

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 534

**Das Schiedsgutachten im  
Allgemeinen bürgerlichen Recht**

Von

**Carolin Maus**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CAROLIN MAUS

Das Schiedsgutachten im Allgemeinen bürgerlichen Recht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 534

# Das Schiedsgutachten im Allgemeinen bürgerlichen Recht

Von

Carolin Maus



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes  
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-18390-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-58390-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes im Wintersemester 2019/20 als Dissertation angenommen. Die Disputatio fand am 3. September 2020 statt.

Da die Danksagung im Vorwort einer Dissertation mittlerweile fester Bestandteil der wissenschaftlichen Gepflogenheiten ist und damit Gefahr läuft, zur Erfüllung einer Pflichtschuldigkeit oder gar zur bloßen Leerformel zu verkümmern, möchte ich nachdrücklich die Aufrichtigkeit meiner Dankesworte gegenüber meinen akademischen Lehrern und allen Weggefährten betonen, die diese Arbeit begleitet haben.

An allererster Stelle gebührt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Markus Würdinger mein außerordentlicher und ganz persönlicher Dank. Bereits während meiner Studienzzeit durfte ich Teil seines großartigen Teams am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht sein, wodurch mein Interesse an der wissenschaftlichen Tätigkeit früh geweckt wurde. Als Doktorandin genoss ich seine stete Unterstützung und Förderung, wie sie sonst wohl nur von wenigen Betreuern gewährt wird. Professor Würdinger war sowohl Lehrer als auch Mentor und wusste hilfreiche Anregungen immer genau so zu geben, dass sie sich höchst fruchtbar und förderlich auswirkten. Die Atmosphäre und Promotionsbedingungen an seinem Lehrstuhl ermöglichten eine produktive und abwechslungsreiche Balance zwischen Forschung, Lehre und persönlichem Austausch, die mich bei der Arbeit an meiner Dissertation immer wieder aufs Neue motivierte. Auch für die konstruktiven und gewinnbringenden Anmerkungen im Rahmen der Vorabgabe und für die schnelle Erstellung des Erstgutachtens möchte ich meinen herzlichen Dank aussprechen.

Ebenso gebührt Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Helmut Rübmann mein besonderer Dank. Er hat sich als vorheriger Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes schon früh als Zweitgutachter angeboten und die Entstehung meiner Promotion mit großem Interesse und Wohlwollen verfolgt. Für die wertvollen Anregungen in seinem Zweitgutachten bin ich ihm sehr dankbar.

Darüber hinaus hat meine Familie durch ihre Förderung und Hilfestellung mannigfaltiger Art maßgeblichen Anteil am Gelingen des Promotionsvorhabens. Diesen Beitrag angemessen zu würdigen, wäre ein hoffnungsloses Unterfangen. Einen nicht minder großen Dank möchte ich all meinen Freunden aussprechen, die mich in juristischer und nicht juristischer Hinsicht unermüdlich unterstützt haben –

allen voran meine großartigen Bibliotheksgefährten. Ohne Euch wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen!

Saarbrücken, im April 2021

*Carolin Maus*

# Inhaltsübersicht

<b>§ 1 Einleitung</b> .....	21
A. Der Begriff des Schiedsgutachtens .....	24
B. Die praktische Bedeutung des Schiedsgutachtens als Mechanismus der außergerichtlichen Streitbeilegung .....	30
C. Plädoyer wider den modernen Zeitgeist der normativen Überpositivierung .....	32
<b>§ 2 Das gestaltende Schiedsgutachten</b> .....	34
A. Darstellung der verschiedenen Rechtsbeziehungen .....	34
B. Die dogmatische Einordnung des gestaltenden Schiedsgutachtens .....	42
C. Die Verbindlichkeit des gestaltenden Schiedsgutachtens .....	102
D. Das (endgültige) Ausbleiben der Leistungsbestimmung und ihre Verzögerung nach § 319 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB .....	121
E. Die richterliche Ersatzleistungsbestimmung gemäß § 319 Abs. 1 S. 2 HS 1 BGB ..	124
F. Zusammenfassung .....	126
<b>§ 3 Das feststellende Schiedsgutachten</b> .....	127
A. Darstellung der unterschiedlichen Rechtsbeziehungen .....	127
B. Die rechtliche Behandlung des Schiedsgutachtenverfahrens .....	206
<b>§ 4 Thesenzusammenstellung und Schlussbetrachtung</b> .....	277
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	279
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	304





# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung</b> .....	21
A. Der Begriff des Schiedsgutachtens .....	24
I. Vorschläge einer Systematisierung .....	24
1. Die reichsgerichtliche Trichotomie .....	24
2. Die daraus entwickelte Polytomie .....	26
3. Die Rückführung auf die heutige Dichotomie .....	27
II. Chor der Kritik am terminologischen Gleichklang der unterschiedlichen Er- scheinungsformen des Schiedsgutachtens .....	28
B. Die praktische Bedeutung des Schiedsgutachtens als Mechanismus der außerge- richtlichen Streitbeilegung .....	30
C. Plädoyer wider den modernen Zeitgeist der normativen Überpositivierung .....	32
<b>§ 2 Das gestaltende Schiedsgutachten</b> .....	34
A. Darstellung der verschiedenen Rechtsbeziehungen .....	34
I. Der Grundvertrag .....	34
II. Die Schiedsgutachtenabrede .....	35
1. Der Inhalt der Schiedsgutachtenabrede .....	35
a) Die schiedsgutachterliche Aufgabenbeschreibung .....	35
b) Die Bestellung des Schiedsgutachters .....	36
2. Die Rechtsnatur der Schiedsgutachtenvereinbarung .....	37
3. Die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit der Schiedsgutachtenabrede .....	38
III. Der Schiedsgutachtervertrag .....	40
B. Die dogmatische Einordnung des gestaltenden Schiedsgutachtens .....	42
I. Die Einordnung der schiedsgutachterlichen Vertragsgestaltung als Drittlei- stungsbestimmung im Sinne der §§ 317–319 BGB .....	42
1. Die anfängliche Leistungsbestimmung .....	42
2. Die Vertragsanpassung .....	46
3. Die Qualifizierung des schiedsgutachterlichen Drittleistungsbestimmungs- rechts als Gestaltungsrecht .....	49
a) Subjektives Privatrecht .....	50

b) Die einseitige Gestaltung einer konkreten Rechtsbeziehung . . . . .	52
aa) Die Gestaltungsmacht des leistungsbestimmenden Dritten . . . . .	52
bb) Der Bezugspunkt der Gestaltung . . . . .	60
cc) Die Einseitigkeit der Gestaltungsmacht . . . . .	61
c) Das Ausübungsmittel: Ein einseitiges Rechtsgeschäft . . . . .	64
d) Das Leistungsbestimmungsrecht als ausfüllendes Gestaltungsrecht . . . .	65
e) Das DritteLeistungsbestimmungsrecht als neutrales Gestaltungsrecht . . . .	66
4. Fazit . . . . .	67
II. Die Einordnung des DritteLeistungsbestimmungsrechts in die Dogmatik des allgemeinen Vertragsschlusses . . . . .	67
1. Die Begründung des DritteLeistungsbestimmungsrechts . . . . .	68
a) Die Problematik der hauptvertraglichen Willensbegegnung im Rahmen der rechtsbegründenden DritteLeistungsbestimmung . . . . .	68
b) Die Unbestimmtheit wesentlicher Vertragspunkte . . . . .	70
aa) Das Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit des Vertragsinhalts . . . . .	70
(1) Herleitung und systematische Verortung des Bestimmtheitsge- bots in der Dogmatik des allgemeinen Vertragsschlusses . . . . .	70
(2) Der Grundsatz objektiv-inhaltlicher Bestimmtheit des vertragli- chen Bestimmtheitsgebots . . . . .	74
(3) Die Begründung des (Dritt-)Leistungsbestimmungsrechts als zulässige Ausnahme vom Grundsatz objektiv-inhaltlicher Be- stimmtheit . . . . .	78
bb) Die Vollendung der hauptvertraglichen Einigung . . . . .	81
cc) Die Lückenhaftigkeit des Hauptvertrags . . . . .	82
c) Die Unbestimmtheit vertraglicher Nebenpunkte . . . . .	84
2. Die Ausübung des DritteLeistungsbestimmungsrechts . . . . .	86
a) Die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit des gestaltenden Schiedsgutach- tens . . . . .	86
aa) Die Wirksamkeitserfordernisse einer Willenserklärung . . . . .	86
bb) Die Wirksamkeitserfordernisse einer Gestaltungserklärung . . . . .	90
b) Die Gestaltungswirkung des Schiedsgutachtens . . . . .	92
aa) Die Gestaltungswirkung des rechtsbegründenden Schiedsgutachtens	92
bb) Die Gestaltungswirkung des rechtsändernden Schiedsgutachtens . .	93
cc) Der Zeitpunkt der Rechtsgestaltung . . . . .	94
3. Die doppelte Gestaltungswirkung des auf wesentliche Vertragsbestandteile bezogenen rechtsbegründenden (Dritt-)Leistungsbestimmungsrechts . . . . .	95
4. Das Verhältnis zwischen Hauptvertrag und Schiedsgutachtenabrede . . . . .	96
a) Die Qualifizierung des Grundvertrags und der Schiedsgutachtenverein- barung als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB . . . . .	96
b) Die Auswirkungen des Wegfalls der Schiedsgutachtenvereinbarung auf den Bestand des Hauptvertrags . . . . .	99
5. Fazit . . . . .	102

C. Die Verbindlichkeit des gestaltenden Schiedsgutachtens	102
I. Der Entscheidungsmaßstab des billigen Ermessens	102
1. Das arbitrium boni viri	102
2. Die Interessenabwägung des gestaltenden Schiedsgutachters	103
II. Die besondere Inhaltskontrolle des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB	106
1. Die doppelte ratio der Norm	106
a) Die Schutzfunktion	106
b) Die Prozessvermeidungsfunktion	107
c) Die Vermittlerfunktion des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB	108
2. Der Begriff der offenbaren Unbilligkeit	109
a) Der Maßstab der offenbaren Unbilligkeit: Die Evidenz- und Erheblichkeitsschwelle	110
b) Der Gegenstand der offenbaren Unbilligkeit	112
aa) Die Ergebniskontrolle	112
bb) Die Verfahrenskontrolle	113
3. Die Unverbindlichkeit der Drittleistungsbestimmung	117
a) Einordnung der Unverbindlichkeit in die Sanktionsmechanismen fehlerhafter Willenserklärungen	117
b) Die Reichweite der Unverbindlichkeit	121
D. Das (endgültige) Ausbleiben der Leistungsbestimmung und ihre Verzögerung nach § 319 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB	121
E. Die richterliche Ersatzleistungsbestimmung gemäß § 319 Abs. 1 S. 2 HS 1 BGB	124
F. Zusammenfassung	126
<b>§ 3 Das feststellende Schiedsgutachten</b>	<b>127</b>
A. Darstellung der unterschiedlichen Rechtsbeziehungen	127
I. Das Hauptschuldverhältnis	127
1. Die Rechtsnatur des Hauptschuldverhältnisses	127
2. Die Vollständigkeit des Leistungsinhalts	128
II. Die Schiedsgutachtenabrede	129
1. Der Inhalt der Schiedsgutachtenabrede	130
2. Die Rechtsnatur der Schiedsgutachtenabrede	132
a) Der Prozessvertrag	132
aa) Der Begriff des Prozessvertrags	132
bb) Die Rechtsnatur des Prozessvertrags	133
(1) Die Grenzen der Gegenstandstheorie	134
(a) Das Zivilprozessrecht als Gegenstand von Prozessverträgen	134

(b) Die Problematik der dogmatischen Erfassung des Zivilprozessrechts .....	135
(2) Der derzeitige Meinungsstreit .....	138
(a) Die prozessrechtliche Theorie .....	138
(b) Die materiell-rechtliche Theorie .....	140
(3) Stellungnahme und eigener Ansatz .....	141
(a) Die Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht .....	141
(b) Prozessverträge als materiell-zivilrechtliche Verträge über prozessuale Rechtsverhältnisse .....	143
(aa) Abstellen auf den ermächtigenden Rechtssatz .....	144
(bb) Abstellen auf den Parteiwillen .....	146
(cc) Abstellen auf die hypothetische Normqualifikation .....	147
(c) Auswirkungen dieser Ansicht .....	152
cc) Die Zulässigkeit und Wirkungen von Prozessverträgen .....	153
b) Der materiell-rechtliche Feststellungsvertrag .....	155
c) Die Einordnung des Schiedsgutachtenvertrags .....	155
aa) Der Gegenstand der Schiedsgutachtenabrede .....	156
(1) Die materiell-rechtliche Theorie .....	156
(2) Die prozessrechtliche Theorie .....	156
(3) Stellungnahme und Streitentscheid .....	157
(a) Die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens für den Richter als punctum saliens einer prozessualen Wirkungsweise .....	158
(b) Die prozessuale Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens als Schwerpunkt der Schiedsgutachtenabrede .....	164
(c) Fazit .....	168
bb) Die Schiedsgutachtenabrede als Prozessvertrag im Sinn eines materiell-rechtlichen Vertrags über prozessuale Rechtsbeziehungen .....	168
(1) Die Schiedsgutachtenvereinbarung als materiell-rechtlicher Feststellungsvertrag .....	169
(a) Die Abgrenzung zum Vergleich und zum kausalen Schuldanerkenntnis .....	169
(b) Die Schiedsgutachtenabrede als eigenständige Kategorie des Feststellungsvertrags .....	171
(2) ... über prozessuale Rechtsbeziehungen .....	173
(a) Die Einordnung der sachverhaltsfeststellenden Tätigkeit des Schiedsgutachters .....	173
(b) Die Einordnung der subsumierenden Tätigkeit des Schiedsgutachters .....	178
d) Fazit .....	180

3. Die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit der Schiedsgutachtenabrede . . . . .	180
a) Die Zulässigkeit . . . . .	180
aa) Die prozessuale Zulässigkeit . . . . .	180
(1) Die Zulässigkeit der Schiedsgutachtenabrede als Beweisvertrag	181
(2) Die Zulässigkeit der Schiedsgutachtenabrede als beschränkter Anerkenntnisvertrag . . . . .	185
bb) Die tarifvertragliche Zulässigkeit . . . . .	190
b) Der Vertragsschluss . . . . .	190
4. Die Wirkungen der Schiedsgutachtenabrede . . . . .	192
a) Die prozessrechtlichen (Haupt-)Wirkungen der Schiedsgutachtenabrede	192
b) Die materiell-rechtlichen (Neben-)Wirkungen der Schiedsgutachtenab- rede . . . . .	194
aa) Die Feststellungswirkung . . . . .	195
(1) Die deklaratorische und potentiell konstitutive Wirkung . . . . .	195
(2) Der Einwendungsausschluss . . . . .	196
bb) Die parteilichen Nebenverpflichtungen und -ansprüche . . . . .	197
c) Die mittelbaren Rechtsfolgen der Schiedsgutachtenabrede . . . . .	198
5. Die Verknüpfung von Ausgangsrechtsverhältnis und Schiedsgutachtenab- rede . . . . .	204
a) Das Ausgangsrechtsverhältnis als causa der Feststellungswirkung des Schiedsgutachtenvertrags . . . . .	204
b) Das Ausgangsrechtsverhältnis als Geschäftsgrundlage der Schiedsgut- achtenabrede . . . . .	204
<b>B. Die rechtliche Behandlung des Schiedsgutachtenverfahrens . . . . .</b>	<b>206</b>
<b>I. Die methodenrechtliche Ausgangsproblematik: Das Problem der doppelten     Lücke . . . . .</b>	<b>206</b>
1. Das Fehlen einer vertraglichen Regelung . . . . .	206
2. Die Enthaltbarkeit des Gesetzes . . . . .	207
<b>II. Vorstellung der beiden Lösungsansätze einer methodenrechtlichen Herange-     hensweise . . . . .</b>	<b>208</b>
1. Der Analogieschluss . . . . .	209
2. Die ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	210
3. Der Vorrang des Analogieschlusses . . . . .	211
<b>III. Die analoge Anwendung gesetzlicher Normen auf die Schiedsgutachtenver-     einbarung im engeren Sinn . . . . .</b>	<b>216</b>
1. Das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke . . . . .	216
2. Die hinreichende Wertungsgleichheit . . . . .	219
a) Hinreichende Wertungsgleichheit zu den §§ 1025 ff. ZPO . . . . .	221
aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede . . . . .	221
(1) Die Tätigkeit des entscheidungsbefugten Dritten . . . . .	221
(2) Die Wirkung der Drittentscheidung . . . . .	225

bb) Wertung anhand des Telos der §§ 1025 ff. ZPO .....	230
b) Hinreichende Wertungsgleichheit zu den §§ 317 ff. BGB .....	235
aa) Gemeinsamkeiten zwischen dem feststellenden und dem gestalten- den Schiedsgutachten(-vertrag) .....	235
(1) Die Maßgeblichkeit der Sachkunde für die gutachterliche Tä- tigkeit .....	235
(2) Die materiell-rechtliche Verbindlichkeit der gutachterlichen Entscheidung .....	236
(3) Die Prozessvermeidungsfunktion .....	236
bb) Unterschiede zwischen dem feststellenden und dem gestaltenden Schiedsgutachten(-vertrag) .....	237
(1) Der Entscheidungsmaßstab des Schiedsgutachters .....	237
(2) Die prozessuale Verbindlichkeit der gutachterlichen Entschei- dung .....	238
(3) Die rechtliche Einordnung des Schiedsgutachtens .....	240
(4) Die Auswirkungen der gutachterlichen Entscheidung auf das Ausgangsschuldverhältnis .....	242
cc) Wertung anhand der ratio legis der §§ 317–319 BGB .....	244
c) Fazit .....	249
3. Erarbeitung eines Gesamtkonzepts des Schiedsgutachtenrechts im engeren Sinn .....	250
a) Die Wechselwirkungen zwischen der inhaltlichen Kontrollmöglichkeit des feststellenden Schiedsgutachtens und den Anforderungen an das vorangehende Verfahren .....	250
b) Die inhaltliche Nachprüfbarkeit des Schiedsgutachtens durch den staat- lichen Richter .....	252
aa) Der Maßstab der gerichtlichen Inhaltskontrolle .....	252
bb) Der Begriff der offenbaren Unrichtigkeit .....	255
c) Die Gewährleistung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien .....	257
aa) Die rechtliche Grundlage der Verfahrensvorschriften .....	257
(1) Die Unabhängigkeit und Neutralität des Schiedsgutachters ...	258
(2) Die Gewährung rechtlichen Gehörs .....	260
(3) Das Verfahren bei einer Mehrheit von Schiedsgutachtern ...	262
(4) Die Begründung der Entscheidung .....	262
bb) Die Geltendmachung der Verletzung einer Verfahrensvorschrift ...	264
(1) Die Behandlung eines Verstoßes gegen das Gebot der Unab- hängigkeit und Unparteilichkeit .....	264
(2) Der Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs .....	272
(3) Die Behandlung von Begründungsfehlern .....	272
cc) Abgrenzung zur Verfahrenskontrolle im Rahmen des gestaltenden Schiedsgutachtens .....	274

d) Das Scheitern des Schiedsgutachtenverfahrens .....	275
e) Fazit .....	276
<b>§ 4 Thesenzusammenstellung und Schlussbetrachtung .....</b>	<b>277</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>279</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>304</b>



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz über die allgemeinen Geschäftsbedingungen
AK-ZPO	Alternativkommentar zur ZPO
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung(en)
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel (auch im Plural)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Zeitschrift)
BadRPrax	Badische Rechtspraxis (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOGK-BGB	Beck'scher Online-Großkommentar BGB
BeckOK-BGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BeckOK-ZPO	Beck'scher Online-Kommentar ZPO
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BSG	Bundessozialgericht

BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichts
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
DS	Der Sachverständige (Zeitschrift)
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
Einf/Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
f./ff.	und folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift, Festgabe
GewA	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
Gruchots Beiträge	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Zeitschrift)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das gesamte Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
HS	Halbsatz
ifst	Institut Finanzen und Steuern
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jur.	Juristisch/Juristische
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar BGB
jurisPR-BGHZivilR	juris PraxisReport BGH-Zivilrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift

KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen; Zeitschrift für Insolvenzrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier Möhring (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mot.	Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKommVVG	Münchener Kommentar zum VVG
MünchKommZPO	Münchener Kommentar zur ZPO
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NK-BGB	Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch
NK-ZPO	Nomos Kommentar Zivilprozessordnung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs-Report
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
o. V.	ohne Vorname (Vorname unbekannt)
OVG	Oberverwaltungsgericht
Prot.	Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGRK-BGB	Reichsgerichtsrätekommentar BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht
Rn.	Randnummer(n)
S.	Satz/Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SeuffA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Syst.	Systematisch
u. a.	und andere

Urt.	Urteil
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwA	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
Vorb/Vorb.	Vorbemerkung(en)
VU	Versäumnisurteil
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht (Zeitschrift)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



## § 1 Einleitung

Nicht erst in jüngster Zeit haben die ungeheuren Fortschritte, die auf allen Gebieten der Wissenschaft gemacht wurden, das wirtschaftliche und rechtliche Zusammenleben derart verkompliziert, dass der Einzelne sich darin kaum mehr zurechtfindet.<sup>1</sup> Angesichts dieser ständig komplexer werdenden Lebensverhältnisse fordert auch die Rechtspraxis in immer größerem Umfang die Einschaltung von Sachverständigen.<sup>2</sup> Neben den Richtern der privaten Schiedsgerichtsbarkeit und den Sachverständigen, die im Rahmen staatlicher Gerichtsverfahren konsultiert werden, begegnet dem Unkundigen die nebulöse Gestalt des *Schiedsgutachters*.

Die Bezeichnung als Schiedsgutachter gehört nicht der Gesetzessprache an, sondern ist von Wissenschaft und Rechtsprechung geprägt.<sup>3</sup> Daher steht der Rechtsanwender bei dem Versuch seiner Darstellung und Charakterisierung einer verwirrenden Begriffsvielfalt gegenüber,<sup>4</sup> die nicht zuletzt dem unübersichtlichen Meinungsspektrum in Literatur und Praxis geschuldet ist, das sich zur rechtlichen Behandlung des als Schiedsgutachter bezeichneten Sachverständigen herausgebildet hat. Zu Recht wird der Terminus als farblos bezeichnet, weil er anders als der Begriff des Schiedsrichters keine unmittelbare Vorstellung von der dahinterstehenden Tätigkeit vermittelt.<sup>5</sup> Tatsächlich hat der Vertragsverkehr mit dem Institut des Schiedsgutachtens und der zu seiner Erstellung berufenen Person eine *eigenartige Rechtseinrichtung* geboren.<sup>6</sup>

Schon dem römischen Recht war die schiedsgutachterliche Tätigkeit bekannt, wenngleich ihre verschiedenen Anwendungsfälle nicht in ihren gemeinsamen Merkmalen erkannt und entsprechend begrifflich erfasst wurden, sodass für den Schiedsgutachter im Gegensatz zum Schiedsrichter keine eigenständige Rechtsfigur entwickelt wurde.<sup>7</sup> Seine Bezeichnung als *arbitrator* wurde erst durch die Glosse eingeführt und geprägt.<sup>8</sup> Die hieran anknüpfenden Rechtsbegriffe *Schiedsgutachter*

---

<sup>1</sup> Dies konstatierte schon *Bachmann*, Der Schiedsgutachter, S. 13 in seiner 1949 erschienenen Dissertation.

<sup>2</sup> *Gelhaar*, DB 1968, 743 (743).

<sup>3</sup> *Sieg*, VersR 1965, 629 (629).

<sup>4</sup> *Volmer*, BB 1984, 1010 (1010).

<sup>5</sup> *Sieg*, VersR 1965, 629 (629).

<sup>6</sup> *Ehrenzweig*, Versicherungsvertragsrecht, S. 190.

<sup>7</sup> *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 49; *Wittmann*, Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages, S. 148.

<sup>8</sup> So *Arens*, Arbitri und Arbitratoren, S. 11; *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 49; *Wittmann*, Struktur und Grundprobleme des

und *Schiedsgutachten* gehen auf die Beiträge von Weismann zurück<sup>9</sup> und etablierten sich erst in der Folgezeit.

Bis zum 19. Jahrhundert wurden Wissenschaft und Rechtsprechung von der Auffassung dominiert, dass der Arbitrator eine Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit eines Rechtsverhältnisses in der Weise zu ergänzen oder zu erläutern habe, wie es die Parteien mutmaßlich tun würden, wenn sie sich beiderseits auf den Standpunkt eines billig denkenden und verständigen Mannes stellten.<sup>10</sup> Er solle einen Punkt, welcher von den Parteien bei der Eingehung oder Erfüllung eines Vertrags absichtlich und mit der Intention, dass eine nachträgliche Feststellung desselben durch einen Dritten erfolgen solle, offen gelassen worden ist, durch seinen Ausspruch fixieren und hierdurch gleichsam „in die Seele der Kontrahenten“ hinein und statt ihrer die unvollständige Festsetzung ergänzend vervollständigen.<sup>11</sup> Das Wesen der Tätigkeit des Arbitrators wurde demnach in der *Bestimmung der Leistung* eines konkreten Schuldverhältnisses, in der *Ergänzung eines unvollständigen Vertrags* gesehen.<sup>12</sup>

Dieses (enge) Verständnis der schiedsgutachterlichen Funktion als reine Vertragsergänzung fand schließlich auch Einzug in das Bürgerliche Gesetzbuch,<sup>13</sup> das in den heutigen §§ 317–319 BGB Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten enthält. In den Motiven zu den ursprünglich diese Materie regelnden §§ 355–357 heißt es dementsprechend, dass die Bestimmung des Dritten anstelle des Einverständnisses der Parteien „in die Seele der Kontrahenten“ abgegeben werden<sup>14</sup> und dieser anstelle der Kontrahenten bestimmen, den Vertragswillen also ergänzen solle.<sup>15</sup>

Nun hat Weismann mit umfangreichen Verweisen auf die damalige Judikatur schon früh überzeugend dargetan, dass in der Rechtspraxis des 19. Jahrhunderts ein Schiedsgutachten nicht nur im dargelegten Fall einer Ergänzung des Parteiwillens angenommen wurde, sondern auch dann, wenn der Dritte das Vorliegen einzelner, für die Rechtsbeziehungen der Parteien erheblicher Tatbestandselemente *feststellen*

---

Schiedsgutachtenvertrages, S. 148 mit Verweis auf *Ziegler*, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, S. 242.

<sup>9</sup> *Weismann*, AcP 72 (1888), 269 (303); dies sieht auch *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 82.

<sup>10</sup> *André*, Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte, S. 40 f.

<sup>11</sup> *Goldschmidt*, GrünhutsZ 2 (1875), 714 (720).

<sup>12</sup> *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 52.

<sup>13</sup> *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 53; *Wittmann*, Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages, S. 154.

<sup>14</sup> *Mugdan*, Mot. II, § 355 S. 107.

<sup>15</sup> *Mugdan*, Mot. II, § 357 S. 107.

sollte.<sup>16</sup> In seiner grundlegenden Entscheidung zum Schiedsgutachtenrecht beschrieb das Reichsgericht diese Tätigkeit als die bloße Herausstellung eines dem Unkundigen verborgenen, dem Sachkundigen aber auffindbaren und bereits objektiv bestimmten Inhalts der Leistung; der Gutachter soll die den Parteien noch unbekannte, ihrem Inhalt nach aber bereits objektiv bestimmte Leistung zu einer bekannten machen, mithin den vorhandenen Inhalt des Vertrags klarstellen.<sup>17</sup> Der Anwendungsbereich des Schiedsgutachters ist damit „unendlich viel weiter“ als die gesetzliche Regelung und diese daher als nicht allgemein genug und zu eng zu kritisieren.<sup>18</sup>

Heute spiegeln die uneinheitlichen Bezeichnungen des Schiedsgutachters als „Arbitrator“,<sup>19</sup> „Schiedsman“,<sup>20</sup> „Obmann“,<sup>21</sup> „Sachverständiger“,<sup>22</sup> „Schlichter“<sup>23</sup> oder „Schätzer“<sup>24</sup> die mannigfaltigen Tätigkeitsfelder seiner Aufgabenbeschreibung wider. Fraglich bleibt, ob es überhaupt möglich ist, derart polymorphe Fallgestaltungen als einheitliches Rechtsinstitut zu begreifen.

Während die rechtliche Einordnung des *gestaltend* tätig werdenden Schiedsgutachters aufgrund ihres Anknüpfungspunktes in den §§ 317–319 BGB gelingt, entbehrt die dogmatische Erfassung der *feststellenden* gutachterlichen Tätigkeit jeglichen normativen Ansatzes. Auch einhundert Jahre nach dem Grundsatzurteil des Reichsgerichts,<sup>25</sup> in welchem das seinerzeit höchste Zivilgericht der Problematik der Handhabung des Schiedsgutachtenrechts erstmals Herr zu werden glaubte, hat sich die Diskussion mitnichten erschöpft. Vielmehr darf wiederholt werden, was Weismann schon im 19. Jahrhundert in Bezug auf das Schiedsgutachtenrecht konstatierte:

---

<sup>16</sup> Weismann, AcP 72 (1888), 269 ff. m. w. N.; so den Beitrag zusammenfassend Joussem, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 53 f.; siehe auch Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, S. 95 f.

<sup>17</sup> RG, Urt. v. 23.05.1919, RGZ 96, 57 (60).

<sup>18</sup> Weismann, AcP 74 (1889), 422 (422); ähnlich Joussem, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 54: „Die Rechtspraxis hat [...] schon bald nach Erlass des BGB dessen enge Beschränkung auf das vertragsergänzende Schiedsgutachten überholt.“ Weismann, AcP 74 (1889), 422 (431) gelangt aus diesem Grund zu der recht plakativen Grundsatzkritik: „Besser als diese Bestimmungen würden gar keine sein.“

<sup>19</sup> Arens, Arbitri und Arbitratoren, *passim*; Dernburg/Engelmann, Das bürgerliche Recht II/1, S. 226; Oertmann, § 317 Anm. 1; Habscheid, NJW 1962, 5 (9).

<sup>20</sup> André, Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte, S. 40; Kisch, Der Schiedsman im Versicherungsrecht, *passim*; ders., RheinZ 9 (1917/1918), 12 ff.

<sup>21</sup> RG, Urt. v. 06.12.1904, JW 1905, 90 ff.

<sup>22</sup> Legalüberschriften der §§ 84, 189 VVG des versicherungsrechtlichen Äquivalents zum Schiedsgutachterverfahren; Asmus, ZVersWiss 1962, 197 ff.

<sup>23</sup> Joussem, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, *passim*, insb. S. 237 ff.

<sup>24</sup> Nicklisch, ZHR 136 (1972), 1 ff., 97 ff.: „Schätzorganisationen“.

<sup>25</sup> RG, Urt. v. 23.05.1919, RGZ 96, 57 ff.