

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 150/2017

Urteil vom 4. Oktober 2017

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Hohl,
Gerichtsschreiber Leemann.

Verfahrensbeteiligte

A. _____ Ltd.,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roberto Dallafior,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Christophe M. Pestalozzi und Dr. Michael Lazopoulos,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Internationale Schiedsgerichtsbarkeit,

Beschwerde gegen den Schiedsentscheid des Ad hoc Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich vom 15. Februar 2017.

Sachverhalt:

A.

A.a. A. _____ Ltd. (Beklagte, Beschwerdeführerin) ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in U. _____. Sie ist im Bereich der Direkt- und Rückversicherung von Infrastrukturprojekten tätig.
B. _____ AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin) ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in V. _____. Sie ist in allen Versicherungssparten tätig.

A.b. Die weltweit tätige Minengesellschaft C. _____ SA beauftragte den Versicherungsmakler D. _____, Versicherungsdeckung für ihre weltweiten Minenprojekte zu vermitteln; dabei sollten die Versicherungen in einer Masterpolice zusammengefasst werden. Zu diesem Zweck wandte sich D. _____ an die Versicherungsgruppe E. _____. C. _____ SA betraute D. _____ auch damit, für Rückversicherung hinter der E. _____ zu sorgen.

Ursprünglich hatte sich die Beklagte darum bemüht, als direkte Rückversichererin der E. _____ zu dienen. Im Rahmen des von C. _____ SA erteilten Mandats hatte D. _____ angestrebt, durch Verhandlung eines Rückversicherungsvertrags zwischen der E. _____ und der Beklagten für Rückversicherungsdeckung hinter der E. _____ zu sorgen. Die Beklagte unterzeichnete zu diesem Zweck am 23. April 2010 eine Offerte mit Deckungszusage ("insurance slip") und am 29. April 2010 einen Vertragsnachtrag Nr. 1 ("contract endorsement no. 1"), der die Versicherungsbedingungen der E. _____ ("E. _____ Conditions") für anwendbar erklärte, die in Ziffer 7 eine Schiedsklausel zugunsten eines Ad hoc Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich enthalten.

Das Vorhaben, die Beklagte als Rückversichererin der E. _____ einzusetzen, scheiterte jedoch in der Folge. Die E. _____ lehnte die Beklagte nämlich als direkte Rückversichererin ab, da sie nicht über hinreichende Finanzkraft und Reputation verfüge.

Nach dieser Ablehnung der Beklagten durch die E. _____ wurde die Klägerin auf Vorschlag von D. _____ hin als sog. Fronter, d.h. als unmittelbarer Rückversicherer des Direktversicherers, in die Vertragskette zwischen der E. _____ und der Beklagten eingefügt. Zu diesem Zweck wandte sich D. _____ an die Beklagte und forderte sie auf, im Hinblick auf die vorgeschlagene

Versicherungslösung (d.h. mit der Klägerin als direkter Rückversichererin der E._____) die Vertragsdokumentation entsprechend anzupassen. In der Folge liess die Beklagte dem Versicherungsvermittler D._____ den von ihr am 4. Mai 2010 unterzeichneten Rückversicherungsvertrag (sog. "retrocession agreement" oder "Retrovertrag") zukommen, der (samt der entsprechenden Marktreferenznummer) weitgehend identisch ist mit der von ihr am 23. April 2010 unterzeichneten Offerte an die E._____, ausser dass unter dem Titel "reinsured" handschriftlich "B._____ AG, agreed additional 7.5% RI fronting cost" eingefügt und ausserdem die Prämie abgeändert wurde. Dieser Retrovertrag vom 4. Mai 2010 mit der Klägerin enthält unter anderem eine Gerichtsstandsklausel zugunsten der staatlichen Gerichte, wie sie in der bzw. den Originalpolice (n) der Direktversicherung umschrieben werden ("Each party agrees to submit to the jurisdiction of any court of competent jurisdiction within countries as defined in the Original policy[ies] and to comply with all requirements necessary to give such court jurisdiction.").

Anschliessend bereitete D._____ einen im angefochtenen Entscheid als Vertragsnachtrag Nr. 2("contract endorsement no. 2") bezeichneten Nachtrag zum Retrovertrag vom 4. Mai 2010 zwischen der Klägerin (als Fronter) und der Beklagten (als Rückversichererin des Fronters) vor, den die Beklagte am 8. Juni 2016 unterzeichnete. Dass diese beiden Verträge zwischen den Parteien gültig abgeschlossen wurden, ist unbestritten.

Der zwischen der E._____ (als Direktversichererin) und der Klägerin (als Rückversichererin) abgeschlossene Rückversicherungsvertrag enthält in Ziffer 7 der auf diesen Vertrag anwendbaren E._____ Conditions eine Schiedsklausel.

B.

B.a. Die Klägerin leitete am 9. April 2015 ein Schiedsverfahren gegen die Beklagte ein, im Wesentlichen mit dem Rechtsbegehren, diese sei zur Zahlung von CAD 8'433'643.78 zuzüglich Verzugszins seit 23. Januar 2015, CAD 409'473.89 zuzüglich Verzugszins seit 13. Januar 2015 sowie AUD 190'219.98 zuzüglich Verzugszins seit 4. März 2015 zu verpflichten.

Die Beklagte berief sich auf die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts und stellte sich auf den Standpunkt, die staatlichen Gerichte seien zuständig, über den Rechtsstreit zwischen den Parteien zu entscheiden.

Das bestellte Dreierschiedsgericht beschränkte das Verfahren in der Folge auf die Frage der Zuständigkeit.

Am 28. Oktober 2016 fand in Zürich eine mündliche Verhandlung statt.

B.b. Mit Schiedsentscheid ("Arbitral Partial Award") vom 15. Februar 2017 erklärte sich das Ad hoc Schiedsgericht mit Sitz in Zürich für zuständig.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, es sei der Entscheid des Ad hoc Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich vom 15. Februar 2017 aufzuheben und es sei die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Schiedsgericht beantragt in seiner Vernehmlassung sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hat dem Bundesgericht eine Replik, die Beschwerdegegnerin hat ihm eine Duplik eingereicht.

Erwägungen:

1.

Nach Art. 54 Abs. 1 BGG ergeht der Entscheid des Bundesgerichts in einer Amtssprache, in der Regel in jener des angefochtenen Entscheids. Wurde dieser in einer anderen Sprache redigiert, verwendet das Bundesgericht die von den Parteien gewählte Amtssprache. Der angefochtene Entscheid ist in englischer Sprache abgefasst. Da es sich dabei nicht um eine Amtssprache handelt und sich die Parteien vor Bundesgericht der deutschen Sprache bedienen, ergeht der Entscheid des Bundesgerichts auf Deutsch.

2.

Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist die Beschwerde in Zivilsachen unter den Voraussetzungen der Art. 190-192 IPRG (SR 291) zulässig (Art. 77 Abs. 1 lit. a BGG).

2.1. Der Sitz des Schiedsgerichts befindet sich vorliegend in Zürich. Die Beschwerdegegnerin hatte

im massgebenden Zeitpunkt ihren Sitz ausserhalb der Schweiz (Art. 176 Abs. 1 IPRG). Da die Parteien die Geltung des 12. Kapitels des IPRG nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben, gelangen die Bestimmungen dieses Kapitels zur Anwendung (Art. 176 Abs. 2 IPRG).

2.2. Beim angefochtenen Schiedsentscheid handelt es sich - ungeachtet seiner Bezeichnung als Teilentscheid ("Partial Award") - um einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit, der nach Art. 190 Abs. 3 IPRG mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden kann (BGE 130 III 66 E. 4.3 S. 75; Urteil 4A 98/2017 vom 20. Juli 2017 E. 2.2, zur Publikation vorgesehen).

Nach Art. 77 Abs. 3 BGG prüft das Bundesgericht nur die Rügen, die in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind; dies entspricht der in Art. 106 Abs. 2 BGG für die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht vorgesehenen Rügepflicht (BGE 134 III 186 E. 5 S. 187 mit Hinweisen). Appellatorische Kritik ist unzulässig (BGE 134 III 565 E. 3.1 S. 567; 119 II 380 E. 3b S. 382).

2.3. Die Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 77 Abs. 1 BGG ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur, d.h. sie kann nur zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen (vgl. Art. 77 Abs. 2 BGG, der die Anwendbarkeit von Art. 107 Abs. 2 BGG ausschliesst, soweit dieser dem Bundesgericht erlaubt, in der Sache selbst zu entscheiden). Soweit der Streit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts oder dessen Zusammensetzung betrifft, gilt davon eine dahingehende Ausnahme, dass das Bundesgericht selber die Zuständigkeit oder die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts feststellen bzw. über die Ablehnung des betreffenden Schiedsrichters befinden kann (BGE 136 III 605 E. 3.3.4 S. 616 mit Hinweisen).

2.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den das Schiedsgericht festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt, zu dem namentlich die Anträge der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen, rechtlichen Erörterungen, Prozessklärungen und Beweisvorbringen, der Inhalt einer Zeugenaussage, einer Expertise oder die Feststellungen anlässlich eines Augenscheins gehören (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung des Schiedsgerichts weder berichtigen noch ergänzen, selbst wenn diese offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (vgl. Art. 77 Abs. 2 BGG, der die Anwendbarkeit von Art. 97 BGG sowie Art. 105 Abs. 2 BGG ausschliesst). Allerdings kann das Bundesgericht die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Schiedsentscheids überprüfen, wenn gegenüber diesen Sachverhaltsfeststellungen zulässige Rügen im Sinne von Art. 190 Abs. 2 IPRG vorgebracht oder ausnahmsweise Noven berücksichtigt werden (BGE 138 III 29 E. 2.2.1 S. 34; 134 III 565 E. 3.1 S. 567; 133 III 139 E. 5 S. 141; je mit Hinweisen). Wer sich auf eine Ausnahme von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Schiedsgerichts beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im schiedsgerichtlichen Verfahren prozesskonform aufgestellt worden sind (vgl. BGE 115 II 484 E. 2a S. 486; 111 II 471 E. 1c S. 473; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, das Schiedsgericht habe sich zu Unrecht für zuständig erklärt, da keine gültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien vorliege (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG).

3.1. Das Bundesgericht prüft die Zuständigkeitsrüge nach Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG in rechtlicher Hinsicht frei, einschliesslich materieller Vorfragen, von deren Beantwortung die Zuständigkeit abhängt (BGE 142 III 239 E. 3.1; 134 III 565 E. 3.1; 133 III 139 E. 5 S. 141). Demgegenüber überprüft es die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Schiedsentscheids auch im Rahmen der Zuständigkeitsrüge nur, wenn gegenüber diesen Sachverhaltsfeststellungen zulässige Rügen im Sinne von Art. 190 Abs. 2 IPRG vorgebracht oder ausnahmsweise Noven (Art. 99 BGG) berücksichtigt werden (BGE 142 III 220 E. 3.1, 239 E. 3.1; 140 III 477 E. 3.1 S. 477; 138 III 29 E. 2.2.1; je mit Hinweisen).

Die Beschwerde gegen einen Zwischenschiedsspruch wegen fehlender Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG) ist vom Bundesgericht auf Grundlage von schiedsgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen zu beurteilen, die allfälligen Vorwürfen einer Verletzung fundamentaler Verfahrensrechte standhalten. Im Rahmen einer solchen Beschwerde können daher auch die weiteren Rügen nach Art. 190 Abs. 2 IPRG erhoben werden, sofern sie unmittelbar die Zuständigkeit des Schiedsgerichts betreffen (BGE 140 III 477 E. 3.1, 520 E. 2.2.3 S.

525).

3.2. Die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung beurteilt sich gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG in inhaltlicher Hinsicht nach dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht. Dem angefochtenen Entscheid lassen sich keine Ausführungen zu dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht entnehmen. Das Schiedsgericht prüfte deren Zustandekommen implizit nach schweizerischem Recht. Die Parteien stützen ihre Vorbringen jeweils ebenfalls ausschliesslich auf die massgebenden Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR). Auch die Beschwerdegegnerin beruft sich nicht etwa auf Bestimmungen einer ausländischen Rechtsordnung, die im konkreten Fall anwendbar und hinsichtlich der materiellen Gültigkeit der Schiedsklausel vorteilhafter wären als das schweizerische Recht.

Unter einer Schiedsvereinbarung ist eine Übereinkunft zu verstehen, mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder künftige Streitigkeiten verbindlich unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen (BGE 140 III 134 E. 3.1 S. 138; 130 III 66 E. 3.1 S. 70). Entscheidend ist, dass der Wille der Parteien zum Ausdruck kommt, über bestimmte Streitigkeiten ein Schiedsgericht, d.h. ein nichtstaatliches Gericht, entscheiden zu lassen (BGE 142 III 239 E. 3.3.1 S. 247; 140 III 134 E. 3.1 S. 138; 138 III 29 E. 2.2.3 S. 35; 129 III 675 E. 2.3 S. 679 f.).

Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen. Massgebend ist danach in erster Linie der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 140 III 134 E. 3.2 S. 138; 130 III 66 E. 3.2 S. 71 mit Hinweisen). Diese subjektive Auslegung beruht auf Beweiswürdigung, die der bundesgerichtlichen Überprüfung grundsätzlich entzogen ist (BGE 142 III 239 E. 5.2.1 mit Hinweisen).

Steht bezüglich der Schiedsvereinbarung kein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien fest, so ist diese nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. der mutmassliche Wille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 140 III 134 E. 3.2; 138 III 29 E. 2.2.3). Bei der Auslegung einer Schiedsvereinbarung ist deren Rechtsnatur zu berücksichtigen; insbesondere ist zu beachten, dass mit dem Verzicht auf ein staatliches Gericht die Rechtsmittelwege stark eingeschränkt werden. Ein solcher Verzichtswille kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht leichthin angenommen werden, weshalb im Zweifelsfall eine restriktive Auslegung geboten ist (vgl. BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 139; 138 III 29 E. 2.3.1; 129 III 675 E. 2.3 S. 680 f.). Steht demgegenüber als Auslegungsergebnis fest, dass die Parteien die Streitsache von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausnehmen und einer Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterstellen wollten, bestehen jedoch Differenzen hinsichtlich der Abwicklung des Schiedsverfahrens, greift grundsätzlich der Utilitätsgedanke Platz; danach ist möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen, das die Schiedsvereinbarung bestehen lässt (BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 139; 138 III 29 E. 2.2.3 S. 36; 130 III 66 E. 3.2).

Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann allenfalls - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 133 III 61 E. 2.2.2.2 S. 69; 132 III 626 E. 3.1). Das Bundesgericht überprüft die objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an die Feststellungen im angefochtenen Entscheid über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (vgl. BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 138 III 659 E. 4.2.1; 133 III 61 E. 2.2.1).

3.3. Das Schiedsgericht erwo, die Beschwerdeführerin verkenne mit ihrem Einwand, wonach der abgeschlossene Retrovertrag vom 4. Mai 2010 keine Schiedsklausel enthalte, dass dieses Vertragsdokument - mit Ausnahme von geringfügigen Änderungen - sowohl vom Text her als auch hinsichtlich der Versicherungsdeckung ("textually and in terms of insurance") der von der Beschwerdeführerin ursprünglich unterzeichneten Offerte vom 23. April 2010 entspreche, die wiederum mit Vertragsnachtrag vom 29. April 2010 abgeändert worden sei, indem unter anderem die E._____ Conditions für anwendbar erklärt worden seien, die in Ziffer 7 eine Schiedsklausel enthalten.

Die Beschwerdeführerin habe am 8. Juni 2010 den Vertragsnachtrag Nr. 2 zum Retrovertrag vom 4. Mai 2010 unterzeichnet; der Nachtrag beziehe sich auf Seite 2 und 3 ausdrücklich auf den "Rückversicherungsvertrag" ("reinsurance agreement"). Unter Berücksichtigung internationaler Rückversicherungspraxis sei davon auszugehen, dass mit diesem Hinweis die ursprüngliche Offerte der Beschwerdeführerin an die E._____ gemeint sei, auf die gemäss Nachtrag vom 29. April 2010

die E._____ Conditions als anwendbar erklärt wurden, indem auf der ersten Seite Folgendes festgehalten wurde: "Notwithstanding anything contained in this contract to the contrary, the reinsurance agreement (as included herein) between E._____ Insurance Company (U._____, Switzerland) and reinsurers hereon is applicable". Die voraussichtliche direkte Rückversichererin sei damals die Beschwerdeführerin gewesen.

Auf Seite 1 des Vertragsnachtrags Nr. 2 vom 8. Juni 2010 werde zudem auf die "Original Policy as issued by reinsured" Bezug genommen, was als Hinweis auf den ursprünglichen Rückversicherungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der (voraussichtlichen) rückversicherten Direktversichererin E._____ zu verstehen sei, der mit Nachtrag vom 29. April 2010 durch die E._____ Conditions abgeändert worden sei. Die E._____ habe die Offerte zwar abgelehnt und habe sich geweigert, zu den vorgeschlagenen Bedingungen einen Rückversicherungsvertrag mit der Beschwerdeführerin abzuschliessen. Die Beschwerdeführerin habe jedoch auf Geheiss des Versicherungsmaklers D._____, wie dies im Versicherungs- und Rückversicherungsmarkt üblich sei, die angepasste Offerte unterzeichnet, damit D._____ im Markt einen sog. Fronter finden könne. D._____ sei in der Lage gewesen, an potentielle Fronter wie die Beschwerdegegnerin heranzutreten, indem er die von der Beschwerdeführerin unterzeichnete Offerte vom 23. April 2010 samt Vertragsnachtrag vom 29. April 2010 verwendete. D._____ habe diese Dokumente in der Folge der Beschwerdegegnerin zugestellt. Dabei habe der Beschwerdeführerin bewusst sein müssen, dass die Vertragsbedingungen, mit denen sie sich gegenüber der E._____ einverstanden erklärt hatte, im Rahmen des Fronting unverändert bleiben würden; dies entspreche dem im Markt üblichen Vorgehen.

Indem die Beschwerdeführerin am 4. Mai 2010 den angepassten Retrovertrag unterzeichnet und dem Makler D._____ zurückgeschickt habe, hätte sie als erfahrene und sachkundige Marktteilnehmerin berücksichtigen müssen, dass der blosser Umstand der Zwischenschaltung eines Fronter in die Kette von Rückversicherungsverträgen nichts daran ändern würde, dass das von der E._____ an die Beschwerdegegnerin als Fronter übertragene Risiko zu gleichen Bedingungen der Beschwerdeführerin überbunden werden müsse und dass aus diesem Grund die E._____ Conditions sowohl auf den direkten Rückversicherungsvertrag (zwischen der E._____ und der Beschwerdegegnerin) als auch den Retrovertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin Anwendung finden müssten. Die Beschwerdegegnerin habe vorgebracht, dass die Zahlungsverpflichtungen des direkten Rückversicherers (Fronter) mit denjenigen seines Rückversicherers identisch sein müssten (sog. "back-to-back contracts"), was oft zur Implementierung der Vertragsbedingungen des Direktversicherers in alle Verträge derselben Versicherungskette führe. Nach Ansicht des Schiedsgerichts sei in Übereinstimmung mit internationalen Marktgepflogenheiten davon auszugehen, dass solche Verträge im Allgemeinen als "back-to-back" Verträge abgeschlossen würden, dies auch hinsichtlich der Streiterledigung. Um die Durchsetzung solcher Vertragsbedingungen der Direktversicherung zu gewährleisten, werde in der Praxis in Retroverträgen üblicherweise auf solche Bedingungen verwiesen.

Auf Seite 3 des Nachtrags Nr. 2 vom 8. Juni 2010 werde eine Abänderung von Ziffer 4.3 des Rückversicherungsvertrags aufgeführt. Diese beziehe sich auf Ziffer 4.3 der E._____ Conditions, die von der Beschwerdeführerin am 29. April 2010 unterzeichnet worden seien; sowohl Titel als auch Text der beiden Dokumente stimmten überein. In diesem Zusammenhang erscheine es unerheblich, dass der Rückversicherungsvertrag vom 23. April 2010 und der Vertragsnachtrag Nr. 1 vom 29. April 2010 die Beschwerdegegnerin nicht als Partei aufführten und von ihr nicht unterzeichnet worden seien. Obwohl die beiden Dokumente ursprünglich zum Abschluss eines Rückversicherungsvertrags zwischen der Beschwerdeführerin und der E._____ bestimmt waren, seien sie von D._____ rechtmässig dazu verwendet worden, einen Fronter zu finden. Indem die Beschwerdeführerin den Nachtrag Nr. 2 vom 8. Juni 2010 unterzeichnete, habe sie der Rückversicherung der Beschwerdegegnerin auf Grundlage der ursprünglichen Bestimmungen des Rückversicherungsvertrags zugestimmt, den sie mit der E._____ abgeschlossen hätte, nämlich den Bestimmungen gemäss Rückversicherungsvertrag vom 23. April 2010 sowie Vertragsnachtrag Nr. 1 vom 29. April 2010. Der Nachtrag vom 8. Juni 2010 werde ausdrücklich als "Contract Endorsement" bezeichnet und führe die "Endorsement Reference 2", was so zu verstehen sei, dass er dem Vertragsnachtrag Nr. 1 vom 29. April 2010 folgen solle.

Die beiden Nachträge Nr. 2 und Nr. 1, die jeweils dieselbe Marktreferenznummer trügen, seien beides Vertragsnachträge zum Rückversicherungsvertrag vom 23. April 2010 mit derselben Marktreferenznummer, wie er von der Beschwerdeführerin am 4. Mai 2010 in leicht abgeänderter Form unterzeichnet worden sei. Durch die Unterzeichnung des Vertragsnachtrags Nr. 2 vom 8. Juni 2010 habe die Beschwerdeführerin ihre Zustimmung erklärt, die Beschwerdegegnerin nach Massgabe des Vertrags vom 4. Mai 2010 rückzuzusichern und habe dadurch die Vertragsbedingungen des Versicherungsvertrags vom 23. April 2010 übernommen, wie sie mit Nachtrag Nr. 1 vom 29. April

2010 abgeändert worden sei. Ausserdem sei zu bemerken, dass auf Seite 3 des Vertragsnachtrags Nr. 2 vom 8. Juni 2010 Folgendes aufgeführt werde: "all other terms and conditions remain unchanged". Im Kontext des Fronting bei der Rückversicherung könne und müsse dies als Verweis auf den Vertrag vom 4. Mai 2010 sowie den Nachtrag Nr. 1 vom 29. April 2010 verstanden werden, die zusammen den Rückversicherungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bildeten. Ziffer 7 des Nachtrags Nr. 1 enthalte eine Schiedsklausel.

Den Einwand der Beschwerdeführerin, der Retrovertrag vom 4. Mai 2010 enthalte eine Gerichtsstandsklausel, liess das Schiedsgericht nicht gelten. In Übereinstimmung mit international anerkannter Marktpraxis und dem Grundsatz, dass das vom Direktversicherer versicherte Risiko auf den Rückversicherer und gegebenenfalls dessen Rückversicherer übertragen werden könne und müsse, habe für sämtliche Streitigkeiten auf allen Ebenen der Rückversicherung (d.h. dem Rückversicherungsvertrag und dem Retrovertrag) ein einziges Forum bereitzustehen. Der Rückversicherungsvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der E. _____ beinhalte in Ziffer 7 der E. _____ Conditions eine Schiedsklausel, was die Beschwerdeführerin gewusst habe oder hätte wissen müssen. Es treffe zwar zu, dass der Retrovertrag vom 5. Mai 2010 (gemeint: 4. Mai 2010) eine Gerichtsstandsklausel enthalte. Es gelte jedoch zu beachten, dass dieser Vertrag durch den Nachtrag vom 8. Juni 2010 abgeändert worden sei; dieser sei nach dem Rückversicherungsvertrag vom 5. Mai 2010 (gemeint: 4. Mai 2010) unterzeichnet worden und beinhalte mit der Schiedsklausel eine spezifischere Regelung, weshalb sie der Gerichtsstandsklausel vorgehe. Ausserdem sei die anwendbare Gerichtsstandsklausel unklar und kaum praktikabel.

Dem von der Beschwerdeführerin eventualiter erhobenen Einwand, sie sei bei Vertragsschluss einem Erklärungsirrtum nach Art. 24 Abs. 1 OR unterlegen, erachtete das Schiedsgericht als nicht stichhaltig. Ein Irrtum sei weder substantiiert noch nachgewiesen; im Gegenteil sei ein solcher nicht wahrscheinlich.

3.4. Während die Beschwerdeführerin vorbringt, das Schiedsgericht habe keinen tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen mit Bezug auf die Streiterledigung durch ein Schiedsgericht festgestellt, sondern die abgeschlossenen Verträge nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, das Schiedsgericht sei "in erster Linie von einem tatsächlichen und nicht von einem normativen Konsens [ausgegangen]".

Der Ansicht der Beschwerdegegnerin kann nicht gefolgt werden. Zwar trifft zu, dass einzelne Formulierungen im angefochtenen Entscheid bei isolierter Betrachtung als Hinweise auf die Feststellung eines tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillens aufgefasst werden könnten: So wird etwa erwähnt, beide Parteien hätten Kenntnis der E. _____ Conditions gehabt und hätten zugestimmt, dass diese Bestandteil des Rückversicherungsvertrags werden sollten, der aus dem Vertragsnachtrag Nr. 1 vom 29. April 2010, dem Vertragsnachtrag Nr. 2 vom 8. Juni 2010 und dem Rückversicherungsvertrag vom 4. Mai 2010 bestehe ("Subsequently in the process of inserting Claimant as frontier both parties to the reinsurance agreement were aware of and agreed to the E. _____ Conditions becoming part of the reinsurance agreement consisting of contract endorsement N° 1 [...], the slip of May 5, 2010 [...] and contractual endorsement N° 2 of June 8, 2010 [Hervorhebung hinzugefügt]."). Wie bei einer anderen von der Beschwerdegegnerin angeführten Formulierung ("In any event, the Arbitral Tribunal is satisfied that in the process of the arrangement of the fronting the parties did actually agree to the arbitration clause in line with the terms of PILS Art. 178

[Hervorhebung hinzugefügt].") wird dieser Schluss jedoch auf Grundlage von Erwägungen gezogen, die auf einer objektivierten Betrachtung beruhen. Darin stellt das Schiedsgericht nicht etwa auf einen gegenüber der Beschwerdegegnerin geäusserten inneren Willen der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung ab, sondern beschreibt deren Erklärungsverhalten, das sie mit der Unterzeichnung der verschiedenen Vertragsdokumente vom 23. und 29. April 2010 sowie vom 4. Mai und 8. Juni 2010 an den Tag gelegt hat, und leitet daraus ab, die Beschwerdegegnerin habe dieses als gegenüber ihr geäusserte Zustimmung zur Schiedsklausel in Ziffer 7 der E. _____ Conditions verstehen dürfen. Dabei stützt es sich neben allgemeinen Gepflogenheiten im Rückversicherungsmarkt auf die Auslegung der verschiedenen Vertragstexte, so insbesondere einzelner Vertragsklauseln des Nachtrags vom 8. Juni 2010, und schliesst daraus, der Vertragsnachtrag vom 29. April 2010 sei samt der Schiedsklausel in Ziffer 7 der E. _____ Conditions Teil der Rückversicherungsvereinbarung zwischen den Streitparteien geworden.

Auch der von der Beschwerdegegnerin erhobene Einwand, das Schiedsgericht habe vereinzelt Verhalten der Parteien mitberücksichtigt, das sich nach dem behaupteten Vertragsabschluss ereignete, vermag nichts an der normativen Auslegung im angefochtenen Entscheid zu ändern. Zwar trifft zu, dass nachträgliches Parteiverhalten bei der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip ausser Betracht fallen muss (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 133 III 61 E. 2.2.2.2 S. 69; 132 III 626 E.

3.1). Abgesehen davon, dass aus dem angefochtenen Schiedsentscheid in keiner Weise hervorgeht, inwiefern die blosser Begleichung von Forderungen durch die Beschwerdeführerin aus dem (unbestrittenen) abgeschlossenen Retrovertrag Rückschlüsse hinsichtlich der Schiedsvereinbarung zulassen soll und es sich bei der Unterzeichnung des Vertragsnachtrags vom 8. Juni 2010 entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin nicht um nachträgliches Parteiverhalten handelt, lässt sich aus der vereinzelt - möglicherweise unzulässigen - Mitberücksichtigung nachträglichen Verhaltens nicht etwa ableiten, die Ermittlung des Parteiwillens beruhe im konkreten Fall insgesamt auf Beweiswürdigung. Das Schiedsgericht hat im Gegenzug einen Erklärungsirrtum der Beschwerdeführerin als

unsubstantiiert bzw. unwahrscheinlich und damit grundsätzlich als möglich erachtet, obwohl sich die Frage nach einem Erklärungsirrtum nur bei einem normativen Konsens stellt, nicht bei einem tatsächlichen Konsens (vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, S. 186 Rz. 813).

Der Umstand, dass das Schiedsgericht seinem Entscheid eine normative Auslegung zugrunde legte, äussert sich im Übrigen in den in der Entscheidungsbegründung verwendeten Formulierungen, wie auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Antwort anerkennt. So hält das Schiedsgericht etwa Folgendes fest:

"By signing and returning the amended slip to D. _____ Respondent [...] must have taken into account [...] and that therefore the E. _____ Conditions needed to and would apply to both the direct reinsurance contract and the retrocession contract, between the parties (Hervorhebungen hinzugefügt)."

---] the Arbitral Tribunal is of the opinion that Respondent knew or must have known that the E. _____ Conditions were a constituent part of the reinsurance agreement between the frontier and E. _____ and that consequently, following the back-to-back practice, the retrocession agreement between the frontier and Respondent needed to reflect the same E. _____ conditions and the arbitration clause [...] (Hervorhebungen hinzugefügt)."

Selbst die Beschwerdegegnerin räumt in ihrer Antwort ein, dass das Schiedsgericht (auch) eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen und einen normativen Konsens bejaht hat. Ihre Behauptung, das Schiedsgericht habe lediglich im Sinne einer Alternativbegründung festgehalten, dass auch eine normative Auslegung zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte, erweist sich dabei als haltlos. Weder die in der Beschwerdeantwort aufgeführte Erwägung noch die übrige Begründung sprechen für ein solches Verständnis des angefochtenen Entscheids.

Entgegen der von der Beschwerdegegnerin vertretenen Ansicht ist demnach nicht von einer vom Schiedsgericht festgestellten tatsächlichen Willensübereinstimmung der Parteien auszugehen, bestimmte Streitigkeiten verbindlich unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zu unterbreiten. Entsprechend sind die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vertragsauslegung im angefochtenen Entscheid die massgebenden Grundsätze der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip verletze, im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren zu prüfen.

3.5. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass sie im Rahmen ihrer Vertragsbeziehung sowohl an den Retrovertrag vom 4. Mai 2010 als auch an den Vertragsnachtrag Nr. 2 vom 8. Juni 2010 gebunden sind. In keinem der beiden Verträge findet sich eine Schiedsklausel; der Vertrag vom 4. Mai 2010 enthält jedoch eine Gerichtsstandsklausel.

3.5.1. Die vom Schiedsgericht wiederholt betonte weitgehende Übereinstimmung der beiden von der Beschwerdeführerin am 23. April 2010 und am 4. Mai 2010 unterzeichneten Vertragsdokumente spricht nicht für einen Einbezug der in den Vertragsurkunden vom 23. April 2010 und vom 29. April 2010 enthaltenen Bestimmungen in das Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien. Die beiden von der Beschwerdeführerin unterzeichneten Dokumente vom 23. April 2010 und vom 29. April 2010 richteten sich nicht an die Beschwerdegegnerin, sondern an die E. _____; diese lehnte das Angebot ab. Selbst wenn die beiden Dokumente in der Folge vom Versicherungsmakler D. _____ verwendet wurden, um einen Rückversicherungs- bzw. Retrovertrag mit den jetzigen Vertragsparteien zu vermitteln bzw. auszuarbeiten, ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Parteien der später tatsächlich abgeschlossenen Verträge an weggelassene Bestimmungen - wie unter anderem die Schiedsklausel nach Ziffer 7 der E. _____ Conditions - auch nicht gebunden sein wollten. Entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid vermag nicht einzuleuchten, dass die Parteien mit Abschluss des Nachtrags vom 8. Juni 2010 zum abgeschlossenen Retrovertrag vom 4. Mai 2010 eine

zurückgewiesene Vertragsofferte an eine Drittperson als anwendbar erklärt hätten.

Zwar führt das Schiedsgericht nachvollziehbar aus, dass bei der Rückversicherung das vom Direktversicherer gedeckte Risiko auf den Rückversicherer und gegebenenfalls auf deren Rückversicherer überbunden wird. Dabei mag es als sinnvoll erscheinen, die verschiedenen Ebenen

der Rückversicherung jeweils vertraglich gleich auszugestalten und auch hinsichtlich der Streiterledigung einheitliche Bestimmungen vorzusehen. Entgegen dem, was das Schiedsgericht anzunehmen scheint, kann aus der Zweckmässigkeit einer solchen Vertragsordnung jedoch nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, eine solche sei auch vereinbart worden. In rechtlicher Hinsicht sind die verschiedenen Versicherungsverträge, die jeweils zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien abgeschlossen wurden, auseinanderzuhalten, worauf die Beschwerdeführerin zu Recht hinweist. Aus dem blossen Umstand, dass der Rückversicherungsvertrag zwischen der E._____ und der Beschwerdegegnerin eine Schiedsklausel enthält, lässt sich kein mutmasslicher Wille der Parteien des Retrovertrags ableiten, bei Streitigkeiten aus ihrem Vertragsverhältnis ebenfalls auf die staatliche Gerichtsbarkeit zu verzichten.

3.5.2. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, lässt die Tatsache, dass die vom Schiedsgericht jeweils als "contract endorsement no. 2" bezeichnete - im Vertragsdokument jedoch einzig als "CONTRACT ENDORSEMENT" betitelte - Vereinbarung vom 8. Juni 2010 im Vertragsrubrum den Hinweis "Endorsement Reference: 2" enthält, nach Treu und Glauben nicht darauf schliessen, die Parteien hätten einen von der Beschwerdeführerin am 29. April 2010 unterzeichneten Nachtrag zu einer an die E._____ gerichteten Vertragsofferte vom 23. April 2010 zum Bestandteil ihres Retrovertrags erklären wollen. Während der Vertrag vom 4. Mai 2010 in der Kopfzeile den Hinweis "Contract NO. DA641410 (1) " trägt, wird der Nachtrag dazu vom 8. Juni 2010 an derselben Stelle mit "Contract NO. DA641410 (2) " bezeichnet. Diese Art der Nummerierung bekräftigt aus objektiver Sicht lediglich die Einheit dieser beiden Dokumente und spricht gegen das im angefochtenen Entscheid vertretene Verständnis, wonach sich daraus ableiten lasse, dass sich der Nachtrag vom 8. Juni 2010 nach dem mutmasslichen Parteiwillen an den Vertragsnachtrag Nr. 1 vom 29. April 2010 anschliessen und diesen zum Vertragsbestandteil erklären sollen.

3.5.3. Die schiedsgerichtliche Erwägung, wonach mit dem Hinweis im Vertragsnachtrag vom 8. Juni 2010 auf das "reinsurance agreement" der - nicht abgeschlossene - Rückversicherungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der E._____ gemeint sei, erscheint bereits in sich widersprüchlich, zumal das Schiedsgericht seine entsprechenden Ausführungen selbst mit der Bemerkung einleitet, dass sich der Nachtrag vom 8. Juni 2010 auf den Rückversicherungsvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin beziehe (" Endorsement N ° 2 relating to the reinsurance agreement between the reinsured frontier, Claimant, and the retrocessionaire/reinsurer, Respondent, explicitly relates to the 'insurance agreement' [Hervorhebung hinzugefügt]."). Inwiefern sich aus der vom Schiedsgericht zur Begründung einzig angeführten - aber nicht näher umschriebenen - Praxis im internationalen Rückversicherungsmarkt ein Verweis auf eine blosser Vertragsofferte ergeben soll, geht aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervor. Ebenso wenig ist einzusehen, inwiefern es sich bei der auf Seite 1 des Vertragsnachtrags vom 8. Juni 2010 angeführten "Original Policy as issued by reinsured" um einen Hinweis auf den - nicht zustande gekommenen - Rückversicherungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der E._____ handeln soll. Die schiedsgerichtliche Annahme wird bereits dadurch widerlegt, dass nach dem Vertragsnachtrag vom 8. Juni 2010 nicht die Beschwerdeführerin die Rückversicherte ("Reinsured") ist, sondern die Beschwerdegegnerin, und ihr diese Rolle selbst im Rahmen des nicht abgeschlossenen Vertrags mit der E._____ nicht zugekommen wäre.

3.5.4. Mit der auf Seite 3 des Vertragsnachtrags vom 8. Juni 2010 erwähnten Anpassung des Rückversicherungsvertrags ("Reinsurance Agreement"), nach welcher der E._____ ein Abzug von 2 % der Rückversicherungsprämie als Kommission zustehen soll, kann eigentlich nur der Rückversicherungsvertrag zwischen der E._____ und der Beschwerdegegnerin gemeint sein, auf den nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid die E._____ Conditions anwendbar sind. Dass darin ein Hinweis auf den Vertragsnachtrag vom 29. April 2010 zu erblicken wäre, der ebenfalls die E._____ Conditions enthielt, fällt allein schon deshalb ausser Betracht, weil dieser von der E._____ zurückgewiesen wurde und somit keine Prämien anfallen, die angepasst werden könnten. Wird berücksichtigt, dass die Festsetzung der Prämie der E._____, mit der die Beschwerdeführerin kein Vertragsverhältnis eingegangen ist, das Verhältnis zwischen der E._____ und der Beschwerdegegnerin betrifft, das von den Streitparteien nicht abgeändert werden kann, ist unter Einbezug der gewählten Formulierung ("Reinsurers hereon further note and agree " [Hervorhebung hinzugefügt]) davon auszugehen, dass die Bestimmung in erster Linie der Klarstellung einer erfolgten Anpassung des Rückversicherungsvertrags mit der E._____ dient, die sich möglicherweise auf die Berechnung der Prämie des Retrovertrags auswirkt. Selbst wenn zutreffen mag, dass mit dem erwähnten Hinweis auf "4.3. Other Deductions" eine Bestimmung der (zwischen der E._____ und der Beschwerdegegnerin geltenden) E._____

Conditions gemeint ist, kann darin keine Erklärung erblickt werden, die entsprechenden Vertragsbestimmungen integral auch im Verhältnis zwischen den Streitparteien gelten zu lassen. Schon gar nicht kommt darin ein klarer Wille der Parteien zum Ausdruck, Streitigkeiten aus ihrem Vertragsverhältnis von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausnehmen und darüber ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen.

3.5.5. Zu beachten ist im Weiteren, dass der zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin abgeschlossene Retrovertrag vom 4. Mai 2010 eine Gerichtsstandsklausel enthält. Abgesehen davon, dass sich dem Vertragsnachtrag vom 8. Juni 2010 nach dem Gesagten entgegen dem angefochtenen Entscheid kein mutmasslicher Wille entnehmen lässt, ein Schiedsgericht mit der Beurteilung allfälliger Streitigkeiten aus dem Vertrag zu betrauen, lässt sich die Anwendbarkeit der erwähnten Gerichtsstandsklausel nicht mit dem blossen Hinweis darauf entkräften, die Schiedsklausel enthalte eine spezifischere Regelung. Ausserdem verkennt das Schiedsgericht mit der Erwägung, die Gerichtsstandsklausel sei hinsichtlich des zuständigen Gerichts unklar und daher nicht umsetzbar, dass darin nach objektiver Betrachtung zumindest der Wille der Parteien zum Ausdruck kommt, allfällige Streitigkeiten durch staatliche Gerichte beurteilen zu lassen und nicht etwa auf die staatliche Gerichtsbarkeit zu verzichten.

Entsprechend ist umso mehr davon auszugehen, dass in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Retrovertrag nach dem Vertrauensprinzip kein hinreichend klarer Wille der Parteien zum Ausdruck kommt, bestimmte Streitigkeiten von der staatlichen Gerichtsbarkeit auszunehmen und darüber ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Damit bleibt für den Utilitätsgedanken, nach dem möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen ist, das die Schiedsvereinbarung bestehen lässt, kein Raum (BGE 138 III 29 E. 2.2.3 S. 36; 130 III 66 E. 3.2 S. 71 f.; je mit Hinweisen).

3.6. Entgegen dem angefochtenen Entscheid liegt zwischen den Parteien keine gültige Schiedsvereinbarung vor und das von der Beschwerdegegnerin angerufene Schiedsgericht hat sich für die Beurteilung der Streitsache zu Unrecht für zuständig erklärt.

4.

Der angefochtene Schiedsentscheid ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und es ist antragsgemäss festzustellen, dass das Ad hoc Schiedsgericht mit Sitz in Zürich für die zu beurteilende Streitsache nicht zuständig ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Schiedsentscheid des Ad hoc Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich vom 15. Februar 2017 wird aufgehoben.

2.

Es wird festgestellt, dass das Ad hoc Schiedsgericht mit Sitz in Zürich für die zu beurteilende Streitsache nicht zuständig ist.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 28'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 33'000.-- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Ad hoc Schiedsgericht mit Sitz in Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Oktober 2017

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Leemann