[AZA 0]
5C.215/1994/lit

II. Z I V I L A B T E I L U N G
****

21. März 1995

Es wirken mit: Bundesgerichtsvizepräsident Scyboz, Präsident der II. Zivilabteilung, Bundesrichter Weyermann, Spühler und Gerichtsschreiber von Roten.

In Sachen

Versicherungs-Gesellschaft X. AG, Beklagte und Berufungsklägerin,

gegen

Firma Y. AB, Klägerin und Berufungsbeklagte,

betreffend
Rückversicherung,

hat sich ergeben:

A.- Die Parteien, eine in Schweden ansässige und eine schweizerische Versicherungsgesellschaft, schlossen obligatorische, fakultativ/obligatorische und fakultative Rückversicherungsverträge. Aus vier, als fakultative Retrozessionen ausgestalteten Verträgen machte die Firma Y._____ AB vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich Ansprüche gegen die Versicherungs-Gesellschaft X._____ AG geltend. Diese bestritt die Zuständigkeit des Handelsgerichts und stützte sich dabei auf eine Schiedsklausel, die in einem "Reinsurance Agreement", nicht aber in den besagten fakultativen Rückversicherungsverträgen enthalten ist. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Unzuständigkeitseinrede ab (Beschluss vom 6. September 1994).

B.- Mit eidgenössischer Berufung beantragt die Versicherungs-Gesellschaft X._____ AG dem Bundesgericht, es sei festzustellen, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung der Klage nicht zuständig, auf diese demzufolge nicht einzutreten sei. Eventuell sei der Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. September 1994 aufzuheben und der Prozess zur weiteren Abklärung des Tatbestandes und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.- Während das Handelsgericht des Kantons Zürich auf eine Vernehmlassung verzichtet hat, schliesst die Firma Y._____ AB auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Berufungssumme wird nach den unbestrittenen Angaben der Beklagten (Art. 55 Abs. 1 lit. a OG) bei weitem überschritten (Art. 46 OG). Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen selbständigen Vor- oder Zwischenentscheid über die sachliche Zuständigkeit (Art. 49 Abs. 1 OG). Das Handelsgericht ist oberes Gericht im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG (Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, Berne 1990, N 1.2.3 zu Art. 48 OG, S. 299; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 98 Anm. 15).

Die bundesrechtliche Vorschrift über die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Frage, ob eine Streitsache dem ordentlichen Gericht oder einem Schiedsgericht zu unterbreiten ist, findet sich in Art. 7 IPRG wie auch in Art. II Ziffer 3 des Übereinkommens von New York vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12; NYÜ), dem die Schweiz (1. Juni 1965) und Schweden (28. Januar 1972) beigetreten sind (Art. 43 Abs. 1 OG). Obschon das New Yorker Übereinkommen die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen (Art. I Ziffer 1 NYÜ) und somit den Exequaturrichter betrifft, ist es auch in der vorliegenden Einredesituation anwendbar (BGE 110 II 54 E. 2 S. 57; Bucher, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Bâle 1988, S. 48 N 118; vgl. auch Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4.A. München 1990, S. 359 N 8 mit weiteren Hinweisen).

Auf die vorliegende Berufung kann unter diesem Blickwinkel eingetreten werden (vgl. auch BGE 111 II 62 E. 1 S. 64; 110 II 54 E. 1a S. 56). - Nach den in der Schweiz gebräuchlichen Begriffen umfasst die Schiedsvereinbarung oder

Schiedsabrede den Schiedsvertrag, der eine bestehende Streitigkeit betrifft, und die Schiedsklausel, die sich auf künftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bezieht (Art. 4 KSG; für das New Yorker Übereinkommen: BGE 111 Ib 253 E. 5 S. 254).

2.- Die Beklagte macht geltend, das Handelsgericht habe zu Unrecht schweizerisches Recht angewendet und aus diesem Grund seine Zuständigkeit falsch beurteilt. Die Gültigkeit der im "Reinsurance Agreement" enthaltenen Schiedsklausel für die in Frage stehenden Rückversicherungsverträge entscheide sich nach schwedischem Recht, da sich der Sitz des Schiedsgerichts in Stockholm befinde.

a) Die Beklagte beruft sich auch auf Bestimmungen des IPRG. Unter den vorliegenden Umständen - Einrede der Schiedsklausel vor einem Vertragsstaat des New Yorker Übereinkommens und Sitz des Schiedsgerichts nicht in der Schweiz, aber in einem Vertragsstaat dieses Übereinkommens - beurteilt sich die Gültigkeit der angerufenen Schiedsklausel nach den Bestimmungen des New Yorker Übereinkommens. Die weiteren sich im Verhältnis zwischen IPRG und New Yorker Übereinkommen anscheinend stellenden Streitfragen allgemeiner Tragweite können offenbleiben, zumal sie für den hier zu entscheidenden Sachverhalt offensichtlich belanglos sind (vgl. dazu Bucher, a.a.O., S. 47 N 117 und S. 54 N 134; Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, N 1 zu Art. 7 und N 7 zu Art. 178 IPRG; IPRG-Kommentar, Zürich 1993: Volken, N 7 - 9 zu Art. 7 IPRG; Vischer, N 9 - 11 zu Art. 178 IPRG).

Das Handelsgericht hat sich auf Art. 7 und Art. 8 Ziffer 1 des Lugano Übereinkommens (SR 0.275.11), welche die Zuständigkeit für Versicherungssachen regeln, sowie auf die Praxis zu Art. 117 IPRG über das auf Versicherungsverträge

anwendbare Recht gestützt (für Rückversicherungsverträge allerdings: Keller/Kren Kostkiewicz, IPRG Kommentar, N 136 - 142 zu Art. 117 IPRG; Gabor-Paul, Gerichtsstandsklausel, Rechtswahl und Schiedsgerichtsbarkeit in Rückversicherungsverträgen, SVZ 63/1995, S. 43 ff. Ziffer 4). Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass damit auch der Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel nicht beachtet worden ist (BGE 119 II 380 E. 4a S. 384 mit Hinweis), aus dem unter anderem folgt, dass im internationalen Verkehr die Schiedsabrede und der Hauptvertrag verschiedenen Rechtsordnungen unterstehen können (Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2.A. Zürich 1993, § 15/VI S. 87; Lalive/Poudret/Reymond, N 4 zu Art. 178 IPRG; Bucher, a.a.O., S. 36 N 83).

Andere Gründe hat das Handelsgericht für die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts nicht angeführt. Insbesondere hat es aufgrund des Verhaltens der Beklagten im Prozess nicht auf eine nachträgliche Rechtswahl im Sinne eines Verzichts auf die Anwendung fremden Rechts (grundlegend: BGE 87 II 194 E. d S. 200) geschlossen (vgl. immerhin Ziffer 46 der nichteinlässlichen Klageantwort). Mangels entsprechender Feststellungen muss die Frage auch vor Bundesgericht offenbleiben (BGE 119 II 173 E. b S. 175).

b) In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass das von den Parteien abgeschlossene "Reinsurance Agreement" eine formgültige Schiedsklausel im Sinne von Art. II NYÜ enthält, währenddem sich in den vier Rückversicherungsverträgen, aus welchen hier Ansprüche abgeleitet werden, weder eine Schiedsklausel oder ein Schiedsvertrag noch irgendein Verweis auf das "Reinsurance Agreement" findet. Es geht hier somit keineswegs um die Formfrage, ob mithin die in den erwähnten Rückversicherungsverträgen nicht vorhandenen Verweise oder Schiedsabreden dem Schriftlichkeitserfordernis des New Yorker Übereinkommens genügten oder ob bei Abschluss dieser Verträge mündlich eine Schiedsklausel vereinbart wor-

den sei. Streitig ist vielmehr allein die objektive Tragweite der im "Reinsurance Agreement" enthaltenen Schiedsklausel, inwieweit nämlich davon ausgegangen werden darf, diese Schiedsklausel gelte auch für weitere Verträge der Parteien, ohne dass in diesen darauf verwiesen worden sein müsste. Wie die Beklagte völlig zu Recht darlegt, handelt es sich dabei um eine Frage der materiellen Gültigkeit der besagten Schiedsklausel (Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., § 15/VIII/2a S. 90 i.V.m. § 13/II/2a S. 75; Lalive/Poudret/Reymond, N 14 zu Art. 178 IPRG; Bucher, a.a.O., S. 43 N 105).

Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung stimmen darin überein, dass das New Yorker Übereinkommen in seinem Anwendungsbereich an die Stelle des Landesrechts tritt und damit eine einheitliche Anwendung durch die Vertragsstaaten gewährleistet. Die Frage nach der (formellen) Gültigkeit beurteilt sich folgerichtig ausschliesslich nach Staatsvertragsrecht; das Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. II NYÜ ist selbständig ohne Zuhilfenahme eines nationalen Rechtes auszulegen (im Exequaturverfahren: BGE 111 Ib 253 E. 5 S. 254/255; bei Einrede der Schiedsklausel: BGE 110 II 54 E. 3a S. 57 mit ausführlichen Literaturhinweisen).

Anscheinend umstritten ist hingegen, welches das anwendbare Recht für die nicht durch übereinkommenseinheitliches Sachrecht entschiedenen Fragen - hier der objektiven Tragweite der Schiedsklausel - sein solle. In der Schweiz wird zum Teil die Auffassung vertreten, nur die Perspektive des Exequaturrichters erlaube die Anknüpfung der Schiedsabrede nach allgemeinen IPR-Grundsätzen mit der Folge einer möglichen Massgeblichkeit fremden Rechts, währenddem der Einrederichter nach der materiellrechtlichen lex fori - allenfalls kumulativ nach dem Recht, das am Sitz des Schiedsgerichts gilt, - urteile (Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, S. 110 f. Ziffer 4 und Anm. 90 sowie S. 169

Ziffer II/1; ihm folgend: Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., § 33/II/2 S. 231, aber anders § 14/I/3a S. 79; unklar: Bucher, a.a.O., S. 54/55 N 137 sowie N 138 a.E.). Dem ist entgegengehalten worden, es bestehe bei dieser Vorgehensweise die Gefahr, dass eine Schiedsabrede auf Einrede hin nach der lex fori unter Umständen die Unzuständigkeit des staatlichen Richters auslöse, dem daraufhin ergangenen Schiedsspruch aber wegen Unwirksamkeit der Schiedsabrede nach einem fremden Recht die Anerkennung möglicherweise versagt werden müsse. Es seien deshalb die in Art. V Ziffer 1 lit. a NYÜ genannten Kollisionsregeln heranzuziehen, um das anwendbare nationale Recht zu finden, und die sonst im "Einredestaat" aufgrund von dessen autonomen Recht geltenden Kollisionsregeln damit überlagert. Danach beurteilte sich auch die hier in Frage stehende objektive Tragweite der Schiedsklausel (Schlosser, Das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2.A. Tübingen 1989, N 246/247 S. 187 ff. und N 420 S. 318, und ders., in: Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20.A. Tübingen 1988, N 23 und N 32 des Anh. § 1044 DZPO).

Auch dieser Standpunkt findet sich in der schweizerischen Lehre unterstützt (Klein, La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, SJZ 57/1961 S. 247 Ziffer 12; ihm folgend: Nuber, Die objektive Schiedsfähigkeit im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung [anwendbares Recht] und mit der Vollstreckung [Ordre public], Diss. Zürich 1986, S. 91 und S. 111; Gentinetta, Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973, S. 297; vgl. auch Volken, N 13 zu Art. 7 IPRG, letzter Satz; Walter/Bosch/Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, S. 86/87; Poudret, La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'art. 6 du Concordat sur l'arbitrage, FS Flattet, Lausanne 1985, S. 526; Bertheau, Das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die An-

erkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Diss. Zürich 1964, S. 36). - Das Argument überzeugt. Es ist insoweit vom Gesetzgeber aufgenommen worden, als sich Art. 178 Abs. 2 IPRG über die materielle Gültigkeit einer Schiedsabrede am New Yorker Übereinkommen orientiert (Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl 1983 I S. S. 462). In einem nicht veröffentlichten Urteil vom 20. Dezember 1990 i.S. A. SA c/ I. SA ist denn auch das Bundesgericht ohne weiteres davon ausgegangen (E. 3).

Aus dem erwähnten Grund verbietet es sich auch, allfällige Vorfragen bei der Beurteilung der Gültigkeit einer Schiedsabrede nach der lex fori zu entscheiden. Im Anwendungsbereich des New Yorker Übereinkommens ist deshalb für sämtliche Fragen, welche die Gültigkeit einer Schiedsabrede betreffen und durch dieses Übereinkommen nicht selbst geregelt werden, an das Recht gemäss Art. V Ziffer 1 lit. a NYÜ anzuknüpfen. Abgesehen von der sog. subjektiven Schiedsfähigkeit (Handlungs-, Rechts- und Geschäftsfähigkeit), für die das Personalstatut gilt, bedeutet dies, eine Beurteilung der Schiedsabrede "nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist". Rechtsbestimmend ist aufgrund der vorliegenden Schiedsklausel der Schiedsort Stockholm, womit über deren Tragweite nach schwedischem Recht zu entscheiden ist (statt vieler: Schlosser, a.a.O., N 251 S. 191, und N 23 des Anh. § 1044 DZPO).

c) Die Feststellung, dass das Handelsgericht zu Unrecht schweizerisches statt ausschliesslich schwedisches Recht angewendet hat, führt zur Aufhebung des angefochtenen Zuständigkeitsentscheides und zur Rückweisung der Sache an das Handelsgericht zu neuer Entscheidung (vgl. Poudret/Sandoz-Monod, COJ II, N 3 zu Art. 43a OG, S. 190, und N 2.1 zu Art. 65 OG, S. 588).

Diese Folge ist unausweichlich, selbst wenn angenommen werden müsste, im Anwendungsbereich des New Yorker Übereinkommens habe sich über die Grenzen der Rechtsordnungen hinweg in der zu beurteilenden Frage gewissermassen Staatsvertragsrecht gebildet (vgl. Schlosser, a.a.O., N 421 S. 319). Denn wie das Handelsgericht an sich zutreffend festhält, sind vorfrageweise das oder die "Reinsurance Agreement(s)" und die vier fakultativen Rückversicherungsverträge sowie deren Verhältnis zueinander auszulegen, und zwar nach schwedischem Recht. Das Handelsgericht wird dabei namentlich das Urteil des schwedischen Gerichts vom 20. Juni 1994, das in einer angeblich vergleichbaren Sache die Klägerin auf den Schiedsweg verwiesen haben soll, berücksichtigen müssen und gegebenenfalls darauf abstellen können.

Des weiteren wird es im Rahmen der Parteivorbringen unter Umständen zu beurteilen haben, ob in der Rückversicherungsbranche nicht eine eigentliche Usanz besteht, Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien nicht vor den ordentlichen Gerichten auszutragen, sondern einem (fachkundigen) Schiedsgericht zur Entscheidung vorzulegen, enthalten Rückversicherungsverträge doch in aller Regel Schiedsklauseln (Gabor-Paul, SVZ 63/1995 S. 41 Ziffer 2 und S. 47 Ziffer 5; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.A. Bern 1995, S. 564; Reymond, Note de jurisprudence, SVZ 49/1981 S. 399 und S. 401).

3.- Die Rückweisung der Sache entspricht nicht dem Hauptantrag der Beklagten, so dass ihr die Kosten zu einem Drittel auferlegt werden müssen (Art. 156 Abs. 3 OG) und die Klägerin nur eine reduzierte Parteientschädigung an die Beklagte auszurichten hat (Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, der Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. September 1994 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung und Entscheidung an das Handelsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 15'000.-- wird zu einem Drittel der Beklagten und zu zwei Dritteln der Klägerin auferlegt.

3.- Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 20'000.-- zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. März 1995