

diesem Zusammenhang ist das U.S. *pretrial discovery*-Verfahren, welches eine weitgehende Beweiserhebung durch die Parteien erlaubt<sup>108</sup>. Während die Durchführung von U.S. *pretrial discovery*-Maßnahmen auf schweizerischem Boden weitgehend unzulässig sind<sup>109</sup>, ist grundsätzlich denkbar, dass Beweismittel, welche in einem U.S. *pretrial discovery*-Verfahren gewonnen wurden, in einem schweizerischen Gerichtsverfahren zur Unterstützung der Beweisaufnahme im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens verwendet werden. Dies kann dann sinnvoll sein, wenn sich etwa Zeugen weigern, vor einem Schiedsgericht auszusagen, und diese dann vor dem zur Beweiserhebung hilfsweise angerufenen staatlichen Richter mit Beweisurkunden konfrontiert werden sollen. Zu diesem Zweck sind allerdings die Verfahrensvorschriften gemäß dem Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. 3. 1970, welches für die Schweiz am 1. 1. 1995 in Kraft trat (SR 0.274.132; „Haager Übereinkommen 1970“), zu beachten<sup>110</sup>.

#### IV. Beweiserhebung mit Hilfe der Strafverfolgungsbehörden

Sofern strafrechtlich relevante Sachverhalte zur Diskussion stehen, steht auch die Beweiserhebung mithilfe der Strafbehörden zur Verfügung. Aufgrund deren weitreichenden Möglichkeiten an Beweiserhebungen mittels Haussuchungen, Beschlagnahme von Dokumenten, Servern, Desk- und Laptops etc., kann das Einschalten der Strafverfolgungsbehörden unter Umständen die geeignete Methode zur Beweiserhebung darstellen. Dies ist v. a. dann der Fall, wenn hohe Interessenwerte auf dem Spiel stehen, die klagende Partei zwingend auf Informationen und Dokumente angewiesen ist, welche auf dem Zivilweg nicht erhältlich gemacht werden können, und falls dem Überraschungseffekt große Bedeutung zukommt (insbesondere zur Verhinderung der Vernichtung von Beweismaterial).

Am 1. 1. 2011 trat in der Schweiz die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. 10. 2007 vom 5. 10. 2007<sup>111</sup> in Kraft, welche die vormals kantonalen Strafprozessordnungen ablöste und gesamtschweizerisch einheitliche Verfahrensvorschriften einführte. Die Strafverfolgungskompetenzen sind jedoch grundsätzlich nach wie vor den Kantonen zugeteilt<sup>112</sup>. Die StPO bestimmt in Art. 139 Abs. 1, dass die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einzusetzen berechtigt sind, die rechtlich zulässig sind. Der Einsatz von Zwangsmitteln, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und von Mitteln, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt (Art. 140 Abs. 1 StPO) und führen zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot (Art. 141 Abs. 1 StPO). Zu den erlaubten Beweismitteln, welche auch zivilrechtlich interessant sind, gehören insbesondere die Einvernahme von Personen (Art. 142 ff. StPO), die Beschlagnahme von Gegenständen (Art. 192 StPO), der Augenschein (Art. 193 StPO), sowie der Beizug von Akten (Art. 194 StPO). Zudem sind die Strafverfolgungsbehörden berechtigt, Zwangsmaßnahmen vorzunehmen, die dazu dienen,

Beweise zu sichern und die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen (Art. 196 ff. StPO). Dazu gehören die Anordnung von Untersuchungshaft (Art. 212 ff. und Art. 220 ff. StPO) bzw. die vorläufige Festnahme durch die Polizei (Art. 217 ff. StPO), das Durchsuchen und Untersuchen von Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen (Art. 241 ff. StPO), die Hausdurchsuchung (Art. 244 StPO), und auch verdeckte Ermittlungen<sup>113</sup>.

Der Vorteil von Beweiserhebungsmaßnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden, welche durch eine Strafanzeige eingeleitet werden, ist, dass sie bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ohne Verzug und hoheitlich vollzogen werden und damit sofort viel Druck auf die Gegenpartei ausgeübt werden kann. Weiter halten sich die Kosten für den Anzeiger – im Gegensatz zu den Kosten im Rahmen eines Schiedsverfahrens – in der Regel in Grenzen. Allerdings hat der Anzeiger u. U. lediglich einen geringen Einfluss, welche Maßnahmen wie erhoben werden, und der Zugang zu den Ergebnissen des Untersuchungsverfahrens kann ihm während längerer Zeit entzogen sein. Untersuchungsmaßnahmen durch Strafverfolgungsbehörden sollten deshalb im Rahmen von Schiedsverfahren – eine Straftat, welche die entsprechenden Maßnahmen zulässt, vorausgesetzt – nur zurückhaltend und unter genauer Abwägung der Vor- und Nachteile eines solchen strafrechtlichen Verfahrens eingesetzt werden.

108) Vgl. dazu *Fischer/Richa*, U.S. *pretrial discovery* on Swiss soil, Basel 2010, S. 19 ff.

109) Dies verbieten bereits Art. 271 und 273 des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. 12. 1937 (SR 311.0) sowie weitere spezialgesetzliche Bestimmungen aus dem Bereich Bankenrecht, Schutz von Berufsgeheimnissen bei Ärzten, Anwälten etc. Vgl. etwa *Fischer/Richa*, S. 43 ff. und 63 ff.; *Wyss*, Protection of Business Secrets, S. 158 ff.; *Honegger/Kolb*, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, in: *Emmenegger* (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, S. 1 ff.

110) Vgl. im Detail *Fischer/Richa*, S. 95 ff.

111) StPO; SR 312.0.

112) Vgl. dazu Art. 22 StPO, welcher besagt, dass die kantonalen Strafbehörden die Straftaten des Bundesrechts verfolgen und beurteilen. Vorbehalten bleiben die in der StPO geregelten gesetzlichen Ausnahmen, welche Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, gegen Magistratspersonen des Bundes, gegen Mitglieder der Bundesversammlung, sowie schwere Straftaten wie Geiselnahme, Nötigung von Behörden des Bundes oder des Auslandes, politischen Verbrechen und Vergehen, sowie das organisierte Verbrechen, Finanzierung des Terrorismus und Wirtschaftskriminalität etc. betreffen (vgl. Art. 23 und 24 StPO).

113) Vgl. hierzu z. B. *Jaggi*, Geheime Überwachungsmaßnahmen, ZBJV (147) 2011, S. 1 ff.

Von Burkard Lotz, Frankfurt am Main\*

## Der Sachverständige im Schiedsverfahren

Bei technischen Sachfragen hängt der Ausgang eines Schiedsverfahrens in der Regel von der Aussage eingeschalteter Sachverständiger ab. Wie das Schiedsverfahren selbst unterliegt die Beweisaufnahme durch Sachverständige der Parteiautonomie, weshalb sich wenig Regelungen hierzu in den Prozessordnungen

\* Burkard Lotz ist Gründer und Partner von Lotz & Partner Rechtsanwälte in Frankfurt am Main und ist als Schiedsrichter und Parteivertreter in nationalen und internationalen Schiedsverfahren tätig.

finden. Ob Partei benannte Sachverständige einem vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen vorzuziehen sind, lässt sich nicht generell beantworten. Abhängig von der jeweiligen Fallkonstellation und insbesondere den Beteiligten dürfte bei konstruktiv zusammenarbeitenden Parteien zu erwarten sein, dass auch deren Sachverständige konstruktiv zusammenarbeiten, während bei erheblich zerstrittenen Parteien ein vom Schiedsgericht benannter neutraler Sachverständiger wohl ein besseres Ergebnis verspricht. In jedem Falle sollten die Parteien bei der Auswahl des Sachverständigen und der Formulierung der Beweisfragen eng eingebunden werden, um die Akzeptanz des Beweisergebnisses zu sichern. Die Stellung des Sachverständigen im Schiedsverfahren weist gegenüber dem als „Gehilfen“ tätigen Sachverständigen bei staatlichen Gerichten viele Besonderheiten auf. Diese betreffen besonders das Vertragsverhältnis mit dem Sachverständigen, die beschränkten Möglichkeiten des Schiedsgerichts auf den Sachverständigen einzuwirken sowie dessen Haftung. Werden diese Aspekte beachtet, so sind die Schiedsverfahren weniger störanfällig.

The outcome of an arbitration case generally depends on the testimony provided by a technical expert engaged for this purpose. As the arbitration proceeding itself is subject to the evidence of the expert witness through party autonomy, this explains why there are hardly any rules to be found in the civil procedural codes. Whether experts designated by the parties should be preferred to those experts designated by an arbitration court, there is no general answer. Subject to the individual situation of a case and particularly the parties concerned, one can expect that where those parties cooperate, so will their experts cooperate; while in the case of seriously estranged parties, a neutrally appointed expert could suggest a better result. In any case, the parties should be closely involved in the selection of the expert witness and the formulation of the interrogatories to ensure acceptance of the outcome. The role of the expert witness in arbitration has many specialities compared to an expert acting as an 'assistant' in state courts. These pertain in particular to the contractual relationship with the expert and the limited possibilities for the arbitration tribunal to influence the expert, and his liability. Arbitration proceedings are less prone to disturbances where these aspects are taken into consideration.

## I. Einleitung

Der Sachverständige wird in Schiedsverfahren mitunter auch als vierter Schiedsrichter bezeichnet, weil ihm bei der Beantwortung technischer Sachfragen als Experten eine besondere Bedeutung zukommt. Trotz seiner Bedeutung enthält das deutsche Zivilprozessrecht im 10. Buch für den Sachverständigen nur eine Bestimmung, nämlich § 1049 ZPO<sup>1</sup>. Diese Vorschrift wird unter Hinweis auf einen selbstverständlichen Regelungsinhalt auch noch für überflüssig gehalten und wurde nur als Hinweis für die common law Juristen aufgenommen, damit deutlich wird, dass es nicht nur den von einer Partei beauftragten Sachverständigen gibt<sup>2</sup>.

Im Vergleich zur Tätigkeit eines Sachverständigen vor ordentlichen Gerichten gibt es im Schiedsverfahren die nachstehenden Besonderheiten.

## II. Gesetzliche Grundlage

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 (§ 1049 Abs. 1 ZPO).

§ 1049 ZPO bestätigt auch für den Sachverständigenbeweis den Vorrang der rechtsgeschäftlichen Parteiautonomie im Schiedsverfahren, begrenzt nur durch das geltende zwingende Recht<sup>3</sup>. Die Macht der Parteien, den Prozess des Schiedsverfahrens beeinflussen zu können, ist ein Wesensmerkmal der Schiedsgerichtsbarkeit<sup>4</sup>. Es ist konsequent, dass die Parteien, wenn sie schon ihre Richter auswählen können, auch die Sachverständigen benennen und eigene Regeln für die Beweisaufnahme festlegen. Dies geschieht zumeist durch Verweis auf Regelungen von Institutionen, wie den Beweisverfahrensregeln der International Bar Association (IBA) oder den UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings von 1996<sup>5</sup>. Die Schiedsordnungen selbst enthalten in der Regel nur allgemein gehaltene Generalklausel.

An einvernehmliche Absprachen der Parteien über die Person des Sachverständigen und die Art des Verfahrens ist das Schiedsgericht gebunden. Dies gilt selbst dann, wenn sie das von den Parteien gewählte Beweisverfahren nicht beherrschen<sup>6</sup>. Bewusst wurde kein Zeitpunkt festgelegt, bis wann die Parteien solche Absprachen treffen müssen<sup>7</sup>; sie sind also jederzeit zulässig. Da die Parteien nach § 1049 ZPO das Sachverständigenverfahren bestimmen, können sie einvernehmlich eine getroffene Bestimmung abändern oder aufheben. Wurde das Bestimmungsrecht der Parteien in dem Schiedsauftrag (Terms of Reference) ausgeübt, so bedarf eine Änderung wegen des Vertragscharakters auch der Zustimmung der Schiedsrichter. Für den Fall von Änderungen ohne Zustimmung der Schiedsrichter wird den Schiedsrichtern teilweise ein Kündigungsrecht eingeräumt, falls sie nicht damit rechnen mussten<sup>8</sup>.

In der Praxis gebrauchen die Parteien dieses Recht selten, so dass meist das Schiedsgericht das Verfahren festlegt. Schiedsordnungen billigen dem Schiedsgericht hierbei ein Ermessen zu<sup>9</sup>. In Internationalen Verfahren

1) Die Ausführungen basieren auf der Anwendung deutschen Rechts.

2) Schlosser, in: Stein/Jonas ZPO, 22. Aufl., § 1049 Rdnr. 1; in Deutschland übliche Schiedsordnungen, wie z. B. die Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBAu) der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltsverein und die Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL Bau) der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. und Deutscher Beton- und Bautechnik-Verein e.V. enthalten keine Regelungen zum Sachverständigenbeweis.

3) Nicklisch, RIW 1991, 89.

4) Hobek/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (229).

5) IBA-Beweisverfahrensregeln abgedruckt in SchiedsVZ 2007, 40 ff., angepasst durch Beschluss vom 29. 5. 2010; UNCITRAL Regeln abgedruckt in Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Anhang 17, S. 841.

6) Schütze, SchiedsVZ 2006, 1 (3).

7) Münch, in: Münchener Kommentar ZPO, 3. Aufl., § 1049, Rdnr. 19.

8) Schütze, SchiedsVZ 2006, 1 (3).

9) So z. B. Art. 15 Abs. 1 ICC-Schiedsordnung; § 24.1 DIS-Schiedsordnung; zu den Ermessensgrenzen siehe Schütze, SchiedsVZ 2006, 1 ff.

ist es weit verbreitet, dass das Schiedsgericht sich an dem ausführlichen Regelwerk der IBA Beweisverfahrensregeln<sup>10</sup> orientiert, ohne es ausdrücklich zu vereinbaren. Die IBA Beweisverfahrensregeln enthalten in Artikel 5 und 6 unterschiedliche Verfahren für parteiernannte („Party-Appointed“) und vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige („Tribunal-Appointed Experts“).

### III. Bestellung des Sachverständigen

Basierend auf der Umsetzung von Article 26 des UNCITRAL Model Law gibt es zwei Möglichkeiten zur Bestellung eines Sachverständigen.

#### 1. von Parteien bestellter Sachverständiger

Der von den Parteien gestellte Sachverständige, wie im Common Law seit je her üblich, ist nach deutschem Prozessrecht reines Beweismittel einer Partei und wird als sachverständiger Zeuge behandelt<sup>11</sup>. Er kann als Zeuge auch lediglich mündlich aussagen, ohne ein Gutachten vorzulegen<sup>12</sup>.

Die Ernennung von Sachverständigen durch eine Partei führt in der Regel dazu, dass die Gutachten in einer sehr frühen Prozessphase mit einer entsprechend hohen Beschleunigungswirkung mit ihrem ersten Schriftsatz im Verfahren vorgelegt werden<sup>13</sup>. Mit einer schnellen Sachverhaltsermittlung reduzieren sich die Probleme der Beweisbarkeit. Bei längeren Verfahren können Beweisstücke nicht mehr auffindbar oder aussagekräftig sein, Erinnerungen verblassen oder Wissensträger sind nicht mehr greifbar<sup>14</sup>.

Allerdings zwingt diese Vorgehensweise die andere Partei ebenfalls „ihren“ Sachverständigen oder dessen Gutachten zu präsentieren, wodurch sich die Kosten schnell verdoppeln.

Parteiernannte Sachverständige können nicht abgelehnt werden, da sie von vorneherein Parteiennähe besitzen<sup>15</sup>. Wird ein solcher Sachverständiger als Zeuge vernommen, so ist auch er zur Wahrheit verpflichtet.

Inwieweit sich ein Schiedsgericht auf Aussagen parteierner Sachverständiger verlassen kann, bewerten Praktiker höchst unterschiedlich. Wegen der Möglichkeit einen parteiernen Sachverständigen ins Kreuzverhör (cross-examination<sup>16</sup>) nehmen zu können, der nicht die neutrale Autorität eines vom Gericht benannten Sachverständigen genießt, sollen solche Sachverständige bei den Schiedsparteien das größere Vertrauen genießen<sup>16</sup>. Nach anderer Ansicht können sie als sogenannte „hired guns“ ein echtes Gegengewicht zu einem gerichtlich bestellten Sachverständigen darstellen, so dass sich in diesen Fällen die Frage stellt, ob deren Aussage als echtes Beweismittel oder als Parteivortrag zu werten ist. Im englischen Recht soll zunehmend eine Tendenz feststellbar sein, dass ein Experte („single joint expert“) vom Gericht bestellt werden soll<sup>17</sup>. Zumindest im Anlagenbau wird von einer gegenläufigen Tendenz berichtet, wonach vorsorglich für alle nichtjuristischen bzw. nicht ausschließlich juristischen Fragen, einschließlich der Quantifizierung der Ansprüche, von Anfang an Parteigutachter beauftragt werden, wodurch die Verfahren formeller, teurer und zeitaufwändiger geworden sind<sup>18</sup>.

Bei widersprechenden Gutachten ist es nach anglo-amerikanischen Rechtsverständnis Aufgabe des

Schiedsgerichts zu entscheiden, welche Darstellung des Sachverhalts überzeugender ist. Die Entscheidung fällt auf Basis der vorgelegten Parteigutachten nach Plausibilität<sup>19</sup>.

In der kontinental-europäischen Schiedsgerichtsbarkeit besteht ein Bedürfnis, die oft gegensätzlichen Aussagen der parteiernen Sachverständigen zum Zwecke der Bewertung zu hinterfragen. In der Praxis hat sich das „expert conferencing“, also die gleichzeitige Anhörung der Sachverständigen vor Gericht bewährt. Wünschenswert wäre eine gemeinsame Untersuchung der jeweiligen Experten einer Partei mit dem Ziel, ein gemeinsames Gutachten vorzulegen, in welchem durchaus die eventuell unterschiedlichen Standpunkte vermerkt sein könnten.

Generell neigen Schiedsrichter dazu, Parteigutachten weniger zu vertrauen.

#### 2. Vom Schiedsgericht bestellter Sachverständiger

Ein vom Schiedsgericht bestellter Sachverständiger ist „Richter“-Gehilfe, d. h. die Art und der Umfang der Begutachtung bestimmt das Schiedsgericht auf Basis des Leitungsrechts (entsprechend § 404 a ZPO); die Stellung dieses Sachverständigen ist nun in der Nähe des Gerichts; der Sachverständige kann wie ein Schiedsrichter abgelehnt werden (§ 1049 III ZPO); allerdings nur innerhalb von 2 Wochen nachdem der Partei die entsprechenden Umstände bekannt geworden sind (§ 1037 II ZPO).

Das deutsche Verfahrensrecht lässt in Schiedsverfahren eine Kombination beider Systeme zu. So kann das Schiedsgericht einen Sachverständigen benennen und zugleich jede Partei einen parteiernen Sachverständigen als Zeugen präsentieren.

Art. 20.4 der ICC Schiedsordnung erlaubt es dem Schiedsgericht nur nach Anhörung und Artikel 29.1 der UNCITRAL Schiedsordnung<sup>20</sup> nur nach Rücksprache mit den Parteien, also ohne Zustimmung der Parteien einen eigenen Sachverständigen zu benennen, also mitunter auch gegen den Widerstand der Parteien. § 27.2 der DIS Schiedsordnung<sup>21</sup> lässt die Benennung durch das Schiedsgericht auch ohne Anhörung oder Konsultation zu, solange die Parteien nichts anderes vereinbaren. Nach den im Jahre 2007 geänderten Art. 29 (1) SCC<sup>22</sup> darf das Schiedsgericht in besonderen Fällen auch bei entgegenstehendem Willen einer oder beider Parteien einen eigenen Sachverständigen einschalten. Aus gutem Grund wird hiervon abge-

10) IBA-Beweisverfahrensregeln abgedruckt in SchiedsVZ 2007, 40 ff., angepasst durch Beschluss vom 29. 5. 2010.

11) Schlosser, in: Stein/Jonas, a. a. O., Rdnr. 1; so auch UNCITRAL Arbitration Rules 2010, die den „expert“ den Zeugen gleichsetzen (z. B. Art. 17.3 und 27.2: „presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses“); a. A. Münch, a. a. O. Rdnr. 36, der von einer „eigenständigen Beweisform“ ausgeht.

12) Schlosser, a. a. O. Rdnr. 5; Art. 5 Abs. 1 der IBA Rules on the Taking of Evidence sieht allerdings ein schriftliches Gutachten vor.

13) Craig/Park/Paulson, ICC Arbitration, § 25.03, S. 442.

14) Hobek/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (227).

15) Schlosser, in: Stein/Jonas, a. a. O., Rdnr. 1.

16) Lionnet, a. a. O., 2. Auflage, S. 235.

17) SchiedsVZ 2004, 159 (Diskussion: Petersberger Schiedstage).

18) Hobek/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (229).

19) Baum, in Festschrift Böckstiegel 2001, 21 (27).

20) Siehe www.uncitral.org.

21) Siehe www.dis-arb.de.

22) Siehe www.chamber.se.

raten<sup>23</sup>. Da die Parteien die Sachherrschaft über das Verfahren haben, darf eine Sachverständigenbestellung durch das Schiedsgericht bei entgegenstehendem Willen beider Parteien wegen nachträglicher (zulässiger) Änderung der vereinbarten Schiedsordnung nicht erfolgen.

Die Parteien können aufgrund ihrer Dispositionsfreiheit die Zuziehung eines Sachverständigen ausschließen, auf bestimmte Bereiche beschränken oder eine Vergütung vorgeben; letzteres ist eher ungewöhnlich<sup>24</sup>. Folglich bleibt mitunter dadurch ein strittiger Punkt unbewiesen, falls nicht die Möglichkeit einer Schätzung (§ 287 ZPO) abhelfen kann. Kann das Schiedsgericht aufgrund fehlender Sachkunde den Fall nicht zutreffend beurteilen, wird den Schiedsrichtern ein Recht zur Kündigung des Schiedsrichtervertrages aus wichtigem Grund zuerkannt<sup>25</sup> oder empfohlen, nach Beweislastgrundsätzen zu entscheiden<sup>26</sup>. Das Kündigungsrecht der Schiedsrichter ist abzulehnen, da sie nach dem Schiedsrichtervertrag verpflichtet sind, das Schiedsverfahren auf Basis der geltenden Parteiautonomie durchzuführen, die Einschränkungen bei der Beweisaufnahme zulässt. Wenn die Parteien von ihrem Recht Gebrauch machen, kann dies kein wichtiger Grund für eine Kündigung des Schiedsrichtervertrages sein.

Lehnt das Schiedsgericht einen Sachverständigenbeweis zu beweisheblichen Tatsachen ab, so wird der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht verletzt<sup>27</sup>. Diese Rechtsprechung wird unter Hinweis auf Entscheidungen des BVerfG<sup>28</sup> zumindest in den Fällen angegriffen, in denen das Schiedsgericht über keine eigene Sachkunde verfügt.<sup>29</sup> In Zweifelfällen muss der Beweis erhoben werden<sup>30</sup>.

#### IV. Auswahl und Qualifikation des Sachverständigen

Die Auswahl des Sachverständigen hängt von dem zu begutachtenden Thema ab. So werden Sachverständige hauptsächlich für Sachfragen, aber auch für Rechtsfragen, z. B. bei ausländischem Recht, herangezogen. Entscheidende Kriterien hierfür sind insbesondere Kompetenz, Erfahrung, Verfügbarkeit, Termin zur Vorlage Sachverständigengutachten, Sprachkenntnisse, Kenntnisse ausländischer Normen, Unabhängigkeit.

Schiedsrichter laden die Parteien meist ein, sich auf einen geeigneten gemeinsamen Sachverständigen zu verständigen, da sie meist besondere Branchenkenntnisse haben und deshalb die in Frage kommenden Sachverständigen oft besser kennen als das Schiedsgericht. Wegen der herrschenden Parteiautonomie empfiehlt es sich ohnehin vorher die Parteien zu fragen.

Kommt es zu keiner Einigung, können Schiedsrichter auf Sachverständigen-Listen zurückgreifen, die z. B. bei Handwerkskammern, Industrie und Handwerkskammern, dem Institut für Sachverständigenwesen, dem Deutschen Betonverein/Gesellschaft für Baurecht, der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), dem London Court of International Arbitration (LCIA), The Academy of Experts und der International Chamber of Commerce (ICC, International Centre of Expertise) geführt werden.

Die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens ist zu wahren. Sucht das Schiedsgericht nach einem Sachverständigen, können sich in einer kleinen Branche z. B. spezielle Verfahrensprobleme einer Firma schnell herumsprechen. Das Schiedsgericht muss sich also in jedem Fall die Wahrung der Vertraulichkeit zusichern lassen.

#### V. Stellung des Sachverständigen

Im Prozess vor staatlichen Gerichten tritt der Sachverständige mit seiner Bestellung in ein hoheitliches Verhältnis nach § 404 ZPO ein und ist auch ohne seine Zustimmung nach § 407 ZPO zur Gutachtenerstellung verpflichtet. Im Gerichtsverfahren besteht kein unmittelbares rechtliches Verhältnis zwischen dem Sachverständigen und den Parteien.

Anders ist es im Schiedsverfahren. Zwar „bestellt“ auch ein Schiedsgericht nach § 1049 ZPO den Sachverständigen, doch verfügt das Schiedsgericht über keine hoheitlichen Befugnisse. Der Sachverständige wird erst nach Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages über seine Gutachtertätigkeit verpflichtet.

#### VI. Auftrag

##### 1. Rechtsnatur

Der mit dem Sachverständigen zu schließende Vertrag ist in der Regel ein Werkvertrag<sup>31</sup>.

##### 2. Auftraggeber

Als Auftraggeber des Sachverständigen kommen die Parteien gemeinsam, nur die Partei, die den Sachverständigenbeweis beantragt hat, also beweisverpflichtet ist, oder das Schiedsgericht in Betracht.

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Parteien den Sachverständigen beauftragen<sup>32</sup>. Das Schiedsgericht ist aufgrund des mit den Parteien geschlossenen Vertrages (Schiedsrichtervertrag) bevollmächtigt, im Namen der Parteien den Sachverständigen zu beauftragen<sup>33</sup>. Nach dieser Auffassung gibt es keine vertragliche Beziehung des Sachverständigen mit dem Schiedsgericht.

Eine andere Meinung sieht die beweisbelastete Partei als Vertragspartner an<sup>34</sup>. Stellen beide Parteien Fragen, so kommen demnach zwei Verträge zustande. Hier entstehen zahlreiche Probleme, z. B. bei unklarer Beweislast, bei der Abrechnung. Wird nicht klargestellt, wer von beiden der Vertragspartner ist, so soll nach

23) *Blessing*, *SchiedsVZ* 2003, 198 (203).

24) *Thomas/Putzo*, ZPO, 31. Aufl., § 1049, Rdnr. 2; *Zöller*, ZPO, 28. Aufl., § 1049, Rdnr. 1.

25) *Voit*, in: *Musielak*, ZPO, 5. Aufl., § 1049, Rdnr. 2.

26) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Kap. 15, Rdnr. 1537.

27) *BGH*, WM 1963, 944; NJW 1966, 549; WM 1983, 207; ebenso *OLG Frankfurt RIW* 1993, 944.

28) *BVerfGE* 46, 315; NJW 1992, 678.

29) *SchBG Bulletin ASA* 1992, 381; *Poudret Études de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive* (1993), 614.

30) *BVerfGE* 60, 247; *BVerfGE* 60, 250.

31) *BGHZ* 42, 313; 67, 1.

32) *RGZ* 74, 321; *BGHZ* 42, 313; *Lörcher/Lörcher* Das Schiedsverfahren – national/international – nach deutschem Recht, 2. Aufl. Rdnr. 274; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 4. Aufl. Rdnr. 184; *Thomas/Putzo*, a. a. O., § 1049 Rdnr. 3; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. Kap. 15 Rdnr. 13; *Voit*, a. a. O., Rdnr. 2 und 8; *Wagner*, NJW 2002, 2049 (2063).

33) *BGHZ* 42, 313.

34) *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 69. Aufl., § 1049, Rdnr. 1; *Schlösser in Stein/Jonas*, a. a. O., Rdnr. 2.

den Grundsätzen des objektiven Erklärungswerts der Obmann des Schiedsgerichts Auftraggeber sein<sup>35</sup>.

Die Auffassung, wonach das Schiedsgericht den Sachverständigen beauftragt<sup>36</sup>, führt zu dogmatischen Problemen, insbesondere bei einem Schiedsgericht mit drei Schiedsrichtern<sup>37</sup>. Das Schiedsgericht hat nämlich keine eigene Rechtspersönlichkeit, ist keine Gesellschaft und hat kein Vermögen. Stimmt einer der Schiedsrichter gegen eine Sachverständigenbestellung, kann kein Auftrag erteilt werden. Umsatzsteuerrechtlich besteht kein Vorsteuerabzug, weil das Schiedsgericht kein Steuerobjekt ist. Außerdem wollen die Schiedsrichter nicht persönlich für Honoraranprüche des Sachverständigen oder gar für dessen Fehler nach § 278 BGB eintreten. Das Schiedsgericht hat darüber hinaus kein eigenes Interesse an den Leistungen des Sachverständigen und am Abschluss eines Gutachtervertrages, so dass es regelmäßig nach den Sachumständen an jedem Anhalt für eine Beauftragung durch das Schiedsgericht fehlt<sup>38</sup>. Die mühsamen Korrekturversuche<sup>39</sup>, die Nicht- oder Schlechtleistung durch eine Vorausabtretung und eine Einbeziehung der Parteien in den Schutzbereich zu regeln, zeigen, dass diese Auffassung nicht im Interesse aller Beteiligten sein kann.

Aus den gleichen Gründen ist auch die Auffassung abzulehnen, dass der Obmann eines Schiedsgerichts kraft seiner Funktion den Gutachtenauftrag auch zu Gunsten der Parteien, erteilt<sup>40</sup>.

### 3. Auftragsumfang

§ 1049 Abs. 1 ZPO, wie auch das UNCITRAL Model Law, bestimmt, dass mangels Parteivereinbarung das Schiedsgericht die Fragen festlegt. Die zu begutachtenden Punkte bzw. die Fragen definieren klar den Auftragsumfang und legen zugleich die Punkte offen, für die das Schiedsgericht Entscheidungshilfe benötigt. Die Praxis räumt den Parteien ein Mitgestaltungsrecht bei der Fragestellung als Ausfluss der Parteiautonomie ein.

### 4. Vergütung

Das JVEG (Entschädigungsgesetz für Sachverständige) gilt grundsätzlich nicht für Sachverständige in Schiedsverfahren, da es sich um kein staatliches Verfahren handelt. Vielmehr gelten die Regeln des Werkrechts, wonach die Vergütung des Sachverständigen zu vereinbaren ist. Kommt keine Vereinbarung zustande, gilt die übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB). Das Schiedsgericht darf mangels Auftrag die Vergütung nicht von sich aus festsetzen, auch nicht nach § 317 BGB; allerdings darf das Schiedsgericht darüber entscheiden, wer die Sachverständigenkosten trägt<sup>41</sup>.

Der Sachverständige hat seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Auftraggeber durchzusetzen, nach der herrschenden Meinung also gegenüber den Parteien, die gesamtschuldnerisch haften<sup>42</sup>. In der Praxis fordert das Schiedsgericht einen Vorschuss der zu erwartenden Kosten an, und zwar entweder hälftig von jeder oder aber von der beweibelasteten Partei und legt es auf ein Treuhandkonto des Obmanns.

Haben die Parteien im Schiedsvertrag einen Höchstbetrag für die Vergütung oder überhaupt die Kosten einer Beweisaufnahme bestimmt, beschränkt dies die Möglichkeit einer Beweisaufnahme durch das Schieds-

gericht, ohne die Zeugen und Sachverständige zu binden<sup>43</sup>. Im Übrigen braucht das Schiedsgericht auf die Höhe der Kosten keine Rücksicht zu nehmen<sup>44</sup>.

Soweit nicht anderes vereinbart, ist das Honorar nach Fertigstellung der Leistung und erfolgter Abnahme zu zahlen (§ 641 BGB), mit der Möglichkeit auf Abschlagszahlungen unter den Voraussetzungen des § 632 a BGB. Die Vereinbarung von Zahlungsbedingungen mit objektiven Zahlungskriterien ist ratsam, weil andernfalls bei einer Abhängigkeit der Zahlung von der Abnahme oder der Zustimmung der Parteien die benachteiligte Partei ihre Mitwirkung verweigern und die Zahlung blockieren kann.

Kommt es zu sonstigen Störungen im Auftragsverhältnis, wie z. B. eine behauptete Schlechtleistung, so wird die Abwicklung des Gutachtervertrages problematisch, wenn eine Partei als Auftraggeber nicht kooperiert.

### 5. Persönliche Leistungserbringung

Der Sachverständige hat seine Leistung auch im Schiedsverfahren persönlich zu erbringen (§ 407 a ZPO); das Hinzuziehen von Hilfspersonen bedarf der ausdrücklichen Genehmigung.

## VII. Art und Weise der Begutachtung

Soweit die Parteien keine Regelung treffen, wie zu begutachten ist, unterliegt der Sachverständige dem Weisungsrecht des Schiedsgerichts, wobei Mehrheitsentscheidungen bei einem Dreier-Schiedsgericht möglich sind. Das rechtliche Gehör ist vom Schiedsgericht zu beachten. Den Sachverständigen trifft nur eine Neutralitätspflicht, die ihn verpflichtet, beide Parteien anzuhören.

Das Schiedsgericht kann Anordnungen treffen, z. B. nach § 1049 I S. 2 ZPO eine Partei auffordern, Auskunft zu erteilen, Dokumente vorzulegen, Sachen zur Besichtigung zugänglich zu machen, Mitwirkungshandlungen zu verlangen, wie z. B. Bauteilöffnungen vorzunehmen, Anlagen in einen sicheren Zustand zu bringen und vieles mehr. Folgt eine Partei einer solchen Aufforderung nicht, wird dies vom Schiedsgericht nach Beweislastregeln zu würdigen sein.

Ob Meinungsverschiedenheiten zwischen einer Partei und dem Sachverständigen vom Schiedsgericht entschieden werden dürfen<sup>45</sup>, erscheint fraglich, weil der Gutachtenauftrag ein Rechtsverhältnis betrifft, für den das Schiedsgericht unzuständig ist. Der Sachverständige hat überdies, anders als die Partei, keinen Schiedsrichter bestellt. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für eine Entscheidung über Streitfälle zwischen dem

35) Schlosser, in: Stein/Jonas, a. a. O., Rdnr. 2.

36) Für das neue Recht: Münch, a. a. O., Rdnr. 22.

37) Ausführlich hierzu Lachmann, a. a. O., Rdnrn. 1162 ff.

38) RGZ 74, 321.

39) Münch, a. a. O., Rdnr. 31.

40) Schlosser, SchiedsVZ 2004, 21; Schlosser, in: Stein/Jonas, a. a. O., Rdnr. 2.

41) RGZ 74, 324; Schütze, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., Rdnr. 460.

42) RGZ 74, 324; OLG Braunschweig, OLGR 21, 122.

43) RGZ 74, 324.

44) RGZ 74, 324.

45) So Artikel 27 Abs. 2 Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern, siehe www.secam.org.

Sachverständigen und seinen Auftraggebern ist deshalb abzulehnen.

### VIII. Ablehnung

Nur der vom Schiedsgericht bestellte Sachverständige kann abgelehnt werden (§ 1949 Abs. 3 ZPO). Ein solcher Sachverständiger muss von sich aus Punkte offenbaren, die seiner Neutralität möglicherweise entgegenstehen, also z. B. frühere Kontakte mit einer Partei. Die Neutralität besteht dauerhaft bis zur Beendigung des Auftrags. In der Praxis empfiehlt es sich eine Unabhängigkeitserklärung (Statement of Independence) einzuholen, sofern nicht ohnehin vorgeschrieben.

Gegenüber dem deutschem Recht gibt es in Article 6.2 der IBA Rules und auch in Article 29 der UNCITRAL Arbitration Rules die Besonderheit, dass der Sachverständige eine Unabhängigkeitserklärung nicht nur gegenüber den Parteien, sondern auch gegenüber dem Schiedsgericht vor Auftragserteilung vorzulegen hat<sup>46</sup>. Hinzu kommt, dass zum weiteren Nachweis der Unabhängigkeit nach Article 6.5 der IBA-Rules den Parteien auf Verlangen Einblick auch in den internen Schriftverkehr zwischen dem Schiedsgericht und dem Sachverständigen zu gewähren ist.

Das Ablehnungsverfahren von Sachverständigen ergibt sich aus §§ 1049 III, 1037 I und II ZPO. Das Schiedsgericht entscheidet über die Ablehnung als neutrale Prüfungsinstanz selbst. Mangels Verweis auf § 1037 III ZPO gibt es keinen Zwischenstreit, d. h. kein Rechtsmittel vor ordentlichen Gerichten, wie z. B. bei der Ablehnung eines Schiedsrichters. Die Entscheidung des Schiedsgericht über die Befangenheit eines Sachverständigen ist bindend und kann grundsätzlich nicht vor ordentlichen Gerichten überprüft werden. Diese Bestimmungen sind zwingend<sup>47</sup>. Allenfalls bleibt die Anfechtung des Schiedsspruchs im Aufhebungs- oder Vollstreckbarerklärungsverfahren<sup>48</sup>.

### IX. Aufgaben und Grenzen des Sachverständigen

Das Schiedsgericht ist an das Sachverständigengutachten nicht gebunden, da dem Sachverständigen keine Richterrolle zukommt; das Gutachten ist bloßes Beweismittel und als solches zu bewerten.

Die Kriterien der richterlichen Überzeugungsbildung zeigen zugleich die Aufgaben/Grenzen eines Sachverständigen, die nach § 1042 IV S. 2 ZPO auch für den Schiedsrichter gelten:

- Vollständige und widerspruchsfreie Beantwortung der gestellten Fragen
- Richtige Tatsachengrundlage
- Einhaltung des Rahmens seiner Expertise
- Anwendung richtiger Methoden
- Erklärung möglicher Abweichungen zu anderen Gutachten

### X. Sanktionen

Das Schiedsgericht kann den Sachverständigen nicht zur Erstattung des Gutachtens, zu einer Aussage oder zum Erscheinen in der mündlichen Verhandlung zwingen oder den Sachverständigen vereidigen.

Deshalb darf das Schiedsgericht auch keine eidliche Vernehmung vornehmen oder eidesstattliche Versicherungen verlangen; dieses Verbot umfasst auch die Ver-

sicherung der Richtigkeit nach § 410 Abs. 2 ZPO unter Berufung der allgemeinen Vereidigung des Sachverständigen<sup>49</sup>. Allerdings darf das Schiedsgericht einen Verzicht auf die Beeidigung entgegennehmen<sup>50</sup>.

Nimmt das Schiedsgericht dennoch einen Eid oder eine eidesstattliche Versicherung ab, so kann das Schiedsurteil angefochten werden, sofern das Urteil darauf beruht. Die Vereidigung eines Sachverständigen ist nämlich nicht strafrechtlich abgesichert, so dass dem Eid kein besonderer Beweiswert zukommen darf.

Das Schiedsgericht darf ebenso wenig Ordnungsgelder verhängen, wenn der Sachverständige das Gutachten nicht rechtzeitig vorlegt. Zwangsmaßnahmen bleiben allein dem staatlichen Gericht vorbehalten, da nur dieses das Gewaltmonopol besitzt. § 1050 ZPO sieht bei Bedarf eine Unterstützung des Schiedsgerichts durch staatliche Gerichte vor. Das Schiedsgericht braucht den Sachverständigen nicht erst uneidlich zu vernehmen, bevor eine Vereidigung stattfinden kann<sup>51</sup>.

Auch ohne hoheitliche Zwangsmittel bleiben Vertragsverletzungen des Sachverständigen nicht sanktionslos. Die Durchsetzung der Rechte aus dem Sachverständigenvertrag erfolgt vertraglich über Verzug und Mangelsprüche durch den Auftraggeber, also die Vertragsparteien. Oft verspricht dies ein schärferes und schnelleres Vorgehen.

### XI. Anhörung, Teilnahme an mündlicher Verhandlung

Nach § 1049 Abs. 2 ZPO ist der Sachverständige zur Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung verpflichtet, ohne dass das Schiedsgericht bei einer Verletzung dieser Pflicht Ordnungsgelder oder andere Zwangsmittel verhängen kann. In einem solchen Fall kann allerdings das staatliche Gericht den Sachverständigen vor das staatliche Gericht nach § 1050 ZPO vorladen, um die Fragen dort zu beantworten. Ein Erscheinen vor dem Schiedsgericht selbst kann nicht angeordnet werden<sup>52</sup>.

Der Sachverständige kann schon vor der Begutachtung an einem Verhandlungstermin teilnehmen, um den Auftrag und die erforderliche Art der Begutachtung einvernehmlich festzulegen oder um dem Sachverständigen zu ermöglichen, gezielte Fragen an die Parteien zu stellen.

Eine Erörterung des Gutachtens in einem Verhandlungstermin ist zulässig und üblich und erfolgt auf Antrag einer Partei oder des Schiedsgerichts. Die Art der Vernehmung liegt im Ermessen des Schiedsgerichts, soweit Parteien nichts anderes vereinbaren. Das Schiedsgericht darf das Verlangen einer Partei zur Anhörung eines Sachverständigen nicht übergehen, insbesondere dann nicht, wenn dem Sachverständigengutachten für den Ausgang des Rechtsstreits erhebliche

46) IBA-Beweisverfahrensregeln abgedruckt in *SchiedsVZ 2007*, 40 ff., angepasst durch Beschluss vom 29. 5. 2010.

47) *Baumbach/Lauterbach*, a. a. O. Rdnr. 4.

48) *Zöller*, a. a. O., Rdnr. 4.

49) *Schütze*, Handbuch des Schiedsverfahrens, a. a. O., Rdnr. 463.

50) *Schwab/Walter*, a. a. O., Rdnr. 13.

51) *Schwab/Walter*, a. a. O. Rdnr. 15.

52) *Schlosser*, a. a. O. Rdnr. 4.

Bedeutung zukommt<sup>53</sup>. Überwiegend findet eine Befragung durch die Parteien statt.

Neuerdings ermöglicht § 1049 II S. 2 ZPO eine Expertendiskussion (expert conferencing), also eine direkte Diskussion zwischen dem Sachverständigen und einem Partei-Sachverständigen oder sonstigen Experten, falls widersprüchliche Aussagen vorliegen.

Eine Protokollierung der Aussage des Sachverständigen entsprechend § 160 III Nr. 4 ZPO ist für das Schiedsgericht nicht verpflichtend, wenngleich es ratsam und in manchen Schiedsordnungen vorgeschrieben ist<sup>54</sup>.

Die Vernehmung eines Sachverständigen durch einen „beauftragten“ Schiedsrichter eines Dreier-Schiedsgerichts ist bedenklich, weil eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes der Beweisaufnahme und damit die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Aussage naheliegend ist; dies ist abzulehnen.

## XII. Beteiligung bei Urteilsberatung

Kontrovers wird die Beteiligung des Sachverständigen an der Urteilsberatung gesehen. Einigkeit herrscht nur für den Fall, dass die Parteien dem zustimmen. Der BGH<sup>55</sup> sieht jedenfalls beim Hinzuziehen von Beratern des Schiedsgerichts keinen Verstoß gegen den internationalen verfahrensrechtlichen *ordre public*, zumal auch dem inländischen Schiedsverfahrensrecht die Zuziehung eines Beraters grundsätzlich nicht fremd ist<sup>56</sup>. Allerdings stellt sich die Frage des rechtlichen Gehörs, wie ausdrücklich in § 1049 II ZPO verankert, da das Gutachten nur Beweismittel ist und die Parteien deshalb berechtigt sind, hierzu gehört zu werden<sup>57</sup>.

In keinem Fall darf ein Sachverständiger über die abstrakte Darstellung hinaus einen Einfluss auf die Sachverhaltsdarstellung oder gar die Entscheidungsfindung haben, da die Schiedsrichter allein zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet sind<sup>58</sup>.

## XIII. Haftung

Problematisch ist die Verankerung der Haftung des Sachverständigen im Deliktrecht (§ 839 a BGB), da der Sachverständige kein „vom Gericht“ (staatlich) ernannter Sachverständiger ist. Der BGH führt zur Haftung aus<sup>59</sup>:

*Der vom Schiedsgericht beauftragte Sachverständige haftet, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nach denselben Grundsätzen wie der vom Staatsgericht herangezogene Sachverständige.*

Dieses Urteil stammt aus dem Jahre 1964. Eine neuere Entscheidung ist nicht bekannt. Seine Fortgeltung ist umstritten. Für die Haftungsprivilegierung spricht die gleiche Funktion und Interessenlage wie beim gerichtlich bestellten Sachverständigen, weshalb es nicht gerechtfertigt sei, den Sachverständigen im Schiedsverfahren haftungsrechtlich schlechter zu stellen<sup>60</sup>. Interessant ist, dass auch nach angloamerikanischem Recht dem Sachverständiger ein Haftungsprivileg zusteht. Man will den Sachverständigen ermuntern, die Wahrheit zu sagen.

Nach anderer Auffassung wurden Schiedsverfahren bei der Neufassung des § 839 a BGB vom Gesetzgeber bewusst nicht aufgenommen. Da der Sachverständige seine Vergütung im Schiedsverfahren frei verhandeln

und eine Haftpflichtversicherung abschließen kann und nicht an die niedrigen Honorarsätze des JVEG gebunden ist, wird die Haftungsprivilegierung für nicht sachgerecht gehalten, weil der Auftraggeber den für Sachverständige der freien Wirtschaft geltenden Haftungsmaßstab erwarten darf<sup>61</sup>.

Der Meinungsstreit hat erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Die Schäden bei fehlerhafter Begutachtung können beträchtlich sein, z. B. mögliche Folgeschäden bei Produktionsausfall im Anlagenbau.

Strafrechtlich kann ein Sachverständiger im Schiedsverfahren bei einer Falschaussage nach § 153 StGB nicht ohne weiteres belangt werden, weil Schiedsgerichte keine „zur eidlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständiger zuständige Stelle“ sind. Ob der Sachverständige vor dem Schiedsgericht die Unwahrheit sagen darf, solange er nicht vor einem staatlichen Gericht im Wege der Amtshilfe vereidigt wird, ist umstritten. Der BGH<sup>62</sup> hat für Sachverständige die Wahrheitspflicht des § 410 ZPO nicht als Schutzgesetz angesehen und damit eine Haftung abgelehnt. Das BVerfG hat dies korrigiert und jedenfalls bei grober Fahrlässigkeit einen Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen bejaht<sup>63</sup>.

Die Beihilfe zum Prozessbetrug durch einen Sachverständigen ist in jedem Falle auch vor Schiedsgerichten strafbar<sup>64</sup>.

## XIV. Ergebnis

Die Stellung des Sachverständigen im Schiedsverfahren hängt primär von der getroffenen Parteivereinbarung ab. Das Schiedsgericht ist an Parteivereinbarungen gebunden und verfügt im Gegensatz zu den staatlichen Gerichten über keinerlei hoheitliche Befugnisse gegenüber den Sachverständigen.

Um den Besonderheiten der Rechtsstellung des Sachverständigen im Schiedsverfahren gerecht zu werden, empfiehlt sich der Abschluss eines schriftlichen Vertrages, der die oben aufgeworfenen Problembereiche regelt, und eine enge Einbindung der Parteien in die Beauftragung und Abwicklung des Sachverständigenauftrags. Besonders sorgfältig sollten die Zahlungsbedingungen, die Haftung und ggf. die Vertraulichkeit geregelt werden.

53) Lachmann, a. a. O. Kap. 14 Rdnr. 1345.

54) Schwab/Walter, a. a. O., Rdnr. 17; § 29 der DIS Schiedsordnung verlangt eine Protokollierung.

55) BGHZ 110, 104 (107 ff.).

56) BGHZ 51, 255 (261).

57) Ablehnend wohl Lachmann, a. a. O., Rdnr. 4647.

58) BGH LM § 1041 Nr. 8; RIW 90, 494; BGHZ 110, 104.

59) BGHZ 42, 413.

60) Schwab/Walter, a. a. O., Rdnr. 18.

61) Wagner, NJW 2002, 2049 (2063); Lachmann, a. a. O., Kap. 15, Rdnr. 1544.

62) BGH NJW 1984, 870; NJW 1974, 312 m. abl. Anm. Hollmer; NJW 1974, 556 m. abl. Anm. Hopt; BGHZ 42, 313; a. A. Blomeyer, Schadenersatzansprüche des im Prozess Unterlegenen wegen Fehlverhalten Dritter, S. 188 ff.; Hopt, Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrensleitung, S. 287 ff.; siehe auch Nachweise bei BVerfG NJW 1979, 305 (307).

63) BVerfG NJW 1979, 305.

64) Schwab/Walter, a. a. O. Rdnr. 18.

Von Dr. Stefan Kröll, LL. M., Köln\*

## Die schiedsrechtliche Rechtsprechung des Jahres 2010\*\*

### VII. Vollstreckbarerklärung

#### 1. Statthaftigkeit und Anträge

Das Vollstreckbarerklärungsverfahren nach § 1060 ZPO ist nur für Schiedssprüche statthaft, nicht hingegen für Entscheidungen von Vereinsgerichten oder sonstiger Mechanismen zur Streiterledigung. Die Rechtsnatur des Schiedsgerichts der DEL-Betreiber-Gesellschaft mbH (Deutsche Eishockey Liga) war einer der Streitpunkte in einem Vollstreckbarerklärungsverfahren vor dem OLG München, dem ein Streit über die Rechtmäßigkeit einer Lizenzverweigerung seitens der DEL zu Grunde lag<sup>26</sup>. Der Antragsgegner hielt das Verfahren nach § 1060 ZPO für unzulässig, da es sich bei dem im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Streiterledigungsmechanismus nicht um ein Schiedsgericht handle, sondern um ein Vereinsgericht. Das OLG München stellte zunächst klar, dass seiner Meinung nach die zum Vereinsrecht ergangene Landser-Entscheidung des BGH nicht ohne weiteres auf den konkreten Fall übertragen werden könne. Für die satzungsmäßigen Schiedsgerichte des Vereinsrechts fänden gem. § 1066 ZPO die sonstigen Vorschriften des 10. Buches nur entsprechend Anwendung. Die Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag der als GmbH organisierten DEL-Betreiber-Gesellschaft falle hingegen unter § 1029 ZPO. Aufgrund der rechtsgeschäftlichen Zustimmung aller Gesellschafter seien diese weniger schutzbedürftig als die Vereinsmitglieder. Entsprechend bejahte das OLG die Schiedsgerichtsqualität des in dem Gesellschaftsvertrag und der Schiedsordnung vorgesehenen Streiterledigungsmechanismus. Das von den Parteien im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Schiedsgericht solle endgültig und an Stelle der staatlichen Gerichte die jeweiligen Streitigkeiten entscheiden. Zudem stellten die Schiedsordnung und die dort vorgesehenen Anforderungen an die Schiedsrichter und ihre Bestellung sowohl deren strukturelle Unabhängigkeit sicher wie auch einen ausreichenden Einfluss aller Parteien auf die Konstituierung des Schiedsgerichts. Dass das Schiedsgericht auch über Streitigkeiten zwischen Organen entscheide, sei für seine rechtliche Stellung ebenso irrelevant wie die Forderung, dass sich das Schiedsgericht an dem Selbstverständnis der DEL und ihrer Mitglieder orientieren soll. Gleiches gelte für die laut Schiedsordnung geltende „Verbandsöffentlichkeit“ der Schiedsverhandlung. Im Ergebnis musste sich das OLG nicht mit der ebenfalls angeführten Unwirksamkeit der Klausel im Gesellschaftsvertrag auseinandersetzen, da der Lizenzvertrag, dessen Kündigung zwischen den Parteien streitig war, eine zusätzliche Schiedsklausel enthielt.

Bei lediglich teilweise zusprechenden Schiedssprüchen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Antragsteller zugleich die Aufhebung des für ihn ungünstigen klageabweisenden Teils des Schieds-

spruchs beantragen kann. Das OLG Stuttgart sah in einem entsprechenden Antrag, der als Reaktion auf einen Antrag der Gegenpartei auf Verweigerung der Vollstreckbarerklärung gestellt worden war, eine nachträgliche Antragshäufung, die in entsprechender Anwendung der §§ 260, 263 ZPO zulässig sei. Sie sei zur Vermeidung eines weiteren Verfahrens sachdienlich<sup>27</sup>.

Wird der Schiedsspruch vor der Einleitung eines Vollstreckbarerklärungsverfahrens partiell erfüllt und wird dieses im Antrag mitgeteilt, so ist letzterer nach Ansicht des OLG Naumburg dahin gehend auszulegen, dass nur eine Vollstreckbarerklärung in Höhe der noch offen stehenden Summe beabsichtigt ist. Entsprechend ist auch der Tenor nur auf den noch offen stehenden Betrag zu beziehen<sup>28</sup>.

#### 2. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit für die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen liegt gem. § 1062 ZPO derogationsfest bei den Oberlandesgerichten. Entsprechend entfalten entgegenstehende Klauseln, die bestimmte Land- oder Amtsgerichte für zuständig erklären, keine Wirkung<sup>29</sup>.

Die örtliche Zuständigkeit für das Verfahren kann von den Parteien geregelt werden und ergibt sich andernfalls aus dem Verfahrensort. Das OLG München hat eine Bestimmung in der Schiedsklage, dass das Schiedsgericht in München zusammentrete, weder als Gerichtsstandsvereinbarung noch als Einigung auf einen Schiedsort angesehen und wegen der Angabe Frankfurts im Schiedsspruch seine Zuständigkeit verneint<sup>30</sup>. Auch das OLG Köln hielt die Angabe im Schiedsspruch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit für das primär maßgebliche Kriterium. Insofern könne aus der Tatsache, dass die mündliche Verhandlung in Frankfurt statt in Köln stattgefunden habe, selbst dann nichts hergeleitet werden, wenn man darin nicht nur eine zulässige Wahl des Verhandlungsortes sehen wollte, sondern eine nachträgliche Änderung des Schiedsortes<sup>31</sup>.

#### 3. Rechtsschutzbedürfnis

Das OLG Naumburg ging zu Recht davon aus, dass die fehlende Fälligkeit des ausgeurteilten Anspruchs das Rechtsschutzbedürfnis für ein Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht entfallen lasse. Letzteres sei kein Vollstreckungsverfahren sondern ein Erkenntnisverfahren besonderer Art, das lediglich einen Titel für die Zwangsvollstreckung schaffe<sup>32</sup>. Es diene in erster Linie der rechtskräftigen Feststellung der Unanfechtbarkeit des Schiedsspruchs. Zudem hat der Antragsteller auch bei der Vereinbarung einer Ratenzahlung einen Anspruch auf einen durchsetzbaren Titel als Druckmittel gegen den Antragsgegner<sup>33</sup>.

\* Dr. Stefan Kröll ist Rechtsanwalt in Köln.

\*\* Fortsetzung von SchiedsVZ 2011, 131.

26) OLG München, 24. 8. 2010 – 34 Sch 21/10 (abrufbar bei juris).

27) OLG Stuttgart, 30. 7. 2010 – 1 Sch 3/10, SchiedsVZ 2011, 49 ff.

28) OLG Naumburg, 8. 6. 2010 – 10 Sch 2/10, SchiedsVZ 2011, 277 ff.

29) OLG München, 1. 4. 2010 – 34 Sch 19/09 (abrufbar bei juris).

30) OLG München, 3. 2. 2010 – 34 Sch 24/09, SchiedsVZ 2010, 336.

31) OLG Köln, 11. 9. 2009 – 19 Sch 10/09 (abrufbar bei juris).

32) OLG Naumburg, 8. 6. 2010 – 10 Sch 2/10, SchiedsVZ 2011, 277 ff.; ebenso OLG München, 22. 1. 2010 – 23 Sch 025/08.

33) OLG München, 2. 12. 2010 – 34 Sch 26/10.