

# 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
 § 4 <i>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 Erbauseinandersetzung . .	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) Verweigerte 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 Universal- vermächtnisses 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. Materielle 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 Missbrauchsfahr 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 Schwebezustand .....	395
c) Erbanfall zum Zeitpunkt der Bestimmungserklärung .....	396
d) Erbanfall 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 Ausgangslage .....	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: <i>Mutmaßlicher Parteiwille</i> .....	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 offener Unbilligkeit insbesondere ..	716
I. „Offenbare“ Unbilligkeit .....	717
1. Gründe für den Standard .....	717
a) Von der <i>manifesta iniquitas</i> zur offenbaren 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) Englischs 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

§ 16 <i>Delegation von Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit</i> .....	773
A. Der Dritte: „Wesensverschieden“ oder „kleiner Schiedsrichter“? .....	773
I. „Arbiter, arbitrator seu amicabile 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