

Source Swiss Federal Tribunal, 1st Civil Court, 14 May 2001**Parties:**

Appellant	Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (Spain)
Appellee	Colon Container Terminal S.A. (Panama)
Judge(s):	Walter, President Leu, Judge Corboz, Judge Klett, Judge Nyffeler, Judge Carruzzo(*), Clerk

Subject matters:

- Article 9 PIL Act
- *Lis pendens*
- An arbitral tribunal sitting in Switzerland must stay the arbitration proceedings if the same matter is pending between the same parties abroad and if the foreign decision could be recognized in Switzerland.

In view of the documents in the file which bring to light the following facts :

A.- By a contract of April 26th, 1996, Colon Container Terminal SA (hereafter "CCT"), a Panamanian company in Eldorado, entrusted the Spanish company Fomento de Construcciones y Contratas SA (hereafter "FCC") in Madrid with carrying out certain works of civil engineering for the construction of the harbor terminal of Coco Solo North (Republic of Panama) against a compensation of US\$ 29.480.277,58.

The regulations to which the contract referred stated that should a dispute arise between the parties, a decision would be issued by the Engineer (in this case : Union-Tech Engineering Consultants Company) and that if the Engineer's decision was not accepted, a certain time would ensue to find an amiable solution, whereupon the different may be brought in front of one or several arbitrators acting according to the rules of conciliation and arbitration of the International Chamber of Commerce.

During the performance of the contract, a dispute took place between the parties. The contract was terminated by both parties. CCT entrusted the works to another contractor.

On March 12th, 1998, FCC filed a claim in the Panamanian Courts against CCT among others. CCT raised a defense based on arbitration.

On June 26th, 1998, the Panamanian Court of First Instance found that the arbitration defense had not been submitted timely.

B.- Without waiting for the national proceedings to run their course, CCT introduced arbitral proceedings on September 30th, 1998.

The venue of the Arbitral Tribunal, composed of three arbitrators, was set in Geneva. The parties anticipated that the rules of arbitration of the International Chamber of Commerce would govern the proceedings and, subsidiarily, the Federal Statute on Civil Procedure (PCF).

FCC challenged the jurisdiction of the Arbitral Tribunal. Principally, it claimed that it had proposed renouncing arbitration when it filed a claim in the Panamanian Courts and that its opponent had conclusively accepted by failing to raise the arbitration defense timely.

During the arbitral proceedings, a superior court in Panama, on appeal, found – contrary to the lower court – that the arbitration defense had been raised timely.

With reference to that decision and without waiting for the national proceedings to run their course, the Arbitral Tribunal, in an award of November 30th, 2000, decided similarly and found that it had jurisdiction in the case.

After the award, the Supreme Court of Panama, in a decision of January 22nd, 2001, found that the arbitration defense had been raised too late and ordered the proceedings to go ahead in the Panamanian Courts.

C.- FCC submits a public law appeal to the Federal Tribunal. Arguing that the Arbitral Tribunal found in favour of its jurisdiction by disregarding the rule of *lis pendens*, it submits that the award should be overturned and that the Arbitral Tribunal be found to have no jurisdiction.

The Respondent submit that the appeal should be rejected and that the Arbitral Tribunal be found to have jurisdiction. The Arbitral Tribunal referred to its award.

Legal considerations :

1.-

a A public law appeal to the Federal Tribunal is allowed against an arbitral award pursuant to articles 190 ff LDIP (art. 85 litt. c OJ).

As the venue of the Arbitral Tribunal was set in Switzerland and at least one of the parties, at the time the arbitration agreement was executed, had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland (art. 166 par. 1 LDIP) articles 190 ff LDIP apply, because the parties did not rule out their application in writing and did not agree to apply exclusively the arbitration rules of the cantonal procedure (art. 176 par. 2 LDIP).

An appeal to the Federal Tribunal against an arbitral award is allowed (art. 191 par. 1 LDIP) when the parties did not

opt out of the appeal (art. 192 par. 1 LDIP) and did not chose the appeal to a cantonal authority as a substitute (art. 191 par. 2 LDIP).

The appeal may only be made based on one of the grounds limitatively set forth at art. 190 par. 2 LDIP (ATF 119 II 380 consid. 3c p. 383).

The proceedings in front of the Federal Tribunal are governed by the rules of the statute organizing the Federal Courts (OJ) with regard to a public law appeal (art. 191 par. 1, second phrase, LDIP).

b In matters of jurisdiction, a preliminary award may be appealed immediately (art. 190 par. 3 LDIP).

The Appellant is personally affected by the award which compels FCC to continue to proceed in front of the Arbitral Tribunal and FCC therefore has a personal and present interest, legally protected, to ensure that the award was not issued in violation of the guarantees contained at art. 190 par. 2 LDIP; consequently, FCC has standing to appeal (art. 88 OJ).

Timely filed (art. 89 par. 1 and art. 34 par. 1 litt. c OJ) in the legally prescribed form (art. 90 par. 1 OJ), the appeal is acceptable in principle.

But for certain exceptions, the appeal may only seek to overturn the decision (ATF 127 II 1 consid. 2c, 126 III 534 consid. 1c, 124 I 327 consid. 4a and references). When the dispute relates to the jurisdiction of an Arbitral Tribunal, it has been exceptionally found that the Federal Tribunal may itself decide on jurisdiction or lack thereof (ATF 117 II 94 consid. 4).

c Since the procedural rules are those of a public law appeal, the Appellant must formulate the ground for appeals in accordance with the rules of article 90 par. 1 litt. b OJF (ATF 117 II 604 consid. 3 p. 606). Within the framework of a public law appeal, the Federal Tribunal entertains only the arguments raised in the appeal itself and with sufficient reasons (ATF 126 III 524 consid. 1c, 534 consid. 1b, 125 I 492 consid. 1b p. 495). The Appellant accordingly had to spell out which of the possibilities of article 190 par. 2 LDIP were met in the Appellant's view and also appropriately show why the rule relied upon had been breached by the award under appeal (ATF 110 Ia 1 consid. 2a); only under such conditions can the appeal be examined.

2.-

a The Appellant principally argues that the Arbitral Tribunal had no jurisdiction to issue the award under appeal because the Arbitral Tribunal should have stayed the proceedings in view of the principle of *lis pendens*. Thus the Appellant relies on article 190 par. 2 litt. b LDIP.

Staying the proceedings because of *lis pendens* is a matter of jurisdiction (ATF 123 III 414 consid. 2b.) and not – as the Arbitral Tribunal seems to have thought – a simple rule of procedure. The violation of *lis pendens* may accordingly be relied upon within the framework of article 190 par. 2 litt. b LDIP.

b It is contrary to public policy that within a specific legal order, two judicial decisions should contradict each other in the same action and between the same parties with both of them being equally and simultaneously enforceable (ATF 116 II 625 consid. 4a).

In order to avoid such a situation, there are fundamentally two principles : *lis pendens* and *res judicata* (ATF 114 II 183 consid. 2a and the references quoted). When a court is seized of a matter already pending before another court, the principle of *lis pendens* bars the second court from deciding the matter before a final decision in the first proceedings; this mechanism accordingly paralyses the jurisdiction of the second court. As to *res judicata*, it is a principle preventing a court from entertaining a case which has already been finally decided; this mechanism finally rules out the jurisdiction of the second court.

The mechanisms just described are not applicable only in internal matters. According to the Swiss legal order, they apply also internationally, provided the judgement of the foreign court may be recognized in Switzerland (ATF 114 II 183 consid. 2b p. 186 and the references quoted). Subject to international treaties, the rules applicable internationally are contained at art. 9 LDIP (*lis pendens*) and at art. 27 par. 2 litt. c LDIP (*res judicata*).

Thus, the Swiss legal order internationally recognizes the duty for the court seized after another court to stay the proceedings pursuant to the conditions of article 9 LDIP (on the entire issue of international *lis pendens*, see Knoepfler/Schweitzer, International Swiss Private Law, 2nd edition, p. 303 s. n. 700 ff).

It is not disputed that the Panamanian Court were seized first of an action opposing the same parties among others and which appears to have the same dispute as its object. Thus, there is no doubt that a Swiss State Court, had it been in the same situation as the Arbitral Tribunal sitting in Geneva, would have had to stay the proceedings pursuant to article 9 LDIP (for a practical example see ATF 127 III 118 consid. 3).

c It remains to decide if the conclusion must be different because the second court is not a Swiss State Court but an Arbitral Tribunal sitting in Switzerland.

aa It is true that an Arbitral Tribunal, in view of its private nature, cannot be assimilated to a State Court without further study.

With regard to the problem at issue, it must be pointed out that arbitral awards are enforceable in the same way as court judgements. There is therefore the same interest to avoid, within the same legal order, contradictory decisions in the same case which would be equally and simultaneously enforceable.

This first finding strongly supports applying the principle of *lis pendens* by analogy.

bb Furthermore, it appears generally admitted today that an Arbitral Tribunal, by invoking its particular nature, could not free itself from the principle of *res judicata*.

Indeed, if a foreign court has found that it has jurisdiction pursuant to a judgement which must be recognized in Switzerland, an arbitrator sitting in Switzerland is bound by such a decision (ATF 120 II 155 consid. 3b/bb p. 154; Lalive/Poudret/Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, n. 17 ad art. 186 LDIP). As *res judicata* and *lis pendens* are closely connected principles serving the same function, it appears logical to treat *lis pendens* in the same way and to recognize that the arbitrator seized after a State Court must stay the proceedings until the State Court first seized has decided the matter, to the extent that the decision of the State

Court is susceptible of enforcement at the venue of the arbitration.

- cc Legal writers in their majority consider that an Arbitral Tribunal sitting in Switzerland must apply article 9 LDIP if it is seized of a matter already pending in front of a State Court, whether Swiss or foreign (Wenger, *Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht*, n. 9 ad art. 186 LDIP p. 1572; Rüede/Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2nd edition, p. 231).
Case law already took the same view when it was stated that the conflict which may be caused by overlapping jurisdictions must be solved by applying the rules of *lis pendens*, of *res judicata* or the rules on the recognition and enforcement of foreign decisions (ATF 121 III 495 consid. 6c p. 502). Admittedly, a more recent case left the issue open, however only because it was not necessary to decide it (ATF 124 III 83 consid. 5a p. 85).
It must therefore be admitted that the jurisdiction rule at article 9 LDIP, which is based on considerations of public policy must also be applied by an Arbitral Tribunal sitting in Switzerland.
- dd The arguments against this solution are worthless.
There is no reason to consider here the risk that a foreign court, due to a kind of hostility towards arbitral justice, would refuse to take into account an arbitration agreement. Indeed such a judgement would not be susceptible of enforcement in Switzerland (ATF 124 III 83 consid. 5b p. 87). However, the principle of *res judicata* and the principle of *lis pendens* apply only to a foreign judgement susceptible of enforcement in Switzerland (ATF 114 II 183 consid. 2b p. 186).
The argument of the Arbitral Tribunal according to which neither the rules of arbitration nor the procedural law chosen by the parties provide for a stay because of *lis pendens*, cannot be followed. Indeed, as was seen before, the issue here is one of jurisdiction and not a mere organization of the proceedings. Moreover it is inaccurate to state that the Federal Law of Civil Procedure – chosen by the parties – does not allow a stay due to *lis pendens* under the conditions of art. 9 LDIP (see art. 6 par. 2 and 22 PCF).
There is no objective finding supporting the argument of the Arbitral Tribunal that the terms of reference would give priority to the arbitrators to decide the issue before the Panamanian authorities. Nothing in the findings of the Arbitral Tribunal shows that the parties would have agreed, when they signed the terms of reference, to entrust the Arbitral Tribunal with deciding the issue instead of the Panamanian Courts which had already been seized.
That there are other parties in the Panamanian proceedings in no way rules out that the dispute between the Appellant and the Respondents may be entirely dealt with in the Panamanian Courts which have already been seized.
The Respondents' developments with regard to the New York Convention of June 10th, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (RS 0.277.12) are without pertinence because the New York Convention does not deal with the issue at hand.
- ee Finally, it must be examined whether the Arbitral Tribunal, by reason of its particular nature, would not have a privileged right to decide its jurisdiction.
The idea that an Arbitral Tribunal would have a priority to decide on jurisdiction by comparison to State Courts is indeed found in some legal writing (in this direction : Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 55 n. 139).
It is true that article 186 par. 1 LDIP gives the authority to decide its own jurisdiction to the Arbitral Tribunal. However, this does not mean that a State Court seized of the same action would be deprived of the right to decide its own jurisdiction; neither can it be deducted therefrom that the State Court would be compelled to stay its proceedings, initiated before the arbitral proceedings, to give priority to the Arbitral Tribunal.
Case law nevertheless took that view into account by stating that the Swiss State Court would have to limit itself to a summary review of its own jurisdiction when the venue of the Arbitral Tribunal is in Switzerland (ATF 124 III 139 consid. 2B). That decision, however, did not relate to a priority to decide, but exclusively dealt with the scope of the review belonging to the State Court. Moreover, it would apply only to a Swiss State Court bound to follow the jurisprudence of the Federal Tribunal.
There is no serious legal basis for a priority in favour of the Arbitral Tribunal (in this direction : Wenger, *ibid.*).
The State Court seized of an action on the merits – the hypothesis of a declaratory action with regard to the jurisdiction of the arbitrators being left aside (see the decision of January 26th, 1987 in SJ 1987 p. 230 consid. 2a) – must rule on its own jurisdiction even if in order to do so it has to express a view on the validity of an arbitration clause (unpublished decision of July 16th, 1997, in the case 4C.206/1996, consid. 7b/bb). According to article II par. 3 of the New York Convention or to article 7 litt. b LDIP (see ATF 122 III 139 consid. 2a p. 141), the State Court may examine whether the arbitration clause has fallen through, is inoperative or cannot be applied (ATF 121 III 495 consid. 6c). Such may be the case if the parties renounced the arbitration clause.
When one of the parties relies on an arbitration agreement and the other argues that a subsequent agreement took place in favour of the State Court, it is clear from the outset that both courts in competition (the Arbitral Tribunal and the State Court) are equally empowered to deal with the issue.
There is therefore no reason to grant a priority to the Arbitral Tribunal which has no legal foundation and justification. The rule of *lis pendens* must be upheld, as stated at article 9 LDIP, which gives priority to the court first seized.
If the issue at hand is examined more closely, it may even be argued that the Panamanian Courts are in a better position than the Arbitral Tribunal to decide the issue.
It cannot be denied that an arbitration agreement may be substituted by a subsequent agreement (ATF 121 III 495 consid. 5). Such an agreement may result from action taken by the parties (ATF 121 III 495 consid. 5a). The attitude of the parties may be interpreted according to the principle of trust (ATF 121 III 495 consid. 5). It is therefore possible to attribute to a party the objective meaning of its behavior even if this does not correspond to its intimate will (Wiegand, *Commentaire bâlois*, n. 8 ad art. 18 CO; Kramer, *Commentaire bernois*, n. 101 f. ad art. 1er CO; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2nd edition, p. 216 f.).
In this case, the Respondents, when they applied to the Panamanian Courts, showed their intent to renounce

the arbitration agreement. The issue is whether the Appellant accepted this offer. It may be expected from a large company, represented by a local lawyer, that it should act properly if it wished to challenge the jurisdiction of the State Court and avail itself of the arbitration agreement. Deciding whether the arbitration defense was raised timely falls neither within the New York Convention nor the LDIP but depends on the *lex fori* (ATF 111 II 62 consid. 2 p. 66). Ultimately, the issue is therefore governed by Panamanian law, which the authorities of that country are better placed to know and apply correctly.

Indeed, the Arbitral Tribunal specifically admitted this when it stressed the importance it gave to the decision of the Superior Court. Therefore, one cannot understand why the Arbitral Tribunal did not wait for the decision of the Supreme Court. Such a position is untenable.

It appears that the Arbitral Tribunal, taking advantage of its position in a single level of jurisdiction, tried to move more quickly than the Panamanian Courts. Such a way of proceeding is deprived of any legal foundation. The criteria for priority set forth at article 9 LDIP is the date of the action and not the date of the decision in the last instance.

d The considerations made above show that the Arbitral Tribunal sitting in Switzerland should have applied art. 9 LDIP.

The Arbitral Tribunal could not have continued the Arbitral proceedings except by a finding that the arbitrators were not seized of the same case or that the foreign jurisdiction would not be able to issue a decision susceptible of enforcement in Switzerland within an appropriate time frame (art. 9 par. 1 LDIP).

The award under appeal is not based on such a finding and it must therefore be concluded that it was issued in violation of art. 9 par. 1 LDIP.

As it is clear that the Panamanian Courts were seized first of a case on the merits between the parties and that the case was apparently about the same facts, the Arbitral Tribunal should in principle have stayed the proceedings.

Only by showing that the conditions of article 9 par. 1 LDIP were not met, something it did not do, could the Arbitral Tribunal have gone ahead. By ruling on its own jurisdiction instead of staying the proceedings, the Arbitral Tribunal violated the jurisdictional rule contained at article 9 par. 1 LDIP and its award must accordingly be overturned (art. 190 par. 2 litt. b LDIP).

There is no reason to decide jurisdiction now because the proceedings must be stayed in principle (art. 9 par. 1 LDIP).

As the case is still pending in the Panamanian Courts (based on a final decision on jurisdiction), the Arbitral Tribunal would only be able to resume its proceedings based on a finding that it is not entertaining the same action or that the foreign jurisdiction is not in a position to issue, within an appropriate time frame, a decision which may be enforced in Switzerland. Such a decision from the Arbitral Tribunal would be subject to a new public law appeal.

In view of the foregoing, there is no need to decide the other issues raised in the appeal.

3.- The costs must be born by the Respondents against whom the appeal is decided (art. 156 par. 1 and 159 par. 1 OJ).

Based on the foregoing
The Federal Tribunal :

1. Grants the appeal and overturns the award under appeal.
2. Orders the Respondents to pay the judicial costs of CHF 20.000.--.
3. Orders the Respondents to pay CHF 20.000.-- to the Appellant for the latter's costs.
4. Communicates a copy of this decision to the representatives of the parties and to the Chairman of the Arbitral Tribunal.

* The translation was kindly provided by Mr. Charles PONCET, Attorney-at-law, Geneva. The original French text is published in this volume, ASA Bulletin 3/2001, p. 544.

See also the comments by Mr. Manuel LIATOWITSCH, Attorney-at-law, p. 422, by Mr. Jean-Marie VULLIEMIN, Attorney-at-law, p. 439 and by the Editors, p. 451.

Copyright © 2004 Kluwer Law International. All rights reserved.
A WoltersKluwer company.

Bezirksgericht Zürich



E 10.4.03

Geschäft Nr. [REDACTED]

Audienzrichteramt

Ersatzrichterin lic.iur. A. Meier
Juristischer Sekretär lic.iur. Ph. Groz

"Oktober" party
SWISS

Verfügung vom 14. Februar 2003

in Sachen

[REDACTED] Italien,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

betreffend Rechtsöffnung / Vollstreckbarerklärung

Die Einzelrichterin zieht in Betracht:

I.

1. Am 23. Oktober 2002 (Datum Poststempel) stellte die klagende Partei sinn-
gemäss das Begehren (act. 1), es sei der Schiedsspruch vom 11. Oktober 2001
im italienischen Schiedsverfahren Nr. 1014 für vollstreckbar zu erklären,

und es sei ihr **definitive** Rechtsöffnung zu erteilen in

Betreibung Nr. 8732, Betreibungsamt Zürich 7,

Zahlungsbefehl vom 14. Mai 2002, für

Fr. 196'875.00 nebst Zins zu 12 % seit 20. Januar 2000,

Fr. 425'250.00 nebst Zins zu 12 % seit 20. Januar 2001,

Fr. 46'086.00,

Fr. 200.00 Betreibungskosten.

2.1. An der **Verhandlung** vom 9. Januar 2003 hielt die klagende Partei am gestellten Begehren fest. Sie beantragte darüber hinaus unter Berufung auf § 122 ZPO die Ansetzung einer Nachfrist zum Nachweis der massgebenden Umrechnungskurse, zur Substantiierung des geforderten Verzugszinses sowie zur Nachreichung der erforderlichen Unterlagen gemäss dem Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3. Januar 1933 (act. 18 S. 2 f. und 6).

2.2. Die beklagte Partei verlangte dagegen an der Verhandlung die Abweisung des klägerischen Begehrens um Vollstreckbarerklärung und Rechtsöffnung (act. 15 S. 1). Zur Ansetzung einer Nachfrist bestehe im Übrigen im summarischen Verfahren kein Anlass, weshalb die diesbezüglichen Anträge der klagenden Partei abzuweisen seien (act. 18 S. 8).

3. Auf den klägerischen Antrag betreffend Ansetzung einer Nachfrist sowie auf die übrigen Vorbringen der Parteien ist nachstehend - soweit für die Entscheidungsfindung wesentlich - im Einzelnen einzugehen.

II.

1. In Bezug auf die von der klagenden Partei beantragte **Nachfrist** zur Einreichung von Unterlagen ist vorab darauf hinzuweisen, dass § 122 ZPO nur dann zur Anwendung kommt, wenn sich die Verhandlung nicht in einem Zuge zu Ende führen lässt. Da die Verhandlung vom 9. Januar 2003 nach Gewährung von jeweils zwei Parteivorträgen geschlossen worden ist (vgl. act. 18 S. 10), findet die angerufene Bestimmung keine Anwendung.

2.1. Im summarischen Verfahren ist der Beweis gemäss § 210 ZPO gleichzeitig mit der Stellung bzw. Begründung des Begehrens und mit seiner Beantwortung anzutreten. Es liegt im Ermessen des Richters, ob er zur Beibringung von Beweisen eine Nachfrist ansetzen will, wobei die Eigenart des summarischen Verfahrens Zurückhaltung mit solchen Nachfristen verlangt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, § 210 N 1 f.).

Diese Zurückhaltung darf jedoch nicht zu gross sein, wo das ordentliche Verfahren ausgeschlossen ist. Dies muss in Bezug auf den Nachweis von Wechselkursen umso mehr gelten, als die Umrechnung der Forderung in Schweizerfranken im Betreibungsverfahren rein formeller Natur ist und keine Benachteiligung des Schuldners ersichtlich ist. Ein solcher Nachweis lässt sich überdies gewöhnlich innert kürzester Zeit erbringen. Dagegen soll die Möglichkeit der Nachfristansetzung gerade nicht dazu dienen, dass rechtlich versierte Personen einstweilen keine oder nur ungenügende Unterlagen einreichen und darauf vertrauen, dass das Gericht bzw. die Gegenpartei sie belehrt, was sie im Einzelnen einzureichen haben.

2.2. Gestützt auf diese Überlegungen war der klagenden Partei zum Nachweis des Wechselkurses USD / Schweizer Franken sowie des Wechselkurses Euro / Schweizer Franken mit Verfügung vom 13. Januar 2003 Frist einzuräumen (act. 17a). Mit Eingabe vom 21. Januar 2003 wies die klagende Partei fristgemäss und unter Beilage entsprechender Belege die fraglichen Wechselkurse nach (act. 19 und 21/1-3). Daraufhin räumte die Einzelrichterin der beklagten Partei mit Verfügung vom 28. Januar 2003 Frist zur Stellungnahme zu den Wechselkursen ein (act. 22a). Mit Eingabe vom 10. Februar 2003 erklärte die beklagte Partei innert Frist, dass die von der klagenden Partei dargelegten Wechselkurse anerkannt würden (act. 23).

Trotz der Einschränkung der Nachfristgewährung auf die Frage des Wechselkurses machte die klagende Partei im Rahmen ihrer Eingabe vom 21. Januar 2003 weitere tatsächliche und rechtliche Ausführungen zum Abkommen Schweiz - Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3.

Januar 1933, zum verlangten Verzugszins und zu den Kosten des Schiedsverfahrens und reichte hierzu neue Belege ein. Wie zu zeigen sein wird, sind diese neuen Vorbringen für den Ausgang des Verfahrens nicht massgebend. Es erübrigt sich deshalb die Prüfung der Zulässigkeit der neuen Vorbringen zum damaligen Zeitpunkt. Demzufolge war auch der beklagten Partei keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesen neuen Vorbringen einzuräumen.

III.

1. Bevor über das Rechtsöffnungsbegehren befunden werden kann, ist die **Vollstreckbarkeit** des der Betreibungsforderung zu Grunde liegenden Schiedsspruchs vom 11. Oktober 2001 zu prüfen.

2. Vorab hat die beklagte Partei darauf aufmerksam gemacht, dass im Rubrum des genannten Schiedsspruchs die [REDACTED] als beklagte Partei aufgeführt ist. Vollstreckungsgegnerin im vorliegenden Verfahren sei aber die beklagte Partei, weshalb die verlangte Vollstreckbarerklärung zufolge fehlender **Passivlegitimation** ohne weitere Prüfung zu verweigern sei (act. 15 S. 9).

Aus dem von der klagenden Partei eingereichten beglaubigten Handelsregisterauszug (act. 4/4) sowie aus dem Schiedsspruch selbst (act. 4/9) ist ersichtlich, dass die beklagte Partei früher die Firma [REDACTED] trug und im Jahre 2001 umfirmiert worden ist. Damit steht die Identität der vorliegend beklagten Partei mit der beklagten Partei im Schiedsentscheid fest. Der Einwand der fehlenden Passivlegitimation ist deshalb unzutreffend.

3. Der vorgelegte Schiedsspruch wurde von einem Schiedsgericht mit Sitz in Italien gefällt (act. 4/9). Sofern ein Staatsvertrag besteht, richtet sich die Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheide nach dessen Regeln (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Vorliegend findet das **New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (NYÜ)** Anwendung (vgl. Art. 194 IPRG). Dieses ist für die Schweiz am 30. August 1965 und für Italien am 1. Mai 1969 in Kraft getreten.

Die beklagte Partei hat geltend gemacht, dass gemäss Art. VII Abs. 1 NYÜ die Gültigkeit zweiseitiger Verträge, welche die Vertragsstaaten über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen geschlossen haben, vom NYÜ unberührt bleibe (act. 15 S. 5 und 7 ff.). Soweit die beklagte Partei in diesem Zusammenhang aus dem Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3. Januar 1933 und dessen teilweise strengeren Regeln etwas zu ihren Gunsten ableiten will, ist zu beachten, dass in Art. VII Abs. 1 NYÜ lediglich das sogenannte Günstigkeitsprinzip verankert ist. Dies bedeutet, dass sich die beteiligten Parteien ungeachtet des NYÜ auf andere Staatsverträge berufen dürfen, die Bestimmungen enthalten, welche für die Anerkennung und Vollstreckung günstiger sind. Das Günstigkeitsprinzip dient jedoch gerade nicht dazu, dem Vollstreckungsgegner weitere, nicht im NYÜ genannte Verweigerungsgründe bereitzustellen (BGE 110 Ib 191; Bertheau, Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Winterthur 1965, S. 98 f.; Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989, N 460 ff.). Daraus folgt, dass es für die Frage der Vollstreckbarkeit genügt, wenn die Voraussetzungen gemäss dem NYÜ erfüllt sind. Bei dieser Rechtslage erübrigt es sich wie bereits erwähnt, auf die in diesem Zusammenhang von der klagenden Partei in ihrer Eingabe vom 21. Januar 2003 (act. 19) vorgebrachten Behauptungen und deren Zulässigkeit näher einzugehen.

4. Gemäss Art. III Satz 1 NYÜ werden ausländische Schiedssprüche in der Schweiz anerkannt und vollstreckbar erklärt, sofern die in den Artikeln IV ff. NYÜ festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

5.1. Gemäss Art. IV Abs. 1 NYÜ sind mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung zugleich vorzulegen:

- die gehörig beglaubigte (legalisierte) Urschrift des Schiedsspruchs oder eine Abschrift, deren Übereinstimmung mit einer solchen Urschrift ordnungsgemäss beglaubigt ist (lit. a) sowie

- die Urschrift der Schiedsvereinbarung oder eine Abschrift derselben, deren Übereinstimmung mit einer solchen Urschrift ordnungsgemäss beglaubigt ist (lit. b).

Eine ausländische Beglaubigung muss von der Schweizer Vertretung im Ausland überbeglaubigt werden oder mit einer Apostille gemäss dem Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung vom 5. Oktober 1961 versehen sein (SchKG-Staehelin, Art. 80 N 95). Dieses Übereinkommen ist für die Schweiz am 11. März 1973 und für Italien am 11. Februar 1978 in Kraft getreten.

5.2. Die klagende Partei hat die mit den Originalunterschriften versehene, notariell beglaubigte Urschrift des genannten Schiedsspruchs vom 11. Oktober 2001 eingereicht. Das Schiedsurteil ist darüber hinaus mit einer Apostille gemäss dem erwähnten Haager Übereinkommen versehen (act. 4/2).

Daneben legte die klagende Partei den zwischen der klagenden Partei und der inzwischen umfirmierten beklagten Partei unbestrittenermassen massgebenden Lizenzvertrag vom 2. August 1998, der eine Schiedsklausel enthält, im Original ins Recht (act. 4/8).

Durch die Vorlage der genannten Schriftstücke hat die klagende Partei den Anforderungen von Art. IV Abs. 1 NYÜ Genüge getan.

6.1. Ist der Schiedsspruch oder die Vereinbarung nicht in einer amtlichen Sprache des Landes abgefasst, in dem die Vollstreckbarerklärung beantragt wird, so hat die antragstellende Partei ausserdem eine Übersetzung der erwähnten Urkunden in diese Sprache beizubringen (Art. IV Abs. 2 NYÜ). Die Beglaubigung der Übersetzung kann dabei von einem Übersetzer oder diplomatischen bzw. konsularischen Vertreter sowohl des Schiedsstaates als auch des Vollstreckungsstaates vorgenommen werden (van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Frankfurt 1981, S. 260).

6.2. Die klagende Partei hat neben dem in italienischer Sprache verfassten Schiedsurteil auch eine vom italienischen Generalkonsulat in Zürich beglaubigte,

vollständige Übersetzung des Schiedsspruchs vorgelegt (act. 4/9) und ist damit den genannten Vorschriften nachgekommen.

6.3. Ausserdem reichte sie eine auszugsweise beglaubigte Übersetzung des in englischer Sprache abgefassten Lizenzvertrags vom 2. August 1998 (act. 4/8) ein, welche insbesondere auch eine Übersetzung der in Ziff. 14.9 des Vertrages enthaltenen Schiedsklausel enthält (act. 4/10). Bereits in ihrer Klageschrift vom 23. Oktober 2002 offerierte sie dem Gericht jedoch, eine vollständige Übersetzung des 14-seitigen Vertragswerkes nachzureichen, falls das Gericht dies für nötig erachten sollte (act. 1 S. 4).

Die beklagte Partei hat diesbezüglich geltend gemacht, eine bloss teilweise Übersetzung des Lizenzvertrags genüge den Anforderungen von Art. IV Abs. 2 NYÜ nicht, da der vollständige Sinngehalt einer Vertragsbestimmung sich nur aus dem Gesamtzusammenhang und der systematischen Auslegung eines Textes ermitteln lasse (act. 15 S. 5 f.).

6.4. Art. IV Abs. 1 lit. b verweist für den Begriff der Schiedsvereinbarung auf Art. II NYÜ. Gemäss Art. II Abs. 2 NYÜ ist unter einer schriftlichen Vereinbarung eine "Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede" zu verstehen. Daraus erhellt, dass Art. IV Abs. 2 NYÜ lediglich die Übersetzung der entsprechenden Schiedsklausel, nicht aber des gesamten Vertrages, in welchem sich eine solche Klausel befindet, verlangt. Somit ist festzustellen, dass die klagende Partei die Voraussetzungen gemäss Art. IV Abs. 2 NYÜ erfüllt hat.

Im Übrigen kennt auch das kantonale Prozessrecht keine absolute Pflicht zur Beibringung einer Übersetzung fremdsprachiger Urkunden. Gemäss § 185 Abs. 2 ZPO hat der Beweisführer auf Anordnung des Gerichts oder auf Verlangen der Gegenpartei eine Übersetzung einzureichen. Eine solche erachtete das Gericht vorliegend nicht für notwendig.

Dem Einwand der beklagten Partei, es bestehe ohne vollständige Übersetzung die Gefahr einer falschen Interpretation der Schiedsklausel, wenn nur ein Teil des Vertrags übersetzt werde (vgl. act. 15 S. 5 f.), ist entgegen zu halten, dass sich

aus der eingereichten Übersetzung der Schiedsklausel zweifelsfrei ergibt, dass damit eine Vereinbarung im Sinne von Art. II Abs. 1 NYÜ getroffen wurde. Nur dies hat die klagende Partei nachzuweisen. Weiter prüft das Gericht die Zuständigkeit des ausländischen Schiedsgerichts nicht von Amtes wegen. Vielmehr obliegt es gemäss Art. V Abs. 1 lit. c NYÜ dem Vollstreckungsgegner zu beweisen, dass der Schiedsspruch beispielsweise eine Streitigkeit betrifft, die von der Schiedsabrede nicht umfasst ist. Dass die vorliegende Streitigkeit von der Schiedsklausel nicht erfasst sein sollte, hat die beklagte Partei aber nicht behauptet.

7.1. Sind wie vorliegend die Anforderungen des Art. IV NYÜ erfüllt, so hat die sich dem Vollstreckungsbegehren widersetzende Partei zu beweisen, dass ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. V Abs. 1 NYÜ vorliegt.

7.2. Unter Berufung auf Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ wies die beklagte Partei darauf hin, dass sie weder von der Bestellung des Schiedsrichters noch von dem schiedsrichterlichen Verfahren gehörig in Kenntnis gesetzt worden sei. Das von der klagenden Partei in diesem Zusammenhang eingereichte Schreiben vom 4. Mai 2001 (act. 4/3a und 4/3b) habe sie nie erhalten (act. 15 S. 6 f.).

Es sei ihr im schiedsrichterlichen Verfahren sodann nicht möglich gewesen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel wahrzunehmen, weil ihr nie eine Frist zur Klageantwort angesetzt worden und sie auch nicht zu einer Verhandlung vorgeladen worden sei. Dies sei von der klagenden Partei auch nie behauptet worden (act. 15 S. 6 f.).

Da es sich bei der behaupteten Nichtzustellung von Urkunden um eine negative Tatsache handle, welche schlechterdings nicht bewiesen werden könne, habe die klagende Partei die ordnungsgemässe Zustellung der entsprechenden Urkunden zu beweisen (act. 15 S. 7).

Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die Zustellung gemäss den Vorschriften des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom

15. November 1965 hätte erfolgen müssen, was jedoch unbestrittenemassen nicht der Fall gewesen sei (act. 15 S. 8).

7.3. Die klagende Partei verwies hinsichtlich der behaupteten Nichtzustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes auf das genannte Schreiben vom 4. Mai 2001 (act. 4/3a), welches als Begleitbrief zu der ebenfalls ins Recht gelegten Urkunde vom 26. April 2001 (act. 4/3b) diene, worin der beklagten Partei die Einleitung eines Schiedsverfahrens durch die klagende Partei angezeigt und die beklagte Partei aufgefordert worden ist, einen Schiedsrichter zu benennen. Zum Nachweis der ordnungsgemässen Zustellung reichte die klagende Partei ausserdem die vom 25. Juni 2001 datierende Antwort auf ihr Nachforschungsbegehren bei der Schweizerischen Post ein, worin bestätigt wird, dass der beklagten Partei der eingeschriebene Brief vom 4. Mai 2001 tags darauf ausgeliefert wurde (act. 14/2).

7.4. Wie bereits erwähnt auferlegt Art. V Abs. 1 NYÜ die Behauptungs- und Beweislast für allfällige Verweigerungsgründe dem Vollstreckungsgegner. Aufgrund des klaren Wortlautes des Übereinkommens rechtfertigt sich entgegen der Ansicht der beklagten Partei eine Umkehr der Beweislast nach der Regel "negativa non sunt probanda" nicht. Denn der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung spricht sich gestützt auf diesen Wortlaut trotz der damit verbundenen erheblichen Beweisschwierigkeiten für die Beweislast der beklagten Partei aus (BGE 108 Ib 90 f.; IPRG-Siehr, in: IPRG Kommentar, Zürich 1993, Art. 194 N 22, Hass, in: Practioner's Handbook on International Arbitration, München 2002, S. 487 f.; Satmer, a.a.O., S. 51; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. A., Tübingen 1989, N 920; a.M. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 296 ff., für den eine Umkehr der Beweislast jedoch auch nur dann in Frage kommt, wenn die beklagte Partei das Nichtvorhandensein einer Tatsache substantiiert behauptet und sich das Gegenteil nicht bereits aus dem Schiedsentscheid selber ergibt).

7.5. Demzufolge ist es an der beklagten Partei, den Beweis für den Nichterhalt des Schreibens der klagenden Partei vom 4. Mai 2001 inklusive Beilage zu führen. Im Übrigen geht die ordnungsgemässe Zustellung dieser verfahrenseinlei-

tenden Schriftstücke direkt an die beklagte Partei aus dem Schiedsspruch selbst hervor (act. 4/9 S. 1 f.; act. 14/2). Unter diesen Umständen käme aber selbst nach der von der herrschenden Meinung abweichenden Auffassung Stüchelis eine Beweislastumkehr vorliegend nicht in Frage.

Den Nachweis, dass das Schreiben vom 4. Mai 2001 der beklagten Partei selbst nicht zugestellt wurde, hat diese nicht erbracht. Gegenteil ist aus dem von der klagenden Partei einreichten Nachforschungsbegehren bei der Schweizerischen Post gerade auf eine solche Zustellung zu schliessen.

Unter diesen Umständen ist der weitere Einwand der beklagten Partei, die unbestrittenemassen erfolgte Zustellung der Sendung vom 4. Mai 2001 an ihren heutigen Rechtsvertreter könne mangels damaliger Bevollmächtigung desselben nicht massgebend sein, unbehelflich.

7.6. Auch für die Behauptung, dass sie ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht habe geltend machen können, da ihr nie eine Frist zur Stellungnahme angesetzt worden oder eine Vorladung für eine Verhandlung zugestellt worden sei, ist die beklagte Partei nach der herrschenden Lehre beweispflichtig. Das Schiedsurteil vom 11. Oktober 2001 hält sodann ebenfalls ausdrücklich fest, dass den Parteien nach Konstituierung des Schiedsgerichts mit Datum vom 31. August 2001 Frist zur Einreichung von Schriftsätzen und Urkunden angesetzt worden ist, was ihnen rechtzeitig per Post mitgeteilt worden sei (act. 4/9 S. 2). Damit käme auch nach der zitierten Meinung Stüchelis eine Beweislastumkehr nicht in Frage. Demzufolge kann die beklagte Partei aus dem Umstand, dass die klagende Partei eine solche Fristansetzung oder Vorladung nicht behauptet hat, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Auch den Beweis der fehlenden Zustellung einer Fristansetzung oder Vorladung ist die beklagte Partei schuldig geblieben. Bezüglich einer Vorladung zur Verhandlung hat sie nicht nachgewiesen, dass eine solche Verhandlung tatsächlich stattgefunden hat oder nach dem anwendbaren Verfahrensrecht zwingend hätte stattfinden müssen. Das Schiedsurteil hält lediglich fest, dass die Entscheidung von den Schiedsrichtern in persönlicher Verhandlung getroffen worden sei. Einen

Hinweis auf eine mündliche Anhörung einer der Parteien findet sich hingegen nicht (act. 4/9 S. 4).

Entgegen der Ansicht der beklagten Partei sind sodann im internationalen Schiedsverfahren bei der Zustellung von Urkunden im Ausland keine formellen Erfordernisse zu beachten. Infolge des privaten Charakters des Schiedsverfahrens findet das erwähnte Haager Zustellungsübereinkommen keine Anwendung (Haas, a.a.O., S. 496; Satmer, a.a.O., S. 114; Bucher, a.a.O., N 194), weshalb der Einwand der Nichtbeachtung der dort vorgesehenen Übermittlungswege bei der Fristansetzung zur Stellungnahme unbeachtlich ist.

7.7. Die beklagte Partei hat somit nicht nachgewiesen, dass die Vollstreckung auf Grund von Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ zu verweigern ist.

8.1. Die beklagte Partei machte im Weiteren geltend, gestützt auf **Art. V Abs. 1 lit. e NYÜ** sei die Vollstreckung zu verweigern, da der Schiedsspruch der beklagten Partei nicht rechtsgültig zugestellt worden und deshalb noch nicht verbindlich sei (act. 15 S. 7). Aus der von der klagenden Partei eingereichten Postquittung sei zwar ersichtlich, dass der Empfang der entsprechenden Sendung am 25. Januar 2002 unterschriftlich bestätigt worden sei (vgl. act. 4/5). Diese Unterschrift stamme aber von einer der beklagten Partei unbekanntem Person und auf jeden Fall nicht von dem zu diesem Zeitpunkt noch einzigen zeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglied [REDACTED]. Die klagende Partei habe gewusst, dass bei der beklagten Partei lediglich noch die genannte Person zeichnungsberechtigt gewesen sei. Da sie es trotzdem unterlassen habe, das Schiedsurteil dem Verwaltungsratsmitglied direkt zuzustellen, habe sie es zu verantworten, dass die Sendung anstatt der beklagten Partei einer unbekanntem Person ausgehändigt worden sei (act. 15 S. 2 f.).

8.2. Für die Anerkennung und Vollstreckung nach dem NYÜ ist nicht Voraussetzung, dass der Schiedsspruch im Urteilsstaat für vollstreckbar erklärt worden ist. Es obliegt gemäss Art. V Abs. 1 lit. e NYÜ vielmehr wiederum derjenigen Partei, die sich dem Vollstreckungsbegehren widersetzt, zu beweisen, dass der Schiedsspruch noch nicht verbindlich ist bzw. aufgehoben wurde. Ob ein Schiedsspruch

für die Parteien beispielsweise mit der Fällung, mündlichen Eröffnung, schriftlichen Ausfertigung, Mitteilung an die Parteien oder durch den Ablauf einer Rechtsmittelfrist verbindlich geworden ist, richtet sich in erster Linie nach dem für das schiedsrichterliche Verfahren massgebenden Recht (BGE 108 Ib 88; vgl. Satmer, a.a.O., S. 208). Entsprechend hat die Vollstreckungsgegnerin nicht nur die behaupteten Tatsachen, sondern auch Bestand und Inhalt des anwendbaren ausländischen Rechts zu beweisen, aus dem sie die Unverbindlichkeit des Schiedsspruchs ableitet (BGE 108 Ib 88; Haas, a.a.O., S. 488).

8.3. Zu den beklaglichen Vorbringen ist festzuhalten, dass sich aus dem von ihr eingereichten Handelsregisterauszug kein Hinweis darauf ergibt, dass Postzustellungen nicht mehr an die als Sitz der Gesellschaft eingetragene c/o Adresse der beklagten Partei in Zürich, sondern nur noch an den einzigen Verwaltungsrat persönlich vorzunehmen seien (act. 4/4). Damit ist nicht nachgewiesen, dass eine Zustellung am Sitz der beklagten Partei unzulässig war.

Andere Einwände gegen die Verbindlichkeit des Schiedsurteils hat die beklagte Partei nicht vorgebracht.

8.4. Die beklagte Partei hat somit nicht nachgewiesen, dass gestützt auf Art. V Abs. 1 lit. e NYÜ die Vollstreckung des Schiedsspruchs zu verweigern ist.

9.1. Von Amtes wegen zu prüfen bleibt, ob ein Versagungsgrund gemäss Art. V Abs. 2 NYÜ vorliegt, wobei die Vollstreckungsgegnerin auch im Rahmen von Art. V Abs. 2 NYÜ die Beweis-, nicht jedoch die Behauptungslast für das Vorliegen eines Versagungsgrundes trägt (Haas, a.a.O., S. 488; Schlosser, a.a.O., N 920; van den Berg, a.a.O., S. 300).

9.2. Die zuständige Behörde im Vollstreckungsstaat darf die Vollstreckung einerseits verweigern, wenn der Streitgegenstand nach dem Recht des Vollstreckungsstaates nicht schiedsfähig ist (Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ).

Vorliegend urteilte das angerufene Schiedsgericht in materieller Hinsicht über vermögensrechtliche Ansprüche (vgl. act. 4/9 S. 4). Solche können nach schweizerischem Recht Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein.

9.3. Andererseits darf die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs gemäss **Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ** dann verweigert werden, wenn dessen Durchsetzung dem inländischen *Ordre public* widersprechen würde. Voraussetzung hierfür ist, dass das entsprechende Urteil wegen seines Inhalts oder wegen dem vom Schiedsgericht befolgten Verfahren in unerträglicher Weise gegen das in der Schweiz allgemein herrschende Rechtsempfinden verstösst und wesentliche Grundsätze der schweizerischen Rechtsordnung verletzt (BGE 101 Ia 526).

Die beklagte Partei wies im Rahmen ihrer bereits behandelten Ausführungen zur Verweigerung des rechtlichen Gehörs darauf hin, dass die Vollstreckung nicht nur gestützt auf Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ, sondern ohnehin in Anwendung von Art. V Abs. 2 lit. b zu verweigern sei (act. 15 S. 7).

Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs stellt grundsätzlich eine Verletzung des verfahrensrechtlichen *Ordre public* dar. Die beklagte Partei hat jedoch wie bereits ausgeführt nicht bewiesen, dass ihr das rechtliche Gehör tatsächlich in einer der von ihr geltend gemachten Formen verweigert worden ist. Weitere mögliche Verletzungen des *Ordre public* hat die beklagte Partei nicht geltend gemacht und es ergeben sich solche auch nicht aus den Akten. Somit besteht kein Grund, die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs gestützt auf Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ zu verweigern.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vollstreckungsvoraussetzungen nach dem NYÜ erfüllt sind, weshalb der Schiedsspruch vom 11. Oktober 2001 für vollstreckbar zu erklären ist.

IV.

1. Der vorgelegte Schiedsspruch bildet einen Titel für die **definitive Rechtsöffnung** im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG. Dagegen hat die beklagte Partei eingewendet, die Prozessentschädigung im Schiedsentscheid betrage nur LIT 16'949'000.00 und nicht wie behauptet LIT 61'449'000.00 (dazu unten 3.2.). Andere Gründe, die der Rechtsöffnung entgegenstehen, hat die beklagte Partei nicht vorgebracht und solche ergeben sich auch nicht aus den Akten. Die von der

klagenden Partei veranschlagten und belegten Wechselkurse im Zeitpunkt der Anhebung der Betreuung wurde seitens der beklagten Partei anerkannt.

2. Betragsmässig ist in **Absatz 2 des Dispositivs** des eingereichten Schiedsspruchs einerseits ein Betrag von insgesamt Fr. 628'958.50 (USD 395'000.00 x 1.5923) ausgewiesen, wobei lediglich für den Betrag von Fr. 622'125.00 (Fr. 196'875.00 + 425'250.00) Rechtsöffnung verlangt wird.

Gemäss dem Schiedsspruch und den Erwägungen des Schiedsgerichtsentscheids wurde die beklagte Partei sodann zur Zahlung eines Verzugszinses von 1 % monatlich ab den gemäss Lizenzvertrag vereinbarten Fälligkeitsdaten (20 Tage nach dem 31. Dezember 1999 für USD 125'000.00 für das zweite Halbjahr 1999 sowie 20 Tage nach dem 30. Juni bzw. 31. Dezember 2000 für je USD 135'000.00 für das Jahr 2000) verpflichtet (act. 4/8-9). Der verlangte Verzugszins ist somit ebenfalls ausgewiesen.

3.1. Das Schiedsurteil weist sodann in **Absatz 3 des Dispositivs** als Prozessentschädigung den Betrag von Fr. 12'752.85 (LIT 16'949'000.00 / 1'936.27 [= 8'753.43 Euro] x 1.4569) aus (act. 4/9 S. 4). Der klagenden Partei ist deshalb gestützt auf den genannten Absatz für diesen Betrag ebenfalls die definitive Rechtsöffnung zu gewähren.

3.2. Hinsichtlich der darüber hinaus von der klagenden Partei verlangten Rechtsöffnung für die Verfahrenskosten aus dem Schiedsentscheid ist zu berücksichtigen, dass in **Absatz 3** des Dispositivs das Schiedsgericht die Schiedsgerichtskosten sowie die der Schweizerischen Handelskammer in Italien geschuldeten Sekretariatskosten zwar der beklagten Partei auferlegt hat (act. 4/9 S. 4). Keine Angaben enthält das Dispositiv des Schiedsspruchs jedoch darüber, an wen diese Schiedsgerichts- und Sekretariatskosten zu leisten sind. Solches ist auch den Erwägungen des Entscheids nicht zu entnehmen. Es ist deshalb unklar, ob das Schiedsgericht die beklagte Partei zur Zahlung der entsprechenden Beträge an das Schiedsgericht oder an die klagende Partei verpflichtet wollte. Damit liegt ein Mangel in der Formulierung des Entscheids vor, der nicht von der Vollstreckungsrichterin, sondern nur durch das erkennende Gericht selbst - allenfalls

durch Erläuterung- behoben werden kann. Denn aus dem Rechtsöffnungstitel muss der Berechtigte ebenso wie der Verpflichtete klar ersichtlich sein, ansonsten die Rechtsöffnung zu verweigern ist (Stücheli, a.a.O., S. 223).

Unter diesen Umständen ist nicht näher auf die Behauptung der klagenden Partei, sie habe die entsprechenden Kosten vorschliessen müssen, weshalb sie ihr nunmehr zu ersetzen seien, einzugehen und kann wie erwähnt dahingestellt bleiben, ob diese Behauptung inklusive der entsprechenden Zahlungsbelege (act. 21/4a-21/7d), welche erst nach Schluss der Hauptverhandlung mit Eingabe vom 21. Januar 2003 (act. 19) beigebracht worden sind, im Rahmen des Novenrechts nach § 115 in Verbindung mit § 204 ZPO überhaupt zu beachten wären.

Soweit die klagende Partei Rechtsöffnung für die angefallenen Verfahrenskosten verlangt, ist das Begehren um Rechtsöffnung deshalb abzuweisen.

V.

Da die beklagte Partei fast vollumfänglich unterliegt, sind ihr die **Kosten** dieses Verfahrens aufzuerlegen (Art. 48 GebV SchKG; § 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist sie zu verpflichten, der klagenden Partei eine angemessene **Prozessentschädigung** zu bezahlen (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG; § 68 Abs. 1 ZPO). Bei deren Bemessung ist der anwaltlichen Vertretung der klagenden Partei und den ausgewiesenen Barauslagen für die Übersetzung von Unterlagen von Fr. 931.00 Rechnung zu tragen.

VI.

Da der Streitwert über Fr. 8'000.00 liegt, ist hinsichtlich der Vollstreckbarerklärung das **Rechtsmittel** des Rekurses gegeben (§ 272 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 46 OG). Gegen den Entscheid betreffend die Rechtsöffnung ist dagegen die **Nichtigkeitsbeschwerde** zulässig (§ 272 Abs. 2 Ziff. 3 in Verbindung mit § 281 ZPO).

Die Einzelrichterin verfügt:

1. Der Schiedsspruch vom 11. Oktober 2001 im Schiedsverfahren Nr. [REDACTED] wird vollstreckbar erklärt.
2. Der klagenden Partei wird **definitive** Rechtsöffnung erteilt in
Betreibung Nr. [REDACTED] Betreibungsamt Zürich 7,
Zahlungsbefehl vom 14. Mai 2002, für
Fr. 622'125.00 nebst Zins zu 12 %
seit 20. Januar 2000 auf Fr. 196'875.00,
seit 20. Januar 2001 auf Fr. 425'250.00,
Fr. 12'752.85,
Fr. 200.00 Betreuungskosten
sowie für Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 3 bis 5 dieser Verfügung.
Im Mehrbetrag wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr, darin eingeschlossen eine Spruchgebühr von 1'000.00, wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 120.00 Vorladungsgebühr
Fr. 475.00 Schreibgebühr
Fr. 193.00 Zustellungsgebühr

Fr. 4'288.00 Kosten total.
4. Die Kosten werden von der klagenden Partei bezogen, sind ihr aber von der beklagten Partei zu ersetzen.
5. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Prozessentschädigung von Fr. 6'500.00 zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das genannte Betreibungsamt.
7. Ein Rekurs gegen den Entscheid betreffend Vollstreckbarerklärung kann **innert 10 Tagen** von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,

Postfach, 8023 Zürich, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

8. **Der Entscheid betreffend Rechtsöffnung ist rechtskräftig** (§ 286 Abs. 1 ZPO). Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid betreffend Rechtsöffnung kann innert **30 Tagen** nach dessen Zustellung schriftlich und im Doppel unter Beilage dieser Ausfertigung beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, Postfach, 8023 Zürich, eingereicht werden. In der Beschwerde ist unter Nachweis der Nichtigkeitsgründe (§ 281 ZPO) anzugeben, inwieweit diese Verfügung angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden.
9. Die Fristen in diesem Verfahren stehen während der Gerichtsferien **nicht** still (§ 140 Abs. 3 GVG).

Der juristische Sekretär:



Obergericht des Kantons Zürich



Geschäfts-Nr. [REDACTED]

EINGEGANGEN

II. Zivilkammer

21. Juli 2003

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H. Schmid, Vorsitzender, Oberrichter Dr. O. Kramis und Oberrichterin lic.iur. A. Katzenstein sowie die juristische Sekretärin Dr. I. Jent-Sørensen.

Beschluss vom 17. Juli 2003

in Sachen

[REDACTED]
Beklagte und Rekurrentin,

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Italien,
Klägerin und Rekursgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

betreffend

Rechtsöffnung / Vollstreckbarerklärung

Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirkes Zürich vom 14. Februar 2003 [REDACTED]

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

Mit Verfügung vom 14. Februar 2003 erklärte die Einzelrichterin am Audi-
enzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich den Schiedsspruch zwischen den Partei-
en vom 11. Oktober 2001 für vollstreckbar und erteilte gestützt darauf der Kläge-
rin und jetzigen Rekursgegnerin definitive Rechtsöffnung für Fr. 622'125.- nebst
Zins zu je 12 % seit dem 20. Januar 2000 auf Fr. 196'975.- und seit dem 20. Ja-
nuar 2001 auf Fr. 425'250.- sowie Fr. 12'752.85 und Fr. 200.- Betreuungskosten
(act. 5). Die Rekurrentin legte mit Eingabe vom 17. April 2003 rechtzeitig Rekurs
ein mit den Anträgen, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben, das Begehren
um Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches vom 11. Oktober 2001 im
Schiedsverfahren Nr. [REDACTED] sowie das Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung
Nr. [REDACTED] des Betreibungsamtes Zürich 7 - unter Kosten- und Entschädigungsfol-
gen - abzuweisen (act. 1). Gleichzeitig ersuchte sie um Fristansetzung im Sinne
von § 276 Abs. 2 ZPO, was mit Präsidialverfügung vom 23. April 2003 bis zum 19.
Mai 2003 geschah (act. 3). Mit einer weiteren Präsidialverfügung vom 19. Mai
2003 wurde der Rekurrentin eine Kautions im Sinne von § 76 ZPO auferlegt (act.
8), welche rechtzeitig geleistet wurde (act. 10). Mit Eingabe vom 16. Mai 2003
wurde die Rekursbegründung ergänzt (act. 7). Die Rekursantwort wurde am 27.
Juni 2003 erstattet (act. 17). Dem von der Gläubigerin am 22. Mai 2003 aufgrund
der definitiven Rechtsöffnung gestellten Fortsetzungsbegehren wurde zunächst
stattgegeben; mit Verfügung vom 28. Mai 2003 stellte das Betreibungsamt Zürich
7 die Betreuung für die Dauer des Rekursverfahrens in der vorliegenden Sache
wieder ein (act. 15). Am 10. Juni 2003 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehm-
lassung (act. 13).

II.

Umstritten ist im Rekursverfahren zunächst die Frage, ob die Anerkennung
und Vollstreckung des Schiedsgerichtsurteils vom 11. Oktober 2001 nach dem
NYÜ oder dem bilateralen Abkommen zwischen Italien und der Schweiz vom 3.

Januar 1933 zu erfolgen hat (act. 7 S. 1 ff.). Die Rekurrentin macht aufgrund von Art. VII Abs. 1 des NYÜ den Vorrang des Vollstreckungsabkommens Italien/Schweiz geltend. Dies beruhe darauf, dass gemäss Art. VII NYÜ andere (bilaterale) Staatsverträge das NYÜ verdrängen, wenn die Mitgliedstaaten dem anderen (bilateralen) Staatsvertrag den Vorrang einräumen. Ob ein anderer (bilateraler) Staatsvertrag vorrangig sei, lasse sich somit nicht anhand des NYÜ ermitteln (act. 7 S. 3), sondern müsse sich aus dem zwischenstaatlichen Verhältnis ergeben, was das Bundesgericht in BGE 110 Ib 193 entschieden habe (act. 7 S. 4).

Im Verhältnis Italien/Schweiz sei von einer solchen Vorrangstellung des bilateralen Abkommens von 1933 gegenüber dem NYÜ auszugehen; Mit diesem Abkommen seien die Grundlage für eine vereinfachte Vollstreckung gelegt sowie die Rechte des Vollstreckungsgegners und sein Gehöranspruch geschützt worden. Im Nachgang zur Ratifikation des NYÜ durch die beiden Staaten sei nichts unternommen worden, um das bilaterale Abkommen anzupassen. So sei klar, dass weder Italien noch die Schweiz die Absicht gehabt hätten, die Voraussetzungen des bilateralen Abkommens aufzuheben. Diesem komme mithin Vorrang zu.

Stehe damit der Vorrang fest, so sei bei der Anerkennung bzw. Vollstreckung auf den als vorrangig erkannten Staatsvertrag abzustellen, und zwar unabhängig davon, ob er strenger oder weniger streng sei, wovon auch das Bundesgericht in BGE 110 Ib 193 ausgehe (act. 7 S. 3).

Das "Günstigkeitsprinzip" gelte hier eben gerade nicht und stünde im Widerspruch zum klaren Wortlauf von Art. VII NYÜ, der den Parteien ausdrücklich das Recht gebe, sich auf einen vorrangigen (bilateralen) Staatsvertrag zu berufen. Den Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 110 Ib 191 könne wegen der völlig verschiedenen Ausgangslage für den vorliegenden Fall nichts Anderes aber immerhin soviel entnommen werden, dass (bilaterale) Staatsverträge dem NYÜ vorrangig sein können, was ohne Zweifel für das Abkommen Italien/Schweiz von 1933 zutrefte.

Gemäss Art. 5 Ziff. 2 und 3 des Abkommens Italien/Schweiz sei die Beilage einer Rechtskraftbescheinigung sowie der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift der Ladung erforderlich, so dass mangels dieser Vollstreckungsvoraussetzungen der Rekurs gutzuheissen sei.

Gerügt wird ausserdem, der Rekurrentin sei das rechtliche Gehör verweigert worden, welches gemäss Art. 29 Abs. 2 BV die Information über das Verfahren, die Gelegenheit zur Mitwirkung am Verfahren und das Recht auf Äusserung zu den gegnerischen Vorbringen umfasse. Im Schiedsverfahren zwischen den Parteien sei der Rekurrentin das verfahrenseinleitende Schriftstück weder zugestellt worden, noch hätte sie Gelegenheit erhalten, eine Klageantwort zu erstatten (act. 7 S. 5). Auch wenn das NYÜ anwendbar wäre, würde gemäss Art. V Ziff. 1 lit. b die Anerkennung und Vollstreckung versagt, wenn einer Partei von der Bestellung des Schiedsgerichtes und vom schiedsgerichtlichen Verfahren keine gehörige Mitteilung gemacht wurde. Wie vor Vorinstanz ausführlich dargelegt, trage die Zustellbescheinigung betreffend das Schreiben vom 4. Mai 2001 einen unleserlichen Vermerk. Wäre die Rechtsauffassung der Vorinstanz hinsichtlich der Beweislastverteilung richtig, so müsste die Rekurrentin beweisen, dass der unleserliche Vermerk auf der Postabholungsquittung nicht von ihr stamme, was schlicht unmöglich sei (act. 7 S. 5 f.).

Die Rekurrentin habe nie Gelegenheit erhalten, sich zur Klagebegründung der Rekursgegnerin zu äussern, was vor Vorinstanz in Ziff. 28 des Plädoyers auch gerügt worden sei. In der Replik sei dies nicht bestritten worden, worauf die Rekurrentin in der Duplik ausdrücklich hingewiesen habe (act. 7 S. 6). Mangels Bestreitung seitens der Rekursgegnerin hätte die Vorinstanz davon ausgehen müssen, dass die Rekurrentin im italienischen Schiedsverfahren keine Gelegenheit erhalten habe, eine Klageantwort zu erstatten. Die Bemerkung in Ziff. 2 des Schiedsurteils, dass den Parteien am 31. Juli 2001 Frist zur Einreichung von Schriftsätzen angesetzt worden sei, sei falsch, was sich auch daraus ergebe, dass die Rekursgegnerin nicht in der Lage sei, Kopien der entsprechenden Zustellungs- und Abholurkunden einzureichen (act. 7 S. 6). Ausserdem betreffe die Aufforderung vom 31. Juli 2003 lediglich die Rekursgegnerin.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass das Abkommen Italien/Schweiz von 1933 anwendbar sei, dass die vorinstanzlichen Ausführungen zur Beweislastverteilung unrichtig seien und dass es an der Rechtskraftbescheinigung, der Vorlage der Ladung und der Zustellung aufgrund des Haager Übereinkommens fehle (act. 7 S. 7). Mangels entsprechender Bestreitung und weil die Rekursgegnerin kein Schriftstück eingereicht habe, woraus sich die Aufforderung zur Erstattung einer Klageantwort ergebe, sei der Rekurs abzuweisen (recte gutzuheissen).

III.

In der Rekursantwort vom 27. Juni 2003 (act. 17) ersuchte die Rekursgegnerin in verfahrensrechtlicher Hinsicht darum, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung von einer angemessenen Sicherheitsleistung abhängig zu machen und den Rekurs - unter Kosten- und Entschädigungsfolgen - abzuweisen.

Was das Verhältnis des NYÜ und des Abkommens Italien/Schweiz von 1933 betrifft, sei die Rekurrentin zu Unrecht vom Vorrang des Letzteren ausgegangen. Der Kerngehalt der Aussage des Bundesgerichts in BGE 110 Ib 193 sei ins Gegenteil verkehrt worden. Richtig wiedergegeben sei er dahin zu verstehen, dass sich die Vollstreckungsklägerin bei konkurrierenden Bestimmungen in einem älteren bilateralen Abkommen und im NYÜ auf die für sie günstigere Bestimmung berufen könne (act. 17 S. 3). Ausnahmen vom Günstigkeitsprinzip seien zwar nicht undenkbar, jedoch müssten sie sich aus der Auslegung des bilateralen Abkommens ergeben. Das NYÜ sei im Bestreben geschlossen worden, die Vollstreckung internationaler Schiedsurteile zu vereinfachen. Auch beim Vorgängerabkommen des NYÜ - dem Genfer Übereinkommen - habe das Günstigkeitsprinzip gegolten. Es gebe keinerlei Anhaltspunkte für die Ansicht, im Verhältnis Italien/Schweiz hätte für die Zeit nach der Ratifikation an den strengeren Regeln des Abkommens von 1933 festgehalten werden wollen. Das Argument der Gegenseite, das Abkommen Italien/Schweiz sei nach der Ratifikation des NYÜ nicht angepasst worden, spreche gerade dafür, dass das NYÜ gelte und nicht dafür - wie

die Rekurrentin meine - dass das ältere bilaterale Übereinkommen anwendbar bleibe, was ausdrücklich hätte erklärt werden müssen (act. 17 S. 4).

Im Übrigen verkenne die Rekurrentin die Konstellation von BGE 110 Ib 193: das (ebenfalls ältere) Abkommen Frankreich/Schweiz statuiere strengere Voraussetzungen als das NYÜ. Mit der Begründung, im bilateralen Verhältnis sei weder der Wunsch ersichtlich noch geäußert worden, die strengeren Vorschriften des bilateralen Abkommens beizubehalten, habe das Bundesgericht den Vorrang des NYÜ bestätigt (act. 7 S. 4).

Was die Gehörsverweigerung anbelangt, habe die Vorinstanz auf vier Seiten dargetan, dass sowohl der damalige und heutige Vertreter der Rekurrentin als diese selbst - per Einschreiben mit Rückschein - von der Einleitung des Schiedsverfahrens benachrichtigt und zur Bestellung eines Schiedsrichters aufgefordert worden seien. Die Mitteilung des Vertreters, er habe in der fraglichen Angelegenheit kein Mandat erhalten, erweise sich als offensichtliche Schutzbehauptung. Die Rekurrentin ihrerseits habe den Rückschein retourniert. Die sicherheitshalber vom italienischen Schiedsgericht veranlassten Nachforschungen bei der schweizerischen Post würden die Zustellung klar belegen (act. 17 S. 5 f.). Daran könnten auch die beharrlichen Bestreitungen der Rekurrentin nichts ändern.

Die Vorbehalte der Rekurrentin zur Beweislastverteilung nach NYÜ stünden im Widerspruch zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung. Der Hinweis auf die besonderen konkreten Umstände könnten daran nichts ändern. Die Rekursgegnerin habe die Zustellung an die Rekurrentin mit dem Rückschein und dem Post-Nachforschungsbegehren bewiesen. Von der Rekurrentin hätte die angebliche Nicht-Zustellung durchaus dargetan werden können, indem z.B. Angaben zu den firmeninternen Abläufen im Zusammenhang mit Postzustellungen gemacht worden wären. Auch bleibe die Rekurrentin eine Erklärung dafür schuldig, warum sie - trotz Rückschein und Bestätigung - das Schreiben nie erhalten haben wolle. Es könne in diesem Zusammenhang auf die ausserordentlich sorgfältig redigierte Verfügung der Vorinstanz (Ziff. 7.4 und 7.5 auf S. 9) verwiesen werden.

Im Übrigen sei die Rekurrentin den Nachweis der Verletzung der Regeln über das Säumnisverfahren im italienischen Verfahrensrecht schuldig geblieben und habe noch weniger nachgewiesen, inwieweit der schweizerische *Ordre public* verletzt worden sei (act. 17 S. 7).

Was die Behauptung der unterlassenen Aufforderung zur Einreichung einer Klageantwort anbelangt, sei auf das Schiedsurteil vom 11. Oktober 2001 zu verweisen, wonach den Parteien nach Konstituierung des Schiedsgerichts Frist zur Einreichung von Schriftsätzen und Urkunden angesetzt wurden. Zudem trage die Rekursgegnerin weder die Behauptungs- noch die Beweislast dafür, inwieweit und in welcher Form die Rekurrentin vom Schiedsgericht aufgefordert worden sei, die Klage materiell zu beantworten. Der entsprechende Nachweis liege bei der Rekurrentin, welche ihn allerdings nicht erbracht habe (act. 7 S. 7 f.).

Angesichts der Unhaltbarkeit der geltend gemachten Rekursgründe sei der Rekurs als unbegründet abzuweisen.

IV.

1. Der Antrag der Rekursgegnerin, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung von einer angemessenen Sicherheitsleistung abhängig zu machen, muss nicht näher geprüft werden. Da gegen den mit heutigem Datum erlassenen Entscheid nur noch die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist, tritt damit die gleiche Rechtslage ein, wie sie mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung eintreten würde. Das entsprechende Begehren der Rekursgegnerin ist damit gegenstandslos geworden.

2. Die Rekurrentin stellt den Antrag, das Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. [REDACTED] des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 14. Mai 2002) sei abzuweisen. Gemäss § 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO ist das Rechtsmittel des Rekurses gegeben, soweit es sich um die Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen handelt, die Nichtigkeitsbeschwerde hingegen insoweit, als es um die Rechtsöffnung als solche geht (vgl. auch Ziff. 7 und 8 der angefochtenen Entscheides). Wegen dieser Spaltung des Rechtsweges kann im Rekursverfahren

nur über die Vollstreckbarkeit als solche und nicht auch über die Rechtsöffnung entschieden werden, was der verlangten Aufhebung entgegensteht. Eine solche ist auch nicht erforderlich.

Wegen des pendenten Rekurses hat das Betreibungsamt Zürich 7 mit Verfügung vom 28. Mai 2003 die Betreuung bis zur definitiven Vollstreckbarenklärung eingestellt und der Rekursgegnerin Frist angesetzt, um innert 10 Tagen nach Vorliegen des Rekursentscheides die Fortsetzung der Betreuung zu verlangen. Würde der vorinstanzliche Entscheid im vorliegenden Rekursverfahren aufgehoben und die Vollstreckbarkeit verneint, so müsste es bei der Einstellung der Betreuung bleiben. Auf den Antrag, den Rechtsöffnungsentscheid abzuändern, ist daher nicht einzutreten.

Im Zusammenhang mit Ziff. 1 und 2 des Dispositivs des vorinstanzlichen Entscheids ist festzuhalten, dass es für den Fall der vorfrageweisen Überprüfung eines ausländischen Entscheides auf seine Vollstreckbarkeit genügen würde, das Dispositiv auf den Entscheid über das Rechtsöffnungsbegehren zu beschränken. Dennoch besteht vorliegend kein Anlass, von der geübten vorinstanzlichen Praxis abzuweichen, die mit Rücksicht auf die in § 272 Abs. 3 ZPO angelegte Spaltung des Rechtsmittelweges den Entscheid über die vorfrageweise zu beantwortende Vollstreckbarkeit zu einer eigenen Dispositivziffer macht. Nur ist dies mit der Einschränkung verbunden, dass damit kein selbständiges Exequatur erteilt wurde, welches Wirkung über das konkrete Rechtsöffnungsverfahren hinaus entfalten könnte.

3. In der Sache ist zunächst die Frage des anwendbaren Rechts zu klären. Die Rekurrentin beruft sich auf das Abkommen Schweiz/Italien von 1933, während die Vorinstanz und die Rekursgegnerin das NYÜ für anwendbar halten. Massgeblich ist die Tragweite der Vorschrift von Art. VII Abs. 1 NYÜ und ihr Verhältnis zum Günstigkeitsprinzip. Dieses besagt, dass sich der Anerkennungskläger bei Konkurrenz von autonomem Recht und Staatsvertragsrecht bzw. von zwei Staatsverträgen auf die anerkennungsfriendlichere Rechtsgrundlage berufen kann (Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2002, S. 400 f.). Als Folgefrage ist gegebenenfalls zu beurteilen, ob das al-

lenfalls grundsätzlich geltende Günstigkeitsprinzip im Fall des Abkommens Italien/Schweiz von 1933 nicht gelten soll.

Dass Art. VII des NYÜ das Günstigkeitsprinzip statuiert, ergibt sich offensichtlich aus seinem Wortlaut und ist auch in Lehre und Rechtsprechung unbestritten (vgl. die von der Vorinstanz zitierten Belegstellen in BGE 110 Ib 191; Bertheau, Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Diss. Zürich 1965; Winterthur 1965, S. 98 f.; Andreas Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989, N. 460 ff. sowie weitere entsprechende Hinweise in Hans Ulrich Walder, Internationales Zivilprozessrecht, Zürich 1989, N. 30 zu § 15; IPRG-Siehr, in: IPRG-Kommentar, Zürich 1993, N. 5 zu Art. 194; vgl. auch Stein/Jonas/Schlosser, Kommentar zur (deutschen) Zivilprozessordnung, Band 9 (§§ 916-1068), Tübingen 2002, N. 159 ff. zum Anhang § 1061 dZPO). Auch aus der Botschaft zum NYÜ in BBl 1964 II, S. 619, folgt nichts anderes: "Artikel VII ordnet das Verhältnis des neuen Übereinkommens zu den anderen multilateralen oder bilateralen Verträgen, die auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen zwischen den Vertragsstaaten abgeschlossen wurden. Nach Absatz 1 lässt das neue Übereinkommen die Gültigkeit dieser Verträge unberührt und nimmt keiner beteiligten Partei das Recht, sich auf einen Schiedsspruch nach Massgabe des innerstaatlichen Rechtes oder der Verträge des Landes, in dem er geltend gemacht wird, zu berufen". Wie unter der Herrschaft des Genfer Abkommens (Art. 5), hat die an der Anerkennung oder Vollstreckung eines Schiedsspruches interessierte Partei ein Wahlrecht in dem Sinn, dass sie ihren Antrag entweder auf das neue Übereinkommen oder, wenn sie es als günstiger erachtet, auf andere den Vollstreckungsstaat bindende Verträge oder doch nur auf das inländische Recht dieses Landes stützen kann".

Auch die Anschlussfrage, ob sich für das staatsvertragliche Verhältnis zwischen Italien und der Schweiz - in Abweichung vom Günstigkeitsprinzip - der zwingende Vorrang des bilateralen Abkommens ergibt, ist zu verneinen. Zwar wäre eine solche abweichende Vereinbarung grundsätzlich möglich, jedoch reicht die blosse Tatsache des Bestehens eines älteren bilateralen Staatsvertrages da-

für nicht aus. Dass im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des NYÜ für Italien und die Schweiz die Ansicht bestanden hätte, dem Abkommen den Vorrang einzuräumen, ist nicht ersichtlich und auch die Rekurrentin vermag keine konkreten Anhaltspunkte dafür zu nennen. In Übereinstimmung mit der Rekursgegnerin und der Vorinstanz ergibt sich aus dem von beiden Parteien zur Stützung ihrer Rechtsauffassung zitierten BGE 110 Ib 193, dass bei einem älteren bilateralen Staatsvertrag (dort Frankreich/Schweiz) das NYÜ angerufen werden kann, wenn sich im bilateralen Verhältnis keiner der beiden Staaten für den Vorrang der bilateralen Konvention ausgesprochen hat. Einzig die zeitlichen Verhältnisse - Vorbestand des bilateralen Abkommens - die die Rekurrentin zu ihren Gunsten anführt, lassen einen solchen Schluss jedenfalls nicht zu, was sich auch aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid ergibt. Die Vorinstanz hat somit zu Recht angenommen, die Rekursgegnerin könne sich für das Exequatur auf das NYÜ berufen.

4. Die Rekurrentin moniert ausserdem die Verletzung des rechtlichen Gehörs, zunächst gestützt auf Art. 29 BV, allenfalls auch im Sinne von Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ. Die Vorinstanz hat die Missachtung des Gehörsanspruch überzeugend verneint, vorauf zu verweisen ist (§ 161 GVG).

Ergänzend dazu ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Haager Übereinkommen von 1965 nicht auf die Zustellung von Schriftstücken aus schiedsgerichtlichen Verfahren anwendbar ist. Die Rekurrentin führt nichts an, was die von der Vorinstanz zitierte herrschende Ansicht in Frage stellen könnte.

Was die Zustellung als solche anbelangt, macht die Rekurrentin geltend, das einleitende Schriftstück vom 4. Mai 2001, womit die Aufforderung ergangen war, einen Schiedsrichter zu bezeichnen, hätte sie nicht erhalten (act. 7 S. 5). Sie sei auch nie über die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens als solches in Kenntnis gesetzt worden. Beides sei jedoch unentbehrlich, andernfalls Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ verletzt sei. Im einen wie im anderen Fall sei die Rekursgegnerin für den Nachweis der Mitteilung beweisbelastet. Die Rekurrentin kenne zwar die Regeln des NYÜ über die Beweislastverteilung; sie sei aber der Meinung, dass angesichts der vorliegenden Umstände davon abgewichen werden müsse, weil es

ihr nicht zumutbar sei, den (negativen) Beweis zu erbringen, dass die Mitteilungen nicht erfolgt seien.

Der Vorinstanz ist ebenfalls darin zuzustimmen, dass keine Gründe bestehen, die Beweislast anders zu verteilen, als dies in Art. V NYÜ ausdrücklich vorgesehen ist und auch von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung - trotz der bekannten Beweisschwierigkeiten - praktisch einhellig befürwortet wird (vgl. die von der Vorinstanz erwähnten Belegstellen BGE 108 Ib 90 f.; IPRG-Siehr, in: IPRG-Kommentar, Zürich 1993, Art. 194 N. 22; Hass, in: Practitioner's Handbook of International Arbitration, München 2002, S. 487 f.; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Tübingen 1989, N. 920 sowie die weiteren Zitate: Bertheau, a.a.O., S. 70; IPRG-Patocchi/Jermini, N. 43 und 55 zu Art. 194 IPRG; Semjud 106/1984 S. 39). Somit bleibt es dabei, dass die Rekurrentin die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich der Behauptung, dass ihr das einleitende Schriftstück nicht zugestellt worden ist, trägt. Schliesslich stützt auch das Nachforschungsbegehren hinsichtlich der Zustellung des Schreibens vom 4. Mai 2001 bei der schweizerischen Post die Sachdarstellung der Rekursgegnerin.

Auch was die Kenntnis vom schiedsgerichtlichen Verfahren und die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Schiedsgerichtsverfahrens als solchem anbelangt, ist aufgrund der Ausführungen im Schiedsurteil vom 11. Oktober 2001 davon auszugehen, dass den Parteien am 31. August 2001 - nach der Konstituierung des Schiedsgerichts - Frist zur Einreichung von Schriftsätzen und Urkunden angesetzt wurde, was wiederum für die Richtigkeit der Sachdarstellung der Rekursgegnerin spricht. Dass dort nur der Rekursgegnerin als Klägerin im schiedsgerichtlichen Verfahren, und nicht der Rekurrentin als Beklagter Frist angesetzt worden wäre, ergibt sich daraus gerade nicht ("In seiner Sitzung vom 31. Juli 2001, nahm das Schiedsgericht den Auftrag an und setzte den Parteien Fristen zur Einreichung von Schriftsätzen und Urkunden"; act. 6/4/9).

Dem hält die Rekurrentin entgegen, dass ihre Behauptung, die Anzeige des schiedsgerichtlichen Verfahrens sowie die Aufforderung zur Einreichung der Kla-

geantwortet seien ihr nicht zugegangen, von der Rekursgegnerin unwidersprochen geblieben und damit anerkannt worden sei.

Dazu ist zu bemerken, dass dem Schiedsspruch nach NYÜ Beweiskraft zukommt (Bertheau, a.a.O., S. 56). Soweit sich der Vollstreckungsbeklagte gegen im Urteil verkündete Feststellungen wendet, hat er dies auch zu beweisen. Das ergibt sich wiederum aus der Beweislastverteilung, wie sie das Übereinkommen vorsieht. Gleicher Ansicht ist auch Stücheli (Die Rechtsöffnung, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht 1999, Zürich 2000, S. 298), der sich - soweit ersichtlich als Einziger und entgegen der h.M. - gegen die Überbindung der Beweislast an den Vollstreckungsbeklagten wendet. Für den Fall hingegen, dass sich die Zustellung bzw. Anhörung aus dem Urteil selber ergibt, stimmt auch er der herkömmlichen Beweislastverteilung einschränkungslos zu. In vorliegendem Fall hält das Schiedsgericht auf S. 3 des Originalurteils (act. 6/4/2; Übersetzung S. 2 [act. 6/4/9]) fest, den Parteien sei via die Schweizerische Handelskammer in Italien mitgeteilt worden, das Schiedsgericht habe den Auftrag angenommen und es sei ihnen gleichzeitig Frist zur Einreichung der Schriftsätze und Urkunden angesetzt worden. Das muss im Sinne der obigen Ausführungen auf jeden Fall genügen und es wäre Sache der Rekurrentin gewesen, die Nichtzustellung nachzuweisen. Dass ihm Rahmen des Schiedsgerichtsverfahrens weitere Schriftenwechsel durchzuführen gewesen wären, wie dies die Rekurrentin geltend macht (act. 7 S. 7 Ziff. 23), ist durch nichts belegt.

Hinsichtlich der übrigen Verweigerungsgründe gemäss NYÜ haben sich im Rekursverfahren keine neuen Anhaltspunkte ergeben, so dass diesbezüglich und auch betreffend die amtswegige Prüfung von allfälligen Versagungsgründen im Sinne von Art. V Abs. 2 NYÜ auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden kann (§ 161 GVG). Der Rekurs ist damit abzuweisen.

V.

Ausgangsgemäss wird die Rekurrentin kosten- und entschädigungspflichtig. Da es sich (aufgrund der lediglich vorfrageweisen Prüfung der Vollstreckbarerklä-

nung) inhaltlich ausschliesslich um ein Rechtsöffnungsverfahren handelt, ist nur eine Spruchgebühr im Sinne der GebV SchKG festzusetzen. Soweit die Vorinstanz eine Gerichtsgebühr (darin eingeschlossen eine Spruchgebühr von Fr. 1'000.-) von Fr. 3'500.- auferlegt hat, ist der Entscheid zu korrigieren.

Der Rekursgegnerin ist im Sinne von Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen, welche in analoger Anwendung der AnwGebVO festzusetzen ist. Dabei fällt insbesondere in Betracht, dass es sich um ein summarisches Verfahren handelt und die Vollstreckbarkeit nicht selbständig, sondern als Vorfrage zu prüfen war (§ 5 AnwGebVO). Da die Beklagte und Rekursgegnerin Sitz im Ausland hat, ist ihre eine Entschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission vom 5. November 1996). Dies gilt auch für die erstinstanzlich zugesprochene Prozessentschädigung, die im Übrigen bestätigt wird.

Die Rekurrentin hat eine Kautions im Sinne von § 76 ZPO von Fr. 4'000.- geleistet. Daraus sind die Spruchgebühren zu beziehen.

Demnach beschliesst das Gericht:

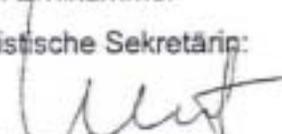
1. Das Gesuch der Rekursgegnerin um Sicherheitsleistung bzw. Entzug der aufschiebenden Wirkung wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Auf das Begehren der Rekurrentin um Aufhebung der Rechtsöffnung wird nicht eingetreten.
3. In Bestätigung von Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheides wird der Schiedsspruch Nr. [REDACTED] in der Betreuung Nr. [REDACTED] des Betreibungsamtes Zürich 7 für vollstreckbar erklärt.
4. Die Ziffern 3 - 5 des vorinstanzlichen Dispositivs werden aufgehoben.
5. Die Spruchgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'000.-, jene für das zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 1'500.- festgesetzt.

6. Die Spruchgebühr der ersten und zweiten Instanz werden der Rekurrentin auferlegt und aus der von ihr geleisteten Kaution bezogen.
7. Die Rekurrentin wird verpflichtet, der Rekursgegnerin für das erstinstanzliche Verfahren eine (nicht mehrwertsteuerpflichtige) Prozessentschädigung von Fr. 6'500.-, für das zweitinstanzliche Verfahren eine (nicht mehrwertsteuerpflichtige) Prozessentschädigung von Fr. 2'500.- zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Rekurrentin unter Beilage der Rekursantwort (act. 17) sowie nach Ablauf der Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Audienzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.
9. Gegen diesen Entscheid kann inner 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden. Diese Frist steht in den Gerichtsferien nicht still.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:


Dr. I. Jent-Sørensen

Versandt am:

13. Juli 2005