



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ERZ 11 19

Chur, 05. April 2011

Schriftlich mitgeteilt am:
27. April 2011

Verfügung

Einzelrichter in Zivilsachen

Vorsitz Präsident Brunner
Redaktion Aktuar Pers

Im Gesuch

der A. AG, der B. AG, der C. AG, der D. AG und der E. AG,
Gesuchstellerinnen, alle vertreten durch Rechtsanwalt LL.M. Thomas Brack,
Talacker 50, 8001 Zürich,

gegen

die G. AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. L., Talacker 50, 8022 Zürich, und
die H. AG, Gesuchsgegnerinnen, gegen die Gesuchstellerinnen,

betreffend Ernennung eines Schiedsrichters.

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A.1. Der zwischen den Parteien geschlossene Zusammenarbeitsvertrag vom 30. Juni 1999 enthält in Ziff. 32 eine Schiedsklausel, wonach bei Meinungsverschiedenheiten unter den Vertragsparteien ein Schiedsgericht mit Sitz in Z. im Rahmen des Schweizer Rechts nach Billigkeit entscheiden soll. Das Schiedsgericht besteht gemäss dieser Bestimmung aus 5 Mitgliedern, von welchen die „affilierten Partner“ (A. AG [vormals AA. AG], B. AG, C. AG [vormals CC. AG], D. AG [vormals DD.], E. AG) zwei Mitglieder, die F. AG (vormals FF. AG) ein Mitglied sowie die G. AG und die H. AG (vormals HH. AG) ein Mitglied bestimmen. Diese ernennen in der Folge mit Mehrheitsentscheid den Obmann.

2. Aufgrund von Meinungsverschiedenheiten betreffend die Bewirtschaftung des Anzeigengeschäfts für die „I.“ leiteten die A. AG, die B. AG, die C. AG, die D. AG und die E. AG (nachfolgend Gesuchstellerinnen) am 17. November 2010 das Schiedsverfahren ein und ernannten als eigene Schiedsrichter J. und Rechtsanwalt Dr. K..

3. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 lehnte die F. AG/H. AG die von den Gesuchstellerinnen ernannten Schiedsrichter ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, K. und J. seien nicht geeignet, die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit ländlicher Medienunternehmen als oberstes Ziel dieser Schiedsklage zu verfolgen. Gleichzeitig setzten sie die Gesuchstellerinnen darüber in Kenntnis, dass die G. AG und die H. AG sich nicht auf den ihnen zustehenden Schiedsrichter hätten einigen können. Mit Schreiben vom gleichen Tag informierte Dr. L. im Auftrag der G. AG die Gesuchstellerinnen ebenfalls über diesen Sachverhalt und erhob – da seiner Klientin nicht bekannt sei, welche Stellungnahme diesbezüglich die H. AG abgebe – vorsorglich Protest gegen einen von dieser Stelle allenfalls benannten Schiedsrichter.

B. Mit Eingabe vom 14. Januar 2011 reichten die Gesuchstellerinnen beim Einzelrichter am Kantonsgericht von Graubünden ein Gesuch mit folgenden Anträgen ein:

- „1. Es sei vom Präsidenten des Kantonsgerichts Graubünden in Anwendung von Ziff. 32 des Zusammenarbeitsvertrages vom 30. Juni 1999 (nachfolgend „der Zusammenarbeitsvertrag“) hilfweise ein unabhängiger und unparteilicher Schiedsrichter für das von den Gesuchstellern am 17. November 2010 unter dem Zusammenarbeitsvertrag eingeleitete Schiedsverfahren (nachfolgend „das Schiedsverfahren“) zu benennen bzw. einzusetzen;*

2. *Eventualiter, für den Fall dass der Präsident des Kantonsgerichts Graubünden die Benennung / Einsetzung gemäss Antrag Nr. 1 vorstehend nicht in eigenem Namen vornehmen kann oder will, sei das Gesuch und der Entscheid über Antrag Nr. 1 vorstehend an den Einzelrichter des Kantonsgerichts Graubünden (Vorsitzender II. Zivilkammer) zu überweisen;*
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner.“*

C.1. Mit Stellungnahme vom 28. Januar 2011 beantragte die G. AG, den gesuchstellerischen Anträgen zu entsprechen. Sie habe sich redlich bemüht, der H. AG und insbesondere deren Verwaltungsratspräsidenten einen genehmen gemeinsamen Parteischiedsrichter vorzuschlagen. Ihr Vorschlag habe auf Dr. M. gelautet, der in verschiedensten Druck- und Verlagshäusern im Verwaltungsrat sitze und ein herausragender Kenner der Zeitungsbranche in der Schweiz sei. Demgegenüber habe die H. AG N. gewünscht, welcher unter anderem als Präsident der O. amtiere. Trotz unbestrittener Branchenkenntnisse könne dieser im vorliegenden Verfahren nicht als unabhängig und unparteilich gelten. Erst vor etwas mehr als einem Jahr hätten sie (die G. AG) und das von N. geführte Medienhaus (O.) nach intensiven, sehr schwierigen und spannungsgeladenen Verhandlungen eine Einigung über die neue Form der Zusammenarbeit erzielen können. Als Folge davon sei es auf Seiten der G. AG unter anderem zu einem massiven Stellenabbau gekommen. N. habe in diesen Verhandlungen eine zentrale Rolle gespielt, weshalb es schlicht nicht denkbar sei, dass er nun im Rahmen eines Verfahrens zwischen einem anderen Medienhaus und ihr die Rolle eines unbefangenen und unparteilichen Schiedsrichters ausüben könne. Unter diesen Voraussetzungen sei es ihr leider nicht gelungen, sich mit der H. AG auf einen gemeinsamen Parteischiedsrichter zu einigen.

2. Die H. AG stellte mit Vernehmlassung vom 07. Februar 2011 den Antrag, das Gesuch zurückzuweisen bzw. nicht darauf einzutreten; eventualiter seien die Anträge allesamt abzuweisen. Zur Begründung wird ausgeführt, da sie das Schiedsgericht nicht angerufen habe und auch nicht im Sinn habe, dieses anzurufen, bleibe den Gesuchstellerinnen gestützt auf Ziff. 33 des Zusammenarbeitsvertrags nur die Möglichkeit, sich an ein ordentliches Gericht zu wenden. Damit seien das Gesuch um Ernennung eines Schiedsrichters gegenstandslos und der angerufene Einzelrichter am Kantonsgericht hierfür nicht zuständig. Überdies würden die von den Gesuchstellerinnen bemängelten Unstimmigkeiten durch den Unterakkordanzvertrag vom 20. März 2007 geregelt, welcher indes keine Schiedsklausel zum Inhalt habe, weshalb das Schiedsgericht auch aus diesem Grund nicht angerufen werden könne.

D. Mit Verfügung vom 14. Februar 2011 forderte der Einzelrichter am Kantonsgericht von Graubünden die Gesuchsgegnerinnen auf, bis zum 09. März 2011 drei (weitere) Schiedsrichter oder Schiedsrichterinnen mit der notwendigen Unabhängigkeit zur Auswahl vorzuschlagen, damit das Verfahren – nebst der Beurteilung verschiedener aufgeworfener Rechtsfragen – in einem Zug durchgeführt werden kann.

E. Dieser Aufforderung kamen die Gesuchsgegnerinnen mit jeweiligen Schreiben vom 09. März 2011 nach. Ergänzend beantragte die H. AG, sie sei von einem Schiedsverfahren zu befreien, da die unterschiedlichen Vertragsauffassungen zwischen den Gesuchstellerinnen, der G. AG und der I. AG bestünden. Ferner sei die Schiedsklage der Affilierten nicht zuzulassen, da die P. AG, welche am 08. April 2008 als sechste affiliierte Partnerin in den Zeitungsverbund I. aufgenommen worden sei, darin nicht aufgeführt sei.

Mit Vernehmlassung vom 25. März 2011 teilten die Gesuchstellerinnen dem Einzelrichter am Kantonsgericht von Graubünden mit, dass gegen die von den Gesuchsgegnerinnen vorgeschlagenen Schiedsrichter keine Einwände erhoben würden. Was die ergänzenden Ausführungen der H. AG betreffe, so seien diese für das vorliegende Hilfsverfahren irrelevant und somit nicht zu beachten. Es gehe einzig und allein um die hilfsweise Bestellung und Konstituierung des im Zusammenarbeitsvertrag vorgesehen Schiedsgerichts. Eine Ablehnung des Schiedsverfahrens sei im Rahmen des vorliegenden Hilfsverfahrens nicht möglich.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, welches Recht vorliegendenfalls zur Anwendung gelangt. Die Gesuchstellerinnen vertreten die Auffassung, das vorliegende Verfahren richte sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272), wohingegen die H. AG der Ansicht ist, die bisherige Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO-GR; BR 320.000) gelange zur Anwendung.

a. Gemäss Art. 356 Abs. 2 lit. a der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ist ein vom Sitzkanton bezeichnetes Gericht als einzige Instanz für die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und

Ersetzung der Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter zuständig. Bei dieser unterstützenden Tätigkeit handelt es sich um ein sog. staatliches Hilfsverfahren (Urs Weber-Stecher, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 12 zu Art. 356 ZPO). Hilfsverfahren, die nach Inkrafttreten der ZPO eingeleitet werden, richten sich gestützt auf Art. 407 Abs. 4 ZPO nach dem neuen Recht, und zwar auch dann, wenn das Schiedsverfahren, auf welches sie sich beziehen, bereits vor dem Inkrafttreten der ZPO hängig gemacht wurde (Daniel Girsberger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 6 zu Art. 407 ZPO; Stephan Netzle, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, N 4 zu Art. 407 ZPO). Das vorliegende Hilfsverfahren wurde mit Eingabe des Gesuchs um Ernennung eines Schiedsrichters vom 14. Januar 2011 und somit nach Inkrafttreten der ZPO eingeleitet, womit die Verfahrensbestimmungen der Schweizerischen ZPO zur Anwendung gelangen. – In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass, obschon das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG; SR 279) mit Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurde (Art. 402 ZPO und Anhang 1), in der Praxis weiterhin auf die bewährte Lehre und Rechtsprechung zum KSG abgestellt werden kann (Daniel Girsberger/Philipp Habegger/Michael Mráz/Urs Weber-Stecher, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Vor Art. 353-399 ZPO; Werner Wenger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, N 18 zu Vorbemerkungen zum Art. 353 ZPO).

b. Wie bereits erwähnt, ist für das Hilfsverfahren nach Art. 356 Abs. 2 ZPO ein vom Sitzkanton bezeichnetes Gericht als einzige kantonale Instanz zuständig. Da die Parteien im Zusammenarbeitsvertrag Z. als Sitz des Schiedsgerichts bestimmt haben, ist Graubünden Sitzkanton im Sinne der genannten Bestimmung. Art. 6 Abs. 2 lit. b des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100) bestimmt diesbezüglich, dass das Kantonsgericht in einzelrichterlicher Kompetenz über Schiedsgerichtssachen mit Ausnahme der Beurteilung von Beschwerden und Revisionsgesuchen entscheidet. Demnach ist die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Kantonsgericht für die vorliegende Konstituierung des Schiedsgerichts gegeben.

2.a. Die H. AG erhebt sinngemäss Einreden gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, indem sie auf Ziff. 33 des Zusammenarbeitsvertrags verweist, gemäss welcher unter anderem die staatlichen Gerichte zuständig seien, wenn eine Partei befugtermassen auf die Anrufung des Schiedsgerichts verzichte. Sie selbst habe das Schiedsgericht nicht angerufen und habe auch nicht im Sinn,

dieses anzurufen, so dass ein solches nicht zuständig sein könne und den Gesuchstellerinnen lediglich die Möglichkeit bleibe, sich an ein ordentliches Gericht zu wenden. Andererseits weist sie auf den sog. Unterakkordanzvertrag vom 20. März 2007 hin, welcher nicht gekündigt und noch in Kraft sei. Dieser beinhalte im Gegensatz zum Zusammenarbeitsvertrag gerade keine Schiedsklausel. Da sich die zwischen den Parteien bestehende Unstimmigkeit jedoch klar, deutlich und unmissverständlich auf den Unterakkordanzvertrag beziehe, könne das Schiedsgericht auch aus diesem Grund nicht angerufen werden. Die Gesuchsgegnerin spricht damit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache an, welche sie mit ihren Einwänden in Abrede stellt.

b. Werden die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, ihr Inhalt, ihre Tragweite oder die richtige Konstituierung des Schiedsgerichts vor dem Schiedsgericht bestritten, so entscheidet dieses darüber mit Zwischenentscheid oder im Entscheid über die Hauptsache (Art. 359 Abs. 1 ZPO). Art. 359 ZPO regelt das Verfahren zur Bestimmung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit (Girsberger, a.a.O., N 1 zu Art. 359 ZPO) und begründet die Kompetenz des Schiedsgerichts, über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden (sog. Kompetenz-Kompetenz), falls diese bestritten wird (Markus Müller-Chen/Rahel Egger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, N 2 zu Art. 359 ZPO; Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 234 und Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1999, S. 48 mit Hinweisen). Für Verfahren, bei welchen noch das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung findet, wird dies in Art. 8 des Konkordats inhaltsgleich geregelt. Die Kompetenz-Kompetenz ist relativ, weil der Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichts gemäss Art. 392 lit. b in Verbindung mit Art. 393 lit. b und Art. 389 ZPO der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegt, welches bei der Überprüfung über volle Kognition verfügt (Girsberger, a.a.O., N 6 f. zu Art. 359; Müller-Chen/Egger, a.a.O., N 4 und 40 zu Art. 359 ZPO; vgl. zum Ganzen auch Werner Wenger/Markus Schott, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, N 2 zu Art. 186 IPRG; Anton Heini, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N 1 und 4 zu Art. 186 IPRG). Nicht zuständig für die Beurteilung dieser Frage ist dagegen der Einzelrichter im Rahmen der Ernennung eines Schiedsrichters, wie dies vorliegend der Fall ist.

c. Weiter beantragt die H. AG im Schreiben vom 09. März 2011, die Schiedsklage der Affilierten nicht zuzulassen. Entgegen den Ausführungen der

Gesuchstellerinnen in deren Eingabe vom 17. November 2010, wo festgehalten worden sei, dass alle affilierten Partner die Schiedsklage eingeleitet hätten, sei nämlich die P. AG, welche am 08. April 2008 als sechste affiliierte Partnerin in den Zeitungsverbund I. aufgenommen worden sei, darin nicht aufgeführt. Gemäss Ziff. 31 des Zusammenarbeitsvertrags könne sich jedoch nur die gesamte einfache Gesellschaft – da diese Vertragspartnerin sei – auf diesen berufen, nicht indessen die einzelnen Unternehmen. – Dieses Vorbringen ist grundsätzlich verspätet, da es bereits in der Vernehmlassung hätte erhoben werden können. Darüber hinaus ist die Aktivlegitimation der Parteien eine Frage des materiellen Rechts, über welche ebenfalls das Schiedsgericht zu befinden hat (vgl. Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, N 5.57 und 7.89 f.). Gleiches gilt hinsichtlich des Antrags der G. I. AG, wonach sie von einem Schiedsverfahren zu befreien sei, weil die unterschiedlichen Vertragsauffassungen lediglich zwischen den affilierten Partnern, der G. AG und der I. AG bestünden. Diese Frage beschlägt den Streitgegenstand und ist im vorliegenden Ernennungsverfahren unbeachtlich (Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 124; PKG 1997 Nr. 19 E. 2). Auch darüber wird bei erneutem Vorbringen das Schiedsgericht zu befinden haben.

3.a. Sieht die Schiedsvereinbarung keine andere Stelle für die Ernennung vor oder ernennt diese die Mitglieder nicht innert angemessener Frist, so nimmt der Einzelrichter am Kantonsgericht von Graubünden auf Antrag einer Partei die Ernennung vor, wenn eine Partei die von ihr zu bezeichnenden Mitglieder nicht innert 30 Tagen seit Aufforderung ernennt (Art. 362 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 6 Abs. 2 lit. b EGzZPO). Art. 362 ZPO ist insoweit zwingend, als die Parteien die Möglichkeit der Ernennung von Mitgliedern des Schiedsgerichts durch das zuständige staatliche Gericht in den darin geregelten Fällen nicht ausschliessen können (Philipp Habegger, Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Basel 2010, N 5 zu Art. 362 ZPO; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S 123). Das staatliche Gericht ist nach Bejahung seiner Zuständigkeit zur Vornahme der Ernennung verpflichtet, es sei denn eine summarische Prüfung ergebe, dass gar keine Schiedsvereinbarung vorliege (Art. 362 Abs. 3 ZPO). Unberücksichtigt bleiben im Ernennungsverfahren alle Einwendungen, die sich auf den Streitgegenstand selbst beziehen, wie beispielsweise der Einwand, der Streit falle nicht unter die Schiedsabrede (Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 124; PKG 1997 Nr. 19 E. 2). Im Zweifelsfall muss das Gericht die Ernennung vornehmen (Stefan Grundmann, Kommentar zur

Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, N 18 zu Art. 362 ZPO). Die Ernennung als solche, d.h. die Auswahl des Schiedsrichters, liegt dabei im freien Ermessen des Gerichts. Indessen sind Wahlvorschläge der säumigen Partei grundsätzlich zu berücksichtigen, entscheidet das Gericht doch nur wahlweise für die Partei (Habegger, a.a.O., N 22 zu Art. 362 ZPO; Grundmann, a.a.O., N 19 zu Art. 362 ZPO; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 125).

b. Da gemäss Ziff. 32 des Zusammenarbeitsvertrags als Obmann ein Jurist zu wählen ist, erscheint es vorliegendenfalls angebracht, einen ausgewiesenen Medienkenner mit dem Amt des Schiedsrichters zu betrauen. Aus diesem Grund fällt die Wahl des Einzelrichters auf Q., welcher aufgrund seiner fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen im Medienbereich hierfür besonders gut geeignet zu sein scheint. Q. hat bereits Annahme des Amts erklärt (Art. 364 Abs. 1 ZPO).

4. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie beinhalten sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Da dem Gesuch der Gesuchstellerinnen mit der vorliegenden Verfügung entsprochen wird, gehen die Prozesskosten je zur Hälfte zu Lasten der beiden Gesuchsgegnerinnen. Überdies haben sie – unter solidarischer Haftbarkeit – die anwaltlich vertretenen Gesuchstellerinnen für das vorliegende Verfahren aussergerichtlich zu entschädigen. Angesichts des hierfür notwendigen Aufwands erscheint eine aussergerichtliche Entschädigung von Fr. 2'000.-- (einschliesslich MWSt) als angemessen.

5. Bei der vorliegenden Entscheidung handelt es sich – da nicht zugleich über eine Ablehnungsfrage zu entscheiden war – lediglich um einen Zwischenentscheid und eine direkte Anfechtung ist daher nicht möglich (Grundmann, a.a.O., N 32 zu Art. 362 ZPO; Habegger, a.a.O., N 43 f. zu Art. 362 ZPO; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 125; Bernhard Berger/Franz Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 777).

III. Demnach wird erkannt:

1. Das Gesuch wird gutgeheissen und es wird Q., für die H. AG und die G. AG als Schiedsrichter gemäss Ziff. 32 des Zusammenarbeitsvertrages vom 30. Juni 1999 ernannt. Q. hat Annahme der Ernennung erklärt.
2. Die Kosten dieses Verfahrens von Fr. 1'600.-- gehen je zur Hälfte zu Lasten der H. AG und der G. AG, welche die Gesuchstellerinnen unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt Fr. 2'000.-- (einschliesslich MWSt) zu entschädigen haben.

Für die Bezahlung der Kosten wird der von den Gesuchstellerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- herangezogen. Der Restbetrag von Fr. 600.-- wird den Gesuchsgegnerinnen zu je Fr. 300.-- in Rechnung gestellt. Den Gesuchstellerinnen wird für den Betrag von Fr. 1'000.-- gegenüber den Gesuchsgegnerinnen ein Regressrecht (je Fr. 500.--) eingeräumt.

3. Mitteilung an: