System ist grundsätzlich mit dem Anspruch auf Unabhängigkeit und Parität vereinbar, sofern für beide Parteien dieselben Restriktionen gelten und keine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Zusammenstellung der Liste hatte. Zentrale Voraussetzung ist somit, dass das Schiedsgericht über ausreichende – organisatorische und finanzielle – Unabhängigkeit verfügt (ZK ZPO-Pfisterer, Art. 368 N 14 und 17 sowie Art. 367 N 16; BSK ZPO-Weber-Stecher, Art. 368 N 6c; Berger/Kellerhals, a.a.O., Rz 780; Kurzkommentar ZPO-Dasser, Art. 368 N 4).
- 3.5. Wie der Gesuchsgegner und der abgelehnte Dr. C._____ (act. 8 Rz 4, act. 10 Rz 13 f.) zutreffend ausführten, stimmte die Gesuchstellerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin den Statuten und der darin enthaltenen Schiedsordnung einschliesslich den Bestimmungen zum Verantwortlichen des Schiedsgerichtswesens zwar mit ihrem Beitritt zum Verband zu (vgl. act. 13/2). Jedoch ist eine solche Zustimmung nach dem eben Ausführten nur verbindlich, wenn dadurch der gesetzlich vorgesehene Anspruch auf Parität bzw. Unabhängigkeit des Schiedsgerichts, dessen Mitgliedern und des Sekretariats nicht verletzt wird. Weder den ins Recht gereichten Statuten noch den übrigen Aktenstücken kann entnommen werden, dass die Gesuchstellerin Einfluss auf die in den Statuten enthaltenen Bestimmungen, namentlich auf jene betreffend Zuständigkeit eines Einzelschiedsgerichts für die Behandlung von im Raum stehenden Ablehnungsbegehren, hätte nehmen können. Auch ergeben sich keine Hinweise, dass sich die Gesuchstellerin in irgendeiner Weise an der Zusammenstellung der Liste hätte beteiligen können. Dies

wird denn auch von keiner der Parteien geltend gemacht. Insoweit erfolgte die Festlegung der Schiedsordnung einseitig durch den Gesuchsgegner.

- 3.6. Der abgelehnte Dr. C._____ bringt jedoch vor, dies sei nicht zu beanstanden. Das vorliegende Schiedsgerichtswesen sei vergleichbar mit dem Sportschiedsgericht in Lausanne, welches vom Bundesgericht als unabhängiges Schiedsgericht anerkannt werde (act. 8 Rz 3).

Nachdem das Bundesgericht die Unabhängigkeit des Tribunal Arbitral du Sport (TAS) im Jahre 1993 in Frage gestellt hatte (BGE 119 II 271 E. 3b), wurde die Sportschiedsgerichtsbarkeit reorganisiert und der International Council of Arbitration for Sport (ICAS) geschaffen, welcher über die Verwaltung, Finanzierung und Auswahl der Schiedsrichter entscheidet, um das TAS vom Internationalen Olympischen Komitee unabhängig zu machen (Bestimmung S 6 Ziff. 3 auf <http://www.tas-cas.org/en/icas/code-statutes-of-icas-and-cas.html>, abgerufen am 1. Juni 2018). Anders als beim Sportschiedsgericht in Lausanne wird die Liste der Schiedsrichter im vorliegenden Fall nicht durch einen vom Verband als solchen unabhängigen Rat zusammengestellt. Vielmehr ernennt, beauftragt, instruiert und überwacht der Vorstand das Schiedsgericht und den Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen direkt (act. 3/2 § 19 Abs. 1 lit. g bzw. act. 3/26 § 19 Abs. 1 lit. c). Die Auswahl der Schiedsrichter per Los erfolgt sodann durch den Verantwortlichen für das Schiedsgerichtswesen, welcher nach den Statuten zwar nicht dem Vorstandsausschuss des Gesuchsgegners angehören darf, jedoch vom Vorstand ernannt, beaufsichtigt, instruiert und überwacht wird sowie Mitglied des Vorstands ist (act. 14, act. 3/2 § 19 Abs. 1 lit. g und Abs. 3 i.V.m. § 36 Abs. 2, act. 3/26 § 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 i.V.m. § 36 Abs. 2). Die Schiedsordnung ist Bestandteil der Statuten des Gesuchsgegners, welche von diesem alleine verfasst wurden. Ein direkter Vergleich der beiden Schiedsgerichtswesen ist damit nicht möglich.

- 3.7. Im Weiteren stellen sich der Gesuchsgegner und der abgelehnte Dr. C._____ auf den Standpunkt, das im Allgemeinen übliche Verfahren zur Auswahl der Schiedsrichter im Sinne von Art. 361 ZPO sei insofern unge-

eignet, als Schiedsrichter nach Art. 24 Abs. 1 lit. c GwG und unter Hinweis auf § 40 Abs. 2 und 3 der Statuten bestimmte fachliche Anforderungen erfüllen müssten (act. 8 Rz 2 f., act. 10 Rz 5 f.). Schliesslich seien die Statuten von der FINMA genehmigt worden. Die auf der Schiedsrichterliste aufgeführten Personen seien sodann bis vor einigen Jahren ebenfalls durch die FINMA abgeseignet worden. Seither habe lediglich eine Meldung zu erfolgen, wobei sich die FINMA deren Ablehnung infolge fehlender Unabhängigkeit vorbehalte (act. 8 Rz 2, act. 10 Rz 5). Der Gesuchsgegner erfülle öffentlich-rechtliche Aufgaben im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. b GwG. Soweit sich aus den öffentlich-rechtlichen Anforderungen Besonderheiten ergäben, seien diese auch aus dem Blickwinkel der ZPO als zulässig zu betrachten (act. 10 Rz 7 ff.).

Beim Gesuchsgegner handelt es sich um eine als zivilrechtlicher Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB organisierte Selbstregulierungsorganisation, welche von Art. 24 f. GwG erfasst wird und welcher gesetzliche Aufgaben übertragen wurden (vgl. act. 3/7). Gemäss § 2 der Statuten (act. 3/2 und act. 3/26) liegt der Sinn und Zweck des Gesuchsgegners eben gerade in der Erfüllung der im Geldwäschereigesetz vorgesehenen Aufgaben sowie - gegenüber den als Mitgliedern angeschlossenen Finanzintermediären - in der Übernahme der gesetzlichen Aufsichts- und Überwachungspflichten. Zutreffend ist damit die Feststellung des Gesuchsgegners und des abgelehnten Dr. C._____, dass dem Gesuchsgegner öffentlich-rechtliche Aufgaben übertragen wurden. Ebenfalls berechtigt ist damit die aufgeworfene Frage, ob die Bestellung eines Schiedsgerichts allein nach den Regeln der schweizerischen Zivilprozessordnung unter diesen Umständen gerechtfertigt ist. Zwar handelt es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beim Verhältnis zwischen der Selbstregulierungsorganisation und dem Finanzintermediär um eine privatrechtliche Angelegenheit, weshalb für das Schiedsverfahren neben den SRO-Bestimmungen ebenfalls die Art. 372 ff. ZPO einschlägig sind (Entscheid BuG 2C_867/2015 vom 13 Dezember 2016, E. 1.4.3; vgl. auch Entscheide Bundesverwaltungsgericht B_6737/2014 vom 17. Februar 2016, E. 3.7.1 sowie B-2534/2017 vom 5. September 2017,

E. 2.4.; GwG-Handkommentar Stämpfli-Zysset, Art. 25 N 3 und 53 mit weiteren Hinweisen; Kuster, Zur Rechtsnatur der Sanktionsentscheide von Selbstregulierungsorganisationen und der Schweizer Börse, in: AJP 2005, S. 1502 ff.; Botschaft GwG, BBl 1997 S. 1165; a.M. noch Beschluss Obergericht ZH vom 14. März 2005 E. 3, publiziert in ZR 104 [2005] Nr. 47). Jedoch erfüllen Selbstregulierungsorganisationen ungeachtet der privatrechtlichen Natur ihrer Organisation und des privatrechtlichen Charakters der von ihnen ausgesprochenen Sanktionen bei Verletzung der gesetzlichen bzw. regulatorischen Vorgaben eine öffentliche bzw. öffentlich-rechtliche Aufgabe und nehmen in diesem Rahmen ihnen übertragene staatliche Kompetenzen wahr (vgl. BGE 143 II 162 E. 2.3.; Entscheid Bundesverwaltungsgericht B-2534/2017 vom 5. September 2017, E. 2.3). Insoweit kann das öffentliche Recht einen Einfluss auf die privatrechtlichen Vorschriften haben, wenn es sich um Organisationen handelt, welche öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes zu erfüllen haben (vgl. auch Entscheid Bundesverwaltungsgericht B-7234/2015 vom 6. Dezember 2017, E. 2.2.2; Entscheid BuG 2C.887/2010 vom 28. April 2011, E. 6.1 und 9.3 f.).

Der Gesuchsgegner nimmt - wie dargelegt - öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr, indem er für die Einhaltung der in Art. 24 Abs. 1 lit. b GwG i.V.m. Art. 3 ff. GwG aufgelisteten Aufgaben verantwortlich ist, namentlich dafür, dass die angeschlossenen Finanzintermediäre ihren Pflichten nach Art. 3 ff. GwG (Einhaltung von generellen Sorgfaltspflichten, Pflichten bei Geldwäschereiverdacht, Informationsherausgabe) nachkommen, und Regelungen dazu, wie die Einhaltung der erwähnten Pflichten kontrolliert und sanktioniert werden, zu erlassen hat (§ 25 Abs. 3 GwG). Die Selbstregulierungsorganisationen werden hinsichtlich ihrer Pflichterfüllung von der FINMA überwacht (§ 18 Abs. 1 GwG). Auch das massgebliche Schiedsgericht entscheidet in Sanktionsfällen unter anderem in Anwendung des öffentlichen Rechts des Bundes (vgl. act. 3/2 § 38 Abs. 7, act. 3/26 § 38 Abs. 7). Aufgrund der Pflicht zur Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben bestehen durchaus berechtigte Gründe, wo notwendig von den in Art. 360 ff. ZPO vorgesehenen Bestimmungen abzuweichen. Dieser Grundgedanke verfolgte wohl auch das

Obergericht des Kantons Zürich in seinem Beschluss vom 14. März 2015, in welchem es den öffentlich-rechtlichen Charakter des Verhältnisses zwischen der Selbstregulierungsorganisation sowie den Finanzintermediären bejahte (ZR 104 [2005] Nr. 47).

- 3.8. Zu berücksichtigen gilt im Weiteren, dass die mit der Kontrolle betrauten Schiedsrichter die in Art. 24 Abs. 1 lit. c GwG vorgesehenen gesetzlichen Anforderungen erfüllen müssen, namentlich die erforderlichen Fachkenntnisse im Sinne von § 40 der Statuten aufweisen, Gewähr für eine einwandfreie Prüfungstätigkeit bieten und von der Geschäftsleitung und der Verwaltung der zu kontrollierenden Finanzintermediäre unabhängig sein müssen. Die Schiedsgerichtsmitglieder haben damit über ihre Unabhängigkeit hinaus weitere Anforderungen zu erfüllen. Die Erfüllung dieser Pflichten wäre bei der Bestellung eines ad-hoc Schiedsgerichts, bei welchem jede der Parteien ein Schiedsgerichtsmitglied ernennt und diese gemeinsam den Obmann bezeichnen, nicht zwingend gewährleistet. Vor allem kommt die Bestellung eines ad-hoc Schiedsgerichts und damit die Ernennung nach den Regeln der Zivilprozessordnung aber auch deshalb nicht in Frage, weil dadurch eine Absegnung durch die FINMA, welche zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der potentiellen Schiedsgerichtsmitglieder erfolgt, ausgeschlossen würde bzw. zu einer wesentlichen zeitlichen Verzögerung des Schiedsverfahrens führen könnte. Ein solches Vorgehen ist daher unpraktikabel.
- 3.9. Die Gesuchstellerin konnte bei der Erstellung der Schiedsrichterliste als solche zwar nicht mitwirken. Dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Parteien wurde jedoch insoweit Rechnung getragen, als ihr und den übrigen Vereinsmitgliedern in den Statuten des Gesuchsgegners das Recht eingeräumt wurde, maximal zwei Schiedsrichter ohne Begründung von der Verlosung auszuschliessen (act. 3/2 § 36 Ziff. 6, act. 3/26 § 36 Ziff. 6). Im Weiteren steht der Vereinsversammlung nach § 27 lemma 4 der Statuten die Befugnis zu, Schiedsrichter von der Liste abuberufen (act. 3/2 und act. 3/26). Der Gesuchstellerin wurde damit im Rahmen des Möglichen das Recht eingeräumt, an der Bestellung des konkreten Schiedsgerichts mitzuwirken.

3.10. Auch das Bundesverwaltungsgericht erachtete in einem bei ihm durchgeführten Verfahren zwischen den Parteien die Vereinbarung einer Schiedsgerichtsklausel nicht als unzulässig, sondern ging von deren Gültigkeit aus (Entscheid Bundesverwaltungsgericht Nr. B-2534/2017 vom 5. September 2017, E. 3.2).

3.11. Damit ist festzuhalten, dass die in den Statuten des Gesuchsgegners enthaltene Vereinbarung eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Parteien - einschliesslich der Bestimmungen zur Zuständigkeit des Einzelschiedsgerichts betreffend Ablehnungsbegehren – trotz der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Verzichts auf ein paritätisch zusammengesetztes und unabhängiges Gericht im Voraus (vgl. Art. 368 ZPO) gültig zustande gekommen und daher auf das Gesuch mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten ist.

4.1. Selbst wenn auf das Gesuch einzutreten wäre, so wäre es als gegenstandslos geworden abzuschreiben, wie den nachfolgenden Erwägungen entnommen werden kann.

Ein Prozess wird gegenstandslos, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtshängigkeit während des Prozesses definitiv wegfällt, d.h. das schützenswerte Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO nachträglich dahinfällt (BK ZPO-Killias, Art. 242 N 1 f.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, § 23 N 32). Art. 242 ZPO ist sinngemäss auch im summarischen Verfahren anwendbar (Art. 219 ZPO). Im Falle der Gegenstandslosigkeit schreibt das Gericht das Verfahren ab.

4.2. In seiner Eingabe vom 7. August 2017 erklärte der Abgelehnte Prof. Dr. C._____, er stehe im massgeblichen Schiedsverfahren nicht mehr als Sekretär zur Verfügung (act. 8 Rz 10). Damit erwiese sich das vorliegende Verfahren, würde auf das Gesuch eingetreten, als gegenstandslos und wäre abzuschreiben.

V.

1. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Verfahren ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'000.- festzusetzen. Die Kosten sind entsprechend dem Ausgang des Verfahrens der Gesuchstellerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO) aufzuerlegen. Sie sind mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen (BSK ZPO-Rüegg, Art. 98 N 7). Im Mehrbetrag ist der Gesuchstellerin der Kostenvorschuss zurückzuerstatten.
2. Die Gesuchstellerin ist sodann in Anwendung von § 15 Abs. 1 AnwGebV zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für seine Aufwendungen, welche zum allergrössten Teil bis zum 31. Dezember 2017 angefallen sind, eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu leisten.
3. Gemäss Art. 369 Abs. 3 ZPO obliegt der Entscheid über die Ablehnung eines Schiedsrichters - wenn die Parteien wie vorliegend nichts anderes vereinbart haben - dem nach Art. 356 Abs. 2 ZPO zuständigen staatlichen Gericht als einziger Instanz. Nach Art. 369 Abs. 5 ZPO kann der Entscheid über die Ablehnung nur zusammen mit dem ersten Schiedsspruch angefochten werden.

Nach Auffassung des Bundesgerichts sollen Entscheide staatlicher Gerichte über ein Ablehnungsgesuch nicht mehr überprüfbar, also absolut endgültig sein (BGE 128 III 330, 332). Dieser Entscheid erging jedoch zu Art. 180 Abs. 3 IPRG. In der Lehre sind die Auffassungen dazu im Zusammenhang mit Art. 180 Abs. 3 IPRG geteilt. Ein Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass auch die Ablehnungsentscheide staatlicher Gerichte indirekt mit dem Schiedsspruch angefochten werden können. Andere sprechen sich dagegen aus (vgl. BSK ZPO-Weber-Stecker, Art. 369 N 36 f. mit Hinweisen).

Der Botschaft ist zu entnehmen, dass Art. 369 Abs. 5 ZPO auch für die staatlichen Gerichte anwendbar ist, die einen Ablehnungsentscheid fällen (S. 7397). Der Gesetzgeber hat sich also für eine indirekte Überprüfbarkeit von Ablehnungsentscheiden staatlicher Gerichte entschieden. Entsprechend

steht gegen den vorliegenden Entscheid kein Rechtsmittel zur Verfügung, er kann jedoch mit der Schiedsbeschwerde gegen den (nächstmöglichen) Schiedsspruch nach Art. 392 i.V.m. Art. 393 lit. a ZPO angefochten werden (ebenso: BSK ZPO-Weber-Stecher, Art. 369 N 38; Kurzkommentar ZPO-Dasser, Art. 369 N 10; ZK ZPO-Pfisterer, Art. 369 N 11).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Ablehnungsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss der Gesuchstellerin zurückerstattet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für seine Aufwendungen im vorliegenden Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'400.- (inkl. MwSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung, je gegen Empfangsschein, an:
 - den Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, zweifach, für sich und zuhanden der Gesuchstellerin,
 - den Rechtsvertreter des Gesuchsgegners, zweifach, für sich und zuhanden des Gesuchsgegners,
 - den abgelehnten Dr. C._____,
 - die Obergerichtskasse.

Zürich, 3. Juli 2018

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu

versandt am: