



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Expert witness conferencing in Schiedsverfahren“

Dissertation vorgelegt von Caroline Elisabeth Proske

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

I.

Die Dissertation „Expert witness conferencing in Schiedsverfahren“ befasst sich mit dem Thema des Parteisachverständigenbeweises in internationalen Schiedsverfahren und untersucht, ob die alternative Befragungsmethode des sogenannten *expert witness conferencing* zu einer Aufwertung des Parteisachverständigenbeweises führen kann.

Die Arbeit gliedert sich in sechs Abschnitte. Nach einer Einführung widmet sich die Arbeit zunächst der Darstellung der klassischen Ausprägungen des Sachverständigenbeweises im Civil Law (Gerichtssachverständige) und im Common Law (Parteisachverständige), da diese – trotz der grundsätzlichen Eigenständigkeit und Flexibilität der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber den nationalstaatlichen Prozessrechten – auch in Schiedsverfahren eine prägende Rolle eingenommen haben. Insbesondere ermöglicht die Kenntnis der jeweiligen Sachverständigenbeweise in den nationalstaatlichen Prozessrechten auch ein besseres Verständnis der etwaigen Erwartungshaltung und des Gerechtigkeitsempfindens der Verfahrensbeteiligten.

In einem weiteren Abschnitt wird die im Mittelpunkt stehende Technik des *expert witness conferencing* definiert und dem Leser ein Überblick über die zahlreich existierenden Bezeichnungen der Technik verschafft. Ebenso werden die Charakteristika des *expert witness conferencing* und die Rolle des Schiedsgerichts und der Anwälte im Rahmen der Technik dargestellt. Nach der Betrachtung der eng mit dem *expert witness conferencing* zusammenhängenden Technik der *pre-hearing expert conference* wird die Verbreitung beider Techniken in internationalen Schiedsverfahren und ihre Präsenz in institutionellen Schiedsordnungen und anderen Bestimmungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit thematisiert. Ein ideengeschichtlicher Rückblick zu beiden Techniken rundet den Abschnitt ab.

Im vierten Abschnitt widmet sich die Arbeit Vernehmungstechniken in ausgewählten Common Law-Gerichtsbarkeiten (England, Australien, USA), welche bemerkenswerte Ähnlichkeit zu *expert witness conferencing* und der *pre-hearing expert conference* aufweisen. Es werden jeweils die Entwicklungslinien der Techniken, etwaig vorhandene Gesetze und Bestimmungen zu ihnen sowie die jeweiligen nationalstaatlichen Bewertungen der Techniken vorgestellt. Die Betrachtung des Verhältnisses zwischen diesen Common Law-Techniken und dem *expert witness conferencing* bzw. der *pre-hearing expert conference* schließt diesen Abschnitt ab.

Im anschließenden Abschnitt wird das *expert witness conferencing* einer detaillierten Bewertung unterzogen. Der letzte Abschnitt fasst die Untersuchungsergebnisse zusammen.

II.

Ihre Ergebnisse gewinnt die Arbeit primär durch eine rechtsdogmatische Herangehensweise. Um dem starken rechtstatsächlichen Bezug der Untersuchung Rechnung zu tragen, wurden ergänzend Befragungen von 51 in Schiedsverfahren tätigen Juristen und Sachverständigen zum *expert witness conferencing* durchgeführt. Die Befragungen erfolgten mithilfe eines selbst entworfenen Fragenkatalogs und waren im Schnitt 54 Minuten lang. Ziel der Befragungen war es, sich für die Sichtweisen und Probleme der Praxis zu sensibilisieren und daraus Denkanstöße zu gewinnen. Die Ergebnisse der Befragungen fließen an den jeweils thematisch passenden Stellen der Arbeit in Form einer Fußnote mit genauer Aufsplitterung der Befragungsergebnisse ein, wobei sie keinen Anspruch auf Repräsentanz erheben.

III.

Ausgangspunkt und Hintergrund der Untersuchung ist, dass internationale Schiedsverfahren oftmals Sachverhalte mit besonders komplexen technischen und wirtschaftlichen Fragestellungen zum Gegenstand haben. Wenn das Schiedsgericht das zum Verständnis und zur Lösung dieser Fragestellungen nötige, zumeist außerjuristische, Fachwissen nicht selbst besitzt, muss es dieses „von außen“ beschaffen.

Die Sachkunde kommt dabei in den meisten Fällen aus den Bereichen Finanzen, Rechnungswesen, Schadensberechnung, Verzugsanalyse, Technik, Recht und Marktkenntnis. Aus den zahlreichen Möglichkeiten zur Einbringung von Fachwissen (z.B. Einsatz eines Beraters des Schiedsgerichts, In-House-Experten, *Expert Teaming*, *Demonstrative Evidence*) hat sich der „klassische“ Sachverständigenbeweis als die beliebteste Methode herauskristallisiert. Dabei dominiert der durch das Common Law inspirierte Parteisachverständige in internationalen Schiedsverfahren gegenüber dem schiedsgerichtlich bestellten Sachverständigen.

Zurückgeführt wird die Dominanz des Parteisachverständigen u.a. auf den Wunsch der Parteien, die Kontrolle über den Sachverständigenbeweis als einen wesentlichen Faktor in Schiedsverfahren zu behalten. Der Einsatz von Parteisachverständigen führe zudem zu mehr Meinungsvielfalt im Schiedsverfahren, während der Einsatz eines schiedsgerichtlichen Sachverständigen zum Unterlaufen des Entscheidungsmonopols des Schiedsgerichts führe. Ebenso werden praktische Umstände wie die Möglichkeit der sehr frühen Beauftragung eines Parteisachverständigen noch vor Beginn des Schiedsverfahrens und die Schwierigkeit der Bestellung eines schiedsgerichtlichen Sachverständigen, welche häufig von der Zustimmung beider Parteien abhängig gemacht wird, genannt.

Trotz seiner Dominanz ist der Parteisachverständigenbeweis an sich sowie seine typische prozessuale Einbindung in Form des Kreuzverhörs durchgängig Adressat von Kritik: Zuvörderst wird die Parteilichkeit der Parteisachverständigen, die zum Teil sogar als *hired guns* bezeichnet werden, kritisiert. Im Rahmen des Kreuzverhörs seien die Aussagen der Parteisachverständigen zudem u.a. nicht aufeinander bezogen; statt inhaltlichen Gesichtspunkten ständen vielmehr Glaubwürdigkeitsaspekte im Vordergrund. Im Rahmen einer *battle of experts* würde dem Schiedsgericht daher gerade nicht das nötige Fachwissen zur Lösung des Falles vermittelt. Stattdessen führe dies zu prozessualer Ineffizienz in Form von Zeit- und Kostennachteilen.

Gerade diese Diskrepanz zwischen der Dominanz des Parteisachverständigenbeweises in internationalen Schiedsverfahren auf der einen Seite und der anhaltenden Kritik auf der anderen Seite versucht die Befragungstechnik des *expert witness conferencing* zu verringern.

IV.

Beim *expert witness conferencing* bleibt es, wie bei der konventionellen Einbringung des Parteisachverständigenbeweises, zunächst beim Einsatz von Parteisachverständigen. Allerdings wird die Art und Weise ihrer Befragung stark verändert: Anstatt im Rahmen eines engen Kreuzverhörs sagen zwei oder mehr Parteisachverständige gleichzeitig und gemeinsam in der mündlichen Verhandlung vor einem Schiedsgericht aus, werden durch dieses oder die Anwälte befragt und interagieren miteinander. Aufgrund dieser Vorgehensweise wird *expert witness conferencing* oft als eine „alternative“ oder „flexible“ Befragungstechnik bezeichnet.

Für die Technik besteht neben *expert witness conferencing* eine auffallende Vielzahl von anderen Bezeichnungen wie *hot tubbing*, *dueling experts*, *tandem expert witness examination*, *expert confrontation* u.v.m.

Expert witness conferencing ist sehr variationsfähig und unterscheidet sich in seiner Anwendung von Schiedsgericht zu Schiedsgericht. Dies liegt auch daran, dass es durch keine institutionelle Schiedsordnung oder Guideline genauer geregelt wird. Die Gleichzeitigkeit der Befragung und die Interaktion der Parteisachverständigen sind jedenfalls Schlüsselpunkte, welche das *expert witness conferencing* ausmachen. Der Grad der Interaktion kann dabei variieren.

Dem Schiedsgericht obliegt die Leitung und Kontrolle des *expert witness conferencing*. Diese ist, ebenso wie eine gute Vorbereitung des Schiedsgerichts, notwendige Bedingungen für das Gelingen des *expert witness conferencing*. Zumeist obliegt dem Schiedsgericht auch die Befragung der Parteisachverständigen.

Auch die Anwälte der Parteien sind bei diesem Prozess eng eingebunden, obwohl *expert witness conferencing* oftmals gerade mit einer Zurückdrängung der Rolle der Anwälte im Schiedsverfahren in Verbindung gebracht wird. Auch wenn die Anwälte in den meisten Fällen nicht die gesamte Befragung während des *expert witness conferencing* durchführen, so steht ihnen das Recht zum Stellen von Ergänzungsfragen zu. Daneben können sie Klarstellungen, auch in Bezug auf die Aussage „ihres“ Parteisachverständigen, vornehmen und die Diskussion der Parteisachverständigen auf bestimmte Punkte und Themen lenken. Zum Teil wird *expert witness conferencing* als Alternative, zum Teil als Ergänzung des Kreuzverhörs gesehen. Daneben üben die Anwälte durch die Auswahl und Vorbereitung „ihres“ Parteisachverständigen zumindest mittelbar Einfluss auf das *expert witness conferencing* aus.

In den meisten Fällen wird *expert witness conferencing* nicht aufgrund einer Verfahrensvereinbarung der Parteien angewendet, sondern auf Vorschlag des Schiedsgerichts hin. Für das Gelingen des *expert witness conferencing* empfiehlt es sich, die Technik nur mit Einverständnis der Parteien einzusetzen. Die Anwendung der Technik sollte den Parteien zudem möglichst frühzeitig mitgeteilt und – gerade auch in Hinblick auf die existierende Bandbreite der Technik – die Details und der genaue Ablauf der Technik geklärt werden. Als besonders geeignet hat sich *expert witness conferencing* erwiesen, wenn der externe Sachverstand aus dem Bereich der Technik kommt.

Zum Stand Januar 2019 findet *expert witness conferencing* keinen Niederschlag in institutionellen Schiedsordnungen, allerdings wird es von einer Reihe anderweitiger Dokumente der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit thematisiert, wie z.B. den IBA Rules 2010, den UNCITRAL Notes und dem CI Arb Protocol. In Bezug auf die Verbreitung des *expert witness conferencing* ergibt sich kein einheitliches Bild, jedenfalls ist aber ein zunehmender Trend festzustellen.

Obwohl *expert witness conferencing* sehr oft mit dem Attribut der Neuartigkeit versehen wird, ist dies nicht ohne Weiteres gerechtfertigt. Vorläuferkonzepte des *expert witness conferencing* sind in der Literatur zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit seit mindestens 1986 zu finden. Es ist wahrscheinlich, dass die seit 1976 bestehende australische Tradition des *concurrent expert evidence* (dazu unter V.) Einfluss auf die Entstehung und/oder Weiterentwicklung des *expert witness conferencing* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hatte.

Begrifflich vom *expert witness conferencing* zu trennen ist die *pre-hearing expert conference*. Dies ist ein Treffen der Parteisachverständigen vor der mündlichen Verhandlung mit ihren Gutachten oder Gutachtenentwürfen, bei dem diese über die strittigen und unstrittigen Punkte sowie die Gründe für etwaige Unterschiede zwischen ihnen beraten. Über das Ergebnis des Treffens wird zumeist ein gemeinsamer Bericht (*joint report*) angefertigt, dem aber in den meisten Fällen keine Bindungswirkung für das weitere Schiedsverfahren zukommt. Auch für diese Technik besteht eine Vielzahl von anderen Bezeichnungen wie *pre-hearing expert meeting*, *meet and confer* oder *pre-hearing discussion between experts*.

Auch in Bezug auf die Verbreitung der *pre-hearing expert conference* ergibt sich kein einheitliches Bild. Berichte über die Anwendung der Technik im Bereich des Anlagenbaus und englischen Schiedsverfahren sind noch am häufigsten. Auch die *pre-hearing expert conference* wird nicht explizit durch institutionelle Schiedsordnungen thematisiert, sondern nur durch andere Dokumente der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. In der Literatur zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit tauchen Erwähnungen der Technik ab 1992 auf.

Die Befragungstechnik *witness conferencing*, die durch Wolfgang Peter entwickelt wurde, ist vom hier betrachteten *expert witness conferencing* abzugrenzen. *Peters witness conferencing* geht von einer simultanen, gemeinsamen Befragung aller *witnesses*, also Zeugen und Parteisachverständigen, im Rahmen einer Team-vs-Team-Vernehmung aus. Diese Technik ist somit wesentlich breiter als *expert witness conferencing*.

V.

In den Zivilgerichtsbarkeiten Australiens und Englands findet sich die dem *expert witness conferencing* ähnliche Vernehmungsmethode des *concurrent expert evidence*. Die Technik ist allerdings nicht auf diese Länder beschränkt, sondern wurde auch in Neuseeland, Kanada, Singapur, Malaysia und Hongkong eingeführt oder zumindest erprobt. Ebenfalls wird *concurrent expert evidence* nicht nur in den Zivilgerichtsbarkeiten eingesetzt. Es findet beispielsweise auch in Verwaltungsverfahren und familienrechtlichen Verfahren Anwendung. Daneben wird es sogar zum Teil in Zusammenhang mit Strafrechts- oder Strafprozessrechtsreformen diskutiert, die das Ziel eines faireren Verfahrens und/oder weniger Justizirrtümern anstreben.

Beim *concurrent expert evidence* werden im Kern zwei oder mehr Parteisachverständige zusammen vereidigt und sagen sodann gemeinsam und in Interaktion in einer mündlichen Verhandlung vor einem Gericht aus.

Ebenso finden in den Zivilgerichtsbarkeiten Englands und Australiens Treffen der Parteisachverständigen zur Identifizierung von strittigen und unstrittigen Punkten vor mündlichen Verhandlungen statt, sogenannte *experts' meetings*. Diese erinnern wiederum stark an die *pre-hearing expert conference*.

Die Geschichte des *concurrent expert evidence* beginnt vermutlich in den 1970er oder 1980er Jahren in Australien, weshalb es sehr oft als „australische Erfindung“ bezeichnet wird. Im Rahmen des Wettiefrens verschiedener Gerichte um die „top commercial work“ innerhalb Australiens entwickelte sich die Technik am damaligen *Trade Practices Tribunal*, wobei der genaue „Erfinder“ umstritten ist. In der Folge wurde es durch Richter dieses Gerichts auch zu anderen Gerichten weitergetragen und in den 1990er Jahren schließlich bei verschiedensten australischen Gerichten ohne feste Vorgaben angewandt. Als Ende der 1990er Jahre in Australien ein Reformprozess auf Ebene des Bundesstaats und der Einzelstaaten zur Verbesserung des Zugangs zur Justiz und allgemeinen Effizienzsteigerungen stattfand, setzten sich verschiedene *Law Reform Commissions* u.a. kritisch mit dem Parteisachverständigenbeweis und *concurrent expert evidence* auseinander. *Concurrent expert evidence* fügte sich besonders gut in die damaligen Reformbestimmungen, den Parteisachverständigenbeweis weniger parteilich und effizienter zu gestalten, ein und wurde in der Folge in den Prozessregeln verschiedener Gerichte implementiert. Durch die Richterschaft als treibende Kraft nahm die Verbreitung der Technik immer weiter zu. Heutzutage ist *concurrent expert evidence* an vielen australischen Gerichten fest etabliert.

Nach England gelangte *concurrent expert evidence* über *Sir Rupert Jackson*. Der damalige Berufsrichter wurde im Jahre 2008 mit der Aufgabe betraut, die Kosten für Zivilprozesse in England zu untersuchen und Vorschläge zu entwickeln, wie der Zugang zur Justiz bei verhältnismäßigen Kosten besser zu gewährleisten sei. In Rahmen dieser Aufgabe besuchte er Australien und kam durch Gespräche mit australischen Richtern mit *concurrent expert evidence* in Kontakt. Aufgrund der positiven Erfahrungen der dortigen Richterschaft sprach *Sir Rupert Jackson* die Empfehlung aus, *concurrent expert evidence* in England zu testen und die Technik, falls sie sich bewähren würde, in die *Civil Procedure Rules* aufzunehmen, was in der Folge auch geschah. 2013 wurde *concurrent expert evidence* im Rahmen der sogenannten Jackson-Reformen in das englische Zivilprozessrecht aufgenommen.

Die Geschichte der *experts' meetings* findet dagegen in England ihren Ausgangspunkt. Vorläufer der Technik lassen sich bis in das Jahr 1883 zurückverfolgen und beziehen sich auf medizinische Sachverständige in strafrechtlichen Verfahren. Ab den 1980er Jahren wurden sie an verschiedenen englischen Gerichten regelmäßig genutzt. Im Zuge der Woolf-Reformen in den 1990er Jahren bekamen *experts' meetings* besondere Aufmerksamkeit, da sie aus Sicht *Lord Woolfs* geeignet waren, die von ihm stark kritisierte Parteilichkeit von Parteisachverständigen zu verringern. In der Folge wurden auch sie in die *Civil Procedure Rules* eingeführt.

Diese englischen Reformen hatten wiederum auch Einfluss in Australien, sodass *experts' meetings* ab Mitte der 1990er Jahre auch dort beliebter wurden und vermehrt Einsatz erfuhren.

Im Gegensatz zu Australien oder England wurden weder *concurrent expert evidence* noch *experts' meetings* überhaupt bzw. in einem bedeutenden Maße in das (Zivilprozess-)Recht der USA eingeführt. Zu beiden Techniken finden sich vereinzelt Einführungsvorschläge im Schrifttum, die überwiegende Mehrheit der Autoren sieht beide Techniken allerdings sehr kritisch. Zum Teil wird die Vereinbarkeit mit US-amerikanischen Zivilprozessrecht angezweifelt. Daneben wird vorgebracht, dass beide Techniken nicht mit der Rolle des Parteisachverständigen im US-amerikanischen Zivilprozessrecht als reinem Helfer der Partei ohne Unabhängigkeitspflicht und formale Pflicht gegenüber dem Gericht vereinbar seien. Interessanterweise finden sich vereinzelt trotzdem Gerichtsverfahren in der Praxis, in denen Richter beide Techniken nachweislich einsetzen.

VI.

Expert witness conferencing kann nicht abstrakt bewertet werden. Vielmehr kann dies nur in Abhängigkeit zur Rolle des Parteisachverständigen in einem Schiedsverfahren erfolgen. Dabei ist grundsätzlich zwischen institutionellen Schiedsverfahren (Schiedsparteien wählen eine institutionelle Schiedsordnung als leitendes Regelwerk für das Schiedsverfahren aus) und ad-hoc-Schiedsverfahren (Partei wählen kein solches Regelwerk aus) zu unterscheiden.

In Verfahren beider Arten fehlt es in den allermeisten Fällen an einer Verfahrensvereinbarung der Parteien, welche die Rolle von Parteisachverständigen festlegt. In der Folge bestimmen meist die rechtskulturelle Herkunft oder Prägung der Verfahrensbeteiligten, welche Rolle einem Parteisachverständigen zukommt. Denkbar sind eine klassisch-kontradiktorische Rolle des Parteisachverständigen als reinem Helfer einer Partei (ähnlich wie im aktuellen US-amerikanischen Zivilprozessrecht) oder eine eher gemäßigte Rolle des Parteisachverständigen mit Unabhängigkeitspflicht und/oder einer vorrangigen Pflicht gegenüber dem Schiedsgericht (ähnlich wie im aktuellen englischen und australischen Zivilprozessrecht).

Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass *expert witness conferencing* zu einer Verbesserung des Verständnisses des Schiedsgerichts, insbesondere in Bezug auf die technischen Punkte eines Falles, führt. Ebenso führt es zu einer Verringerung der Parteilichkeit von Parteisachverständigen, soweit dies im Rahmen der jeweiligen Rolle des Parteisachverständigen überhaupt wünschenswert ist, bzw. zu einer verstärkten „Offenlegung“ von Parteilichkeit. Kosten- und Zeitvorteile können durch *expert witness conferencing* erreicht werden, finden aber nicht stets und ggf. in nur sehr kleinem Umfang statt. Ebenso zu berücksichtigen ist, dass *expert witness conferencing* generell nicht angewendet werden sollte, wenn ein sehr dominanter Experte einer Partei auf einen (sehr) zurückhaltenden Experten der anderen Partei trifft.