

# Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



---

Geschäfts-Nr.: PG110012-O/U

Mitwirkend: der Obergerichtspräsident Dr. H.A. Müller, Oberrichterin  
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Burger sowie die Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. A. Leu-Zweifel

## **Beschluss vom 7. Februar 2012**

in Sachen

**Verein A.\_\_\_\_\_**,  
Gesuchsteller und Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH**,  
Gesuchsgegnerin und Beklagte

betreffend **Einsetzung eines Schiedsgerichtmitglieds**

**Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 27. Dezember 2011 liess der Verein A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) durch seinen Rechtsvertreter ein Gesuch um Ernennung eines Einzelschiedsrichters einreichen und folgende Anträge stellen (act. 1 S. 2):

"1. Es sei gestützt auf Ziffer 11 des Franchisevertrages vom 22. Juni bzw. 5. September 2005 der Schiedsrichter zu bezeichnen;

2. Es sei der bezeichnete Schiedsrichter aufzufordern, das Verfahren gemäss Art. 372 ZPO durchzuführen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Zur Begründung liess der Gesuchsteller ausführen, er sei Inhaber der Marke "A.\_\_\_\_\_", welche am tt. März 1997 beim Eidgenössischen Institut für geistiges Eigentum für verschiedene Klassen hinterlegt worden sei. Am 22. Juni bzw. 5. September 2005 hätten er und die B.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) einen Franchisevertrag abgeschlossen, welcher die Gesuchsgegnerin berechtigt habe, unter der Bezeichnung "A.\_\_\_\_\_" einen Beherbergungsbetrieb zu führen. Nach erfolgter Kündigung des Vertrages durch den Gesuchsteller am 23. Juni 2010 habe die Gesuchsgegnerin trotz mehrfacher Abmahnung die Marke "A.\_\_\_\_\_" weiterhin benützt, weshalb die Rechtsansprüche gerichtlich durchgesetzt werden müssten. Entsprechend der Vereinbarung der Parteien in Ziffer 11 des Franchisevertrages könne zur Bestellung des Schiedsrichters der Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich angerufen werden (act. 1).

2. Seit dem 1. Januar 2011 gilt in der Schweiz die neue schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Zivilprozessordnungen ablöst. Die Schweizerische Zivilprozessordnung sowie das kantonale Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) gelangen zur Anwendung, wenn das betreffende Verfahren - wie das Vorliegende - am 1. Januar 2011 noch nicht rechtshängig war.

3. Örtlich zuständig für die Ernennung von Schiedsrichtern nach Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO ist das staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 18), vorliegend somit das staatliche Gericht im Kanton Zürich. Sachlich zuständig ist sodann gemäss § 46 GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 (LS 212.51) die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich.
  
4. Als Verfahrens- und Vollstreckungsrecht ist das Zivilprozessrecht öffentliches und grundsätzlich zwingendes Recht. Dementsprechend können die Parteien von den Bestimmungen in der Zivilprozessordnung nicht abweichen, soweit dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen wird (Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010, § 3 N 24 f.). Die schweizerische Zivilprozessordnung enthält in Art. 353 ff. Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit für Fälle, welche nicht unter das zwölfte Kapitel des IPRG fallen. Dabei regelt Art. 362 ZPO die Ernennung von Schiedsrichtern durch das staatliche Gericht. Dieser Bestimmung zufolge nimmt das nach Artikel 356 Absatz 2 ZPO zuständige staatliche Gericht auf Antrag einer Partei die Ernennung eines Schiedsrichters vor, wenn die Schiedsvereinbarung keine andere Stelle für die Ernennung vorsieht oder diese die Mitglieder nicht innert angemessener Frist ernennt und die Parteien sich über die Ernennung des Einzelschiedsrichters oder des Präsidenten nicht einigen (Art. 362 Abs. 1 lit. a ZPO) bzw. eine Partei die von ihr zu bezeichnenden Mitglieder nicht innert 30 Tagen seit Aufforderung ernennt (Art. 362 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese Bestimmung lässt keinen Raum für eine anderweitige, abweichende Vorgehensweise bei der Bestellung eines Schiedsgerichts. Die Ernennung eines Schiedsrichters durch das staatliche Gericht auf Antrag einer Partei setzt damit voraus, dass sich die Parteien nicht auf eine Person haben einigen können. Die antragstellende Partei muss somit die Einigung mit der Gegenpartei zumindest gesucht haben, wobei Letztere innert angemessener Frist nicht einlenkte (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 9; vgl. auch unter bisherigem Recht Art. 12 KSG [Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, SR 279]).

5. Die Parteien des vorliegenden Verfahrens haben als Franchisenehmer und Franchisegeber im Jahre 2005 einen Franchisevertrag abgeschlossen, in dessen Ziffer 11 vereinbart wurde, dass alle aus dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten durch einen Schiedsrichter mit Sitz in Zürich entschieden würden, den die Parteien gemeinsam zu bezeichnen hätten oder den der Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich auf Begehren einer Partei zu ernennen habe. Weiter wurde als anwendbares Recht schweizerisches Recht vereinbart (act. 3/3 S. 7). Die Vertragsklausel sieht somit eine alternative Bestellmöglichkeit eines Schiedsrichters durch die Vertragsparteien oder das staatliche Gericht vor und widerspricht damit Art. 362 ZPO insofern, als diese Bestimmung den staatlichen Richter für die Bestellung eines Schiedsgerichts nur subsidiär als zuständig erklärt, namentlich dann, wenn dem Gesuch ein erfolgloser Einigungsversuch der Parteien voranging (Art. 362 Abs. 1 lit. a ZPO). Wie dargelegt können Parteien im Rahmen der Festlegung der Ernennung von Schiedsrichtern das in Art. 362 ZPO vorgesehene Verfahren vertraglich nicht wegbedingen. Bevor der Gesuchsteller daher das staatliche Gericht zur Bestellung eines Schiedsrichters anrufen kann, hat er zu versuchen, sich mit der Gesuchsgegnerin über dessen Bestellung zu einigen. Erst gestützt auf den Nachweis eines missglückten Einigungsversuchs obliegt die Bestellung des Schiedsrichters dem staatlichen Gericht. Auf das Gesuch um Ernennung eines Schiedsrichters ist damit mangels Erfüllung der Voraussetzung in Art. 362 Abs. 1 lit. a ZPO nicht einzutreten.
6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens auf Fr. 2'000.- festzusetzen und dem Gesuchsteller aufzuerlegen (§ 13 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010). Prozessentschädigungen sind keine auszurichten.
7. Gegen negative Ernennungsentscheide steht den Parteien die Beschwerde ans Bundesgericht zu (BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 45). Dies hat auch für den Fall eines negativen Prozessentscheides zu gelten.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf das Gesuch um Bestellung eines Schiedsgerichts wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 2'000.- festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, der Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 1.

5. Rechtsmittel:

Eine allfällige Beschwerde gegen diesen Entscheid ist **innert 30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (ordentliche Beschwerde) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 7. Februar 2012

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu-Zweifel

versandt am: