

ZH_KASSATIONSGERICHT AA040103 vom 30. Mai 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-05-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA040103

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA040103 du 30 mai 2005

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA040103 del 30 maggio 2005

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 12. Oktober 2001 beantragte die Beschwerdeführerin beim Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich die Vollstreckbarerklärung von drei in Syrien ergangenen Schiedssprüchen bzw. den entsprechenden Rechtsmittelentscheiden betreffend drei Verträge (Nr. 6001, 6003, 6018) mit der Beschwerdegegnerin (ER act. 1, OG act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2002 wies der Einzelrichter das Begehren um Vollstreckbarerklärung der Schiedssprüche ab. Auf das Begehren um Vollstreckbarerklärung der Entscheide des obersten Verwaltungsgerichts der Arabischen Republik Syrien wurde nicht eingetreten. Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung von Fr. 15'000.-- zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen (OG act. 2).

E. 2

Gegen diese einzelrichterliche Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Rekurs. Die II. Zivilkammer des Obergerichts hiess mit Beschluss vom

E. 3

Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1, 10). Die Beschwerdeführerin beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids bezüglich Dispositiv Ziffern 2 bis 7 und Vollstreckbarerklärung der Urteile des obersten syrischen Verwaltungsgerichts betreffend Vertrag 6003 und Vertrag 6018, eventualiter Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Antragsgemäss wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 9. Juli 2004 hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Beschlusses aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz verzichtet auf Vernehmlassung (KG act. 12). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin (KG act. 19).

E. 4

Die Beschwerdeführerin hat gegen den vorinstanzlichen Beschluss ausserdem staatsrechtliche Beschwerde erhoben (KG act. 11). II. 1. Die Vorinstanz ging bezüglich der hier interessierenden Schiedssprüche zu den Verträgen 6003 und 6018 zusammengefasst davon aus, dass diese zu Entscheiden staatlicher Gerichte geworden seien, da sie mit einem ordentlichen Rechtsmittel beim obersten Verwaltungsgericht der Arabischen Republik Syrien angefochten worden seien. Die Vollstreckbarkeit richte sich daher nach dem IPRG (KG act. 2 S. 18 - 23). In der Folge kam sie zum Schluss, die beiden Urteile des obersten syrischen Verwaltungsgerichts seien nicht vollstreckbar, weil in den beiden

Rechtsmittelverfahren jeweils ein vorbereiteter Richter mitgewirkt habe (KG act. 2 S. 35 - 39). Dass auch der dem Berufungsentscheid betreffend Vertrag 6003 zugrunde liegende Schiedsspruch nicht vollstreckbar sei, ergebe sich ohne weiteres aus dem Devolutiveffekt und den Wirkungen des Weiterzuges

- 4 - innerhalb des Instanzenzuges. Habe die Berufungsinstanz in der Sache selbst entschieden und den Schiedsspruch abgeändert, so habe die vorinstanzliche Entscheidung neben dem Berufungsentscheid keine selbständige Existenz mehr. Was Vertrag 6018 betreffe, könne das Ergebnis auch nicht anders lauten, wenn angenommen würde, dass der diesbezügliche Schiedsspruch vollstreckbar zu erklären wäre. Nach syrischem Recht bestehe der Anspruch, Schiedssprüche mit dem Rechtsmittel der Berufung überprüfen zu lassen. Soweit im Rahmen dieser Überprüfung - jedenfalls aus Sicht des formellen ordre public - namhafte Verfahrensfehler, wie dies die Mitwirkung von vorbereiteten Richtern darstelle, vorkommen würden, könne das Ergebnis nicht anders sein, als wenn der Schiedsspruch unter Verletzung des ordre public zustande gekommen wäre, so dass auch dem Schiedsspruch die Vollstreckung zu verweigern wäre (KG act. 2 S. 38 - 39). Die Beschwerdeführerin rügt zusammenfassend, die Vorinstanz habe Art. 27 IPRG und §§ 95 ff. GVG verletzt, indem sie davon ausgegangen sei, in den beiden Berufungsverfahren hätten vorbereitete Richter mitgewirkt, so dass die Berufungsentscheide gegen den ordre public verstossen würden. In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin weiter willkürliche Beweiswürdigung und Aktenwidrigkeit sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, der richterlichen Fragepflicht, der Begründungspflicht und der Verhandlungsmaxime geltend (KG act. 1; vgl. im Einzelnen nachfolgende Erwägungen). 2. Es fragt sich zunächst, inwieweit das Kassationsgericht auf die Beschwerde eintreten kann. Das Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheide stellt keine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 44 und 46 OG dar und unterliegt damit nicht der eidgenössischen Berufung. Die Rüge der Verletzung von Bundesrecht - hier insbesondere des IPRG - ist somit im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 285 ZPO; ZR 97 Nr. 6). Hingegen prüft das Bundesgericht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemachte Verletzungen von Staatsverträgen - hier insbesondere des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ; SR 0.277.12) - mit voller Kognition; auf eine entsprechende Rüge ist im Kassationsverfahren nicht einzutreten (§ 285 ZPO; Frank/Sträuli/

- 5 - Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17b zu § 285; BGE 128 I 357). Im Verhältnis zwischen IPRG und NYÜ herrscht das Günstigkeitsprinzip, d.h. das NYÜ schliesst die Anwendbarkeit des IPRG nicht aus, sondern es gilt jeweils die für den Gläubiger günstigere Regelung (Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 673; Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N 3 zu Art. 194; Patocchi/Jermini, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 23 zu Art. 194). Insofern kann vorliegend offen bleiben, ob die Berufungsentscheide des obersten syrischen Verwaltungsgerichts tatsächlich staatliche Urteile darstellen, auf die das IPRG anwendbar ist, oder ob sie nach wie vor als Schiedssprüche zu betrachten seien, auf die das NYÜ anwendbar wäre. Im Kassationsverfahren kann jedenfalls überprüft werden, ob die Vollstreckbarerklärung nach IPRG zu Recht verweigert worden sei; allenfalls wird das Bundesgericht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde - soweit gerügt - zu

prüfen haben, ob auf die Berufungsentscheide das NYÜ zur Anwendung komme, und ob dieses für die Beschwerdeführerin zu einer günstigeren Entscheidung führen würde. Ebenso ist es Sache des Bundesgerichts, zu prüfen, ob allenfalls gar nicht die Berufungsentscheide, sondern die ihnen zugrunde liegenden Schiedssprüche massgeblich seien und infolgedessen das NYÜ zur Anwendung komme. Auf die Rüge der Verletzung von Art. 27 IPRG ist nach dem Gesagten einzutreten. II I. 1. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, auf S. 15 ihres Beschlusses führe die Vorinstanz richtig aus, dass sie in allen ihren Eingaben um Nachfrist zur Stellungnahme zu den Einwendungen der Gegenpartei nachgesucht habe. Dies habe sie deshalb getan, weil es vor beiden Vorinstanzen und bis heute nur um die Erfüllung der Formalien entweder gemäss NYÜ oder gemäss IPRG gegangen sei. Bis heute habe sie damit zu den Einwendungen der Beschwerdeführerin, insbesondere der nunmehr vom Gericht erweiterten Argumentation betref-

- 6 - fend Unabhängigkeit der Richter, keine Stellung nehmen können und müssen. Die Beschwerdegegnerin habe schon in erster Instanz, aber auch in zweiter Instanz Einwendungen gemäss Art. V NYÜ (welche in etwa den möglichen Einwendungen unter den Bestimmungen des IPRG entsprächen) erhoben. Die Vorinstanzen hätten sich jedoch ausschliesslich auf die formellen Aspekte beschränkt und hätten die Beschwerdeführerin zu einem unglaublichen Aufwand in Bezug auf Beglaubigung und Legalisierung sowie Übersetzung aller relevanten Dokumente gezwungen. Aus diesem Grund habe die Beschwerdeführerin beantragt, dass vorerst die formellen Aspekte unter Dach und Fach gebracht würden und ihr anschliessend Frist zur Stellungnahme bezüglich der Einwendungen der Beschwerdegegnerin entweder unter Art. V NYÜ oder gemäss IPRG gewährt werde. Die Vorinstanz habe die entsprechenden Anträge nicht abgelehnt. Sie habe offenbar vergessen, der Beschwerdeführerin die verlangte Frist zur Stellungnahme zu den materiellen Aspekten einzuräumen. Die Beschwerdeführerin habe sich bis heute nicht zu den Einwendungen der Beschwerdegegnerin, insbesondere zu den massgeblichen Einwendungen betreffend Unabhängigkeit der Richter äussern können. Darauf hinzuweisen sei insbesondere, dass die Beschwerdegegnerin die mangelnde Unabhängigkeit der Richter und die Verletzung des formellen ordre public in ihrer Rekursantwort vom 1. April 2003 zwar gerügt habe, dies aber wenig detailliert getan habe. Die Beschwerdegegnerin habe ihre Rüge betreffend fehlender Unabhängigkeit der beiden Richter A. und B. nicht weiter substantiiert. Die Vorinstanz sei wesentlich über die Behauptungen und Rügen der Beschwerdegegnerin hinausgegangen. Sie habe dies von Amtes wegen getan, obwohl sie dies nur auf substantiierte Rüge der Beschwerdegegnerin hin hätte tun dürfen. Die Vorinstanz habe die Interpretationen der Bestimmungen zur Unabhängigkeit von Richtern ausgedehnt und sich auf die in Lehre und Rechtsprechung nicht gestützte Vorbefassung bei kreuzweiser Beteiligung in Parallelverfahren eingeschossen. Trotzdem habe sie der Beschwerdeführerin keine Möglichkeit gegeben, auf die Einwendungen und die ordre public Argumente der Beschwerdegegnerin in ihrer Rekursantwort vom 1. April 2003 Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz habe in ihrer Verfügung vom 16. Juli 2003 die Beschwerdeführerin nur aufgefordert, ihre Ausführungen betreffend der Anwendbarkeit des NYÜ bzw. des IPRG zu er-

- 7 - gänzen und die Formalien im Sinne des IPRG zu erfüllen. Damit habe sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Indem sie der Beschwerdeführerin trotz ausdrücklichen Ersuchens keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Einwendungen

gegeben habe, habe sie schliesslich die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO verletzt (KG act. 1 S. 7-11). b) aa) Mit der Rüge, die Vorinstanz sei über die unsubstantiierten (so die Beschwerdeführerin) Einwendungen der Beschwerdegegnerin hinausgegangen und habe die Frage der Vorbefassung der syrischen Richter von Amtes wegen berücksichtigt, macht die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 54) bzw. eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 IPRG geltend. Die in Art. 27 Abs. 2 IPRG aufgeführten Verweigerungsgründe (unter Einschluss des verfahrensrechtlichen ordre public) sind nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen, sondern durch eine Partei geltend zu machen (Berti/Schnyder, Basler Kommentar, a.a.O., N 29 zu Art. 27; Volken, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 25, 60, 70 zu Art. 27; BGE 116 II 630). bb) Die Vorinstanz wies die Begehren um Vollstreckbarerklärung der Entscheidungen des obersten Verwaltungsgerichts der Arabischen Republik Syrien betreffend Vertrag 6003 vom 28. Dezember 1998 und betreffend Vertrag 6018 vom 21. Dezember 1998 deshalb ab, weil die beiden Mitglieder dieses Gerichts Richter B. und A. vorbefasst gewesen seien. Am Berufungsverfahren Nr. 475/1 vom 14. Dezember 1998 betreffend den Vertrag 6003 habe unter anderem der Richter B. teilgenommen. Dieser habe zuvor als Schiedsrichter am Verfahren und am Entscheid des Schiedsgerichts vom 21. Oktober 1996 betreffend den Vertrag 6018 mitgewirkt. Umgekehrt habe A. im Berufungsverfahren Nr. 418/1 vom 21. Dezember 1998 betreffend Vertrag 6018 als Berufungsrichter geamtet. Zuvor habe dieser Richter am Schiedsspruch vom 28. Oktober 1996 betreffend Vertrag 6003 mitgewirkt. Bei der "kreuzweisen" Beteiligung der gleichen Richter in parallelen Verfahren stelle sich die - von der Vorinstanz bejahte - Frage nach der Vorbefassung. Damit liege ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 Abs. 2 IPRG vor (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 37 f.).

- 8 - cc) Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass sie den hier in Frage stehenden Sachverhalt schon in ihrem Plädoyer (gemeint vor Einzelrichter) dargestellt und als ordre public-widrig bezeichnet habe (Beschwerdeantwort KG act. 19 S. 21 Ziff. 41). Das trifft zu. Vor Erstinstanz hatte die Beschwerdegegnerin unter dem Titel "mangelnde Unabhängigkeit der Schiedsrichter" eine Aufstellung über die am Verfahren beteiligten Schiedsrichter und Richter eingereicht (ER act. 44 S. 18, act. 45/13). Explizit hatte die Beschwerdegegnerin auf die Ueberschneidungen zwischen den Kolonnen 2 und 3 von ER act. 45/13 verwiesen (ER act. 44 S. 18). Die Beschwerdegegnerin hatte geltend gemacht, A. sei im Fall 6003 zum Schiedsrichter für die Beschwerdegegnerin ernannt worden. Er habe im Fall 6018 als Mitglied des Berufungsgerichts geurteilt. In allen Fällen seien die Namen und Funktionen der betreffenden Herren in den Schiedsentscheiden und den Entscheiden des Higher Administrative Court in den Urteilen verzeichnet. Aus den Mehrfachfunktionen ergebe sich, dass diverse Schiedsrichter gar nicht unabhängig hätten sein können. Damit seien die Voraussetzungen der ordre-public-Widrigkeit erfüllt (ER act. 44 S. 19). In der Rekursantwort mit dem Anschlusskurs erklärte die Beschwerdegegnerin unter dem Titel "mangelnde Unabhängigkeit der Schiedsrichter in den Verfahren über die Verträge 6003 und 6018" (OG act. 24 S. 39) zusätzlich, ebenfalls nicht akzeptiert werden könne, dass B., Schiedsrichter im Verfahren 6018, als Richter der Berufungsinstanz mit dem Fall 6003 befasst gewesen sei (OG act. 24 S. 41 Ziff. 99). dd) Die Vorinstanz hielt sich demnach bei den Feststellungen der "kreuzweisen" Mitwirkungen der Richter B. und A. in den Schiedsverfahren und den Rechtsmittelverfahren (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 37) durchaus innerhalb des von der Beschwerdegegnerin Behaupteten und damit innerhalb des durch die Verhandlungsmaxime und Art. 27 Abs. 2 IPRG gesetzten Rahmens. Ob diese

Mitwirkungen der syrischen Richter einen Ordre-Public-Verstoss darstellen, ist eine Rechtsfrage, welche die Vorinstanz umfassend prüfen durfte und musste, nachdem dies von der Beschwerdegegnerin grundsätzlich vorgebracht worden war (wie die Beschwerdeführerin selber in der Beschwerde erwähnte; Beschwerde KG act. 1 S. 8 f.). Die Rüge geht fehl.

- 9 - c) Bezüglich den von der Beschwerdeführerin beantragten Nachfristen zur Stellungnahme "zu den materiellen Aspekten" bzw. zu Einwendungen der Beschwerdegegnerin erwog die Vorinstanz, der Beschwerdeführerin sei mit Verfügung vom 9. Januar 2003 Gelegenheit zur Ergänzung der Rekursbegründung gegeben worden. Ausserdem sei ihr mit Verfügung vom 3. April 2003 Frist zur Anschlussrekursantwort angesetzt worden. Schliesslich habe sie mit Verfügung vom 16. Juli 2003 Gelegenheit zur Stellungnahme betreffend der Anwendbarkeit des IPRG und zur Erfüllung der entsprechenden Formalien erhalten. Damit sei ihr das rechtliche Gehör gewährt worden (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15 Ziff. 3 mit Verweisungen auf OG act. 4, act. 26 und act. 31). aa) Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie in Ziff. 1 der Ergänzung der Rekursbegründung vom 23. Januar 2003, unter Ziff. II.1. der Anschlussrekurs-Antwort vom 29. April 2003 sowie unter Ziff. II.5. der "Ergänzungsrekurschrift" vom 15. Oktober 2003 jeweils beantragt habe, es sei ihr eine Frist zur Stellungnahme bezüglich der materiellen Aspekte gemäss Art. V NYÜ respektive Art. 27 IPRG bzw. zur materiellen Stellungnahme zu den Einwendungen der Beschwerdegegnerin einzuräumen (Beschwerde KG act. 1 S. 8). Die Vorinstanz habe eine solche Stellungnahme nicht gewährt und damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 10). Die Beschwerdeführerin habe sich bis heute nicht zu den Einwendungen der Beschwerdegegnerin, insbesondere zu den massgeblichen Einwendungen betreffend Unabhängigkeit der Richter, äussern können (Beschwerde KG act. 1 S. 8). bb) Zwar trifft es nicht zu, dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit gehabt hätte, sich zu den materiellen Aspekten von Art. 27 IPRG und zu den Einwendungen der Beschwerdegegnerin betreffend Unabhängigkeit der (syrischen) Richter zu äussern. Die Beschwerdegegnerin brachte die massgeblichen Einwendungen gegen die Unabhängigkeit der syrischen Richter und einen daraus folgenden Verstoss gegen den schweizerischen ordre public bereits vor Erstinstanz vor (vgl. ER act. 44 S. 17 - 19 mit Beilage act. 45/13; vorstehend lit. b cc; vgl. auch Beschwerdeantwort KG act. 19 S. 11, S. 14, S. 20). Die Beschwerdeführerin hatte zumindest in der Rekursbegründung an die

- 10 - Vorinstanz durchaus Gelegenheit, dazu und zu sämtlichen weiteren Aspekten Stellung zu nehmen. Das war ihr offensichtlich auch bewusst, war sie doch einerseits anwaltlich vertreten und stellte andererseits für den Fall, dass die Vorinstanz das Anerkennungsgesuch materiell behandle, den Antrag, die Frist zur Ergänzung der Begründung (des Rekurses) sei ihr angemessen zu erstrecken (OG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz gewährte ihr antragsgemäss eine Frist zwecks Ergänzung der Rekursbegründung (OG act. 4). Sodann verwies die Vorinstanz zutreffend auf weitere Möglichkeiten der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15 Ziff. 3 mit Verweisung auf OG act. 26 und 31). Insbesondere hatte die Beschwerdeführerin aufgrund der vorinstanzlichen Präsidialverfügung vom 16. Juli 2003 (OG act. 31) auch Gelegenheit, ihre Ausführungen bezüglich IPRG zu ergänzen. Insoweit liegt keine Gehörsverletzung vor. Die Rüge, die Beschwerdeführerin habe sich "bis heute" nicht zu den Einwendungen der Beschwerdegegnerin, insbesondere zu den massgeblichen

Einwendungen betreffend Unabhängigkeit der Richter, äussern können (Beschwerde KG act. 1 S. 8), geht fehl. cc) Damit - und mit den vorinstanzlichen Verweisungen auf Gelegenheiten zur Stellungnahme (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15 Ziff. 3) - ist indes die Frage noch nicht beantwortet, wie es sich mit den von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuchen um Einräumungen von Fristen zur Stellungnahme zu den "materiellen" Aspekten verhält. Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin in der Ergänzung der Rekursbegründung vom 23. Januar 2003, in der Anschlussrekursantwort vom 29. April 2003 und in der "Ergänzungsrekurschrift" vom 15. Oktober 2003 jeweils um Einräumung einer Frist zur Stellungnahme bezüglich der materiellen Aspekte ersucht hatte (OG act. 8 S. 1 f., act. 30 S. 3, act. 37 S. 4). Diese Gesuche waren nicht damit erledigt, dass die Beschwerdeführerin vorgängig diesen Gesuchen gegebenenfalls genügend Gelegenheiten zur Stellungnahme hatte. Hätte die Vorinstanz diese Gesuche aus diesem Grund ablehnen wollen, hätte sie dies der Beschwerdeführerin klar mitteilen und eine kurze Nach- bzw. Notfrist zur von der Beschwerdeführerin noch avisierten Eingabe zu den "materiellen" Aspekten ansetzen müssen (vgl. dazu Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 44 und 45 zu

- 11 - § 195; ZR 58 Nr. 77; Ottomann, Erstreckung von Fristen, Verschiebung von Tagfahrten, in Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 230, mit Hinweisen). Jedenfalls war es nicht zulässig, sondern verletzte den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, bezüglich der Gesuche der Beschwerdeführerin um Ansetzung von Nachfristen zur Stellungnahme zu den "materiellen" Aspekten von Art. V NYÜ und Art. 27 IPRG (erst) im Endentscheid lediglich darauf zu verweisen, dass die Beschwerdeführerin vor Stellung dieser Gesuche Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe, ohne der Beschwerdeführerin wenigstens eine Nach- bzw. Notfrist dazu zu gewähren. Am Erfordernis zumindest der Einräumung einer Notfrist auch bei Abweisung des Antrages ändert nichts, dass für das Gericht die Hoffnung der Beschwerdeführerin auf Einräumung einer Frist zur Stellungnahme zu den materiellen Einwendungen nicht bindend gewesen sei, wie die Beschwerdegegnerin geltend macht (Beschwerdeantwort KG act. 19 S. 17). Der angefochtene Beschluss ist aus diesem Grund aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese der Beschwerdeführerin Frist ansetzt (gegebenenfalls als einmalige kurze Notfrist), um wie von der Beschwerdeführerin beantragt zu den Aspekten von Art. 27 IPRG (und den diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdegegnerin) Stellung zu nehmen. 2. a) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Vollstreckbarerklärung der syrischen Berufungsurteile für die Verträge 6003 und 6018 einzig unter dem Titel der fehlenden Unabhängigkeit der Berufsrichter verweigert. Konkret habe die Vorinstanz als Vorbefassung und damit als Ausschlussgrund gemäss § 95 GVG gewertet, dass Herr B. im Schiedsverfahren betreffend Vertrag 6018 Schiedsrichter und später Mitglied des Richterkollegiums des obersten syrischen Verwaltungsgerichts im Verfahren betreffend Vertrag 6003 gewesen sei, und dass Herr A. im Schiedsverfahren betreffend Vertrag 6003 Schiedsrichter und später Mitglied des Richterkollegiums des obersten syrischen Verwaltungsgerichts im Verfahren betreffend Vertrag 6018 gewesen sei. Auf S. 35 bis 39 ihres Beschlusses führe die Vorinstanz aus, die beiden Richter B. und A. seien in den Berufungsverfahren zwar nicht in klassischer Ausgestaltung vorbe-

- 12 - fasst gewesen, sondern sie hätten in den jeweiligen Parallelprozessen zwischen den gleichen Parteien aus der gleichen Geschäftsbeziehung in den jeweiligen Unterinstanzen

(d.h. den Schiedsgerichten) mitgewirkt, so dass sie in gleicher Weise als vorbefasst und damit befangen erschienen, wie wenn es der identische Prozess gewesen wäre. Gemäss Vorinstanz liege darum ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 Abs. 2 IPRG vor (KG act. 1 S. 12). In rechtlicher Hinsicht macht die Beschwerdeführerin zusammengefasst geltend, die von der Vorinstanz vertretene Konstruktion werde in der Literatur kaum diskutiert und der vorliegende Sachverhalt sei in dieser Art und Weise noch nie entschieden worden (KG act. 1 S. 13). Gemäss § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GVG sei ein Richter dann ausgeschlossen, wenn er in der gleichen Sache an einem Entscheid unterer Instanzen mitgewirkt oder als Schiedsrichter teilgenommen habe. Dies sei in casu nicht der Fall. Die Vorinstanz nehme einen unzulässigen Analogieschluss vor, indem sie in Bezug auf die Richter B. und A. einen Ausschlussgrund annehme, weil diese je in einem Parallelprozess zwischen den Parteien mitgewirkt hätten. Dieser Analogieschluss finde in der von der Vorinstanz zitierten Literatur und Rechtsprechung und auch in der übrigen Literatur keinen Rückhalt. Die Ausführungen der Vorinstanz stünden damit auf schwachen Füßen (KG act. 1 S. 14 - 16, 17). Die Vorinstanz vermische auf S. 37 und 38 ihres Beschlusses die Begriffe. Es bleibe unklar, ob die Vorinstanz nun von einem Ausschluss- oder einem Ausstandsgrund ausgehe und ob nun eine blosser Befangenheit oder eine Vorbefassung vorliege. Auch sei nicht klar, ob dies aus § 95 GVG und der entsprechenden Rechtsprechung hervorgehe oder nicht (KG act. 1 S. 14 - 15). Auch nach syrischem Recht bestehe kein Ausstandsgrund (KG act. 1 S. 22 - 23). Die beiden Richter seien sodann in den Berufungsverfahren jeweils nur Mitglied des Berufungsgerichts gewesen, nicht Vorsitzende (KG act. 1 S. 16). Eine allfällige Befangenheit hätte sich zudem nicht ausgewirkt, da der eine Schiedsspruch vom Berufungsgericht bestätigt und der andere hinunterkorrigiert worden sei (KG act. 1 S. 16, 24). Im Übrigen hätte die Beschwerdegegnerin allfällige Ausstandsgründe bereits im syrischen Verfahren rügen müssen. Habe sie dies nicht getan, obwohl sie die Möglichkeit dazu gehabt hätte, sei sie im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren damit ausgeschlossen. Entsprechend könne ein

- 13 - ausländisches Urteil, welches mit einem Ausstands- oder Ausschlussgrund belastet sei, aber diesbezüglich nicht angefochten worden sei, im Verfahren um Vollstreckbarerklärung auch nicht automatisch zu einem Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG führen. Die von der Vorinstanz angeführten Zitate gäben diesbezüglich nichts her (KG act. 1 S. 15, 16 - 17). Auch nach syrischem Zivilprozessrecht hätten die Ausstandsbegehren im frühesten Stadium gerügt werden müssen (KG act. 1 S. 23). Weshalb und aufgrund welcher Lehre und Rechtsprechung ein Verweigerungsgrund gemäss Art. 27 IPRG vorliege, sage die Vorinstanz ebenfalls nicht. Sie sage noch nicht einmal, unter welchem Aspekt von Art. 27 Abs. 2 IPRG sie einen Verweigerungsgrund subsumieren wolle. Anzunehmen sei, dass sie sich auf Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG und hier den Auffangtatbestand der "Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts" beziehen wolle. Hier lege das Bundesgericht aber äusserst strenge Massstäbe an (KG act. 1 S. 15, 21). b) Die Beschwerdeführerin stellt ihre diesbezüglichen Rügen unter den Titel der Verletzung klaren materiellen Rechts (Beschwerde KG act. 1 S. 11, S. 13). Dass ein ausländischer Entscheid nicht vollstreckt wird, wenn er gegen den ordre public verstösst, ist indes ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18a, 16 zu § 281; ZR 81 Nr. 87). Dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich eine Verletzung klaren materiellen Rechts rügt (KG act. 1 S. 11, 13), schadet ihr entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin

(Beschwerdeantwort KG act. 19 S. 28 ff.) nicht, denn die Subsumption unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund ist Aufgabe des Gerichts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Im Bereich von § 281 Ziff. 1 ZPO steht der Kassationsinstanz freie Kognition zu (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO). Das Kassationsgericht hat mithin die Rügen der Verletzung von Art. 27 Abs. 2 IPRG und §§ 95 ff. GVG mit freier Kognition zu prüfen. c) aa) Nach Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist, dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist. Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung er-

- 14 - gibt sich, dass diese Frage nach der lex fori zu beurteilen ist (vgl. auch Walter, internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 379; Volken, a.a.O., N 33 zu Art. 27; Berti/Schnyder, a.a.O., N 16 zu Art. 27; Keller/Siehr, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, S. 622). Damit sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum syrischen Recht ohne Belang, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht (Beschwerdeantwort KG act. 19 S. 31). Art. 27 Abs. 2 IPRG ist nur mit grosser Zurückhaltung, d.h. nur gegenüber wirklich stossenden Entscheiden anzuwenden (BGE 116 II 630; Volken, a.a.O., N 38 zu Art. 27). Die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gehört nach dem schweizerischen Rechtsgefühl zu den fundamentalen Erfordernissen der Rechtspflege. Verstösse gegen die Ausstandsregeln führen damit grundsätzlich zu einer Verweigerung der Vollstreckung (BGE 93 I 272; Walter, a.a.O., S. 381; Keller/Siehr, a.a.O., S. 623). Dabei bestimmt sich auch nach der lex fori, ob ein entsprechender Verstoß geheilt wurde oder ob auf dessen Geltendmachung verzichtet wurde, bzw. ob dies überhaupt möglich war (analog zur Rechtslage unter dem NYÜ; vgl. Siehr, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 20, 25 zu Art. 194; Patocchi/Jermini, a.a.O., N 86, 103 zu Art. 194). Auch die Vorinstanz ging grundsätzlich von diesen Prämissen aus (KG act. 2 S. 24, 37 - 38). bb) In der Folge erwog die Vorinstanz zusammenfassend, dass die beiden syrischen Richter je in einem Parallelprozess zwischen den gleichen Parteien aus der gleichen Geschäftsbeziehung bereits mitgewirkt hätten, lasse sie in gleicher Weise vorbefasst (im Sinne von § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GVG) erscheinen, wie wenn es der identische Prozess gewesen wäre. Unter Verweis insbesondere auf BGE 124 I 126 und ZR 89 Nr. 55 kam sie zum Schluss, dass in der vorliegenden Konstellation keine Verwirkung möglich sei. Im Verfahren um die Vollstreckbarerklärung führe dies deshalb dazu, dass die Befangenheit selbst dann zu bejahen sei, wenn sie im (ausländischen) Erkenntnisverfahren nicht besonders gerügt worden sei (KG act. 2 S. 37). cc) In ZR 89 Nr. 55 erwog das Kassationsgericht, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe in Fällen der sogenannten Vorbefassung der

- 15 - betroffene Richter obligatorisch, also nicht erst auf Ablehnung hin, in den Ausstand zu treten. Folglich sei der Mangel im kantonalrechtlichen Berufungsverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen. Dies gelte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest insoweit, als dann von einer obligatorischen Ausstandsregelung auszugehen sei, wenn sich der Ausstandsgrund nicht aus einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters, sondern aus äusseren Gegebenheiten, nämlich aus dem System der Verfahrensorganisation ergebe; in diesem Fall könne auch nicht von einer Verwirkung gesprochen werden. Aus diesem kassationsgerichtlichen Entscheid schloss die Vorinstanz, dass eine Verwirkung in sämtlichen Fällen ausgeschlossen sei, da sich die Befangenheit des Richters - wie hier - aus dem System der Verfahrensorganisation ergebe (KG act. 2 S.

37/38). Dabei übersah sie jedoch, dass es in den beiden der Kassationsgerichtlichen Rechtsprechung zugrundeliegenden Entscheiden des Bundesgerichts um Fälle ging, da dieselbe Person in verschiedenen Stadien desselben Strafverfahrens tätig geworden war (BGE 112 Ia 303: Personalunion von Untersuchungsrichter und Strafrichter; BGE 114 Ia 72: Personalunion von Überweisungsrichter und erkennendem Strafrichter). Diese Rechtsprechung kann somit nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall, da es um die Tätigkeit eines Richters in zwei Parallelverfahren geht, übertragen werden. Nach der neueren Rechtsprechung des Kassationsgerichts hat § 95 Abs. 2 GVG einzig institutionelle Unvereinbarkeiten zum Inhalt und schliesst für den gleichen Fall die Mitwirkung des gleichen Richters als Sachrichter aus, wenn er zuvor als Mitglied der Anklagekammer bzw. als Haftrichter geamtet hat. Dies hat aber nichts mit dem Fall zu tun, da beispielsweise ein Strafrichter in verschiedenen Verfahren Taten mehrerer Angeklagter beurteilt, die in nahem sachlichem Zusammenhang stehen. Die in § 95 Abs. 2 GVG erwähnten Fälle der Vorbefassung stellen ferner keine beispielhafte Aufzählung dar. Einen weiteren Fall besonders qualifizierter Vorbefassung regelt das Gesetz sodann in § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GVG und schliesst dort denjenigen Richter von der Mitwirkung aus, der in der gleichen Sache schon einmal als Mitglied einer unteren Instanz oder als Schiedsrichter geamtet hat. Auch dies hat aber nichts zu tun mit dem Fall, da ein Richter in zwei Parallelverfahren tätig wird. Es stellt sich hier vielmehr die Frage

- 16 - des Anscheins der Voreingenommenheit des Richters, womit ein Ablehnungsgrund im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG (oder Art. 23 lit. c OG im Beispiel der Beschwerdegegnerin; KG act. 19 S. 30 f.) angesprochen wird, welcher nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Begehren gemäss § 98 GVG (bzw. Art. 25 OG auf Bundesebene) hin zu berücksichtigen ist (Kass.-Nr. 95/426 vom 04.07.1996 i.S. D., Erw. IV.8.1; auszugsweise publiziert in RB 1996 Nr. 2; vgl. schon das Obergericht in ZR 95 Nr. 4). Diese Rechtsprechung mag im Lichte der weiter oben erwähnten Entscheidung des Bundesgerichts etwas zu eng erscheinen, so dass allenfalls nicht nur die in § 95 GVG erwähnten Fälle der Vorbefassung von Amtes wegen zu berücksichtigen wären, sondern auch weitere Fälle der mehrfachen Mitwirkung auf verschiedenen Stufen desselben Verfahrens. Jedenfalls ist aber die Tätigkeit desselben Richters in zwei Parallelverfahren nicht von Amtes wegen, sondern nur auf entsprechende Rüge hin zu beachten. Gerade in dem von der Vorinstanz zitierten BGE 124 I 121 ff., in welchem es um die Mitwirkung eines nebenamtlichen Richters ging, der in einem anderen noch hängigen Parallelverfahren als Anwalt auftrat, prüfte das Bundesgericht zunächst, ob die Beschwerdeführerin ihr Recht auf Geltendmachung des Mangels verwirkt habe (BGE 124 I 122 f., Erw. 2; vgl. dazu auch Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 39 zu § 96). dd) Zusammenfassend ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass jedenfalls die vorliegende Konstellation im syrischen Verfahren keine eigentliche Vorbefassung darstellt, welche vom syrischen Berufungsgericht von Amtes wegen zu berücksichtigen gewesen wäre. Aus dem vorinstanzlichen Beschluss geht nicht hervor, ob die Beschwerdegegnerin gegen die betreffenden Richter bereits in den beiden syrischen Berufungsverfahren Ablehnungsbegehren gestellt habe, bzw. ob ihr dies möglich gewesen wäre (was die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort in Abrede stellt; KG act. 19 S. 31). Dies wird die Vorinstanz - soweit vorgebracht - noch zu prüfen haben. Die entsprechenden Einwendungen der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort (KG act. 19 S. 31 f. Rz 69) sind nicht im Beschwerdeverfahren zu prüfen, da sie (noch) nicht Gegenstand des

- 17 - angefochtenen Beschlusses waren. Sollte sich dabei ergeben, dass die Geltendmachung des Mangels verwirkt ist, könnte die Vollstreckbarerklärung nicht unter Berufung auf die fehlende Unabhängigkeit der Richter wegen der "kreuzweisen" Beteiligung der genannten Richter in Parallelverfahren (Schiedsverfahren und Berufungsverfahren) verweigert werden. Diesfalls wären allfällige weitere Einwendungen der Beschwerdegegnerin zu prüfen (so z.B. gemäss der Beschwerdeantwort KG act. 19 S. 5, S. 21 f.). Die Beschwerde ist auch unter diesem Aspekt gutzuheissen und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die im gleichen Zusammenhang erhobene Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Annahme der Vorinstanz, die beiden Verträge und die beiden Erkenntnisverfahren hätten einen engen Zusammenhang, willkürlich sei (vgl. KG act. 1 S. 18 ff.). Die Beschwerdeführerin wird im Rahmen der ihr zu anzusetzenden Frist (vorstehend Ziff. 1) Gelegenheit haben, ihre entsprechenden Ausführungen vor Vorinstanz darzulegen. 3. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine allfällige Verletzung der Unabhängigkeitsregeln durch die Vorinstanz. Oberrichter Dr. H. Schmid, Oberrichterin Dr. L. Hunziker-Schnider sowie Gerichtssekretärin Dr. I. Jent-Sørensen seien auch in einem Parallelverfahren zwischen der Beschwerdegegnerin und der Z. betreffend Bankgarantie tätig gewesen (KG act. 1 S. 24 - 25). Nach der oben 2.c.cc zitierten Rechtsprechung und gemäss § 98 GVG ist die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge verspätet. Sie macht nicht geltend, sie habe schon vor Vorinstanz ein Ablehnungsbegehren gestellt, obwohl Oberrichter Dr. H. Schmid und Oberrichterin Dr. L. Hunziker-Schnider bereits am vorinstanzlichen Beschluss vom 9. Januar 2003 (OG act. 4) und Gerichtssekretärin Dr. I. Jent-Sørensen an der vorinstanzlichen Verfügung vom 16. Juli 2003 (OG act. 31) mitgewirkt hatten, ihre Mitwirkung im vorinstanzlichen Verfahren der Beschwerdeführerin also schon lange vor dem angefochtenen Beschluss bekannt war. Auf diese Rüge ist damit nicht einzutreten.

- 18 - IV . Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, und sie ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung zu entrichten (§§ 64 Abs. 2, 68 Abs. 1 ZPO). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.