

**Studien zum vergleichenden Privatrecht**

---

**Studies in Comparative Private Law**

**Band / Volume 1**

**Vertragsarbitrage  
und Internationales Privat-  
und Zivilverfahrensrecht**

**Mit rechtsvergleichenden Aspekten  
aus dem englischen und französischen Recht**

**Von**

**Henry Stieglmeier**



**Duncker & Humblot · Berlin**

HENRY STIEGLMEIER

Vertragsarbitrage und Internationales Privat-  
und Zivilverfahrensrecht

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 1

# Vertragsarbitrage und Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

Mit rechtsvergleichenden Aspekten  
aus dem englischen und französischen Recht

Von

Henry Stieglmeier



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit  
im Jahre 2017 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  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2567-5427  
ISBN 978-3-428-15298-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-55298-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85298-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ∞

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

*Meiner Julia*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Götz Schulze für die Betreuung der Arbeit und die spannende und lehrreiche Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Herrn Prof. Dr. Jens Petersen danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ich danke ferner Dr. Götz-Sebastian Hök für die Anregung des Themas und wertvolle Hinweise zur Erstellung dieser Arbeit.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei Maren Feigenbutz, Dr. Gabriella Piras, Tobias Schmiegel und Dr. Christopher Wiencke für eine unvergesslich schöne und inspirierende Zusammenarbeit am Lehrstuhl, anregende Diskussionen und aufmunternde Worte.

Großer Dank gilt meiner gesamten Familie und hier insbesondere meinen Eltern Jacqueline Stieglmeier und Franz Stieglmeier, die mich uneingeschränkt unterstützt haben und deren unbedingte Zuneigung ich mir während des Studiums und während der Erstellung dieser Arbeit immer sicher sein konnte.

Gewidmet ist die Arbeit Julia, die mich stets mit Rat und Tat unterstützt hat und deren Können, Weitsichtigkeit und Humor ich bewundere. Ihre Geduld, Bescheidenheit und ihr Fleiß sind mir stetes Vorbild. Ihr Anteil am Gelingen dieser Arbeit ist in Worte nicht zu fassen und ohne ihre Unterstützung ist diese Arbeit nicht vorstellbar. Hierfür empfinde ich tiefe Dankbarkeit.

Berlin, im August 2017

*Henry Stieglmeier*



# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b> .....	23
-------------------------	----

## *1. Kapitel*

<b>Vertragsarbitrage im deutschen Recht</b>	26
---	----

A. Rechtshistorische Aspekte .....	26
B. Rechtsgrundlage und Begriffsbestimmung der Vertragsarbitrage .....	30

## *2. Kapitel*

<b>Ausgewählte Probleme der Vertragsarbitrage im deutschen Recht</b>	63
--	----

A. Bindungswirkung der Vertragsarbitrageentscheidung .....	63
B. Grenzen der Bindungswirkung der Vertragsarbitrageentscheidung .....	74
C. Richterliche Ersatzbestimmung gemäß § 319 Abs. 1 S. 2 BGB .....	104
D. Durchsetzbarkeit der Vertragsarbitragevereinbarung .....	109
E. Abgrenzung der Vertragsarbitrage von der Schiedsgerichtsbarkeit .....	112
F. Zusammenfassung und Ergebnis zum deutschen Recht .....	118

## *3. Kapitel*

<b>Aspekte aus dem englischen und französischen Recht</b>	122
---	-----

A. Englisches Recht .....	122
B. Französisches Recht .....	151
C. Rechtsvergleichende Analyse .....	174

*4. Kapitel*

<b>Vertragsarbitrage im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht</b>	178
A. Vorüberlegungen	178
B. Materiell-rechtliche Wirksamkeit der Vertragsarbitrageentscheidung	181
C. Hilfe der Gerichte bei der Durchführung der Vertragsarbitrage	193
D. Durchsetzbarkeit der Vertragsarbitragevereinbarung	197
E. Vertragsarbitrage und das CISG	203
F. Abgrenzung der internationalen Vertragsarbitrage von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	205
G. Für den Obmann anwendbares Recht	219
H. Ordre public	226
I. Internationale Zuständigkeit	228
J. Zusammenfassung und Ergebnis zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht	230
<b>Literaturverzeichnis</b>	233
<b>Sachwortregister</b>	253

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	23
------------------	----

## *1. Kapitel*

<b>Vertragsarbitrage im deutschen Recht</b>	26
---	----

A. Rechtshistorische Aspekte .....	26
I. Entwicklung im römischen Recht .....	26
II. Entwicklung im mittelalterlichen Recht .....	28
B. Rechtsgrundlage und Begriffsbestimmung der Vertragsarbitrage .....	30
I. Privatautonomie als Grundlage einer schuldrechtlich bindenden Drittscheidung .....	31
II. Bestimmtheitsgebot und offener Dissens .....	34
III. §§ 317 ff. BGB und das Schiedsgutachten .....	35
1. Originärer Anwendungsbereich der §§ 317 ff. BGB .....	36
a) Einigungslücke als Voraussetzung von § 317 ff. BGB .....	36
b) § 319 Abs. 1 S. 2 BGB im Gefüge der §§ 317 ff. BGB .....	37
c) § 319 Abs. 2 BGB im Gefüge der §§ 317 ff. BGB .....	37
d) Terminologie des § 318 Abs. 1 BGB .....	38
2. Fallgruppen des Schiedsgutachtens .....	38
a) Schiedsgutachten im weiteren Sinne .....	39
aa) Rechtsbegründende Schiedsgutachten .....	39
bb) Rechtsabändernde Schiedsgutachten .....	40
b) Schiedsgutachten im engeren Sinne .....	40
aa) Rechtsklärendes Schiedsgutachten .....	41
bb) Tatsachenfeststellendes Schiedsgutachten .....	41
3. Kritik an der Unterteilung des Schiedsgutachtens in Fallgruppen .....	41
a) Kritik an der direkten Anwendung der §§ 317 ff. BGB auf die Unterfallgruppe der rechtsabändernden Schiedsgutachten .....	42
aa) Schiedsgutachten im weiteren Sinne unter Beachtung des originären Anwendungsbereichs der §§ 317 ff. BGB .....	42
bb) Schiedsgutachten im weiteren Sinne als Vertragsergänzung .....	43
cc) Rechtsabändernde Schiedsgutachten als Anpassungsvertrag .....	43
b) Sinnhaftigkeit der Unterteilung des Schiedsgutachtens in Fallgruppen ....	44

4. Unschärfe des Schiedsgutachtenbegriffs und Begriffsbestimmung .....	46
IV. Weitere Verfahren auf Basis einer schuldrechtlich bindenden Drittentscheidung .....	47
1. Qualitätsarbitrage .....	48
2. Adjudikation und Dispute Adjudication Boards .....	50
3. § 18 Abs. 4 VOB/B .....	52
4. § 84 VVG .....	53
V. Begriff und Umfang der Vertragsarbitrage .....	54
1. Differenzierung der schuldrechtlich bindenden Drittentscheidungsverfahren .....	55
2. Notwendigkeit eines neuen Oberbegriffs .....	56
3. Vorschlag des Begriffs der Vertragsarbitrage als Oberbegriff .....	57
4. Definition und möglicher Umfang einer Vertragsarbitrage .....	58
VI. Analoge Anwendung der §§ 317 ff. BGB auf die Vertragsarbitrage .....	59

## *2. Kapitel*

<b>Ausgewählte Probleme der Vertragsarbitrage im deutschen Recht</b> .....	<b>63</b>
A. Bindungswirkung der Vertragsarbitrageentscheidung .....	63
I. Prozessrechtliche Theorie .....	64
II. Materiell-rechtliche Theorie .....	66
III. Diskurs des Meinungsstands und Streitentscheid .....	67
1. Begrenzung der freien richterlichen Beweismwürdigung .....	67
2. Verbot materiell-rechtlicher Tatsachenfeststellungen .....	68
3. Verzögerte Fälligkeit des Anspruchs .....	69
4. Analoge Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO .....	70
5. Argumente aus Sicht der Konstruktion einer Vertragsarbitrage .....	71
6. Zwischenergebnis .....	72
IV. Dogmatische Funktionsweise der Vertragsarbitrage .....	72
B. Grenzen der Bindungswirkung der Vertragsarbitrageentscheidung .....	74
I. Zeitpunkt der Bindungswirkung .....	75
II. Materielle Entscheidungs- und Prüfungsmaßstäbe .....	76
1. Maßstäbe im Einzelnen .....	76
a) Freies Belieben .....	76
b) Freies Ermessen .....	77
c) Billiges Ermessen .....	77
d) Offenbare Unbilligkeit .....	79
e) Offenbare Unrichtigkeit .....	80
aa) Diskurs zur Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen offener Unbilligkeit und offener Unrichtigkeit .....	80
bb) Praktikabilität des Maßstabes der offenen Unrichtigkeit .....	81

cc) Anwendbarkeit einer Billigkeitsentscheidung außerhalb der rechtsbegründenden Entscheidungen .....	83
f) Gebundene Entscheidung .....	84
2. Verhältnis des Entscheidungsmaßstabs zum Überprüfungsmaßstab .....	84
III. Kompetenz des Obmanns .....	86
IV. Begründungspflicht .....	87
V. Prozessrechtliche Überprüfungsmaßstäbe .....	88
1. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Dritten .....	89
2. Gewährung rechtlichen Gehörs .....	92
3. Diskurs des Meinungsstands und Lösungsansatz .....	93
a) Diskurs zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Dritten .....	93
b) Diskurs zum rechtlichen Gehör .....	95
c) Lösungsansatz unter Berücksichtigung der Vertragsgerechtigkeit .....	96
aa) Vertragsgerechtigkeit und Vertragsarbitrage .....	96
bb) Prozedurale Gerechtigkeitsvorstellungen in der Vertragsarbitrage ....	99
cc) Gebot der Gleichbehandlung .....	101
dd) Weitere Argumente für die Annahme eines Gleichheitsgebots .....	103
C. Richterliche Ersatzbestimmung gemäß § 319 Abs. 1 S. 2 BGB .....	104
I. Anwendungsbereich von § 319 Abs. 1 S. 2 BGB .....	104
II. Regelungsgehalt von § 319 Abs. 1 S. 2 BGB .....	106
1. Ersetzungsbefugnis bei rechtsbegründenden Entscheidungen und bei rechtsändernden, feststellenden sowie deklatorischen Entscheidungen .....	106
2. Diskurs zur Ersetzungsbefugnis und Praxis der Gerichte .....	107
3. Zwischenergebnis .....	108
III. Qualifikation der richterlichen Ersatzbestimmung .....	108
D. Durchsetzbarkeit der Vertragsarbitragevereinbarung .....	109
I. <i>Pactum de non petendo</i> als materiell-rechtliche Einrede oder als prozessrechtlicher Klageverzicht .....	110
II. Analoge Anwendbarkeit von § 1032 ZPO .....	112
E. Abgrenzung der Vertragsarbitrage von der Schiedsgerichtsbarkeit .....	112
I. Beantwortung strittiger Rechtsfragen als Abgrenzungskriterium .....	113
II. Abstellen auf einzelne Tatbestandselemente .....	115
III. Beachtung des Parteiwillens als Abgrenzungskriterium .....	116
F. Zusammenfassung und Ergebnis zum deutschen Recht .....	118

## 3. Kapitel

<b>Aspekte aus dem englischen und französischen Recht</b>	122
A. Englisches Recht	122
I. Grundlagen	122
1. <i>Expert Determination</i>	124
2. <i>Adjudication</i>	126
a) Definition	126
b) Entwicklung	127
c) HGCRA 1996	128
aa) Verhältnis Modellvertrag zu individuellen Vereinbarungen	129
bb) <i>Dispute</i>	130
3. Differenzierung von gesetzlicher und vertraglicher <i>Adjudication</i> und <i>Expert Determination</i>	131
a) Differenzierung von gesetzlicher <i>Adjudication</i> und individuell vereinbarter <i>Adjudication</i>	131
b) Differenzierung von gesetzlicher <i>Adjudication</i> und <i>Expert Determination</i>	132
II. Qualifikation der Bindungswirkung der <i>Expert Determination</i> und <i>Adjudication</i>	133
III. Grenzen der Bindungswirkung	134
1. <i>Fraud</i> und <i>Mistake</i>	134
2. Zuständigkeit ( <i>Jurisdiction</i> )	136
3. <i>Natural Justice</i>	137
a) Unabhängigkeit des Richters ( <i>Bias</i> )	138
b) Recht auf Gehör	138
c) Anwendbarkeit der <i>Natural justice</i> auf die <i>Adjudication</i>	139
aa) Entwicklung in der Rechtsprechung	140
bb) Eindämmung der Regeln der <i>Natural Justice</i>	142
d) Anwendbarkeit der <i>Natural Justice</i> auf die <i>Expert Determination</i>	143
IV. Folgen einer ungültigen oder nicht erfolgten Entscheidung	144
V. Durchsetzbarkeit der Vereinbarung einer <i>Expert Determination</i> oder <i>Adjudication</i>	146
VI. Abgrenzung der <i>Expert Determination</i> und <i>Adjudication</i> von der Schiedsgerichtsbarkeit ( <i>Arbitration</i> )	147
1. <i>Arenson v Arenson</i>	148
2. Abgrenzung der <i>Adjudication</i> im Besonderen	150
VII. Zusammenfassung und Ergebnis zum englischen Recht	150
B. Französisches Recht	151
I. Grundlagen	152
1. Begrifflichkeiten	153

2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Art. 1592 C. civ. und Art. 1843-4 C. civ. ....	154
a) Methodenwahl ....	154
b) Abgrenzung von Art. 1592 und Art. 1843-4 C. civ. ....	156
II. Qualifikation der Bindungswirkung der <i>expertise irrévocable</i> ....	159
III. Gerichtliche Überprüfungsmaßstäbe ....	160
1. Materiell-rechtlicher Überprüfungsmaßstab ....	160
2. Prozessrechtliche Überprüfungsmaßstäbe ....	162
a) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Dritten ....	162
b) Rechtliches Gehör ....	163
IV. Folgen einer ungültigen oder nicht erfolgten Entscheidung ....	164
V. Durchsetzbarkeit der Vereinbarung einer <i>expertise irrévocable</i> ....	165
VI. Abgrenzung der <i>expertise irrévocable</i> von der Schiedsgerichtsbarkeit ....	166
1. Rechtsprechung zum Umfang einer <i>arbitrage contractuelle</i> ....	167
2. Voraussetzungen der Schiedsgerichtsbarkeit ....	168
a) Streit ( <i>litige</i> ) ....	169
b) Richterliche Befugnis ( <i>mission juridictionnelle</i> ) ....	169
3. Bevorzugung der Schiedsgerichtsbarkeit ....	171
4. Diskurs zur Theorie einer <i>arbitrage contractuelle</i> ....	172
VII. Zusammenfassung und Ergebnis zum französischen Recht ....	173
C. Rechtsvergleichende Analyse ....	174
I. Akzeptanz ....	174
II. Grenzen der Bindungswirkung ....	175
III. Folgen einer ungültigen oder nicht erfolgten Entscheidung ....	176
IV. Durchsetzbarkeit der Vertragsarbitragevereinbarung ....	176
V. Abgrenzung zur Schiedsgerichtsbarkeit ....	177

#### 4. Kapitel

<b>Vertragsarbitrage im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht</b> ....	<b>178</b>
A. Vorüberlegungen ....	178
I. Internationalisierung der Vertragsarbitrage ....	178
II. Betrachtungsperspektive ....	179
III. Gang der Untersuchung ....	180
B. Materiell-rechtliche Wirksamkeit der Vertragsarbitrageentscheidung ....	181
I. Existenz eines Vertragsarbitragesitzes ....	181
II. Selbständige Anknüpfung ....	183
1. Entscheidung des RG zu einer Qualitätsarbitrage in Baden ....	183

2. Objektive Anknüpfung gemäß Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO .....	184
3. Engste Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO .....	185
a) Gewöhnlicher Aufenthalt des Obmanns .....	185
b) Tagungsort der Kommission .....	185
c) Zwischenergebnis .....	186
III. Akzessorische Anknüpfung .....	186
1. Vertragsarbitrage als angelehntes Rechtsinstitut .....	187
2. Akzessorietät der Frage der materiell-rechtlichen Wirksamkeit der Vertragsarbitrageentscheidung .....	188
3. Qualifikation schuldrechtlicher Verträge .....	189
4. Umfang der Frage der materiell-rechtlichen Wirksamkeit der Vertragsarbitrageentscheidung .....	190
IV. Rechtswahl der Parteien .....	191
V. Wahl eines anationalen Rechts .....	192
C. Hilfe der Gerichte bei der Durchführung der Vertragsarbitrage .....	193
I. Kollisionsrechtlicher Grundsatz der <i>lex fori</i> .....	194
II. Qualifikation der richterlichen Ersetzungsbefugnis .....	196
III. Universelle Anwendbarkeit von § 319 Abs. 1 S. 2, 1. Halbs. BGB .....	196
D. Durchsetzbarkeit der Vertragsarbitragevereinbarung .....	197
I. Entscheidung des BG zu Klausel 20 eines FIDIC Vertrags .....	198
1. Sachverhalt .....	198
2. Streitgegenstand .....	198
3. Sachentscheidung des BG .....	199
II. <i>Pactum de non petendo</i> als Prozessvertrag .....	200
III. Das auf den Prozessvertrag anwendbare Recht .....	200
IV. Das auf das <i>pactum de non petendo</i> anwendbare Recht .....	201
V. Parallelwertung im deutschen Recht zur BG-Entscheidung .....	201
1. Vorliegen einer Rechtswahl .....	202
2. Keine Rechtswahl der Parteien .....	202
E. Vertragsarbitrage und das CISG .....	203
F. Abgrenzung der internationalen Vertragsarbitrage von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit .....	205
I. Anwendbarkeit des UNÜ auf die Vertragsarbitrage .....	205
1. Entscheidung des BGH zur <i>lodo di arbitratio irrituale</i> .....	206
2. Anwendungsbereich des UNÜ .....	206
a) Sinn und Zweck des UNÜ unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte .....	207

b) Berücksichtigung des Wortlauts des UNÜ .....	208
aa) Schiedsspruch im Sinne von Art. I UNÜ .....	209
bb) Bindende Wirkung des Schiedsspruchs .....	210
(1) Diskurs über die Auslegung des Worts „verbindlich“ .....	210
(2) Zwischenergebnis .....	211
(3) Berücksichtigung des Ziels der Abschaffung der Doppelreuequatur .....	211
3. Anwendbarkeit des UNÜ auf die <i>arbitrato irrituale</i> im Besonderen .....	213
a) Herausgearbeitete Vorgehensweise .....	213
b) Meinungsstand zur Entscheidung des BGH zur <i>arbitratio irrituale</i> .....	214
c) Diskurs zur Entscheidung des BGH zur <i>arbitratio irrituale</i> .....	214
4. Anwendbarkeit des UNÜ auf die Vertragsarbitrage im Allgemeinen .....	216
II. Abgrenzung der Vertragsarbitrage außerhalb des UNÜ .....	216
1. Grundlagen .....	217
2. Schiedsspruch im Sinne von § 1061 ZPO .....	217
3. Bezeichnung des Verfahrens einer Organisation oder die Nennung einer Usance .....	218
G. Für den Obmann anwendbares Recht .....	219
I. Problemaufriss .....	219
II. Stand der Diskussion .....	220
III. Problemlage aus dem Blickwinkel des Gerichts .....	222
1. Beachtung auf Ebene des IPR .....	222
2. Beachtung auf Ebene des Sachrechts .....	223
a) Datumtheorie .....	223
b) Die vom Obmann und dem Gericht zu beachtenden Daten .....	224
c) Grenzen und ergänzende Überlegungen .....	225
H. Ordre public .....	226
I. Vorüberlegungen .....	226
II. Materieller ordre public .....	226
III. Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze als ordre public Verstoß .....	227
I. Internationale Zuständigkeit .....	228
I. Internationale Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-VO .....	228
1. Berücksichtigung der Verfahrensinteressen .....	228
2. Einwand der Prozessökonomie .....	229
II. Internationale Zuständigkeit nach der ZPO .....	229
J. Zusammenfassung und Ergebnis zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht ...	230
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	233
<b>Sachwortregister</b> .....	253

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adj.L.R.	Adjudication Law Reports
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ALL ER	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
Arbitration	The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management (The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BCLC	Butterworth Company Law Cases
Bd.	Band
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B.L.R.	Business Law Review
BLR	Building Law Reports
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civil
Bull. Joly	Bulletin Joly
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation, chambre civil
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
C. civ.	Code civil
CDB	Combined Dispute Board
CESL	Common European Sales Law; Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Ch.	Law Reports, Chancery Division
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf

Const. L.J.	Construction Law Journal
CPC	Code de procédure civil
D.	Recueil Dalloz
DAB	Dispute Adjudication Board
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DIS-AVO	DIS-Verfahrensordnung für Adjudikation
DIS-SchGO	DIS-Schiedsgutachtenordnung
DRB	Dispute Review Board
Dr. sociétés	Droit des sociétés
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGLR	Estates Gazette Law Reports
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
EWHC	England and Wales High Court
EWHC (Ch)	England and Wales Court of Appeal (Chancery Division)
EWHC (Comm)	England and Wales High Court (Commercial Court)
EWHC (QB)	England and Wales High Court (Queen's Bench Division)
EWHC (TCC)	England and Wales High Court (Technology & Construction Court)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GS	Gedächtnisschrift
HansRZ	Hanseatische Rechtszeitschrift für Handel, Schifffahrt und Versicherung, Kolonial- und Auslandsbeziehungen, sowie für hanseatisches Recht
HGCRA 1996	Housing Grand Construction and Regeneration Act 1996
HK	Handkommentar für die Zivilprozessordnung, hrsg. v. Ingo Saenger
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Chamber of Commerce
IELR	International Energy Law Review
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
IPRspr.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J-CI. Civil Code	JurisClasseur Civil Code
J-CI. Proc. civile	JurisClasseur Procédure civile
JCP	Semaine juridique (édition générale)
JCP É	Semaine juridique (édition entreprise et affaires)

JDI	Journal du droit international (Clunet)
J.T.	Journal des tribunaux
Jura	Juristische Ausbildung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht; Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
L & T	Landlord and Tenant Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
n°	numéro
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	Nomos-Kommentar
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Puchelts	Zeitschrift für französisches Civilrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDC	Revue des contrats
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. dr. Int. et dr. com.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Seite/Satz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
ScotCS	Scottish Court of Session Decisions
ScotCS CSIH	Scotland Court of Session, Inner House

ScotHC	Scottish High Court of Judiciary
T.C.L.R.	Techology and Construction Law Reports
TGI	Tribunal de grande instance
Tribune assur.	Tribune de l'assurance
UNÜ	New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958
Urt.	Urteil
v.	von/vom
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WLR	Weekly Law Reports
Y.B. Com. Arb.	Yearbook Commercial Arbitration
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung; Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht; Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG (KA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Kanonistische Abteilung)
ZRG (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß



## Einleitung

Vertragsfreiheit bedeutet, vereinfacht gesagt, die Freiheit, Verträge in beliebiger Zahl und mit beliebigem Inhalt abzuschließen.<sup>1</sup> Das Prinzip der Vertragstreue verpflichtet die Parteien im Anschluss an den Vertragsschluss den abgeschlossenen Vertrag einzuhalten. Sie sind, sofern nicht alle Parteien in eine Auflösung oder Veränderung des Vertrags einwilligen, an ihre Vereinbarung gebunden. Klassischerweise wird der Vertragsinhalt dabei von den an den Vertrag gebundenen Parteien bestimmt. Lassen die Parteien den Inhalt dagegen Fremdbestimmen – von einem Dritten – dann ist dies eine Besonderheit, die die Basis des von mir hier als „Vertragsarbitrage“ genannten Streitbeilegungsverfahrens darstellt.

Dabei stellen Verfahren mit schuldrechtlich bindender Drittentscheidung keine Neuigkeit an sich dar, sondern sind im deutschen Recht seit langem verwirklicht. Zu nennen sind zum Beispiel die §§ 317, 318, 319 BGB und die damit in Verbindung gebrachten sogenannten Schiedsgutachten. Es gibt aber auch jüngere Entwicklungen. Vor allem die englische Kautelarpraxis hat in neuerer Zeit auf Basis der schuldrechtlich bindenden Drittbestimmung einen Streitbeilegungsmechanismus geschaffen, den sie „adjudication“ nennt. Angelehnt an den aus dem angelsächsischen Rechtsraum stammende Begriff der „adjudication“<sup>2</sup>, wird dieses Verfahren in Deutschland als „Adjudikation“ bezeichnet.<sup>3</sup> Solche Verfahren enthalten beispielsweise Musterverträge und Verfahrensordnungen der FIDIC<sup>4</sup>, ICC<sup>5</sup> und DIS<sup>6</sup>. Für alle Streitbeilegungsverfahren mit schuldrechtlich bindender Entscheidung durch einen Dritten soll der Begriff der Vertragsarbitrage hier als Oberbegriff dienen.

Der Begriff der Vertragsarbitrage ist kein etablierter Begriff, weswegen der Begriff der Vertragsarbitrage zunächst herzuleiten ist (§ 1). Dazu ist das Verfahren, einen Dritten über den Inhalt des Vertrags bestimmen zu lassen, kurz rechtshistorisch zu betrachten, bevor auf die Rechtsgrundlage im heutigen deutschen Recht einzugehen ist. Der Begriff der Vertragsarbitrage ist dabei vor allem auch an Hand einer Auseinandersetzung mit den §§ 317–319 BGB und dem damit hauptsächlich in Verbindung gebrachten Schiedsgutachten zu entwickeln.

---

<sup>1</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1; v. *Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 112, Fn. 4.

<sup>2</sup> Siehe dazu *Harbst*, SchiedsVZ 2003, 68.

<sup>3</sup> Vgl. *Köntges/Mahnken*, SchiedsVZ 2010, 310.

<sup>4</sup> Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils.

<sup>5</sup> International Chamber of Commerce.

<sup>6</sup> Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit.

Im Anschluss daran (§ 2) sind ausgewählte Probleme der Vertragsarbitrage zu untersuchen. Hier gilt es nachzuweisen, dass die Vertragsarbitrage nicht nur ein Oberbegriff für Streitbeilegungsverfahren mit schuldrechtlich bindenden Entscheidungen eines Dritten ist, sondern ein vielschichtiges Rechtsinstitut, das der Schiedsgerichtsbarkeit im materiellen Recht entspricht. Besonders relevante Fragestellungen sind, welche Bindungswirkung die Vertragsarbitrageentscheidung entfaltet und welchen Grenzen die Bindungswirkung unterliegt. Wesentlicher Teil der Grenzen der Bindungswirkung ist die Frage, ob der Dritte bei seiner Entscheidung bestimmte Verfahrensgrundsätze zu berücksichtigen hat. Von Interesse ist außerdem, wann der Richter befugt ist unverbindliche oder unterlassene Entscheidungen des Dritten durch ein eigens Urteil zu ersetzen, inwiefern die Vertragsarbitragevereinbarung durchgesetzt werden kann und wie die Vertragsarbitrage von der Schiedsgerichtsbarkeit abzugrenzen ist.

Wesentliches Anliegen dieser Arbeit es außerdem Lösungsansätze zu erarbeiten, die für den Einsatz von länderübergreifenden, also internationalen Vertragsarbitrageverfahren benötigt werden. Die Adaption der Adjudikation durch international handelnde Organisationen wie der FIDIC und der ICC ist der erste Anhaltspunkt für die Notwendigkeit einer solchen internationalen Betrachtung der Vertragsarbitrage.

Zunächst gilt es dazu nachzuweisen, dass Vertragsarbitrageverfahren auch in anderen Rechtsordnungen bekannt und verbreitet sind. Für den Nachweis dienen als Untersuchungsgegenstand das englische<sup>7</sup> und französische Recht (§ 3). Allein der Nachweis der Verbreitung der Vertragsarbitrage in anderen Rechtsordnungen genügt für sich allerdings noch nicht. Die Rechtsordnungen Englands und Frankreichs sind weiterhin auf dieselben Problemstellungen hin zu untersuchen, wie zuvor die deutsche Rechtsordnung. Ziel ist es, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Rechtsordnungen in Bezug auf diese Problemstellungen aufzuzeigen.

Wurde festgestellt, dass sich die Rechtsordnungen in ihrer Behandlung der Problemstellungen eventuell unterscheiden, ist zuletzt das auf die Rechtsfragen anwendbare Recht zu ermitteln (§ 4). In diesem Kontext sind wiederum dieselben Fragestellungen zu untersuchen, die auch schon im deutschen, englischen und französischen Recht untersucht worden sind.

Zwar beruhen weite Teile der Arbeit auf einer rechtsvergleichenden Betrachtung der erwähnten Rechtsordnungen, ein „klassischer“ Rechtsvergleich soll diese Arbeit aber dennoch nicht sein. Hierzu fehlt es insbesondere an Erläuterungen und Bewertungen der gefundenen Unterschiede der Rechtsordnungen.<sup>8</sup> Als verbindendes Element soll vielmehr die Untersuchung des Internationalen Privatrechts dienen,

---

<sup>7</sup> Wenn hier vom englischen Recht gesprochen wird, ist damit selbstverständlich auch das walisische Recht gemeint.

<sup>8</sup> Siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 3 VII.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 3 Rn. 237.

das zwar durchaus nach dem Sinn und Zweck einer bestimmten Regelung des ausländischen Rechts fragt, aber sich einer Bewertung eines „zweckmäßiger“ oder „gerechter“ enthält.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Zur berechtigten und unberechtigten Kritik eines klassischen Rechtsvergleichs, siehe *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 3.