

1. Kapitel

Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Themenstellung

Jedem Anfang wohnt ein *Zaudern* inne. So könnte – in Anlehnung an Hermann Hesses berühmtes Gedicht „Stufen“ – das Entstehen eines Vertrages beschrieben werden: Die Parteien haben im Verhandlungsstadium regelmäßig einander gegenläufige Interessen. Erst durch den Mechanismus des Vertragsabschlusses werden diese idealtypisch zu einem für beide akzeptablen Ergebnis „abgeschliffen“¹. Dieses wird sodann von der Rechtsordnung anerkannt und nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* mit staatlicher Hilfe durchsetzbar. Der dafür erforderliche vertragliche Einigungsprozess kann jedoch gelegentlich, selbst wenn die Parteien grundsätzlich abschlusswillig sind, das Geschäft aus verschiedenen Gründen vereiteln.

Vor allem bei wirtschaftlich bedeutenden Geschäften können mit einem aufwendigen Verhandlungsprozess zunächst beträchtliche Kosten und Mühen verbunden sein. Darüber hinaus haben die Parteien womöglich unterschiedliche Vorstellungen von jenen Grundlagen, die für die Konsensfindung entscheidend sind. So ist ein Verkäufer etwa typischerweise der Meinung, dass die Sache einen höheren Verkehrswert hat, als von der Käuferin zugestanden, weil er einen höheren Preis erzielen möchte. Beide Parteien können dabei durchaus redlich sein. Die Rechtsordnung verbietet grundsätzlich nicht, auf den eigenen Vorteil bedacht zu sein.² In diesen Fällen kann es den Parteien sinnvoll erscheinen, eine außenstehende dritte Person in den Abschlussprozess einzuschalten, um die genannten Schwierigkeiten zu überwinden.

Sie können diese zunächst ersuchen, vermittelnd tätig zu werden, die Verhandlungspositionen auszuloten, Erhebungen anzustellen und schließlich einen Kompromiss vorzuschlagen, den die Parteien dann möglicherweise akzeptieren.³ Wollen sie das Geschäft hingegen definitiv abschließen, können

1 Schmidt-Rimpler in FS Raiser 3.

2 F. Bydlinski, System und Prinzipien 234.

3 Vgl. Jousen, Schlichtung 16f.

sie der dritten Person eine stärkere Rolle zuweisen und diese damit beauftragen, den offenen Punkt an ihrer Stelle *verbindlich* zu ergänzen. Die dritte Person vervollständigt somit eine bislang noch unvollständige Vereinbarung der Parteien. Da es sich dabei zumeist um eine zu erbringende Leistung handelt, spricht man von der „Leistungsbestimmung durch Dritte“.⁴ Zugegeben: Praktisch sind solche Vereinbarungen eher selten. Die Drittleistungsbestimmung ist jedoch zum einen wissenschaftlich noch vergleichsweise wenig aufgearbeitet, zum anderen erlangt sie vor allem als gern in Anspruch genommene Analogiegrundlage für andere Bereiche Bedeutung⁵.

Umgekehrt kann der Verhandlungsprozess den Parteien überhaupt entbehrlich erscheinen. So sind sie mitunter einfach an einer schnellen, unkomplizierten Geschäftsabwicklung interessiert. Unter Umständen benötigt eine Partei eine Leistung jedenfalls, ohne dass es ihr wesentlich auf das Entgelt dafür ankommt. Man denke etwa daran, dass jemand dringend benötigte Ersatzteile bestellt.⁶ In solchen Situationen ist vorstellbar, die Leistungsbestimmung einer Partei zu überlassen. Freilich ist dies in einer anderen Konstellation praktisch weitaus häufiger: Hier vereinbaren die Parteien im Rahmen eines langfristigen Schuldverhältnisses zunächst selbst eine Leistung, meist ein Entgelt. Die bei Vertragsschluss vorliegenden Umstände können sich jedoch im Laufe der Zeit entscheidend ändern. Eine neuerliche einvernehmliche Vertragsanpassung kommt jedoch nicht immer zustande. Sie wäre zudem vor allem bei den Massenverträgen des Wirtschaftslebens impraktikabel. Daher wird häufig einer Partei das Recht eingeräumt, das Entgelt einseitig anzupassen.⁷ Es handelt sich hier um „Entgeltanpassungsrechte“, die nichts anderes als eine „nachträgliche“ Leistungsbestimmung durch eine Partei sind – im Gegensatz zur „ursprünglichen“.⁸ Auch die nachträgliche Leistungsbestimmung ist durch eine dritte Person denkbar, aber in dieser Form seltener.

Die beiden Fallgruppen „Leistungsbestimmung durch Dritte“ und „Leistungsbestimmung durch eine Partei“ können unter dem Oberbegriff „einseitige Leistungsbestimmungsrechte“ zusammengefasst werden. Die daraus resultierenden Probleme, dass die Parteien die Leistung nicht selbst festlegen, sondern ihre Bestimmung „delegieren“⁹, treten zwar zum Teil mit unterschiedlicher Intensität auf, sind aber strukturell dieselben. Die vorliegende Arbeit geht folgenden Forschungsfragen nach:

4 Vgl die Überschrift von § 317 BGB: „Bestimmung der Leistung durch einen Dritten“.

5 Zu Schiedsgutachten i.e.S. vgl Kapitel 7; zur Parteienleistungsbestimmung Kapitel 8.

6 So das in den Beratungen zu den Principles of European Contract Law (PECL) oft genannte Beispiel (*Lando/Beale*, PECL 308).

7 Vgl nur *Fenyves*, Langzeitverträge.

8 Vgl nur *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 347 (348); zur Terminologie unten Seite 7.

9 So die Diktion bei *Kleinschmidt*, Delegation.

1. Sind einseitige Leistungsbestimmungsrechte überhaupt zulässig?
2. Unter welchen Voraussetzungen können sie wirksam vereinbart werden?
3. Was hat zu geschehen, wenn die leistungsbestimmende Person untätig bleibt?
4. Wie muss die leistungsbestimmende Person vorgehen?
5. Innerhalb welcher Grenzen ist die getroffene Entscheidung verbindlich?
6. Welchen nachträglichen Kontrollmöglichkeiten unterliegt sie?

II. Gesetzliche Grundlagen

Die gesetzlichen Grundlagen von einseitigen Leistungsbestimmungsrechten sind im österreichischen Recht spärlich. Während das BGB in den §§ 315 bis 319 ein einheitliches und umfassendes Leistungsbestimmungsrecht für alle Vertragstypen enthält, finden sich im ABGB lediglich fragmentarische Regelungen. Jene Norm, die in Rechtsprechung und Lehre mit Abstand die größte Bedeutung erlangt hat, ist § 1056 ABGB. Sie gilt – gemeinsam mit § 1060 S 2 ABGB – allerdings unmittelbar nur für den Kaufvertrag und hat außerdem nur die Preisbestimmung durch eine *dritte Person* zum Inhalt. Zur ursprünglichen Bestimmung einer Hauptleistungspflicht durch eine *Partei* schweigt das österreichische Recht hingegen völlig. § 904 ABGB betrifft immerhin den Fall, dass die Erfüllungszeit der Willkür des Schuldners überlassen worden ist. Die §§ 906 f ABGB behandeln den inhaltlich weniger weitreichenden Sonderfall der Wahlschuld, wonach einer Partei die Auswahl zwischen mehreren bereits einvernehmlich vorbestimmten Leistungen zusteht. In jüngerer Vergangenheit hat die nachträgliche Parteienleistungsbestimmung in Sondergesetzen mehr Aufmerksamkeit erfahren. Hier ist an erster Stelle das KSchG zu nennen, das mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG die einseitige Entgeltanpassung durch den Unternehmer strengen Grenzen unterworfen hat.¹⁰

Außerhalb des Schuldrechts begegnen noch § 651 ABGB zum Verteilungsvermächtnis, § 656 und § 659 ABGB zum Gattungsvermächtnis und § 660 Abs 2 ABGB zum Speziesvermächtnis.¹¹ Demnach kann einer dritten Person die Verteilung eines Vermächtnisses zwischen mehreren Angehörigen einer Personengruppe (zB „Verwandten“), die Konkretisierung einer bloß gattungsmäßig vermachten Sache und die Auswahl zwischen mehreren bestimmten Sachen überlassen werden. Bei der Heranziehung dieser Normen ist jedoch zum einen deren speziell erbrechtlicher Charakter zu berücksichtigen,¹²

10 Vgl außerdem § 6 Abs 2 Z 3, 4 KSchG, § 31c KschG; §§ 16a, 18 ff MRG; § 178f VersVG; §§ 14a, 14b KHVG; § 4 Abs 3 BTVG; § 25 TKG.

11 Nach § 564 ABGB kann die Einsetzung eines Erben nicht einer dritten Person überlassen werden.

12 So auch *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 45 f; vgl zu § 659 ABGB unten Seite 155 Fn 963.

zum anderen, dass sie die Bestimmung einer *Sachleistung* regeln¹³. Wenig Erkenntnisgewinn bringen die §§ 835, 841, 842 ABGB, wonach über die Verwaltung und Teilung des Miteigentums unter Umständen ein „Schiedsman“ entscheiden kann, wenn sich die Parteien darauf verständigen.¹⁴ Mehr als die grundsätzliche Möglichkeit, die Entscheidung durch eine dritte Person zu vereinbaren, geht daraus nicht hervor. Nicht die Drittleistungsbestimmung, sondern Schiedsgutachten i.e.S.¹⁵ regeln die §§ 64, 184 VersVG.

III. Forschungsstand

Da § 1056 ABGB für einseitige Leistungsbestimmungsrechte eine herausragende Stellung einnimmt, wird die Thematik vor allem in den Kommentierungen zu dieser Norm abgehandelt. Wohl am einflussreichsten sind dabei jene von *Mayer-Maly*¹⁶ und *Aicher*¹⁷. Die erste monographische Aufarbeitung stammt von *Garger*¹⁸. Dieser untersuchte die Leistungsbestimmung im Zusammenhang mit dem Schiedsgutachtenrecht und konzentrierte seine Darstellung daher auf die Drittleistungsbestimmung. *Risak*¹⁹ bezog in seine Arbeit zur einseitigen Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht hingegen auch die Parteienleistungsbestimmung mitein. Zu letzterer sei noch ein Aufsatz von *Bürge*²⁰ anlässlich der Tagespreisklausel hervorgehoben, der jedoch weit über das eigentliche Thema hinaus bemerkenswerte historische und rechtsvergleichende Einsichten bietet. Die nachträgliche Leistungsbestimmung durch eine Partei hat *Fenyves*²¹ in einem Gutachten zum Österreichischen Juristentag grundlegend analysiert. Darauf aufbauend haben *Fenyves/Rubin*²² ausführlich zur einseitigen Entgeltanpassung durch Unternehmer Stellung genommen. Wertvolle Anregungen für die Drittleistungsbestimmung bietet auch der Beitrag von *Rüffler*²³ zum Schiedsgutachter (i.e.S.). Stellvertretend für die deutsche Literatur zu den §§ 315–319 BGB sei an dieser Stelle nur auf die

13 Vgl unten Seite 152 ff.

14 Nach herrschender Ansicht handelt es sich dabei um eine Rechtsgestaltung durch eine dritte Person (vgl *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 835 Rz 2; aA *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 46: Schiedsrichter).

15 Vgl unten Seiten 10 ff.

16 *Mayer-Maly* in *Klang IV/2* 249 ff.

17 *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1056.

18 *Garger*, Das Schiedsgutachtenrecht (1996).

19 *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008).

20 *Bürge*, Preisbestimmung durch einen Vertragspartner und die Tagespreisklausel, JBl 1989, 687.

21 *Fenyves*, Der Einfluß geänderter Verhältnisse auf Langzeitverträge, Gutachten zum 13. ÖJT II/1 (1997) 109.

22 *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347.

23 *Rüffler*, Der Schiedsgutachter, in FS Aicher (2012) 663.

umfassende rezente Habilitationsschrift von *Kleinschmidt*²⁴ hingewiesen. Eine rein zivilrechtliche Monographie, die sich einer Gesamtschau einseitiger Leistungsbestimmungsrechte widmet, also sowohl der Dritt- als auch der Parteienleistungsbestimmung, fehlt zum österreichischen Recht bislang.

IV. Gang der Untersuchung

Nach einer Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes und den notwendigen Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstituten (2. Kapitel) gliedert sich die vorliegende Arbeit in zwei Hauptteile. Der erste behandelt die Drittleistungsbestimmung. Gesetzlicher Ausgangspunkt sind dabei die §§ 1056, 1060 S 2 ABGB. Daher wird zunächst untersucht, welchen Regeln die Kaufpreisbestimmung durch eine dritte Person folgt. In diesem Sinn fragt die Arbeit nach den Voraussetzungen, die für ihre wirksame Vereinbarung vorliegen müssen, und den Rechtsfolgen, wenn die dritte Person den Preis nicht bestimmt. Zugleich zeigt sie den in weiterer Folge wesentlichen Zusammenhang zwischen § 1056 ABGB und dem kaufrechtlichen Bestimmtheitsgebot auf (3. Kapitel). Im Anschluss beleuchtet die Arbeit die Vorgaben, die von der dritten Person bei der Preisbestimmung zu beachten sind, sowie das Rechtsverhältnis zu den Parteien des Kaufvertrages (4. Kapitel). Danach wird ausführlich nach der Grenze gefragt, bis zu der die Kaufpreisbestimmung für die Parteien verbindlich ist (5. Kapitel). Daran anschließend klärt die Arbeit auch die Auswirkung einer allfälligen Befangenheit der dritten Person (6. Kapitel) und ihre schadenersatzrechtliche Haftung für unbillige Entscheidungen (7. Kapitel). Auf der Grundlage der so geleisteten „Vorarbeit“ wird der Untersuchungsgegenstand schließlich ausgeweitet und die Analogietauglichkeit der §§ 1056, 1060 S 2 ABGB für andere Geschäfte (8. Kapitel) und Schiedsgutachten (ieS) geprüft (9. Kapitel).

Gegenstand des zweiten Hauptteils der Arbeit ist sodann die Parteienleistungsbestimmung. Dabei wird zunächst deren grundsätzliche Zulässigkeit gerechtfertigt. Diese ist untrennbar mit der Frage nach den Grenzen der Unterwerfung unter die Rechtsmacht der bestimmungsberechtigten Partei verbunden. Der Schutz der unterworfenen Partei vor unbilliger Benachteiligung wird daher hier mitbehandelt (10. Kapitel). Darauf folgt eine Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Leistungsbestimmung nach dem viel diskutierten „freien Belieben“ einer Partei (11. Kapitel). Schließlich schlägt die Arbeit eine Lösung für den Fall vor, dass die bestimmungsberechtigte Partei ihr Gestaltungsrecht nicht ausübt (12. Kapitel).

24 *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte (2014).

2. Kapitel

Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes und Abgrenzungen

Bevor die gestellten Forschungsfragen behandelt werden, muss der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit noch näher präzisiert werden. Das erfordert zuerst, das „Wesen“ einseitiger Leistungsbestimmungsrechte zu erfassen. Anschließend sind einige Abgrenzungen zu ähnlichen Rechtsinstituten notwendig.

I. Wesen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte

Charakteristisch für einseitige Leistungsbestimmungsrechte ist, dass eine dritte Person oder eine Partei *rechtsgestaltend* auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien des Hauptvertrages einwirkt.²⁵ Sie werden deshalb üblicherweise als „Gestaltungsrechte“ qualifiziert.²⁶ Dabei kann es sich sowohl um die Gestaltung von Hauptleistungspflichten als auch um jene von Nebenpflichten und Leistungsmodalitäten handeln.²⁷ Die Einschaltung einer dritten Person wird sich freilich zumeist auf Hauptleistungspflichten beziehen, weil sich sonst der Aufwand dieses Verfahrens kaum lohnt.²⁸ Zumindest eine Partei „unterwirft“²⁹ sich daher einem fremden Willen. Die bestimmungsberechtigte Person kann sodann zwei Funktionen haben:

Sie kann zunächst den Vertrag um einen bislang bewusst offen gehaltenen Punkt ergänzen („ursprüngliche Leistungsbestimmung“). Das „klassische“ Beispiel, das die Dogmengeschichte dominiert hat³⁰, ist die Kauf-

25 *Kleinschmidt*, Delegation 26.

26 Vgl *Risak*, Entgeltgestaltung 15 ff; *Joussen*, AcP 203 (2003) 229 (452 ff); aA *P. Bydlinski*, Übertragung von Gestaltungsrechten 275; vgl unten Seite 59 f.

27 *Würdinger* in MünchKomm BGB⁷ § 315 Rz 3; *Rieble* in *Staudinger*, BGB (2015) § 315 Rz 131 ff; *Kleinschmidt*, Delegation 38.

28 *Kleinschmidt*, Delegation 39.

29 Der Begriff geht zurück auf *Bötticher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung 1 f; vgl auch *Joussen*, Schlichtung 35 ff.

30 Vgl unten Seiten 70 ff.

preisbestimmung durch eine dritte Person, die deshalb auch in das ABGB Eingang gefunden hat (§§ 1056, 1060 S 2 ABGB). Laut den offiziellen Kommentaren zum DCFR³¹ und den PECL³² kommt diese Vertragsgestaltung in internationalen Verträgen häufig vor. Zumindest ein Blick in die österreichische und deutsche³³ Rechtsprechung bestätigt diesen Befund jedoch nicht. In der österreichischen Judikatur begegnet die Kaufpreisbestimmung durch Dritte lediglich in einer älteren Entscheidung³⁴. Auch andere Fälle, in denen eine dritte Person tatsächlich rechtsgestaltend tätig wird – und nicht etwa klarstellend oder feststellend³⁵ – sind selten. Der OGH hatte sich etwa mit der Bestimmung des Bestandzinses³⁶, der Preisfestsetzung durch einen Ziviltechniker unter Zugrundelegung der angemessenen Baukosten³⁷ und der Durchführung eines Vergleichs über die Realteilung eines Grundstücks³⁸ zu befassen.³⁹ Durchaus häufiger ist hingegen die ursprüngliche Leistungsbestimmung durch eine Partei. Beispiele hierfür sind etwa Tagespreis-, Listenpreis- oder Preisvorbehaltsklauseln (zB „Preis freibleibend“).⁴⁰ In diesen Fällen darf jeweils der Verkäufer den Preis zu einem späteren Zeitpunkt bestimmen.⁴¹

Zum anderen kann die Befugnis zur Rechtsgestaltung darauf gerichtet sein, einen bestehenden Vertragsinhalt zu ändern bzw an geänderte Umstände anzupassen („nachträgliche Leistungsbestimmung“ bzw „-anpassung“). Solche Vereinbarungen finden sich häufig in langfristigen Verträgen.⁴² Die Anpassung kann durch eine dritte Person geschehen⁴³, wird zumeist aber einer Partei eingeräumt⁴⁴. Entsprechende Klauseln dienen zumeist einem Unternehmer dazu, ein in Geld bestehendes Entgelt vor Geldwertverlust abzusichern⁴⁵ oder eine Erhöhung der eigenen Kosten für die Leistungserbrin-

31 v. Bar/Clive, DCFR I 602.

32 Lando/Beale, PECL 311.

33 Vgl Kleinschmidt, Delegation 31.

34 OGH 25.7.1956, 3 Ob 330/56 SZ 29/53.

35 Dazu sogleich Seiten 11 f.

36 OGH 29.5.1968, 7 Ob 100/68; 17.12.2007, 2 Ob 236/07f.

37 OGH 10.7.1979, 4 Ob 538/79; 12.2.1985, 5 Ob 66/83.

38 OGH 20.11.1952, 1 Ob 856/52 SZ 25/308.

39 Beispiele aus der deutschen Judikatur bei Kleinschmidt, Delegation 31 ff.

40 Vgl weiters OGH 28.9.2007, 9 ObA 92/07f SZ 2007/150 (Bestimmung einer Prämie durch den Arbeitgeber); 7 Ob 8/17b, 5.7.2017 (Kaufpreis).

41 Vgl unten Seite 188.

42 Zum Ganzen Fenyves, Langzeitverträge.

43 So in OGH 27.2.1985, 1 Ob 504/85.

44 ZB OGH 22.3.2005, 10 Ob 23/04m (Kreditzinsanpassung); 21.12.2005, 3 Ob 238/05d JBl 2006, 313 (Dullinger) (Kreditzinsanpassung); 13.6.2006, 10 Ob 125/05p (Kreditzinsanpassung); 13.6.2006, 10 Ob 145/05d (Kreditzinsanpassung); 30.11.2006, 6 Ob 234/06i (Preisanpassung für Erdgaslieferung); 28.3.2012, 8 Ob 31/12k ÖBA 2012/1844 (Butschek) (Kreditzinsanpassung); 13.9.2016, 10 Ob 80/15k ZFR 2017/43 (Butschek/Palma) (Kreditzinsanpassung); 30.5.2017, 8 Ob 86/16d (Kreditzinsanpassung).

45 Kleinschmidt, Delegation 34.

gung an Kunden weiterzugeben. Es soll also die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegende subjektive Äquivalenz wiederhergestellt werden.⁴⁶

II. Abgrenzungen

A. Stellvertretung

Aufgrund der Befugnis zur Rechtsgestaltung für andere kommt vor allem bei der Drittleistungsbestimmung unweigerlich die Stellvertretung in den Sinn.⁴⁷ Dass diese Assoziation naheliegt, bestätigt auch die französische Lehre, nach der die dritte Person „mandataire commun“, also „gemeinsamer Vertreter“ der Parteien ist.⁴⁸ Indes hat *Kleinschmidt*⁴⁹ die Unterschiede zwischen der Drittleistungsbestimmung und der Stellvertretung für das deutsche Recht besonders eindrücklich herausgearbeitet. Demnach besteht zunächst ein formaler Unterschied: Während die Vollmacht von einer Partei erteilt wird, beruht die Drittleistungsbestimmung auf einem Akt beider Parteien. Der Stellvertreter ist folglich auch nur Interessenwahrer einer Partei; die leistungsbestimmende Person hat hingegen einen angemessenen Interessenausgleich vorzunehmen. In materieller Hinsicht reichen die Befugnisse eines Stellvertreters weiter als die einer leistungsbestimmenden Person. So entscheidet der Stellvertreter nicht nur, „was“ Inhalt einer geschuldeten Leistung sein soll, sondern häufig auch darüber, „ob“ ein Geschäft überhaupt abgeschlossen wird.

B. Vereinbarung eines objektiv bestimmbaren Preises

Keine einseitige Leistungsbestimmung liegt außerdem vor, wenn die Parteien eine Leistung vereinbaren, die aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist. Das zeigt in aller Deutlichkeit eine Gegenüberstellung von § 1056 und § 1058 ABGB. Während ersterer die Kaufpreisbestimmung durch eine dritte Person regelt, hat zweiterer die Vereinbarung eines objektiv bestimmbaren Referenzwertes, etwa des Marktpreises, vor Augen. Zwar legen auch den Marktpreis insofern Dritte fest, als dieser der Durchschnittswert aus den Geschäften anderer marktteilnehmender Personen ist.⁵⁰ Diese handeln jedoch nicht gerade im Hinblick auf das Rechtsverhältnis der Parteien. Die typischen Probleme der einseitigen Leistungsbestimmung, wie etwa ihr Unterbleiben oder die Frage nach den Grenzen ihrer Verbindlichkeit bei

46 Vgl *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 347 (351 f).

47 *P. Bydlinski*, Übertragung von Gestaltungsrechten 274 Fn 2; *Kleinschmidt*, Delegation 96; *Joussen*, AcP 203 (2003) 229 (434); *Gernhuber*, Schuldverhältnis 294.

48 *Malaurie/Aynès/Gautier*, Droits des contrats spéciaux⁹ Nr 204.

49 *Kleinschmidt*, Delegation 97 f.

50 Vgl *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1058 Rz 7.

Unbilligkeit, stellen sich daher hier nicht.⁵¹ Anderes gilt hingegen, wenn die Vereinbarung auf bloß vermeintlich externe Umstände Bezug nimmt, die in Wahrheit von einer Partei festgelegt werden. Ein anschauliches Beispiel dafür ist eine Entscheidung des OGH zur Endabrechnung von Baukosten.⁵² Darin hing der Kaufpreis, den die Käuferin von Eigentumswohnungen der Baugesellschaft zu zahlen hatte, von den „tatsächlich aufgewendeten Baukosten“ ab.⁵³ *F. Bydlinski*⁵⁴ wies darauf hin, dass die „tatsächlich aufgewendeten Kosten“ vom Verkäufer beliebig nach oben manipuliert werden können. In Wahrheit liege daher ein vertragliches Recht des Vertragspartners vor, die Leistung des anderen zu bestimmen. Dasselbe gilt für die Verweisung auf den Marktpreis, den die bestimmungsberechtigte Partei anschließend monopolartig selbst bestimmt.⁵⁵

C. Schiedsgutachten im engen Sinn

Aufgrund der rechtsgestaltenden Funktion und da die Parteien häufig eine sachkundige Person wählen, um über ihre Meinungsverschiedenheit zu entscheiden, hat sich für die DritteLeistungsbestimmung auch der Begriff des „rechtsgestaltenden Schiedsgutachtens“ eingebürgert.⁵⁶ Die ursprüngliche Leistungsbestimmung wird sodann zuweilen als „vertragsergänzendes“, die nachträgliche als „rechtsabänderndes“ Schiedsgutachten bezeichnet.⁵⁷ Die Terminologie geht auf das deutsche Reichsgericht zurück,⁵⁸ das daneben noch zwei andere – praktisch weitaus häufigere⁵⁹ – Formen von „Schieds-

51 *Kleinschmidt*, Delegation 99f mit dem Hinweis, dass sich zwar ähnliche Probleme stellen können, wenn zB der objektive Faktor, auf den Bezug genommen wird, nicht existiert, diese aber anders, vor allem durch ergänzende Vertragsauslegung, gelöst werden müssen.

52 OGH 8.5.1974, 1 Ob 156–159/73 JBl 1975, 245, 257 (*F. Bydlinski*); gleicher Sachverhalt in 10.7.1979, 4 Ob 538/79 JBl 1980, 151 (*F. Bydlinski*).

53 Diese wurden zwar von einem „amtlichen“ Prüforgang bestätigt, aber nicht auf ihre wirtschaftliche Notwendigkeit geprüft. Vgl kritisch *F. Bydlinski*, JBl 1975, 245.

54 *F. Bydlinski*, JBl 1975, 245; ebenso *Mayer-Maly* in FS Melichar 443; vgl auch *Risak*, Entgeltgestaltung 73.

55 *Risak*, Entgeltgestaltung 73; *Krämer*, Preisanpassungsklauseln 168f.

56 Vgl *Rüffler* in FS Aicher 665f; *Risak*, Entgeltgestaltung 20ff; *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 83ff; *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 2168; *Horvath/Hodel*, GesRZ 2011, 314 (315); *Grossmayer/Vögerl*, *ecolex* 2016, 590; OGH 29.10.1975, 1 Ob 186/75 SZ 48/111; 27.2.1985, 1 Ob 504/85; 13.2.1991, 3 Ob 507/91; 26.7.1996, 1 Ob 501/96 SZ 69/168; 17.8.2001, 1 Ob 300/00z; 17.12.2007, 2 Ob 236/07f; für Deutschland *Kleinschmidt*, Delegation 31ff; *Gehrlein*, VersR 1994, 1009 (1010); *Mayer-Maly* in Staudinger, BGB¹² § 315 Rz 19.

57 Vgl *Habscheid* in FS Kralik 189ff; *Rüffler* in FS Aicher 665f; *Risak*, Entgeltgestaltung 20ff; *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 83ff; *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 2168; *Kleinschmidt*, Delegation 31ff.

58 RG 23.5.1919, II 22/19 RGZ 96, 57 (59ff).

59 Vgl die Nachweise in Fn 66 bis 78f.

gutachten“ identifiziert hat.⁶⁰ Diese haben jedoch keine Vertragsergänzung durch die dritte Person zum Inhalt. Ihre Funktion ist nicht, Recht zu gestalten, sondern das Gericht (grundsätzlich) an eine andernfalls der Beweiswürdigung unterliegende Tatsache zu binden. Es handelt sich zum einen um „klarstellende“, zum anderen um „feststellende“ Schiedsgutachten. Im Gegensatz zur Vertragsergänzung als „Schiedsgutachten im weiten Sinn“ werden diese beiden Arten auch mit dem Oberbegriff „Schiedsgutachten im engen Sinn“ zusammengefasst.⁶¹ Wegen ihrer Ähnlichkeit zur Drittleistungsbestimmung werden sie üblicherweise ebenfalls bei § 1056 ABGB verortet.⁶² Aus diesem Grund kann in der Folge auch für die Untersuchung der Drittleistungsbestimmung die reichhaltigere Judikatur zu Schiedsgutachten iES herangezogen werden. Sie werden überwiegend dem materiellen Recht zugeordnet⁶³, auch wenn eingeräumt wird, dass sie sich „an der Schnittstelle von materiellem Recht und Prozeßrecht“⁶⁴ befinden.

1. Klarstellende Schiedsgutachten

Bei „klarstellenden Schiedsgutachten“ vereinbaren die Parteien selbst eine objektiv bestimmbare Leistung. Diese ist ihnen jedoch aufgrund fehlender Sachkunde zunächst unbekannt. Die Aufgabe der dritten Person besteht daher hier nicht in der Ergänzung einer unbestimmten Leistung, sondern darin, „die den Parteien noch unbekannt[e] [...] Leistung zu einer ihnen bekannten zu machen, somit de[n] vorhandene[n] Inhalt des Vertrags *klarzustellen*.“⁶⁵ Einschlägige Beispiele sind etwa die Ermittlung einer ortsüblichen Miete⁶⁶, eines banküblichen Zinssatzes,⁶⁷ des Verkehrswertes bzw eines Bruchteils davon⁶⁸ oder – im Gesellschaftsrecht häufig – eines (anteiligen) Unterneh-

60 Vgl auch *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/10.

61 Vgl *Mayer-Maly* in *Staudinger*, BGB¹² § 315 Rz 19.

62 Aus der Lehre etwa *Rüffler* in FS Aicher 664; *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 156; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 2168; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1056 Rz 14.

63 OGH 26.7.1996, 1 Ob 501/96 SZ 69/168; 2.9.2009, 7 Ob 75/09v; *Rüffler* in FS Aicher 668 ff; *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 199 ff; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 2168; aA *Habscheid* in FS Kralik 189 ff; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*³ § 581 ZPO Rz 141; ausführlich zum Ganzen *Kleinschmidt*, Delegation 71 ff; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/11, 19 f.

64 *Gehrlein*, VersR 1994, 1009 (1009).

65 RG 23.5.1919, II 22/19 RGZ 96, 57 (60); Hervorhebung durch den Autor.

66 OGH 1.7.2003, 1 Ob 149/03y.

67 *Gehrlein*, VersR 1994, 1009 (1010).

68 *Kleinschmidt*, Delegation 41; BGH 14.10.1994, V ZR 286/92 NJW 1994, 2899; OGH 13.2.1991, 3 Ob 507/91; 28.5.2002, 4 Ob 102/02g SZ 2002/72; vgl aber OGH 29.10.1975, 1 Ob 186/75 SZ 48/111 (Entscheidung über den Bodenwert eines Grundstücks als „vertragsergänzende Tätigkeit“).

menswertes⁶⁹. Üblicherweise wird auch die Ermittlung eines „angemessenen Entgelts“ als klarstellendes Schiedsgutachten angesehen.⁷⁰

2. Feststellende Schiedsgutachten

Schließlich kann die Aufgabe eines Schiedsgutachters auch darin bestehen, „gewisse Unterlagen und Tatsachen vermöge seiner Sachkunde zu beschaffen und *festzustellen*, die für die Bestimmung einer Vertragsleistung erst mittelbar maßgebend werden“⁷¹. Man spricht diesfalls vom „feststellenden Schiedsgutachten“. Sie finden eine positiv-rechtliche Grundlage in § 64 VersVG. Die zumindest in der Judikatur praktisch häufigsten Beispiele stammen dann auch aus dem Versicherungsvertragsrecht: die Feststellung von Ursache und Höhe eines Schadens⁷², eines Invaliditätsgrades⁷³, der Voraussetzungen für die Übernahme von Prozesskosten durch eine Rechtsschutzversicherung („hinreichende Erfolgsaussicht“)⁷⁴. Aber auch außerhalb des Versicherungsvertragsrechts sind feststellende Schiedsgutachten anzutreffen, etwa die Feststellung von Mängeln⁷⁵, von erforderlichen Brandschutzmaßnahmen⁷⁶ oder, ob eine Lärmbeeinträchtigung eine ÖNORM überschritten hat⁷⁷, um nur einige zu nennen.⁷⁸

69 Vgl *Rüffler* in FS Aicher 663 ff; *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 27 ff; *Dorda*, GesRZ 2012, 5 (6 ff); OGH 25.9.2003, 2 Ob 189/01k; 21.4.1966, 1 Ob 71/66 SZ 39/75; 10.11.2011, 2 Ob 209/10i; 28.8.2014, 6 Ob 85/14i.

70 Etwa *Kleinschmidt*, Delegation 41; *Habscheid* in FS Kralik 190; vgl dazu unten Seiten 52 ff.

71 RG 23.5.1919, II 22/19 RGZ 96, 57 (60); Hervorhebung durch den Autor.

72 OGH 20.7.1990, 7 Ob 1017/90; 11.7.1991, 7 Ob 20/91; 26.11.1992, 7 Ob 23/92; 19.1.1994, 7 Ob 2/94; 20.11.1996, 54 R 368/96y; 23.12.1998, 7 Ob 164/98p; 26.4.2000, 7 Ob 332/99w; 30.6.2004, 7 Ob 130/04z; 3.6.2009, 7 Ob 51/09i; 2.9.2009, 7 Ob 75/09v; 28.10.2009, 7 Ob 147/09g; 5.5.2010, 7 Ob 222/09m; 24.11.2010, 7 Ob 220/10v; 28.4.2003, 7 Ob 79/03y; 27.2.2012, 7 Ob 204/11t; 28.3.2012, 7 Ob 19/12p; 16.12.2015, 7 Ob 124/15h.

73 OGH 30.8.2006, 7 Ob 184/06v; 20.12.2006, 7 Ob 185/06s; 8.3.2007, 7 Ob 291/06d; 30.9.2009, 7 Ob 135/09t; 28.10.2009, 7 Ob 214/09k; 10.9.2014, 7 Ob 113/14i SZ 2014/104.

74 OGH 28.6.1995, 7 Ob 13/95; 30.9.1998, 7 Ob 236/97z; 7.8.2002, 7 Ob 177/02h; 27.11.2002, 7 Ob 213/02b; 16.11.2007, 7 Ob 243/07x SZ 2007/181; 27.8.2008, 7 Ob 103/08k; 8.7.2009, 7 Ob 236/08v; 16.12.2009, 7 Ob 194/09v SZ 2009/168; 30.3.2011, 7 Ob 130/10h SZ 2011/41; 30.11.2011, 7 Ob 202/11y; 27.2.2012, 7 Ob 215/11k; 23.1.2013, 7 Ob 201/12b SZ 2013/5; 27.1.2016, 7 Ob 1/16x; 27.1.2016, 7 Ob 234/15k.

75 OGH 29.4.2004, 6 Ob 89/04p; 29.4.2004, 8 Ob 89/03a; 8.10.2013, 3 Ob 150/13z; 19.12.2013, 2 Ob 222/13f.

76 OGH 15.6.2016, 7 Ob 99/16h.

77 OGH 1.7.2003, 1 Ob 214/02f.

78 Weitere Beispiele bei *Garger*, Schiedsgutachtenrecht 12 ff; *Kleinschmidt*, Delegation 40 ff.