

JENS KLEINSCHMIDT

Delegation von
Privatautonomie
auf Dritte

Jus Privatum

186

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 186



Jens Kleinschmidt

Delegation von Privatautonomie auf Dritte

Zulässigkeit, Verfahren und Kontrolle
von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen
Dritter im Schuld- und Erbrecht

Mohr Siebeck

Jens Kleinschmidt, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft in Köln, Genf, Freiburg und Berkeley (LL.M.); 2003 Promotion Regensburg; 2004 Zweite jur. Staatsprüfung Hamburg; 2005–2013 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg; 2005–2012 Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School Hamburg; 2012 Habilitation Bucerius Law School; Lehrstuhlvertretungen in Heidelberg und Halle (Saale); seit 2013 Professor für Zivilrecht, insbesondere Internationales Privat- und Verfahrensrecht, sowie Rechtsvergleichung an der Universität Trier.

e-ISBN PDF 978-3-16-152607-7

ISBN 978-3-16-152527-8

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Herbsttrimester 2012 von der Bucerius Law School Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Für das Verfahren befand sie sich auf dem Stand von März 2012. Wesentliche danach erschienene Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende 2013 nachgetragen. Nicht weiter nachgetragen wurde die derzeit noch im Fluss befindliche Diskussion um den Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, der eine Bestimmung zur Festsetzung durch einen Dritten enthält (dazu *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 76 [2012], 785 ff.).

Mein erster herzlicher Dank gebührt meinem akademischen Lehrer Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann. Er hat die Entstehung dieser Arbeit mit besonderem Engagement, wohlmeinendem Rat, großen Freiheiten und der anregenden Arbeitsatmosphäre seiner Arbeitsgruppe gefördert und umfassend meinen Werdegang unterstützt. Weitere Gutachter im Habilitationsverfahren waren Professor Dr. Matthias Jacobs und – als nach der Habilitationsordnung der Bucerius Law School zwingend erforderlicher externer Gutachter – Professor Dr. Andreas Spickhoff. Beiden danke ich herzlich dafür, dass sie diese Aufgabe auf sich genommen haben. Für die Mitwirkung als – ebenfalls vorgeschriebenes – weiteres externes Mitglied des Habilitationsausschusses danke ich Frau Professor Dr. Bettina Heiderhoff. Die Leitung des Habilitationsverfahrens oblag Professor Dr. Karsten Thorn. Dafür danke ich ihm und auch für die Jahre der schönen Zusammenarbeit im Schwerpunktbereich „Recht des internationalen Handels“.

Nicht unmittelbar am Habilitationsverfahren beteiligt, doch in vielfältiger Weise Begleiter und Förderer dieser Arbeit war Professor Dr. Jens Peter Meincke, der seit meinem ersten Semester – damals als Vertrauensdozent der Studienstiftung des deutschen Volkes – meinen Weg auf wunderbare Weise unterstützt hat und dem ich für vieles dankbar bin. Bei der Themensuche konnte ich frühe Überlegungen zu Schiedsgutachten und Schiedsverfahren mit Professor Dr. Klaus Sachs diskutieren, dem hierfür mein Dank gilt.

Für einen Zeitraum von drei Jahren wurde die Fertigstellung dieser Arbeit von der Deutschen Forschungsgemeinschaft mit der Finanzierung einer eigenen Stelle gefördert. Für den dadurch ermöglichten Freiraum danke ich herzlich. Aus dieser Förderung konnte auch die Publikation teilweise finanziert werden. Die Arbeit ist entstanden am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, von dessen idealen Arbeitsbedingungen ich sehr profitiert habe. Dank gilt dort insbesondere den Mitarbeitern der Bibliothek sowie Christian Eckl, der als Leiter der Abteilung Redaktionen die Ver-

öffentlichung engagiert begleitet hat. Zudem danke ich den Direktoren dafür, dass das Institut den Druck ebenfalls mit der Gewährung eines großzügigen Zuschusses unterstützt hat.

Danken möchte ich allen Kollegen und Freunden, die während der Entstehung der Arbeit mit Diskussionsbereitschaft zur Seite standen. Ganz besonderer Dank für ihre Unterstützung gilt den Freunden Florian Faust, Phillip Hellwege, Tobias Helms, Giesela Rühl und Jens Martin Zeppernick. Bei der Vorbereitung der Drucklegung haben an meinem Trierer Lehrstuhl Dorothée Carl, Ursula Ferlemann, Dominik Groß, Thomas Kemper, Aline Meiser und besonders Hanno Merten mitgeholfen. Dafür danke ich in Vorfreude auf die weitere Zusammenarbeit.

Die Liebe und das Vertrauen meiner Mutter Barbara Kleinschmidt und meines Bruders Axel Kleinschmidt begleiteten mich auch auf dieser Etappe. Möglich wurde diese Arbeit erst durch die tatkräftige und geduldige Unterstützung und den liebevollen Rückhalt meiner Frau Annemie Schmitz-Valckenberg, die jeden Schritt dieses Weges mit mir gegangen ist. Dafür danke ich ihr mehr, als es in diesem Vorwort möglich ist. Ihr – und unseren beiden Söhnen Thomas und Nikolas – ist dieses Buch gewidmet.

Trier, im April 2014

Jens Kleinschmidt

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

Einleitung

§ 1 <i>Problemstellung</i>	1
A. Privatautonomie und Selbstgestaltung	3
B. Drei Problemkomplexe	6
C. Drei Problemebenen	16
D. Die fragmentarische Erfassung dieser Probleme im Gesetz	18
E. Die Delegation von Privatautonomie in ausländischen Rechtsordnungen	20
F. Gang der Untersuchung	23
§ 2 <i>Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes</i>	25
A. Drei terminologische Vorbemerkungen	25
B. Gestaltungsentscheidungen und Feststellungsentscheidungen	30
C. Abgrenzungen	96

Teil 1:

Zulässigkeit einer Delegation

§ 3 <i>Delegation und Selbstbestimmung</i>	101
A. Rückkopplung der Delegation an die Privatautonomie des Delegierenden	102
B. Delegation als Schiedsgutachtenklausel in AGB	123
C. Form der Delegation	139

§ 4 <i>Delegation und Aufgabenverteilung</i>	147
A. Zum Bestimmtheitsgebot	148
B. Das Bestimmtheitsgebot als Verankerung der Aufgabe zur Selbstgestaltung	152
C. Grenzen der Bestimmbarkeit	187
D. Fehlschlagen der Delegation: Subsidiäre richterliche Vertragshilfe	224
E. Delegation an ein Gericht: Primäre richterliche Vertragshilfe	268
 § 5 <i>Delegation und Höchstpersönlichkeit</i>	 305
A. Reichweite des Drittbestimmungsverbots	307
B. Die Suche nach Gründen für die Beschränkung der Drittbestimmung	352

Teil 2:

Verfahren der Drittbestimmung

§ 6 <i>Ausgangslage</i>	407
A. Warum Verfahrensregeln für Schiedsgutachten?	407
B. Welche Verfahrensregeln für Schiedsgutachten?	412
 § 7 <i>Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgutachters</i> ..	 414
A. Inhalt des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	415
B. Geltung des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	420
C. Folgen einer Verletzung des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	493
 § 8 <i>Rechtliches Gehör</i>	 521
A. Präzisierung: Was bedeutet rechtliches Gehör bei Schiedsgutachten? .	521
B. Fälle, in denen „rechtliches Gehör“ zu gewähren ist	525
C. Kein genereller Anspruch auf rechtliches Gehör	528
D. Übertragbarkeit auf das Erbrecht	541
E. Gleichbehandlung der Parteien	543
F. Ergebnis	544

§ 9 <i>Begründung der Entscheidung</i>	546
A. Grundsätzlich: Zwingendes Begründungserfordernis	548
B. Keine Begründung bei Schiedsgutachten ohne Kontrolle auf offenbare Unbilligkeit oder Unrichtigkeit	556
C. Kontrollüberlegung: Keine Begründungspflicht in England und Frankreich	558
D. Nachholbarkeit der Begründung	559
E. Ergebnis	563
§ 10 <i>Höchstpersönlichkeit der Entscheidung</i>	564
A. Zulässigkeit einer Substitution	564
B. Reichweite des höchstpersönlichen Charakters	579
C. Folgen einer nicht höchstpersönlichen Gutachtenerstellung	582
D. Ergebnis	585
§ 11 <i>Form der Entscheidung</i>	586
A. Keine Erstreckung von Formanforderungen für die Schiedsgutachtenklausel auf das Schiedsgutachten	588
B. Keine Analogie zur Form des Schiedsspruches	592
C. Ergebnis	593
§ 12 <i>Gremienentscheidungen</i>	594

Teil 3:

Kontrolle der Drittbestimmung

§ 13 <i>Die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens</i>	599
A. Die dreifache Bindungswirkung des Schiedsgutachtens	599
B. Privatautonome Modifikationen der Bindungswirkung	612
C. Auswirkungen fehlender Verbindlichkeit	621
§ 14 <i>Grundsätze der Kontrolle des Schiedsgutachtens</i>	626
A. Zweck der Kontrolle	626
B. Privatautonome Modifizierung der Kontrolle	639
C. Folgen der Kontrolle	666

§ 15 Einzelheiten zum Kontrollmaßstab	700
A. Ein einheitlicher Grund oder viele Gründe für die Unverbindlichkeit?	700
B. Die Unverbindlichkeit wegen einer Abweichung von Vorgaben in der Unterwerfung	707
C. Die Unverbindlichkeit wegen offenkundiger Unbilligkeit insbesondere ..	716

Teil 4:

Delegation von Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit

§ 16 Delegation von Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit	773
A. Der Dritte: „Wesensverschieden“ oder „kleiner Schiedsrichter“?	773
B. Die Kongruenz der Aufgabenbereiche von Schiedsgutachter und Schiedsrichter	779
C. Abgrenzungskriterien und ihre Grenzen	822
D. Die Wahlmöglichkeit der Parteien: Stärkung der Privatautonomie	829

Schluss

§ 17 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	833
A. Delegation und Selbstbestimmung	833
B. Delegation und Aufgabenverteilung	839
C. Delegation und Höchstpersönlichkeit	841
D. Delegation und Schiedsgerichtsbarkeit	842
E. Ausblick	843
Literaturverzeichnis	845
Sachregister	895

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

Einleitung

§ 1 <i>Problemstellung</i>	1
A. Privatautonomie und Selbstgestaltung	3
B. Drei Problemkomplexe	6
I. Schutz vor Fremdbestimmung	6
1. Fremdbestimmung durch Private	7
2. Fremdbestimmung durch den Staat	8
II. Selbstgestaltung als Aufgabe	10
1. Aufgabenübertragung an einen privaten Dritten	12
2. Aufgabenverteilung zwischen Staat und privat	13
III. Höchstpersönlichkeit	15
C. Drei Problemebenen	16
I. Zulässigkeit – Verfahren – Kontrolle	16
II. Wechselwirkungen	18
D. Die fragmentarische Erfassung dieser Probleme im Gesetz	18
E. Die Delegation von Privatautonomie in ausländischen Rechtsordnungen	20
F. Gang der Untersuchung	23

§ 2 Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes	25
A. Drei terminologische Vorbemerkungen	25
I. Gremienentscheidungen	25
II. Gestaltende Schiedsgutachten und feststellende Schiedsgutachten	26
III. Schiedsgutachtenvertrag und Schiedsgutachtervertrag	29
B. Gestaltungsentscheidungen und Feststellungsentscheidungen	30
I. Beispiele einer Delegation von Privatautonomie	30
1. Gestaltende Schiedsgutachten	31
a) Beispiele im Schuldrecht	31
aa) Ergänzung eines Vertrages	31
bb) Änderung und Anpassung des Vertragsinhalts	34
cc) Gegenstand der Drittbestimmung: Nicht nur Leistungen	37
b) Beispiele im Erbrecht	39
2. Feststellende Schiedsgutachten	40
a) Beispiele im Schuldrecht	40
b) Beispiele im Erbrecht	43
II. Feststellungsentscheidungen als delegierte Privatautonomie	44
1. Unterschiede zwischen gestaltendem und feststellendem Schiedsgutachten	46
2. Gemeinsamkeiten aus historischer Perspektive	47
a) Die verengte Sichtweise des BGB-Gesetzgebers	47
b) Analoge Anwendung der §§ 317 ff. BGB	48
c) Gestaltung und Feststellung im 19. Jahrhundert	49
3. Gemeinsamkeiten aus vergleichender Perspektive	55
a) Französisches Recht	55
b) Englisches Recht	62
c) Feststellungen (nur) durch Schiedsgerichte?	64
4. Gemeinsamkeiten aus dogmatischer Perspektive	65
a) Funktional vergleichbare Aufgaben	65
b) Der Einfluss des Entscheidungsmaßstabs: Billiges Ermessen und Richtigkeit	67
5. Das feststellende Schiedsgutachten als Ergänzung eines Feststellungsvertrags	71
a) Feststellende Schiedsgutachten als Institute des materiellen Rechts	71
b) Ergänzung eines materiell-rechtlichen Feststellungsgeschäfts	72
c) (Potentielle) Umgestaltung der materiellen Rechtslage	81
d) Die prozessuale Deutung des feststellenden Schiedsgutachtens	84
e) Argumente in der Sache	86

aa) Erklärung der Bindung des Gerichts	86
bb) Auswirkungen auf die Fälligkeit des Anspruchs	87
cc) Erklärung des einseitig verbindlichen Gutachtens	91
dd) Der eigentliche Zankapfel: Verfahrensgarantien	92
III. Ergebnis	95
C. Abgrenzungen	96
I. Andere Formen der Delegation	97
1. Stellvertretung	97
2. Bestimmungsbefugnisse einer Partei	98
II. Andere Formen der Verweisung auf Dritte	99
1. Vereinbarung eines Markt- oder Börsenpreises	99
2. Verweisung auf von Dritten erstellte Regelwerke	100

Teil 1:

Zulässigkeit einer Delegation

§ 3 <i>Delegation und Selbstbestimmung</i>	101
A. Rückkopplung der Delegation an die Privatautonomie des Delegierenden	102
I. Selbstbindung als Ausübung von Privatautonomie	102
II. Bevollmächtigung als Ausübung von Privatautonomie	103
1. Erteilung von Vertretungsmacht führt nicht zu Fremdbestimmung	103
2. Der Dritte als Vertreter des Delegierenden?	104
a) Der Dritte als <i>mandataire commun</i>	105
b) Ein Erklärungsmodell auch für das deutsche Recht?	108
III. Delegation als Ausübung von Privatautonomie	111
1. „Unterwerfung“ unter die Entscheidung des Dritten	111
2. Und die Richtigkeitsgewähr?	113
a) Ansätze einer Kompensation	115
b) Richtigkeitsgewähr durch Aushandeln der Delegation	117
3. Die Rechtsmacht des Dritten: Ein Gestaltungsrecht?	121
IV. Ergebnis	123

B.	Delegation als Schiedsgutachtenklausel in AGB	123
I.	Kontrollfähigkeit der Schiedsgutachtenklausel	124
1.	Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 BGB?	124
2.	Entbehrlichkeit einer Inhaltskontrolle des Schiedsgutachtens wegen nachgelagerter Kontrolle des Schiedsgutachtens?	128
II.	Kontrolle der Schiedsgutachtenklausel	129
1.	Fehlende Transparenz	130
2.	Prüfung anhand besonderer Klauselverbote	131
3.	Prüfung anhand der Generalklausel, § 307 BGB	131
a)	Fehlendes berechtigtes Interesse an der Einschaltung eines Schiedsgutachters	131
b)	Hohes Geschäftsrisiko	133
c)	Modifizierungen von Entscheidungs- oder Kontrollmaßstab	134
d)	Fehlende Verfahrensanforderungen	135
III.	Folgen der Unwirksamkeit und Ergebnis	138
C.	Form der Delegation	139
I.	Vereinbarung eines Schiedsgutachtens unter Lebenden	140
1.	Kein Formerfordernis analog § 1031 ZPO	140
2.	Formbedürftigkeit als Nebenabrede	143
II.	Anordnung eines Schiedsgutachtens von Todes wegen	145
III.	Ergebnis	146
	<i>§ 4 Delegation und Aufgabenverteilung</i>	147
A.	Zum Bestimmtheitsgebot	148
I.	Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts als Wirksamkeits- voraussetzung	148
II.	Der Zusammenhang zwischen § 317 BGB und dem Bestimmtheitsgebot	150
B.	Das Bestimmtheitsgebot als Verankerung der Aufgabe zur Selbstgestaltung	152
I.	Zur Funktion des Bestimmtheitsgebots	152
1.	Bestimmtheit und prozessuale Durchsetzung	152
2.	Bestimmtheit und Auslegung	155
3.	Bestimmtheit und Dissens	157
4.	Bestimmtheit und Aufgabenverteilung zwischen Staat und privaten Parteien	163

a)	Herleitung der Verteilungsfunktion des Bestimmtheitsgebots	163
b)	Die Sichtweise des 19. Jahrhunderts	164
c)	Wandel der Aufgabenverteilung bei der Erbaueinandersetzung . .	167
d)	Ergebnis	176
II.	Anwendung auf die Delegation von Privatautonomie	177
1.	Die Schwierigkeit der Grenzziehung	177
2.	Delegation von Privatautonomie bedeutet keine „Lockerung“ des Bestimmtheitsgebotes	181
III.	Ergebnis	187
C.	Grenzen der Bestimmbarkeit	187
I.	Bestimmbarkeit des Inhalts der Entscheidung	187
1.	Eine Skala der Entscheidungsmaßstäbe	188
a)	Die Abstufungen nach deutschem Recht	188
aa)	Billiges Ermessen	189
bb)	Freies Ermessen	191
cc)	Freies Belieben	191
b)	Weniger Dogmatisierung in England und Frankreich	192
2.	Zulässigkeit einer Entscheidung nach freiem Belieben	194
a)	Keine unzulässige Gefährdung der Selbstbestimmung	196
b)	Die (vermutliche) Unzulässigkeit freien Beliebens im römischen Recht	196
c)	Delegation von Privatautonomie trägt auch Entscheidung nach freiem Belieben	203
d)	Im Zweifel für das billige Ermessen	204
e)	Feststellungsentscheidungen nach freiem Belieben?	207
3.	Erforderlichkeit von Entscheidungskriterien	208
a)	Unwirksamkeit des Vertrags ohne Entscheidungskriterium?	208
b)	Maßgeblichkeit des Bindungswillens	209
c)	Abweichende Grundsätze im Erbrecht?	213
II.	Bestimmbarkeit der Person des Dritten	216
1.	Delegation der Auswahl des Dritten	216
a)	Delegation an einen privaten Dritten	216
b)	Delegation an ein Gericht	217
2.	Vorbehalt einer späteren Einigung	219
3.	Scheitern des Mechanismus	220
III.	Verschärfung des Bestimmtheitsgebots durch Formvorschriften?	221
IV.	Ergebnis	224

D. Fehlschlagen der Delegation: Subsidiäre richterliche Vertragshilfe	224
I. Fehlschlagen der Delegation: Ein allgemeiner Tatbestand	226
1. Direkte und analoge Anwendung des § 319 Abs. 1 S. 2 BGB . .	226
a) Nichtwollen und Nichtkönnen	226
b) Verzögerung	227
c) Verweigerter Mitwirkung des Vertragspartners	228
d) Wegfall des Dritten	230
e) Weitere Fälle	231
2. Zusammenführung	232
a) Kritik	232
b) Ein allgemeiner Tatbestand in England und Frankreich	234
II. Subsidiäre richterliche Vertragshilfe	236
1. Unwirksamkeit als Rechtsfolge	236
a) Besonderes Vertrauen in die Person des Dritten	236
b) Feststellende Schiedsgutachten?	238
c) Generelle Unwirksamkeit: Der Ansatz des französischen Rechts . .	239
2. Zwischenlösung: Gerichtliche Benennung eines neuen Dritten	244
3. Gerichtliches Ersatzgutachten	245
a) Die Entstehung von § 319 Abs. 1 S. 2 BGB	245
b) Die Entwicklung im englischen Recht	247
aa) Die traditionelle Lösung: Unwirksamkeit des Vertrags	247
bb) Gründe für die Unwirksamkeit	250
cc) Der neue Ansatz: Gerichtliche Ersetzung möglich	253
dd) Festigung des neuen Ansatzes	258
4. Bewertung	260
a) Ersetzbarkeit des Dritten	260
b) Richterliche Ersatzbestimmung und Aufgabenverteilung	260
c) Die Benennung eines neuen Dritten als „milderes Mittel“?	264
III. Ergebnis	267
E. Delegation an ein Gericht: Primäre richterliche Vertragshilfe	268
I. Einschaltung des Gerichts als Dritter?	268
II. Handeln als Richter oder Handeln als Privatperson?	270
1. Schiedsgutachten als Urteil	270
2. Schiedsgutachten als Justizverwaltungsakt	271
III. Aufgabenübertragung analog § 319 Abs. 1 BGB	274
1. „Überspringung“ des Dritten bei Gestaltungsentscheidungen eines Schiedsgerichts	275
2. Einwände gegen die schiedsgerichtliche Gestaltung, insbesondere Kompetenzgleichlauf	276

3. „Überspringung“ des Dritten bei der richterlichen Festsetzung einer Vertragsstrafe	277
a) Delegation der Vertragsstrafenbestimmung	278
b) Der „alte Hamburger Brauch“	280
c) Der „neue Hamburger Brauch“	281
IV. Keine primäre richterliche Vertragshilfe	283
1. Grundsätzliche Einwände	285
a) Rechtsschutzverkürzung durch „Überspringung“ des Dritten? ...	285
b) Vertragshilfe als Domäne der freiwilligen Gerichtsbarkeit?	286
2. Richterliche Gestaltung bei besonderem Bedürfnis?	290
3. <i>Numerus clausus</i> der Gestaltungsklagen	291
a) Justizökonomische Erwägungen	293
b) Richterliche Gestaltung und Privatautonomie	296
c) Umgehung der gerichtlichen Ersetzungsfunktion?	302
V. Ergebnis	304
 § 5 <i>Delegation und Höchstpersönlichkeit</i>	 305
A. Reichweite des Drittbestimmungsverbots	307
I. Delegation des Erblasserwillens?	307
II. Abgrenzungen	309
1. Ausschluss der Stellvertretung (formelle Höchst- persönlichkeit)	309
2. Feststellungsentscheidungen Dritter	310
3. Potestativbedingungen	311
4. Verhältnis zum allgemeinen Bestimmtheitsgebot	313
5. Ermächtigung des Vorerben	316
III. Zulässigkeit einer Drittbestimmung und Ausnahmen von § 2065 BGB	324
IV. Die Drittbestimmung des Erben zwischen Gestaltung und Feststellung	327
1. Der fließende Übergang zwischen einer Konkretisierung und einer Bestimmung des Erben durch einen Dritten	327
2. Entscheidungsspielraum des Dritten?	328
3. Unklarheit über die erforderlichen Vorgaben	334
a) Angabe eines begrenzten Personenkreises?	334
b) Angabe der Entscheidungskriterien im Testament?	335
c) Benennung des Dritten?	337
d) Sachkunde des Dritten?	338
4. Bedeutung in Praxis und Dogmatik	338

V. „Umgehung“ des Verbots der Erbenbestimmung	339
1. Keine Unwirksamkeit des drittbestimmten Universalvermächtnisses wegen Umgehung des § 2065 BGB	340
2. Umdeutung einer unwirksamen Erbeinsetzung	345
3. Nachteile eines drittbestimmten Universalvermächtnisses	348
VI. Lebzeitige Alternativen	350
VII. Ergebnis	351
B. Die Suche nach Gründen für die Beschränkung der Drittbestimmung	352
I. Materiale Gründe	353
1. Unverzichtbare Privatautonomie	353
a) Delegation ist Ausübung von Privatautonomie	354
b) Delegation ist Entscheidung des „Nächstbeteiligten“	355
2. Verantwortung des Erblassers	356
a) Delegation als Ausdruck von Verantwortungsbewusstsein	356
b) Möglichkeiten „verantwortungslosen“ Testierens	358
c) Verantwortung wem gegenüber?	359
3. Schutz der gesetzlichen Erbfolge und der Angehörigen des Erblassers	360
a) Keine schutzwürdigen Erwerbsaussichten	361
b) Delegationsverbot als ungeeignetes Schutzinstrument	364
4. Vermögenskonzentration und Verewigung des Erblasserwillens	366
a) Drittbestimmungsverbot dient nicht der Verhinderung von Vermögenskonzentration	367
b) Drittbestimmungsverbot hindert keine Perpetuierung des Erblasserwillens	368
5. Missbrauch der Bestimmungsbefugnis	369
a) Erblasser kann mit der Missbrauchsgefahr umgehen	370
b) Kontrolle der Drittbestimmung zum Schutz vor Missbrauch	371
6. Besonderer Status des Erben	371
a) Persönlichkeitsrechtliche Dimension	372
b) Materiales Gewicht des Erbenstatus	373
7. Zwischenergebnis	376
II. Strukturelle Gründe	377
1. Strukturelle Unterschiede zur Delegation im Vertragsrecht ..	377
a) Unterschiedliches Gewicht einer Drittbestimmung	378
b) Bestimmung einer Leistung und Bestimmung einer Person	379

aa)	Bestimmung des Belohnungsempfängers, §§ 660, 661 BGB . . .	380
bb)	Bestimmung des Drittbegünstigten beim Vertrag zugunsten Dritter	381
cc)	Bestimmung des Vertragsübernehmers	385
dd)	Qualitative Unterschiede zwischen Vertragsrecht und Erbrecht	387
ee)	Kriterien zur Bestimmung einer Person	387
c)	Zwischenergebnis	389
2.	Wechselwirkung von Zulässigkeit und Kontrolle	389
a)	Schutz der Erbaspiranten, nicht des Erblassers	390
b)	Verwirklichung des Schutzes	392
3.	Wechselwirkung von Zulässigkeit und Verfahren	393
a)	Verfahrensfragen rund um eine Drittbestimmung des Erben	393
b)	Das praktische Problem: Ein langer Schwebeszustand	395
c)	Erbfall zum Zeitpunkt der Bestimmungserklärung	396
d)	Erbfall mit dem Tod des Erblassers	399
aa)	Testamentsvollstreckung	400
bb)	Nachlasspflegschaft	401
e)	Schlussfolgerungen	402
aa)	<i>De lege lata</i>	402
bb)	<i>De lege ferenda</i>	405
III.	Ergebnis	406

Teil 2:

Verfahren der Drittbestimmung

§ 6	<i>Ausgangslage</i>	407
A.	Warum Verfahrensregeln für Schiedsgutachten?	407
I.	Der Theorienstreit um die Rechtsnatur des Schiedsgutachtens und seine Auswirkungen auf das zu beachtende Verfahren	407
II.	Die entscheidende Frage nach dem Bedürfnis nach Verfahrensregeln	408
III.	Erweiterung des Blickfelds auf gestaltende Schiedsgutachten	411
B.	Welche Verfahrensregeln für Schiedsgutachten?	412
I.	Geltung von Verfahrensregeln unproblematisch	412
II.	Offene Fragen	413

§ 7 <i>Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgutachters</i> ..	414
A. Inhalt des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	415
I. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Richtern und Schiedsrichtern	415
1. Die Paarformel „Unabhängigkeit und Unparteilichkeit“	415
2. Die Notwendigkeit einer kasuistischen Herangehensweise ...	416
II. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgutachters – Versuch einer Kasuistik	417
B. Geltung des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	420
I. Geltung kraft ausdrücklicher Parteivereinbarung	420
1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen	420
2. In Individualvereinbarungen	420
II. Generelle Geltung bei feststellenden Schiedsgutachten	422
1. Die Position der Rechtsprechung	424
a) Klassische Wahrnehmung der Rechtsprechung: Ablehnende Haltung	424
b) Ältere Entscheidungen: Anerkennung eines Neutralitätsgebots ...	427
c) Wiederentdeckung des Neutralitätsgebots	430
2. Keine Geltung des Gebots aufgrund einer Funktions- ähnlichkeit zum (Schieds-)Richter oder zum gerichtlichen Sachverständigen	437
a) Funktionsvergleich mit gesetzlich geregelten Personenkreisen ...	437
b) Stellungnahme	439
3. Keine Geltung aufgrund der Bindung des Richters an den Inhalt des Schiedsgutachtens	442
a) Richter ist an Schiedsgutachten gebunden	442
b) Stellungnahme	442
4. Keine Geltung aufgrund einer Qualifikation von Schiedsgutachten als Rechtsprechung	445
a) Verfassungsrechtlicher Begriff der Rechtsprechung	445
b) Unbrauchbarkeit des verfassungsrechtlichen Begriffs	449
c) Grund für die Einordnung von Schiedsgerichtsverfahren als materielle Rechtsprechung	450
d) Stellungnahme	452
5. Zutreffender Ansatzpunkt: Mutmaßlicher Parteiwille	456
a) Gründe für die Aufnahme des Gebots in den mutmaßlichen Parteiwillen	456
b) Ein „implied term“ der Neutralität – Rechtslage in England	458
c) „Der Dritte muss wirklich Dritter sein“ – Rechtslage in Frankreich	460

d) Die Schlüsselrolle des Parteiwillens	462
e) Dispositionen über das Neutralitätsgebot	462
6. Einfluss verfassungsrechtlicher Anforderungen	465
a) Schiedsgutachten und gerichtlicher Privatrechtsschutz	465
b) Präzisierung der Person des „Dritten“	467
c) Schiedsgutachten und das Verbot des Richtens in eigener Sache ...	470
d) Ergebnis	474
7. Einzelheiten zur Beurteilung der „Entscheidung in eigener Sache“ nach § 315 BGB	475
III. Generelle Geltung auch bei gestaltenden Schiedsgutachten	476
IV. Folgerungen für das Erbrecht	479
1. Bestandsaufnahme: Keine einheitliche Behandlung im Gesetz	480
a) Strengerer Kontrollmaßstab für Entscheidung in eigener Sache bei § 2156 BGB	480
b) Keine Differenzierung nach der Person des Bestimmungs- berechtigten bei § 2048 S. 2 BGB	481
c) Entscheidung in eigener Sache bei § 2151 BGB	483
d) Differenzierung bei § 2193 BGB?	484
e) Bestimmungsrecht nach freiem Belieben bei § 2198 BGB	487
2. Analyse: Gleichlauf von Schuldrecht und Erbrecht	489
a) Entscheidungen nach freiem Belieben	489
b) Begründung des Gebots aus dem mutmaßlichen Erblasserwillen ..	490
c) Entscheidungen in eigener Sache	491
d) Feststellende Schiedsgutachten	491
V. Ergebnis	492
C. Folgen einer Verletzung des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	493
I. Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens und der Schiedsgutachtenvereinbarung	493
II. Haftung des Schiedsgutachters	496
III. Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens	497
IV. Zwischenstreit über die Befangenheit	502
1. Die Ablehnung des Schiedsgutachters im französischen Recht	503
2. Ablehnung eines nicht neutralen Schiedsgutachters analog § 1037 ZPO?	504
3. Alternativen zu einer Analogie zu § 1037 ZPO	509
a) Außerordentliche Kündigung des Schiedsgutachtervertrags	509
b) Erhebung einer Feststellungsklage	512
c) Schiedsgerichtliche Entscheidung über die Ablehnung	515

4. Ergebnis	516
V. Präklusion	516
VI. Ergebnis	519
§ 8 <i>Rechtliches Gehör</i>	521
A. Präzisierung: Was bedeutet rechtliches Gehör bei Schiedsgutachten? .	521
B. Fälle, in denen „rechtliches Gehör“ zu gewähren ist	525
I. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen	525
II. In Individualvereinbarungen	526
III. Kraft einseitiger Gewährung rechtlichen Gehörs?	527
C. Kein genereller Anspruch auf rechtliches Gehör	528
I. Ablehnende Position der Rechtsprechung und Reaktionen darauf	528
II. Ablehnende Position in England und Frankreich	530
1. Französisches Recht	530
2. Englisches Recht	533
III. Begründungsansätze für einen Anspruch auf rechtliches Gehör .	534
1. Funktion des Schiedsgutachters und Bindungswirkung des Gutachtens	535
2. Mutmaßlicher Parteiwille	536
3. Bewertung	537
D. Übertragbarkeit auf das Erbrecht	541
E. Gleichbehandlung der Parteien	543
F. Ergebnis	544
§ 9 <i>Begründung der Entscheidung</i>	546
A. Grundsätzlich: Zwingendes Begründungserfordernis	548
I. Begründung zur Ermöglichung einer Fremdkontrolle	548
II. Keine zwingende Begründung analog § 1054 Abs. 2 ZPO	550
III. Begründungsbedürftige Ausübung eines Gestaltungsrechts?	553
B. Keine Begründung bei Schiedsgutachten ohne Kontrolle auf offenbare Unbilligkeit oder Unrichtigkeit	556

C. Kontrollüberlegung: Keine Begründungspflicht in England und Frankreich	558
D. Nachholbarkeit der Begründung	559
E. Ergebnis	563
<i>§ 10 Höchstpersönlichkeit der Entscheidung</i>	564
A. Zulässigkeit einer Substitution	564
I. Persönliche Aufgabenwahrnehmung des gerichtlichen Sachverständigen	567
II. Höchstpersönlichkeit als Reflex des Gebots von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	568
III. Höchstpersönlichkeit als Folge des § 319 Abs. 1 BGB	569
IV. Höchstpersönlichkeit wegen fehlender Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten?	570
V. Höchstpersönlichkeit und Privatautonomie	572
1. Zum Vergleich: Divergierende Ansichten bei der Stellvertretung	573
a) Deutsches Recht: Interesse des Geschäftsherrn	573
b) Französisches Recht: Interesse des Bevollmächtigten	574
2. Folgerungen für die Delegation von Privatautonomie	577
B. Reichweite des höchstpersönlichen Charakters	579
C. Folgen einer nicht höchstpersönlichen Gutachtenerstellung	582
D. Ergebnis	585
<i>§ 11 Form der Entscheidung</i>	586
A. Keine Erstreckung von Formanforderungen für die Schiedsgutachtenklausel auf das Schiedsgutachten	588
I. Im Schuldrecht	588
II. Im Erbrecht	590
B. Keine Analogie zur Form des Schiedsspruches	592
C. Ergebnis	593
<i>§ 12 Gremienentscheidungen</i>	594

Teil 3:

Kontrolle der Drittbestimmung

§ 13 Die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens	599
A. Die dreifache Bindungswirkung des Schiedsgutachtens	599
I. Bindung der Parteien an den Spruch des Schiedsgutachters	599
1. Unterwerfung als Grundlage der Bindungswirkung	599
a) Im Schuldrecht	599
b) Im Erbrecht	601
2. Zeitpunkt des Eintritts der Bindungswirkung	601
a) Im Schuldrecht	601
b) Im Erbrecht	602
II. Bindung des Gerichts an den Spruch des Schiedsgutachters	606
III. Bindung des Schiedsgutachters an seinen Spruch	607
1. Grundsätzlich: Unwiderruflichkeit mit Zugang der Bestimmungserklärung	607
2. Unwiderruflichkeit als Folge der Unwiderruflichkeit von Gestaltungserklärungen?	609
IV. Bindung außenstehender Personen?	611
B. Privatautonome Modifikationen der Bindungswirkung	612
I. Abschwächung der Bindungswirkung vor Gutachtenerstellung .	612
II. Abschwächung der Bindungswirkung nach Gutachtenerstellung	614
1. Abschwächung der Bindungswirkung als erneute Ausübung von Privatautonomie	614
2. Der erbrechtliche Auslegungs- und Feststellungsvertrag insbesondere	615
3. Ergebnis	621
C. Auswirkungen fehlender Verbindlichkeit	621
I. Fehler der ersten Stufe: Unwirksamkeit der Unterwerfung unter das Schiedsgutachten	622
II. Fehler der zweiten Stufe: Überschreitung der Befugnisse des Schiedsgutachters	624

§ 14 Grundsätze der Kontrolle des Schiedsgutachtens	626
A. Zweck der Kontrolle	626
I. Gesetzliche Grundlagen	626
II. Rechtfertigung der Unverbindlichkeit aus inhaltlichen Gründen	627
1. Exogener Ansatz I: Schiedsgutachten als Rechtsprechung	628
2. Exogener Ansatz II: Kontrolle wegen mangelnder Qualität als Rechtsprechung	632
3. Endogener Ansatz: Kontrolle des Schiedsgutachtens als Vertragsinhaltskontrolle	633
III. Folgerungen	638
B. Privatautonome Modifizierung der Kontrolle	639
I. Erweiterung der Unverbindlichkeitsgründe	639
II. Beschränkung der Kontrolle	640
1. Vereinbarung eines beschränkt kontrollfähigen Entscheidungsmaßstabs	641
2. Privatautonome Beschränkung des Kontrollmaßstabs	645
a) Dispositiver oder zwingender Charakter des § 319 Abs. 1 BGB? ..	645
b) Wesensverschiedenheit von Schiedsspruch und Schiedsgutachten .	650
c) Richterliche Überprüfung keine nachgelagerte Richtigkeitsgewähr	652
d) Wechselwirkung von Verfahren und Kontrolle	653
3. Gesetzliche Beschränkung des Kontrollmaßstabs	658
a) Die Verbindlichkeit der Preisrichterentscheidung, § 661 Abs. 2 S. 2 BGB	659
b) Die Verbindlichkeit der Bestimmung des Vermächtnisnehmers, § 2151 BGB	662
III. Ergebnis	665
C. Folgen der Kontrolle	666
I. Privatautonome Abhilfe	667
II. Gerichtliche Abhilfe	669
1. Kassation der Entscheidung des Dritten	670
a) Keine einstweilige Verbindlichkeit bis zur Kassation	670
b) Bestätigung der unverbindlichen Entscheidung des Dritten durch die Parteien	674
c) Beschränkung des Gerichts auf eine reine Kassations- entscheidung	675
d) Kassation als Regelfall – Englisches Recht	676

2. Benennung eines neuen Dritten – Französisches Recht	678
3. Ersetzung der Entscheidung –	
Die Lösung des § 319 Abs. 1 S. 2 BGB	684
a) Legitimation der gerichtlichen Ersetzung	684
aa) Hintergrund des § 319 Abs. 1 S. 2 BGB	684
bb) Vergleich mit dem französischen Recht	687
cc) Gerichtliche Ersetzung als Weiterdenken der Privatautonomie	689
dd) Gerichtliche Ersetzung auch bei Bestehen einer „Auffangordnung“	691
b) Vornahme der Ersetzung durch den Richter	693
aa) Übergang der Entscheidungskompetenz auf den Richter	693
bb) Prozessuale Umsetzung	697
III. Ergebnis	699
 § 15 Einzelheiten zum Kontrollmaßstab	700
A. Ein einheitlicher Grund oder viele Gründe für die Unverbindlichkeit?	700
I. Zusammenführung der bisherigen Ergebnisse zum Kontrollmaßstab	700
II. Die Entwicklung in Frankreich als Kontrast	701
III. Ergebnis	706
B. Die Unverbindlichkeit wegen einer Abweichung von Vorgaben in der Unterwerfung	707
I. Deutsches Recht	707
II. Englisches Recht	709
1. <i>Departure from instructions in a material respect</i>	709
2. <i>Manifest error</i>	713
III. Französisches Recht	715
IV. Ergebnis	715
C. Die Unverbindlichkeit wegen offensichtlicher Unbilligkeit insbesondere ..	716
I. „Offensichtliche“ Unbilligkeit	717
1. Gründe für den Standard	717
a) Von der <i>manifesta iniquitas</i> zur offensichtlichen Unbilligkeit	717
b) Warum einfache Unbilligkeit nicht ausreicht	719

2. Evidenzbasierter oder materieller Begriff?	722
a) Evidenzbasierte Sichtweise: Augenfällige Unbilligkeit	723
b) Materielle Sichtweise: Grobe Unbilligkeit	725
3. Kriterien	730
II. Offenbare „Unbilligkeit“	730
1. Unbilligkeit aus dem Blickwinkel des billigen Ermessens: Ermessensfehlerlehre oder Überschreitung des Gestaltungsspielraums?	730
2. Unbilligkeit aus dem Blickwinkel der Delegation von Privatautonomie	731
3. Konzentration auf das Ergebnis oder Beachtlichkeit von Fehlern im Verfahren?	732
4. Unbillige Feststellungsentscheidungen und unrichtige Gestaltungsentscheidungen?	737
III. Ein strengerer Standard als mutmaßlicher Parteiwille?	740
1. Unverbindlichkeit von feststellenden Schiedsgutachten analog § 1059 ZPO?	740
2. Substitution der Unverbindlichkeit aus inhaltlichen Gründen durch eine Haftung des Schiedsgutachters	746
a) Englischsches Recht	746
aa) Die Unbeachtlichkeit eines „mistake“ des Schiedsgutachters ..	747
bb) Gründe für die Unbeachtlichkeit	749
cc) Der entscheidende Grund: Die Haftung des Schiedsgutachters	752
dd) Zusammenspiel von Unverbindlichkeit und Haftung	754
b) Französisches Recht	754
aa) „une loi irréfragable“ – Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Dritten	755
bb) Der Begriff der <i>erreur grossière</i> – Definitionsversuche und Alternativbegriffe	757
cc) Geringe praktische Bedeutung der <i>erreur grossière</i>	761
dd) Abschied von der <i>erreur grossière</i>	763
3. Haftung des Schiedsgutachters statt Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens – Ein Modell auch für das deutsche Recht?	763
a) Mutmaßlicher Parteiwille: Haftung des Schiedsgutachters für unverbindliche Entscheidungen	763
b) Haftungsmodell als Funktionsäquivalent zur richterlichen Ersetzung	767
c) Nachteile des Haftungsmodells	768
4. Zwischenergebnis	770
IV. Ergebnis	770

Teil 4:

Delegation von Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit

<i>§ 16 Delegation von Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit</i>	773
A. Der Dritte: „Wesensverschieden“ oder „kleiner Schiedsrichter“?	773
I. „Arbiter, arbitrator seu amicus compositor“	773
II. Annäherung und Abgrenzung	775
B. Die Kongruenz der Aufgabenbereiche von Schiedsgutachter und Schiedsrichter	779
I. Versuch einer Abgrenzung nach Aufgabenbereichen	779
II. Schiedsgutachter kann alle Aufgaben des Schiedsrichters wahrnehmen	784
1. Qualitativ: Tatsachenfeststellungen vs. Rechtsfragen	784
2. Quantitativ: Entscheidung eines Rechtsstreits vs. Entscheidung über Elemente eines Rechtsstreits	785
III. Schiedsrichter kann alle Aufgaben des Schiedsgutachters wahrnehmen	787
1. Subsidiäre Befugnisse des Schiedsgerichts	788
2. Primäre Befugnisse des Schiedsgerichts im Schuldrecht	789
a) Gestaltende Entscheidungen	789
b) Feststellende Entscheidungen – § 256 ZPO als Grenze?	789
3. Primäre Befugnisse des Schiedsgerichts im Erbrecht	793
a) Anordnung eines Schiedsgerichts zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft	796
aa) Kompetenzen staatlicher Gerichte zur Gestaltung einer Erbauseinandersetzung	796
bb) Kompetenz eines Schiedsgerichts zur Gestaltung einer Erbauseinandersetzung	800
(i) Gestaltung des Erbauseinandersetzungsplans durch ein vertragliches Schiedsgericht	801
(ii) Gestaltung des Erbauseinandersetzungsplans durch ein letztwilliges Schiedsgericht	802
cc) Mögliche Einwände	805

(i) Keine Rechtsgestaltung	805
(ii) Keine konsensuale Grundlage	806
(iii) Keine Entscheidung nach billigem Ermessen	808
(iv) Keine Schiedsfähigkeit	812
(v) Verstoß gegen das Drittbestimmungsverbot	813
(vi) Verletzung gesetzlich verankerter Rechte der Erben	813
dd) Ergebnis	816
b) Anordnung eines Schiedsgerichts zur Bestimmung des Erben (Gestaltungsentscheidung)	816
c) Anordnung eines Schiedsgerichts zur Bezeichnung des Erben (Feststellungsentscheidung)	818
IV. Ergebnis	821
C. Abgrenzungskriterien und ihre Grenzen	822
I. Auf die Vereinbarung bezogene Kriterien	822
1. Formulierung der Vereinbarung	822
2. Rechtsnatur der Vereinbarung	824
3. Dem Dritten eingeräumter Entscheidungsmaßstab	824
II. Auf die Entscheidung des Dritten bezogene Kriterien	825
1. Wirkungen der Entscheidung	825
2. Nachprüfbarkeit der Entscheidung	825
III. Ergebnis	829
D. Die Wahlmöglichkeit der Parteien: Stärkung der Privatautonomie	829

Schluss

§ 17 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	833
A. Delegation und Selbstbestimmung	833
B. Delegation und Aufgabenverteilung	839
C. Delegation und Höchstpersönlichkeit	841
D. Delegation und Schiedsgerichtsbarkeit	842
E. Ausblick	843
Literaturverzeichnis	845
Sachregister	895