

Die Bestimmung durch einen Dritten im Europäischen Vertragsrecht

Textstufen transnationaler Modellregelungen

Von JENS KLEINSCHMIDT, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung: Delegation von Entscheidungsbefugnissen in einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht	786
II. Gegenstand der Entscheidung des Dritten	788
1. Von der Kaufpreisbestimmung zur Inhaltsbestimmung	788
2. Die Vernachlässigung von Feststellungen durch Dritte	790
III. Delegation der Entscheidungsbefugnis und Vertragsfreiheit	791
1. Delegation als Ausübung von Vertragsfreiheit	791
2. Die Grenzen der Bindungswirkung	793
3. Grundlagen der Kontrolle auf grobe Unangemessenheit	796
4. Sachgerechtigkeit des Kontrollmaßstabs?	799

* Abgekürzt werden zitiert: C. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht (zitiert: Asser [-Autor], Band [Jahr]; Alain Bénabent, Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux⁹ (2011); Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), hrsg. von Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp (2009) (zitiert: Vogenauer/Kleinheisterkamp [-Bearb.]); Wolfgang Ernst, Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, hrsg. von Jürgen Basedow (2000) 129–157; Enrico Gabrielli, L’oggetto del contratto, in: Il Codice Civile, Commentario, hrsg. von Piero Schlesinger (2001); John Kendall/Clive Freedman/James Farrell, Expert Determination⁴ (2008); Heinrich Klang (-Theo Mayer-Maly), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2² (1978); Jens Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte: Zulässigkeit, Verfahren und Kontrolle von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen Dritter im Schuld- und Erbrecht (in Vorbereitung) (zitiert: Delegation); Jacques Moury, Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (2011) (zitiert: Droit); von Staudinger, Kommentar zum BGB (zitiert: Staudinger [-Bearb.] [Jahr]); Denis Tallon, La détermination du prix dans les contrats (1989); Hannes Unberath, Long-Term Contracts and the DCFR, in: The Common Frame of Reference, hrsg. von Gerhard Wagner (2009) 87–161; Wolfgang Witz/Hanns-Christian Lorenz/Manuel Salger (-Wolfgang Witz), International Einheitliches Kaufrecht (2000).

IV. Delegation der Entscheidungsbefugnis und Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gerichten	803
1. Bestimmtheit und Grenzen der Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts . . .	803
2. Gerichtliche Vertragshilfe bei Ausbleiben der Entscheidung des Dritten	805
3. Gerichtliche Vertragshilfe bei Unverbindlichkeit der Entscheidung des Dritten	813
V. Zusammenfassung und Ausblick	816
Summary: Determination by a Third Party in European Contract Law – A Genetic Comparison of Transnational Model Rules	817

I. Problemstellung: Delegation von Entscheidungsbefugnissen in einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

Am 11. Oktober 2011 hat die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Verordnung über ein optionales Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt. Der Inhalt dieses Vorschlags ist freilich nicht vom Himmel gefallen. Er bildet vielmehr die oberste Schicht einer stattlichen Zahl von Regelwerken und Entwürfen, die in unterschiedlicher Form und mit unterschiedlichem Geltungsanspruch Modellregelungen für das europäische Vertragsrecht enthalten.¹ Wer diese Situation als »recht unübersichtlich«² empfindet, ist nicht allein.

Zum Umgang mit der Vielfalt an Textmassen, unterschiedlichen Schichten und teils gleichlaufenden, teils divergierenden Entwicklungslinien hat

Abgekürzt werden die hier analysierten Modellregelungen wie folgt: CESL = Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Annex I: Common European Sales Law, COM(2011) 635 final; DCFR = Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, hrsg. von *Christian von Bar/Eric Clive* (2009) (zitiert: *von Bar/Clive*); FS-ECL = Feasibility study for a future instrument in European Contract Law, 3 May 2011, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf>; PCC = Projet de Cadre Commun de Référence – Principes contractuels communs, hrsg. von *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée* (2008) (zitiert: *Principes contractuels communs*); PECL = Principles of European Contract Law, Parts I and II, hrsg. von *Ole Lando/Hugh Beale* (2000) (zitiert: *Lando/Beale*); deutsche Übersetzung: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile 1 und 2, hrsg. von *Christian von Bar/Reinhard Zimmermann* (2002) (zitiert: *von Bar/Zimmermann*); PICC = UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, hrsg. von UNIDROIT (2011) (zitiert: UNIDROIT PICC).

Der Untertitel dieses Beitrags zitiert den Untertitel von *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht: Textstufen transnationaler Modellregelungen: AcP 210 (2010) 196–250.

¹ Aktueller Überblick bei *Reinhard Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts: JBl. 2012, 2–22 (5ff.) (zitiert: *Perspektiven*).

² *Reinhard Zimmermann*, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts: EuZW 2009, 319–323 (322) (zitiert: *Textstufen*).

Reinhard Zimmermann vorgeschlagen, sich auf die Textstufenforschung zu besinnen.³ Diese für den Umgang mit den Quellentexten des römischen Rechts begründete Herangehensweise werde »im Bereich des modernen europäischen Privatrechts möglicherweise eine Renaissance erfahren«.⁴ Besondere Relevanz wird sie mit Blick auf das CESL erlangen können: So hilft die Kenntnis der Vorstufen des CESL bei Verständnis, Interpretation und Einordnung der Vorschriften, fehlt dem Verordnungsvorschlag doch eine Begründung.⁵ Zudem soll zur Schließung von internen Lücken im CESL ein Rückgriff auf die nationalen Rechte ausgeschlossen sein, sondern vielmehr der Text des CESL »im Einklang mit den ihm zugrunde liegenden Zielen und Grundsätzen und all seinen Bestimmungen« ausgelegt werden.⁶ Zu diesen Prinzipien dürften auch frühere Textstufen gehören.⁷

Art. 75 CESL befasst sich mit der Festsetzung des Preises oder einer anderen Vertragsbestimmung durch einen Dritten und berührt so gleich zwei Grundprobleme vertraglicher Bindung: zum einen die Grenzen von Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung, wenn der Vertragsinhalt durch einen Außenstehenden festgelegt wird, zum anderen die Rolle der Gerichte im Vertragsgefüge der Parteien und damit die Frage nach der Aufgabenverteilung zwischen Staat und privat. Es ist diese, in der bisherigen Diskussion über das CESL kaum beachtete Vorschrift, die hier einer Textstufenanalyse unterzogen werden soll – und zwar mit einer zweifachen Zielsetzung: Es soll auf diese Weise der Gehalt der Vorschrift erhellt werden, und es sollen mögliche Schwachstellen aufgedeckt werden. Wirklich verstehen und würdigen lassen sich die Textstufen jedoch nur, wenn ergänzend der historische und vergleichende Hintergrund der Regelung⁸ herangezogen wird.

³ Programmatisch Zimmermann, Textstufen (vorige Note); für eine Anwendung dieser Methode siehe *ders.*, Perspektiven (oben N. 1) 11 ff.; *ders.*, Die Auslegung von Verträgen, in: FS Eduard Picker (2010) 1353–1373; Jansen/Zimmermann.

⁴ Jansen/Zimmermann 197.

⁵ Kritisch etwa Horst Eidenmüller/Nils Jansen/Eva-Maria Kieninger/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: JZ 2012, 269–289 (271); vgl. Walter Doralt, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts: RabelsZ 75 (2011) 260–285 (270f.).

⁶ Art. 4(2) CESL; Erwägungsgrund 29 des VO-Vorschlags.

⁷ Ähnlich Max Planck Institute, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: RabelsZ 75 (2011) 371–438 (Rn. 98); Beate Gsell, Der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, hrsg. von Oliver Remien/Sebastian Herrler/Peter Limmer (2012) 145–159 (153); Christoph Busch, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht: EuZW 2011, 655–661 (660).

⁸ Näher zum Ganzen Kleinschmidt, Delegation.

II. Gegenstand der Entscheidung des Dritten

1. Von der Kaufpreisbestimmung zur Inhaltsbestimmung

Inhalt und Formulierung von Art. 75 CESL lassen sich, trotz gewisser Abweichungen, über Art. 72 FS-ECL, Art. II.-9:106 DCFR und Art. 6:108 PCC auf Art. 6:106 PECL zurückführen. Dass es den Parteien überhaupt gestattet ist, einem Dritten bestimmte Entscheidungskompetenzen zu übertragen, wird in diesen Vorschriften allerdings stillschweigend vorausgesetzt.⁹ Ausdrücklich werden nur bestimmte Situationen, in denen der Dritte die Entscheidung nicht trifft, sowie die Folgen einer grob unangemessenen Entscheidung geregelt. Die dem Dritten anvertraute Entscheidung kann sich auf den »Preis oder eine andere Vertragsbestimmung« beziehen. Diese schwerfällige Dopplung – auch der Preis ist eine Vertragsbestimmung – ist wohl historisch zu erklären.¹⁰ Noch heute befassen sich manche Kodifikationen ausschließlich oder doch vorrangig mit der Kaufpreisfestsetzung durch einen Dritten.¹¹ Die Praxis dieser Rechtsordnungen hat die Fixierung auf die Kaufpreisbestimmung jedoch längst überwunden und wendet diese Normen auch auf die Bestimmung anderer Vertragsinhalte an.¹² Kodifikationen neueren Datums enthalten meist allgemeine Vorschriften, die nicht mehr gesondert auf den Preis als eine typische Leistung eingehen.¹³ Dass Art. 75 CESL nun – trotz sachlicher Übereinstimmung mit dieser Rechtsentwicklung – ohne Not die Preisfestsetzung besonders hervorhebt und nicht schlank von der Bestimmung des Vertragsinhalts spricht, stellt einen Anachronismus dar, der allenfalls als Vorsichtsmaßnahme angesichts der Prominenz des Streits um den unbestimmten Kaufpreis gerechtfertigt werden könnte.

⁹ Siehe *Lando/Beale* 310; *von Bar/Clive* 599 (jeweils zur Parteileistungsbestimmung); *Antonio Fici*, in: *Principles of European Contract Law and Italian Law*, hrsg. von *Luisa Antonioli/Anna Veneziano* (2005) 290.

¹⁰ Traditionell konzentrierte sich die Diskussion, inspiriert durch eine berühmte, erst durch Justinian entschiedene Klassikerkontroverse, auf die Festlegung des Kaufpreises durch einen Dritten, Inst. 3,23,1; C. 4,38,15,1; der Streit wird mitgeteilt von Gai. III, 140; siehe nur *Reinhard Zimmermann*, *The Law of Obligations* (1990) 254 f.; *Wolfgang Witz*, *Der unbestimmte Kaufpreis* (1989) 13 ff.

¹¹ Art. 1592 frz. und belg. Code civil (daneben existiert in Frankreich noch Art. 1843–4 Code civil); §§ 1056 f. ABGB.

¹² Frankreich: *Moury*, *Droit* Nr. 13.22; *Loïc Cadet*, *Arbiter, arbitrator*, in: *FS Yves Guyon* (2003) 153–169 (156). Österreich: *Michael Schwimann (-Martin Binder)*, *ABGB Praxiskommentar*³ (2006) § 1056 Rz. 2 m. w. N.; differenzierend *Klang (-Mayer-Maly)* 266 f.

¹³ §§ 317–319 BGB, ebenso bereits etwa Art. 35 ff. DresdE; Art. 7:906(2) BW; in Italien hat sich neben der allgemeinen Vorschrift des Art. 1349 Codice civile eine Sonderbestimmung für den Kaufpreis in Art. 1473 Codice civile erhalten. Dogmengeschichtlich relevant wurde hier D. 17,2,75–79; näher *Kleinschmidt*, *Delegation* § 4.C.2.b).

Diese Problematik hat insbesondere auf den beiden ältesten Textstufen Spuren hinterlassen. In Art. 14 I 2 CISG¹⁴ ist die Delegation zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber doch angelegt. Mit der Delegation der Leistungsbestimmung wird die Festsetzung der darin zur Bestimmtheit eines Angebots geforderten *essentialia* ermöglicht.¹⁵ Allerdings sollen derartige Bestimmungsbefugnisse unter dem Vorbehalt stehen, dass sie auch nach den Gültigkeitsvoraussetzungen des darauf anwendbaren nationalen Rechts zulässig sind.¹⁶

Bleibt die Delegation an einen Dritten damit im CISG unerwähnt, wird sie in den PICC gleich zweimal angesprochen, nämlich einmal als Bestimmung einer Vertragsbedingung (»term«) im Abschnitt über den Vertragsabschluss, wo sie ausdrücklich für zulässig erklärt wird (Art. 2.1.14), und dann als Bestimmung des Preises im Abschnitt über den Inhalt (Art. 5.1.7(3)). Beide Regeln stammen aus der ersten Fassung der PICC von 1994, sind jedoch von unterschiedlichen Berichterstattern eingebracht und zu unterschiedlichen Zeiten beraten worden.

Obwohl die Verfasser von PICC und PECL auch aufgrund personeller Überschneidungen in den Arbeitsgruppen Kenntnis von der Arbeit der jeweils anderen Gruppe hatten und etwa die Beratungen zu Art. 5.1.7(3) PICC ausdrücklich auf den zeitgleich entwickelten PECL-Entwurf Bezug nahmen,¹⁷ enthalten die – etwas früher fertiggestellten – PICC also ein von der PECL-CESL-Linie abweichendes Modell. Gegenüber der Verteilung der Problematik auf zwei Vorschriften stellt die Zusammenfassung möglicher Gegenstände einer Drittbestimmung in einer einzigen Norm in den PECL und ihren Nachfolgern einen Fortschritt dar. In anderer Hinsicht sind Art. 75 CESL und seine Vorläufer ebenso wie Art. 2.1.14 PICC erfreulich präziser formuliert als manche nationale Rechtsordnung: Sie sprechen nicht wie etwa § 317 BGB nur von der Bestimmung einer Leistung, sondern stattdessen von der Festsetzung jeglicher Vertragsbedingung durch einen Dritten.

¹⁴ Diese Vorschrift und ihr umstrittenes Zusammenspiel mit Art. 55 CISG haben zu dem berühmten, aber eher theoretisch gebliebenen Problem des unbestimmten Preises im UN-Kaufrecht Anlass gegeben. Siehe dazu nur *Peter Mankowski*, in: Internationales Vertragsrecht², hrsg. von *Franco Ferrari/Eva-Maria Kieninger/dems. et al.* (2011) Art. 14 Rz. 26 ff.; *Eva Luig*, Der internationale Vertragsschluß (2003) 43 ff.

¹⁵ So auch die überwiegende Ansicht, siehe etwa *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer* (-*Peter Schlechtriem/Ulrich Schroeter*), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht⁵ (2008) Art. 14 Rz. 13; etwas anders *Witz/Lorenz/Salger* (-*Witz*) Art. 14 Rz. 49 (Delegation als zulässige Abbedingung des Art. 14 I 2).

¹⁶ Vgl. Art. 4 S. 2 lit. a CISG; *Staudinger* (-*Ulrich Magnus*) (2005) Art. 14 CISG Rz. 19, 22.

¹⁷ UNIDROIT 1990 – P. C. – Misc. 14, S. 57; allgemein *Michael J. Bonell*, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Uniform L. Rev. 1996, 229–246 (233, 235) (zitiert: Principles).

2. Die Vernachlässigung von Feststellungen durch Dritte

An welche Vertragsbedingungen die Verfasser der Regelwerke dachten, kann aufschlussreich für die Bewertung einer Vorschrift sein. Während den Urhebern der PECL ausweislich des Kommentars ausschließlich die (Kauf-) Preisbestimmung vor Augen stand,¹⁸ ging die PICC-Arbeitsgruppe vorrangig von (Anpassungs-)Befugnissen eines Dritten in Langzeitverträgen aus.¹⁹ Der Realität der Bestimmung durch einen Dritten kommen vermutlich die PICC näher. Da den Parteien in der Regel daran liegen wird, ihr Äquivalenzverhältnis nach Möglichkeit selbst auszuhandeln, dürfte die Preisbestimmung durch einen Dritten nur dann relevant werden, wenn ihnen – wie bei der Einräumung eines Optionsrechts oder einem Anpassungsmechanismus – die Bestimmung bei Vertragsschluss nicht möglich ist.²⁰

Einen in der Praxis bedeutsamen, wenn nicht sogar den bedeutsamsten Gegenstand der Entscheidung eines Dritten sprechen alle Textstufen – ebenso wie fast alle nationalen Kodifikationen –, wenn überhaupt, nur sehr undeutlich an. In ganz verschiedenen Situationen ersuchen Vertragsparteien einen Dritten darum, für sie bestimmte Tatsachen festzustellen, zu deren Aufklärung ihnen die Sachkunde oder die Einigungsfähigkeit fehlt. Aufgabe des Dritten kann etwa die Bewertung einer Kaufsache sein, aus deren Ergebnis sich dann nach einem von den Parteien festgelegten Mechanismus der Kaufpreis errechnet. In diesem Fall haben die Parteien den Kaufpreis selbst bestimmt; sie benötigen die Hilfe des Dritten nur zu dessen Ermittlung.²¹ Im deutschen Recht hat sich für diesen Bereich die Bezeichnung als feststellendes Schiedsgutachten eingebürgert.²² Der BGB-Gesetzgeber hat diese Fälle ignoriert, obwohl die Praxis des 19. Jahrhunderts noch die funktionale Nähe vertragsgestaltender und feststellender Entscheidungen eines Dritten erkannt hatte. Diese verengte Sichtweise war bereits während der

¹⁸ von Bar/Zimmermann 373; von Bar/Clive 602. Unpassend ist dort der Verweis auf die FIDIC-Standardbedingungen, da die Entscheidungen des darin mit Bestimmungsbefugnissen ausgestatteten »engineer« nur vorläufig binden, dazu etwa Götz-Sebastian Hök, FIDIC Verträge im Lichte der Unidroit Prinzipien als Vertragsstatut: ZfBR 2008, 115–125 (120).

¹⁹ UNIDROIT PICC 57; im Normtext explizit erwähnt in dem Entwurf UNIDROIT 1979 – Study L – Doc. 15, S. 1. Zur Anpassung durch Dritte siehe nur Unberath 142; René David, La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats, in: General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law (1981) 269–285.

²⁰ Zur geringen praktischen Relevanz von Kaufverträgen, in denen die Bestimmung des Kaufpreises einem Dritten überlassen wird, Alberto Musy, Art. 1473, in: Commentario al codice civile, artt. 1470–1547, hrsg. von Paolo Cendon (2009) 43.

²¹ Andere Beispiele betreffen die Untersuchung der Kaufsache zur Berechnung eines Minderungsbetrags (sog. Qualitätsarbitrage) oder die Festsetzung des Auseinandersetzungshabens eines ausscheidenden Gesellschafters, dazu z. B. Art. 1843–4 Code civil.

²² Siehe dazu nur Walther Habscheid, Das Schiedsgutachten, in: FS Heinrich Lehmann II (1956) 789–811.

Beratungen des BGB moniert worden.²³ Diese Kritik ist nunmehr an die Modellregelungen gerichtet zu wiederholen. Andere nationale Rechtsordnungen integrieren die Feststellungsentscheidung eines Dritten nämlich weitgehend geräuschlos.²⁴ Im Gesetz niedergeschlagen hat sich die Gleichbehandlung aller Entscheidungsgegenstände in den Niederlanden.²⁵

Vor diesem rechtsvergleichenden Befund sollte Art. 75 CESL das Vermissnis der früheren Textstufen beseitigen und auch die Feststellung durch einen Dritten einschließen. Der gegenwärtige Wortlaut des Artikels stünde einer dahingehenden Auslegung zwar nicht entgegen.²⁶ Jedoch könnten Juristen, die Feststellungen durch einen Dritten eher dem (Schieds-)Verfahrensrecht zuschlagen würden, geneigt sein, eine externe, nach dem jeweils kollisionsrechtlich berufenen Recht zu beurteilende Lücke im Verordnungstext anzunehmen: Funktional, historisch und vergleichend verwandte Abreden würden also nach unterschiedlichen Rechten beurteilt. Überdies dürfte innerhalb des engen Anwendungsbereichs des CESL die Einschaltung eines Dritten am ehesten vorstellbar sein zur Bewertung der Kaufsache oder eines mangelbedingten Minderwerts, also zur Vornahme typischer Tatsachenermittlungen. Es wäre kurios, wenn gerade der hauptsächliche Anwendungsfall einer Regel nicht unmittelbar von dieser erfasst würde.

III. Delegation der Entscheidungsbefugnis und Vertragsfreiheit

1. Delegation als Ausübung von Vertragsfreiheit

Wenn der darum ersuchte Dritte seine Entscheidung trifft, sind die Vertragsparteien und auch ein Gericht grundsätzlich an deren Inhalt gebunden. An dieser Bindungswirkung bestand, sofern die Delegation überhaupt für zulässig erachtet wurde, zu keiner Zeit ein Zweifel. Sie verhilft überhaupt erst dem Mechanismus der Drittbestimmung zum Erfolg. Gleichwohl wird

²³ Weismann, Die §§ 355–357 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs: AcP 74 (1889) 422–432. Der Zwischenruf blieb ungehört, so dass die rechtliche Behandlung feststellender Schiedsgutachten (§§ 317 ff. BGB oder §§ 1025 ff. ZPO) bis heute umstritten ist, vgl. nur Friedrich Stein/Martin Jonas (-Peter Schlosser), Kommentar zur Zivilprozessordnung²² (2002) Vor § 1025 Rz. 21 ff.; Kleinschmidt, Delegation § 2.B.II.5.

²⁴ Zu England und Frankreich: Kleinschmidt, Delegation § 2.B.II.3.; Italien: C. Massimo Bianca, Diritto civile III: Il contratto (1984) Nr. 149; Belgien: Matthias E. Storme, Vaststellers- en geschillenbeschlichtingsovereenkomsten, in: Bijzondere overeenkomsten, hrsg. von H. Bocken et al. (2008) 583–628 (611).

²⁵ Art. 7:904 BW (Feststellung) und Art. 7:906(2) BW (Ergänzung und Anpassung); dazu Asser (-A. C. van Schaick), Bijzondere overeenkomsten 7-VIII*⁷ (2012) Nr. 151, 170.

²⁶ Denkbar wäre eine Deutung der Feststellung als Festsetzung des Inhalts eines Feststellungsvertrags, wie dies etwa Art. 7:904 BW entspricht und auch in Deutschland zu Recht als Erklärungsansatz für das feststellende Schiedsgutachten vorgeschlagen wird, siehe nur Gerhard Wagner, Prozeßverträge (1998) 660, 663.

dieser fundamentale Satz in den transnationalen Modellregelungen ausschließlich in Art. 2.1.14(1) PICC ausgesprochen; in den anderen Regelwerken wird er vielmehr in den Bestimmungen darüber, wann eine Entscheidung ausnahmsweise keine Bindungswirkung entfaltet, vorausgesetzt. Liegt hierin nicht ein Problem für eine Rechtsordnung, die auf der Vertragsfreiheit als Ausprägung des Prinzips der *Selbstgestaltung* der rechtlichen Verhältnisse aufbaut?

Entgegen dem ersten Eindruck bedeutet die Delegation der Entscheidungsbefugnis jedoch keinen Verzicht auf Vertragsfreiheit. Vielmehr machen Parteien, die einen Dritten zu einer bindenden Entscheidung ermächtigen, von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch.²⁷ Denn der Dritte erhält seine Rechtsmacht von den Parteien, die sich seinem Spruch unterworfen haben. Diese »Unterwerfungsvereinbarung«, die die Parteien in Ausübung ihrer Selbstbestimmung schließen, legitimiert die Bindungswirkung der Entscheidung des Dritten und nimmt ihr den Charakter der Fremdbestimmung.²⁸

Bestätigt und nicht etwa in Frage gestellt wird diese Sichtweise der Delegation als Ausübung von Privatautonomie dadurch, dass sie in AGB, jedenfalls zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, Einschränkungen unterliegen kann. In Art. 85 lit. k CESL wird die »Unfairness« einer nicht individuell ausgehandelten, vom Unternehmer gestellten Klausel vermutet, nach der der Preis erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung festgesetzt wird – anders als in der Klauselrichtlinie²⁹ scheint das auch die Festsetzung durch einen Dritten einzuschließen. Überdies könnte es nach

²⁷ Siehe z. B. *Staudinger (-Völker Rieble)* (2009) § 315 Rz. 249.

²⁸ Deutschland: z. B. *Jacob Jousen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten (2005) 339, 343 f.; *Weismann*, Das Schiedsgutachten: AcP 72 (1888) 269–329 (281); England: z. B. *Campbell v. Edwards* [1976] 1 WLR 403, 407; *Kendall/Freedman/Farrell* para. 14.3; Belgien: *Steven Marysse*, Over (bindende) prijsbepaling door een derdebesliser: RGDC 2010, 338–352 (340 f.); zum Ganzen *Kleinschmidt*, Delegation § 3.A.III. und § 13.A.I.

Mit den Modellregelungen vereinbaren ließe sich auch ein alternativer Ansatz zur Legitimierung der Bindungswirkung, der den Dritten als gemeinsamen Vertreter (*mandataire commun*) der Parteien versteht. Er dominiert vor allem das französische Recht, z. B. Cass. com. 4. 2. 2004, Bull. civ. IV, Nr. 23; *Cadiet* (oben N. 12) 162; Materialien zum Code civil in *Jean Guillaume Locré*, La législation civile, commerciale et criminelle de la France XIV (Paris 1828) 198. Aus Sicht der Vertragsfreiheit käme dieser Ansatz zu keiner abweichenden Beurteilung (vgl. zur Rückführung rechtsgeschäftlicher Vertretung auf die Selbstbestimmung insbesondere *Wolfram Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft [1955] 104 ff.; *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I [1996] 329 f.; grundsätzlich anders *Ferdinand Kirchhof*, Private Rechtsetzung [1987] 481 ff.). Problematisch bleibt ein dogmatischer Unterschied: Nach diesem Ansatz ergeben sich die Grenzen der Bindungswirkung aus dem Verhältnis der Parteien zu dem Dritten, obwohl für die Rechtsmacht des Dritten und deren Grenzen die Vereinbarung der Parteien untereinander maßgeblich sein sollte, näher *Kleinschmidt*, Delegation § 3.A.II.2. m. w. N.

²⁹ Siehe lit. l des Anhangs 1 zur Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in

Art. 84 lit. d CESL »per se unfair« sein, wenn ein Gericht nach Art. 75(2) nur die grobe Unangemessenheit der Drittbestimmung kontrollieren kann und der Verbraucher somit daran gehindert wird, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen.³⁰ Diese Klauselverbote dürfen nun aber nicht zu der Annahme verleiten, eine Delegation stelle generell eine Gefahr für die Selbstbestimmung der Vertragsparteien dar. Im Gegenteil greifen sie nur eine Situation auf, in der nach einer materialisierten Betrachtung des Vertragsrechts typischerweise nicht von einer echten Selbstbestimmung des Verbrauchers die Rede sein kann.³¹

2. Die Grenzen der Bindungswirkung

Die Bindung der Parteien an die Entscheidung des Dritten hat jedoch Grenzen. Erst hierzu trifft Art. 75 CESL im Einklang mit seinen Vorläufern eine Regelung, wonach eine grob unangemessene Festsetzung ersetzt wird. Zwei besonders naheliegende Grenzen werden dagegen in keinem der Regelwerke ausdrücklich erwähnt.

(a) *Verstoß gegen zwingendes Recht.* – Unverbindlich ist die Entscheidung des Dritten erstens dann, wenn sie gegen zwingendes Recht verstößt, insbesondere wenn sie gesetzes- oder sittenwidrig ist. Selbstverständlich kann die Delegation nicht dazu dienen, einen Vertrag in Geltung zu setzen, den die Parteien ohne den Dritten nicht hätten schließen können. Angedeutet wird dieser Satz nur im offiziellen Kommentar zu Art. 5.1.7(3) PICC: Danach kann im Falle einer Täuschung, einer Drohung oder eines groben Missverhältnisses eine Anfechtung (wohl des Vertrages, nicht der Drittbestimmung) nach Art. 3.2.8(2) PICC in Betracht kommen.³² Wenn die Modellregelungen im Übrigen nicht deutlicher aussprechen, dass der Dritte zwingendes Recht zu beachten hat, ist dies aus zwei Gründen verständlich und sogar zu begrüßen: Zum einen wäre es regelungstechnisch äußerst unglücklich, wenn allgemeine Regeln über die Unwirksamkeit von Verträgen an jeder Stelle, an der sie relevant werden könnten, wiederholt würden. Deshalb wird auch in keiner nationalen Kodifikation diese Unverbindlichkeitsgrenze

Verbraucherverträgen vom 5. 4. 1993, ABl. 1993 L 95/29, wo allein auf eine Festsetzung durch den Verkäufer abgestellt wird.

³⁰ Deshalb hält *Friedrich Graf v. Westphalen/Gregor Thüsing (-v. Westphalen)*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (2009) Rz. 28/5, 28/13, Schiedsgutachtenklauseln gegenüber Verbrauchern für unvereinbar mit der Klauselrichtlinie, deren Anhang 1 in lit. q eine ähnliche Formulierung enthält; vgl. auch *Asser (-Van Schaick)* (oben N. 25) Nr. 171.

³¹ Zum Geltungsgrund der AGB-Kontrolle siehe nur Münchener Kommentar zum BGB (-*Jürgen Basedow*) II⁶ (2012) Vor § 305 Rz. 4ff.

³² UNIDROIT PICC 158.

speziell erwähnt, obwohl sie überall anerkannt ist.³³ Zum anderen enthalten zwar alle Regelwerke in gewissem Umfang zwingende Vorschriften, die bestimmte Vertragsinhalte verbieten. Das CESL verlässt sich aber im Übrigen zur Bestimmung der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit auf das kollisionsrechtlich berufene nationale Recht.³⁴ Es wäre merkwürdig, diesen bislang ausgesparten Regelungskomplex nun nicht generell, sondern nur anhand eines Spezialfalls zu normieren. Dann bleibt es in einem mit supranationalem Geltungsbefehl ausgestatteten optionalen Instrument freilich erforderlich, daneben nach der Rom I-VO ein nationales Recht zu ermitteln, nach dem sich die äußersten, zwingenden Grenzen der Befugnisse des Dritten bemessen.³⁵

(b) *Überschreitung der Befugnisse.* – Auch eine zweite Unverbindlichkeitsgründe erwähnt keine der transnationalen Modellregelungen, und zwar weder in den Vorschriften noch im offiziellen Kommentar: Überschreitet der Dritte seine Befugnisse, so kann sein Spruch die Parteien nicht binden. Wenn die Bindungswirkung der Entscheidung des Dritten aus der selbstbestimmten Unterwerfung der Parteien herzuleiten ist, folgt daraus als logische Umkehrung, dass diese Bindungswirkung nur so weit reichen kann, wie dies dem Willen der Parteien entspricht. Eine dahingehende Klarstellung in den Modellregelungen wäre schon deshalb wünschenswert, weil sie ein klares Bekenntnis zur dogmatischen Verankerung der Festsetzung durch einen Dritten in der Privatautonomie enthielte. Zudem sollte sich in einem Restatement eine von allen nationalen Rechtsordnungen geteilte Überzeugung widerspiegeln.³⁶

(c) *Zusätzliche Kontrolle auf grobe Unangemessenheit?* – Die beiden bislang genannten Unverbindlichkeitsgründe ergeben sich im Grunde aus allgemeinen Regeln. Sie sind dem Mechanismus der Delegation von Privatautono-

³³ Siehe z.B. *Kendall/Freedman/Farrell* para. 14.11.1; Münchener Kommentar zum BGB (-Markus Würdinger) II⁶ (2012) § 319 Rz. 28; *Peter Rummel (-Josef Aicher)*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 1056 Rz. 8; *Storme* (oben N. 24) 609, 623.

³⁴ Erwägungsgrund 27 des VO-Vorschlags.

³⁵ *Michael Stürmer*, Kollisionsrecht und Optionales Instrument: GPR 2011, 236–242 (240); *Max Planck Institute* (oben N. 7) 407.

³⁶ Zentral ist dieser Unverbindlichkeitsgrund in England, vgl. z.B. *Veba Oil Supply & Trading GmbH v. Petrotrade Inc.* [2001] EWCA Civ. 1832; *Kendall/Freedman/Farrell* para. 14.5.10. Ebenso in Frankreich, wo er als »dépassement du pouvoir« mit der Konzeptualisierung des Dritten als gemeinsamem Vertreter (oben N. 28) verknüpft ist, z.B. *Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Pierre-Yves Gautier*, *Droit civil: contrats spéciaux*⁵ (2011) Nr. 204. Missverständlich ist es jedoch, wenn die neuere Rechtsprechung die Auftragsüberschreitung unter den Zentralbegriff der *erreur grossière* fasst, z.B. *Cass. civ. 1^{re} 25. 11. 2003*, *Bull. civ. I*, Nr. 243. Belgien/Niederlande: *Katrien Vanderschot*, *De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland*, in: *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, hrsg. von *Jan Smits/Sophie Stijns* (2005) 425–449 (434f.).

mie immanent. Für eine dritte, nun zu diskutierende Grenze lässt sich das nicht sagen. Entsprechend finden sich zwei unterschiedliche Entwicklungslinien, die sich auch in den Modellregelungen widerspiegeln.

(1) Die erste Entwicklungslinie erlaubt eine inhaltliche Kontrolle des Spruchs des Dritten *unterhalb* der beiden soeben genannten Unverbindlichkeitsgrenzen. Nach Art. 75(2) CESL bindet die Festsetzung eines Dritten dann nicht, wenn sie »grob unangemessen« (»grossly unreasonable«) ist. Sie wird ersetzt durch eine Festsetzung, die unter vergleichbaren Umständen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses getroffen worden wäre, oder, wenn eine solche nicht zu ermitteln ist, durch eine angemessene Festsetzung. Diese Entwicklungslinie führt in das römische Recht zurück,³⁷ und sie war für viele nationale Rechtsordnungen prägend.³⁸ Der identische Kontrollstandard wird in Art. 6:106(2) PECL, Art. II.-9:106(2) DCFR und Art. 72(2) FS-ECL statuiert. Gleichwohl besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem CESL und seinen Vorläufern: Nach Art. 75(4) CESL kann die Kontrolle nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden.³⁹

(2) Einer anderen Entwicklungslinie folgen die PICC, die keine zusätzliche Grenze für die Bindungswirkung enthalten, sondern, wie gesehen, lediglich auf die allgemeinen Grenzen vertraglicher Bindung verweisen. Eine gesonderte Kontrolle auf grobe Unangemessenheit findet nicht statt.⁴⁰ Verfehlt wäre es jedoch, diese Lösung mit einem freieren Entscheidungsmaßstab des Dritten zu erklären.⁴¹ Selbst wenn, was angesichts des Interesses der Parteien an einer vernünftigen und angemessenen Entscheidung eines neutralen Dritten durchaus zweifelhaft erscheint, der Dritte nach freiem Belieben entscheiden dürfte,⁴² ist ein Gleichlauf zwischen Entscheidungs- und Kontrollmaßstab keineswegs »logisch«⁴³. Die Aufgabe des Gerichts be-

³⁷ Vgl. *Paulus* D. 17,2,79; zur Entwicklung *Kleinschmidt*, Delegation § 4.C.1.2.b).

³⁸ Vgl. nur § 319 I BGB; Art. 1349 I Codice civile; Art. 7:904(2) BW.

³⁹ Den dispositiven Charakter der Vorgängerbestimmungen hält *Unberath* 143 für unklar; für »more than likely« erachtet eine zwingende Natur *A. C. van Schaick*, in: *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, hrsg. von *Danny Busch et al.* (2002) 272.

⁴⁰ So auch *Ernst* 133.

⁴¹ So aber *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp)* Art. 5.1.7 para. 12.

⁴² Da Art. 5.1.7(3) PICC nur für den Fall des Ausbleibens der Bestimmung anordnet, dass der Preis *reasonable* sein müsse, ist der Dritte nach Ansicht von *Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp)* Art. 5.1.7 para. 12, Art. 2.1.14 para. 11 und *Juan Luis Pulido Begines*, in: *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*² (2003) 276, 279 an keine Vorgaben der *reasonableness* gebunden. Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 5.1.7(1) PICC grundsätzlich den Willen unterstellt, zu einem angemessenen Preis zu kontrahieren, und kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Parteien allein aufgrund der Delegation an einen Dritten diesen Willen aufgeben sollten.

⁴³ So aber *Joussen* (oben N.28) 483 ff., 509 f. Im CISG, das ebenfalls keinen speziellen Kontrollmaßstab regelt, soll gleichwohl »Treu und Glauben« (Art. 7 CISG) den Entscheidungsmaßstab darstellen, *Christoph Brunner*, UN Kaufrecht – CISG, Kommentar (2004) Art. 14 Rz. 4; etwas anders *Witz/Lorenz/Salger (-Witz)* Art. 55 Rz. 9.

steht nicht darin, die Beachtung des Entscheidungsmaßstabs zu überprüfen. Vielmehr kontrolliert es die Einhaltung der von den Parteien festgelegten Grenzen der Verbindlichkeit. So ist im englischen Recht heute ein *implied term* anerkannt, wonach die Entscheidung des Dritten im Zweifel »fair« zu treffen ist.⁴⁴ Gleichwohl findet wie in den PICC keine allgemeine Fairnesskontrolle statt. Unterläuft dort dem Dritten ein noch so grober Fehler, wird dadurch die Bindungswirkung seiner Entscheidung nicht in Frage gestellt.⁴⁵ Bemerkenswert ist, dass das Fehlen einer speziellen Unverbindlichkeitsregelung nicht nur in den PICC zu Auslegungsschwierigkeiten führt, sondern auch zum Beispiel in Frankreich und Österreich zu unterschiedlichen Deutungen und Unklarheiten Anlass gegeben hat.⁴⁶ Diese durch das Fehlen einer Norm ausgelöste Unsicherheit über den anzuwendenden Kontrollmaßstab sollte für ein transnationales Regelwerk wie die PICC nahelegen, durch ausdrückliche Regelung und nicht bloß durch beredtes Schweigen und eine knappe Andeutung in den Comments seine Entscheidung für die zweite Entwicklungslinie zu erklären.⁴⁷

3. Grundlagen der Kontrolle auf grobe Unangemessenheit

(a) *Legitimation der Kontrolle.* – Die Überprüfung auf grobe Unangemessenheit stellt eine Form der Inhaltskontrolle und damit eine Beschränkung der Privatautonomie dar. In einem System, das auf der Vertragsfreiheit aufbauen möchte,⁴⁸ ist dafür eine besondere Rechtfertigung erforderlich. Sie wird jedoch weder in den PECL noch in den darauf basierenden Textstufen

⁴⁴ Vgl. nur *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton* [1983] 1 AC 444, 477, 479, 483.

⁴⁵ Z. B. *Kendall/Freedman/Farrell* para. 14.4.1 ff. Oft vereinbaren die Parteien deshalb, dass sie an die Entscheidung eines Dritten nur »in the absence of manifest error« gebunden sein wollen (para. 14.10.1). Damit würde der Dritte seine Befugnisse überschreiten.

⁴⁶ Im 19. Jahrhundert wurde das Schweigen der Kodifikationen so gedeutet, als könnten die Parteien – abgesehen vom Fall des *dépassement du pouvoir* – die Entscheidung des Dritten nicht vor Gericht in Frage stellen; für Österreich vgl. nur *Franz Xaver Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches VI (Grätz 1833) § 1056 Anm. 4; siehe aber *Klang (-Mayer-Maly)* 259 (zur Kontrolle auf offenbare Unbilligkeit im Codex Theresianus); für Frankreich vgl. nur *Raymond Théodore Troplong*, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De la vente* I² (Paris 1836) Nr. 158 unter Berufung auf Art. 1134 I Code civil und gegen *Robert Joseph Pothier*, *Traité du Contrat de Vente*, in: *Œuvres de Pothier* I² (Paris/Orléans 1781) Nr. 24. Heute kennen beide Rechte gleichwohl eine eigene Kategorie der inhaltlichen Unverbindlichkeit; Österreich: *Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (-Peter Apathy)*, *Kurzkommentar zum ABGB*³ (2010) § 1056 Rz. 3 (zitiert: KBB); Frankreich: *Moury*, *Droit* Nr. 42.71 ff. (*erreur grossière*). In beiden ist dieser Unverbindlichkeitsgrund aber nicht unumstritten, kritisch z. B. *Eva Fischer-Achoura*, *Les conséquences d'une erreur du tiers chargé de fixer le prix de vente: Petites Affiches* 21. 12. 2004 (Nr. 254), 26–30 (29); *Klang (-Mayer-Maly)* 263 f. Zu Frankreich *Kleinschmidt*, *Delegation* § 15.C.III.2.b).

⁴⁷ Eine vertragliche Regelung empfiehlt *Ernst* 133.

⁴⁸ Art. 1 CESL und Erwägungsgrund 30 des VO-Vorschlags.

gegeben. Der offizielle Kommentar zu Art. 6:106 PECL bemerkt lediglich, es erscheine »insbesondere im Licht von Artikel 6:105 (der eine entsprechende Kontrolle im Falle einseitiger Leistungsbestimmungen vorsieht) folgerichtig, das Gericht zu ermächtigen, eine unangemessene Bestimmung zu revidieren.«⁴⁹ Eine derartige Folgerichtigkeit besteht in Wirklichkeit nicht: Der Leistungsbestimmung durch eine Partei eignet ein ungleich größeres Missbrauchspotenzial⁵⁰ als der Leistungsbestimmung durch einen außenstehenden Dritten.⁵¹

Eine Rechtfertigung der Inhaltskontrolle lässt sich jedoch finden, wenn man sich auf die Verankerung der Bestimmungsbefugnis des Dritten in der Vertragsfreiheit der Parteien besinnt. Die Parteien, die sich der Entscheidung eines Dritten unterwerfen, können selbst festlegen, in welchem Umfang und bis zu welcher Grenze sie gebunden sein wollen. Mithin können sie auch festlegen, nicht an eine grob unangemessene Entscheidung gebunden sein zu wollen.⁵² Dieser Begründungsansatz hat zwei wichtige Folgen: Erstens stellt die grobe Unangemessenheit keinen eigenen Unverbindlichkeitsgrund, sondern nur einen Unterfall der Überschreitung der Befugnisse dar. Dass die Modellregelungen nicht den zentralen Grund der Unverbindlichkeit, sondern lediglich einen typischen Unterfall erwähnen, begründet die Gefahr eines verzerrten Bildes. Weniger als eine nationale Rechtsordnung kann sich ein transnationales Regelwerk darauf zurückziehen, ein bestimmter Satz sei selbstverständlich – vor allem dann nicht, wenn es »user-

⁴⁹ von Bar/Zimmermann 374 (die deutsche Fassung bringt hier den Inhalt besser zum Ausdruck als die englische, in der es heißt, das Gericht habe »power to avoid an unreasonable valuation«, *Lando/Beale* 312). In leicht abgewandelter Formulierung der Sache nach übernommen in von Bar/Clive 602.

⁵⁰ Damit begründen die PECL (von Bar/Zimmermann 371 f.) und der DCFR (von Bar/Clive 599 f.) die Überprüfungsmöglichkeit bei der Parteileistungsbestimmung.

⁵¹ Z. B. *Unberath* 142, 144; *Fici* (oben N. 9) 292. Im deutschen Recht kommt dies Gefälle darin zum Ausdruck, dass die Parteileistungsbestimmung gemäß § 315 III BGB nicht erst im Falle offenerer, sondern bereits bei »einfacher« Unbilligkeit unverbindlich ist. Zur größeren Zurückhaltung vor allem romanischer Rechtsordnungen gegenüber einer Parteileistungsbestimmung *Jens Kleinschmidt*, Leistungsbestimmung, nachträgliche, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (2009) 1007–1012 (1011) (zitiert: Leistungsbestimmung); Artt. 1265, 1449 span. Código civil; *Fici* (oben N. 9) 294 ff. (Italien); Gleichlauf aber in Art. 7:904(1) BW.

⁵² Siehe z. B. für Frankreich: *Jean Domat*, Les lois civiles dans leur ordre naturel (Paris 1777) I, I, III, XI (S. 26); *Pierre-Yves Gautier*, De l'arbitrage déraisonnable rendu par l'expert chargé de fixer le prix: Rev. trim. civ. 1992, 133–134 (133); für Deutschland: *Franz Philipp von Kübel*, Recht der Schuldverhältnisse, in: Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches II/1, hrsg. von Werner Schubert (1980) 270; *Staudinger (-Rieble)* (2009) § 315 Rz. 30; für Belgien: *Lucien Simont*, Contribution à l'étude de l'article 1592 du code civil, in: FS Pierre van Ommeslaghe (2000) 261–282 (274 f.); für Österreich *Rummel (-Aicher)* (oben N. 33) § 1056 Rz. 10. Näher *Kleinschmidt*, Delegation § 14.A.II. (auch zu anderen Ansätzen).

friendly« und aus sich heraus verständlich sein will.⁵³ Zweitens müsste die Kontrolle auf grobe Unangemessenheit dispositiv sein.

(b) *Zwingende oder dispositive Natur der Kontrolle?* – Dann wird der Begründungsansatz aber in Frage gestellt durch Art. 75(4) CESL: Die zwingende Überprüfung auf grobe Unangemessenheit im Verhältnis zu Verbrauchern scheint einer Ableitung aus dem Parteiwillen entgegenzustehen. Warum im CESL – abweichend von allen Vorläufern – auch hier eine Vorschrift für zwingend erklärt wird, bleibt mangels einer Gesetzesbegründung letztlich im Dunkeln. Möglicherweise war eine vereinzelte, nicht weiter begründete Stellungnahme im Konsultationsverfahren zur FS-ECL⁵⁴ der Auslöser. Vielleicht handelt es sich auch um eine unselige Fortschreibung der Parallelisierung von Partei- und Dritteleistungsbestimmung;⁵⁵ die Kontrolle der Parteileistungsbestimmung auf grobe Unangemessenheit wird bereits von Art. 6:105 PECL und von Art. II.-9:105 DCFR für nicht abdingbar erklärt.

Eine zwingende Kontrolle würde zu einem Instrument des Verbraucherschutzes. Ihre Rechtfertigung läge nicht mehr in der Vertragsfreiheit, sondern in externen Schutzerwägungen.⁵⁶ Ein Schutzcharakter lässt sich jedoch nicht begründen; die zwingende Ausgestaltung ist abzulehnen. Insbesondere muss die gerichtliche Überprüfung keine nachgelagerte »Richtigkeitsgewähr« sicherstellen. Zwar wird verschiedentlich behauptet, dass die Delegation von Entscheidungsbefugnissen zu einer reduzierten Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlussmechanismus führe, weil die Parteien ihren Vertragsinhalt nicht mehr vollständig selbst aushandeln.⁵⁷ In Wirklichkeit liegt die Richtigkeitsgewähr bereits darin, dass die Parteien sich in Ausübung ihrer Selbstbestimmung der Entscheidung des Dritten unterwerfen.⁵⁸ Wenn zwei Parteien in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit eine Drittbestimmung mit ho-

⁵³ Vgl. *Europäische Kommission*, A European contract law for consumers and businesses, S. 6 <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf>.

⁵⁴ *Christiane Wendehorst*, Feedback Paper on the issue of user-friendliness and conciseness of the feasibility study of 3 May 2011 for a future instrument in European Contract Law, 1. Juli 2011, S. 22 <http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm>.

⁵⁵ Gleichwohl kritisch wegen verbliebener Unterschiede *Christiane Wendehorst*, Regelungen über den Vertragsinhalt (Teil III CESL-Entwurf), in: Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, hrsg. von *ders./Brigitta Zöchling-Jud* (2012) 87–105 (97).

⁵⁶ Dieser Topos eines »Schutzcharakters« ist zwar auch etwa der deutschen Rechtsprechung geläufig, z. B. OGHBrZ 25. 5. 1950, OGHZ 4, 39 (45). Dennoch betrachtet sie § 319 I BGB als grundsätzlich dispositiv. Näher *Kleinschmidt*, Delegation § 14.B.II.2.

⁵⁷ Z. B. *Rummel (-Aicher)* (oben N. 33) § 1056 Rz. 8; *Joussen* (oben N. 28) 123; dazu *Kleinschmidt*, Delegation § 3.A.III.2.

⁵⁸ Diskussion bei *Kleinschmidt*, Delegation § 14.B.II.2.c). Hilfreich ist der Vergleich mit dem Stellvertretungsrecht (vgl. bereits oben N. 28): Nichts hindert zwei Parteien, einen Vertreter unter Befreiung vom Verbot der Mehrvertretung zu bevollmächtigen, einen Vertrag zwischen ihnen zustande zu bringen, ohne dass dieser Vertrag einer besonderen inhaltlichen Kontrolle unterliegt (*Staudinger [-Rieble]* [2009] § 315 Rz. 35).

hem Bestandsschutz zur möglichst abschließenden Beilegung ihrer Streitigkeit oder Meinungsverschiedenheit suchen oder dem Dritten eine Entscheidung nach freiem Belieben gestatten wollen (z. B. § 319 II BGB), erscheint es nicht interessengerecht, ihnen eine Angemessenheitskontrolle vorzuschreiben.⁵⁹ Insbesondere in einem optionalen Instrument wäre es »konzeptionell widersprüchlich«, eine Regel, die nach autonomem Recht dispositiv ist, zwingend auszugestalten.⁶⁰

Lediglich wenn die Delegation nicht auf einem Akt echter Selbstbestimmung beruht, kann eine Überprüfung zwingend erforderlich sein. Dies ist vor allem der Fall, wenn die Delegation in den AGB einer Partei enthalten ist.⁶¹ Hingegen darf nicht generell im B2C-Verkehr von einer geminderten Selbstbestimmung des Verbrauchers ausgegangen werden.⁶² Auch hier zeigt sich also die Überlegenheit der Klauselkontrolle als flexibleres Schutzinstrument gegenüber einer Statuierung zwingenden Rechts.⁶³

4. Sachgerechtigkeit des Kontrollmaßstabs?

Es bleibt somit nur die Frage, welcher dispositive Kontrollmaßstab den Parteiinteressen vor Einholung der Bestimmung mutmaßlich entspricht.

Klärungsbedürftig erscheint zunächst, wann eine Entscheidung grob unangemessen (*grossly unreasonable*) ist.⁶⁴ PECL und DCFR verstehen darunter beispielsweise eindeutige Rechenfehler oder eine grob falsche Wertermittlung.⁶⁵ Als Synonyme für (*un*)reasonable bieten die PECL die kaum konkreteren Begriffe »equitable« sowie »unconscionable«, in der deutschen Fassung »unbillig« und »unzumutbar« an.⁶⁶ Der Kontrollstandard greift ersichtlich die *manifesta iniquitas* des römischen Rechts oder die Drittbestimmung, die im BGB »offenbar unbillig« oder im Codice civile »manifestamente ini-

⁵⁹ In diese Richtung zum DCFR *Unberath* 143f.

⁶⁰ *Nils Jansen*, Revision des Verbraucher-acquis? (2012) 39. Zwingend, dann aber gegenüber jedermann, müsste die Kontrolle nur sein, wenn die grobe Unangemessenheit keine Schwelle unterhalb der allgemeinen Wirksamkeitsgrenzen darstellt, so offenbar *Schwimmann (-Binder)* (oben N. 12) § 1056 Rz. 16.

⁶¹ Dazu oben bei N. 29.

⁶² Vgl. nur *Gerhard Wagner*, Zwingendes Vertragsrecht, in: Revision des Verbraucher-acquis, hrsg. von *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/dems./Reinhard Zimmermann* (2011) 1–52 (46 ff.).

⁶³ Allgemein *Gerhard Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht, in: Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, hrsg. von *Uwe Blaurock/Günter Hager* (2010) 13–84 (34, 46); *Jansen* (oben N. 60) 45 ff.

⁶⁴ Zum Begriff der *reasonableness* Art. 1:302 PECL, Art. I.-1:104 DCFR, Art. 4 FS-ECL und Art. 5 CESL. Die Angemessenheit ist objektiv zu bestimmen: von *Bar/Zimmermann* 129; von *Bar/Clive* 90.

⁶⁵ von *Bar/Zimmermann* 374; von *Bar/Clive* 602.

⁶⁶ *Lando/Beale* 126f.; von *Bar/Zimmermann* 128.

qua o erronea« genannt wird, auf. Wann eine Bestimmung offenbar unbillig oder eine Feststellung offenbar unrichtig ist, musste auch dort jeweils die Rechtsprechung im Einzelfall konkretisieren. Die sonst zu Recht geübte Kritik am inflationären Rekurs der neueren Modellregelungen auf das Kriterium der *reasonableness*⁶⁷ trifft in diesem besonderen Fall also nicht zu.

Die Qualifizierung der Unangemessenheit als »grob« klingt nach einem materiellen Standard; es geht um die Erheblichkeit der Abweichung davon, was die Parteien vernünftigerweise erwarten durften.⁶⁸ Der offizielle Kommentar schreibt indes »manifestly unreasonable« und stellt damit nicht auf die Schwere, sondern auf die Evidenz der Unangemessenheit ab.⁶⁹ Dass zwischen beiden Formulierungen ein Bedeutungsunterschied besteht, war den Verfassern der Vorschrift zur Ersetzung der Preisbestimmung durch eine Partei in den PICC (Art. 5.1.7(2)) dagegen bewusst: Sie ersetzten das vom Rapporteur vorgeschlagene »grossly« durch »manifestly«, da nicht wie bei der *gross negligence* gesteigerte qualitative Anforderungen zu stellen seien, sondern lediglich weitere Nachforschungen entbehrlich sein müssten, um die Unangemessenheit zu erkennen.⁷⁰ Vor allem weil auch nationale Rechtsordnungen zwischen einem materiellen und einem evidenzbasierten Ansatz schwanken,⁷¹ sollte ein transnationales Regelwerk im Interesse einer einheitlichen Auslegung eine eindeutige Position beziehen.⁷² In der Sache wird

⁶⁷ So etwa Carsten Herresthal, Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, hrsg. von Hans Schulte-Nölke et al. (2012) 85–149 (129ff.); Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: JZ 2008, 529–550 (536f., 547, 549). Auch hier kritisch Pulido Begines (oben N. 42) 279.

⁶⁸ Die systematische Auslegung stützt dieses Verständnis: »gross« bzw. »grob« werden auch in anderen Vorschriften als Erheblichkeitskriterium verwendet (siehe z.B. Artt. 1:305(b), 4:109, 9:503, 9:509 PECL).

⁶⁹ Lando/Beale 312; von Bar/Clive 602. In der deutschen Übersetzung wurde die Unklarheit offenbar erkannt. Dort heißt es, der Fehler müsse »manifest und grob« gewesen sein: von Bar/Zimmermann 374 (Hervorhebung hinzugefügt). Unberath 144 verwendet »manifest« und »gross« bedeutungsäquivalent.

⁷⁰ UNIDROIT 1990 – P.C. – Misc. 14, S. 63. »Grossly« sei ohnehin nur eine falsche Übersetzung des in dem französischen Originalentwurf verwendeten »manifestement déraisonnable«. Der von einem Gruppenmitglied erhobene Einwand, eine zu leichte Angreifbarkeit entwerfe den Mechanismus der Parteileistungsbestimmung insgesamt, blieb ungehört.

⁷¹ Die Genese aus der *manifesta iniquitas* könnte eine evidenzbasierte Lesart stützen, vgl. zum Begriff »manifestus« nur Hermann Gottlieb Heumann/Emil Seckel, s.v. »Manifestus«, in: Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts⁹ (1926) 332. Zu Art. 1349 Codice civile vgl. Giorgio Cian/Alberto Trabucchi, Commentario breve al codice civile⁷ (2004) Art. 1349 para. 7, 11 (Evidenz). Zur offenbaren Unbilligkeit und zur *erreur grossière* werden beide Ansätze, teils auch in Kombination, vertreten: Kleinschmidt, Delegation § 15.C.I.2 und § 15.C.III.2.b) m.w.N. Österreich: KBB (-Apathy) (oben N. 46) § 1056 R.z. 3 (kombinierter Ansatz). Belgien: Storme (oben N. 24) 626 (eher evidenzbasiert).

⁷² Der »grossly unreasonable«-Standard war in der Expertengruppe für die FS-ECL offenbar nur hinsichtlich der Parteileistungsbestimmung Gegenstand von »some discussion«: Euro-

nur ein materielles Kriterium dem Parteiinteresse an einem Ergebnis, das ihren Streit möglichst endgültig beilegt und sich gleichzeitig nicht zu weit von ihren Vorstellungen und Erwartungen entfernt, gerecht.⁷³

Kann nun ein so verstandener Standard der groben Unangemessenheit überzeugen? Aus nationalen Rechten sind verschiedene Gegenargumente geläufig: Es entspreche nicht der Rolle und Aufgabe der Gerichte, den Spruch des Dritten zu hinterfragen, wenn die Parteien diesen zu ihrer Entscheidungsperson gemacht hätten.⁷⁴ Die Parteien hätten ein Interesse an einer raschen und endgültigen Streitbeilegung ohne Einschaltung der Gerichte.⁷⁵ Dies erhöhe auch die Rechtssicherheit im Verhältnis zu Außenstehenden, etwa in Lieferketten.⁷⁶ Zudem sei der Kontrollmaßstab kaum abstrakt zu beschreiben.⁷⁷ Der Schlüssel zum Verständnis der ablehnenden Haltung dürften aber die Folgen einer unverbindlichen Entscheidung sein, wenn, wie in England, keine – bei der Kontrolle auf grobe Unangemessenheit unerschwellig meist mitgedachte – gerichtliche Ersetzung möglich ist. Weil die Gerichte dort der Unverbindlichkeit nicht abhelfen können (oder wollen), haben sie eine andere Reaktion erdacht, die zu einem funktional vergleichbaren Ergebnis führt: Der Dritte haftet der benachteiligten Partei für fahrlässige Fehler bei seiner Entscheidung.⁷⁸

Ein derartiges Haftungsmodell wurde auch für die PICC diskutiert, aber als komplizierter abgelehnt.⁷⁹ Auch in der Sache erscheint es einer Kontrolle auf grobe Unangemessenheit unterlegen: Erstens versagt es stets dann, wenn den Dritten kein Verschulden trifft⁸⁰ oder wenn er wirksam seine Haftung

pean Commission, Expert Group on a Common Frame of Reference in European Contract Law, Synthesis of the Fourth Meeting, 1–2 September 2010, S. 2 <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/fourth-meeting_en.pdf>.

⁷³ So etwa auch Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis (1989) 286.

⁷⁴ Z.B. England: *Belchier v. Reynolds* (1754) 96 E.R. 1318, 1319; Frankreich: CA Nancy 24. 4. 1884, S. 1884, 2, 158; *Gabriel Baudry-Lacantinerie/Léo Saignat*, Traité théorique et pratique de droit civil XIX³ (1908) Nr. 140–I; *Alexandre Duranton*, Cours de droit français suivant le code civil XVI (Paris 1834) Nr. 116; Österreich: *Klang (-Mayer-Maly)* 261.

⁷⁵ Z.B. *Frank H. Wright (Constructions) Ltd. v. Frodoor Ltd.* [1967] 1 WLR 506, 524.

⁷⁶ Z.B. *Alfred C. Toepfer v. Continental Grain Co.* [1974] 1 Lloyd's Rep. 11, 13.

⁷⁷ Österreich: *Klang (-Mayer-Maly)* 261; Frankreich: *Louis Guillaouard*, Traité de la vente et de l'échange I (Paris 1889) Nr. 107.

⁷⁸ Z.B. *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727; *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.* [1977] AC 405; *Anthony G. Guest/Francis Reynolds/Hugh Beale*, in: Chitty on Contracts³⁰ (2008) para. 43–041. – Auch in Frankreich dürfte die fehlende Ersetzungsmöglichkeit der Grund dafür sein, dass eine Unverbindlichkeit aus inhaltlichen Gründen sehr selten bejaht wird, vgl. z.B. *Guillaouard* (vorige Note) Nr. 107. Statt eine richterliche Ersetzungskompetenz anzunehmen, weitete Cass. com. 4. 2. 2004, Bull. civ. IV, Nr. 23 die Haftung des Dritten aus.

⁷⁹ UNIDROIT 1990 – P.C. – Misc. 14, S. 58.

⁸⁰ *Sutcliffe v. Thackrah* (oben N. 78) 760; kritisch deshalb *Burgess v. Purchase & Sons (Farms) Ltd.* [1983] Ch. 216, 225f.

beschränkt hat.⁸¹ Zweitens führt es zu einer nicht gerechtfertigten Verlagerung von Prozess- und Insolvenzrisiken: Zum einen büdet das Haftungsmodell diese Risiken einseitig einem Vertragspartner auf, obwohl beide Parteien den Dritten gemeinsam eingeschaltet haben. Zum anderen kann die Haftung des Dritten eine willkommene Absicherung gegen die Insolvenz des Vertragspartners bedeuten. Schließlich könnte die Verlagerung der Problematik durch das Haftungsmodell gerade in einem optionalen Kaufrecht zu Schwierigkeiten führen, da sich die gesondert anzuknüpfende Haftung des Dritten immer nach einem nationalen Recht richten wird, dessen Haftungsregeln nicht mit den Vorstellungen des optionalen Instruments abgestimmt sein müssen.⁸²

Vor allem aber bestätigt das Haftungsmodell die in der Überprüfung auf grobe Unangemessenheit verankerte Annahme eines typischen Parteiwillens, nicht sanktionslos an jedwede Entscheidung des Dritten gebunden zu sein. Dem gegenläufigen Interesse daran, dass nicht jede Unangemessenheit ausreicht, trägt die Qualifizierung als »grob« Rechnung. Die Vermutung, dass die abweichende Interessengewichtung der für Handelsverträge bestimmten PICC mit einer anderen Interessenlage im Handelsverkehr zu rechtfertigen ist, wird von der Entstehungsgeschichte der PICC nicht gestützt. Veranlasst von dem seinerzeitigen Stand der PECL-Beratungen, die sich wegen der Nähe zur Schiedsgerichtsbarkeit mit ihren eng umgrenzten Aufhebungsgründen für Schiedssprüche zunächst gegen eine gerichtliche Überprüfung entschieden hatten, stellte der erste Entwurf zu Art. 5.1.7 zur Diskussion, ob nur die Bestimmung einer Partei oder auch die eines Dritten zu kontrollieren sei.⁸³ Mit knapper Mehrheit entschied sich die Arbeitsgruppe für eine Anlehnung an den Entwurf der PECL – deren Verfasser bekanntlich später ihre Meinung geändert haben. Beide Abstimmungslager argumentierten mit Blick auf den Handelsverkehr. Während die einen geltend machten, dass die Parteien mit der Delegation das Risiko einer fehlerhaften Bestimmung übernommen hätten, gestanden andere den Parteien in jedem Fall ein Interesse an einem Rechtsbehelf gegen eine erheblich abweichende Entscheidung zu.

⁸¹ England: *Campbell v. Edwards* (oben N. 28) 407; *Baber v. Kenwood Manufacturing Co. Ltd.* [1978] 1 Lloyd's Rep. 175, 180. Frankreich: *Fischer-Ahoua* (oben N. 46) 28.

⁸² Zur Problematik optionalen Rechts in Dreipersonenverhältnissen *Jens Kleinschmidt*, Stellvertretung, IPR und ein optionales Instrument für ein europäisches Vertragsrecht: *RabelsZ* 75 (2011) 497–539.

⁸³ UNIDROIT 1989 – Study L – Doc. 44, S. 20; zu dessen Beratung UNIDROIT 1990 – P. C. – Misc. 14, S. 57.

IV. Delegation der Entscheidungsbefugnis und Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gerichten

Der offizielle Kommentar zu Art. 2.1.14 PICC identifiziert zwei Regelungsprobleme der Delegation:⁸⁴ Hindert die Delegation an einen Dritten das Zustandekommen des Vertrages? Was passiert, wenn die Entscheidung des Dritten ausbleibt? Anders formuliert: Was müssen die Parteien selbst tun, um einen wirksamen Vertrag zu schließen? In welchem Umfang dürfen sie sich dabei von Gerichten helfen lassen? Die Antwort darauf liefern herkömmlich die Anforderungen an die Bestimmtheit des Vertragsinhalts.

1. Bestimmtheit und Grenzen der Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts

Überall anerkannt ist der Grundsatz, dass der Inhalt eines Vertrages bestimmt oder zumindest bestimmbar sein muss.⁸⁵ Steht der Inhalt einer Leistungspflicht nicht fest, so können weder die Parteien einschätzen, was sie erwartet,⁸⁶ noch sind eine gerichtliche Geltendmachung oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen möglich.⁸⁷ Erst der Umstand, dass eine Leistung bestimmt oder bestimmbar ist, versetzt die Parteien in die Lage, für sich die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu beurteilen und davon ihre Bereitschaft zum Austausch abhängig zu machen.⁸⁸ Dieser breite rechtsvergleichende Konsens schlägt sich auch in den Modellregelungen nieder.

Freilich sind Verträge, die nicht alle regelungsbedürftigen Punkte ansprechen (und auch nicht ansprechen können), gang und gäbe.⁸⁹ Die Delegation an einen Dritten bietet hier einen Ausweg, da sie einen Mechanismus schafft, der den Vertragsinhalt bestimmbar macht. Ausdrücklich ausgesprochen

⁸⁴ UNIDROIT PICC 57.

⁸⁵ Kötz (oben N. 28) 62 ff.; Hugh Beale/Bénédicte Fauvarque-Cosson/Jacobien Rutgers/Denis Tallon/Stefan Vogenauer, Cases, Materials and Text on Contract Law² (2010) 319 ff.; Filippo Ranieri, Europäisches Obligationenrecht³ (2009) 36 ff.; Kleinschmidt, Leistungsbestimmung (oben N. 51) 1007 f.; speziell zur Bestimmtheit des Preises Tallon 15 ff.

⁸⁶ Jacques Flour/Jean-Luc Aubert/Éric Savaux, Droit civil: Les obligations 1, L'acte juridique¹³ (2008) Nr. 236; Asser (-Arthur S. Hartkamp/Carla H. Sieburgh), Verbintenissenrecht 6-III*¹³ (2010) Nr. 284.

⁸⁷ Siehe etwa Staudinger (-Rieble) (2009) § 315 Rz. 5; Asser (-Arthur S. Hartkamp/Carla H. Sieburgh), Verbintenissenrecht 6-I*¹³ (2008) Nr. 23; Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp) Art. 2.1.2 para. 20; sowie die Definition des »sufficient agreement« in Art. 2:103(1)(a) PECL (»so that the contract can be enforced in court«). In Artt. II.-4:103(1)(a) DCFR, 29(1)(c) FS-ECL und Art. 30(1)(c) CESL (»to be given legal effect«) tritt dieser Zusammenhang weniger deutlich hervor, gemeint ist aber nichts Anderes, vgl. von Bar/Clive 278.

⁸⁸ Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht I/1⁸ (1995) 241.

⁸⁹ Asser (-Hartkamp/Sieburgh) 6-III* (oben N. 86) Nr. 285; Patrick S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract⁵ (1995) 67; Kötz (oben N. 28) 62.

wird dies jedoch lediglich in Art. 2.1.14(1) PICC.⁹⁰ Damit ist jedoch allenfalls ein grober Rahmen vorgezeichnet, den die Regelwerke nur zum Teil mit ausdrücklichen Regeln ausfüllen. Offen bleibt etwa, wie konkret die Person des bestimmungsberechtigten Dritten von den Parteien bezeichnet werden muss;⁹¹ offen bleibt auch, nach welchem Maßstab der Dritte im Zweifel entscheiden soll.⁹² Zwar kann es weiser gesetzgeberischer Zurückhaltung entsprechen, Fragen ungelöst zu lassen und insoweit auf Rechtsprechung und Lehre zu vertrauen.⁹³ Jedoch sollten transnationale Modellregelungen, die sich in geringerem Maße auf eine einheitliche Handhabung verlassen können, vielmehr mit einem gewissen nationalen Vorverständnis des Anwenders rechnen müssen, Problempunkte, die sich aufgrund der historisch-vergleichenden Erfahrung antizipieren lassen, sei es im Normtext, sei es in aussagekräftigen begleitenden Materialien, angehen.

Das Hauptproblem liegt freilich darin, in welchem Umfang Gerichte einem Vertrag zur Bestimmtheit verhelfen dürfen.⁹⁴ Die gerichtlichen Kompetenzen definieren zugleich die Rolle der Gerichte im Vertragsgefüge der Parteien. Sie zeichnen das Bestimmtheitsgebot als Instrument der Aufgabenzuweisung aus: Was erwartet eine Rechtsordnung von den Parteien? Inwieweit dürfen diese sich helfen lassen, wenn die Delegation nicht zu einer verbindlichen Entscheidung des Dritten führt?

⁹⁰ Umstritten ist, ob Art. 2.1.14 PICC von der Art und Weise des Vertragsschlusses unabhängig ist. Dafür *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp)* Art. 2.1.1 para. 4; dagegen *Anton K. Schnyder/Ralf M. Straub*, *The Conclusion of a Contract in Accordance with UNIDROIT Principles: European Journal of Law Reform* 1 (1999) 243–268 (250).

⁹¹ Z. B. ist umstritten, ob die Parteien dessen Auswahl einer späteren Einigung vorbehalten können, dazu Deutschland: Motive, in: *Benno Mugdan*, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II* (Berlin 1899) 106; Italien: *Gabrielli* 222f.; Frankreich: *Marc Mignot*, in: *JurisClasseur Civil*, Art. 1591 à 1593 (2009) Nr. 69; *Pothier* (oben N. 46) Nr. 25; enger *François Collart Dutilleul/Philippe Delebecque*, *Contrats civils et commerciaux*⁹ (2011) Nr. 145; CISG: *Witz/Lorenz/Salger (-Witz)* Art. 14 Rz. 49f.

⁹² Für zwingende Geltung der *reasonableness* im DCFR *Unberath* 143, allerdings in Verkennerung der Unabhängigkeit von Entscheidungs- und Kontrollmaßstab (dazu oben bei N. 43). Im Zweifel nach billigem Ermessen entscheidet der Dritte nach § 317 I BGB, Art. 1349 Codice civile; zur Entwicklung aus *Proculus* D. 17,2,76 *Kleinschmidt*, *Delegation* § 4.C.2.; zu Belgien/Niederlande *Vanderschot* (oben N. 36) 436f. (redelijkheid en billijkheid). Dagegen zu Frankreich *Mignot* (vorige Note) Nr. 72 m. w. N. («pleine liberté»); zu Österreich *Schwimmann (-Binder)* (oben N. 12) § 1056 Rz. 13 («freies Ermessen»).

⁹³ Siehe nur *Reinhard Zimmermann*, *Codification: history and present significance of an idea: Eur.Rev.Priv.L.* 3 (1995) 95–120 (112f.).

⁹⁴ Gericht kann hier auch ein Schiedsgericht sein, vgl. allgemein Artt. 1:301(2) PECL, 1.11 PICC, I-1:108(1) DCFR, 2(6) FS-ECL; umständlich speziell geregelt in Art. 75(3) CESL. Allerdings geht es dann nicht um das Problem gerichtlicher Vertragshilfe, da die Parteien auch mit einer Schiedsvereinbarung von ihrer Privatautonomie Gebrauch machen. Viele Rechtsordnungen erlauben es sogar, Aufgaben des Dritten von vornherein einem Schiedsgericht zuzuweisen, siehe z. B. Art. 1020 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

2. Gerichtliche Vertragshilfe bei Ausbleiben der Entscheidung des Dritten

Eine gerichtliche Intervention kann erforderlich erscheinen, wenn die von dem Dritten zu treffende Entscheidung ausbleibt. Sowohl die meisten Modellregelungen als auch viele nationale Kodifikationen nennen zwei denkbare Gründe für ein Scheitern des Bestimmungsmechanismus: Der Dritte kann oder will die Bestimmung nicht treffen.⁹⁵ Dem sollten andere Fälle gleich geachtet werden, in denen der von den Parteien ausgehandelte Mechanismus nicht zum Ziel führt, etwa weil sich die Parteien nicht auf die vorbehaltenen Auswahl des Dritten verständigen können oder weil sich eine Partei weigert, die ihr obliegende Benennung des Dritten vorzunehmen.⁹⁶ Die beschränkte Formulierung stellt letztlich ein Relikt aus dem *Corpus iuris civilis* dar.⁹⁷ Ein wertungsmäßiger Unterschied zwischen den verschiedenen Fällen des Scheiterns lässt sich jedoch nicht erkennen⁹⁸ und wird häufig nicht einmal thematisiert. Vor diesem Hintergrund wäre eine allgemeiner gehaltene Fassung des Tatbestands in Art. 75(1) CESL, etwa nach dem Beispiel von Art. 6:108 PCC, wünschenswert.

Die Folgen eines Fehlschlagens der Delegation stehen zur Disposition der Parteien.⁹⁹ Wenn es ihnen beispielsweise auf die Entscheidung eines bestimmten Dritten ankam, entfällt mit dessen Weigerung die Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts und der Vertrag muss scheitern.¹⁰⁰ Bejaht wird eine derartige Absicht der Parteien insbesondere dann, wenn sie das freie Belieben des Dritten für maßgeblich erklärt und auf diese Weise besonderes Vertrauen in seine Person dokumentiert haben.¹⁰¹ Sofern aber die Parteien zu

⁹⁵ Siehe die durchgehend identische Formulierung in Artt. 75(1) CESL, 72(1) FS-ECL, II.-9:106(1) DCFR, 6:106(1) PECL sowie Art. 5.1.7(3) PICC: »cannot or will not do so«. Nicht ganz abgestimmt, weil weiter gefasst, erscheint die deutsche Übersetzung von Art. 75(1) CESL. Vergleichbar Art. 1592 Code civil; § 319 I 2 BGB. Allgemeiner die Formulierungen in Art. 6:108 PCC (»Lorsque [le tiers] est défaillant«) sowie in Art. 1349 I 2 Codice civile; § 1056 S. 2 ABGB; Art. 7:904(2) BW.

⁹⁶ Zur analogen Anwendung des § 319 I 2 BGB siehe nur Münchener Kommentar zum BGB (-*Würdinger*) (oben N. 33) § 319 Rz. 20f.; von Kübel (oben N. 52) 271. Einheitliche Betrachtung z.B. auch in Frankreich und England: *Bénabent* Nr. 54; *Martin Borowsky*, Das Schiedsgutachten im Common Law (2001) 95. Zu den PICC *Vogener/Kleinheisterkamp* (-*Kleinheisterkamp*) Art. 5.1.7 para. 13, Art. 2.1.14 para. 13. Umstritten ist die Frage in Italien, siehe einerseits *Gabrielli* 242 m. w. N.; andererseits *Bianca* (oben N. 24) Nr. 152. Gleichbehandelt werden dort beide Fälle bei der Kaufpreisbestimmung, Art. 1473 II Codice civile.

⁹⁷ Inst. III, 23,1; C. 4,38,15,2; *Celsus* D. 17,2,75.

⁹⁸ *Tallon* 95 ff.; *Gernhuber* (oben N. 73) 296 f.

⁹⁹ Vgl. *Vogener/Kleinheisterkamp* (-*Kleinheisterkamp*) Art. 5.1.7 para. 13.

¹⁰⁰ *Lando/Beale* 312; von *Bar/Clive* 602; UNIDROIT PICC 58; *Tallon* 98, 100; *Vogener/Kleinheisterkamp* (-*Kleinheisterkamp*) Art. 2.1.2 para. 32, Art. 2.1.14 para. 13, Art. 5.1.7 para. 13; *Gillatt v. Sky Television Ltd.* [2000] 1 All ER (Comm) 461 (CA); Artt. 7:904(2), 7:906(2) BW; *Gabrielli* 866; *Schwimmann* (-*Binder*) (oben N. 12) § 1056 Rz. 1.

¹⁰¹ Art. 1349 II Codice civile, dazu *Gregorio Gitti*, in: *Trattato del contratto II: Regolamento*, hrsg. von *Vincenzo Roppo* (2006) 39f.; § 319 II BGB, dazu *Protokolle*, in: *Mugdan*

den Rechtsfolgen des Fehlschlagens nichts vereinbart haben, müsste eigentlich der Vertragsinhalt als endgültig nicht bestimmbar angesehen werden, es sei denn, dispositives Recht sorgt für eine »Rettung« des Mechanismus.

(a) *Die Ansätze der Modellregelungen.* – Die in den Modellregelungen verfolgten Lösungen lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Für die erste Gruppe steht Art. 2.1.14(2)(b) PICC. Danach berührt es die Vertragsgültigkeit nicht, wenn der Dritte seiner Aufgabe nicht nachkommt, »vorausgesetzt, dass es eine andere Möglichkeit gibt, die Bedingung zu bestimmen, die unter Berücksichtigung der Absicht der Parteien den Umständen nach angemessen ist«. Ein gewisser Kompromisscharakter zeigt sich freilich darin, dass zwar die Vertragswirksamkeit angeordnet wird, der Anwender aber erst im offiziellen Kommentar erfährt, was an die Stelle der ausgebliebenen Bestimmung tritt.¹⁰² In Betracht kommen die Lückenfüllung mit Hilfe von *implied obligations* nach Art. 5.1.2 PICC oder die Benennung eines neuen Dritten, falls die Parteien diese Benennung – wie dies häufig geschieht – einer neutralen Stelle, z. B. einer Handelskammer, übertragen haben.¹⁰³ Eine darüber hinausgehende gerichtliche Bestimmung gibt es jedoch nicht: Wenn keiner dieser alternativen Wege zur Bestimmung funktioniert, ist der Bestimmungsmechanismus gescheitert.¹⁰⁴ Für das UN-Kaufrecht, das keine ausdrückliche Regelung enthält, wird teils die Ansicht vertreten, dass trotz eines Scheiterns des Drittbestimmungsmechanismus ein wirksamer Vertrag zustande gekommen sei und dann nach Art. 7 CISG zu ermitteln sei, wie dieser Vertrag aufrechterhalten werden könne.¹⁰⁵ Andere meinen hingegen, dass das Ausbleiben der Bestimmung zur Unwirksamkeit des Vertrages führt, wenn die Parteien nicht anderweitig Vorsorge getroffen haben.¹⁰⁶ Ob es als stillschweigend vereinbart angesehen werden kann, dass ein anderer

(oben N. 91) 626; zu den PICC *Helmut Köhler*, Das Verfahren des Vertragsschlusses, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht 33–65 (57).

¹⁰² UNIDROIT 1983 – P.C. – Misc. 4, S. 5. Ursprünglich hatten die Verfasser der PICC erwoget, den Vertrag bei Ausbleiben der Bestimmung unwirksam werden zu lassen, UNIDROIT 1983 – Study L – Doc. 25, S. 8f.; UNIDROIT 1979 – Study L – Doc. 15, S. 1, 14.

¹⁰³ UNIDROIT PICC 58; speziell zum Preis Art. 5.1.7(3) PICC (angemessener Preis). Ob es dieser Spezialregelung überhaupt bedurft hätte, erscheint mit Blick auf Art. 5.1.7(1) PICC durchaus fraglich. Nicht erwähnt wird die Ergänzungsvorschrift des Art. 4.8 PICC, doch dürfte auch diese zur Verfügung stehen, ebenso *Vogenauer/Kleinheisterkamp* (-*Kleinheisterkamp*) Art. 2.1.14 para. 12. Denn eine Differenzierung zwischen Art. 5.1.2 und Art. 4.8 wird nahezu unmöglich sein, so auch *Vogenauer/Kleinheisterkamp* (-*Vogenauer*) Art. 4.8 para. 1, 6ff.

¹⁰⁴ So auch *Vogenauer/Kleinheisterkamp* (-*Kleinheisterkamp*) Art. 2.1.2 para. 32, Art. 2.1.14 para. 13. Die Verfasser der PICC erwarten sogar, dass dies den praktisch häufigeren Fall darstellen werde, UNIDROIT PICC 58. Gleichwohl »keine nennenswerten Unterschiede« zum BGB erkennt *Köhler* (oben N. 101) 57; ebenso *Ernst* 133.

¹⁰⁵ *Michael Bridge*, The International Sale of Goods² (2007) para. 12.09.

¹⁰⁶ Münchener Kommentar zum HGB (-*Franco Ferrari*) VI² (2007) Art. 14 CISG Rz. 28 Fn. 111. Für eine Beurteilung nach nationalem Recht aufgrund unüberbrückbarer Unter-

geeigneter Dritter die Bestimmung vornehmen soll, wenn nicht besondere Anzeichen dafür vorliegen, dass es den Parteien um eine Festsetzung durch genau jenen Dritten ging, ist umstritten.¹⁰⁷

Eben jene Annahme bildet den Grundstein der zweiten Gruppe. Nach Art. 6:106(1) PECL und – mit einer nach Ansicht der Verfasser schlankeren Formulierung¹⁰⁸ – Art. 6:108 S. 1 PCC gilt das Gericht (widerleglich) als von den Parteien ermächtigt, eine andere Person zu bestellen, um die Bestimmung vorzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will. Ob überhaupt private Parteien ein staatliches Gericht um die Benennung eines leistungsbestimmenden Dritten ersuchen dürfen, wird von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unterschiedlich beantwortet.¹⁰⁹ Wo die Frage, wie etwa in Deutschland, verneint wird, liefe die Regelung der PECL leer, wenn diese kraft materiell-rechtlicher Verweisung zum Vertragsinhalt gemacht würde.¹¹⁰

Den Ursprung der gerichtlichen Benennungsbefugnis im vermuteten Parteiwillen lässt die Formulierung in Art. II.-9:106(1) DCFR, Art. 72(1) FS-ECL und Art. 75(1) CESL nicht mehr erkennen.¹¹¹ Dort heißt es: »[A] court may, unless this is inconsistent with the terms of the contract, appoint another person to determine [the contractual term].« Die Kompetenz wird also (abdingbar) vom Gesetz verliehen. Zu beachten ist jedoch, dass die Schaffung einer richterlichen Befugnis in einem verbindlichen Rechtsakt wie einer EU-Verordnung einer Konkretisierung im nationalen Verfahrensrecht bedarf. Zu regeln wäre etwa, welches Gericht international und örtlich zuständig sein soll und in welchem Verfahren es entscheidet. Denn nach

schiede zwischen den Rechtsordnungen *Vincent Heuzé*, *La vente internationale de marchandises* (2000) Nr. 174.

¹⁰⁷ Dafür *Witz/Lorenz/Salger (-Witz)* Art. 14 Rz. 51 (siehe auch Art. 55 Rz. 9 gegen eine gerichtliche Ersetzung des Preises nach Art. 55); dagegen Münchener Kommentar zum HGB (-Ferrari) (vorige Note) Art. 14 CISG Rz. 28 Fn. 111.

¹⁰⁸ *Principes contractuels communs* 503.

¹⁰⁹ Dagegen RG 28. 11. 1918, RGZ 94, 172; Münchener Kommentar zur ZPO (-Walter Zimmermann) IV³ (2010) § 410 FamFG Rz. 18; a. A. OLG München 9. 1. 2008, NJOZ 2008, 1079; *Stein/Jonas (-Schlosser)* (oben N. 23) Vor § 1025 Rz. 40. Möglich bleibt immer eine Entscheidung der ersuchten Stelle als Privatperson. Siehe für England *Collins v. Collins* (1858) 53 E.R. 916, 919 (richterliche Ernennung passt nicht zu Mechanismus, der auf Parteiwille beruht). – In Italien werden derartige Ersuchen an das Gericht als weniger problematisch angesehen, *Gabrielli* 223; speziell zur Kaufpreisbestimmung Art. 1473 *Codice civile*. Ebenso in Belgien (*Storme* [oben N. 24] 612) und Frankreich: Cass. com. 26. 6. 1990, Bull. civ. IV, Nr. 197; *Mignot* (oben N. 91) Nr. 69; *Bénabent* Nr. 54; vgl. auch Art. 1843–4 *Code civil*.

¹¹⁰ Die Verfasser der PICC haben dies Problem erkannt und deshalb in diesem Punkt von der vorgeschlagenen Übernahme des PECL-Entwurfs Abstand genommen, UNIDROIT 1990 – P. C. – Misc. 14, S. 59 ff. Unsicher sei bei grenzüberschreitenden Verträgen zudem, welches Gericht zuständig sei.

¹¹¹ A. A. *Principes contractuels communs* 503, die die Formulierung des DCFR lediglich für weniger schwerfällig halten. Es fragt sich dann aber, warum die Verfasser der PCC nicht die DCFR-Formulierung übernommen haben.

dem Grundsatz der Verfahrensautonomie obliegt zwar den Mitgliedstaaten die nähere Ausgestaltung der Verfahren zur Durchsetzung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte.¹¹² Doch gebietet der Effektivitätsgrundsatz, dass nationale Verfahrensrechte die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.¹¹³ Unter Umständen wird sogar eine Ergänzung nationalen Verfahrensrechts erforderlich, damit die materiell-rechtliche Regelung nicht leerläuft.¹¹⁴

In den nationalen Rechtsordnungen hat die auf die PECL zurückgehende Lösung kaum Vorbilder. Ihre Verfasser waren sich des innovativen Charakters der Regelung durchaus bewusst. Sie beriefen sich allein auf das niederländische und das belgische Recht.¹¹⁵ Für das niederländische Recht ist diese Aussage jedoch seit dem Inkrafttreten der Vorschriften zum Feststellungsvertrag im neuen Burgerlijk Wetboek im Jahre 1993 überholt;¹¹⁶ allein in Belgien lässt sich diese Ansicht in der Tat feststellen.¹¹⁷ Ergänzend hätte noch Art. 1473 II Codice civile angeführt werden können, der – allerdings beschränkt auf den Fall der Kaufpreisbestimmung – den Austausch des Dritten durch das Gericht als Folge von dessen Weigerung ansieht. In den nationalen Rechtsordnungen finden sich vielmehr zwei Ansätze. Nach dem historisch älteren, der hier Unwirksamkeitslösung genannt werden soll, gibt es für die ausgebliebene Entscheidung keinen Ersatz. Sollte der Dritte einen Vertrag ergänzen, bleibt der Vertrag unwirksam. Bestand seine Aufgabe in

¹¹² Siehe nur *Christian Heinze*, Zivilprozessrecht unter europäischem Einfluss: JZ 2011, 709–716 (709); *Anja Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess (2007) 181 ff.

¹¹³ *Heinze* (vorige Note) 713; *Paul P. Craig/Gráinne de Búrca*, EU law: text, cases, and materials⁵ (2011) 218 ff.; *Johan Lindholm*, »DCFR, Please Meet National Procedure«, in: *The Foundations of European Private Law*, hrsg. von *Roger Brownsword et al.* (2011) 465–486 (471 ff.) m. w. N.

¹¹⁴ Dazu allgemein *Herb* (oben N. 112) 200. In Deutschland ließe sich vorliegend möglicherweise an die §§ 410 Nr. 2, 411 FamFG anknüpfen, auf die auch die gerichtliche Ersatzbenennung von Sachverständigen nach §§ 84 II, 189 VVG gestützt werden kann, Münchener Kommentar zum BGB (-*Würdinger*) (oben N. 33) § 319 Rz. 20. Die Kompatibilität mit den Verfahrensrechten anderer Mitgliedstaaten müsste indes noch geprüft werden.

¹¹⁵ *Lando/Beale* 312. Trotz der inhaltlichen Änderung des Normtextes haben die rechtsvergleichenden Anmerkungen zum DCFR diese Passage (ungeprüft?) wörtlich übernommen, von *Bar/Clive* 603.

¹¹⁶ Nach Artt. 7:904(2), 7:906(2) BW kann der Richter eine Entscheidung treffen, wenn der Dritte nicht innerhalb einer diesem gesetzten angemessenen Frist entscheidet, es sei denn, dass sich aus dem Vertrag oder der Art der Entscheidung ergibt, dass sie auf andere Weise ersetzt werden muss; dazu *Asser (-Hartkamp/Sieburgh)* 6-III* (oben N. 86) Nr. 431, 435. Die *notes* von PECL und DCFR stützen sich hinsichtlich der Niederlande allein auf Artt. 6:2, 6:248 BW, d. h. die Verankerung von Treu und Glauben (*redelijkheid en billijkheid*); ebenso (mit unpassendem Nachweis) *Van Schaick* (oben N. 39) 273.

¹¹⁷ *Marcel Storme/Matthias Storme*, De bindende derdenbeslissing naar belgisch recht: TPR 1985, 713–748 (732); zurückhaltend aber *Bernard Tilleman*, Beginselen van Belgisch Privaatrecht X/1 (2001) Nr. 1225 (entsprechender Parteiwille nur manchmal).

einer Anpassung, gilt der Vertrag ohne Änderung weiter; bestand sie in einer Feststellung, muss die nötige Feststellung vom Gericht getroffen werden. Diese Lösung wird vor allem in Frankreich vertreten.¹¹⁸ Früher hingen ihr auch das englische¹¹⁹ und das italienische Recht¹²⁰, fast alle partikularrechtliche Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts in Deutschland¹²¹ und sogar noch der Erste Entwurf zum BGB¹²² an. Heute jedoch steht dieser Unwirksamkeitslösung eine Substitutionslösung gegenüber, die dem Gericht die Befugnis gibt, im Prozess anstelle des Dritten dessen Entscheidung zu treffen und damit insbesondere einen Vertrag vor der Unwirksamkeit zu bewahren. Dieser Lösung folgen etwa das deutsche, das italienische, das englische und das niederländische Recht.¹²³

(b) *Legitimation gerichtlicher Intervention.* – Je nachdem, ob man eine gerichtliche Intervention – sei es durch Benennung eines neuen Dritten nach der CESL-Lösung, sei es durch eine Ersetzung der Entscheidung nach der Substitutionslösung – für zulässig erachtet, ändert sich der Stellenwert der Entscheidung des Dritten. Wo den Gerichten keine Interventionsbefugnis zukommt, hat sein Spruch die Qualität einer Wirksamkeitsvoraussetzung. Wo ein Gericht hingegen die Entscheidung, falls erforderlich, selbst treffen darf, wird der Spruch des Dritten zu einem Mittel zum Zweck. Die zweite Sichtweise verdient in der Regel den Vorzug.

Weniger als früher¹²⁴ spielt das Vertrauen der Parteien in einen bestimmten Dritten eine Rolle. Das dürfte der Realität entsprechen, in der es sich regelmäßig um standardisierte Fragen handelt, die jeder Sachverständige be-

¹¹⁸ Art. 1592 Code civil; dazu *Kleinschmidt*, Delegation § 4.D.II.1.c) m. w. N.

¹¹⁹ Siehe beschränkt auf den Warenkauf heute noch s. 9 Sale of Goods Act; Leitentscheidung war *Milnes v. Gery* (1807) 33 E.R. 574; zur Entwicklung *Kleinschmidt*, Delegation § 4.D.II.3.b) m. w. N., auch zu Ausnahmen.

¹²⁰ Art. 1454 II 3 Codice civile von 1865.

¹²¹ ALR I 11, § 51 (zur Kaufpreisbestimmung); § 804 S. 1 sächs. BGB; Art. 37 DresdE; BayE II, Art. 30 II; HessE IV 1, Art. 59; siehe aber BayE II, Art. 30 IV.

¹²² *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs II/1 (1978) 433.

¹²³ § 319 I 2 BGB; Art. 1349 I 2 Codice civile; Artt. 7:904(2), 7:906(2) BW; in England kam der Rechtsprechungswandel durch *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton* (oben N. 44) 483 f. Einen Wandel auch für Frankreich erwarten z. B. *Bénabent* Nr. 54; *Malaurie/Aynès/Gautier* (oben N. 36) Nr. 205.

¹²⁴ *Pothier* (oben N. 46) Nr. 24 (mit Hinweis auf die Geltung der Regel im *droit coutumier*); *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts I*, hrsg. von *Werner Schubert* (1984) 130 (zitiert: Prot-DresdE); *Milnes v. Gery* (oben N. 119) 577; Italien: *Alessandro Rizzieri*, La compravendita priva di indicazione del prezzo, in: FS Giorgio Cian II (2010) 2121–2162 (2128 mit N. 25). In CA Paris 18. 11. 1831, S. 1832, 2, 133 wurde Art. 1592 Code civil sogar teleologisch reduziert, wenn es den Parteien nicht auf die Sachkunde einer bestimmten Person ankam; a. A. aber CA Pau 30. 11. 1859, D. P. 1860, 2, 36.

antworten könnte.¹²⁵ Vor allem aber zeigt die zunehmende Verbreitung einer gerichtlichen Interventionsmöglichkeit¹²⁶ einen Wandel in der Gewichtung der Aufgaben und Befugnisse von Parteien und Gerichten. Entgegen der bekannten Maxime »Courts do not make contracts«¹²⁷ wird der Richter zum Vertragshelfer der Parteien.¹²⁸ Das Vertragsverständnis der Unwirksamkeitslösung klingt »hart«¹²⁹; es scheint vordergründig aber logisch stringenter zu sein, indem es das Bestimmtheitsgebot ohne richterliche Intervention zu Ende denkt, und damit eher im Einklang mit der Privatautonomie zu stehen. Dies Verständnis weist den Parteien nicht nur die Vertragsfreiheit, sondern auch die Aufgabe zum Vertragsschluss zu, deren Wahrnehmung ihnen nicht der Staat mit seinen Gerichten abnimmt.¹³⁰ Eine Intervention widerspräche den Aufgaben des Gerichts (»office du juge«).¹³¹

Tatsächlich versteht aber auch die Substitutionslösung die Vertragsfreiheit als Aufgabe, einen vollständigen und wirksamen Vertrag zu schließen. Ein Gericht schreitet nur subsidiär ein, sofern die Parteien dieser Aufgabe nachgekommen sind und einen Vertrag mit bestimmbarom Inhalt ausgehandelt haben.¹³² Das Gericht bringt nicht einen zuvor inexistenten Vertrag hervor, sondern bewahrt einen bestehenden Vertrag vor der Lückenhaftigkeit. Die richterliche Intervention verhindert, dass sich eine Partei, die das Geschäft bereut, aus dem Vertrag stehlen kann, indem sie das Bestimmungsverfahren

¹²⁵ *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton* (oben N. 44) 477; *Carbonnier*, Contrats spéciaux: Rev. trim. civ. 1952, 515; *Klang (-Mayer-Maly)* 262.

¹²⁶ Siehe auch das Fazit von *Tallon* 101 (»une intervention judiciaire accrue«).

¹²⁷ Vgl. nur *Friedrich Kessler/Grant Gilmore*, *Contracts*² (1970) 116, 744.

¹²⁸ Ob ein Gericht wie in England oder in Art. 5.1.7(3) PICC mit Hilfe eines *implied term* den Anschein eines bestimmten, bloß auslegungsbedürftigen Vertragsinhalts erweckt oder – wie dies etwa das italienische oder das deutsche Recht annehmen – offen Vertragsbestandteile ergänzen oder anpassen soll, stellt weniger einen Unterschied in der Sache als in der Herangehensweise dar, denn die *implication of terms* ist ihrerseits rechtsgestaltend, siehe *Treitel* (oben N. 78) para. 2-133; *Stefan Kröll*, Ergänzung und Anpassung von Verträgen durch Schiedsgerichte (1998) 92 ff. Jedoch kann der letztgenannte Weg für sich beanspruchen, das Problem unmittelbar anzugehen.

¹²⁹ *Tallon* 99.

¹³⁰ Siehe etwa Cass. civ. 25. 4. 1952, Bull. civ. I, Nr. 138 (»là où la loi n'a voulu que l'action libre et exclusive des parties«); CA Rennes 26. 1. 1876, D. P. 1877, 2, 107; CA Pau 30. 11. 1859, D. P. 1860, 2, 36. Dies stellt auch einen materiellen Grund hinter dem *pretium certum*-Erfordernis dar, auf das sich historisch sogar englische Gerichte berufen haben (*Vickers v. Vickers* [1867] L. R. 4 Eq. 529, 535; *Milnes v. Gery* [oben N. 119] 577), dazu *Locré* (oben N. 28) 233 f. (»L'incertitude sur le prix ferait naître une incertitude sur le consentement même«); *Kleinschmidt*, *Delegation* § 4. D. II.

¹³¹ *Malaurie/Aynès/Gautier* (oben N. 36) Nr. 205. Ähnliche Überlegungen für England etwa in *Milnes v. Gery* (oben N. 119) 577; *Agar v. Mackleu* (1825) 57 E. R. 405, 407; *Morgan v. Milman* (1853) 43 E. R. 10, 14. Siehe auch Prot-DresdE (oben N. 124) I 130: Die Parteien wollen die Bestimmung eines Dritten, nicht des Gerichts. *Rizzieri* (oben N. 124) 2124 N. 9 sieht Art. 1349 Codice civile als »vero e proprio strumento eterodeterminativo«.

¹³² So etwa für das italienische Recht *Renato Scognamiglio*, in: *Commentario del codice civile*, Art. 1321–1352, hrsg. von *Antonio Scialoja/Giuseppe Branca* (1970) 392; *Gabrielli* 240 f.

sabotiert.¹³³ Insofern dient sie einem – in diesem Zusammenhang in verschiedenen Rechtsordnungen,¹³⁴ aber auch von den Modellregelungen¹³⁵ betonten – (materiell-rechtlichen) *favor contractus*, für den der Staat seine Ressource Justiz zur Verfügung stellen sollte. Wichtiger als die Bestimmtheit jedes Details sollte der Bindungswille der Parteien sein.¹³⁶ Die gerichtliche Lückenfüllung wird im Regelfall eher dem Parteiwillen entsprechen.¹³⁷ In der Praxis dürfte das Ausbleiben der Entscheidung des Dritten die Parteien, sofern sie weiter kooperieren wollen, ohnehin zunächst an den Verhandlungstisch bringen und erst in zweiter Linie zu einer gerichtlichen Klärung veranlassen.¹³⁸

(c) *Richterliche Ersatzbenennung oder richterliche Ersatzbestimmung?* – Ist damit eine gerichtliche Intervention grundsätzlich gerechtfertigt, erscheint die auch von Art. 5.1.7(3) PICC favorisierte Substitutionslösung gegenüber der in Art. 75(1) CESL vorgesehenen Benennung eines neuen Dritten vorzugswürdig. Insbesondere offenbart Art. 6:106(1) PECL, die Grundlage der CESL-Lösung, einen merkwürdigen Widerspruch: Einerseits scheinen die PECL im Grundsatz davon auszugehen, dass das Ausbleiben der Bestimmung zur Unwirksamkeit führen muss, indem sie lediglich für den Regelfall einen von dieser Unwirksamkeit abweichenden Parteiwillen vermuten.¹³⁹ Sie erklären den Unterschied zur Substitutionslösung des deutschen

¹³³ *Lando/Beale* 312; *von Bar/Clive* 602; *Bénabent* Nr. 54.

¹³⁴ Vgl. *Bianca* (oben N. 24) Nr. 150; *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton* (oben N. 44) 476, 483f., 488. Für Frankreich: *Paul-Henri Antonmattei/Jacques Raynard*, *Droit civil: Contrats spéciaux*⁶ (2008) Nr. 127.

¹³⁵ PICC: *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp)* Art. 2.1.2 para. 22; *Michael J. Bonnell*, *An International Restatement of Contract Law*³ (2005) 109; *Luig* (oben N. 14) 50; *Principes contractuels communs* 128; kritisch *Alfredo Ferrante*, *A short dissertation on the Unidroit Principles and their future perspectives*: *Eur. Leg. Forum* 2007-1, 214–218 (217). PECL: *Lando/Beale* 312. Noch stärker DCFR: *von Bar/Clive* 602. PCC mit einem eigenen Prinzip in Art. 0:204.

¹³⁶ Zu den PICC *Vogenauer/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp)* Art. 2.1.2 para. 21 f.; allgemein *Kötz* (oben N. 28) 63f.; *Götz Schulze*, *Die Naturalobligation* (2008) 380f.; *Kim Lewison*, *The Interpretation of Contracts*⁵ (2011) para. 8.13; *Reinhard Zimmermann*, *Savignys Vermächtnis*: *JBl.* 1998, 273–293 (286); siehe aber auch *Francis M. B. Reynolds*, *Uncertainty in Contract*: *L.Q.Rev.* 104 (1988) 352–355 (352); *Stephen A. Smith*, *Contract Theory* (2004) 193; *R. Versteegen*, *Tussen rechtszekerheid en billijkheid*, in: *FS Paul de Vroede* (1994) 1525–1540.

¹³⁷ Damit motivierte die Zweite Kommission ihre Meinungsänderung, Protokolle, in: *Mugdan* (oben N. 91) 626. Bezeichnenderweise werden deshalb in Frankreich der Praxis Schwierigkeiten mit der rigiden Linie der Rechtsprechung attestiert, z. B. von *Collart Dutilleul/Delebecque* (oben N. 91) Nr. 142; *Caroline Ledoux*, *Évaluation de titres par un tiers*: *Bull. Joly Soc.* 2011, 530–534 (533); *Jacques Moury*, *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*: *Rev. Sociétés* 1997, 455–479 (470). Zurückhaltend aber *Rizzieri* (oben N. 124) 2140.

¹³⁸ UNIDROIT 1990 – P. C. – Misc. 14, S. 60.

¹³⁹ Das lässt sich als Weiterentwicklung der Unwirksamkeitslösung des französischen Rechts deuten. Auch dort können die Gerichte zur Ersatzbenennung ermächtigt werden (so

oder italienischen Rechts gerade damit, dass es in diesen Rechtsordnungen die Vermutung gebe, der Dritte solle einen angemessenen Preis bestimmen.¹⁴⁰ Andererseits enthält aber auch Art. 6:104 PECL eine derartige Vermutung.¹⁴¹ Nach dem Wechsel zu einer gesetzlichen Grundlage für die Ersatzbenennungskompetenz im DCFR kommt diese Unausgereiftheit weniger deutlich zum Vorschein; aus den rechtsvergleichenden Notes ist sie aber noch ersichtlich.¹⁴²

Ob eine Ersatzbenennung oder eine Ersatzbestimmung dem ursprünglichen Parteiwillen näher kommt, lässt sich kaum generalisierend beantworten.¹⁴³ Rein praktisch wird auch bei der Ersatzbestimmung in der Regel das Gericht einen Sachverständigen einschalten.¹⁴⁴ Für die Lösung des CESL könnte freilich sprechen, dass sie auf den ersten Blick mit der Ressource Justiz sparsamer umgeht und das Verfahren entsprechend dem ursprünglichen Parteiwillen so weit wie möglich in privater Hand belässt. Zudem gelangt der als Ersatz benannte Dritte möglicherweise schneller zu einer Entscheidung als das Gericht, und seine Entscheidung könnte höhere Akzeptanzchancen aufweisen.¹⁴⁵ Für die mit der Ausarbeitung der FS-ECL befasste Expertengruppe spielte dem Vernehmen nach auch eine Rolle, dass diese Lösung in Dauerschuldverhältnissen, in denen immer mal wieder auf einen Dritten zurückgegriffen werde, von Vorteil sei. Für den Onlinekauf als Paradigma des CESL¹⁴⁶ fällt diese Erwägung aus. Zwar erfordert die

das sich ihr Eingreifen auf den Parteiwillen zurückführen lässt), *Bénabent* Nr. 54. Lediglich die teilweise erhobene Forderung nach einer entsprechenden Vermutung hat sich nicht durchsetzen können, siehe *Jacques Ghestin*, *Traité de droit civil: La formation du contrat*³ (1993) Nr. 696; *Carbonnier* (oben N. 125) 515.

¹⁴⁰ *Lando/Beale* 312.

¹⁴¹ Hierin liegt gerade ein Unterschied zum französischen Recht (Art. 1591 Code civil).

¹⁴² *von Bar/Clive* 603. Für die grundsätzliche Aufrechterhaltung des Vertrags habe sich Art. 72 FS-ECL entschieden nach Ansicht von *Dirk Looschelders/Mark Makowsky*, *Inhalt und Wirkungen von Verträgen: GPR 2011*, 105–114 (109); ebenso jetzt zum CESL *dies.*, Kapitel 7: *Inhalt und Wirkungen von Verträgen*, in: *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, hrsg. von *Martin Schmidt-Kessel* (2012) 227–254 (245).

¹⁴³ Siehe etwa in England *Keith Hodgkinson*, *Case note: The Conveyancer and Property Lawyer* 1983, 76–78 (78) (Ersatzbenennung); *Charles Harpum/David Lloyd Jones*, *Certainty at One Fell Swoop: Cambridge L.J.* 41 (1982) 233–236 (235) (Ersatzbestimmung); für Ersatzbenennung im deutschen Recht z. B. *Stein/Jonas (-Schlosser)* (oben N. 23) Vor § 1025 Rz. 34, 40; zum *Codice civile* siehe einerseits Art. 1349, andererseits Art. 1473; zum CISG *Witz/Lorenz/Salger (-Witz)* Art. 14 Rz. 51 (Ersatzbenennung statt Art. 55).

¹⁴⁴ Wenig überzeugend deshalb der Einwand von *Looschelders/Makowsky* (oben N. 142) 109 gegen die FS-ECL, es fehle dem Gericht an objektiven Kriterien zur Ersatzbenennung. Die für die abweichende Lösung bei der Kaufpreisbestimmung im italienischen Recht vorgebrachte Erklärung, diese Aufgabe sei eher technischer Natur und deshalb bei einem vom Gericht benannten Ersatzsachverständigen besser aufgehoben (*Bianca* [oben N. 24] Nr. 151), erscheint aus demselben Grund zweifelhaft.

¹⁴⁵ *Moury*, *Droit Nr. 22.11* erachtet daher die PECL gegenüber den PICC als effizienter.

¹⁴⁶ Mitteilung der Kommission, KOM(2011) 636 endgültig.

Substitutionslösung anders als die bloße Benennung eines neuen Dritten zwingend, dass sich das Gericht inhaltlich mit dem Streit der Parteien auseinandersetzt.¹⁴⁷ Jedoch wirkt die gerichtliche Ersatzbestimmung streitbeendend, während sich an die Benennung eines neuen Dritten und dessen Entscheidung noch eine zeit- und kostenintensive gerichtliche Überprüfung der Verbindlichkeit anschließen kann.¹⁴⁸ Zudem erscheint es nicht stimmig, das Ausbleiben und die Unverbindlichkeit der Bestimmung unterschiedlichen Rechtsfolgen zu unterwerfen und damit innerhalb ein und derselben Vorschrift unterschiedliche Sichtweisen auf einen Vertrag, in dem ein Drittbestimmungsrecht vereinbart wurde, zugrunde zu legen.

3. Gerichtliche Vertragshilfe bei Unverbindlichkeit der Entscheidung des Dritten

Die Frage nach einer Intervention des Gerichts stellt sich ebenso, wenn es zu dem Ergebnis gelangt, dass die Entscheidung des Dritten unverbindlich ist. In Betracht kommen auch hier ein Scheitern des Mechanismus nach der Unwirksamkeitslösung, eine Ersatzbenennung oder eine Ersatzbestimmung. Art. 75(2) CESL entscheidet sich – wiederum im Einklang mit einer zu Art. 6:106 PECL zurückreichenden Traditionslinie und mit vielen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen¹⁴⁹ – für eine gerichtliche Ersetzung der Entscheidung.¹⁵⁰ Die PICC hingegen treffen keine besondere Regelung, da sie ja auch keine spezielle Regelung zur Unverbindlichkeit der Entscheidung enthalten. Würde man die vergleichbare Ausgangslage des englischen oder des französischen Rechts zugrunde legen, so hätte eine Überschreitung der Befugnisse nach allgemeinen Regeln folgende Konsequenz: Der Drittbestimmungsmechanismus bleibt intakt. Der Vertrag ist nicht unwirksam, sondern er kann weiterhin vervollständigt werden.¹⁵¹ Dies ist jedoch

¹⁴⁷ Bereits angedeutet in Prot-DresdE (oben N. 124) VI 3894.

¹⁴⁸ Nach *Ernst* 133 ist die PECL-Lösung gegenüber den PICC »unnötig schwerfällig« und ein »Umweg«; für unzumutbar halten die bloße Ersatzbenennung auch BGH 6. 6. 1994, NJW-RR 1994, 1314 (1315); BGH 14. 7. 1971, BGHZ 57, 47 (51); *Walther J. Habscheid*, Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit: KTS 1972, 209–219 (218) (»Rechtsschutzverweigerung«). Dagegen ist für *Bonell*, Principles (oben N. 17) 237 der Unterschied zwischen PECL und PICC »of a technical nature« und nicht von »policy considerations« getragen.

¹⁴⁹ § 319 I 2 BGB; Art. 1349 I Codice civile; Art. 7:904(2) BW.

¹⁵⁰ Klärungsbedürftig bleibt, ob eine grob unangemessene Entscheidung einstweilen bindet und »angefochten« werden muss; dafür mit Blick auf die FS-ECL *Giovanni De Cristofaro*, »Invalidity« of Contracts and Contract Terms in the Feasibility Study on a Future Instrument for European Contract Law, in: *Towards a European Contract Law*, ed. by *Reiner Schulze/Jules Stuyck* (2011) 97–120 (114f.); auch Art. 7:904(1) BW.

¹⁵¹ *Pierre-Yves Gautier*, Erreur grossière de l'expert chargé de déterminer le prix et limites

Sache der Parteien.¹⁵² Es bleibt zwar möglich, dass die Parteien – sei es mit Hilfe desselben Dritten¹⁵³, sei es nach Benennung eines neuen Dritten¹⁵⁴ – den Vertrag vervollständigen. Gelingt ihnen dies nicht, gibt es keinen Ersatz für die unverbindliche Entscheidung.¹⁵⁵ Andernfalls würden die Parteien an einen Vertrag gebunden, dessen Inhalt sie nicht selbst vereinbart haben.¹⁵⁶

Damit ist zugleich der Interessenkonflikt benannt, den die Modellregelungen hier lösen müssen: Stellt nicht eine gerichtliche Ersetzung einen Eingriff in die Privatautonomie dar? Unterstützt es nicht gerade die Privatautonomie, wiederum verstanden als Aufgabe der Parteien, wenn der Drittbestimmungsmechanismus möglichst lange am Leben gehalten wird? Allein die Tatsache, dass ein Gericht die Entscheidung des Dritten kontrollieren darf, legitimiert noch nicht, dass es sie im Fall der Unverbindlichkeit auch ersetzen darf,¹⁵⁷ auch wenn diese Ersetzung aus historischer Sicht nahezu selbstverständlich erscheinen müsste.¹⁵⁸ Thematisiert wurde der Konflikt von den Verfassern des BGB, die einerseits die Unwirksamkeit des Vertrags für eigentlich »folgerichtig«¹⁵⁹ hielten, andererseits aber »praktische Gründe«

des pouvoirs du juge: Rev. trim. civ. 2004, 308–310 (309); Moury, Droit Nr. 42.152; a. A. Tallon 103; Fischer-Achoura (oben N. 46) 27.

¹⁵² Moury, Droit Nr. 42.153. Die in *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton* (oben N. 44) begründete richterliche Ersetzung einer ausgebliebenen Entscheidung wird nicht auf den Fall der Unverbindlichkeit der Bestimmung erstreckt, *Jones v. Sherwood Computer Services Plc.* [1992] 1 WLR 277, 285; *Macro v. Thompson (No. 3)* [1997] 2 B. C. L. C. 36, 69; *Kendall/Freedman/Farrell* para. 14.18.3; optimistischer *Borowsky* (oben N. 96) 117.

¹⁵³ *Ackerman v. Ackerman* [2011] EWHC 3248 (Ch), para. 389 ff.; *Kendall/Freedman/Farrell* para. 14.18.3; ablehnend *Macro v. Thompson (No. 3)* (vorige Note) 68 f.; *Doug S. Jones, Is Expert Determination a Final and Binding Alternative?: Arbitration* 63 (1997) 213–226 (222). Frankreich: *Laurent Leveure, Contrats Concurrence Consommation* 2005, comm. 79.

¹⁵⁴ *Macro v. Thompson (No. 3)* (oben N. 152) 68 ff.; *Dutton* [2001] W. T. L. R. 553, para. 51 ff.; Frankreich (auf Parteiersuchen gerichtliche Benennung): Moury, Droit Nr. 42.153; *Malaurie/Aynès/Gautier* (oben N. 36) Nr. 205.

¹⁵⁵ *Campbell v. Edwards* (oben N. 28) 408; *Veba Oil Supply & Trading GmbH v. Petrotrade Inc.* (oben N. 36) para. 16. Frankreich: Cass. civ. 1^{re} 25. 11. 2003, Bull. civ. I, Nr. 243; Cass. civ. 1^{re} 25. 1. 2005, Bull. civ. I, Nr. 49; vereinzelt blieb die gesetzliche Ersetzung in Cass. com. 19. 12. 2000, Droit & Patrimoine 2001, 110. Streitig mangels gesetzlicher Regelung in Belgien *Vanderschot* (oben N. 36) 440 f. (Ersatzbestimmung); *Storme/Storme* (oben N. 117) 734 f. (Ersatzbenennung); *Marysse* (oben N. 28) 352 (Unwirksamkeit).

¹⁵⁶ *Ledoux* (oben N. 137) 533; *Olivier Renard-Payen, Le juge ne peut se substituer à l'expert dans l'évaluation des parts sociales d'un associé retrayant*: JCP 2005, II, 10046; vgl. Tallon 105.

¹⁵⁷ Siehe aber *Joussen* (oben N. 28) 510; differenzierend *Staudinger (-Gerhard Otte)* (2003) § 2151 Rz. 7.

¹⁵⁸ Im Fall der *manifesta iniquitas* durfte der Prätor den Spruch des Dritten auf ein billiges Maß berichtigen: *Paulus D.* 17,2,79. Daran anknüpfend gingen die Regelwerke in Deutschland im 19. Jahrhundert von einer Ersetzungsmöglichkeit aus, BayE II, Art. 31a; HessE IV 1, Art. 58 III; a. A. aber Art. 39 S. 2 DresdE.

¹⁵⁹ *von Kübel* (oben N. 52) 271; *Jakobs/Schubert* (oben N. 122) 434 f.

für eine gerichtliche Ersetzungskompetenz sahen, da diese eine schwierige Rückabwicklung des Vertrages vermeiden helfe; zudem entspreche sie der »vermutlichen Absicht der Parteien«.¹⁶⁰ Im mutmaßlichen Parteiwillen liegt zugleich der Schlüssel, weshalb die Ersetzung keine Freiheitsbeschränkung darstellt.¹⁶¹ Zwar wird bisweilen angezweifelt, ob Gerichte in komplexen Fällen wie der Anpassung eines Langzeitvertrages überhaupt die nötige Sachkunde zum Finden einer angemessenen Entscheidung besäßen.¹⁶² Entscheidend für einen Übergang der Entscheidungskompetenz sprechen jedoch einerseits der zu befürchtende Mehraufwand an Zeit und Kosten, wenn die Parteien das gesamte Verfahren mit einem neuen Dritten durchlaufen müssen,¹⁶³ und andererseits die wenig interessengerechten Folgen eines endgültigen Scheiterns des Verfahrens. Die Parteien, die ihrer Aufgabe zur Selbstgestaltung – wenn auch erfolglos – nachgekommen sind, mit der unverbindlichen Entscheidung allein zu lassen, entspricht gerade nicht dem Gedanken der Privatautonomie. Eine richterliche Ersetzung stellt ein Weiterdenken und eine Verlängerung der Privatautonomie dar.¹⁶⁴

Der Regelung in Art. 75(2) CESL und dessen Vorläufern ist damit zuzustimmen. Jedoch darf nicht aus den Augen verloren werden, dass sie für manche Mitgliedstaaten eine beträchtliche Erweiterung des Aufgabenkreises staatlicher Gerichte und einen Wandel im Verständnis der Rolle des Richters bewirken würde.¹⁶⁵ Die PICC sollten jedenfalls so ausgelegt werden, dass im Falle der Unverbindlichkeit die Grundwertung des Art. 2.1.14(2)(b) PICC zugrunde zu legen und deshalb wie beim Ausbleiben der Entscheidung zunächst eine Lückenfüllung anhand der Artt. 4.8, 5.1.2, 5.1.7(1) PICC zu versuchen ist.¹⁶⁶

¹⁶⁰ von Kübel (oben N. 52) 271. Die Väter des Dresdener Entwurfs hatte der Hinweis auf den mutmaßlichen Parteiwillen nicht überzeugt, Prot-DresdE (oben N. 124) I 124, VI 3894.

¹⁶¹ Staudinger (-Rieble) (2009) § 315 Rz. 329; Recke, Das Ermessen im Bürgerlichen Gesetzbuche: ArchBürgR 20 (1902) 137–154 (143). Anklänge daran auch in Smith v. Gale [1974] 1 All ER 401, 413f.

¹⁶² Unberath 144; Gregor Bachmann, Private Ordnung (2006) 270f. m. w. N.

¹⁶³ Sehr kritisch deshalb Gautier (oben N. 151) 310; Alain Lienhard, Anmerkung: D. 2003, 3054. Als Ausdruck einer »Beschleunigungsmaxime« sieht § 319 I 2 BGB Volker Rieble, Die Kontrolle des Ermessens der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle (1990) 113; siehe auch Staudinger (-ders.) (2009) § 315 Rz. 329; Eduard Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle: ZfA 1970, 3–61 (35).

¹⁶⁴ Zur vergleichbaren Situation bei Störungen der Geschäftsgrundlage Dieter Medicus, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: FS Werner Flume I (1978) 629–647 (631 f.).

¹⁶⁵ Vgl. zu Art. 2.1.14 PICC in Österreich Roland Loewe, Kaufrechtsübereinkommen – Lückenfüllung durch nichtamtliche Kodifikationen, in: FS Rolf Herber (1999) 7–19 (12); dem nationalen Recht und nicht dem CISG möchte deshalb Heuzé (oben N. 106) Nr. 174 die Frage überlassen.

¹⁶⁶ Im Fall der Anfechtung nach Art. 3.2.8(2) PICC kommt auch eine gerichtliche Anpassung des Preises auf ein angemessenes Maß i. S. v. Art. 3.2.7(2) PICC in Betracht, Vogenaue/Kleinheisterkamp (-Kleinheisterkamp) Art. 5.1.7 para. 12; unpassend ist die »Befugnis zur Ver-

V. Zusammenfassung und Ausblick

1. Vertragsfreiheit befähigt die Vertragsparteien zur Selbstgestaltung ihrer Verhältnisse. Diese Freiheit ist jedoch delegierbar. Wenn die Parteien sich nicht in allen Punkten einigen können, wenn ihnen zur Regelung die nötige Sachkunde fehlt oder wenn sie die zukünftige Entwicklung nicht überblicken können, können sie einen Dritten damit betrauen, die offenen Punkte für sie festzusetzen. Diesen Mechanismus erfassen auch die neueren transnationalen Modellregelungen zum Vertragsrecht, regeln ihn aber in unterschiedlicher Detailliertheit. Die neueste Stufe, der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in Art. 75 CESL, basiert auf einer Entwicklungslinie, die über Art. 72 FS-ECL und Art. II.-9:106 DCFR zu Art. 6:106 PECL zurückführt.

2. Die möglichen Aufgaben des Dritten reichen weit über die Festsetzung des Kaufpreises hinaus, anhand derer die Bestimmung durch einen Dritten traditionell diskutiert wird. Zu begrüßen ist deshalb, dass sich Art. 75 CESL von dieser Fixierung gelöst hat und vielmehr die Ergänzung oder Anpassung des Preises oder einer anderen Vertragsbestimmung in einer allgemeinen Vorschrift regelt. Richtigerweise kann der Dritte auch mit der Feststellung von Tatsachen betraut werden, die sich jedoch nur mit Mühe unter Art. 75 CESL subsumieren lässt.

3. Indem sich die Parteien der Entscheidung des Dritten unterwerfen, erklären sie diese für ihr Vertragsverhältnis für verbindlich. Diese Bindungswirkung bedeutet im Regelfall keinen Verzicht auf Vertragsfreiheit; vielmehr üben die Parteien ihre Vertragsfreiheit aus, indem sie sie delegieren. Erhöhte Anforderungen an die Delegation sind nur erforderlich, wenn es aus anderen Gründen – z.B. in AGB – an den Voraussetzungen echter Selbstbestimmung fehlt.

4. Die Entscheidung bindet nicht, wenn sie zwingendes Recht verletzt oder wenn der Dritte seine Befugnisse überschreitet. Diese Grenzen der Bindungswirkung kommen in keinem der Regelwerke ausreichend deutlich zum Ausdruck. Die in Art. 75(2) CESL geregelte Unverbindlichkeit wegen grober Unangemessenheit stellt nur einen dem typischen Parteiwillen entsprechenden Anwendungsfall der Überschreitung der Befugnisse dar. Abzulehnen ist die zwingende Ausgestaltung der Kontrolle auf grobe Unangemessenheit in Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

5. Vertragsfreiheit bedeutet nicht nur Gestaltungsfreiheit, sondern auch eine Gestaltungsaufgabe. Es ist Sache der Parteien, einen wirksamen, durchführbaren Vertrag zu schließen. Welche Verträge durchführbar sind, gibt traditionell das Bestimmtheitsgebot an, das in alle Regelwerke Eingang ge-

tragsaufhebung« nach Art. 3.2.8(2) PICC anstelle einer »Korrektur« nach Ansicht von *Ernst* 133.

funden hat. Bestimmbar ist der Vertragsinhalt auch, wenn ihn ein Dritter festsetzen soll. Ein Fehlschlagen der Delegation, das weiter reicht als das in Art. 75(1) CESL angesprochene Nichtkönnen oder Nichtwollen des Dritten und zu einem allgemeinen Tatbestand ausgebaut werden sollte, führt nicht zur Unbestimmtheit des Vertrages. Vielmehr sollte als Folge eines *favor contractus* die Entscheidungskompetenz auf ein (Schieds-)Gericht übergehen, wenn es nicht den Parteien erkennbar um die Entscheidung genau jenes Dritten ging. Mit der Benennung eines neuen Dritten, wie ihn Art. 75(1) CESL vorsieht, ist den Parteien weniger gedient; zudem ist dessen Verzahnung mit den nationalen Verfahrensrechten noch völlig ungeklärt.

6. Ebenfalls zur Ersetzung können die Gerichte im Fall der Unverbindlichkeit der Entscheidung des Dritten aufgerufen sein. Darin liegt kein Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien; vielmehr wird diese konsequent weitergedacht. Den PICC kann diese gerichtliche Kompetenz nur im Wege der Auslegung entnommen werden; hier wäre eine Klarstellung hilfreich.

7. Ob die Festsetzung durch einen Dritten im Paradigma des CESL, dem grenzüberschreitenden Onlinekauf, oft vorkommen wird, erscheint zweifelhaft. Gleichwohl sollte das CESL eine entsprechende Regelung enthalten, um für die Erweiterung auf komplexere Verträge vorbereitet zu sein und weil sich daran wichtige Grundentscheidungen im Bereich der Vertragsfreiheit ablesen lassen. Das setzt aber voraus, dass die Vorschrift stets ausgehend vom Prinzip der Vertragsfreiheit gedacht wird. Zudem sind die kollisionsrechtlichen Implikationen zu prüfen: Das Verhältnis der Parteien zu dem Dritten kann nicht dem CESL unterstellt werden.

8. Diejenigen Punkte, die der Praxis am meisten Probleme bereiten, werden in keinem der Regelwerke angesprochen, da alle noch zu sehr in traditionellen Bahnen denken. Es sind dies einerseits Fragen des von dem Dritten zu beachtenden Verfahrens und andererseits das komplizierte Verhältnis zur Schiedsgerichtsbarkeit.¹⁶⁷ Ein wirklich moderner Art. 75 CESL müsste dokumentieren, dass er sich auch mit diesen Fragen auseinandergesetzt hat.

Summary

DETERMINATION BY A THIRD PARTY IN EUROPEAN CONTRACT LAW – A GENETIC COMPARISON OF TRANSNATIONAL MODEL RULES

The European Commission proposal for a Common European Sales Law constitutes the topmost of a number of layers of (model) rules on European Contract Law that have built up over recent decades. In Art. 75, the proposal contains certain rules on the determination of contract terms by a third

¹⁶⁷ Dazu etwa *Kleinschmidt*, Delegation Teil 2 und 4. Siehe jedoch oben N. 83, 94.

party, mostly an expert. This provision is analysed against the backdrop of its predecessors in earlier layers and the general historical and comparative background of its subject. Although rarely discussed, it has important repercussions for the attitude of a set of rules towards freedom of contract and the role of the court in contract law. In light of this context, several modifications are suggested. Concerning scope, the reference to price determination may easily be deleted, while the wording should be broadened so as to encompass expressly the determination of facts by the third party. Court control of the determination against the standard of gross unreasonableness is justified, but must not be mandatory. The concept of gross unreasonableness requires further elucidation. The possibility of replacing a grossly unreasonable determination by the court is appropriate. The provision should be generalized to address all reasons for failure of the mechanism; in case of failure, a determination by the court seems preferable over the appointment of a new third party as a default rule. Finally, practical problems concerning expert determination, i.e. questions of procedure and the relationship to arbitration, still need to be taken into account.

