

Wie COVID-19 Schiedsverhandlungen verändert hat

Gekommen, um zu bleiben

IRENE WELSER*

Der Jubilar *Günther Horvath* ist nicht nur ein wahrer Doyen der Schiedsgerichtsbarkeit, sondern Zeit seines Lebens auch Neuerungen in Schiedsverfahren in besonders positiver und aufgeschlossener Weise gegenübergestanden und hat viele davon sogar entscheidend mitgeprägt. Aus diesem Grund soll ihm dieser Beitrag, der einige praktische Erfahrungen der letzten zweieinhalb Jahre aus der sehr persönlichen Sicht der Verfasserin schildert, gewidmet sein. Dass manche Erfahrungen durchaus auch mit einem Augenzwinkern zu betrachten sind, sollte angesichts der Tatsache, dass der Jubilar selbst humorbegabt ist, der Ernsthaftigkeit der folgenden Zeilen keinen Abbruch tun.

I. Ausgangslage – Stillstand der Schiedsgerichtsbarkeit?

Als uns alle am 15.3.2020 – den Iden des März – der landesweite Lockdown traf, hätte niemand gedacht, welch langfristige und tiefgreifende Änderungen die damit verbundene technische Aufrüstung im praktischen Alltag von Schiedsverfahren mit sich bringen würde. Während man zunächst noch meinte, der reguläre Kanzleibetrieb werde sich binnen weniger Tage wiederaufnehmen lassen, wurden wir alle bald eines Besseren belehrt: Arbeit ausschließlich aus dem Homeoffice war wochenlang angesagt, und natürlich fragte sich die Schieds-Community, was man nun mit den seit Längerem angesetzten Verhandlungsterminen machen solle.

First, scepticism prevailed. Denn es ist doch ein wesentliches Element der Schiedsgerichtsbarkeit, dass man vor dem Tribunal, bestehend aus Schiedsrichtern des eigenen Vertrauens, advokatorisch ausgefeilte Opening Statements hält, dass man die Zeugen ordentlich ins Kreuzverhör nimmt, und dass auch der persönliche Kontakt mit den Kollegen, die persönliche Interaktion des Schiedsgerichts untereinander und – wie böse Zungen manchmal betonen – sogar eine gewisse Reise-tätigkeit irgendwie „dazugehört“. Ja, ein berühmter Schiedsrichter der älteren Generation hat einmal bei einem Essen innerhalb des Schiedsgerichts in einem Feinschmeckerlokal sein Glas Wein mit den Worten erhoben: „*So, my dear co-arbitrators, this is the essence of arbitration.*“

Sollte es mit alldem nun zu Ende sein, ja – *horribile dictu* – sollten Schiedsverfahren nunmehr, um die ihnen zugeschriebene Effizienz zu wahren, womöglich rein schriftlich abgewickelt werden, wie dies zahlreiche institutionelle Verfahrensordnungen ja bereits vor der Corona-Pandemie ermöglicht haben?¹ Das wollten viele nicht. Daher war es zunächst ein erster Reflex vieler Schiedsgerichte, angesetzte Verhandlungen

gen etwas zu verschieben. Nicht allzu lange, denn der Lockdown würde doch hoffentlich rasch beendet, die gestrichenen Flüge wiederaufgenommen und die liebgewonnene frühere Praxis wiederhergestellt werden. Heute wissen wir, dass das ein Irrglaube war: *Nothing will ever be as it was before.*

II. Der OGH prescht vor

Nur wenige Tribunale haben es in den ersten Wochen des Lockdowns gewagt, doch zu verhandeln, und zwar unter Nutzung der technischen Mittel, die manche Kanzleien bereits angeschafft hatten, ohne zu wissen, wofür genau und wie dringend sie diese bald brauchen würden. So begab es sich, dass auch ein beherztes VIAC-Tribunal einen – im betreffenden Verfahren letzten – Verhandlungstermin „virtuell“ oder, wie manche sagen, „remote“ ansetzte.² Die Verfahrensordnung sah zum damaligen Zeitpunkt eine solche Möglichkeit bekanntlich nicht explizit vor.

Empörte Aufschreie einer Partei, die sich dadurch benachteiligt fühlte, waren die Folge. Die Verhandlung fand, um einen Zeugen an der Westküste der USA zu vernehmen, zwischen 15:00 Uhr und den späteren Abendstunden statt. Sie dürfte insgesamt nicht völlig friktionsfrei abgelaufen sein und führte zu einer Ablehnung aller drei Schiedsrichter, ua wegen angeblichen Verstoßes gegen die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs und das Fair-Trial-Gebot des Art 6 EMRK. Österreich war dadurch in der Lage, Schiedsgerichtsgeschichte zu schreiben, weil unser OGH als vermutlich erstes Oberstgericht weltweit bereits im Juli 2020 eine bahnbrechende und wegweisende Entscheidung zur Zulässigkeit virtueller Schiedsverhandlungen fällen konnte.³

Es überrascht nicht, dass der OGH virtuellen Verhandlungen den Weg geebnet und sie ganz klar für zulässig erklärt

* Hon.-Prof. Dr. Irene Welser ist Rechtsanwältin und Senior Partner der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH in Wien. Sie ist führend in den Bereichen Arbitration – auch als Schiedsrichterin – und Litigation tätig, mit einem besonderen Schwerpunkt in der Führung von Shareholder, Post M&A, Construction und Energy Disputes. Sie ist Mitglied des VIAC-Präsidiums, Mitherausgeberin des Austrian Yearbook on International Arbitration und Autorin von mehr als 100 Fachpublikationen.

¹ Siehe dazu etwa *Lew/Mistelis/Kröll*, Chapter 21: Arbitration Procedure, in *Lew et al* (Hrsg.), *Comparative International Commercial Arbitration* (2003) 521 (535 ff).

² Konkret ging es um eine auf den 15.4.2020, also etwa einen Monat nach Beginn des österreichischen Lockdowns angesetzte Schiedsverhandlung.

³ Siehe dazu auch *Scherer/Schwarz/Ortner/Jensen*, In a 'First' Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns, *Kluwer Arbitration Blog* vom 24.10.2020, abrufbar unter <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/> (Zugriff am 31.8.2022).

hat.⁴ Die Entscheidung ist mittlerweile so bekannt, dass sie hier nicht im Detail wiedergegeben werden muss. Ihre Kernaussage ist, dass zum Fair Trial auch ein zügiges Verfahren gehört, das in Zeiten des – wie der OGH ausdrücklich sagt – drohenden Stillstands der Rechtspflege im Zuge einer Pandemie eben gerade durch ein Remote Hearing erreicht werden kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht auf Justizgewährung und effektiven Rechtsschutz, das gerade durch eine zeit- und kostensparende Verfahrensführung im Weg einer Videokonferenz gefördert werden kann. In manchen Sätzen tönen sogar humoristische Züge an, etwa wenn der OGH betont, der Zeuge von der Westküste könne sich über die virtuelle Verhandlung und den für ihn frühen Beginn (um 6:00 Uhr Ortszeit) nicht aufregen, weil ihm dadurch die sonst beschwerliche Reise nach Wien erspart bleibe, er die Verhandlung sogar von zu Hause verrichten und daher nicht einmal den Weg zum Arbeitsplatz antreten müsse. Weiters könne er sich infolge des zeitigen Beginns um 6:00 Uhr Früh bereits viel früher wieder seinen sonstigen Verpflichtungen widmen. *Roma locuta, causa finita.*

III. Die Institutionen ziehen nach

Durch solche und ähnliche Fragen erkannten auch zahlreiche Schiedsinstitutionen Handlungsbedarf: Wie konnte es bloß sein, dass man nicht früher an die zahlreichen Schönheiten gedacht hatte, die eine Verfahrensführung per Computer und Internet ermöglicht? Das ist doch unbegreiflich. Und so überrascht es den Schiedspraktiker nicht, dass für effiziente, moderne und zeitgemäße Schiedsverfahren Videoverhandlungen als „die“ Lösung scheinen mussten, die es nun auch flugs in den institutionellen Regeln zu verankern galt.⁵

So wurde etwa in Art 30 der Wiener Regeln⁶ der programmatische Satz aufgenommen, dass „das Schiedsgericht unter Berücksichtigung der Ansichten der Parteien und der besonderen Umstände des Falls entscheiden kann, eine mündliche Verhandlung in personam oder auf andere Weise durchzuführen“. Ähnlich sieht das die Neufassung der ICC-Regeln 2021 in Art 26 Abs 1 vor: „Das Schiedsgericht kann nach Anhörung der Parteien und unter Berücksichtigung des Sachverhalts und der relevanten Umstände entscheiden, dass die mündliche Verhandlung im Wege der persönlichen Anwesenheit oder ortsunabhängig per Video- oder Telefonkonferenz oder mit sonstigen angemessenen Kommunikationsmitteln durchgeführt wird.“ Was solche „sonstigen“ Kommunikationsmittel sein können, bleibt – zumindest vorerst – einmal der Fantasie des Schiedsgerichts überlassen. Was könnte es denn sonst noch geben? Mündliche Verhandlungen per E-Mail? Wäre das denn noch mündlich? Der Erfindung und Einführung neuer, für uns heute noch undenkbarer Verhandlungsformen wird hier wohl schon der Weg bereitet.

⁴ OGH 23.7.2020, 18 ONc 3/20s, ecolex 2020/464 = EvBL 2021/19 (zust Painsi/Hausmanner/Loska). Für Schweden: Bergsala SDA AB v ICA Sverige AB (Svea Court of Appeal, Case No T 7158-20).

⁵ Zu virtuellen Schiedsverhandlungen siehe etwa auch Chan/Goh, Chapter 11: Hearing, in Ferrari/Rosenfeld (Hrsg.), Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration (2022) 247 (268 ff); Scherer, Chapter 4: The Legal Framework of Remote Hearings, in Scherer/Bassiri/Wahab (Hrsg.), International Arbitration and the COVID-19 Revolution (2020) 65; Bassiri, Conducting Remote Hearings, in Scherer/Bassiri/Wahab (Hrsg.), International Arbitration and the COVID-19 Revolution (2020) 105; Madyoon, Virtual Hearings in International Arbitration: Challenges, Solutions, and Threats to Enforcement, Journal of International Arbitration 2021, 597.

⁶ VIAC Schieds- und Mediationsordnung 2021.

Auch die LCIA Arbitration Rules 2020,⁷ die Swiss Rules 2021⁸ und die ICDR Rules 2021⁹ ermöglichen nunmehr ausdrücklich, dass mündliche Verhandlungen auch per Videokonferenz oder mittels anderer geeigneter Mittel der Telekommunikation abgehalten werden können. Hierüber entscheidet das Schiedsgericht jeweils nach Konsultation der Parteien.

Einige andere Schiedsinstitutionen haben keine speziellen Regeln für virtuelle Verhandlungen eingeführt.¹⁰ Das HKIAC zB räumte dem Schiedsgericht schon in seiner bisherigen Fassung der HKIAC Rules 2018 einen großen Ermessensspielraum ein. Art 13 HKIAC Rules 2018 sieht hier vor: „[...] the arbitral tribunal shall adopt suitable procedures for the conduct of the arbitration in order to avoid unnecessary delay or expense, having regard to the complexity of the issues, the amount in dispute and the effective use of technology, and provided that such procedures ensure equal treatment of the parties and afford the parties a reasonable opportunity to present their case.“

Und schließlich haben sich natürlich auch die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration in ihrer Neufassung 2020 der Frage virtueller Verhandlungen angenommen, und zwar in gewohnt detaillierter und sachkundiger Weise. Art 8.2, der das Oral Hearing regelt, hält in seinem Abs 2 ein Best-Practise-Vorgehen für die Anordnung eines Remote Hearings durch das Tribunal fest:

„At the request of a Party or on its own motion, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, order that the Evidentiary Hearing be conducted as a Remote Hearing. In that event, the Arbitral Tribunal shall consult with the Parties with a view to establishing a Remote Hearing protocol to conduct the Remote Hearing efficiently, fairly and, to the extent possible, without unintended interruptions. The protocol may address:

- the technology to be used;
- advance testing of the technology or training in use of the technology;
- the starting and ending times considering, in particular, the time zones in which participants will be located;
- how Documents may be placed before a witness or the Arbitral Tribunal; and
- measures to ensure that witnesses giving oral testimony are not improperly influenced or distracted.“

Es ist also ein Remote Hearing Protocol aufzustellen, mit dessen Hilfe alle möglichen potenziellen Störfaktoren ausgeschaltet werden sollen. Trotz eines solchen Protokolls hat die Verfasserin jüngst in einem Semi-virtual Hearing einen Fall erlebt, in dem – und zwar mitten in einer begonnenen Verhandlung – nicht weniger als zwei Stunden mit der plötzlich auftretenden Frage zugebracht wurde, ob jenen Zeugen, die (doch) persönlich vernommen wurden, die Beilagen, die ihnen im Rahmen des Kreuzverhörs vorgehalten werden sollten, zusätzlich zur Projektion auf nicht weniger als fünf im Saal mit hohem Kostenaufwand aufgestellten riesigen Screens auch noch physisch ausgehändigt werden müssen. Problem erkannt – Problem nicht immer gebannt.

⁷ Art 19.2 LCIA Arbitration Rules 2020.

⁸ Art 27 Abs 2 Swiss Rules 2021.

⁹ Art 26 Abs 2 ICDR Rules 2021; siehe aber auch Art 22 Abs 2 ICDR Rules 2021, wonach das Schiedsgericht und die Parteien technische Mittel, einschließlich elektronischer Mittel, berücksichtigen können, um die Effizienz und Wirtschaftlichkeit des Verfahrens zu steigern.

¹⁰ Etwa das SIAC, das SCC oder die DIS.

IV. Protokolle gibt es viele, aber nur ein Wiener Protokoll

Unter der Präsidentschaft des Jubilars überrascht es natürlich niemanden, dass sich die VIAC, auch was Empfehlungen für den optimalen Ablauf virtueller Verfahren betrifft, erneut einen Namen gemacht und hier eine Vorreiterrolle eingenommen hat: Bereits im Juni 2020 hat die VIAC nämlich eine praktische Checkliste herausgegeben, in der tatsächlich prophetisch viele Fragen aufgegriffen werden, die sich in der Praxis später hundertprozentig bewahrheitet haben.¹¹ Und Günther Horvath war als Präsident „mittendrin, statt nur dabei“. Besonders sympathisch ist, dass sich das Wiener Protokoll nicht als Anordnung oder Empfehlung, sondern als Ratgeber versteht. Weiters, dass es sich nicht einmal auf Fälle beschränkt, die unter den Wiener Regeln geführt werden, sondern ausdrücklich für alle da sein will. Und wer hätte damals, im Juni 2020, gedacht, dass auch Umstände, die man früher für unvorstellbar gehalten hätte, wie etwa ein Krieg vor der eigenen Haustür, die Notwendigkeit virtueller Hearings weiter fördern würden?

Im Wiener Protokoll werden wichtige Hinweise vorangestellt, so etwa, dass virtuelle Verhandlungen eventuell, je nach anwendbarem Recht, jedoch sicher nicht nach österreichischem,¹² Probleme der Vollstreckbarkeit des dann ergehenden Schiedsspruchs mit sich bringen könnten. Praktische technische Tipps, etwa was die erforderliche Bandbreite und Internetgeschwindigkeit betrifft, werden in Erinnerung gerufen, und nicht zuletzt wird auf die Notwendigkeit zur Einhaltung von Datenschutz und Vertraulichkeit, aber auch auf die Zweckmäßigkeit des Vorhandenseins einer zweiten, einer Backup-Plattform hingewiesen. Spezielle Ratschläge für die tatsächliche Verhandlung, ihr „Setting“ und die nötigen – nicht nur technischen – Vorkehrungen runden das Wiener Protokoll ab.

All das mag Technik-Gurus banal erscheinen, ist es aber nicht. Wer nicht zumindest schon zwei, drei derartige Verhandlungen selbst durchgeführt hat, greift dankbar auf diese Checkliste zurück. Und dies war umso mehr im Juni 2020 der Fall, als die Durchführung virtueller Hearings für die meisten von uns noch völliges Neuland war.

V. Die neuen Rahmenbedingungen und technischen Voraussetzungen

Was aber brauchen wir nun, was sind die neuen Rahmenbedingungen und „Spielregeln“, die durch COVID-19 gekommen sind? Sind es jene Geister, die wir riefen und nun nicht mehr loswerden? Hat die Schiedsgerichtsbarkeit dadurch an Schlagkraft gewonnen? Gilt wenigstens nun, unter den neuen, „modernen“ Abwicklungsbedingungen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit ihren mittlerweile von manchen bezweiferten Ruf als bestes, schnellstes und preisgünstigstes Mittel der

Streitbeilegung aufrechterhalten oder sogar wiedergewinnen kann?

Die Antwort ist: *It depends.* Zweifelsfrei ist allerdings, dass die neuen Verhältnisse nicht immer zu einer Kosteneinsparung beitragen. Wie bisher brauchen wir zur Protokollierung den bereits zum ständigen liebgewonnenen Gast gewordenen Court Reporter. Wie bisher brauchen wir gegebenenfalls Dolmetscher. Beide können nunmehr auch virtuell zugeschaltet werden, und entgegen der anfänglich zu beobachtenden Skepsis funktioniert das auch. Wirklich. Das kann Reisekosten und Zeit sparen. Weiters können Zeugen remote vernommen werden, und zwar auch dann, wenn sie gar nicht an Corona erkrankt sind und auch keinen sonstigen Ausgangs- oder Ausreisebeschränkungen unterliegen. All das kann zur Steigerung der Effizienz und zur Senkung der mit einer Verhandlung verbundenen Ausgaben führen.

Aber es gibt auch eine Kehrseite. Der erste Aspekt gilt natürlich nicht für vollkommen virtuelle, sondern nur für teilvirtuelle Verhandlungen. Während es früher durchaus üblich war, Schiedsverhandlungen in den Kanzleiräumlichkeiten des Vorsitzenden abzuhalten, sofern diese auch über die erforderliche Anzahl an „breakout-rooms“ verfügten, ist das für teilvirtuelle Verhandlungen, wie sie zuletzt vermehrt üblich und von den meisten Tribunalen bevorzugt waren, jedenfalls nach den Erfahrungen der Verfasserin keine ernstzunehmende Option mehr. Denn welche Kanzlei würde es wagen, das theoretisch vorhandene COVID-19-Risiko, das sich durch die meist aus den verschiedensten Erdteilen anreisenden „in Person“ teilnehmenden Schiedsrichter, Parteienvertreter, Zeugen, Experten, Dolmetscher und Court Reporter ergibt, auf sich (und ihre sonstigen Mitarbeiter) zu nehmen?

Ganz abgesehen davon haben sich im Gefolge der COVID-19-Abstandsregeln neue Anforderungen an die Größe von Verhandlungssälen herausgebildet, nach dem Motto: „Was früher groß war, ist jetzt klein.“ Daher fangen viele Schiedsgerichte bei ihren Vorgaben für die Größe von Verhandlungssälen bei 400 bis 500 m² an. So große Räume aber hat kaum eine Kanzlei. Daher beginnt die Suche nach (meist diesen Namen zu Unrecht tragenden) ballrooms in Hotels internationaler Ketten, wo derartige Räumlichkeiten zuletzt wegen des Post-Corona-Nachholeffekts richtige Mangelware und, sofern überhaupt erhältlich, in Kombination mit der erforderlichen Anzahl an breakout-rooms und einer gewissen Grundverpflegung für eine einwöchige Verhandlung meist nicht unter 40.000 € erhältlich waren. Umso schmerzhafter war es dann, wenn eine solche Verhandlung von Schiedsgerichten später womöglich doch aus Furcht vor einer gerade aktuellen Corona-Welle *last minute* abgesagt wurde, sodass diese in der Regel zu 100 % vorauszahlenden Kosten auch noch unwiederbringlich verloren waren und ein zweites Mal anfallen würden.

Der zweite maßgebliche Kostensteigerungsaspekt betrifft den technischen Service-Provider, den man sowohl für zur Gänze als auch für zum Teil virtuelle Verfahren unbedingt und wirklich zwingend braucht. Wer je dachte, die Zuschaltung von Zeugen, die Auswahl des „richtigen“ Sprachkanals in der Sprache des Schiedsgerichts, die richtigen Kameraschwenks auf den gerade Sprechenden – dies gilt natürlich in besonderem Maße für das beliebte Kreuzverhör –, die Aufstellung zahlreicher Screens und der erforderlichen Ton-

¹¹ Guidelines zu virtuellen Schiedsverhandlungen haben etwa auch die ICC (Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic) und die HKIAC (HKIAC Guidelines for virtual hearings) herausgegeben. Vgl dazu etwa Lee/van Muelken, Virtual Hearing Guidelines: A Comparative Analysis and Direction for the Future, Kluwer Arbitration Blog vom 23.6.2021, abrufbar unter <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/23/virtual-hearing-guidelines-a-comparative-analysis-and-direction-for-the-future/> (Zugriff am 31.8.2022).

¹² Dazu OGH 23.7.2020, 18 ONc 3/20s; vgl aber auch für Schweden Bergsala SDA AB v ICA Sverige AB (Svea Court of Appeal, Case No T 7158-20).

leitungen selbst oder mit Mitteln der Kanzlei-IT bewältigen zu können, wurde rasch eines Besseren belehrt. Für die Verfasserin war dies spätestens in dem Moment der Fall, als sie die (geschätzt) 200 Kabel, die Sound- und Bild-Mischboards, die jeweils ca 4 m² einnehmenden Equipments und die zwei bis drei hierfür erforderlichen Techniker bei ihrer ersten derartigen Verhandlung gesehen hat. Und besonders verschärft wird dies im Fall von *simultaneous translations*, bei denen sichergestellt werden muss, dass das *transcript* auch wirklich ohne Störung remote in der richtigen Sprache erstellt werden kann.

Wir merken uns: Neben Court Reporter und Dolmetscher in der Übersetzerkabine reservieren wir künftig auch einen Platz für den technischen Service-Provider und sein Equipment. Und dies im Fall teilvirtueller Hearings voraussichtlich in einem riesigen Hotel-Veranstaltungsraum.

VI. Ein persönliches Resümee

Die anfängliche Skepsis, ja zum Teil vehemente Ablehnung virtueller oder teilvirtueller Verhandlungen ist überwunden: *Tempora mutantur et nos mutamur in illis*. Corona hat uns

eine neue Toolbox von technischen, effizienzsteigernden und hoffentlich zumindest teilweise auch kostensparenden Maßnahmen gebracht, die wir mit Freude, aber auch mit Bedachtsamkeit nutzen können und sollen. Sie sind in den letzten beiden Jahren *state of the art* geworden¹³ und aus der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht mehr wegzudenken, und das ist auch gut so. Andererseits soll damit kein Verlust an Advokatur einhergehen, kein Verzicht auf den direkten *grip* auf den Zeugen in der *cross-examination*, und keinesfalls ein Verlust der Interaktion zwischen Schiedsrichtern und Parteienvertretern, aber auch innerhalb des Schiedsgerichts. Persönliche Besprechungen und all das, was internationale Schiedsgerichtsbarkeit *at its best* ausmacht, kann nicht in allen Facetten durch ein WebEx-, Teams-, oder Zoom-Meeting ersetzt werden. Und niemand weiß das besser als der Grandseigneur der Schiedsgerichtsbarkeit, unser Jubilar!

¹³ Vgl dazu etwa die AAA-ICDR Virtual Hearing Case Statistics: Während im März 2020 nur 17 *virtual events* (dh *evidentiary hearings*, *preliminary hearings*, *mediation sessions*, *pre-mediation conferences* und *settlement conferences*) stattfanden, wurden im März 2021 782 und im März 2022 641 von der AAA-ICDR organisierte *virtual events* abgehalten.