

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

## A. Einleitung

Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006<sup>1</sup>, das am 1. 7. 2006 in Kraft getreten ist, das österreichische Schiedsverfahrensrecht grundlegend neu geregelt und ein modernes, an das UNCITRAL Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angepasstes Schiedsverfahrensrecht geschaffen. Das neue Recht soll vor allem für die in Österreich stattfindenden internationalen Schiedsverfahren einen geeigneten rechtlichen Rahmen bilden. Im Zug der Reform hat der österreichische Gesetzgeber erstmals auch die Tätigkeit von Sachverständigen in (nationalen und internationalen) Schiedsverfahren eingehend geregelt. Diese Neuregelung ist Gegenstand der folgenden Ausführungen<sup>2</sup>.

## B. Der Sachverständigenbeweis im angloamerikanischen und im kontinentaleuropäischen Rechtskreis

Der Sachverständigenbeweis hat bei Schiedsgerichten naturgemäß die gleiche Bedeutung wie bei staatlichen Gerichten, weil Schiedsrichter ebenso wie staatliche Richter zur Entscheidungsfindung auf zusätzliches Fachwissen angewiesen sein können. Schiedsrichter benötigen die Unterstützung des Sachverständigen etwa zur Feststellung der Ursächlichkeit technischer Gebrechen, der Schadenshöhe, der Existenz von Handelsbräuchen in einer bestimmten Branche, zur Grenzvermessung, aber auch zur Feststellung des Inhalts eines bestimmten nationalen Rechts oder zur genauen Übersetzung von Rechtstexten<sup>3</sup>.

Juristen aus dem angloamerikanischen Rechtskreis haben einen anderen Zugang zum Sachverständigenbeweis als Kontinentaleuropäer: Im angloamerikanischen Rechtskreis wird der Sachverständige traditionell nicht als Gehilfe des Gerichts (oder Schiedsgerichts) angesehen, sondern als Gehilfe der Partei. Sachverständige sind in der Regel nur als Privatgutachter tätig. Jede Partei führt den „eigenen“ Sachverständigen ins Treffen. Es gibt weder eine Sachverständigenliste noch eine sonstige staatliche Zertifizierung von Sachverständigen. Das Gericht oder Schiedsgericht folgt am Ende derjenigen Sachverständigenansicht, die es in freier Beweiswürdigung für überzeugender hält<sup>4</sup>. Ein Sachverständiger wird im Wesentlichen als Zeuge mit besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten angesehen, was sich auch in der für Sachverständige üblichen Bezeichnung *Expert Witness* („sachverständiger Zeuge“) ausdrückt. Der Unterschied zum Zeugen liegt nach angloamerikanischer Auffassung aber darin, dass der *Expert Witness* nicht nur über sein Tatsachenwissen befragt werden kann, sondern auch zu den daraus abzuleitenden Schlussfolgerungen<sup>5</sup>.

Nun wäre es beim Zeugenbeweis nicht vertretbar, einen Zeugen nur deshalb für unglaubwürdig zu halten, weil er von einer Partei als Zeuge benannt worden ist. Desgleichen wird auch im angloamerikanischen Rechtskreis ein *Expert Witness* nicht automatisch für unglaubwürdig gehalten, im Gegenteil: Den Aussagen des *Expert Witness* kommt in der Praxis großes Gewicht zu, weil er nicht in die konkrete Streitigkeit verwickelt war<sup>6</sup>. Außerdem erklären die Parteien, wenn sie gut beraten sind, nur von den Parteien organisatorisch und wirtschaftlich unabhängige und unparteiische Personen, die einen Ruf zu verlieren haben, zum *Expert Witness*<sup>7</sup>. Die Ausführungen des

*Expert Witness* müssen vor allem der kritischen Beurteilung durch den von der Gegenseite beigezogenen *Expert Witness* und dem Kreuzverhör (*Cross Examination*) durch die Anwälte der Gegenseite standhalten<sup>8</sup>. Der Sachverständigenbeweis kann daher auch im angloamerikanischen System sehr wohl zu objektiven Ergebnissen führen<sup>9</sup>.

Ein Nachteil des angloamerikanischen Systems liegt in den vergleichsweise hohen Kosten. Das System ist teuer, weil zwei *Expert Reports* erstellt werden müssen<sup>10</sup>. Kontinental europäische Beobachter sprechen in diesem Zusammenhang kritisch, wenn nicht ironisch, von einer aufwändigen *Battle of Experts*<sup>11</sup>.

Im kontinentaleuropäischen System wird der Sachverständige als Gehilfe des Gerichts (oder Schiedsgerichts) angesehen<sup>12</sup>. Dieses System löst bei angloamerikanischen Beobachtern mitunter die gleiche Skepsis aus wie das angloamerikanische in Kontinentaleuropa. Kritisiert werden (so wie auch in umgekehrter Richtung) die hohen Kosten; diese fallen in Kontinentaleuropa aus angloamerikanischer Sicht dadurch an, dass die Parteien bei komplizierten Sachverhalten zusätzlich zu dem vom Gericht (oder Schiedsgericht) ernannten Sachverständigen ohnedies auch einen „eigenen“ Sachverständigen beziehen müssen, sodass am Ende drei Sachverständige tätig werden<sup>13</sup>. Man ist außerdem skeptisch, ob der staatliche Richter oder Schiedsrichter dem Sachverständigen den Sachverhalt mit der gleichen Sorgfalt auseinandersetzt wie die Partei und lässt sich gerade bei einem so wichtigen Beweismittel wie dem Sachverständigenbeweis nicht gern das Heft aus der Hand nehmen.

## C. Internationaler Standard für den Sachverständigenbeweis im Schiedsverfahren

Bei internationalen Schiedsverfahren stehen sich Parteien, Parteienvertreter und Schiedsrichter aus den verschiedensten Rechtskreisen gegenüber. Es liegt in der Natur der Beteiligten, dass alle (bewusst oder unbewusst) ihre eigenen Vorstellungen über den Sachverständigenbeweis in das Verfahren einbringen. Dadurch hat sich im Lauf der Jahrzehnte ein neuer, internationaler Standard herausgebildet, der in Art 26 des am 11. 12. 1985 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedeten UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit<sup>14</sup> festgehalten ist; Art 26 des UNCITRAL-Modellgesetzes lautet<sup>15</sup>:

### Art 26

#### Vom Schiedsgericht bestellter Sachverständiger

„(1) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht

1. einen oder mehrere Sachverständige zur Erstattung eines Gutachtens über bestimmte vom Schiedsgericht festzulegende Fragen bestellen;
2. eine Partei auffordern, dem Sachverständigen jede sachdienliche Auskunft zu erteilen oder alle für das Verfahren erheblichen Schriftstücke, Waren oder sonstige Gegenstände zur Besichtigung vorzulegen oder zugänglich zu machen.

(2) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat der Sachverständige, wenn eine Partei dies beantragt oder das Schiedsgericht es für erforderlich hält, nach Erstattung

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

*seines schriftlichen oder mündlichen Gutachtens an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen; bei der Verhandlung können die Parteien dem Sachverständigen Fragen stellen und sachverständige Zeugen beibringen, die zu den streitigen Fragen aussagen.“*

Art 26 des UNCITRAL-Modellgesetzes sieht vor, dass bei Schiedsverfahren sowohl das System des vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen als auch das System der Parteisachverständigen zur Anwendung kommen kann: Gemäß Art 26 Abs 1 des UNCITRAL-Modellgesetzes kann das Schiedsgericht, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, einen Sachverständigen bestellen, der nach kontinentaleuropäischem Muster tätig wird. Gemäß Art 26 Abs 2 bleibt es den Parteien jedoch unbenommen, je einen (oder mehrere) *Expert Witness(es)* beizubringen. Wie im konkreten Fall tatsächlich vorgegangen wird, richtet sich zum Teil noch immer nach der Herkunft der Parteienvertreter und Schiedsrichter. Praktiker des

Schiedsverfahrensrechts greifen mittlerweile aber unabhängig von ihrer Herkunft immer mehr auf die nach den Umständen des Falls am besten geeignete Alternative zurück. Bei komplexen Streitigkeiten können beide Systeme kombiniert werden. Verschiedene Autoren halten zutreffend fest, dass es mittlerweile zu einer Konvergenz der Systeme gekommen ist<sup>16</sup>.

Die Konvergenz der Systeme zeigt sich in den *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*<sup>17</sup>, die von der International Bar Association am 1. 6. 1999 beschlossen worden sind. Es handelt sich hierbei um Regeln für die Beweisaufnahme durch internationale Schiedsgerichte, die einen gemeinsamen Nenner für angloamerikanische und kontinentaleuropäische Nutzer bilden sollen. Es steht den Parteien frei, sich auf die Anwendung dieser Regeln zu einigen. Parteisachverständige und der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige stehen in den *IBA Rules* gleichberechtigt nebeneinander; dies ergibt sich aus folgender Gegenüberstellung:

Art 5 IBA Rules	Art 6 IBA Rules
Party-Appointed Experts	Tribunal-Appointed Experts
1. A Party may rely on a Party-Appointed Expert as a means of evidence on specific issues. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, a Party-Appointed Expert shall submit an Expert Report.	1. The Arbitral Tribunal, after having consulted with the Parties, may appoint one or more independent Tribunal-Appointed Experts to report to it on specific issues designated by the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal shall establish the terms of reference for any Tribunal-Appointed Expert report after having consulted with the Parties. A copy of the final terms of reference shall be sent by the Arbitral Tribunal to the Parties.
2. The Expert Report shall contain: (a) the full name and address of the Party-Appointed Expert, his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, and a description of his or her background, qualifications, training and experience; (b) a statement of the facts on which he or she is basing his or her expert opinions and conclusions; (c) his or her expert opinions and conclusions, including a description of the method, evidence and information used in arriving at the conclusions; (d) an affirmation of the truth of the Expert Report; and (e) the signature of the Party-Appointed Expert and its date and place.	2. The Tribunal-Appointed Expert shall, before accepting appointment, submit to the Arbitral Tribunal and to the Parties a statement of his or her independence from the Parties and the Arbitral Tribunal. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, the Parties shall inform the Arbitral Tribunal whether they have any objections to the Tribunal-Appointed Expert's independence. The Arbitral Tribunal shall decide promptly whether to accept any such objection.
3. The Arbitral Tribunal in its discretion may order that any Party-Appointed Experts who have submitted Expert Reports on the same or related issues meet and confer on such issues. At such meeting, the Party-Appointed Experts shall attempt to reach agreement on those issues as to which they had differences of opinion in their Expert Reports, and they shall record in writing any such issues on which they reach agreement.	
	3. Subject to the provisions of Article 9.2, the Tribunal-Appointed Expert may request a Party to provide any relevant and material information or to provide access to any relevant documents, goods, samples, property or site for inspection. The authority of a Tribunal-Appointed Expert to request such information or access shall be the same as the authority of the Arbitral Tribunal. The Parties and their representatives shall have the right to receive any such information and to attend any such inspection. Any disagreement between a Tribunal-Appointed Expert and a Party as to the relevance, materiality or appropriateness of such a request shall be decided by the Arbitral Tribunal, in the manner provided in Articles 3.5 through 3.7. The Tribunal-Appointed Expert shall record in the report any non-compliance by a Party with an appropriate request or decision by the Arbitral Tribunal and shall describe its effects on the determination of the specific issue.
	4. The Tribunal-Appointed Expert shall report in writing to the Arbitral Tribunal. The Tribunal-Appointed Expert shall describe in the report the method, evidence and information used in arriving at the conclusions.
	5. The Arbitral Tribunal shall send a copy of such Expert Report to the Parties. The Parties may examine any document that the Tribunal-Appointed Expert has examined and any correspondence between the Arbitral Tribunal and the Tribunal-Appointed Expert. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, any Party shall have the opportunity to respond to the report in a submission by the Party or through an Expert Report by a Party-Appointed Expert. The Arbitral Tribunal shall send the submission or Expert Report to the Tribunal-Appointed Expert and to the other Parties.

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

4. Each Party-Appointed Expert shall appear for testimony at an Evidentiary Hearing, unless the Parties agree otherwise and the Arbitral Tribunal accepts this agreement.	6. At the request of a Party or of the Arbitral Tribunal, the Tribunal-Appointed Expert shall be present at an Evidentiary Hearing. The Arbitral Tribunal may question the Tribunal-Appointed Expert, and he or she may be questioned by the Parties or by any Party-Appointed Expert on issues raised in the Parties' submissions or in the Expert Reports made by the Party-Appointed Experts pursuant to Article 6.5.
5. If a Party-Appointed Expert does not appear without a valid reason for testimony at an Evidentiary Hearing, except by agreement of the Parties accepted by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal shall disregard his or her Expert Report unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal determines otherwise.	7. Any Expert Report made by a Tribunal-Appointed Expert and its conclusions shall be assessed by the Arbitral Tribunal with due regard to all circumstances of the case.
6. If the Parties agree that a Party-Appointed Expert does not need to appear for testimony at an Evidentiary Hearing, such an agreement shall not be considered to reflect an agreement as to the correctness of the content of the Expert Report.	
	8. The fees and expenses of a Tribunal-Appointed Expert, to be funded in a manner determined by the Arbitral Tribunal, shall form part of the costs of the arbitration.

Die wichtigsten Gemeinsamkeiten des Parteisachverständigen und des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen gemäß den *IBA Rules* sind demnach:

- dass beide gegenwärtige oder vergangene Beziehungen zu den Parteien offen zu legen haben (siehe Art 5 Abs 2 lit a und Art 6 Abs 1 der *IBA Rules*);
- dass beide in ihrem Gutachten darzulegen haben, aufgrund welcher Methode, Beweise und Informationen sie ihre Schlüsse gezogen haben (Art 5 Abs 2 lit c und Art 6 Abs 4 der *IBA Rules*);
- dass beide auf Antrag einer Partei oder auf Anordnung des Schiedsgerichts bei der mündlichen Verhandlung anwesend sein müssen, es sei denn die Parteien haben etwas anderes vereinbart (siehe Art 5 Abs 4 und Art 6 Abs 6 der *IBA Rules*);
- dass beide Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Schiedsgerichts unterliegen (wobei das Schiedsgericht das Gutachten des Parteisachverständigen unbeachtet lassen kann, wenn er nicht bei der mündlichen Verhandlung erscheint) (Art 5 Abs 5 und Art 6 Abs 6 der *IBA Rules*).

Sie unterscheiden sich jedoch dahingehend,

- dass der Parteisachverständige nicht abgelehnt werden kann, wiewohl auch er seine gegenwärtigen oder vergangenen Beziehungen zu den Parteien offen zu legen hat;

- dass der Parteisachverständige nicht ermächtigt werden kann, von den Parteien Informationen abzuverlangen;
- dass die Korrespondenz zwischen dem Parteisachverständigen und der Partei – anders als die Korrespondenz zwischen dem vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen und dem Schiedsgericht – nicht offengelegt zu werden braucht;
- dass die Kosten des Parteisachverständigen zunächst immer von derjenigen Partei allein zu tragen sind, die ihn namhaft macht.

Die eben erwähnten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Parteisachverständigen und dem vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen gemäß den *IBA Rules* werden im folgenden für die Auslegung von Art 26 des UNCITRAL Modellgesetzes und der darauf aufbauenden Bestimmungen des deutschsprachigen Raums, nämlich § 1049 dZPO und die neue Vorschrift des § 601 öZPO, nutzbar gemacht.

## D. Umsetzung von Art. 26 des UNCITRAL-Modellgesetzes in Deutschland und Österreich: § 1049 dZPO und § 601 öZPO

Art 26 des UNCITRAL-Modellgesetz wurde in Deutschland in § 1049 dZPO und in Österreich in § 601 öZPO umgesetzt; diese Bestimmungen lauten wie folgt:

§ 1049 dZPO Vom Schiedsgericht bestellter Sachverständiger	§ 601 öZPO Vom Schiedsgericht bestellter Sachverständiger
(1) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht einen oder mehrere Sachverständige zur Erstattung eines Gutachtens über bestimmte vom Schiedsgericht festzulegende Fragen bestellen. Es kann ferner eine Partei auffordern, dem Sachverständigen jede sachdienliche Auskunft zu erteilen oder alle für das Verfahren erheblichen Schriftstücke oder Sachen zur Besichtigung vorzulegen oder zugänglich zu machen.	(1) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht 1. einen oder mehrere Sachverständige zur Erstattung eines Gutachtens über bestimmte vom Schiedsgericht festzulegende Fragen bestellen; 2. die Parteien auffordern, dem Sachverständigen jede sachdienliche Auskunft zu erteilen oder alle für das Verfahren erheblichen Schriftstücke oder Sachen zur Aufnahme eines Befunds vorzulegen oder zugänglich zu machen.
(2) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat der Sachverständige, wenn eine Partei dies beantragt oder das Schiedsgericht es für erforderlich hält, nach Erstattung seines schriftlichen oder mündlichen Gutachtens an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen. Bei der Verhandlung können die Parteien dem Sachverständigen Fragen stellen und eigene Sachverständige zu den streitigen Fragen aussagen lassen.	(2) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat der Sachverständige, wenn eine Partei dies beantragt oder das Schiedsgericht es für erforderlich hält, nach Erstattung seines Gutachtens an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen. Bei der Verhandlung können die Parteien Fragen an den Sachverständigen stellen und eigene Sachverständige zu den streitigen Fragen aussagen lassen.
(3) Auf die vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen sind §§ 1036, 1037 Abs 1 und 2 entsprechend anzuwenden.	(3) Auf die vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen sind §§ 588 und 589 Abs 1 und 2 entsprechend anzuwenden.

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

(4) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat jede Partei das Recht, Gutachten eigener Sachverständiger vorzulegen. Abs 2 gilt entsprechend.

Der Vergleich der obigen Bestimmungen mit Art 26 des UNCITRAL-Modellgesetzes zeigt, dass dieser in Deutschland und Österreich weitgehend unverändert übernommen worden ist. Bei (nationalen und internationalen) Schiedsverfahren, die in Deutschland und Österreich stattfinden, sind daher die Parteisachverständigen und die vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen im Sinne des im UNCITRAL-Modellgesetz festgehaltenen internationalen Standards gleichwertig. Es kann insofern den erläuternden Bemerkungen zur österreichischen Regierungsvorlage, wonach die im Schiedsverfahren erstatteten „Privatgutachten [...] „nicht die Stellung eines Sachverständigengutachtens durch einen vom Schiedsgericht bestellten unabhängigen Sachverständigen“ haben<sup>18</sup>, nicht gefolgt werden. Das österreichische Schiedsverfahrensrecht steht dem angloamerikanischen System des Sachverständigenbeweises gleich positiv gegenüber wie dem kontinentaleuropäischen<sup>19</sup>.

## E. Befugnis des Schiedsgerichts zur Ernennung eines Sachverständigen

Das Schiedsgericht ist gemäß § 601 Abs 1 ZPO berechtigt, Sachverständige zu bestellen. Das Recht des Schiedsgerichts zur Sachverständigenbestellung wird zutreffend als implied power des Schiedsgerichts angesehen, das im Vertrag zwischen den Parteien und den Mitgliedern des Schiedsgerichts stillschweigend vereinbart ist<sup>20</sup>. Bei § 601 Abs 1 ZPO handelt es sich jedoch nur um dispositives Recht. Die Parteien können die Befugnis des Schiedsgerichts, Sachverständige zu bestellen, gemäß der ausdrücklichen Anordnung in § 601 Abs 1 ZPO<sup>21</sup> ausschließen. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn sich das Schiedsgericht ohne Bestellung eines Sachverständigen nicht in der Lage sieht, den Streit zu entscheiden.

Zur eben erwähnten Frage wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass das Schiedsgericht zurücktreten muss, wobei es den Parteien diese Absicht zuvor bekannt zu geben hat<sup>22</sup>. Ein solcher Rücktritt des Schiedsgerichts wäre meines Erachtens aber nur dann berechtigt, wenn die Parteien die Vereinbarung, dass das Schiedsgericht keinen Sachverständigen bestellen darf, erst nach Konstituierung des Schiedsgerichts und ohne dessen Wissen oder gegen dessen Willen abgeschlossen haben. Ist dagegen schon in der Schiedsvereinbarung oder in der anzuwendenden Schiedsordnung vorgesehen, dass das Schiedsgericht keinen Sachverständigen ernennen darf, und haben die Schiedsrichter ihre Ernennung angenommen, hat das Schiedsgericht den Streit ohne Ernennung eines Sachverständigen gemäß den Beweislastregeln zu entscheiden. Auch das muss jedoch zuvor angekündigt werden, damit die beweispflichtige Partei Gelegenheit erhält, den Beweis durch einen parteiernannten *Expert Witness* zu führen<sup>23</sup>.

In der Praxis kommt es kaum vor, dass die Parteien die Befugnis des Schiedsgerichts, einen Sachverständigen zu bestellen, tatsächlich ausschließen. Die Schiedsordnungen, auf die die Parteien in der Schiedsvereinbarung verweisen, sehen im Gegenteil sogar ausdrücklich vor, dass das Schiedsgericht Sachverständige ernennen kann. Beispiele sind der bereits erwähnte Art 6 der *IBA Rules*, Art 20 Abs 4 der ICC Schiedsgerichtsordnung<sup>24</sup> oder Art 20 Abs 5 der Wiener Regeln<sup>25</sup>. Art 20 Abs 4 der ICC Schiedsgerichtsordnung und Art 20 Abs 5 der Wiener Regeln unterscheiden sich dahingehend, dass Art 20 Abs 4 der ICC Schiedsgerichtsordnung vor Ernennung des Sachverständigen ausdrücklich eine Anhörung der Parteien vorsieht. Die Anhörung der Parteien ist meines Erachtens aber auch bei Anwendbarkeit der Wiener Regeln schon deshalb erforderlich,

weil die Parteien den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen finanzieren müssen und sie es durch die Nichtleistung der Kostenvorschüsse ohnedies in der Hand haben, die Durchführung des Sachverständigenbeweises zu verhindern<sup>26</sup>.

Wenn es nach Lage des Falls erforderlich ist, kann das Schiedsgericht – nach vorheriger Anhörung der Parteien – auch zwei Sachverständige ernennen, von denen sich zB der eine um technische, der andere um mechanische Fragen zu kümmern hat<sup>27</sup>.

Die Partei kann die Bestellung eines Sachverständigen (oder mehrerer Sachverständiger) durch das Schiedsgericht selbstverständlich auch beantragen. Einem solchen Antrag wird das Schiedsgericht im Zweifel Folge zu leisten haben, wenn die Partei die Kosten für den Sachverständigen vorschießt und der Antrag rechtzeitig und nicht zur Verzögerung des Verfahrens eingebracht worden ist<sup>28</sup>.

## F. Recht der Parteien auf Beiziehung eines Parteisachverständigen

Gemäß § 601 Abs 4 ZPO sind die Parteien auch berechtigt, einen Parteisachverständigen beizuziehen<sup>29</sup>. Die Parteien können in der Schiedsvereinbarung oder durch einen einvernehmlichen Verweis auf eine Schiedsordnung das Recht auf Beiziehung von Parteisachverständigen ausschließen, solche Vereinbarungen kommen in der Praxis aber kaum vor. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, ist auch die Beiziehung mehrerer Parteisachverständiger zulässig.

## G. Ernennung des Sachverständigen durch das Schiedsgericht

Der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige muss als Gehilfe des Schiedsgerichts ebenso unabhängig und unparteilich sein wie die Mitglieder des Schiedsgerichts<sup>30</sup>. Bei Schiedsverfahren ist die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen sogar noch wichtiger als bei Gerichtsverfahren die des Gerichtssachverständigen, weil die Beweiswürdigung des Schiedsgerichts nicht angefochten werden kann. Es ist daher nahe liegend, dass bei Schiedsverfahren auf die absolute Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen größter Wert gelegt wird.

Der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige darf weder zu den Parteien des Schiedsverfahrens noch zu Unternehmen, die mit den Parteien des Schiedsverfahrens verbunden sind (Mutter- oder Tochterunternehmen) Beziehungen aufweisen. Ein weiterer Aspekt der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen ist, dass er bei internationalen Schiedsverfahren – so wie der Vorsitzende des Schiedsgerichts – nicht die Staatsangehörigkeit einer der Parteien haben soll<sup>31</sup>.

Bei Schiedsverfahren können mitunter an sich hervorragend geeignete Kandidaten vom Schiedsgericht nicht zum Sachverständigen ernannt werden, weil der Kreis der beteiligten Unternehmen sehr klein ist und gerade kompetente und erfahrene Personen regelmäßig in engem Kontakt zu den in ihrer Branche führenden Unternehmen stehen<sup>32</sup>; Experten, die für eine Partei oder ein mit einer Partei verbundenes Unternehmen tätig waren oder sind, können aber als Parteisachverständige tätig werden<sup>33</sup>.

Tritt das Schiedsgericht mit einem Kandidaten für das Sachverständigenamt in Kontakt, muss es sich von diesem Kandidaten nach den Umständen des Falles schon im Vorhinein die voll-

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

kommene Vertraulichkeit zusichern lassen. Es besteht nämlich das Risiko, dass kompetente Sachverständige an Konkurrenzprojekten mitarbeiten und sich auch bei einer bloß abstrakten Beschreibung der Angelegenheit sofort denken können, worum es geht<sup>34</sup>.

Damit die Parteien die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Experten prüfen können, hat das Schiedsgericht den Parteien den Namen des ins Auge gefassten Experten vor seiner Ernennung bekannt zu geben<sup>35</sup>. Der Sachverständige hat außerdem von sich aus schon vor seiner Ernennung sämtliche Umstände, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können, offen zu legen (Offenlegungspflicht)<sup>36</sup>. Das Schiedsgericht verlangt vom Sachverständigen vor seiner Ernennung eine Unabhängigkeitserklärung, in der dieser schriftlich zusichert, dass er unabhängig und unparteilich ist<sup>37</sup>. Die Offenlegungspflicht des Sachverständigen dauert auch nach der Ernennung bis zur Beendigung des Schiedsverfahrens an.

In der Praxis gibt das Schiedsgericht den Parteien zunächst Gelegenheit, gemeinsam den vom Schiedsgericht zu ernennenden Sachverständigen vorzuschlagen. Dies ist sinnvoll, weil die Parteien aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung genau wissen, wer in einer bestimmten Branche als Sachverständiger in Frage kommt. Eine andere Möglichkeit ist, dass das Schiedsgericht mit den Parteien das Anforderungsprofil für den Sachverständigen erörtert und dann einen diesem Anforderungsprofil möglichst nahe kommenden Experten sucht<sup>38</sup>. Bei der Suche kann das ICC International Centre for Expertise behilflich sein<sup>39</sup>.

Wenn der richtige Sachverständige aufgefunden und zur Übernahme des Amts bereit ist, erfolgt als nächster Schritt seine formelle Ernennung. Diese hat bei einem Dreierschiedsgericht durch alle drei Schiedsrichter mit verfahrensleitender Verfügung zu erfolgen, es sei denn, der Vorsitzende wurde von den Mitschiedsrichtern ermächtigt, den Sachverständigen allein zu benennen<sup>40</sup>.

Die Tätigkeit des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen im Schiedsverfahren ist privatrechtlicher Natur. Sie erfolgt aufgrund des Gutachtervertrags, der nicht etwa zwischen dem Schiedsgericht und dem Sachverständigen, sondern zwischen den Parteien des Schiedsverfahrens und dem Sachverständigen zustande kommt. Das Schiedsgericht handelt beim Abschluss des Gutachtervertrags im Namen und auf Rechnung der Parteien<sup>41</sup>. Daraus ergibt sich, dass Entlohnungsansprüche des Sachverständigen im ordentlichen Rechtsweg gegenüber den Parteien, die als Gesamtschuldner haften, geltend zu machen sind<sup>42</sup> und dass die Parteien bei Verletzungen des Gutachtervertrags direkte Schadenersatzansprüche gegen den Sachverständigen haben.

Der Auftrag an den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen ist höchstpersönlich. Er muss von der vom Schiedsgericht zum Sachverständigen ernannten natürlichen oder juristischen Person selbst ausgeführt werden, weil ansonsten die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Experten unterlaufen werden könnte<sup>43</sup>. Auf den Sachverständigenvertrag ist – so wie auf den Schiedsrichtervertrag – mangels Rechtswahl der Parteien das Recht des Schiedsorts anzuwenden, weil dies die engste Beziehung zum Gutachtervertrag aufweist<sup>44</sup>.

## H. Ablehnung des vom Schiedsgerichts ernannten Sachverständigen

Nach der zwingenden Vorschrift des § 601 Abs 3 ZPO kann der vom Schiedsgericht bestellte Sachverständige aus den gleichen Gründen abgelehnt werden wie ein Schiedsrichter. Schiedsrichter-Ablehnungsgründe und somit auch Sachverständigen-Ablehnungsgründe sind gemäß § 588 Abs 1 ZPO alle Umstände, die Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit des Schiedsrichters oder Sachverständigen wecken können oder der Parteienvereinbarung widersprechen<sup>45</sup>.

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, ist der Ablehnungsantrag gegen den Schiedsrichter gemäß § 589 Abs 2 ZPO binnen 4 Wochen einzubringen. Diese Regel ist analog auch für Ablehnungsanträge gegen Sachverständige anzuwenden. Zuständig für den Ablehnungsantrag ist (wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben) das Schiedsgericht. Die den Ablehnungsantrag abweisende Entscheidung des Schiedsgerichts muss begründet werden<sup>46</sup>; sie kann beim staatlichen Gericht (vorerst) jedoch nicht weiter bekämpft werden<sup>47</sup>.

Wenn das Schiedsgericht den Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen zu Unrecht zurückweist und der Schiedsspruch auf dem Gutachten des befangenen Sachverständigen basiert, liegt der Schiedsspruch-Aufhebungsgrund des *ordre public*-widrigen Verfahrens gemäß § 611 Abs 1 Z 5 ZPO vor<sup>48</sup>. Dies ist zwar eine sehr weitgehende Rechtsfolge; es würde jedoch Art 6 EMRK widersprechen, wenn die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines so wichtigen Organs wie des vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen von keinem staatlichen Gericht nachgeprüft werden könnte. Der Einwand, dass es häufig außerordentlich schwierig ist, einen qualifizierten Sachverständigen für spezielle technische Fragen zu finden, der nicht in irgendeinem Naheverhältnis zu den Parteien steht<sup>49</sup>, scheint nicht stichhältig, kann es doch auch sehr schwierig sein, einen neutralen Schiedsrichter zu finden; dennoch bezweifelt niemand, dass Schiedsrichter stets absolut unabhängig und unparteilich sein müssen.

## I. Namhaftmachung des Parteisachverständigen durch die Partei

Der Parteisachverständige braucht nicht unabhängig und unparteilich zu sein und kann wegen Befangenheit nicht abgelehnt werden. Wenn die Partei einen Parteisachverständigen bezieht, liegt es jedoch in ihrem eigenen Interesse, eine von beiden Parteien organisatorisch und wirtschaftlich unabhängige Person namhaft zu machen<sup>50</sup>, weil ihr in der Regel größere Glaubwürdigkeit zukommen wird. Haben die Parteien die Anwendung der *IBA Rules* vereinbart, hat auch der Parteisachverständige allfällige Beziehungen zu den Parteien von sich aus vollständig offen zu legen (Art 5 Abs 2 lit a der *IBA Rules*) um die freie Beweiswürdigung zu ermöglichen; selbst wenn die Parteien die *IBA Rules* nicht vereinbart haben, hat der Parteisachverständige zumindest jedwede Frage des Schiedsgerichts oder der Parteien betreffend seine gegenwärtigen oder vergangenen Beziehungen zu den Parteien vollständig und richtig zu beantworten.

## J. Finanzierung des Sachverständigenbeweises

### a) Der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige

Zur Finanzierung des vom Schiedsgericht zu ernennenden Sachverständigen hat das Schiedsgericht vor der Ernennung von den Parteien Kostenvorschüsse einzuheben, die die voraussichtlichen Kosten des Sachverständigen abdecken. Die Kostenvorschüsse sind von den Parteien in der Regel jeweils zur Hälfte zu tragen. Wenn eine Partei den Kostenvorschuss nicht erlegt, ist die andere berechtigt, für die säumige Partei in Vorlage zu treten. Die Kostenvorschüsse, die die Parteien für den vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen erlegt haben, sind Rechtsverfolgungskosten, die die Parteien im Schiedsverfahren geltend machen können<sup>51</sup>.

Für die Höhe des Honorars des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen ist allein die vom Schiedsgericht mit dem Sachverständigen getroffene Vereinbarung maßgeblich. Es kann sowohl ein Pauschalhonorar als auch ein Stundenhonorar vereinbart werden. Falls ein Streit über die Höhe des Honorars entsteht, kann das Schiedsgericht nicht – so wie ein staatliches Gericht – die Kosten des von ihm ernannten Sachverständigen selbst bestimmen<sup>52</sup>. Die Entscheidung über die

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

Höhe des Honorars hat vielmehr im ordentlichen Rechtsweg durch das staatliche Gericht zu erfolgen.

Wenn das Schiedsgericht beiden Parteien den Erlag des Kostenvorschusses aufgetragen hat und eine Partei mit dem Erlag säumig wird, ist zu prüfen, welche Partei für die vom Sachverständigen zu erhebende Tatsache beweispflichtig ist. Trifft die Beweispflicht allein die säumige Partei, hat die Erhebung des Sachverständigenbeweises zu unterbleiben und eine Entscheidung gemäß den Beweislastregeln zu ergehen. Wenn die Beweispflicht dagegen die Partei trifft, die ihre Hälfte des Kostenvorschusses auftragsgemäß erlegt hat und die Gegenpartei säumig ist, muss die beweispflichtige Partei, die den Kostenvorschussteil bereits erlegt hat, Gelegenheit erhalten, den ausstehenden Kostenvorschussteil ebenfalls zu erlegen, damit der Beweis aufgenommen werden kann<sup>53</sup>.

## b) Der Parteisachverständige

Die Partei hat sämtliche Kosten des von ihr beigezogenen Sachverständigen selbst zu tragen. Dies schließt keineswegs aus, dass die Partei gemäß dem auf den Kostenersatz anzuwendenden Recht diese Kosten ähnlich wie die Kosten ihres Rechtsanwalts am Ende des Schiedsverfahrens als Verfahrenskosten geltend macht und vom Gegner Kostenersatz erhält, wenn die Partei, die den Parteisachverständigen beigezogen hat, obsiegt und die Beiziehung des Parteisachverständigen zweckmäßig war.

## K. Formulierung des Gutachtensauftrags für den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen

Eine wichtige Etappe beim Sachverständigenbeweis ist im Schiedsverfahren ebenso wie beim staatlichen Gericht<sup>54</sup> die Formulierung des Gutachtensauftrags (*Terms of Reference*). Gemäß den *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*<sup>55</sup> ist der Zweck des Gutachtensauftrags die Klarstellung der Fragen, zu denen der Sachverständige Auskunft geben soll, die Vermeidung von Sachverständigenausführungen zu Fragen, die vom Sachverständigen nicht zu entscheiden sind und die Festlegung des Sachverständigen auf einen bestimmten Zeitplan.

Obwohl die Erstellung des Gutachtensauftrags für den vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen stets dem Schiedsgericht obliegt<sup>56</sup>, ist sinnvoll, die Parteien vor der Erstellung des Gutachtensauftrags zu hören. Wenn die Schiedsparteien kooperativ sind, sollten sie an der Erstellung des Gutachtensauftrags so weit wie möglich mitwirken können, damit das Gutachten größere Akzeptanz findet.

Ein auch im Schiedsverfahren bekanntes Problem ist, dass mitunter schon zum Formulieren der richtigen Fragen Sachkunde erforderlich ist. Hier ist der Sachverständige – unter Gewährung rechtlichen Gehörs an die Parteien – schon bei der Formulierung der Gutachtensfragen beizuziehen. Ein weiteres Problem ist sehr häufig, dass bei der Erteilung des Gutachtensauftrags der maßgebliche Sachverhalt noch nicht feststeht. Das Schiedsgericht hat in diesen Fällen Sachverhalts-Alternativen zu bilden<sup>57</sup>; es darf die Ermittlung des Sachverhalts keinesfalls dem Sachverständigen überlassen.

Sinnvollerweise wird sich das Schiedsgericht im Gutachtensauftrag vorbehalten, allenfalls weitere Fragen zu stellen. Der Gutachtensauftrag ist auch ein geeigneter Ort, Vereinbarungen über die Kosten des Gutachtens und die Vorgangsweise bei der Gutachtenserstellung festzuhalten, wie zum Beispiel, dass der Sachverständige dem Schiedsgericht und den Parteien vorweg einen Gutachtensentwurf vorzulegen hat<sup>58</sup>. Es sollte weiters klargestellt werden, dass der Sachverständige auch allfällige Ergänzungsfragen der Parteien zu beantworten haben wird.

## L. Informationsaufnahme durch den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen

Das Schiedsgericht kann den Parteien gemäß § 601 Abs 1 ZPO auftragen, dem Sachverständigen jede sachdienliche Auskunft zu erteilen und alle für das Verfahren erheblichen Schriftstücke oder Sachen vorzulegen oder zugänglich zu machen. Die Parteien haben gegenüber dem vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen eine Mitwirkungspflicht. Wenn der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige mit den bereits vorliegenden Unterlagen nicht das Auslangen findet, hat der von sich aus das Schiedsgericht zu verständigen, damit dieses den Parteien die erforderlichen Aufträge erteilen kann. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die Parteien ist zu dokumentieren, damit das Schiedsgericht in beweiswürdiger Hinsicht seine Schlüsse ziehen kann.

## M. Erstellung von Befund und Gutachten durch den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen

Bei der Erstellung von Befund und Gutachten durch den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen ist größtmögliche Transparenz erforderlich. Dies fördert in hohem Maß die Akzeptanz der Gutachtensergebnisse durch die Parteien. Transparenz bedeutet zB, dass alle Parteien über die Kontaktaufnahme des Sachverständigen mit einer Partei – die nur nach vorheriger Erlaubnis durch das Schiedsgericht erfolgen darf –<sup>59</sup>, durch Übersendung von Kopien der Korrespondenz informiert werden müssen. Ein Augenschein muss allen Parteien rechtzeitig im Vorhinein angekündigt werden. Über den Hergang des Augenscheins ist ein Protokoll anzufertigen<sup>60</sup>.

Ein weiterer Aspekt der Transparenz ist, dass „Geheimberatungen“ zwischen dem Schiedsgericht und dem Sachverständigen zu unterbleiben haben. Der Ort für Vorgaben des Schiedsgerichts an den Sachverständigen sind ausschließlich der Gutachtensauftrag (*Terms of Reference*) oder nachfolgende schriftliche Anweisungen. Durch „Geheimberatungen“ zwischen dem Schiedsgericht und dem Sachverständigen kann insbesondere das rechtliche Gehör der Parteien verletzt werden, weil das Schiedsgericht vom Sachverständigen Zusatzinformationen erhalten kann und umgekehrt das Schiedsgericht dem Sachverständigen Anweisungen erteilen kann, die für den Verfahrensausgang von größter Bedeutung sind, ohne dass die Parteien hierzu Stellung nehmen können. Das Schiedsgericht kann mit dem Sachverständigen nur administrative Angelegenheiten (betreffend die Kosten des Gutachtens oder den Termin für die Vorlage des Gutachtenentwurfs) ohne Beiziehung der Parteien besprechen.

## N. Verfahren zur Gutachtenserörterung

Unter „Gutachtenserörterung“ stellt man sich einen Termin vor, an dem die Partei und ihre Vertreter den Sachverständigen befragen. Bei näherer Betrachtung handelt es sich bei der „Gutachtenserörterung“ im Schiedsverfahren jedoch um einen umfassenderen Prozess. In der Praxis übermittelt der Sachverständige dem Schiedsgericht und den Parteien zunächst einen Entwurf seines Gutachtens. Die Parteien erhalten daraufhin Gelegenheit, den Entwurf mit den jeweiligen eigenen Experten zu studieren und schriftlich Stellung zu nehmen. Dieses Verfahren hat den Vorteil, dass der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige Fehler in seinem Entwurf leichter korrigieren kann und nicht „in die Defensive“ gedrängt wird<sup>61</sup>.

Das endgültige Gutachten ist vom Schiedsgericht mit den Parteien unter Anwesenheit des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen zu erörtern. Hierzu ist es zweckmäßig, den Parteien aufzutragen, rechtzeitig vor der Gutachtenserörterung eine schriftliche Fragenliste vorzulegen. Dies kann im Hinblick auf das rechtliche Gehör der Gegenseite auch geboten sein,

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

weil die Gegenseite durch die Fragen an den Gutachter nicht überrascht werden darf<sup>62</sup>.

Gemäß § 601 Abs 4 ZPO hat auch der von den Parteien ernannte Gutachter auf Antrag einer Partei einer mündlichen Verhandlung beizuwohnen und für Fragen zur Verfügung zu stehen. § 601 Abs 4 ZPO geht in diesem Punkt signifikant über das UNCITRAL-Modellgesetz hinaus, weil nach dem UNCITRAL-Modellgesetz nur der vom Schiedsgericht bestellte Sachverständige bei der Verhandlung zu erscheinen hat. Die Anwesenheitspflicht auch des parteiernenannten Sachverständigen ist jedoch zweckmäßig und zeigt die Bedeutung des Parteisachverständigen im Schiedsverfahren<sup>63</sup>.

Der Termin zur Gutachtenserörterung kann auch dafür genutzt werden, den Gerichtssachverständigen und/oder die Parteisachverständigen gemeinsam zu befragen (*Expert Conferencing*)<sup>64</sup>. Damit sind in der Praxis schon oft gute Erfahrungen gemacht worden, weil Sachverständige in Fragen ihres Fachgebiets mitunter schneller Einigkeit erzielen können als Parteienvertreter.

## O. Keine Bindungswirkung des Gutachtens

Die Schiedsrichtertätigkeit ist eine in höchstem Maß persönliche Aufgabe. Das Schiedsgericht darf die Tätigkeit der Entscheidungsfindung keinesfalls an Dritte und insbesondere nicht an den Sachverständigen delegieren<sup>65</sup>. Der Sachverständige darf daher an der Fällung des Schiedsspruchs nicht mitwirken. Es würde vor allem das rechtliche Gehör der Parteien verletzt, falls der Sachverständige dem Schiedsgericht bei der Beratung des Schiedsspruchs Zusatzinformationen erteilen sollte, zu denen sich die Parteien nicht äußern können<sup>66</sup>. Es ist allenfalls zulässig, dass der Sachverständige im Schiedsspruchentwurf bestimmte Zahlen auf ihre rechnerische Richtigkeit überprüft<sup>67</sup>.

Das Gutachten des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen unterliegt wie jedes andere Beweismittel der freien Beweiswürdigung durch das Schiedsgericht. Die Parteien können zwar vereinbaren, dass das Schiedsgericht an den Tenor eines Sachverständigengutachtens gebunden ist<sup>68</sup>; eine solche Vereinbarung ist jedoch nicht empfehlenswert.

In der Praxis wird das Schiedsgericht nur bei Vorliegen triftiger Gründe vom Tenor des Gutachtens eines von ihm selbst bestellten Sachverständigen abweichen<sup>69</sup>. Hauptgrund ist wohl, dass das Schiedsgericht die fachlichen Ausführungen eines Parteisachverständigen für überzeugender hält. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich, dass das Schiedsgericht ein von einer Partei vorgelegtes Gutachten keineswegs einfach ignorieren kann<sup>70</sup>. Es muss sich mit dem Privatgutachten vielmehr gedanklich auseinandersetzen und darlegen, aufgrund welcher Erwägungen es das vom Schiedsgericht bestellte Gutachten überzeugender hält oder umgekehrt.

## P. Sachverständige als Schiedsrichter

Abschließend soll kurz auf die Kontroverse eingegangen werden, ob es empfehlenswert ist, Sachverständige als Schiedsrichter zu ernennen<sup>71</sup>. Diese Frage lässt sich nicht pauschal beantworten. Bei Verfahren, in denen es um technische Probleme geht, kann dies sinnvoll sein, weil ein Sachverständiger als Mitglied des Schiedsgerichts diese technischen Fragen rascher und besser nachvollziehen kann als ein Jurist. Ein Verfahren kann sich freilich ganz anders entwickeln, als sich zu Beginn erwarten lässt. Bei einem zunächst auf rein technischer Ebene geführten Streit kann zum Beispiel erst nach Einleitung des Schiedsverfahrens fraglich werden, ob die Schiedsvereinbarung überhaupt in der gültigen Form abgeschlossen worden ist, oder die beklagte Partei kann erst im Schiedsverfahren plötzlich die Verjährung einwenden, sodass die Entscheidung am Ende wieder von juristischen Fragen abhängt. Wenn eine

Partei in diesen Fällen einen Sachverständigen zum Schiedsrichter ernannt hat, der von der Gegenseite ernannte Schiedsrichter und der Vorsitzende dagegen Juristen sind, entsteht ein Übergewicht der Juristen; die Partei, die den Sachverständigen ernannt hat, könnte dadurch ins Hintertreffen geraten. Sehr wohl sinnvoll kann dagegen ein System sein, bei dem beide parteiernenannten Schiedsrichter Sachverständige sind, während der Vorsitzende Jurist ist. Eine andere sinnvolle Möglichkeit bei vorwiegend technischen Streitigkeiten ist die Zuständigkeit eines Sachverständigen als Einzelschiedsrichter, der von einem juristischen Sekretär unterstützt wird.

## Q. Zusammenfassung

Im kontinentaleuropäischen Rechtskreis wird der Sachverständige traditionell als Gehilfe des (Schieds-)Gerichts angesehen, im angloamerikanischen Rechtskreis dagegen als Gehilfe der Parteien; wegen der höheren Überzeugungskraft von Gutachten, die von unabhängigen und unparteilichen Personen erstattet worden sind, und infolge der *Cross Examination* der Parteisachverständigen führt der Sachverständigenbeweis auch im angloamerikanischen Rechtskreis in der Regel zu objektiven Ergebnissen.

Bei internationalen Schiedsverfahren kommt in der Praxis sowohl das kontinentaleuropäische System des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen als auch das angloamerikanische der Parteisachverständigen vor. Möglich sind außerdem Kombinationen beider Systeme. Im österreichischen Schiedsverfahrensrecht sind die vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen und die Parteisachverständigen „gleichwertig“.

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, ist das Schiedsgericht gemäß § 601 Abs 1 ZPO berechtigt, einen Sachverständigen zu ernennen. Das Schiedsgericht hat die Parteien vorher zu hören. Gemäß § 601 Abs 4 ZPO sind die Parteien berechtigt, einen Parteisachverständigen beizuziehen.

Der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige muss absolut unabhängig und unparteilich sein. Gemäß § 603 Abs 3 ZPO können die Parteien den vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen bei Mängeln der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit beim Schiedsgericht ablehnen. Der Ablehnungsantrag ist binnen 4 Wochen ab Kenntnis des Ablehnungsgrunds einzubringen. Die Entscheidung des Schiedsgerichts über den Ablehnungsantrag kann beim staatlichen Gericht nicht unmittelbar angefochten werden. Wenn der Schiedsspruch auf dem Gutachten eines nicht unabhängigen oder nicht unparteilichen Sachverständigen beruht, liegt jedoch der Schiedsspruch-Aufhebungsgrund des § 611 Abs 1 Z 5 ZPO vor.

Bei der Durchführung des Sachverständigenbeweises ist vor allem auf die sorgfältige Formulierung des Gutachtensauftrags zu achten. Sind die Parteien kooperativ, empfiehlt es sich, sie soweit wie möglich in die Formulierung des Gutachtensauftrags einzubeziehen.

Gemäß § 601 Abs 1 ZPO kann das Schiedsgericht den Parteien auftragen, dem vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen jedwede zur Erstellung des Gutachtens erforderliche Auskunft zu erteilen. Die Kontakte zwischen dem vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen und den Parteien müssen für alle Beteiligten transparent sein; bei der Informationsaufnahme durch den vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen muss das rechtliche Gehör aller Parteien gewahrt werden.

„Geheimberatungen“ zwischen dem Sachverständigen und dem Schiedsgericht sind unzulässig. Anweisungen des Schiedsgerichts an den Sachverständigen haben ausschließlich im Gutachtensauftrag zu erfolgen; der Sachverständige hat seine Ansicht ausschließlich im Befund und im Gutachten darzulegen.

# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

Es empfiehlt sich, dass der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige dem Schiedsgericht und den Parteien zunächst einen Gutachtensentwurf vorlegt, der vom Schiedsgericht und den Parteien einer gemeinsamen Erörterung unterzogen wird. Das endgültige Gutachten des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen unterliegt der freien Beweiswürdigung des Schiedsgerichts. Das Schiedsgericht kann vom Tenor des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen insbesondere im Hinblick auf Gutachten von Parteisachverständigen abgehen. Bei der Beratung und Fällung des Schiedsspruchs darf der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige (ebenso wie ein Parteisachverständiger) nicht mitwirken.

Die Tätigkeit von Sachverständigen als Schiedsrichter erscheint sinnvoll, wenn jede Partei einen Sachverständigen zum Schiedsrichter ernannt und der Vorsitzende Jurist ist. Sinnvoll ist bei vorwiegend technischen Streitigkeiten auch ein System, bei dem ein Sachverständiger Einzelschiedsrichter ist, vorausgesetzt, dass er von einem juristischen Sekretär unterstützt wird.

## Anmerkungen

<sup>1</sup> BGBl I 2006/7. Zum neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht liegen zur Zeit der Abfassung dieses Beitrags (Oktober 2006) folgende selbständige Werke vor: *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Das neue Schiedsrecht (2006); *Liebscher*, The Austrian Arbitration Act 2006 (2006); *Power*, The Austrian Arbitration Act (2006); *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht/The New Austrian Arbitration Law (2006); *Zeiler*, Schiedsverfahren (2006); *Zeiler/Steindl*, The New Austrian Arbitration Law. A Basic Primer (2006); siehe weiters folgende ausgewählte Aufsätze: *Aschauer*, Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco, erscheint in Rivista dell'arbitrato 2006; *Frauenberger/Pfeiler*, Das neue Schiedsrecht, 2006, 63, 83; *Koller*, Das neue österreichische Schiedsrecht, JAP 2005/2006, 182, 244; *Liebscher/Haugeneder*, Autriche: le nouveau droit de l'arbitrage, Les cahiers de l'arbitrage 2006/1, 14; *Neuteufel*, Das neue österreichische Schiedsrecht, ÖJZ 2006, 433; *Reiner*, La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janvier 2006, Revue de l'arbitrage 2006, 353.

<sup>2</sup> Die Abgrenzung zwischen Sachverständigengutachten und Schiedsgutachten (siehe hierzu *Garger*, Das Schiedsgutachtenrecht [1996]) sowie die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen (siehe hierzu *Harrer*, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen, in *Aicher/Funk* [Hsg], Der Sachverständige im Wirtschaftsleben [1990] 177) werden in diesem Beitrag nicht erörtert.

<sup>3</sup> Vgl *Pietrowski*, Evidence in International Arbitration, Arbitration International 22/3 (2006) 373 (396).

<sup>4</sup> *Weigand*, Modelle für die Einbeziehung von Experten, in *Nicklisch* (Hsg), Der Experte im Verfahren. Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2005 (2006) 15 (19); *Varga*, Beweiserhebung in transatlantischen Schiedsverfahren (2005) 202ff.

<sup>5</sup> Vgl *Pietrowski*, Arbitration International 22/3 (2006) 396; zum „sachverständigen Zeugen“ im Sinn der öZPO siehe *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar III<sup>2</sup> § 350 ZPO.

<sup>6</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, Der vom Schiedsgericht bestellte Experte – Ein Überblick aus Sicht eines Internationalen Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz, ASA Bulletin 2004, 479 (480).

<sup>7</sup> Zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen siehe den folgenden Punkt G.

<sup>8</sup> *Kreindler*, Benefiting from oral testimony of expert witnesses: traditional and emerging techniques, in *Lévy/Veeder*, Arbitration and Oral Evidence. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law (2005), 87 (93).

<sup>9</sup> Vgl hierzu auch *Brown*, Oral evidence and experts in arbitration, in *Lévy/Veeder*, Arbitration and Oral Evidence. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law (2005), 77 (80).

<sup>10</sup> *Varga*, Beweiserhebung 205.

<sup>11</sup> So ausdrücklich *Trittmann*, Typische Probleme bei der Auswahl von Experten und bei der Würdigung von Expertisen in komplexen Fällen, in *Nicklisch* (Hsg), Der Experte im Verfahren. Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2005 (2006) 59 (72).

<sup>12</sup> *Trittmann*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 72; *Brown*, in *Lévy/Veeder*, Arbitration and Oral Evidence 78: „If anything, experts in French civil proceedings are more on the court's side of the fence.“

<sup>13</sup> So etwa ausdrücklich die Webseite Practicallaw ([www.practicallaw.com](http://www.practicallaw.com)), wo Argumente vorgeschlagen werden, die gegen die Ernennung eines Sachverständigen durch das Gericht und für parteiernaunte Experten sprechen; diese Argumente benötigen englische Parteivertreter für den Fall, dass das englische staatliche Gericht einen Gerichtssachverständigen ernennen will, wozu es infolge einer Reform des englischen Systems ebenfalls berechtigt ist; siehe hierzu *Brown*, in *Lévy/Veeder*, Arbitration and Oral Evidence 80.

<sup>14</sup> Im Folgenden kurz auch „UNCITRAL-Modellgesetz“.

<sup>15</sup> Der Text des UNCITRAL-Modellgesetzes ist in deutscher Sprache in *Berger*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit/The New German Arbitration Law (1998) 65ff abgedruckt; zur Entstehungsgeschichte von Art 26 des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit siehe *Binder*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions<sup>2</sup> (2005) 221ff.

<sup>16</sup> *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 21; *Varga*, Beweiserhebung 206.

<sup>17</sup> Im Folgenden kurz auch „IBA Rules“. Die IBA Rules sind abgedruckt in *Kreindler/Schäfer/Wolf*, Schiedsgerichtsbarkeit. Kompendium für die Praxis (2006) 397.

<sup>18</sup> 1158 BlgNR 22. GP 21; siehe auch *Rechberger/Melis* in *Rechberger* (Hsg), Zivilprozessordnung<sup>3</sup> § 601 ZPO Rz 4.

<sup>19</sup> Siehe auch *von Saucken*, Die Reform des österreichischen Schiedsverfahrens auf der Basis des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2004) 233.

<sup>20</sup> Vgl *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 484.

<sup>21</sup> „Haben die Parteien nichts anderes vereinbart [...]“

<sup>22</sup> *Poudret/Besson*, Droit comparé de l'arbitrage international (2002) Rz 663.

<sup>23</sup> Vgl *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 486.

<sup>24</sup> Art 20 Abs 4 der ICC-Schiedsgerichtsordnung: „Das Schiedsgericht kann nach Anhörung der Parteien einen oder mehrere Sachverständige ernennen, ihre Aufgabe bestimmen und ihre Gutachten entgegennehmen. Auf Antrag einer Partei ist den Parteien Gelegenheit zu geben, in einer mündlichen Verhandlung Fragen an jeden durch das Gericht ernannten Sachverständigen zu stellen.“

<sup>25</sup> Art 20 Abs 5 der Wiener Regeln: „Der Schiedsrichter (Schiedsrichtersenat) kann, wenn er es für erforderlich hält, von sich aus Beweise erheben, insbesondere Parteien und Zeugen vernehmen, die Parteien zur Vorlage von Urkunden und Augenscheinsgegenständen auffordern und Sachverständige beiziehen. Sind mit der Beweisaufnahme, insbesondere mit der Sachverständigenbestellung Kosten verbunden, ist nach Art 35 vorzugehen.“

<sup>26</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 487.

<sup>27</sup> Ein Beispiel für die Bestellung zweier Sachverständiger ist die verfahrensleitende Verfügung vom 28. 2. 1989 im ICC-Schiedsverfahren Nr 5715, abgedruckt in *Hascher*, Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993–1996 (1997) 145.

<sup>28</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 485.

<sup>29</sup> Hat das Schiedsgericht für den Sachverständigenbeweis Präklusivensfristen vorgesehen, müssen diese natürlich eingehalten werden.

<sup>30</sup> Richtlinien für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern enthalten die *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, abgedruckt in *Kreindler/Schäfer/Wolf*, Schiedsgerichtsbarkeit 405.

<sup>31</sup> *Trittmann*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 73.

<sup>32</sup> *Lörcher*, Der vom Schiedsgericht bestellte Sachverständige im Verfahren, in *Briner/Fortier/Berger/Bredow*, Böckstiegel-FS (2001) 485 (491).

<sup>33</sup> Zur Offenlegungspflicht der Parteisachverständigen siehe den folgenden Punkt I.

<sup>34</sup> *Lörcher*, Verfahren im Verfahren bei der Einschaltung von Experten, in *Nicklisch* (Hsg), Der Experte im Verfahren (2006) 39 (45).

<sup>35</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 487.

<sup>36</sup> Zutreffend *Zeiler*, Schiedsverfahren 221.

<sup>37</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 488.

<sup>38</sup> Hinweise zum Vorgehen bei der Sachverständigensuche enthält Punkt 16 der UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, abgedruckt in *Kreindler/Schäfer/Wolf*, Schiedsgerichtsbarkeit 377 (392).

<sup>39</sup> Näheres siehe auf der Webseite der Internationalen Handelskammer in Paris unter [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org) sowie bei *Bourque*, L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale, Revue de l'arbitrage 1995, 231.

<sup>40</sup> *Lörcher*, in Böckstiegel-FS (2001) 490.

<sup>41</sup> *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 28; *Varga*, Beweiserhebung 208; *Ischia*, Die Kosten von Schiedsverfahren (2006) 119.

<sup>42</sup> OGH 4. 5. 1938 SZ 20/121; *Karasek*, Der Sachverständige im



# Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht

Schiedsverfahren, SV 2000, 1 (3); zur gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Parteien vgl *Ischia*, Kosten 119. In der Praxis wird es kaum vorkommen, dass ein vom Schiedsgericht ernannter Sachverständiger seine Zahlungsansprüche gegenüber den Parteien tatsächlich gerichtlich geltend machen muss, weil er aus den von der Parteien beim Schiedsgericht zu erlegenden Kostenvorschüssen bezahlt wird und seine Tätigkeit nicht aufnimmt, bevor die Kostenvorschüsse erlegt sind; siehe hierzu gleich im folgenden Punkt J.a).

<sup>43</sup> *Lörcher*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 43.

<sup>44</sup> Zu dem auf den Schiedsrichtervertrag anzuwendenden Recht vgl *Vischer*, in *Girsberger* ua, Zürcher Kommentar zum IPRG<sup>2</sup> (2004) Art 179 Rz 2; siehe auch *Liebscher*, Schiedsrichtervertrag und anwendbares Recht, BB 1999/38, 3.

<sup>45</sup> Zum Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen vgl den obigen Punkt G.

<sup>46</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 489f.

<sup>47</sup> Dies ergibt sich daraus, dass in § 601 Abs 1 ZPO zwar auf § 589 Abs 1 und 2 ZPO, nicht aber auf § 589 Abs 3 ZPO verwiesen wird; siehe hierzu *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechtes (2002) 105; *Zeiler*, Schiedsverfahren 220.

<sup>48</sup> Vgl zur deutschen Rechtslage: *Trittmann*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 72; *Lörcher*, in *Briner/Fortier/Berger/Bredow*, Böckstiegel-FS (2001) 486.

<sup>49</sup> *Oberhammer*, Entwurf 105.

<sup>50</sup> Siehe bereits den obigen Punkt B.

<sup>51</sup> Vgl etwa Art 1 Abs 11 des Anhangs III zur ICC-Schiedsgerichtsordnung; Art 35 Wiener Regeln; siehe auch *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 494.

<sup>52</sup> OGH 1. 10. 1952 SZ 25/252; *Ischia*, Kosten 119.

<sup>53</sup> Vgl *Reiner*, ICC-Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Handbuch für die Praxis (1988) 158; *ders*, Schiedsrecht 36.

<sup>54</sup> Zur Formulierung des Gutachtensauftrags durch den staatlichen Richter siehe *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995) 157ff.

<sup>55</sup> Siehe dort bei Nr. 71.

<sup>56</sup> *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 26f.

<sup>57</sup> *Lörcher*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 46.

<sup>58</sup> Beispiele für Gutachtensaufträge siehe bei *Hascher*, Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993–1996 (1997) 34 und *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 490ff.

<sup>59</sup> *Lörcher*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 42.

<sup>60</sup> Vgl den Gutachtensauftrag in *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 492.

<sup>61</sup> *Lörcher*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 76.

<sup>62</sup> *Reiner*, Schiedsrecht 36.

<sup>63</sup> Vgl hierzu *Zeiler*, Schiedsverfahren 221; *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 22.

<sup>64</sup> Vgl etwa Art 5 Abs 3 der IBA Rules.

<sup>65</sup> *Trittmann*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 65.

<sup>66</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 499; *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 29; siehe auch die Entscheidungsanmerkung in *Hascher*, Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993–1996 (1997) 149.

<sup>67</sup> Siehe die Anmerkung von *Hascher* in Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993–1996 (1997) 144.

<sup>68</sup> *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 29

<sup>69</sup> *Weiss/Bürgi-Locatelli*, ASA Bulletin 2004, 499.

<sup>70</sup> *Varga*, Beweiserhebung 201 mwN der deutschen Rechtsprechung; vgl hierzu auch *Reiner*, Schiedsverfahren und rechtliches Gehör, ZfRV 2003, 68ff.

<sup>71</sup> Vgl hierzu die Stellungnahmen bei *Weigand*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 16; *Trittmann*, in *Nicklisch* (Hsg), Experte 75; *Karasek*, SV 2000/1, 4.

*Korrespondenz:*

*Dr Christian Aschauer*

*Rechtsanwalt*

*c/o Andreas Reiner & Partner*

*1010 Wien, Freyung 6/12*

*Telefon 01/532 23 320*

*E-Mail: office@reiner.arp.at*