

JAKOB GLEIM

Letztwillige Schiedsverfügungen

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

439

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

439

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Jakob Gleim

Letztwillige Schiedsverfügungen

Geltungsgrund und Geltungsgrenzen

Mohr Siebeck

Jakob Gleim, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i.Br. und Genf; Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; 2017 Forschungsaufenthalt an der Harvard Law School; 2019 Promotion an der Bucerius Law School; seit 2019 Richter in Hamburg.

ISBN 978-3-16-159285-0 / eISBN 978-3-16-159286-7
DOI 10.1628/978-3-16-159286-7

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 11/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entstanden und von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen worden. Die mündliche Prüfung fand am 29. Oktober 2019 statt. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand ihrer Einreichung im Juni 2019; einzelne danach erschienene Aufsätze konnten bis November 2019 berücksichtigt werden.

Sehr herzlich danken möchte ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, der diese Arbeit betreut und mich dabei in jeder Hinsicht unterstützt und gefördert hat – weit über das hinaus, was man selbst vom engagiertesten Doktorvater erwarten darf. Großen Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), der nicht nur das Zweitgutachten in Rekordzeit erstellt hat, sondern auch meine Begeisterung für das Prozessrecht geweckt hat, als ich studentische Hilfskraft an seinem Freiburger Lehrstuhl war.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Robert H. Sitkoff, der mich während meines Forschungsaufenthalts an der Harvard Law School im Herbstsemester 2017 betreut und bereitwillig meine Fragen zum US-amerikanischen Recht beantwortet hat. Auch der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mich mit einem Promotionsstipendium in finanzieller und ideeller Hinsicht gefördert hat, bin ich zu Dank verpflichtet.

Ich habe das große Glück, dass mich viele Freunde während meiner Promotionszeit mit scharfsinniger Kritik und geduldigem Zuspruch unterstützt haben. Besonders erwähnen möchte ich Konrad Duden, Eike Hosemann, Andreas Humm, Alexander Ruckteschler, Jan Peter Schmidt, Jennifer Trinks und Denise Wiedemann. Saskia Merle, Christoph Schoppe und Vincent Wächter haben Teile meines Manuskripts Korrektur gelesen und wertvolle Anmerkungen gemacht. Unermüdlich Korrektur gelesen haben auch meine Eltern, Christine Spiess und Bernhard Gleim, wofür ich sehr dankbar bin.

Mehr, als ich es in einem Vorwort auszudrücken vermag, habe ich schließlich meiner Freundin Mika Kremer zu danken. Ohne sie hätte ich diese Arbeit womöglich im Übermut begonnen, aber nie beendet.

Hamburg, zu Weihnachten 2019

Jakob Gleim

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung.....	1
A. Rechtspraktische Bedeutung letztwilliger Schiedsverfügungen	3
B. Vor- und Nachteile letztwillig verfügter Schiedsverfahren.....	5
C. Terminologie	11
D. Methodik und Gang der Untersuchung.....	13
Kapitel 1 – Geschichte und Regelungsgehalt von § 1066 ZPO.....	15
A. Geschichte der letztwilligen Schiedsverfügung	16
B. Regelungsgehalt des § 1066 ZPO nach geltendem Recht	36
C. Zwischenergebnis	57
Kapitel 2 – Einseitige Schiedsverfügungen in den USA.....	59
A. Terminologie des US-amerikanischen Erb- und Trustrechts.....	59
B. Rechtshistorische Entwicklung	60
C. Grundstrukturen des Erb-, Trust- und Schiedsverfahrensrechts.....	64
D. Geltungsgrund und Geltungsgrenzen einseitiger Schiedsverfügungen.....	78
E. Zwischenergebnis	113

Kapitel 3 – Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung	119
A. Schiedsverfügungen im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld	120
B. Bestimmung des Geltungsgrundes	146
C. Zwischenergebnis	165
Kapitel 4 – Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung	167
A. Primat des Wortlauts der letztwilligen Schiedsverfügung	168
B. Reichweite in persönlicher Hinsicht	168
C. Reichweite in sachlicher Hinsicht	182
D. Kompetenzspaltung und optionale Zuständigkeit des Schiedsgerichts	238
E. Reichweite der Schiedsbindung und Verwirkungsklauseln	239
F. Zwischenergebnis	242
Kapitel 5 – Letztwillige Schiedsverfügungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten	245
A. Letztwillige Schiedsverfügungen in anderen europäischen Rechtsordnungen	246
B. Letztwillige Schiedsverfügungen vor deutschen Gerichten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten	265
C. Das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht	300
D. Zwischenergebnis	306
Zusammenfassung und Thesen	309
Literaturverzeichnis	315
Rechtsprechungsverzeichnis	341
Sachverzeichnis	349

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Einleitung.....	1
-----------------	---

<i>A. Rechtspraktische Bedeutung letztwilliger Schiedsverfügungen.....</i>	<i>3</i>
--	----------

<i>B. Vor- und Nachteile letztwillig verfügter Schiedsverfahren</i>	<i>5</i>
---	----------

I. Vertraulichkeit	5
--------------------------	---

1. Nichtöffentlichkeit des Verfahrens	6
---	---

2. Geheimhaltungspflicht der Beteiligten.....	7
---	---

II. Förderung der Vergleichsbereitschaft.....	8
---	---

III. Schnelligkeit	9
--------------------------	---

IV. Sachkunde und Unabhängigkeit der Schiedsrichter	9
---	---

V. Kosten.....	10
----------------	----

<i>C. Terminologie.....</i>	<i>11</i>
-----------------------------	-----------

I. Letztwillige Schiedsverfügung.....	11
---------------------------------------	----

II. Schiedsbindung.....	12
-------------------------	----

<i>D. Methodik und Gang der Untersuchung</i>	<i>13</i>
--	-----------

Kapitel 1 – Geschichte und Regelungsgehalt von § 1066 ZPO.....	15
---	----

<i>A. Geschichte der letztwilligen Schiedsverfügung.....</i>	<i>16</i>
--	-----------

I. Fehlen letztwilliger Schiedsverfügungen im römischen und kanonischen Recht	17
--	----

1. Römisches Recht	17
--------------------------	----

2. Kanonisches Recht	19
----------------------------	----

II.	Aufkommen und Ursprünge letztwilliger Schiedsverfügungen	21
1.	Letztwillige Schiedsverfügungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur	21
a)	<i>Giovanni Battista Alfani</i> und <i>Marco Antonio Pellegrini</i>	21
b)	Letztwillige Schiedsverfügungen in der deutschen Literatur	24
2.	Ursprünge der letztwilligen Schiedsverfügung im deutschen Reich	25
a)	Erbausträge und letztwillige Schiedsverfügungen	26
aa)	Austräge und Erbausträge	26
bb)	Letztwillige Schiedsverfügung als Fortentwicklung des Erbaustrags	27
b)	Testamentsvollstreckung und letztwillige Schiedsverfügungen	30
III.	Gesetzgebungsgeschichte	32
1.	<i>Codex Iuris Bavarici Iudicarii</i> 1753	33
2.	Bayerische Zivilprozessordnung 1869	34
3.	Reichszivilprozessordnung 1879 und 1900	35
4.	Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz 1998	35
B.	<i>Regelungsgehalt des § 1066 ZPO nach geltendem Recht</i>	36
I.	Tatbestand von § 1066 ZPO	37
1.	Schiedsgericht	37
2.	Durch letztwillige Verfügung angeordnet	38
a)	Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften	39
b)	Einhaltung weiterer formeller Vorschriften des Erbrechts	40
aa)	Unzulässigkeit der Stellvertretung	41
bb)	Altersgrenze der Testierfähigkeit	41
cc)	Ehe oder Lebenspartnerschaft beim gemeinschaftlichen Testament	41
c)	Verfügung statt Vereinbarung	42
3.	In gesetzlich statthafter Weise angeordnet	44
a)	Die gesetzlich statthafter Weise vor Inkrafttreten des BGB	44
b)	Die gesetzlich statthafter Weise seit Inkrafttreten des BGB	46
aa)	Letztwillige Schiedsverfügung als Auflage	47
bb)	Letztwillige Schiedsverfügung als letztwillig angeordnetes Schiedsgutachten	48
c)	Die gesetzlich statthafter Weise als funktionsloses Tatbestandsmerkmal	49
II.	Rechtsfolge von § 1066 ZPO	51
1.	Entsprechende Anwendung der Vorschriften des zehnten Buchs der ZPO	51

2. Keine Beachtung der Schiedsverfügung von Amts wegen	51
3. Keine Sonderregelung der Schiedsfähigkeit in § 1066 ZPO	53
III. § 1066 ZPO als konstitutive oder deklaratorische Norm	55
C. <i>Zwischenergebnis</i>	57

Kapitel 2 – Einseitige Schiedsverfügungen in den USA

A. <i>Terminologie des US-amerikanischen Erb- und Trustrechts</i>	59
B. <i>Rechtshistorische Entwicklung</i>	60
I. Erbe des englischen Rechts	61
II. Entwicklung in den USA	62
C. <i>Grundstrukturen des Erb-, Trust- und Schiedsverfahrensrechts</i>	64
I. Erb- und Trustrecht	65
1. Gesetzgebungs- und Gerichtszuständigkeit	65
a) Gesetzgebungszuständigkeit	65
b) Gerichtszuständigkeit	66
2. Grundstrukturen	68
a) Erbrecht	68
b) Trustrecht	68
c) Nebeneinander von <i>probate</i> und <i>nonprobate transfers</i>	70
II. Schiedsverfahrensrecht	71
1. Gesetzgebungs- und Gerichtszuständigkeit	72
a) Gesetzgebungszuständigkeit und Anwendungsbereich des FAA	72
b) Gerichtszuständigkeit	73
2. Grundstrukturen	74
3. <i>Subject matter arbitrability</i> von Erb- und Truststreitigkeiten	74
a) <i>Probate matters</i>	75
b) Haftung des Trustees	76
D. <i>Geltungsgrund und Geltungsgrenzen einseitiger Schiedsverfügungen</i>	78
I. Einseitige Schiedsverfügungen als Ausdruck der <i>freedom of disposition</i>	80
1. Entgegenstehender Wortlaut der Schiedsverfahrensgesetze	81
2. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung	83
II. <i>Direct benefits estoppel</i>	84

1. Die Schiedsbindung kraft <i>direct benefits estoppel</i> im Allgemeinen	84
2. <i>Direct benefits estoppel</i> und einseitige Schiedsverfügungen	86
3. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung	88
a) Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht	88
b) Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht	89
III. Trusts und Testamente als Verträge zugunsten Dritter	91
1. Die Schiedsbindung des begünstigten Dritten im Allgemeinen	92
2. Trusts als Verträge zugunsten Dritter	93
a) <i>Testamentary trust</i>	94
b) <i>Inter vivos</i> -Trust durch <i>declaration of trust</i>	95
c) <i>Inter vivos</i> -Trust durch <i>trust deed</i>	96
3. Testamente als Verträge zugunsten Dritter	96
a) Das Erbrecht als „greater donative freedom contract“	97
b) Kritik am „greater donative freedom contract“	98
4. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung	99
a) Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht	99
b) Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht	100
IV. Gesetzgebung	100
1. Gesetzgebung in einigen Bundesstaaten und ACTEC-Modellgesetz	101
a) Hawaii	102
b) ACTEC-Modellgesetz	103
c) Florida	104
d) Arizona	105
e) New Hampshire	107
f) Missouri	108
g) South Dakota	109
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	109
a) Schiedsverfahren und andere ADR-Formen	110
b) Trusts oder Testamente als taugliche Rahmendokumente	110
3. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung	111
a) Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht	112
b) Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht	112
<i>E. Zwischenergebnis</i>	113
I. Geltungsgrund der einseitigen Schiedsverfügung	114
II. Reichweite der einseitig verfügbaren Schiedsbindung	115
1. In persönlicher Hinsicht	115
2. In sachlicher Hinsicht	116

Kapitel 3 – Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung	119
A. <i>Schiedsverfügungen im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld</i>	120
I. Grundrechtspositionen der Nachlassbeteiligten	120
1. Allgemeiner Justizgewährungsanspruch	121
a) Ableitung und Schutzbereich	121
b) Eingriff aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung	123
aa) Eingriff durch Akt der öffentlichen Gewalt	123
bb) Inhaltliche Aspekte des Eingriffs in den Justizgewährungsanspruch	124
(1) Eingriff auf Klägerseite: Klagabweisung auf Schiedseinrede hin	124
(2) Eingriff auf Beklagtenseite: Beschränkte Kontrolle des Schiedsspruchs	125
(3) Eingriff unter dem Gesichtspunkt des Fehlens von Prozesskostenhilfe	126
cc) Kein Ausschluss des Eingriffs wegen Verfahrensrechten im Schiedsverfahren	127
2. Recht auf den gesetzlichen Richter	128
a) Schutzbereich	128
b) Eingriff aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung	129
aa) Entzug durch Akt der öffentlichen Gewalt	129
bb) Schiedsrichter als gesetzlicher Richter	130
cc) Kein Entzug durch Nichtgewährung von Rechtsschutz	131
3. Recht auf rechtliches Gehör	132
4. Pflichtteilsrecht als Ausprägung der Erbrechtsgarantie	134
a) Schutzbereich in materieller und prozessualer Dimension	134
b) Eingriff aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung	136
5. Gewährleistungen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK	137
a) Schiedsverfahren in der Rechtsprechung des EGMR	137
b) Konsequenzen für letztwillig verfügte Schiedsverfahren	138
II. Grundrechtspositionen des Testators	140
1. Testierfreiheit	140
a) Keine Institutsgarantie letztwilliger Schiedsverfügungen	141
b) Testierfreiheit als Teilschutzbereich der Erbrechtsgarantie	142
c) Eingriff durch Nichtberücksichtigung der letztwilligen Schiedsverfügung	143
2. Postmortales Persönlichkeitsrecht	143
III. Grundrechtskollision	145

B.	<i>Bestimmung des Geltungsgrundes</i>	146
I.	Einverständnis der Nachlassbeteiligten	147
	1. Nichtausschlagen als Einverständnis mit der Schiedsverfügung	147
	2. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung	149
	3. Kritik	149
	a) Unvereinbarkeit mit der Rechtsgeschäftslehre	150
	b) Unzulässige Fiktion auch nach gelockerten Standards	151
	c) Keine Übertragbarkeit der <i>direct benefits estoppel</i> -Lehre	152
II.	Eigenständige prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen	153
	1. Parallelen zur Vertragsschiedsgerichtsbarkeit	153
	2. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung	154
	3. Kritik	155
	a) Wortlaut von § 1066 ZPO	155
	b) Verwechslung von Schiedsfähigkeit und Schiedsbindung	156
	c) Gleichwertigkeit als Scheinargument	156
	d) Verfassungsrechtliche Bedenken	158
	aa) Bedenken in Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch ...	158
	bb) Bedenken in Hinblick auf das Pflichtteilsrecht	159
III.	Letztwillige Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung	159
	1. Belastung der Zuwendung und Verfassungsrecht	161
	a) Nichtbegünstigung als Alternativszenario	161
	b) Möglichkeit der Nichtbegünstigung als Abwägungsbelang	162
	2. Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht	163
	3. Vergleich mit der Schiedsbindung beim Vertrag zugunsten Dritter	164
C.	<i>Zwischenergebnis</i>	165

Kapitel 4 – Reichweite der letztwillig verfügten

Schiedsbindung

A.	<i>Primat des Wortlauts der letztwilligen Schiedsverfügung</i>	168
B.	<i>Reichweite in persönlicher Hinsicht</i>	168
I.	Erben	169
	1. Gewillkürte Erben	169
	2. Gesetzliche Erben	169
II.	Vermächtnisnehmer	171
	1. Gewillkürte Vermächtnisse	171
	2. Voraus und Dreißigster	171

III. Testamentvollstrecker.....	172
IV. Pflichtteilsberechtigte	174
V. Nachlassgläubiger und -schuldner.....	175
VI. Nachlasspfleger, Nachlassinsolvenzverwalter und Nachlassverwalter	176
1. Nachlasspfleger	177
2. Nachlassinsolvenzverwalter.....	178
3. Nachlassverwalter.....	180
 C. Reichweite in sachlicher Hinsicht	182
I. Auslegung letztwilliger Verfügungen.....	184
II. Unwirksamkeit oder Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen	186
1. Wirksamkeitsstreitigkeiten um die letztwillige Schiedsverfügung	188
a) Unwirksamkeitsstreitigkeiten bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren.....	188
aa) Verhältnis der Schiedsvereinbarung zum Hauptvertrag	188
bb) Kompetenz zur Prüfung der Schiedsvereinbarung	189
b) Übertragung auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren.....	191
aa) Verhältnis der Schiedsverfügung zu anderen letztwilligen Verfügungen.....	191
bb) Kompetenz zur Prüfung der letztwilligen Schiedsverfügung	193
2. Wirksamkeitsstreitigkeiten im Übrigen.....	194
a) Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht	194
b) Keine Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht.....	195
c) Keine Schiedsbindung des Beklagten in persönlicher Hinsicht.....	196
3. Wirksamkeitsstreitigkeiten im Erbscheinsverfahren	197
a) Koordination von Erbscheinsverfahren und streitiger Staatsgerichtsbarkeit	198
b) Koordination von Erbscheinsverfahren und Schiedsgerichtsbarkeit.....	199
aa) Keine Erbscheinserteilung durch das Schiedsgericht.....	199
bb) Bindungswirkung der jeweiligen Entscheidungen	200
cc) Aussetzung des Verfahrens	201
4. Vereinfachungsmöglichkeiten	202
a) Schiedsbindung aller Wirksamkeitsstreitigkeiten?.....	202
aa) Kompetenz-Kompetenz der Staatsgerichte als Hindernis	203
bb) Erbscheinsverfahren als Hindernis	203

b) Gänzlicher Ausschluss von Wirksamkeitsstreitigkeiten?	205
III. Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses	206
1. Verwaltung des Nachlasses	207
2. Erbauseinandersetzung	208
a) Erbauseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften	209
b) Erbauseinandersetzung nach billigem Ermessen des Schiedsgerichts	210
aa) Entscheidung nach Billigkeit gem. § 1051 Abs. 3 ZPO	211
bb) Entscheidung nach billigem Ermessen gem. § 2048 Satz 2 und 3 BGB	212
cc) Verhältnis von § 1051 Abs. 3 ZPO und § 2048 Satz 2 BGB	216
IV. Vermächtnisse und Auflagen	217
V. Pflichtteilsrecht	218
1. Pflichtteilsanspruch und Auskunftsanspruch	218
2. Zusatzpflichtteil und Pflichtteil nach Anrechnung eines Vermächtnisses	220
3. Pflichtteilsergänzungsanspruch	221
4. Ertragswertanordnung, Pflichtteilsentziehung und Pflichtteilsbeschränkung	221
5. Verteilung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis	223
6. Exkurs: Schiedsverfügung als Beschwerde nach § 2306 BGB	224
VI. Testamentsvollstreckung	228
1. Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft	228
2. Vergütung des Testamentsvollstreckers	229
3. Verwaltung des Nachlasses und Haftung des Testamentsvollstreckers	230
4. Entlassung des Testamentsvollstreckers	232
a) § 2220 BGB als Hinderungsgrund	233
b) Zuständigkeit des Nachlassgerichts als Hinderungsgrund	235
<i>D. Kompetenzspaltung und optionale Zuständigkeit des Schiedsgerichts</i>	<i>238</i>
<i>E. Reichweite der Schiedsbindung und Verwirkungsklauseln</i>	<i>239</i>
I. Ausgestaltung und Probleme von Verwirkungsklauseln	240
II. Keine Erweiterung der Schiedsbindung durch Verwirkungsklauseln	241
<i>F. Zwischenergebnis</i>	<i>242</i>

Kapitel 5 – Letztwillige Schiedsverfügungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.....	245
A. <i>Letztwillige Schiedsverfügungen in anderen europäischen Rechtsordnungen</i>	246
I. Österreich	247
II. Spanien	251
III. Schweiz	254
IV. Italien.....	259
V. Frankreich.....	261
VI. England und Wales	262
B. <i>Letztwillige Schiedsverfügungen vor deutschen Gerichten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten</i>	265
I. Einredeperspektive.....	266
1. Kein Ausschluss von Schiedsverfahren durch die EuErbVO.....	266
2. Schiedsverfügungsstatut	267
a) Reichweite des Schiedsverfügungsstatuts.....	267
aa) Letztwillige Schiedsverfügung als Grundlage des Schiedsverfahrens	267
bb) Bestimmung der Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht.....	270
b) Bestimmung des Schiedsverfügungsstatuts	271
aa) Keine Bestimmung nach den Kollisionsnormen des UNÜ ...	271
(1) Handelssachenvorbehalt	272
(2) Beschränkung des UNÜ auf vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte	273
bb) Bestimmung nach den Kollisionsnormen der EuErbVO	276
(1) Anwendbarkeit der EuErbVO auf letztwillige Schiedsverfügungen	276
(2) Bestimmung nach Erbstatut und Errichtungsstatut.....	278
(3) Eingeschränkte Rechtswahl als Konsequenz.....	280
cc) Besonderheiten bei Schiedsverfügungen in Trusts	280
(1) <i>Testamentary trusts</i>	281
(2) <i>Inter vivos</i> -Trusts	284
3. Gesondert anzuknüpfende Teilfragen	284
a) Objektive Schiedsfähigkeit.....	284
b) Subjektive Schiedsfähigkeit	285
c) Form der Schiedsverfügung	287
II. Anerkennungs- und Vollstreckungsperspektive.....	288
1. Vorfrage: inländischer oder ausländischer Schiedsort.....	288

a) Bestimmung des Schiedsortes durch den Erblasser	289
aa) Keine Einschränkung durch die Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO	289
bb) Bestimmungsbefugnis des Erblassers nach deutschem Recht	290
b) Bestimmung des Schiedsortes durch die Parteien	291
c) Bestimmung des Schiedsortes durch das Schiedsgericht	292
2. Zuständigkeit des angegangenen Gerichts	292
a) Anerkennung	293
b) Vollstreckung	293
3. Anwendbares Anerkennungs- und Vollstreckungsregime	294
a) Inländische Schiedssprüche	294
b) Ausländische Schiedssprüche	295
4. Prüfung des Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht	296
a) Unwirksamkeit der Schiedsverfügung	296
b) Fehlende Schiedsbindung	297
c) Fehlende objektive Schiedsfähigkeit	298
d) Verstoß gegen den deutschen <i>ordre public</i>	298
 C. Das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht	300
I. Erbrecht	300
1. Anwendbarkeit der EuErbVO	301
a) Anwendbarkeit im Schiedsverfahren	301
b) Anwendbarkeit in territorialer Hinsicht	302
2. Entscheidung nach Billigkeit im Erbrecht	304
II. Trustrecht	304
III. Konsequenzen für Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs	305
 D. Zwischenergebnis	306
 Zusammenfassung und Thesen	309
 Literaturverzeichnis	315
Rechtsprechungsverzeichnis	341
Sachverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

2nd Cir.	U.S. Court of Appeals for the Second Circuit
3rd Cir.	U.S. Court of Appeals for the Third Circuit
4th Cir.	U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit
5th Cir.	U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit
7th Cir.	U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit
9th Cir.	U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit
A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
a. A.	andere Ansicht
A.B.A. J.	American Bar Association Journal
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACTEC L.J.	ACTEC Law Journal
ACTEC	American College of Trust and Estate Counsel
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Akron L. Rev.	Akron Law Review
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Alt.	Alternative
App.	Appendix
Arb. Int'l	Arbitration International
Arb. J.	The Arbitration Journal
Ariz. App. Unpub. LEXIS	Arizona Court of Appeals Unpublished Cases, verfügbar über Lexis
Ariz. Ct. App.	Arizona Court of Appeals
Ariz. HB	Arizona House Bill
A.R.S.	Arizona Revised Statutes
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
b-Arbitra	Revue belge de l'arbitrage
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review

BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
bayZPO	Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 1. Februar 1869 (Bayern)
BB	Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
BeckOGK	beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck Online Rechtsprechung
Beil.	Beilage
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Brüssel Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
BSK	Basler Kommentar
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
ByzZ	Byzantinische Zeitschrift
bzw.	beziehungsweise
C. civ.	Code civil (Frankreich)
Cal. App. 4th	California Appellate Reports, 4th Series
Cal. App. 4th	California Appellate Reports, Fourth Series
Cal. Ct. App.	California Court of Appeal
Cal. Ct. App.	Court of Appeal of California
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr. 3d	California Reporter, Second Series
Cal. Sup. Ct.	California Supreme Court
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
Cap.	Caput/Kapitel
Cardozo J. Conflict Resol.	Cardozo Journal of Conflict Resolution
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
CC	Código Civil (Spanien)
Ch.	Chapter
chZPO	Zivilprozessordnung (Schweiz)
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn. Sup. Ct.	Connecticut Supreme Court
Conn.	Connecticut Reports
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPC	Code de procédure civile (Frankreich)

c.p.c.	Codice di procedura civile (Italien)
CPO	Civilprozessordnung (Deutschland 1879–1900)
D.C. Ct. App.	District of Columbia Court of Appeals
Del. Sup. Ct.	Delaware Supreme Court
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
d.h.	das heißt
diff.	differenzierend
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
E	Entwurf
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Elder L.J.	Elder Law Journal
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErbStB	Erbschaft-Steuerberater
ErwG	Erwägungsgrund
Est. Plan.	Estate Planning
Est. Plan. & Cmty. Prop. L.J.	Estate Planning & Community Property Law Journal
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	(Europäisches) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
F. Supp. 3d	Federal Supplement, Third Series
F.	Federal Reporter
f., ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
FAA	Federal Arbitration Act (USA)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Fla. L. Rev. Forum	Florida Law Review Forum
Fla. Stat.	Florida Statutes

Fn.	Fußnote
Franchise L.J.	Franchise Law Journal
FS	Festschrift
gem.	gemäß
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal
GesZR	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Gruch	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht (Hamburg)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Haw. B.J.	Hawaii Bar Journal
Hist. J.	The Historical Journal
h.M.	herrschende Meinung
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg./Hrsg.	herausgegeben/Herausgeber
HTestÜ	(Haager) Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
Iowa Sup. Ct.	Iowa Supreme Court
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
i. V. m.	in Verbindung mit
J. Disp. Resol.	Journal of Dispute Resolution
J. Legal Hist.	The Journal of Legal History
JBl	Juristische Blätter
JCP N	La Semaine Juridique Notariale et Immobilière
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
Kan. Sup. Ct.	Kansas Supreme Court
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht

LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Spanien)
Law & Hist Rev	Law and History Review
LG	Landgericht
Lib.	Liber
lit.	littera
LNot	La notaría
L.Q.R.	Law Quarterly Review
M.D. Fla.	U.S. District Court for the Middle District of Florida
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. Ct. App.	Michigan Court of Appeals
Mich. L.Rev.	Michigan Law Review
Mich. Sup. Ct.	Michigan Supreme Court
Misc.	New York Miscellaneous Reports
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Mo. Rev. Stat.	Missouri Revised Statutes
Mo. SB	Missouri Senate Bill
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Nev. L.J.	Nevada Law Journal
NH SB	New Hampshire Senate Bill
N.H. RSA	New Hampshire Revised Statutes Annotated
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
N.J. Ch.	New Jersey Court of Chancery
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.W.	North Western Reporter
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y. App. Div.	New York Supreme Court, Appellate Division
N.Y. Sur. Ct.	New York Surrogate's Court
N.Y.S.2d	New York Supplement, Second Series
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. Az.	ohne Aktenzeichen
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Ohio Prob. L.J.	Probate Law Journal of Ohio

Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal of Dispute Resolution
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
öZPO	Zivilprozessordnung (Österreich)
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
P.3d	Pacific Reporter, Third Series
Pa. County Ct.	Pennsylvania County Court
Pa. Sup. Ct.	Pennsylvania Supreme Court
Pa.C.	Pennsylvania County Court Reports
Pepp. Disp. Resol. L.J.	Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
Prob. & Prop.	Probate & Property
Quinnipiac Prob. L.J.	Quinnipiac Probate Law Journal
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Real Prop. Prob. & Tr. J.	Real Property, Probate and Trust Journal
Real Prop. Tr. & Est. L.J.	Real Property, Trust and Estate Law Journal
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Litig.	The Review of Litigation
Rev. not.	Revue du Notariat Belge
Rg	Rechtsgeschichte (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (Reichsgerichtsrätekommentar)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. arb.	Rivista dell'arbitrato
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RUAA	Revised Uniform Arbitration Act (USA)
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Seite
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
sc.	scilicet
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen

S.D. Codified Laws	South Dakota Codified Laws
S.D. HB	South Dakota House Bill
S.D.N.Y.	U.S. District Court for the Southern District of New York
sec.	section
SeuffArch	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, neue Folge
sog.	sogenannt
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
St. Louis U. L.J.	Saint Louis University Law Journal
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Strieth. Arch.	Strieths Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind
S.W.	South Western Reporter
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
S.W.3d	South Western Reporter, Third Series
S.W.3d	South Western Reporter, Third Series
Tenn. App. LEXIS	Tennessee Court of Appeals Cases, verfügbar über Lexis
Tenn. Ct. App.	Tennessee Court of Appeals
Tenn. Sup. Ct.	Tennessee Supreme Court
Tex. App. LEXIS	Texas Court of Appeals and Court of Civil Appeals Cases, verfügbar über Lexis
Tex. B.J.	Texas Bar Journal
Tex. Civ. Prac. & Rem. Code	Texas Civil Practice and Remedies Code
Tex. Ct. App.	Texas Court of Appeals
Tex. Sup. Ct.	Texas Supreme Court
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Kan. L. Rev.	University of Kansas Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u. a.	und andere
UAA	Uniform Arbitration Act (USA)
UKPC	Privy Council of the United Kingdom
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNÜ	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958
UPC	Uniform Probate Code (USA)
U.S. Dist. LEXIS	US District Court Cases, verfügbar über Lexis
U.S. Sup. Ct.	U.S. Supreme Court
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Codes
UTC	Uniform Trust Code (USA)
v.	von, versus
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Verf.	Verfasser

vgl.	vergleiche
W. Va. Sup. Ct.	Supreme Court of Appeals of West Virginia
W.Va.	West Virginia Supreme Court Reports
Wash. U. L.Q.	Washington University Law Quarterly
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRG-RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Einleitung

Am 20. März 1641, gerade noch rechtzeitig vor seinem Tod am 2. April, machte Herzog Georg von Braunschweig und Lüneburg sein Testament. Da er wusste, „wie übel [...] Mißhelligkeit und Mißverstände [...] allemahl gerathen“ und was „dahero für unwiederbringlicher Schade und Nachtheil“ entsteht, traf er Anordnungen dazu, wie ein Streit unter seinen Erben entschieden werden sollte. Der Spruch des von ihm eingesetzten Gerichts sollte die Sache endgültig klären, „denn [was] also erkannt und ausgesprochen, dem sollen beede Theile [...] ohnverweigerlich geleben und nachkommen, so lieb Ihnen ist GOTTes des höchsten Richters unausbleibliche Straffe zu vermeiden.“¹

Während Herzog Georg hoffen musste, dass die Furcht vor „GOTTes unausbleiblicher Straffe“ genügt, damit sich seine Nachkommen an den Spruch halten, verheißt § 1066 ZPO irdische Rechtswirkungen. Nach dieser Vorschrift gelten die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte für Schiedsgerichte entsprechend, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden. Das Gesetz geht also davon aus, dass Schiedsverfahren grundsätzlich durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden können.

§ 1066 ZPO steht damit in deutlichem Kontrast zur Freiwilligkeit als einem Grundprinzip des Schiedsverfahrensrechts.² Während das gesamte übrige Schiedsverfahrensrecht der ZPO auf der Schiedsvereinbarung der Parteien aufbaut, stellt § 1066 ZPO auf die Verfügung einer Person ab, die niemals selbst Partei einer Erbstreitigkeit ist – nämlich auf eine Verfügung des Erblassers. Doch man kann letztwillige Schiedsverfügungen auch anders betrachten: Den Erben fällt durch die Erbschaft ein mitunter beträchtliches Vermögen in den Schoß. Ist die letztwillige Schiedsverfügung im Vergleich dazu nicht eine ganz unwesentliche Einschränkung, die von den Erben hinzunehmen ist?

¹ Abgedruckt bei *Stryk*, Tractatus de Cautelis Testamentorum, App. IV, § 25 (103).

² Siehe z.B. *U. Steiner*, SchiedsVZ 2013, 15, 17: „Eine unaufgebbare verfassungsrechtliche Prämisse der Zulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens ist unverändert die Freiwilligkeit des Verzichts auf Anrufung der staatlichen Gerichte durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO.“ Ähnlich z.B. *Geimer*, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 161; *Hammer*, in: FS Geimer, 169, 169 f.; *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünders, 176 f.; aus Sicht der EMRK z.B. *Matscher*, in: FS Nagel, 227, 243.

Letztwillige Schiedsverfügungen lösen einen Interessenkonflikt aus, in dem sich beide Seiten auf verfassungsrechtlich geschützte Belange berufen können: Auf der einen Seite stehen die Nachlassbeteiligten, die Anspruch auf Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte haben. Auf der anderen Seite steht der Testator, dem die ebenfalls grundgesetzlich geschützte Testierfreiheit eine weitreichende Bestimmungsmacht über den eigenen Nachlass einräumt.

Die vorliegende Arbeit nimmt den Regelfall des Schiedsverfahrensrechts – also die Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO – zum Ausgangspunkt und fragt, warum letztwillige Schiedsverfügungen als Ausnahme hierzu überhaupt zugelassen werden können. Diese Frage wird als die Frage nach dem „Geltungsgrund“³ letztwilliger Schiedsverfügungen bezeichnet. Aufbauend hierauf werden die Geltungsgrenzen letztwilliger Schiedsverfügungen eruiert, und zwar in persönlicher Hinsicht (wer ist schiedsgebunden?) und in sachlicher Hinsicht (welche Ansprüche sind schiedsgebunden?). Hinzu kommt eine Geltungsgrenze in territorialer Hinsicht: Die in § 1066 ZPO enthaltene Entscheidung, dass ein Schiedsverfahren durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann, wird bei weitem nicht von allen Rechtsordnungen geteilt. Bei einem Erbfall mit Bezug zu mehreren Rechtsordnungen kommt es daher darauf an, welches Recht auf die Schiedsverfügung anzuwenden ist.

In Bezug auf die Geltungsgrenzen hat der BGH im Jahr 2017 zwei wichtige Grenzsteine in der „terra incognita“⁴ letztwilliger Schiedsverfügungen aufgestellt:⁵ Für die Rechtspraxis gilt nun, dass ein letztwillig verfügbares Schiedsgericht weder Streitigkeiten um die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen noch Streitigkeiten um die Entlassung eines Testamentsvollstreckers entscheiden darf. Die Rechtswissenschaft kann derartige Impulse aus der Rechtsprechung aufnehmen und in zwei Richtungen weiterdenken: Erstens laden die BGH-Entscheidungen dazu ein, in die Tiefe zu gehen und nach den Grundsätzen zu fragen, die hinter letztwilligen Schiedsverfügungen stehen. Zweitens ist die Rechtswissenschaft aufgefordert, in die Breite zu gehen, d. h. Lösungen für Sachverhaltskonstellationen zu entwickeln, die noch nicht vom BGH entschieden wurden. In beide Richtungen will diese Arbeit einen Beitrag leisten.

³ Begriff nach *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 384.

⁴ *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1296.

⁵ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416 ff.; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115 ff.; BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 ff.

A. Rechtspraktische Bedeutung letztwilliger Schiedsverfügungen

Van Cleef attestierte dem letztwillig angeordneten Schiedsverfahren in seiner Dissertation aus dem Jahr 1914, es habe bereits im 19. Jahrhundert „an praktischer Bedeutung sehr verloren“.⁶ Auch im 20. Jahrhundert stieß das Thema auf wenig Interesse, und zwar sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Rechtspraxis.⁷

Seit Beginn des 21. Jahrhunderts erleben letztwillige Schiedsverfügungen hingegen eine „Renaissance“⁸, wobei nicht klar ist, ob es sich um eine Wiedergeburt im Wortsinn handelt oder eher um ein neues Phänomen. Jedenfalls sind neben den genannten Entscheidungen des BGH seit der Jahrtausendwende mindestens zehn Entscheidungen staatlicher Gerichte publiziert worden, in denen letztwillige Schiedsverfügungen eine Rolle spielten.⁹

Was genau das Interesse an letztwilligen Schiedsverfügungen entfacht hat, ist nicht eindeutig zu sagen. Ein Faktor dürfte der allgemeine Trend zur *Alternative Dispute Resolution* (ADR) sein, in dessen Verlauf Mediation und

⁶ *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 12; ganz ähnlich RG, Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76, 77: „[...] das früher mehr gebräuchliche Rechtsgebilde eines letztwillig angeordneten Schiedsgerichts [ist] seit langen Jahren fast völlig aus dem Rechtsleben verschwunden [...]“.

⁷ Aus dem 20. Jahrhundert finden sich, soweit ersichtlich, nur vier veröffentlichte Urteile zu letztwilligen Schiedsverfügungen: RG, Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76; RG, Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128; BayObLG, Beschl. v. 1.6.1956 – 1 Z 21/56, BayObLGZ 1956, 186; OLG Hamm, Urt. v. 8.10.1990 – 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455. Im Grenzbereich zwischen letztwilligen und statutarischen Schiedsverfügungen liegt OLG Kiel, Urt. v. 8.12.1911 – U II 115/11, SchIHA 1912, 65, weil es hier um einen testamentarischen Fideikommiss ging, der nach dem Übergangsrecht als Stiftung zu behandeln war. In der Literatur befassen sich schwerpunktmäßig mit letztwilligen Schiedsverfügungen *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 1 ff.; *Kohler*, DNotZ 1962, 125 ff.; *U. Walter*, Mitt-RhNotK 1984, 69, 76–79; *Schiffer*, BB Beil. 5 1995, 2 ff.; *ders.*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 65 ff.; *Happe*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 85, 85 ff.; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 241 ff.

⁸ *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 17.

⁹ In chronologischer Reihenfolge, ohne Anspruch auf Vollständigkeit: BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2007 – 10 Sch 6/07, BeckRS 2009, 29357; LG Mainz, Urt. v. 17.4.2008 – 1 O 405/06, SchiedsVZ 2008, 263 f. (in derselben Angelegenheit auch OLG Koblenz, Beschl. v. 12.6.2008 – 2 SchH 2/08, SchiedsVZ 2008, 262 f.); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688 f.; OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11 (juris); LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310; OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847; KG, Beschl. v. 29.1.2016 – 6 W 107/15 (juris); OLG München, Beschl. v. 13.10.2017 – 34 SchH 8/17, FamRZ 2018, 533 f.; OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035 f.; BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18 (juris).

Schiedsverfahren auf immer neuen Rechtsgebieten erprobt werden. Ein weiterer Faktor mag sein, dass die zu vererbenden Vermögen in Deutschland stetig größer werden.¹⁰ Hierdurch steigt der Bedarf nach ausgefeiltem *estate planning*, bei dem auch Vorsorge für den Konfliktfall getroffen wird. Ferner lohnt es sich überhaupt erst ab einem gewissen Streitwert, über ein Schiedsverfahren nachzudenken, da die Kosten sonst in keinem sinnvollen Verhältnis zum Nachlasswert stehen.

Ein dritter Faktor dürfte schließlich die Lobbyarbeit des „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare“ (SGH) und des Vereins „Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten“ (DSE e.V.) sein. Beide Organisationen bieten ein institutionelles Schiedsgericht mit festgelegten Schieds- und Kostenordnungen an. Überdies schlagen sie Mustertexte für letztwillige Schiedsverfügungen vor. Diese Musterklauseln scheinen sich als Erfolg zu erweisen, zumindest wenn man die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zu Grunde legt: In vier publizierten Entscheidungen enthielt das streitgegenständliche Testament eine Musterklausel der DSE,¹¹ während in drei Fällen die Klausel des SGH verwendet worden war.¹²

Wie häufig Erblasser tatsächlich eine Schiedsverfügung in ihr Testament oder in ihren Erbvertrag aufnehmen, wird unterschiedlich beurteilt.¹³ Eine abschließende Antwort auf die Frage scheint kaum möglich zu sein, denn den einzigen Anhaltspunkt bieten die publizierten Entscheidungen der staatlichen Gerichte. Diese lassen aber aus drei Gründen nur in begrenztem Maß Rückschlüsse zu.

Erstens zielen Schiedsverfahren – vertraglich vereinbarte ebenso wie letztwillig verfügte – darauf ab, eine Beteiligung der staatlichen Gerichte an der Streitentscheidung auszuschließen. Blickt man auf die veröffentlichten Entscheidungen der staatlichen Gerichte, blickt man also auf die Sonderfälle, in denen es nicht gelungen ist, die staatlichen Gerichte außen vor zu halten.

¹⁰ Hohe Zahlen nennen z.B. *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 14; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 17 (dort Fn. 10).

¹¹ BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 109 (Rn. 1); OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 847; LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310, 310; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688, 688 (vollständiger Wortlaut nur mitgeteilt in der ungekürzten juris-Veröffentlichung).

¹² BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 416; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2115; OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035, 1035 (Schiedsklausel nur mitgeteilt in der Vorinstanz LG München II, Urt. v. 24.2.2017 – 13 O 5937/15, ZEV 2017, 274, 274).

¹³ Siehe z.B. einerseits *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 395 („[...] sind kein seltenes Phänomen mehr“); andererseits *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 62 („[...] wird wenig Gebrauch gemacht. Die Einschätzung, solche Schiedsgerichte erfreuen sich wachsender Beliebtheit, kann ich nicht teilen“).

Eine Publikationspraxis bezüglich der Schiedssprüche selbst, wie sie sich in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit langsam entwickelt,¹⁴ gibt es für Schiedssprüche in Erbsachen nicht. Zweitens weiß man nicht, wie viele unveröffentlichte Entscheidungen der staatlichen Gerichte den veröffentlichten gegenüberstehen. Drittens verläuft die Vielzahl der Nachlassabwicklungen und Erbauseinandersetzungen harmonisch, oder zumindest, ohne dass ein (schieds-)gerichtliches Verfahren nötig wird. Etliche Schiedsverfügungen kommen daher nie zum Tragen.

B. Vor- und Nachteile letztwillig verfügter Schiedsverfahren

Ob sich letztwillige Schiedsverfügungen in der erbrechtlichen Kautelarpraxis weiter durchsetzen, hängt vor allem von den Vor- und Nachteilen eines letztwillig angeordneten Schiedsverfahrens ab. In Bezug auf vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren sind pro und kontra oft gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen worden.¹⁵ Obwohl die Kriterien – Vertraulichkeit, Kosten, etc. – dieselben sind, lassen sich die Argumente nicht unbesehen übertragen, denn bei letztwillig verfügten Schiedsverfahren ist zu bedenken, dass sich die Parteien nicht selbst auf das Verfahren geeinigt haben.¹⁶

I. Vertraulichkeit

Vertraulichkeit wird oft als einer der entscheidenden Vorzüge von Schiedsverfahren generell genannt.¹⁷ Auch bei Erbschaftsstreitigkeiten, so heißt es, gebe es ein hohes Interesse an Vertraulichkeit, z. B. wenn es um innerfamiliäre Konflikte oder um Interna aus dem vererbten Familienunternehmen geht.¹⁸

¹⁴ *Wimalasena*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, 252–269.

¹⁵ Siehe z. B. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 120–183; *MüKo-ZPO-Münch*, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rn. 88–102.

¹⁶ v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 188; aus US-amerikanischer Sicht *Katzen*, *Quinnipiac Prob. L.J.* 24 (2011), 118, 120; *Beess und Chrostin*, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 49 (2014), 397, 401–405.

¹⁷ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 144; *Gal*, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 331; *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 1.

¹⁸ *Pawlytta*, *ZEV* 2003, 89, 89; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 21 f.; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 23 f.; *Gockel*, in: *Beckervordersandfort*, Gestaltungen zum Erhalt des Familienvermögens, § 11, Rn. 17; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 189 f.; aus US-amerikanischer Perspektive *Klinefelter/Gohn*, *Est. Plan.* 22 (1995), 147, 147; *Strong*, *Vand. J. Transnat'l L.* 45 (2012), 1157, 1182 f.; *Spitko*, in: *Strong/Molloy*, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 3.05.

„Vertraulichkeit“ ist eigentlich ein Oberbegriff für zwei Elemente, nämlich die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens einerseits und die Geheimhaltungspflicht der Beteiligten andererseits.¹⁹ In Bezug auf beide Elemente ist zu bezweifeln, ob eine letztwillige Schiedsverfügung dasselbe Maß an Vertraulichkeit erzeugen kann wie eine Schiedsvereinbarung.

1. Nichtöffentlichkeit des Verfahrens

Während die staatlichen Gerichte im streitigen Verfahren öffentlich verhandeln, haben nur die Parteien und ihre Vertreter Zugang zur mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht.²⁰ Damit Schiedsverfahren und Schiedsspruch nichtöffentlich bleiben, ist es indes erforderlich, dass die Streitparteien das Schiedsverfahren grundsätzlich akzeptieren. Andernfalls wird ein schiedsunwilliger Kläger mit einer Klage beim staatlichen Gericht vortreten²¹ und ein schiedsunwilliger Beklagter wird eine gerichtliche Entscheidung nach § 1032 Abs. 2 ZPO oder § 1040 Abs. 2 Satz 2 ZPO beantragen.²² Auch in den Verfahren zur Aufhebung eines Schiedsspruchs (§ 1059 ZPO) oder zur Vollstreckbarerklärung (§ 1060 f. ZPO) kommen die staatlichen Gerichte ins Spiel. Zwar entscheiden die Gerichte in etlichen dieser Konstellationen ohne mündliche Verhandlung. Ergangene Beschlüsse können jedoch nach Ermessen des Gerichts in anonymisierter Form veröffentlicht werden.²³

Freilich besteht auch bei Schiedsvereinbarungen die Gefahr, dass eine Partei die Schiedsvereinbarung bricht und so die Hoffnung auf eine nichtöffentliche Streitentscheidung zunichtemacht. Bei letztwilligen Schiedsklauseln dürfte diese Gefahr aber aus zwei Gründen höher sein: Erstens haben die Nachlassbeteiligten die Schiedsbindung nicht selbst vereinbart, sondern sie wurde ihnen durch den Erblasser aufgegeben, was die Bereitschaft zur Beachtung schmälern kann. Zweitens besteht ein Bedürfnis nach Vertraulichkeit zwar gerade bei konfliktbelasteten oder zerrütteten familiären Verhältnissen. Zugleich ist aber in solchen Konstellationen die Wahrscheinlichkeit groß, dass einzelne Angehörige den Nachlassplan rundweg ablehnen. Unabhängig von der rechtlichen Reichweite letztwilliger Schiedsverfügungen ist dann in tatsächlicher Hinsicht zu bezweifeln, dass ein gekränktes oder verärgertes Familienmitglied die letzt-

¹⁹ *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 453; *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 9 f.

²⁰ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 144.

²¹ So beispielsweise OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11 (juris).

²² So beispielsweise OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2007 – 10 Sch 6/07, BeckRS 2009, 29357 (Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO).

²³ Zur Veröffentlichungspflicht und ihren Grenzen *Bruns*, in: Tichý/Holländer/Bruns, *Oduvodnení soudního rozhodnutí/Begründung von Gerichtsentscheidung*, 471, 471 ff.; zur Erteilung anonymisierter Abschriften an Dritte BGH, Beschl. v. 5.4.2017 – IV AR(VZ) 2/16, NJW 2017, 1819, 1819.

willige Schiedsverfügung akzeptiert. Eher wird es versuchen, sein vermeintlich „gutes Recht“ bei den staatlichen Gerichten zu erstreiten.²⁴

Ein Beispiel für fehlgeschlagene Vertraulichkeit trotz letztwilliger Schiedsverfügung bietet ein Urteil des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2012:²⁵ Der Erblasser, ein „sehr berufserfahrene[r] Rechtsanwalt und Notar“²⁶ und Vater des Klägers, war in erster Ehe (zwei weitere sollten folgen) mit der Mutter des Klägers verheiratet gewesen. Während dieser Ehe errichteten die Eheleute ein Berliner Testament, das eine Schiedsverfügung enthielt. Drei Jahre nach Errichtung dieses Testaments nahm sich die Mutter des Klägers das Leben. Der Kläger – so teilt es der Tatbestand mit – hält seinen Vater für einen Ehebrecher, was er unter anderem darauf stützt, dass seine Mutter ein Kondom der Marke „Blausiegel“ in der Geldbörse seines Vaters entdeckt habe. Diese Entdeckung habe auch zu einem vorangegangenen Suizidversuch seiner Mutter geführt.

Man darf vermuten, dass der Erblasser die Erörterung solcher Anschuldigungen in einem öffentlichen Gerichtsverfahren vermeiden wollte, als er eine letztwillige Schiedsverfügung in sein Testament aufnahm. Dies wurde dadurch vereitelt, dass der Sohn, der nicht nur über die angebliche Untreue seines Vaters erbost war, sondern auch darüber, dass er sich das Erbe mit der dritten Ehefrau des Vaters teilen sollte, trotz Schiedsverfügung vor einem staatlichen Gericht klagte.²⁷

2. Geheimhaltungspflicht der Beteiligten

Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens wird in vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren durch die Geheimhaltungspflicht der Beteiligten flankiert, d. h. durch das Verbot, Außenstehende über Existenz oder Inhalt des Schiedsverfahrens zu informieren.²⁸ Die Schweigepflicht der Schiedsrichter folgt aus dem Schiedsrichtervertrag und muss in der Regel nicht ausdrücklich erwähnt werden.²⁹ Die Schiedsparteien hingegen sind nach überwiegender Ansicht nur

²⁴ Vgl. *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 430 zu den faktischen Grenzen der Schiedsgerichtsbarkeit, wenn eine Streitpartei das Schiedsverfahren vehement ablehnt.

²⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11 (juris). Dieses Urteil wurde in gekürzter Form auch in ZEV 2012, 665–669, RNotZ 2013, 238–243, ErbR 2013, 252–257 und ZErB 2013, 267–272 veröffentlicht.

²⁶ Diese Berufsangabe ist in der juris-Veröffentlichung geschwärzt, aber z.B. in ZEV 2012, 665 mitgeteilt.

²⁷ Dabei dürfte auch der Umstand, dass der Nachlasswert laut OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, Rn. 63 (juris) 40 Mio. Euro betrug, nicht gerade mäßigend gewirkt haben.

²⁸ *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 10.

²⁹ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 4294; *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 175–184; *MüKo-ZPO-Münch*, Vorbemerkung zu § 1034 ZPO, Rn. 26.

dann zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn sie eine entsprechende Abrede miteinander geschlossen haben oder wenn ihre Schiedsvereinbarung auf eine Verfahrensordnung verweist, die eine Schweigepflicht vorsieht.³⁰

Übertragen auf letztwillig angeordnete Schiedsverfahren bedeutet das, dass die Schiedsrichter aufgrund des Schiedsrichtervertrags, den die Parteien mit ihnen schließen (müssen), zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Fraglich ist aber, ob das auch für die Parteien gilt: *Dawirs* geht davon aus, dass der Erblasser die Parteien zur Verschwiegenheit verpflichten könne, indem er ein Schiedsverfahren nach einer Schiedsordnung anordnet, die eine entsprechende Pflicht enthält.³¹ Dagegen spricht jedoch, dass mit der Befugnis, letztwillig ein Schiedsverfahren anzuordnen, nicht zugleich die Befugnis einhergeht, die Parteien dieses Verfahrens zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Eine Schweigepflicht der Parteien mag wünschenswert sein, doch sie ist keine notwendige Voraussetzung eines Schiedsverfahrens.³² Wenn sich die Parteien also nicht selbst auf eine Verschwiegenheitsvereinbarung einigen, kann sie der Erblasser nicht durch die letztwillige Schiedsverfügung dazu verpflichten, über das Schiedsverfahren Stillschweigen zu bewahren.

II. Förderung der Vergleichsbereitschaft

Altenrath schrieb 1907, der Erblasser könne mit einer letztwilligen Schiedsverfügung den Zweck verfolgen, „die gerade bei Erbschaftsprozessen häufigen Begleiterscheinungen auszuschließen, wie Hervorzerrn der intimsten Familienangelegenheiten, feindliches und gehässiges Auftreten der nächsten Anverwandten gegen einander; infolgedessen dauernde Feindschaft.“³³ Auch heute wird geltend gemacht, dass die weniger konfrontative Atmosphäre des Schiedsverfahrens besonders in Erbstreitigkeiten dazu dienen könne, einen Vergleich zu erzielen und so den Familienfrieden zu erhalten.³⁴

Ob Schiedsverfahren generell besser geeignet sind, eine vergleichsweise Einigung hervorzubringen, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Viel dürfte davon abhängen, wie verhärtet die Fronten sind. Parteien, die grundsätzlich an einer gütlichen Einigung interessiert sind, vergleichen sich nicht selten auch im Verfahren vor den staatlichen Gerichten.³⁵ Geht es hingegen in erster

³⁰ *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 458; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 146–148; ausführlich *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 257–290 m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

³¹ *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 23 f., 188.

³² Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 146–147.

³³ *Altenrath*, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, 56.

³⁴ *Schiffer*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 69 f.; *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 89; *Werner*, ZEV 2011, 506, 506 f.; *Maleki*, Islamische Schiedsgerichtsbarkeit, 42 f.

³⁵ Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 169.

Linie darum, um jeden Preis Recht zu behalten, wird es auch einem Schiedsgericht kaum gelingen, einen Vergleich zu vermitteln.³⁶

III. Schnelligkeit

Ein weiterer Vorzug des Schiedsverfahrens soll seine Schnelligkeit sein, die sich sowohl aus der raschen Fallbehandlung durch das Schiedsgericht als auch aus dem Fehlen eines Instanzenzugs ergebe.³⁷ Ob Schiedsgerichte tatsächlich schneller entscheiden als staatliche Gerichte, wird indes unterschiedlich beurteilt.³⁸ Die Beschleunigung durch den fehlenden Instanzenzug relativiert sich dadurch, dass bei weitem nicht alle Zivilverfahren vor den staatlichen Gerichten in die Berufung gehen.³⁹

Die Geschwindigkeit des Schiedsverfahrens hängt – wie seine Vertraulichkeit – entscheidend davon ab, ob die Parteien das Verfahren und seinen Ausgang grundsätzlich akzeptieren. Einer schiedsunwilligen Partei stehen nämlich von der Verweigerung der Mitwirkung bei der Schiedsrichterbestellung bis hin zur Aufhebungsklage etliche Möglichkeiten zu Gebote, das Verfahren erheblich zu verzögern.⁴⁰ Ein Testator, der durch eine letztwillige Schiedsverfügung für eine schnellere Streitentscheidung sorgen will, muss also abwägen, für wie wahrscheinlich er es hält, dass sich die Parteien auf das Verfahren einlassen.

IV. Sachkunde und Unabhängigkeit der Schiedsrichter

Während die Geschäftsverteilungspläne der staatlichen Gerichte dafür sorgen, dass möglichst niemand Einfluss darauf nehmen kann, welcher Spruchkörper den Rechtsstreit entscheidet, bestimmt bei einer letztwilligen Schiedsverfügung der Erblasser, wie die Schiedsrichter zu wählen sind. Hat er keine Anordnung getroffen, kommt § 1035 Abs. 3 ZPO zur Anwendung: Ein Einzelschiedsrichter wird vom zuständigen OLG ernannt (§ 1062 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), wenn sich die Parteien nicht einigen können. Ein Dreierschiedsgericht

³⁶ Hierauf weist *K. W. Lange*, Erbrecht, § 31 Rn. 55 zu Recht hin.

³⁷ *Ebbing*, Private Zivilgerichte, 81 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 1 Rn. 8; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 41; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 175 Rn. 6.

³⁸ Geteilter Befund z.B. bei *MüKo-ZPO-Münch*, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rn. 89; diff. auch *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 22 f. und *Wegmann*, ZEV 2003, 20, 22.

³⁹ *Hommerich/Prütting/Ebers u. a.*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, 278, berichten von einer Berufsquote in Zivilsachen von 26,8 % bzw. 39,8 % im Jahr 2004, je nachdem, ob man alle erstinstanzlichen Urteile zu Grunde legt (dann 26,8 %) oder nur die berufungsfähigen Urteile (dann 39,8 %).

⁴⁰ Vgl. *Zack*, Arb. J. 11 (1956), 179, 191: „[...] as in all other arbitration contexts, losing parties frequently invoke the courts, claiming the whole procedure was illegal and unjust.“

wird gebildet, indem jede Partei einen Schiedsrichter ernennt und diese beiden Schiedsrichter dann den Vorsitzenden bestimmen. Stets kann bei der Auswahl der Schiedsrichter auf deren Sachkunde geachtet werden, was auch in erbrechtlichen Streitigkeiten einen Vorteil des Schiedsverfahrens gegenüber dem staatlichen Verfahren begründet.⁴¹ So können Schiedsrichter gewählt werden, die über Spezialkenntnisse im Erbrecht verfügen oder sogar in der erbrechtlichen Teilmaterie, um die es geht, besonders bewandert sind.

Die Möglichkeit, gezielt bestimmte Schiedsrichter auszuwählen, bringt allerdings den Nachteil mit sich, dass dies zugleich Zweifel an der Unabhängigkeit der Schiedsrichter wecken kann.⁴² Zum einen entsteht bei einem parteibenannten Schiedsrichter leicht der Eindruck, dieser sei „seiner“ Partei besonders verpflichtet.⁴³ Zum anderen äußert sich Sachkunde häufig durch entsprechende Fachpublikationen, in denen der Schiedsrichter als Autor zu manchen Fragen bereits Stellung bezogen haben kann. Obwohl literarische Äußerungen in aller Regel keine Besorgnis der Befangenheit begründen,⁴⁴ dürften sich manche Parteien zu einem Ablehnungsantrag herausgefordert fühlen, was das Schiedsverfahren notwendigerweise verzögert.

V. Kosten

Ein letztwillig verfügbares Schiedsverfahren ist in der Regel teurer als ein Verfahren vor den staatlichen Gerichten. Das gilt insbesondere bei einem Schiedsgericht, das mit drei Schiedsrichtern besetzt ist. Doch auch ein Einzelschiedsrichter wird sich nur selten mit einem Honorar in Höhe der staatlichen Gerichtsgebühren zufrieden geben.⁴⁵ Nur bei sehr hohen Streitwerten oder wenn das Verfahren vor den staatlichen Gerichten alle drei Instanzen

⁴¹ Pawlytta, ZEV 2003, 89, 89; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 255; Haas, ZEV 2007, 49, 49; Werner, ZEV 2011, 506, 507; aus US-amerikanischer Perspektive Strong, Vand. J. Transnat'l L. 45 (2012), 1157, 1184 f.

⁴² Wegmann, ZEV 2003, 20, 22; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 17 f.; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 21; vgl auch BGH, Beschl. v. 10.3.2016 – I ZB 99/14, NJW-RR 2016, 892, 893 (Rn. 15).

⁴³ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 972; MüKo-ZPO-Münch, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rn. 92; Elsing, SchiedsVZ 2019, 16, 18–20.

⁴⁴ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 1011; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 124; MüKo-ZPO-Münch, § 1036 ZPO, Rn. 38.

⁴⁵ Die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. veranschlagt beispielsweise nach § 13 Abs. 6 ihrer Schiedsordnung 2,5 Schiedsrichtergebühren für die Erledigung eines Verfahrens durch Schiedsspruch, wobei eine Schiedsrichtergebühr 1,3 Gebühren nach RVG entspricht. Mit Umsatzsteuer liegt dieser Betrag bis zu einem Streitwert von 1 Mio. Euro stets über den 3,0 GKG-Gebühren, die im ersten Rechtszug anfallen. Die Schiedsordnung ist unter <https://www.dse-erbrecht.de/PDF/schiedsordnung.pdf> abrufbar (Stand: 21.11.2019).

durchlaufen würde, kann ein Schiedsverfahren günstiger sein als ein Verfahren vor den staatlichen Gerichten.⁴⁶

Im Schiedsverfahren gibt es, anders als im Verfahren vor den Landgerichten und den darüber angesiedelten Instanzen, keinen gesetzlichen Anwaltszwang.⁴⁷ Die hieraus folgende Möglichkeit, Rechtsanwaltsgebühren zu sparen, ist indes eher theoretischer Natur.⁴⁸ Praktisch ist kaum ein juristischer Laie zu einer sachgerechten Rechtsverfolgung oder –verteidigung ohne anwaltliche Hilfe in der Lage.⁴⁹ Das letztwillig verfügte Schiedsverfahren liegt auf der Schnittstelle zweier Spezialmaterien, nämlich des Schiedsverfahrensrechts und des Erbrechts. Das macht nicht nur die Vertretung durch irgendeinen Anwalt, sondern durch einen entsprechend spezialisierten Anwalt nötig, der nicht immer bereit sein wird, nach RVG abzurechnen.

C. Terminologie

In der Diskussion um letztwillige Schiedsverfügungen hat sich noch keine einheitliche Terminologie herausgebildet.⁵⁰ Daher erscheint es angebracht, die beiden Zentralbegriffe dieser Untersuchung, nämlich „letztwillige Schiedsverfügung“ und „Schiedsbindung“, vorweg zu definieren.

I. Letztwillige Schiedsverfügung

Mit „letztwilliger Schiedsverfügung“ ist die Anordnung des Testators gemeint, dass alle oder manche Streitigkeiten zwischen allen oder manchen Nachlassbeteiligten durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen. In aller Regel soll das Schiedsgericht dabei an die Stelle der staatlichen Gerichte treten, d. h. die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte soll ausgeschlossen werden.

Die letztwillige Schiedsverfügung wird auch als „letztwillige Schiedsklausel“⁵¹, „letztwillige Schiedsgerichtsklausel“⁵², „letztwillige Schiedsgerichts-

⁴⁶ Vgl. *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 7 f.; *Burchard*, ZEV 2017, 308, 312 jew. mit Beispielrechnung.

⁴⁷ Statt aller *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 219.

⁴⁸ Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 160.

⁴⁹ Beispielsweise hatte die beklagte Erbin in BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 416 und im Parallelverfahren BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2115 geltend gemacht, sie könne die Kosten für einen Rechtsanwalt nicht aufbringen und sei deshalb der mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht fern geblieben; vgl. hierzu auch *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 79.

⁵⁰ Vgl. *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 408 mit dem Hinweis, dass das Verständnis der Thematik bislang durch den Gebrauch unterschiedlicher Begriffe beeinträchtigt worden sei.

⁵¹ Beispielsweise bei *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 14 und *passim*; *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 255; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 37 und *passim*.

anordnung“⁵³ oder „testamentarische Schiedsklausel“⁵⁴ bezeichnet. Gegen diese Begriffe ist in der Sache nichts einzuwenden. § 1066 ZPO spricht indes von „Schiedsgerichte[n], die durch letztwillige [...] Verfügungen angeordnet werden“. Damit sich die Arbeit möglichst nah am Gesetzestext hält, werden hier die Ausdrücke „letztwillige Schiedsverfügung“ bzw. „Anordnung“ eines Schiedsgerichts durch letztwillige Verfügung verwendet.

II. Schiedsbindung

Der zweite Zentralbegriff dieser Arbeit ist die „Schiedsbindung“. Der Begriff selbst taucht in der ZPO nicht auf. Schiedsbindung beschreibt die Rechtsfolgen einer wirksamen Schiedsvereinbarung (§ 1029 Abs. 1 ZPO) bzw. einer wirksamen Schiedsverfügung (§ 1066 ZPO). Diese Rechtsfolgen, die sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Vorschriften des Schiedsverfahrensrechts ergeben, liegen darin, dass das Schiedsgericht zuständig wird, einen Rechtsstreit zu entscheiden (Prorogation), während die staatlichen Gerichte ihre Kognitionsbefugnis verlieren (Derogation). Das Schiedsverfahrensrecht effektuiert diese Kompetenzverschiebung, indem es einem Beklagten, der trotz Schiedsbindung des Streitgegenstandes vor den staatlichen Gerichten verklagt wird, die Schiedseinrede nach § 1032 Abs. 1 ZPO gewährt.

Als Unterkategorien der Schiedsbindung lassen sich die Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht und diejenige in sachlicher Hinsicht identifizieren.⁵⁵ Die Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht betrifft die Frage, für und gegen wen die Schiedsvereinbarung bzw. Schiedsverfügung wirkt. Die Schiedsvereinbarung als Vertrag bindet in der Regel nur die Parteien, die sie abgeschlossen haben.⁵⁶ Bei letztwilligen Schiedsverfügungen ist die Lage komplizierter, denn die Eigenart einer solchen Verfügung liegt gerade darin, dass ihre Rechtswirkungen nicht den Erblasser, sondern andere Personen treffen. Zu bestimmen, für und gegen wen die letztwillige Schiedsverfügung wirkt, ist ein Teil des Erkenntnisinteresses dieser Arbeit.

Die Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht betrifft die Frage, welche Ansprüche durch das Schiedsgericht zu entscheiden sind und welche Ansprüche weiterhin der staatsgerichtlichen Kognition unterliegen. Bei einer Schiedsvereinbarung kommt es hierfür auf den durch Auslegung zu ermittelnden

⁵² *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 2 und *passim*.

⁵³ *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 165 f.

⁵⁴ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 242.

⁵⁵ Vgl. *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 16–19 in Bezug auf satzungsmäßige Schiedsverfügungen und mit der weiteren Kategorie „Schiedsbindung in zeitlicher Hinsicht“. Die zeitliche Dimension spielt bei letztwillig verfükten Schiedsverfahren keine Rolle.

⁵⁶ Siehe aber zu Sonderfällen, in denen ein Dritter an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist, *MüKo-ZPO-Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 49–54a.

Willen der Parteien an, soweit er einen Niederschlag in der Schiedsvereinbarung gefunden hat.⁵⁷ Entsprechend ist bei einer letztwilligen Schiedsverfügung der Wille des Erblassers maßgeblich, sofern er in der letztwilligen Schiedsverfügung zumindest „angedeutet“ ist.⁵⁸ Häufig wünscht der Erblasser eine möglichst umfassende Schiedsbindung („alle Streitigkeiten, die durch meinen Erbfall hervorgerufen werden“⁵⁹). In Bezug auf welche Streitigkeiten dieser Wunsch nicht bloß ein Wunsch, sondern eine rechtsverbindliche Anordnung ist, wird in dieser Untersuchung dargestellt.

D. Methodik und Gang der Untersuchung

Die Suche nach dem Geltungsgrund und den Geltungsgrenzen letztwilliger Schiedsverfügungen gliedert sich in fünf Kapitel.

Das erste Kapitel fragt danach, wie das deutsche Recht zu der Vorschrift des § 1066 ZPO kam. Der Blick zurück zeigt, dass sich letztwillige Schiedsverfügungen nicht aus dem römischen Schiedsverfahren entwickelt haben, sondern aus den Erbausträgen des deutschen Adels und aus der Testamentsvollstreckung. Insbesondere in der anschließenden Kodifikationsgeschichte treten die Vorstellung des Gesetzgebers von letztwilligen Schiedsverfügungen und ihrer Rechtsnatur zu Tage. Der historische Hintergrund hilft zu verstehen, welche Regelungsentscheidungen durch § 1066 ZPO getroffen und welche Fragen offengelassen wurden. Die Arbeit wählt in diesem Abschnitt einen rechtshistorischen Ansatz, der von der Prämisse ausgeht, dass die Geschichte für das Verständnis des geltenden Rechts eine Rolle spielt.⁶⁰ Der Erkenntnisgewinn kann dabei sowohl darin liegen, dass sich Dogmen und Denkmuster in der Gegenwart fortsetzen, als auch darin, dass sich das geltende Recht bewusst oder unbewusst von historischen Vorbildern entfernt hat.

Das zweite Kapitel widmet sich Schiedsverfügungen, die in US-amerikanischen Testamenten oder Trusts enthalten sind. Wie in Deutschland ist dort seit der Jahrtausendwende ein Interesse daran erwacht, Streitigkeiten um die Vermögensweitergabe zwischen Generationen den staatlichen Gerichten zu entziehen und stattdessen einem Schiedsgericht zuzuweisen. Obwohl es rechtstechnische Unterschiede zwischen dem deutschen Erbrecht und dem US-amerikanischen Erb- und Trustrecht gibt, ist der vergleichende Blick erkennt-

⁵⁷ MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 105; Musielak/Voit-Voit, § 1029 ZPO, Rn. 23.

⁵⁸ Zur Andeutungstheorie im Schiedsverfahrensrecht MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 106; im Erbrecht Röthel, Erbrecht, § 19 Rn. 6.

⁵⁹ So z.B. die Musterklausel der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V., abrufbar unter <https://www.dse-erbrecht.de/PDF/weg_1.pdf> (Stand: 21.11.2019).

⁶⁰ Vgl. R. Zimmermann, J. Legal Hist. 16 (1995), 21, 23; Jansen, ZNR 27 (2005), 202, 217 f.; Meier, ZEuP 2011, 537, 537.

nisreich: Zum einen haben manche US-Bundesstaaten in jüngster Zeit Vorschriften erlassen, denen sich mehr zur Reichweite solcher Schiedsverfügungen entnehmen lässt als § 1066 ZPO. Zum anderen macht die Behandlung solcher Verfügungen durch US-amerikanische Gerichte deutlich, worin deren Geltungsgrund nach dortigem Verständnis liegt. Das zweite Kapitel nimmt also eine rechtsvergleichende Perspektive ein, wobei das US-amerikanische Recht als Inspiration bei der Suche nach Lösungen im deutschen Recht dient.⁶¹

Das dritte Kapitel kehrt zum geltenden deutschen Recht und zum Spannungsverhältnis zwischen Justizgewährungsanspruch und Testierfreiheit zurück. Aus diesem Spannungsverhältnis folgt, dass jede Festlegung der Geltungsgrenzen letztwilliger Schiedsverfügungen rechtfertigungsbedürftig ist: Bejaht man die Schiedsbindung eines Streitgegenstandes, muss die Verkürzung des Justizgewährungsanspruchs gerechtfertigt werden, verneint man sie, gilt dasselbe für die Testierfreiheit. Die Arbeit sucht nach dem angemessenen Ausgleich und lässt sich dabei methodisch von der Erkenntnis leiten, dass sich das Privatrecht in dieser Hinsicht an den verfassungsrechtlichen Vorgaben orientieren muss.⁶²

Im vierten Kapitel geht es darum, aus diesem Geltungsgrund die Reichweite der letztwillig verfüzten Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht abzuleiten. Es wird also dargestellt, *wer* sich mit *welchen* Ansprüchen an das Schiedsgericht zu wenden hat.

Im fünften Kapitel geht es um eine weitere Geltungsgrenze, nämlich um diejenige in territorialer Hinsicht. Nicht nur das deutsche und das US-amerikanische Recht regeln letztwillige Schiedsverfügungen unterschiedlich, auch zwischen den europäischen Rechtsordnungen, die exemplarisch vorgestellt werden, bestehen zum Teil erhebliche Unterschiede. Weist ein Erbfall grenzüberschreitende Bezüge auf, kommt es daher darauf an, welches Recht über die letztwillige Schiedsverfügung und ihre Wirkungen regiert. Der Erblasser und die Parteien dürften sich ferner dafür interessieren, welches Recht das Schiedsgericht selbst anwendet und insbesondere, ob das Schiedsgericht die Kollisionsnormen der EuErbVO beachten muss. Auch diese Fragen beantwortet die Arbeit.

⁶¹ Zu dieser Funktion der Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 16–20; mit Fokus auf die Rechtsanwendung durch die Rechtsprechung *Smits*, in: Reimann/Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 513, 519–524.

⁶² Zur Einwirkung der Grundrechte auf die Anwendung und Fortbildung des Privatrechts *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 23–33; vgl. auch *Röthel*, JuS 2001, 424, 427 mit dem Hinweis, dass der Verfassung insbesondere bei „Brüchigkeit“ des einfachen Rechts Bedeutung zukommt. Die Arbeit wird zeigen, dass es sich bei § 1066 ZPO um eine brüchige Norm in diesem Sinne handelt.

Kapitel 1

Geschichte und Regelungsgehalt von § 1066 ZPO

Die letztwillige Schiedsverfügung wäre, mutmaßte *Van Cleef*, „ganz in Vergessenheit geraten, wenn nicht die Reichszivilprozeßordnung mit einer höchst seltsam gefassten Bestimmung wieder darauf hingewiesen hätte.“¹ Mit seiner Charakterisierung als „höchst seltsam gefasst“, die sich auf § 872 CPO als fast wortgleichem Vorgänger von § 1066 ZPO bezieht, ist er nicht allein geblieben.² *K. Schmidt* sprach in Bezug auf § 1048 ZPO (heute: § 1066 ZPO) sogar von einem „Rätsel“, mit dem die ZPO ende.³

In § 1066 ZPO heißt es unter der amtlichen Überschrift „Entsprechende Anwendung der Vorschriften des Buches 10“:

„Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend.“

Das Hauptproblem liegt darin, dass es sich um eine rudimentäre Regelung handelt, bei der unklar bleibt, was „in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige [...] Verfügungen“ angeordnete Schiedsgerichte sind. Das deutsche Recht enthält nämlich keine anderen Normen, die über die gesetzliche Statthaftigkeit Auskunft geben könnten. Hinzu kommt, dass sich zur letztwilligen Schiedsverfügung bislang keine detaillierte Dogmatik entwickelt hat, die Licht in das Dunkel bringen könnte.⁴

Die unglückliche Gesetzesfassung und die rechtsdogmatische Unterbelichtung haben historische Gründe. Anders als andere Institute des deutschen Zivilrechts und Zivilprozessrechts wurzelt die letztwillige Schiedsverfügung nicht im römischen Recht. Entsprechend wurde sie nicht mit dem römischen Recht rezipiert und von der Pandektenwissenschaft dogmatisch durchdrungen.

Wenn die letztwillige Schiedsverfügung aber nicht aus dem römischen Recht stammt – woher kommt sie dann? Dieser Frage nach den Ursprüngen letztwilliger Schiedsverfügungen geht die Arbeit im Folgenden nach. Sodann

¹ *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 12.

² Vgl. *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 48 („nicht gelungen“); *Haas/Brosi*, ZZPInt 21 (2016), 323, 331 („unglücklich[e] Formulierung“); bereits 1926 mit bis heute unerfüllter Forderung nach einer Gesetzesneufassung *Staff*, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, 111.

³ *K. Schmidt*, JZ 1989, 1077, 1077.

⁴ *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 407.

wendet sie sich dem geltenden Recht zu und zeigt, welche Schlüsse aus dem Wortlaut des § 1066 ZPO gezogen werden können und welche Rechtsfragen nicht anhand des Wortlauts beantwortet werden können. Hierfür werden die Erkenntnisse aus dem rechtshistorischen Abschnitt aufgegriffen.

A. Geschichte der letztwilligen Schiedsverfügung

Die letztwillige Schiedsverfügung ist, rechtsgeschichtlich betrachtet, sowohl Nachzüglerin als auch Außenseiterin: Da sie im römischen Recht unbekannt war, tauchte sie erst später als die meisten anderen Figuren des deutschen Privat- und Verfahrensrechts im Schrifttum auf und erregte auch dann nur wenig wissenschaftliches Interesse.

Die historische Entwicklung letztwilliger Schiedsverfügungen wurde bislang kaum dokumentiert und aufgearbeitet.⁵ Abgesehen davon, dass das wissenschaftliche Interesse an diesen Verfügungen bislang gering war, liegt das auch daran, sich der Begriff des Schiedsverfahrens noch im 19. Jahrhundert zum Teil deutlich von dem unterschied, was heute als Schiedsverfahren bezeichnet wird. Das zeigt sich beispielsweise bei der Unterscheidung zwischen Schiedsgutachten und Schiedsverfahren. Zwar scheint bereits das römische Recht nach *Proculus* D.17,2,76 genau diese Unterscheidung gekannt zu haben:

„Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat [...]“⁶

Proculus' Unterscheidung, die im Mittelalter terminologisch zum Gegensatzpaar *arbiter* (Schiedsrichter) und *arbitrator* (Schiedsgutachter) geführt hat,⁷ wurde aber in der Sache kaum durchgehalten.⁸ Vor allem dadurch, dass auch

⁵ Vgl. *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 6–12; *Anbuhl*, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 10–16; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 49–51. Keiner dieser Texte unternimmt den Versuch, die literarischen Zeugnisse in einen Entwicklungszusammenhang zu stellen.

⁶ In der Übersetzung von *Behrends/Knütel/Kupisch u. a.* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis*, Band III, 1999: „Es gibt nämlich zwei Arten von Schiedsrichtern, den einen von der Art, daß wir, gleichgültig ob seine Entscheidung gerecht oder ungerecht ist, ihr gehorchen müssen (so verhält es sich, wenn man aufgrund eines Schiedsvertrages zu einem Schiedsrichter gegangen ist), den anderen von der Art, daß die Entscheidung nach dem Ermessen eines redlichen Mannes erfolgen muß [...]“

⁷ *Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 53; *Ziegler*, ZRG-RA 84 (1967), 376, 376; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 774; *Stieglmeier*, Vertragsarbitrage und Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 29.

⁸ *Ziegler*, ZRG-RA 84 (1967), 376, 378–380; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 774 f.

Schiedssprüche oft eingehend durch die Gerichte überprüft wurden,⁹ versagt die heute gängige Unterscheidung zwischen eingeschränkt überprüfbaren, rechtskraft- und vollstreckungsfähigen Schiedssprüchen einerseits und auf Billigkeit hin überprüfbaren, nicht vollstreckungsfähigen schiedsgutachterlichen Entscheidungen andererseits.¹⁰

Bei der Suche nach den rechtshistorischen Vorläufern letztwillig angeordneter Schiedsgerichte darf es deshalb nicht darauf ankommen, ob eine früher gebräuchliche testamentarische Anordnung auch nach heutigem Verständnis als Schiedsverfügung einzuordnen wäre. Im Fokus steht stattdessen die Frage, wann Erblasser begannen, in ihren Testamenten Anordnungen darüber zu treffen, wie ein etwaiger Streit um den Nachlass entschieden werden soll und inwiefern solche Anordnungen rechtliche Wirkungen hervorbrachten.

I. Fehlen letztwilliger Schiedsverfügungen im römischen und kanonischen Recht

Weder im römischen Recht noch im darauf aufbauenden kanonischen Recht, das bei der Rezeption des römischen Schiedsverfahrensrechts eine wichtige Rolle spielte,¹¹ bezeugen letztwillige Schiedsverfügungen.

1. Römisches Recht

Das römische Recht kannte nur vertraglich vereinbarte, aber keine letztwillig verfügbaren Schiedsverfahren. Dabei kam im klassischen römischen Recht der eigentlichen Schiedsvereinbarung der Parteien (*compromissum*) nur untergeordnete Bedeutung zu.¹² Denn zur Durchsetzung des *compromissum* stellte

⁹ Vgl. beispielsweise *Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 54 f. (zur Überprüfung von Schiedssprüchen durch das Reichskammergericht bei *manifesta iniquitas*); *Wenger*, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht, 115–117.

¹⁰ Krit. zur Leistungsfähigkeit dieser Unterscheidungskriterien *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 825–829.

¹¹ *Bornhak*, ZZP 30 (1902), 1, 16: „Nicht auf Grundlage des römischen, sondern des kanonischen Rechts hat das Kompromiss in Deutschland Eingang gefunden.“

¹² Statt vieler *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 639; teils anders und mit starker Betonung der eigentlichen Schiedsvereinbarung *Talamanca*, Ricerche in tema di "compromissum", 37–40. Neben das *compromissum* trat sodann die Vereinbarung beider Parteien mit dem Schiedsrichter, das sog. *receptum arbitri*. Nach *R. Zimmermann*, The Law of Obligations, 513 enthielt das *compromissum* zugleich das Angebot beider Parteien an den Schiedsrichter auf Abschluss eines Schiedsrichtervertrages; ebenso *Weizsäcker*, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis, 63. Rechtsnatur und Wirkweise des *receptum arbitri* sind lebhaft umstritten, vgl. *Ziegler*, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 6–8; *R. Zimmermann*, The Law of Obligations, 513 f.; *Gal*, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 10–12.

das Recht keine Klage (*actio*) zu Verfügung. Daher handelte es sich beim *compromissum* um ein *pactum nudum*, also um einen nicht durchsetzbaren Vertrag.¹³ Um der Schiedsvereinbarung dennoch Rechtsverbindlichkeit zu verleihen, gaben sich die Parteien wechselseitig Strafversprechen (*stipulationes poenae*) mit der Maßgabe, dass die Vertragsstrafe verwirkt sein sollte, wenn eine Partei die Schiedsvereinbarung missachtete oder sich nicht an den Spruch des Schiedsrichters hielt. Dem klassischen römischen Recht waren daher sowohl die Schiedseinrede also auch jede Form der Vollstreckung eines ergangenen Schiedsspruchs unbekannt. Die Rechtswirkungen der Schiedsvereinbarung folgten allein aus den Strafversprechen. Ein Kläger konnte die Schiedsvereinbarung getrost ignorieren und vor dem staatlichen Richter klagen, solange er bereit war, die Vertragsstrafe zu zahlen.¹⁴ Ebenso konnte ein Beklagter einen ergangenen Schiedsspruch um den Preis der Vertragsstrafe missachten.

In nachklassischer Zeit nahm die Wichtigkeit der Strafstipulationen ab. Zunächst erhielt ein Beklagter, der im Schiedsverfahren obsiegt hatte, in einem späteren Prozess die *exceptio veluti pacti (de non petendo) ex compromisso*.¹⁵ Indem er diese Einrede erhob, konnte der Beklagte verhindern, dass das staatliche Gericht nochmals in der Sache entschied. In klassischer Zeit hätte sich der Beklagte mit der verwirkten Vertragsstrafe begnügen und sich erneut gegen die Klage verteidigen müssen.

Im sechsten Jahrhundert führte Kaiser Justinian eine Art Vollstreckung des Schiedsspruchs ein, indem er dem siegreichen Schiedskläger eine *actio in factum* mit dem Inhalt des Schiedsspruchs zubilligte.¹⁶ So konnte auch der Schiedskläger den Schiedsspruch durchsetzen und musste nicht auf die versprochene Strafe zurückgreifen. Zugleich lockerte der Kaiser die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Schiedsvereinbarung und ließ zeitweise

¹³ Bornhak, ZZP 30 (1902), 1, 12; Krause, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 48; Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 49; R. Zimmermann, The Law of Obligations, 526; Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 639.

¹⁴ Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Civilprocesse, 25; Krause, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 48.

¹⁵ R. Zimmermann, The Law of Obligations, 527; Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 183–185; Kaser, Das römische Privatrecht, Band II, 385; Krause, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 48; Caspers, Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren, 20; Bornhak, ZZP 30 (1902), 1, 7 (nur die drei letztgenannten mit dem Zusatz „de non petendo“).

¹⁶ Bornhak, ZZP 30 (1902), 1, 16; Caspers, Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren, 20; Kaser, Das römische Privatrecht, Band II, 385; R. Zimmermann, The Law of Obligations, 528; Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 640.

eine beeidete mündliche Abrede ohne Strafversprechen (*compromissum sine poena*) genügen.¹⁷

Zu keiner Zeit sah das römische Recht indes die Möglichkeit vor, die Schiedsvereinbarung der Parteien durch die einseitige Anordnung des Erblassers zu ersetzen.¹⁸ Abgesehen von historischen Zufälligkeiten lässt sich das mit der Rolle der Strafstipulationen erklären, die bis in die Nachklassik hinein für die Rechtswirkungen des *compromissum* entscheidend waren. Eine letztwillige Schiedsverfügung ist vor diesem Hintergrund kaum vorstellbar: Der Erblasser hätte seinen Erben wirksam wechselseitige Strafversprechen auferlegen müssen, wozu ihm die Rechtsmacht fehlte.¹⁹

2. Kanonisches Recht

Auch im frühen Kirchenrecht spielten vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren eine gewisse Rolle. Anstoß könnte der erste Korintherbrief gewesen sein, in dem Paulus die Christen in Korinth auffordert, ihre Streitigkeiten nicht vor heidnischen Richtern auszutragen, sondern vor anderen Gemeindemitgliedern als Schiedsrichtern.²⁰ Hieraus entwickelte sich – im Laufe der Zeit mit Billigung des inzwischen selbst christlichen Kaiserreichs – die *episcopalis audientia*.²¹

Allerdings handelte es sich bei der *episcopalis audientia* um eine Mischung aus Kirchengericht und Schiedsgericht. In Streitigkeiten *de religione* war die *audientia* kraft Gesetzes zuständig,²² während sie in anderen Angele-

¹⁷ Kaser, Das römische Privatrecht, Band II, 384 f.; Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 182 f.; R. Zimmermann, The Law of Obligations, 527 f.

¹⁸ B. Mayer, Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht, 67 f.; Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, 55; Anbuhl, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 10.

¹⁹ Anders lag der Fall, wenn der Erblasser selbst eine Schiedsvereinbarung nebst Strafstipulation geschlossen hatte und dann verstarb. Ob die Erben an das *compromissum* gebunden waren, hing davon ab, ob es eine sog. Erbenklausel (*heredis mentio*) enthielt. Fehlte sie, endete die Schiedsvereinbarung mit dem Tod einer der Schiedsparteien; hierzu Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 73 f.; Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis, 34; Bornhak, ZZP 30 (1902), 1, 5 f. (mit dem Hinweis, dass ein bereits gefällter Schiedsspruch die Erben stets gebunden habe).

²⁰ 1. Korinther 6, 1–8. Hinweis auf den Korintherbrief als möglichen Ursprung der *episcopalis audientia* u.a. bei Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Civilproceß, 13; R. Zimmermann, The Law of Obligations, 527; Gal, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 19.

²¹ Matthiass, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts, 141; Vismara, Episcopalis audientia, 13; R. Zimmermann, The Law of Obligations, 527.

²² Codex Theodosianus XVI, 11, 1: „Quotiens de religione agitur, Episcopus convenit iudicare.“ (Ausgabe von Mommsen/Krüger, Band I/2, Nachdruck 2006). Ob Erbstreitigkeiten derartige Streitigkeiten *de religione* waren, ist unklar. Ein Papyrus aus dem 4. Jh. n.

genheiten nur entscheiden konnten, wenn sich die Parteien ihrer Gerichtsbarkeit durch eine Schiedsvereinbarung unterworfen hatten.²³ Dabei waren für eine Schiedsvereinbarung zugunsten der *audientia* keine Strafstipulationen erforderlich²⁴ und ergangene Schiedssprüche konnten ohne den Umweg über die *actio in factum* vollstreckt werden.²⁵ Hinweise darauf, dass die Schiedsvereinbarung zugunsten der *episcopalis audientia* durch eine testamentarische Anordnung ersetzt werden konnte, gibt es hingegen nicht.

Im Mittelalter wurde die *episcopalis audientia* von den Kirchengerichten abgelöst.²⁶ Hierdurch ging der Charakter als Schiedsgericht völlig verloren. Stattdessen waren die Kirchengerichte in etlichen Materien zuständig, ohne dass es hierfür irgendeiner Vereinbarung der Parteien bedurft hätte. Zu diesen Materien gehörte auch das Testamentsrecht, das die Kirchengerichte durch die Rezeption und Fortschreibung des römischen Rechts wesentlich prägten.²⁷ Auch dem sich so entwickelnden kanonischen Recht waren letztwillige Schiedsverfügungen unbekannt. Das dürfte in erste Linie daran gelegen haben, dass sich das kanonische Recht eng an das römische Recht hielt, das – wie gesagt – keine letztwilligen Schiedsverfügungen kannte. Ferner sicherte sich die Kirche die Kontrolle über Zuwendungen *ad pias causas*, also testamentarische Zuwendungen an die Kirche für das Seelenheil des Erblassers, indem die Kirchengerichte in Testamentssachen zuständig waren.²⁸ Es bestand daher vermutlich kein Interesse, Alternativen zum Verfahren vor den Kirchengerichten zu entwickeln.

Chr. enthält einen bischöflichen Schiedsspruch in einer Erbteilungssache, doch es geht nicht aus dem Text hervor, ob sich die Parteien auf das Schiedsverfahren geeinigt haben. Hinweis auf das Papyrus bei *Selb*, ZRG-RA 84 (1967), 162, 167; Übersetzung ins Englische bei *Rowlandson* (Hrsg.), *Women and Society in Greek and Roman Egypt*, 2005, 77–79.

²³ *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 642 f. Sehr umstritten ist die Frage, ob die Bischöfe, zumindest phasenweise, auch weltliche Streitigkeiten zu entscheiden hatten, wenn nur eine Streitpartei diese Entscheidung wünschte. Der Streit dreht sich im Wesentlichen um die Echtheit des Kaisergesetzes Const. Sirm 1. Hierzu *Steinwenter*, *ByzZ* 30 (1929/30), 660, 662; *Caspers*, Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren, 25–27; *Waldstein*, in: FS *Kaser*, 533, 541–543.

²⁴ *Caspers*, Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren, 31; *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 527.

²⁵ *Caspers*, Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren, 23; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 643.

²⁶ Vgl. *Kéry*, in: *Cordes/Lück/Werkmüller u.a.*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, Stichwort „Geistliche Gerichtbarkeit“.

²⁷ *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Band I, § 117; *Kipp/Coing*, *Erbrecht*, 181; *Jansen*, in: *Reid/De Waal/Zimmermann*, *Testamentary Formalities*, 27, 31 f.

²⁸ Vgl. *R. Zimmermann*, in: *Helmholz/Zimmermann*, *Itinera fiducia*, 267, 278–282; zur Entwicklung in England *Helmholz*, *The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, 387–432.

II. Aufkommen und Ursprünge letztwilliger Schiedsverfügungen

Die – soweit ersichtlich – erste rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Erblasser in seinem Testament ein Schiedsverfahren dekretieren kann, findet sich in einer italienischen Abhandlung aus dem 15. Jahrhundert. Eine literarische Behandlung dieses Themas durch deutsche Juristen erfolgte hingegen erst im 18. Jahrhundert. Wirkmächtiger als diese wissenschaftlichen Abhandlungen war indes der *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* von 1753, der erstmals eine gesetzliche Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen enthielt.

All diese Texte bezeichnen die Schiedsverfügung als *compromissum*, und zwar mit dem Zusatz „in ultima voluntate constitutum“²⁹ bzw. in einer barocken Mischung aus Latein und Deutsch als „durch letztwillig Dispositiones verordnete Compromissen“³⁰. Das wirkt in sich widersprüchlich, weil *compromissum* dem Wortsinn nach eine konsensuale Schiedsvereinbarung meint, denn es handelt sich um das Partizip von *compromittere*, was so viel wie „sich gegenseitig versprechen“ bedeutet. Trotzdem wurde das Wort auch für letztwillige Schiedsverfügungen verwendet, weil die lateinische Rechtsterminologie keinen anderen Ausdruck für das Rechtsgeschäft kennt, durch das die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet wird. Hinzu kommt, dass die italienischen Autoren die letztwillige Schiedsverfügung als eine Art von Schiedsvereinbarung ansahen, die dadurch zustande komme, dass die Erben und Vermächtnisnehmer das ihnen Zugewendete annehmen.

1. Letztwillige Schiedsverfügungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur

Bevor sich die Arbeit der Frage nach den Ursprüngen letztwilliger Schiedsverfügungen zuwendet, soll ein kurzer Überblick über die – wenigen – literarischen Quellen gegeben werden, in denen letztwillige Schiedsverfügungen behandelt wurden. Die beiden italienischen Renaissancejuristen werden dabei nicht deshalb behandelt, weil sie für die Rechtsentwicklung in Deutschland besonders bedeutsam gewesen wären – ein solcher Einfluss ist nicht nachweisbar –, sondern weil sie Punkte behandeln, die in Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen noch heute diskutiert werden.

a) Giovanni Battista Alfani und Marco Antonio Pellegrini

Sehr früh befasste sich *Giovanni Battista Alfani* in seiner Schrift „De arbitris et compromissis“ mit der Frage, ob ein Erblasser in seinem Testament anord-

²⁹ Vgl. *Alfani*, in: *Tractatus universi iuris in unum congesti*, Band III/1, Lib. I Cap. IX: „Certe puto in ultima voluntate compromissa constitui [...]“.

³⁰ Kapitel 17 § 2 Abs. 12 *Codex Iuris Bavarici Iudicarii*.

nen kann, dass Streitigkeiten um sein Erbe durch Schiedsrichter entschieden werden sollen.³¹ Der Autor, nach seiner Wirkungsstätte Perugia auch *Perusinus* genannt, starb 1483.³² Das Werk über Schiedsrichter und Schiedsvereinbarungen, das im 16. Jahrhundert in die Sammlung „Tractatus universi iuris“ aufgenommen wurde, ist seine einzige uns bekannte Schrift.³³

Alfani beginnt seine Ausführungen mit der Frage, ob *compromissa* durch letztwillige Verfügungen zustande kommen können.³⁴ Diese Frage, so meint er, sei auf den ersten Blick zu verneinen, denn für ein *compromissium* (also nach herkömmlichem Verständnis eine Schiedsvereinbarung) seien zwei Willenserklärungen der beiden Schiedsparteien notwendig:

„Videtur prima fronte [quod] non: nam ut dixi nunc [...] talia [sc. compromissa] fundamenta assumunt ex mutuo partium consensu: sicut requiri necessario videtur ad minus duo, [qui] per se obligent & contrahant: cum aliter non possit contractus perfici [...].“³⁵

Sodann verweist er aber auf Testamentsvollstrecker, denen gewisse Auswahl- und Entscheidungsbefugnisse zukommen, obwohl sie durch Testament und nicht durch eine Vereinbarung der Nachlassbeteiligten eingesetzt werden:

„In contrarium arguitur; quia in testamento creantur executores [...] & tamen non dubitatur, quominus hi habeant arbitrari saltem in eligendo personas & distribuendo [...].“³⁶

Schließlich spricht er sich dafür aus, die Wirksamkeit letztwilliger Schiedsverfügungen anzuerkennen, und zwar hauptsächlich mit folgendem Argument:

„Quid dicendum? Certe puto in ultima voluntate compromissa constitui: fingas [enim] testatorem in testamento deputasse arbitrum vel arbitratorem futurum super discordiis nascituris inter heredes & legatarios, vel inter ipsos coheredes vel inter ipsos legatarios, nonne his casibus deputati a testatore per hanc viam poterunt adita haereditate, & acceptatis legatis cognoscere, & pronuntiare, seu laudare inter praedictos [...]. Huius

³¹ *Alfani*, in: Tractatus universi iuris in unum congesti, Band III/1, Lib. I Cap. IX (227 verso).

³² *Panzanelli Fratoni*, in: Birocchi/Cortese/Mattone u.a., Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII–XX secolo), Band I, Stichwort „Alfani, Giovanni Battista“.

³³ *Panzanelli Fratoni*, in: Birocchi/Cortese/Mattone u.a., Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII–XX secolo), Band I, Stichwort „Alfani, Giovanni Battista“.

³⁴ *Alfani*, in: Tractatus universi iuris in unum congesti, Band III/1, Lib. I Cap. IX (227 verso). Dort auch die weiteren Ausführungen.

³⁵ „Die Antwort scheint auf den ersten Blick nein zu lauten: Denn wie ich eben sagte, gründen sich solche Schiedsvereinbarungen auf die wechselseitige Zustimmung der Parteien: So scheinen mindestens zwei [Parteien] erforderlich zu sein, die sich verpflichten und miteinander kontrahieren, denn anders kommt kein Vertrag zu Stande.“ (Übersetzung des Verf.).

³⁶ „Dagegen wird angeführt, dass Testamentsvollstrecker durch Testament ernannt werden und trotzdem nicht zu bezweifeln ist, dass diesen wenigstens bei der Auswahl der [begünstigten] Personen und der Verteilung [des Nachlasses] Ermessen zukomme.“ (Übersetzung des Verf.).

autem ratio videtur; quia haeredes adeuntes & legatarii acceptantes adire intelligunt, & acceptare cum onere compromissi per testatorem eis iniuncto.“³⁷

Indem die Erben die Erbschaft antreten (*haeredes adeuntes*) bzw. die Legatäre das Legat annehmen (*legatarii acceptantes*) würden sie zugleich die Belastung, die der Testator ihnen mit der Schiedsklausel auferlegt hat, akzeptieren. Unter den Erben und Legatären käme damit eine stillschweigende Schiedsvereinbarung zu Stande.³⁸ Dabei bleibt unklar, wie sich diese Erklärungen der Erben und Vermächtnisnehmer aufeinander beziehen sollen. Denn selbst wenn man unterstellt, dass in der Annahme der Zuwendung eine stillschweigende Zustimmung zu der Schiedsverfügung liege, müsste diese Zustimmung den anderen Erben und Vermächtnisnehmern zugehen und von ihnen angenommen werden, damit ein *compromissum* zu Stande kommt.³⁹

Ende des 16. Jahrhunderts schrieb ein weiterer Italiener, *Marco Antonio Pellegrini* (lateinisch *Peregrinus*),⁴⁰ über letztwillige Schiedsverfügungen und hielt sie ebenfalls für rechtswirksam:⁴¹

„Abitror tamen, testatorem iure ordinare posse inter suos coheredes, ut iurgia inter eos occurrentia in divisione, vel aliter ex causa suae hereditatis, non trahant ad iudicia ordinaria: sed amicabiliter remota appellatione decidenda committant alicui probo viro, uni, aut pluribus.“⁴²

³⁷ „Was ist also zu sagen? Ich glaube sicher, dass Schiedsvereinbarungen durch eine letztwillige Verfügung geschlossen werden können: Man stelle sich nämlich einen Testator vor, der in seinem Testament einen Schiedsrichter oder Schiedsgutachter über Streitigkeiten eingesetzt hat, die künftig zwischen den Erben und Vermächtnisnehmern, oder zwischen den Miterben oder zwischen den Vermächtnisnehmern entstehen. Werden die auf diese Weise vom Testator Eingesetzten nicht einen Streit zwischen den Vorgenannten entscheiden oder zwischen ihnen vermitteln können, wenn die Erbschaft angetreten und die Vermächtnisse angenommen wurden? [...] Der Grund hierfür scheint zu sein, dass die Erben und Vermächtnisnehmer wissen, dass sie [das Zugewendete] mit der Belastung der Schiedsvereinbarung, die ihnen der Testator auferlegt hat, annehmen, wenn sie die Erbschaft oder das Vermächtnis annehmen.“ (Übersetzung des Verf.)

³⁸ Deutlicher noch im zwölften Kapitel: *Alfani*, in: *Tractatus universi iuris in unum congesti*, Band III/1, Lib. I Cap. XII (228 *recto*): „[...] est quidam quasi contractus per quem sequit[ur] tacitum compromissum [...]“.

³⁹ Vgl. zu den Voraussetzungen eines *compromissum* im römischen und gemeinen Recht *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 526–528.

⁴⁰ *Di Fini*, in: *Birocchi/Cortese/Mattone u. a., Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII–XX secolo)*, Band II, Stichwort „*Pellegrini (Peregrinus)*, *Marco Antonio*“.

⁴¹ *Peregrinus*, *De fideicommissis praesertim universalibus tractatus frequentissimus*, Art. XI N. 112 (165).

⁴² „Ich glaube trotzdem, dass der Erblasser das Recht hat, seinen Erben aufzugeben, dass sie Streitigkeiten, die zwischen ihnen bei der Erbauseinandersetzung oder aus anderem Grund in Zusammenhang mit der Erbschaft entstehen, nicht vor die ordentlichen Gerichte bringen, sondern zur gütlichen Entscheidung einem oder mehreren rechtschaffenen Männern vorlegen.“ (Übersetzung des Verf.)

Auch er begründete dies damit, dass die Erben durch die Annahme der Erbschaft sozusagen miteinander einen Vertrag abschließen, durch den sie sich dazu verpflichten, die Anordnungen, die der Erblasser im Testament getroffen hat, umzusetzen.⁴³

Zwei Punkte sind bemerkenswert: Erstens wird der von *Alfani* angestellte Vergleich zwischen Schiedsrichtern und Testamentsvollstreckern im 19. Jahrhundert sowohl in Deutschland als auch in den USA wieder auftauchen. In beiden Ländern ordneten Erblasser zuweilen an, dass der Testamentsvollstrecker alle Streitigkeiten unter Ausschluss des Rechtswegs entscheiden solle.⁴⁴ Einen Testamentsvollstrecker, der vom Erblasser mit dieser Befugnis ausgestattet worden war, betrachtete man als eine Art von Schiedsrichter.

Zweitens hat sich auch das Argument, wonach die Erben und Legatäre durch die Annahme des Zugewendeten die Schiedsverfügung akzeptieren und eine stillschweigende Schiedsvereinbarung miteinander schließen, als langelig erwiesen. In abgewandelter Form begegnet es in einer Entscheidung des texanischen Supreme Court aus dem Jahr 2013, die einem Begünstigten, der Ansprüche aus einem Trust geltend macht und zugleich die Schiedsverfügung ablehnt, unzulässiges widersprüchliches Verhalten attestiert.⁴⁵ In der heutigen deutschen Diskussion um § 1066 ZPO hat *Ulrich Haas* das Erbe von *Alfani* und *Pellegrini* angetreten, wenn er argumentiert, der Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen liege darin, dass die Begünstigten der Schiedsverfügung zustimmen, indem sie das ihnen Zugewendete nicht ausschlagen.⁴⁶

b) Letztwillige Schiedsverfügungen in der deutschen Literatur

Im Gebiet des heutigen Deutschlands weckte die letztwillige Schiedsverfügung erst im 18. Jahrhundert das Interesse der Rechtswissenschaft. Eine frühe Behandlung erfährt sie in einer Tübinger Disputation unter dem Vorsitz von *Wolfgang Adam Schoepf* aus dem Jahr 1724.⁴⁷ In der zweiten Hälfte des

⁴³ *Peregrinus*, De fideicommissis praesertim universalibus tractatus frequentissimus, Art. XI N. 112 (165): „Item quia heredes adeundo hereditatem, per quasi contractum obligantur adimplere disposita in testamento [...].“ – „Ebenso werden die Erben, weil sie die Erbschaft annehmen, durch eine Art von Vertrag dazu verpflichtet, die Bestimmungen des Testaments zu erfüllen.“ (Übersetzung des Verf.).

⁴⁴ Hierzu unten Kapitel 1 – A.II.2.b) (30) (Deutschland) und Kapitel 2 – B.II. (62) (USA).

⁴⁵ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840 (Tex. Sup. Ct. 2013); hierzu unten Kapitel 2 – D.II.2. (86).

⁴⁶ Hierzu unten Kapitel 3 – B.I. (147).

⁴⁷ *Schoepf*, Disputatio juridica de arbitris necessariis, cum primis austregis conventionalibus ac testamentariis, Cap. III (S. 32–38). Respondent dieser Disputation war *Friedrich Jonathan Cless*, der auf dem Titelblatt als „auctor“ bezeichnet wird. Vgl. zur Urhebererschaft der Disputationen und Dissertationen der frühen Neuzeit *E. Horn*, Die Disputationen und Promotionen an den Deutschen Universitäten vornehmlich seit dem 16. Jahrhundert, 51–72.

18. Jahrhunderts erwähnten z.B. *Augustin Leyser*,⁴⁸ *Johann August Hellfeld*⁴⁹ und, auf dessen Werk aufbauend, *Christian Friedrich Glück*⁵⁰ letztwillige Schiedsverfügungen, ohne sie vertieft zu behandeln.

Den wichtigsten und letztlich entscheidenden Schub erfuhren letztwillige Schiedsverfügungen durch das Werk des bayerischen Kanzlers *Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr*. Dieses Werk stellt eine einzigartige Mischung aus Rechtswissenschaft und Gesetzgebung dar, denn *von Kreittmayr* verfasste nicht nur im Alleingang die drei bayerischen Kodizes des 18. Jahrhunderts (*Codex Iuris Bavarici Criminalis*, *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* und *Codex Maximilianeus*), sondern schrieb sodann auch ausführliche Kommentare zu diesen Gesetzen.⁵¹ In seiner Zivilprozessordnung, dem *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* von 1753, findet sich die erste Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen, die über die bayerische ZPO von 1869 und die Reichs-CPO von 1877 bis zum heutigen § 1066 ZPO fortwirkt.⁵²

2. Ursprünge der letztwilligen Schiedsverfügung im deutschen Reich

Was bewog die deutschen Autoren dazu, über letztwillige Schiedsverfügungen zu schreiben und – im Falle *von Kreittmayrs* – eine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen in den *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* aufzunehmen? Diese Frage plagte schon frühere Juristengenerationen. So schrieb *Altenrath* 1907: „Der Gebrauch der Klausel [d.h. der letztwilligen Schiedsverfügung] läßt sich nicht sehr weit zurück verfolgen, und ihr Ursprung ist in Dunkel gehüllt.“⁵³ Als Beleg verweist er auf die bereits genannte Tübinger Disputation aus dem Jahr 1724.⁵⁴

Man könnte zunächst daran denken, dass das deutsche Recht die Lehre von *Alfani* und *Pellegrini* übernahm. Dann lägen die Ursprünge der letztwilligen Schiedsverfügung des deutschen Rechts eigentlich in Italien. Zwar waren die Werke von *Alfani* und *Pellegrini* auch diesseits der Alpen bekannt, wie die Verweise in der Tübinger Disputation von 1724 zeigen.⁵⁵ Doch außer in dieser Arbeit wurden ihre Werke nicht zitiert und überhaupt erscheint es wenig

⁴⁸ *Leyser*, *Meditationes ad Pandectas*, Band I, Spec. LXV Abschn. VI und VII. *Leyser*s „*Meditationes*“ erschienen erstmals zwischen 1713 und 1748.

⁴⁹ *Hellfeld*, *Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem*, § 478.

⁵⁰ *Glück*, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Band VI/1, § 478.

⁵¹ Vgl. zu seinem Werk *Stolleis*, in: ders., *Juristen*, Stichwort „*Kreittmayr*, *Wigulaeus Xaverius Aloysius von (1705–1790)*“.

⁵² Zur Kodifikationsgeschichte sogleich Kapitel 1 – A.III. (32).

⁵³ *Altenrath*, *Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches*, 55.

⁵⁴ Vgl. *Schoepf*, *Disputatio juridica de arbitris necessariis, cum primis austregis conventionalibus ac testamentariis*, Cap. III § XXIII (32): „De horum origine nihil certi constare tradit *Deckherr* [...]“. Bei dem zitierten Werk handelt es sich um *Deckherr*, *Vindiciae pro veritate et justitia rei jurisque cameralis*, aus dem Jahr 1689. *Deckherr* behandelt darin Erbausträge.

plausibel, dass deutsche Juristen ein solches „legal transplant“ ganz ohne eigene Tradition im Deutschen Reich übernommen haben sollten. Wahrscheinlicher ist, dass sich letztwillige Schiedsverfügungen aus zwei anderen Rechtstraditionen entwickelten, nämlich aus den Erbausträgen des Adels und aus der Befugnis des Testamentsvollstreckers, Streitigkeiten zwischen den Erben durch „authentische“ Auslegung des Testaments zu entscheiden.

a) Erbausträge und letztwillige Schiedsverfügungen

Die erste Spur führt zu den sogenannten Austrägen oder Austrägalgerichten des deutschen Adels, und zwar in ihrer besonderen Form des Erbaustrags.

aa) Austräge und Erbausträge

Bei den Austrägen handelte es sich um eine Art von institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit, die sich im Alten Reich als Schlichtungs- und Entscheidungsinstanz zwischen Fürsten und anderen Territorialherren gebildet hatte.⁵⁶ Zuerst enthielten mittelalterliche Friedensverträge, vor allem die Landfriedensverträge, die Vereinbarung, dass künftige Streitigkeiten nicht wieder mit Waffen, sondern friedlich „ausgetragen“ werden sollten.⁵⁷ Nach heutiger Terminologie ließe sich also sagen, dass es sich bei Austrägen ursprünglich um völkerrechtliche Schiedsgerichte handelte.

Im ausgehenden Mittelalter veränderten sich die Austräge. Zunächst wurden die Austrägalgerichte zu ständigen, institutionalisierten Schiedsgerichten, deren Zuständigkeit erheblich erweitert wurde: Während sie ursprünglich nur für Streitigkeiten zwischen den vertragschließenden Parteien über Rechte und Pflichten aus dem jeweiligen Friedensvertrag zuständig waren, richteten die Austrägalgerichte bald auch über Ansprüche von Dritten, die nicht im Zusammenhang mit dem geschlossenen Landfrieden standen.⁵⁸ Den Abschluss dieser Entwicklung markiert die Reichskammergerichtsordnung von 1495,

⁵⁵ *Schoepf*, Disputatio juridica de arbitris necessariis, cum primis austregis conventionalibus ac testamentariis, Cap. III § XXIII (32–33).

⁵⁶ Zur Geschichte der Austräge *Meurer*, in: Baumann/Oestmann/Wendehorst u.a., Prozesspraxis im Alten Reich, 17; *Frühaufl*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 7–9; *Beseler*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 9 (1845), 144; *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1; *Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 9–11.

⁵⁷ *Sellert*, Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht, 51; *Meurer*, in: Baumann/Oestmann/Wendehorst u.a., Prozesspraxis im Alten Reich, 17, 19.

⁵⁸ *Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 11 f.; *Frühaufl*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 17–19.

deren §§ 28 und 30 bestimmten, dass ein Großteil der sogenannten Reichsunmittelbaren, vor allem Kurfürsten, Fürsten und andere „Fürstmäßige“, nicht direkt vor dem Reichskammergericht verklagt werden konnten, sondern zunächst vor ein Austrägalgericht gebracht werden mussten.⁵⁹ Hatten die Streitparteien kein Austrägalgericht vereinbart, war ein solches *ad hoc* zu bilden.⁶⁰ Damit waren die Austrägalgerichte keine Schiedsgerichte mehr, sondern „erstinstanzliche Reichssondergerichte“.⁶¹

In einem Werk aus dem Jahr 1689 behandelt der Reichskammergerichtsprokurator *Johann Deckherr* dann Austräge, die „ultimis voluntatibus“ angeordnet wurden.⁶² Er unterscheidet zwischen der Rechtslage vor und nach Inkrafttreten der Reichskammergerichtsordnung von 1495. Vor Inkrafttreten der Reichskammergerichtsordnung 1495 seien nur Austräge bekannt gewesen, die auf einer Abrede der Parteien oder einem Privileg⁶³ beruhten. Seit der Reichskammergerichtsordnung sei zwischen gesetzlichen und gewillkürten Austrägen („*vel iussu legis vel facto hominis*“) zu unterscheiden. Die gewillkürten Austräge wiederum entstünden „*vel inter vivos, vel ultimis voluntatibus*“. Für diese Austräge, die nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vereinbart, sondern durch letztwillige Verfügung angeordnet wurden, etablierte sich die Bezeichnung „Erbaustrag“.⁶⁴

bb) Letztwillige Schiedsverfügung als Fortentwicklung des Erbaustrags

Ist also die testamentarische Anordnung, bei Streitigkeiten einen Erbaustrag abzuhalten, der Vorläufer der letztwilligen Schiedsverfügung? Dagegen

⁵⁹ *Meurer*, in: Baumann/Oestmann/Wendehorst u.a., Prozesspraxis im Alten Reich, 17, 17 f. mit Hinweis auf einen Abdruck der Reichskammergerichtsordnung von 1495; *Selert*, Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht, 51.

⁶⁰ *Meurer*, in: Baumann/Oestmann/Wendehorst u.a., Prozesspraxis im Alten Reich, 17, 18; *Frühaufl*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 46–48.

⁶¹ *Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 12 f.; ebenso *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1, 16 f.: „[...] nicht mehr, wie vielleicht früher, bloße Schiedsrichter, sondern wirklich wahre Richter [...]“.

⁶² *Deckherr*, *Vindiciae pro veritate et justitia rei jurisque cameralis*, Tit. XXVII Nr. 6 (215–216). Bei diesem Werk handelt es sich um einen kritischen Kommentar zu den ersten dreißig Kapiteln des 1664 erschienenen „*Processus cameralis*“ des Reichskammergerichtsadvokaten *Jakob Blum*. *Blum* selbst schreibt nichts über Erbausträge.

⁶³ Zu den Austrägen aufgrund eines (königlichen) Privilegs *Frühaufl*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 19; *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1, 5–7.

⁶⁴ *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1, 15 f.; *Frühaufl*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 57; *Westphal*, Kaiserliche Rechtsprechung und herrschaftliche Stabilisierung, 98; *Meurer*, in: Baumann/Oestmann/Wendehorst u.a., Prozesspraxis im Alten Reich, 17, 51.

scheint zu sprechen, dass schon früh zwischen Austrägen und Schiedsverfahren unterschieden wurde. So schrieb *Johann Jacob Moser* im 18. Jahrhundert: „Austräge und Compromissen [...] seynd auf allerley Arten von einander unterschieden“, worauf eine Aufzählung der Unterschiede im Einzelnen folgt.⁶⁵

In der Tat hatten die Austräge seit der Reichskammergerichtsordnung von 1495 nur noch wenig mit privaten Schiedsgerichten gemein. Zwar hatte ein gewillkürter Austrag Vorrang vor dem gesetzlichen Austrag.⁶⁶ Hierin ähnelt der gewillkürte Austrag einem Schiedsverfahren, das Vorrang vor dem staatsgerichtlichen Verfahren hat. Die Vereinbarung eines neuen gewillkürten Austrages bedurfte aber seit Mitte des 16. Jahrhunderts der kaiserlichen Zustimmung,⁶⁷ wodurch die gewillkürten Austräge eng in die Sphäre staatlicher Gerichtsbarkeit eingebunden blieben. Schiedsvereinbarungen bedurften hingegen keiner obrigkeitlichen Zustimmung. Schließlich standen Austräge nur einem kleinen Kreis von Rechtssubjekten zur Verfügung, nämlich nur den Reichsunmittelbaren, die das Recht der Austräge hatten. Eine Schiedsvereinbarung war hingegen eine Kreatur des gemeinen Rechts, derer sich alle Bürger bedienen konnten.

Die vermeintlich klare Trennung zwischen Austrag und Schiedsverfahren wurde allerdings bei letztwilligen Anordnungen nicht durchgehalten. So handelt die Disputation von *Schoepf* von Erbausträgen, was sich bereits deutlich in ihrem deutschsprachigen Untertitel „[Von] Gewillkührten Stamm- und Erb-Austrags-Richtern“ zeigt.⁶⁸ Trotzdem wurde die Arbeit zu Beginn des 20. Jahrhunderts z. B. durch *Altenrath*⁶⁹ und *Van Cleef*⁷⁰ zitiert, obwohl beide über letztwillig angeordnete Schiedsverfahren und nicht über letztwillig angeordnete Austräge schrieben.

Eine weitere Überschneidung von Erbaustrag und letztwillig verfügbarem Schiedsverfahren findet sich in *von Kreittmayrs* Kommentar zum *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii*. Rund die Hälfte seiner Anmerkungen zur Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen verwendet er auf die Frage, ob fürstliche und gräfliche Testatoren jeden Rekurs gegen den Schiedsspruch ausschließen können und berichtet, dass der Reichshofrat solche Testamente nur mit der

⁶⁵ *Moser*, Von der Teutschen Justiz-Verfassung, Buch 1, Capitel 2, § 3 (50–51); ähnlich *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Band VI/1, § 475 a.E. (67–68).

⁶⁶ *Meurer*, in: Baumann/Oestmann/Wendehorst u.a., Prozesspraxis im Alten Reich, 17, 51.

⁶⁷ *Frühauf*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 59 f.; *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1, 16.

⁶⁸ *Schoepf*, Disputatio juridica de arbitris necessariis, cum primis austregis conventionalibus ac testamentariis, Titelblatt.

⁶⁹ *Altenrath*, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, 55 f.

⁷⁰ *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 10.

Maßgabe bestätigt, dass der Rekurs „ad Augustissimum“ erhalten bleiben muss.⁷¹ Damit dürfte der Rekurs zu den kaiserlichen Gerichten, also zum Reichskammergericht oder zum Reichshofrat, gemeint sein.

Von *Kreittmayr* bezieht sich hier zwar nicht auf das neue bayerische Recht, denn nach diesem konnte der Testator „seinen Successoribus all weiteren Recurs [...]“ abschneiden.⁷² Dennoch sah er die Vorschrift des *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* offensichtlich in der Tradition der Erbausträge. Denn nur für gewillkürte Austräge, zu denen die Erbausträge zählten, kam eine königliche oder kaiserliche Bestätigung in Frage.⁷³ Umgekehrt ist nicht ersichtlich, warum der Reichshofrat bei einem „echten“ Schiedsverfahren auf der Möglichkeit einer Appellation bestehen sollte. Für ein Austrägalverfahren war hingegen charakteristisch, dass es nur erste Instanz vor dem eigentlichen Verfahren vor dem Reichskammergericht war.⁷⁴

Ein weiteres wichtiges Indiz dafür, dass sich die letztwillige Schiedsverfügung aus den Erbausträgen entwickelte, ist die soziale Klasse, in der letztwillige Schiedsverfügungen vornehmlich verwendet wurden. Erbausträge konnten nur von Adeligen angeordnet werden, denn nur Adelige durften überhaupt Austräge abhalten. Und auch letztwillige Schiedsverfügungen tauchten bis in das 20. Jahrhundert hinein vor allem in den Testamenten oder Erbverträgen adeliger Familien auf.⁷⁵

Beispielsweise hatten sich *Hermann Rehm* und *Paul Oertmann* zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit der Frage zu befassen, ob Schiedsklauseln in den Hausverfassungen hochadliger Familien nach Inkrafttreten von ZPO und BGB fortgelten konnten.⁷⁶ Interessant ist, dass beide Autoren diese Schiedsklauseln unter dem Gesichtspunkt von § 1048 ZPO a.F. (§ 1066 ZPO n.F.) behandeln.⁷⁷ Besonders deutlich wird die historische Kontinuität bei *Rehm*:

⁷¹ v. *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Iudiciarii, Cap. 17, § 2, Rn. n (587–588).

⁷² v. *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Iudiciarii Cap. 17, § 2, Rn. n (587–588); siehe auch *Anbuhl*, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 14 f.

⁷³ *Frühauf*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 59 f.; *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1, 16.

⁷⁴ *Gohren*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1, 24; *Frühauf*, Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, 55.

⁷⁵ Vgl. *Otte*, in: Schmoekel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 62; *Werner*, ZEV 2011, 506, 506.

⁷⁶ *Rehm*, Die standesherrliche Schiedsgerichtsbarkeit, 1 ff.; *Oertmann*, ZZZ 43 (1913), 1 ff.; vgl. auch *Loening*, Die Autonomie der standesherrlichen Häuser Deutschlands nach dem Rechte der Gegenwart, 152–154.

⁷⁷ *Oertmann*, ZZZ 43 (1913), 1, 2: „[...] ist § 1048 für unsere Frage von großer Wichtigkeit“; *Rehm*, Die standesherrliche Schiedsgerichtsbarkeit, 13 f.

„Da ist nun kein Zweifel, daß sich von der Mitte des 14. Jahrhunderts an in den Hausverträgen, Erbeinigungen, *Testamenten* usw. der hochadeligen Familien Bestimmungen finden, die Mitglieder des Hauses sollten ihre Streitigkeiten nicht vor dem ordentlichen Richter, sondern durch *Austräger* schlichten lassen.“⁷⁸

Zwar unterscheidet auch *Rehm* wieder zwischen Austrägen und „privaten“ (d. h. römischrechtlich geprägten) Schiedsgerichten.⁷⁹ Doch nicht diese rechtstechnische Unterscheidung ist im hiesigen Zusammenhang bedeutend, sondern der Umstand, dass vor allem Adelige in ihren Testamenten Bestimmungen darüber trafen, wie Erbstreitigkeiten entschieden werden sollten.

Ein Beispiel aus noch jüngerer Zeit für die enge historische Verbindung zwischen Adelsstand und letztwilliger Schiedsverfügung bildet die Erbfolge im Haus Hohenzollern, die zum Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2004 führte.⁸⁰ In jenem Erbvertrag war angeordnet, dass ein Schiedsgericht „über alle Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten, die bei der Auslegung und Ausführung dieses Erbvertrages [...] entstehen“, ⁸¹ entscheiden solle. Dieses Schiedsgericht kam freilich nie zum Zuge, weil alle Streitigkeiten im Erbscheinsverfahren verhandelt und entschieden wurden.⁸²

b) Testamentsvollstreckung und letztwillige Schiedsverfügungen

Im 19. Jahrhundert zeigte sich die Verwandtschaft der letztwilligen Schiedsverfügung mit einem weiteren Rechtsinstitut, nämlich mit der Testamentsvollstreckung.⁸³ Eine wichtige Rolle spielte dabei die Befugnis des Testamentsvollstreckers, Streitigkeiten zwischen den Erben zu entscheiden. Der Testamentsvollstrecker sollte zwischen den Nachlassbeteiligten schlichten und, wenn erforderlich, den letzten Willen des Erblassers durch Auslegung

⁷⁸ *Rehm*, Die standesherrliche Schiedsgerichtsbarkeit, 18 f. (Hervohebungen des Verf.).

⁷⁹ *Rehm*, Die standesherrliche Schiedsgerichtsbarkeit, 2; ähnlich *Oertmann*, ZZP 43 (1913), 1, 4 f.

⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008 – *Hohenzollern*.

⁸¹ Zitiert nach *Otte*, FamRZ 2006, 309, 309.

⁸² Zum Verhältnis von letztwilliger Schiedsverfügung und Erbscheinsverfahren unten Kapitel 4 – C.II.3. (200); krit. zur Behandlung der Klausel durch das Nachlassgericht im Hohenzollernfall *Otte*, FamRZ 2006, 309, 309–312.

⁸³ Vgl. *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Band II, § 1060 (S. 257 f.); *J. Scholz*, Über Testaments-Vollzieher, 54–57; *Beseler*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 9 (1845), 144, 196 f.; *Roth*, Bayrisches Civilrecht, Band III, 810 f.; *Gengler*, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Band II, 1475 (allerdings mit dem Hinweis, dass ein Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht Schiedsrichter sei, sondern nur, wenn die Erben ein *compromissum* geschlossen haben und der Testamentsvollstrecker das Schiedsrichteramt per *receptum* angenommen habe). Vgl. auch *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Band III, § 166 (S. 455) (dort Fn. 4): „Zeitweise sah man in der schiedsrichterlichen Stellung des Testamentsexekutors das Wesen des Instituts [sc. der Testamentsvollstreckung].“

feststellen.⁸⁴ Damit war zum Teil die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur „authentischen“ Interpretation verbunden, d.h. der Testamentsvollstrecker sollte den Sinn des Testaments verbindlich festlegen, ohne dass diese Festlegung der gerichtlichen Kontrolle unterlag.⁸⁵ Noch größere Machtfülle besaß ein Testamentsvollstrecker, dem der ganze Nachlass zur Verteilung nach Gutdünken überlassen wurde, was unter gewissen Voraussetzungen nach kanonischem Recht möglich war.⁸⁶

Freilich liegt in keiner dieser Befugnisse des Testamentsvollstreckers die Befugnis zur schiedsrichterlichen Streitentscheidung nach heutigem Verständnis: Soweit der Testamentsvollstrecker zwischen den Erben vermitteln sollte, ist er aus moderner Sicht Mediator. Soweit er den letzten Willen des Erblassers verbindlich feststellen sollte, ist er Schiedsgutachter, nicht Schiedsrichter. Trotzdem erfüllte ein Testamentsvollstrecker, der diese Befugnisse hatte, ähnliche Funktionen wie ein Schiedsrichter, denn dadurch, dass seine Entscheidungen nicht gerichtlich überprüfbar waren, traf er *de facto* eine endgültige Streitentscheidung.

Signifikant ist vor allem, dass diese Aufgaben des Testamentsvollstreckers im 19. Jahrhundert als *schiedsrichterliche* Aufgaben verstanden wurden. So hatte sich z.B. das HansOLG 1881 mit folgender Anordnung zu befassen:

„Der Testator hat für den Fall, daß in dem Testament Dunkelheiten oder Zweideutigkeiten sich finden sollten, die Executoren berufen, seinen Willen zu ergänzen und endgültig dasjenige festzustellen, was das Testament im Unklaren lässt, ohne daß den Beteiligten [...] eine gerichtliche Anfechtung jener Entscheidung gestattet sein soll.“⁸⁷

Das Gericht fragte sich, ob der Testamentsvollstrecker deshalb mit Erfolg die Schiedseinrede erheben konnte. Zwar verneinte es diese Frage im Ergebnis, doch entscheidend ist, dass es die beschriebene Ermächtigung des Testamentsvollstreckers

⁸⁴ Vgl. J. Scholz, Über Testaments-Vollzieher, 54; Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Band II, 1475; vgl. auch ALR Teil 1 Titel 12 § 561: „Wenn über den Sinn der Verordnung des Erblassers zwischem dem Testamentsvollzieher und dem Erben gestritten wird, so gebührt, in zweifelhaften Fällen, der Meinung des ersteren der Vorzug.“

⁸⁵ Vgl. Preußisches Obertribunal, Urt. v. 25.6.1858 – o. Az., Strieth. Arch. 31, 4, 7; Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Band III, § 166 (S. 455); Van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 8 f.

⁸⁶ Vgl. Dekretale Gregors IX in X.3.26.13: „[...] qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur decedere intestatus“ (Text nach Richter/Friedberg, Corpus iuris canonici). Zur Bedeutung dieser Dekretale z.B. Kipp/Coing, Erbrecht, 122; R. Zimmermann, „Quos Titius voluerit“, 16 (dort Fn. 49). Hinweis auf die Dekretale im Zusammenhang letztwilliger Schiedsverfügungen bei Van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 7.

⁸⁷ HansOLG, Urt. v. 24.4.1881 – o. Az., SeuffArch 7 (1882), 223, 224.

mentsvollstreckers zur Streitentscheidung überhaupt aus der Perspektive des Schiedsverfahrensrechts behandelte.⁸⁸

Unter Geltung des BGB kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht mehr dazu ermächtigen, das Testament authentisch auszulegen, weil der Testamentsvollstrecker hierdurch faktisch seinen eigenen Willen an die Stelle des Erblasserwillens setzen würde, was gegen § 2065 BGB verstößt.⁸⁹ *Otte* hat daher angemahnt, dass der Begriff der „authentischen Auslegung“ in Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen nicht mehr gebraucht werden sollte.⁹⁰

Das ist für das geltende Recht zutreffend, denn heute haben weder ein Testamentsvollstrecker noch ein Schiedsrichter die Befugnis, das Testament „authentisch“ auszulegen. Beide können nur erläuternd oder ergänzend auslegen, wobei die Auslegung des Testamentsvollstreckers voll gerichtlich überprüfbar ist, während die Auslegung des Schiedsgerichts nur im engen Rahmen von § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO überprüft werden kann.⁹¹ Aber der Umstand, dass überhaupt noch über die Befugnis zur authentischen Interpretation geschrieben wird,⁹² zeigt die historische Nähe zwischen Testamentsvollstreckern und letztwillig eingesetzten Schiedsrichtern.

III. Gesetzgebungsgeschichte

Letztwillige Schiedsverfügungen gehen in Deutschland also auf die Erbausträge einerseits und auf die gerichtlich nicht überprüfbare Entscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers andererseits zurück. Sowohl die Erbausträge als auch die Entscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers sind lange aus dem Rechtsleben verschwunden, während die letztwillige Schiedsverfügung weiterlebt. Das hat sie vor allem dem Umstand zu verdanken, dass

⁸⁸ Ähnlich Preußisches Obertribunal, Urt. v. 25.6.1858 – o. Az., *Strieth. Arch.* 31, 4 ff.; OLG Kiel, Urt. v. 8.12.1911 – U II 115/11, *SchlHA* 1912, 65 ff. (in Bezug auf ein Testament aus dem Jahr 1836).

⁸⁹ RG, Urt. v. 29.4.1907 – IV 506/06, *RGZ* 66, 103, 105; vgl. auch BGH, Urt. v. 22.1.1964 – V ZR 37/62, *BGHZ* 41, 23, 25. Abl. bereits vor Inkrafttreten des BGB z.B. HansOLG, Urt. v. 24.4.1881 – o. Az., *SeuffArch* 7 (1882), 223, 224: „Die Frage, ob überhaupt eine Dunkelheit oder Zweideutigkeit des Testaments [...] vorliegt, ist durch jene Bestimmung der gerichtlichen Cognition nicht entzogen. Denn keineswegs ist es der Willkür der Executoren überlassen, Zweifel und Dunkelheiten [...] erst künstlich zu schaffen und unter dem Vorwande solcher Zweifel und Dunkelheiten Bestimmungen zu treffen, welche den im Testament enthaltenen Verfügungen zuwiderlaufen.“

⁹⁰ *Otte*, in: *FS Rheinisches Notariat*, 241, 248; *ders.*, in: *Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, 62, 68 f.

⁹¹ Vgl. *Otte*, in: *FS Rheinisches Notariat*, 241, 248.

⁹² Beispielsweise von *U. Walter*, *MittRhNotK* 1984, 69, 77; *Schütze*, *BB* 1992, 1877, 1881; *Stein/Jonas-Schlosser*, § 1066 ZPO, Rn. 3.

es bereits im *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* aus dem Jahr 1753 eine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen gab. Die bayerische ZPO aus dem Jahr 1869 setzte diese bayerische Besonderheit fort. Die entsprechende Vorschrift der bayerischen ZPO wurde dann in die Reichs-ZPO des Jahres 1879 übernommen, um heute als § 1066 ZPO den Dreh- und Angelpunkt der Diskussion um letztwillige Schiedsverfügungen zu bilden.

1. *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* 1753

Der *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* aus dem Jahr 1753 enthielt die erste gesetzliche Regelung über letztwillige Schiedsverfügungen aus dem deutschsprachigen Raum. Dort heißt es in Kapitel 17 § 2 Abs. 12:

„So viel endlich die durch letztwillig und andere Dispositiones verordnete Compromissen belangt, kann sich deren kein Successor ohne Bewilligung anderer mit interessirter entschlagen, wo im übrigen es aber mit dergleichen Schieds-Richtern die nemliche Beschaffenheit hat, wie mit jenen, welche sich die Partheyen selbst aus freyen Willen erwählet haben, und soll der hierin vorgeschriebene Modus allzeit ohnabweichlich beybehalten werden.“⁹³

In dieser Urvorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen finden sich zwei Elemente, die bis heute im Gesetz enthalten sind: zum einen das Nebeneinander von „letztwilligen“ und „anderen“ Verfügungen, durch die ein Schiedsverfahren angeordnet werden kann; zum anderen der Verweis, dass für derartig verfügte Schiedsverfahren die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren entsprechend gelten. Anders als § 1066 ZPO ordnete der *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* ausdrücklich an, dass letztwillige Schiedsverfügungen die Erben binden, nämlich durch die Worte „kann sich deren kein Successor ohne Bewilligung anderer [...] entschlagen“ und „soll der hierin vorgeschriebene Modus [...] allzeit beibehalten werden“.

Da es sich beim *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* nicht um das Werk einer Kommission, sondern um das persönliche *Œuvre* von *Kreittmayrs* handelt, gibt es keinerlei Entwürfe, Vorarbeiten oder andere Materialien, die Auskunft darüber geben könnten, wieso die Vorschrift aufgenommen wurde. Stattdessen verfasste *von Kreittmayr* selbst zwei Schriften über seine Kodifikation, nämlich einen ausführlichen Kommentar und ein kürzeres Kompendium. Der Kommentar enthält zwar keine ausdrücklichen Hinweise auf die Ursprünge der Vorschrift, dafür aber die bereits erwähnte Erläuterung der Frage, ob der Erblasser jedes Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch ausschließen dürfe. Nach dem *Codex Iuris Bavarici Iudicarii* habe der Erblasser das Recht dazu, aber der kaiserliche Reichshofrat bestätige derlei „Dispositiones“ nur mit der Maßgabe, dass der Rekurs an die höchsten Reichsgerichte erhalten bleiben

⁹³ Text nach der Ausgabe „*Codex Iuris Bavarici Iudicarii* de Anno MDCCLIII“, München 1754.

muss.⁹⁴ Hiermit ist die letztwillige Schiedsverfügung in unmittelbare Nähe der Erbausträge gerückt. Die Vermutung liegt daher nahe, dass *von Kreittmayr* die Rechtstradition der Erbausträge aufgriff und mit der römischrechtlichen Schiedsvereinbarung (*compromissum*) verband, sodass daraus „durch letztwillig Dispositiones verordnete Compromiss[e]“ wurden.

In seinem kürzeren Kompendium widmet *von Kreittmayr* der Vorschrift nur einen einzigen, rein deskriptiven Satz.⁹⁵ *Johann Adam Seuffert* behandelt sie in seinem Kommentar zum *Codex Juris Bavarici Iudiciarii* aus dem Jahr 1844 dann überhaupt nicht mehr.⁹⁶ Beides deutet darauf hin, dass letztwillige Schiedsverfügungen in der bayerischen Rechtspraxis des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts keine große Rolle gespielt haben.

2. Bayerische Zivilprozessordnung 1869

Obwohl es keine Anzeichen dafür gibt, dass letztwillige Schiedsverfügungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gebräuchlicher geworden wären, behielt der bayerische Gesetzgeber die Regelung aus Kap. 17 § 2 Abs. 12 *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* in vereinfachter Form in der bayerischen ZPO von 1869 bei.⁹⁷ Deren Art. 1344 ordnete an:

„Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügungen oder andere nicht auf Übereinkunft beruhende Dispositionen angeordnet werden, finden die für die Fälle des Art. 1319 Abs. 2 gegebenen Vorschriften Anwendung.“

Art. 1319 Abs. 2, auf den die Vorschrift verweist, enthielt die Regelung über Schiedsvereinbarungen, die sich auf künftige Streitigkeiten beziehen. Im Wesentlichen entsprach Art. 1344 bayZPO damit dem heute geltenden § 1066 ZPO.

Der erste Entwurf des bayerischen Justizministeriums hatte keine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen enthalten.⁹⁸ Sie gelangte auf Vorschlag des Abgeordneten *von Neumayr* ins Gesetz, der vortrug:

⁹⁴ v. *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Iudiciarii, Cap. 17, § 2, Rn. n (587–588).

⁹⁵ v. *Kreittmayr*, Compendium Codicis Bavarici, Codex Iudiciarius, Cap. XVII, § 2 lit. k (S. 489).

⁹⁶ Vgl. *Seuffert*, Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung: Codex Iuris Bavarici Iudiciarii de Anno 1753, Band 4,1, 230–233. Auch in der zweiten Auflage von 1858 wird die letztwillige Schiedsklausel nicht erläutert.

⁹⁷ Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern vom 1.2.1869; Nachdruck als Band IV der Reihe „Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts“, Aalen 1975.

⁹⁸ Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages 1863, Beilagen-Band II (Verhandlungen des Gesetzgebungs-Ausschusses), 1. Abtheilung, Beilage A. Das Schiedsverfahrensrecht war in diesem Entwurf in den Art. 36–43 geregelt. Siehe auch *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 14 f.; *Anbuhl*, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 15 f.; *Vollmer*, Satzungsmäßige Schiedsklauseln, 61 f.

„Schließlich ist hier noch ein Punkt zu berühren, der bei Abfassung dieses Hauptstücks [d.h. des Hauptstücks über Schiedsgerichte] außer Acht geblieben zu sein scheint. Schiedsgerichte können nämlich nicht bloß durch Vertrag, sondern auch durch letztwillige Verfügungen oder andere Dispositionen wie z.B. Fideikomißstiftungen, Familienstatuten und dergleichen, bestellt werden [...]. Es wird keinen Bedenken unterliegen, daß auf solche Schiedsgerichte die Bestimmungen des gegenwärtigen Hauptstücks [...] Anwendung zu finden haben. Nothwendig aber dürfte es sein, dies im Gesetze ausdrücklich auszusprechen, weil außerdem aus der bloß von Partei-Übereinkommen handelnden Fassung des Art. 36 das Gegenteil gefolgert werden müsste.“⁹⁹

Leider geht aus dieser Stellungnahme nicht hervor, was sich *von Neumayr* unter einer letztwilligen Schiedsverfügung vorstellte, die „in gesetzlich statthafter Weise“ getroffen ist. Eine Äußerung hierzu wäre interessant, weil dieses Tatbestandsmerkmal aus Art. 1344 bayZPO in die Reichs-ZPO übernommen wurde und das Verständnis von § 1066 ZPO bis heute erschwert.

3. Reichszivilprozessordnung 1879 und 1900

Der bayerischen Zivilprozessordnung von 1869 war nur eine kurze Geltungsdauer beschieden, denn sie wurde zum 1. Oktober 1879 durch die Reichszivilprozessordnung (damals noch Civilprozessordnung; abgekürzt CPO) abgelöst, die zusammen mit den anderen Reichsjustizgesetzen 1877 verabschiedet worden war. Die CPO übernahm die Regelung der bayerischen ZPO fast wortgleich in ihren § 872. Die Begründung zu § 872 CPO begnügt sich mit dem Verweis auf die bayerische Vorschrift.¹⁰⁰ Diese geräuschlose Übernahme der bayerischen Vorschrift durch den Reichsgesetzgeber ist umso erstaunlicher, als keine andere Partikularprozessordnung eine ähnliche Vorschrift enthalten hatte.

Im Zuge der Anpassung der CPO an das BGB zum 1. Januar 1900 durch die sogenannte BGB-Novelle¹⁰¹ wurde § 872 zu § 1048. Dabei wurde die Vorschrift sprachlich minimal, nicht aber inhaltlich geändert.

4. Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz 1998

Durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22. Dezember 1997,¹⁰² das zum 1. Januar 1998 in Kraft trat, wurde das deutsche Schiedsverfahrens-

⁹⁹ Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages in den Jahren 1863/65, Beilagen-Band II, 2. Abtheilung, Beilage E (Vortrag des Abgeordneten v. *Neumayr* über Buch I und II des Entwurfs einer Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten), 30.

¹⁰⁰ *Hahn* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Jan. 1877, Band II/1, 1880, 490.

¹⁰¹ Verabschiedet 1898, RGBl., 410 ff.

¹⁰² BGBl. I, 3224 ff.

recht modernisiert und an das UNCITRAL-Modellgesetz angepasst.¹⁰³ Im Zuge dessen wurde § 1048 ZPO a.F. zu § 1066 ZPO n.F. und dabei abermals sprachlich, nicht aber inhaltlich geändert. Außerdem wurde das zehnte Buch der ZPO durch die Reform in Abschnitte unterteilt. § 1066 ZPO ist die einzige Vorschrift des zehnten und letzten Abschnitts, der den Titel „Außervertragliche Schiedsgerichte“ trägt.

Die Regierungsbegründung bemerkt, dass für die Vorschrift des § 1066 ZPO „nach wie vor ein Bedürfnis“ bestehe, geht dann aber nicht weiter auf letztwillige Schiedsverfügungen ein.¹⁰⁴ Dieses geringe Interesse der Regierungsbegründung an letztwilligen Schiedsverfügungen ist nicht erstaunlich. Zum einen enthält das UNCITRAL-Modellgesetz keine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen, sodass die Materie ohnehin nicht im Fokus der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit stand. Zum anderen hatte die „Renaissance“ letztwilliger Schiedsverfügungen in den 90er-Jahren noch nicht begonnen, weshalb sie auch rechtspraktisch kaum eine Rolle spielten.

Seitdem wurde § 1066 ZPO nicht mehr geändert. Inhaltlich entspricht die Vorschrift noch heute Art. 1344 der bayZPO von 1869 bzw. § 872 der CPO von 1879.

B. Regelungsgehalt des § 1066 ZPO nach geltendem Recht

§ 1066 ZPO hat in der Diskussion um letztwillige Schiedsverfügungen nicht wenig Verwirrung gestiftet. Das liegt vor allem daran, dass der Wortlaut der Vorschrift nicht erkennen lässt, ob und inwieweit letztwillige Schiedsverfügungen wirksam sind. Anders als der *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii*, der (in barocker Manier) anordnete, dass sich kein Erbe der Schiedsverfügung allein „entschlagen“ könne und dass der „vorgeschriebene Modus allzeit ohnabweichlich beybehalten“ werden müsse, enthält § 1066 ZPO nur den dürren Hinweis auf die „gesetzlich statthaft[e] Weise“ und belässt es im Übrigen bei einer Generalverweisung auf die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren.

Dennoch muss die Suche nach dem Geltungsgrund und den Geltungsgrenzen letztwilliger Schiedsverfügungen mit § 1066 ZPO beginnen. Hierzu werden Tatbestand und Rechtsfolge der Norm dargestellt und analysiert. Besonderes Augenmerk gilt dabei dem Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ und der Frage, ob hierin Antworten auf die Frage nach der Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung zu finden sind.

¹⁰³ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 1.

¹⁰⁴ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 66.

I. Tatbestand von § 1066 ZPO

Liest man § 1066 ZPO durch die Optik von Tatbestand und Rechtsfolge, lassen sich „Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden“ als Tatbestand identifizieren. Unter den erwähnten Schiedsgerichten, die durch *andere* nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, versteht man die sogenannten statutarischen Schiedsgerichte, also solche, die durch die Satzungen von juristischen Personen angeordnet werden.¹⁰⁵ Auf statutarische Schiedsgerichte wird im Folgenden nur insoweit eingegangen, als sich aus dem Vergleich mit ihnen Erkenntnisse in Bezug auf letztwillig verfügte Schiedsgerichte gewinnen lassen.

1. Schiedsgericht

Erstes Tatbestandsmerkmal ist ein „Schiedsgericht“. Damit ist eine justizförmige Streitentscheidung durch einen oder mehrere unabhängige private Dritte gemeint.¹⁰⁶ Die Entscheidung eines Schiedsgerichts hat Urteilswirkung (§ 1055 ZPO) und kann durch das staatliche Exequatur Vollstreckungswirkung erhalten (§ 1060 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO).

Hierdurch unterscheiden sich Schiedsgerichte – also auch letztwillig verfügte Schiedsgerichte – von Mediation einerseits und von Schiedsgutachten andererseits.¹⁰⁷ Bei der Mediation fehlt es an einer Streitentscheidung durch einen Dritten, denn der Mediator vermittelt zwischen den Streitparteien und entscheidet nicht selbst in der Sache.¹⁰⁸ Ein Schiedsgutachter trifft hingegen eine eigene Entscheidung, die sich jedoch auf ein materielles Rechtsverhält-

¹⁰⁵ Zu diesen monographisch *Anbuhl*, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 96–124; *Kees*, Grenzen der Zulässigkeit von Schiedsgerichtsklauseln in Vereinssatzungen; *Schütte*, Die Einsetzung von Schiedsgerichten durch die Satzungen juristischer Personen des Privatrechts; *Vollmer*, Satzungsmäßige Schiedsklauseln; *Schlösser*, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit; *Kölbl*, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen; *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext.

¹⁰⁶ Statt vieler *MüKo-ZPO-Münch*, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rn. 1; vgl. auch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2–8.

¹⁰⁷ *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 25–32; zur weiteren Abgrenzung gegenüber sog. „unechten“ Schiedsgerichten, deren Zuständigkeit auf Gesetzen oder völkerrechtlichen Verträgen beruht, *MüKo-ZPO-Münch*, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rn. 2. Solche „unechten“ Schiedsgerichte spielen im erbrechtlichen Kontext keine Rolle.

¹⁰⁸ *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 17; rechtsvergleichend *Hopt/Steffek*, in: dies., *Mediation*, 3, 12 („Vermittler ohne Entscheidungsgewalt“). Zum Wert der Mediation bei Erbstreitigkeiten siehe z. B. aus US-Perspektive *Radford*, *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 1 (2001), 241 ff.; *Bent*, *Haw. B.J.* 2004, 28 ff.; aus deutscher Perspektive *Fries/Lenz-Brendel/Roglmeier*, *ZErB* 2018, 53 ff.

nis, nicht aber auf einen prozessualen Rechtsstreit bezieht.¹⁰⁹ Zudem ist die Entscheidung des Schiedsgutachters in der Regel auf Billigkeit hin überprüfbar, während dies bei einem Schiedsspruch nicht der Fall ist.¹¹⁰

Im Einzelfall kann zweifelhaft sein, welche Art der *Alternative Dispute Resolution* gewollt war. Bei einer vertraglich vereinbarten Klausel kommt es dann auf den Willen der Parteien an, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Bei einer letztwilligen Verfügung ist entscheidend, was der Testator gewollt hat. Eine unklare oder mehrdeutige Klausel ist auszulegen, und zwar anhand der erbrechtlichen Auslegungsvorschriften. Diese Auslegung kann beispielsweise zu dem Ergebnis führen, dass kein Schiedsverfahren, sondern „nur“ ein Schiedsgutachten gewollt ist.¹¹¹ Ebenso kann es an einer verbindlichen Anordnung eines Schiedsverfahrens fehlen, z.B. wenn der Erblasser lediglich den Wunsch äußert, die Nachlassbeteiligten sollen auftretende Streitigkeiten möglichst in einem Schiedsverfahren austragen.¹¹²

2. Durch letztwillige Verfügung angeordnet

Das Schiedsverfahren muss durch eine letztwillige Verfügung angeordnet sein, damit der Anwendungsbereich von § 1066 ZPO eröffnet ist. Hieraus lässt sich dreierlei ableiten: Erstens muss es sich um eine formwirksame letztwillige Verfügung handeln, und zwar formwirksam nach den erbrechtlichen Vorschriften. Zweitens müssen auch die weiteren formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Erbrechts eingehalten sein. Drittens muss es sich um eine (einseitige) Verfügung handeln im Gegensatz zu einer (mehrseitigen) Vereinbarung.

¹⁰⁹ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 74; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 12.

¹¹⁰ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 78; MüKo-ZPO-Münch, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rn. 79.

¹¹¹ Vgl. z.B. RG, Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76, 77: Das Gericht hielt es für fernliegend, dass die Anordnung „Über etwaige Streitigkeiten entscheidet der Testamentsvollstrecker“ eine Schiedsverfügung darstellt, sah sich an diese Auslegung der Vorinstanz aber aus revisionsrechtlichen Gründen gebunden. Vgl. auch Otte, Anm. zu OLG Stuttgart, 19.8.1997 – 8 W 124/97, ZEV 1998, 187 (zur Einordnung des im „Hohenzollerntestament“ angeordneten „Schiedsgerichts“); Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 30.

¹¹² Vgl. z.B. *Archer v. Archer*, 2014 Tex. App. LEXIS 6551 (Tex. Ct. App. 2014): Das texanische Berufungsgericht hielt die Klausel in einem Trust „We request that any [...] disputes [...] be resolved by [...] arbitration in accordance with the Uniform Arbitration Act“ nicht für eine verbindliche Anordnung, sondern für einen bloßen Wunsch und lehnte es ab, sich auf dieser Grundlage für unzuständig zu erklären. Vgl. auch OLG Kiel, Urt. v. 8.12.1911 – U II 115/11, SchlHA 1912, 65, 65 (*in casu* verbindliche Anordnung, nicht bloßer Wunsch).

a) *Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften*

Es gibt zwei Formregime, die für letztwillige Schiedsverfügungen in Betracht kommen, nämlich das schiedsverfahrensrechtliche und das erbrechtliche. § 1031 Abs. 1–3 ZPO sieht vor, dass Schiedsvereinbarungen schriftlich geschlossen werden müssen, wobei das Gesetz für Schiedsvereinbarungen, an denen kein Verbraucher beteiligt ist, etliche Erleichterungen im Vergleich zur Schriftform nach § 126 BGB vorsieht.¹¹³ Das Erbrecht schreibt hingegen für Testamente gem. §§ 2232, 2247 Abs. 1 BGB notarielle Beurkundung oder Eigenhändigkeit vor, während Erbverträge gem. § 2276 Abs. 1 BGB stets beurkundet werden müssen.¹¹⁴ Bei Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, ist das Schiedsverfahrensrecht wiederum insofern strenger, als eine solche Vereinbarung gem. § 1031 Abs. 5 ZPO nur in einer Urkunde getroffen werden kann, die keine anderen Vereinbarungen außer der Schiedsvereinbarung enthält.

Im Ergebnis besteht Einigkeit, dass die Formvorschriften des Erbrechts auf letztwillige Schiedsverfügungen anzuwenden sind.¹¹⁵ Keine Einigkeit besteht hingegen darüber, woraus die Anwendung der erbrechtlichen anstelle der schiedsverfahrensrechtlichen Formvorschriften folgt: Impliziert bereits das Tatbestandsmerkmal „durch letztwillige Verfügung“, dass es sich um eine letztwillige Verfügung handeln muss, die den erbrechtlichen Formvorschriften genügt?¹¹⁶ Oder ist die erbrechtliche Formwirksamkeit Teil der in § 1066 ZPO genannten „gesetzlich statthafte[n] Weise“?¹¹⁷

Für die erste Ansicht spricht, dass der Gesetzgeber in aller Regel eine *formwirksame* letztwillige Verfügung meint, wenn er von letztwilligen Verfügungen spricht. Daher liegt es näher, die Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften bereits aus dem Tatbestandsmerkmal „durch letztwillige

¹¹³ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 345–350; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1031 ZPO, Rn. 3; *Musielak/Voit-Voit*, § 1031 ZPO, Rn. 4.

¹¹⁴ Formerleichterungen gelten bei Nottestamenten, hierzu *Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 31–42.

¹¹⁵ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 417 f. (Rn. 21); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116 (Rn. 21); RG, Urt. v. 5.2.1937 – VII 168/36, RGZ 153, 267, 270; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 155–157; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 163; *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 256; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 42 f.; *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 409 f. *Haas/Brosi*, ZJPInt 21 (2016), 323, 325 sehen darin die eigentliche Bedeutung von § 1066 ZPO.

¹¹⁶ *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 414; ähnlich *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 60.

¹¹⁷ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 417 f. (Rn. 21); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116 (Rn. 21); *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 738; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 29; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 5.

[...] Verfügung“ abzuleiten und nicht erst aus dem Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“. Allerdings macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob man sich auf das eine oder das andere Tatbestandsmerkmal stützt. Entscheidend ist vielmehr, dass die Anwendung der erbrechtlichen Formerfordernisse teleologisch geboten ist.¹¹⁸

Die strengen Formvorschriften des Erbrechts sind einerseits durch einen Umstand motiviert, den *Langbein* „worst evidence rule“ genannt hat: Der Erblasser, der als einziger sicher über seinen letzten Willen Auskunft geben könnte, fällt als Zeuge aus.¹¹⁹ Diese Unsicherheit versucht das deutsche Recht durch strenge Formvorschriften zu kompensieren.¹²⁰ Hierfür besteht auch bei letztwilligen Schiedsverfügungen ein Bedürfnis, denn wenn Streit darüber entstanden ist, ob die Verfügung tatsächlich vom Erblasser stammt, kann der vermeintliche Urheber nicht mehr gefragt werden.¹²¹ Die erbrechtlichen Formvorschriften erfüllen diese Beweisfunktion besser als die gelockerte Schriftform nach § 1031 Abs. 1–3 ZPO.

Andererseits dienen die erbrechtlichen Formvorschriften dazu, dem Erblasser die Wichtigkeit und Ernsthaftigkeit der letztwilligen Verfügung vor Augen zu führen.¹²² Die letztwillige Anordnung eines Schiedsverfahrens betrifft zwar nicht unmittelbar die Vermögensverteilung nach dem Tod. Trotzdem handelt es sich um eine Entscheidung von Ernsthaftigkeit und Tragweite, denn die Vor- und Nachteile eines letztwillig verfügten Schiedsverfahrens wollen sorgfältig bedacht und abgewogen sein. Die strengeren Formvorschriften des Erbrechts sind eher geeignet, den Erblasser einen Moment innehalten und nachdenken zu lassen, als § 1031 Abs. 1 ZPO, wonach beispielsweise eine als Entwurf gespeicherte E-Mail des Erblassers genügen würde.¹²³

b) Einhaltung weiterer formeller Vorschriften des Erbrechts

Eine nach den erbrechtlichen Vorschriften wirksame letztwillige Verfügung setzt ferner voraus, dass neben den Formvorschriften im engeren Sinne auch die übrigen formellen Voraussetzungen des Erbrechts eingehalten sind.

¹¹⁸ Vgl. *Haas*, ZEV 2007, 49, 50; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 43 f.

¹¹⁹ *Langbein*, Yale L.J. 103 (1994), 2039, 2044; zum deutschen Recht *Kipp/Coing*, Erbrecht, 126; *Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 1; *P. Scholz*, AcP 219 (2019), 100, 107.

¹²⁰ *Palandt-Weidlich*, § 2231 BGB, Rn. 1; *R. Zimmermann*, in: *Reid/De Waal/Zimmermann*, Testamentary Formalities, 175, 219; rechtsvergleichend *Reid/De Waal/Zimmermann*, in: dies., Testamentary Formalities, 432, 433.

¹²¹ *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 43.

¹²² *Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 2; *Palandt-Weidlich*, § 2231 BGB, Rn. 1; *MüKo-BGB-Hagena*, § 2231 BGB, Rn. 1.

¹²³ Vgl. *Musielak/Voit-Voit*, § 1031 ZPO, Rn. 4 m.w.N. zum formwirksamen Abschluss einer Schiedsvereinbarung per E-Mail.

aa) Unzulässigkeit der Stellvertretung

Während eine Schiedsvereinbarung grundsätzlich durch Stellvertreter geschlossen werden kann,¹²⁴ kann sich der Erblasser weder bei der Errichtung eines Testaments (§ 2064 BGB) noch beim Abschluss eines Erbvertrags (§ 2274 BGB) vertreten lassen. Der Ausschluss der Stellvertretung soll sicherstellen, dass der Erblasser seinen letzten Willen selbst gebildet und gehörig bedacht hat.¹²⁵ Eine solche höchstpersönliche Entscheidung ist auch bei letztwilligen Schiedsverfügungen wünschenswert, sodass das erbrechtliche Stellvertretungsverbot auch auf Schiedsverfügungen anzuwenden ist.

bb) Altersgrenze der Testierfähigkeit

Anknüpfend an das Stellvertretungsverbot regelt das Erbrecht die Testierfähigkeit abweichend von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit: Nach § 2229 Abs. 1 und 2 BGB ist ein Minderjähriger bereits mit Vollendung des sechzehnten Lebensjahres testierfähig, sofern er ein öffentliches Testament errichtet.¹²⁶ Indem das BGB das Alter der Testierfähigkeit gegenüber der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit um zwei Jahre herabsetzt (vgl. § 106 BGB) und zugleich auf eine Zustimmung der gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen verzichtet, führt es das Höchstpersönlichkeitsprinzip fort.¹²⁷

Für Schiedsvereinbarungen gelten hingegen die §§ 106–113 BGB, d.h. wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger eine Schiedsvereinbarung geschlossen hat, ist diese schwebend unwirksam und kann vom gesetzlichen Vertreter genehmigt werden.¹²⁸ Da das erbrechtliche Höchstpersönlichkeitsprinzip, wie gezeigt, auch bei letztwilligen Schiedsverfügungen seine Berechtigung hat, ist es sachgerecht, auch insofern § 2229 Abs. 1 und 2 BGB anzuwenden.¹²⁹ Hat also beispielsweise eine Fünfzehnjährige eine letztwillige Schiedsverfügung getroffen, ist diese nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig.

cc) Ehe oder Lebenspartnerschaft beim gemeinschaftlichen Testament

Das BGB sieht eine weitere formelle Voraussetzung für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments vor: Dieses kann nämlich nur von Eheleuten (§ 2265 BGB) und von eingetragenen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 LPartG)

¹²⁴ Statt aller MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 20.

¹²⁵ Palandt-Weidlich, § 2064 BGB, Rn. 1; MüKo-BGB-Leipold, § 2064 BGB, Rn. 1; für einen persönlichkeitsrechtlichen Erklärungsansatz siehe Goebel, DNotZ 2004, 101, 116 f.

¹²⁶ Ein Minderjähriger kann hingegen kein privatschriftliches Testament errichten (§ 2247 Abs. 4 BGB) und darf das öffentliche Testament nicht durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichten (§ 2233 Abs. 1 BGB). Auch einen Erbvertrag kann der Minderjährige als Erblasser nicht schließen; § 2275 Abs. 1 BGB.

¹²⁷ H. Lange/K. Kuchinke, Erbrecht, 345; BeckOGK-Grziwotz, § 2229 BGB, Rn. 9.

¹²⁸ Vgl. Musielak/Voit-Voit, § 1029 ZPO, Rn. 5; Zöller-Geimer, § 1029 ZPO, Rn. 19.

¹²⁹ Haas, SchiedsVZ 2007, 1, 3.

errichtet werden. Errichten zwei Personen, die nicht miteinander verheiratet oder verpartnert sind, ein gemeinschaftliches Testament, gilt für eine darin enthaltene Schiedsverfügung Folgendes: Wurde in der vereinfachten privatschriftlichen Form nach § 2267 BGB testiert, ist das Testament desjenigen, der den Text nicht selbst von Hand geschrieben hat, formnichtig,¹³⁰ womit zugleich die letztwillige Schiedsverfügung in Bezug auf seinen Nachlass formnichtig ist. Das Testament des anderen Teils, der den Text von Hand geschrieben hat, lässt sich nach § 140 BGB in ein formgültiges Einzeltestament umdeuten, soweit dies dem mutmaßlichen Willen des Testierenden entspricht.¹³¹ Die Schiedsverfügung ist dabei in der Regel aufrechtzuerhalten, weil sie ohnehin gem. § 2270 Abs. 3 BGB nicht als wechselbezügliche Verfügung angeordnet werden kann.¹³²

Gleiches gilt, wenn zwei nicht verheiratete oder verpartnerte Personen ein gemeinschaftliches Testament errichtet haben, aber beide in der für ein Einzeltestament erforderlichen Form testiert haben. Die beiden Testamente können dann in Einzeltestamente umgedeutet werden,¹³³ und auch hierbei entspricht es in der Regel dem mutmaßlichen Willen der beiden Testatoren, dass die letztwillige Schiedsverfügung erhalten bleibt.

c) Verfügung statt Vereinbarung

Schließlich gibt das Tatbestandsmerkmal „durch letztwillige [...] Verfügungen“ vor, dass das Schiedsverfahren verfügt sein muss und nicht vereinbart sein darf.¹³⁴ Die einseitige Anordnung durch den Erblasser, der naturgemäß nicht selbst Partei des Schiedsverfahrens ist, bildet das Hauptcharakteristikum der letztwilligen Schiedsklausel.¹³⁵ Es dient zugleich dazu, die letztwillige Schiedsklausel in drei Richtungen abzugrenzen:

¹³⁰ Palandt-Weidlich, § 2265 BGB, Rn. 3; K. W. Lange, Erbrecht, § 16 Rn. 88.

¹³¹ K. W. Lange, Erbrecht, § 16 Rn. 87; Kollmeyer, NJW 2018, 662, 663; Palandt-Weidlich, § 2265 BGB, Rn. 3.

¹³² Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, Rn. 36 (juris); Gockel, Anm. zu OLG Frankfurt, 4.5.2012 – 8 U 62/11, ZErB 2013, 304, 305. Nicht wechselbezügliche Verfügungen sind bei gescheiterten gemeinschaftlichen Testamenten in der Regel aufrechtzuerhalten: BGH, Urt. v. 16.6.1987 – IVa ZR 74/86, NJW-RR 1987, 1410, 1410; LG Bonn, Urt. v. 5.12.2002 – 18 O 301/02, NJW-RR 2004, 10, 10 f.; Palandt-Weidlich, § 2265 BGB, Rn. 3.

¹³³ Palandt-Weidlich, § 2265 BGB, Rn. 3; MüKo-BGB-Musielak, § 2265 BGB, Rn. 5.

¹³⁴ Je nach Lesart wird das zusätzlich verdeutlicht durch die andere Alternative des § 1066 ZPO, nämlich „Schiedsgerichte, die [...] [durch] andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden“. Das Attribut „nicht auf Vereinbarung beruhend“ kann sich auch auf letztwillige Verfügungen beziehen; doch grammatikalisch zwingend ist das nicht. Die Gesetzgebungsgeschichte ist unergiebig.

¹³⁵ Zöller-Geimer, § 1066 ZPO, Rn. 1; vgl. auch F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 155 („[...] einseitige, fremdbestimmte, den Rechtsweg der Schiedsgerichtsbarkeit gleichsam oktroyierende Klausel [...]“).

Erstens unterscheidet sich das letztwillig verfügte Schiedsverfahren hierdurch von einem Schiedsverfahren, das die Nachlassbeteiligten untereinander vereinbart haben.¹³⁶ Soweit der Streitgegenstand schiedsfähig ist (§ 1030 Abs. 1 ZPO), steht es den Nachlassbeteiligten frei, Schiedsvereinbarungen für einzelne oder alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Erbfall zu schließen. Tun sie dies, liegt hierin eine Ausübung der eigenen (prozessualen) Privatautonomie, weshalb sich die meisten Probleme letztwilliger Schiedsverfügungen nicht stellen.

Zweitens dient das Kriterium der „Verfügung“ dazu, die letztwillige Schiedsverfügung von der Rechtsnachfolge in eine Schiedsvereinbarung abgrenzen.¹³⁷ Eine Rechtsnachfolge von Todes wegen in eine Schiedsvereinbarung liegt vor, wenn der Erblasser eine Schiedsvereinbarung geschlossen hat, die nach dem Tod des Erblassers auch die Erben bindet, z. B. wenn diese einen ererbten, schiedsgebundenen Anspruch geltend machen wollen. Zwar sind die Erben auch in diesem Fall gezwungen, ein Schiedsverfahren anzustrengen, obwohl sie selbst keine Schiedsvereinbarung geschlossen haben. Das aber beruht auf der Gesamtrechtsnachfolge und nicht auf einer einseitigen Anordnung des Erblassers. Entsprechend fällt die Rechtsnachfolge von Todes wegen in eine Schiedsvereinbarung nicht unter § 1066 ZPO.

Drittens gewinnt der Unterschied zwischen Verfügung und Vereinbarung Bedeutung beim Erbvertrag gem. §§ 2274 ff. BGB.¹³⁸ Der Erbvertrag besitzt eine Doppelnatur, er ist Vertrag und Verfügung von Todes wegen zugleich.¹³⁹ Enthält ein Erbvertrag eine Schiedsklausel, besitzt auch diese eine Doppelnatur, je nachdem, auf welches Verhältnis sie sich bezieht: Bei Streitigkeiten zwischen den Parteien des Erbvertrags (z. B. über die Wirksamkeit des Rücktritts vom Erbvertrag) liegt eine Schiedsvereinbarung gem. § 1029 ZPO vor.¹⁴⁰ Gegenüber Nachlassbeteiligten, die den Erbvertrag nicht selbst ge-

¹³⁶ *Krug*, in: Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 18, Rn. 22.

¹³⁷ *Krug*, in: Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 18, Rn. 23.

¹³⁸ Erstaunlicherweise plädieren *F. Harder*, *Das Schiedsverfahren im Erbrecht*, 157 f. und *Dawirs*, *Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren*, 43 f. dafür, auch bei Schiedsverfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten die Vorschriften über Schiedsvereinbarungen insofern anzuwenden, als sich die gemeinschaftlich Testierenden gegenseitig bedenken. Das berücksichtigt zu wenig, dass die gemeinschaftlich Testierenden kein Rechtsgeschäft miteinander schließen, sondern jeweils ein einseitiges Rechtsgeschäft vornehmen. Anders daher zu Recht *Kohler*, *DNotZ* 1962, 125, 127; *U. Walter*, *MittRh-NotK* 1984, 69, 77; *Haas*, *ZEV* 2007, 49, 52; *Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 15; *Niklas*, *Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen*, 139 f.

¹³⁹ *MüKo-BGB-Musielak*, Vor § 2274 BGB, Rn. 2; vgl. ferner *Leipold*, *Erbrecht*, Rn. 495–497 („erbrechtlicher Vertrag sui generis“); *K. W. Lange*, *Erbrecht*, § 17 Rn. 143.

¹⁴⁰ OLG Hamm, *Urt. v. 8.10.1990 – 8 U 38/90*, *NJW-RR* 1991, 455, 456; *Bandel*, *NotBZ* 2005, 381, 388; *F. Harder*, *Das Schiedsverfahren im Erbrecht*, 88 f.; *Otte*, in: *Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, 62, 63; *Crezelius*, in: *FS H. P. Westermann*, 161, 167; *Dawirs*,

geschlossen haben, liegt hingegen eine letztwillige Schiedsverfügung gem. § 1066 ZPO vor.¹⁴¹

3. In gesetzlich statthafter Weise angeordnet

Bei der Voraussetzung, dass das Schiedsgericht „in gesetzlich statthafter Weise“ durch letztwillige Verfügung angeordnet sein muss, handelt es sich um das problematischste Tatbestandsmerkmal des § 1066 ZPO. Das liegt vor allem daran, dass dieses Tatbestandsmerkmal bei unbefangener Lektüre so verstanden werden kann, dass es andere gesetzliche Vorschriften gibt, die regeln, inwieweit eine letztwillige Schiedsverfügung statthaft ist.

Tatsächlich wurde das Tatbestandsmerkmal in den gut zwanzig Jahren zwischen Inkrafttreten der Reichs-CPO 1879 und Inkrafttreten des BGB 1900 so verstanden, dass die Partikularrechte regeln sollen, ob und inwiefern letztwillige Schiedsverfügungen gesetzlich statthaft sind. Mit Inkrafttreten des BGB fiel diese Verweisungsmöglichkeit weg und man fragte sich stattdessen, ob die letztwillige Schiedsverfügung einem der Typen letztwilliger Verfügungen entspricht, die das BGB vorsieht.

Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass die gesetzlich statthafte Weise, von der das Gesetz seit Art. 1344 bayZPO spricht, nie darin lag, dass andere Vorschriften, insbesondere Vorschriften des materiellen Erbrechts, die gesetzliche Statthaftigkeit regeln. Daher änderte sich auch mit Inkrafttreten des BGB nichts an der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit letztwilliger Schiedsverfügungen. Das Tatbestandsmerkmal ist letztlich durch Zufall in das Gesetz gekommen und bis heute beibehalten worden. Es erfüllt keine eigene Funktion.

a) Die gesetzlich statthafte Weise vor Inkrafttreten des BGB

Zwischen dem Inkrafttreten der CPO 1879 und dem Inkrafttreten des BGB 1900 wurde das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ so ausgelegt, dass § 872 CPO a.F. für die Frage, ob letztwillige Schiedsverfügungen statthaft sind und wie weit ihre Bindungswirkung reicht, in die materiellen Partikularrechte verweise.¹⁴² Die „gesetzlich statthafte Weise“ sollte sich, mit anderen Worten, aus den Partikularrechten ergeben.¹⁴³ Zugleich

Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 43; *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 410; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 4.

¹⁴¹ *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 88 f.; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 167; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 43; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 4; *Staudinger-Otte*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 6.

¹⁴² *Schloßmann*, JherJb 37 (1897), 301, 324–326; *Reincke*, Die Deutsche Civilprozessordnung, § 872; *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 17.

¹⁴³ Am deutlichsten *Reincke*, Die Deutsche Civilprozessordnung, § 872: „Die Voraussetzung der gesetzlichen Statthaftigkeit hat den Sinn, daß die CPO die Frage nach der

meinten die Prozessualisten, die § 872 CPO vor 1900 kommentierten, dass die letztwillige Schiedsverfügung „einem Rechtsbedenken nach keinem in Deutschland geltenden Civilrecht unterliege“.¹⁴⁴

In der partikularrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts findet sich indes nur wenig, um diese These der Prozessualisten zu untermauern. Unter den Autoren, die zum gemeinen Recht schrieben, erwähnen nur *Glück* und *Mühlenbruch* letztwillige Schiedsverfügungen, und zwar jeweils in den „Ausführlichen Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld“.¹⁴⁵ Dieses Werk baute, wie der Name sagt, auf dem Werk von *Hellfeld* aus dem 18. Jahrhundert auf, das letztwillige Schiedsverfügungen als Fall des Erbaustrags behandelt und für zulässig erklärt hatte.¹⁴⁶ In seinem eigenen Lehrbuch, das nicht auf *Hellfelds* Werk aufbaut, behandelt *Mühlenbruch* letztwillige Schiedsverfügungen nicht,¹⁴⁷ was darauf hindeutet, dass die Erwähnung in den „Ausführlichen Erläuterungen“ in erster Linie darauf beruht, dass er das Thema von *Hellfeld* übernahm. *André*, der eine ausführliche Schrift zum gemeinen Schiedsverfahrensrecht im 19. Jahrhundert verfasste,¹⁴⁸ erwähnte letztwillige Schiedsverfügungen ebenso wenig wie *Windscheid*.¹⁴⁹

Zum preußischen Privatrecht bemerkte *Dernburg*, dass die Einsetzung eines Schiedsgerichts durch eine testamentarische oder fideikommissarische Bestimmung vorgeschrieben werden kann, ohne dies an eine Vorschrift des ALR anzu-

Statthaftigkeit nicht selbst entscheidet, sondern dem materiellen Reichs- und Landesrecht überlassen will.“

¹⁴⁴ *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Band I, 67 (dort Fn. 13); ähnlich *Reincke*, Die Deutsche Civilprozessordnung, § 872; *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band II, § 872 (mit dem Hinweis, die letztwillige Schiedsklausel sei als *modus* zulässig).

¹⁴⁵ *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Band VI/1, § 478 (76); *Mühlenbruch*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Band XLIII, 418–420.

¹⁴⁶ *Hellfeld*, Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem, § 478 (192–193): „Aliquando tamen ex [...] testamenti [...] dispositione arbiter necessario est eligendus. Et inde arbitri sunt vel voluntarii, vel necessarii. Posterioris generis apud nos in Germania sunt Austragae.“ – „Manchmal ist es trotzdem wegen einer Bestimmung des Testaments notwendig, einen Schiedsrichter zu erwählen. Es gibt daher gewillkürte und notwendige Schiedsrichter. Letztere heißen bei uns in Deutschland Austräge.“ (Übersetzung des Verf.)

¹⁴⁷ Vgl. *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, § 433 (447 f.) (in Bezug auf das *compromissum*); *ders.*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, § 657 (271 f.) (in Bezug auf die Aufgaben der Testamentsvollstrecker).

¹⁴⁸ Vgl. *André*, Gemeinrechtliche Grundzüge I. der Schiedsgerichte. II. des Wasserrechts.

¹⁴⁹ Vgl. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, § 678 (447–448), wo unter der Überschrift „Sonstige letztwillige Anordnungen“ lediglich die Benennung eines Vormundes, Anordnungen über die Bestattung und Veräußerungsverbote behandelt werden. Erwähnt werden letztwillige Schiedsverfügungen diesem Werk erst unter Geltung des BGB durch einen Zusatz von *Kipp*: *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, § 678 (740–741).

knüpfen.¹⁵⁰ Insgesamt schlossen die Partikularrechte letztwillige Schiedsverfügungen wohl nicht aus, erkannten sie aber auch nicht explizit als wirksam an.¹⁵¹

Nach der Gesetzgebungsgeschichte, die zu § 872 CPO geführt hatte, war es hingegen auch gar nicht erforderlich, dass das materielle Recht letztwillige Schiedsverfügungen als einen möglichen Typus von letztwilligen Verfügungen ausdrücklich anerkennt. Vorbild für § 872 CPO war Art. 1344 der bayerischen ZPO von 1869.¹⁵² Diese bayerische Vorschrift erforderte erstmals, dass das Schiedsgericht „in gesetzlich statthafter Weise“ angeordnet sein müsse.¹⁵³ Dem bayerischen Abgeordneten *Max von Neumayr*, dessen Initiative Art. 1344 bayZPO zu verdanken ist, ging es darum, die Wirksamkeit von letztwilligen Schiedsverfügungen unter dem neuen Schiedsverfahrensrecht zu erhalten.¹⁵⁴ Dabei dürfte er gewusst haben, dass der damals geltende *Codex Maximilianeus* keine korrespondierende materiellrechtliche Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen enthielt.

Läse man Art. 1344 bayZPO so, dass das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ eine ausdrückliche Zulassung letztwilliger Schiedsverfügungen durch das materielle Recht erfordert, wäre die Vorschrift von Anfang an funktionslos gewesen. Eine solche Intention kann weder dem bayerischen Gesetzgeber unterstellt werden noch dem Reichsgesetzgeber, der die bayerische Vorschrift fast wortgleich übernahm. Wenn das Tatbestandsmerkmal überhaupt mehr als eine Floskel war, dürfte mit der „gesetzlich statthafter Weise“ daher die vorausgesetzte, aber im materiellen Recht nicht ausdrücklich ausgesprochene Befugnis des Erblassers gemeint gewesen sein, durch letztwillige Verfügung ein Schiedsverfahren anzuordnen.

b) Die gesetzlich statthafte Weise seit Inkrafttreten des BGB

Eigentlich änderte sich die Situation mit Inkrafttreten des BGB somit nicht wesentlich: Auch das BGB erklärt letztwillige Schiedsverfügungen weder für

¹⁵⁰ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Band I, § 143 (308); in *ders.*, Pandekten, Band I, § 166 (377, dort Fn. 2) wird die letztwillige Schiedsverfügung nur als Möglichkeit erwähnt, die § 872 CPO geschaffen hat, nicht als Institut des Pandektenrechts. Zum preußischen Recht auch *Anbuhl*, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 13 f.

¹⁵¹ Im Ergebnis ähnlich *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 25.

¹⁵² Hierzu oben Kapitel 1 – A.III.3. (35).

¹⁵³ *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 16 f. meint allerdings, dieses Tatbestandsmerkmal in Art. 1344 bayZPO beziehe sich nur auf statutarische, nicht auf letztwillig verfügte Schiedsgerichte. Eine solche Auslegung ist fernliegend, da „in gesetzlich statthafter Weise“ am Anfang der Vorschrift, also vor beiden Alternativen, steht. Seine Lesart hat dementsprechend keine Anhänger gefunden.

¹⁵⁴ Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages in den Jahren 1863/65, Beilagen-Band II, 2. Abtheilung, Beilage E (Vortrag des Abgeordneten v. *Neumayr* über Buch I und II des Entwurfs einer Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten), 30 (Text wiedergegeben oben auf S. 35).

wirksam noch für unwirksam. Allerdings nennt es in den §§ 1937–1941 vier Haupttypen von letztwilligen Verfügungen, nämlich Erbeinsetzung, Enterbung, Vermächtnis und Auflage. An anderer Stelle regelt das fünfte Buch des BGB weitere Typen von letztwilligen Verfügungen, wie beispielsweise die Teilungsanordnung (§ 2048 Satz 1 BGB), die Befreiung des Vorerben (§ 2136 BGB) und die Ernennung von Testamentsvollstreckern (§ 2197 BGB).¹⁵⁵ Hinzu kommen Vorschriften in den übrigen vier Büchern des BGB, wie beispielsweise die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen (§ 83 BGB), die Änderung des Begünstigten beim Vertrag zugunsten Dritter durch Verfügung von Todes wegen (§ 332 BGB) und die Benennung eines Vormunds (§ 1777 Abs. 3 BGB).¹⁵⁶

Es fragt sich daher, ob die in § 1066 ZPO genannte „gesetzlich statthafte Weise“ unter Geltung des BGB darin liegt, dass die letztwillige Schiedsverfügung einem Typus von letztwilligen Verfügungen entspricht, der im BGB geregelt ist. In Betracht kommen die Auflage nach § 1940 BGB oder das letztwillig angeordnete Schiedsgutachten nach § 2048 Satz 2 BGB.

aa) Letztwillige Schiedsverfügung als Auflage

Nach einer Ansicht stellt die letztwillige Schiedsverfügung eine Auflage im Sinne von §§ 1940, 2192–2196 BGB dar.¹⁵⁷ Die Erben oder Vermächtnisnehmer würden demnach im Wege der Auflage mit der Schiedsbindung beschwert. Hierin läge die „gesetzlich statthafte Weise“, in der letztwillig ein Schiedsverfahren angeordnet werden kann. Diese Deutung hätte die für das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit wichtige Konsequenz, dass die letztwillig verfügte Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht nur Erben und Vermächtnisnehmer erfassen könnte, denn nur Erben und Vermächtnisnehmer können gem. § 1940 BGB mit einer Auflage beschwert werden.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Für weitere letztwillige Verfügungen, die das BGB-Erbrecht vorsieht, siehe Staudinger-Otte, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 5.

¹⁵⁶ Für weitere Beispiele siehe wiederum Staudinger-Otte, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 13.

¹⁵⁷ Schiffer, BB Beil. 5 1995, 2, 3 (anders aber *ders.*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 68); J. Mayer, ZEV 2000, 263, 267; Henn, Schiedsverfahrensrecht, Rn. 212. Nach Kohler, DNotZ 1962, 125, 126 f. handelt es sich um eine Auflage, wenn das Schiedsgericht ausschließlich zuständig sein soll. Weitere Nachweise zur älteren Literatur bei Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 242 (dort Fn. 3).

¹⁵⁸ Das wird zuweilen als Argument dagegen angeführt, die letztwillige Schiedsverfügung als Auflage zu deuten, weil sonst der Testamentsvollstrecker nicht schiedsgebunden sein kann, so z. B. von K. W. Lange, ZZZ 128 (2015), 407, 416. Dieses Argument ist für sich genommen wenig überzeugend, weil der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker an die letztwillige Schiedsverfügung gebunden sein muss, seinerseits begründungsbedürftig ist.

Dagegen, die letztwillige Schiedsverfügung als Auflage aufzufassen, spricht jedoch, dass sich die Rechtsfolgen einer Auflage und die Rechtsfolgen einer Schiedsverfügung stark voneinander unterscheiden.¹⁵⁹ Die Auflage verpflichtet den Beschwerten, eine Leistung zu erbringen, ohne dass dem Leistungsempfänger ein entsprechender Anspruch auf die Leistung zugewendet wird. Nun ließe sich daran denken, dass die Begünstigten jeweils per Auflage verpflichtet werden, untereinander *Schiedsvereinbarungen* zu schließen. Eine solche Verpflichtung steht aber in Widerspruch zur Verweisung in § 1066 ZPO, nach der die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte entsprechend gelten. Die letztwillige Schiedsklausel zeitigt also dieselben Rechtswirkungen wie eine bereits geschlossene Schiedsvereinbarung und verpflichtet nicht lediglich zum Abschluss einer solchen Schiedsvereinbarung. Richtigerweise handelt es sich bei der letztwilligen Schiedsverfügung daher nicht um eine Auflage im Sinne der §§ 1940, 2192–2196 BGB.¹⁶⁰

bb) Letztwillige Schiedsverfügung als letztwillig angeordnetes Schiedsgutachten

Ein anderer Vorschlag, die letztwillige Schiedsverfügung in den Kanon der letztwilligen Verfügungen des BGB einzuordnen, ging dahin, diese Verfügung als Fall eines letztwillig angeordneten Schiedsgutachtens aufzufassen.¹⁶¹ § 2048 Satz 2 BGB ermöglicht es dem Testator, die Erbauseinandersetzung dem billigen Ermessen eines Dritten zu übertragen. Ferner kann der Erblasser nach §§ 2151–2154, 2156, 2192 f. BGB einen Dritten ermächtigen, den Begünstigten und den Inhalt eines Vermächnisses oder einer Auflage zu be-

¹⁵⁹ F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 61; Crezelius, in: FS H. P. Westermann, 161, 166; Otte, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 64 f.; K. W. Lange, ZJP 128 (2015), 407, 415 f.

¹⁶⁰ RG, Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76, 77; Schloßmann, JherJb 37 (1897), 301, 324; Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, 123 (dort Fn. 4); Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, 60 f.; Van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 30–32; Anbuhl, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 75 f.; Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 243; ders., in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 64 f.; Staudinger-ders., Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 7; Bandel, NotBZ 2005, 381, 382 f.; ders., MittBayNot 2017, 1, 6; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 60–63; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 255; Stein/Jonas-Schlosser, § 1066 ZPO, Rn. 3; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 39 f.; K. W. Lange, ZJP 128 (2015), 407, 415 f.

¹⁶¹ Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band II, § 2048 BGB; Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band IV, § 2048 BGB; Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 262; Blume, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band V/1, 35; vgl. ferner Nachweise bei Van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 28 f.

stimmen. Gem. § 2198 BGB kann er schließlich die Auswahl des Testamentsvollstreckers einem Dritten übertragen. In all diesen Fällen wird der Dritte als gestaltender Schiedsgutachter tätig.¹⁶²

Die Konsequenz wäre wiederum für das Erkenntnisinteresse der Arbeit bedeutend: Setzt man letztwillige Schiedsverfügung und letztwillig angeordnetes Schiedsgutachten gleich, erfasst die Schiedsverfügung nur Streitigkeiten, die Gegenstand eines letztwillig angeordneten Schiedsgutachtens sein können. Das wären nur Streitigkeiten um die Erbaueinandersetzung (§ 2048 Satz 2) und um die übrigen genannten Punkte, in denen das BGB eine Bestimmung durch einen vom Testator ernannten Dritten zulässt.¹⁶³

Für die Gleichsetzung von letztwilliger Schiedsverfügung und letztwilligem Schiedsgutachten spricht ein Satz aus den Motiven: Die erste Kommission meinte, mit der Befugnis des Erblassers, die Erbaueinandersetzung dem billigen Ermessen eines Dritten anheimzustellen, gehe zugleich die Befugnis einher, durch letztwillige Verfügung ein Schiedsverfahren anzuordnen.¹⁶⁴ Nach heutigem Verständnis spricht gegen diese Gleichsetzung, dass es wesentliche Unterschiede zwischen Schiedsgutachter und Schiedsrichter gibt. Der Schiedsgutachter stellt das materielle Recht fest oder gestaltet es um, wobei seine Entscheidung zumeist durch ein Gericht auf Billigkeit überprüft und korrigiert werden kann. Das Schiedsgericht entscheidet hingegen einen Rechtsstreit durch rechtskraftfähigen Spruch, der inhaltlich grundsätzlich nicht überprüfbar ist. Weil sich die Aufgaben des Schiedsgutachters und diejenigen des Schiedsrichters grundlegend unterscheiden, kann die letztwillige Schiedsverfügung nicht als Sonderfall des letztwillig angeordneten Schiedsgutachtens angesehen werden.¹⁶⁵

c) Die gesetzlich statthafte Weise als funktionsloses Tatbestandsmerkmal

Die letztwillige Schiedsverfügung lässt sich daher keinem der im BGB geregelten Typen von letztwilligen Verfügungen zuordnen. Es handelt sich um eine letztwillige Verfügung *sui generis*,¹⁶⁶ die im Einklang mit dem *numerus clausus* letztwilliger Verfügungen steht, weil sie durch § 1066 ZPO zugelassen ist.¹⁶⁷

¹⁶² Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 39 f.

¹⁶³ So in der Tat Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band V, § 128, mit der Einschränkung, dass die gerichtliche Kontrolle auf offenbare Unbilligkeit erhalten bleiben müsse.

¹⁶⁴ Motive 688, abgedruckt bei Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V, 370. Hierbei handelt es sich – soweit ersichtlich – um die einzige Erwähnung der letztwilligen Schiedsverfügung in den Materialien zum BGB.

¹⁶⁵ Van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 32; Anbuhl, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 76 f.; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 56 f.; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 30–32.

Nach überwiegender Meinung bleiben für das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ trotzdem zwei Funktionen übrig:¹⁶⁸ In formeller Hinsicht soll die „gesetzlich statthafte Weise“ darin liegen, dass die Schiedsverfügung in einer formwirksamen letztwilligen Verfügung enthalten sein muss. Das ist im Ergebnis zutreffend, lässt sich aber gleichermaßen aus dem Tatbestandsmerkmal „durch letztwillige [...] Verfügung“ ableiten, wenn man unterstellt, dass der Gesetzgeber damit eine formwirksame letztwillige Verfügung meint.¹⁶⁹

In materieller Hinsicht soll die „gesetzlich statthafte Weise“ darin liegen, dass sich die Schiedsverfügung auf Gegenstände beziehen muss, die der Verfügungsbefugnis des Erblassers unterliegen.¹⁷⁰ Diese Koppelung an das materielle Recht lässt sich zwar in dem Tatbestandsmerkmal verankern, aber nicht aus ihm ableiten. Denn wenn das materielle Recht Vorgaben für die Reichweite der Schiedsbindung macht, gelten diese Vorgaben unabhängig davon, ob sie in § 1066 ZPO erwähnt werden. *Czernich* hat daher in Bezug auf die sehr ähnliche Vorschrift des österreichischen Schiedsverfahrensrechts zutreffend bemerkt: „Unzulässige Schiedsklauseln werden nicht zulässig, nur weil der Gesetzgeber sie im Sinne einer Anwendungserstreckung erwähnt.“¹⁷¹

Das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ erweist sich somit als funktionslos.¹⁷² Es wurde vom Reichsgesetzgeber aus der bayerischen Vorschrift kopiert, obwohl es auch in Art. 1344 bayZPO allenfalls eine hinweisende Funktion erfüllte. Aus § 872 CPO wurde § 1048 ZPO a.F. und dann § 1066 ZPO, ohne dass sich der Gesetzgeber Gedanken darüber gemacht hätte, ob das Tatbestandsmerkmal nötig ist. Besser macht es die Schweiz: Dort hat der Bundesrat 2018 einen Vorschlag zur Schaffung zweier¹⁷³ Normen über letztwillige Schiedsverfügungen vorgelegt. Die Regelungs-

¹⁶⁶ *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 62 f.; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 40–42; ähnlich *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 94 („weist einen selbständigen Charakter auf“); *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 417 („erbrechtliche Verfügung sonstigen Inhalts“); ebenso *ders.*, Erbrecht, § 31 Rn. 57.

¹⁶⁷ Vgl. dazu, dass ein Typ von letztwilliger Verfügung nicht im BGB geregelt sein muss, um zulässig zu sein, *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 10.

¹⁶⁸ Vgl. aber *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 60, der das Tatbestandsmerkmal für funktionslos hält; gegen ihn *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 415.

¹⁶⁹ Hierzu oben Kapitel 1 – B.I.2.a) (39).

¹⁷⁰ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 418 (Rn. 22); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116 (Rn. 22); BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 112 (Rn. 12); *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 202; *Werner*, ZEV 2011, 506, 507; *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 413–418.

¹⁷¹ *Czernich*, in: FS *Eccher*, 275, 277; zum österreichischen Recht unten Kapitel 5 – A.I. (247).

¹⁷² Aus österreichischer Sicht *Czernich*, in: FS *Eccher*, 275, 277 f.

¹⁷³ Die Notwendigkeit zur Schaffung von zwei anstatt einer Norm ergibt sich daraus, dass es in der Schweiz zwei schiedsverfahrensrechtliche Kodifikationen gibt. Während das

technik orientiert sich dabei an der österreichischen und der deutschen Vorschrift, denn die zwei neuen Vorschriften sollen anordnen, dass die Bestimmungen über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren sinngemäß gelten, wenn die Schiedsklausel in einem einseitigen Rechtsgeschäft enthalten ist (Art. 178 Abs. 4 IPRG-E und Art. 358 Abs. 2 chZPO-E).¹⁷⁴ Auf ein Tatbestandsmerkmal wie „in gesetzlich statthafter Weise“ verzichtet der Entwurf hingegen zu Recht.

II. Rechtsfolge von § 1066 ZPO

Als Rechtsfolge ordnet § 1066 ZPO an, dass für letztwillig verfügte Schiedsgerichte die Vorschriften des zehnten Buchs der ZPO, also die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren, entsprechend gelten. Daraus, dass diese Vorschriften lediglich „entsprechend“ gelten, folgerte bereits das Reichsgericht, dass nicht alle Vorschriften des zehnten Buchs ausnahmslos anzuwenden sind.¹⁷⁵ Heute ist anerkannt, dass insbesondere die Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen (§ 1031 ZPO) auf letztwillige Schiedsverfügungen nicht anwendbar sind, sondern dass stattdessen die Formvorschriften des materiellen Erbrechts gelten.¹⁷⁶

1. Entsprechende Anwendung der Vorschriften des zehnten Buchs der ZPO

Von den Formvorschriften abgesehen, gelten die meisten Vorschriften des zehnten Buchs für letztwillig verfügte Schiedsverfahren entsprechend, insbesondere die Vorschriften über den Anwendungsbereich (§ 1025 ZPO), über die Kompetenz des Schiedsgerichts (§ 1040 ZPO), über die Aufhebung eines ergangenen Schiedsspruchs (§ 1059 ZPO) und über Anerkennung und Vollstreckung (§§ 1060 f. ZPO). Soweit die Vorschriften auf Vereinbarungen der Parteien Bezug nehmen (so z.B. bei der Anzahl der Schiedsrichter in § 1034 Abs. 1 ZPO oder beim Schiedsort in § 1043 Abs. 1 ZPO), folgt aus der entsprechenden Anwendung, dass an die Stelle der Parteivereinbarung die Verfügung des Erblassers tritt.¹⁷⁷

2. Keine Beachtung der Schiedsverfügung von Amts wegen

Bei vertraglichen Schiedsvereinbarungen entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass das staatliche Gericht die Schiedsgebundenheit des eingeklagten Anspruchs nur auf entsprechende Einrede des Beklagten hin berücksich-

Binnenschiedsrecht in der schweizerischen ZPO geregelt ist, findet sich das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG.

¹⁷⁴ BBl. 2018, 7213 ff.; zum schweizerischen Recht unten Kapitel 5 – A.III. (254).

¹⁷⁵ RG, Urt. v. 5.2.1937 – VII 168/36, RGZ 153, 267, 270.

¹⁷⁶ Siehe Nachweise oben in Fn. 115.

¹⁷⁷ *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 3 f.

tigt.¹⁷⁸ Hierfür spricht schon der eindeutige Wortlaut von § 1032 Abs. 1 ZPO. Erhebt der Beklagte die Schiedseinrede nicht oder nicht rechtzeitig, entscheidet das staatliche Gericht in der Sache, sofern die übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind. Ebenso ist anerkannt, dass die Parteien eine Schiedsvereinbarung durch *actus contrarius* aufheben können.¹⁷⁹

Es fragt sich, ob abweichend hiervon die letztwillig verfügte Schiedsbindung von den staatlichen Gerichten *ex officio* und nicht nur auf Einrede des Beklagten hin zu beachten ist. Das OLG Celle hat diese Ansicht andeutungsweise und *obiter* in einem Beschluss aus dem Jahr 2015 geäußert.¹⁸⁰ Rechtstechnisch müsste hierfür die durch § 1066 ZPO angeordnete *entsprechende* Geltung von § 1032 Abs. 1 ZPO dazu führen, dass das staatliche Gericht die Klage von Amts wegen als unzulässig abweist, wenn es Kenntnis von einer letztwilligen Schiedsverfügung erhält.

Für eine Beachtung der letztwilligen Schiedsverfügung von Amts wegen spricht, dass der Erblasser selbst nicht mehr da ist, um seinen Willen durchzusetzen, sodass das Gericht an seine Stelle treten muss. Die besseren Gründe sprechen indes gegen eine solche Fürsorgepflicht des staatlichen Gerichts: Wenn der Kläger in Kenntnis der Schiedsverfügung Klage vor dem staatlichen Gericht erhebt und der Beklagte ebenfalls in Kenntnis der Schiedsverfügung darauf verzichtet, die Schiedseinrede zu erheben, liegt hierin eine Entscheidung der Parteien gegen das Schiedsverfahren. Eine solche Entscheidung der Lebenden setzt sich nach der Grundentscheidung des deutschen Erbrechts gegen den Willen des Erblassers durch, ebenso wie sich die Erben beispielweise über einen Auseinandersetzungsausschluss (§ 2044 BGB) einvernehmlich hinwegsetzen¹⁸¹ oder einen Auseinandersetzungsplan (§ 2048 Satz 1 BGB) einvernehmlich ändern können.¹⁸² Deshalb können die Parteien auch eine Vereinbarung schließen, mit der sie die letztwillig verfügte Schiedsbindung – freilich nur im Verhältnis zueinander – aufheben.¹⁸³

¹⁷⁸ Stein/Jonas-Schlosser, § 1032 ZPO, Rn. 1; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 316–317; MüKo-ZPO-Münch, § 1032 ZPO, Rn. 2; ders., in: FS Geimer, 461, 473–480; Musielak/Voit-Voit, § 1032 ZPO, Rn. 7; a.A. Wolff, SchiedsVZ 2015, 280, 284–286.

¹⁷⁹ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 609–611; Stein/Jonas-Schlosser, § 1029 ZPO, Rn. 95; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 325; MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 120.

¹⁸⁰ OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 848; ähnlich Wolff, SchiedsVZ 2015, 280, 283; Musielak/Voit-Voit, § 1066 ZPO, Rn. 2.

¹⁸¹ Röthel, Erbrecht, § 32 Rn. 67; Palandt-Weidlich, § 2044 BGB, Rn. 2.

¹⁸² H. Lange/K. Kuchinke, Erbrecht, 734; Jauernig-Stürner, § 2048 BGB, Rn. 1.

¹⁸³ Schiffer, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 81; Schulze, MDR 2000, 314, 315; Geimer, in: FS Schlosser, 197, 210; a.A. F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 159–161.

Haben die Parteien die letztwillige Schiedsverfügung hingegen schlicht übersehen oder hat es der Beklagte (z. B. aus Nachlässigkeit) versäumt, die Schiedseinrede rechtzeitig zu erheben, liegt keine einvernehmliche Entscheidung der Parteien gegen das Schiedsverfahren vor.¹⁸⁴ Trotzdem ist die letztwillige Schiedsverfügung auch in diesen Konstellationen nicht von Amts wegen zu beachten.¹⁸⁵ Die Einredelösung der ZPO dient nämlich vor allem der Prozessökonomie, indem sie für eine rasche Klärung sorgt, ob das staatliche Gericht den Rechtsstreit in der Sache prüfen und entscheiden kann.¹⁸⁶ Wäre die Schiedsverfügung von Amts wegen zu beachten, müsste das Gericht die Klage auch dann noch als unzulässig abweisen, wenn es die Schiedsverfügung erst nach mehreren Verhandlungsterminen bemerkt. Eine solche Verschwendung von Partei- und Justizressourcen ist nicht dadurch zu rechtfertigen, dass der Erblasser keine Möglichkeit hat, selbst für die Beachtung der Schiedsverfügung zu sorgen. Das Interesse an einer raschen und ressourcenschonenden Streitentscheidung überwiegt das Interesse des Erblassers an Beachtung der Schiedsverfügung.

3. Keine Sonderregelung der Schiedsfähigkeit in § 1066 ZPO

In der Diskussion um die Reichweite der letztwillig verfügbaren Schiedsbindung ist unnötige Verwirrung dadurch gestiftet worden, dass etliche Autoren dieses Problem unter der Rubrik „Schiedsfähigkeit“ behandeln.¹⁸⁷ Leider hat auch der BGH diesen terminologischen Fehlgebrauch übernommen und spricht in seinen beiden gleichlautenden Entscheidungen zur Schiedsbindung des Pflichtteilsanspruchs davon, dass dieser Anspruch nicht „schiedsfähig“ sei.¹⁸⁸

Der *terminus technicus* „Schiedsfähigkeit“ ist indes schon belegt und betrifft in seinen Unterkategorien subjektive und objektive Schiedsfähigkeit zwei Punkte, die wenig mit der Reichweite der letztwillig verfügbaren Schiedsbindung zu tun haben. *Subjektive Schiedsfähigkeit* bezeichnet die rechtliche Möglichkeit der Parteien, wirksam eine Schiedsvereinbarung abzuschließen und entspricht damit im Wesentlichen der Geschäftsfähigkeit im materiellen

¹⁸⁴ Zum Unterschied zwischen einvernehmlicher Aufhebung und Präklusion *Münch*, in: FS Geimer, 461, 475.

¹⁸⁵ So im Ergebnis, ohne Differenzierung nach Vorstellungsbild der Parteien, *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 48; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 244; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 210; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 160 f.; *Stein/Jonas-Schlosser*, § 1032 ZPO, Rn. 1.

¹⁸⁶ Vgl. *Münch*, in: FS Geimer, 461, 476.

¹⁸⁷ So z. B. *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 90; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 64 und *passim*; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 167 f.; *Werner*, ZEV 2011, 506, 508; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 418–428; *ders.*, ZEV 2017, 1, 5 f.

¹⁸⁸ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 418 (Rn. 27); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2117 (Rn. 27).

Recht.¹⁸⁹ Bei letztwilligen Schiedsverfügungen kommt es dagegen nicht darauf an, ob die Parteien wirksam eine Schiedsvereinbarung schließen können, sondern darauf, ob der Erblasser wirksam ein Schiedsverfahren dekretieren konnte, was von seiner Testierfähigkeit abhängt.

Objektive Schiedsfähigkeit meint hingegen die in § 1030 ZPO geregelte Frage, ob ein Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann oder ob an der Materie ein derartiges öffentliches Interesse besteht, dass sich der Staat ein Rechtsprechungsmonopol vorbehält.¹⁹⁰ § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO präzisiert, dass alle vermögensrechtlichen Ansprüche objektiv schiedsfähig sind. Bei fast allen erbrechtlichen Ansprüchen handelt es sich um vermögensrechtliche Ansprüche, sodass sie ohne weiteres objektiv schiedsfähig sind.¹⁹¹

Insbesondere handelt es sich beim Pflichtteilsanspruch, der kein Noterbenrecht, sondern nur einen Geldzahlungsanspruch darstellt,¹⁹² um einen vermögensrechtlichen Anspruch *par excellence*. Entsprechend musste auch der BGH anerkennen, dass der Pflichtteilsanspruch „nicht schlechthin schiedsunfähig“ ist und durch Schiedsvereinbarung sehr wohl der Entscheidung eines Schiedsgerichts unterstellt werden kann.¹⁹³ Dem Schiedsverfahrensrecht ist eine solche Unterscheidung zwischen „nicht schiedsfähig“ und „nicht schlechthin schiedsunfähig“ allerdings unbekannt.¹⁹⁴

Was der BGH eigentlich meinte, ist nicht die Schiedsfähigkeit, sondern die Schiedsbindung, d.h. die Frage, ob die letztwillige Schiedsverfügung den Pflichtteilsanspruch erfasst. Diese Vermischung ist nicht nur terminologisch unschön, sondern kann dazu führen, dass der Schiedsspruch aus dem falschen Grund aufgehoben wird.¹⁹⁵ Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO kann ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn er eine Streitigkeit betrifft, die nicht von der Schiedsvereinbarung erfasst war. Übertragen auf letztwillige Schiedsverfügungen kann ein Schiedsspruch danach aufgehoben werden, wenn er eine

¹⁸⁹ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 286–296 (dort auch zu Situation, in denen subjektive Schiedsfähigkeit und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit ausnahmsweise auseinanderfallen).

¹⁹⁰ Grundlegend zum alten Schiedsverfahrensrecht mit Betonung der Verfügbarkeit des Rechtsverhältnisses *Bork*, ZJP 100 (1987), 249, 253–259; zum neuen Schiedsverfahrensrecht Regierungsbegründung BT-Drucks. 13/5274, 34.

¹⁹¹ *Wegmann*, ZEV 2003, 20, 20; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 381; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 194; *Kröll*, NJW 2018, 836, 836. Auch *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 72 erkennt letztlich an, dass erbrechtliche Ansprüche in der Regel schiedsfähig sind.

¹⁹² Statt vieler *Röthel*, Erbrecht, § 38 Rn. 3.

¹⁹³ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 420 (Rn. 41); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2118 (Rn. 38).

¹⁹⁴ Krit. daher zu Recht *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 49 f.; *Bandel*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 355.

¹⁹⁵ *Bandel*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 354 f.

Streitigkeit betrifft, die nicht von der Schiedsverfügung erfasst war. Das sind Fälle, in denen es an der Schiedsbindung des Anspruchs fehlt.¹⁹⁶

Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO hingegen ist ein Schiedsspruch aufzuheben, wenn der Streitgegenstand objektiv nicht schiedsfähig war. Anders als der Aufhebungsgrund der fehlenden Schiedsbindung ist dieser Aufhebungsgrund von Amts wegen zu beachten.¹⁹⁷ Außerdem kann das Exequatur gem. § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO aus diesem Grund zeitlich unbegrenzt versagt werden.¹⁹⁸ Dieser schärfere Aufhebungsgrund sollte Fällen vorbehalten bleiben, in denen sich der Staat im Interesse schutzwürdiger Rechtsgüter ein Rechtsprechungsmonopol vorbehalten hat,¹⁹⁹ und nicht auf Fälle ausgedehnt werden, in denen das Schiedsgericht „nur“ seine Kompetenz überschritten hat.²⁰⁰

Auch bei letztwilligen Schiedsverfügungen sind also objektive Schiedsfähigkeit und Schiedsbindung zu trennen.²⁰¹ Die objektive Schiedsfähigkeit betrifft die Frage, ob über einen Anspruch überhaupt durch ein Schiedsgericht entschieden werden darf. Sie ist gem. § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO bei fast allen erbrechtlichen Ansprüchen zu bejahen. Die Schiedsbindung betrifft hingegen die Frage, ob der Erblasser einen Anspruch durch letztwillige Verfügung der Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts zuweisen kann.

III. § 1066 ZPO als konstitutive oder deklaratorische Norm

Schließlich taucht in der Diskussion um letztwillige Schiedsverfügungen zuweilen die Frage auf, ob § 1066 ZPO selbst die Zulässigkeit solcher Verfügungen statuiert oder ob § 1066 ZPO deren Zulässigkeit voraussetzt, aber nicht selbst begründet.²⁰² Ursprünglich war diese Frage verwoben mit dem Problem der „gesetzlich statthaften Weise“: Geht man beispielsweise (zu Unrecht) davon aus, dass die in § 1066 ZPO genannte gesetzlich statthaft

¹⁹⁶ Vgl. MüKo-ZPO-Münch, § 1059 ZPO, Rn. 18.

¹⁹⁷ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2294–2296.

¹⁹⁸ Dies berücksichtigt v. Bary, ZEV 2019, 317, 319 nicht hinreichend, wenn sie meint, die Unterschiede zwischen § 1059 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO seien im Ergebnis gering.

¹⁹⁹ So das Kriterium von Bork, ZJP 100 (1987), 249, 272.

²⁰⁰ Bandel, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 354.

²⁰¹ Haas/Brosi, ZZPInt 21 (2016), 323, 339 f.; Haas, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 49 f.; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 194; dies., ZEV 2019, 317, 318; Bandel, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 353 f.; vgl. zu den Entscheidungen „Schiedsfähigkeit I–III“ bei statutarischen Schiedsklauseln auch K. Schmidt, NZG 2018, 121, 127 („[...] segeln allesamt unter falscher Flagge“).

²⁰² Für Ersteres etwa Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 244; Pawlytta, ZEV 2003, 89, 92; Geimer, in: FS Schlosser, 197, 202; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 255; für Zweiteres etwa F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 66 f.; K. W. Lange, ZJP 128 (2015), 407, 416.

Weise darin liegt, die Schiedsverfügung *als Auflage* gem. § 1940 BGB anzuordnen, ergibt sich die Zulässigkeit einer solchen Anordnung in der Tat nicht aus § 1066 ZPO, sondern aus § 1940 BGB. Doch auch manche Autoren, die die letztwillige Schiedsverfügung (zu Recht) keiner der im BGB vertypen letztwilligen Verfügungen zuordnen, meinen, dass § 1066 ZPO deren Zulässigkeit voraussetze und nicht selbst begründe.²⁰³

Um die Frage richtig zu erfassen, sollte zwischen der prozessualen Wirksamkeit der letztwilligen Schiedsverfügung und der Anordnungsbefugnis differenziert werden. Mit prozessualer Wirksamkeit ist gemeint, dass das Verfahrensrecht die letztwillige Schiedsverfügung als taugliche Grundlage eines Schiedsverfahrens anerkennt. Insofern ist § 1066 ZPO konstitutiv, denn wenn die Vorschrift ersatzlos gestrichen würde,²⁰⁴ müsste man aufgrund der übrigen Vorschriften des Schiedsverfahrensrechts und insbesondere aufgrund von § 1029 ZPO zu dem Schluss kommen, dass nur Schiedsvereinbarungen, nicht aber Schiedsverfügungen, taugliche Grundlage eines Schiedsverfahrens sind.²⁰⁵ Ohne § 1066 ZPO könnte eine letztwillige Schiedsverfügung also keine prozessualen Rechtswirkungen entfalten.²⁰⁶

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, woher die Befugnis des Erblassers rührt, letztwillig ein Schiedsverfahren anzuordnen. Wäre § 1066 ZPO auch insofern konstitutiv, ergäbe sich diese Befugnis aus § 1066 ZPO selbst. Hiergegen spricht jedoch, dass die Norm keine Aussage in dieser Hinsicht trifft. Insbesondere der Verweis auf die „gesetzlich statthafte Weise“ bringt keinen Erkenntnisgewinn, denn bei der Voraussetzung, dass ein Rechtsgeschäft statthaft sein muss, um Rechtswirkungen hervorzubringen, handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit.²⁰⁷ Die Befugnis des Erblassers, eine letztwillige Schiedsverfügung zu treffen, ist daher aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten, die sich insbesondere aus dem Verfassungsrecht ergeben.

Damit gilt im Wesentlichen noch heute, was *Max von Neumayr* zu Grunde legte, als er die Schaffung von Art. 1344 bayZPO anregte: Er sah es als gegeben an, dass Schiedsverfahren durch letztwillige Verfügung angeordnet wer-

²⁰³ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 244; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 202 f.; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 66 f.; *Stein/Jonas-Schlosser*, § 1066 ZPO, Rn. 1.

²⁰⁴ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer ersatzlosen Streichung von § 1066 ZPO unten Kapitel 3 – A.II.1.a) (141).

²⁰⁵ Vgl. *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 415; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 2.

²⁰⁶ Das zeigt der Vergleich mit den wesensähnlichen Gerichtsstandsvereinbarungen. Das Verfahrensrecht kennt nur Gerichtsstandsvereinbarungen, keine letztwilligen Gerichtsstandsverfügungen. Eine letztwillige Gerichtsstandsverfügung wäre daher prozessual unbeachtlich. Hierzu ausführlich v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 106–110.

²⁰⁷ Hierzu oben Kapitel 1 – B.I.3.c) (49).

den können, sah aber zugleich die Notwendigkeit, dies im Prozessrecht auszusprechen, wenn das Schiedsverfahrensrecht ansonsten nur von Schiedsvereinbarungen handelt.²⁰⁸ § 1066 ZPO ist folglich für die prozessuale Wirksamkeit letztwilliger Schiedsverfügungen konstitutiv, hinsichtlich der Anordnungsbefugnis des Erblassers aber deklaratorisch.²⁰⁹

C. Zwischenergebnis

Im römischen und kanonischen Recht unbekannt, tauchen letztwillige Schiedsverfügungen (*compromissa in ultima voluntate [constituta]*²¹⁰) erstmals bei zwei italienischen Renaissancejuristen auf.²¹¹ Im Gebiet des heutigen Deutschlands befassten sich Autoren ab dem 18. Jahrhundert mit dem Thema und konnten dabei an zwei verschiedene Rechtstraditionen anknüpfen: Die Erbausträge des Hochadels und die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur authentischen Interpretation des Testaments.

Bei den Erbausträgen handelte es sich um Sondergerichte des Hochadels im Alten Reich, die in fürstlichen oder gräflichen Testamenten angeordnet wurden. Obwohl vielfach betont wurde, dass ein Austrag etwas anderes sei als ein römischrechtlich geprägtes, auf einem *compromissum* beruhendes Schiedsverfahren, inspirierten Erbausträge die Schaffung der ersten Gesetzesnorm über letztwillige Schiedsverfügungen, nämlich Kapitel 17 § 2 Abs. 12 des *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii*.

Ein Testamentsvollstrecker mit Befugnis zur authentischen Interpretation sollte das Testament bei Meinungsverschiedenheiten verbindlich auslegen, ohne dass seine Auslegung gerichtlich überprüft werden konnte. Diese Befugnis erfüllte eine ähnliche Funktion wie ein Schiedsverfahren, indem sie eine Streitentscheidung ohne Beteiligung der Gerichte ermöglichte. Mit der Zeit ging die Befugnis zur authentischen Interpretation verloren, doch die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitentscheidung blieb erhalten.

²⁰⁸ Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages in den Jahren 1863/65, Beilagen-Band II, 2. Abtheilung, Beilage E (Vortrag des Abgeordneten v. Neumayr über Buch I und II des Entwurfs einer Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten), 30 (Text abgedruckt oben auf S. 35).

²⁰⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 112 (Rn. 12): „§ 1066 ZPO enthält eine rein *prozessuale* Regelung, die die Zulässigkeit testamentarisch angeordneter Schiedsgerichte *voraussetzt*, nicht aber selbst begründet.“ (Hervorhebungen des Verf.)

²¹⁰ Vgl. *Alfani*, in: *Tractatus universi iuris in unum congesti*, Band III/1, Lib. I Cap. IX: „Certe puto in ultima voluntate compromissa constitui [...]“.

²¹¹ *Alfani*, in: *Tractatus universi iuris in unum congesti*, Band III/1, Lib. I Cap. IX (*Alfani* verfasste das Traktat ab 1446); *Peregrinus*, *De fideicommissis praesertim universalibus tractatus frequentissimus*, Art. XI N. 112 (erstmalig erschienen 1595).

Die Kodifikationsgeschichte spannt sich vom *Corpus Iuris Bavarici Iudicarii* von 1753 über die bayerische ZPO von 1869 bis zum heutigen § 1066 ZPO, wobei bereits Art. 1344 bayZPO im Wesentlichen denselben Wortlaut hatte wie § 1066 ZPO. Obwohl es sich um eine „höchst seltsam gefasst[e] Bestimmung“²¹² handelt, finden sich in ihr einige Regelungsentscheidungen des Gesetzgebers. Die wichtigste dürfte sein, dass letztwillige Schiedsverfügungen überhaupt für das Prozessrecht beachtlich sein sollen. Denn wenn es § 1066 ZPO nicht gäbe, müsste aus § 1029 ZPO folgen, dass ein Schiedsverfahren nur auf Grund einer *Schiedsvereinbarung* abgehalten werden kann.

Das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ in § 1066 ZPO wird überwiegend so gedeutet, dass sich die Schiedsverfügung nur auf Gegenstände beziehen kann, die der Verfügungsbefugnis des Erblassers unterliegen. Hierfür bedarf es jedoch dieses Tatbestandsmerkmals in § 1066 ZPO nicht. Eine Verfügung, die unstatthaft ist, weil der Verfügende die ihm zustehende Verfügungsbefugnis überschritten hat, ist unabhängig davon unstatthaft, ob das Gesetz die Verfügung unter den Vorbehalt der „gesetzlich statthafter Weise“ stellt. Das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ erfüllt daher keine eigene Funktion.

²¹² *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 12.

Kapitel 2

Einseitige Schiedsverfügungen in den USA

Aus § 1066 ZPO geht nicht hervor, warum der Erblasser ein Schiedsverfahren anordnen darf und welche Kompetenzen das von ihm eingesetzte Schiedsgericht hat. Um diese Fragen für das deutsche Recht zu beantworten, sucht die Arbeit Anregungen im US-amerikanischen Recht. Das Recht der US-amerikanischen Bundesstaaten eignet sich als Inspirationsquelle, weil dort Schiedsverfügungen in Bezug auf die freigiebige Vermögensweitergabe ebenfalls seit der Jahrtausendwende in den Fokus von Rechtswissenschaft und -praxis getreten sind.¹ Zugleich gibt es in den USA nicht eine Vorschrift wie § 1066 ZPO, die Ausgangs- und zumeist auch Endpunkt der Diskussion ist. Stattdessen finden sich innerhalb der US-amerikanischen Mehrrechtsordnung etliche Herangehensweisen und Lösungen.

Insbesondere das Fehlen von gesetzlichen Vorschriften in der Mehrzahl der Bundesstaaten hat eine rege Diskussion darüber ausgelöst, ob und warum ein *donor* (d.h. jemand, der Vermögen weitergibt) zugleich ein Schiedsverfahren anordnen darf. In Deutschland ist eine solche Diskussion wegen der zwar lange unbeachteten, aber nie hinterfragten Existenz von § 1066 ZPO bislang nicht geführt worden, obwohl sie erforderlich ist, um die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung zu bestimmen.

A. Terminologie des US-amerikanischen Erb- und Trustrechts

Das wichtigste und aus kontinentaleuropäischer Sicht wohl bemerkenswerteste Strukturmerkmal des US-amerikanischen Erb- und Trustrechts ist, dass sich die freigiebige Vermögensweitergabe nicht mehr hauptsächlich in den Formen des Erbrechts vollzieht, sondern durch alternative Gestaltungen.² Eine besonders große Rolle spielt dabei die Vermögensweitergabe durch Trusts.

Die Mehrspurigkeit der Vermögensweitergabe macht eine Terminologie erforderlich, die zwischen der Vermögensweitergabe generell (also unabhängig von einer speziellen Ausgestaltung) und den verschiedenen Ausgestal-

¹ Vgl. *Katzen*, *Quinnipiac Prob. L.J.* 24 (2011), 118, 119; *Mignogna*, *New Jersey Law Journal*, 29. Juli 2013; *Beess und Chrostin*, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 49 (2014), 397, 398.

² *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 40; vgl. auch *Horton*, *Geo. L.J.* 103 (2015), 605, 627 (mit empirischen Daten aus einem kalifornischen *county*).

tungsmöglichkeiten differenziert.³ Die Person, die aus freigiebigen Motiven Vermögen weitergibt, wird in den USA als *donor* bezeichnet, und zwar unabhängig davon, ob die Vermögensweitergabe per Testament oder per Trust erfolgt. *Donor* ist damit der Überbegriff für *testator* (Testator) und *settlor* (Stifter eines Trusts).

Erb- und Trustrecht sind gleichermaßen darauf gerichtet, den Willen des *donor* in möglichst hohem Maße zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen. Die damit korrespondierende Freiheit, die Modalitäten der Vermögensweitergabe zu bestimmen, wird als *freedom of disposition* bezeichnet. Der Wille des *donor*, durch den er seine *freedom of disposition* ausübt, nennt sich *donative intent*.

Die Person, der das Vermögen zugutekommen soll, heißt in den USA *beneficiary*, während die Bezeichnung *heir* den Intestaterben vorbehalten ist.⁴ Unabhängig davon, ob Vermögen per Testament oder per Trust weitergegeben wird, gelangt es nicht unmittelbar in das Vermögen der *beneficiaries*, sondern es wird für eine kürzere oder längere Zeit von einem *fiduciary* (Treuhandler) gehalten und verwaltet. Der Treuhandler, der einen Trust verwaltet, wird als *Trustee* bezeichnet. Der Verwalter eines Nachlasses heißt hingegen *personal representative*, wobei weiter je nach Art der Ernennung differenziert wird: Hat der Erblasser den *personal representative* durch letztwillige Verfügung benannt, wird diese Person als *executor* bezeichnet. Muss hingegen ein Gericht die Auswahl treffen, weil der Erblasser keine Person benannt hat oder die Benennung unwirksam ist, heißt die ernannte Person *administrator*.

Wegen des Nebeneinanders von Testamenten und Trusts wäre es unpräzise, in Bezug auf das US-amerikanische Recht von *letztwilligen* Schiedsverfügungen zu sprechen, weil sich solche Verfügungen oft in den Errichtungsurkunden von *inter vivos*-Trusts finden. Ein solcher Trust wird aber, wie der Name schon sagt, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtet. Präziser wird daher im Folgenden von *einseitigen* Schiedsverfügungen gesprochen, um zu unterstreichen, dass die Schiedsbindung einseitig durch den *donor* verfügt wird.

B. Rechtshistorische Entwicklung

Die vielleicht erste, sicherlich aber die berühmteste einseitige Schiedsverfügung der USA stammt aus dem Testament *George Washingtons*:

„[...] My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good

³ Umfassender terminologischer Überblick bei *McGovern/Kurtz/English u. a.*, Wills, Trusts, and Estates, 1–28.

⁴ *McGovern/Kurtz/English u. a.*, Wills, Trusts, and Estates, 11 f.

understanding; two to be chosen by the disputants – each having the choice of one – and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their sense of the Testators intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States.“⁵

Klaus Peter Berger hat darauf hingewiesen, dass diese Anordnung in mancher Hinsicht bemerkenswert modern erscheint, so z.B. in Bezug darauf, wie die Schiedsrichter ausgewählt werden und darauf, dass der Schiedsspruch dieselben Wirkungen wie ein rechtskräftiges Urteil haben sollte.⁶ Seine Einschätzung aber, dass solche Verfügungen zur Zeit des Todes von George Washington, also 1799, üblicher gewesen seien als heute,⁷ ist schwer zu belegen. Erst aus dem etwas späteren 19. Jahrhundert gibt es einige Beispiele dafür, dass Erblasser nicht nur die Verteilung ihres Vermögens, sondern auch die Entscheidung von etwaigen Streitigkeiten beeinflussen wollten. Das geschah – ähnlich wie bei deutschen Testamentsvollstreckern mit Befugnis zur authentischen Interpretation – fast immer, indem verfügt wurde, der *executor* solle alle Entscheidungen unanfechtbar und ohne gerichtliche Nachprüfung treffen.

I. Erbe des englischen Rechts

Ähnlich wie das römische Recht bot das englische Recht, das die Entwicklung des Schiedsverfahrensrechts in den nordamerikanischen Kolonien prägte,⁸ einen schlechten Nährboden für einseitige Schiedsverfügungen. Wie das klassische römische Recht kannte auch das englische Recht vor 1698 keine Klageart, um eine Schiedsvereinbarung durchzusetzen.⁹ Deshalb behelfen sich die Parteien in England wie im alten Rom damit, dass sie sich wechselseitig Strafversprechen (*mutual penal bonds*) gaben, die verwirkt waren, wenn sich eine Partei nicht an die Schiedsvereinbarung hielt.¹⁰ Wie für einen

⁵ Abrufbar auf der Internetseite des US- Bundesarchivs unter <<https://founders.archives.gov/documents/Washington/06-04-02-0404-0001>> (Stand: 21.11.2019).

⁶ *Berger*, The Arbitration Clause in George Washington's Last Will & Testament (ICCA Newsletter, Dezember 2012), <http://www.arbitration-icca.org/historic-treasures/historic_documents.html#washington> (Stand: 21.11.2019).

⁷ *Berger*, The Arbitration Clause in George Washington's Last Will & Testament (ICCA Newsletter, Dezember 2012), <http://www.arbitration-icca.org/historic-treasures/historic_documents.html#washington> (Stand: 21.11.2019).

⁸ Ausführlich *Oldham/Kim*, Law & Hist. Rev. 31 (2013), 241, 247–251; zur praktischen Relevanz von Schiedsverfahren zur englischen Kolonialzeit *Mann*, N.Y.U. L. Rev. 59 (1984), 443 ff.; *Moglen*, Yale L.J. 93 (1983), 135 ff.

⁹ *Holdsworth*, A History of English Law, Band XIV, 189–194; *Mann*, N.Y.U. L. Rev. 59 (1984), 443, 445–447; *Horwitz/Oldham*, Hist. J. 36 (1993), 137, 141; zur Ähnlichkeit des römischen und englischen Denkens in Klagearten allgemein *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 183 f.

¹⁰ *Horwitz/Oldham*, Hist. J. 36 (1993), 137, 141.

römischen Erblasser wäre es daher auch für einen englischen Erblasser konzeptionell schwierig gewesen, ein Schiedsverfahren anzuordnen, denn dafür hätte er seinen Begünstigten Strafversprechen auferlegen müssen, was wohl nicht in seiner Macht stand.

Das erste englische Schiedsverfahrensgesetz aus dem Jahr 1698 verlieh zwar der Schiedsvereinbarung selbst gewisse Rechtsverbindlichkeit,¹¹ schuf aber zugleich ein neues Hemmnis für die Entwicklung einer Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen: *John Locke*, aus dessen Feder das Gesetz stammt, war mit dieser Ausarbeitung vom *Board of Trade* beauftragt worden. Sein Gesetz sollte das Schiedsverfahren in „*Trade or other Matters*“¹² verbessern, doch ein deutlicher Fokus lag auf den Bedürfnissen des Handels.¹³ Das englische Schiedsverfahrensrecht sieht bis heute keine Möglichkeit vor, die Schiedsvereinbarung durch eine letztwillige Verfügung zu ersetzen.¹⁴

II. Entwicklung in den USA

Aus dem 19. Jahrhundert gibt es – soweit ersichtlich – nur eine Entscheidung, in der das Gericht mit einer ähnlichen Klausel wie derjenigen aus *George Washingtons* Testament konfrontiert war. Ein gewisser *Henry Harper* hatte 1856 angeordnet:

„And should any difficulty occur in the construction of this will or among the legatees or devisees [...], it is my will that said question be submitted to William Skeen, whose written opinion shall be final between them, or if [...] Skeen's opinion can not be had, I authorize the circuit judge to appoint three persons as arbitrators, whose opinion shall be final of any or all such questions [...].“¹⁵

Das Bemerkenswerte an dieser Anordnung ist, dass William Skeen, der zur Streitentscheidung ausersehen wurde, nicht zugleich *executor*, sondern echter Dritter war. In allen anderen publizierten Fällen aus dem 19. und frühen 20. Jahrhundert übertrug der Erblasser die Entscheidungsgewalt hingegen auf den *executor* oder Trustee. Die Gerichte bezeichneten die *fiduciaries*, die mit solchen Befugnissen ausgestattet waren, als „arbitrator“¹⁶ oder „umpire“¹⁷.

¹¹ *Merkin*, *Arbitration Law*, Rn. 1.6; *Oldham/Kim*, *Law & Hist. Rev.* 31 (2013), 241, 246 f.

¹² Zitiert bei *Horwitz/Oldham*, *Hist. J.* 36 (1993), 137, 139 (Hervorhebung auch dort).

¹³ *Horwitz/Oldham*, *Hist. J.* 36 (1993), 137, 138–140; für die Zeit vor 1698 *Wolaver*, *U. Pa. L. Rev.* 83 (1934/35), 132, 132; *Hunter*, *Arb. Int'l* 1 (1985), 82, 82 f.

¹⁴ Zum englischen Recht unten Kapitel 5 – A.VI. (262).

¹⁵ *Moore v. Harper*, 27 W.Va. 362, 363 (W. Va. Sup. Ct. 1886).

¹⁶ *Couts v. Holland*, 107 S.W. 913, 915 (Tex. Ct. App. 1908); *Talladega College v. Callanan*, 197 N.W. 635, 638 (Iowa Sup. Ct. 1924); *Nations v. Ulmer*, 139 S.W.2d 352, 356 (Tex. Ct. App. 1940).

¹⁷ *American Board of Com'rs v. Ferry*, 15 F. 696, 700 (U.S. Sup. Ct. 1883) (dort Verwendung beider Begriffe synonym); *Grant v. Stephens*, 200 S.W. 893, 896 (Tex. Ct.

Ein frühes, aber typisches Beispiel für eine solche Anordnung findet sich in einem Fall des US Supreme Court aus dem Jahr 1828. Der Testator hatte angeordnet:

„I do therefore authorize and empower [...] a majority of my acting executors, [...] to decide in all cases, in case of any dispute or contention: whatever they may determine is my intention; shall be final and conclusive, without any resort to a Court of Justice.“¹⁸

Trotz des Wunsches, jeden „resort to a Court of Justice“ abzuschneiden, ließ sich der US Supreme Court durch diese Anordnung nicht von einer Entscheidung in der Sache abhalten und bescheinigte den Testamentsvollstreckern, dass sie das Testament vollkommen falsch ausgelegt hätte.¹⁹ Es bleibe den Gerichten stets vorbehalten, die Entscheidungen der Testamentsvollstrecker zumindest auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen.²⁰

Der Supreme Court gab damit die Linie vor, auf der die meisten Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte aus dem 19. und frühen 20. Jahrhundert zu derartigen Anordnungen liegen:²¹ Die Entscheidungen der *fiduciaries* werden grundsätzlich berücksichtigt, können aber durch das staatliche Gericht in gewissem Umfang überprüft werden.²² *Arnold M. Zack*, der den ausführlichsten Artikel zur Geschichte testamentarischer Schiedsverfügungen in den USA schrieb, fasst zusammen:

App. 1917); *Taylor v. McClave*, 15 A.2d 213, 215 (N.J. Ch. 1940). In *In re Phillips's Estate*, 10 Pa.C. 374, 380 (Pa. County Ct. 1884) verwendet das Gericht den Begriff „referee“.

¹⁸ *Pray v. Belt*, 26 U.S. 670, 672 f. (U.S. Sup. Ct. 1828).

¹⁹ *Pray v. Belt*, 26 U.S. 670, 681 (U.S. Sup. Ct. 1828): „In doing this, the executors have plainly misconstrued the will.“

²⁰ *Pray v. Belt*, 26 U.S. 670, 679 f. (U.S. Sup. Ct. 1828).

²¹ Vgl. *Wait v. Huntington*, 40 Conn. 9 (Conn. Sup. Ct. 1873); in Bezug auf denselben Nachlass *Greene v. Huntington*, 46 A. 883 (Conn. Sup. Ct. 1900); *American Board of Com'rs v. Ferry*, 15 F. 696 (U.S. Sup. Ct. 1883); *In re Phillips's Estate*, 10 Pa.C. 374 (Pa. County Ct. 1884); *Moore v. Harper*, 27 W.Va. 362 (W. Va. Sup. Ct. 1886); *Couts v. Holland*, 107 S.W. 913 (Tex. Ct. App. 1908); *Grant v. Stephens*, 200 S.W. 893 (Tex. Ct. App. 1917); *Talladega College v. Callanan*, 197 N.W. 635 (Iowa Sup. Ct. 1924); *Lydick v. Lydick*, 76 P.2d 876 (Kan. Sup. Ct. 1938); *Nations v. Ulmer*, 139 S.W.2d 352 (Tex. Ct. App. 1940); *In re Estate of Barbey*, 177 Misc. 898 (N.Y. Sur. Ct. 1941); gegen jede Einschränkung der gerichtlichen Kognitionsbefugnis hingegen *In re Reilly's Estate*, 49 A. 939, 940 f. (Pa. Sup. Ct. 1901); *Taylor v. McClave*, 15 A.2d 213, 216 (N.J. Ch. 1940).

²² Siehe z.B. *American Board of Com'rs v. Ferry*, 15 F. 696, 700 (U.S. Sup. Ct. 1883): „The rule [...] is, when an arbiter honestly and in good faith exercises his power [...], his decision will not be revised by a court, notwithstanding the court, whose interposition is invoked, may think his decision erroneous. As a rule the courts will not interpose to correct a mere mistake in the judgment of an arbitrator. But if the arbitrator refuses to act, awards upon a matter not submitted, makes an incomplete determination, or commits a gross mistake or error of judgment, evincing partiality, corruption, or prejudice, transcends his authority or violates some statutory requirement on which the dissatisfied party had a right to rely, or commit some other like error, courts of equity may interfere and correct the error.“

„In any of these situations though, whether there be wide or narrow scope for the arbitrator, the courts needn't fret about being cut out of their jurisdiction, because if there is any evidence of the executors or administrators exceeding their allotted powers, then the courts are free to stop such abuses, anyway.“²³

Es handelte sich also nicht um Schiedsverfügungen im heutigen Sinne, denn sie entzogen den Streit nicht gänzlich der Kognitionsbefugnis der staatlichen Gerichte, sondern reduzierten allenfalls die Kontrolldichte. In diesem Zusammenhang darf indes nicht verschwiegen werden, dass die US-Gerichte im 19. und frühen 20. Jahrhundert auch Schiedssprüche, die aufgrund einer Schiedsvereinbarung ergangen waren, streng überprüften und insgesamt sehr empfindlich reagierten, wenn ihre Kognitionsbefugnis durch Parteivereinbarung beschnitten werden sollte.²⁴ Insofern bestand kein großer Unterschied zwischen einseitig verfügten und vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren.

Im weiteren Verlauf des 20. Jahrhunderts entwickelte sich das Schiedsverfahrensrecht der USA fort, sodass eine Schiedsvereinbarung heute nicht mehr dazu führt, dass der Spruch des Schiedsgerichts lediglich eingeschränkt durch die staatlichen Gerichte überprüft wird. Stattdessen schließt eine Schiedsvereinbarung die Sachentscheidungsbefugnis der staatlichen Gerichte ganz aus. Nach heutigem Verständnis ist daher ein Trustee, dem ein mehr oder minder weites Ermessen bei der Verwaltung des Trusts eingeräumt ist, nicht zugleich *arbitrator* im Sinne des Schiedsverfahrensrecht.²⁵ Doch erst zu Beginn des 21. Jahrhunderts kam in Rechtswissenschaft und -praxis die Frage auf, ob der *donor* ein „echtes“ Schiedsverfahren anordnen kann, anstatt den *fiduciary* nur mit gewissem Ermessen auszustatten.

C. Grundstrukturen des Erb-, Trust- und Schiedsverfahrensrechts

Ob und inwiefern ein *donor* durch einseitige Verfügung ein Schiedsverfahren anordnen kann, hängt naturgemäß in vielerlei Hinsicht von den Grundstrukturen des US-amerikanischen Erb-, Trust- und Schiedsverfahrensrechts ab. Daher sollen diese Grundstrukturen hier – soweit sie für das Verständnis des Nachfolgenden erforderlich sind – kurz dargestellt werden.

²³ *Zack*, Arb. J. 11 (1956), 179, 185. Weniger detaillierte Darstellung z.B. bei *Janin*, Cal. L. Rev. 55 (1967), 521, 522–527; *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1034–1038; *Rutledge*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 30 (2015), 275, 285–290.

²⁴ *Wilson*, Case W. Res. L. Rev. 63 (2012), 91, 98–102; *Born*, International commercial arbitration, Band 1, 45–50; *Carbonneau*, The Law and Practice of United States Arbitration, 85 f.

²⁵ Zu den Grenzen, in denen dem Trustee eine Entscheidung nach eigenem Ermessen übertragen werden kann, *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 619–622.

I. Erb- und Trustrecht

Von einem US-amerikanischen Erb- und Trustrecht zu sprechen, ist eigentlich bereits irreführend: Es gibt nicht ein einheitliches Erb- und Trustrecht, sondern 51 Erb- und Trustrechte der US-Bundesstaaten und des Bundesdistrikts.²⁶ Allerdings weisen all diese Rechtsordnungen – abgesehen vom Recht Louisianas²⁷ – dieselben Grundstrukturen auf.

1. Gesetzgebungs- und Gerichtszuständigkeit

Die US-amerikanische Mehrrechtsordnung ist grundsätzlich dadurch geprägt, dass kodifiziertes Bundesrecht und kodifiziertes Staatenrecht, unkodifiziertes *Federal common law* und unkodifiziertes *State common law* und Bundes- und Staatengerichte nebeneinander bestehen und miteinander konkurrieren. Im Erb- und Trustrecht haben eindeutig die Einzelstaaten die Oberhand, und zwar sowohl bei der Gesetzgebungs- als auch bei der Gerichtszuständigkeit.²⁸

a) Gesetzgebungszuständigkeit

In Bezug auf das Erb- und Trustrecht kann man von Gesetzgebungszuständigkeit im Wortsinne sprechen, denn es handelt sich in allen Bundesstaaten im Wesentlichen um kodifiziertes Recht.²⁹ Obwohl jeder Bundesstaat ein eigenes Erb- und Trustrecht hat, unterscheiden sich diese Rechte nicht so stark voneinander, wie man zunächst vermuten könnte. Das liegt zum einen an der gemeinsamen Common Law-Tradition und zum anderen an der vereinheitlichenden Kraft der *Restatements* und der *Uniform Codes*.

Restatements werden vom *American Law Institute* erarbeitet und dienen dazu, das Fallrecht eines bestimmten Rechtsgebiets zu sammeln, zu ordnen und zu vereinheitlichen. Im Bereich des Erb- und Trustrechts gibt es das *Restatement of the Law Third, Trusts*³⁰ und das *Restatement of the Law Third, Property (Wills and Other Donative Transfers)*³¹. Bei den *Uniform Codes* handelt es sich um Modellgesetze für die Bundesstaaten, die von der *Uniform*

²⁶ *Strong*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 659, 659; *Gallanis*, in: Braun/Röthel, *Passing Wealth on Death*, 9, 10 f. Nicht eingegangen wird auf die eigenständigen Rechtsordnungen der US-Territorien, die keine Bundesstaaten sind. Die wichtigste und größte dieser Rechtsordnungen ist diejenige Puerto Ricos, die im Wesentlichen auf dem spanischen Recht beruht: *Muñiz-Argüelles*, in: Palmer, *Mixed jurisdictions worldwide*, 381, 388 f.

²⁷ Dieses beruht auf dem französischen *Code civil*. Auf die Besonderheiten des Rechts Louisianas wird im Folgenden nicht eingegangen.

²⁸ Siehe aber zum wachsenden Einfluss des Bundesrechts im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge *Gallanis*, in: Braun/Röthel, *Passing Wealth on Death*, 9, 26–28.

²⁹ *Hay*, *The Law of the United States*, Rn. 535; *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 387; *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 28.

³⁰ In vier Bänden, erschienen 2003–2012.

³¹ In drei Bänden, erschienen 1999–2011.

Law Commission erarbeitet werden. Im Bereich des Erb- und Trustrechts gibt es zahlreiche Modellgesetze, von denen die wichtigsten der *Uniform Probate Code* (UPC) und der *Uniform Trust Code* (UTC) sind.³² Der UTC, der von 35 Staaten übernommen wurde, hat sich dabei als erfolgreicher erwiesen als der UPC, der bislang bei 22 Staaten Anklang gefunden hat.³³

b) Gerichtszuständigkeit

Die Einzelstaaten verfügen über einen vollen, meist dreifachen Instanzenzug, bestehend aus den *trial courts* als Eingangsinstanz, einem oder mehreren Berufungsgerichten darüber und einem *State Supreme Court* als Revisionsgericht. Parallel dazu besteht ein ebenfalls dreizügiges System von Bundesgerichten mit den *US District Courts* als Eingangsinstanz, zwölf *US Courts of Appeals* als Berufungsinstanz darüber und dem *US Supreme Court* an der Spitze.³⁴

Die Zuständigkeit in Zivilsachen liegt grundsätzlich bei den *state courts*. Bundesgerichte sind in Zivilsachen nur zuständig, wenn es um Ansprüche geht, die aus der Bundesverfassung oder dem Bundesrecht erwachsen (*federal-question jurisdiction*)³⁵ oder wenn die Parteien aus verschiedenen Staaten kommen und der Streitwert 75.000 US-Dollar übersteigt (*diversity jurisdiction*).³⁶ Potentiell relevant im Erb- und Trustrecht ist die *diversity jurisdiction*, die allerdings durch die sog. *probate exception* stark beschränkt wird. Diese ungeschriebene Regel besagt, dass Bundesgerichte eine eigentlich gegebene Zuständigkeit aufgrund von *diversity* in *probate*-Sachen nicht ausüben (*abstention*).

Herkunft und genauer Inhalt der *probate exception* sind unklar und umstritten.³⁷ Teilweise haben die Gerichte historisch argumentiert und darauf verwie-

³² *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 68 f.; 387 ff. Beide Modellgesetze werden regelmäßig aktualisiert und überarbeitet; die letzte Aktualisierung fand jeweils 2010 statt.

³³ Angaben der Uniform Law Commission auf deren Website <<https://bit.ly/2GvEgsF>> zum UTC bzw. <<https://bit.ly/2BMUhXW>> zum UPC (Stand: 21.11.2019). Die drei großen und rechtspolitisch wichtigen Staaten Kalifornien, New York und Texas haben keines der beiden Modellgesetze übernommen.

³⁴ Der US Supreme Court entscheidet ferner über Revisionen gegen die Urteile der Supreme Courts der Einzelstaaten. Für einen Überblick über das US-Gerichtssystem siehe *Hay*, *The Law of the United States*, 45–53.

³⁵ 28 U.S.C. § 1331 regelt die *federal-question jurisdiction* folgendermaßen: „The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States.“

³⁶ *Friedenthal/Kane/Miller*, *Civil Procedure*, § 2.2–2.10; zur Häufigkeit und praktischen Relevanz von *diversity*-Fällen *Friedenthal/Miller/Sexton u. a.*, *Civil Procedure*, 267–269.

³⁷ *Pfander/Downey*, *Vand. L. Rev.* 67 (2014), 1533, 1534: „Among the enigmas of federal jurisdiction, the probate exception surely ranks with the most arcane.“ Ähnlich *Nicolas*, *S. Cal. L. Rev.* 74 (2001), 1479, 1482–1484.

sen, dass nach dem englischen Recht zur Zeit der Unabhängigkeitserklärung die *ecclesiastical courts* für die *probate procedure* zuständig gewesen seien.³⁸ Die US-Bundesgerichte seien von Anfang an nur für Verfahren *at law* und *in equity* zuständig gewesen, sollten aber nicht in Konkurrenz zu den *ecclesiastical courts* treten.³⁹ Andere Entscheidungen verweisen auf Art. 3 Abs. 2 der US-Bundesverfassung, der davon handelt, in welchen „cases [and] controversies“ die Bundesgerichte zuständig sind. Bei *probate*-Angelegenheiten handele es sich nicht um „cases“ oder „controversies“,⁴⁰ sondern – in deutscher Terminologie – um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Was die Reichweite der *probate exception* betrifft, lässt sich mit Sicherheit sagen, dass die Bundesgerichte keine administrativen Aufgaben in der *probate procedure* wahrnehmen, also z. B. keinen *administrator* ernennen. Ferner entscheiden sie nicht über Klagen, die sich direkt gegen die Wirksamkeit eines Testaments richten oder darauf gerichtet sind, die Erben festzustellen.⁴¹ Im Übrigen hat der US Supreme Court die *probate exception* durch das Urteil *Marshall v. Marshall* aus dem Jahr 2006 eingeschränkt.⁴² Ansprüche, die im Kontext eines Nachlasses entstehen, sich aber nicht gegen den Nachlass selbst richten, sollen nun vor Bundesgerichten klagbar sein, sofern die Voraussetzungen der *diversity jurisdiction* erfüllt sind. Das betrifft vor allem Ansprüche gegen die *fiduciaries* wegen Verstößen gegen ihre Treuepflichten.⁴³ Ferner fallen Rechtsstreitigkeiten um Vermögen, das nicht auf erbrechtlichem Wege weitergegeben wird, wohl grundsätzlich nicht unter die *probate exception*.⁴⁴

Trotz dieser behutsamen Ausweitung der bundesgerichtlichen Zuständigkeit bleibt festzuhalten, dass die weit überwiegende Mehrzahl der erb- und trustrechtlichen Streitigkeiten in den USA durch die Gerichte der Einzelstaaten entschieden wird.

³⁸ Diese Zuständigkeit wurde in England erst 1857 durch den *Court of Probate Act* aufgehoben.

³⁹ Dieser historischen Erklärung neigte der Supreme Court in *Markham v. Allen*, 326 U.S. 490, 494 (U.S. Sup. Ct. 1946) zu; anders nun *Marshall v. Marshall*, 547 U.S. 293, 299 (U.S. Sup. Ct. 2006) („[...] misty understandings of English legal history“); skeptisch zuvor schon *Dragan v. Miller*, 679 F.2d 712, 713 (7th Cir. 1982).

⁴⁰ *Ellis v. Davis*, 109 U.S. 485, 497 (U.S. Sup. Ct. 1883); *Struck v. Cook County Public Guardian*, 508 F.3d 858, 859 (7th Cir. 2007).

⁴¹ *Markham v. Allen*, 326 U.S. 490, 494 (U.S. Sup. Ct. 1946); *Marshall v. Marshall*, 547 U.S. 293, 311 f. (U.S. Sup. Ct. 2006).

⁴² *Marshall v. Marshall*, 547 U.S. 293 (U.S. Sup. Ct. 2006). In diesem Rechtsstreit verlangte die Witwe Schadensersatz vom Sohn des Erblassers, weil dieser rechtswidrig verhindert habe, dass der Erblasser sie in seinem Testament bedenkt. Das Gericht entschied, dass ein Schadensersatzanspruch wegen „tortious interference with an expected gift“ nicht unter die *probate exception* falle.

⁴³ *Marshall v. Marshall*, 547 U.S. 293, 311 (U.S. Sup. Ct. 2006).

⁴⁴ *Pfander/Downey*, Vand. L. Rev. 67 (2014), 1533, 1577 f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung nach *Marshall v. Marshall*.

2. Grundstrukturen

Das Erbrecht der Bundesstaaten ist geprägt durch das Fehlen eines Vonselbsterwerbs, während sich das Trustrecht dadurch auszeichnet, dass rechtliche Inhaberschaft und wirtschaftliche Berechtigung am Trustvermögen auseinanderfallen. Eine charakteristische Besonderheit des US-amerikanischen Rechts der Vermögensnachfolge liegt darin, dass erbrechtliche und außererbrechtliche Übertragungsmechanismen nebeneinander stehen, wobei die außererbrechtlichen Mechanismen immer beliebter werden.

a) Erbrecht

Unabhängig davon, ob ein Verstorbener ein gültiges Testament hinterlassen hat oder intestat verstorben ist, geht sein Vermögen nicht *ipso iure* auf die gesetzlichen oder testamentarischen Erben über. Stattdessen gelangt der Nachlass zunächst in die Hände eines Treuhänders (*fiduciary*), der den Nachlass sammelt, inventarisiert, Schulden begleicht und erst dann den Nettonachlass an die testamentarischen oder gesetzlichen Erben (*beneficiaries*) auskehrt. Dieser Treuhänder heißt *executor*, wenn er vom Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt wurde, und *administrator*, wenn er von einem Gericht ernannt wurde.⁴⁵

Neben dem *administrator* bzw. *executor* spielt das Nachlassgericht, der *probate court*,⁴⁶ eine zentrale Rolle: Je nachdem, ob der Erblasser intestat verstorben ist oder nicht, bestätigt das Gericht im Rahmen der *probate procedure* das Testament (*to probate a will*) oder stellt fest, dass gesetzliche Erbfolge eingetreten ist.⁴⁷ Ferner benennt das Gericht die testamentarischen oder gesetzlichen Erben und überwacht die *fiduciaries*.

b) Trustrecht

Der Trust – „the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence“⁴⁸ – entstand im spätmittelalterlichen England und diente von Anfang an dazu, einen Mechanismus zur Weitergabe von Vermögen außerhalb des Erbrechts zu schaffen.⁴⁹ Rechtlich ist ein Trust

⁴⁵ Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates, 43.

⁴⁶ Der genaue Name variiert von Staat zu Staat, so heißt das Gericht z.B. in New York *Surrogate's Court*, in Pennsylvania *Orphan's Court*, etc.; siehe Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates, 40.

⁴⁷ Zu Herkunft und Ablauf der *probate procedure* z.B. Horton, Geo. L.J. 103 (2015), 605, 614–616; McGovern/Kurtz/*English u. a.*, Wills, Trusts, and Estates, 533–535.

⁴⁸ Maitland, in: Fisher, The Collected Papers of Frederic William Maitland, Band III, 271, 272.

⁴⁹ Dabei ging es vor allem darum, die Primogenitur zu umgehen, d.h. die Regel, dass Grundstücke stets an den ältesten lebenden Sohn des Erblassers gehen mussten: *Langbein*,

geprägt durch die Aufspaltung der Inhaberschaft am Trustvermögen (*bifurcation of ownership*).⁵⁰ In der klassischen Konstellation eines Drei-Personen-Trusts unter Lebenden überträgt der Stifter (*settlor*) Vermögen auf den Trustee. Hierdurch wird der Trustee Inhaber des Trustvermögens *at law* (d.h. er erhält *legal title*); zugleich erwirbt der Begünstigte (*beneficiary*) ein *equitable interest* am Trustvermögen.⁵¹ Der Trustee verwaltet somit wirtschaftlich fremdes Vermögen und ist den Begünstigten als Treuhänder verpflichtet. Die Begünstigten haben entsprechende Ansprüche gegen den Trustee auf Einhaltung seiner treuhänderischen Pflichten sowie auf Leistungen aus dem Trust nach Maßgabe der Bestimmungen, die der *settlor* getroffen hat.

Der Trust funktioniert als Instrument der Vermögensweitergabe außerhalb des Erbrechts dadurch, dass der *settlor* nicht mehr Inhaber des Trustvermögens ist. Daher fällt dieses Vermögen nicht in seinen Nachlass. Zugleich kann der *settlor* praktisch alle erbrechtlichen Gestaltungsziele erreichen, indem er die Bedingungen des Trusts ausgestaltet: Von der sofortigen Auszahlung des gesamten Trustvermögens nach dem Tod des *settlor* bis hin zu einer über Jahrzehnte gestreckten Auskehrung allein der Zinserträge ist praktisch alles möglich.⁵²

Die Flexibilität des Trustrechts geht aber noch weiter: Ein Trust kann nicht nur wie beschrieben unter Lebenden errichtet werden (*inter vivos*-Trust), sondern auch durch eine letztwillige Verfügung (*testamentary trust*). Ein *inter vivos*-Trust kann wiederum entweder unwiderruflich (*irrevocable*) oder widerruflich (*revocable*) errichtet werden. Schließlich müssen auch nicht immer drei Personen beteiligt sein: In der reduziertesten, praktisch aber sehr beliebten Form wird ein Trust errichtet, indem der *settlor* sich selbst – frei widerruflich – zum Trustee und Begünstigten erklärt. Erst wenn der *settlor* stirbt, übernimmt ein anderer Trustee und der Trust erhält neue Begünstigte. Funktional unterscheidet sich ein solcher Trust nicht von einem Testament.⁵³

Neben dem soeben beschriebenen Trust, der der freigiebigen Vermögensweitergabe dient (*donative trust*), gibt es im US-amerikanischen Recht zwei weitere Arten von Trusts, nämlich *commercial trusts* und *constructive trusts*. Ein *commercial trust* entsteht wie ein *donative trust* durch die Übertragung von Vermögen auf einen Trustee, doch geschieht dies nicht aus Freigiebigkeit,

Ala. L. Rev. 58 (2007), 1069, 1071 f.; Langbein/Lerner/Smith, History of the common law, 304–306; Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates, 29 f.

⁵⁰ Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates, 393.

⁵¹ Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates, 393.

⁵² Früher setzte die *rule against perpetuities* gewisse Grenzen in zeitlicher Hinsicht. Nach dieser Regel durfte ein Trust (vereinfacht gesprochen) längstens die Lebenszeit der Person, die bei Errichtung des Trusts bereits lebt und am ältesten wird, plus 21 Jahre dauern. Viele US-Bundesstaaten haben diese Regel indes abgeschafft: Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates, 887–915.

⁵³ Langbein, Yale L.J. 105 (1995), 625, 673; Gallanis, in: Braun/Röthel, Passing Wealth on Death, 9, 13.

sondern in der Erwartung, künftig Vermögensvorteile aus dem Trust zu ziehen. Vor allem Pensionskassen sind in den USA häufig als Trust organisiert und verwalten enorme Vermögenswerte.⁵⁴ Die Beziehungen zwischen dem Trust und den Anlegern ähnelt bei einem solchen *commercial trust* indes in Vielem einem Vertrag, weil sich die Anleger zu gewissen Konditionen an dem Trust beteiligen und hierfür in Zukunft eine Rendite erwarten.⁵⁵ Eine Schiedsklausel, die sich in den Anlagebedingungen eines solchen Trusts findet, lässt sich daher als Schiedsvereinbarung begreifen, bei der die hier zu behandelnden Probleme der einseitig verfügbaren Schiedsbindung nicht auftreten.⁵⁶

Ein *constructive trust* schließlich ist nach deutschem Verständnis ein Instrument des Bereicherungsrechts. Ein solcher Trust entsteht unabhängig vom Willen der Beteiligten und dient dazu, die ungerechtfertigte Bereicherung einer Partei abzuschöpfen.⁵⁷ *Constructive trusts* entstehen *by operation of law*⁵⁸ und können daher keine Schiedsverfügungen enthalten.

c) Nebeneinander von *probate* und *nonprobate transfers*

Warum aber bedienen sich US-Amerikaner überhaupt eines Trusts, um ihren Nachlass zu planen, anstatt schlicht ein Testament aufzusetzen? Die Antwort auf diese Frage liegt hauptsächlich in der skizzierten *probate procedure*: Das *probate*-Verfahren gilt als langsam, teuer und streitanfällig und ist daher ausgesprochen unbeliebt.⁵⁹ Es ist aber nur erforderlich, wenn Vermögen aufgrund gesetzlicher oder testamentarischer Erbfolge weitergegeben wird. Im Gegensatz dazu gibt es zahlreiche *non-probate transfers*, die eine Vermögensweitergabe ohne *probate procedure* ermöglichen.⁶⁰ Zu diesen *non-*

⁵⁴ Langbein, Yale L.J. 107 (1997), 165, 166 schätzt, dass 90% des gesamten Vermögens, das in den USA *in trust* gehalten wird, in *commercial trust* steckt.

⁵⁵ Langbein, Yale L.J. 107 (1997), 165, 185 f.

⁵⁶ Horton, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 9.26 m.w.N. zu Schiedsklauseln in den Statuten von Investmenttrusts.

⁵⁷ McGovern/Kurtz/English u. a., Wills, Trusts, and Estates, 5.

⁵⁸ Strong, Vand. J. Transnat'l L. 45 (2012), 1157, 1171.

⁵⁹ Langbein, Harv. L. Rev. 97 (1983), 1108, 1116 f.; Gallanis, in: Braun/Röthel, Passing Wealth on Death, 9, 11 f. Ein bis heute vielzitiertes literarisches Denkmal hat Charles Dickens dem *probate*-Verfahren in „Bleak House“ (erschienen 1852/1853) gesetzt. Der Roman handelt von einer sich über Jahrzehnte hinziehenden Erbschaftsstreitigkeit vor dem englischen *Court of Chancery*. Langbein, Yale L.J. 103 (1994), 2039, 2044 sieht die heutige englische *Chancery Division* sehr viel positiver („Americans can only look with envy to the esteemed and meritocratic chancery bench that conducts probate adjudication in English and Commonwealth jurisdictions“), während er den amerikanischen Gerichten kein gutes Zeugnis ausstellt.

⁶⁰ Als Entdecker des Siegeszuges von *non-probate transfers* darf John H. Langbein gelten, siehe z.B. Langbein, Harv. L. Rev. 97 (1983), 1108 ff. und ders., ACTEC L.J. 38 (2012), 1, 10–12.

probate transfers gehören z.B. Bankkonten, Lebensversicherungen und andere Finanzprodukte mit Bezeichnung des Begünstigten im Todesfall (sog. *transfer on death* oder *payable on death*-Klauseln).⁶¹ Vor allen gehören hierzu die beschriebenen *inter vivos*-Trusts, in die der *settlor* zu Lebzeiten Vermögen einbringt und bestimmt, wer die *beneficiaries* nach seinem Tod sein sollen. Nicht hierzu gehören hingegen *testamentary trusts*, weil diese durch ein Testament, das die *probate procedure* durchlaufen muss, errichtet werden.

Nonprobate transfers erfreuen sich in den USA größter Beliebtheit und heute wird mehr Vermögen außerhalb des *probate*-Systems weitergegeben als auf klassisch-erbrechtlichem Wege.⁶² Die Mehrspurigkeit der Vermögensweitergabe von Todes wegen hat zu gewissen Spannungen im Rechtssystem geführt.⁶³ So gelten für Testamente strenge Formerfordernisse, während die Bezeichnung des Begünstigten bei einem Finanzprodukt zumeist durch schlichte Erklärung in Textform vorgenommen und geändert werden kann.⁶⁴ Auch bei den hier zu behandelnden einseitigen Schiedsverfügungen wird sich zeigen, dass diese in den USA tendenziell eher rechtswirksam sind, wenn sie in einem Trust enthalten sind, als in einem Testament.⁶⁵ Vor dem Hintergrund, dass vor allem widerrufliche *inter vivos*-Trusts dieselbe Funktion erfüllen wie ein Testament,⁶⁶ erscheint zweifelhaft, ob diese Differenzierung gerechtfertigt ist.

II. Schiedsverfahrensrecht

Auch beim Schiedsverfahrensrecht ist es unzutreffend, von *einem* US-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht zu sprechen, denn auch hier konkurrieren Bundesrecht und Einzelstaatenrechte.

⁶¹ *Gallanis*, in: Braun/Röthel, *Passing Wealth on Death*, 9, 12–16; *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 471–496; *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 174–176.

⁶² *Russel*, *Est. Plan. & Cmty. Prop. L.J.* 8 (2015), 1, 27 f.; *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 40.

⁶³ *Langbein*, *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 1108, 1134–1140; *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 41; rechtsvergleichend *Braun/Röthel*, in: dies., *Passing Wealth on Death*, 323, 354–356.

⁶⁴ *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 174–176.

⁶⁵ Das gilt insbesondere in den Bundesstaaten, die gesetzliche Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen erlassen haben. Von diesen fünf Staaten lässt nur Florida eine solche Verfügung auch in einem Testament und nicht nur in einem Trust zu. Hierzu unten Kapitel 2 – D.IV.2.b) (110).

⁶⁶ Das gilt vor allem, wenn sich ein *settlor* durch Insichgeschäft zum Trustee und zum *beneficiary* erklärt: *Langbein*, *Yale L.J.* 105 (1995), 625, 673.

1. Gesetzgebungs- und Gerichtszuständigkeit

Anders als im Erb- und Trustrecht gibt es im Schiedsverfahrensrecht eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Einzelstaaten.

a) Gesetzgebungszuständigkeit und Anwendungsbereich des FAA

Dem Bundesschiedsverfahrensrecht, kodifiziert im *Federal Arbitration Act* (FAA) von 1925, stehen 51 Schiedsverfahrensrechte der Staaten und des Bundesdistrikts gegenüber. Diese 51 Einzelstaatenrechte ähneln einander, da sie alle durch den FAA einerseits und den *Uniform Arbitration Act* (UAA) von 1955/1956 bzw. den *Revised Uniform Arbitration Act* (RUAA) von 2000 beeinflusst wurden.⁶⁷

Der Bund und die Einzelstaaten haben also jeweils eigene Schiedsverfahrensgesetze, doch soweit der FAA anwendbar ist, verdrängt er das Schiedsverfahrensrecht der Einzelstaaten.⁶⁸ Nach §§ 1 und 2 FAA findet das Bundesgesetz Anwendung, wenn sich die Schiedsvereinbarung auf eine „maritime transaction“ oder auf einen „contract evidencing a transaction involving commerce“ bezieht, wobei es sich im zweiten Fall um Handel über die Grenzen von US-Bundesstaaten oder über internationale Grenzen hinweg handeln muss. Der US Supreme Court hat die Anwendungsvoraussetzungen des FAA mit der Zeit stark aufgeweicht. Das betrifft vor allem die Voraussetzung, dass die Schiedsvereinbarung im Zusammenhang mit einer Transaktion des grenzüberschreitenden Handels stehen muss. Nach Lesart des US Supreme Court fällt praktisch jede Schiedsvereinbarung, die sich auf einen Vertrag bezieht, den eine der Parteien zu einem gewerblichen oder beruflichen Zweck geschlossen hat, unter den FAA.⁶⁹

Trotzdem scheint auf den ersten Blick klar, dass eine einseitige Schiedsverfügung, die in einem Testament oder Trust enthalten ist, nicht in den Anwendungsbereich eines Gesetzes über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit fallen kann. Dennoch hat *David Horton* in einem Artikel aus dem Jahr 2012 dargelegt, warum einseitige Schiedsverfügungen in Trusts seiner Meinung nach unter den FAA fallen können:⁷⁰ Als Trustee würden nämlich oft Finanzdienstleister eingesetzt, die ihre Dienstleistungen gewerblich in mehreren

⁶⁷ *Gilfrich*, Schiedsverfahren im Scheidungsrecht, 114 f.; *Orgel*, Class Arbitration, 63 (dort Fn. 28).

⁶⁸ Sogenannte *preemption* des Einzelstaatenrechts durch das Bundesrecht: *Brunet/Speidel/Sternlight u. a.*, Arbitration Law in America, 38 f.

⁶⁹ Zum Ganzen *Carbonneau*, The Law and Practice of United States Arbitration, 281–314; guter deutschsprachiger Überblick bei *Orgel*, Class Arbitration, 61–63; mit Bezug auf Schiedsverfügungen in Testamenten und Trusts *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1049–1073.

⁷⁰ *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027 ff; ferner *ders.*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, 203 ff.

Staaten der USA anbieten. Auch sei das Vermögen eines Trusts fast immer über mehrere Staaten verteilt.⁷¹

Diese Argumentation blendet allerdings die vorgelagerte Frage aus, ob es sich überhaupt um Handelsangelegenheiten handelt. Zwar handeln die Trustees in der Tat oft als gewerbliche Dienstleister. Die *beneficiaries* fragen diese Dienstleistung aber selbst nicht nach, sondern sie werden ohne eigenes Zutun mit dem vom *settlor* erwählten Trustee konfrontiert. Noch weniger handelt es sich bei den Beziehungen der *beneficiaries* untereinander um „transaction[s] involving commerce“.

Gegen die Anwendung des FAA auf einseitige Schiedsverfügungen spricht auch der Vergleich mit einer Entscheidung des Bundesgerichts für den Southern District of New York aus dem Jahr 2017. Das Gericht lehnte es ab, den FAA auf eine Schiedsvereinbarung in einer Scheidungsfolgenvereinbarung anzuwenden, obwohl im Zuge der Scheidung Beteiligungen an Unternehmen in verschiedenen Bundesstaaten und im Ausland zu verteilen waren.⁷² Der FAA – so das Gericht – sei nur anwendbar, wenn es um „exchanging money for goods and services“ gehe, nicht aber im Falle eines „formerly married couple dividing up once shared assets“.⁷³

Dagegen, den FAA auf einseitige Schiedsverfügungen in Testamenten und Trusts anzuwenden, spricht schließlich, dass bislang alle Gerichte, die mit solchen Verfügungen konfrontiert waren, ohne jede Diskussion der Frage das Schiedsverfahrensrecht des jeweiligen Einzelstaates angewendet haben.⁷⁴ Auch die folgende Untersuchung geht daher von der Prämisse aus, dass einseitige Schiedsverfügungen auf Grundlage des einzelstaatlichen Schiedsverfahrensrechts zu behandeln sind.

b) Gerichtszuständigkeit

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Bundes- und Staatengerichten bereitet im Kontext des Schiedsverfahrensrechts keine Probleme: Eine Schiedsvereinbarung oder -verfügung soll in der Regel die Zuständigkeit von allen staatlichen Gerichten ausschließen. Dementsprechend sollte eine Schiedsvereinbarung oder -verfügung gleichbehandelt werden, unabhängig davon, ob eine Partei (unter vermeintlicher Missachtung der Schiedsbindung) die Staaten- oder Bundesgerichte anruft.⁷⁵

⁷¹ *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1070–1073.

⁷² *Genger v. Genger*, 252 F. Supp. 3d 362, 366 f. (S.D.N.Y. 2017).

⁷³ *Genger v. Genger*, 252 F. Supp. 3d 362, 367 (S.D.N.Y. 2017).

⁷⁴ Vgl. *Strong*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 659, 660, die allerdings meint, die Parteien dieser Verfahren hätten sich auf die Anwendbarkeit des Einzelstaatenrechts verständigt.

⁷⁵ Insbesondere können Bundesgerichte das Schiedsverfahrensrecht der Einzelstaaten anwenden und *vice versa*: *Strong*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 659, 660 (dort Fn. 5). Auch

2. Grundstrukturen

Das US-amerikanische Schiedsverfahrensrecht, und zwar sowohl des FAA als auch der Einzelstaatengesetze, unterscheidet sich in seinen Grundzügen nicht wesentlich vom deutschen Schiedsverfahrensrecht: Eine Schiedsvereinbarung kann sowohl in Bezug auf bereits bestehende wie auch auf künftige Streitigkeiten geschlossen werden und ist grundsätzlich bindend, unwiderruflich und verdrängt die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte. Ein ergangener Schiedsspruch unterliegt einer reduzierten Kontrolle durch die staatlichen Gerichte und ist rechtskraft- und vollstreckungsfähig.⁷⁶

Eine Besonderheit des US-amerikanischen Schiedsverfahrensrechts ist die *order to compel arbitration*. Erhebt eine Partei Klage bei einem staatlichen Gericht, kann sich der Beklagte mit der *motion to compel arbitration* verteidigen, wenn er meint, dass der geltend gemachte Anspruch schiedsgebunden ist.⁷⁷ Diese *motion* ist das funktionale Äquivalent zur Erhebung der Schiedseinrede nach deutschem Schiedsverfahrensrecht. Ist das Gericht davon überzeugt, dass der geltend gemachte Anspruch vor das Schiedsgericht gehört, erklärt es sich – anders als das deutsche Gericht – nicht durch Prozessurteil für unzuständig, sondern erlässt eine *order to compel arbitration*. Zugleich setzt es das bei ihm anhängige Verfahren aus (*stay of proceedings*).⁷⁸

3. Subject matter arbitrability von Erb- und Truststreitigkeiten

Unsicherheit über die *subject matter arbitrability* von Erb- und Truststreitigkeiten hemmt bis heute die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit auf diesem Gebiet. An der *subject matter arbitrability* fehlt es, wenn an einem Streitgegenstand ein derartiges öffentliches Interesse besteht, dass die Entscheidung den staatlichen Gerichten vorbehalten sein muss.⁷⁹ Damit entspricht sie im Wesentlichen der objektiven Schiedsfähigkeit des deutschen Rechts. Während der US Supreme Court die *arbitrability* fast aller anderen Streitigkeiten, vom Kartellrecht über das Arbeitsrecht bis hin zum Antidiskriminierungsrecht, so großzügig handhabt,⁸⁰ dass *Carbonneau* meint, „there is virtually no subject-matter inarbitrability defense“,⁸¹ gilt dies nicht im Erb- und Trustrecht.

Wie die objektive Schiedsfähigkeit im deutschen Recht hängt die *subject matter arbitrability* nicht davon ab, ob das Schiedsverfahren vertraglich ver-

begründet die Anwendbarkeit des *Federal Arbitration Act* nicht zugleich eine Zuständigkeit der Bundesgerichte: *Brunet/Speidel/Sternlight u. a.*, *Arbitration Law in America*, 124 f.

⁷⁶ Siehe §§ 9–11 FAA; §§ 11–15 UAA; §§ 22–25 RUAA.

⁷⁷ Siehe § 4 FAA; § 2 lit. (a) UAA; § 7 lit. (a) RUAA.

⁷⁸ Siehe § 3 FAA; § 2 lit. (d) UAA; § 7 lit. (g) RUAA.

⁷⁹ Vgl. *Born*, *International Commercial Arbitration*, Band I, 944 f.

⁸⁰ *Born*, *International Commercial Arbitration*, Band I, 966–969 m. w. N.

⁸¹ *Carbonneau*, *The Law and Practice of United States Arbitration*, 248.

einbart oder einseitig verfügt wurde. Die *subject matter arbitrability* wird daher behandelt, bevor sich die Arbeit der Gültigkeit von einseitigen Schiedsverfügungen zuwendet. Denn wenn ein Streitgegenstand grundsätzlich nie durch Schiedsgerichte entschieden werden kann, erübrigt sich die Frage, ob der *donor* diesbezüglich ein Schiedsverfahren anordnen kann.

a) *Probate matters*

Die *arbitrability* von Streitigkeiten, über die der *probate court* zu entscheiden hat, ist in den USA zweifelhaft, weil manche dieser Entscheidungen nicht *inter partes*, sondern *erga omnes* wirken.⁸² Der kalifornische Supreme Court fasste das Problem in einem Urteil aus dem Jahr 1900 prägnant zusammen:

„[...] it is quite plain that the matter of the contest [d.h. die Entscheidung über die Unwirksamkeit des Testaments] cannot be submitted to arbitration. The matter of the probate of a will is a proceeding *in rem* binding on the whole world. A few individuals claiming to be the heirs cannot, by stipulation, determine such controversy.“⁸³

Entsprechend lehnte es das Gericht ab, den bereits ergangenen Schiedsspruch, der auf einer Schiedsvereinbarung beruhte, zu berücksichtigen.

Michigans Supreme Court teilte 1936 das Unbehagen dagegen, dass „[a] few individuals claiming to be heirs“ ein Verfahren betreiben, dessen Ergebnis auch für und gegen Unbeteiligte wirken kann. Er lehnte daher die Anerkennung eines ebenfalls aufgrund einer Schiedsvereinbarung ergangenen Schiedsspruchs über die Frage, ob die spätere Ergänzung eines Testaments wirksam war, ab.⁸⁴ Aus demselben Grund verweigerten zwei New Yorker Gerichte den Sprüchen von rabbinischen Schiedsgerichten, die über die Wirksamkeit und Auslegungen von Testamenten geurteilt hatten, die Anerkennung.⁸⁵

⁸² Zack, Arb. J. 11 (1956), 179, 191 f.; Janin, Cal. L. Rev. 55 (1967), 521, 529; Horton, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 9.38.

⁸³ *In re Estate of Carpenter*, 60 P. 162, 163 (Cal. Sup. Ct. 1900).

⁸⁴ *In re Estate of Meredith*, 266 N.W. 351, 356 (Mich. Sup. Ct. 1936); vgl. aber die Anmerkung von Anonym, Harv. L. Rev. 50 (1937), 537, die hierin eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung sieht.

⁸⁵ *In re Will of Jacobovitz*, 295 N.Y.S.2d 527 (N.Y. Sur. Ct. 1968); *Berger v. Berger*, 437 N.Y.S.2d 690 (N.Y. App. Div. 1981). In New York kommt eine verfassungsrechtliche Problematik hinzu: Die Aufgaben und Zuständigkeiten des *probate court*, der in New York *Surrogate's Court* heißt, sind in Art. 6 § 12 der Verfassung des Staates geregelt. Eine Verdrängung des *Surrogate's Court* durch ein Schiedsgericht sei daher verfassungswidrig, so *In re Will of Jacobovitz*, 295 N.Y.S.2d 527, 530 (N.Y. Sur. Ct. 1968). Dieses Argument ist allerdings nicht überzeugend, denn auch die Zuständigkeit der anderen New Yorker Gerichte ist in der Verfassung geregelt und trotzdem sind viele Sachen, die in ihre Zuständigkeit fallen, unbestrittenermaßen schiedsfähig: *Goldman*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 4.16 (dort Fn. 17). Im Übrigen sollte die *arbitrability* nicht von Staat zu Staat variieren, je nachdem ob die Zuständigkeit des *probate court* in der Verfassung oder im einfachen Recht geregelt ist.

Anders urteilte der Michigan Court of Appeals im Jahr 2009. In Abkehr von der siebzig Jahre alten Rechtsprechung des eigenen Supreme Court⁸⁶ entschied das Gericht: „[...] we reject respondent’s argument that probate proceeding inherently lack arbitrability.“⁸⁷ Diese Rechtsprechungsänderung begründete das Gericht einerseits mit den Besonderheiten des Fall: Alle denkbaren Nachlassbeteiligten hatten an der Schiedsvereinbarung mitgewirkt, sodass faktisch kein Problem der Bindung Unbeteiligter bestand.⁸⁸ Andererseits verwies das Gericht darauf, dass das Recht und die Gerichte Michigans heutzutage grundsätzlich schiedsfreundlich seien und Schiedssprüche in möglichst weitem Umfang anerkennen.⁸⁹

Dieses Urteil lässt erahnen, dass künftig auch die Gerichte anderer Staaten von ihrer schiedsskeptischen Haltung abrücken und Streitigkeiten der *probate procedure* zumindest dann für schiedsfähig erklären könnten, wenn die Interessen unbekannter oder ungeborener Dritter (z. B. Nachlassgläubiger, Ersatz- oder Nacherben) nicht berührt sind.⁹⁰ Insgesamt ist die Bedeutung der Frage allerdings ohnehin nicht allzu groß, da immer weniger Vermögen durch das *probate*-System übertragen wird.⁹¹ Vor allem die hier zu untersuchenden einseitigen Schiedsverfügungen sind meistens nicht in Testamenten, sondern in *inter vivos*-Trusts enthalten. Solche *inter vivos*-Trusts durchlaufen nicht das *probate*-Verfahren und Streitigkeiten in ihrem Zusammenhang werden in der Regel nicht durch den *probate court* entschieden.

b) Haftung des Trustees

Praktisch sehr relevant ist hingegen die Frage, ob Streitigkeiten um die Haftung und Entlassung des Trustees objektiv schiedsfähig sind. Das gilt auch im Kontext einseitiger Schiedsverfügungen, denn fünf der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zu einseitigen Schiedsverfügungen hatten Klagen der *beneficiaries* gegen den Trustee auf Entlassung oder Schadensersatz zum Gegenstand.⁹²

⁸⁶ *In re Estate of Meredith*, 266 N.W. 351 (Mich. Sup. Ct. 1936).

⁸⁷ *In re Estate of Nestorovski*, 769 N.W.2d 720, 731 f. (Mich. Ct. App. 2009).

⁸⁸ *In re Estate of Nestorovski*, 769 N.W.2d 720, 732 (Mich. Ct. App. 2009).

⁸⁹ *In re Estate of Nestorovski*, 769 N.W.2d 720, 729 f. (Mich. Ct. App. 2009).

⁹⁰ *Horton*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 9.39.

⁹¹ Hierzu oben Kapitel 2 – C.I.2.c) (70).

⁹² *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004); *In re Calomiris*, 894 A.2d 408 (D.C. Ct. App. 2006); *Diaz v. Bukey*, 125 Cal. Rptr. 3d 610 (Cal. Ct. App. 2011); *Jones v. Fink*, 2011 Ariz. App. Unpub. LEXIS 455 (Ariz. Ct. App. 2011); *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840 (Tex. Sup. Ct. 2013). Ein ähnlicher Fall ist *Diggs v. Lingo*, 2014 Tenn. App. LEXIS 869 (Tenn. Ct. App. 2014): Hier ging es um einen Trustee, der Grundstücke aus dem Trustvermögen an sich selbst und seine Ehefrau zu einem angeblich zu geringen Preis verkauft hatte. Die Begünstigten forderten teils Naturalrestitution, teils Schadensersatz. Das Berufungsgericht hatte keine Bedenken hinsichtlich der Schiedsfähigkeit, ver-

Ähnlich wie der deutsche Testamentsvollstrecker nach § 2220 BGB kann auch der US-amerikanische Trustee nicht von gewissen Kardinalpflichten befreit werden. Hierzu gehört die Pflicht zur Rechnungslegung und eine Schadensersatzpflicht für krasse Pflichtverletzungen (*bad faith, reckless indifference* oder *intentional or willful neglect*).⁹³ Robert H. Sitkoff hat die Frage aufgeworfen, ob es daneben zum unverzichtbaren Kern des Trustrechts gehört, dass diese treuhänderischen Mindestpflichten vor einem *staatlichen* Gericht durchsetzbar sein müssen.⁹⁴ Er fragt, mit anderen Worten, ob es bei derartigen Streitigkeiten an der *subject matter arbitrability* fehlen könnte.

Sitkoff selbst gibt keine Antwort auf diese Frage. Sie scheint allerdings zu verneinen zu sein, obwohl es an Rechtsprechung fehlt, die den Punkt direkt behandelt.⁹⁵ Einen Hinweis können die erwähnten Urteile⁹⁶ geben, in denen der Trustee der gegen ihn gerichteten Klage die einseitige Schiedsverfügung entgegenhielt. In keinem dieser Urteile wird die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes problematisiert, was darauf hindeutet, dass die Gerichte den Streit für grundsätzlich schiedsfähig hielten. Andernfalls hätten sie die *motion to compel arbitration* schon mit Verweis auf fehlende *subject matter arbitrability* zurückweisen können.⁹⁷ Allerdings könnten die Gerichte das Schieds-

weigerte aber die begehrte *motion to compel arbitration*, weil die Ehefrau des *trustee* notwendige Mitbetroffene sei, aber als Dritte nicht der Schiedsbindung unterliege.

⁹³ Siehe z.B. § 1008 lit. (a) UTC; zum Ganzen *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 619–622 m. w. N. Die Mindesthaftung soll zum unverzichtbaren Kern eines Trust gehören, denn ein Trustee, der nicht haftet, wäre kein Trustee, sondern Vollrechtsinhaber: *Sitkoff*, B.U. L. Rev. 91 (2011), 1039, 1047; vgl. auch *McNeil v. McNeil*, 798 A.2d 503, 509 (Del. Sup. Ct. 2002).

⁹⁴ *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 624: „The hard policy question raised by mandatory arbitration provisions is whether accountability in court, before a judge, is part of that essential core.“

⁹⁵ Siehe aber aus der Literatur z.B. *Janin*, Cal. L. Rev. 55 (1967), 521, 524 f., der meint, dass Streitigkeiten zwischen den *beneficiaries* und dem Trustee solange schiedsfähig sind, wie das Schiedsverfahren nicht dazu führt, dass der *trustee* im Ergebnis befreit wird; vgl. auch *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1067 f.; *Strong*, Arb. Int'l 28 (2012), 591, 619–623; *dies.*, Real Prop. Tr. & Est. L.J. 47 (2012), 275, 290 f.; *dies.*, Vand. J. Transnat'l L. 45 (2012), 1157, 1197–1200. Für Schiedsfähigkeit nach englischem Recht, das hinsichtlich der Mindesthaftung dem US-Recht ähnelt, *Fox*, Trusts & Trustees 17 (2010), 17, 25.

⁹⁶ Oben in Fn. 92.

⁹⁷ Vgl. auch *Matter of Blumenkrantz*, 824 N.Y.S.2d 884 (N.Y. Sur. Ct. 2006): Die Begünstigte eines *testamentary trust* verklagte den Trustee auf Schadensersatz. Der Trustee beantragte einen *impleader* (entspricht in etwa der deutschen Streitverkündung) gegen die Bank, die den Trust verwaltet hatte. Die Bank beantragte eine *order to compel arbitration*, denn der Vertrag zwischen ihr und dem Trustee enthielt eine Schiedsvereinbarung. Der *Surrogate's Court* erließ die begehrte *order*, ohne darauf einzugehen, ob es im Verhältnis zwischen Begünstigter und Trustee an der Schiedsfähigkeit des Streits fehlen könnte. Ähnlich *Zisman v. Leshner*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 86792 (M.D. Fla. 2008).

verfahren besonders streng daraufhin überprüfen, ob es durch seine Ausgestaltung eine Haftungserleichterung für den Trustee „durch die Hintertür“ bewirkt, z. B. durch eine parteiische Verfahrensausgestaltung.⁹⁸

D. Geltungsgrund und Geltungsgrenzen einseitiger Schiedsverfügungen

Seitdem der US Supreme Court in den 1980er-Jahren eine „national policy favoring arbitration“ ausrief,⁹⁹ erlebt das US-amerikanische Schiedsverfahrensrecht eine beispiellose Blüte. Heute sind Schiedsklauseln in den USA allgegenwärtig und finden sich z. B. in Arbeitsverträgen, Kreditkartenverträgen, Telefonverträgen und sogar Altenheimverträgen.¹⁰⁰ Schiedsverfahren verdanken ihre Beliebtheit im Wesentlichen zwei Faktoren: Erstens wird der amerikanische Zivilprozess, an dem zuweilen noch eine Jury beteiligt ist, als langsam, teuer und unvorhersehbar empfunden.¹⁰¹ Vor allem Unternehmen ziehen deshalb ein Schiedsverfahren vor, zumal Schiedsvereinbarungen auch dazu dienen, Sammelklagen (*class actions*) zu verhindern.¹⁰² Zweitens handhabt die US-amerikanische Rechtsprechung die Rechtsverbindlichkeit (*enforceability*) von Schiedsvereinbarungen sehr großzügig. Insbesondere können Schiedsvereinbarungen ohne weiteres auch gegenüber Verbrauchern durch AGB geschlossen werden, sodass sie sich leicht ins standardisierte Massengeschäft integrieren lassen.¹⁰³

⁹⁸ Janin, Cal. L. Rev. 55 (1967), 521, 524 f.; vgl. auch Strong, Arb. Int'l 28 (2012), 591, 619 f. mit Ausgestaltungsvorschlägen; ferner Fox, Trusts & Trustees 17 (2010), 17, 25 zum englischen Recht.

⁹⁹ Erstmals in *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (U.S. Sup. Ct. 1984); bereits ein Jahr zuvor in *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (U.S. Sup. Ct. 1983) war von einer „liberal federal policy favoring arbitration agreements“ die Rede. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Supreme Court *Carbonneau*, *The Law and Practice of United States Arbitration*, 153–163.

¹⁰⁰ Siehe z. B. *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 584 U.S. ____ (U.S. Sup. Ct. 2018) (Arbeitsvertrag); *Hoffman v. Citibank, N.A.*, 546 F.3d 1078 (9th Cir. 2008) (Kreditkartenvertrag); *Metro E. Ctr. for Conditioning & Health v. Qwest Communs. Int'l*, 294 F.3d 924 (7th Cir. 2002) (Telefonvertrag); *Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown*, 565 U.S. 530 (U.S. Sup. Ct. 2012) (Altenheimvertrag). Zum Ganzen *Wilson*, Case W. Res. L. Rev. 63 (2012), 91, 91; Orgel, *Class Arbitration*, 91.

¹⁰¹ Vgl. z. B. *Langbein*, U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823, 823; *Kourlis/Kauffman*, U. Kan. L. Rev. 61 (2013), 877, 877–879.

¹⁰² Jüngst z. B. *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 584 U.S. ____ (U.S. Sup. Ct. 2018); Orgel, *Class Arbitration*, 97–99 m. w. N.

¹⁰³ Ausführlich *Brunet/Speidel/Sternlight u. a.*, *Arbitration Law in America*, 127–140. Eine lesenswerte rechtstatsächliche Untersuchung dazu, ob es Verbraucher bemerken,

Angesichts des Siegeszugs von Schiedsverfahren auf vielen Gebieten des Privatrechts ist es fast erstaunlich, dass sich Rechtswissenschaft und -praxis erst seit der Jahrtausendwende mit der Frage befassen, ob ein *donor* einseitig ein Schiedsverfahren anordnen kann. Dies gilt umso mehr, als die private Vermögensweitergabe in den USA als streitanfällig gilt,¹⁰⁴ und zwar vor allem, wenn die Unwirksamkeit eines Testaments oder Trusts geltend gemacht wird (*capacity litigation* oder *will contest*).¹⁰⁵ Ein Grund für die Häufigkeit solcher Streitigkeiten liegt darin, dass es in den USA (außer in Louisiana¹⁰⁶) keine Mindestbeteiligung naher Verwandter am Nachlass gibt. Daher muss beispielsweise ein übergebenes Kind, wenn es überhaupt etwas vom Nachlass erhalten will, die Unwirksamkeit des Testaments oder Trusts geltend machen – oftmals mit dem Ziel, einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich zu erzwingen.¹⁰⁷

Das größte Hindernis für einseitige Schiedsverfügungen liegt darin, dass Schiedsverfahren auch in den USA grundsätzlich eine „creature of contract“¹⁰⁸ sind, also eine Schiedsvereinbarung der Parteien voraussetzen. Während sich argumentieren lässt, dass die *fiduciaries* mit der Übernahme des ihnen angedachten Amtes konkludent ihr Einverständnis mit der Schiedsverfügung erklären,¹⁰⁹ hilft diese Konstruktion bei den *beneficiaries* auf den ersten Blick nicht weiter: Ihre Rechtsstellung ist nämlich nicht von einer ausdrücklichen oder konkludenten Annahme abhängig.¹¹⁰

wenn sie eine Schiedsvereinbarung in AGB schließen und ob sie deren Rechtswirkungen verstehen, bieten *Sovern/Greenberg/Kirgis u. a.*, Md. L. Rev. 75 (2015), 1 ff.

¹⁰⁴ In Bezug auf Testamente *Jaworski*, Baylor L. Rev. 10 (1958), 87, 88; *Langbein*, Yale L.J. 103 (1994), 2039, 2042; *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 628–630; in Bezug auf Trusts *Bruyere/Marino*, Real Prop. Prob. & Tr. J. 42 (2007), 351, 352; *Strong*, Real Prop. Tr. & Est. L.J. 47 (2012), 275, 276 f.; *Beess und Chrostin*, Real Prop. Tr. & Est. L.J. 49 (2014), 397, 398.

¹⁰⁵ *Langbein*, Mich.L.Rev. 77 (1978), 63, 64–68; *ders.*, Yale L.J. 103 (1994), 2039, 2042–2045; *Ryznar/Devaux*, Nev. L.J. 14 (2013), 1, 1–7.

¹⁰⁶ *Palmer/Borowski*, in: Palmer, Mixed jurisdictions worldwide, 277, 337 f.

¹⁰⁷ Zum Ganzen *Langbein*, Mich.L.Rev. 77 (1978), 63, 64–68; *ders.*, Yale L.J. 103 (1994), 2039, 2042–2045; *Ryznar/Devaux*, Nev. L.J. 14 (2013), 1, 2–4. Das „Erpressungspotential“ des Klägers erhöht sich dadurch, dass in den USA jede Partei ihre Kosten grundsätzlich selbst zu tragen hat, sodass sich die testamentarischen Erben zuweilen eher vergleichen als den Streit auszufechten, um dann auch im Falle ihres Obsiegens auf ihren Anwaltskosten sitzen zu bleiben: *Langbein*, Mich.L.Rev. 77 (1978), 63, 65 f. Zur „befriedende[n] Wirkung“ des deutschen Pflichtteilsrechts z.B. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 60 f.

¹⁰⁸ *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576, 585 (U.S. Sup. Ct. 2008).

¹⁰⁹ So z.B. *Strong*, Vand. J. Transnat'l L. 45 (2012), 1157, 1228.

¹¹⁰ Vgl. *Gallanis*, Uniform Trust and Estate Statutes, 191 f. zu den für Testament und Trust einheitlichen Vorschriften über die Ausschlagung (*disclaimer*) einer Begünstigung. Die Notwendigkeit einer Annahme besteht nicht.

Rechtswissenschaft, Gerichte und Gesetzgeber begegnen dem Problem auf mehrere Weisen: In den Staaten, die keine Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen erlassen haben, stellt sich die Frage, ob der *donor* überhaupt rechtswirksam ein Schiedsverfahren anordnen kann. In den Staaten mit Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen ist die Frage hingegen durch den Gesetzgeber grundsätzlich positiv entschieden worden. Hier interessiert besonders, in welchem Umfang der Gesetzgeber dem *donor* diese Befugnis zuerkennt.

Die Arbeit präsentiert drei geläufige Begründungen dafür, dass einseitige Schiedsverfügungen auch ohne ausdrückliche Gesetzesnorm wirksam sind oder sein sollten, und wendet sich dann den Bundesstaaten zu, die entsprechende Vorschriften erlassen haben. Dabei wird neben dem Geltungsgrund jeweils auch dargestellt, welche Folgerungen aus diesem Geltungsgrund für die Geltungsgrenzen einseitiger Schiedsverfügungen zu ziehen sind.

I. Einseitige Schiedsverfügungen als Ausdruck der *freedom of disposition*

Die USA gelten als eine Rechtsordnung mit fast unbeschränkter *freedom of disposition*: „[The] right to control the disposition of property at death is central to the American psyche.“¹¹¹ Augenfälligste Ausprägung dessen ist das Fehlen jeglicher gesetzlicher Mindestteilhabe von Verwandten am Erbe.¹¹² Aber auch wenn es nicht um die Enterbung von Kindern geht, spielt der Wille des *donor* eine überragende Rolle.¹¹³ Daher überrascht es nicht, dass in den USA versucht wurde, eine einseitige Schiedsverfügung allein aufgrund dieses Willens (*donative intent*) für rechtswirksam und bindend zu erklären.¹¹⁴

Ein frühes Beispiel für eine solche Argumentation ist die Entscheidung in Sachen *Moore v. Harper* aus dem Jahr 1886.¹¹⁵ Der Testator hatte nicht den Testamentvollstrecker beauftragt, sein Testament verbindlich auszulegen, sondern angeordnet, dass ein unbeteiligter Dritter alle Streitigkeiten zwischen den Nachlassbeteiligten letztverbindlich entscheiden solle. Das Gericht maß dieser Anordnung dieselbe Wirkung wie einer Schiedsvereinbarung zu: Zwar sei ein Testament keine Vereinbarung, aber aus der umfassenden Entschei-

¹¹¹ *Madoff*, *Immortality and the Law*, 57.

¹¹² *Nussbaum*, *A.B.A. J.* 23 (1937), 183, 183; *Scalise*, in: Zimmermann, *Freedom of Testation / Testierfreiheit*, 143, 143–152; *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 1.

¹¹³ Dies gilt für *probate* wie für *nonprobate transfers* gleichermaßen. Siehe z.B. *Restatement of the Law Third, Property (Wills and Other Donative Transfers)*, § 10.1: „The donor’s intention is given effect to the maximum extent allowed by law.“; vgl. ferner *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.12 m. w. N.

¹¹⁴ *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 652 spricht passend von „intent theorie“ und *Bosquez-Hernández*, *Arbitration Clauses in Trusts*, S. 10 (*Revista para el Análisis del Derecho*, 2008), <http://www.indret.com/pdf/559_en.pdf> (Stand: 21.11.2019), von „intention theorie“.

¹¹⁵ *Moore v. Harper*, 27 W. Va. 362 (W. Va. Sup. Ct. 1886).

dungsbefugnis des Erblassers über sein Vermögen folge auch die Möglichkeit, einseitig ein Schiedsverfahren zu verfügen.¹¹⁶

In jüngerer Zeit haben beispielsweise *Spitko* und *Bruyere/Marino* argumentiert, dass mit der materiellen Verfügungsbefugnis, die sich in der Testierfreiheit äußert, auch die Befugnis einhergehe, prozessuale Anordnungen wie eine Schiedsverfügung zu treffen.¹¹⁷ *Murphy* steht dieser Gleichsetzung von materieller und prozessualer Verfügungsbefugnis hingegen kritisch gegenüber: Die US-amerikanischen Gerichte würden zwar anerkennen, dass der Wille des Erblassers für den Inhalt des Trusts oder Testaments maßgeblich ist, nicht aber für die prozessualen *remedies*.¹¹⁸

1. Entgegenstehender Wortlaut der Schiedsverfahrensgesetze

Die Versuche, eine Schiedsbindung der *beneficiaries* und *fiduciaries* allein auf die Willensentscheidung des *donor* zu stützen, scheiterten vor Gericht indes aus einem anderen Grund: Sowohl der FAA als auch die Schiedsverfahrensgesetze der Staaten verlangen einen *contract* oder wenigstens ein *agreement* als Grundlage jedes Schiedsverfahrens. So erfordert § 2 FAA eine „written provision in [...] a contract“, wenn künftige Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, und ein „agreement in writing“, wenn es um bereits entstandene Streitigkeiten geht. Auch der UAA verlangt in § 1 ein „written agreement“ für bestehende und eine „provision in a written contract“ für künftige Streitigkeiten. § 6 lit. (a) RUAA setzt einheitlich ein „agreement“ für bestehende und künftige Streitigkeiten voraus.

Testamente oder Trusts sind indes – zumindest nach herkömmlichem Verständnis¹¹⁹ – weder *contracts* noch *agreements*. Aus diesem Grund weigerten sich drei Berufungsgerichte, die in jüngerer Zeit mit dem Problem konfrontiert waren, entsprechende Verfügungen als rechtswirksam (*enforceable*) anzuerkennen.¹²⁰

¹¹⁶ *Moore v. Harper*, 27 W.Va. 362, 374 (W. Va. Sup. Ct. 1886): „Of course a will is not an agreement between two or more contracting parties, but it is certainly no less binding upon the parties who take a benefit under it than if they had contracted with the testator for that benefit. The testator has full dominion over his property with the absolute right, subject only to the limitations fixed by law, to do with and dispose of it in any manner or to whomever his will or caprice may suggest. Within the rules of law he may subject it to any limitation, restriction or condition he chooses, and the devisee or legatee, if he elects to take under the will, will be bound to respect and observe the same.“

¹¹⁷ *Spitko*, Case W. Res. L. Rev. 49 (1999), 275, 299 f.; *Bruyere/Marino*, Real Prop. Prob. & Tr. J. 42 (2007), 351, 363 f. Starke Betonung des *intent* auch bei *Hirshberg*, J. Disp. Resol. 2013, 213, 230.

¹¹⁸ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 657.

¹¹⁹ Hierzu unten Kapitel 2 – D.III. (91).

Die erste dieser Entscheidungen ist *Schoeneberger v. Oelze* des Berufungsgerichts in Arizona aus dem Jahr 2004.¹²¹ Die Eheleute Bernd und Linda Schoeneberger hatten 1991 drei irrevocable *inter vivos*-Trusts errichtet: Einen Trust zugunsten der ersten Klägerin Isabelle, einen zweiten Trust für die zweite Klägerin Valerie und einen dritten Trust, dessen Begünstigte (neben anderen) die beiden Klägerinnen waren. J. Philipp Oelze und eine weitere Mitbeklagte wurden zu Trustees eingesetzt. 2002 erhoben die begünstigten Schwestern Isabelle und Valerie Klage gegen die beiden *settlor* und die beiden Trustees wegen angeblicher Veruntreuung des Trustvermögens. Die Beklagten verwiesen auf eine Bestimmung, die in allen drei Trustdokumenten enthalten war: „[D]isputes in connection with this Trust shall be settled by arbitration in accordance with the rules of the American Arbitration Association.“¹²²

Das Gericht nahm das damals geltende Schiedsverfahrensrecht Arizonas zum Ausgangspunkt, das in A.R.S. § 12-1501 wortgleich wie § 1 UAA ein „written agreement“ für bestehende und eine „provision in a written contract“ für künftige Streitigkeiten verlangte. Da sich die Schiedsverfügung auf künftige Streitigkeiten bezog, kam es darauf an, ob der Trust ein „written contract“ darstellt. Das Gericht lehnte es ab, die Errichtung des Trusts als Vertrag zu begreifen und verneinte damit zugleich die Schiedsbindung: „The legal distinctions between a trust and a contract are at the heart of why Valerie and Isabelle cannot be required to arbitrate their claims against the defendants.“¹²³

In dieselbe Kerbe schlug ein Jahr später das Berufungsgericht des Bundesdistrikts in der Sache *Calomiris*.¹²⁴ Mehrere Trustees waren über die ordnungsgemäße Verwaltung eines Trusts in Streit geraten und wollten sich gegenseitig durch das Gericht absetzen lassen. Einer von ihnen berief sich auf eine Schiedsverfügung in dem Testament, durch das der Trust errichtet worden war. Das Berufungsgericht stützte sich maßgeblich auf *Schoeneberger v. Oelze* und entschied, dass ein Testament ebenso wenig wie ein Trust ein „contract“ sei, weshalb die Schiedsverfügung unwirksam sei.¹²⁵

¹²⁰ Vgl. *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1048: „The rationale behind these decisions is simple: state arbitration statutes make arbitration clauses enforceable in ‘contracts’, and testamentary instruments are ‘not contracts’.“

¹²¹ *Schoeneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004).

¹²² *Schoeneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078, 1080 (Ariz. Ct. App. 2004).

¹²³ *Schoeneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078, 1083 (Ariz. Ct. App. 2004).

¹²⁴ *In re Calomiris*, 894 A.2d 408 (D.C. Ct. App. 2006).

¹²⁵ *In re Calomiris*, 894 A.2d 408, 409 (D.C. Ct. App. 2006): „[...] a will is not a contract either.“ Das vom Gericht angewandte Schiedsverfahrensrecht des Bundesdistrikts beruhte ebenso wie das Schiedsverfahrensrecht Arizonas auf dem UAA von 1955, vgl. § 16-4301 D.C. Code a.F. Mit Wirkung zum 1.7.2009 hat der Bundesdistrikt den RUA von 2000 übernommen, der nicht mehr zwischen „agreement“ und „contract“ trennt, son-

Auch in *Diaz v. Bukey*, dem Urteil eines kalifornischen Berufungsgerichts aus dem Jahr 2011, ging es um das angebliche Missmanagement eines Trusts.¹²⁶ Die Geschwister Diaz und Bukey waren Begünstigte eines Trusts, den ihre inzwischen verstorbenen Eltern errichtet hatten, aber nur die Beklagte Bukey war zugleich Trustee. Diaz machte geltend, dass Bukey ihrer Rechnungslegungspflicht nicht nachkomme und verlangte daher ihre Entlassung als Trustee. Die Beklagte verteidigte sich mit der Schiedseinrede, da die Trusturkunde eine Schiedsverfügung enthielt.

Wie schon die Gerichte in *Schoeneberger* und *Calomiris* lehnte es auch das kalifornische Gericht ab, aufgrund dieser Schiedsverfügung eine *order to compel arbitration* zu erlassen:

„The Trust does not meet the statutory definition of a contract because there is no evidence that the beneficiaries gave either their consent or consideration to achieve the status of beneficiary.“¹²⁷

Bukey focht die Entscheidung vor dem kalifornischen Supreme Court an, der aber letztlich nicht über den Fall entschied. Dieser Supreme Court hatte nämlich kurz zuvor entschieden, dass eine Schiedsklausel in einem Bauträgervertrag auch die künftigen Wohnungseigentümer binde.¹²⁸ Der Court of Appeal solle daher, so der Supreme Court, sein Urteil in Sachen *Diaz v. Bukey* im Lichte dieser Entscheidung überdenken.¹²⁹ Hierzu kam es nicht, weil sich Diaz und Bukey zwischenzeitlich außergerichtlich geeinigt hatten.¹³⁰

2. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung

Aus diesen drei Urteilen ist zu schließen, dass der *donor* zumindest nach derzeitigem Stand der Rechtsentwicklung allein kraft seiner Testierfreiheit nicht wirksam ein Schiedsverfahren anordnen kann, sofern das anwendbare Schiedsverfahrensrecht nur vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren vorsieht. Damit erübrigt sich einstweilen zugleich die Frage, wie weit die Schiedsbindung reichen würde, die der *donor* allein kraft seiner Testierfreiheit anordnen kann.

Blickt man hingegen zurück auf § 1066 ZPO, bestätigt das die konstitutive Funktion dieser Vorschrift:¹³¹ Gäbe es § 1066 ZPO nicht, müssten die deutschen Gerichte ebenso wie die US-amerikanischen Gerichte in *Schoeneberger*, *Calomiris* und *Diaz* entscheiden, dass Testamente keine „Vereinbarungen“ im

dern einheitlich ein „agreement“ genügen lässt; siehe § 6 (a) RUAA (2000) und § 16-4406 (a) D.C. Code n.F.

¹²⁶ *Diaz v. Bukey*, 125 Cal. Rptr. 3d 610 (Cal. Ct. App. 2011).

¹²⁷ *Diaz v. Bukey*, 125 Cal. Rptr. 3d 610, 613 (Cal. Ct. App. 2011).

¹²⁸ *Pinnacle Museum Tower Assn. v. Pinnacle Market Development (US), LLC*, 282 P.3d 1217 (Cal. Sup. Ct. 2012).

¹²⁹ *Diaz v. Bukey*, 287 P.3d 67 (Cal. Sup. Ct. 2012).

¹³⁰ *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651, 656 (Cal. Ct. App. 2014) (dort Fn. 5).

¹³¹ Hierzu oben Kapitel 1 – B.III. (55).

Sinne von § 1029 Abs. 1 ZPO sind. Letztwillige Schiedsverfügungen könnten dann auch in Deutschland keine prozessualen Rechtswirkungen entfalten.

II. *Direct benefits estoppel*

In den drei genannten Fällen *Schoneberger*, *Calomiris* und *Diaz* kamen die Gerichte zu dem Ergebnis, dass die Begünstigten die Schiedsverfügung ignorieren und ihre Ansprüche vor den staatlichen Gerichten einklagen können. Wiewohl vor dem Hintergrund des anwendbaren Schiedsverfahrensrechts folgerichtig, verbindet sich damit ein schaler Beigeschmack: Die Begünstigten können „Rosinen picken“, indem sie die ihnen zugewandten Begünstigungen annehmen und zugleich die Schiedsbindung ablehnen.¹³²

Um solchem Unbehagen entgegenzuwirken, kennt das US-amerikanische Schiedsverfahrensrecht eine dogmatische Figur: *direct benefits estoppel*.¹³³ Wie der Name sagt, handelt es sich um eine Ausprägung der wesentlich weiter gefassten *estoppel*-Lehre. Diese Lehre, die in allen Rechtsordnungen des Common Law bekannt ist, lässt sich – sehr vereinfachend gesagt – mit dem im deutschen Recht bekannten Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) vergleichen.¹³⁴

1. *Die Schiedsbindung kraft direct benefits estoppel im Allgemeinen*

Im Kontext des US-amerikanischen Schiedsverfahrensrechts begegnet *estoppel* in der speziellen Ausprägung des *direct benefits estoppel*. Der Anwendungsfall in der vertraglich vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit ist typischerweise folgender: Ein Dritter (*non-signatory*) leitet aus einem Vertrag, der zwischen anderen Parteien (*signatories*) geschlossen wurde und eine Schiedsklausel enthält, unmittelbar Vorteile (*direct benefits*) ab, ohne dass es sich bei dem Vertrag um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt.¹³⁵ Trotzdem soll die Schiedsbindung auch für und gegen den Dritten wirken, d.h. der Dritte muss Ansprüche gegen eine der Parteien des Vertrages vor

¹³² Die Abneigung gegen ein solches Rosinenpicken kommt z.B. in dem Titel des Aufsatzes von *Hirshberg*, J. Disp. Resol. 2013, 213 zum Ausdruck: „You Can’t Have Your Trust and Defeat It Too“. Ähnlich *Strong*, Vand. J. Transnat’l L. 45 (2012), 1157, 1219; *Jones/Pexton*, ADR and Trusts, 11.

¹³³ Vgl. auch *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 648–652 unter dem Schlagwort „Benefit Theory“. Dahinter verbirgt sich im Wesentlichen dasselbe wie hinter *direct benefits estoppel*.

¹³⁴ *Garner*, in: ders., Black’s Law Dictionary, Stichwort „Estoppel“: „A bar that prevents one from asserting a claim or right that contradicts what one has said or done before [...]“. Dort auch zahlreiche Beispiele für verschiedene Ausprägungen von *estoppel*.

¹³⁵ Zur Schiedsbindung des Dritten bei echten Verträgen zugunsten Dritter sogleich Kapitel 2 – D.III.1. (92).

dem Schiedsgericht geltend machen.¹³⁶ Er würde sich nämlich widersprüchlich verhalten, wenn er die Vorteile aus dem Vertrag dankend annehmen, die Schiedsbindung aber ablehnen würde. Umgekehrt kann auch eine Vertragspartei daran gehindert sein, die fehlende Schiedsbindung des Dritten einzuwenden, wenn der Dritte ein Schiedsverfahren wünscht.¹³⁷

Direct benefits estoppel wurde zuerst von US-Bundesgerichten entwickelt und angewandt.¹³⁸ So ist es beispielsweise¹³⁹ einem Yachteigner verwehrt worden, sich darauf zu berufen, selbst keine Schiedsvereinbarung geschlossen zu haben, wenn er Rechte aus einem Klassifikationsvertrag geltend macht, der zwischen Werft und Klassifikationsgesellschaft geschlossen wurde und eine Schiedsklausel enthält.¹⁴⁰ Ebenso soll der Käufer einer Industriesäge, der sich mit seinen Sachmängelgewährleistungsansprüchen direkt gegen den Hersteller der Säge wendet, kraft *direct benefits estoppel* an eine Schiedsklausel gebunden sein, die in dem Vertrag zwischen dem Hersteller und dem Vertragshändler, von dem der Käufer die Säge erworben hatte, enthalten war.¹⁴¹

Die Lehre von *direct benefits estoppel* wurde von den Gerichten der Bundesstaaten übernommen, um *non-signatories* an eine Schiedsvereinbarung zu binden, und zwar insbesondere in Texas: In der Sache *FirstMerit Bank, N.A.* hatten die Eltern ein Wohnmobil für ihre Tochter und deren Ehemann gekauft.¹⁴² Der Kaufvertrag mit Ratenzahlungsvereinbarung, den nur die Eltern unterzeichnet hatten, enthielt eine Schiedsklausel. Der Verkäufer trat sodann den Vertrag an die FirstMerit Bank ab. Als die Eltern wegen angeblicher Mängel der Kaufsache keine Ratenzahlungen mehr leisteten, nahm die Bank das Wohnmobil wieder an sich. Hiergegen klagten auch die Tochter und ihr Ehemann, die sich zuletzt im Besitz des Wohnmobils befunden hatten. Der texanische Supreme Court erließ eine *order to compel arbitration*, weil die Tochter und ihr Ehemann dem vertraglichen Anspruch der Eltern beigetreten seien und sich damit dem Vertragswerk unterworfen hätten.¹⁴³

¹³⁶ *Steingruber*, Consent in International Arbitration, Rn. 9.54.

¹³⁷ *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, Rn. 4.04; *Steingruber*, Consent in International Arbitration, Rn. 9.54.

¹³⁸ *Uloth/Rial*, Rev. Litig. 21 (2002), 593, 604–608.

¹³⁹ Beispiele nach *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, Rn. 4.12 f.

¹⁴⁰ *American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard S.P.A.*, 170 F.3d 349 (2nd Cir. 1999).

¹⁴¹ *Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH*, 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000).

¹⁴² *In re FirstMerit Bank, N.A.*, 52 S.W.3d 749 (Tex. Sup. Ct. 2001).

¹⁴³ *In re FirstMerit Bank, N.A.*, 52 S.W.3d 749, 755 f. (Tex. Sup. Ct. 2001).

Diese Rechtsprechung bestätigte der texanische Supreme Court in *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*¹⁴⁴ und in *In re Weekley Homes*,¹⁴⁵ wobei das Gericht im zweiten Fall genauer definierte, wann ein Kläger *direct benefits* aus einem Vertrag, den er nicht selbst unterzeichnet hat, ableitet. Es legte dabei einen großzügigen Maßstab an und entschied, dass es ausreiche, wenn der Kläger in anderem Zusammenhang *direct benefits* erhalten hat. Hingegen sei nicht erforderlich, dass der konkret eingeklagte Anspruch auf dem Vertrag beruhe.¹⁴⁶

2. *Direct benefits estoppel* und einseitige Schiedsverfügungen

Die Anwendung von *direct benefits estoppel* im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren, das einseitig durch den *settlor* angeordnet wurde, ist ebenfalls eng verbunden mit einer Entscheidung des texanischen Supreme Court, nämlich in der Sache *Rachal v. Reitz*: Es handelt sich hierbei nicht nur um das erste Urteil eines State Supreme Court zu einer einseitig verfügten Schiedsbindung überhaupt, sondern auch um die erste Entscheidung, in der eine Schiedsbindung der *beneficiaries* bejaht wurde.

Auch in *Rachal v. Reitz* ging es um vermeintliche Treuepflichtverletzungen des Trustees. Der Vater des Klägers hatte einen widerruflichen *inter vivos*-Trust zugunsten seiner beiden Söhne gegründet und sich zunächst selbst als Trustee eingesetzt. Durch den Tod des Vaters wurde der Trust unwiderruflich und ein Anwalt namens Rachal wurde neuer Trustee. Der Kläger, einer der beiden begünstigten Söhne, verlangte die Entlassung von Rachal als Trustee und Schadensersatz, weil Rachal Trustvermögen veruntreut habe und seiner Rechnungslegungspflicht nicht nachgekommen sei.¹⁴⁷ Rachal berief sich auf eine Schiedsverfügung, die im Errichtungsdokument des Trusts enthalten war, und beantragte eine *order to compel arbitration*.

In den ersten beiden Instanzen hatte Rachal hiermit keinen Erfolg, da die texanischen Gerichte zunächst wie die Gerichte in *Schoneberger, Calomiris*

¹⁴⁴ *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*, 166 S.W.3d 732, 740 (Tex. Sup. Ct. 2005) (Schiedsbindung *in casu* aber verneint).

¹⁴⁵ *In re Weekley Homes, L.P.*, 180 S.W.3d 127 (Tex. Sup. Ct. 2005).

¹⁴⁶ *In re Weekley Homes, L.P.*, 180 S.W.3d 127, 131–135 (Tex. Sup. Ct. 2005): Hier machte die Klägerin einen deliktischen Schadensersatzanspruch geltend. Das Gericht stellte vor allem auf das vorangegangene Verhalten der Klägerin ab, durch das sie ihr Einverständnis mit dem Vertrag zum Ausdruck gebracht habe. Vgl. auch *Tipton*, Akron L. Rev. 48 (2015), 979, 1005; *Radford*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 8.28.

¹⁴⁷ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 842 (Tex. Sup. Ct. 2013). In der Sache hatte der Kläger damit vermutlich Recht: Rachal gab 2010 seine Anwaltszulassung „freiwillig“ zurück, wodurch er einem Entzug durch den texanischen Supreme Court zuvorkam, vgl. *Texas Bar Association*, Tex. B.J. 73 (2010), 778, 778.

und *Diaz* entschieden.¹⁴⁸ Der texanische Supreme Court befand hingegen, dass die Schiedsverfügung auch den Kläger als *beneficiary* binde und erließ daher die begehrte *order to compel arbitration*. Die Argumentation des Gerichts verläuft in drei Schritten:

Erstens betont es, dass der *settlor* klar und deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass er eine Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht wünsch. Diese Anordnung müsse das Gericht nach Möglichkeit umsetzen. Zweitens wandte sich das Gericht dem texanischen Schiedsverfahrensrecht zu, das in § 171.001 Tex. Civ. Prac. & Rem. Code vorsieht, dass ein *agreement to arbitrate* bindend ist, und zwar gleichermaßen in Bezug auf bereits bestehende wie in Bezug auf künftige Streitigkeiten. Das texanische Schiedsverfahrensrecht unterscheidet also nicht zwischen einem „written *agreement*“ bei bestehenden Streitigkeiten und einer „provision in a written *contract*“ bei künftigen Streitigkeiten, sondern lässt einheitlich ein *agreement* genügen. Aus diesem Grunde, so das Gericht, seien auch die Entscheidungen in *Schoneberger* und *Diaz* auf die texanische Rechtslage nicht übertragbar.¹⁴⁹

Für ein *agreement*, so das Gericht, genüge „mutual assent“ der Parteien, während für einen „contract“ mehr erforderlich sei, nämlich vor allem *consideration*.¹⁵⁰ Ausgehend von derart gelockerten Anforderungen an ein *agreement* erblickte das Gericht drittens den erforderlichen „assent“ des Klägers darin, dass dieser überhaupt Rechte aus dem Trust ableitete. Die dogmatische Figur, die das Gericht dabei anwendet, ist *direct benefits estoppel*.

Hierbei musste der texanische Supreme Court drittens die Hürde überwinden, dass *direct benefits estoppel* bis dato nur angewendet worden war, wenn die Schiedsklausel in einem Vertrag enthalten war. Das Gericht ließ sich hiervon nicht beirren, sondern entschied, dass *direct benefits estoppel* nicht voraussetze, dass gerade ein *Vertrag* zwischen Dritten geschlossen wurde.¹⁵¹ Es genüge, dass der Kläger Rechte geltend macht, die ihm nur als Begünstigter des Trust zustehen können, namentlich Schadensersatz und die Entlassung des Trustees. Weil er diese Rechte geltend macht, sei es ihm verwehrt, sich zugleich darauf zu berufen, dass er der Schiedsklausel nicht zugestimmt habe.

Rachal v. Reitz ist bislang die einzige Entscheidung, in der eine Bindung der Begünstigten eines Trusts kraft *direct benefits estoppel* angenommen wurde.¹⁵²

¹⁴⁸ Siehe Schilderung der Prozessgeschichte in *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 843 (Tex. Sup. Ct. 2013).

¹⁴⁹ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 848 f. (Tex. Sup. Ct. 2013); zustimmend *Tipton*, Akron L. Rev. 48 (2015), 979, 997.

¹⁵⁰ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 844 f. (Tex. Sup. Ct. 2013).

¹⁵¹ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 848 (Tex. Sup. Ct. 2013).

¹⁵² In *Archer v. Archer*, 2014 Tex. App. LEXIS 6551 (Tex. Ct. App. 2014) nahm das Berufungsgericht zwar auf das Urteil Bezug, ließ die Schiedsbindung aber daran scheitern, dass es sich im konkreten Fall nicht um eine rechtlich bindende Schiedsverfügung, sondern um einen bloßen Wunsch gehandelt habe.

Ein Urteil aus Kalifornien aus dem Jahr 2014 setzte sich ausführlich mit *Rachal v. Reitz* auseinander, kam in dem zu entscheidenden Fall aber zum entgegengesetzten Ergebnis, weil die Klägerin dort keine Rechte aus dem Trust geltend machte, sondern dessen Wirksamkeit bestritt.¹⁵³ Die US-amerikanische Literatur hat das Urteil in Sachen *Rachal v. Reitz* positiv aufgenommen.¹⁵⁴

3. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung

Die Entscheidung *Rachal v. Reitz* hat gezeigt, dass die *beneficiaries* an eine Schiedsverfügung des *settlor* gebunden sein können, auch wenn dies nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist. Allerdings kann es insofern auf das anwendbare Schiedsverfahrensrecht ankommen, denn ein *agreement to arbitrate* scheint leichter durch *direct benefits estoppel* konstruierbar zu sein als ein *contract to arbitrate*.¹⁵⁵

Bei der Schiedsbindung der *beneficiaries* durch *direct benefits estoppel* tritt der Grund der Schiedsbindung deutlich hervor: Die Begünstigten sind an die vom *settlor* getroffene Schiedsverfügung gebunden, weil sie Vorteile (*direct benefits*) aus dem Trust angenommen und damit ihre Zustimmung zu den Bestimmungen des Trusts zum Ausdruck gebracht haben. Deshalb wäre es ein treuwidriges *venire contra factum proprium*, wenn sie nun hinsichtlich einer ihnen nicht genehmen Bestimmung – nämlich hinsichtlich der Schiedsverfügung – geltend machen dürften, sie hätten dieser nicht zugestimmt.

a) Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht

Daraus folgt hinsichtlich der Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht, dass jemand, der keine *direct benefits* aus dem Trust erhält, nicht an die Schiedsklausel gebunden ist. Nicht schiedsgebunden sind daher beispielsweise Gläubiger des Trusts, die Ansprüche aus Transaktionen mit dem Trustee haben.¹⁵⁶ Aber auch ein übergangener gesetzlicher Erbe, der geltend macht, der Trust sei nicht wirksam errichtet worden, erhält kein *direct benefit*.

¹⁵³ *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651, 659 (Cal. Ct. App. 2014).

¹⁵⁴ *Delaney/Byer/Schwartz*, Prob. & Prop. 27 (2013), 13, 17; *Clark*, Ohio Prob. L.J. 24 (2014), 343, 344; *Tipton*, Akron L. Rev. 48 (2015), 979, 1007; kritisch zum aufgehobenen Urteil der Vorinstanz *Hirshberg*, J. Disp. Resol. 2013, 213 ff.

¹⁵⁵ Auf diese Unterscheidung zwischen *contract* und *agreement* stützt sich *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 848 f. (Tex. Sup. Ct. 2013).

¹⁵⁶ *Goldman*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 4.14. Vgl. umgekehrt *Diggs v. Lingo*, 2014 Tenn. App. LEXIS 869 (Tenn. Ct. App. 2014) zur Frage, inwiefern Ansprüche, die von den *beneficiaires* gegen Dritte erhoben werden, durch das Schiedsgericht zu entscheiden sind, wenn der Dritte eine Entscheidung durch das Schiedsgericht wünscht. Das Berufungsgericht in Tennessee verwarf die begehrte *motion to compel arbitration* aus dem Grund, dass die Schiedsverfügung weder für noch gegen Dritte

Inter vivos-Trusts können aus denselben Gründen wie Testamente unwirksam sein, also z.B. wegen Testierunfähigkeit (*incapacity*), Drohung (*duress*) und *undue influence*.¹⁵⁷ Fällt der Trust weg, fällt das für den Trust vorgesehene Vermögen in den Nachlass. Ein gesetzlicher Erbe, der durch den Trust – im untechnischen Sinne – enterbt wurde, kann daher die Unwirksamkeit des Trusts geltend machen und seinen Erbteil aufgrund gesetzlicher Erbfolge fordern. Ein solcher Kläger verhält sich nicht widersprüchlich, wenn er die Schiedsbindung zurückweist, sondern konsistent, denn er lehnt den Trust in Gänze und nicht nur hinsichtlich einzelner Anordnungen ab.¹⁵⁸

Vom texanischen Supreme Court nicht behandelt wurde die Frage, inwiefern *fiduciaries*, hier also der Trustee, schiedsgebunden sind. Bei strenger Anwendung der Lehre von *direct benefits estoppel* kommt es darauf an, ob ihnen *direct benefits* aus dem Trust zufließen. Sofern sie (was regelmäßig der Fall ist¹⁵⁹) eine Vergütung erhalten und dies im Trust selbst geregelt ist, lässt sich von einem solchen Vorteil sprechen.¹⁶⁰ Letztlich dürfte aber vor allem eine Rolle spielen, dass niemand ohne eigenes Zutun *fiduciary* wird.¹⁶¹ Vielmehr muss das Amt angenommen werden, sei es ausdrücklich oder faktisch durch Ausübung des Amts.¹⁶² Hierin liegt ein implizites Einverständnis mit den Bedingungen des Testaments oder Trusts und so auch mit der einseitigen Schiedsverfügung. Daher dürften US-amerikanische Gerichte, wenn sie künftig mit dem Problem eines schiedsunwilligen *fiduciary* konfrontiert werden, es als unzulässiges widersprüchliches Verhalten des *fiduciary* ansehen, wenn dieser sich einerseits darauf beruft, *fiduciary* zu sein, aber andererseits die Schiedsbindung ablehnt.

b) Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht

Eng mit der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht verbunden, aber von dieser konzeptionell unterscheidbar ist die Reichweite der Schiedsbindung in

wirke. Zu diesem Fall siehe auch *Radford*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 8.40 f.

¹⁵⁷ *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 393; zu *undue influence* im Besonderen *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 281–309; historisch und rechtsvergleichend *Scalise*, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 19 (2008), 41 ff.

¹⁵⁸ *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1075; vgl. auch *Rapid Settlements, Ltd. v. SSC Settlements, LLC*, 251 S.W.3d 129, 147 f. (Tex. Ct. App. 2008).

¹⁵⁹ *Strong*, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 47 (2012), 275, 293.

¹⁶⁰ *Strong*, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 47 (2012), 275, 292 f.; *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1074; *ders.*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 9.29; anders *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 649–652.

¹⁶¹ *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 598 f.; für testamentarische Nachfolge *Langbein*, *Yale L.J.* 105 (1995), 625, 637: „You cannot be appointed executor of a will against your wishes.“

¹⁶² *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 598.

sachlicher Hinsicht, also die Frage, welche Art von Ansprüchen durch *direct benefits estoppel* schiedsgebunden sind. In *Re Weekly Homes*, als es darum ging, eine vertraglich vereinbarte Schiedsklausel auf Dritte zu erstrecken, hatte der texanische Supreme Court geurteilt, dass der Dritte nicht gerade den eingeklagten Anspruch aus dem Vertrag ableiten müsse, sondern dass es ausreiche, wenn er in anderem Zusammenhang Vorteile aufgrund des Vertrags erhalten hat.¹⁶³ Übertragen auf eine einseitige Schiedsbindung in einem Trust würde das bedeuten, dass es nicht erforderlich ist, dass ein *beneficiary* einen Anspruch geltend macht, der ihm ausdrücklich in dem Trust zugewendet wird.¹⁶⁴

Andererseits kommt keine Bindung durch *direct benefits estoppel* zu Stande, wenn ein Begünstigter die gesetzliche Erbfolge oder einen anderen (älteren) Nachlassplan ins Feld führt.¹⁶⁵ Letzteres war der Fall in *McArthur v. McArthur*, einem Urteil des kalifornischen Court of Appeal aus dem Jahr 2014.¹⁶⁶ Eine Mutter hatte 2001 einen *inter vivos*-Trust gegründet, dessen Begünstigte ihre drei Töchter zu gleichen Teilen sein sollten. Zehn Jahre später änderte sie die Bestimmungen des Trusts derart, dass eine der Töchter den Großteil des Trustvermögens erhalten sollte und ergänzte eine Schiedsverfügung. Kurz darauf starb sie. Eine der beiden Töchter, die durch die Änderung des Trusts zurückgesetzt worden waren, griff die Änderung des Trusts an, indem sie behauptete, diese sei das Produkt von *undue influence*. Die beklagte bevorzugte Tochter, die zugleich Trustee des abgeänderten Trusts war, verteidigte sich mit einer *motion to compel arbitration*, gestützt auf die Schiedsklausel im geänderten Trustdokument.

Erstinstanzliches Gericht und Berufungsgericht lehnten es ab, die begehrte *order to compel arbitration* zu erlassen, weil die Schiedsklausel die klagende Tochter nicht binde. Diese habe der Schiedsklausel nicht zugestimmt und es sei ihr auch nicht durch *direct benefits estoppel* verwehrt, sich auf ihre fehlende Zustimmung zu berufen. Sie leite aus der Änderung des Trusts, in der die Schiedsklausel enthalten ist, nämlich gerade keine Ansprüche ab.¹⁶⁷ Der Fall liege daher anders als in der texanischen Entscheidung *Rachal v. Reitz*.

Insgesamt scheint es darauf anzukommen, ob ein Anspruch derart mit dem Testament oder Trust verbunden ist, dass seine Geltendmachung ein grundsätzliches Einverständnis mit dem Nachlassplan impliziert.¹⁶⁸ In *Rachal* war dies

¹⁶³ *In re Weekley Homes, L.P.*, 180 S.W.3d 127, 131–134 (Tex. Sup. Ct. 2005).

¹⁶⁴ *Radford*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 8.28 f.

¹⁶⁵ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 649.

¹⁶⁶ *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651 (Cal. Ct. App. 2014).

¹⁶⁷ *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651, 658 (Cal. Ct. App. 2014); zustimmend *Horton*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 9.48.

¹⁶⁸ Vgl. in Bezug auf Schiedsvereinbarungen *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*, 166 S.W.3d 732 (Tex. Sup. Ct. 2005); *In re Weekley Homes, L.P.*, 180 S.W.3d 127 (Tex. Sup. Ct. 2005); vgl. ferner *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1074 f., der *beneficiaries*, die eine Teilunwirksamkeit des Nachlassplans geltend machen, der Schiedsbindung unterwer-

der Fall, weil der Kläger die Entlassung des Trustee und Schadensersatz forderte. Die hierfür nötige Klagebefugnis (*standing*) hatte er aber nur, weil er *beneficiary* des Trusts war. In *McArthur* hingegen war die Klägerin zwar auch *beneficiary* des neuen Nachlassplans, aber ihr *standing*, um die Änderung anzugreifen, beruhte auf dem älteren Trust, der keine Schiedsverfügung enthielt.

III. Trusts und Testamente als Verträge zugunsten Dritter

In *Rachal v. Reitz* ging das Gericht recht rasch über den Einwand hinweg, dass zwischen dem *settlor* und dem Trustee kein Vertrag vorgelegen habe, indem es meinte, die Anwendung von *direct benefits estoppel* setze keinen Vertrag voraus.¹⁶⁹ Damit umschiffte es die in der US-amerikanischen Literatur umstrittene Frage, ob ein Trust ein Vertrag ist oder zumindest ein Vertrag sein kann.¹⁷⁰

Es hätte sich allerdings gelohnt, dieser Frage nachzugehen. Denn wenn es sich beim Trust um einen Vertrag handelt, dann wohl um einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten der *beneficiaries*.¹⁷¹ Das hätte eine wichtige Konsequenz für die Schiedsbindung der Begünstigten: In der Rechtsprechung der Bundes- und Staatengerichte ist nämlich anerkannt, dass die Begünstigten eines Vertrags zugunsten Dritter an eine Schiedsvereinbarung gebunden sind, die in dem Vertrag enthalten ist, durch den sie begünstigt werden.¹⁷²

Wenn sich also sagen ließe, dass ein Trust nichts anderes ist als ein Vertrag zugunsten der *beneficiaries*, könnten diese an eine Schiedsklausel gebunden sein, ohne dass man auf *direct benefits estoppel* zurückgreifen muss.¹⁷³ Dieses Argument wurde freilich vom texanischen Supreme Court in *Rachal v. Reitz* nicht verfolgt. In der Literatur ist es nur vereinzelt angeklungen.¹⁷⁴ Für

fen will, wenn sie damit zugleich ihr Einverständnis mit den übrigen Teilen des Plans zum Ausdruck bringen.

¹⁶⁹ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 848 (Tex. Sup. Ct. 2013).

¹⁷⁰ Überblick über den Diskussionsstand bei *Sitkoff*, Cornell L. Rev. 89 (2004), 621, 628–631.

¹⁷¹ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 628.

¹⁷² Siehe z.B. *Arthur Andersen LLP v. Carlisle*, 556 U.S. 624, 631 (U.S. Sup. Ct. 2009); *E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S.*, 269 F.3d 187, 195 (3rd Cir. 2001); *Sapic v. Gov't of Turkmenistan*, 345 F.3d 347, 356 (5th Cir. 2003), *Benton v. Vanderbilt Univ.*, 137 S.W.3d 614, 618–620 (Tenn. Sup. Ct. 2004); vgl auch *Todd v. Steamship. Mut. Underwriting Ass'n (Bermuda) Ltd.*, 601 F.3d 329, 333–336 (5th Cir. 2010) (Direktanspruch des Geschädigten gegen den Versicherer).

¹⁷³ Vgl. *Bruyere/Marino*, Real Prop. Prob. & Tr. J. 42 (2007), 351, 363: „If the trust agreement is a contract, there is little doubt as to the enforceability of the arbitration clause.“

¹⁷⁴ *Bruyere/Marino*, Real Prop. Prob. & Tr. J. 42 (2007), 351, 359–364; *Bosquez-Hernández*, Arbitration Clauses in Trusts, S. 8–10 (Revista para el Análisis del Derecho, 2008), <http://www.indret.com/pdf/559_en.pdf> (Stand: 21.11.2019); *Murphy*, Ohio St. J.

die folgenden Ausführungen gilt daher in besonderem Maße der Hinweis, dass es sich bei einseitig verfügten Schiedsklauseln in den USA um eine neue und bei weitem noch nicht abgeschlossene Rechtsentwicklung handelt. Dennoch lohnt es, die Frage näher zu betrachten, da die Konzeption von Trusts oder sogar Testamenten als Verträge zugunsten Dritter neue Möglichkeiten eröffnen, die Schiedsbindung der Begünstigten dogmatisch zu begründen.

1. Die Schiedsbindung des begünstigten Dritten im Allgemeinen

Im US-amerikanischen Recht ist – anders als im englischen Recht¹⁷⁵ – seit langem anerkannt, dass einem Dritten durch Vertrag ein eigenes Forderungsrecht zugewendet werden kann.¹⁷⁶ Ebenso ist anerkannt, dass der Dritte (*third-party beneficiary*) an eine Schiedsklausel gebunden ist, die in dem Vertrag zwischen dem Versprechenden (*promissor*) und dem Versprechensempfänger (*promissee*) enthalten ist.¹⁷⁷

Die Abgrenzung zwischen der Bindung an eine Schiedsvereinbarung als *third-party beneficiary* und der Bindung kraft *direct benefits estoppel* erfolgt danach, ob die Vertragsschließenden dem Dritten ausdrücklich ein eigenes Forderungsrecht zugewendet haben. Ist dies der Fall, ist der Dritte *third-party beneficiary*.¹⁷⁸ Macht der Dritte hingegen Rechte geltend, die ihm faktisch aus dem Vertrag zufließen, oder hat er durch vorheriges Verhalten zu erkennen gegeben, dass er mit dem Vertrag einverstanden ist, ist er an die ihm unerwünschten Bestimmungen des Vertrages durch *direct benefits estoppel* gebunden.¹⁷⁹

Der Unterschied in den Rechtsfolgen liegt darin, dass ein *third-party beneficiary* von Rechts wegen gebunden ist, während *direct benefits estoppel* eine Ausprägung der *equity* ist, sodass es auf eine Gesamtwürdigung im Einzelfall ankommt.¹⁸⁰ Insbesondere kann bei *direct benefits estoppel* der Einwand der *unclean hands* gelten, also der Einwand, dass sich derjenige, der die

on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 645–648; *Hirshberg*, J. Disp. Resol. 2013, 213, 228–230; vgl. auch *Strong*, Vand. J. Transnat'l L. 45 (2012), 1157, 1177–1180 und ferner *Diggs v. Lingo*, 2014 Tenn. App. LEXIS 869 (Tenn. Ct. App. 2014) (dort Fn. 4), wo das Gericht *obiter* eine Bindung der Trustbegünstigten als „intended third-party beneficiary of a contract“ andeutet.

¹⁷⁵ Im englischen Recht wurde der „echte“ Vertrag zugunsten Dritter erst durch den Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 eingeführt. Hierzu *Peel/Treitel*, The Law of Contract, Rn. 14-090 – 14-122.

¹⁷⁶ Statt aller *Perillo*, Contracts, 611 f.

¹⁷⁷ Siehe Nachweise oben in Fn. 172.

¹⁷⁸ *Uloth/Rial*, Rev. Litig. 21 (2002), 593, 602; *Williams*, Franchise L.J. 25 (2006), 175, 176; *Tipton*, Akron L. Rev. 48 (2015), 979, 1002 f.

¹⁷⁹ *Williams*, Franchise L.J. 25 (2006), 175, 178; *Tipton*, Akron L. Rev. 48 (2015), 979, 1004.

¹⁸⁰ *Williams*, Franchise L.J. 25 (2006), 175, 178.

Schiedsbindung durchsetzen will, selbst treuwidrig verhalten hat und daher nicht schutzwürdig ist.¹⁸¹ Schließlich sind unterschiedliche Zeitpunkte relevant: Für die Bindung als *third-party beneficiary* kommt es darauf an, was die Parteien bei Vertragsschluss wollten, während es für *estoppel* auf das Verhalten der Beteiligten nach Vertragsschluss ankommt.¹⁸²

2. *Trusts als Verträge zugunsten Dritter*

Die zentrale Frage ist indes, ob Trusts überhaupt Verträge sind oder nicht. Diese Kontroverse ist in den USA eng verbunden mit den Namen *Austin Wakeman Scott* und *John H. Langbein*, den wohl einflussreichsten Trustrechtslehrern ihrer jeweiligen Generation. *Scott* veröffentlichte 1917 einen Aufsatz in der *Columbia Law Review*, in dem er argumentierte, dass ein Trust durch die Übertragung eines dinglichen Rechts entstehe und nicht durch einen Vertrag.¹⁸³ Diese Sichtweise entwickelte sich rasch zur ganz herrschenden Meinung in den USA, nicht zuletzt, weil *Scott* ein enorm einflussreiches Lehrbuch zum Trustrecht schrieb¹⁸⁴ und als Berichterstatter dafür sorgte, dass seine Meinung in die ersten beiden *Restatements* des Trustrechts aufgenommen wurde.¹⁸⁵

Im Jahr 1995 kam wieder Bewegung in die Diskussion, als *Langbein* einen vielbeachteten Aufsatz im *Yale Law Journal* veröffentlichte, in dem er für eine vertragliche Grundlage des Trusts eintrat.¹⁸⁶ Er zeigt, dass der Trust vom

¹⁸¹ In *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 848 (Tex. Sup. Ct. 2013) (dort Fn. 7) weist das Gericht auf diese Möglichkeit hin, entscheidet aber nicht darüber, weil der Kläger keine „unclean hands“ des Beklagten vorgetragen habe.

¹⁸² *E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S.*, 269 F.3d 187, 200 (3rd Cir. 2001) (dort Fn. 7) „Under the third party beneficiary theory, a court must look to the intentions of the parties at the time the contract was executed. Under the equitable estoppel theory, a court looks to the parties’ conduct after the contract was executed. Thus, the snapshot this Court examines under equitable estoppel is much later in time than the snapshot for third party beneficiary analysis.“

¹⁸³ *Scott*, *Colum. L. Rev.* 17 (1917), 269.

¹⁸⁴ *Scott*, *The Law of Trusts* (in vier Bänden). Das Werk wird bis heute fortgeführt und ist zuletzt als „*Scott and Asher on Trusts*“ in der 5. Aufl. 2010 erschienen.

¹⁸⁵ *Restatement (First) of Trusts*, § 197 Comment b) (1935): „The creation of a trust is conceived of as a conveyance of the beneficial interest in the trust property rather than as a contract.“ Wortgleich *Restatement (Second) of Trusts* § 197 Comment b) (1959). Allgemein zum Einfluss *Scotts* auf das US-Trustrecht im 20. Jahrhundert *Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates*, 388 f.

¹⁸⁶ *Langbein*, *Yale L.J.* 105 (1995), 625; vgl. auch *ders.*, *Yale L.J.* 107 (1997), 165, 185 f. (in Bezug auf *business trusts*). Nach der Zählung des Online-Dienstes „HeinOnline“ wurde der Aufsatz im 105. Band des *Yale L.J.* durch 321 andere Aufsätze zitiert (Stand: 21.11.2019). Für einen dogmatischen Aufsatz zum Trustrecht ist das ein hoher Wert. Zugleich handelt es sich nach Zählung von „HeinOnline“ um den zweitmeist zitierten Aufsatz

englischen Spätmittelalter bis ins US-amerikanische 19. Jahrhundert nicht als Vertrag verstanden werden konnte: Wäre der Trust ein Vertrag gewesen, hätte es in England weder eine passende Klageart gegeben, um ihn durchzusetzen, noch *specific performance*, um z.B. vom Trustee unterschlagenes Trustvermögen *in natura* zurück in den Trust zu holen.¹⁸⁷ Auch war ein echter Vertrag zugunsten Dritter bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in den USA (und bis zum Ende des 20. Jahrhunderts in England) nicht anerkannt, sodass ein Trust als Vertrag den Begünstigten keine eigenen Ansprüche hätte verschaffen können.¹⁸⁸ Heute aber bestehe kein Grund mehr dafür, die Augen vor der vertraglichen Natur des Trusts zu verschließen.¹⁸⁹ Ein Vertrag – genauer gesagt ein Vertrag zugunsten Dritter – erkläre nämlich die treuhänderische Bindung des Trustees und die flexible Ausgestaltbarkeit des Trusts sehr viel besser als *Scotts* „conveyance of a beneficial interest“.¹⁹⁰ Allerdings bestreitet *Langbein* nicht, dass der Trust neben den vertraglichen auch dingliche Eigenschaften aufweist.¹⁹¹

Ob ein Trust ein Vertrag zugunsten Dritter ist, wurde im speziellen Kontext einseitiger Schiedsverfügungen bislang nur wenig diskutiert.¹⁹² Für eine Annäherung erscheint es hilfreich, zwischen drei verschiedenen Arten von Trusts zu unterscheiden:

a) *Testamentary trust*

Ein *testamentary trust* entsteht – im Gegensatz zu einem *inter vivos*-Trust – nicht durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern von Todes wegen. Der Erblasser vermacht einem Trustee Vermögen mit der Bestimmung, dieses für näher im Testament genannte Begünstigte zu verwenden.¹⁹³ Hier scheint eine Gründung des Trusts durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem künftigen Trustee fern zu liegen.¹⁹⁴ *Langbein* meint indes, dass der *probate court* dem potentiellen Trustee das Angebot, Trustee zu werden, in Vertre-

Langbeins, übertroffen nur durch *ders.*, U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 ff. mit dem Titel „The German Advantage in Civil Procedure“ (485 Mal zitiert).

¹⁸⁷ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 634–636.

¹⁸⁸ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 646 f.

¹⁸⁹ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 652–655.

¹⁹⁰ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 655–663.

¹⁹¹ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 630.

¹⁹² *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 645–648 spricht sich letztlich gegen eine vertragliche Einordnung aus; *Bruyere/Marino*, Real Prop. Prob. & Tr. J. 42 (2007), 351, 361–364 halten die Unterscheidung zwischen Vertrag und dinglicher *conveyance* für eine „distinction without merit“, sprechen sich aber für eine Schiedsbindung der Begünstigten als *third-party beneficiaries* aus.

¹⁹³ *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 401.

¹⁹⁴ Das erkennt auch *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 636 an: „At first glance, contract formation seems a difficult enterprise for a decedent to conduct.“

tion des Erblassers mache und der Trustee sodann entscheide, ob er dieses annimmt oder nicht.¹⁹⁵

Daran ist richtig, dass niemand Trustee eines *testamentary trust* gegen seinen Willen werden kann. Die Aktivität des *probate court* beruht indes in erster Linie auf seiner gesetzlichen Pflicht, die testamentarischen Bestimmungen auszuführen, und nicht auf einer Rolle als Vertreter des Verstorbenen. Ansonsten ließen sich alle testamentarischen Bestimmungen als Anweisungen an den *probate court* für den Todesfall verstehen. Ausgeschlossen ist das nicht; wahrscheinlicher aber ist, dass die US-amerikanische Rechtswissenschaft an der klassischen Trennung von Verträgen und Testamenten festhalten wird.¹⁹⁶

b) *Inter vivos-Trust durch declaration of trust*

Die zweite Kategorie ist der *inter vivos-Trust*, der durch einseitige Erklärung (*declaration of trust*) gegründet wird. Der *settlor* transferiert kein Vermögen auf einen Trustee, sondern erklärt lediglich, dass er sein Vermögen oder einen Teil davon ab jetzt *in trust* halte, und zwar zumeist für seinen eigenen Nutzen. Solange der *settlor* lebt, liegt damit ein Trust vor, bei dem alle drei am Trust beteiligten Personen (*settlor*, Trustee und *beneficiary*) dieselbe Person sind.¹⁹⁷ Der Zweck eines solchen Trusts ist es, das *probate*-Verfahren nach dem Tod des *settlor* zu vermeiden.¹⁹⁸ Weil das Trustvermögen nicht mehr im Volleigentum des *settlor* stand, sondern vom ihm als Trustee für sich selbst gehalten wurde, fällt es nicht in den Nachlass. Stattdessen geht es direkt auf den in der *declaration of trust* bestimmten *successor trustee* über, der es dann beispielweise an die *residual beneficiaries* auskehrt.

In dieser Konstellation fällt es noch schwerer als beim *testamentary trust*, einen Vertrag als Grundlage des Trusts auszumachen, schließlich kann der *settlor* keinen Vertrag mit sich selbst schließen.¹⁹⁹ Auch *Langbein* erkennt an, dass eine vertragsrechtliche Deutung in dieser Konstellation scheitert.²⁰⁰ Ein solchermaßen einseitig kreierter Trust ist allerdings ein in der US-amerikanischen Praxis häufig genutztes Vehikel, um das *probate*-Verfahren zu

¹⁹⁵ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 637.

¹⁹⁶ Siehe aber für eine völlig neue, vertragsrechtliche Deutung des gesamten Erbrechts *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49 ff. und sogleich unter Kapitel 2 – D.III.3. (96).

¹⁹⁷ *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 408.

¹⁹⁸ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 673 meint daher, dass es sich hierbei eigentlich gar nicht um einen Trust handle, sondern um eine bloße Umgehung des *probate*-Verfahrens.

¹⁹⁹ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 646; *Bruyere/Marino*, Real Prop. Prob. & Tr. J. 42 (2007), 351, 362. Vgl. auch für das englische Recht *Conaglen*, Cambridge L.J. 74 (2015), 450, 469.

²⁰⁰ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 627.

umgehen.²⁰¹ Selbst wenn sich also in den USA eine Strömung entwickeln sollte, die den Trust als Vertrag zugunsten Dritter ansieht und auf dieser Grundlage annimmt, dass die *beneficiaries* an eine Schiedsverfügung gebunden sind, würde dies bei einem einseitig durch *declaration* gegründeten Trust kaum weiterhelfen.

c) *Inter vivos-Trust durch trust deed*

Am plausibelsten scheint die vertragliche Deutung beim *inter vivos*-Trust, der durch *trust deed* gegründet wird, also durch lebzeitige Übertragung von Vermögen auf einen vom *settlor* personenverschiedenen Trustee. Diese Transaktion weist neben dinglichen Elementen (Übertragung des Eigentums auf den Trustee und Übertragung des *beneficial interest* auf die Begünstigten) auch vertragliche Elemente auf, wie z.B. die Ausgestaltung der Treuepflichten des Trustee und ggf. die Regelung seiner Vergütung. Gerade wenn die Begünstigten Ansprüche aus einer vermeintlichen Treuepflichtverletzung des Trustees herleiten, liegt es nahe, dass sie damit *vertragliche* Ansprüche aus dem Vertrag zwischen *settlor* und Trustee zu ihren Gunsten geltend machen.

Der perfekte Testfall hierfür wäre *Schoneberger v. Oelze*²⁰² gewesen: Die Eheleute Schoneberger hatten zu Lebzeiten mehrere unwiderrufliche Trusts zugunsten ihrer Töchter errichtet. Trustee war von Anfang an der Beklagte Oelze. Es handelte sich also um klassische *inter vivos*-Trusts mit durchgängig bestehendem Drei-Personen-Verhältnis. Dennoch stellte das Gericht in Einklang mit der überkommenen Lehre fest: „[...] an *inter vivos* trust is not a contract.“²⁰³ Freilich handelt es sich hierbei um die Entscheidung eines einzelnen Berufungsgerichts. Dennoch kann das Urteil als Indikator dafür gelten, dass die Gerichte nicht leichthin gewillt sind, die althergebrachte Dichotomie von Trust und Vertrag aufzugeben.

3. *Testamente als Verträge zugunsten Dritter*

Sollte sich in den USA dennoch die Strömung durchsetzen, die Trusts als Verträge begreift und auf dieser Grundlage eine Schiedsbindung der Begünstigten annimmt, würde sich hierdurch der Graben zwischen Trusts und Testamenten weiter vertiefen.²⁰⁴ Denn Testamente werden in den USA klassischerweise nicht als Verträge, sondern als einseitige Verfügungen verstanden. Damit würde sich eine Situation verfestigen, die in Ansätzen bereits jetzt besteht: Eine einseitige Schiedsverfügung in einem Trust bindet die Begüns-

²⁰¹ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 673; vgl. auch *Feder/Sitkoff*, Elder L.J. 24 (2016), 1, 28 f.

²⁰² *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004).

²⁰³ *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078, 1082 (Ariz. Ct. App. 2004).

²⁰⁴ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 673–675.

tigten, während eine solche Verfügung in einem Testament wirkungslos bleibt. Das erscheint insofern unstimmg, als Trusts im Wesentlichen dieselben Funktionen erfüllen wie Testamente, nämlich die freigiebige Vermögensweitergabe an die nächste Generation auszugestalten.²⁰⁵

a) *Das Erbrecht als „greater donative freedom contract“*

Allerdings ging es *E. Gary Spitko* nicht um dieses Auseinanderdriften von Testamenten und Trusts, als er 2016 einen Aufsatz publizierte, in dem er vorschlägt, Testamente als Verträge zu begreifen.²⁰⁶ Stattdessen beschäftigt ihn der Umstand, dass die Schiedsbindung der Begünstigten als *third-party beneficiaries* oder kraft *direct benefits estoppel* scheitert, wenn ein Kläger die Unwirksamkeit des gesamten Trusts oder Testaments geltend macht.²⁰⁷ Vor den Hintergrund, dass in den USA gerade *will contests* bzw. *capacity litigation* als besonders hässlich, teuer und nervenaufreibend angesehen werden,²⁰⁸ empfindet er diese Einschränkung der Schiedsbindung als störend. *Spitko* unternimmt daher den Versuch, auch in diesen Konstellationen eine Schiedsbindung herzustellen, indem der das Erbrecht insgesamt (inklusive Intestaterbrecht) als Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Staat zugunsten der Erben konstruiert.²⁰⁹

Der Staat biete allen potentiellen Erblassern – also jedem – an, dass er dafür sorgen werde, dass das Vermögen nach dem Tod so verteilt wird, wie es der Erblasser wünscht. Äußert der Erblasser keinen Wunsch, verspricht der Staat die Verteilung nach Intestaterbrecht. Die Bürger nähmen dieses Angebot des Staates an, indem sie weiter Vermögen aufbauen, dieses investieren und nicht verschleudern.²¹⁰ Dabei zieht *Spitko* eine Parallele zum Arbeitsrecht, genauer gesagt zu dem, was in deutscher Terminologie als „Gesamtzu-

²⁰⁵ *Langbein*, Yale L.J. 105 (1995), 625, 673; *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 466–471.

²⁰⁶ *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49.

²⁰⁷ *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 61.

²⁰⁸ Vgl. Nachweise oben in Fn. 105.

²⁰⁹ *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49. Bereits in *ders.*, Case W. Res. L. Rev. 49 (1999), 275 ff.; *ders.*, Wash. U. L.Q. 77 (1999), 1065 ff. hatte er argumentiert, dass eine robuste Schiedsbindung in *capacity litigation*-Fällen wichtig sei, wenn der Erblasser einer (sexuellen) Minderheit angehörte und z.B. seinen gleichgeschlechtlichen Lebenspartner als Alleinerben eingesetzt hat. In solchen Fällen bestehe die Gefahr, dass ein staatliches Gericht (insbesondere die Jury) das Testament für unwirksam erkläre, weil es nicht den heterosexuellen Mehrheitsvorstellungen entspreche. Ein Schiedsrichter, der selbst der Minderheit angehört oder gegenüber den Belangen der Minderheit positiv eingestellt ist, sei eher in der Lage, eine vorurteilsfreie Entscheidung zu treffen. *Krit. zur Brauchbarkeit dieses Vorschlags Beess und Chrostin*, Real Prop. Tr. & Est. L.J. 49 (2014), 397, 411 f.

²¹⁰ *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 55.

sage“²¹¹ bezeichnet würde.²¹² Wenn z.B. der Arbeitgeber ein Weihnachtsgeld verspricht, haben die Arbeitnehmer Anspruch auf dieses Weihnachtsgeld, auch wenn sie das Angebot des Arbeitgebers nicht ausdrücklich annehmen: Das bloße Weiterarbeiten – selbst in Unkenntnis des Angebots – genügt als Annahme. Ebenso soll das Weitersammeln von Vermögen ausreichen, um das Angebot des Staates auf Abschluss des „greater donative freedom contract“ anzunehmen.²¹³

Das aus *Spitkos* Sicht Zweckmäßige hieran ist, dass der „greater donative freedom contract“ ein Vertrag zugunsten Dritter ist, nämlich zugunsten der Erben. Dies soll dazu führen, dass die Erben als *third-party beneficiaries* an eine testamentarische Schiedsverfügung gebunden sind, und zwar selbst dann, wenn sie das Testament angreifen. Auch die erstrebte gesetzliche Erbfolge gelte nämlich nur aufgrund des Vertrags zwischen Staat und Erblasser. Darum – so meint *Spitko* – erfasse die einseitige Schiedsklausel auch *capacity litigation*, die auf Eintritt der gesetzlichen Erbfolge gerichtet ist.²¹⁴

b) Kritik am „greater donative freedom contract“

Man mag das von *Spitko* verfolgte Ziel – nämlich eine möglichst umfassende Schiedsbindung – für rechtspolitisch erstrebenswert halten oder nicht. Der Versuch, diese Bindung *de lege lata* zu erreichen, indem man das gesamte Erbrecht als Vertrag versteht, begegnet aber durchgreifenden Bedenken. Zunächst scheitert der „Vertragsschluss“ zwischen Erblasser und Staat, wenn der Erblasser Zeit seines Lebens kein weiteres Vermögen erwirtschaftet, weil er z.B. selbst reich geerbt hat und sich nach Kräften bemüht, das Ererbte auszugeben.²¹⁵ In diesem Falle lässt sich nicht sagen, dass der Erblasser das „Vertragsangebot“ des Staates angenommen hat. Trotzdem wird ein solcher Erblasser nach dem jeweils geltenden Erbrecht beerbt, was in Widerspruch zum Vertragsmodell steht.

Ferner verfehlt das Vertragsmodell in vielen Fällen das erklärte Ziel *Spitkos*, Kläger der Schiedsbindung zu unterwerfen, die die Unwirksamkeit des Testaments oder Trusts geltend machen. Denn wenn beispielsweise ein übergangener gesetzlicher Erbe geltend macht, dass der Erblasser nicht mehr testierfähig gewesen sei, erfasst dieser Einwand auch die Schiedsverfügung.²¹⁶ Der übergangene Erbe wird – aus seiner Sicht folgerichtig – das

²¹¹ Siehe z.B. BAG, Urt. v. 18.3.2003 – 3 AZR 101/02, NZA 2004, 1099, 1101.

²¹² *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 67–72.

²¹³ *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 72–77.

²¹⁴ *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 92–97.

²¹⁵ *Horton*, Fla. L. Rev. Forum 68 (2016), 1, 9. Vgl auch das von *Jaworski*, Baylor L. Rev. 10 (1958), 87, 94 zitierte, kürzeste ihm bekannte Testament aller Zeiten: „Being of sound mind, I spent it all.“

²¹⁶ Das sieht auch *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 94–97 ein.

Testament vor dem staatlichen Gericht anfechten. Dasselbe müsste gelten, wenn der Kläger nicht *incapacity*, sondern *undue influence* einwendet, sofern auch die Schiedsklausel Ergebnis einer solchen rechtswidrigen Beeinflussung gewesen sein soll.

Schließlich bricht *Spitkos* Vorschlag mit der Dichotomie von *privatautonomer* Rechtssetzung durch Verträge und *staatlicher* Rechtssetzung durch Gesetze. Diese Vermengung beider Rechtssetzungsmechanismen kreierte Schwierigkeiten, die den von *Spitko* erstrebten Vorteil einer erweiterten Schiedsbindung erheblich übersteigen. So muss man fragen, ob der Gesetzgeber das Erbrecht noch ändern kann, wenn die Bürger bereits angefangen haben, Vermögen aufzubauen und so das „Angebot“ des Staates angenommen haben. Auch ist unklar, ob man Vermögen aufbauen kann, *ohne* das „Angebot“ anzunehmen, oder ob es sich um einen staatlich verordneten Zwangsvertrag handelt. Wenn es sich aber um einen Zwangsvertrag handelt, handelt es sich um heteronom gesetztes Recht, was gerade ein Charakteristikum staatlicher Rechtssetzung ist.²¹⁷

Dies ist nur ein kleiner Ausschnitt an Fragen, die sich stellen, und es soll hier kein Versuch unternommen werden, sie zu beantworten. Wohl nicht zuletzt aufgrund dieser ungelösten Probleme wurde *Spitkos* Vorschlag in der US-amerikanischen Literatur bislang nicht aufgegriffen. Da er mit der von vielen Juristen als fundamental empfundenen Unterscheidung zwischen Gesetz und Vertrag bricht, ist schwer vorstellbar, dass er bei den US-amerikanischen Gerichten Anklang finden wird.

4. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung

In Bezug auf Trusts, insbesondere solche, die durch lebzeitige Übertragung von Vermögen auf einen vom *settlor* personenverschiedenen Trustee gegründet werden, erscheint es hingegen durchaus vorstellbar, dass die Rechtspraxis auf die von *Langbein* vorgeschlagene Linie einschwenken könnte. Daher sollen die sich hieraus ergebenden Folgen für die Reichweite der Schiedsbindung umrissen werden, auch wenn es bislang noch an Rechtsprechung hierzu fehlt.

a) Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht

In persönlicher Hinsicht vermag die Konstruktion des Trusts als Vertrag zugunsten Dritter alle drei Beteiligten der Schiedsbindung zu unterwerfen, also den *settlor* selbst,²¹⁸ den Trustee und die *beneficiaries*. Im Verhältnis zwischen

²¹⁷ *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 84–86; *Meder*, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 92.

²¹⁸ Praktisch ist dies freilich nur relevant, wenn der *settlor* bei Aufkommen des Streits noch lebt und die von ihm selbst verfügte Schiedsbindung nunmehr ablehnt. Dies dürfte eher selten vorkommen. In *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004)

settlor und Trustee liegt eine auf vertraglicher Vereinbarung beruhende Schiedsbindung vor,²¹⁹ die sich (wie alle anderen Bestimmungen des Vertrags) auf die *beneficiaries* als Dritte erstreckt. Nicht schiedsgebunden sind hingegen solche Dritte, die dem Vertrag als unbeteiligte, nicht als begünstigte Dritte gegenüberstehen. Dies sind Gläubiger des Trusts, aber auch nicht durch den Trust begünstigte und damit im untechnischen Sinne enterbte Angehörige.

b) Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht

Die Begründung und damit auch die Grenzen der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht ähneln derjenigen kraft *direct benefits estoppel*. Die Dritten – hier also die Begünstigten des Trusts – leiten ihre Ansprüche aus dem Vertrag zwischen *settlor* und Trustee ab. Aus dieser abgeleiteten Berechtigung folgt, dass die *third-party beneficiaries* die Modalitäten und Beschränkungen des Vertrags, wie z.B. eine Schiedsklausel, gegen sich gelten lassen müssen. Umgekehrt können sie sich auch selbst auf derlei Modalitäten berufen, z.B. wenn sie ihrerseits den Trustee vor einem Schiedsgericht verklagen wollen.

Aus der Charakterisierung „abgeleitet“ folgen die Grenzen der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht.²²⁰ Nur solche Ansprüche sind schiedsgebunden, die sich aus dem Trustvertrag ableiten. Das sind vor allem die Ansprüche der Begünstigten auf Leistung aus dem Trust und Ansprüche gegen den Trustee wegen Missmanagements. Nicht schiedsgebunden sind hingegen Ansprüche, die sich nicht aus dem Trustvertrag ergeben. Hierzu gehören vor allem die Ansprüche, die jemand geltend macht, der die Wirksamkeit des Trusts bestreitet und deshalb eine Vermögensverteilung nach gesetzlicher Erbfolge oder aufgrund eines anderen, älteren Nachlassplans verlangt. Entsprechend ließ es das Gericht in *McArthur v. McArthur* offen, ob ein Trust nach kalifornischem Recht ein Vertrag zugunsten Dritter sei. Denn selbst wenn das der Fall wäre, wäre die durch die Änderung des Trusts benachteiligte Tochter nicht an die in dem geänderten Dokument enthaltene Schiedsklausel gebunden, da sie keine Rechte aus dieser Änderung geltend macht, sondern umgekehrt deren Wirksamkeit bekämpft.²²¹

IV. Gesetzgebung

Beim *estate planning* ist Rechtssicherheit in besonders hohem Maße erforderlich und gewünscht. Vor allem derjenige, der die Weitergabe seines Vermö-

lebten die *settlers* noch und waren Mitbeklagte, beriefen sich aber auf die Schiedsbindung und bekämpften diese nicht.

²¹⁹ *Horton*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 9.28.

²²⁰ Vgl. mit der Charakterisierung als „wholly derivative“ *Strong*, Real Prop. Tr. & Est. L.J. 47 (2012), 275, 293 f.

²²¹ *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651, 662 f. (Cal. Ct. App. 2014).

gens ordnet, möchte in der Regel so sicher wie möglich gehen, dass seine Anordnungen rechtsverbindlich sind. Aber auch die begleitenden Rechtsberater schlagen ungern neue und unerprobte Gestaltungen vor, die schlimmstenfalls dazu führen, dass man ungewollt einen „leading case“ produziert. Die beschriebenen Geltungsmechanismen einseitig verfügbarer Schiedsklauseln durch *direct benefits estoppel* und als *third-party beneficiaries* sind in dieser Hinsicht von einem idealen Maß an Rechtssicherheit weit entfernt.²²²

Um die Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit von Entscheidungen in Bezug auf einseitige Schiedsverfügungen zu erhöhen, ist in fünf Bundesstaaten der Gesetzgeber tätig geworden, nämlich in Florida, Arizona, New Hampshire, Missouri und South Dakota.²²³ In einem sechsten Staat, Hawaii, gab es einen Entwurf, der allerdings nie Gesetz wurde.²²⁴ Ferner gibt es ein Modellgesetz, das vom *American College of Trust and Estate Counsel* (ACTEC) entworfen wurde. Alle diese Gesetze verleihen einer einseitigen Schiedsverfügung eine gewisse Bindungswirkung, nehmen aber zugleich Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Nachlassplans von der Schiedsbindung aus. Damit können diese Gesetzesreformen als Inspirationsquelle für das deutsche Recht dienen. Die US-amerikanischen Bundesstaaten sind von den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen her mit Deutschland vergleichbar, wobei ihr Rechtssystem freilich auf der Tradition des Common Law beruht. Verliert man diese Unterschiede nicht aus den Augen, lassen sich – ggf. mit systembedingten Anpassungen – Anregungen aus der US-amerikanischen Gesetzgebung für die heute zweckmäßige Auslegung von § 1066 ZPO gewinnen.

1. Gesetzgebung in einigen Bundesstaaten und ACTEC-Modellgesetz

Zunächst sollen die Entwürfe, erlassenen Gesetze und Modellregeln in chronologischer Reihenfolge vorgestellt werden:

²²² Vgl. *ACTEC Arbitration Task Force*, Report vom 18.9.2006, S. 11, <<https://bit.ly/2S2MkDh>> (Stand: 21.11.2019): „[...] lack the level of certainty that most planners and clients would consider desirable.“ Ähnlich *Katzen*, *Quinnipiac Prob. L.J.* 24 (2011), 118, 119; *Goldman*, in: *Strong/Molloy*, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 4.13; *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 623.

²²³ *Tritt*, in: *Strong/Molloy*, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.34; *Strong*, *Iowa L. Rev.* 103 (2018), 2205, 2207.

²²⁴ Bei den ersten drei Staaten, die ihre Gesetze reformiert bzw. dies versucht haben, nämlich Hawaii, Arizona und Florida, handelt es sich um Staaten mit einem großen Bevölkerungsanteil an älteren Menschen und daher einer besonders großen Nachfrage nach Nachlassplanung: *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 669. Daneben hat es in Ohio einen entsprechenden Reformvorschlag der dortigen Anwaltskammer gegeben, der aber – soweit ersichtlich – vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen wurde; hierzu *Clark*, *Ohio Prob. L.J.* 24 (2014), 343.

a) *Hawaii*

Einen ersten, aber erfolglosen Versuch einer Gesetzesänderung unternahm Hawaii im Jahr 2005. Der Vorschlag ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert.²²⁵ Erstens ging die Initiative auf einen einzelnen Rechtsanwalt namens *Daniel Bent* zurück, der als Mediator auf Hawaii tätig ist und im Zusammenhang mit seiner eigenen Nachlassplanung Mediation und Schiedsverfahren nutzen möchte.²²⁶ Wohl nicht zuletzt, weil hinter dem Gesetzesentwurf keine breitere Interessengruppe, sondern ein einzelner Anwalt stand, „verhungerte“ der Entwurf in einem Ausschuss und gelangte nicht zur Abstimmung im hawaiianischen Senat.²²⁷

Zweitens hätte der Entwurf aus Hawaii – wäre er Gesetz geworden – einen im Vergleich zu später in den USA erlassenen Vorschriften einzigartigen Wortlaut und ein potentiell deutlich weiteren Anwendungsbereich gehabt. Die vorgeschlagene Regelung lautete:

„(a) An arbitration clause in a will or a trust instrument shall be given the same force and effect as to interested parties as if the clause was an agreement by the interested parties.

(b) A mediation clause in a will or trust instrument shall be binding upon all interested parties and shall be subject to the mediation rules for probate, trust, and guardianship of the property, if any.

(c) For the purpose of this section, ‘interested party’ includes beneficiaries, heirs, omitted beneficiaries, trustees, successor trustees, personal representatives, successor personal representatives and anyone acting as a duly appointed guardian, attorney-in-fact, or personal representative for any of the foregoing.“²²⁸

Der Wortlaut des Abs. (a) erinnert an die in § 1066 ZPO verwendete Regelungstechnik, da die Schiedsverfügung einer Schiedsvereinbarung gleichgestellt wird – hier freilich, anders als in § 1066 ZPO, indem ausdrücklich auf ein fiktives *agreement* der Streitparteien Bezug genommen wird.

Die Vorschrift hätte einen in den USA einzigartig weiten Anwendungsbereich gehabt, weil sie Schiedsverfügungen in Testamenten und Trusts erfasst hätte und weil der Kreis der „interested parties“ in Abs. (c) sehr weit gezogen ist. „Interested parties“ sollen nämlich auch „heirs“ und „omitted beneficiaries“ sein. „Heirs“ sind in der US-amerikanischen Terminologie nicht alle

²²⁵ *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.38.

²²⁶ *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 663.; vgl. auch *Bent*, *Haw. B.J.* 2004, 28.

²²⁷ *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 664.

²²⁸ Hawaii Senate Bill Nr. 1314, 23. Legislaturperiode 2005, abrufbar unter <http://www.capitol.hawaii.gov/session2005/bills/SB1314_.htm> (Stand: 21.11.2019); Abs. (a) und (b) abgedruckt bei *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 662 f. und *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, 163.

Erben, sondern nur die gesetzlichen Erben,²²⁹ d.h. im Kontext eines Testaments zumeist die gesetzlichen, aber durch das Testament enterbten Erben. In Kombination mit den ebenfalls genannten „omitted beneficiaries“ liegt es nahe, dass auch Personen, die nicht durch den Nachlassplan begünstigt werden, an die Schiedsklausel gebunden sein sollten. Da diese übergangenen Personen in aller Regel die Wirksamkeit des Trusts oder Testaments angreifen, dürfte daraus folgen, dass die Schiedsverfügung nach dem hawaiischen Entwurf auch solche Streitigkeiten erfassen sollte.²³⁰ Letztlich sind diese Gedanken freilich Spekulation, da das Gesetz nie in Kraft getreten ist.²³¹

b) *ACTEC-Modellgesetz*

Bereits seit 2004 beschäftigte sich ACTEC, die Bundesvereinigung von Erb- und Trustrechtsanwälten, mit Schiedsverfügungen in Testamenten und Trusts. In jenem Jahr wurde eine „Task Force“ ins Leben gerufen, die 2006 ihren Bericht erstattete und darin eine Modellregel vorschlug, die die Staaten übernehmen sollten. Die entscheidenden Passagen dieser Modellregel lauten:

„(1) A provision in a will or trust requiring arbitration of disputes between and among the beneficiaries, a fiduciary under the will or trust, or any combination of them, is enforceable.

(2) [...]

(3) If the validity of the provision requiring arbitration is contested, either expressly or as part of a challenge to the validity of all or a portion of the will or trust containing the arbitration clause, the court shall determine the validity of the arbitration provision and any additional challenge to the validity of the will or trust. If the arbitration provision is determined to be valid, all disputed issues other than those described above shall be resolved in accordance with the arbitration provision, and the time for resolving those disputes shall toll pending final resolution of the validity of the arbitration provision.“²³²

Das Modellgesetz soll also sowohl für Schiedsverfügungen in Testamenten als auch in Trusts gelten. In persönlicher Hinsicht sind die *fiduciaries* und die *beneficiaries* durch die Schiedsverfügung gebunden.

Die Frage, ob das Schiedsgericht auch über die Wirksamkeit der Schiedsverfügung oder des Trusts oder Testaments, in dem die Verfügung enthalten ist, entscheiden darf, wird in Abs. (3) geregelt. Demnach soll das staatliche Gericht über Fragen der Wirksamkeit entscheiden, wenn die Wirksamkeit der Schiedsverfügung selbst oder die Wirksamkeit des gesamten Nachlassplans oder eines Teils desselben angegriffen wird. Allerdings muss die Wirksam-

²²⁹ *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 34.

²³⁰ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 663; *Tritt*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 7.38.

²³¹ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 663.

²³² *ACTEC Arbitration Task Force*, Report vom 18.9.2006, S. 27 f., <<https://bit.ly/2S2MkDh>> (Stand: 21.11.2019).

keitsfrage in der zweiten Alternative auch die Wirksamkeit der Schiedsklausel betreffen. Ist hingegen nur die Wirksamkeit einer anderen Bestimmung des Nachlassplans streitig, scheint das Schiedsgericht zuständig zu sein. Das wäre z.B. der Fall, wenn sich die Parteien lediglich darum streiten, ob die Einsetzung der Exfrau des Erblassers in Folge der Scheidung unwirksam geworden ist,²³³ aber darüber einig sind, dass das Testament oder der Trust im Übrigen wirksam sind.

Wenn das staatliche Gericht entscheidet, dass die Schiedsverfügung wirksam ist, sollen alle weiteren Streitigkeiten durch das Schiedsgericht entschieden werden. Ferner sollen die Feststellungen des staatlichen Gerichts, die die Wirksamkeit bejahen, das Schiedsgericht binden: „If the arbitration provision is determined to be valid, all disputed issues *other than* those described above [...]“²³⁴ Die ACTEC Task Force wollte damit verhindern, dass über dieselben Fragen der Wirksamkeit zweimal gestritten wird, nämlich einmal vor dem staatlichen Gericht, um die Wirksamkeit der Schiedsverfügung zu beurteilen, und dann vor dem Schiedsgericht, um die Wirksamkeit der materiellen Bestimmungen des Nachlassplans zu beurteilen.²³⁵

Nur das ACTEC-Modellgesetz enthält eine so ausdifferenzierte und etwas komplizierte Vorschrift, um Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren zu koordinieren, wenn die Wirksamkeit der Schiedsverfügung angegriffen wird. Die Bundesstaaten haben die Regelung in Abs. (3) des Modellgesetzes nicht übernommen. Stattdessen weisen sie alle Wirksamkeitsstreitigkeiten den staatlichen Gerichten zu, unabhängig davon, ob die geltend gemachte (Teil-) Unwirksamkeit auch die Schiedsverfügung betrifft.

c) Florida

Die erste erfolgreiche Gesetzesreform unternahm Florida im Jahr 2007 mit dem neu geschaffenen Fla. Stat. § 731.401.²³⁶ Die Vorschrift lautet:

„(1) A provision in a will or trust requiring the arbitration of disputes, other than disputes of the validity of all or a part of a will or trust, between or among the beneficiaries and a fiduciary under the will or trust, or any combination of such persons or entities, is enforceable.

²³³ Eine Verfügung zugunsten des geschiedenen Ehepartners wird nach den Vorschriften der meisten US-Bundesstaaten im Zweifel durch die Scheidung unwirksam, es sei denn, ein anderer mutmaßlicher Wille des *donor* ist feststellbar: *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 239 f. In den Staaten, die den UPC übernommen haben, ist der Nachweis eines gegenteiligen Willens des Erblassers hingegen unzulässig: *McGovern/Kurtz/English u. a.*, Wills, Trusts, and Estates, 201 f.

²³⁴ Hervorhebung des Verf.

²³⁵ *ACTEC Arbitration Task Force*, Report vom 18.9.2006, S. 28, <<https://bit.ly/2S2MkDh>> (Stand: 21.11.2019) (dort Fn. 17).

²³⁶ Eingeführt durch 2007 Florida Legislature Ch. 74 § 4. Abs. 2 wurde 2013 durch 2013 Florida Legislature Ch. 232 § 37 geändert, um ihn an das in jenem Jahr reformierte Schiedsverfahrensrecht anzupassen.

(2) Unless otherwise specified in the will or trust, a will or trust provision requiring arbitration shall be presumed to require binding arbitration under chapter 682, the Revised Florida Arbitration Code. If an arbitration enforceable under this section is governed under chapter 682, the arbitration provision in the will or trust shall be treated as an agreement for the purposes of applying chapter 682.“

Diese Regelung aus Florida lehnt sich am engsten an das ACTEC-Modellgesetz an, was daran liegen mag, dass der Vorsitzende der ACTEC Task Force ein Rechtsanwalt aus Florida namens *Robert W. Goldman* war.²³⁷

Das Gesetz übernimmt aus dem Modellgesetz, dass verbindliche Schiedsklauseln in Testamenten und Trusts enthalten sein können. Ebenso übernimmt es die Regelung, dass in persönlicher Hinsicht die *beneficiaries* und die *fiduciaries* durch die Schiedsverfügung gebunden werden können.

In sachlicher Hinsicht hat Florida hingegen nicht die differenzierte Regelung zur Kompetenzverteilung zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht aus dem ACTEC-Modellgesetz übernommen. Stattdessen heißt es in Abs. (1) schlicht: „other than disputes of the validity of all or a part of a will or trust“, wodurch klar wird, dass alle Streitigkeiten um die (Teil-)Unwirksamkeit den staatlichen Gerichten vorbehalten bleiben, unabhängig davon, ob die geltend gemachte Teilunwirksamkeit auch die Schiedsverfügung betrifft oder nicht.

d) Arizona

Ein Jahr nach Florida erließ auch Arizona eine Vorschrift, die es ermöglicht, eine Schiedsverfügung in einem Trust zu treffen. Damit wurde *Schoneberger v. Oelze*²³⁸ in dem Staat, in dem der Fall entschieden wurde, obsolet.²³⁹ A.R.S. § 14-10205²⁴⁰ lautet:

„A trust instrument may provide mandatory, exclusive and reasonable procedures to resolve issues between the trustee and interested persons or among interested persons with regard to the administration or distribution of the trust.“

Diese Vorschrift ist die erste, deren Wortlaut nur Schiedsverfügungen in Trusts, nicht aber in Testamenten erfasst. Eine in einem Testament enthaltene Schiedsverfügung ist daher in Arizona wohl nach wie vor nicht wirksam. Da dem Gesetzgeber in Arizona das ACTEC-Modellgesetz und die Vorschrift aus Florida bekannt gewesen sein dürften, muss man von einer bewussten

²³⁷ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 665 f.; vgl. auch *Goldman*, Annual Heckerling Institute on Estate Planning 41 (2007), 1600–1609 (Abdruck des Task Force Report unter Angabe von *Goldman* als Autor).

²³⁸ *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004).

²³⁹ Anerkannt in *Jones v. Fink*, 2011 Ariz. App. Unpub. LEXIS 455 (Ariz. Ct. App. 2011).

²⁴⁰ Eingeführt durch 2008 Ariz. HB 2806.

Entscheidung ausgehen.²⁴¹ Vermutlich beschränkte sich der Gesetzgeber in Arizona auf Trusts, weil Trusts das Testament ohnehin als zentrales Instrument der Nachlassplanung verdrängt haben.²⁴² Zumindest wenn ein Rechtsanwalt mit der Nachlassplanung betraut ist, schlägt dieser in der Regel vor, einen Trust zu errichten. Zugleich dürfte ein juristischer Laie, der seinen Nachlass regelt, ohne Rechtsrat einzuholen, kaum auf die Idee kommen, eine letztwillige Schiedsverfügung zu treffen.

In persönlicher Hinsicht kann die Schiedsbindung nach A.R.S. § 14-10205 den Trustee und die *interested persons* erfassen. Die Legaldefinition in A.R.S. § 14-1201 Nr. 28 einer *interested person* besagt:

„‘Interested person’ includes any trustee, heir, devisee, child, spouse, creditor, beneficiary, person holding a power of appointment and other person who has a property right in or claim against a trust estate or the estate of a decedent, ward or protected person. Interested person also includes a person who has priority for appointment as personal representative and other fiduciaries representing interested persons. Interested person, as the term relates to particular persons, may vary from time to time and must be determined according to the particular purposes of, and matter involved in, any proceeding.“

Diese Legaldefinition, die wörtlich aus § 1-201 des UPC übernommen ist, legt auf den ersten Blick eine sehr weite Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht nahe, vor allem, weil auch „any [...] creditor“ erfasst sein soll. Entscheidend dürfte allerdings der letzte Satz der Vorschrift sein, wonach die Bedeutung je nach Kontext variieren kann. Durch eine Schiedsverfügung dürften demnach nur solche Personen gebunden sein, die wie der Trustee ihre Stellung vom *settlor* ableiten. Das ist bei Trustgläubigern nicht der Fall. In der US-Literatur wurde die Frage bislang, soweit ersichtlich, noch nicht behandelt.

Ebenso wie Florida verzichtet Arizona darauf, die Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht und insbesondere die Kompetenzverteilung zwischen Gericht und Schiedsgericht bei Wirksamkeitsstreitigkeiten so detailliert wie das ACTEC-Modellgesetz zu regeln. Stattdessen verdeutlicht der letzte Halbsatz, dass das Schiedsgericht in sachlicher Hinsicht nur Streitigkeiten über die Verwaltung und Verteilung des Trustvermögens entscheidet. Daraus soll folgen, dass alle Entscheidungen über die Wirksamkeit des Trusts oder Teile desselben bei den staatlichen Gerichten verbleiben.²⁴³

²⁴¹ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 666; *Tritt*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 7.49.

²⁴² *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 466.

²⁴³ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 666; *Tritt*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 7.48.

e) *New Hampshire*

2014 modernisierte New Hampshire sein Trustrecht umfassend und führte im Zuge dessen auch eine Bestimmung über Schiedsverfügungen ein.²⁴⁴ N.H. RSA § 564-B:1-111A²⁴⁵ lautet:

„(a) If the terms of the trust require the interested persons to resolve a trust dispute exclusively by reasonable nonjudicial procedures, then those interested persons shall resolve that trust dispute in accordance with the terms of the trust.

(b) An interested person may commence a judicial proceeding to determine whether the nonjudicial procedures are reasonable. To the extent that the terms of the trust purport to prohibit an interested person from commencing a judicial proceeding under this subsection or penalize an interested person for commencing a judicial proceeding under this subsection, those terms of the trust are void.

(c) For purposes of this section, ‘interested person’ means any person who would be an interested person in a judicial proceeding to resolve the trust dispute.

(d) For purposes of this section, ‘trust dispute’ means any matter in which a court has subject-matter jurisdiction under RSA 564-B:2-203, excluding (1) a determination of the validity of the trust or (2) a determination of any material purpose of the trust, including a determination of whether any modification, termination, or other action is consistent with a material purpose of the trust.

[...]“

Der Gesetzgeber in New Hampshire orientierte sich insofern am Gesetzgeber in Arizona, als die Vorschrift nicht auf Schiedsklauseln beschränkt ist, sondern alle „reasonable nonjudicial procedures“ erfasst.²⁴⁶ Anders als ihr Konterpart aus Arizona führt sie aber in Abs. (b) ein staatliches Verfahren ein, um im Einzelfall zu klären, ob das verfügte Verfahren „reasonable“ ist oder nicht.

In persönlicher Hinsicht erfasst die Schiedsbindung *interested persons*, die in Abs. (c) durch Verweis auf ein gedachtes Gerichtsverfahren definiert werden: Wer an einem Gerichtsverfahren als *interested person* beteiligt wäre, ist auch *interested person* für das Schiedsverfahren. Damit verschmilzt die Schiedsbindung in persönlicher mit derjenigen in sachlicher Hinsicht. In sachlicher Hinsicht sind in New Hampshire *trust disputes* schiedsgebunden. Was ein *trust dispute* ist, wird in Abs. (d) zunächst durch Verweis auf die sachliche Zuständigkeit des *probate court* in Trustsachen (N.H. RSA § 564-B:2-203) geregelt. Dies wird jedoch eingeschränkt, indem Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Trusts und um die Bestimmungen des Trustzwecks, Änderung des Trusts, etc. wieder von der Schiedsbindung ausgenommen werden.²⁴⁷ Damit bleiben im Wesentlichen Streitigkeiten über die Verwaltung

²⁴⁴ *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn 7.52.

²⁴⁵ Eingeführt durch 2013 NH SB 289 und 2017 modifiziert durch 2017 NH SB 225.

²⁴⁶ *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.53.

²⁴⁷ *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.55.

und Verteilung des Trusts über, die typischerweise zwischen Trustee und Begünstigten geführt werden.

f) *Missouri*

Ebenfalls im Jahr 2014 erließ Missouri eine entsprechende Vorschrift. Mo. Rev. Stat. § 456.2-205²⁴⁸ lautet:

„1. Subject to the exception in subsection 2 of this section, a provision in a trust instrument requiring the mediation or arbitration of disputes between or among the beneficiaries, a fiduciary, a person granted nonfiduciary powers under the trust instrument, or any combination of such persons is enforceable.

2. A provision in a trust instrument requiring the mediation or arbitration of disputes relating to the validity of a trust is not enforceable unless all interested persons with regard to the dispute consent to the mediation or arbitration of the dispute.“

Wie die Vorschriften aus Arizona und New Hampshire findet diese Vorschrift nur auf Trusts, nicht auf Testamente Anwendung. Anders als jene Vorschriften gestattet Missouri dem *settlor* nur, ein Schieds- oder Mediationsverfahren anzuordnen, nicht aber sonstige „reasonable nonjudicial procedures“.²⁴⁹

In persönlicher Hinsicht können wie in Arizona *beneficiaries* und *fiduciaries* schiedsgebunden sein. Allerdings erweitert Missouri den Kreis der Personen, die sich an das Schiedsgericht wenden müssen, um „a person granted nonfiduciary powers under the trust instrument“. Hierbei handelt es sich in erster Linie um Personen, die vom *donor* mit einer *power of appointment* ausgestattet wurden, d.h. mit der Befugnis, die Begünstigten oder (praktisch häufiger) die Nachbegünstigten zu bestimmen.²⁵⁰ Ebenso wie die *fiduciaries* und die *beneficiaries* leiten diese *powerholder* ihre Rechtsposition aus der Verfügung des *donor* ab.²⁵¹

In sachlicher Hinsicht unterliegen Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Trusts nach Abs. 2 nur dann der Schiedsbindung, wenn alle Beteiligten dem zugestimmt haben, also mit anderen Worten eine entsprechende Schiedsvereinbarung geschlossen haben. Die Schiedsverfügung erfasst diese Streitigkeiten hingegen – wie in den anderen Bundesstaaten – nicht.²⁵²

²⁴⁸ Eingefügt durch 2014 Mo. SB 500.

²⁴⁹ *Tritt*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn 7.59.

²⁵⁰ *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 807–812; zur *power of appointment* im englischen und südafrikanischen Recht *R. Zimmermann*, „Quos Titius voluerit“, 41–49.

²⁵¹ *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 808 f.

²⁵² *Tritt*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 7.59.

g) *South Dakota*

Die jüngste Regelung über einseitige Schiedsverfügungen trat 2015 in South Dakota in Kraft. S.D. Codified Laws § 55-1-54²⁵³ lautet:

„[...] [A] provision in a trust requiring the arbitration of a dispute between or among the beneficiaries, a fiduciary under the will or trust, or any combination of them, is enforceable pursuant to the provisions of chapter 21-25A. Unless otherwise provided in the governing instrument or a court order, the arbitration shall be held in this state. Notwithstanding the foregoing, a challenge to the validity of all or part of the trust is not subject to arbitration. [...]“

Die Vorschrift stellt eine Mischung aus bereits aus anderen Staaten bekannten Komponenten und einigen Neuerungen dar. Sie gilt nur für Schiedsverfahren, nicht für andere ADR-Mechanismen, und die Schiedsverfügung muss in einem Trust, nicht in einem Testament, enthalten sein. Wie in den anderen Staaten sind Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Trusts von der Schiedsbindung ausgenommen.

Einzigartig ist die Bestimmung in Satz 2, dass das Schiedsverfahren im Zweifel in South Dakota abzuhalten ist. Ebenfalls einzigartig und erstaunlich ist in Bezug auf die Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht, dass die Schiedsklausel zwar in einem Trust enthalten sein muss, aber auch einen „fiduciary under the will“ binden kann. Ein „fiduciary under the will“ ist in aller Regel der *executor*, also der Testamentsvollstrecker, den der Testator im Testament benannt hat. *Lee-ford Tritt* hat vorgeschlagen, dass der Gesetzgeber in South Dakota hier die Situation regeln wollte, in der ein Erblasser bereits zu Lebzeiten einen Trust errichtet hat und dann per Testament sein restliches Vermögen in diesen Trust überführt (sog. *pour-over will*).²⁵⁴ In dieser Situation kann es zu Streitigkeiten zwischen dem „fiduciary under the will“ (also dem *executor*) und dem Trustee des Trusts kommen.²⁵⁵

2. *Gemeinsamkeiten und Unterschiede*

Die fünf in Kraft getretenen Vorschriften bieten in Bezug auf Wortlaut und Inhalt ein heterogenes Bild. Dies liegt auch daran, dass es zwar das ACTEC-Modellgesetz gibt, dieses aber nur in Florida und auch dort nur mit Modifikationen übernommen wurde. Die Uniform Law Commission, die durch eine Überarbeitung des UTC eine größere Einheitlichkeit bewirken könnte, hegt derzeit keine entsprechenden Pläne.²⁵⁶

²⁵³ Eingefügt durch 2015 S.D. HB 1051.

²⁵⁴ *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.62. Zum *pour-over will* allgemein *McGovern/Kurtz/English u. a.*, *Wills, Trusts, and Estates*, 284–286.

²⁵⁵ *Tritt*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.62 (dort Fn. 85).

²⁵⁶ *English*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 6.03.

a) *Schiedsverfahren und andere ADR-Formen*

Zunächst unterscheiden sich die Vorschriften der einzelnen Staaten darin, ob sie nur die Anordnung eines Schiedsverfahrens ermöglichen oder auch andere Formen von Alternative Dispute Resolution (ADR) erfassen. Das ACTEC-Modellgesetz, die sich daran anlehrende Vorschrift aus Florida und die Vorschrift aus South Dakota sind auf Schiedsverfahren beschränkt, während die übrigen Vorschriften auch Mediation oder sogar alle „reasonable (nonjudicial) procedures“ erfassen. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob eine *Verpflichtung* zur Teilnahme an einer Mediation sinnvoll ist. Mediation basiert auf der freiwilligen Teilnahme und dem guten Willen der Beteiligten.²⁵⁷ Daher kann der rechtlich unverbindliche, aber eindringlich geäußerte Wunsch des Erblassers hier möglicherweise mehr bewirken als eine Rechtspflicht.

Überdies kann Öffnung für andere „reasonable (nonjudicial) procedures“ die Frage aufwerfen, ob das konkret angeordnete Streitbeilegungsverfahren „reasonable“ ist. Die Vorschrift aus New Hampshire kreiert hierfür in N.H. RSA § 564-B:1-111A lit. (b) ein eigenes gerichtliches „Vorabentscheidungsverfahren“, was in gewissem Widerspruch zum Ziel der Verfahrensvereinfachungen und -beschleunigung steht, dem ADR-Mechanismen dienen. Schiedsverfahren dürften als traditionsreichste und justizförmigste ADR-Form jedenfalls grundsätzlich eine „reasonable procedure“ darstellen.²⁵⁸ Ob ein Schiedsverfahren im Einzelfall wegen seiner konkreten Ausgestaltung oder der damit verbundenen prohibitiven Kosten „unreasonable“ sein kann, werden die Gerichte in Arizona und New Hampshire klären müssen.²⁵⁹

b) *Trusts oder Testamente als taugliche Rahmendokumente*

Ferner unterscheiden sich die gesetzlichen Vorschriften der Bundesstaaten danach, ob Schiedsverfügungen nur wirksam (*enforceable*) sind, wenn sie in Trusts enthalten sind, oder ob sie auch in Testamenten enthalten sein können. Nur die (gescheiterte) Vorschrift aus Hawaii, das ACTEC-Modellgesetz und die Vorschrift aus Florida lassen eine Schiedsverfügung per Testament zu, während die vier anderen Vorschriften nur Schiedsklauseln in Trusts regeln. Man muss

²⁵⁷ Statt vieler *Hopt/Steffek*, in: dies., *Mediation*, 3, 12, allerdings mit dem Hinweis, dass das „Ob“ einer Mediation in einigen Rechtsordnungen nicht auf Freiwilligkeit beruhen muss.

²⁵⁸ Ausdrücklich *Murphy*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627, 666; implizit *Delaney/Byer/Schwartz*, *Prob. & Prop.* 27 (2013), 13, 15 f.; *Tritt*, in: *Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 7.50; vgl. auch *Jones v. Fink*, 2011 *Ariz. App. Unpub. LEXIS* 455, Rn. 7–8 (*Ariz. Ct. App.* 2011): Ob das Schiedsverfahren „reasonable“ ist, wird vom Gericht unter dem Gesichtspunkt der hohen Kosten thematisiert, nicht aber unter dem Gesichtspunkt, ob Schiedsverfahren überhaupt „reasonable“ sind.

²⁵⁹ Vgl. *Jones v. Fink*, 2011 *Ariz. App. Unpub. LEXIS* 455, Rn. 8 (*Ariz. Ct. App.* 2011): Hohe Kosten lassen das Verfahren nicht „unreasonable“ werden.

davon ausgehen, dass es sich hierbei um bewusste Entscheidungen der Gesetzgeber in Arizona, New Hampshire, Missouri und South Dakota gehandelt hat.

Die Beschränkung auf Schiedsverfügungen in Trusts, für die sich die Mehrzahl der Bundesstaaten entschieden hat, erscheint zunächst praktisch wenig bedeutsam, da die Vermögensweitergabe in den USA heutzutage vorwiegend durch Trusts geregelt wird und nicht durch Testamente. Dies dürfte umso mehr bei größeren Vermögen gelten, bei denen es sich überhaupt nur lohnt, über eine Schiedsverfügung nachzudenken. Ein Koordinationsproblem ergibt sich allerdings bei sog. *pour-over wills*.²⁶⁰ Bei dieser Gestaltung errichtet der Erblasser zu Lebzeiten einen *inter vivos*-Trust, in den er sein zu diesem Zeitpunkt vorhandenes Vermögen oder einen Teil davon einbringt. Dieser Trust wird kombiniert mit einem „schlanken“ Testament, das alle Vermögensgegenstände, die sich noch nicht im Trust befinden, in den Trust überführt („pour-over“). Je nach Vermögenslage und Gestaltung kann das dermaßen durch Testament überführte Vermögen durchaus beträchtlich sein.

Wenn sich ein Streit zwischen dem Trustee des Trusts und dem *executor* des Testaments ergibt, kann dieser Streit grundsätzlich nicht in einem Schiedsverfahren entschieden werden, das der Erblasser in dem Trust angeordnet hat. Der *executor* und der Trustee stehen nämlich miteinander nur durch das Testament, nicht durch den Trust, in rechtlicher Beziehung. Der Trustee ist (in seiner Eigenschaft als Trustee) Begünstigter des Testaments, nicht umgekehrt. Die Schiedsverfügung müsste sich also in dem *pour-over will* befinden, wäre dann aber in den Staaten, die Schiedsverfügungen nur in Trusts anerkennen, nicht *enforceable*.

Der Gesetzgeber in South Dakota möchte hier eine Bündelung bewerkstelligen, indem auch ein *executor* an die Schiedsverfügung des Trusts gebunden sein soll. Dies leuchtet unter pragmatischen Gesichtspunkten ein, wirft aber die Frage auf, wie es zu rechtfertigen ist, dass der *executor* an eine Schiedsverfügung in einem Trust gebunden ist, wenn er mit diesem Trust eigentlich nichts zu tun hat – abgesehen davon, dass er den Nettonachlass an diesen Trust auszukehren hat. Jedenfalls bedarf es für eine solche Bündelung einer gesetzgeberischen Entscheidung, wie sie in South Dakota getroffen wurde. In der Praxis kann das Problem dadurch entschärft werden, dass dieselbe Person als Trustee und als *executor* des *pour-over will* eingesetzt wird.

3. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung

Mehr Einigkeit als bei der Frage, ob die Schiedsverfügung in einem Testament enthalten sein darf, besteht zwischen den fünf Bundesstaaten hinsichtlich der Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht.

²⁶⁰ Hierzu *McGovern/Kurtz/English u. a.*, Wills, Trusts, and Estates, 284–286; *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 466 f.

a) Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht

In persönlicher Hinsicht zog die gescheiterte Vorschrift aus Hawaii den Kreis der potentiell Schiedsgebundenen am weitesten: Neben den *beneficiaries* und den *fiduciaries*, die durch alle anderen Vorschriften der Schiedsbindung unterworfen werden können, sollte die Schiedsverfügung dort auch *heirs* und *omitted beneficiaries* binden, d.h. Personen, die keine Rechtsposition aus dem Nachlassplan ableiten. Im ACTEC-Modellgesetz und den fünf Vorschriften, die in den anderen Bundesstaaten in Kraft getreten sind, beschränkt sich die Schiedsbindung hingegen auf Personen, deren Rechtsposition sich als vom *donor* abgeleitet charakterisieren lässt. Das trifft auf die bereits genannten *beneficiaries* und *fiduciaries* ebenso zu wie auf Personen, die mit einer *power of appointment* ausgestattet sind und als „person granted nonfiduciary powers“ in der Vorschrift aus Missouri genannt werden.

Eine Erweiterung des potentiell schiedsgebundenen Personenkreises nimmt South Dakota vor, indem nach der dortigen Vorschrift auch ein „fiduciary under the will“ schiedsgebunden sein soll, obwohl die Schiedsverfügung in einem Trust enthalten sein muss. Dies kann eine Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts im Zusammenhang mit einem *pour-over will* begründen, allerdings um den Preis einer dogmatischen Unstimmigkeit: Der Testamentvollstrecker leitet seine Rechtsstellung zwar auch aus einer Verfügung des *donor* ab, nicht aber aus dem Trust, der die Schiedsverfügung enthält.

b) Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht

In sachlicher Hinsicht stellt sich insbesondere die Frage, ob das Schiedsgericht nur über Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Trusts oder Nachlasses entscheiden soll, oder ob es auch über die Wirksamkeit des ganzen Nachlassplans oder einzelner Punkte desselben erkennen kann. Alle Gesetze bis auf den gescheiterten Entwurf aus Hawaii treffen hierzu eine ausdrückliche Regelung.

Das ACTEC-Modellgesetz widmet der Frage einen eigenen Absatz und trifft damit die ausführlichste Regelung. Nach dieser entscheidet das staatliche Gericht über die Wirksamkeit der Schiedsklausel, und zwar sowohl, wenn nur die Schiedsverfügung selbst angegriffen wird, als auch, wenn der Angriff auf die Schiedsverfügung „part of a challenge to the validity of all or a portion of the will or trust“ ist. Bei der zweiten Konstellation dachte die ACTEC Task Force vermutlich vor allem an Einwendungen gegen das Testament oder den Trust, die notwendigerweise auch die Schiedsverfügung betreffen, wie z.B. *lack of capacity* oder *undue influence*.²⁶¹ *E contrario* dürfte das Schiedsgericht zuständig sein, wenn *nur* eine materielle Bestimmung des Testaments

²⁶¹ Vgl. *ACTEC Arbitration Task Force*, Report vom 18.9.2006, S. 28, <<https://bit.ly/2S2MkDh>> (Stand: 21.11.2019) (dort Fn. 17).

oder Trusts angegriffen wird, deren Unwirksamkeit keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Schiedsverfügung hat.

Florida, New Hampshire, Missouri und South Dakota nehmen Streitigkeiten um die *validity* generell von der Schiedsbindung aus, wobei nur in Florida und South Dakota auch Streitigkeiten um eine Teilunwirksamkeit im Gesetzestext erwähnt sind. Ob sich hieraus ein Unterschied in der Sache ergibt, wird sich erst sagen lassen, wenn es eine hinreichende Anzahl an Entscheidungen zu diesen Normen gibt. Es spricht allerdings mehr dafür, alle Streitigkeiten um die *validity* gleich zu behandeln, unabhängig davon, ob eine Totalunwirksamkeit oder eine Teilunwirksamkeit geltend gemacht wird. Der Wortlaut der Vorschriften aus New Hampshire und Missouri („determination of the validity“ bzw. „disputes relating to the validity“) legt keine Beschränkung auf die Situation nahe, in der der gesamte Trust angegriffen wird. Auch ist es kaum praktikabel, zwischen Teil- und Totalunwirksamkeit zu differenzieren, denn eine Teilunwirksamkeit kann in eine Totalunwirksamkeit umschlagen, wenn die verbleibenden Bestimmungen nach Herausstreichen der unwirksamen Teile nicht mehr dem mutmaßlichen Willen des *donor* entsprechen.²⁶²

In Arizona ist die Schiedsbindung beschränkt auf „issues [...] with regard to the administration or distribution of the trust“, womit Streitigkeiten um die (Teil-)Unwirksamkeit ebenfalls vor den staatlichen Gerichten und nicht vor dem Schiedsgericht auszutragen sind. In den fünf Bundesstaaten, in denen der Gesetzgeber tätig geworden ist, besteht somit Einigkeit darin, dass Wirksamkeitsfragen durch das staatliche Gericht zu entscheiden sind. Dabei ist es – anders als nach Abs. (3) des ACTEC-Modellgesetzes – nicht erforderlich, dass die geltend gemachte Unwirksamkeit zumindest auch die Schiedsklausel betrifft.

E. Zwischenergebnis

Einseitig in Testamenten oder Trusts angeordnete Schiedsverfahren sind in den USA ein neues Phänomen, dessen rechtliche Behandlung sich noch herausbildet.²⁶³ Zwar gab es auch im 19. Jahrhundert eine gewisse Zahl von Fällen, in denen der Erblasser verfügt hatte, dass etwaige Streitigkeiten durch einen privaten Dritten und nicht durch die staatlichen Gerichte entschieden werden sollten. Zumeist handelte es sich bei diesem Dritten um den Testamentsvollstrecker, der den letzten Willen verbindlich auslegen oder sogar den Nachlass nach eigenem Gutdünken verteilen sollte. Insofern besteht eine

²⁶² *Katzen*, *Quinnipiac Prob. L.J.* 24 (2011), 118, 123 f.

²⁶³ *Radford*, in: *Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes*, Rn 8.68: „Many more state and federal courts will need to contribute to the debate before a clear consensus on this issue is reached.“ Ähnlich *Delaney/Byer/Schwartz*, *Prob. & Prop.* 27 (2013), 13, 16.

Parallele zum Gemeinen Recht im 18. und 19. Jahrhundert, nach dem der Testamentsvollstrecker mit der Befugnis zur authentischen Interpretation und dadurch mit schiedsrichterähnlicher Macht ausgestattet werden konnte.²⁶⁴

Ebenfalls ähnlich wie in Deutschland gerieten letztwillig angeordnete Schiedsverfahren im 20. Jahrhundert in den USA in Vergessenheit, während zugleich die vertraglich vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit wuchs.²⁶⁵ Mit dem FAA aus dem Jahr 1925 erhielt die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ein modernes Schiedsrecht auf Bundesebene; 1956 folgte der UAA als Modellgesetz für die Bundesstaaten. Heute haben beinahe alle Bundesstaaten entweder dieses Modellgesetz oder den RUAA aus dem Jahr 2000 übernommen.²⁶⁶ Die Fokussierung auf die vertraglich vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit brachte es zugleich mit sich, dass es bis 2007 keine Gesetzesnorm in den USA gab, die einseitige Schiedsverfügungen regelte.

Das Fehlen entsprechender Vorschriften wurde zu Beginn des 21. Jahrhunderts zu einem Problem, als die Gerichte erstmals wieder mit einseitigen Schiedsverfügungen konfrontiert wurden. Mit Verweis auf das ausschließlich auf vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren zugeschnittene Schiedsverfahrensrecht lehnten es Gerichte in Arizona, im Bundesdistrikt und in Kalifornien zunächst ab, solche Klauseln als rechtswirksam anzuerkennen.²⁶⁷ Hierauf reagierten die Gesetzgeber in einigen Bundesstaaten. Zugleich wies der texanische Supreme Court durch die Anwendung von *direct benefits estoppel* einen Weg, wie Schiedsverfügungen rechtsverbindlich sein können, wenn das Schiedsverfahrensrecht ein „agreement to arbitrate“ verlangt.²⁶⁸ Bislang nur in der Rechtswissenschaft diskutiert, aber nicht vor Gericht getestet, ist die Möglichkeit, Trusts als Verträge zugunsten Dritter, nämlich zugunsten der *beneficiaries* zu begreifen und die *beneficiaries* so der in dem „Vertrag“ enthaltenen Schiedsklausel zu unterwerfen.

I. Geltungsgrund der einseitigen Schiedsverfügung

Fragt man, ob und weshalb ein *donor* in den USA einseitig ein Schiedsverfahren verfügen kann, fällt die Antwort also differenziert aus: Allein kraft der *freedom of disposition* kann er den Nachlass- oder Trustbeteiligten keine Schiedsbindung auferlegen. Obwohl das US-amerikanische Recht mindestens ebenso stark wie das deutsche Recht vom Grundsatz der Testierfreiheit ausgeht, ist die Testierfreiheit nicht geeignet, gesetzliche Tatbestandsvorausset-

²⁶⁴ Hierzu oben Kapitel 1 – A.II.2.b) (30).

²⁶⁵ Vgl. für die USA *Horton*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 9.17.

²⁶⁶ *Carbonneau*, *The Law and Practice of United States Arbitration*, 149–151.

²⁶⁷ *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004); *In re Calomiris*, 894 A.2d 408 (D.C. Ct. App. 2006); *Diaz v. Bukey*, 125 Cal. Rptr. 3d 610 (Cal. Ct. App. 2011).

²⁶⁸ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840 (Tex. Sup. Ct. 2013).

zungen des Schiedsverfahrensrechts außer Kraft zu setzen. Dies zeigte sich in den Entscheidungen *Schoneberger*, *Calomiris* und *Diaz*: Die Gerichte verlangten aufgrund des anwendbaren Schiedsverfahrensrechts eine „provision in a written contract“ als Grundlage des Schiedsverfahrens. Weil Trusts und Testamente keine *contracts* seien, verneinten die Gerichte die Schiedsbindung.

Auf Grundlage des texanischen Schiedsverfahrensrechts, das ein „agreement to arbitrate“ genügen lässt, gelangte der texanische Supreme Court hingegen zu einer Schiedsbindung der *beneficiaries*, jedenfalls sofern diese Ansprüche gegen den Trustee wegen angeblichen Missmanagements geltend machen. Dazu wandte das Gericht die in der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit entwickelte Figur des *direct benefits estoppel* an: Wenn die *beneficiaries* die ihnen zugewendeten Vorteile aus dem Trust annehmen, sei es ihnen verwehrt, sich zugleich auf ihre fehlende Zustimmung zur Schiedsverfügung zu berufen. Der Geltungsgrund der Schiedsbindung liegt hier also in einer Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens.

In fünf US-Bundesstaaten ist schließlich der Gesetzgeber tätig geworden, um eine einseitig in einem Trust (in Florida auch in einem Testament) verfügte Schiedsbindung zu ermöglichen. Positivistisch betrachtet liegt der Geltungsgrund der Schiedsverfügung in diesen Staaten in der gesetzgeberischen Entscheidung. Dahinter steht, ähnlich wie bei *direct benefits estoppel*, eine Korrelation zwischen Begünstigung und Belastung durch die Schiedsbindung. Dies zeigt sich bei der Reichweite der durch den *donor* verfügten Schiedsbindung: Nach den Vorschriften aller fünf Bundesstaaten erfasst die Schiedsverfügung in persönlicher Hinsicht nur die *beneficiaries* und Trustees und in sachlicher Hinsicht nur Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Vermögens. Wenn sich *beneficiaries* und Trustees um die Verwaltung und Verteilung des Trusts streiten, machen sie Ansprüche geltend, die sich aus der Zuwendung des *donor* ableiten. Anders gewendet: Wer sich „nur“ um die Verwaltung und Verteilung streitet, akzeptiert grundsätzlich die vom *donor* getroffenen Verfügungen. Insofern ähnelt die Geltung einseitiger Schiedsverfügungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften derjenigen kraft *direct benefits estoppel*.

II. Reichweite der einseitig verfügten Schiedsbindung

In den USA bestimmt der Geltungsgrund der einseitig verfügten Schiedsbindung über deren Reichweite, und zwar in persönlicher wie in sachlicher Hinsicht.

1. In persönlicher Hinsicht

In persönlicher Hinsicht, d.h. in Bezug auf die Frage, wem einseitig eine Schiedsbindung auferlegt werden kann, beschränkt das US-amerikanische Recht die Schiedsbindung grundsätzlich auf *fiduciaries* und *beneficiaries*.

Dies folgt bei der Anwendung von *direct benefits estoppel* daraus, dass nur Begünstigte und Trustees überhaupt die Möglichkeit haben, sich so zu verhalten, dass eine spätere Zurückweisung der Schiedsverfügung widersprüchlich erscheint. Wer hingegen, beispielsweise als übergangener Angehöriger, nichts durch den Trust erhält, verhält sich nicht widersprüchlich, wenn er die Schiedsverfügung ablehnt und sich darauf beruft, durch diese nicht gebunden zu sein.

In den fünf Bundesstaaten, die gesetzliche Vorschriften erlassen haben, bindet die Schiedsverfügung – je nach Formulierung im Gesetzestext – *beneficiaries, interested persons, fiduciaries* und Trustees.²⁶⁹ Nicht schiedsgebunden sind hingegen Dritte, die weder Begünstigte noch *fiduciaries* sind. Das betrifft vor allem Nachlassgläubiger, aber auch gesetzliche Erben, die durch das Testament oder den Trust übergegangen wurden.

2. In sachlicher Hinsicht

In den USA werden Erb- und Truststreitigkeiten zuweilen in zwei Gruppen eingeteilt: Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Vermögens einerseits und Streitigkeiten um die (Teil-)Unwirksamkeit des Testaments oder Trusts andererseits.²⁷⁰ Diese Zweiteilung beschreibt zugleich im Wesentlichen die Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht: Während Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Vermögens vor dem Schiedsgericht ausgetragen werden müssen, bleiben Streitigkeiten um die vollständige oder partielle Unwirksamkeit des Testaments oder Trusts bei den staatlichen Gerichten.

Sehr klar wird diese Zweiteilung in den fünf Bundesstaaten, die Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen erlassen und darin Streitigkeiten um die Unwirksamkeit des Testaments oder Trusts von der Schiedsbindung ausgenommen haben. Weniger eindeutig ist die Rechtslage, wenn die *enforceability* der Schiedsverfügung auf der Anwendung von *direct benefits estoppel* beruht. Dann kommt es darauf an, ob sich der eingeklagte Anspruch aus dem Trust ableitet, der die Schiedsverfügung enthält. Während sich z.B. ein Anspruch auf Leistung aus dem Trust eindeutig aus dem Trust ableitet, und

²⁶⁹ Das Recht Missouri bezieht ferner eine „person granted nonfiduciary powers under the trust instrument“ ein. In South Dakota kann der *settlor* nach der dortigen Gesetzesvorschrift auch den *executor* seines Testaments einer Schiedsverfügung im Trust unterwerfen. Zu dieser pragmatischen, aber dogmatisch wenig stimmigen Erweiterung der Schiedsbindung oben Kapitel 2 – D.IV.1.g) (109).

²⁷⁰ *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 629; *Beess und Chrostin*, Real Prop. Tr. & Est. L.J. 49 (2014), 397, 403 f.; *Spitko*, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49, 87; *Tritt*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 7.07; vgl. auch *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1074 f. Für eine weitere Unterteilung der Streitigkeiten um Verwaltung und Verteilung siehe *English*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 6.11.

umgekehrt ein Anspruch, mit dem die Nichtigkeit des gesamten Trusts geltend gemacht wird, eindeutig nicht aus dem Trust ableitet, sind auch weniger eindeutige Fälle denkbar: Als Beispiel bildet *Horton* den Fall, dass ein *settlor* seinen Sohn und eine nicht blutsverwandte Freundin als Begünstigte seines Trusts eingesetzt hat.²⁷¹ Wenn die Freundin geltend macht, die Einsetzung des Sohnes beruhe auf *undue influence* und sei insoweit unwirksam, muss sie sich auf ihre eigene Begünstigung stützen, um dieses Argument vorbringen zu können. *Horton* meint daher, dieser Streit sei durch das Schiedsgericht zu entscheiden.²⁷² Das erscheint zunächst einleuchtend, doch es kommen Zweifel auf, wenn man auf die Schiedsbindung des Sohnes blickt: Nach der eigenen Rechtsbehauptung der Klägerin ist der Sohn nämlich nicht Begünstigter und soll daher gerade keine *direct benefits* erhalten.

Wohl nicht zuletzt, um derlei Schwierigkeiten zu vermeiden, haben sich die fünf Bundesstaaten für eine klare Trennung entschieden:²⁷³ Das einseitig verfügte Schiedsgericht entscheidet über Streitigkeiten um Verwaltung und Verteilung, während Wirksamkeitsstreitigkeiten den staatlichen Gerichten vorbehalten bleiben. Diese Kompetenzverteilung ist einfach, eindeutig und umgeht zudem das Problem, dass jeder Streit um eine Teilunwirksamkeit in einen Streit um die Gesamtunwirksamkeit umschlagen kann, weil unklar ist, ob der Nachlassplan ohne die unwirksamen Teile noch dem Willen des *donor* entspricht.

Dieser generelle Ausschluss von Wirksamkeitsstreitigkeiten steht in gewissem Widerspruch zur *severability*-Lehre, die in der US-amerikanischen Vertragsschiedsgerichtsbarkeit gilt.²⁷⁴ Dort wird zwischen der Schiedsvereinbarung und dem materiellen Vertrag, auf den sich die Schiedsvereinbarung bezieht, getrennt (daher *severability* oder *seperability*).²⁷⁵ Nur wenn der geltend gemachte Unwirksamkeitsgrund auch oder gerade die Schiedsvereinbarung betrifft, entscheidet das staatliche Gericht, ansonsten entscheidet das Schiedsgericht über die Wirksamkeit des Vertrags.²⁷⁶

Die Gesetzgeber in Florida, Arizona, New Hampshire, Missouri und South Dakota haben sich bei einseitigen Schiedsverfügungen gegen eine solche

²⁷¹ *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1074 f. (hier etwas vereinfacht wiedergegeben).

²⁷² *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1075.

²⁷³ Für eine solche Trennung (*de lege ferenda*) auch *Katzen*, Quinipiac Prob. L.J. 24 (2011), 118, 135 f.; a.A. *Murphy*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 26 (2011), 627, 677.

²⁷⁴ *Strong*, Vand. J. Transnat'l L. 45 (2012), 1157, 1223.

²⁷⁵ Statt vieler *Born*, International commercial arbitration, Band 1, 367–373; *Carbonneau*, The Law and Practice of United States Arbitration, 18 f.

²⁷⁶ Grundlegend *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 402–404 (U.S. Sup. Ct. 1967); bestätigt z.B. durch *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440, 444–446 (U.S. Sup. Ct. 2006).

Differenzierung entschieden.²⁷⁷ Damit geht eine Aufspaltung der Schiedsverfahrensrechtsdogmatik einher, die allerdings durch die Unterschiede zwischen einseitig verfügter und vertraglich vereinbarter Schiedsbindung gerechtfertigt oder sogar geboten ist.²⁷⁸

²⁷⁷ Eine eher der *severability*-Lehre entsprechende Herangehensweise hat hingegen die *ACTEC Task Force* in ihrem Modellgesetz gewählt. Danach sollen die staatlichen Gerichte nur dann über Wirksamkeitsstreitigkeiten entscheiden, wenn der geltend gemachte Unwirksamkeitsgrund zumindest *auch* die Schiedsverfügung betrifft. Diese Regelung wurde von den Bundesstaaten nicht aufgegriffen.

²⁷⁸ Für eine modifizierte *severability*-Lehre im Erb- und Trustrecht *Horton*, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027, 1084–1086; *ders.*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 9.61.

Kapitel 3

Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung

Der Vergleich mit den Vorschriften aus Florida, Arizona, New Hampshire, Missouri und South Dakota zeigt, dass in § 1066 ZPO eine Regelung zur Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung fehlt. Aus der deutschen Vorschrift geht nicht hervor, wer sich mit welchen Ansprüchen an das Schiedsgericht wenden muss.¹ Das Regelungsdefizit erhöht sich dadurch, dass die Vorschrift zum Geltungsgrund der Schiedsverfügung schweigt.²

Die Frage nach dem Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen wurde bisher wenig in der deutschen Literatur aufgearbeitet. Zumeist heißt es hierzu knapp, dass die Schiedsverfügung Ausdruck der Testierfreiheit sei,³ oder dass ihre Geltung jedenfalls allgemein anerkannt sei.⁴ In der Tat ist die letztwillige Schiedsverfügung – wie jede letztwillige Verfügung – Ausdruck der Testierfreiheit. Auch meint in Deutschland wohl niemand, dass eine solche Verfügung keinerlei Rechtswirkungen entfalte.⁵ Dennoch ist damit noch keine Begründung dafür gegeben, warum der Erblasser nicht auf materielle Verfügungen beschränkt ist, sondern auch prozessuale Anordnungen treffen kann.⁶

Die Frage nach dem Geltungsgrund muss aber gestellt und beantwortet werden, da sich letztwillige Schiedsverfügungen darauf auswirken, in welchem Umfang die staatlichen Gerichte Rechtsschutz gewähren. Soweit die Schiedsverfügung reicht, weist das staatliche Gericht die Klage auf entsprechende Einrede des Beklagten hin (§ 1032 Abs. 1 ZPO) als unzulässig ab und prüft das Rechtsschutzbegehren des Klägers nicht weiter. Im Rechtsstaat des Grundgesetzes wird Rechtsschutz indes nicht nach Belieben gewährt, sondern jede Rechtsschutzeinschränkung ist rechtfertigungsbedürftig. Wenn die Ge-

¹ Vgl. *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 90 f.; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 67; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 32.

² Siehe oben Kapitel 1 – B.III. (55).

³ So beispielsweise *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 384; *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 260.

⁴ So beispielsweise *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 32 Rn. 25; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 29.

⁵ Siehe aber *Schloßmann*, JherJb 37 (1897), 301, 324–326, der meinte, letztwillige Schiedsverfügungen dürften nach Außerkrafttreten der Partikularrechte 1900 eigentlich nicht mehr wirksam sein.

⁶ Ähnlicher Befund bei *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 414 („[...] die in der Literatur vertretenen Auffassungen [werden] des Öfteren kaum oder gar nicht begründet [...]“).

richte umgekehrt eine letztwillige Schiedsverfügung nicht beachten, führt das zu einer Einschränkung der Testierfreiheit, was wegen Art. 14 Abs. 1 GG gleichermaßen rechtfertigungsbedürftig ist. Ein valider Geltungsgrund muss diese gegenläufigen Positionen berücksichtigen und die in beide Richtungen erforderliche Rechtfertigung erbringen.

Die Arbeit stellt zunächst diesen verfassungsrechtlichen Konflikt, den letztwillige Schiedsverfügungen heraufbeschwören, näher dar. Hierauf aufbauend wird in einem zweiten Schritt erarbeitet, welcher Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen geeignet ist, die widerstreitenden Verfassungsrechtspositionen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Anhand dieses Geltungsgrundes ist drittens zu bestimmen, wie weit die letztwillig verfügte Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht reichen kann.

A. Schiedsverfügungen im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld

Otte hat in Bezug auf § 1066 ZPO geschrieben: „Eine Gesetzesnorm des Inhalts, dass A bestimmen darf, der B brauche sich auf eine von C gegen ihn vor dem staatlichen Gericht erhobene Klage nicht einzulassen, bedarf besonderer Rechtfertigung.“⁷ In anderem Zusammenhang hat er angemahnt, dass die „Belange Dritter“, die durch die letztwillige Schiedsverfügung tangiert werden, konkret benannt werden müssen, um ihre Berechtigung und ihr Gewicht beurteilen zu können.⁸

Dieser Abschnitt erläutert aus Sicht des Verfassungsrechts, warum die letztwillige Schiedsverfügung besonderer Rechtfertigung bedarf. Hierzu werden die betroffenen Grundrechtspositionen der Nachlassbeteiligten und des Testators konkret benannt. Damit wird die Grundlage geschaffen für eine verfassungsrechtlich abgesicherte Bestimmung des Geltungsgrundes letztwilliger Schiedsverfügungen.

I. Grundrechtspositionen der Nachlassbeteiligten

Die letztwillige Schiedsverfügung bewirkt, dass Nachlassbeteiligte wie beispielsweise Erben und Vermächtnisnehmer ihre Ansprüche nicht vor den staatlichen Gerichten einklagen können, wenn ihr Prozessgegner die Schiedseinrede erhebt. Stattdessen müssen sie sich an ein privates Schiedsgericht wenden. Hierdurch könnten der allgemeine Justizgewährungsanspruch, das Recht auf den gesetzlichen Richter und das Recht auf rechtliches Gehör tan-

⁷ *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 66.

⁸ *Otte*, ZEV 2009, Beilage zu Heft 11, XII.

giert sein. Sofern man davon ausgeht, dass die Schiedsverfügung auch den Pflichtteilsanspruch erfasst, kommt darüber hinaus eine Beeinträchtigung der grundgesetzlichen Gewährleistung des Pflichtteilsrechts in Betracht. Eine noch nicht völlig zu überblickende Rolle spielt schließlich Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn man der Auslegung dieser Vorschrift folgt, die der EGMR jüngst seiner *Pechstein*-Entscheidung zu Grunde gelegt hat.

1. Allgemeiner Justizgewährungsanspruch

Die letztwillige Schiedsverfügung könnte zunächst den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten beeinträchtigen. Bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren wird in der Regel argumentiert, dass keine Verletzung des Justizgewährungsanspruchs vorliegen könne, weil die Parteien freiwillig auf die Anrufung der staatlichen Gerichte verzichtet haben.⁹ Auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren lässt sich dieses Argument nicht übertragen, denn deren Charakteristikum ist gerade, dass es an einer freiwilligen Unterwerfung der Parteien fehlt.¹⁰

a) Ableitung und Schutzbereich

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch¹¹ bildet das Gegenstück zu den besonderen Justizgewährungsansprüchen nach Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG und Art. 34 Satz 3 GG.¹² Während die besonderen Justizgewährungsansprüche Rechtsschutz gegen Hoheitsakte garantieren, gewinnt der allgemeine Justizgewährungsanspruch im Privatrecht Bedeutung.¹³

⁹ BGH, Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 149 f. – *Körbuch*; BGH, Urt. v. 7.6.2016 – KZR 6/15, BGHZ 210, 292, 312 (Rn. 52) – *Pechstein*; *Geimer*, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 119 f.; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 88; *Ebbing*, Private Zivilgerichte, 21 f.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 240; *Prütting*, in: FS Schlosser, 705, 708; *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder, 143–145; *Stein/Jonas-Schlosser*, Vor § 1025 ZPO, Rn. 7; *Zöller-Geimer*, Vor § 1025 ZPO, Rn. 4.

¹⁰ Vgl. für statutarische Schiedsverfügungen sehr deutlich *Kees*, Grenzen der Zulässigkeit von Schiedsgerichtsklauseln in Vereinssatzungen, 51.

¹¹ Dieser Begriff findet sich u.a. in BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401 und wird deshalb auch hier verwendet. Synonym sind die Ausdrücke „allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch“ (z.B. *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 211); „Justizgewährleistung“ (z.B. *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 257) oder „Justizgewähranspruch“ (z.B. *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 176, § 176) gebräuchlich.

¹² *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312, 313; *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 211.

¹³ Statt aller *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 177, Rn. 16.

Als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols und des Selbsthilfeverbots muss der Staat in bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten wirkungsvollen Rechtsschutz gewährleisten.¹⁴ Abgeleitet wird der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit den Grundrechten, vor allem der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG.¹⁵ Wegen der grundrechtlichen Komponente können Verstöße gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch von „jedermann“ (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.¹⁶

Durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch besteht ein Recht auf wirkungsvollen verfahrensförmigen Rechtsschutz zur Durchsetzung von Privatrechtspositionen.¹⁷ Dieser Rechtsschutz ist durch staatliche Gerichte zu gewähren,¹⁸ die eine umfassende rechtliche und tatsächliche Prüfung vorzunehmen und eine verbindliche Entscheidung zu treffen haben.¹⁹

¹⁴ Grundlegend *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 95–115; aus neuerer Zeit z.B. *Ebbing*, Private Zivilgerichte, 21; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312, 312. *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 258 spricht daher von einer Ausprägung des Gebots der Folgerichtigkeit der Rechtsordnung.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401; *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 257, vgl. auch *Bettermann*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Band III/2, 779, 788 (nur Rechtsstaatsprinzip).

¹⁶ *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 176, Rn. 26; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312, 313.

¹⁷ Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 291; sodann BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337, 345 f.; BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118, 123 f.; BVerfG, Urt. v. 7.12.1999 – 2 BvR 1533/94, BVerfGE 101, 275, 294 f.; BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401; BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578/02, BVerfGE 117, 71, 121 f.

¹⁸ BGH, Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 148 – *Körbuch*; BGH, Urt. v. 7.6.2016 – KZR 6/15, BGHZ 210, 292, 312 (Rn. 52) – *Pechstein*; *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 235 f.; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 82; *Kölbl*, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 81; *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 18; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 163; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 176, Rn. 12; *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 211; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 406 f.; BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578/02, BVerfGE 117, 71, 121 f.; BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 270 f.; wo jeweils nur von „Gericht“ die Rede ist, womit dem Kontext nach ein staatliches Gericht gemeint ist.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 291; BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337, 345; BVerfG, Urt. v. 7.12.1999 – 2 BvR 1533/94, BVerfGE 101, 275, 294 f.; BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401; BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578/02, BVerfGE 117, 71, 121 f.; *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 117–120.

b) Eingriff aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung

Fraglich ist nun, ob die letztwillige Schiedsverfügung einen Eingriff in den so umrissenen allgemeinen Justizgewährungsanspruch bewirkt.

aa) Eingriff durch Akt der öffentlichen Gewalt

Letztwillige Schiedsverfügungen sind einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen von Privaten. Der allgemeine Justizgewährungsanspruch richtet sich aber gegen den Staat, der den Bürgern als Gegenleistung für ihren Selbsthilfeverzicht effektiven Rechtsschutz gewähren muss. Die letztwillige Schiedsverfügung als solche stellt deshalb keinen Eingriff in den Justizgewährungsanspruch dar, weil der Erblasser als ihr Urheber nicht Adressat des Justizgewährungsanspruchs ist. Das Schiedsgericht ist als privates Gericht ebenfalls nicht durch den Justizgewährungsanspruch verpflichtet.²⁰ Folglich kann auch das Schiedsgericht nicht in den Justizgewährungsanspruch eingreifen, indem es das Verfahren durchführt und den Schiedsspruch erlässt. Handlungen des Testators oder des Schiedsgerichts scheiden als relevante Eingriffsakte also aus.

Anders ist es bei Akten des Gesetzgebers und der Rechtsprechung: Der einfache Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gebunden (Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG).²¹ Ein zu prüfender Eingriffsakt ist daher die gesetzgeberische Entscheidung, letztwilligen Schiedsverfügungen durch § 1066 ZPO überhaupt prozessuale Wirkungen beizulegen.²² Allerdings hat der Gesetzgeber die letztwillig verfügte Schiedsbindung kaum ausgestaltet, da § 1066 ZPO keine Vorgaben zu ihrer Reichweite macht.

Damit rückt die Rechtsprechung als gleichermaßen durch den Justizgewährungsanspruch verpflichtete Gewalt in den Fokus.²³ Wenn ein angerufenes staatliches Gericht wegen der Schiedseinrede des Beklagten gem. § 1032 Abs. 1 ZPO die Klage abweist, liegt hierin ein Akt der öffentlichen Gewalt, der in den Justizgewährungsanspruch eingreifen kann.²⁴ Dasselbe gilt, wenn das staatliche Gericht einen Schiedsspruch nach § 1060 ZPO für vollstreckbar

²⁰ Geimer, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 127; Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 12 f.; Hammer, in: FS Geimer, 169, 173.

²¹ Statt aller Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 212 m. w. N.

²² Hierzu oben Kapitel 1 – B.III. (55).

²³ Ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 271: „Die Garantie effektiven Rechtsschutzes richtet sich auch an den die Verfahrensordnung anwendenden Richter.“

²⁴ Hammer, in: FS Geimer, 169, 174.

erklärt und dabei den Schiedsspruch nur in dem durch § 1059 Abs. 2 ZPO bestimmten Umfang überprüft.²⁵

Nicht die letztwillige Schiedsverfügung selbst stellt also den fraglichen Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch dar. Relevante Eingriffe sind vielmehr die gesetzgeberische Entscheidung, letztwilligen Schiedsverfügungen prozessuale Wirkung zukommen zu lassen, und die Behandlung solcher Verfügungen durch die staatlichen Gerichte. Beides sind Akte der unmittelbar durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch verpflichteten öffentlichen Gewalt.

bb) Inhaltliche Aspekte des Eingriffs in den Justizgewährungsanspruch

Denkt man an den allgemeinen Justizgewährungsanspruch im Zivilrecht, kommt in der Regel zunächst der Kläger in den Sinn: Ihm ist es durch das Selbsthilfeverbot verwehrt, sein Recht eigenmächtig durchzusetzen; im Gegenzug verlangt er Rechtsschutz durch den Staat. Doch auch der Beklagte hat einen Anspruch auf Justizgewährung.²⁶ Der Umstand schließlich, dass im Schiedsverfahren in aller Regel²⁷ keine Prozesskostenhilfe gewährt wird, beschränkt den Zugang zu effektivem Rechtsschutz für Kläger und Beklagten gleichermaßen.

(1) Eingriff auf Klägerseite: Klagabweisung auf Schiedseinrede hin

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch vermittelt ein Recht auf Entscheidung durch ein staatliches Gericht in der Sache, basierend auf einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung.²⁸ Wenn der Kläger einen durch die letztwillige Schiedsverfügung schiedsgebundenen Anspruch einklagt und der Beklagte die Schiedseinrede erhebt, weist das staatliche Gericht die Klage gem. § 1032 Abs. 1 ZPO durch Prozessurteil als unzulässig ab.

Hierin liegt ein Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch des Klägers, denn das Gericht prüft weder die dem Anspruch zu Grunde liegenden Tatsachen noch die sich ergebenden Rechtsfragen und trifft keine Entscheidung in der Sache.²⁹ Stattdessen verweist es den Kläger faktisch³⁰ darauf, Rechtsschutz durch das Schiedsgericht zu suchen.

²⁵ Vgl. *Hammer*, in: FS Geimer, 169, 173.

²⁶ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 259; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 3 Rn. 1.

²⁷ Anders im Verfahren vor dem DIS-Sportschiedsgericht, siehe hierzu DIS-Ordnung über Verfahrenskostenhilfe in Anti-Doping-Streitigkeiten, abrufbar unter <<http://www.dissportschiedsgericht.de/de/75/content/dis-sportscho-2016-ab-01042016-id69#anhang3>> (Stand: 21.11.2019).

²⁸ Siehe oben Nachweise in Fn. 19.

²⁹ *MüKo-ZPO-Münch*, § 1032 ZPO, 19.

(2) Eingriff auf Beklagtenseite: Beschränkte Kontrolle des Schiedsspruchs

Der Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch des Beklagten ist weniger augenfällig. Der Beklagte hat das Recht, dass über die gegen ihn erhobenen Ansprüche durch staatliche Gerichte in einem rechtsstaatlichen Verfahren entschieden wird.³¹ Um zu beurteilen, inwiefern aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung ein Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch des Beklagten vorliegt, ist zwischen zwei Konstellationen zu differenzieren:

Entscheidet sich der Kläger dazu, vor den staatlichen Gerichten zu klagen, hat der Beklagte die Wahl, ob er die Schiedseinrede erheben will. Verzichtet er auf die (fristgerechte) Erhebung dieser Einrede, kommt er in den ungeschmälernten Genuss staatlicher Justizgewährung, sodass kein Eingriff vorliegt. Erhebt er hingegen die Schiedseinrede, liegt hierin ein Verzicht auf die „umfassende rechtliche und tatsächliche Prüfung“³² durch die staatlichen Gerichte, sodass ebenfalls kein Eingriff vorliegt.

Anders ist es, wenn der Kläger Schiedsklage gegen den Beklagten erhoben hat. Zwar stellen die Durchführung des Schiedsverfahrens und der Erlass des Schiedsspruchs keinen Eingriff dar, weil das Schiedsgericht als privates Gericht nicht durch den Justizgewährungsanspruch verpflichtet ist.³³ Ein Eingriff liegt aber darin, dass das Gesetz den aufgrund einer letztwilligen Schiedsverfügung ergangenen Schiedsspruch einem rechtskräftigen Urteil zwischen den Parteien gleichstellt (§ 1066 ZPO i.V.m. § 1055 ZPO)³⁴ und die Vollstreckbarerklärung ermöglicht (§ 1066 ZPO i.V.m. §§ 1060 f. ZPO). Will der Beklagte den Eintritt der Rechtskraftwirkung verhindern, muss er einen Aufhebungsantrag nach § 1059 ZPO stellen. Auf diesen Antrag hin nimmt das staatliche Gericht aber keine „umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung“³⁵ vor, sondern überprüft den Schiedsspruch nur auf die in § 1059 Abs. 2 ZPO genannten eklatanten Mängel, während die sachliche Richtigkeit nicht geprüft wird.³⁶ Dasselbe gilt für das Exequaturverfahren gem. §§ 1060 Abs. 2, 1059 Abs. 2 ZPO.

³⁰ Nicht hingegen rechtlich, da das Schiedsverfahrensrecht keine Verweisung an das Schiedsgericht vorsieht. Anders in Folge einer erfolgreichen Aufhebung des Schiedsspruchs, siehe § 1059 Abs. 4 ZPO.

³¹ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 259; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 3 Rn. 1.

³² *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 257.

³³ Siehe Nachweise oben in Fn. 20.

³⁴ Vgl. *MüKo-ZPO-Münch*, § 1059 ZPO, Rn. 2, der die Rechtskraftwirkung als „Belastung“ bezeichnet.

³⁵ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 257.

³⁶ Statt aller *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 181 Rn. 3.

Selbst wenn der Beklagte im Schiedsverfahren obsiegt, erhält er also keine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung durch ein staatliches Gericht, wie es dem Justizgewährungsanspruch entspräche. Hierin liegt der Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch auf Beklagtenseite.

(3) *Eingriff unter dem Gesichtspunkt des Fehlens von Prozesskostenhilfe*

Ein dritter Aspekt betrifft Kläger und Beklagten gleichermaßen: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer weitgehenden Gleichstellung von Bedürftigen und Nichtbedürftigen bei der Gewährung von Rechtsschutz.³⁷ In bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten erfolgt diese Gleichstellung durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe nach §§ 114 ff. ZPO. Für die Durchführung eines Schiedsverfahrens wird indes keine Prozesskostenhilfe gewährt.³⁸ Stattdessen wird die Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit einer Partei undurchführbar (§ 1032 Abs. 1 a.E. ZPO),³⁹ sodass der Weg zu den staatlichen Gerichten und damit zu Prozesskostenhilfe offensteht.

Nach § 1066 ZPO gelten die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren bei letztwillig verfügten Schiedsverfahren entsprechend, sodass § 1032 Abs. 1 a.E. ZPO mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass nicht die *Schiedsvereinbarung*, sondern die *Schiedsverfügung* undurchführbar wird, wenn eine Partei mittellos ist. Allerdings ist bei letztwillig verfügten ebenso wie bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren unklar, wann eine Partei arm genug ist, um als mittellos zu gelten.⁴⁰ In Bezug auf Prozesskostenhilfe regelt § 115 ZPO hingegen die wirtschaftlichen Voraussetzungen recht genau. Völlige Verarmung ist dabei keine Voraussetzung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Insbesondere die Abzugsposten nach § 115 Abs. 1 Satz 3 ZPO können dazu führen, dass einer Partei Prozesskostenhilfe

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 3.7.1973 – 1 BvR 153/69, BVerfGE 35, 348, 354 f.; BVerfG, Beschl. v. 26.4.1988 – 1 BvL 84/86, BVerfGE 78, 104, 117 f.; BVerfG, Beschl. v. 13.3.1990 – 2 BvR 94/88, BVerfGE 81, 347, 356 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, 39, 49; BVerfG, Beschl. v. 5.11.2013 – 1 BvR 2544/12, NJW 2014, 681, 681; *Henke*, ZJP 123 (2010), 193, 195.

³⁸ Statt aller Musielak/Voit-Voit, § 1042 ZPO, Rn. 12. Zur Verfahrenskostenhilfe vor dem DIS-Sportschiedsgericht, die freilich nicht durch die öffentliche Hand gewährt wird, oben in Fn. 27.

³⁹ BGH, Urt. v. 14.9.2000 – III ZR 33/00, BGHZ 145, 116, 118–120; daneben kommt eine Kündigung der Schiedsvereinbarung aus wichtigem Grund in Betracht, wobei Einzelheiten umstritten sind. Zum Ganzen *Illmer*, Der Arglisteinwand an der Schnittstelle von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, 25–33; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 327–332; jew. m.w.N.

⁴⁰ *Kremer/Weimann*, MDR 2004, 181, 184; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 150.

zu gewähren ist, die nicht unbedingt im landläufigen Sinne als mittellos bezeichnet würde.⁴¹

Bei letztwillig verfükten Schiedsverfahren ist auch in diesem Punkt zu berücksichtigen, dass die mittellose Partei nicht selbst auf den Rechtsschutz durch staatliche Gerichte und damit auf die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu erlangen, verzichtet hat.⁴² Gerade bei letztwillig verfükten Schiedsverfahren dürfen daher keine allzu hohen Hürden für die Mittellosigkeit einer Partei aufgestellt werden. Insbesondere sollte sich das staatliche Gericht, das über die Undurchführbarkeit der Schiedsverfügung zu entscheiden hat, an den Abzugsposten nach § 115 Abs. 1 Satz 3 ZPO orientieren und keine völlige Verarmung fordern. Andernfalls liegt ein Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch vor.⁴³

cc) Kein Ausschluss des Eingriffs wegen Verfahrensrechten im Schiedsverfahren

In den vorangegangenen Punkten wurde dargestellt, unter welchen Gesichtspunkten aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung ein Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten erfolgt. Hierdurch soll nicht der Eindruck entstehen, dass Schiedsverfahren grundsätzlich unter Verletzung der Verfahrensrechte der Parteien stattfänden. Das Gegenteil ist der Fall: Schiedsrichter entscheiden nicht willkürlich, sondern aufgrund eines justizförmigen Verfahrens. Zwar ist das Schiedsgericht als privates Gericht nicht an die Grundrechte gebunden.⁴⁴ Der grundrechtsverpflichtete

⁴¹ Problematisch daher Schiedsgericht Hamburg, 5.5.2009 – o. Az., SchiedsVZ 2010, 173 (176), das von Undurchführbarkeit des Schiedsverfahrens erst dann ausgeht, wenn der armen Partei *ratenfreie* Prozesskostenhilfe im staatlichen Verfahren zu gewähren wäre.

⁴² Das berücksichtigt *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 151, nicht hinreichend, wenn er meint, dass derjenige, der die Vorteile des Schiedsverfahrens nutze, auch den Nachteil des nicht vorhandenen „Armenrechts“ in Kauf nehmen müsse.

⁴³ Dass diese Problematik im Zusammenhang mit letztwilligen Schiedsverfügungen durchaus auftreten kann, zeigt sich an den beiden im Wesentlichen gleichlautenden Urteilen, mit denen der BGH im Jahr 2017 die Schiedsbindung von Pflichtteilsansprüchen ablehnte: BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416 ff.; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115 ff. Die beklagte Erbin machte im Schiedsverfahren geltend, dass sie als nicht berufstätige, alleinerziehende Mutter eines schwerbehinderten Kindes die Kosten des Schiedsverfahrens nicht aufbringen könne, siehe Urteile in der Vorinstanz OLG München, Beschl. v. 25.4.2016 – 34 Sch 12/15, ZEV 2016, 334, 334 und OLG München, Beschl. v. 24.4.2016 – 34 Sch 13/15, SchiedsVZ 2016, 233, 233. Hierauf kam es letztlich nicht an, da der Schiedsspruch aus anderen Gründen keinen Bestand haben konnte. Zur Mittellosigkeit der Beklagten in diesen beiden Verfahren siehe auch *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 79.

⁴⁴ *Geimer*, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 127; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 181–188; *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 103 I GG, Rn. 18.

te Gesetzgeber hat das Schiedsverfahren in der ZPO jedoch so ausgestaltet, dass es das Schiedsgericht zur Achtung wesentlicher Rechte, die zusammen das Recht auf ein faires Verfahren ausmachen,⁴⁵ verpflichtet. Hinzu tritt die ebenfalls grundrechtsverpflichtete staatliche Justiz, die einen Schiedsspruch, der aufgrund gewisser Verfahrensmängel ergangen ist, nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. b und lit. d sowie Nr. 2 lit. b ZPO aufzuheben hat.

Inbesondere muss das Schiedsgericht die Parteien gem. § 1042 Abs. 1 ZPO gleich behandeln und ihnen rechtliches Gehör gewähren. Ferner haben die Parteien das Recht auf anwaltliche Vertretung nach § 1042 Abs. 2 ZPO. Die Vorschriften über die Ablehnung von Schiedsrichtern (§ 1036 f. ZPO) gewährleisten, dass die Schiedsrichter die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit in Bezug auf den Streitgegenstand und die Parteien haben, die für ein faires Verfahrens essentiell sind.⁴⁶

Diese prozessualen Rechte im Schiedsverfahren, von denen hier nur einige beispielhaft genannt wurden, lassen den Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung aber nicht entfallen. Durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe bieten die staatlichen Gerichte für unbemittelte Parteien ein Mehr an Rechtsschutz. Im Übrigen kommt es auf ein Mehr oder Weniger an Rechtsschutz im Schiedsverfahren im Vergleich zum Verfahren vor staatlichen Gerichten nicht an. Denn der allgemeine Justizgewährungsanspruch vermittelt ein Recht auf Rechtsschutz durch *staatliche* Gerichte.⁴⁷ Wird dieser Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte nicht gewährt, liegt ein Eingriff vor, unabhängig davon, ob das Schiedsgericht in der Sache gleichwertigen oder sogar intensiveren Rechtsschutz bietet.

2. *Recht auf den gesetzlichen Richter*

Die letztwillige Schiedsverfügung könnte ferner das Recht der Nachlassbeteiligten auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verkürzen, indem sie den Rechtsstreit der Entscheidung durch den staatlichen Richter entzieht.

a) *Schutzbereich*

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthält eine formelle und eine materielle Schutzkomponente.⁴⁸ In formeller Hinsicht garantiert das Recht auf den gesetzlichen

⁴⁵ Zum *fair trial* im Schiedsverfahren *Münch*, SchiedsVZ 2017, 114, 115 f.

⁴⁶ *Armbrüster/Wächter*, SchiedsVZ 2017, 213, 213; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1036 ZPO, Rn. 2.

⁴⁷ Siehe Nachweise oben in Fn. 18.

⁴⁸ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 234; vgl. auch *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 101 GG, Rn. 15.

Richter, dass für jeden Streitfall im Voraus anhand abstrakt-genereller Kriterien und ohne Rücksicht auf die Beteiligten bestimmt ist, welcher Richter bzw. welcher Spruchkörper zur Entscheidung berufen ist.⁴⁹ So sollen „Eingriffe Unbefugter in die Rechtspflege“⁵⁰ ausgeschlossen werden.

In materieller Hinsicht garantiert Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Entscheidung durch Richter, die den Anforderungen der Art. 92 und 97 GG an die Ausübung rechtsprechender Gewalt genügen.⁵¹ Damit inkorporiert die Gewährleistung des gesetzlichen Richters diese objektiven Verfassungsvorschriften und macht Verstöße mit der Verfassungsbeschwerde rügbär.⁵²

b) Eingriff aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG beschreibt den Eingriff in das Recht auf den gesetzlichen Richter mit dem Verb „entziehen“. Es kommt also darauf an, ob die Nachlassbeteiligten aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung ihrem gesetzlichen Richter entzogen werden. Bei *vertraglich vereinbarten* Schiedsverfahren kann solange von einem „Entzug“ keine Rede sein, wie die Parteien die Schiedsvereinbarung freiwillig und ohne Willensmängel geschlossen haben.⁵³ Auf letztwillig verfügte Schiedsgerichte lässt sich dieses Argument wiederum nicht übertragen.⁵⁴

aa) Entzug durch Akt der öffentlichen Gewalt

In Bezug auf die ebenfalls von § 1066 ZPO erfassten statutarischen Schiedsklauseln, bei denen es gleichermaßen an einer Schiedsvereinbarung fehlt, ist zum Teil argumentiert worden, dass kein Eingriff in das Recht auf den gesetzlichen Richter vorliegen könne.⁵⁵ Nicht die öffentliche Gewalt bewirke

⁴⁹ St. Rspr. seit BVerfG, Urt. v. 20.3.1956 – 1 BvR 479/55, BVerfGE 5, 412, 416; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935, 1937 (Rn. 47–48).

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 20.3.1956 – 1 BvR 479/55, BVerfGE 5, 412, 416.

⁵¹ Erstmals BVerfG, Urt. v. 3.7.1962 – 2 BvR 628/60, BVerfGE 14, 156, 162; jüngst BVerfG, Beschl. v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935, 1937 (Rn. 48); *H.-D. Horn*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 132, Rn. 44; *Sachs-Degenhart*, Art. 101 GG, Rn. 9.

⁵² *Sachs-Degenhart*, Art. 101 GG, Rn. 9.

⁵³ *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, 23; *Geimer*, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 123; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 61 f.; *Ebbing*, Private Zivilgerichte, 21; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 29; *Tafelmaier*, Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit, 48.

⁵⁴ Vgl. *Schlosser*, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, 117; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 201.

⁵⁵ *Kees*, Grenzen der Zulässigkeit von Schiedsgerichtsklauseln in Vereinssatzungen, 61–63; *Ebbing*, NZG 1999, 754, 755; *Kölbl*, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 78–80;

nämlich den Entzug des staatlichen Richters, sondern die Privatperson, die die Schiedsverfügung trifft. Im Verhältnis von Privaten zueinander gelte Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aber nicht.⁵⁶

Diese Bestimmung des Eingriffsakts greift indes auch hier zu kurz. Nur auf den ersten Blick ist es nämlich der Testator, der die Nachlassbeteiligten ihrem gesetzlichen Richter entzieht. Die letztwillige Schiedsverfügung des Testators ist aber zunächst nur ein Blatt Papier. Der zu prüfende Eingriff in das Recht auf den gesetzlichen Richter erfolgt, wenn das angegangene staatliche Gericht die Klage auf die Schiedseinrede des Beklagten hin gem. § 1032 Abs. 1 ZPO abweist.⁵⁷ Diese Klagabweisung führt dazu, dass der eigentlich zuständige staatliche Richter nicht in der Sache entscheidet. Hierin liegt ein Akt der nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar grundrechtsverpflichteten öffentlichen Gewalt, nämlich der Judikativen.⁵⁸

bb) Schiedsrichter als gesetzlicher Richter

Ein Entzug des gesetzlichen Richters wäre indes zu verneinen, wenn auch ein nach den schiedsverfahrensrechtlichen Vorschriften ordnungsgemäß gebildetes Schiedsgericht gesetzlicher Richter wäre.⁵⁹ Der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet keine Beschränkung auf staatliche Richter.⁶⁰ Der formelle und materielle Schutzgehalt des Rechts auf den gesetzlichen Richter kann indes nur durch staatliche Richter erfüllt werden.

In formeller Hinsicht gewährleistet Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG, dass für jeden Streitfall im Voraus aufgrund abstrakt-genereller Kriterien feststeht, wer zur Entscheidungsfindung berufen ist. Eine solche Vorausfestlegung gibt es in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Das gesetzestypische Verfahren zur Bildung eines Dreierschiedsgerichts nach §§ 1034 Abs. 1 Satz 2, 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO sieht beispielsweise vor, dass jede Partei einen Schiedsrichter bestellt und diese beiden Schiedsrichter dann den Vorsitzenden bestellen. Bei der Wahl des „eigenen“ Schiedsrichters mögen die Parteien durchaus geneigt sein, jemanden zu bestellen, der ihrer Sache positiv eingestellt zu sein

Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 9–17; wohl a.A. *Vollmer*, Satzungsmaßige Schiedsklauseln, 93.

⁵⁶ *Kees*, Grenzen der Zulässigkeit von Schiedsgerichtsklauseln in Vereinssatzungen, 61–63; *Kölbl*, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 79; *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 12–15.

⁵⁷ *Schütte*, Die Einsetzung von Schiedsgerichten durch die Satzungen juristischer Personen des Privatrechts, 100.

⁵⁸ A.A. *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 14, der dies für einen Fall der mittelbaren Drittwirkung hält.

⁵⁹ So z.B. BAG, Urt. v. 23.8.1963 – 1 AZR 469/62, NJW 1964, 268, 269; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 23; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 6; *Tafelmaier*, Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit, 47.

⁶⁰ *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 57.

scheint.⁶¹ Bereits unter dem Gesichtspunkt der abstrakt-generellen Vorherbestimmung des zur Entscheidung Berufenen kann ein Schiedsrichter daher nicht „gesetzlicher Richter“ sein.

Auch in materieller Hinsicht kann ein Schiedsrichter nicht gesetzlicher Richter sein. Nach Art. 92 GG, den Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG inkorporiert, wird die rechtsprechende Gewalt durch die Gerichte des Bundes und der Länder ausgeübt. Nur staatliche Richter sind Teil dieser Gerichte und erfüllen die in Art. 97 Abs. 2 GG normierten Anforderungen an die persönliche Unabhängigkeit.⁶² Schiedsrichter sind somit keine „gesetzlichen Richter“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.⁶³

cc) Kein Entzug durch Nichtgewährung von Rechtsschutz

Gegen einen Entzug des gesetzlichen Richters durch Schiedsverfügungen ist schließlich eingewandt worden, dass Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffne, sondern nur, soweit dieser Rechtsweg eröffnet ist, eine Entscheidung durch den gesetzlichen Richter garantiere.⁶⁴ Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wäre dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch damit nachgelagert. In diesem Sinne ließe sich sagen, dass bei einer Klagabweisung als unzulässig aufgrund einer letztwilligen Schiedsverfügung gerade der gesetzliche Richter tätig wird, obwohl er entscheidet, keinen Rechtsschutz in der Sache zu gewähren.⁶⁵

⁶¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.3.2016 – I ZB 99/14, NJW-RR 2016, 892, 893 (Rn. 15); Wegmann, ZEV 2003, 20, 22; MüKo-ZPO-Münch, § 1035 ZPO, Rn. 42; BeckOK ZPO-Wolf/Eslami, § 1035 ZPO, Rn. 13.

⁶² Kölbl, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 101. Dazu, inwiefern die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter an staatlichen Gerichten verfassungsrechtlich zulässig ist, Sachs-Detterbeck, Art. 92 GG, Rn. 92.

⁶³ Anbuhl, Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), 43 f.; Vollmer, Satzungsmäßige Schiedsklauseln, 98; Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, 118; Distler, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 58; Hesselbarth, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 213; Kölbl, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 79; Maunz/Dürig-Maunz, Art. 101 GG, Rn. 16; H.-D. Horn, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 132, Rn. 41; Heermann, SchiedsVZ 2014, 66, 70; Bleistein/Degenhart, NJW 2015, 1353, 1354; Widdascheck, Der Justizgewährungsanspruch des Dopingsünder, 150; Sachs-Degenhart, Art. 101 GG, Rn. 8; implizit auch BGH, Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 148 – Körbuch; a.A. BAG, Urt. v. 23.8.1963 – 1 AZR 469/62, NJW 1964, 268, 269 (in Bezug auf ein durch Tarifvertrag eingesetztes Schiedsgericht); Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 16 (dort Fn. 77); Niklas, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 23; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 6.

⁶⁴ Kölbl, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 79 f.; Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 15; vgl. auch Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 237; Geimer, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 123.

Dafür, den Anspruch auf Rechtsschutz aus dem Schutzbereich der Garantie des gesetzlichen Richters herauszuhalten, sprechen die beiden oben genannten Schutzrichtungen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, also der Schutz vor Zuständigkeitsmanipulationen und der Schutz vor einer Entscheidung durch Richter, die nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 92 und 97 GG entsprechen. Weder die eine noch die andere Schutzrichtung gebietet, dass der staatliche Richter eine Entscheidung in der Sache treffen muss. Hinzu kommt, dass sich die Schutzbereiche des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs und des Rechts auf den gesetzlichen Richter kaum unterscheiden ließen, wenn beide einen Anspruch auf Rechtsschutz vermitteln würden. Es trifft also zu, dass Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Anspruch auf Rechtsschutz vermittelt.⁶⁶

Dennoch schreibt der Bundesgerichtshof in seiner „Körbuch“-Entscheidung zur Reichweite der Bindungswirkung einer statutarischen Schiedsklausel: „Das Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten, das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, und das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) haben Verfassungsrang.“⁶⁷ Inhaltlich stimmig ist das nach hier vertretener Ansicht nur, wenn man die Reihenfolge der Nennung für wichtig hält: Soweit die Einschränkung des Justizgewährungsanspruch gerechtfertigt werden kann, liegt auch kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor. Sobald aber der Justizgewährungsanspruch in nicht zu rechtfertigender Weise verkürzt wird, liegt zugleich ein Entzug des gesetzlichen Richters vor. Denn dann versagt der Staat nicht nur zu Unrecht Rechtsschutz, sondern versagt überdies Rechtsschutz durch den gesetzlichen Richter.

3. *Recht auf rechtliches Gehör*

Das durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf rechtliches Gehör als „prozessuales Unrecht“⁶⁸ gilt auch in bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten.⁶⁹

⁶⁵ So wohl *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 16.

⁶⁶ Grundlegend *Bettermann*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Band III/2, 523, 558 f.; *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 73 f.; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 176, Rn. 2; *H.-D. Horn*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 132, Rn. 3; *Sachs-Degenhart*, Art. 101 GG, Rn. 2; *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder, 149.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 148 – *Körbuch*; ähnlich *Haas*, ZGR 2001, 325, 326: „Schiedsklauseln berühren den verfassungsrechtlich gewährleisteten Justizgewährungsanspruch und den in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten gesetzlichen Richter.“

⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 9.7.1980 – 2 BvR 701/80, BVerfGE 55, 1, 6; BVerfG, Beschl. v. 18.6.1985 – 2 BvR 414/84, BVerfGE 70, 180, 188; BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 408.

Auch bei einem Streit um die Rechte und Pflichten zwischen Privatpersonen darf der Einzelne nicht zum Objekt des Verfahrens werden, sondern muss zu Wort kommen und Einfluss nehmen können.⁷⁰ Wie das Recht auf den gesetzlichen Richter eröffnet indes auch das Recht auf rechtliches Gehör keinen Rechtsweg, sondern gestaltet aus, auf welche Weise Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte zu gewähren ist, sofern der Rechtsweg eröffnet ist.⁷¹

In Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen folgt hieraus: Wird das staatliche Gericht mit der Schiedseinrede konfrontiert, die der Beklagte auf eine letztwillige Schiedsverfügung stützt, hat es dem Kläger hierzu wegen Art. 103 Abs. 1 GG rechtliches Gehör zu gewähren. Für die Entscheidungen, die das Oberlandesgericht nach § 1062 Abs. 1 ZPO zu treffen hat, d. h. insbesondere die Entscheidungen über Aufhebung oder Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO), ordnet das einfache Recht die Gehörsgewährung in § 1063 Abs. 1 Satz 2 ZPO explizit an. Damit erfüllen die staatlichen Gerichte ihre Pflicht zur Gehörsgewährung, freilich ohne die Parteien umfassend in der Sache gehört zu haben. Das aber ist eine Frage des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs, nicht des Rechts auf rechtliches Gehör.

Damit ist nicht gesagt, dass das Recht auf rechtliches Gehör im Zusammenhang letztwilliger Schiedsverfügungen keine weitere Bedeutung hat. Zwar ist das Schiedsgericht als privates Gericht nicht durch Art. 103 Abs. 1 GG gebunden,⁷² aber es ist einfachgesetzlich durch § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO zur Gehörsgewährung verpflichtet.⁷³ Gewährt das Schiedsgericht nicht in hinreichendem Maße rechtliches Gehör, ist der Schiedsspruch wegen Verstoßes gegen den *ordre public* aufhebbar (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO) und darf nicht für vollstreckbar erklärt werden.⁷⁴ Das Recht auf rechtliches Gehör

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 30.10.1980 – 1 BvR 1379/80, BVerfGE 60, 1, 5; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 I GG, Rn. 17; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 82 Rn. 1.

⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 409; Uhle, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129, Rn. 48; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 I GG, Rn. 13.

⁷¹ Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 75–79; Distler, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 72–76; Papier, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 176, Rn. 4; Uhle, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129, Rn. 27; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 I GG, Rn. 84; Tafelmaier, Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit, 48.

⁷² Geimer, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 127; Distler, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 181–188; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 I GG, Rn. 18.

⁷³ Ausführlich zur Gehörsgewährungspflicht des Schiedsgerichts z. B. MüKo-ZPO-Münch, § 1042 ZPO, Rn. 26–62 m. w. N.

⁷⁴ MüKo-ZPO-Münch, § 1042 ZPO, Rn. 58. Andernfalls würde das nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an Art. 103 Abs. 1 GG gebundene staatliche Gericht seinerseits das Recht

spielt also eine große Rolle bei der Ausgestaltung und konkreten Durchführung des letztwillig angeordneten Schiedsverfahrens, nicht aber für die Frage, ob solche Schiedsverfahren überhaupt zuzulassen sind.

4. Pflichtteilsrecht als Ausprägung der Erbrechtsgarantie

Beim allgemeinen Justizgewährungsanspruch, dem Recht auf den gesetzlichen Richter und dem Recht auf rechtliches Gehör handelt es sich um sogenannte Justizgrundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte. Das Pflichtteilsrecht wird hingegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Recht auf Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG,⁷⁵ also durch materielle Grundrechte,⁷⁶ geschützt.

Der BGH hat 2017 entschieden, dass Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich ihrer pflichtteilsrechtlichen Ansprüche nicht durch die letztwillige Schiedsverfügung gebunden sind.⁷⁷ Daran muss sich die Praxis einstweilen orientieren, doch die Diskussion um die Bindung von Pflichtteilsberechtigten geht weiter.⁷⁸ Hierfür ist auch zu untersuchen, in welchem Verhältnis die letztwillige Schiedsverfügung zur grundgesetzlichen Gewährleistung des Pflichtteilsrechts steht.

a) Schutzbereich in materieller und prozessualer Dimension

Das Bundesverfassungsgericht schreibt in seiner Leitentscheidung zum Pflichtteilsrecht: „Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass wird durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet.“⁷⁹ Das wirkt zunächst kontraintuitiv, denn Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet auch die Testierfreiheit, die durch das

auf rechtliches Gehör verletzen: *Geimer*, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 127 f.; *Zöller-ders.*, § 1042 ZPO, Rn. 18.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 348 – *Pflichtteil*; bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 1511/14, ZEV 2019, 79, 80 (Rn. 13).

⁷⁶ „Materielles Grundrecht“ als Gegenbegriff zu „Prozessgrundrecht“ z.B. bei *Uhle*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129, Rn. 9.

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416 ff.; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115 ff.

⁷⁸ Nach wie vor für eine Bindung der Pflichtteilsberechtigten beispielsweise *Zöller-Geimer*, § 1066 ZPO, Rn. 18; *Pawlytta*, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35.

⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 348 – *Pflichtteil*.

Pflichtteilsrecht eingeschränkt wird.⁸⁰ Zur Auflösung dieses Widerspruchs argumentiert das Gericht einerseits historisch, indem es darauf hinweist, dass die zwingende Mindestbeteiligung der Kinder im deutschen Erbrecht eine lange Tradition habe.⁸¹ Hieran habe der Verfassungsgeber bei Schaffung von Art. 14 Abs. 1 GG angeknüpft.⁸² Andererseits rekurriert es auf die durch Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Familiensolidarität, deren Ausdruck das Pflichtteilsrecht sei.⁸³ Zugleich betont das Gericht, dass dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum bei der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts zukomme.⁸⁴ So könnte der Gesetzgeber beispielsweise auch eine dingliche Mindestbeteiligung nach Art eines Noterbenrechts anstatt des Geldanspruchs einführen.⁸⁵ Lediglich eine „unentziehbare angemessene Mindestbeteiligung“ sei von Verfassung wegen erforderlich.⁸⁶

Es fragt sich allerdings, ob die letztwillige Schiedsverfügung mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Pflichtteilsrechts überhaupt etwas zu tun hat. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass die Schiedsbindung auch den Pflichtteilsanspruch erfasst, ändert sich der materielle Pflichtteilsanspruch hierdurch nicht. Lediglich die Rechtsdurchsetzung verschiebt sich vom staatlichen Gericht auf das Schiedsgericht.

Indes besitzen die materiellen Grundrechte auch eine prozessuale Schutzdimension: Die effektive Durchsetzbarkeit subjektiver Rechte ist Wesensmerkmal der entsprechenden materiellen Grundrechte („Grundrechtsschutz durch Verfahren“⁸⁷).⁸⁸ Obwohl vom Bundesverfassungsgericht nicht explizit ausgesprochen, dürfte es demnach zum verfassungsrechtlich geschützten Kern

⁸⁰ Vgl. auch in der Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 354 – *Pflichtteil*: „Dieser einerseits freiheitsbegrenzenden und andererseits familienschützenden Funktion des Pflichtteilsrechts [...]“.

⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 349 f. – *Pflichtteil*.

⁸² BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 351 – *Pflichtteil*.

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 352–354 – *Pflichtteil*.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteil*.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteil*.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteil*. Mit „unentziehbar“ ist hier allein durch den Erblasserwillen unentziehbar gemeint. Das Recht der Pflichtteilsentziehung aus gesetzlichen Gründen nach § 2333 BGB wird in der Entscheidung als grundgesetzkonform anerkannt.

⁸⁷ Vgl. z.B. *Bergner*, Grundrechtsschutz durch Verfahren (in Bezug auf das Verwaltungsverfahrenrecht).

⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 12.3.2003 – 1 BvR 330/96, BVerfGE 107, 299, 311; *Papier*, in: I-sensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 177, Rn. 18; *Uhle*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129, Rn. 9; speziell für Art. 14 GG BVerfG, Beschl. v. 3.7.1973 – 1 BvR 153/69, BVerfGE 35, 348, 361; BVerfG, Beschl. v. 23.4.1974 – 1 BvR 6/74, BVerfGE 37, 132, 141; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325, 334;

des Pflichtteilsrechts gehören, dass die „unentziehbare angemessene Mindestbeteiligung“ effektiv durchsetzbar ist. Damit ist in der Regel die Durchsetzung mithilfe der staatlichen Gerichte gemeint, die uneingeschränkt an die Justizgrundrechte gebunden sind und bei denen Prozesskostenhilfe gewährt werden kann.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund gewinnt die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Pflichtteilsrechts Relevanz für die Frage, ob die letztwillig verfügte Schiedsbindung auch Pflichtteilsansprüche erfassen kann.

b) Eingriff aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung

Eine Bindung der Pflichtteilsberechtigten an die letztwillige Schiedsverfügung müsste ferner einen Eingriff in die prozessuale Schutzdimension der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Pflichtteilsrechts darstellen. Die Gewährleistung des Pflichtteilsrechts ist ebenso wie die übrigen Gewährleistungen des Art. 14 Abs. 1 GG „normgeprägt“⁹⁰, d.h. der einfache Gesetzgeber muss das Pflichtteilsrecht ausgestalten, wobei ihm ein weiter Spielraum zukommt.⁹¹ Diese Ausgestaltungsakte, die in Anlehnung an Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG als „Inhalts- und Schrankenbestimmungen“ bezeichnet werden, sind das Äquivalent eines gesetzgeberischen Eingriffs.⁹²

Nimmt man die prozessuale Schutzdimension der Grundrechte ernst, läge in der Entscheidung, Pflichtteilsansprüche der letztwilligen Schiedsverfügung zu unterwerfen, eine rechtfertigungsbedürftige Inhalts- und Schrankenbestimmung. Da der Gesetzgeber diese Entscheidung in § 1066 ZPO offen gelassen hat, würde es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung durch die Rechtsprechung handeln.⁹³ Ein Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung, auf dessen Grundlage auch die Pflichtteilsberechtigten gebunden sein sollen, müsste die erforderliche Rechtfertigung für eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung liefern.⁹⁴

BVerfG, Beschl. v. 27.9.1978 – 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, 220, 225; Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 46.

⁸⁹ Papier, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 177, Rn. 18. Zur Prozesskostenhilfe als Facette des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs, siehe oben Kapitel 3 – A.I.1.b)bb)(3) (126).

⁹⁰ BeckOK GG-Axer, Art. 14 GG, Rn. 7.

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteil*.

⁹² BeckOK GG-Axer, Art. 14 GG, Rn. 69–70.

⁹³ Vgl. Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 220–221 zur Pflicht der Rechtsprechung, Generalklauseln des Privatrechts im Lichte von Art. 14 GG auszulegen (mittelbare Drittwirkung). In Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen liegt eine unmittelbare Wirkung näher, wenn das staatliche Gericht auf die Schiedsvereinbarung hin die Klage abweist und so eine Durchsetzung des Pflichtteilsrechts verweigert.

⁹⁴ Dass dies nicht gelingt, wird bei der Auseinandersetzung mit der von den Befürwortern der Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten vorgeschlagenen „prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen“ gezeigt werden; hierzu unten Kapitel 3 – B.II. (153).

5. Gewährleistungen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK

Auf supranationaler Ebene gewährleistet Art. 6 Abs. 1 EMRK in Zivilsachen den Zugang zu einem unabhängigen Gericht, das auf Gesetz beruht und seine Entscheidung aufgrund eines fairen Verfahrens in angemessener Zeit trifft. Art. 6 Abs. 1 EMRK deckt sich damit in vielerlei Hinsicht mit den Gewährleistungen des Grundgesetzes, geht aber in einigen Punkten über diese hinaus.⁹⁵ Insbesondere schreibt die EMRK im Gegensatz zum Grundgesetz ausdrücklich ein Recht auf ein öffentliches Verfahren und eine öffentliche Urteilsverkündung in Zivilsachen fest.⁹⁶

a) Schiedsverfahren in der Rechtsprechung des EGMR

Die Behandlung von vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren durch den EGMR gleicht im Wesentlichen dem, was die Rechtswissenschaft in Deutschland für das Verhältnis von Schiedsvereinbarungen und Grundgesetz erarbeitet hat. In mehreren Entscheidungen hat der EGMR ausgesprochen, dass bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren ein Verzicht auf die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliege, gegen dessen Wirksamkeit keine Bedenken bestünden, solange er auf eine freie Entscheidung der Parteien zurückzuführen sei.⁹⁷ In seiner jüngsten Entscheidung zum Verhältnis von Schiedsverfahren und Art. 6 Abs. 1 EMRK hat der Gerichtshof diese vertraglich vereinbarten Schiedsverfahrens als „arbitrage volontaire consenti librement“ bezeichnet.⁹⁸

Über ein Schiedsverfahren, das nicht auf einer Schiedsvereinbarung der Parteien beruhte, hatte der EGMR dann in der Rechtssache *Suda* zu entscheiden. Hier ging es um Abfindungsansprüche eines Minderheitsaktionärs infolge einer gesellschaftsrechtlichen Umwandlung. Nach einer Vorschrift des tschechischen Handelsgesetzbuchs konnte die Überprüfung der Abfindung ohne Zustimmung der Minderheitsaktionäre einem Schiedsgericht übertragen werden.⁹⁹ Der Gerichtshof befand, dass bei einem solchen „arbitrage forcé

⁹⁵ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn-Grabenwarter/Pabel, Kap. 14, Rn. 8–9; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 I GG, Rn. 9; Sachs-Degenhart, Art. 103 GG, Rn. 6.

⁹⁶ Dörr/Grote/Marauhn-Grabenwarter/Pabel, Kap. 14, Rn. 119; siehe aber zum Öffentlichkeitsgrundsatz als Teil des Rechtsstaatsprinzips Uhle, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129, Rn. 78.

⁹⁷ EGMR, 16.12.2003 – 35943/02, 5 f. – *Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal*; EGMR, 15.9.2009 – 1742/05, 13 – *Eiffage S.A. c. Suisse*; EGMR, 28.10.2010 – 1643/06, Rn. 48 – *Suda c. République Tchèque*; EGMR, 1.3.2016 – 41069/12, Rn. 27 – *Tabbane c. Suisse*; EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 96 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*; Darstellung der älteren Rechtsprechung des Gerichtshofs bei Matscher, in: FS Nagel, 227, 237–241.

⁹⁸ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 96 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*.

⁹⁹ EGMR, 28.10.2010 – 1643/06, Rn. 6 – *Suda c. République Tchèque*.

[...] imposé par la loi“ die Garantien des Art. 6 Abs. 1 unmittelbar gelten.¹⁰⁰ Das überrascht aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts nicht: Abgesehen davon, dass solche gesetzlichen Schiedsgerichte nach deutschem Verständnis keine „echten“ Schiedsgerichte im Sinne der ZPO sind,¹⁰¹ dürfte klar sein, dass die Prozessgrundrechte nicht dadurch ausgehebelt werden dürfen, dass der Gesetzgeber Aufgaben von den staatlichen Gerichten abzieht und per Gesetz einem Schiedsgericht zuweist.¹⁰²

In der *Pechstein*-Entscheidung aus dem Jahr 2018 hatte der Gerichtshof schließlich darüber zu entscheiden, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK einer Schiedsvereinbarung zugunsten des *Court of Arbitration for Sport* (CAS) entgegensteht, weil Athleten faktisch keine andere Wahl haben, als diese Schiedsvereinbarung abzuschließen, wenn sie an internationalen Wettbewerben teilnehmen wollen.¹⁰³ Er befand, dass es sich nicht um „arbitrage volontaire“, sondern um „arbitrage forcé“ handle und dass deshalb – wie in *Suda* – alle Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verfahren zu wahren seien.¹⁰⁴ Das bedeutet insbesondere, dass der CAS öffentlich verhandeln muss.¹⁰⁵ Der Unterschied zu *Suda* liegt darin, dass es keine gesetzliche Vorschrift gibt, die die Zuständigkeit des CAS begründet, sondern dass diese Zuständigkeit (zumindest formal) auf der Athletenvereinbarung beruht.¹⁰⁶

b) Konsequenzen für letztwillig verfügte Schiedsverfahren

Nach Ansicht des EGMR scheint es also zwei Kategorien von Schiedsgerichten zu geben: Vertragsschiedsgerichte, deren Zuständigkeit auf einer freiwilligen Vereinbarung der Parteien beruht („arbitrage volontaire“) und Zwangsschiedsgerichte, deren Zuständigkeit auf Gesetz oder der nicht hinreichend freiwilligen Zustimmung einer Partei beruht („arbitrage forcé“).¹⁰⁷ Während

¹⁰⁰ EGMR, 28.10.2010 – 1643/06, Rn. 49 – *Suda c. République Tchèque*.

¹⁰¹ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 32 Rn. 1; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 1; *Musielak/Voit-Voit*, § 1066 ZPO, Rn. 1.

¹⁰² Vgl. *Matscher*, in: FS Nagel, 227, 232 f.

¹⁰³ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 109–115 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*. Darüber hinaus hatte er zu entscheiden, ob der CAS hinreichend unabhängig und neutral ist; hierzu *Hülskötter*, Anm. zu EGMR, 4.10.2018 – Nr. 40575/10 und 67474/10, *SpuRt* 2018, 261, 262 f.

¹⁰⁴ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 147 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*.

¹⁰⁵ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 180–183 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*.

¹⁰⁶ Zu Recht krit. daher die abweichende Meinung der Richter *Keller* und *Serghides* in Rn. 18–25 ihres Sondervotums zu EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*; ebenso *Hülskötter*, Anm. zu EGMR, 4.10.2018 – Nr. 40575/10 und 67474/10, *SpuRt* 2018, 261, 262.

¹⁰⁷ Vgl. *Hülskötter*, Anm. zu EGMR, 4.10.2018 – Nr. 40575/10 und 67474/10, *SpuRt* 2018, 261, 261.

im ersten Fall ein Verzicht auf Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, findet Art. 6 Abs. 1 EMRK im zweiten Fall uneingeschränkt Anwendung. Versucht man, Schiedsverfahren aufgrund von letztwilligen Schiedsverfügungen einer dieser zwei Kategorien zuzuordnen, muss die Kategorie „arbitrage volontaire“ ausschließen, denn es fehlt an einer „renonciation [...] libre, licite et sans équivoque“¹⁰⁸ der Parteien. Demnach kann es sich bei letztwillig verfügbaren Schiedsverfahren nur um „arbitrage forcé“ handeln, weshalb das Schiedsgericht alle Gewährleistungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK einhalten müsste.

Das führt unweigerlich zu der Frage, warum das Schiedsgericht direkt an Art. 6 Abs. 1 EMRK gebunden sein sollte, obwohl es kein Organ eines Konventionsstaats der EMRK ist. Diese Ungereimtheit zeigt sich an der Feststellung des Gerichtshofs in der *Pechstein*-Entscheidung, Art. 6 Abs. 1 EMRK sei dadurch verletzt, dass der CAS nicht öffentlich verhandelt hat.¹⁰⁹ Trotzdem hat der Gerichtshof nicht den CAS, sondern die Schweiz zum Schadensersatz verurteilt.¹¹⁰ Sinn ergibt das nur aus einer Schutzpflichtenperspektive, zu der sich der EGMR leider nicht geäußert hat. Art. 6 Abs. 1 EMRK würde demnach den Konventionsstaaten die Pflicht auferlegen, ein Schiedsverfahren, das nicht auf einer freiwilligen Schiedsvereinbarung beruht, nur dann zuzulassen und anzuerkennen, wenn das Schiedsgericht selbst alle Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK bietet.

Übertragen auf letztwillige Schiedsverfügungen würde das bedeuten, dass die Konventionsstaaten der EMRK letztwillige Schiedsverfügungen nur als rechtlich relevant anerkennen dürfen, wenn das Schiedsgericht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt. Insbesondere eine nichtöffentliche Streitentscheidung wäre dann durch eine letztwillige Schiedsverfügung nicht mehr zu erzielen, weil das Schiedsgericht öffentlich verhandeln und seinen Spruch öffentlich verkünden müsste. Wenn das Schiedsgericht hingegen nichtöffentlich verhandelt, müsste es befürchten, dass sein Spruch wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* – hier in Gestalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK – aufgehoben wird. Das wäre eine erhebliche Veränderung zur bisherigen Rechtspraxis, die den vielgenannten Vorteil der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens in Erbsachen zunichtemachen würde.¹¹¹

Der EGMR hat sich in der *Pechstein*-Entscheidung durch die Besonderheiten des Leistungssports leiten lassen.¹¹² In diesem Rahmen mag er eine angemessene Balance zwischen dem Bedürfnis nach einer internationalen

¹⁰⁸ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 145 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*.

¹⁰⁹ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 183 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*.

¹¹⁰ EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*, Urteilstenor zu 4.

¹¹¹ Zur Vertraulichkeit als Vorteil des letztwillig verfügbaren Schiedsverfahrens oben Einleitung – B.I. (5).

¹¹² EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 98 – *Mutu et Pechstein c. Suisse* erkennt die besonderen Bedürfnisse der Sportgerichtsbarkeit ausdrücklich an.

Sportschiedsgerichtsbarkeit und dem Recht der Athleten aus Art. 6 Abs. 1 EMRK gefunden haben. Dennoch ist zu hoffen, dass die Entscheidung trotz ihres weiten Wortlauts eine Besonderheit der „lex sportiva“ bleibt. Gegen eine Ausdehnung auf sämtliche Schiedsgerichte, deren Zuständigkeit nicht auf einer Vereinbarung der Parteien beruht, spricht zum einen die dogmatische Nachlässigkeit, mit der der Gerichtshof die unmittelbare Bindung des Schiedsgerichts an Art. 6 Abs. 1 EMRK unterstellt. Das Ergebnis, wonach die Schweiz dafür einzustehen hat, dass der CAS nicht öffentlich verhandelt, ist allenfalls aufgrund einer entsprechenden Schutzpflicht der Schweiz aus Art. 6 Abs. 1 EMRK plausibel. Eine solche Schutzpflicht hätte aber vom Gerichtshof hergeleitet und begründet werden müssen.

Zum anderen ist daran zu erinnern, dass Profisportler in der Regel gezwungen sind, eine Schiedsvereinbarung zugunsten des CAS zu schließen, wenn sie ihren Lebensunterhalt als Sportler verdienen wollen.¹¹³ Bei letztwilligen Schiedsverfügungen geht es hingegen nicht darum, dass eine Partei ihren Lebensunterhalt verliert, wenn sie das Schiedsverfahren nicht akzeptiert, sondern lediglich darum, wie Ansprüche aus der Vermögensnachfolge von Todes wegen durchzusetzen sind. Nachlassbeteiligte sind also weniger schutzbedürftig als professionelle Athleten.

II. Grundrechtspositionen des Testators

Letztwillige Schiedsverfügungen greifen in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten und – sofern man von einer Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten ausgeht – in das verfassungsrechtlich verbürgte Pflichtteilsrecht ein. Auch Art. 6 Abs. 1 EMRK spielt eine Rolle, wobei abzuwarten bleibt, ob die strengen Anforderungen, die der EGMR in der *Pechstein*-Entscheidung formuliert hat, für alle Schiedsverfahren gelten, die nicht auf einer Schiedsvereinbarung der Parteien beruhen.

Doch die letztwillige Schiedsverfügung berührt nicht nur Grundrechte der Nachlassbeteiligten. Für den Erblasser ist sie ein Mittel, um seine grundrechtlich gewährleistete Testierfreiheit auszuüben. Ferner könnte der Wunsch des Erblassers, Streitigkeiten um seinen Nachlass nicht in einem öffentlichen Gerichtsverfahren auszutragen, als Ausdruck seines postmortalen Persönlichkeitsrechts zu achten sein.

1. Testierfreiheit

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet neben dem Eigentum auch das Erbrecht und – als Bestandteil der Erbrechtsgewährleistung – die Testierfreiheit.

¹¹³ Vgl. EGMR, 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10, Rn. 113 – *Mutu et Pechstein c. Suisse*.

a) Keine Institutsgarantie letztwilliger Schiedsverfügungen

Wie die Eigentumsgewährleistung enthält die Erbrechtsgewährleistung eine Institutsgarantie und ein Individualgrundrecht.¹¹⁴ Die Institutsgarantie verlangt, dass die wesentlichen und prägenden Strukturen des hergebrachten bürgerlichen Erbrechts erhalten bleiben.¹¹⁵ Fraglich ist, ob letztwillige Schiedsverfügungen zu diesen Grundstrukturen gehören. Nähmen letztwillige Schiedsverfügungen an der Institutsgarantie teil, folgte daraus, dass der einfache Gesetzgeber § 1066 ZPO nicht ersatzlos streichen dürfte.

Zu den durch die Institutsgarantie des Erbrechts geschützten Grundstrukturen zählt die Testierfreiheit, aber nur in dem Sinne, dass der Erblasser Einfluss darauf haben muss, *wem wieviel* seines Vermögens zukommt.¹¹⁶ Unbeschränkte Freiheit ist nicht garantiert, vielmehr wird die Testierfreiheit vor allem durch das seinerseits verfassungsrechtlich gewährleistete Pflichtteilsrecht begrenzt.¹¹⁷

Letztwillige Schiedsverfügungen haben keinen Einfluss darauf, wer wieviel vom Nachlass bekommt, sondern betreffen die Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche. Obwohl die Durchsetzung für die Nachlassbeteiligten faktisch von großer Wichtigkeit sein kann, spricht der fehlende Vermögensverteilungsbezug dagegen, letztwillige Schiedsverfügungen als Teil der Institutsgarantie zu sehen. Hinzu kommt die nur schwach ausgeprägte Tradition letztwilliger Schiedsverfügungen. Wenn bereits deutlich traditionsreichere Anordnungen wie die Testamentsvollstreckung und die Vor- und Nacherbschaft nicht von der Institutsgarantie erfasst sein sollen,¹¹⁸ fällt es schwer, letztwillige Schiedsverfügungen als Bestandteil der erbrechtlichen Institutsgarantie zu qualifizieren.

¹¹⁴ Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 295; an der Unterscheidbarkeit von Institutsgarantie und Individualgrundrecht hingegen zweifelnd *Leisner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 175, Rn. 17.

¹¹⁵ *Kirchhof*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 112, Rn. 51; Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 299; BeckOK GG-Axer, Art. 14 GG, Rn. 142.

¹¹⁶ Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 303; vgl. auch, allerdings ohne Differenzierung zwischen Institutsgarantie und Individualgrundrecht, BVerfG, Beschl. v. 25.3.2009 – 1 BvR 909/08, NJW-RR 2010, 156, 156; *Röthel*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, A1, A19–A20.

¹¹⁷ Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Pflichtteilsrechts siehe oben Kapitel 3 – A.I.4.a) (134); zur Begrenzung der Testierfreiheit bei Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB), z.B. BVerfG, Beschl. v. 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008, 2010 – *Hohenzollern*.

¹¹⁸ *Kirchhof*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 112, Rn. 8; großzügiger hingegen Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 303.

Richtigerweise nimmt die letztwillige Schiedsverfügung daher nicht an der Institutsgarantie teil.¹¹⁹ Der Gesetzgeber könnte § 1066 ZPO ersatzlos streichen und damit eine Lage schaffen, wie sie in denjenigen US-Bundesstaaten besteht, die keine Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen erlassen haben.¹²⁰ Letztwilligen Schiedsverfügungen wäre dann die Rechtswirksamkeit zu versagen, es sei denn, sie ließen sich doch als Schiedsvereinbarung (§ 1029 ZPO) der Streitparteien deuten.¹²¹

b) Testierfreiheit als Teilschutzbereich der Erbrechtsgarantie

Da die letztwillige Schiedsklausel nicht an der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG teilnimmt, rückt das Individualgrundrecht der Erbrechtsgewährleistung in den Fokus. Die grundrechtlich geschützte Testierfreiheit als Teil der Erbrechtsgewährleistung sichert die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten eine von ihm gewollte Erbfolge anzuordnen, hierbei insbesondere gesetzliche Erben auszuschließen und stattdessen gewillkürte Erben einzusetzen.¹²² Aus diesem Grund verstieß z.B. der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen vom Testieren gegen Art. 14 Abs. 1 GG.¹²³ Im Übrigen ist die grundgesetzlich geschützte Testierfreiheit „normgeprägt“, d.h. der einfache Gesetzgeber kann insbesondere die Formen ihrer Ausübung, aber auch die möglichen Inhalte ausgestalten und beschränken.¹²⁴

Es fragt sich daher, wie die letztwillige Schiedsverfügung im Lichte der verfassungsrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit zu würdigen ist. Jede

¹¹⁹ Ebenso Geimer, in: Schlosser, Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 113, 197; ders., in: FS Schlosser, 197, 201; vgl. auch F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 33 f. (Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt nicht von Verfassungen wegen geboten); a.A. wohl Stober, NJW 1979, 2001, 2008; Ebbing, Private Zivilgerichte, 25, die § 1066 ZPO für deklaratorisch halten.

¹²⁰ Vgl. oben Kapitel 2 – D.I.1. (81).

¹²¹ So unter Anwendung der Lehre von *direct benefits estoppel* der texanische Supreme Court in *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840 (Tex. Sup. Ct. 2013); dazu, ob die letztwillige Schiedsverfügung *de lege lata* in Deutschland als Konsens der Streitparteien konstruiert werden kann, unten Kapitel 3 – B.I. (147).

¹²² BVerfG, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvL 11/77, BVerfGE 58, 377, 398; BVerfG, Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, BVerfGE 67, 329, 341; BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341, 350 f.; BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 348 f. – *Pflichtteil*; Kirchhof, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 112, Rn. 61; Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 412; Sachs-Rudolf Wendt, Art. 14 GG, Rn. 197.

¹²³ BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341, 351; Kirchhof, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 112, Rn. 6; Röthel, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, A1, A19; Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 303.

Entscheidung, letztwillige Schiedsverfügungen gar nicht oder nur eingeschränkt zuzulassen, stellt zunächst eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar, die grundsätzlich hinzunehmen ist. Allerdings kommt der Normgeprägtheit von Art. 14 Abs. 1 GG auch „umgekehrte“ Bedeutung zu: Nach hier vertretener Auffassung begründet § 1066 ZPO zwar nicht die Befugnis des Erblassers, letztwillig ein Schiedsverfahren anzuordnen, verleiht einer entsprechenden Verfügung aber prozessuale Wirksamkeit.¹²⁵

Eine solche Norm, die der Ausübung von Testierfreiheit Rechtswirkungen beilegt, ist ihrerseits im Lichte der verfassungsrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit auszulegen. Vorbehaltlich gegenläufiger berücksichtigungswürdiger Belange gebietet Art. 14 Abs. 1 GG daher, letztwillige Schiedsverfügungen als Ausdruck der Testierfreiheit in möglichst weitem Umfang anzuerkennen.¹²⁶

c) *Eingriff durch Nichtberücksichtigung der letztwilligen Schiedsverfügung*

Sofern ein staatliches Gericht eine letztwillige Schiedsverfügung nicht anerkennt und trotz entsprechender Einrede in der Sache entscheidet, trifft es eine rechtfertigungsbedürftige Inhalts- und Schrankenbestimmung hinsichtlich der Testierfreiheit.¹²⁷ Dasselbe gilt, wenn das Gericht einen aufgrund einer letztwilligen Schiedsverfügung ergangenen Schiedsspruch aufhebt oder ihm die Vollstreckbarkeit verweigert, weil es an einer Schiedsbindung gefehlt habe (§§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c, 1060 Abs. 2 ZPO). Dass der Erblasser als Träger der grundrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit zu diesem Zeitpunkt bereits tot ist, ändert hieran nichts. Nach dem Tod des Erblassers können sich nämlich die Erben auf das Erbrechtsgrundrecht berufen, das andernfalls ein stumpfes Schwert bliebe.¹²⁸ Somit kann sich derjenige, der die letztwillige Schiedsverfügung zur Geltung bringen will, auf die verfassungsrechtlich gewährleistete Testierfreiheit des Erblassers berufen.

2. *Postmortales Persönlichkeitsrecht*

Vielen Menschen gebietet die Pietät, den letzten Willen eines Verstorbenen auch insofern zu beachten, als er sich nicht auf die Verteilung weltlicher Güter bezieht. Dass der letzte Wille außerhalb des Erbrechts nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich bedeutsam sein kann, zeigen z.B. die Landes-

¹²⁵ Siehe oben Kapitel 1 – B.III. (55).

¹²⁶ Ähnlich Geimer, in: FS Schlosser, 197, 201.

¹²⁷ Vgl. Röthel, AcP 210 (2010), 32, 41 mit dem Hinweis, dass eine richterliche Einschränkung von Testiermacht wegen Art. 14 Abs. 1 GG „Rechtfertigungslasten“ unterliegt.

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90, BVerfGE 91, 346, 360; BVerfG, Beschl. v. 22.6.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165, 174; BVerfG, Beschl. v. 28.10.1997 – 1 BvR 1644/94, BVerfGE 97, 1, 6; BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341, 349 f.; BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397, 407.

vorschriften über die Bestattungsart, die sich primär nach dem Willen des Verstorbenen richtet.¹²⁹

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob letztwillige Schiedsverfügungen auch darum rechtlich anzuerkennen und in möglichst weitem Maße zu berücksichtigen sind, weil es sich um Äußerungen des letzten Willens handelt. Um diesen Gedanken rechtlich zu fassen, bietet sich das postmortale Persönlichkeitsrecht an. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs schützt Art. 1 Abs. 1 GG die Würde des Menschen über dessen Tod hinaus.¹³⁰ Der genaue Inhalt dieses Schutzes ist weniger klar.¹³¹ Geschützt ist in erster Linie der Achtungsanspruch des Verstorbenen gegen Verunglimpfungen¹³² und das Bestimmungsrecht über den eigenen Leichnam.¹³³ Hinzu kommen spezialgesetzlich geregelte Facetten wie z. B. das postmortale Recht am eigenen Bild nach § 22 Satz 3 KunstUrhG.

Für letztwillige Schiedsverfügungen könnte das postmortale Persönlichkeitsrecht relevant werden, wenn der Staat aufgrund der in Art. 1 Abs. 1 GG ausdrücklich genannten Schutzpflicht diese Verfügungen als rechtlich bindend anerkennen müsste. Um die Grenzen zur Testierfreiheit nicht zu verwischen und um den Persönlichkeitsbezug zu wahren, kommt dies nur in Betracht, wenn der Erbstreit ehrenrührige Umstände aus dem Leben des Erblassers zu Tage fördert, die ohne Anerkennung der Schiedsverfügung in einem öffentlichen Gerichtsverfahren statt in einem nichtöffentlichen Schiedsverfahren verhandelt werden. Völlig abwegig ist das nicht, denn die Nichtöffentlichkeit wird gerade in Bezug auf Familieninterna oft als großer Vorzug letztwillig verfügter Schiedsverfahren genannt.¹³⁴

¹²⁹ So z. B. § 32 Abs. 1 Satz 2 BestattG BW; § 11 Satz 2 BestattG HH; § 12 Abs. 1 BestG NRW.

¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 194 f. – *Mephisto*; BVerfG, Beschl. v. 28.8.2000 – 1 BvR 2707/95, NJW 2001, 594, 594; BVerfG, Beschl. v. 22.8.2006 – 1 BvR 1168/04, NJW 2006, 3409, 3409 – *Marlene Dietrich*; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 – 1 BvR 1533/07, NVwZ 2008, 549, 550; für ein postmortales *allgemeines* Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hingegen mit guten Argumenten z. B. Maunz/Dürig-Herdegen, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 57; MüKo-BGB-Leipold, § 1922 BGB, Rn. 128–129.

¹³¹ MüKo-BGB-Rixecker, § 12 BGB Anh., Rn. 46 stellt treffend fest, dass diese Dunkelheit gut zum jenseitigen Wesen des postmortalen Persönlichkeitsrechts passe.

¹³² BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 – 1 BvR 1533/07, NVwZ 2008, 549, 550; BGH, Urt. v. 20.3.1968 – I ZR 44/66, BGHZ 50, 133, 135 – *Mephisto*; BGH, Urt. v. 17.5.1984 – I ZR 73/82, GRUR 1984, 907, 907 f. – *Frischzellenkosmetik*; MüKo-BGB-Rixecker, § 12 BGB Anh., Rn. 54; diff. Schack, JZ 1989, 609, 614; vgl. ferner HansOLG, Beschl. v. 8.5.1989 – 3 W 45/89, NJW 1990, 1995, 1995 zum Schutz gegen die kommerzielle Imitation der Stimme des Verstorbenen.

¹³³ So vor allem hinsichtlich der bereits genannten Frage der Bestattungsart und hinsichtlich der Organentnahme zum Zwecke der Transplantation (§ 3 TPG); vgl. ferner Maunz/Dürig-Herdegen, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 58.

Allerdings gehört es zum allgemeinen Lebensrisiko, in ein Gerichtsverfahren verwickelt zu werden, in dem mitunter unangenehme Themen zur Sprache kommen oder Vorwürfe *ad personam* erhoben werden. Um Rechtsverfolgung und -verteidigung nicht zu behindern, werden Äußerungen im Verfahren privilegiert und ziehen nur in Ausnahmefällen Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche nach sich.¹³⁵ Nach dem Tod kann es hier keinen stärkeren Schutz geben.¹³⁶ Das postmortale Persönlichkeitsrecht zwingt daher auch dann nicht zur Anerkennung letztwilliger Schiedsverfügungen, wenn der Rechtsstreit den Erblasser in schlechtem Licht erscheinen lässt.

III. Grundrechtskollision

Bei letztwilligen Schiedsverfügungen fehlt es an einer freiwilligen Unterwerfung aller Beteiligten unter die Jurisdiktion des Schiedsgerichts. Das kreiert verfassungsrechtliche Probleme, die bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren nicht auftreten. Indem der Gesetzgeber in § 1066 ZPO letztwillige Schiedsverfügungen grundsätzlich zulässt, greift er in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ein.¹³⁷ Dasselbe gilt für die Rechtsprechung, wenn sie eine Klage mit Verweis auf die letztwillige Schiedsverfügung als unzulässig abweist oder einem aufgrund einer letztwilligen Schiedsverfügung ergangenen Schiedsspruch das Exequatur erteilt. Sofern man davon ausgeht, dass auch Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich des Pflichtteilsrechts durch die letztwillige Schiedsverfügung gebunden sind, kommt ein Eingriff in die prozessuale Komponente des verfassungsrechtlich gewährleisteten Pflichtteilsrechts hinzu.

Damit ist nicht gesagt, dass letztwillige Schiedsverfügungen insgesamt verfassungswidrig sind.¹³⁸ Dem Gesetzgeber steht ein Spielraum bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes in bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten

¹³⁴ So z.B. Pawlytta, ZEV 2003, 89, 89; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 21; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 23 f.; sowie oben Einleitung – B.I. (5).

¹³⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.7.1987 – 1 BvR 537/81, BVerfGE 76, 171, 192; BVerfG, Beschl. v. 16.3.1999 – 1 BvR 734/98, NJW 2000, 199, 200 (jeweils zur Zulässigkeit von Argumenten *ad personam*); BVerfG, Beschl. v. 25.9.2006 – 1 BvR 1898/03, NJW-RR 2007, 840, 840 f.; MüKo-BGB-Rixecker, § 12 BGB Anh., Rn. 244–250; Palandt-Sprau, § 823 BGB, Rn. 107.

¹³⁶ So zu Recht für das Verhältnis von lebzeitigem Persönlichkeitsrecht zu postmortalem Persönlichkeitsrecht allgemein MüKo-BGB-Leipold, § 1922 BGB, Rn. 128.

¹³⁷ Crezelius, in: FS H. P. Westermann, 161, 164 spricht von einer „Anordnung zu Lasten Dritter“.

¹³⁸ So allerdings für statutarische Schiedsklauseln Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, 118; unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf den gesetzlichen Richter wohl auch Schütte, Die Einsetzung von Schiedsgerichten durch die Satzungen juristischer Personen des Privatrechts, 106 f.

zu.¹³⁹ Auch die Rechtsprechung muss kein Höchstmaß an Rechtsschutz gewähren, sondern kann gerade in bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten gegenläufige Belange berücksichtigen. Dasselbe gilt hinsichtlich des normgeprägten Pflichtteilsrechts.

Ein solcher zu berücksichtigender Belang ist die ebenfalls grundgesetzlich geschützte Testierfreiheit des Erblassers. Obwohl letztwillige Schiedsverfügungen nicht zur Institutsgarantie des Erbrechts zählen, gebietet Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG da, wo das einfache Recht wie in § 1066 ZPO Raum zur Ausübung von Testierfreiheit schafft, dieser Ausübung im möglichst weitem Maße Geltung zu verschaffen.

Es besteht also eine Grundrechtskollision¹⁴⁰ zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch und dem Pflichtteilsrecht einerseits und der Testierfreiheit andererseits. Es würde der Bedeutung der jeweils berührten Belange nicht gerecht, wenn man ein Grundrecht pauschal hinter das andere zurücktreten ließe, sodass letztwillige Schiedsverfügungen entweder die denkbar weiteste oder gar keine Bindungswirkung entfalten. Vielmehr müssen die konfligierenden Verfassungsrechtspositionen einander so zugeordnet werden, dass „jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt“.¹⁴¹ Um zu ergründen, hinsichtlich welcher Nachlassbeteiligter und hinsichtlich welcher Ansprüche sich die Testierfreiheit des Erblassers durchsetzen kann, rückt der Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen in den Fokus.

B. Bestimmung des Geltungsgrundes

Die Vermessung des verfassungsrechtlichen Spannungsfelds hat gezeigt, dass die letztwillig verfügte Schiedsbindung in Hinblick auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch rechtfertigungsbedürftig ist. Gefragt ist nun nach dieser Rechtfertigung, die hier als „Geltungsgrund“ der letztwilligen Schiedsverfügung bezeichnet wird. Dieser Geltungsgrund ist mit dem schlichten Hinweis auf die Testierfreiheit unzureichend beschrieben. Denn die Antwort auf die Frage, *warum* die Testierfreiheit gegenüber dem Justizgewährungsanspruch überwiegt, kann nicht allein im abermaligen Verweis auf die Testierfreiheit liegen.

¹³⁹ *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 176, Rn. 16; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 212.

¹⁴⁰ Zu diesem Begriff und der dogmatischen Figur ausführlich *Bethge*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, § 72.

¹⁴¹ So die berühmte Beschreibung des Prinzips der praktischen Konkordanz von *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72.

I. Einverständnis der Nachlassbeteiligten

In *Rachal v. Reitz* entschied der texanische Supreme Court, dass der Kläger an die einseitige Schiedsverfügung gebunden sei, weil er Rechte aus dem Trust geltend mache. Damit habe er sich mit den Bedingungen des Trusts und insbesondere mit der Schiedsverfügung einverstanden erklärt, sodass es ihm nun nach Treu und Glauben verwehrt sei, sich auf das Fehlen einer Schiedsvereinbarung zu berufen. Auch aufgrund der einseitigen Schiedsverfügung komme also ein „agreement to arbitrate“ im Sinne des texanischen Schiedsverfahrensrechts zu Stande.¹⁴²

Mit ähnlicher Begründung schlägt *Haas* für das deutsche Recht vor, dass der Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung im Einverständnis der Nachlassbeteiligten liege.¹⁴³ Dieser Vorschlag ist nicht zuletzt von dem Wunsch getragen, letztwillige Schiedsverfügungen als Schiedsvereinbarungen im Sinne von Art. II Abs. 1 des New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (UNÜ) zu deklarieren, um den Anwendungsbereich dieses für den internationalen Rechtsverkehr wichtigen Abkommens zu eröffnen.¹⁴⁴ Dass der Vorschlag allerdings unabhängig von der Anwendbarkeit des UNÜ nicht *a priori* unplausibel ist, zeigt die erwähnte Parallele zur Entscheidung des texanischen Supreme Court in der Sache *Rachal v. Reitz*.

1. Nichtausschlagen als Einverständnis mit der Schiedsverfügung

Haas's zentrales Argument bezieht sich auf den erbrechtlichen Erwerbsmodus: Nach § 1942 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft *ipso iure* auf den oder die Erben über, aber nur vorbehaltlich der Ausschlagung durch die Erben. Indem die Erben die Erbschaft nicht ausschlagen, brächten sie ihren Willen zum Ausdruck, an die Verfügungen des Erblassers – d.h. insbesondere an die Schiedsverfügung – gebunden zu sein.¹⁴⁵ Zwar komme auf diese Weise keine

¹⁴² *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840 (Tex. Sup. Ct. 2013) und ausführlich hierzu oben Kapitel 2 – D.II.2. (86).

¹⁴³ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 3 f.; *ders.*, ZEV 2007, 49, 51; *ders.*, SchiedsVZ 2011, 289, 293 f.; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 6; *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 50 f.; ähnlich für statutarische Schiedsklauseln Kölbl, Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, 44 („kleine[r] Konsens“).

¹⁴⁴ *Haas*, SchiedsVZ 2011, 289, 290; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 71–73; für Anwendbarkeit des UNÜ auch v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 222–227.

¹⁴⁵ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 3 f.; *ders.*, ZEV 2007, 49, 51; *ders.*, SchiedsVZ 2011, 289, 294; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 10; *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 50 f.

Schiedsvereinbarung zustande, da es an einem Vertragsschluss nach §§ 145 ff. BGB fehle.¹⁴⁶ Die privatautonome Entscheidung, das Zugewendete nicht auszuschlagen, sei aber im Vergleich zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht von minderer Qualität.¹⁴⁷ *Haas* erblickt den Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsvereinbarung also im Einverständnis der Erben, das sich darin äußern soll, dass sie das Zugewendete nicht ausschlagen. Dasselbe gelte für Vermächtnisempfänger in Bezug auf die Nichtausschlagung des Vermächtnisses.¹⁴⁸ Die Bindung des Testamentsvollstreckers an die letztwillige Schiedsvereinbarung ergibt sich für *Haas* schließlich daraus, dass dieser sein Amt annimmt.¹⁴⁹

Haas kommt das Verdienst zu, dass er die verfassungsrechtlichen Probleme, die letztwillige Schiedsvereinbarungen in Bezug auf den Justizgewährungsanspruch verursachen, ernst nimmt.¹⁵⁰ Dementsprechend bietet seine Deutung aus verfassungsrechtlicher Sicht erhebliche Vorteile. Geht man davon aus, dass in der Nichtausschlagung des Zugewendeten eine Ausübung von Privatautonomie liegt, die dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht nachsteht, entschärft sich der Widerspruch zwischen letztwilliger Schiedsvereinbarung und allgemeinem Justizgewährungsanspruch. Dann läge nämlich wie bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren ein Verzicht auf den Rechtsschutz durch staatliche Gerichte vor.¹⁵¹ Es bestünde kein Konflikt zwischen dem Justizgewährungsanspruch und der Testierfreiheit, sondern die Ausübung der Testierfreiheit durch den Erblasser würde durch die Einwilligung der Nachlassbeteiligten sozusagen aufgegriffen und bestätigt.¹⁵²

¹⁴⁶ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 3; *ders.*, ZEV 2007, 49, 50; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 7; vgl. auch *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 50.

¹⁴⁷ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 4; *ders.*, ZEV 2007, 49, 50; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 10; vgl. auch mit dem grundsätzlichen Postulat der Gleichwertigkeit von Testier- und Vertragsfreiheit *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 142 f.

¹⁴⁸ *Haas*, ZEV 2007, 49, 51.

¹⁴⁹ *Haas*, ZEV 2007, 49, 51.

¹⁵⁰ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 3; *ders.*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 50. Er meint allerdings, die letztwillige Schiedsvereinbarung sei in Bezug auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch und das Recht auf den gesetzlichen Richter gleichermaßen rechtfertigungsbedürftig. Nach hier vertretener Ansicht spielt Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG indes eine untergeordnete Rolle, weil die Vorschrift kein Recht auf eine Entscheidung des gesetzlichen Richters *in der Sache* begründet.

¹⁵¹ Vgl. Nachweise oben in Fn. 9.

¹⁵² Vgl. *Haas*, ZEV 2007, 49, 50: Die Bindung der letztwilligen Verfügung trete zunächst einseitig ein, hänge dann aber davon ab, dass die Nachlassbeteiligten diese nicht durch Ausschlagung zurückweisen. Ähnlich *v. Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 225.

2. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung

Die Reichweite der Schiedsbindung aufgrund dieses konsensualen Ansatzes wäre entlang ähnlicher Linien zu bestimmen wie bei der Schiedsbindung aufgrund *direct benefits estoppel* in den USA.¹⁵³ Der texanische Supreme Court sah den Geltungsgrund der Schiedsverfügung darin, dass jemand Vorteile aus dem Trust ableitet (*direct benefits*).¹⁵⁴ *Haas* stellt indes auf das Unterlassen der Ausschlagung ab. Für die Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht dürfte sich hieraus kein Unterschied ergeben, denn es kommt stets darauf an, dass jemand durch das Testament bzw. den Trust begünstigt ist. Denn nur wer begünstigt ist, kann *direct benefits* geltend machen oder ausschlagen.¹⁵⁵ Dementsprechend sind Nachlassgläubiger und Pflichtteilsberechtigte nicht gebunden, denn sie haben keine Möglichkeit, die Schiedsbindung durch Ausschlagung zurückzuweisen.¹⁵⁶

In sachlicher Hinsicht meint *Haas*, dass das letztwillig angeordnete Schiedsgericht auch über Fragen der Wirksamkeit des Testaments und der Anfechtung testamentarischer Bestimmungen entscheiden könne, solange die Unwirksamkeit oder Anfechtung nicht die Schiedsverfügung selbst betreffe.¹⁵⁷ Auch Streitigkeiten in Zusammenhang mit der gesetzlichen Erbfolge sollen in die Kompetenz des Schiedsgerichts fallen.¹⁵⁸ Das passt mit der dargestellten Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht nur zusammen, wenn man davon ausgeht, dass alle Parteien, die an diesen Streitigkeiten beteiligt sind, die Möglichkeit hatten, auszuschlagen. Das ist beispielsweise bei einem enterbten gesetzlichen Erben, der das Testament anfechtet, nicht der Fall, denn wer enterbt wurde, kann nichts ausschlagen und somit auch nicht durch Nichtausschlagen sein Einverständnis mit der Schiedsverfügung bekunden. Da Streitigkeiten um die Wirksamkeit oder Anfechtung eines Testaments oft durch Parteien geführt werden, die enterbt wurden, dürfte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts in dieser Hinsicht *de facto* eher schmal bleiben.

3. Kritik

Den Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung darin zu sehen, dass sich die Nachlassbeteiligten mit dieser einverstanden erklären, indem sie das Zugewendete nicht ausschlagen, hat zwei Vorteile: Erstens entschärft das (unterstellte) Einverständnis den Konflikt zwischen Testierfreiheit und Justizgewährungsanspruch. Zweitens lässt sich anhand des Kriteriums, ob die

¹⁵³ Hierzu oben Kapitel 2 – D.II.3. (88).

¹⁵⁴ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 847 (Tex. Sup. Ct. 2013).

¹⁵⁵ Zum Testamentsvollstrecker siehe *Haas*, ZEV 2007, 49, 51.

¹⁵⁶ *Haas*, ZEV 2007, 49, 51; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 11.

¹⁵⁷ *Haas*, ZEV 2007, 49, 52; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 19.

¹⁵⁸ *Haas*, ZEV 2007, 49, 52; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 19.

Parteien durch Nichtausschlagung zugestimmt haben, die Reichweite der Schiedsbindung recht gut bestimmen.

Dennoch hat sich diese Ansicht zu Recht weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur durchgesetzt.¹⁵⁹ Das liegt daran, dass die Annahme eines Einverständnisses der Nachlassbeteiligten in der Regel auf eine Fiktion herausläuft, die weder nach der überkommenen Rechtsgeschäftslehre noch nach gelockerten Standards zulässig ist.

a) Unvereinbarkeit mit der Rechtsgeschäftslehre

Die Annahme, die Nachlassbeteiligten würden sich mit der Schiedsverfügung einverstanden erklären, indem sie das ihnen Zugewendete nicht ausschlagen, ist mit der Rechtsgeschäftslehre unvereinbar. Das deutsche Erbrecht kennt keine *hereditas iacens*, sondern verwirklicht das Prinzip des Vonselbsterwerbs.¹⁶⁰ Das bedeutet, dass die Rechte und Rechtsgüter des Erblassers unmittelbar und von selbst auf den Erben oder die Erben (als Erbengemeinschaft) übergehen (§ 1922 Abs. 1 BGB). Ebenso entsteht der Vermächtnisanspruch unmittelbar mit dem Erbfall in der Person des Vermächtnisnehmers und muss von diesem nicht erst akzeptiert werden (§ 2176 BGB). Erben und Vermächtnisnehmer erhalten ihre jeweilige Rechtsstellung also ohne eigenes Zutun.

Das Nichtausschlagen des Zugewendeten ist folglich ein bloßes Unterlassen und damit „rechtsgeschäftlich gesprochen nichts anderes als ein Schweigen des Erben.“¹⁶¹ Grundsätzlich kommt dem Schweigen einer Partei nach der Rechtsgeschäftslehre aber kein Erklärungswert zu.¹⁶² Zwar gilt die Erbschaft nach Ablauf der Ausschlagungsfrist gem. § 1943 Halbsatz 2 BGB als angenommen. Diese gesetzliche Fiktion¹⁶³ einer Willenserklärung dient jedoch allein dazu, Rechtssicherheit darüber zu schaffen, wer Erbe ist.¹⁶⁴ Hier-

¹⁵⁹ BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 115 (Rn. 16); *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 171; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 806 f.; vgl. bereits früher *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 199 („Das Vertrags- bzw. Konsensprinzip als Erklärung des § 1066 ZPO scheidet somit aus.“). Gegen die Annahme eines stillschweigenden *compromissum* bereits zu Anfang des 20. Jahrhunderts *Altenrath*, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, 56 f.; *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 10.

¹⁶⁰ Statt aller *Leipold*, Erbrecht, Rn. 39.

¹⁶¹ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 806 f.; zur fehlenden Gleichwertigkeit von Annahme und Ausschlagung auch *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 46 (dort Fn. 72); *dies.*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, A1, A47–A48.

¹⁶² *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 574; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 345.

¹⁶³ *Pohl*, AcP 177 (1977), 52, 59; *Soergel-Stein*, § 1943 BGB, Rn. 8; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1943 BGB, Rn. 6; *Palandt-Weidlich*, § 1943 BGB, Rn. 3.

¹⁶⁴ *MüKo-BGB-Leipold*, § 1943 BGB, Rn. 1.

zu ist es nicht erforderlich, tiefer in die Privatautonomie der Erben einzugreifen und der fingierten Annahme der Erbschaft zugleich eine Zustimmung zu allen anderen Anordnungen des Erblassers beizulegen. Im Übrigen kennt das Gesetz für die Ausschlagung eines Vermächtnisses keine Frist und keine Annahmefiktion,¹⁶⁵ sodass die gesetzliche Fiktion einer Zustimmung der Vermächtnisnehmer von vornherein scheitert.

Einzig das Amt des Testamentsvollstreckers fällt dem Ernannten nicht *ipso iure* zu, sondern muss gem. § 2202 Abs. 1 BGB angenommen werden.¹⁶⁶ In der Annahme des Amtes lässt sich ein konkludentes Einverständnis mit der letztwilligen Schiedsverfügung sehen, zumal sich ein prospektiver Testamentsvollstrecker in der Regel eingehend mit dem Testamentinhalt befassen wird, bevor er das Amt annimmt. Insgesamt hilft das freilich nicht weiter, weil sich so nur die Bindung des Testamentsvollstreckers, nicht aber anderer Nachlassbeteiligter erklären lässt.

b) Unzulässige Fiktion auch nach gelockerten Standards

Ein Einverständnis nach den strengen Maßstäben der Rechtsgeschäftslehre scheidet demnach aus. Indes legt auch *Haas* nicht diese Maßstäbe an, sondern er meint, dass das Einverständnis nicht „in Form einer Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Sinne“ geäußert werden müsse.¹⁶⁷ Das wiederum wirft die Frage auf, warum ein solches Einverständnis nach gelockerten Standards überhaupt rechtserheblich sein soll. Bei der materiellrechtlichen Zustimmung (§ 182 BGB) ist beispielsweise unbestritten, dass diese „in Form einer Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Sinne“ erfolgen muss.¹⁶⁸

Doch auch wenn man sich von den strengen Maßstäben der Rechtsgeschäftslehre lösen möchte, überzeugt es nicht, aus dem Nichtausschlagen ein Einverständnis mit der Schiedsverfügung herauszulesen. Das Verstreichenlassen der Frist zur Erbausschlagung kann auf Gleichgültigkeit oder Entscheidungsschwäche beruhen.¹⁶⁹ Und selbst wenn jemand die Erbschaft oder das Vermächtnis bewusst nicht ausschlägt, manifestiert sich hierin vor allem der Wunsch, das Zugewendete zu erhalten, und nicht die Zustimmung zu sonstigen Anordnungen des Erblassers.¹⁷⁰ Dabei ist auch zu berücksichtigen,

¹⁶⁵ *Leipold*, Erbrecht, Rn. 778; *Palandt-Weidlich*, § 2180 BGB, Rn. 1.

¹⁶⁶ *Leipold*, Erbrecht, Rn. 792; *Palandt-Weidlich*, § 2202 BGB, Rn. 1.

¹⁶⁷ *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 50; vgl. ferner die Nachweise oben in Fn. 146.

¹⁶⁸ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 1697; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 1015–1016.

¹⁶⁹ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 807.

¹⁷⁰ *Altenrath*, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, 56 f.; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 199; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 807, mit

dass das Erben zumindest innerhalb der Familie kein ausschließlich ökonomisch-rationaler Vorgang ist. Vielmehr ist es Ausdruck einer emotional geprägten Nähebeziehung, die es den Erben nicht immer gestattet, Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft nach Art eines *homo oeconomicus* gegeneinander abzuwägen.¹⁷¹

Auch nach gelockerten Standards bleibt es also eine Fiktion, im Nichtausschlagen ein Eiverständnis mit der Schiedsverfügung zu sehen.

c) *Keine Übertragbarkeit der direct benefits estoppel-Lehre*

Anders lägen die Dinge, wenn das deutsche Recht eine Lehre wie *direct benefits estoppel* kennen würde, d.h. wenn es einem Zuwendungsempfänger nach Treu und Glauben verwehrt wäre, die Zuwendung anzunehmen und zugleich ungenehme Nebenbestimmungen wie die Schiedsverfügung abzulehnen. Dann käme es nicht primär darauf an, ob im Nichtausschlagen ein Einverständnis liegt, sondern darauf, ob es dem Zuwendungsempfänger verwehrt ist, sich auf sein fehlendes Einverständnis zu berufen.

Im deutschen Recht wäre eine solche Argumentation unter das in § 242 BGB enthaltene Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*vernire contra factum proprium*) zu fassen.¹⁷² Es ist allerdings zweifelhaft, ob sich jemand, der nicht ausgeschlagen hat, hierzu allein dadurch in Widerspruch setzt, dass er die letztwillige Schiedsverfügung ablehnt. Überdies ist widersprüchliches Verhalten nicht ausnahmslos verboten, sondern nur dann, wenn die Gegenseite in ihrem Vertrauen auf das vorherige Verhalten schutzwürdig ist.¹⁷³

In Bezug auf die letztwillige Schiedsverfügung lässt sich in der Regel kein schutzwürdiges Vertrauen ausmachen. Beim Erblasser kann das Nichtausschlagen kein Vertrauen mehr begründen, weil er tot ist. Doch auch die übrigen Nachlassbeteiligten dürften kaum darauf vertrauen, dass ein anderer Erbe oder Vermächtnisnehmer die letztwillige Schiedsverfügung akzeptiert, nur weil er nicht ausgeschlagen hat. Hierzu müsste man argumentieren, dass diese Nachlassbeteiligten ihrerseits ausgeschlagen hätten, wenn sie von der Ablehnung der Schiedsverfügung durch den anderen gewusst hätten. Eine solche Hypothese erscheint lebensfremd.

dem zutreffenden Hinweis, dass die Schiedsverfügung für einen juristischen Laien oft schwer verständlich sein wird. Vgl. auch *Wautelet*, Rev. not. 2017, 378, 394.

¹⁷¹ Zu dieser emotionalen Seite des Erbens und insbesondere der Schwierigkeit, innerhalb der Familie eine Erbschaft auszuschlagen, *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 45–47; *dies.*, Erbrecht, § 1 Rn. 11.

¹⁷² Vgl. *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 50 mit Verweis auf die rügelose Einlassung im Schiedsverfahren (§ 1040 Abs. 2 ZPO), deren Zuständigkeitsbegründung als Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens gesehen wird.

¹⁷³ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 133; *MüKo-BGB-C. Schubert*, § 242 BGB, Rn. 315–316; *Palandt-Grüneberg*, § 242 BGB, Rn. 55–56.

Doch selbst wenn man unterstellt, ein Nachlassbeteiligter habe nicht ausgeschlagen, weil er darauf vertraut hat, dass die anderen Nachlassbeteiligten die Schiedsverfügung beachten werden, ist dieses Vertrauen nicht schutzwürdig. Es gehört zu den Wechselfällen des Lebens, wenn ein anderer Nachlassbeteiligter erst später geltend macht, dass ihm eine Bestimmung des Nachlassplans nicht genehm ist. Schutzwürdig wäre ein solches Vertrauen daher nur, wenn weitere Umstände hinzutreten, z.B. wenn der andere Nachlassbeteiligte explizit versichert hätte, die Schiedsverfügung zu achten. Solche Umstände dürften nur in Ausnahmefällen vorliegen.

Die in Texas anerkannte Schiedsbindung kraft *direct benefits estoppel* lässt sich also nicht im Gewand des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ins deutsche Recht importieren.

II. Eigenständige prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen

Nach anderer Ansicht soll der Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung darin liegen, dass sie Ausdruck einer eigenständigen prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen sei.¹⁷⁴ Mit „eigenständig“ ist hierbei gemeint, dass die prozessuale Verfügungsbefugnis unabhängig von der materiellen Verfügungsbefugnis zu bestimmen sei, und zwar zumeist in den Sinne, dass sie weiter reiche als die materielle Verfügungsbefugnis.¹⁷⁵

1. Parallelen zur Vertragsschiedsgerichtsbarkeit

Die Proponenten einer eigenständigen prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen übernehmen Argumente aus der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit und stützen sich in diesem Zusammenhang vor allem auf die Schiedsverfahrensrechtsreform aus dem Jahr 1998. Durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz wurde die in § 1025 Abs. 1 a.F. ZPO enthaltene Koppelung der objektiven Schiedsfähigkeit an die Vergleichsfähigkeit aufgehoben. Vor 1998 waren also Ansprüche schiedsfähig, über welche die Parteien materiell disponieren konnten. Seit 1998 sind gem. § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO alle

¹⁷⁴ Wegmann, ZEV 2003, 20, 21; Pawlytta, ZEV 2003, 89, 94; Geimer, in: FS Schlosser, 197, 202 f.; ders., in: GS Wolf, 371, 374; ders., Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 421, 421; Zöller-ders., § 1066 ZPO, Rn. 18; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 64 f.; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 261 f.; Werner, ZEV 2011, 506, 508; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 40–42; Mankowski, ZEV 2014, 395, 398; Haas, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 51.

¹⁷⁵ Paradigmatisch Zöller-Geimer, § 1066 ZPO, Rn. 18: „Man muss die prozessuale Frage der Gerichtspflichtigkeit von Pflichtteilsberechtigten vor Schiedsgerichten auf Grund der Anordnung des Erblassers (Ermächtigungsnorm hierfür: § 1066) klar von der materiell Frage trennen, dass der Erblasser weder die Pflichtteilsberechtigung noch die Höhe des Pflichtteils bestimmen kann.“

vermögensrechtlichen Streitigkeiten objektiv schiedsfähig, während das Kriterium der Vergleichsfähigkeit nach § 1030 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur noch bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten zum Zuge kommt. Damit ist die prozessuale Verfügungsbefugnis *kraft Schiedsvereinbarung* bei vermögensrechtlichen Ansprüchen unabhängig von der Vergleichsfähigkeit und damit unabhängig von der materiellen Verfügungsbefugnis. Laut Regierungsbeurteilung war die Lockerung der objektiven Schiedsfähigkeit dadurch motiviert, dass die private Schiedsgerichtsbarkeit im Vergleich zu staatlichen Gerichten gleichwertigen Rechtsschutz biete.¹⁷⁶

Bezogen auf letztwillige Schiedsverfügungen ist daran zu erinnern, dass praktisch alle denkbaren Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Erbfall vermögensrechtlicher Natur sind, sodass sie nach § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO schiedsfähig sind.¹⁷⁷ Weil § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht mehr auf die materielle Vergleichsfähigkeit abstellt, soll hieraus folgen, dass auch die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung nicht von der materiellen Verfügungsbefugnis abhängt. Dies gelte umso mehr, als der durch Schiedsgerichte gewährte Rechtsschutz gleichwertig zum Rechtsschutz durch staatliche Gerichte sei.¹⁷⁸

2. Konsequenzen für die Reichweite der Schiedsbindung

Praktische wichtigste (und gewollte) Konsequenz dieser Deutung ist, dass die letztwillige Schiedsverfügung auch Pflichtteilsansprüche erfassen soll.¹⁷⁹ Pflichtteilsansprüche unterliegen zwar – abgesehen vom schmalen Bereich der Pflichtteilsentziehung und -beschränkung nach § 2333 BGB und § 2338 BGB¹⁸⁰ – nicht der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers. Sie sind aber als vermögensrechtliche Ansprüche nach § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO objektiv schiedsfähig. Wenn man davon ausgeht, dass die prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen weiter reicht als die materielle Verfügungsbefugnis von Todes wegen, können Pflichtteilsberechtigten durch die letztwillige Schiedsverfügung gebunden werden. Doch auch andere Ansprüche im

¹⁷⁶ BT-Drucks. 13/5274, 34.

¹⁷⁷ Hierzu oben Kapitel 1 – B.II.3. (53).

¹⁷⁸ F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 60; Werner, ZEV 2011, 506, 508; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 39; Haas, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 51; Pawlytta, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35; für statutarische Schiedsverfügungen auch Ebbing, NZG 1999, 754, 755.

¹⁷⁹ Wegmann, ZEV 2003, 20, 21; Pawlytta, ZEV 2003, 89, 90–94; ders., in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35; Geimer, in: FS Schlosser, 197, 206 f.; Zöller-ders., § 1066 ZPO, Rn. 18; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 67 f.; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 261 f.; in sich widersprüchlich Werner, ZEV 2011, 506, 508.

¹⁸⁰ Zur Frage der Schiedsbindung in diesen Fällen Bandel, SchiedsVZ 2017, 72, 77.

Zusammenhang mit dem Erbfall, die auf Gesetz und nicht auf der letztwilligen Verfügung beruhen, könnten nach dieser Argumentation der letztwillig verfügten Schiedsbindung unterfallen.¹⁸¹

3. Kritik

Unabhängig davon, ob man das Ziel, die Pflichtteilsberechtigten der letztwilligen Schiedsverfügung zu unterwerfen, teilt oder nicht, verdient die Annahme einer eigenständigen prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen keine Zustimmung.¹⁸² Der Bundesgerichtshof hat sie in seinen beiden im Wesentlichen gleichlautenden Beschlüssen zur Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten aus dem Jahr 2017 mit Recht ausdrücklich verworfen.¹⁸³ Sie findet erstens keine Stütze im Wortlaut von § 1066 ZPO, beruht zweitens auf einer Verwechslung von Schiedsfähigkeit und Schiedsbindung, verweist drittens zu pauschal auf die Gleichwertigkeit von Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten und begegnet viertens verfassungsrechtlichen Bedenken.

a) Wortlaut von § 1066 ZPO

Der Wortlaut von § 1066 ZPO ist wenig aufschlussreich. Allein mit dem Wortlaut ließe sich die Ablehnung der eigenständigen prozessualen Verfügungsbefugnis daher nicht überzeugend begründen. Andererseits wäre es auch nicht angemessen, den Gesetzeswortlaut, der gegen eine solche Befugnis spricht,¹⁸⁴ völlig außer Acht zu lassen.

Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden, die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren entsprechend. Die Erwähnung der gesetzlich statthafter Weise deutet darauf hin, dass § 1066 ZPO nicht selbst die Befugnis des Erblassers zu solchen Anordnungen begründet.¹⁸⁵ Das

¹⁸¹ Insbesondere die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB, hierzu unten Kapitel 4 – C.VI.4. (232).

¹⁸² *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 66; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 412–415; *ders.*, ZEV 2017, 1, 4; *ders.*, Erbrecht, § 31 Rn. 57; *Schiffer/Schürmann*, hereditare 4 (2014), 39, 48 f.; *Burchard*, ZEV 2017, 308, 310; *Keim*, NJW 2017, 2652, 2653; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1297.

¹⁸³ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 418; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116.

¹⁸⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688, 689 (§ 1066 ZPO zeige mit seiner Formulierung auf die Grenzen des materiellen Rechts); LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310, 310 f.; *Burchard*, ZEV 2017, 308, 310; vgl. auch *Gockel*, in: Beckervordersandfort, Gestaltungen zum Erhalt des Familienvermögens, § 11, Rn. 11.

¹⁸⁵ A. A. *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 206; *Zöller-ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 18.

zeigt sich auch in den Gesetzgebungsmaterialien zu Art. 1344 bayZPO, der Vorbildnorm für die ZPO-Vorschrift. Ausweislich jener Materialien ging es dem bayerischen Gesetzgeber nicht darum, die Anordnungsbefugnis des Erblassers neu zu kreieren, sondern darum, solche Anordnung für das Schiedsverfahrensrecht aufzugreifen und Schiedsvereinbarungen gleichzustellen.¹⁸⁶ Die Annahme einer eigenen, aus § 1066 ZPO folgenden prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen steht hierzu quer.

b) *Verwechslung von Schiedsfähigkeit und Schiedsbindung*

Die Idee einer eigenständigen prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen krankt ferner an einer Verwechslung der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Schiedsbindung.¹⁸⁷ Es ist unbestreitbar, dass die objektive Schiedsfähigkeit seit der Schiedsverfahrensrechtsreform 1998 bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht mehr von der Vergleichsbefugnis abhängt. Dieser Umstand ist jedoch für die Frage nach dem Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen nicht aussagekräftig.

Frage man, warum *Schiedsvereinbarungen* Rechtswirkungen entfalten, würde niemand antworten, dies liege an der objektiven Schiedsfähigkeit, die weiter als die materielle Verfügungsbefugnis reiche. Vielmehr wäre die Antwort, dass dies an der Willensübereinstimmung der Parteien liege, durch die sie ihr prozessuales Rechtsverhältnis gestalten können.¹⁸⁸ Die Frage nach dem Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen zielt darauf ab, warum die eigentlich notwendige Schiedsvereinbarung der Parteien ausnahmsweise durch die Anordnung eines Dritten ersetzt werden kann. Der Hinweis, dass erbrechtliche Streitigkeiten in der Regel schiedsfähig sind, taugt nicht als Antwort auf diese Frage.

c) *Gleichwertigkeit als Scheinargument*

Ferner verweisen die Befürworter einer eigenständigen, vom materiellen Recht unabhängigen prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen auf die Gleichwertigkeit von gerichtlichem und schiedsrichterlichem Rechtsschutz.¹⁸⁹ In der Tat begründete der Gesetzgeber die Neuregelung der objektiven Schiedsfähigkeit in der Schiedsrechtsreform 1998 mit dieser Gleichwertigkeit.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Siehe oben Kapitel 1 – B.III. (55).

¹⁸⁷ Hierzu oben Kapitel 1 – B.II.3. (53).

¹⁸⁸ BGH, Urt. v. 30.1.1957 – V ZR 80/55, BGHZ 23, 198, 200 (Unterwerfung der Parteien unter die Jurisdiktion des Schiedsgerichts beruhe „auf einem zwischen ihnen abgeschlossenen gegenseitigen Vertrag“); vgl. ferner zum (leidigen) Streit um die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung *Wagner*, Prozeßverträge, 578–582; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 266.

¹⁸⁹ Siehe Nachweise oben in Fn. 178.

Aus dem Gesamtgefüge der Regierungsbegründung lässt sich indes ablesen, dass hiermit in erster Linie die Gleichwertigkeit von *vertraglich vereinbarten* Schiedsverfahren und staatlichen Verfahren gemeint war. Letztwilligen Schiedsverfügungen widmet die gesamte Regierungsbegründung nämlich nur einen einzigen, deskriptiven Absatz.¹⁹¹ Sie standen erkennbar nicht im Fokus der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit.

Ferner hält das modernisierte Schiedsverfahrensrecht die „Gleichwertigkeitsthese“¹⁹² nur bei Schiedsvereinbarungen unter Unternehmern durch. Ist ein Verbraucher an der Schiedsvereinbarung beteiligt, muss diese in gesonderter Urkunde getroffen werden, die außer der Schiedsvereinbarung keine anderen Vereinbarungen enthalten darf (§ 1031 Abs. 5 ZPO). Durch diese strenge Form soll der Verbraucher gewarnt werden.¹⁹³ Wäre schiedsrichterlicher Rechtsschutz schlechthin gleichwertig, ist nicht recht einzusehen, wozu es dieser Warnung bedarf. Der Gesetzgeber sieht Schiedsgerichte also nur dann als gleichwertig an, wenn sich strukturell gleich starke Parteien auf ein schiedsrichterliches Verfahren geeinigt haben. Bei letztwilligen Schiedsverfügungen fehlt es hingegen nicht nur an einer Vereinbarung zwischen strukturell gleich starken Parteien, es fehlt überhaupt an einer Vereinbarung.¹⁹⁴

Schließlich hat *Otte* in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Rechtslage bei Gerichtsstandsvereinbarungen hingewiesen: Obwohl alle deutschen Zivilgerichte grundsätzlich gleichwertigen Rechtsschutz gewähren, sind Gerichtsstandsvereinbarungen nach § 38 ZPO nur in begrenztem Umfang zulässig.¹⁹⁵ Gleichwertigkeit ist also für sich allein keine Rechtfertigung dafür, in gesetzliche Gerichtszuständigkeiten einzugreifen.¹⁹⁶

¹⁹⁰ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 34; skeptisch zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Annahme *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 137–139; Musielak/*Voit-Voit*, § 1030 ZPO, Rn. 1; skeptisch wegen der unterschiedlichen Vollstreckungsmöglichkeiten von Urteil und Schiedsspruch *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 386.

¹⁹¹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 66.

¹⁹² *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 137.

¹⁹³ Regierungsbegründung, BT-Drucks.

13/5274, 37: „Nur hierdurch [scil. durch die strenge Form] wird dem betreffenden Personenkreis in der notwendigen Deutlichkeit vor Augen geführt, daß er auf die Entscheidung eines eventl. Rechtsstreits durch die staatlichen Gerichte verzichtet.“ Siehe ferner *MüKo-ZPO-Münch*, § 1031 ZPO, Rn. 44–45; Musielak/*Voit-Voit*, § 1031 ZPO, Rn. 1.

¹⁹⁴ Vgl. *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 66.

¹⁹⁵ *Otte*, ZEV 2009, Beilage zu Heft 11, XII; Staudinger-*ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a.

¹⁹⁶ Ablehnend daher zu Recht *Bandel*, MittBayNot 2008, 280, 281; *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 66; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 808 (dort Fn. 232).

d) Verfassungsrechtliche Bedenken

Eine Entkoppelung der prozessualen von der materiellen Verfügungsbefugnis von Todes wegen begegnet schließlich verfassungsrechtlichen Bedenken, und zwar sowohl in Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch als auch in Hinblick auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Pflichtteilsrecht.

aa) Bedenken in Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch

Nach hier vertretener Ansicht stellt die Anerkennung einer letztwilligen Schiedsverfügung einen Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten dar.¹⁹⁷ Die Annahme einer eigenen prozessualen Verfügungsbefugnis von Todes wegen ist nicht geeignet, diesen Eingriff zu rechtfertigen.

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch ist nicht von der materiellen Berechtigung abhängig.¹⁹⁸ So hat beispielsweise auch jemand, der eine materiell gänzlich unbegründete Klage erhebt, Anspruch auf eine umfassende rechtliche und tatsächliche Prüfung durch die staatlichen Gerichte. Denn vor einer solchen Prüfung ist noch gar nicht klar, ob die Klage begründet ist oder nicht.¹⁹⁹ Ebenso hat ein Beklagter, der zu Unrecht verklagt wird und zu dem deshalb kein materielles Rechtsverhältnis besteht, Anspruch darauf, dass dies durch ein staatliches Gericht festgestellt wird.²⁰⁰

Eine vom materiellen Recht unabhängige prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen scheint auf den ersten Blick gut zu diesem prozessualen Verständnis des Justizgewährungsanspruchs zu passen. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall. Gerade weil der Justizgewährungsanspruch unabhängig vom materiellen Recht ist, leiten die Nachlassbeteiligten diesen auch dann nicht vom Erblasser ab, wenn sie Ansprüche aus dem Erbe einklagen. Überdies kann der Justizgewährungsanspruch nicht vom Erblasser herrühren, weil es sich um einen öffentlichrechtlichen Leistungsanspruch gegen den Staat handelt.

Eine Verkürzung dieses Anspruchs lässt sich nur aufgrund der Natur der eingeklagten materiellen Rechte und Ansprüche, die sich aus der Freigiebigkeit des Erblassers ableiten, rechtfertigen. Entscheidend ist die Freigiebigkeit und somit die *materielle* Verfügungsbefugnis. Eine eigenständige prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen, die dezidiert vom materiellen Recht losgelöst sein soll, läuft hingegen auf den Verzicht auf eine Rechtfertigung und eine *petitio principii* hinaus. Eine eigenständige prozessuale Verfügungs-

¹⁹⁷ Siehe oben Kapitel 3 – A.I.1.b) (123).

¹⁹⁸ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 258–260.

¹⁹⁹ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 259.

²⁰⁰ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 259 f.

befugnis von Todes wegen zu postulieren, steht daher in unlösbarem Widerspruch zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch.

bb) Bedenken in Hinblick auf das Pflichtteilsrecht

Sofern die eigenständige prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen ferner dazu führen soll, dass das Pflichtteilsrecht von der letztwilligen Schiedsverfügung erfasst wird,²⁰¹ kommen Bedenken mit Blick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Pflichtteilsrechts hinzu.

Weil der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts weite Spielräume genießt,²⁰² hätte er sich in verfassungsrechtlich zulässiger Weise dazu entscheiden können, Pflichtteilsansprüche einer letztwilligen Schiedsverfügung zu unterwerfen.²⁰³ Die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte gehört also nicht zum unverzichtbaren Kern des verfassungsrechtlich geschützten Pflichtteilsrechts.

Hier geht es indes nicht um eine Entscheidung des Gesetzgebers, denn der Gesetzgeber hat die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung nicht selbst geregelt. Stattdessen geht es darum, § 1066 ZPO auszulegen. Dabei ist für den Rechtsanwender weniger entscheidend, welche Regelung der demokratisch legitimierte Gesetzgeber treffen dürfte, sondern die Auslegung muss die in der Verfassung getroffenen Grundentscheidungen nachvollziehen. Danach genießt die „unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers“ grundrechtlichen Schutz, womit auch eine prozessuale Schutzdimension einhergeht.²⁰⁴ Das spricht dagegen, § 1066 ZPO so auszulegen, dass der Erblasser die Pflichtteilsberechtigten einer letztwilligen Schiedsverfügung unterwerfen darf, obwohl er die Pflichtteilsansprüche im Übrigen nicht ausgestalten kann.

III. Letztwillige Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung

Da sich ein Einverständnis der Nachlassbeteiligten mit der letztwilligen Schiedsverfügung nicht konstruieren lässt und da eine eigenständige prozessuale Verfügungsbefugnis des Testators abzulehnen ist, muss der Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen in der materiellen Verfügungs-

²⁰¹ Siehe Nachweise oben in Fn. 179.

²⁰² BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteil*.

²⁰³ Vgl. *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 253, der von einem Vorschlag der Bundesnotarkammer im Zuge der Schiedsverfahrensrechtsreform 1998 berichtete, wonach letztwillige Schiedsverfügungen ausdrücklich alle in § 27 Abs. 1 ZPO genannten Streitigkeiten, also auch Streitigkeiten um Pflichtteilsansprüche, erfassen sollten. Dieser Vorschlag ist vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt worden.

²⁰⁴ Hierzu oben Kapitel 3 – A.I.4. (134).

befugnis des Erblassers über den Nachlass liegen. Das entspricht der herrschenden Meinung,²⁰⁵ ist aber als Beschreibung noch recht vage.²⁰⁶

Um den Geltungsgrund genauer zu beschreiben, kommt es darauf an, wie sich materielle Verfügungsbefugnis von Todes wegen und Schiedsverfügung zueinander verhalten. Reicht es aus, dass sich die letztwillige Schiedsverfügung auf einen Bereich bezieht, der grundsätzlich durch letztwillige Verfügung gestaltbar ist?²⁰⁷ Oder muss der Erblasser diese Verfügungsbefugnis auch ausgeübt haben, sodass die Schiedsverfügung nur für Ansprüche gilt, die sich aus der konkreten materiellen Verfügung ergeben?²⁰⁸

Nach der zweiten Ansicht lässt sich die Schiedsverfügung als Belastung der materiellen Zuwendung begreifen.²⁰⁹ Die Schiedsverfügung ist zwar keine Auflage nach § 1940 BGB,²¹⁰ aber sie lastet auf der Zuwendung, indem sie die Durchsetzung der von Todes wegen erworbenen Ansprüche vor den staatlichen Gerichten einschränkt. Man kann den Geltungsgrund der letztwilligen

²⁰⁵ BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 21 (juris); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 418; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116; BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 112 f. (Rn. 12); BayObLG, Beschl. v. 1.6.1956 – 1 Z 21/56, BayObLGZ 1956, 186, 189; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688, 689; OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035, 1035; *Schiffer*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 77; *Schiffer/Schürmann*, hereditare 4 (2014), 39, 48; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 246; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 66; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a; *Schulze*, MDR 2000, 314, 315; *ders.*, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO, 87 f.; *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 738 f.; *Bandel*, MittBayNot 2008, 280, 281; *ders.*, MittBayNot 2017, 1, 3; *ders.*, SchiedsVZ 2017, 72, 74; *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 413–418; *ders.*, ZEV 2017, 1, 4; *ders.*, Erbrecht, § 31 Rn. 57; *ders.*, Anm. zu OLG Stuttgart, 7.11.2016 – 8 W 166/16, ZEV 2017, 273, 273; *Burchard*, ZEV 2017, 308, 310; *ders.*, Anm. zu OLG München, 25.10.2017 – 18 U 1202/17, ZEV 2018, 98, 98; *Keim*, NJW 2017, 2652, 2653; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1297.

²⁰⁶ Vgl. *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 74: „Allerdings fällt es den Vertretern der herrschenden Meinung schwer, diese materiell-rechtlichen Grenzen exakt zu benennen.“

²⁰⁷ So z.B. *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 247; *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 74.

²⁰⁸ So BayObLG, Beschl. v. 1.6.1956 – 1 Z 21/56, BayObLGZ 1956, 186, 189; *Strohal*, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, 123; ähnlich *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 807 f.; vgl. auch *K. W. Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 417.

²⁰⁹ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 807: „Indem der Erblasser seine Zuwendung um die Anordnung eines Schiedsgerichts ergänzt, wird die Zuwendung gewissermaßen ‚belastet‘“; ähnlich *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 136 („[...] das Erbrecht selbst ist mit einer Schiedsvereinbarung behaftet.“).

²¹⁰ Hierzu oben Kapitel 1 – B.I.3.b)aa) (47).

Schiedsverfügung dann mit einem „ja, aber“-Argument beschreiben: Ja, der Erbe oder Vermächtnisnehmer erhält etwas, aber die so erhaltenen Ansprüche sind nur vor Schiedsgerichten einklagbar.

Die Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung einer tatsächlich erfolgten Zuwendung hat gegenüber der Ansicht, die die abstrakte Gestaltbarkeit durch letztwillige Verfügung genügen lässt, den Vorteil, dass sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht werden kann. Ferner weisen der Vergleich mit dem Recht der USA und der Vergleich mit Verträgen zugunsten Dritter in diese Richtung.

1. Belastung der Zuwendung und Verfassungsrecht

Letztwillige Schiedsverfügungen kreieren einen Grundrechtskonflikt zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch und der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit.²¹¹ Die Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung einer konkret erfolgten Zuwendung kann erklären, warum sich die Testierfreiheit in diesen Fällen gegen den Justizgewährungsanspruch durchsetzt.

a) Nichtbegünstigung als Alternativszenario

Die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Testierfreiheit gewährleistet das Recht des Erblassers, eine von ihm gewollte Erbfolge anzuordnen und hierbei insbesondere gesetzliche Erben auszuschließen und stattdessen gewillkürte Erben einzusetzen.²¹² Dabei muss der Erblasser seine Erben nicht gleich behandeln, sondern er kann seine Testierfreiheit – in den Grenzen der guten Sitten – willkürlich gebrauchen.²¹³

Über jedem gesetzlichen Erben schwebt daher das Damoklesschwert der Enterbung. Die Situation von Erben, die nicht gesetzliche Erben sind, ist sogar noch unsicherer: Sie werden überhaupt nur dann am Nachlass beteiligt, wenn sich der Erblasser per Testament oder Erbvertrag dazu entschließt. Gleiches gilt für Vermächtnisnehmer. Zudem kann der Erblasser sein Testa-

²¹¹ Hierzu oben Kapitel 3 – A.III. (145).

²¹² BVerfG, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvL 11/77, BVerfGE 58, 377, 398; BVerfG, Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, BVerfGE 67, 329, 341; BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341, 350 f.; BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 348 f. – *Pflichtteil*; Maunz/Dürig-Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rn. 412; Sachs-Rudolf Wendt, Art. 14 GG, Rn. 197.

²¹³ BVerfG, Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, BVerfGE 67, 329, 348; BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 349 – *Pflichtteil*; Leisner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 175, Rn. 18; zur Grenze der guten Sitten z.B. Röthel, AcP 210 (2010), 32, 38–40; Franck, in: Möslin, Private Macht, 309, 321–324; MüKo-BGB-Leipold, Vor § 2064 BGB, Rn. 13–30.

ment jederzeit ändern und eine frühere Begünstigung schmälern oder ganz aufheben.²¹⁴ Anders ist es nur beim Erbvertrag und beim bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament.

Die grundgesetzlich gewährleistete Testierfreiheit erlaubt also, jemanden zu enterben oder gar nicht erst zu bedenken. Die Belastung des Zugewendeten mit einer Schiedsverfügung stellt sich im Vergleich dazu als „milderes Mittel“ dar.²¹⁵ Zwar ist die Schiedsverfügung im rechtstechnischen Sinne nicht *minus* zur Enterbung, sondern *aliud*, weil sie den Justizgewährungsanspruch berührt und nicht zu einer schlichten Nichtbegünstigung führt. Ein Begünstigter wird es in der Gesamtschau dennoch vorziehen, überhaupt etwas zu erhalten, auch wenn er dafür eine Schiedsverfügung in Kauf nehmen muss.

b) Möglichkeit der Nichtbegünstigung als Abwägungsbelang

Aus diesem Alternativszenario der Enterbung bzw. des Nichtbedachtwerdens folgt die Rechtfertigung des Eingriffs in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten. Bei einer Grundrechtskollision, wie sie hier zwischen Testierfreiheit und allgemeinem Justizgewährungsanspruch vorliegt, sind die konkret betroffenen Belange ins Verhältnis zu setzen und gegeneinander abzuwägen.²¹⁶

Deutet man die letztwillige Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung, ist zu berücksichtigen, dass der Erblasser diese Zuwendung überhaupt nicht hätte gewähren müssen. Das spricht dafür, die letztwillige Schiedsverfügung als „milderes Mittel“ gegenüber der Nichtbegünstigung zuzulassen. Zwar ist der allgemeine Justizgewährungsanspruch vom materiellen Recht unabhängig.²¹⁷ Das bedeutet aber nicht, dass bei einer Grundrechtskollision nicht berücksichtigt werden dürfte, welche materiellen Ansprüche mit Hilfe der Gerichte durchgesetzt werden sollen. Werden Ansprüche eingeklagt, die der Erblasser kraft seiner Testierfreiheit auch hätte nicht zuwenden können, überwiegt die Testierfreiheit gegenüber dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch.

²¹⁴ Vgl. zum US-amerikanischen Recht, das in diesem Punkt dem deutschen Recht gleicht, *Langbein*, Harv. L. Rev. 97 (1983), 1108, 1110, der die Rechtsstellung der testamentarischen Erben bis zum Tod des Erblassers als „ambulatory“ beschreibt.

²¹⁵ Vgl. *Budcikiewicz*, AcP 209 (2009), 354, 364 mit der einprägsamen Formel „heredi non fit iniuria.“

²¹⁶ St. Rspr. seit BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, BVerfGE 89, 214, 232 – *Angehörigenbürgschaft*; zuletzt BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, Rn. 139 – *Streikverbot für Beamte*; jeweils unter Verweis auf die Lehre von der praktischen Konkordanz nach *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72.

²¹⁷ *Bruns*, in: FS Stürner, 257, 258–260.

Legte man hingegen die abstrakte Gestaltbarkeit der Rechtslage durch letztwillige Verfügung zu Grunde, würde sich das Bild ändern. Dann nämlich versagt das Alternativszenario der Nichtbegünstigung: Wenn beispielsweise ein übergangener gesetzlicher Erbe die Unwirksamkeit des Testaments geltend macht, kann man nicht sagen, dass der Erblasser dem Kläger diese Begünstigung auch hätte entziehen können. Vielmehr hat er ihm die kraft Gesetzes bestehende Erbenstellung entzogen – die Frage ist nur, ob auf wirksame Art und Weise. Das Argument, dass der Erblasser *abstrakt* auch eine eindeutig wirksame letztwillige Verfügung hätte treffen und den Kläger damit enterben können, geht am Erfordernis der Abwägung *konkret* betroffener Grundrechtspositionen vorbei.²¹⁸

2. Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht

Der Vergleich mit dem Recht einiger US-Bundesstaaten deutet ebenfalls darauf hin, letztwillige Schiedsverfügungen als Belastung einer konkret erhaltenen Zuwendung zu verstehen. In *Rachal v. Reitz* betonte der texanische Supreme Court, dass der *settlor* seine Zuwendungen mit Bedingungen versehen könne.²¹⁹ Mit „Bedingung“ ist dabei keine Bedingung im technischen Sinne des deutschen Rechts gemeint, insbesondere keine Potestativbedingung.²²⁰ Der Begünstigte muss also nicht selbst etwas tun oder unterlassen, um die Begünstigung zu erhalten. Vielmehr handelt es sich um eine unmittelbar wirkende Belastung der Begünstigung.²²¹

Der texanische Supreme Court sah den Geltungsgrund der einseitigen Schiedsverfügung ferner darin, dass der Begünstigte nicht zugleich Rechte aus dem Trust ableiten und die Schiedsbindung zurückweisen dürfe.²²² Diese Überlegung knüpft notwendigerweise an eine konkret erhaltene Begünstigung an. Das nach texanischem Verständnis verbotene widersprüchliche Verhalten folgt aus der gleichzeitigen Annahme der Begünstigung und Zurückweisung der Schiedsbindung. Das zeigt sich auch an der kalifornischen Entscheidung *McArthur v. McArthur*, in der es darum ging, dass eine Schwester die Wirksamkeit einer Änderung des Trusts, die erstmals eine Schiedsverfügung ent-

²¹⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, Rn. 139 – *Streikverbot für Beamte* mit dem Hinweis, dass eine „vorschnelle und nur abstrakte Güterabwägung“ den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird.

²¹⁹ *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 842 (Tex. Sup. Ct. 2013).

²²⁰ Zu Potestativbedingungen, also solchen Bedingungen, deren Eintritt vom Willen des Bedachten abhängt, siehe z. B. MüKo-BGB-*Leipold*, § 2074 BGB, Rn. 14.

²²¹ Vgl. *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 842 (Tex. Sup. Ct. 2013), wo diese „conditions“ als „trust restrictions“ bezeichnet werden; vgl. bereits über hundert Jahre früher *Moore v. Harper*, 27 W.Va. 362, 374 (W. Va. Sup. Ct. 1886) („any limitation, restriction or condition“).

²²² *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 845–848 (Tex. Sup. Ct. 2013).

hielt, bekämpfte.²²³ Dieser Streit, so das Gericht, sei nicht schiedsgebunden, weil die Klägerin keine Begünstigung aus der Truständerung geltend mache. Würde hingegen die abstrakte Gestaltbarkeit durch letztwillige Verfügung bzw. hier durch einen *inter vivos*-Trust ausreichen, hätte das Gericht sein Verfahren aussetzen und die begehrte *motion to compel arbitration* erlassen müssen, denn grundsätzlich kann ein widerruflicher *inter vivos*-Trust jederzeit kraft *freedom of disposition* geändert werden.²²⁴

Die Korrelation zwischen tatsächlich erhaltener Zuwendung und Schiedsbindung scheint auch für die Gesetzgeber in denjenigen US-Bundesstaaten, die entsprechende Vorschriften erlassen haben, bedeutsam gewesen zu sein. In allen fünf Bundesstaaten mit solchen Vorschriften sind Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Nachlassplans von der Schiedsbindung ausgenommen.²²⁵ Hätten sich diese Gesetzgeber hingegen an der abstrakten Gestaltbarkeit orientiert, wären Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Nachlassplans in die Schiedsbindung einzubeziehen gewesen, denn der Nachlassplan ist grundsätzlich durch den *donor* gestaltbar – hierin liegt sein Wesen und sein Sinn.

3. Vergleich mit der Schiedsbindung beim Vertrag zugunsten Dritter

Im US-amerikanischen Recht gibt es Erwägungen, den Trust als Vertrag zugunsten Dritter zu deuten und die Begünstigten auf diese Weise einer Schiedsvereinbarung in dem Trustdokument zu unterwerfen.²²⁶ Ein Testament ist hingegen nach deutschem Verständnis eindeutig kein Vertrag, weil es an einem Vertragsschluss nach §§ 145 ff. BGB, also am Zusammentreffen mindestens zweier Willenserklärungen, die aufeinander bezogen sind, fehlt. Vielmehr handelt es sich beim Testament um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Erblassers.²²⁷

Dennoch bietet sich der Vergleich mit einem Vertrag zugunsten Dritter in anderer Hinsicht an: Beim echten²²⁸ Vertrag zugunsten Dritter ist auch in Deutschland der Dritte an eine in dem Vertrag enthaltene Schiedsvereinbarung gebunden, wenn diese Vereinbarung den Dritten einbezieht.²²⁹ Anders,

²²³ *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651 (Cal. Ct. App. 2014).

²²⁴ Dann hätte sich das Gericht mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die geltend gemachte Unwirksamkeit der Truständerung auch die Schiedsverfügung erfasst. Zu diesem Problem im deutschen Recht unten Kapitel 4 – C.II.1. (188).

²²⁵ Hierzu oben Kapitel 2 – D.IV.3.b) (112).

²²⁶ Hierzu oben Kapitel 2 – D.III. (91).

²²⁷ Statt aller MüKo-BGB-*Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 6.

²²⁸ Zur Unterscheidung zwischen echtem Vertrag zugunsten Dritter, durch den der Dritte ein eigenes Forderungsrecht enthält, und dem unechten Vertrag zugunsten Dritter, bei dem das nicht der Fall ist, z. B. Palandt-*Grüneberg*, Vor § 328 BGB, Rn. 1.

²²⁹ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 502; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 159–162; *Haas*, SchiedsVZ 2011, 289, 293; MüKo-ZPO-*Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 54; Musielak/*Voit-Voit*, § 1029 ZPO, Rn. 8; vgl

als der Wortlaut von § 334 BGB vermuten lässt, kann dann nicht nur der Versprechende gegen den Dritten die Schiedseinrede erheben, sondern auch der Dritte gegen den Versprechenden, z.B. wenn der Versprechende eine negative Feststellungsklage anstrengt.²³⁰ Beim echten Vertrag zugunsten Dritter wird also wie bei der letztwilligen Schiedsverfügung eine Person in die Schiedsbindung einbezogen, die selbst keine Schiedsvereinbarung geschlossen hat.

Das Reichsgericht meinte hierzu in einem Urteil aus dem Jahr 1924, dass die Vertragsschließenden dem Dritten nicht nur Rechte einräumen, sondern auch Pflichten auferlegen könnten, wie z.B. die Pflicht zur Anrufung eines Schiedsgerichts.²³¹ Dem widersprach *Kisch* in einer Anmerkung zu diesem Urteil, indem er darauf hinwies, dass Versprechender und Versprechensempfänger dem Dritten keine Pflichten auferlegen können, sondern nur die Modalitäten seiner Begünstigung ausgestalten dürfen.²³² Das ist richtig, denn ein Vertrag, der dem Dritten eigene Pflichten auferlegt, wäre ein Vertrag zu Lasten und nicht (nur) zugunsten Dritter. Richtig ist auch die Beschreibung der Schiedsbindung des Dritten als Modalität der Begünstigung.

Um in der Terminologie dieser Arbeit zu bleiben, lässt sich die Schiedsbindung des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter statt als „Modalität“ auch als „Belastung“ der Zuwendung bezeichnen.²³³ Entscheidend ist der Konnex zwischen Begünstigung und Belastung, d.h. der Umstand, dass die konkret erfolgte Begünstigung durch die Schiedsbindung ausgestaltet wird. Weil ein Vertrag zugunsten Dritter, der eine Schiedsklausel enthält, und ein Testament, das eine Schiedsverfügung enthält, strukturell ähnlich sind, sollte man auch den Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung darin sehen, dass sie eine zulässige Ausgestaltung der Zuwendung darstellt.

C. Zwischenergebnis

Drei Ansichten konkurrieren darum, welche Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen zu geben ist. *Haas* meint, ihr Geltungsgrund liege darin, dass niemand gegen den eigenen Willen Erbe,

auch BGH, Urt. v. 22.5.1967 – VII ZR 188/64, BGHZ 48, 35, 45; a.A. *Martens*, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, 117–134.

²³⁰ Zu letztgenannter Konstellation RG, Urt. v. 30.10.1924 – VI 106/24, JW 1925, 2608; MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 54.

²³¹ RG, Urt. v. 30.10.1924 – VI 106/24, JW 1925, 2608, 2608.

²³² *Kisch*, Anm. zu RG, 30.10.1924 – VI 106/24, JW 1925, 2608, 2608; vgl. auch Stein/Jonas-Schlosser, § 1029 ZPO, Rn. 70, der von einer „Modifizierung der dem Dritten verliehenen Rechte“ spricht.

²³³ Vgl. *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 161 („gestalterisch belastet“).

Vermächtnisnehmer oder Testamentsvollstrecker werde. Erben und Vermächtnisnehmer können ausschlagen, während ein Testamentsvollstrecker das ihm angetragene Amt gar nicht erst anzunehmen braucht. Wenn die Begünstigten aber nicht ausschlagen und wenn der Testamentsvollstrecker das Amt annimmt, brächten sie damit ihr Einverständnis mit der Schiedsverfügung zum Ausdruck. So einleuchtend diese Sichtweise beim Testamentsvollstrecker ist, so wenig überzeugt sie bei Erben und Vermächtnisnehmern. Ihr Nichtausschlagen ist nämlich bloßes Schweigen, dem ohne unzulässige Fiktion keine Zustimmung zur Schiedsverfügung beigelegt werden kann.

Die zweite Ansicht propagiert eine eigenständige prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen als Geltungsgrund. Diese prozessuale Verfügungsbefugnis sei unabhängig von der materiellen Verfügungsbefugnis über den Nachlass. Dahinter verbirgt sich in erster Linie der Wunsch, auch das Pflichtteilsrecht der letztwilligen Schiedsverfügung zu unterwerfen. Tatsächlich handelt es sich eher um eine Behauptung als um eine Begründung, denn ohne Rückgriff auf das materielle Recht lässt sich nicht erklären, warum die Nachlassbeteiligten eine Einschränkung ihres Justizgewährungsanspruchs hinnehmen sollen.

Der Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen liegt also in der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers über seinen Nachlass. Um diesen Gedanken präziser zu fassen, bietet es sich an, die letztwillige Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung zu begreifen: Der Erblasser wendet den Nachlassbeteiligten etwas zu, gestaltet diese Zuwendung aber so aus, dass die daraus folgenden Rechte und Ansprüche nicht vor staatlichen Gerichten, sondern nur vor einem Schiedsgericht geltend gemacht werden können.

Diese Deutung erklärt, warum sich die Testierfreiheit des Erblassers gegen den Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten durchsetzt. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Testierfreiheit hätte es dem Erblasser erlaubt, die Begünstigten gar nicht zu bedenken. Indem der Erblasser die Zuwendung mit einer Schiedsbindung versieht, wählt er ein „milderes Mittel“, was *a fortiori* ebenfalls von der Testierfreiheit gedeckt ist.

Die Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung zu begreifen, entspricht ferner der Sichtweise in denjenigen US-Bundesstaaten, in denen einseitigen Schiedsverfügungen Rechtswirksamkeit zuerkannt wird. Überdies lässt sich eine Parallele zur Schiedsbindung des Dritten beim echten Vertrag zugunsten Dritter ziehen: Der Dritte leitet seine Rechtsstellung aus einem Rechtsgeschäft ab, an dem er nicht mitwirkt. Ebenso leiten testamentarische Erben und Vermächtnisnehmer ihre Rechtsstellung aus einem für sie fremden Rechtsgeschäft ab, nämlich aus dem Testament. Beim Vertrag zugunsten Dritter können Versprechender und Versprechensempfänger die Modalitäten der Begünstigung des Dritten ausgestalten. Gleichermäßen kann der Erblasser die Modalitäten der Begünstigung von Erben und Vermächtnisnehmern durch die Schiedsverfügung ausgestalten.

Kapitel 4

Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung

Aus dem Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung – d.h. daraus, dass die Schiedsverfügung eine Belastung der Zuwendung von Todes wegen darstellt – lässt sich die Reichweite der letztwilligen Schiedsverfügung bestimmen. Dabei mag die hier vorgeschlagene Differenzierung von Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht und Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht auf den ersten Blick artifiziell erscheinen, denn oft ist beides eng miteinander verbunden: Wenn beispielsweise ein Pflichtteilsberechtigter den Pflichtteilsanspruch geltend macht, unterscheidet sich die Argumentation in Bezug auf den Pflichtteilsberechtigten als Person nicht wesentlich von der Argumentation in Bezug auf den Pflichtteilsanspruch als Anspruch.

Obwohl die Argumentation im konkreten Fall redundant sein mag, dient die Differenzierung zwischen Schiedsbindung in persönlicher und in sachlicher Hinsicht der logischen Abschichtung und damit der Systematisierung. Sie geht von der Prämisse aus, dass ein Streit dann durch das Schiedsgericht zu entscheiden ist, wenn Schiedsbindung in persönlicher und in sachlicher Hinsicht zusammenkommen. Die Parteien müssen also in persönlicher Hinsicht der Schiedsbindung unterliegen und der streitgegenständliche Anspruch muss sachlich schiedsgebunden sein.¹ Diese Abschichtung dient dazu, unnötige Prüfungen zu vermeiden: Wenn eine Partei des Rechtsstreits nicht der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht unterliegt, erübrigt sich in der Regel die Frage, ob der eingeklagte Anspruch schiedsgebunden ist.

Kommen Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht hingegen zusammen, ist das Schiedsgericht zur Entscheidung in der Sache berufen. Unausweichlich ist eine Entscheidung durch das Schiedsgericht damit trotzdem nicht. Wenn sich der Kläger zu einer Klage vor den staatlichen Gerichten entscheidet, kann der Beklagte darauf verzichten, die Schiedseinrede zu erheben. Denkbar ist ferner, dass er es aus Nachlässigkeit oder Unkenntnis versäumt, die Schiedseinrede rechtzeitig, d.h. gem. § 1032 Abs. 1 ZPO vor Beginn der mündlichen Verhandlung, zu erheben. Schließlich können die Parteien die Schiedsgebundenheit des Streits einvernehmlich aufheben.²

¹ Überdies muss der Anspruch objektiv schiedsfähig sein, § 1030 ZPO. Zur Schiedsfähigkeit als *aliud* zur Schiedsbindung, oben Kapitel 1 – B.II.3. (53).

² Hierzu oben Kapitel 1 – B.II.2. (51).

A. Primat des Wortlauts der letztwilligen Schiedsverfügung

Zuerst ist daran zu erinnern, dass sich die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung primär aus dem Wortlaut der letztwilligen Schiedsverfügung ergibt.³ Ordnet der Erblasser beispielsweise an, dass Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker um Fragen der Vergütung des Testamentsvollstreckers durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, ist ein Vermächtnisnehmer durch diese Verfügung bereits aufgrund des Wortlauts nicht gebunden.

Bei der Bestimmung der Reichweite der Schiedsbindung in den folgenden Abschnitten geht es also um die Bestimmung der maximal möglichen Reichweite. In der Praxis spielt diese maximal mögliche Reichweite eine wichtige Rolle, weil letztwillige Schiedsverfügungen in der Regel weit formuliert sind. So erfassen die beiden gebräuchlichsten Musterklauseln „alle Streitigkeiten, die durch meinen Erbfall hervorgerufen werden“⁴ bzw. „[a]lle Streitigkeiten, die die Wirksamkeit, die Auslegung meines Testaments oder die Regelung, Abwicklung oder Auseinandersetzung meines Nachlasses betreffen“⁵. Im Folgenden geht es also darum, wie weit eine solche, denkbar weit formulierte Verfügung reicht.

B. Reichweite in persönlicher Hinsicht

Ausgehend davon, dass die letztwillige Schiedsverfügung eine Belastung der Zuwendung darstellt, können in persönlicher Hinsicht nur solche Personen der Schiedsbindung unterliegen, die eine Zuwendung erhalten oder ihre Rechtsstellung auf andere Weise aus dem letzten Willen des Erblassers ableiten. „Zuwendung“ ist hierbei nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Zuwendung auch wirtschaftlich vorteilhaft sein muss. Es geht allein um die Zuwendung der formalen Stellung als Erbe, Vermächtnisnehmer etc. Auch der Erbe eines überschuldeten und deshalb wertlosen Nachlasses erhält also eine Zuwendung.

Stets ist zu beachten, dass ein und dieselbe Person mehrere Rollen haben kann: Jemand kann beispielsweise zugleich Erbe und Nachlassgläubiger, Vermächtnisnehmer und Nachlassschuldner oder Testamentsvollstrecker und Pflichtteilsberechtigter sein. Bei der Reichweite der Schiedsbindung in per-

³ Haas, ZEV 2007, 49, 54; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 257.

⁴ Musterklausel der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V., abrufbar unter <https://www.dse-erbrecht.de/PDF/weg_1.pdf> (Stand: 21.11.2019).

⁵ Musterklausel des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare, abrufbar unter <https://www.dnotv.de/_files/Schiedsgerichtshof/SchiedsklauselSGHTestament.pdf> (Stand: 21.11.2019).

sönlicher Hinsicht kommt es deshalb darauf an, in welcher Funktion die Person einen Anspruch erhebt oder in welcher Funktion ein Anspruch gegen sie erhoben wird.

I. Erben

Die Erben sind Zuwendungsempfänger par excellence und damit grundsätzlich in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden. Das gilt vor allem für gewillkürte Erben, kann aber auch bei gesetzlichen Erben der Fall sein.

1. Gewillkürte Erben

Gewillkürte Erben sind in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden, wenn das Testament oder der Erbvertrag, aufgrund dessen sie Erbe sind, eine Schiedsverfügung enthält. Dasselbe gilt, wenn der Erblasser nachträglich eine letztwillige Schiedsverfügung getroffen hat, ohne zugleich die Bestimmung des oder der Erben zu ändern. Der Erblasser muss die letztwillige Schiedsverfügung nämlich nicht in dem Testament oder Erbvertrag treffen, in dem er materielle Regelungen trifft, sondern kann die letztwillige Schiedsverfügung auch „nachschieben“.⁶ In beiden Fällen ist die Begünstigung der Erben mit der Schiedsverfügung belastet.

2. Gesetzliche Erben

Wenn der Erblasser ein Testament errichtet, das eine letztwillige Schiedsverfügung, aber keine testamentarische Erbeinsetzung enthält, stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Erben durch die Schiedsverfügung gebunden sind. In der Literatur wird dies einhellig bejaht,⁷ allerdings z.T. ausgehend von einem anderen Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen. Nimmt man, wie beispielsweise *Geimer*, eine eigenständige prozessuale Verfügungsbezugnis von Todes wegen an,⁸ muss man eine solche Schiedsverfügung für wirksam halten. Wenn die Schiedsverfügung nämlich unabhängig von mate-

⁶ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 8.10.1990 – 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455; OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847 (jeweils zur umstrittenen Frage, ob der Erblasser durch bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag gem. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB daran gehindert ist, nachträglich eine Schiedsverfügung zu treffen).

⁷ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 247; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 67; *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 93; *ders.*, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35; *A. Steiner*, ErbStB 2003, 304, 306; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 206; *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 256; *K. W. Lange*, ZZZ 128 (2015), 407, 418 f.; *ders.*, ZEV 2017, 1, 2; *Stallknecht*, RNotZ 2019, 433, 437.

⁸ *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 202 f.; *ders.*, in: GS Wolf, 371, 374; *Zöller-ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 18.

riellen Verfügungen sein soll, kann das Fehlen einer materiellen Verfügung (hier also das Fehlen einer Erbeinsetzung) kein Problem darstellen.

Anders ist es auf den ersten Blick, wenn man letztwillige Schiedsverfügungen als Belastung der Zuwendung versteht. Die gesetzlichen Erben erhalten nämlich keine gewillkürte Zuwendung vom Erblasser, sondern erben kraft Gesetzes. Ohne materielle Zuwendung fehlt es, so ließe sich argumentieren, an der Zuwendung als Fundament der Schiedsverfügung. Indes ist zu berücksichtigen, dass sich ein Erblasser, der eine letztwillige Schiedsverfügung trifft, in aller Regel auch über die Erbfolge Gedanken gemacht hat. Anzunehmen, jemand ordne letztwillig ein Schiedsverfahren an, mache sich aber keine Gedanken darüber, wer Erbe wird, erscheint lebensfremd.

Trifft ein Erblasser also eine Schiedsverfügung, nimmt aber keine Erbeinsetzung vor, liegt hierin eine bewusste Entscheidung zugunsten der gesetzlichen Erbfolge.⁹ Dann stellt auch der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers dar, die mit der Schiedsverfügung belastet ist. Die gesetzlichen Erben leiten ihre Begünstigung nämlich auch in diesem Fall aus einer Willensentscheidung des Erblassers ab, wenngleich aus der negativen Entscheidung, nichts an der gesetzlichen Erbfolge zu ändern.

Indem auch die gesetzlichen Erben der letztwillig verfügten Schiedsbindung unterliegen, können überdies Friktionen mit einer ähnlichen Konstellation vermieden werden. Diese Konstellation entsteht, wenn der Erblasser anordnet, dass die „gesetzliche Erbfolge“ gelten solle. Bei einer solchen Anordnung ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um einen bloßen Verweis auf die gesetzliche Erbfolge handelt oder ob es sich um die Einsetzung der im Zeitpunkt der Testamenterrichtung vorhandenen gesetzlichen Erben als gewillkürte Erben handelt.¹⁰ Es erscheint nicht interessengerecht, die Erben der letztwilligen Schiedsverfügung nur dann zu unterwerfen, wenn die Auslegung ergibt, dass es sich nicht um einen Verweis auf die gesetzliche Erbfolge, sondern um eine „echte“ Erbeinsetzung handelt. Denn auch wenn der Erblasser keine Erben einsetzen wollte, hat er zum Ausdruck gebracht, dass die Erben an die Schiedsverfügung gebunden sein sollen.

Hinzu kommt folgende Überlegung: § 2066 Satz 1 BGB regelt implizit, dass die Einsetzung der „gesetzlichen Erben“ eine Einsetzung als gewillkürte Erben bewirkt.¹¹ Die derart eingesetzten Erben wären also schiedsgebunden. § 2066 Satz 1 BGB gilt aber nicht, wenn der Erblasser schlicht auf die gesetz-

⁹ *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 67; ähnlich MüKo-BGB-*Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 33.

¹⁰ Siehe einerseits BayObLG, Beschl. v. 6.3.1964 – 1 Z 16/64, BayObLGZ 1964, 94, 97 (Erbeinsetzung bejaht) und andererseits OLG Hamm, Beschl. v. 11.9.2015 – I-15 W 142/15, FamRZ 2016, 411 (Erbeinsetzung verneint).

¹¹ RGRK-*Johannsen*, § 2066 BGB, Rn. 1; Staudinger-*Otte*, § 2066 BGB, Rn. 3; BeckOGK-*Gomille*, § 2066 BGB, Rn. 6.

liche Erbfolge verweist.¹² Wären gesetzliche Erben nicht schiedsgebunden, hinge die Schiedsbindung von der Wahl einer Formulierung ab, die dem juristischen Laien bedeutungslos erscheinen muss. Bei der Anordnung „Es gilt gesetzliche Erfolge“ wären die Erben nicht schiedsgebunden, während sie bei der Anordnung „Ich setze meine gesetzlichen Erben als Erben ein“ schiedsgebunden wären. *Otte* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es hierauf nicht ankommen sollte.¹³

II. Vermächtnisnehmer

Die meisten Vermächtnisse beruhen auf einer letztwilligen Anordnung des Erblassers. Gesetzliche Vermächtnisse wie der Voraus des überlebenden Ehegatten (§ 1932 BGB) oder der Anspruch auf den Dreißigsten (§ 1969 BGB) bilden die Ausnahme.

1. Gewillkürte Vermächtnisse

Der Gläubiger eines durch Testament oder Erbvertrag ausgesetzten gewillkürten Vermächtnisses – sei es ein Vorausvermächtnis, ein Vor- und Nachvermächtnis oder ein schlichtes Vermächtnis – leitet seine Rechtsstellung aus dieser Zuwendung des Erblassers ab. Der Vermächtnisnehmer ist daher in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden.

2. Voraus und Dreißigster

Als gesetzliche Vermächtnisse kennt das BGB den Anspruch auf den Voraus (§ 1932 BGB) und den Anspruch auf den Dreißigsten (§ 1969 BGB).¹⁴ Auf den Voraus hat nur ein überlebender Ehegatte Anspruch, der gesetzlicher Erbe geworden ist.¹⁵ Da auch gesetzliche Erben in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden sind, ist der Vorausberechtigte als gesetzlicher Erbe in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden.

Anspruch auf den Dreißigsten hat hingegen jede Person, die im Hausstand des Erblassers wohnte und vom Erblasser Unterhalt bezog. Hierbei kann es sich um Miterben und Vermächtnisnehmer ebenso handeln wie um Personen, die vom Dreißigsten abgesehen nicht am Nachlass beteiligt werden.¹⁶ Bei

¹² Staudinger-*Otte*, § 2066 BGB, Rn. 3; BeckOGK-*Gomille*, § 2066 BGB, Rn. 6; implizit auch BGH, Beschl. v. 9.4.1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246, 251.

¹³ *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 67.

¹⁴ RGRK-*Kregel*, § 1939 BGB, Rn. 8; speziell zum Voraus BGH, Urt. v. 6.12.1978 – IV ZR 82/77, BGHZ 73, 29, 33; zum Dreißigsten RGRK-*Johannsen*, § 1969 BGB, Rn. 9; gegen den Begriff des „gesetzlichen Vermächtnisses“ *M. Harder*, NJW 1988, 2716, 2716 f.

¹⁵ BGH, Urt. v. 6.12.1978 – IV ZR 82/77, BGHZ 73, 29, 33.

¹⁶ RGRK-*Johannsen*, § 1969 BGB, Rn. 2–4; Staudinger-*Dutta*, § 1969 BGB, Rn. 4–6.

solchen Personen, die nicht zusätzlich auf andere Weise begünstigt sind, fragt sich, ob sie der Schiedsbindung unterliegen. Nach § 1969 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Erblasser hinsichtlich des Dreißigsten anderweitige letztwillige Verfügungen treffen. Insbesondere kann er diesen Anspruch völlig ausschließen.¹⁷ Es kommt also darauf an, ob der Verzicht auf eine anderweitige Regelung eine Zuwendung des Dreißigsten darstellt.

Wenn der Erblasser eine letztwillige Schiedsverfügung, aber keine Anordnungen hinsichtlich der Erbfolge trifft, handelt es sich in aller Regel um einen bewussten Verzicht auf eine Erbeinsetzung.¹⁸ Die Möglichkeit, abweichende Regelungen in Bezug auf den Dreißigsten zu treffen, wird sich dem Testator hingegen sehr viel weniger aufdrängen. Fraglich ist aber, ob es auf eine solche Kenntnis überhaupt ankommt, um annehmen zu können, dass es sich beim Verzicht auf eine anderweitige Regelung um eine Zuwendung des gesetzlich vorgesehenen Dreißigsten handelt. Ebenso lässt sich sagen, dass ein Testator in allen Punkten, die er nicht abweichend regelt, mit der gesetzlichen Regelung einverstanden ist, auch wenn er diese nicht im Detail kennt.

Wohlgemerkt: Es geht nicht um Personen, die völlig intestat verstorben sind, sondern um Personen, die zumindest eine letztwillige Schiedsverfügung getroffen haben. Einem Erblasser, der eine solche Verfügung trifft, kann man unterstellen, dass er bei Fragen, die er anderweitig hätte regeln können, aber nicht anderweitig geregelt hat, mit der Gesetzeslage einverstanden ist. Folglich sind auch die Gläubiger des Dreißigsten in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden.

III. Testamentsvollstrecker

Testamentsvollstrecker erhalten keine Zuwendung in dem Sinne, dass sie in Form von Erbteil oder Vermächtnis am Nachlass partizipieren. Freilich kann ein Testamentsvollstrecker zugleich Miterbe oder Vermächtnisnehmer sein.¹⁹ Die entsprechende Zuwendung erhält er dann aber in seiner Funktion als Miterbe oder Vermächtnisnehmer, nicht in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker.

Wenn der Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen darin liegt, dass sie eine Belastung der Zuwendung darstellen, fragt sich, ob Testamentsvollstrecker dennoch in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden sind. Nach § 2221 BGB kann der Testamentsvollstrecker eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit verlangen, wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt. Wenn der Erblasser den Vergütungsanspruch nicht ausgeschlossen hat, könnte die Ver-

¹⁷ Statt aller Staudinger-Dutta, § 1969 BGB, Rn. 15.

¹⁸ Siehe oben Kapitel 4 – B.I.2. (169).

¹⁹ RGRK-Kregel, § 2197 BGB, Rn. 4; MüKo-BGB-W. Zimmermann, § 2197 BGB, Rn. 10–11; indes kann ein Alleinerbe nur ausnahmsweise zugleich Testamentsvollstrecker sein: BGH, Urt. v. 26.1.2005 – IV ZR 296/03, FamRZ 2005, 614, 616.

gütung eine Zuwendung darstellen. Bereits die Bezeichnung als Vergütung deutet hingegen darauf hin, dass dieser Anspruch in der Regel nicht auf der Freigiebigkeit des Erblassers beruht, sondern eine Gegenleistung für die Amtsführung des Testamentsvollstreckers darstellt. Anders kann es sein, wenn die vom Erblasser festgesetzte Vergütung über das angemessene Maß hinausgeht oder wenn es dem Erblasser vor allem darum ging, dem Testamentsvollstrecker eine Einkommensquelle zu verschaffen.²⁰

Für die Schiedsbindung des Testamentsvollstreckers in persönlicher Hinsicht sollte es indes nicht darauf ankommen, ob es sich bei der Ernennung zum Testamentsvollstrecker im Einzelfall (z. B. wegen der hohen Vergütung) um eine Zuwendung in Geld oder Geldeswert handelt. Stattdessen lässt sich die Ernennung zum Testamentsvollstrecker unabhängig von der Vergütung als Zuwendung von Rechtsmacht begreifen. Maßgeblich ist der Umstand, dass der konkret eingesetzte Testamentsvollstrecker sein Amt²¹ und die damit einhergehenden Befugnisse, insbesondere die Verfügungsbefugnis über den Nachlass (§ 2205 Satz 2 BGB), aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers ableitet. Diese Zuwendung von Rechtsmacht ist durch die letztwillige Schiedsverfügung belastet.

Hinzu kommt, dass *Haas'* Argument, wonach die Schiedsbindung auf einem konkludenten Einverständnis der Nachlassbeteiligten beruhe,²² in Bezug auf den Testamentsvollstrecker durchaus überzeugt: Anders als Erben und Vermächtnisnehmer, die ihre Zuwendung *ipso iure* erhalten, muss der zum Testamentsvollstrecker Ernannte das ihm angetragene Amt annehmen. Diese Annahme nach § 2202 Abs. 1 BGB ist konstitutiv.²³ Vor der Entscheidung über Annahme oder Ablehnung wird sich der Ernannte in aller Regel näher mit dem Testament oder Erbvertrag auseinandersetzen, nicht zuletzt, um abschätzen zu können, wie aufwändig die Testamentsvollstreckung wird. Es ist ihm daher zuzumuten, sich auch mit der letztwilligen Schiedsverfügung auseinanderzusetzen und sich erforderlichenfalls beraten zu lassen. Nimmt er das Amt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht an (§ 2202 Abs. 2 Satz 1 BGB), bringt er hierdurch zum Ausdruck, auf Grundlage der Bedingungen, die der Erblasser festgesetzt hat, als Testamentsvollstrecker tätig zu werden. Zu diesen Bedingungen (im untechnischen Sinne) gehört auch die letztwillige Schiedsverfügung.

Die subjektive Schiedsbindung des Testamentsvollstreckers beruht also darauf, dass der Testamentsvollstrecker das ihm anvertraute Amt und die damit

²⁰ RGRK-Kregel, § 2221 BGB, Rn. 2; MüKo-BGB-W. Zimmermann, § 2197 BGB, Rn. 7.

²¹ Dazu, dass der Testamentsvollstrecker Träger eines privaten Amtes ist, siehe Beck-OGK-Grotheer, § 2197 BGB, Rn. 42–44 m. w. N.

²² Hierzu oben Kapitel 3 – B.I.1. (147).

²³ BeckOGK-Leitzen, § 2202 BGB, Rn. 3, Palandt-Weidlich, § 2202 BGB, Rn. 1.

einhergehenden Befugnisse als Zuwendung erhält. Diese Zuwendung darf der Erblasser durch die letztwillige Schiedsverfügung ausgestalten bzw. belasten. Hinzu kommt, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt annehmen muss. In dieser Annahme liegt eine konkludente Zustimmung zur letztwillig verfügten Schiedsbindung.

IV. Pflichtteilsberechtigte

Wer als Abkömmling des Erblassers durch letztwillige Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, hat gem. § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB Anspruch auf den Pflichtteil und ist folglich Pflichtteilsberechtigter. Gleiches gilt gem. § 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB für enterbte Eltern und Ehegatten.

Ausgehend vom hier vorgeschlagenen Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen hängt die Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten in persönlicher Hinsicht davon ab, ob Pflichtteilsberechtigte eine Zuwendung erhalten. Das ist in aller Regel nicht der Fall, denn es ist gerade Voraussetzung der Pflichtteilsberechtigung, durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen zu sein. Anders ist es nur, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil, der an Wert hinter dem Pflichtteil zurückbleibt, oder ein Vermächtnis zugewandt wurde. In diesen Fällen besteht gem. § 2305 BGB Anspruch auf den Zusatzpflichtteil bzw. der Pflichtteil mindert sich gem. § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB um den Wert des Vermächtnisses. Auf diese Konstellationen wird im Rahmen der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht zurückzukommen sein.²⁴

Unabhängig davon, ob die Pflichtteilsberechtigten eine Zuwendung erhalten, möchten einige Autoren die Pflichtteilsberechtigten der letztwilligen Schiedsverfügung unterwerfen, weil diese ihre Rechtsstellung aus einer letztwilligen Verfügung des Erblassers ableiten, nämlich aus der Enterbung.²⁵ Die Pflichtteilsberechtigung, so *Schlosser*, sei nämlich „nur die Kehrseite der unmittelbaren oder mittelbaren Enterbung“.²⁶ Diese Argumentation konzentriert sich in rabulistischer Manier auf die Enterbung als Tatbestandsvoraussetzung der Pflichtteilsberechtigung und lässt den Charakter des Pflichtteilsrechts als *gesetzliche* Mindestbeteiligung außer Acht.²⁷ Freilich gibt es keinen Pflichtteilsanspruch ohne (partielle) Enterbung.²⁸ Dabei geht es dem Erblasser aber nicht darum, den Pflichtteilsberechtigten etwas zuzuwenden, sondern es geht, im Gegenteil, um den Entzug der Stellung als gesetzlicher

²⁴ Hierzu unten Kapitel 4 – C.V.2. (220).

²⁵ *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 92 f.; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 172; Stein/Jonas-Schlosser, § 1066 ZPO, Rn. 3.

²⁶ Stein/Jonas-Schlosser, § 1066 ZPO, Rn. 3.

²⁷ Abl. auch *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 261 („begriffliche[r] Trick“); Staudinger-Otte, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a („sophistisch“).

²⁸ *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 261.

Erbe. Der Anspruch auf den Pflichtteil gründet sich bei wertender Betrachtung auf das Gesetz, nicht auf die Enterbung.²⁹

In dieser Hinsicht unterscheiden sich Pflichtteilsberechtigte von Testamentsvollstreckern, denen kein monetärer Vorteil, sondern ein Amt zugewendet wurde. Der Testamentsvollstrecker erhält sein Amt, weil es der Erblasser so wollte. Der Pflichtteilsberechtigte erhält den Pflichtteil hingegen, obwohl ihn der Erblasser nicht oder zumindest nicht im Umfang der gesetzlichen Erbfolge bedenken wollte. Mangels einer Zuwendung, die mit der letztwilligen Schiedsverfügung belastet werden könnte, sind Pflichtteilsberechtigte daher bereits in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden.³⁰

V. Nachlassgläubiger und -schuldner

Neben Erben, Vermächtnisnehmern, Testamentsvollstreckern und Pflichtteilsberechtigten gibt es Nachlassbeteiligte, die unabhängig vom letzten Willen des Erblassers mit dem Nachlass in Verbindung stehen, nämlich sonstige Nachlassgläubiger und -schuldner.

Wegen § 1967 Abs. 2 BGB hat es sich eingebürgert, zwischen den vom Erblasser herrührenden Schulden (Erblasserschulden) und den Verbindlichkeiten, die den Erben als solchen treffen (Erbfallschulden) zu differenzieren.³¹ Als dritte Kategorie treten die sog. Nachlasserschulden hinzu, d. h. solche Verbindlichkeiten, die der Erbe im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist.³² Für die hier interessierende Frage nach der Schiedsbindung von Nachlassgläubigern und -schuldnern ist diese Differenzierung indes irrelevant, da nach § 1967 Abs. 2 BGB bei-

²⁹ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 419 (Rn. 28) und BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2117 (Rn. 28): „Die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs ist nicht Ausfluss der dem Erblasser in Rahmen der Testierfreiheit zustehenden Verfügungsmacht, sondern zwingende gesetzliche Folge seiner Entscheidung [...]“. Vgl. auch *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 261, wonach die letztwillige Verfügung des Erblassers nicht die „materielle Rechtfertigung“ des Pflichtteilsanspruchs sei.

³⁰ Im Ergebnis ganz h.M.: BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 418 f.; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116 f.; OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035, 1035; LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310, 310 f.; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 251; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 73 f.; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 385 f.; *ders.*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 353; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 138 f.; *Roland Wendt*, Anm. zu LG Heidelberg, 22.10.2013 – 2 O 128/13, ErbR 2014, 401, 402; *ders.*, ErbR 2016, 484, 485 f.; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 422–425; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1297 f.; *Keim*, NJW 2017, 2652, 2653; *Burchard*, ZEV 2017, 308, 310 f.; *ders.*, Anm. zu OLG München, 25.10.2017 – 18 U 1202/17, ZEV 2018, 98, 98.

³¹ *Kipp/Coing*, Erbrecht, 526; *Palandt-Weidlich*, § 1967 BGB, Rn. 1.

spielsweise auch Vermächtnisse und Pflichtteilsrechte zu den Erbfallschulden zählen. Vielmehr kommt es darauf an, ob ein Gläubiger oder Schuldner eine Zuwendung von Todes wegen vom Erblasser erhalten hat.

Dies ist bei den meisten Gläubigern und Schuldnern nicht der Fall: Wer z. B. mit dem Erblasser einen Vertrag geschlossen hat und nun die ihm gebührende Leistung von den Erben verlangen kann (§ 1967 Abs. 1 BGB), erhält keine Zuwendung, die durch die letztwillige Schiedsverfügung belastet sein kann. Ein solcher Gläubiger muss sich nur dann an ein Schiedsgericht wenden, wenn er selbst mit dem Erblasser eine vertragliche Schiedsvereinbarung geschlossen hatte, die nach dem Erbfall für und gegen die Erben wirkt.³² Dasselbe gilt für einen Schuldner, der seine Leistung nun anstatt an den Erblasser an die Erben zu erbringen hat (§ 1922 Abs. 1 BGB).

Ebenso ist es bei Personen, deren Anspruch oder Schuld nicht vom Erblasser herrührt, sondern aus einer Interaktion mit dem Nachlass – sei es, dass sie den Toten bestattet haben (Erbfallschuld³⁴), oder dass sie einen Erbschaftsgegenstand instandgesetzt haben (Nachlasserbenschuld³⁵). All diese Personen sind allenfalls aufgrund einer vertraglichen Schiedsvereinbarung, nicht aber aufgrund einer letztwilligen Schiedsverfügung in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden.³⁶

VI. Nachlasspfleger, Nachlassinsolvenzverwalter und Nachlassverwalter

Die Frage, ob Nachlasspfleger, Nachlassinsolvenzverwalter und Nachlassverwalter durch eine letztwillige Schiedsverfügung gebunden sind, wurde bislang in Rechtsprechung und Literatur noch nicht behandelt. Sie ist allerdings insofern nicht ohne praktische Relevanz, als Nachlassverwalter und Nachlassinsolvenzverwalter zur Prozessführung auf Prozesskostenhilfe angewiesen sein

³² RG, Urt. v. 26.3.1917 – IV 398/16, RGZ 90, 91, 92 f.; BGH, Urt. v. 10.2.1960 – V ZR 39/58, BGHZ 32, 60, 64–66; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 528 f.; Palandt-Weidlich, § 1967 BGB, Rn. 8.

³³ Zur Rechtsnachfolge von Todes wegen in eine Schiedsvereinbarung *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 514; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 45.

³⁴ OLG München, Urt. v. 28.9.1973 – 19 U 1932/73, NJW 1974, 703, 704; Palandt-Weidlich, § 1967 BGB, Rn. 7.

³⁵ *Leipold*, Erbrecht, Rn. 703; *K. W. Lange*, Erbrecht, § 70 Rn. 30.

³⁶ Im Ergebnis unbestritten, siehe beispielsweise *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 249 f.; *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 739; *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 262; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 73; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 138; *Schiffer/Schürmann*, hereditare 4 (2014), 39, 50; *Werner*, ZEV 2011, 506, 508; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 50 f.; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 417; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1297; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 177 Rn. 3; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 6a.

können.³⁷ Da Prozesskostenhilfe nur für das Verfahren vor staatlichen Gerichten gewährt wird, kann es einen Unterschied machen, ob Zugang zu diesen Gerichten und damit Zugang zu Prozesskostenhilfe besteht.³⁸

1. Nachlasspfleger

Nach § 1960 Abs. 1 und 2 BGB kann das Nachlassgericht einen Nachlasspfleger bestellen, sofern dies für die Sicherung des Nachlasses erforderlich ist oder wenn der Erbe unbekannt ist bzw. wenn ungewiss ist, ob der Erbe die Erbschaft angenommen hat.³⁹ Nach § 1961 BGB kann ferner ein Nachlassgläubiger die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragen, wenn er einen Anspruch gegen den Nachlass verfolgen will, aber die Erben als Anspruchsgegner nicht benennen kann.⁴⁰ In beiden Fällen ist der Nachlasspfleger gesetzlicher Vertreter des oder der Erben und daher in einem Prozess nicht Partei kraft Amtes mit eigenen Rechten und Befugnissen.⁴¹

Als gesetzlicher Vertreter ist der Nachlasspfleger selbst nicht schiedsgebunden, denn er ist nicht Partei des Rechtsstreits, sondern Vertreter einer Partei. Es kommt also allein auf die Schiedsbindung des durch den Nachlasspfleger vertretenen Erben an. Der Erbe ist grundsätzlich schiedsgebunden, wobei es dann auf den konkret geltend gemachten Anspruch oder das konkret umstrittene Rechtsverhältnis ankommt. Wenn beispielsweise ein Nachlassgläubiger einen Anspruch gegen den Erben, vertreten durch den Prozesspfleger (§ 1961 BGB), einklagt, ist dieser Streit durch das staatliche Gericht zu entscheiden, weil der Nachlassgläubiger nicht schiedsgebunden ist. Anders ist es, wenn ein Vermächtnisnehmer seinen Vermächtnisanspruch gegen den Erben, wiederum vertreten durch den Nachlasspfleger, einklagt.⁴²

³⁷ Zur Gewährung von Prozesskostenhilfe nach § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO an Parteien kraft Amtes *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 87 Rn. 18–20; zur großen praktischen Relevanz von Prozesskostenhilfe für Rechtsstreitigkeiten des Insolvenzverwalters *MüKo-ZPO-Wache*, § 116 ZPO, Rn. 13.

³⁸ Ist die Nachlassinsolvenzmasse hingegen mittellos, wird die Schiedsverfügung undurchführbar, §§ 1066, 1032 Abs. 1 ZPO. Zur Undurchführbarkeit einer Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit der Insolvenzmasse *Wagner*, KTS 71 (2010), 39, 42 f. (in der Sache gegen die *ipso iure* eintretende Undurchführbarkeit und für ein Kündigungsrecht der armen Partei aus wichtigem Grund).

³⁹ Zu dieser sog. Sicherungspflegschaft *K. W. Lange*, *Erbrecht*, § 48 Rn. 21–27.

⁴⁰ Zu dieser sog. Prozess- oder Klagepflegschaft *K. W. Lange*, *Erbrecht*, § 24 Rn. 28–30.

⁴¹ BGH, Urt. v. 26.10.1967 – VII ZR 86/65, BGHZ 49, 1, 4 f.; BGH, Urt. v. 21.12.1988 – VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2133, 2134; *Leipold*, *Erbrecht*, Rn. 627; *K. W. Lange*, *Erbrecht*, § 48 Rn. 16.

⁴² Zur Schiedsbindung der Vermächtnisnehmer in persönlicher Hinsicht, oben Kapitel 4 – B.II. (171); zur Schiedsbindung des Vermächtnisanspruchs in sachlicher Hinsicht unten Kapitel 4 – C.IV. (217).

2. Nachlassinsolvenzverwalter

Ist der Nachlass überschuldet oder zahlungsunfähig, können nach § 317 Abs. 1 InsO Erben, Nachlasspfleger, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker mit Verwaltungsbefugnis und Nachlassgläubiger das Insolvenzverfahren über den Nachlass beantragen.⁴³ Erben und Nachlassverwalter sind hierzu verpflichtet; andernfalls können sie schadensersatzpflichtig werden (§§ 1980, 1985 Abs. 2 Satz 2 BGB). Das Nachlassinsolvenzverfahren führt zu einer Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben und so zu einer Haftungsbeschränkung auf den Nachlass.⁴⁴

Durch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass gem. § 80 Abs. 1 InsO auf den Nachlassinsolvenzverwalter über. Der Nachlassinsolvenzverwalter ist, ebenso wie der Verwalter im Regelinsolvenzverfahren, nicht gesetzlicher Vertreter, sondern führt Prozesse als Partei kraft Amtes.⁴⁵ Ob die letztwillige Schiedsverfügung den Nachlassinsolvenzverwalter bindet, ist im Gesetz nicht geregelt. Eine Orientierung kann die Schiedsbindung des Regelinsolvenzverwalters bieten.

Im Regelinsolvenzverfahren ist anerkannt, dass der Insolvenzverwalter grundsätzlich an Schiedsvereinbarungen gebunden ist, die der Schuldner geschlossen hat.⁴⁶ Will der Insolvenzverwalter einen schiedsgebundenen Anspruch für die Masse einklagen, muss er sich an das Schiedsgericht wenden.⁴⁷ Umgekehrt kann der Insolvenzverwalter die Schiedseinrede erheben, wenn ein Gläubiger auf Feststellung einer schiedsgebundenen Forderung zur Tabelle klagt.⁴⁸ Ansprüche aus Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) kann der Verwalter hingegen stets vor staatlichen Gerichten geltend machen, selbst wenn die anfechtbare Rechtshandlung im Rahmen eines Rechtsverhältnisses

⁴³ Bei einem Eigenantrag durch Erben, Nachlasspfleger, Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker ist gem. § 320 Satz 2 InsO ferner die drohende Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses Eröffnungsgrund.

⁴⁴ *Leipold*, Erbrecht, Rn. 713; *K. W. Lange*, Erbrecht, § 73 Rn. 148.

⁴⁵ In Bezug auf den Regelinsolvenzverwalter st. Rspr. seit RG, Urt. v. 30.3.1892 – V 255/91, RGZ 29, 29, 30–38; zuletzt BGH, Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260, 260; zum Nachlassinsolvenzverwalter *K. W. Lange*, Erbrecht, § 73 Rn. 166.

⁴⁶ RG, Urt. v. 8.6.1932 – VII 49/32, RGZ 137, 109, 111; BGH, Urt. v. 28.2.1957 – VII ZR 204/56, BGHZ 24, 15, 18; BGH, Beschl. v. 20.11.2003 – III ZB 24/03, ZInsO 2004, 88, 88; BGH, Beschl. v. 9.8.2016 – I ZB 1/15, NJW 2017, 488, 489; *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 65 f.; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 131 f.; *Wagner*, KTS 71 (2010), 39, 41 f.; *Stein/Jonas-Schlosser*, § 1029 ZPO, Rn. 86; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 50; *Musielak/Voit-Voit*, § 1029 ZPO, Rn. 8; a.A. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 13.28.

⁴⁷ *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 74 f.; *Wagner*, KTS 71 (2010), 39, 43.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 29.1.2009 – III ZB 88/07, BGHZ 179, 304, 307 f. (Rn. 11); *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 128–131; *Wagner*, KTS 71 (2010), 39, 44 f.

vorgenommen wurde, das einer Schiedsvereinbarung unterliegt. Das Recht zur Insolvenzanfechtung steht nämlich originär und ausschließlich dem Verwalter zu, sodass der Schuldner nicht befugt ist, hierüber in prozessualer Hinsicht zu disponieren.⁴⁹

Übertragen auf das Nachlassinsolvenzverfahren folgt hieraus zunächst, dass der Nachlassinsolvenzverwalter ebenfalls an *Schiedsvereinbarungen* gebunden ist, die der Erblasser geschlossen hat. Will er also einen schiedsgebundenen Anspruch für den Nachlass einklagen, muss er sich an das Schiedsgericht wenden. Klagt hingegen ein Nachlassgläubiger auf Feststellung eines schiedsgebundenen Anspruchs zur Tabelle, kann der Nachlassinsolvenzverwalter die Schiedseinrede erheben.

Bei letztwilligen Schiedsverfügungen ist die Lage im Prinzip ähnlich: Die Schiedsverfügung ersetzt die Schiedsvereinbarung im Verhältnis zweier Zuwendungsempfänger. Der Nachlassinsolvenzverwalter ist zwar kein Zuwendungsempfänger, aber er tritt als Partei kraft Amtes an die Stelle des Erben. Ein Streit, der zwischen dem Erben und einem anderen Nachlassbeteiligten schiedsgebunden wäre, ist auch schiedsgebunden, wenn er gegenüber dem Nachlassinsolvenzverwalter zu führen ist.

Die wichtige Ausnahme hierzu bilden Ansprüche, die dem Nachlassinsolvenzverwalter als solchem zustehen, d. h. vor allem Anfechtungsansprüche. In der Nachlassinsolvenz werden die Anfechtungsmöglichkeiten dadurch erweitert, dass gem. § 322 InsO Leistungen des Erben auf ein Vermächtnis, eine Auflage oder einen Pflichtteilsanspruch wie eine unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO) anfechtbar sind. Hat beispielsweise der Erbe vor Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens ein Vermächtnis erfüllt, kann der Verwalter das Geleistete im Wege der Anfechtung zum Nachlass zurückholen. Der Vermächtnisnehmer kann sich in diesem Anfechtungsprozess nicht mit Erfolg auf die Schiedsverfügung berufen und die Schiedseinrede erheben.

Schließlich sind die in § 1978 BGB genannten Ansprüche in Bezug auf die letztwillige Schiedsverfügung einzuordnen. Nach § 1978 Abs. 3 BGB kann der Erbe für Aufwendungen auf den Nachlass, die er vor Annahme der Erbschaft gemacht hat, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen. Für Aufwendungen, die er nach Annahme der Erbschaft gemacht hat, besteht ein Aufwendungsersatzanspruch nach Auftragsrecht.⁵⁰ Gem. § 324 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind diese Ansprüche als Masseverbindlichkeiten vorrangig zu befriedigen. Umgekehrt haftet der Erbe den

⁴⁹ BGH, Urt. v. 17.10.1956 – IV ZR 137/56, NJW 1956, 1920, 1921; BGH, Urt. v. 28.2.1957 – VII ZR 204/56, BGHZ 24, 15, 18; BGH, Beschl. v. 20.11.2003 – III ZB 24/03, ZInsO 2004, 88, 88; *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 76–78; *Wagner*, KTS 71 (2010), 39, 48 f. MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 50.

⁵⁰ RGRK-Johannsen, § 1978 BGB, Rn. 13; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 548; BeckOGK-Herzog, § 1978 BGB, Rn. 71–79.

Nachlassgläubigern wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag bzw. wie ein Beauftragter, § 1978 Abs. 1 BGB.⁵¹ Nach § 1978 Abs. 2 BGB gelten diese Ansprüche als zum Nachlass gehörig, was insbesondere bedeutet, dass nur der Nachlassinsolvenzverwalter sie durchsetzen kann.⁵²

Die Ersatzansprüche gegen den Erben stehen trotz der durch § 1978 Abs. 2 BGB bewirkten Bündelung der Durchsetzung in der Hand des Nachlassinsolvenzverwalters materiell den Nachlassgläubigern zu. Weil die Nachlassgläubiger durch eine letztwillige Schiedsverfügung nicht gebunden sind, kann auch der Nachlassinsolvenzverwalter diese Ansprüche stets vor den staatlichen Gerichten einklagen. Der Erbe kann sich gegen die Klage des Nachlassinsolvenzverwalters nicht mit der Schiedseinrede verteidigen und braucht sich umgekehrt auf ein vom Insolvenzverwalter angestrebtes Schiedsverfahren nicht einzulassen.

Bei den Ersatzansprüchen des Erben gegen den Nachlass handelt es sich hingegen genau genommen um Ansprüche des Erben „gegen sich selbst“, denn Rechtsträger des Nachlasses ist trotz Nachlassinsolvenz der Erbe.⁵³ Das scheint zunächst dafür zu sprechen, diese Ansprüche der letztwilligen Schiedsverfügung zu unterwerfen. Dann aber bliebe unberücksichtigt, dass es sich um Ansprüche handelt, die das Gesetz gewährt, um die nachträgliche Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben umzusetzen. Es handelt sich also um Ansprüche, die sich ihrem Wesen nach nicht aus der letztwilligen Verfügung ergeben, sondern aus dem Gesetz. Hinzu kommt, dass diese Ansprüche dazu dienen, das Eigenvermögen des Erben zu erhalten. In Bezug auf dieses Eigenvermögen muss sich der Erbe keine Verkürzung des Justizgewährungsanspruchs durch die letztwillige Schiedsverfügung gefallen lassen. Er kann die in § 1978 Abs. 3 BGB genannten Ersatzansprüche also vor staatlichen Gerichten einklagen.

3. *Nachlassverwalter*

Der Nachlassverwalter steht zwischen Nachlasspfleger und Nachlassinsolvenzverwalter. Nach § 1975 BGB ist die Nachlassverwaltung eine Art der Nachlasspflegschaft, weshalb der Nachlassverwalter als besonderer Nachlasspfleger bezeichnet wird.⁵⁴ Zugleich führt die Nachlassverwaltung zur

⁵¹ RGRK-Johannsen, § 1978 BGB, Rn. 1; Kipp/Coing, Erbrecht, 548; Leipold, Erbrecht, Rn. 708; BeckOGK-Herzog, § 1978 BGB, Rn. 7; Palandt-Weidlich, § 1978 BGB, Rn. 2–3.

⁵² OLG Königsberg, Urt. v. 17.8.1937 – 2 U 73/37, HRR 1938, Nr. 210; RGRK-Johannsen, § 1978 BGB, Rn. 11; BeckOGK-Herzog, § 1978 BGB, Rn. 67; Palandt-Weidlich, § 1978 BGB, Rn. 4.

⁵³ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 33.11; K. W. Lange, Erbrecht, § 73 Rn. 163.

⁵⁴ Kipp/Coing, Erbrecht, 545; Leipold, Erbrecht, Rn. 707; K. W. Lange, Erbrecht, § 48 Rn. 16.

Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen der Erben und somit zur Bildung eines Sondervermögens.⁵⁵ In dieser Hinsicht gleicht die Nachlassverwaltung dem Nachlassinsolvenzverfahren.

Auch die Stellung des Nachlassverwalters gleicht derjenigen des Nachlassinsolvenzverwalters darin, dass er in Bezug auf den Nachlass nicht gesetzlicher Vertreter der Erben ist, sondern Partei kraft Amtes.⁵⁶ Wie beim Nachlassinsolvenzverwalter kommt es deshalb beim Nachlassverwalter darauf an, ob der Rechtsstreit zwischen dem Erben und einem anderen Nachlassbeteiligten aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung vor dem Schiedsgericht zu führen gewesen wäre. So kann der Nachlassverwalter beispielsweise die Schiedseinrede erheben, wenn er von einem Vermächtnisnehmer auf Erfüllung des Vermächtnisses verklagt wird. Klagt hingegen ein Nachlassgläubiger, der nicht durch die letztwillige Schiedsverfügung gebunden ist, muss die Schiedseinrede des Nachlassverwalters scheitern.

Ein Anfechtungsrecht steht dem Nachlassverwalter im Gegensatz zum Nachlassinsolvenzverwalter nicht zu. Aber es gibt andere Ansprüche, die sich aus der gesetzlichen Regelung der Nachlassverwaltung ergeben und die daher nicht schiedsgebunden sind. Hierzu gehört der Anspruch des Nachlassverwalters gegen den Erben auf Herausgabe der Erbschaft zum Zweck der Verwaltung, der sich aus § 1985 Abs. 1 BGB ergibt.⁵⁷ Weil dieser gesetzliche Anspruch originär dem Nachlassverwalter zusteht, kann der Nachlassverwalter die Herausgabeklage trotz letztwilliger Schiedsverfügung vor den staatlichen Gerichten erheben.⁵⁸ Gleiches gilt für den spiegelbildlichen Ausantwortungsanspruch des Erben gegen den Nachlassverwalter gem. § 1986 Abs. 1 BGB

⁵⁵ *Kipp/Coing*, *Erbrecht*, 549; *BeckOGK-Herzog*, § 1975 BGB, Rn. 106.

⁵⁶ RG, Urt. v. 4.1.1932 – IV 353/31, RGZ 135, 305, 306 f.; RG, Urt. v. 3.2.1936 – IV 139/35, RGZ 150, 189, 190; KG, Beschl. v. 29.11.2005 – 1 W 180/03, *FamRZ* 2006, 559, 559; *BeckOGK-Herzog*, § 1975 BGB, Rn. 106; zu Parallelen zwischen Nachlassverwalter und Nachlassinsolvenzverwalter ferner *K. W. Lange*, *Erbrecht*, § 73 Rn. 97.

⁵⁷ *RGRK-Johannsen*, § 1985 BGB, Rn. 4; *MüKo-BGB-Küpper*, § 1985 BGB, Rn. 3; *Palandt-Weidlich*, § 1985 BGB, Rn. 5.

⁵⁸ Ob der Nachlassverwalter überhaupt eine entsprechende Herausgabeklage erheben muss oder ob er die Herausgabe direkt aus dem Beschluss, durch den Nachlassverwaltung angeordnet wurde, vollstrecken kann, ist umstritten: Für eine direkte Vollstreckung des Beschlusses z.B. *Kipp/Coing*, *Erbrecht*, 551; dafür auch, zumindest bei Gegeständen, die unstreitig zum Nachlass gehören, *RGRK-Johannsen*, § 1985 BGB, Rn. 5; generell dagegen z.B. KG, Beschl. v. 19.5.1958 – 1 W 1482/58, *NJW* 1958, 2071, 2072; LG Stuttgart, Beschl. v. 9.8.1977 – 2 T 549/77, *BWNNotZ* 1978, 164, 164; *MüKo-BGB-Küpper*, § 1985 BGB, Rn. 5; *Palandt-Weidlich*, § 1985 BGB, Rn. 5. *MüKo-BGB-Küpper*, § 1985 BGB, Rn. 3 weist zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber in § 148 Abs. 2 InsO ausdrücklich angeordnet hat, dass der Insolvenzeröffnungsbeschluss Vollstreckungstitel zur Herausgabe der Masse an den Insolvenzverwalter ist. *E contrario* ist der Beschluss, durch den Nachlassverwaltung angeordnet wird, richtigerweise nicht Vollstreckungstitel.

nach Aufhebung der Nachlassverwaltung.⁵⁹ Für die in § 1978 BGB geregelten Ansprüche gilt schließlich das zur Schiedsbindung des Nachlassinsolvenzverwalters Gesagte auch für den Nachlassverwalter.

C. Reichweite in sachlicher Hinsicht

Bei der Darstellung der Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht hat sich gezeigt, dass es nicht möglich ist, die Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht völlig von derjenigen in sachlicher Hinsicht zu trennen. Niemand ist ausnahmslos schiedsgebunden, sondern es kommt stets auf den konkreten Anspruch an, der Gegenstand des Rechtsstreits ist. Ausgehend davon, dass der Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen darin liegt, dass diese eine Belastung der Zuwendung darstellen, sind diejenigen Ansprüche schiedsgebunden, die sich aus der Zuwendung ergeben. Die letztwillige Schiedsverfügung betrifft also – in den Worten *Strohals* – Ansprüche, „welche lediglich auf der vom Erblasser getroffenen letztwilligen Anordnung beruhen.“⁶⁰ Welche Ansprüche dies sind, wird im Folgenden anhand von Fallgruppen erarbeitet.

Zuvor ist darzulegen, was in diesem Kontext mit „Anspruch“ gemeint ist. Das deutsche Privatrecht kennt zwei Anspruchsbegriffe, nämlich den materiellen und den prozessualen. Der materielle Anspruch wird durch § 194 Abs. 1 BGB als das Recht definiert, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.⁶¹ Dem steht der prozessuale Anspruch gegenüber, der in der ZPO nicht definiert, aber z.B. in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und § 322 Abs. 1 ZPO genannt wird.⁶² Dieser prozessuale Anspruch wird heute ganz überwiegend

⁵⁹ Dazu, dass § 1986 Abs. 1 BGB trotz des uneindeutigen Wortlauts einen entsprechenden Anspruch des Erben begründet, siehe RG, Urt. v. 3.2.1936 – IV 139/35, RGZ 150, 189, 190; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 553; *K. W. Lange*, Erbrecht, § 73 Rn. 146.

⁶⁰ *Strohals*, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, 123 (dort Fn. 4); wortgleich *Planck-ders.*, § 1937 BGB; ähnlich *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 128; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 424; *Schiffer*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 81; a.A. *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 247 mit dem Argument, diese Formulierung sei zu eng, um die Ansprüche gesetzlicher Erben zu erfassen. Siehe aber zur Schiedsbindung der gesetzlichen Erben oben Kapitel 4 – B.I.2. (169).

⁶¹ BGH, Urt. v. 22.10.2013 – XI ZR 42/12, BGHZ 198, 294, 303 (Rn. 25); *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 290–291; *MüKo-BGB-Grothe*, § 194 BGB, Rn. 2; *Jauernig-Mansel*, § 194 BGB, Rn. 2; *Palandt-Ellenberger*, § 194 BGB, Rn. 2.

⁶² BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 5; BGH, Urt. v. 5.11.2009 – IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77, 80 (Rn. 9); BGH, Urt. v. 22.10.2013 – XI ZR 42/12, BGHZ 198, 294, 303 (Rn. 25); *MüKo-ZPO-Gottwald*, § 322 ZPO, Rn. 110.

im Sinne des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs als Kombination von Klagantrag und konkretisierendem Lebenssachverhalt verstanden.⁶³

Die Schiedsbindung bezieht sich auf den prozessualen Anspruch, obwohl das aus den schiedsverfahrensrechtlichen Vorschriften der ZPO nicht klar hervorgeht. § 1029 Abs. 1 ZPO spricht lediglich von „Streitigkeiten“ als Gegenstand der Schiedsvereinbarung. § 1066 ZPO enthält überhaupt keine Angabe dazu, worauf sich die Schiedsverfügung bezieht. Etwas deutlicher ist § 1032 Abs. 1 ZPO, wo es heißt, dass der Beklagte die Schiedseinrede erheben kann, wenn die „Klage in einer Angelegenheit erhoben [wird], die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist“. Hierbei soll es auf den prozessualen Anspruch ankommen.⁶⁴ Der Gegenstand der Schiedsvereinbarung bzw. der Schiedsverfügung muss aber derselbe Gegenstand sein, den § 1032 Abs. 1 ZPO meint. Andernfalls könnte die Schiedsvereinbarung oder -verfügung nicht mithilfe der Schiedseinrede durchgesetzt werden.

Für ein prozessuales Verständnis spricht auch, dass das Schiedsgericht andernfalls nicht über Feststellungsklagen entscheiden könnte, und zwar weder über positive noch über negative Feststellungsklagen. Gegenstand der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO ist nämlich nicht der materielle Anspruch im Sinne von § 194 Abs. 1 BGB, sondern das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses.⁶⁵ Wäre der materielle Anspruch anstelle des prozessualen Anspruchs schiedsgebunden, könnte ein potentieller Beklagter die Schiedsbindung leicht umgehen, indem er eine negative Feststellungsklage zu den staatlichen Gerichten erhebt.

Auch bei letztwillig angeordneten Schiedsverfahren wäre es unsinnig, wenn beispielsweise die Leistungsklage auf Erfüllung eines Vermächtnisses schiedsgebunden wäre, nicht aber die Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen des Vermächtnisanspruchs. Eine Entscheidung des Schiedsgerichts über Feststellungsklagen ist aber nur möglich, wenn die Schiedsbindung prozessuale Ansprüche betrifft. Daher ist der prozessuale Anspruch und

⁶³ BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 5; BGH, Urt. v. 5.11.2009 – IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77, 80 f. (Rn. 10); BGH, Beschl. v. 27.11.2013 – II ZB 59/13, BGHZ 199, 159, 165 (Rn. 16); BGH, Beschl. v. 3.3.2016 – IX ZB 33/14, BGHZ 209, 168, 175 f. (Rn. 27); MüKo-ZPO-Gottwald, § 322 ZPO, Rn. 110; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 93 Rn. 10–13.

⁶⁴ MüKo-ZPO-Münch, § 1032 ZPO, Rn. 7; Stein/Jonas-Schlosser, § 1032 ZPO, Rn. 26 verwendet den Begriff „Streitgegenstand“, der gleichbedeutend ist mit „prozessualer Anspruch“.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 2.12.2010 – IX ZR 247/09, BGHZ 187, 337, 340 f. (Rn. 12); Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 93 Rn. 8.; Palandt-Ellenberger, § 194 BGB, Rn. 2. Die Feststellungsklage hat allerdings keinen Erfolg, wenn das festzustellende materielle Rechtsverhältnis nicht besteht oder der festzustellende materielle Anspruch verjährt ist: BGH, Beschl. v. 3.3.2016 – IX ZB 33/14, BGHZ 209, 168, 173 f. (Rn. 23).

nicht der einzelne materielle Anspruch Gegenstand der letztwillig verfügten Schiedsbindung.⁶⁶

Dennoch werden im Folgenden materielle Ansprüche behandelt. Das liegt daran, dass der prozessuale Anspruch das materielle Recht aktualisiert, obwohl der materielle Anspruch selbst nicht Streitgegenstand ist. Es ist nicht möglich, sinnvoll über den prozessualen Anspruch zu sprechen und dabei das materielle Recht auszuklammern. Der Lebenssachverhalt, der den prozessualen Anspruch konkretisiert, wird nämlich auch durch den materiellen Anspruch geprägt.⁶⁷ So vereint eine Klage auf hundert Euro als Vermächtnis und weitere hundert Euro als Pflichtteilsanspruch zwei verschiedene prozessuale Ansprüche. Das erhellt aber nur daraus, dass das materielle Recht Vermächtnis und Pflichtteil unterschiedlich regelt und an unterschiedliche Voraussetzungen knüpft.⁶⁸

Wenn daher im Folgenden von der Schiedsbindung materieller Ansprüche die Rede ist, handelt es sich um eine terminologische Vereinfachung. Durch sie wird die sprachliche Verrenkung vermieden, von der „Schiedsbindung des prozessualen Anspruchs, der einen bestimmten materiellen Anspruch aktualisiert“, zu sprechen.

I. Auslegung letztwilliger Verfügungen

Die Auslegung von letztwilligen Verfügungen spielt in Erbstreitigkeiten häufig eine große Rolle.⁶⁹ Das liegt auch daran, dass testamentarische Verfügungen grundsätzlich subjektiv auszulegen sind.⁷⁰ Weil sie nicht empfangsbefähigt sind, kommt es nicht darauf an, wie ein objektiver Dritter die Willenserklärung verstehen würde, sondern darauf, wie sie vom Erblasser gemeint war. Die Erforschung dessen, „was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte“⁷¹, ist streitträchtig, weil der Erblasser tot ist und nicht mehr nach seinem Willen befragt werden kann. Erschwerend kommt hinzu, dass letztwillige Verfügungen nicht selten lange Zeit vor dem Erbfall getroffen wer-

⁶⁶ Vgl. Zöller-Geimer, § 1029 ZPO, Rn. 17: Schiedsverfügung sei „prozessualer Dispositionsakt über den Streitgegenstand“.

⁶⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 93 Rn. 12.

⁶⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.11.2013 – II ZB 59/13, BGHZ 199, 159, 166 (Rn. 17): „Eine Mehrheit von Streitgegenständen kann jedoch bei gleichem Antrag auch dann vorliegen, wenn die materiell-rechtliche Regelung die zusammentreffenden Ansprüche erkennbar unterschiedlich ausgestaltet [...]“. Ähnlich BGH, Beschl. v. 3.3.2016 – IX ZB 33/14, BGHZ 209, 168, 176 f. (Rn. 28) mit Beispielen.

⁶⁹ Röthel, Erbrecht, § 19 Rn. 1.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 8.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41, 45; Röthel, Erbrecht, § 19 Rn. 2; Leipold, Erbrecht, Rn. 361–362; zu Auslegung von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten siehe MüKo-BGB-ders., § 2084 BGB, Rn. 56–58.

⁷¹ BGH, Urt. v. 7.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256, 256; ähnlich bereits zuvor BGH, Urt. v. 8.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41, 46.

den, sodass durch Auslegung zu ermitteln ist, ob später eingetretene Veränderungen berücksichtigt werden müssen.⁷²

Es erstaunt deshalb nicht, dass sich die Literatur mit der Frage befasst hat, ob letztwillig angeordnete Schiedsgerichte befugt sind, letztwillige Verfügungen auszulegen.⁷³ Allerdings stellt die Auslegung als solche keinen Anspruch dar, über den vom Schiedsgericht zu entscheiden ist oder nicht. Die Frage ist also dahin zu präzisieren, ob das Schiedsgericht über Ansprüche entscheiden kann, wenn es zur Entscheidung über den Anspruch erforderlich ist, eine letztwillige Verfügung auszulegen.

Diese Frage ist zu bejahen, sofern der Streitgegenständliche Anspruch als solcher schiedsgebunden ist.⁷⁴ Das Schiedsgericht tritt nämlich, wenn es über einen schiedsgebundenen Anspruch zu entscheiden hat, an die Stelle der staatlichen Gerichte und entscheidet nach denselben Maßstäben, nach denen das staatliche Gericht entscheiden würde.⁷⁵ Dazu gehört es auch, eine letztwillige Verfügung erforderlichenfalls auszulegen. Praktisch ist es gar nicht denkbar, dass das Schiedsgericht eine Entscheidung trifft, ohne eine letztwillige Verfügung auszulegen. Es muss nämlich in jedem Rechtsstreit zumindest implizit die letztwillige Schiedsverfügung auslegen, um zu eruieren, ob der zu entscheidende Streit unter die Schiedsverfügung fällt. Gleichermäßen kann das Schiedsgericht andere Bestimmungen des Testaments oder Erbvertrags auslegen, sofern dies zur Entscheidung über den schiedsgebundenen Anspruch nötig ist.

Die Befugnis des Schiedsgerichts, letztwillige Verfügungen auszulegen, wird dabei nicht durch § 2065 BGB begrenzt. Nach dieser Vorschrift darf der

⁷² Röhmel, Erbrecht, § 19 Rn. 1; Leipold, Erbrecht, Rn. 361.

⁷³ Siehe beispielsweise Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 247 f.; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 95; Haas, ZEV 2007, 49, 54; Crezelius, in: FS H. P. Westermann, 161, 168–170; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 259 f.; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 49; K. W. Lange, ZZZ 128 (2015), 407, 418; ders., Erbrecht, § 31 Rn. 59.

⁷⁴ RG, Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76, 77; OLG München, Beschl. v. 13.10.2017 – 34 SchH 8/17, FamRZ 2018, 533, 533 (in casu: Schiedsgericht hat durch Auslegung zu ermitteln, ob Antragsteller als „arme bedürftige Verwandte“ Anspruch auf ein Vermächtnis haben); RGRK-Kregel, Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 6; Soergel-Stein, § 1937 BGB, Rn. 10; Schulze, MDR 2000, 314, 317; Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 248; Staudinger-ders., Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 9; Haas, ZEV 2007, 49, 54; Crezelius, in: FS H. P. Westermann, 161, 168; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 259 f.; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 49; K. W. Lange, ZZZ 128 (2015), 407, 418; ders., Erbrecht, § 31 Rn. 59; Zöller-Geimer, § 1066 ZPO, Rn. 17; Palandt-Weidlich, § 1937 BGB, Rn. 9.

⁷⁵ Zu Rechtswahlmöglichkeit im Schiedsverfahren siehe Mankowski, ZEV 2014, 395, 399 f.; zur im letztwillig angeordneten Schiedsverfahren richtigerweise nicht zulässigen Entscheidung *ex aequo et bono* (§ 1051 Abs. 3 ZPO) Staudinger-Otte, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 10 (m. w. N. zur Gegenmeinung).

Testator weder die Entscheidung, ob seine Verfügung gelten soll (§ 2065 Abs. 1 BGB), noch die Auswahl des Bedachten oder des Zuwendungsgegenstands einem anderen übertragen (§ 2065 Abs. 2 BGB).⁷⁶ Hieraus hat *Kipp* den Schluss gezogen, dass das letztwillig eingesetzte Schiedsgericht nicht über die Frage entscheiden dürfe, wer Erbe ist.⁷⁷

Die vom Schiedsgericht verlangte Rechtsanwendung ist aber, auch wenn sie mit einer Auslegung einhergeht, etwas grundsätzlich anderes als die durch § 2065 BGB verbotene Willensentscheidung.⁷⁸ Durch Auslegung – auch durch ergänzende Auslegung⁷⁹ – versucht das Schiedsgericht nämlich, den Willen des Erblassers zu rekonstruieren und nicht, seinen eigenen Willen zur Geltung zu bringen. Ein Verstoß gegen § 2065 BGB liegt nur dann vor, wenn der Erblasser anordnet, das Schiedsgericht solle nach eigenem Gutdünken entscheiden, wer Erbe ist oder welcher Erbe wieviel erhalten soll.⁸⁰ Bei einer solchen Anordnung handelt es sich indes nicht um eine letztwillige Schiedsverfügung im Sinne von § 1066 ZPO, weil der Erblasser dem Schiedsgericht nicht die Entscheidung eines Rechtsstreits, sondern eine Willensentscheidung überträgt.⁸¹ Bei genauer Betrachtung kann es daher ebenso wenig zu einem Konflikt zwischen einer echten Schiedsverfügung und § 2065 BGB kommen, wie es zu einem Konflikt zwischen einer staatsgerichtlichen Entscheidung und § 2065 BGB kommt.

II. Unwirksamkeit oder Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen

In den USA haben die fünf Bundesstaaten, die Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen erlassen haben, Streitigkeiten um die Wirksamkeit des

⁷⁶ Statt vieler *Röthel*, Erbrecht, § 16 Rn. 13; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 278; krit. zu dieser Entscheidung des BGB-Gesetzgebers *R. Zimmermann*, „Quos Titius voluerit“, 50–62.

⁷⁷ *Kipp*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band V, § 128; ebenso *U. Walter*, MittRhNotK 1984, 69, 77; anders nun *Kipp/Coing*, Erbrecht, 424 f.

⁷⁸ OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 847; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 137; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 170; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 795; *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 2; *Staudinger-Otte*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 9; *Zöller-Geimer*, § 1066 ZPO, Rn. 17. Diesen Unterschied erkennt auch *Kipp*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band V, § 128 an, hält § 2065 BGB aber dennoch für einschlägig.

⁷⁹ Die dem Schiedsgericht daher ebenfalls zu gestatten ist: *RGRK-Kregel*, Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 6; *Schulze*, MDR 2000, 314, 317; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 248; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 69; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 9; a.A. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 32 Rn. 26; *HK-ZPO-Saenger*, § 1066 ZPO, Rn. 3.

⁸⁰ *RGRK-Kregel*, Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 6; *Soergel-Stein*, § 1937 BGB, Rn. 9; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 205; *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 2. Zu § 2065 BGB und der Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach Billigkeit (§ 1051 Abs. 3 ZPO) unten Kapitel 4 – C.III.2.b)aa) (211).

⁸¹ *Soergel-Stein*, § 1937 BGB, Rn. 9.

Testaments oder Trusts von der Schiedsbindung ausgenommen.⁸² In Deutschland geht die Literatur hingegen davon aus, dass das nach § 1066 ZPO eingesetzte Schiedsgericht über die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit von Testamenten oder Erbverträgen bzw. von einzelnen darin enthaltenen Verfügungen entscheiden könne.⁸³

Auch hier ist zu präzisieren, dass Unwirksamkeit oder Nichtigkeit⁸⁴ als solche keine Ansprüche darstellen, die schiedsgebunden sein können oder nicht. Schiedsgebunden kann nur der Anspruch sein, der sich daraus ergibt, dass eine letztwillige Verfügung ganz oder zum Teil unwirksam oder nichtig ist. Hierbei kann es sich um einen rein prozessualen Anspruch handeln, z. B. um den Anspruch auf Feststellung, dass gesetzliche Erbfolge eingetreten sei, weil das Testament unwirksam ist.⁸⁵ Ebenso kann es sich um einen auch materiellen Anspruch handeln, z. B. um den Anspruch des wahren Erben gegen den Erbschaftsbesitzer auf Herausgabe des Nachlasses nach § 2018 BGB.

Um die Frage zu beantworten, ob das nach § 1066 ZPO eingesetzte Schiedsgericht über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen entscheiden kann, ist es essentiell, zwischen zwei Szenarien zu unterscheiden: Im ersten Szenario betrifft die geltend gemachte Unwirksamkeit auch die letztwillige Schiedsverfügung. Dann betrifft der Rechtsstreit nicht nur die Schiedsbindung des Anspruchs in sachlicher Hinsicht, sondern auch um die vorgelagerte Frage, ob das Schiedsverfahren überhaupt wirksam an-

⁸² Siehe oben Kapitel 2 – D.IV.3.b) (112).

⁸³ *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 129; *RGRK-Kregel*, Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 6; *Schiffer*, BB Beil. 5 1995, 2, 4 f.; *ders.*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 79 f.; *Schiffer/Schürmann*, hereditare 4 (2014), 39, 51 f.; *Happe*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 85, 89; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 248 f.; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 68; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8; *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 739; *K.H. Schwab/G. Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 32 Rn. 26; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 113–115; *Werner*, ZEV 2011, 506, 508 f.; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 48 f.; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 420 f.; *ders.*, Erbrecht, § 31 Rn. 59; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 33.

⁸⁴ Es hat sich eingebürgert, bei letztwilligen Verfügungen zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit zu unterscheiden. Unwirksame Verfügungen bleiben aus tatsächlichen Gründen ohne Wirkung (so z. B. ein widerrufenes Testament), während nichtige Verfügungen aus Rechtsgründen unwirksam sind (so z. B. ein formnichtiges Testament): *Röthel*, Erbrecht, § 20 Rn. 2; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 408–410; die Unterscheidung für unfruchtbar haltend *Brox/Walker*, Erbrecht, § 18 Rn. 2. Im Folgenden wird Unwirksamkeit als Oberbegriff für Unwirksamkeit und Nichtigkeit verwendet.

⁸⁵ Die Feststellungsfähigkeit der Erbenstellung wird in § 27 Abs. 1 ZPO erwähnt und damit als möglich vorausgesetzt: BGH, Urt. v. 14.4.2010 – IV ZR 135/08, FamRZ 2010, 1068, 1069; OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, Rn. 57 (juris).

geordnet wurde. Im zweiten Szenario betrifft die geltend gemachte Unwirksamkeit hingegen nur andere Teile des Testaments oder Erbvertrags, nicht die letztwillige Schiedsverfügung selbst.

1. *Wirksamkeitsstreitigkeiten um die letztwillige Schiedsverfügung*

Wenn die von einer Partei ins Feld geführte Unwirksamkeit geeignet ist, zugleich die Wirksamkeit der Schiedsverfügung in Zweifel zu ziehen, fragt sich, auf welcher Grundlage das Schiedsgericht über diesen Streit entscheiden kann und darf. Ein ganz ähnliches Problem tritt auch bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren auf: Erfasst die Nichtigkeit des Hauptvertrages auch die Schiedsvereinbarung? Und wer entscheidet hierüber?

Da § 1066 ZPO die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren für entsprechend anwendbar erklärt, wird zunächst dargestellt, wie diese Probleme in der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit gelöst werden. Sodann wird eruiert, inwiefern diese Lösungen auf letztwillige Schiedsverfügungen übertragbar sind.

a) *Unwirksamkeitsstreitigkeiten bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren*

Das auf vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren zugeschnittene Schiedsverfahrensrecht des zehnten Buchs der ZPO unterscheidet zwischen der Frage nach dem Verhältnis von Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung und der Frage, wer über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entscheidet.

aa) *Verhältnis der Schiedsvereinbarung zum Hauptvertrag*

Die Schiedsvereinbarung bildet einen eigenständigen Vertrag, der in seiner Wirksamkeit von anderen Rechtsgeschäften grundsätzlich unabhängig ist.⁸⁶ Wird die Schiedsvereinbarung als selbständige Schiedsabrede geschlossen (§ 1029 Abs. 2 Alt. 1 ZPO), folgt dies aus der Selbständigkeit dieser Abrede.⁸⁷ Wenn beispielsweise zwei Parteien am 1. Januar einen Kaufvertrag schließen und sich am 1. Februar entscheiden, eine Schiedsabrede in Bezug auf alle Streitigkeiten zu schließen, die sich aus dem Vertrag vom 1. Januar ergeben können, leuchtet ein, dass die Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 1. Januar die Schiedsabrede vom 1. Februar grundsätzlich nicht berührt. Die Schiedsabrede ist auch nicht gegenstandslos geworden, weil das Schiedsge-

⁸⁶ Dieser Grundsatz wird in Anlehnung an die US-amerikanische *doctrine of separability* bzw. *severability* zuweilen als Trennungsprinzip bezeichnet: HansOLG, Beschl. v. 21.12.2012 – 6 Sch 19/12, SchiedsVZ 2013, 180, 181 f.; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 532; MüKo-ZPO-Münch, § 1040 ZPO, Rn. 8.

⁸⁷ A.A. MüKo-ZPO-Münch, § 1040 ZPO, Rn. 8; BeckOK ZPO-Wolf/Eslami, § 1040 ZPO, Rn. 7, die auch insofern § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO anwenden wollen.

richt nun die Nichtigkeit des Kaufvertrags feststellen und gegebenenfalls über Rückgewähransprüche befinden kann.

Wird die Schiedsvereinbarung als Klausel des Hauptvertrags geschlossen (§ 1029 Abs. 2 Alt. 2 ZPO), ordnet § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO an, dass diese Schiedsklausel für die Zwecke der Zuständigkeitsprüfung des Schiedsgerichts als unabhängige Vereinbarung zu behandeln ist. § 1040 Abs. 2 Satz 2 ZPO weicht damit von § 139 BGB ab, sodass die Nichtigkeit des Hauptvertrags im Zweifel nicht die Nichtigkeit der Schiedsklausel nach sich zieht.⁸⁸ Das Schiedsgericht entscheidet dann ebenso wie bei einer Schiedsabrede über die Nichtigkeit des Hauptvertrags und deren Rechtsfolgen.

Daraus, dass Schiedsabrede und Schiedsklausel grundsätzlich unabhängig sind von der Wirksamkeit des Hauptvertrags, folgt freilich nicht, dass Schiedsabrede und Schiedsklausel immer wirksam wären. Zum einen kann die Schiedsvereinbarung nichtig sein, während der Hauptvertrag wirksam ist.⁸⁹ Hierzu kommt es beispielsweise, wenn der Hauptvertrag formgültig geschlossen ist, aber die Schiedsvereinbarung nicht den Formerfordernissen in § 1031 ZPO genügt. Zum anderen kann derselbe Fehler, der den Hauptvertrag befallen hat, auch die Schiedsvereinbarung befallen (sog. Fehleridentität).⁹⁰ Ein offensichtliches Beispiel hierfür ist die Geschäftsunfähigkeit einer Partei, die den Hauptvertrag und die Schiedsvereinbarung gleichermaßen nichtig sein lässt (§ 105 Abs. 1 BGB).⁹¹

bb) Kompetenz zur Prüfung der Schiedsvereinbarung

Das rechtliche Schicksal der Schiedsvereinbarung ist also grundsätzlich unabhängig vom Schicksal des Hauptvertrags.⁹² Damit ist allerdings noch nicht gesagt, wer über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden hat. Nach dem Gesetz prüfen sowohl das Schiedsgericht als auch das staatliche Gericht die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, doch die Letztentscheidungsbefugnis liegt bei den staatlichen Gerichten.

Beginnt der Kläger ein Schiedsverfahren, prüft das Schiedsgericht nach § 1040 Abs. 1 Satz 1 ZPO die eigene Zuständigkeit und kann dazu über Be-

⁸⁸ BGH, Beschl. v. 27.11.2008 – III ZB 59/07, Rn. 5 (juris); *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 532; BeckOK ZPO-Wolf/*Eslami*, § 1040 ZPO, Rn. 9; vgl. auch OLG München, Beschl. v. 12.2.2008 – 34 SchH 6/07, MDR 2008, 943, 943.

⁸⁹ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 534.

⁹⁰ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 4 Rn. 17–18; BeckOK ZPO-Wolf/*Eslami*, § 1040 ZPO, Rn. 10.

⁹¹ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 539; BeckOK ZPO-Wolf/*Eslami*, § 1040 ZPO, Rn. 10. Zur Anfechtung nach § 123 BGB, wenn die Täuschung oder Drohung auch für den Abschluss der Schiedsvereinbarung kausal war, *obiter* BGH, Beschl. v. 27.11.2008 – III ZB 59/07, Rn. 5 (juris).

⁹² *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 4 Rn. 16.

stehen und Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Hierbei handelt es sich eigentlich um eine Selbstverständlichkeit, denn andernfalls wäre das Schiedsgericht unter Umständen gezwungen, eine Sachentscheidung zu treffen, obwohl es hierzu nicht befugt ist.⁹³ Kommt das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass die Schiedsvereinbarung unwirksam ist, weist es die Schiedsklage auf entsprechende Rüge des Beklagten hin durch Prozessschiedsspruch als unzulässig ab.⁹⁴ Bejaht das Schiedsgericht hingegen die eigene Zuständigkeit, erlässt es nach § 1040 Abs. 3 Satz 1 in der Regel einen entsprechenden Zwischenentscheid, kann aber ausnahmsweise auch „durchentscheiden“.⁹⁵

Doch auch die staatlichen Gerichte haben Gelegenheit, über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung und damit über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu entscheiden. Erstens kann der Kläger direkt vor dem staatlichen Gericht klagen. Erhebt der Beklagte hierauf die Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO), prüft das staatliche Gericht die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung vollumfänglich und weist die Klage dann entweder als unzulässig ab (wenn die Schiedsvereinbarung wirksam ist) oder entscheidet in der Sache (wenn die Schiedsvereinbarung unwirksam ist).⁹⁶ Zweitens kann eine Partei, die Zweifel an der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung hat, nach § 1032 Abs. 2 ZPO Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens stellen. Auf diesen Antrag hin, der allerdings nur bis zur Bildung des Schiedsgerichts zulässig ist, prüft das staatliche Gericht die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung ebenfalls vollumfänglich.⁹⁷ Drittens kann jede Partei des Schiedsverfahrens, in dem ein Zwischenentscheid über

⁹³ Musielak/Voit-Voit, § 1040 ZPO, Rn. 2; vgl. auch MüKo-ZPO-Münch, § 1040 ZPO, Rn. 4; Otte, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 67.

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 6.6.2002 – III ZB 44/01, BGHZ 151, 79, 80 f.; BGH, Urt. v. 13.1.2005 – III ZR 265/03, BGHZ 162, 9, 13; OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.1.2013 – 26 Sch 24/12, SchiedsVZ 2013, 341, 342 f.; Synatschke, Die Unzuständigkeitserklärung des Schiedsgerichts, 99–105; MüKo-ZPO-Münch, § 1040 ZPO, Rn. 29; a.A. Musielak/Voit-Voit, § 1040 ZPO, Rn. 8 (Beschluss nach § 1056 Abs. 2 Nr. 3 ZPO statt Schiedsspruch); Zöller-Geimer, § 1040 ZPO, Rn. 30 (Zwischenentscheid nach § 1040 Abs. 3 ZPO analog statt Schiedsspruch). Zur Rügepflicht des Beklagten und zur Pflicht des Schiedsgerichts, den Beklagten ggf. auf diese Rüge hinzuweisen, Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 695–702.

⁹⁵ Illmer, Der Arglisteinwand an der Schnittstelle von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, 119; MüKo-ZPO-Münch, § 1040 ZPO, Rn. 26; Zöller-Geimer, § 1040 ZPO, Rn. 8.

⁹⁶ Stein/Jonas-Schlosser, § 1032 ZPO, Rn. 2; MüKo-ZPO-Münch, § 1032 ZPO, Rn. 18c; Musielak/Voit-Voit, § 1032 ZPO, Rn. 3; *de lege ferenda* für eine Reduktion des Kontrollmaßstabs Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 151–154.

⁹⁷ Stein/Jonas-Schlosser, § 1032 ZPO, Rn. 39; MüKo-ZPO-Münch, § 1032 ZPO, Rn. 18c.

die Zuständigkeit nach § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO ergangen ist, hiergegen eine staatsgerichtliche Entscheidung beantragen (§ 1040 Abs. 3 Satz 2). Auch in diesem Fall prüft das staatliche Gericht die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung vollumfänglich.⁹⁸ Und viertens prüft das staatliche Gericht im Aufhebungs- und Exequaturverfahren gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, ob die Schiedsvereinbarung gültig war.⁹⁹ Die „Kompetenz-Kompetenz“ im Sinne der Befugnis, letztverbindlich über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und damit über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu entscheiden, liegt also bei den staatlichen Gerichten.¹⁰⁰

b) Übertragung auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren

Diese in der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit entwickelten Regeln lassen sich grundsätzlich auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren übertragen. Wegen des erbrechtlichen Kontexts erscheinen indes einige Probleme in anderem Licht und von anderer praktischer Relevanz.

aa) Verhältnis der Schiedsverfügung zu anderen letztwilligen Verfügungen

Testament, gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag enthalten in aller Regel mehrere letztwillige Verfügungen, wie beispielsweise Erbeinsetzungen, Teilungsanordnungen, oder eben eine letztwillige Schiedsverfügung. § 2085 BGB ordnet indirekt an, dass jede dieser letztwilligen Verfügungen gesondert auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen ist, denn die Unwirksamkeit einer Verfügung hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur dann zur Folge, wenn eine solche Gesamtunwirksamkeit dem mutmaßlichen Willen des Erblasser entspricht.¹⁰¹ § 2085 BGB bewirkt damit ebenso wie § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO, dass die letztwillige Schiedsverfügung selbständig und in ihrer Wirksamkeit unabhängig von anderen letztwilligen Verfügungen ist.¹⁰²

Anders als § 2085 BGB erwähnt § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO den mutmaßlichen Parteiwillen nicht. Darum ist bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren umstritten, ob die Unwirksamkeit des Hauptvertrages ausnahmsweise auf

⁹⁸ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 746.

⁹⁹ Statt aller *MüKo-ZPO-Münch*, § 1059 ZPO, Rn. 13.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 13.1.2005 – III ZR 265/03, BGHZ 162, 9, 13 f.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 690; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1040 ZPO, Rn. 46–47; *Zöller-Geimer*, § 1040 ZPO, Rn. 1; *Musielak/Voit-Voit*, § 1040 ZPO, Rn. 1.

¹⁰¹ Auf wechselbezügliche Verfügungen (§ 2270 BGB) und vertragsmäßige Verfügungen (§ 2278 BGB) findet § 2085 BGB nur eingeschränkt Anwendung: *MüKo-BGB-Leipold*, § 2085 BGB, Rn. 13–15. Für letztwillige Schiedsverfügungen ist das von untergeordneter Bedeutung, da sie gem. § 2270 Abs. 3 BGB bzw. § 2278 Abs. 2 BGB nicht wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig getroffen werden können.

¹⁰² *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 249; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 9; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 383; *ders.*, MittBayNot 2017, 1, 2 f.

die Schiedsvereinbarung durchschlägt, wenn dies dem mutmaßlichen Willen der Parteien entspricht.¹⁰³ Bei letztwilligen Schiedsverfügungen, bei denen es wie bei allen letztwilligen Verfügungen in besonderem Maße darum geht, dem (mutmaßlichen) Willen des Erblassers zur Geltung zu verhelfen, sollte § 2085 BGB dazu führen, dass die Unwirksamkeit anderer Verfügungen auf die Schiedsverfügung durchschlägt, wenn der Erblasser dies mutmaßlich gewollt hätte.¹⁰⁴ Praktisch dürfte das eher selten der Fall sein, denn die meisten Erblasser werden eine Entscheidung durch das Schiedsgericht auch dann wünschen, wenn andere Teile ihres Testaments oder Erbvertrags unwirksam sind.¹⁰⁵

Es gibt etliche Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe, die typischerweise einzelne letztwillige Verfügungen betreffen und in der Regel nicht auf die Schiedsverfügung durchschlagen. Bei den Unwirksamkeitsgründen denke man z.B. an die Auflösung der Ehe, die nach § 2077 BGB im Zweifel die Verfügungen zugunsten des geschiedenen Ehepartners unwirksam werden lässt, aber andere Verfügungen unberührt lässt.¹⁰⁶ Bei den Nichtigkeitsgründen denke man z.B. an die Anfechtung nach § 2078 BGB wegen Irrtums oder Bedrohung des Erblassers. Auch diese Anfechtung betrifft nur diejenige Verfügung, die von dem Irrtum des Erblassers betroffen bzw. zu der er durch Drohung bestimmt wurde. Irrt sich der Erblasser also über die Person eines Vermächtnisnehmers, ist dieses Vermächtnis infolge der Anfechtung nichtig. Die letztwillige Schiedsverfügung aber bleibt gültig. Unabhängig davon muss die Anfechtung bestimmter Verfügungen nach § 2081 BGB stets gegenüber dem Nachlassgericht erfolgen, da diese Erklärungen amtsempfangsbedürftig sind.¹⁰⁷ Diese amtliche Funktion kann das private Schiedsgericht nicht erfüllen.¹⁰⁸

Die Unabhängigkeit der Schiedsverfügung darf indes nicht zu der Annahme verleiten, dass die Schiedsverfügung stets wirksam sei. Erstens kann der Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitsgrund nur die Schiedsverfügung betreffen, z.B. wenn die nach § 2078 Abs. 2 BGB zur Anfechtung berechtigende Drohung allein dazu geführt hat, dass der Erblasser die letztwillige Schiedsverfügung getroffen hat. Zweitens kommt es nach § 2085 BGB auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers an. Auch wenn solche Fälle selten sind, kann die

¹⁰³ Für eine Berücksichtigung des mutmaßlichen Parteiwillens *Wagner*, Prozeßverträge, 331 f.; *Stein/Jonas-Schlosser*, § 1040 ZPO, Rn. 5; *BeckOK ZPO-Wolf/Eslami*, § 1040 ZPO, Rn. 9; dagegen *MüKo-ZPO-Münch*, § 1040 ZPO, Rn. 10. Die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 43 ist unergiebig, denn dort ist nur davon die Rede, dass die Unwirksamkeit des Hauptvertrages „nicht ohne weiteres“ die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung bewirke. Über die Rolle des mutmaßlichen Parteiwillens ist damit nichts gesagt.

¹⁰⁴ *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 383; *ders.*, MittBayNot 2017, 1, 2 f.

¹⁰⁵ *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 383; vgl. auch *ders.*, MittBayNot 2017, 1, 3.

¹⁰⁶ *HansOLG*, Beschl. v. 1.7.2015 – 2 W 19/15, FamRZ, 403, 404; *Palandt-Weidlich*, § 2077 BGB, Rn. 1.

¹⁰⁷ *Röthel*, Erbrecht, § 21 Rn. 27; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 434.

¹⁰⁸ *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 263; *Werner*, ZEV 2011, 506, 509.

Schiedsklausel Teil eines ausgefeilten Gesamtnachlassplans sein, den der Erblasser nur „ganz oder gar nicht“ wollte.¹⁰⁹ Dann hat die Unwirksamkeit einer anderen letztwilligen Verfügung ausnahmsweise die Unwirksamkeit des gesamten Nachlassplans und damit auch der letztwilligen Schiedsverfügung zur Folge. Darüber, ob ein solcher Sonderfall vorliegt, lässt sich in der Regel trefflich streiten – insbesondere, wenn eine Partei das Schiedsverfahren zu vermeiden sucht.

Drittens kann es zu einer Fehleridentität zwischen der letztwilligen Schiedsverfügung und anderen letztwilligen Verfügungen kommen. So kann ein Willensmangel, der zur Anfechtung berechtigt, auch dafür kausal geworden sein, dass der Erblasser eine letztwillige Schiedsverfügung getroffen hat. Die praktisch häufigsten Fälle der Fehleridentität dürften allerdings Testierunfähigkeit¹¹⁰ und Verstoß gegen die erbrechtlichen Formvorschriften sein. War der Erblasser testierunfähig oder sind die erbrechtlichen Formvorschriften nicht gewahrt, ist notwendigerweise das gesamte Testament oder der gesamte Erbvertrag inklusive letztwilliger Schiedsverfügung nichtig.¹¹¹

Freilich spielt *capacity litigation* in Deutschland nicht dieselbe Rolle wie in den USA, weil sich enterbte nahe Angehörige hierzulande mit dem Pflichtteil zufrieden geben können und nicht das Testament angreifen müssen, um überhaupt einen Teil des Nachlasses zu erhalten. Eine Partei, für die der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge oder die Verteilung des Nachlasses nach einem älteren Testament günstig wäre,¹¹² mag indes auch in Deutschland die Testierunfähigkeit des Erblassers geltend machen, um eine Entscheidung des staatlichen Gerichts über diese Frage zu erwirken.

bb) Kompetenz zur Prüfung der letztwilligen Schiedsverfügung

Wie in der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit prüft das letztwillig eingesetzte Schiedsgericht die eigene Zuständigkeit nach § 1040 Abs. 1 Satz 1 ZPO zunächst selbst, aber das letzte Wort im Sinne der „Kompetenz-Kompetenz“ liegt bei den staatlichen Gerichten. Insofern ergeben sich keine Unterschiede zwischen vertraglich vereinbarten und letztwillig verfügten Schiedsverfahren.

Wenn also, um das zuletzt genannte Beispiel aufzugreifen, eine Partei geltend macht, dass der Erblasser testierunfähig gewesen und die Schiedsverfügung daher nichtig sei, wird hierüber letztlich das staatliche Gericht entscheiden, und

¹⁰⁹ *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 2 f.

¹¹⁰ Bei Erbverträgen kommt es beim Erblasser gem. § 2275 BGB nicht auf Testierfähigkeit an, sondern auf unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.

¹¹¹ *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 113–116; in Bezug auf Testierunfähigkeit auch *Werner*, ZEV 2011, 506, 509.

¹¹² Vgl. für einen Fall, in dem die Klägerin nicht den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge, sondern die Nachlassverteilung nach einem ihr günstigen älteren Trust erstrebte, *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651 (Cal. Ct. App. 2014).

zwar entweder im Verfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO oder auf die Schiedsrede des Beklagten nach § 1032 Abs. 1 ZPO hin oder bei Überprüfung eines Zwischenentscheids des Schiedsgerichts nach § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO oder schließlich im Aufhebungsverfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO.

2. *Wirksamkeitsstreitigkeiten im Übrigen*

Von der zuvor behandelten Frage, unter welchen Umständen die letztwillige Schiedsverfügung selbst unwirksam ist und wer hierüber zu entscheiden hat, ist die Frage zu trennen, ob Ansprüche, die aus der partiellen oder totalen Unwirksamkeit eines Testaments oder Erbvertrags folgen, schiedsgebunden sind. Die letztwillige Schiedsverfügung beschränkt das Recht der Begünstigten, die Ansprüche aus ihrer Zuwendung auf dem ordentlichen Rechtsweg zu verfolgen, und verweist sie stattdessen an ein Schiedsgericht. Bei Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Testaments oder Erbvertrags kommt es deshalb darauf an, ob der Kläger einen Anspruch geltend macht, der aus der (vermeintlich) erhaltenen Zuwendung folgt. Ferner müssen bei diesen Streitigkeiten beide Parteien in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden sein. Aus der Kombination dieser Voraussetzungen ergibt sich ein unübersichtliches Gesamtbild, das sich am besten durch Beispiele strukturieren lässt.

a) *Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht*

Man stelle sich zunächst einen Erblasser vor, der Kläger und Beklagten zu je ein halb als Erben eingesetzt und eine Schiedsverfügung getroffen hat. Nach dem Erbfall hat der Kläger die Einsetzung des Beklagten angefochten, weil er meint, der Erblasser sei hierzu durch Drohung bestimmt worden (§ 2078 Abs. 2 BGB). Deshalb sei ihm der Erbteil des Beklagten nach § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB angewachsen.¹¹³ Er verlangt vom Beklagten Einräumung des Alleinbesitzes am Nachlass gem. § 2018 BGB.

Beide Parteien des Rechtsstreits sind als gewillkürte Erben grundsätzlich in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden. Es fragt sich allerdings, wie es sich auswirkt, dass der Beklagte nach der Rechtsbehauptung des Klägers gar nicht Erbe geworden ist, weil der Kläger meint, er habe die Erbeinsetzung des Beklagten wirksam angefochten. Würde man verlangen, dass beide Parteien des Rechtsstreits tatsächlich Begünstigte sind, könnte das Schiedsgericht diesen Streit nur dann in der Sache entscheiden, wenn es zum Ergebnis kommt, dass die Anfechtung *nicht* wirksam war. Kommt das Schiedsgericht hingegen zum Ergebnis, dass die Anfechtung wirksam war, müsste es die Schiedsklage als unzulässig abweisen, weil es dann an der Schiedsbindung des Beklagten in persönlicher Hinsicht fehlen würde.

¹¹³ Zur Anwachsung infolge einer Erbanfechtung siehe z. B. RGRK-Johannsen, § 2094 BGB, Rn. 2; Palandt-Weidlich, § 2094 BGB, Rn. 2.

Eine derart strenge Herangehensweise führt allerdings nicht nur zu diesem prozessökonomisch misslichen Ergebnis, sie berücksichtigt auch zu wenig, dass der Beklagte gerade als Erbschaftsbesitzer verklagt wird. Obwohl der Kläger leugnet, dass der Beklagte Erbe geworden ist, verklagt er ihn wegen des Scheins der Erbenstellung, die aus dem Testament folgt. Ebenso wäre es, wenn der Kläger nicht auf Herausgabe der Erbschaft geklagt hätte, sondern auf Feststellung, dass der Beklagte nicht Erbe geworden ist.¹¹⁴ Auch eine solche Feststellungsklage richtet sich nicht gegen eine beliebige Person, sondern gerade gegen denjenigen, dem das Testament den Anschein der Erbenstellung verleiht.

Für die Schiedsbindung des Beklagten in persönlicher Hinsicht sollte es daher genügen, dass sich die Klage gegen ihn als scheinbaren Begünstigten richtet, auch wenn der Kläger diese Begünstigung in der Sache bekämpft. In verfassungsrechtlicher Hinsicht lässt sich auch hier der Eingriff in den Justizgewährungsanspruch des Beklagten durch ein Überwiegen der Testierfreiheit des Erblassers rechtfertigen. Der Beklagte verteidigt nämlich ein umstrittenes Recht – vielleicht handelt es sich um eine tatsächliche Begünstigung, vielleicht aber nur um den Schein einer Begünstigung – das ihm der Erblasser auch gänzlich hätte vorenthalten können. So hätte der Erblasser im Beispielsfall den Beklagten in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auch gar nicht bedenken können, wodurch der Beklagte niemals in die Lage geraten wäre, ein Recht verteidigen zu müssen, das er nun „nur“ vor dem Schiedsgericht verteidigen kann.

In sachlicher Hinsicht folgt der Anspruch des Klägers auf Einräumung des Alleinbesitzes aus seiner Erbenstellung, d. h. aus der Zuwendung, die er vom Erblasser erhalten hat. Dieser Anspruch ist schiedsgebunden, weshalb der Kläger ein Schiedsverfahren gegen den Beklagten einleiten und eine Sachentscheidung des Schiedsgerichts erwirken kann. Umgekehrt kann sich der Beklagte vor den staatlichen Gerichten mit der Schiedseinrede verteidigen.

b) Keine Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht

Anders liegen die Dinge in folgendem Beispielsfall: Der ledige Erblasser hat die Klägerin (seine einzige Tochter) enterbt und stattdessen die Beklagte (eine Freundin) als Alleinerbin eingesetzt. Die Klägerin meint, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, als er das Testament abfasste. Deshalb sei sie kraft Gesetzes Alleinerbin geworden und verlangt von der Beklagten den Nachlass nach § 2018 BGB heraus.

¹¹⁴ Nach OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, Rn. 57–59 (juris) ist ein solcher Feststellungsanspruch, dass jemand *nicht* testamentarischer Erbe geworden sei, schiedsgebunden.

Wenn die Klägerin Recht hat und der Erblasser testierunfähig war, ist auch die letztwillige Schiedsverfügung nichtig, sodass das Schiedsgericht nicht wirksam eingesetzt ist. Hierauf kommt es jedoch nicht an, denn die Klägerin ist in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden und der geltend gemachte Anspruch ist in sachlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden.¹¹⁵

Die Klägerin ist in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden, denn sie ist allenfalls gesetzliche, nicht aber gewillkürte Erbin. Zwar können auch gesetzliche Erben in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden sein, aber nur, wenn der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge wie eine Zuwendung des Erblassers wirkt.¹¹⁶ Das ist der Fall, wenn der Erblasser nur eine letztwillige Schiedsverfügung getroffen und es im Übrigen bei der gesetzlichen Erbfolge belassen hat, sodass die gesetzliche Erbfolge in die Nähe einer gewillkürten Erbfolge rückt. Hier aber hat der Erblasser die Klägerin enterbt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie keine Zuwendung erhalten solle.¹¹⁷

Ferner ist der Anspruch, mit dem die Klägerin ihr gesetzliches Erbrecht durchzusetzen sucht, in sachlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden. Ihr Erbschaftsanspruch nach § 2018 BGB beruht nämlich nicht auf der letztwilligen Verfügung, sondern auf dem (zwischen den Parteien freilich umstrittenen) Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. Wenn die Klägerin also vor dem staatlichen Gericht klagt und das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass der Erblasser testierfähig war und das Testament folglich wirksam ist, wird es die Klage als *unbegründet*, nicht aber gem. § 1032 Abs. 1 ZPO als *unzulässig* abweisen. Denn obwohl damit zugleich feststeht, dass der Erblasser eine wirksame Schiedsverfügung getroffen hat, ist der zu entscheidende Streit nicht schiedsgebunden.

c) Keine Schiedsbindung des Beklagten in persönlicher Hinsicht

Warum es nützlich ist, zwischen der Schiedsbindung in persönlicher und in sachlicher Hinsicht zu unterscheiden, zeigt sich, wenn man die Parteirollen im zuvor geschilderten Fall umdreht: Die Tochter (nunmehr die Beklagte) hat sich nach dem Erbfall in den Besitz des Nachlasses gesetzt, weil sie von der Nichtigkeit des Testaments überzeugt ist. Die testamentarische Alleinerbin (nunmehr die Klägerin) verlangt von ihr Herausgabe des Nachlasses aus § 2018 BGB.

¹¹⁵ Vgl. wiederum *McArthur v. McArthur*, 224 Cal. App. 4th 651 (Cal. Ct. App. 2014), wo die Klägerin ein späteres *trust amendment* bekämpfte, das erstmals eine Schiedsverfügung enthielt. Das Gericht prüft nicht, ob das *amendment* tatsächlich das Produkt von *undue influence* war (wie die Klägerin meinte), sondern lehnt die Schiedsbindung mit dem Argument ab, dass die Klägerin schon keinen Anspruch aus diesem *amendment* geltend macht.

¹¹⁶ Hierzu oben Kapitel 4 – B.I.2. (169).

¹¹⁷ Vgl. *Van Cleef*, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, 39: „[...] [D]er Erblasser [kann] den nicht binden, der sein Testament umstoßen will.“

Fragt man nun allein nach der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht, muss man zu dem Ergebnis kommen, dass der geltend gemachte Anspruch der Klägerin aus ihrer testamentarischen Begünstigung folgt und daher schiedsgebunden ist. Das würde aber dazu führen, dass es darauf ankäme, ob sich der Testamentserbe zuerst in den Besitz des Nachlasses setzt (dann Entscheidung durch das staatliche Gericht) oder ein gesetzlicher Erbe (dann Entscheidung durch das Schiedsgericht). Das aber mag vom Zufall abhängen und kann den falschen Anreiz setzten, möglichst rasch den Besitz am Nachlass zu ergreifen.

Richtigerweise ist hingegen auch der Anspruch, mit dem die (vermeintliche) Testamentserbin Herausgabe des Nachlasses von der (vermeintlichen) gesetzlichen Erbin verlangt, nicht durch das Schiedsgericht zu entscheiden, weil die Beklagte in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden ist. Die Klage richtet sich nämlich nicht gegen sie, weil ihr das Testament den Anschein einer Begünstigung verleiht. Ihr nach § 2018 BGB bestrittenes Erbrecht folgt vielmehr aus dem Gesetz. Hierin unterscheidet sie sich vom Beklagten im ersten Beispielsfall, dessen angefochtene Erbenstellung aus dem Testament folgt.

Der Fokus auf die Schiedsbindung des Beklagten ist schließlich bei (negativen) Feststellungsklagen nötig: Klagt ein gesetzlicher Erbe auf Feststellung, dass er Erbe geworden ist, weil er das Testament für nichtig hält, ist dieser Streit nicht schiedsgebunden, weil der Kläger keinen Anspruch auf Feststellung seiner testamentarischen Begünstigung geltend macht. Ebenso ist aber auch der umgekehrte Streit, bei dem der Testamentserbe auf Feststellung klagt, dass der gesetzliche Erbe *nicht* Erbe geworden ist, nicht durch das Schiedsgericht zu entscheiden, weil der gesetzliche Erbe als Beklagter in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden ist. So wird der logisch gebotene Gleichlauf von Feststellungsklagen, die auf das jeweils Gegenteilige gerichtet sind, gewährleistet.

3. Wirksamkeitsstreitigkeiten im Erbscheinsverfahren

Streitigkeiten um die Wirksamkeit eines Testaments oder Erbvertrags werden nicht nur im streitigen Verfahren vor den staatlichen Gerichten oder vor einem Schiedsgericht ausgetragen, sondern auch im Erbscheinsverfahren.¹¹⁸ Nach § 2353 BGB kann jeder Erbe beim Nachlassgericht einen Erbschein als Zeugnis über sein Erbrecht und über die Größe seines Erbteils beantragen.¹¹⁹ Ein solcher Erbschein enthält Angaben darüber, wer zu welchem Anteil Erbe

¹¹⁸ Beispielsweise BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279 (Anfechtung einer Erbeinsetzung); siehe ferner *Arlt*, Erbrecht in der Praxis, 252 f.; MüKo-BGB-*Grziwotz*, § 2353 BGB, Rn. 2.

¹¹⁹ Zum europäischen Nachlasszeugnis, das durch die EuErbVO eingeführt wurde und im europäischen Rechtsverkehr ähnliche Funktionen erfüllt wie ein deutscher Erbschein, siehe z. B. MüKo-BGB-*Grziwotz*, § 2353 BGB, Rn. 195–197.

geworden ist und ob Vor- und Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung angeordnet sind.¹²⁰ Angaben über andere letztwillige Verfügungen kann und darf der Erbschein nicht enthalten,¹²¹ weshalb dort auch nicht vermerkt werden kann, dass der Erblasser eine Schiedsverfügung getroffen hat.

Streitigkeiten um die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit von letztwilligen Verfügungen werden im Erbscheinsverfahren behandelt, wenn die letztwillige Verfügung, deren Wirksamkeit strittig ist, Auswirkungen auf den Inhalt des Erbscheins hat. Das dürfte bei den meisten Wirksamkeitsstreitigkeiten der Fall sein. Zwar ist denkbar, dass ein geltend gemachter Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitsgrund nur letztwillige Verfügungen betrifft, die für den Erbscheinsinhalt irrelevant sind, also z.B. nur Vermächnisse oder Auflagen. In der Regel betrifft die von einem Beteiligten geltend gemachte Unwirksamkeit aber zumindest auch die Erbeinsetzung oder die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Das wirft die Frage auf, wie die Entscheidung im Erbscheinsverfahren mit der Entscheidung im streitigen Verfahren zu koordinieren ist.

a) Koordination von Erbscheinsverfahren und streitiger Staatsgerichtsbarkeit

Das zentrale Element für die Koordination von Erbscheinsverfahren und streitiger Staatsgerichtsbarkeit ist der Grundsatz, dass der Entscheidung des Nachlassgerichts im Erbscheinsverfahren keine materielle Rechtskraft zukommt.¹²² Deshalb kann beispielsweise ein testamentarisch eingesetzter Erbe auch dann noch im streitigen Verfahren auf Feststellung seines Erbrechts klagen, wenn das Nachlassgericht von der Nichtigkeit des Testaments überzeugt war und darum einen Erbschein erteilt hat, der den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge bescheinigt.¹²³

Eine materielle rechtskräftige Entscheidung, die im streitigen Verfahren ergangen ist, erzeugt hingegen Bindungswirkung für das Erbscheinsverfahren, aber nur *inter partes* und nur insoweit, als über die für das Erbscheinsverfahren maßgeblichen Fragen rechtskräftig entschieden wurde.¹²⁴ Wenn

¹²⁰ Röthel, Erbrecht, § 30 Rn. 3; Leipold, Erbrecht, Rn. 648; Palandt-Weidlich, § 2353 BGB, Rn. 3–4. Die Angabe der Vor- und Nacherbschaft sowie der Testamentsvollstreckung folgt aus § 352b FamFG.

¹²¹ Röthel, Erbrecht, § 30 Rn. 3; Leipold, Erbrecht, Rn. 648; MüKo-BGB-Grziwotz, § 2353 BGB, Rn. 41; Palandt-Weidlich, § 2353 BGB, Rn. 5.

¹²² BVerfG, Beschl. v. 29.8.2005 – 1 BvR 219/05, NJW-RR 2005, 1600, 1601; BGH, Urt. v. 14.4.2010 – IV ZR 135/08, FamRZ 2010, 1068, 1069; Leipold, Erbrecht, Rn. 651.

¹²³ Vgl. Leipold, Erbrecht, Rn. 651. Die Vermutung des § 2365 BGB gilt in einem solchen Erbprätendentenstreit nicht: RG, Urt. v. 17.2.1913 – IV 528/12, Gruch 1913, 1021, 1022 f.; BGH, Urt. v. 12.5.1993 – IV ZR 227/92, NJW 1993, 2171, 2172; BGH, Urt. v. 30.11.1994 – IV ZR 290/93, BGHZ 128, 125, 131.

¹²⁴ BGH, Urt. v. 14.4.2010 – IV ZR 135/08, FamRZ 2010, 1068, 1069; Leipold, Erbrecht, Rn. 653; K. W. Lange, Erbrecht, § 78 Rn. 50.

also zwischen Kläger und Beklagtem festgestellt wurde, dass der Kläger Erbe sei, kann das Nachlassgericht im Verhältnis dieser beiden Parteien keinen anderslautenden Erbschein erteilen. Beginnt ein solches Streitiges Verfahren während des Erbscheinsverfahrens, kann das Nachlassgericht sein Verfahren gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG aussetzen, um die Entscheidung im Streitigen Verfahren abzuwarten.¹²⁵ Das Gericht des Streitigen Verfahrens kann hingegen nicht nach § 148 Abs. 1 ZPO aussetzen, da das Erbscheinsverfahren nicht zu einer rechtskraftfähigen Klärung führen kann.¹²⁶

b) Koordination von Erbscheinsverfahren und Schiedsgerichtsbarkeit

Die Mechanismen, die das Erbscheinsverfahren und das Streitige Verfahren vor den staatlichen Gerichten koordinieren, gelten im Wesentlichen auch für die Koordination von Erbscheinsverfahren und letztwillig verfügbarem Schiedsverfahren.

aa) Keine Erbscheinserteilung durch das Schiedsgericht

Kommen im Erbscheinsverfahren Zweifel an der Wirksamkeit von letztwilligen Verfügungen auf, auf deren Wirksamkeit es für den Inhalt des Erbscheins ankommt, hat das Nachlassgericht hierüber zu entscheiden und schließlich einen Erbschein zu erteilen. Das gilt auch, wenn das umstrittene Testament oder der umstrittene Erbvertrag eine letztwillige Schiedsverfügung enthält. Der Erbschein ist nämlich eine öffentliche Urkunde,¹²⁷ die nach § 2365 BGB die Vermutung der Richtigkeit für sich hat und nach §§ 2366 f. BGB Gutgläubensschutz bewirkt. Daher ist unbestritten, dass ein privates Schiedsgericht weder einen Erbschein erteilen noch einen solchen einziehen kann.¹²⁸

¹²⁵ BayObLG, Beschl. v. 29.7.1969 – 1b Z 35/69, BayObLGZ 1969, 184, 185 f.; BayObLG, Beschl. v. 30.4.1998 – 1Z BR 187/97, FamRZ 1999, 334, 335; Staudinger-Herzog, § 2353 BGB, Rn. 356 m. w. N.

¹²⁶ KG, Urt. v. 3.2.1975 – 12 U 1157/74, OLGZ 1975, 355, 356; Schlosser, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 97, 109 f.; Staudinger-Herzog, § 2353 BGB, Rn. 362; Musielak/Voit-Stadler, § 148 ZPO, Rn. 14.

¹²⁷ MüKo-BGB-Grziwotz, § 2353 BGB, Rn. 6; Musielak/Voit-M. Huber, § 417 ZPO, Rn. 1.

¹²⁸ Siehe etwa BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279, 284; KG, Beschl. v. 29.1.2016 – 6 W 107/15, Rn. 16 (juris); Schlosser, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 97, 101; Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 252; ders., FamRZ 2006, 309, 309; ders., in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 76; Staudinger-ders., Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 11; Haas, ZEV 2007, 49, 53; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 134 f.; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 60; K. W. Lange, ZJP 128 (2015), 407, 426; ders., ZEV 2017, 1, 2; Keim, NJW 2017, 2652, 2654;

Auch wenn der Erblasser eine Verfügung nach § 1066 ZPO getroffen hat, bleibt deshalb das Nachlassgericht als staatliches Gericht für alle Erbscheinsangelegenheiten zuständig.¹²⁹

bb) Bindungswirkung der jeweiligen Entscheidungen

Da der Erbschein nicht rechtskraftfähig ist, kommt ihm für ein nachfolgendes Schiedsverfahren keine Bindungswirkung zu. Genau wie das staatliche Gericht ist das Schiedsgericht also frei, die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung anders zu beurteilen als das Nachlassgericht.

Ein ergangener Schiedsspruch führt hingegen dazu, dass das Nachlassgericht im Verhältnis der Parteien keinen Erbschein erteilen darf, der in Widerspruch zum rechtskräftigen Inhalt des Schiedsspruchs steht. Fraglich ist aber, unter welchen Voraussetzungen dem Schiedsspruch diese Wirkung zukommt. Nach § 1055 ZPO hat der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Nach einer Ansicht soll daher bereits der Schiedsspruch für das Erbscheinsverfahren maßgeblich sein.¹³⁰ Eine andere Meinung sagt hingegen, dass erst der durch ein deutsches Gericht für vollstreckbar erklärte Schiedsspruch das Nachlassgericht binde.¹³¹

Verlangte man, dass der Schiedsspruch nach § 1060 ZPO durch das Oberlandesgericht für vollstreckbar erklärt wurde, um Bindungswirkung im Erbscheinsverfahren zu entfalten, zwänge man die Partei, die sich auf den Inhalt des Schiedsspruchs berufen will, das Exequaturverfahren durchzuführen, auch wenn sie den Schiedsspruch selbst nicht vollstrecken will. Besonders unsinnig ist dies bei Feststellungsschiedssprüchen, die gar keinen vollstre-

Bandel, MittBayNot 2017, 1, 2; *ders.*, SchiedsVZ 2017, 72, 79; Palandt-Weidlich, § 1937 BGB, Rn. 9.

¹²⁹ A.A. OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 847: Das Erbscheinsverfahren sei unzulässig, wenn das streitgegenständliche Testament eine letztwillige Schiedsverfügung enthält. Diese Entscheidung ist in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen: *Roland Wendt*, ErbR 2016, 248, 249; *Staudinger-Otte*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 11.2; *K. W. Lange*, ZEV 2017, 1, 5; *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 4 f.; *ders.*, SchiedsVZ 2017, 72, 79; *Keim*, NJW 2017, 2652, 2654; *Zöller-Geimer*, § 1066 ZPO, Rn. 20. Siehe aber auch *ders.*, in: FS Schlosser, 197, 209 f.; *Musielak/Voit-Voit*, § 1066 ZPO, Rn. 2: Nachlassgericht solle dem Antragsteller aufgeben, eine Entscheidung durch das Schiedsgericht herbeizuführen. Hierfür gibt es keine gesetzliche Grundlage. Richtig vielmehr BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279, 283 f.; vgl. auch LG Hechingen, Beschl. v. 7.12.2000 – 3 T 15/96, FamRZ 2000, 721, 723.

¹³⁰ *Haas*, ZEV 2007, 49, 53; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 137 f.; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 209 f.; *Zöller-ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 20; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 61; vgl. auch *Schlosser*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 97, 106.

¹³¹ *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 382; *ders.*, MittBayNot 2017, 1, 2, vgl. auch BayObLG, Beschl. v. 24.2.1984 – 3 Z 197/83, MDR 1984, 496 (in einer Handelsregistersache).

ckungsfähigen Inhalt haben. Hierdurch würden Partei und Exequaturgericht unnötig belastet. Zugleich ist die Partei, die mit dem Inhalt des Schiedsspruchs unzufrieden ist, nicht rechtlos gestellt, denn sie kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nach § 1059 ZPO beantragen. Ein Schiedsspruch sollte daher nach § 1055 ZPO zwischen den Parteien für die Zwecke des Erbscheinsverfahrens wie ein rechtskräftiges Urteil wirken, auch wenn der Schiedsspruch nicht oder noch nicht für vollstreckbar erklärt wurde.

cc) Aussetzung des Verfahrens

Noch nicht vollständig geklärt ist die Frage, ob das Nachlassgericht oder das Schiedsgericht ihr Verfahren aussetzen können, um die Entscheidung des jeweils anderen Gerichts abzuwarten.¹³²

Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG kann das Nachlassgericht sein Verfahren aussetzen, wenn die zu treffende Entscheidung ganz oder zum Teil vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Verfahrens bildet. Die Vorschrift entspricht damit im Wesentlichen dem in der streitigen Gerichtsbarkeit geltenden § 148 Abs. 1 ZPO. In Bezug auf diese ZPO-Vorschrift ist anerkannt, dass das Gericht sein Verfahren mit Rücksicht auf ein anhängiges Schiedsverfahren aussetzen kann.¹³³ Dies dient der Prozessökonomie und hilft, sich widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Beide Erwägungen sind auf das FamFG-Verfahren übertragbar. Daher darf auch das Nachlassgericht – nach pflichtgemäßem Ermessen – das Erbscheinsverfahren gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG aussetzen, um den Ausgang des Schiedsverfahrens abzuwarten.¹³⁴

Wenn es sein Ermessen ausübt, muss das Nachlassgericht berücksichtigen, dass die Beteiligten zur Nachlassverwaltung dringend auf einen Erbschein angewiesen sein können, um ihre Rechtsstellung gegenüber Dritten geltend zu machen.¹³⁵ Wenn also das Ende des Schiedsverfahrens noch nicht absehbar ist, kann es im Sinne einer raschen Entscheidung geboten sein, das Erbscheinsverfahren nicht auszusetzen.¹³⁶

Fraglich ist ferner, ob das Schiedsgericht umgekehrt sein Verfahren aussetzen darf, um den Ausgang des Erbscheinsverfahrens abzuwarten. Im streitigen Verfahren vor staatlichen Gerichten ist das nicht der Fall, weil das Erb-

¹³² Vgl. *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 427.

¹³³ BGH, Urt. v. 20.12.1956 – II ZR 177/55, BGHZ 23, 17, 26; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 127 Rn. 10; *MüKo-ZPO-Fritsche*, § 148 ZPO, Rn. 5; *Zöller-Greger*, § 148 ZPO, Rn. 6.

¹³⁴ *Stallknecht*, RNotZ 2019, 433, 439.

¹³⁵ Zur Verfahrensverzögerung als maßgeblichem Kriterium der Ermessensausübung *Musielak/Borth-Borth/Grandel*, § 21 FamFG, Rn. 2.

¹³⁶ Erst recht keine Aussetzung, wenn das Schiedsverfahren noch gar nicht anhängig ist: BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279, 284.

scheinsverfahren keine rechtskraftfähige Klärung bewirken kann.¹³⁷ Für das Schiedsgericht kommt es hingegen darauf an, nach welcher Verfahrensordnung es zu verhandeln hat. Diese Verfahrensordnung kann der Erblasser nach § 1066 ZPO i.V.m. § 1042 Abs. 2 ZPO durch letztwillige Verfügung bestimmen. Enthält die vom Erblasser vorgegebene Verfahrensordnung keine Vorschriften über die Aussetzung des Verfahrens (was oft der Fall ist¹³⁸), bestimmt das Schiedsgericht sein Verfahren nach freiem Ermessen (§ 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Dieses Ermessen kann das Schiedsgericht nutzen, um die Erkenntnisse des Erbscheinsverfahrens abzuwarten, auch wenn diese formal nicht bindend sind.¹³⁹

4. Vereinfachungsmöglichkeiten

Es dürfte klar geworden sein, dass sich die Frage, ob das letztwillig angeordnete Schiedsgericht über die Unwirksamkeit von letztwilligen Verfügungen entscheiden kann, nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantworten lässt. Die Antwort hängt vielmehr davon ab, ob die geltend gemachte Unwirksamkeit auch die letztwillige Schiedsverfügung selbst betrifft, ob die Parteien in der Sache eine ihnen zugewendete Begünstigung durchsetzen wollen, und schließlich davon, ob diese Fragen im Erbscheinsverfahren oder im streitigen Verfahren zu entscheiden sind.

Im Vergleich zu dieser nicht leicht zu überblickenden Ausdifferenzierung erscheint die Entscheidung der fünf US-Bundesstaaten, Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Testaments oder Trusts *en bloc* von der Schiedsbindung auszunehmen, klar und einfach. Lässt sich der gordische Knoten des deutschen Rechts also durchschlagen, indem man Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Testaments oder Erbvertrags entweder *stets* oder *nie* der Entscheidung des Schiedsgerichts anheimgibt?

a) Schiedsbindung aller Wirksamkeitsstreitigkeiten?

Eine mögliche radikale Vereinfachung wäre es, ausnahmslos *alle* Streitigkeiten um die Wirksamkeit von Testamenten oder Erbverträgen durch das letztwillig angeordnete Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Dieser Ansatz widerspricht freilich dem hier erarbeiteten Geltungsgrund letztwilliger Schieds-

¹³⁷ Siehe Nachweise oben in Fn. 126.

¹³⁸ So enthalten weder die Schiedsordnung des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare, abrufbar unter <https://www.dnotv.de/_files/pdf/schiedsgerichtshof/dnotv_sgh_statut.pdf> (Stand: 21.11.2019) noch die Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit in Erbstreitigkeiten e.V., abrufbar unter <<https://www.dse-erbrecht.de/PDF/schiedsordnung.pdf>> (Stand: 21.11.2019), eine Vorschrift über die Aussetzung des Schiedsverfahrens.

¹³⁹ *Schlosser*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 97, 110; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 427.

verfügungen. Wenn man die Schiedsverfügung als Belastung einer von Todes wegen erhaltenen Zuwendung begreift, ist nicht erklärlich, warum eine Partei gebunden sein sollte, die keine Zuwendung erhalten hat und die die Wirksamkeit des Testaments oder Erbvertrags bekämpft. Doch auch zwei rechtspraktische, aus dem Verfahrensrecht folgende Gründe verhindern, dass alle Wirksamkeitsstreitigkeiten ausschließlich durch das Schiedsgericht entschieden werden können.

aa) Kompetenz-Kompetenz der Staatsgerichte als Hindernis

Ein Grund liegt in der Letztentscheidungsbefugnis der staatlichen Gerichte hinsichtlich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Wie oben dargestellt,¹⁴⁰ hat nach deutschem Schiedsverfahrensrecht stets das staatliche Gericht das letzte Wort darüber, ob das Schiedsgericht zuständig ist. Damit einher geht die Letztentscheidungsbefugnis darüber, ob die letztwillige Schiedsverfügung wirksam ist. Über Unwirksamkeitsgründe, die potentiell auch die letztwillige Schiedsverfügung betreffen, entscheiden daher notwendigerweise die staatlichen Gerichte, wenn eine der Parteien eine solche Entscheidung herbeiführen will.

Zwar betrifft nicht jeder Unwirksamkeitsgrund auch die letztwillige Schiedsverfügung. Doch auch wenn der Unwirksamkeitsgrund, um den es geht, zunächst nur andere letztwillige Verfügungen betrifft, stellt sich wegen § 2085 BGB stets die Frage, ob die Unwirksamkeit anderer letztwilliger Verfügungen ausnahmsweise die Unwirksamkeit des ganzen Testaments und damit auch der letztwilligen Schiedsverfügung zur Folge hat. Eine schiedsunwillige Partei wird das immer dann behaupten, wenn ihr der Fortfall des gesamten Testaments nicht ungünstig wäre, um so eine Entscheidung durch das staatliche Gericht zu erwirken. Selbst wenn das staatliche Gericht rasch entscheidet, dass keine Gesamtnichtigkeit vorliegt, werden die Vorteile des Schiedsverfahrens in puncto Schnelligkeit und Vertraulichkeit auf diese Weise erheblich geschmälert.

bb) Erbscheinsverfahren als Hindernis

Obwohl der Erbschein keine materielle Rechtskraft entfaltet, werden die meisten Streitigkeiten über die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen, die die Erbfolge betreffen, im Erbscheinsverfahren und nicht im streitigen Verfahren geklärt.¹⁴¹ Das führt dazu, dass die letztwillige Schiedsklausel bei diesen Wirksamkeitsstreitigkeiten *de facto* leerläuft, weil das Nachlassgericht – also ein staatliches Gericht – entscheidet.¹⁴²

¹⁴⁰ Kapitel 4 – C.II.1.a)bb) (189).

¹⁴¹ Vgl. Höver, DFG 1936, 28, 28; Arlt, Erbrecht in der Praxis, 252 f.; MüKo-BGB-Grziwotz, § 2353 BGB, Rn. 2.

¹⁴² F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 131.

Anders wäre es, wenn den Beteiligten des Erbscheinsverfahrens aufgegeben werden könnte, das Schiedsgericht zur Vorabentscheidung anzurufen,¹⁴³ oder wenn das Erbscheinsverfahren aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung sogar gänzlich unzulässig wäre.¹⁴⁴ Für beides bietet die *lex lata* keine Grundlage: Das Nachlassgericht kann sein Verfahren gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG allenfalls mit Rücksicht auf ein bereits laufendes Schiedsverfahren aussetzen, aber es kann den Beteiligten nicht aufgeben, ein solches Verfahren zu beginnen. Die gänzliche Unzulässigkeit des Erbscheinsverfahrens müsste aus § 1032 Abs. 1 ZPO folgen, doch insofern fehlt es an der Schiedsfähigkeit des Erbscheinsverfahrens.¹⁴⁵ Hinsichtlich der Erteilung von Erbscheinen als öffentlichen Urkunden haben die staatlichen Nachlassgerichte ein Monopol, sodass Erbscheinsangelegenheiten nicht schiedsfähig sind.¹⁴⁶

Auch *de lege ferenda* wäre es nicht wünschenswert, den Zugang zum Erbscheinsverfahren aufgrund einer letztwilligen Schiedsverfügung zu versperren. Abgesehen davon, dass die Erben zur Nachlassverwaltung und -abwicklung dringend auf einen Erbschein angewiesen sein können, bietet das Erbscheinsverfahren zwei Vorteile gegenüber dem streitigen Verfahren:¹⁴⁷

Zum einen ist das Erbscheinsverfahren als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besser darauf eingestellt, mehr als zwei Beteiligte zu koordinieren. Die gänzliche oder teilweise Unwirksamkeit eines Testaments oder Erbvertrags betrifft häufig mehr als nur zwei Personen. All diese Betroffenen können gem. § 345 Abs. 1 FamFG als Beteiligte zum Erbscheinsverfahren hinzugezogen werden.¹⁴⁸ Die Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit sieht sich hingegen oft mit rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten konfrontiert.¹⁴⁹

Zum anderen ist das Erbscheinsverfahren recht kostengünstig, weil die Gerichtsgebühren niedriger angesetzt sind als im streitigen Verfahren¹⁵⁰ und

¹⁴³ Geimer, in: FS Schlosser, 197, 210 (anders aber nun Zöller-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 20); Musielak/Voit-Voit, § 1066 ZPO, Rn. 2.

¹⁴⁴ OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 847. Zur negativen Aufnahme, die dieser Beschluss erfahren hat, siehe Nachweise oben in Fn. 129.

¹⁴⁵ Hier passt der von F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 134 f. verwendete Begriff der Schiedsfähigkeit tatsächlich.

¹⁴⁶ F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 134 f.; Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 60 f.; W. Zimmermann, Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, Rn. 173; siehe ergänzend Nachweise oben in Fn. 128.

¹⁴⁷ Vgl. Höver, DFG 1936, 28, 28.

¹⁴⁸ Siehe zu den Beteiligungsrechten und -pflichten im Erbscheinsverfahren z.B. MüKo-BGB-Grziwotz, § 2353 BGB, Rn. 103; Staudinger-Herzog, § 2353 BGB, Rn. 335–343.

¹⁴⁹ Vgl. Kleinschmidt, SchiedsVZ 2006, 142, 142, Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2801; in Bezug auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren Dawirs, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 188–199.

¹⁵⁰ Nach Nr. 12210 KV GNotKG fällt für das Erbscheinsverfahrens 1,0 Gebühr nach Tabelle A zum GNotKG an. Für ein Streitiges Verfahren fallen hingegen im ersten Rechtszug nach Nr. 1210 KV GKG 3,0 Gebühren an.

weil das Erbscheinsverfahren dadurch, dass es mehr als zwei Beteiligte einbeziehen kann, eine Vielzahl von Zweiparteienprozessen entbehrlich macht.¹⁵¹ Ein Schiedsverfahren ist hingegen um ein Vielfaches teurer.¹⁵²

b) *Gänzlicher Ausschluss von Wirksamkeitsstreitigkeiten?*

Eine Konzentration aller Wirksamkeitsstreitigkeiten im Schiedsverfahren ist wegen der schiedsverfahrensrechtlichen Regelung der Kompetenz-Kompetenz und wegen des Erbscheinsverfahrens also nicht möglich. Damit rückt die gegenteilige Radikallösung in den Fokus und es fragt sich, ob es möglich und wünschenswert wäre, sämtliche Streitigkeiten um die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen von der Schiedsbindung auszunehmen.

Ob dies *de lege lata* möglich wäre, bestimmt zunächst § 1066 ZPO. Dem Wortlaut dieser Vorschrift lässt sich nichts Eindeutiges für die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung entnehmen. Daher wäre es zumindest im Wege höchstrichterlicher Rechtsfortbildung möglich, § 1066 ZPO in dem Sinne auszulegen, dass Streitigkeiten um die Wirksamkeit nicht „in gesetzlich statthafter Weise“ einem letztwillig verfügten Schiedsgericht übertragen werden können.¹⁵³

Ein solcher Totalausschluss widerspräche allerdings der grundgesetzlich geschützten Testierfreiheit, wenn die Parteien in der Sache eine Begünstigung durchsetzen wollen, die ihnen der Erblasser auch gänzlich hätte vorenthalten können. So ist es beispielsweise, wenn ein Vermächtnisnehmer den Erben auf Erfüllung des Vermächtnisses verklagt, während der Erbe meint, er habe das Vermächtnis wegen eines Irrtums des Erblassers angefochten.¹⁵⁴ Der Vermächtnisnehmer will das Vermächtnis durchsetzen, das ihm der Erblasser auch gänzlich hätte vorenthalten können. Der Erbe sucht seine Erbschaft

¹⁵¹ Laut *Arlt*, Erbrecht in der Praxis, 252 f. akzeptieren die meisten Erbprätendenten die Entscheidung des Nachlassgerichts und verzichten auf anschließende Prozesse im streitigen Verfahren.

¹⁵² Siehe *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 8 mit dem aufschlussreichen Rechenbeispiel, dass das Erbscheinsverfahren im Fall OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847 in zwei Instanzen lediglich 384 Euro gekostet hätte, während ein Schiedsverfahren mit mindestens 4722 Euro zu Buche schlägt.

¹⁵³ Eine solche Rechtsfortbildung würde sich freilich gegen die ganz h. M. in der Literatur stellen, vgl. Nachweise oben in Fn. 83. Die obergerichtliche Rechtsprechung war bisher – soweit ersichtlich – nur mit der Frage konfrontiert, ob eine spätere Erbeinsetzung unwirksam ist, weil sie einem Erbvertrag bzw. einem bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament widerspricht. Das OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, Rn. 57–59 (juris) und das OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 847 f. hielten diese Frage für schiedsgebunden.

¹⁵⁴ Die Anfechtung eines Vermächtnisses ist nicht gegenüber dem Nachlassgericht, sondern gem. § 143 Abs. 4 Satz 1 BGB gegenüber dem Vermächtnisnehmer selbst zu erklären: *Leipold*, Erbrecht, Rn. 435.

gegen die Schmälerung durch das Vermächtnis zu verteidigen, wobei auch er keinen Anspruch darauf hatte, überhaupt zu erben. Warum die letztwillige Schiedsverfügung hier unbeachtlich sein sollte, während sie beachtlich ist, wenn sich der Erbe stattdessen damit verteidigt, dass er das Vermächtnis bereits erfüllt habe (§ 362 BGB), ist aus Perspektive der Testierfreiheit schwer einzusehen.

Hinzu kommt, dass ein Totalausschluss von Wirksamkeitsstreitigkeiten einer schiedsunwilligen Partei zusätzliche Möglichkeiten eröffnen würde, das Schiedsverfahren zu torpedieren. So könnte der Erbe im genannten Beispiel das Schiedsverfahren mit der bloßen Behauptung blockieren, er habe das Vermächtnis angefochten. Hierüber müsste dann – wohl auf eine Feststellungsklage hin – das staatliche Gericht entscheiden. Die auf den ersten Blick einfachere Regel, sämtliche Wirksamkeitsstreitigkeiten der Kognition des Schiedsgerichts zu entziehen, würde also zu Komplikationen an anderer Stelle führen.

III. Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses

Während Streitigkeiten um die Wirksamkeit von Testamenten oder Erbverträgen die soeben beschriebenen Schwierigkeiten verursachen und daher nicht als Paradedisziplin letztwillig eingesetzter Schiedsgerichte gelten können, soll sich ein Schiedsverfahren für Streitigkeiten um die Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses besonders eignen.¹⁵⁵ Laut *Bandel* ist das vor allem der Fall, wenn der Nachlass über längere Zeit als gesonderte Vermögensmasse bestehen bleibt, z.B. durch verwaltende Testamentsvollstreckung oder durch Vor- und Nacherbschaft.¹⁵⁶ In diesen Fällen ergibt sich eine strukturelle Parallele zu US-amerikanischen Trusts, die nichts anderes sind als ein verselbständigter und verstetigter Nachlass, dessen Vermögen immer wieder neu angelegt und verteilt werden muss.

Letztwillig verfügte Schiedsverfahren eignen sich auch deshalb zur Lösung von Streitigkeiten um die Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses, weil der Erfolg des Schiedsverfahrens nicht zuletzt davon abhängt, ob die Parteien das Schiedsverfahren grundsätzlich akzeptieren. Geht es um die Wirksamkeit eines Testaments oder Erbvertrags, mag eine Partei geneigt sein, den Nachlassplan in Bausch und Bogen abzulehnen und sich dem letztwillig verfügten Schiedsverfahren nach Kräften zu verweigern. Wenn es hingegen „nur“ um die Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses geht, ha-

¹⁵⁵ *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 382; *ders.*, SchiedsVZ 2017, 72, 80; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 421; *ders.*, Erbrecht, § 31 Rn. 59; vgl. für Fragen der Bewertung im Zuge der Auseinandersetzung auch *Happe*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 85, 88; *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 89; *Storz*, ZEV 2009, 265, 270.

¹⁵⁶ *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 382; *ders.*, SchiedsVZ 2017, 72, 80.

ben die Parteien den Nachlassplan als solchen zumeist akzeptiert und dürften eher bereit sein, die letztwillige Schiedsverfügung zu beachten.

1. Verwaltung des Nachlasses

Außer bei Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz obliegt die Verwaltung des Nachlasses dem oder den Erben.¹⁵⁷ Da ein Alleinerbe nicht mit sich selbst in Streit geraten kann, kommt es nur in der Erbengemeinschaft zu Streitigkeiten um die Verwaltung des Nachlasses. Das geschieht dafür umso leichter: Die Vorschriften über die Verwaltung durch die Erbengemeinschaft in §§ 2038–2041 BGB gelten als nicht gelungen, weshalb das Konfliktpotential erheblich ist.¹⁵⁸

Das Gesetz kennt drei Typen von Verwaltungsmaßnahmen, die sich in Bezug auf die erforderliche Beteiligung der Miterben unterscheiden: Nach § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB steht den Erben die Verwaltung des Nachlasses gemeinschaftlich zu, woraus folgt, dass Entscheidungen grundsätzlich einstimmig zu treffen sind.¹⁵⁹ Abweichend hiervon entscheidet gem. §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 BGB die Mehrheit der Erben, wenn es um die ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung des Nachlasses geht.¹⁶⁰ Die zur Erhaltung notwendigen und dringenden Maßnahmen trifft gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB jeder Erbe allein.¹⁶¹

Streitigkeiten können sich zum einen ergeben, wenn es darum geht, Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung zu beschließen. Diese Maßnahmen müssen mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, doch § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB gewährt einen Anspruch auf Zustimmung zu einer solchen Maßnahme. Wenn die erforderliche Mehrheit nicht zu Stande gekommen ist, kann deshalb ein Miterbe, der sich für die Maßnahme ausgesprochen hat, die anderen Miterben auf Zustimmung verklagen.¹⁶² Alternativ kann er Schadensersatz verlangen, wenn durch die Weigerung ein Schaden entstanden ist.¹⁶³ Beide Ansprüche resultieren aus der zugewendeten Erbenstellung und sind daher schiedsgebunden.

¹⁵⁷ K. W. Lange, *Erbrecht*, § 57 Rn. 51; Palandt-Weidlich, § 2038 BGB, Rn. 1.

¹⁵⁸ Vgl. *Ann*, *Die Erbengemeinschaft*, 17; Röthel, *Erbrecht*, § 32 Rn. 40 f.; K. W. Lange, *Erbrecht*, § 57 Rn. 46.

¹⁵⁹ H. Lange/K. Kuchinke, *Erbrecht*, 1110; Röthel, *Erbrecht*, § 32 Rn. 42; Leipold, *Erbrecht*, Rn. 732.

¹⁶⁰ Leipold, *Erbrecht*, Rn. 733; Palandt-Weidlich, § 2038 BGB, Rn. 9.

¹⁶¹ Leipold, *Erbrecht*, Rn. 733; Palandt-Weidlich, § 2038 BGB, Rn. 11.

¹⁶² BGH, *Urt. v. 8.5.1952 – IV ZR 208/51*, BGHZ 6, 76, 84 f.; *Ann*, *Die Erbengemeinschaft*, 46; Leipold, *Erbrecht*, Rn. 732; K. W. Lange, *Erbrecht*, § 57 Rn. 58; vgl. auch BGH, *Urt. v. 24.6.1991 – II ZR 58/90*, FamRZ 1992, 50, 50.

¹⁶³ BGH, *Urt. v. 28.9.2005 – IV ZR 82/04*, BGHZ 164, 181, 184; Röthel, *Erbrecht*, § 32 Rn. 45.

Zum anderen kann ein Miterbe, der Maßnahmen der Verwaltung – insbesondere Notmaßnahmen gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB – getroffen und hierbei Kosten getragen hat, von den anderen Miterben Ersatz verlangen. Sofern der tätig gewordene Erbe die Mitwirkungserfordernisse beachtet hat oder nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB allein handeln durfte, kann er gem. § 670 BGB als Beauftragter Ersatz verlangen; andernfalls nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.¹⁶⁴

Fraglich ist, ob diese Ersatzansprüche unter die letztwillige Schiedsverfügung fallen. Dagegen spricht, dass sie im wirtschaftlichen Sinne nicht aus der Zuwendung des Erblassers folgen, sondern, im Gegenteil, daraus, dass der Erbe eigenes Vermögen aufgewendet hat. Dafür spricht hingegen, dass der Erbe in aller Regel aus der Motivation handelt, den Nachlass und die ihm zugewendete Beteiligung daran zu erhalten. Er verwirklicht die gesetzgeberische Entscheidung, wonach der Nachlass durch die Erben zu verwalten ist.¹⁶⁵ Insofern unterscheidet er sich von einem Außenstehenden, der ein Geschäft für die Erbengemeinschaft führt, sei es mit oder ohne Auftrag. Hinzu kommt, dass es im Regressprozess *nach* Durchführung der Maßnahme oft um dieselben Fragen geht wie bei der Beschlussfassung *vor* der Durchführung, nämlich darum, ob die Maßnahme notwendig, ordnungsgemäß und angemessen ist. Wenn Streitigkeiten im Rahmen der Beschlussfassung schiedsgebunden sind, sollten auch Streitigkeiten um den Ersatz von angefallenen Aufwendungen schiedsgebunden sein, um eine Aufspaltung zu vermeiden.¹⁶⁶

2. Erbauseinandersetzung

Ebenso streitträchtig wie die Verwaltung ist die Auseinandersetzung des Nachlasses unter Miterben.¹⁶⁷ Das BGB hat die *actio familiae erciscundae* aus dem römischen und gemeinen Recht, durch die ein Miterbe die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen des Gerichts erwirken konnte, nicht übernommen.¹⁶⁸ Stattdessen bietet das deutsche Recht den Erben nur die Vermittlung der Auseinandersetzung durch einen Notar nach §§ 363–373 FamFG an. Beteiligt sich ein Miterbe an diesem Verfahren nicht, gilt seine Zustimmung zu der vermittelten Vereinbarung nach § 366 Abs. 3 FamFG als

¹⁶⁴ H. Lange/K. Kuchinke, Erbrecht, 1118; Röthel, Erbrecht, § 32 Rn. 56; Palandt-Weidlich, § 2038 BGB, Rn. 13.

¹⁶⁵ Hierzu Leipold, Erbrecht, Rn. 732; K. W. Lange, Erbrecht, § 57 Rn. 51.

¹⁶⁶ Vgl. LG Mainz, Urt. v. 17.4.2008 – 1 O 405/06, SchiedsVZ 2008, 263, 264, wonach Ansprüche eines Miterben gegen den anderen auf Nutzungsentschädigung und Vorschuss für Instandsetzungskosten durch das letztwillig verfügte Schiedsgericht zu entscheiden seien.

¹⁶⁷ Vgl. Ann, Die Erbengemeinschaft, 271; Leipold, Erbrecht, Rn. 747.

¹⁶⁸ Kipp/Coing, Erbrecht, 637; Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 3927–3930; zu dieser *actio* siehe z. B. Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 73 Rn. 3.

erteilt. Gegen die ausdrücklich erklärte Verweigerung eines Miterben bietet das Gesetz jedoch keine Handhabe.¹⁶⁹ Daher handelt es sich eher um ein Mediationsverfahren als um ein Streitentscheidungsverfahren.

Freilich kann und sollte auch das letztwillig eingesetzte Schiedsgericht stets versuchen, eine gütliche Einigung unter den Miterben herbeizuführen. Trotzdem schließt die letztwillige Schiedsverfügung die Zuständigkeit der Notare nach §§ 363–373 FamFG nicht aus, denn im notariellen Vermittlungsverfahren wird keine Klage im Sinne von § 1032 Abs. 1 ZPO erhoben, gegen die sich die andere Partei mit der Schiedseinrede verteidigen könnte.¹⁷⁰ Eine solche Verteidigung ist auch gar nicht notwendig, denn ein Miterbe, der sich am notariellen Vermittlungsverfahren nicht beteiligen möchte, kann das Verfahren bereits durch seinen schlichten Widerspruch blockieren.

a) Erbauseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften

Wenn sich die Erben nicht gütlich einigen, muss die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt werden. Dies geschieht, indem ein Erbe seinen gem. § 2042 Abs. 1 BGB grundsätzlich jederzeit fälligen Anspruch auf Auseinandersetzung geltend macht. Hierzu muss er einen Teilungsplan vorlegen, dem die anderen Miterben zustimmen müssen, wenn der Plan den gesetzlichen Anforderungen entspricht.¹⁷¹ Der vorgelegte Plan muss also den Teilungsanordnungen des Erblasser nach § 2048 Satz 1 BGB entsprechen und etwaige Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB berücksichtigen. Ferner muss der Plan den gem. § 2042 Abs. 2 BGB anwendbaren Vorschriften über die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft entsprechen, was insbesondere mit sich bringt, dass teilbare Gegenstände gem. § 752 BGB in Natur zu teilen sind, während unteilbare Gegenstände gem. § 753 BGB zu verkaufen sind.¹⁷²

Die Auseinandersetzung im Klagewege erfolgt, indem der Miterbe, der die Auseinandersetzung verlangt, die übrigen Erben auf Zustimmung zu seinem Teilungsplan verklagt.¹⁷³ Diese Klage hat Erfolg, wenn der Plan den genannten gesetzlichen Anforderungen entspricht. In diesem Fall gilt die Zustimmung der übrigen Miterben mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils nach § 894 ZPO als

¹⁶⁹ *Muscheler*, Erbrecht, Band II, Rn. 3932; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 797; *Röthel*, Erbrecht, § 32 Rn. 73; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 746; *K. W. Lange*, Erbrecht, § 60 Rn. 125.

¹⁷⁰ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 253 f.; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 800.

¹⁷¹ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 273; *Röthel*, Erbrecht, § 32 Rn. 77; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 746.

¹⁷² Zum Ganzen *Leipold*, Erbrecht, Rn. 746–755.

¹⁷³ BGH, Urt. v. 30.4.1959 – VII ZR 191/57, NJW 1959, 1493, 1494.

erteilt.¹⁷⁴ Sodann folgt aus dem Plan ein Anspruch auf Durchführung des Plans, der erforderlichenfalls wieder gerichtlich durchzusetzen ist.¹⁷⁵

Der Anspruch auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, aus dem der Anspruch auf Zustimmung zu einem ordnungsgemäßen Auseinandersetzungsplan folgt, beruht auf der Erbenstellung und ist daher in sachlicher Hinsicht schiedsgebunden. Weil der Streit unter Miterben auszutragen ist, sind die Parteien auch in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden. Dasselbe gilt für den Anspruch auf die tatsächliche Durchführung der Teilung, der zwar technisch betrachtet aus dem Auseinandersetzungsplan folgt, aber in der Sache der Verwirklichung der Auseinandersetzung dient. Hat also der Erblasser eine letztwillige Schiedsverfügung getroffen, tritt das Schiedsgericht für die Zwecke der Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften an die Stelle der staatlichen Gerichte.¹⁷⁶ Die Fiktion der Zustimmung zum Teilungsplan nach § 894 ZPO tritt aufgrund des Schiedsspruchs allerdings erst ein, wenn dieser gem. § 1060 Abs. 1 ZPO für vollstreckbar erklärt wurde und die Exequaturentscheidung rechtskräftig geworden ist.¹⁷⁷

b) Erbauseinandersetzung nach billigem Ermessen des Schiedsgerichts

Das Schiedsgericht ersetzt also im Erbauseinandersetzungsprozess die staatlichen Gerichte, entscheidet dabei aber nach denselben Auseinandersetzungsvorschriften. Manche Autoren halten diese Vorschriften indes aus zwei Gründen für misslich: Erstens muss der teilungswillige Erbe einen genau den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Plan vorlegen, andernfalls riskiert er eine Klagabweisung. Das Gericht hat zwar durch Hinweise nach § 139 ZPO darauf hinzuwirken, dass die Parteien sachdienliche Anträge stellen, doch die Herausforderung für den Kläger bleibt groß.¹⁷⁸ Zweitens ordnet § 753 BGB

¹⁷⁴ Ann, Die Erbengemeinschaft, 273; Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 3930; K. W. Lange, Erbrecht, § 60 Rn. 133; a.A. Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, 186–190 (Erbauseinandersetzungsklage sei Feststellungsklage, das Urteil entsprechend nicht nach § 894 ZPO vollstreckbar).

¹⁷⁵ Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 3930; K. W. Lange, Erbrecht, § 60 Rn. 135.

¹⁷⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2007 – 10 Sch 6/07, BeckRS 2009, 29357: „Einen (sic) Streit über die Auseinandersetzung des Nachlasses fällt jedenfalls in den durch das Testament vom 20.03.2003 angeordneten Kompetenzbereich des Schiedsgerichts.“ Ebenso Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, 121; Wegmann, ZEV 2003, 20, 21; Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 4017; Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 796; Jauernig-Stürner, § 2048 BGB, Rn. 3; Palandt-Weidlich, § 2042 BGB, Rn. 23.

¹⁷⁷ RG, Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128, 133; BGH, Urt. v. 22.12.1960 – VII ZR 92/59, BB 1961, 264; Musielak/Voit-Lackmann, § 894 ZPO, Rn. 7.

¹⁷⁸ H. Lange/K. Kuchinke, Erbrecht, 1159; Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 4007; Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 799.

an, dass unteilbare Gegenstände zu versilbern sind, wodurch wirtschaftliche Einheiten zerschlagen und Werte vernichtet würden.¹⁷⁹

Dem erstgenannten Problem kann im Schiedsverfahren durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung abgeholfen werden: Falls die anwendbare Schiedsordnung nicht ohnehin Erleichterungen vorsieht, darf das Schiedsgericht im Rahmen seines Verfahrensermessens nach § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO bestimmen, dass der Schiedskläger seinen Klagantrag nicht auf einen bereits festgelegten Auseinandersetzungsplan richten muss.¹⁸⁰ Stattdessen kann es genügen, wenn der Schiedskläger schlicht die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften begehrt.

Diese Erleichterung bei der Klageerhebung ändert allerdings nichts daran, dass das Schiedsgericht in der Sache die gesetzlichen Auseinandersetzungsvorschriften anzuwenden hat. Insbesondere müssen unteilbare Nachlassgegenstände nach wie vor gem. § 753 BGB verkauft werden, um sodann den Erlös zu teilen. Eine Zuweisung solcher Gegenstände an einen Miterben, erforderlichenfalls gegen Ausgleichszahlung an die anderen Erben, ist nur möglich, wenn das Schiedsgericht von den gesetzlichen Vorschriften abweichen kann. Das ist denkbar, wenn das Schiedsgericht entweder nach Billigkeit gem. § 1051 Abs. 3 ZPO entscheiden darf, oder wenn das Schiedsgericht zugleich als Dritter nach § 2048 Satz 2 BGB fungiert.

aa) Entscheidung nach Billigkeit gem. § 1051 Abs. 3 ZPO

Gem. § 1051 Abs. 3 ZPO kann ein vertraglich vereinbartes Schiedsgericht den Rechtsstreit ausnahmsweise nach Billigkeit entscheiden (*ex aequo et bono* bzw. als *amiable compositeur*), wenn es hierzu von den Parteien ausdrücklich ermächtigt worden ist.¹⁸¹ Ob § 1051 Abs. 3 ZPO auch im letztwillig verfügbaren Schiedsverfahren Anwendung findet, wenn der Erblasser das Schiedsgericht ausdrücklich zu einer Billigkeitsentscheidung ermächtigt hat, ist hingegen umstritten.¹⁸² Eine unbeschränkte Ermächtigung zur Entschei-

¹⁷⁹ Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 798 f.; vgl. auch K. W. Lange, Erbrecht, § 60 Rn. 90; gegen diese Kritik Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 3934–3935.

¹⁸⁰ BGH, Urt. v. 30.4.1959 – VII ZR 191/57, NJW 1959, 1493, 1494 (für ein vertraglich vereinbartes Schiedsgericht); Kohler, DNotZ 1962, 125, 126; U. Walter, MittRhNotK 1984, 69, 77; Schiffer, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 70; Muscheler, Erbrecht, Band II, Rn. 4017; Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 816.

¹⁸¹ Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 371; MüKo-ZPO-Münch, § 1051 ZPO, Rn. 46; Musielak/Voit-Voit, § 1051 ZPO, Rn. 4.

¹⁸² Grundsätzlich dagegen z. B. Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 255 f.; ders., in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 70 f.; Staudinger-ders., Vorbemerkung zu §§ 1937–1941

dung nach Billigkeit ist unzulässig, weil sie in Konflikt zu § 2065 BGB steht.¹⁸³ Daher darf das letztwillig eingesetzte Schiedsgericht z.B. nicht *ex aequo et bono* darüber entscheiden, wer Erbe geworden ist, denn diese Entscheidung darf der Erblasser nach § 2065 Abs. 2 BGB nicht delegieren. Eine Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach Billigkeit liefe aber auf eine solche Delegation hinaus.

Hier geht es jedoch nicht um die Frage, ob das letztwillig verfügte Schiedsgericht sämtliche Streitigkeiten *ex aequo et bono* entscheiden darf, sondern nur darum, ob es nach § 1051 Abs. 3 ZPO dazu ermächtigt werden kann, über die Erbauseinandersetzung nach Billigkeit zu entscheiden.¹⁸⁴ Bei der Erbauseinandersetzung geht es nicht um die gem. § 2065 BGB zwingend durch den Erblasser selbst zu entscheidenden Punkte, sondern darum, wie der Nachlass unter den Erben zu verteilen ist. Der Erblasser *kann* diese Fragen durch Teilungsanordnungen nach § 2048 Satz 1 BGB selbst regeln – aber er *muss* es nicht. Zwingende Vorschriften des Erbrechts sprechen daher nicht dagegen, das Schiedsgericht in Fragen der Erbauseinandersetzung zur Entscheidung nach Billigkeit gem. § 1051 Abs. 3 ZPO zu ermächtigen.

bb) Entscheidung nach billigem Ermessen gem. § 2048 Satz 2 und 3 BGB

Dies gilt umso mehr, als das BGB in § 2048 Satz 2 selbst die Möglichkeit vorsieht, die Erbauseinandersetzung dem billigen Ermessen eines Dritten zu überlassen. Ein Dritter, der nach dieser Vorschrift tätig wird, ist grundsätzlich *Schiedsgutachter*,¹⁸⁵ was im Kontext letztwilliger Schiedsverfügungen für Verwirrung gesorgt hat.¹⁸⁶ Um das Verhältnis von § 2048 Satz 2 BGB einer-

BGB, Rn. 10; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 82–84; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 169 *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 179 f.; grundsätzlich dafür z.B. *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 132; *U. Walter*, MittRhNotK 1984, 69, 77; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 384; *Haas*, ZEV 2007, 49, 54; zum Streitstand ferner *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 809 f.

¹⁸³ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 256; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 71; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 10; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 384; *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 169; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 180.

¹⁸⁴ Die Ermächtigung nach § 1051 Abs. 3 ZPO kann gegeständlich beschränkt werden: *MüKo-ZPO-Münch*, § 1051 ZPO, Rn. 51.

¹⁸⁵ *Soergel-Stein*, § 1937 BGB, Rn. 10; *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 72; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 39; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 30.

¹⁸⁶ Vgl. *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 72 f. mit dem zutreffenden Hinweis, dass zuweilen nicht genau genug zwischen der Person des Schiedsrichters und seiner Funktion als Schiedsrichter unterschieden wird.

seits und § 1066 ZPO andererseits aufzuklären, müssen zwei Konstellationen unterschieden werden:¹⁸⁷

Der Erblasser kann zum einen sowohl eine Anordnung nach § 2048 Satz 2 BGB als auch eine letztwillige Schiedsverfügung treffen. Der Dritte erstellt dann den Teilungsplan als Schiedsgutachten. Dieses Schiedsgutachten ist weder nach § 1055 ZPO rechtskraftfähig noch nach § 1060 ZPO vollstreckungsfähig. Hält ein Erbe den Teilungsplan für offenbar unbillig, kann er nach § 2048 Satz 3 BGB eine Bestimmung durch Urteil verlangen. Diese Bestimmung ist dann aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung durch das Schiedsgericht zu treffen, denn der Anspruch auf Korrektur des unbilligen Teilungsplans folgt aus der erhaltenen Zuwendung und ist daher schiedsgebunden.¹⁸⁸ Der Erblasser kann ferner dieselbe Person zum Schiedsgutachter nach § 2048 Satz 2 BGB und zum Schiedsrichter nach § 1066 ZPO ernennen. Das führt allerdings dazu, dass die Überprüfung auf offenbare Unbilligkeit nach § 2048 Satz 3 BGB durch einen Ersatzschiedsrichter vorzunehmen ist, weil der Schiedsgutachter ansonsten zum Richter in eigener Sache würde.¹⁸⁹

Zum anderen kann der Erblasser versuchen, diese beiden Verfahrensstufen so auf Ebene des Schiedsverfahrens zu konzentrieren, dass das Schiedsgericht die Bestimmung nach § 2048 Satz 2 BGB trifft und den Teilungsplan direkt als rechtskraft- und vollstreckungsfähigen Schiedsspruch erlässt. Eine solche Konzentration im Schiedsverfahren verspricht Effizienzgewinne, doch ist fraglich, ob sie zulässig ist. Dagegen ist eingewandt worden, dass das Schiedsgericht an die Stelle der staatlichen Gerichte trete, also in seiner Funktion als Schiedsgericht nur solche Entscheidungen treffen dürfe, die ansonsten die staatlichen Gerichte treffen würden.¹⁹⁰ Staatliche Gerichte können aber nach ständiger Rechtsprechung weder Dritte im Sinne von § 2048 Satz 2 BGB noch im Sinne von §§ 317–319 BGB sein.¹⁹¹

¹⁸⁷ F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 80.

¹⁸⁸ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, 121; Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 800; Otte, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 72. Siehe dazu, dass die Überprüfung der Entscheidung des Dritten grundsätzlich durch ein Schiedsgericht erfolgen kann, BGH, Urt. v. 25.6.1952 – II ZR 104/51, BGHZ 6, 335, 339; Palandt-Grüneberg, § 319 BGB, Rn. 10.

¹⁸⁹ Bandel, NotBZ 2005, 381, 385; Haas, ZEV 2007, 49, 54; zur grundsätzlichen Unzulässigkeit des Richtens in eigener Sache BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 25 (juris).

¹⁹⁰ RGRK-Kregel, Vorbemerkungen zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 6; Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 256; F. Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 81; Crezelius, in: FS H. P. Westermann, 161, 170; K. W. Lange, ZJP 128 (2015), 407, 421.

¹⁹¹ BGH, Urt. v. 3.2.1995 – V ZR 222/93, NJW 1995, 1360, 1360; BGH, Urt. v. 6.11.1997 – III ZR 177/96, NJW 1998, 1388, 1390; Palandt-Grüneberg, § 317 BGB, Rn. 2.

Dieser Einwand lässt sich jedoch auf Schiedsgerichte nicht übertragen. Staatliche Gerichte können nämlich nicht „Dritte“ sein, weil ihre Zuständigkeit der Parteidisposition entzogen ist.¹⁹² Für Schiedsgerichte gilt aber gerade das Gegenteil: Ihre Zuständigkeit hängt in erster Linie von der Disposition der Parteien bzw. im Fall des § 1066 ZPO von der Disposition des Erblassers ab. Die Befugnisse des Schiedsgerichts können daher durchaus über die Befugnisse der staatlichen Gerichte hinausgehen.¹⁹³

Ein weiterer Einwand gegen die Ausübung der Billigkeitsentscheidung durch Schiedsspruch bezieht sich auf die Kontrolle dieser Entscheidung nach § 2048 Satz 3 BGB. Diese Kontrolle dürfe nicht ausgeschaltet werden, indem die Bestimmung nach billigem Ermessen durch Schiedsspruch erfolgt.¹⁹⁴ Die Überprüfung von Schiedssprüchen ist nämlich auf die in § 1059 Abs. 2 ZPO genannten, besonders schwerwiegenden Fehler beschränkt, während § 2048 Satz 3 BGB eine Nachprüfung auf offenbare Unbilligkeit vorsieht.¹⁹⁵

Bei vertraglich vereinbarten Drittbestimmungen nach §§ 317–319 BGB ist allerdings anerkannt, dass die Parteien die Kontrolle nach § 319 Abs. 1 BGB abbedingen können.¹⁹⁶ In diesem Fall ist die Bestimmung des Dritten nur unverbindlich (und hierauf gerichtlich überprüfbar), wenn sie gegen ein ge-

¹⁹² BGH, Urt. v. 3.2.1995 – V ZR 222/93, NJW 1995, 1360, 1360; BGH, Urt. v. 6.11.1997 – III ZR 177/96, NJW 1998, 1388, 1390.

¹⁹³ BGH, Urt. v. 30.4.1959 – VII ZR 191/57, NJW 1959, 1493, 1494; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 805. Vgl. aber *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 81, der meint, auch das Schiedsgericht könne wie das staatliche Gericht nicht Dritter sein, dann aber argumentiert, es liege ein Fall des Nichtkönnens nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, sodass an die Stelle der Bestimmung der Bestimmung durch den Dritten die Bestimmung durch Urteil trete. Hierfür sei dann aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung das Schiedsgericht zuständig. Diese spitzfindige Argumentation ist mit *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 804 f. (dort Fn. 213) abzulehnen, denn auf diesem Umweg könnten auch staatliche Gerichte wieder als Dritte nach § 317 BGB fungieren.

¹⁹⁴ *Kipp/Coing*, Erbrecht, 424 f.; *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 72; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 10; so wohl auch *Lübtow*, Erbrecht, Band I, 114 f.

¹⁹⁵ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 813 f. Ob hieraus für die Rechtspraxis große Unterschiede folgen, ist nicht ohne weiteres klar, denn die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs, dessen Inhalt „offenbar unbillig“ im Sinne von § 2048 Satz 3 BGB ist, kann zugleich dem *ordre public* nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO widersprechen. Dies gilt umso mehr, als die staatlichen Gerichte bei der Überprüfung von inländischen Schiedssprüchen – um die es hier geht – einen strengeren Maßstab anlegen als bei ausländischen Schiedssprüchen; hierzu *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2651–2655; vgl. aber auch *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1405.

¹⁹⁶ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 645 f.; *Palandt-Grüneberg*, § 319 BGB, Rn. 10; implizit auch BGH, Urt. v. 28.2.1972 – II ZR 151/69, NJW 1972, 827.

setzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt.¹⁹⁷ Damit ist ein Gleichlauf zum Maßstab der für Schiedssprüche gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO geltenden *ordre public*-Kontrolle hergestellt, denn der *ordre public* ist insbesondere verletzt, wenn der Inhalt des Schiedsspruchs gegen §§ 134, 138 BGB verstößt.¹⁹⁸

Ferner hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 1959 entschieden, dass die Erben die Auseinandersetzung einem vertraglich vereinbarten Schiedsgericht übertragen können, das die Auseinandersetzung direkt in Form eines Schiedsspruchs festlegen sollte.¹⁹⁹ Dieser Schiedsspruch sei nur nach schiedsverfahrensrechtlichen Vorschriften, nicht aber nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch die staatlichen Gerichte überprüfbar.²⁰⁰ Diesem Urteil ist aufgrund der Abdingbarkeit von § 319 Abs. 1 BGB zuzustimmen, denn es macht keinen Unterschied, ob die Parteien auf eine Kontrolle des Schiedsgutachtens verzichten, oder ob sie sich auf eine Gestaltungsentscheidung durch einen eingeschränkt überprüfbaren Schiedsspruch einigen.²⁰¹

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs wäre nur dann nicht auf letztwillig verfügte Schiedsgerichte übertragbar, wenn die Billigkeitskontrolle nach § 2048 Satz 3 BGB im Gegensatz zu derjenigen nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB unverzichtbar wäre. Das ist aber nicht der Fall: Zum einen hat *Kleinschmidt* zutreffend darauf hingewiesen, dass dem Weniger an inhaltlicher Kontrolle des Schiedsspruchs ein Mehr an Verfahrensvorschriften gegenübersteht.²⁰² Auch wenn das Schiedsgericht nach billigem Ermessen entscheidet, hat es den Parteien Gehör zu gewähren (§ 1042 Abs. 2 Satz 2 ZPO), es muss die Vertretung durch Rechtsanwälte zulassen (§ 1042 Abs. 2 ZPO), etc.

Zum anderen spricht der hier erarbeitete Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen dafür, eine Erbauseinandersetzung nach billigem Ermessen durch Schiedsspruch des letztwillig verfügtten Schiedsgerichts zuzulassen. Die letztwillige Schiedsverfügung stellt eine Belastung der Zuwendung dar, die der Erblasser anordnen kann, weil er die Zuwendungsempfänger kraft seiner Testierfreiheit auch gänzlich leer hätte ausgehen lassen können. In Bezug auf dieses „unverdiente Vermögen“²⁰³ ist es den Erben zuzumuten, eine Erbauseinandersetzung durch nur eingeschränkt überprüfbaren, gestal-

¹⁹⁷ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 646.

¹⁹⁸ *P. Huber*, SchiedsVZ 2004, 280, 286; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2319–2324; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1059 ZPO, Rn. 47.

¹⁹⁹ BGH, Urt. v. 30.4.1959 – VII ZR 191/57, NJW 1959, 1493, 1494; ausführlich zu dieser Entscheidung *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 801 f.

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 30.4.1959 – VII ZR 191/57, NJW 1959, 1493, 1494.

²⁰¹ Vgl. für ein von den Parteien zur Bestimmung des Pachtzinses eingesetzten Schiedsgerichts bereits RG, Urt. v. 22.12.1936 – VII 178/36, RGZ 153, 193, 195 f.

²⁰² *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 814; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.6.1952 – II ZR 104/51, BGHZ 6, 335, 340.

²⁰³ Begriff von *Beckert*, Unverdientes Vermögen.

tenden Schiedsspruch hinzunehmen. Somit sprechen die besseren Gründe dafür, eine Entscheidung des Schiedsgerichts nach § 2048 Satz 2 BGB dergestalt zuzulassen, dass das Schiedsgericht über die Erbauseinandersetzung unmittelbar in Form eines Schiedsspruchs entscheidet.

cc) Verhältnis von § 1051 Abs. 3 ZPO und § 2048 Satz 2 BGB

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die durch das BGB abgeschaffte *actio familiae erciscundae*, also die Erbauseinandersetzung nach richterlicher Ermessensentscheidung, über den Umweg des letztwillig verfügten Schiedsverfahrens wieder zum Leben erweckt werden kann.²⁰⁴ Eine solche Gestaltung ist insbesondere ratsam, wenn der Erblasser die Auseinandersetzung nicht selbst durch Teilungsbestimmungen nach § 2048 Satz 1 BGB regeln kann oder will, aber zugleich keine Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften wünscht.²⁰⁵

Ob man diese Befugnis aus § 1051 Abs. 3 ZPO oder aus § 2048 Satz 2 BGB ableiten möchte,²⁰⁶ macht in der Sache wenig Unterschied: In beiden Fällen wird das Schiedsgericht nicht von sich aus tätig, sondern nur, wenn ein Miterbe Schiedsklage auf Erbauseinandersetzung erhebt.²⁰⁷ In beiden Fällen ist der Schiedsspruch in dem durch § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Umfang durch die staatlichen Gerichte überprüfbar. Ein Unterschied könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass § 1051 Abs. 3 Satz 1 ZPO eine ausdrückliche Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach Billigkeit erfordert. Hierdurch wird der Ausnahmecharakter des Schiedsspruchs *ex aequo et bono* hervorgehoben und dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schiedsparteien in der vertraglich vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit in der Regel eine Entscheidung nach geltendem Recht wünschen.²⁰⁸

²⁰⁴ Im Ergebnis ebenso *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 132; *U. Walter*, MittRhNotK 1984, 69, 77; *Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, 121–126; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 293; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 384 f.; *Haas*, ZEV 2007, 49, 54; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 31; *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 816; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 37; *Palandt-Weidlich*, § 2042 BGB, Rn. 23.

²⁰⁵ Vgl. *Schiffer*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 71 mit Hinweis auf Auseinandersetzungsschwierigkeiten bei inhomogenen Nachlässen; vgl. ferner *Happe*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 85, 88 mit Hinweis auf den Nutzen von Schiedsgutachten zur Lösung von Streitigkeiten um die Bewertung von Nachlassgegenständen.

²⁰⁶ Für ersteres insbesondere *Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, 124–126; für zweiteres insbesondere *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 805–816.

²⁰⁷ *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 816 mit dem Hinweis, dass ein Schiedsgutachter im Gegensatz hierzu von sich aus tätig werden dürfe.

²⁰⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 53; *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 371; *Lachmann*, Handbuch für die

Hieraus folgt aber, dass der Erblasser das Schiedsgericht auch auf dem Boden von § 2048 Satz 2 BGB ausdrücklich zu einer Entscheidung nach billigem Ermessen ermächtigen muss.²⁰⁹ Denn auch insofern gilt der Grundsatz, dass das Schiedsgericht im Zweifel nach rechtlichen Maßstäben zu entscheiden hat. Verfügt der Erblasser also lediglich, dass über Streitigkeiten bei der Erbaueinandersetzung ausschließlich ein Schiedsgericht zu entscheiden habe, müsste dieses Schiedsgericht die missliebigen gesetzlichen Teilungsvorschriften anwenden. Daher empfiehlt sich stets die ausdrückliche Anordnung, dass das Schiedsgericht über die Erbaueinandersetzung durch Schiedsspruch nach billigem Ermessen entscheiden solle.

IV. Vermächtnisse und Auflagen

Durch das Vermächtnis erwirbt der Vermächtnisnehmer einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Vermachte gegen den Beschwerten. Die Auflage verpflichtet den Beschwerten hingegen zu einer Leistung, ohne dass mit dieser Leistungspflicht ein entsprechender Anspruch auf die Leistung korrespondiert.²¹⁰ Trotzdem ist die Erfüllung der Auflage nicht in das Belieben des Beschwerten gestellt, denn die in § 2194 BGB genannten Personen haben einen – fremdnützigen – Anspruch gegen den Beschwerten auf Vollziehung der Auflage.²¹¹

Das Vermächtnis stellt eine Zuwendung des Erblassers dar, die mit der letztwilligen Schiedsverfügung belastet ist. Demzufolge ist der Vermächtnisanspruch in sachlicher Hinsicht schiedsgebunden. Weil die Parteien eines solchen Rechtsstreits – Legatäre gegen Erben oder Legatäre gegeneinander – auch in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden sind, sind Streitigkeiten um die Erfüllung des Vermächtnisses durch das Schiedsgericht zu entscheiden.²¹²

Dasselbe gilt im Prinzip auch für Streitigkeiten um den Anspruch auf Vollziehung der Auflage.²¹³ Gewisse Zweifel ergeben sich jedoch daraus, dass die Vollziehungsberechtigten nach § 2194 BGB gerade nicht Begünstigte der

Schiedsgerichtspraxis, Rn. 404; MüKo-ZPO-Münch, § 1051 ZPO, Rn. 47; Musielak/Voit-Voit, § 1051 ZPO, Rn. 4.

²⁰⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.1.1994 – 1 U 92/93, NJW-RR 1994, 905, 906 (keine Auseinandersetzung nach billigem Ermessen des Testamentsvollstreckers ohne entsprechende Ermächtigung durch den Erblasser); a.A. Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 812.

²¹⁰ Röthel, Erbrecht, § 37 Rn. 2; Leipold, Erbrecht, Rn. 780.

²¹¹ Röthel, Erbrecht, § 37 Rn. 8 f.; Leipold, Erbrecht, Rn. 781; Palandt-Weidlich, § 2194 BGB, Rn. 1.

²¹² OLG München, Beschl. v. 13.10.2017 – 34 SchH 8/17, FamRZ 2018, 533, 533; Otte, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 250; Staudinger-ders., Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8; Wegmann, ZEV 2003, 20, 21; Geimer, in: FS Schlosser, 197, 205; Zöller-ders., § 1066 ZPO, Rn. 16; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 260; MüKo-BGB-Leipold, § 1937 BGB, Rn. 33; W. Reimann, FamRZ 2017, 1295, 1298.

Auflage sind und zum Teil sogar überhaupt keine Zuwendung erhalten. Letzteres ist beispielsweise bei enterbten gesetzlichen Erben der Fall, die nach § 2194 Satz 1 die Vollziehung der Auflage zu Lasten eines gewillkürten Erben verlangen können, wenn ihnen der Wegfall des gewillkürten Erben zustattenkäme.²¹⁴ Warum, so fragt sich, sollte sich ein enterbter gesetzlicher Erbe an das Schiedsgericht wenden müssen, um die Vollziehung der Auflage zu erstreiten?

Der Anspruch auf Vollziehung ist indes, ebenso wie die Auflage selbst, durch den Erblasser ausgestaltbar. Daher kann der Erblasser den Kreis der Vollziehungsberechtigten abweichend von § 2194 vergrößern oder verkleinern.²¹⁵ Somit leiten die Vollziehungsberechtigten ihre Rechtsmacht vom Erblasser ab. Hierin ähneln sie den Testamentsvollstreckern.²¹⁶ Streitigkeiten um die Vollziehung von Auflagen sind daher auch dann im letztwillig verfügten Schiedsverfahren zu entscheiden, wenn der Vollziehungsberechtigte ansonsten keine Zuwendung erhalten hat.²¹⁷

V. Pflichtteilsrecht

Die Schiedsbindung von Ansprüchen aus dem Bereich des Pflichtteilsrechts gehört zu den kontroversesten Aspekten letztwilliger Schiedsverfügungen.²¹⁸ Im Eifer des Gefechts wird zuweilen vernachlässigt, dass die §§ 2303–2338 BGB nicht nur den Pflichtteilsanspruch selbst regeln, sondern auch etliche Begleit- und Folgeansprüche. Daher ist zu differenzieren:²¹⁹

1. Pflichtteilsanspruch und Auskunftsanspruch

Nach § 2303 BGB haben enterbte Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten des Erblassers einen Pflichtteilsanspruch gegen den oder die Erben. In der Regel sind die Pflichtteilsberechtigten nicht Erben geworden,²²⁰ sodass sie keinen Einblick in die Zusammensetzung und den Wert des Nachlasses erhalten. Daher hilft ihnen das Gesetz in § 2314 Abs. 1 BGB durch einen Auskunftsanspruch. Ein Pflichtteilsberechtigter, der nicht Erbe ist, kann nach § 2314

²¹³ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 250; *Staudinger-ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8; *MüKo-BGB-Leipold*, § 1937 BGB, Rn. 33; *Stallknecht*, RNotZ 2019, 433, 437.

²¹⁴ *Röthel*, Erbrecht, § 37 Rn. 9 mit Fallbeispiel.

²¹⁵ *Muscheler*, Erbrecht, Band II, Rn. 2679; *Röthel*, Erbrecht, § 37 Rn. 10; *Palandt-Weidlich*, § 2194 BGB, Rn. 2.

²¹⁶ Zur Schiedsbindung des Testamentsvollstreckers in persönlicher Hinsicht oben Kapitel 4 – B.III. (172).

²¹⁷ *Stöhr*, in: Dorsel, Kölner Formularbuch Erbrecht, 652, Rn. 697.

²¹⁸ *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 422; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1297; *Bandel*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 352.

²¹⁹ *Schiffer*, Anm. zu LG Heidelberg, 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZErB 2014, 293, 294; zuvor ähnlich *Pawlytta*, ZEV 2003, 89.

²²⁰ Zum Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB sogleich in Kapitel 4 – C.V.2. (220).

Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB ein privat erstelltes oder ein notarielles Nachlassverzeichnis verlangen. Gem. § 260 Abs. 2 BGB hat der Pflichtteilsberechtigte ferner einen Anspruch auf eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit des Nachlassverzeichnisses, falls Zweifel bestehen. Häufig werden Pflichtteilsansprüche in Wege einer dreifachen Stufenklage (§ 254 ZPO) gerichtlich geltend gemacht, wobei die Klage in erster Stufe auf Auskunftserteilung, in zweiter Stufe auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und in dritter Stufe auf Leistung des Pflichtteils gerichtet ist.²²¹

Streitigkeiten um den Pflichtteilsanspruch und um den korrespondierenden Auskunftsanspruch sind nicht durch ein letztwillig verfügbares Schiedsgericht zu entscheiden.²²² Nach der hier vorgeschlagenen Abschichtung von Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht folgt das bereits daraus, dass die Pflichtteilsberechtigten in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden sind.²²³ Doch auch, wenn man auf die Ansprüche blickt, ergibt sich nichts anderes: Der Pflichtteilsanspruch und der auf seine Durchsetzung gerichtete Auskunftsanspruch beruhen nicht auf einer Zuwendung des Erblassers, sondern auf dem Gesetz. Der Bundesgerichtshof hat daher in seinen zwei gleichlautenden Beschlüssen aus dem Jahr 2017, mit denen er die Schiedsbindung von Pflichtteilsansprüchen abgelehnt hat, zu Recht geurteilt:

„Die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs ist nicht Ausfluss der dem Erblasser im Rahmen der Testierfreiheit zustehenden Verfügungsmacht, sondern zwingende gesetzliche Folge seiner Entscheidung, einen Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge auszuschließen (§ 2303 BGB).“²²⁴

²²¹ So lagen den vier Entscheidungen, in denen deutsche Gerichte die Schiedsbindung von Pflichtteilsansprüchen verneinten, nämlich BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035 und LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310 jeweils eine Stufenklage des Pflichtteilsberechtigten zu Grunde; vgl. ferner Staudinger-Herzog, § 2314 BGB, Rn. 154–165.

²²² BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 418 f.; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2116 f.; OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035, 1035; LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310, 310 f.; *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 251; *ders.*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 73 f.; Staudinger-*ders.*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a; *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 385 f.; *ders.*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 353; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, 138 f.; *Roland Wendt*, Anm. zu LG Heidelberg, 22.10.2013 – 2 O 128/13, ErbR 2014, 401, 402; *ders.*, ErbR 2016, 484, 485 f.; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 422–425; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1297 f.; *Keim*, NJW 2017, 2652, 2653; *Burchard*, ZEV 2017, 308, 310 f.; *ders.*, Anm. zu OLG München, 25.10.2017 – 18 U 1202/17, ZEV 2018, 98, 98.

²²³ Hierzu oben Kapitel 4 – B.IV. (174).

²²⁴ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 419; BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2117 (jew. Rn. 28).

Pflichtteilsberechtigte können sich also trotz einer letztwilligen Schiedsverfügung an die staatlichen Gerichte wenden – sei es mit einer Klage, die direkt auf die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs gerichtet ist, sei es mit einer Stufenklage.

Doch auch, wenn der Erbe zum Gegenangriff übergeht und negative Feststellungsklage gegen den Pflichtteilsberechtigten erhebt, z.B. weil er meint, der Pflichtteilsanspruch sei bereits erfüllt oder der Berechtigte habe wirksam verzichtet, ist dieser Streit durch die staatlichen Gerichte zu entscheiden und nicht durch das Schiedsgericht. Nach hiesiger Konzeption folgt das zwanglos daraus, dass der Pflichtteilsberechtigte – nunmehr als Beklagter – in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden ist. Aber auch in sachlicher Hinsicht ist dieser Streit nicht schiedsgebunden, denn es geht um das Bestehen oder Nichtbestehen von gesetzlichen Ansprüchen, nicht von gewillkürten Zuwendungen. Im Übrigen kann die fehlende Schiedsbindung von Pflichtteilsansprüchen nicht dadurch umgangen werden, dass der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten mit einer negativen Feststellungsklage vor dem Schiedsgericht zuvorkommt.

2. *Zusatzpflichtteil und Pflichtteil nach Anrechnung eines Vermächtnisses*

Der Erblasser kann einer Person, die zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehört, einen Erbteil zuwenden, der im Wert hinter dem Pflichtteil zurückbleibt. Für diesen Fall gewährt § 2305 BGB einen Anspruch auf den sog. Zusatzpflichtteil. Ferner kann der Erblasser einen Pflichtteilsberechtigten zwar enterben, zugleich aber mit einem Vermächtnis bedenken. § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt, dass der Wert des Vermächtnisses dann auf den Pflichtteil anzurechnen ist, sofern der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis nicht ausschlägt. In beiden Konstellationen ist also sichergestellt, dass der Pflichtteilsberechtigte wirtschaftlich nicht hinter den Pflichtteil zurückfällt.²²⁵

Es fragt sich, ob Streitigkeiten um den Zusatzpflichtteil oder um den Pflichtteil, der nach Anrechnung des Vermächtnisses verbleibt, durch das letztwillig verfügte Schiedsgericht zu entscheiden sind. Auf diesen Gedanken könnte man kommen, weil die Pflichtteilsberechtigten hier nicht gänzlich unberücksichtigt geblieben sind, sondern eine (freilich zu geringe) Zuwendung erhalten haben. Dieser Gedanke täuscht jedoch, denn die Pflichtteilsberechtigten machen den Zusatzpflichtteil bzw. den Pflichtteil neben dem Vermächtnis nicht als Erben oder Vermächtnisnehmer geltend, sondern als Pflichtteilsberechtigte. Der Anspruch auf den Zusatzpflichtteil und der Anspruch auf den Pflichtteil neben einem Vermächtnis sind daher ebenso wenig schiedsgebunden wie der Anspruch auf den vollen Pflichtteil nach § 2303 BGB.

²²⁵ Vgl. *Röthel*, *Erbrecht*, § 38 Rn. 19.

3. Pflichtteilsergänzungsanspruch

Die „unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung“,²²⁶ die das Pflichtteilsrecht gewährt, könnte leicht entwertet werden, indem der Erblasser noch zu Lebzeiten Vermögen verschenkt und so den Nachlass schmälert.²²⁷ Das Gesetz begegnet dieser Gefahr durch die in §§ 2325–2331 BGB geregelte Pflichtteilsergänzung. Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte die Ergänzung seines Pflichtteils um den Betrag verlangen, der sich ergäbe, wenn der verschenkte Gegenstand noch im Nachlass vorhanden wäre. Der Wert, mit dem ein verschenkter Gegenstand in Ansatz gebracht wird, ist dabei nach § 2325 Abs. 3 BGB um 10 % pro Jahr, das seit der Schenkung vergangen ist, zu verringern, sodass Schenkungen, die mehr als zehn Jahre zurück liegen, unberücksichtigt bleiben. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch richtet sich in erster Linie gegen die Erben, während der Beschenkte gem. § 2329 BGB subsidiär haftet.²²⁸

Streitigkeiten um die Pflichtteilsergänzung sind durch die staatlichen Gerichte und nicht durch ein letztwillig angeordnetes Schiedsgericht zu entscheiden.²²⁹ Auch insofern gilt, dass die Pflichtteilsberechtigten bereits in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden sind. Dasselbe gilt für den beschenkten Dritten, soweit sich der Anspruch nach § 2329 BGB gegen ihn richtet.²³⁰ Der Beschenkte hat nämlich keine Zuwendung von Todes wegen erhalten, die mit der letztwilligen Schiedsverfügung belastet sein kann, sondern eine Zuwendung unter Lebenden. In sachlicher Hinsicht folgen Pflichtteilsergänzungsansprüche aus dem Gesetz und sind auch deshalb nicht schiedsgebunden.

4. Ertragswertanordnung, Pflichtteilsentziehung und Pflichtteilsbeschränkung

Die Rechtsposition der Pflichtteilsberechtigten ist einer Ausgestaltung durch letztwillige Verfügung des Erblassers jedoch nicht gänzlich entzogen. Erstens hat eine Ertragswertanordnung gem. § 2312 BGB in gewissen Fällen zur Folge, dass das Landgut auch für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs

²²⁶ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 348 – *Pflichtteil*.

²²⁷ *H. Lange/K. Kuchinke*, *Erbrecht*, 931; *Leipold*, *Erbrecht*, Rn. 839; ausführlich und mit rechtsvergleichenden Hinweisen *Röthel*, *AcP* 2012 (212), 157, 164–180.

²²⁸ Zum Ganzen *H. Lange/K. Kuchinke*, *Erbrecht*, 944–950; *Leipold*, *Erbrecht*, Rn. 847; *K. W. Lange*, *Erbrecht*, § 92 Rn. 123.

²²⁹ LG München II, Urt. v. 24.2.2017 – 13 O 5937/15, ZEV 2017, 274, 274 f.; die hiergegen gerichtete Berufung wurde nach Hinweisbeschluss des OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035, 1035 zurückgenommen: *Burchard*, *Anm.* zu OLG München, 25.10.2017 – 18 U 1202/17, ZEV 2018, 98, 99.

²³⁰ *Bandel*, *SchiedsVZ* 2017, 72, 76.

zum Ertragswert anzusetzen ist. Zweitens kann der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten gem. § 2336 Abs. 2 BGB den Pflichtteil entziehen, falls die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Drittens kann er das Pflichtteilsrecht gem. § 2338 BGB „in guter Absicht“ beschränken, falls sich der Pflichtteilsberechtigte der Verschwendung ergeben hat.

Einige Autoren – von denen die meisten ohnehin alle pflichtteilsrechtlichen Streitigkeiten dem Schiedsgericht zuweisen wollen – meinen, jedenfalls Streitigkeiten um diese drei Fragen seien durch das Schiedsgericht zu entscheiden.²³¹ Gegen solche schiedsgebundenen „Inseln“ im Pflichtteilsrecht sprechen indes zunächst praktische Bedenken:²³² Soll ein beklagter Erbe wirklich mit Erfolg die Schiedseinrede erheben können, wenn er meint, dem Kläger sei der Pflichtteil entzogen worden, während diese Einrede erfolglos bleibt, wenn er schlicht einwendet, er habe den Pflichtteilsanspruch bereits erfüllt? Und was gilt, wenn sich der Beklagte in erster Linie mit der Pflichtteilsentziehung und hilfsweise mit der Erfüllung verteidigt?

Schwerer als diese praktischen Probleme wiegt der Einwand, dass der Pflichtteilsanspruch auch in diesen drei Sonderfällen nicht aus einer letztwilligen Verfügung des Erblassers herrührt, sondern aus dem Gesetz. Wenn der Erblasser eine Ertragswertanordnung trifft oder die in § 2338 Abs. 1 BGB vorgesehenen Beschränkungen anordnet, wird der Pflichtteilsanspruch hierdurch nicht zu einer gewillkürten Zuwendung. Es handelt sich nach wie vor um einen gesetzlichen Anspruch, den der Erblasser ausnahmsweise unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen ausgestalten kann.²³³ Entsprechendes gilt, wenn ein Grund zur Pflichtteilsentziehung nach § 2333 BGB vorgelegen hätte, aber der Erblasser (ggf. durch Verzeihung nach § 2337 BGB) auf die Pflichtteilsentziehung verzichtet hat. Schließlich wäre es mit Blick auf die prozessuale Komponente der grundgesetzlichen Gewährleistung des Pflichtteilsrechts²³⁴ schwer zu rechtfertigen, dass ein einfacher Streit um die Erfüllung des Pflichtteils durch die staatlichen Gerichte zu entscheiden ist, während ausgerechnet ein Streit um die Pflichtteilsentziehung, also um

²³¹ Pawlytta, ZEV 2003, 89, 91 f.; *ders.*, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35; Schiffer/Schürmann, hereditare 4 (2014), 39, 49; Grötsch, in: Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, Rn. 46; einschränkend Staudinger-Herzog, § 2317 BGB, Rn. 95 (nur für Pflichtteilsentziehung); K. W. Lange, ZZP 128 (2015), 407, 424 (nur für Ertragswertanordnung).

²³² Vgl. Pawlytta, ZEV 2003, 89, 92; *ders.*, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35, der daraus allerdings den Schluss zieht, dass sämtliche Ansprüche aus dem Bereich des Pflichtteilsrechts schiedsgebunden sein sollten.

²³³ Vgl. Bandel, SchiedsVZ 2017, 72, 77 mit dem zutreffenden Hinweis, dass die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts durch den Erblasser ausnahmsweise zulässig ist, nicht zur Disposition des Erblassers stehen.

²³⁴ Hierzu oben Kapitel 3 – A.I.4.a) (134).

die schärfste Einschränkung des Pflichtteilsrechts, vor das Schiedsgericht gehören soll.

Auch Streitigkeiten, bei denen es um eine Ertragswertanordnung, eine Pflichtteilsentziehung oder eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht geht, sind daher nicht durch ein letztwillig angeordnetes Schiedsgericht zu entscheiden.²³⁵

5. Verteilung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis

Die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten richten sich, wenn man vom Sonderfall des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den beschenkten Dritten absieht, gegen den oder die Erben, wobei mehrere Erben grundsätzlich als Gesamtschuldner haften.²³⁶ Diese Ansprüche sind nicht schiedsgebunden. Was aber gilt bei Streitigkeiten über die Verteilung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis von Miterben oder Vermächtnisnehmern?

§§ 2318–2324 BGB regeln detailliert, wer die Pflichtteilslast letztlich tragen soll. Dabei werden durch § 2318 Abs. 1 BGB auch Vermächtnisnehmer und Begünstigte einer Auflage herangezogen.²³⁷ Nach § 2320 BGB soll im Verhältnis der Erben untereinander im Zweifel derjenige die Pflichtteilslast tragen, der anstelle des Pflichtteilsberechtigten Erbe geworden ist.²³⁸ Vor allem ermöglicht § 2324 BGB dem Erblasser, andere Anordnungen für die Verteilung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis zu treffen, solange hierdurch ein selbst pflichtteilsberechtigter Erbe oder Vermächtnisnehmer nicht hinter den Wert des Pflichtteils zurückfällt.²³⁹

Wenn Parteien um die Verteilung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis streiten, machen sie in der Sache Rechte aus der erhaltenen Zuwendung geltend – sei es, dass sie die erhaltene Zuwendung durch einen Regress wieder auf das ihnen zustehende Maß auffüllen wollen, sei es, dass sie ihre Zuwendung gegen einen solchen Regress verteidigen wollen. Das spricht dafür, dass Streitigkeiten um die Verteilung der Pflichtteilslast in sachlicher Hinsicht schiedsgebunden sind. Zu demselben Ergebnis kommt, wer die abstrakte Regelungsbefugnis für das maßgebliche Kriterium der Schiedsbindung hält,

²³⁵ Im Ergebnis ebenso *K. W. Lange*, ZZZ 128 (2015), 407, 425 (in Bezug auf Pflichtteilsentziehung und –beschränkung); *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 77; *Roland Wendt*, ErbR 2017, 470, 473.

²³⁶ *Staudinger-Otte*, § 2303 BGB, Rn. 46; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 837; *Palandt-Weidlich*, § 2317 BGB, Rn. 5; zu Ausnahmen nach Teilung des Nachlasses siehe *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 924–928.

²³⁷ *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 925; *Erman-Röthel*, § 2318 BGB, Rn. 1; *K. W. Lange*, Erbrecht, § 85 Rn. 18.

²³⁸ *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 928–930; *Röthel*, Erbrecht, § 38 Rn. 80; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 837.

²³⁹ *K. W. Lange*, Erbrecht, § 85 Rn. 19; *Erman-Röthel*, § 2324 BGB, Rn. 2; *Palandt-Weidlich*, § 2324 BGB, Rn. 2.

denn der Erblasser kann nach § 2324 BGB Regelungen über die Verteilung der Pflichtteilslast treffen.²⁴⁰

Fraglich ist allerdings, was gilt, wenn ein Miterbe einen Pflichtteilsanspruch erfüllt hat und nun von anderen Miterben nicht nach § 426 Abs. 1 BGB Ausgleich verlangt, sondern indem er den nach § 426 Abs. 2 BGB im Wege der Legalzession auf ihn übergegangenen Pflichtteilsanspruch geltend macht. Während der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB aus der Erbenstellung folgt und daher schiedsgebunden ist, ist der Pflichtteilsanspruch – wie zuvor dargelegt – nicht schiedsgebunden.

Der nach § 426 Abs. 2 BGB übergegangene Anspruch behält seine Selbständigkeit gegenüber dem Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB.²⁴¹ Zugleich soll ein enger Zusammenhang zwischen dem Ausgleichsanspruch und dem zedierten Anspruch bestehen.²⁴² Ob dieser Zusammenhang allerdings stark genug ist, um einen eigentlich nicht schiedsgebundenen Anspruch in die Zuständigkeit des Schiedsgericht zu ziehen, erscheint zweifelhaft, zumal für den umgekehrten Fall betont wird, dass eine Schiedsbindung des zedierten Anspruchs durch die Legalzession unberührt bleibt.²⁴³ Ein Pflichtteilsanspruch, den ein Erbe im Wege der Legalzession gem. § 426 Abs. 2 BGB erworben hat, dürfte daher vor den staatlichen Gerichten einzuklagen sein.

6. Exkurs: Schiedsverfügung als Beschwerde nach § 2306 BGB

Die Frage, ob die letztwillige Schiedsverfügung eine Beschränkung oder Beschwerde im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB darstellt, betrifft genau genommen nicht die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung. Trotzdem soll die Frage hier als Exkurs behandelt werden, weil die Rückbesinnung auf das verfassungsrechtliche Spannungsfeld, in das letztwillige Schiedsverfügungen fallen, auch hier Perspektiven eröffnet, die in der Diskussion bislang unberücksichtigt geblieben sind.²⁴⁴

²⁴⁰ *Schiffer/Schürmann*, hereditare 4 (2014), 39, 49; *K. W. Lange*, ZZP 128 (2015), 407, 424; vgl. auch *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 91 f.; *ders.*, in: Scherer, Münchener Anwalts-handbuch Erbrecht, § 68, Rn. 35; *Stallknecht*, RNotZ 2019, 433, 439.

²⁴¹ RG, Urt. v. 16.11.1908 – VI 607/07, RGZ 69, 422, 424; RG, Urt. v. 29.11.1934 – VI 331/34, RGZ 146, 97, 101; BGH, Urt. v. 15.1.1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 77 f.; *Staudinger-Looschelders*, § 426 BGB, Rn. 142–143; *Palandt-Grüneberg*, § 426 BGB, Rn. 16.

²⁴² BGH, Urt. v. 15.1.1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 78; *Staudinger-Looschelders*, § 426 BGB, Rn. 144; *MüKo-BGB-Bydlinski*, § 426 BGB, Rn. 44.

²⁴³ *MüKo-BGB-Bydlinski*, § 426 BGB, Rn. 39; *Staudinger-Looschelders*, § 426 BGB, Rn. 136; *BeckOGK-Kreße*, § 426 BGB, Rn. 88.

²⁴⁴ Zur ähnlich gelagerten Frage, ob die Schiedsverfügung eine Beeinträchtigung des Vertragserben nach § 2289 Abs. 1 BGB darstellt, siehe OLG Hamm, Urt. v. 8.10.1990 – 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455, 456; *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 6 f. (jew. bejahend); anders OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847, 847 f. (verneinend).

Nach § 2306 Abs. 1 BGB kann ein pflichtteilsberechtigter Erbe, dessen Erbteil durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt ist oder dessen Erbteil mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, den Erbteil ausschlagen und stattdessen den Pflichtteil verlangen. Nach § 2306 Abs. 2 BGB gilt dasselbe, wenn der Pflichtteilsberechtigte lediglich Nacherbe geworden ist. § 2306 BGB bildet damit eine Ausnahme zu dem Grundsatz, dass ein pflichtteilsberechtigter Erbe, der ausschlägt, auch den Pflichtteil nicht verlangen kann.²⁴⁵

Es fragt sich nun, ob ein pflichtteilsberechtigter Erbe, dessen Erbteil mit einer letztwilligen Schiedsverfügung belastet ist, ebenfalls ausschlagen und dennoch den Pflichtteil verlangen kann. Dies wird in der Literatur zuweilen aus dem Grund verneint, dass die letztwillige Schiedsverfügung keine Auflage darstelle und § 2306 BGB im Übrigen hinsichtlich der Arten von Beschränkungen und Belastungen abschließend sei.²⁴⁶ Die letztwillige Schiedsverfügung ist in der Tat keine Auflage im Sinne von § 1940 BGB,²⁴⁷ doch die schlichte Behauptung, § 2306 BGB sei abschließend, ist methodisch unsauber und im Ergebnis wenig überzeugend.²⁴⁸

Freilich kann § 2306 BGB auf letztwillige Schiedsverfügungen nicht direkt angewandt werden, weil der Wortlaut der Norm Schiedsverfügungen nicht erfasst. Es stellt sich daher von vornherein nur die Frage, ob § 2306 Abs. 1 BGB auf letztwillige Schiedsverfügungen *analog* anzuwenden ist.²⁴⁹ Es kommt also zunächst darauf an, ob § 2306 BGB eine planwidrige Regelungslücke in Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen aufweist.²⁵⁰ An einer

²⁴⁵ Röhrl, *Erbrecht*, § 38 Rn. 23; Leipold, *Erbrecht*, Rn. 825; K. W. Lange, *Erbrecht*, § 87 Rn. 52.

²⁴⁶ Crezelius, in: FS H. P. Westermann, 161, 171; Otte, in: Schmoeckel, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, 62, 75; Staudinger-*ders.*, § 2306 BGB, Rn. 15, 17; Kleinschmidt, *Delegation von Privatautonomie auf Dritte*, 807 (dort Fn. 227); Keim, *NJW* 2017, 2652, 2653 f.; mit abweichender Argumentation, aber im Ergebnis gleich J. Mayer, *ZEV* 2000, 263, 268; Grunsky, in: FS H. P. Westermann, 255, 256; MüKo-BGB-K. W. Lange, § 2306 BGB, Rn. 16.

²⁴⁷ Hierzu oben Kapitel 1 – B.I.3.b)aa) (47).

²⁴⁸ Vgl. Bandel, *NotBZ* 2005, 381, 383, mit dem Hinweis, dieser Schluss sei „gewagt“.

²⁴⁹ Insofern zutreffend Haas, *ZEV* 2007, 49, 51, der die analoge Anwendung jedoch im Ergebnis ablehnt.

²⁵⁰ Zu den Voraussetzungen einer Analogie Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 370–383; speziell dazu, dass keine ausfüllungsfähige Lücke bei „beredtem Schweigen“ des Gesetzgebers vorliegt, K.F. Röhl/H.C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 633; Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Rn. 573; zum Willen des Gesetzgebers bei der Feststellung der Planwidrigkeit Frieling, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers*, 11 f. Nach Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 73–75, 148–150 dient die Analogie selbst dazu, Lücken im Gesetz ausfindig zu machen, denn erst die Vergleichbarkeit zwi-

solchen Regelungslücke würde es fehlen, wenn der Gesetzgeber entweder keinerlei andere Beschränkungen oder Beschwerungen einbeziehen wollte, oder die Einbeziehung von letztwilligen Schiedsverfügungen explizit erwogen und verworfen hat. Beides ist nicht der Fall.²⁵¹

Bereits der Redaktor des Vorentwurfs zum BGB, *Gottfried von Schmitt*, hatte eine Regelung in §§ 253–256 für den Fall vorgesehen, dass der pflichtteilsberechtigte Erbe durch „Auflagen oder andere Beschränkungen“ (§ 253 Abs. 1) beschwert ist.²⁵² § 255 seines Entwurfs sah vor, dass es „[als] eine Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten insbesondere [anzusehen ist], wenn demselben anstelle des Pflichtteils nur ein Nießbrauch [...] hinterlassen ist.“ Durch die Formulierung „insbesondere“ wird deutlich, dass *von Schmitt* nicht alle Arten von Belastungen abschließend aufzählen wollte.²⁵³

Der Entwurf der ersten Kommission strich dieses Regelbeispiel und zählte stattdessen die Arten der Beschränkungen und Beschwerungen ohne den Zusatz „insbesondere“ auf.²⁵⁴ Weder in den Motiven der ersten Kommission, noch in den Protokollen der zweiten Kommission finden sich indes Hinweise, dass der Katalog streng abschließend zu verstehen sei.²⁵⁵ In den Protokollen

schen geregelter und ungeregelter Fall führt dazu, dass das Gesetz als lückenhaft wahrgenommen wird. Das ist methodologisch zutreffend; für die praktischen Zwecke dieser Arbeit wird dennoch an den klassischen Analogievoraussetzungen festgehalten.

²⁵¹ Zum Beleg dafür, dass die in § 2306 BGB genannten Beschränkungen und Beschwerungen abschließend seien, wird zuweilen auf BGH, Urt. v. 26.9.1990 – IV ZR 131/89, BGHZ 112, 229, 232 verwiesen. Dort geht es indes um die Frage, ob § 2306 BGB eingreift, wenn der pflichtteilsberechtigte Erbe irrig davon ausgeht, sein Erbteil sei beschränkt oder beschwert. Es besteht aber durchaus ein Unterschied zwischen einem Erben, der irrig meint, sein Erbteil sei belastet, und einem Erben, dessen Erbteil auf eine in § 2306 BGB nicht genannte Art belastet ist.

²⁵² v. *Schmitt*, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Band II, 53.

²⁵³ Vgl. v. *Schmitt*, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Band II, 779: „Was unter Auflagen und sonstigen Beschränkungen zu verstehen ist, ergeben die allgemeinen Vorschriften. Der Berechtigte muß eben seinen Anspruch sofort, unmittelbar, voll und ganz geltend machen können, und es kann dem Erblasser nicht gestattet werden, den Anspruch ganz oder theilweise durch Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingungen, Anfangs- oder Endtermin, fideikommissarische Bindung u. dgl. m. oder durch Hinausschiebung der Erbtheilung zu vereiteln.“

²⁵⁴ Siehe § 1981 Abs. 1 des Entwurfs, abgedruckt in *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V, LIII.

²⁵⁵ Vgl. Motive 394–400, abgedruckt in *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 209–212; *Achilles/Gebhard/Spahn* (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, 500–503, 506–510, 514–516. Aus *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V/2, 2002, 1856 f., auf die *Staudinger-Otte*, § 2306 BGB, Rn. 6 verweist, folgt nichts Gegenteiliges: In den dort abgedruckten Beratun-

heißt es vielmehr, der Pflichtteilsberechtigte könne dann ausschlagen und den Pflichtteil verlangen, wenn er „in irgendwelcher Weise“ beschwert sei.²⁵⁶

Durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 (BGBl. I 3142) ist § 2306 BGB zum ersten und einzigen Mal geändert worden. Die Vorschrift differenziert nun nicht mehr danach, ob der hinterlassene Erbteil größer oder kleiner als die Pflichtteilsquote ist, blieb aber ansonsten unverändert.²⁵⁷ Die Regierungsbegründung zu dieser Änderung verhält sich nicht dazu, ob die in § 2306 BGB genannten Beschränkungen und Beschwerungen abschließend sind.²⁵⁸ Weder in den Materialien zum BGB noch in dieser Regierungsbegründung werden letztwillige Schiedsverfügungen ausdrücklich erwähnt, was angesichts ihrer geringen Praxisrelevanz vom 19. bis in das 21. Jahrhundert hinein kaum erstaunt.

§ 2306 BGB weist also in Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen eine planwidrige Regelungslücke auf. Somit kommt es darauf an, ob die Interessenlage eines pflichtteilsberechtigten Erben, dessen Erbteil mit einer letztwilligen Schiedsverfügung belastet ist, mit der Interessenlage, die das Gesetz adressiert, vergleichbar ist.²⁵⁹ § 2306 BGB soll verhindern, dass sich der pflichtteilsberechtigte Erbe mit einem Erbteil begnügen muss, der durch Verfügung von Todes wegen beschränkt oder beschwert ist.²⁶⁰ Ob sich die Anordnungen in wirtschaftlicher oder sonstiger Weise tatsächlich nachteilig auswirken, ist irrelevant.²⁶¹

Bereits eine Auflage von geringstem Lästigkeitswert oder ein Vermächtnis über einen Kleinstbetrag berechtigen daher den pflichtteilsberechtigten Erben, auszuschlagen und stattdessen den Pflichtteil zu verlangen.²⁶² Eine letztwillige Schiedsverfügung hingegen beschränkt nicht nur den Justizgewährungsanspruch insgesamt, sondern bürdet dem Erben auch die hohen Kosten eines Schiedsverfahrens auf, während sie ihm zugleich den Zugang zu Prozesskostenhilfe abschneidet. Die *ratio* von § 2306 BGB, nach der sich ein pflichtteilsberechtigter Erbe keine Schmälerung seiner Begünstigung gefallen lassen muss, wenn er sich dafür mit dem Pflichtteil begnügt, trifft daher bei

gen ging es darum, welche Arten von Beschränkungen in das Gesetz aufgenommen werden sollten. Daraus folgt aber nicht, dass § 2306 BGB strikt abschließend zu verstehen ist.

²⁵⁶ *Achilles/Gebhard/Spahn* (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, 502.

²⁵⁷ Hierzu *Staudinger-Otte*, § 2306 BGB, Rn. 2–5.

²⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/8954, 20.

²⁵⁹ Zur Vergleichbarkeit der Interessenlage als Analogievoraussetzung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 381–383; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 577–578.

²⁶⁰ *Staudinger-Otte*, § 2306 BGB, Rn. 6; *MüKo-BGB-K. W. Lange*, § 2306 BGB, Rn. 1.

²⁶¹ *Röthel*, Erbrecht, § 28 Rn. 23; *Staudinger-Otte*, § 2306 BGB, Rn. 6; *MüKo-BGB-K. W. Lange*, § 2306 BGB, Rn. 6; *Palandt-Weidlich*, § 2306 BGB, Rn. 2.

²⁶² Vgl. *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 8.

Schiedsverfügungen ebenso zu wie bei den im Normtext genannten materiellen Beschränkungen und Beschwerden. § 2306 Abs. 1 BGB ist daher auf letztwillige Schiedsverfügungen dergestalt analog anzuwenden, dass die letztwillige Schiedsverfügung einer Beschwerde durch Vermächtnis oder Auflage gleichzuachten ist.²⁶³

VI. Testamentsvollstreckung

In der Mehrzahl der Verfahren, in denen die US-amerikanischen Gerichte über die Reichweite einseitiger Schiedsverfügungen zu entscheiden hatten, ging es in der Sache darum, den Trustee zu Rechnungslegung und Schadensersatz zu verurteilen oder ihn zu entlassen.²⁶⁴ In der deutschen Rechtsprechung spielen Streitigkeiten um die Entlassung des Testamentsvollstreckers die Hauptrolle,²⁶⁵ während es – soweit ersichtlich – erst eine Entscheidung dazu gibt, ob die letztwillige Schiedsverfügung den Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Testamentsvollstrecker erfasst.²⁶⁶ Im Folgenden werden zunächst andere Streitigkeiten aus dem Kontext der Testamentsvollstreckung auf ihre Schiedsbindung hin untersucht, bevor sich die Arbeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers als „schärfste[m] Schwert in der Hand der Erben“²⁶⁷ zuwendet.

1. Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft

Ein Testamentsvollstrecker, der nicht ausschließlich mit der Verwaltung des Nachlasses betraut ist, hat nach § 2204 Abs. 1 BGB die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft herbeizuführen.²⁶⁸ Zu diesem Zweck hat er einen Teilungsplan aufzustellen, die Erben hierzu gem. § 2204 Abs. 2 BGB anzuhören und den Plan sodann durch Verteilung der Nachlassgegenstände zu voll-

²⁶³ So im Ergebnis auch *U. Walter*, MittRhNotK 1984, 69, 78; *Happe*, in: Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 85, 88; *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 7; Musielak/Voit-Voit, § 1066 ZPO, Rn. 3; BeckOK BGB-Müller-Engels, § 2306 BGB, Rn. 14.

²⁶⁴ *Schoneberger v. Oelze*, 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004) („accounting“); *In re Calomiris*, 894 A.2d 408 (D.C. Ct. App. 2006) („trustee removal“); *Diaz v. Bukey*, 125 Cal. Rptr. 3d 610 (Cal. Ct. App. 2011) („trustee removal“); *Jones v. Fink*, 2011 Ariz. App. Unpub. LEXIS 455 (Ariz. Ct. App. 2011) („damages“); *Rachal v. Reitz*, 403 S.W.3d 840, 842 (Tex. Sup. Ct. 2013) („removal and damages“); *Diggs v. Lingo*, 2014 Tenn. App. LEXIS 869 (Tenn. Ct. App. 2014) („accounting“).

²⁶⁵ RG, Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128 ff.; BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688 f.

²⁶⁶ BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18 (juris).

²⁶⁷ *Muscheler*, AcP 197 (1997), 226, 227.

²⁶⁸ BeckOK BGB-K. *W. Lange*, § 2204 BGB, Rn. 1; BeckOGK-Leitzen, § 2204 BGB, Rn. 2; Palandt-Weidlich, § 2204 BGB, Rn. 1.

ziehen.²⁶⁹ Ist ein Erbe mit dem erstellten Teilungsplan nicht einverstanden, kann er gegen den Testamentsvollstrecker Klage erheben.²⁷⁰ Umgekehrt kann der Testamentsvollstrecker auf Mitwirkung an der Durchführung des Plans klagen, sofern eine solche Mitwirkung erforderlich ist.²⁷¹ Streitigkeiten um die Erbauseinandersetzung, die ansonsten zwischen den Erben geführt würden, verlagern sich also in das Verhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker.

Die Ansprüche der Erben, mit denen sie eine ordnungsgemäße Verteilung des ihnen Zugewendeten durchzusetzen suchen, folgen aus der ihnen zugewendeten Erbenstellung. Ebenso verteidigt der Testamentsvollstrecker die ihm zugewendete Befugnis, wenn er den von ihm erstellten Teilungsplan vollziehen will. Streitigkeiten um die Erbauseinandersetzung sind also auch dann durch das letztwillig verfügte Schiedsgericht zu entscheiden, wenn die Auseinandersetzung durch einen Testamentsvollstrecker zu bewirken ist.

2. Vergütung des Testamentsvollstreckers

Nach § 2221 BGB hat der Testamentsvollstrecker Anspruch auf eine angemessene Vergütung, wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt. Hat der Erblasser die Vergütung nicht ausgeschlossen, aber auch keine Vorgaben zur Höhe gemacht, sind Vergütungsfragen notorisch streitträchtig,²⁷² denn es gibt keine gesetzlichen Gebührentabellen. Ein Schiedsverfahren könnte hier einen Mehrwert bieten, wenn eine Person als Schiedsrichter fungiert, die über Expertise im nicht leicht zu überblickenden Recht der Testamentsvollstreckervergütung verfügt.

Das setzt freilich voraus, dass der Anspruch des Testamentsvollstreckers aus § 2221 BGB schiedsgebunden ist. Dieser Anspruch richtet sich in der Regel gegen die Erben als Rechtsträger des Nachlasses und stellt eine Nachlassverbindlichkeit dar.²⁷³ Die Erben als Anspruchsgegner sind in persönlicher Hinsicht ebenso schiedsgebunden wie der Testamentsvollstrecker als Anspruchsinhaber.²⁷⁴ In sachlicher Hinsicht folgt der Anspruch auf Vergü-

²⁶⁹ Palandt-Weidlich, § 2204 BGB, Rn. 4–5.

²⁷⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.1.1994 – 1 U 92/93, NJW-RR 1994, 905 f.; BeckOGK-Leitzen, § 2204 BGB, Rn. 48; BeckOK BGB-K. W. Lange, § 2204 BGB, Rn. 23; Palandt-Weidlich, § 2204 BGB, Rn. 4.

²⁷¹ Palandt-Weidlich, § 2204 BGB, Rn. 5; zur umstrittenen Frage, inwiefern der Testamentsvollstrecker den Teilungsplan allein dinglich vollziehen kann, BeckOGK-Leitzen, § 2204 BGB, Rn. 60.

²⁷² Leipold, Erbrecht, Rn. 800 (dort Fn. 1); MüKo-BGB-W. Zimmermann, § 2221 BGB, Rn. 1.

²⁷³ RGRK-Kregel, § 2221 BGB, Rn. 2; MüKo-BGB-W. Zimmermann, § 2221 BGB, Rn. 3 (dort auch zu den Sonderfällen der Vermächtnis- und Nacherbenvollstreckung).

²⁷⁴ Zur Schiedsbindung der Erben in persönlicher Hinsicht oben Kapitel 4 – B.I. (169); zu derjenigen des Testamentsvollstreckers oben Kapitel 4 – B.III. (172).

tung aus dem privaten Amt der Testamentsvollstreckung, mit dem der Testamentsvollstrecker betraut ist. Er leitet sich also aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers ab und ist mit der Schiedsverfügung belastet. Streitigkeiten um die Vergütung des Testamentsvollstreckers sind daher im letztwillig verfügten Schiedsverfahren zu entscheiden.²⁷⁵

3. Verwaltung des Nachlasses und Haftung des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstrecker verfügt über weitreichende Befugnisse im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses.²⁷⁶ Zum Ausgleich erlegt ihm das Gesetz etliche Pflichten auf, namentlich die Pflicht zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), die Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) und durch Verweis in § 2218 Abs. 1 BGB die wesentlichen Pflichten eines Beauftragten nach Auftragsrecht. Verletzt der Testamentsvollstrecker eine dieser Pflichten schuldhaft, haftet er nach § 2219 Abs. 1 BGB den Erben und ggf. auch einem Vermächtnisnehmer auf Schadensersatz. Von diesen Pflichten kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker gem. § 2220 BGB nicht befreien. Auch Umgehungsgestaltungen wie z.B. ein sog. Befreiungsvermächtnis, d.h. ein Vermächtnis zugunsten des Testamentsvollstreckers in Höhe seiner Ersatzpflicht, sind dem Erblasser verwehrt.²⁷⁷

Erben, Vermächtnisnehmer und Testamentsvollstrecker sind die möglichen Parteien eines Rechtsstreits, in dem es darum geht, eine ordnungsgemäße Verwaltung durchzusetzen oder Schadensersatz zu erstreiten. Diese Nachlassbeteiligten sind in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden. Es fragt sich allerdings, ob diese Ansprüche auch in sachlicher Hinsicht schiedsgebunden sind. Dagegen könnte sprechen, dass sie für den Erblasser gem. § 2220 BGB zwingendes Recht betreffen.²⁷⁸

Ob die fehlende inhaltliche Ausgestaltungsbefugnis des Erblassers gegen die Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht spricht, hängt davon ab, worin genau der Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung liegt: Geht man davon aus, dass der Erblasser eine letztwillige Schiedsverfügung nur in Bezug auf Ansprüche treffen kann, die er inhaltlich – d.h. materiell – ausgestalten kann, muss eine Schiedsbindung ausscheiden, denn eine materielle Ausgestaltung ist dem Erblasser durch § 2220 BGB gerade verwehrt.²⁷⁹ Geht man

²⁷⁵ So auch *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 251; *W. Reimann*, FamRZ 2017, 1295, 1298; *Zöller-Geimer*, § 1066 ZPO, Rn. 21.

²⁷⁶ *Kipp/Coing*, Erbrecht, 381–388; *Muscheler*, AcP 197 (1997), 226, 227; *Röthel*, Erbrecht, § 35 Rn. 21–40.

²⁷⁷ MüKo-BGB-W. *Zimmermann*, § 2219 BGB, Rn. 3.

²⁷⁸ Der Erbe hingegen kann den Testamentsvollstrecker in den Grenzen des § 276 Abs. 3 BGB von der Haftung befreien: MüKo-BGB-W. *Zimmermann*, § 2219 BGB, Rn. 3.

²⁷⁹ BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 21–23 (juris); im Kontext der Entlassung des Testamentsvollstreckers auch BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ

hingegen davon aus, dass die letztwillige Schiedsverfügung eine Belastung der erhaltenen Zuwendung darstellt, erscheinen die Dinge in anderem Licht: Die letztwillige Schiedsverfügung betrifft dann die Art und Weise, in der Ansprüche, die aus der erhaltenen Zuwendung folgen, durchgesetzt werden können, sagt aber nichts über den materiellen Gehalt dieser Ansprüche aus.

Dagegen, § 2220 BGB als Grenze der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht aufzufassen, spricht ein Vergleich mit der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit: Dort ist anerkannt, dass die Anwendung von zwingendem Recht einer Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht nicht entgegensteht.²⁸⁰ So können und müssen Vertragsschiedsgerichte beispielsweise Vorschriften des Kartellrechts anwenden, obwohl diese Vorschriften nicht zur Disposition der Parteien stehen.²⁸¹ Die staatlichen Gerichte haben dann im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle zu prüfen, ob das zwingende Recht korrekt angewandt wurde,²⁸² was aber nichts an der Erstentscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts ändert.

Vor diesem Hintergrund fällt es schwer, die letztwillige Schiedsverfügung als eine nach § 2220 BGB verbotene Befreiung von den dort genannten Pflichten aufzufassen. Der Erblasser modifiziert nämlich nicht den Umfang der Pflichten, sondern ihre prozessuale Durchsetzung. Hierzu ist er nach der hier entwickelten Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung befugt, weil die in § 2220 BGB genannten Ansprüche aus der Zuwendung folgen: Der Erbe hat Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses und erforderlichenfalls auf Schadensersatz, damit er in den ungeschmälernten Genuss seines Erbes kommt. Zugleich ist der Erbe nicht auf die in § 2220 BGB genannten Ansprüche angewiesen, um sein Eigenvermögen zu schützen, das keiner letztwillig verfügten Schiedsbindung unterliegen kann: Der Testamentsvollstrecker kann nämlich ausschließlich Nachlassverbindlichkeiten begründen, für die nur der Nachlass haftet, wenn der Erbe entsprechende Schritte unternimmt.²⁸³ Der Erbe muss daher nicht befürchten,

215, 109, 113 (Rn. 12); *K. W. Lange*, Z郑 128 (2015), 407, 427 f.; *ders.*, Anm. zu OLG Stuttgart, 7.11.2016 – 8 W 166/16, ZEV 2017, 273, 273.

²⁸⁰ BGH, Urt. v. 19.7.2004 – II ZR 65/03, BGHZ 160, 127, 132–134; *Wagner*, Prozeßverträge, 586; *Schulze*, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO, 44; *N. Horn*, SchiedsVZ 2008, 209, 209 f.; *Zöller-Geimer*, § 1030 ZPO, Rn. 1a; *Musielak/Voit-Voit*, § 1030 ZPO, Rn. 2.

²⁸¹ Der US-amerikanische *landmark case* hierzu ist *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 508 (U.S. Sup. Ct. 1985); zum EU-Kartellrecht vgl. EuGH, 1.6.1999 – C-126/97, EuZW 1999, 565 – *Eco Swiss*; zum Ganzen *Wagner*, ZVglRWiss 114 (2015), 494, 499–503.

²⁸² Im Falle eines Verstoßes gegen das EU-Kartellrecht besteht eine Pflicht zur Aufhebung des Schiedsspruchs: EuGH, 1.6.1999 – C-126/97, EuZW 1999, 565, 567 – *Eco Swiss*.

²⁸³ RG, Beschl. v. 26.3.1931 – II B 5/31, RGZ 132, 138, 144; *Röthel*, Erbrecht, § 35 Rn. 36; *BeckOGK-Grotheer*, § 2206 BGB, Rn. 19; *Palandt-Weidlich*, § 2206 BGB, Rn. 4. Das gilt auch für unerlaubte Handlungen, die der Testamentsvollstrecker in Ausübung seines Amtes begeht: *MüKo-BGB-W. Zimmermann*, § 2219 BGB, Rn. 18.

für die Konsequenzen einer unsachgemäßen Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker mit seinem Eigenvermögen aufkommen zu müssen.

Die besseren Gründe sprechen daher dafür, dass die in § 2220 BGB genannten Ansprüche auch in sachlicher Hinsicht schiedsgebunden sind.²⁸⁴ Das gilt freilich nur, solange die letztwillige Schiedsverfügung nicht dazu missbraucht wird, § 2220 BGB zu umgehen. Eine Verfahrensgestaltung, die die Durchsetzung dieser Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker übermäßig erschwert oder sogar faktisch vereitelt, ist unzulässig.²⁸⁵ Ebenso dürfte ein inländischer Schiedsspruch, bei dessen Erlass das Schiedsgericht den zwingenden Charakter von § 2220 BGB verkannt hat, wegen eines Verstoßes gegen den materiellen *ordre public* nach § 1059 Abs. 2 Nr. lit. b ZPO aufzuheben sein.

4. Entlassung des Testamentsvollstreckers

Einem Testamentsvollstrecker, der die ihm obliegenden Pflichten verletzt, droht nicht nur die Schadensersatzpflicht nach § 2219 Abs. 1 BGB, sondern auch die Entlassung aus dem Amt nach § 2227 BGB, die durch das Nachlassgericht auf Antrag eines Beteiligten ausgesprochen werden kann. Laut *Leipold* sind die zahlreichen Streitigkeiten, die um die Entlassung des Testamentsvollstreckers geführt werden, Symptom dessen, dass die Testamentsvollstreckung von manchen Erben als unerträgliche Bevormundung empfunden wird.²⁸⁶

Im Kontext letztwilliger Schiedsverfügungen bestätigt sich die Einschätzung, dass die Entlassung des Testamentsvollstreckers streitträchtig ist: Von den wenigen veröffentlichten Urteilen, die sich mit letztwilligen Schiedsverfügungen befassen, betreffen allein drei die Entlassung des Testamentsvollstreckers.²⁸⁷ Alle drei Gerichte – RG, OLG Karlsruhe und BGH – ließen die

²⁸⁴ So im Ergebnis auch *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 251; *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 739; anders wohl BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 21–24 (juris). Der BGH lehnte eine Schiedsbindung des Anspruchs der Alleinerbin gegen den Testamentsvollstrecker auf Rechnungslegung wegen § 2220 BGB ab. Allerdings bestand die Besonderheit, dass der Testamentsvollstrecker zugleich als Schiedsrichter berufen war, ohne dass der Erblasser einen Ersatzschiedsrichter benannt hätte. Der BGH lehnte eine Schiedsbindung daher auch ab, weil der Testamentsvollstrecker nicht Richter in eigener Sache sein kann (Rn. 24–26). Aus der Entscheidung wird nicht deutlich, ob § 2220 BGB oder das Verbot des Richtens in eigener Sache *ratio decidendi* war.

²⁸⁵ Vgl. *K. W. Lange*, Anm. zu OLG Stuttgart, 7.11.2016 – 8 W 166/16, ZEV 2017, 273, 273 mit dem Hinweis, dass nach der Verfahrensordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. nur Schiedsrichter aus einer von dieser Institution geführten Liste gewählt werden können.

²⁸⁶ *Leipold*, Erbrecht, Rn. 801.

²⁸⁷ RG, Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128 ff.; BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07,

Entscheidung über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers durch ein letztwillig angeordnetes Schiedsgericht nicht zu.

Legt man die hier vorgeschlagene Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung zugrunde, liegt auf den ersten Blick das gegenteilige Ergebnis näher: Die Nachlassbeteiligten verteidigen durch den Entlassungsantrag das ihnen Zugewendete gegen die Beeinträchtigung durch einen (angeblich) pflichtvergessenen oder unfähigen Testamentsvollstrecker.²⁸⁸ Der Testamentsvollstrecker seinerseits verteidigt das ihm vom Erblasser zugewendete Amt.²⁸⁹ Beide Seiten machen also Rechte geltend, die aus der erhaltenen Zuwendung folgen. Es ist daher zu untersuchen, wie sich die Argumente der Rechtsprechung hierzu verhalten. Besonderes Augenmerk gilt der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2017.

a) § 2220 BGB als Hinderungsgrund

Der BGH hat eine Entscheidungsbefugnis des letztwillig angeordneten Schiedsgerichts über die Entlassung des Testamentsvollstreckers aus zwei Gründen abgelehnt:²⁹⁰ Erstens diene die Entlassung des Testamentsvollstre-

NJW 2010, 688 f. Entsprechend groß ist die Zahl der Literaturstimmen, die sich zu der Frage geäußert hat. Für eine Schiedsbindung des Entlassungsstreits etwa *De Boor*, *Judicium I* (1928/29), 261, 267–299; *Schulze*, MDR 2000, 314, 317 f.; *Wiesen*, *MittRhNotK* 1996, 165, 168; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 207; *ders.*, in: GS Wolf, 371, 372 f.; *Zöllerders.*, § 1066 ZPO, Rn. 21; *Grunsky*, in: FS H. P. Westermann, 255, 264 f.; *Muscheler*, ZEV 2009, 317 ff.; *ders.*, *hereditare 8* (2018), 245 ff.; *ders.*, ZEV 2018, 120 ff.; *Heinze*, Anm. zu OLG Karlsruhe, 28.7.2009 – 11 Wx 37/09, RNotZ 2009, 663, 664 f. *Schiffer/Schürmann*, *hereditare 4* (2014), 39, 52 f.; *Wieczorek/Schütze-Schütze*, § 1066 ZPO, Rn. 8; dagegen etwa *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 253; *ders.*, in: Schmoeckel, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, 62, 76; *Staudinger-ders.*, *Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB*, Rn. 11; *H. Lange/K. Kuchinke*, *Erbrecht*, 739; *Wegmann*, ZEV 2003, 20, 21; *Haas*, ZEV 2007, 49, 53 (teilw. anders aber *ders.*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, *SchiedsVZ* 2018, 49, 52); *Storz*, ZEV 2009, 265, 269; *ders.*, *SchiedsVZ* 2010, 200, 201–203; *Selzener*, ZEV 2010, 285, 286–288; *K. W. Lange*, *ZZP* 128 (2015), 407, 427 f.; *Roland Wendt*, *ErbR* 2017, 470, 474 f.; *W. Reimann*, *FamRZ* 2017, 1295, 1298; *Keim*, *NJW* 2017, 2652, 2654 f.

²⁸⁸ Hier kommt es allerdings darauf an, ob der Nachlassbeteiligte, der die Entlassung des Testamentsvollstreckers verlangt, in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden ist. Verlangt beispielsweise ein Pflichtteilsberechtigter (dessen Antragsbefugnis umstritten ist, vgl. *MüKo-BGB-W. Zimmermann*, § 2227 BGB, Rn. 5 m.w.N.) die Entlassung, ist der Streit bereits aus dem Grund nicht durch das Schiedsgericht zu entscheiden, dass der Pflichtteilsberechtigte in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden ist.

²⁸⁹ *Muscheler*, ZEV 2009, 317, 319; *ders.*, ZEV 2018, 120, 120; *ders.*, *hereditare 8* (2018), 245, 249 (jeweils wortgleich).

²⁹⁰ *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, *SchiedsVZ* 2018, 49, 51 f. meint, es handele sich um Haupt- und Hilfsbegründung. Aus dem Urteilstext geht ein solches Rangverhältnis nicht hervor.

ckers der Durchsetzung der in § 2220 BGB als unverzichtbar genannten Pflichten. Da der Erblasser materiell nicht von diesen dispensieren könne, dürfe er insofern auch keine prozessualen Anordnungen treffen.²⁹¹ Zweitens betreffe die Entscheidung über die Entlassung des Testamentsvollstreckers eine Vielzahl von Personen und sei daher für eine Entscheidung im Schiedsverfahren nicht geeignet.²⁹²

Das erste Argument findet sich bereits in der Entscheidung des RG aus dem Jahr 1931: § 2220 BGB solle verhindern, dass „ein Erblasser den Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des Testamentsvollstreckers“ ausliefert.²⁹³ Überließe man die Entscheidung über die Entlassung einem letztwillig angeordneten Schiedsgericht, erweise sich dieser Schutz als „stumpfe Waffe“.²⁹⁴ Ebenso entschied 2009 das OLG Karlsruhe.²⁹⁵

In der Tat besteht ein enger Zusammenhang zwischen § 2220 BGB und § 2227 BGB, da eine Entlassung des Testamentsvollstreckers insbesondere in Betracht kommt, wenn dieser eine grobe Pflichtverletzung begangen hat. Die hierfür relevanten Pflichten sind nicht zuletzt die in § 2220 BGB als unverzichtbar genannten.²⁹⁶ Obwohl § 2227 BGB nicht in § 2220 BGB genannt wird, ist aufgrund dieses engen Zusammenhangs unbestritten, dass der Erblasser auch die Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht ausschließen oder inhaltlich erschweren kann.²⁹⁷ Damit stellt sich im Wesentlichen dieselbe Frage, die bereits bei der Schiedsbindung von Streitigkeiten um die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker und um seine Haftung zu behandeln war: Stellt die letztwillige Schiedsverfügung eine nach § 2220 BGB unzulässige Abweichung vom zwingenden Recht dar?

Dagegen spricht auch im Kontext der Testamentsvollstreckerentlassung, dass die Anwendung zwingenden materiellen Rechts für die Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts unmaßgeblich ist.²⁹⁸ Eine letztwillige Schiedsverfügung befreit den Testamentsvollstrecker nicht von den in § 2220 BGB genannten Pflichten oder erhöht auf andere Weise die Voraussetzungen für seine Entlassung, sondern verschiebt die Zuständigkeit vom staatlichen Nach-

²⁹¹ BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 112 f. (Rn. 12 f.); bestätigt durch BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 21 (juris).

²⁹² BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 114 (Rn. 14).

²⁹³ RG, Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128, 135.

²⁹⁴ RG, Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128, 135. § 2227 BGB scheint zu martialischer Metaphorik anzuregen: vgl. *Muscheler*, AcP 197 (1997), 226, 227, der die Entlassung als „schärste[s] Schwert in der Hand des Erben“ bezeichnet.

²⁹⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688, 689.

²⁹⁶ Vgl. *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 722 f.; *K. W. Lange*, Erbrecht, § 63 Rn. 61.

²⁹⁷ Statt aller MüKo-BGB-W. *Zimmermann*, § 2227 BGB, Rn. 1.

²⁹⁸ *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 51; vgl. ergänzend die Nachweise oben in Fn. 280.

lassgericht auf das private Schiedsgericht. Anders ist es freilich, wenn die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens den Testamentsvollstrecker bevorzugt und seine Entlassung erschwert, doch solche Umgehungsversuche im Einzelfall sind kein Grund, die Schiedsbindung des Entlassungsstreits generell abzulehnen.²⁹⁹

Wer dies anders sieht und – wie die Rechtsprechung – aus der materiellen Unverzichtbarkeit nach § 2220 BGB zugleich die Unzulässigkeit eines letztwillig verfügten Schiedsverfahrens über die Entlassung des Testamentsvollstreckers ableitet, muss konsequenterweise auch die Schiedsbindung des Schadensersatzanspruchs aus § 2219 Abs. 1 BGB und der anderen in § 2220 BGB genannten Ansprüche verneinen.³⁰⁰ Dieser aus § 2220 BGB folgende Gleichlauf ist in der Literatur, die wegen der Vorgaben aus der Rechtsprechung fast ausschließlich auf die Entlassung des Testamentsvollstreckers fokussiert, bislang unberücksichtigt geblieben.³⁰¹

b) Zuständigkeit des Nachlassgerichts als Hinderungsgrund

Einen Unterschied zwischen den in § 2220 BGB genannten Ansprüchen und der Entlassung des Testamentsvollstreckers gibt es allerdings: Während die Ansprüche nach §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB im streitigen Verfahren durchzusetzen sind, entscheidet gem. § 2227 BGB das Nachlassgericht über die Entlassung des Testamentsvollstreckers; der Streit um die Entlassung ist Nachlasssache gem. § 342 Abs. 1 Nr. 7 FamFG. Auf diesen Unterschied zielt das zweite Argument des BGH ab, wonach ein Parteiverfahren nicht für eine Entscheidung passe, die eine Vielzahl weiterer Personen betreffe.³⁰²

Damit ist die allgemeinere Frage aufgeworfen, ob Schiedsverfahren im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt zulässig sind. Das Schiedsverfahrensrecht ist im zehnten Buch der ZPO geregelt, was darauf schließen lässt, dass seine Vorschriften grundsätzlich nur im ZPO-Verfahren, d.h. im streitigen Verfahren gelten.³⁰³ Da das FamFG kein eigenes Schiedsverfahrensrecht enthält, kann das ZPO-Schiedsverfahrensrecht in FamFG-Verfahren allenfalls analog angewandt werden.³⁰⁴ Nach einer starken Literaturmeinung

²⁹⁹ *Muscheler*, ZEV 2009, 317, 319 f.; *ders.*, ZEV 2018, 120, 121; *ders.*, hereditare 8 (2018), 245, 251 (jeweils wortgleich).

³⁰⁰ So nun tatsächlich BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 21–23 (juris).

³⁰¹ Vgl. aber *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 251–253, der die Schiedsbindung von Streitigkeiten um Rechnungslegung und Schadensersatz bejaht und die Schiedsbindung des Entlassungsstreits dann – folgerichtig – nicht mit Verweis auf § 2220 BGB, sondern mit Verweis auf die Vielzahl an betroffenen Personen ablehnt.

³⁰² BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 114 (Rn. 14).

³⁰³ *MüKo-ZPO-Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 77.

³⁰⁴ *De Boor*, *Judicium* I (1928/29), 261, 277; *Habscheid*, ZZZ 66 (1953), 188, 193 f.; *Muscheler*, ZEV 2009, 317, 318; *ders.*, hereditare 8 (2018), 245, 247.

ist eine solche Analogie bei „echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit“³⁰⁵, zu denen auch die Entlassung des Testamentsvollstreckers gehöre, zulässig und geboten.³⁰⁶

Der BGH hat zu Recht offengelassen, ob ein Schiedsverfahren bei „echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ möglich ist, denn die Entlassung des Testamentsvollstreckers gehöre jedenfalls nicht zu diesen.³⁰⁷ § 2227 BGB weise die Entscheidung über die Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht nur aus „Gründe[n] reiner Zweckmäßigkeit“³⁰⁸ dem Nachlassgericht zu. Die Frage, wer Testamentsvollstrecker ist, betrifft außer den Beteiligten des Entlassungsverfahrens auch alle anderen Nachlassbeteiligten.³⁰⁹ Ferner betrifft sie die Nachlassgläubiger und -schuldner: Während ein Nachlassgläubiger zur Vollstreckung in den Nachlass gem. §§ 748 f. ZPO einen Titel gegen den „wahren“ Testamentsvollstrecker benötigt, muss ein Nachlassschuldner wegen § 2211 Abs. 1 BGB bemüht sein, an den „wahren“ Testamentsvollstrecker zu leisten.³¹⁰

Dieser Multipolarität wird das nachlassgerichtliche Verfahren aus drei Gründen besser gerecht als ein Schiedsverfahren. Erstens kann das Nachlassgericht gem. § 345 Abs. 4 Satz 2 FamFG andere Personen, denen ebenfalls ein Antragsrecht nach § 2227 BGB zusteht, als Beteiligte hinzuziehen. Auf deren Antrag ist es hierzu nach § 345 Abs. 4 Satz 3 FamFG sogar verpflichtet.³¹¹ Zwar kann ein solches Mehrparteienverfahren auch vor dem Schiedsgericht realisiert werden, ist aber mit erheblichem Mehraufwand verbunden.³¹² Das gilt vor allem, weil –

³⁰⁵ Gegenbegriff nach MüKo-BGB-Grziwotz, § 2353 BGB, Rn. 2: „Angelegenheiten der Rechtsfürsorge“.

³⁰⁶ *De Boor*, *Judicium I* (1928/29), 261, 267–299; *Habscheid*, ZZZ 66 (1953), 188, 194–205; *Schlosser*, in: Böckstiegel, *Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten*, 97, 101; *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 207; *Muscheler*, ZEV 2009, 317, 318–320; *Muscheler*, ZEV 2018, 120, 120 f; *Muscheler*, *hereditare* 8 (2018), 245, 247–251; grundsätzlich gegen eine Ausweitung des Schiedsverfahrensrechts auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hingegen MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 77.

³⁰⁷ BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109, 114 (Rn. 14). In BGH, Beschl. v. 17.6.1952 – V BLw 5/52, BGHZ 6, 248 ff. hatte das Gericht ein Schiedsverfahren in einer Landpachtsache zugelassen, obwohl die Landwirtschaftsgerichte nach FGG verhandelten. Anders als die Entlassung des Testamentsvollstreckers betrifft die Kündigung eines Landpachtvertrags, um die es dort ging, nur die streitenden Parteien.

³⁰⁸ BGH, Beschl. v. 17.6.1952 – V BLw 5/52, BGHZ 6, 248, 254.

³⁰⁹ *Otte*, in: FS Rheinisches Notariat, 241, 252; *Selzener*, ZEV 2010, 285, 286; *Staudinger-W. Reimann*, § 2227 BGB, Rn. 4.

³¹⁰ Zur Vollstreckung in den Nachlass *Röthel*, *Erbrecht*, § 35 Rn. 47; zur Pflicht des Nachlassschuldners zur Leistung an den Testamentsvollstrecker MüKo-BGB-W. *Zimmermann*, § 2211 BGB, Rn. 11. Allerdings schützt den Schuldner oftmals der öffentliche Glaube des Testamentsvollstreckerzeugnisses nach §§ 2368, 2367 BGB.

³¹¹ MüKo-BGB-W. *Zimmermann*, § 2227 BGB, Rn. 15; BeckOK FamFG-Schlögel, § 345 FamFG, Rn. 17.

zweitens – im nachlassgerichtlichen Verfahren gem. § 26 FamFG Amtsermittlung gilt, sodass das Gericht von sich aus weitere Beteiligte ermitteln und gem. § 7 Abs. 4 Satz 1 FamFG über das Verfahren benachrichtigen kann.³¹³

Drittens verringert eine Entscheidung des Nachlassgerichts die „für den Verkehr gefährliche Unklarheit der Verhältnisse“.³¹⁴ Insbesondere ein Testamentsvollstreckerzeugnis wird nach § 2368 Satz 2 Halbs. 2 BGB mit dem Entlassungsbeschluss des Nachlassgerichts *ipso iure* kraftlos und kann zurückgefordert werden.³¹⁵ Ob einem Schiedsspruch dieselbe *ipso iure*-Wirkung zukommt, ist zweifelhaft.³¹⁶ Jedenfalls kann nur das Nachlassgericht die Rückgabe des Zeugnisses anordnen und erforderlichenfalls vollstrecken.³¹⁷ Auch wenn das Schiedsgericht den Testamentsvollstrecker entlassen hat, muss das Nachlassgericht also tätig werden, falls ein Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt wurde und der entlassene Testamentsvollstrecker dieses nicht freiwillig zur Nachlassakte zurückreicht. In der Zwischenzeit droht Wirrsal durch ein zu Unrecht in Umlauf befindliches Testamentsvollstreckerzeugnis.

Die Entlassung des Testamentsvollstreckers kann einem letztwillig verfügbaren Schiedsgericht also nicht wegen § 2220 BGB nicht übertragen werden, sondern weil das Verfahren als FamFG-Verfahren grundsätzlich nicht in die Hände eines Schiedsgerichts gelegt werden kann. Konsequenterweise kommt es daher auch nicht darauf an, ob das Schiedsgericht vertraglich vereinbart oder letztwillig verfügt wurde. Die Entlassung des Testamentsvollstreckers kann einem Schiedsgericht schlechthin nicht übertragen werden.³¹⁸

³¹² Vgl. *Haas*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49, 52 mit Beschreibung, unter welchen Voraussetzungen ein Schiedsgericht über gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten entscheiden darf. Da die Entlassung des Testamentsvollstreckers zuweilen rasch geschehen muss, um den Nachlass zu schützen, spricht die dort beschriebene Komplexität gegen ein Schiedsverfahren.

³¹³ Hinweis auf §§ 7, 26 FamFG bei *Selzener*, ZEV 2010, 285, 286.

³¹⁴ So die Begründung der zweiten Kommission in *Achilles/Gebhard/Spahn* (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, 1899, 253 dafür, eine ausdrückliche Annahme des Testamentsvollstreckeramts gegenüber dem Nachlassgericht zu fordern.

³¹⁵ BeckOK BGB-*Siegmann/Höger*, § 2368 BGB, Rn. 27; MüKo-BGB-*Grziwotz*, § 2368 BGB, Rn. 50; Palandt-*Weidlich*, § 2368 BGB, Rn. 10.

³¹⁶ Dagegen *Bandel*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 353 f.; vgl. zur ähnlich gelagerten Frage, ob ein Schiedsspruch die Parteien im Erbscheinsverfahren sofort bindet, oder erst, nachdem er für vollstreckbar erklärt wurde, oben Kapitel 4 – C.II.3.b)bb) (200).

³¹⁷ Zur Vollstreckung MüKo-BGB-*Grziwotz*, § 2368 BGB, Rn. 50; vgl. auch v. *Bary*, ZEV 2019, 317, 324.

³¹⁸ A.A. für vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte *Damrau*, Anm. zu LG Hamburg, 8.7.1985 – 72 O 329/84, EWIR 1985, 815, 816; Soergel-*ders.*, § 2227 BGB, Rn. 1; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 144; *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 201; *Mu-*

D. Kompetenzspaltung und optionale Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Die hier entwickelten Grenzen der letztwillig verfügten Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht führen zu einer Kompetenzspaltung zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgericht: Während das Schiedsgericht beispielsweise über die Klage eines Vermächtnisnehmers auf Erfüllung des Vermächtnisses entscheidet, bleibt die Zuständigkeit für eine Klage des Pflichtteilsberechtigten auf Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs bei den staatlichen Gerichten.

Diese Aufspaltung ist aus Sicht der Prozessökonomie misslich, weil sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen schiedsgebundenen und nicht schiedsgebundenen Ansprüchen ergeben können.³¹⁹ Ferner kann ein Rechtsstreit nicht in einem Prozess unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten entschieden werden, wenn der Kläger beispielsweise in der Hauptsache einen schiedsgebundenen Anspruch geltend macht und hilfsweise einen nicht schiedsgebundenen.³²⁰ Hieraus kann indes nicht gefolgert werden, dass sämtliche Nachlassstreitigkeiten schiedsgebunden sein müssen.³²¹ Zwar würde so die Kompetenzspaltung überwunden, doch nur auf Kosten eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffs in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Pflichtteilsberechtigten und anderer Personen, die keine Zuwendung vom Erblasser erhalten haben.

Um die negativen Konsequenzen der Kompetenzspaltung zumindest im Pflichtteilsrecht abzumildern, ist vorgeschlagen worden, eine optionale Zuständigkeit des Schiedsgerichts anzunehmen.³²² Somit hätte der Pflichtteilsberechtigte die Wahl, wie er seinen Pflichtteilsanspruch durchsetzen möchte. Entscheidet er sich für ein Schiedsverfahren, muss sich der Erbe auf dieses einlassen.³²³ Möchte der Erbe seinerseits klagen – z. B. auf Feststellung, dass

scheler, ZEV 2018, 120, 121; *ders.*, hereditare 8 (2018), 245, 250; wie hier *Bandel*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 353; v. *Bary*, ZEV 2019, 317, 324; *Stallknecht*, RNotZ 2019, 433, 438.

³¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 419 (Rn. 29); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2117 (Rn. 29).

³²⁰ *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 92; *Schlosser*, Anm. zu OLG München, 25.4.2016 – 34 Sch 12/15, FamRZ 2016, 1313, 1313.

³²¹ BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416, 419 (Rn. 29); BGH, Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115, 2117 (Rn. 29); a.A. *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 92.

³²² *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 386; *ders.*, SchiedsVZ 2017, 72, 75 f.; *ders.*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352, 355; *Staudinger-Otte*, Vorbemerkung zu §§ 1937–1941 BGB, Rn. 8a; *Geimer*, Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 421, 421.

³²³ *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 75.

der Pflichtteilsanspruch nicht mehr besteht – müsste er den Pflichtteilsberechtigten zuvor zur Ausübung des Wahlrechts auffordern.³²⁴

Gegen eine solche optionale Zuständigkeit spricht nicht, dass es sich dann um eine asymmetrische Schiedsverfügung handelt, also um eine Schiedsverfügung, die nur einer Seite die Wahl zwischen Schiedsverfahren und staatlichem Gerichtsverfahren einräumt. Zwar ist im Bereich internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen umstritten, ob eine solche Ungleichbehandlung zulässig ist.³²⁵ Bei innerdeutschen Schiedsverfahren hat der BGH indes nur an asymmetrischen Schiedsvereinbarungen in AGB Anstoß genommen, die den Vertragspartner (d.h. die Partei ohne Wahlrecht) entgegen § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen.³²⁶ Auf eine testamentarische Schiedsverfügung finden die §§ 305–310 BGB hingegen keine Anwendung; Erbverträge sind gem. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB kontrollfrei.

Eine optionale Zuständigkeit lässt sich hingegen nicht mit der hier entwickelten Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung einer erhaltenen Zuwendung in Einklang bringen. Die Pflichtteilsberechtigten erhalten nämlich keine Zuwendung, die mit der Schiedsverfügung belastet sein kann. Der Pflichtteilsanspruch kann daher auch nicht mit einer optionalen Zuständigkeit des Schiedsgerichts „belastet“ sein – wobei dieser Ausdruck hier natürlich nicht recht passt. Wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten die Option gibt, ein Schiedsgericht anzurufen, liegt hierin keine letztwillige Schiedsverfügung nach § 1066 ZPO, sondern ein Vermächtnis nach § 1939 BGB, das dem Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit dem Erben gibt.³²⁷ In praktischer Hinsicht dürfte sich hieraus kein großer Unterschied ergeben: Wenn sich der Erbe weigert, das Vermächtnis durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung zu erfüllen, sollte es ihm nach § 242 BGB in der Regel verwehrt sein, sich auf die fehlende Schiedsbindung zu berufen.

E. Reichweite der Schiedsbindung und Verwirkungsklauseln

Will sich der Erblasser (oder sein Rechtsberater) nicht allein auf die letztwillige Schiedsverfügung verlassen, kann er sämtliche Zuwendungen unter die

³²⁴ *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 75.

³²⁵ Vgl. *Lehmann/Grimm*, ZEuP 2013, 890 ff.; *Marshall*, ZEuP 2016, 515 ff.; *Bälz/Stompfe*, SchiedsVZ 2017, 157 ff.

³²⁶ BGH, Beschl. v. 24.9.1998 – II ZR 133/97, NJW 1999, 282, 282 f.; anders nach BGH, Urt. v. 10.10.1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324, 325, wenn der Verwender nur als Kläger, nicht als Beklagter ein Wahlrecht hat.

³²⁷ Dazu, dass der Anspruch auf Abschluss eines Vertrag Gegenstand des Vermächtnisses sein kann, *MüKo-BGB-Leipold*, § 1939 BGB, Rn. 7; *Palandt-Weidlich*, § 1939 BGB, Rn. 4.

Bedingung stellen, dass sich die Begünstigten an die Schiedsverfügung halten.³²⁸ Solche Verwirkungsklauseln, die auf die Sicherung des Schiedsverfahrens gerichtet sind, haben eine lange Tradition. Beispielsweise enthielt ein Testament aus dem Jahr 1836, über welches das OLG Kiel 1911 zu entscheiden hatte, die Bestimmung, dass sich die Begünstigten „bei Verlust der ihnen von mir zugewendeten Wohltat“ dem Spruch der Schiedsrichter unterwerfen sollten.³²⁹ Auch nach geltendem Recht ist eine solche Anordnung grundsätzlich möglich,³³⁰ aber nicht geeignet, die Schiedsbindung über das Maß hinaus auszudehnen, das mit einer letztwilligen Schiedsverfügung allein erreicht werden kann.

I. Ausgestaltung und Probleme von Verwirkungsklauseln

Rechtstechnisch kann eine Verwirkungsklausel, die auf die Durchsetzung der Schiedsverfügung zielt, zwei Gestalten annehmen:³³¹ Sie kann als *auflösende* Bedingung bestimmen, dass die Erben und Vermächtnisnehmer ihre Zuwendung verlieren, wenn sie die Schiedsverfügung missachten. Diese Gestaltung bringt jedoch den großen Nachteil mit sich, dass die Erben nur Vorerben sind, denn jede bedingte Erbeinsetzung führt zu Vor- und Nacherbschaft.³³² Um dieses Problem zu vermeiden, kann stattdessen ein *aufschiebend* bedingtes Herausgabevermächtnis angeordnet werden, sodass ein Erbe oder Vermächtnisnehmer, der die Schiedsverfügung missachtet, seine Zuwendung an die übrigen Begünstigten herausgeben muss.³³³ Auch diese Gestaltung ist nicht ratsam, wie *Otte* zu Recht angemerkt hat: Sie führt zu einer tiefgreifenden Verschiebung im eigentlich gewünschten Verteilungsplan und beschert den anderen Begünstigten – auch solchen, die an der Streitigkeit gar nicht beteiligt waren – einen *windfall* in Form des Herausgabevermächtnisses.³³⁴

³²⁸ Eine solche Gestaltung wird z.B. empfohlen von *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 134; *U. Walter*, MittRhNotK 1984, 69, 79; *F. Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 161; *Pawlytta*, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 68, Rn. 70.

³²⁹ OLG Kiel, Urt. v. 8.12.1911 – U II 115/11, SchlHA 1912, 65, 67; aus jüngerer Zeit z.B. KG, Beschl. v. 29.1.2016 – 6 W 107/15, Rn. 2 (juris). Vgl. aus US-amerikanischer Perspektive zu sog. „no contest in court“-Klauseln *Blattmachr*, *Cardozo J. Conflict Resol.* 9 (2008), 237, 258–263; *Katzen*, *Quinnipiac Prob. L.J.* 24 (2011), 118, 125–127.

³³⁰ Vgl. *Otte*, in: FS Holzhauser, 527, 535 mit dem Hinweis, dass Verwirkungsklauseln, die auf die Einhaltung einer testamentarischen Anordnung gerichtet sind, grundsätzlich nicht anstößig sind.

³³¹ Vgl. *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 77 f.

³³² *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 387; *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 77 f.; zur Vor- und Nacherbschaft infolge bedingter Erbeinsetzung generell *H. Lange/K. Kuchinke*, Erbrecht, 557 f.; MüKo-BGB-*Leipold*, § 2074 BGB, Rn. 13.

³³³ *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 134.

II. Keine Erweiterung der Schiedsbindung durch Verwirkungsklauseln

Abgesehen davon, dass Verwirkungsklauseln die soeben genannten Nachteile mit sich bringen, führen sie nicht zu einer Erweiterung der letztwillig verfügbaren Schiedsbindung. Erste Voraussetzung jeder Verwirkungsklausel ist, dass die Person, die zu einem bestimmten Verhalten animiert werden soll, überhaupt eine Begünstigung erhält. Denn wer keine Zuwendung erhalten hat, kann keinen Verlust der Zuwendung fürchten. Das deckt sich mit der hier entwickelten Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht, die ebenfalls an den Erhalt einer Zuwendung anknüpft. Wenn sich beispielsweise der gesetzliche Erbe auf die Nichtigkeit des Testaments beruft und deshalb den Nachlass vom Testamentserben herausverlangt, ist dieser Streit nicht durch das Schiedsgericht zu entscheiden, weil der Kläger in persönlicher Hinsicht nicht schiedsgebunden ist. Auch eine Strafklausel kann den Kläger nicht zu einer Schiedsklage motivieren, denn er hat keine testamentarische Zuwendung erhalten, deren Verlust er fürchten müsste.

Doch auch, wenn beide Seiten des Rechtsstreits etwas zu verlieren haben, kann die Verwirkungsklausel nicht zu einer Erweiterung der Schiedsbindung führen. Man denke etwa an einen Vermächtnisnehmer, der vom Testamentserben die Herausgabe einer Sache mit der Behauptung verlangt, er sei Eigentümer und hätte die Sache dem Erblasser vor dessen Tod nur geliehen. Der Vermächtnisnehmer klagt nicht als Vermächtnisnehmer, sondern als nicht schiedsgebundener Nachlassgläubiger.³³⁵ Wenn diese Klage vor den staatlichen Gerichten erhoben wird, liegt keine Missachtung der letztwilligen Schiedsverfügung vor, weil die Schiedsverfügung den eingeklagten Anspruch nicht erfasst. Eine Verwirkungsklausel, die die Beachtung der letztwilligen Schiedsverfügung durchsetzen will, ist also notwendigerweise an die Reichweite der letztwilligen Schiedsverfügung geknüpft.

Eine Erweiterung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit könnte der Erblasser nur erzielen, indem er die Zuwendungsempfänger durch eine Verwirkungsklausel dazu anhält, miteinander Schiedsvereinbarungen im Sinne von § 1029 ZPO abzuschließen in Bezug auf Streitigkeiten, die nicht von der letztwilligen Schiedsverfügung erfasst sind. Sofern sich die Zuwendungsempfänger diesem Willen beugen, handelt es sich nicht um eine letztwillig verfügte, sondern um eine vertraglich vereinbarte Schiedsbindung – mag die Schiedsvereinbarung auch auf Druck des Erblassers hin geschlossen worden sein.

³³⁴ *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 78; skeptisch auch *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 387.

³³⁵ Zur fehlenden Schiedsbindung der Nachlassgläubiger oben Kapitel 4 – B.V. (175).

F. Zwischenergebnis

Letztwillige Schiedsverfügungen kreieren eine Grundrechtskollision zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten und der Testierfreiheit des Erblassers. Dieser Konflikt darf nach der von *Hesse* begründeten und vom BVerfG aufgegriffenen Lehre von der praktischen Konkordanz nicht gelöst werden, indem ein Grundrecht das andere pauschal verdrängt.³³⁶ Stattdessen müssen die widerstreitenden Belange in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Bei letztwilligen Schiedsverfügungen gelingt dieser Ausgleich, wenn ihr Geltungsgrund darin liegt, dass sie eine Belastung der Zuwendung von Todes wegen darstellen. Kraft seiner Testierfreiheit hätte sich der Erblasser dazu entscheiden können, die Erben oder Vermächtnisnehmer nicht zu bedenken bzw. anstelle des Testamentsvollstreckers einen anderen oder gar keinen zu ernennen. Wenn er sich stattdessen dazu entscheidet, seine Zuwendungen „nur“ mit einer Schiedsverfügung zu versehen, ist dies eine ebenso durch Art. 14 Abs. 1 GG gedeckte Ausübung der Testierfreiheit. Umgekehrt setzt sich der allgemeine Justizgewährungsanspruch der Nachlassbeteiligten durch, wenn es um Ansprüche geht, die nicht aus der Zuwendung des Erblassers folgen.

Die Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung bewährt sich auch bei der Bestimmung der Reichweite der Schiedsbindung. In persönlicher Hinsicht kommt es darauf an, ob die Partei ihre Stellung aus einer Zuwendung des Erblassers ableitet und in sachlicher Hinsicht darauf, ob der Streitgegenständliche Anspruch aus der Zuwendung folgt. Das führt dazu, dass Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses und um die Erfüllung von Vermächtnissen und Auflagen durch das Schiedsgericht zu entscheiden sind, während Streitigkeiten mit Pflichtteilsberechtigten und anderen Nachlassgläubigern und -schuldern bei den staatlichen Gerichten verbleiben.

Bei Streitigkeiten, die daraus folgen, dass eine Partei die Unwirksamkeit oder Teilunwirksamkeit des Testaments oder Erbvertrags geltend macht, ist die Lage komplizierter: Hier ist zunächst maßgeblich, ob die umstrittene Unwirksamkeit auch die letztwillige Schiedsverfügung erfasst. Ist dies der Fall, liegt die Entscheidung letztlich bei den staatlichen Gerichten, weil diese nach deutschem Schiedsverfahrensrecht stets das letzte Wort über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts haben. Betrifft die Unwirksamkeit nicht die letztwillige Schiedsverfügung, kommt es hingegen darauf an, ob beide Partei-

³³⁶ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72; st. Rspr. seit BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, BVerfGE 89, 214, 232 – *Angehörigenbürgerschaft*; zuletzt BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, BVerfGE 148, 296, 358 (Rn. 139) – *Streikverbot für Beamte*.

en in persönlicher Hinsicht schiedsgebunden sind und ob in sachlicher Hinsicht die gewillkürte Zuwendung durchgesetzt werden soll.

Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung sind grundsätzlich im letztwillig verfügten Schiedsverfahren zu entscheiden. Das gilt auch für die Durchsetzung von Pflichten, von denen der Erblasser den Testamentsvollstrecker gem. § 2220 BGB nicht befreien darf. Die Anwendung zwingenden Rechts hindert nämlich weder die Entscheidung durch ein vertraglich vereinbartes noch durch ein letztwillig verfügbares Schiedsgericht. Die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB bleibt hingegen dem Nachlassgericht vorbehalten, weil diese Entscheidung eine Vielzahl anderer Personen betrifft und deshalb nicht durch ein privates Schiedsgericht getroffen werden kann.

Kapitel 5

Letztwillige Schiedsverfügungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Neben den Geltungsgrenzen in persönlicher und sachlicher Hinsicht unterliegen letztwillige Schiedsverfügungen einer weiteren Geltungsgrenze, nämlich derjenigen in territorialer Hinsicht. Weist ein Erbfall Bezüge zu mehreren Rechtsordnungen auf, stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: Erstens fragt sich, nach welchem Recht zu bestimmen ist, ob und inwieweit der Erblasser befugt war, den Nachlassbeteiligten durch letztwillige Verfügung eine Schiedsbindung aufzuerlegen. Zweitens ist zu bestimmen, welches Erbrecht das Schiedsgericht selbst anzuwenden hat. Insbesondere bei der zweiten Frage, nämlich nach dem vom Schiedsgericht anzuwendenden Recht, könnte sich die manchen Erblassern willkommene Möglichkeit eröffnen, den eingeschränkten Rechtswahlmöglichkeiten nach der EuErbVO zu entgehen und über den Umweg des Schiedsverfahrens eine freie Rechtswahl zu erzielen.

In Bezug auf beide Fragen bietet die Rechtsprechung bislang keine Orientierungspunkte. Die deutschen und die US-amerikanischen Gerichte, die sich mit letztwilligen bzw. einseitigen Schiedsverfügungen auseinandersetzen hatten, waren ausschließlich mit Sachverhalten konfrontiert, in denen kein Bezug zu anderen Rechtsordnungen bestand oder in denen ein solcher Bezug zumindest nicht vorgetragen worden war. Das ist erstaunlich, denn ebenso wie die Mobilität von Bürgerinnen und Bürgern der USA zwischen den einzelnen Bundesstaaten zunimmt, steigt die Mobilität von Unionsbürgerinnen und -bürgern innerhalb der EU. Ferner gibt es nicht nur „Florida-Rentner“, die von Massachusetts nach Florida, und „Mallorca-Rentner“, die von Deutschland nach Spanien ziehen – Mobilität von Personen und Vermögen findet global statt. Gerade größere Privatvermögen sind selten in einem einzigen Staat konzentriert, sondern über mehrere Länder verteilt. Weil sich ein letztwillig verfügbares Schiedsverfahren wegen der hohen Kosten erst ab einem gewissen Nachlasswert lohnt, dürfte es nicht mehr lange dauern, bis die Gerichte mit Schiedsverfügungen im Kontext eines grenzüberschreitenden Erbfalls konfrontiert werden.

Die praktische Brauchbarkeit von letztwilligen Schiedsverfügungen hängt auch davon ab, ob solche Verfügungen in Erbfällen, die Bezüge zu mehreren Rechtsordnungen aufweisen, zu Ergebnissen führen, die dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechen und zugleich die Inte-

ressen der Nachlassbeteiligten hinreichend berücksichtigen. Ein wichtiger Faktor ist hierbei – wie bei der Nachlassplanung insgesamt – die Vorhersehbarkeit. Die beste Orientierung würden in dieser Hinsicht Entscheidungen der Ober- und Höchstgerichte bieten. Solange es hieran fehlt, muss die Rechtswissenschaft Vorschläge dazu unterbreiten, wie letztwillige Schiedsverfügungen bei grenzüberschreitenden Erbfällen zu behandeln sind.

Ferner hat *Mankowski* darauf hingewiesen, dass es vor allem bei Erbfällen mit Auslandsbezug darauf ankommt, ob die letztwillige Schiedsverfügung prozessual oder materiellrechtlich zu qualifizieren ist:¹ Eine prozessuale Qualifikation rückt die Schiedsverfügung – vereinfacht gesagt – in die Sphäre des internationalen Verfahrensrechts, während eine materiellrechtliche Qualifikation tendenziell zu einer Anwendung des internationalen Privatrechts führt. Es gilt daher zu erforschen, ob die hier vorgeschlagene Deutung der letztwilligen Schiedsverfügung als Belastung der Zuwendung die „Bewährungsprobe“² besteht, die Erbfälle mit Auslandsbezug bereiten.

Um die praktische Relevanz der Frage, welches Recht auf letztwillige Schiedsverfügungen anzuwenden ist, zu verdeutlichen, wird zunächst dargestellt, wie andere Rechtsordnungen in Europa solche Verfügungen behandeln (unter A.). Im zweiten Abschnitt geht es darum, welches Recht die deutschen staatlichen Gerichte auf eine Schiedsverfügung anwenden, wenn der Sachverhalt grenzüberschreitende Bezüge aufweist (unter B.). Drittens wird erarbeitet, welches Recht das Schiedsgericht selbst anzuwenden hat und welche Konsequenzen sich für die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs ergeben, wenn das Schiedsgericht eine unrichtige Entscheidung über das anzuwendende Recht trifft (unter C.).

A. Letztwillige Schiedsverfügungen in anderen europäischen Rechtsordnungen

In den vorangegangenen Kapiteln wurden Geltungsgrund und Geltungsgrenzen von letztwilligen bzw. einseitigen Schiedsverfügungen nach deutschem und US-amerikanischem Recht dargestellt. Hierbei haben sich Gemeinsamkeiten ergeben, wie z.B. die Korrelation zwischen dem Erhalt einer Zuwendung und der Belastung mit der Schiedsbindung, aber auch Unterschiede, wie z.B. in Bezug darauf, welcher Wert dem Nichtausschlagen der Zuwendung beizumessen ist. Auch zwischen europäischen Rechtsordnungen bestehen Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Insbesondere die Unterschiede verdeutlichen, warum die Frage danach, welches Recht auf letztwillige Schiedsverfügungen anwendbar ist, nicht nur von akademischem Interesse ist, sondern

¹ *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 398.

² *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 398.

auch zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Rechtsanwendung führt. Im Folgenden wird die Rechtslage in Österreich, Spanien, der Schweiz, Italien, Frankreich und England vorgestellt.

I. Österreich

Am engsten mit dem deutschen Recht der letztwilligen Schiedsverfügung verwandt ist das österreichische Recht. Diese enge Verwandtschaft gründet vor allem darauf, dass der österreichische Gesetzgeber die Vorschrift der deutschen Reichs-CPO fast wörtlich übernahm, als zum 1. Januar 1898 in Österreich eine neue Zivilprozessordnung in Kraft trat.³ Die öZPO ersetzte zwei völlig veraltete Gerichtsordnungen, nämlich die Josephinische Gerichtsordnung von 1781 und die Westgalizische Gerichtsordnung von 1796. Insbesondere im Schiedsverfahrensrecht orientierte sich der österreichische Gesetzgeber stark an der deutschen CPO und erließ als § 599 öZPO a.F. eine Regelung, die wie § 872 CPO anordnete, dass die Vorschriften für vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte auf Schiedsgerichte, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügungen angeordnet wurden, sinngemäß Anwendung finden.

Warum der österreichische Gesetzgeber diese Vorschrift aus Deutschland übernahm und ob hierfür ein praktisches Bedürfnis in der Donaumonarchie bestand, geht aus den Materialien nicht hervor.⁴ Weder die Josephinische noch die Westgalizische Gerichtsordnung hatten eine solche Regelung enthalten. Dennoch war die Vorschrift bereits als § 636 in der Regierungsvorlage zur öZPO enthalten.⁵ Die „Erläuternden Bemerkungen“ des Justizministeriums führen nichts Näheres zu der Vorschrift aus.⁶

Heute befindet sich die Vorschrift im Wesentlichen unverändert in § 581 Abs. 2 öZPO, wo es heißt:

„Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden.“

³ Diese war bereits 1895 verabschiedet worden: Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung), österreichisches RGBI. 365 ff.

⁴ Mayr, RdW 2007, 331, 332 und Czernich, in: FS Eccher, 275, 277 meinen daher, der österreichische Gesetzgeber habe die Vorschrift ohne eigene Reflexion aus dem deutschen Recht übernommen.

⁵ K. u. K. Justizministerium, Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen, Band I, 186.

⁶ Vgl. K. u. K. Justizministerium, Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen, Band I, 383 f.

Mit den „Bestimmungen dieses Abschnitts“ sind die Bestimmungen des vierten Abschnitts der öZPO gemeint, in dem sich das österreichische Schiedsverfahrensrecht befindet.

Ähnlich wie in Deutschland spielten letztwillig verfügte Schiedsverfahren in der österreichischen Rechtspraxis des 20. Jahrhunderts kaum eine Rolle.⁷ Seit der Jahrtausendwende ist indes auch dort das literarische Interesse an dem Thema allmählich erwacht,⁸ während es an Urteilen österreichischer Gerichte jüngeren Datums noch fehlt.⁹

Die österreichische Diskussion um letztwillige Schiedsverfügungen verläuft in ähnlichen Bahnen wie die deutsche, was angesichts der engen Verwandtschaft zwischen § 1066 ZPO und § 584 Abs. 2 öZPO nicht erstaunt. Wie in Deutschland geht die überwiegende Lehre in Österreich davon aus, dass für letztwillige Schiedsverfügungen die Formvorschriften des Erbrechts und nicht diejenigen des Schiedsverfahrensrechts gelten.¹⁰ Ebenso ist anerkannt, dass es für die Wirksamkeit einer letztwilligen Schiedsverfügung darauf ankommt, ob der Erblasser testierfähig war, und nicht darauf, ob die Nachlassbeteiligten subjektiv schiedsfähig sind, also selbst eine wirksame Schiedsvereinbarung miteinander schließen könnten.¹¹

Lebhaft umstritten ist in Österreich die Reichweite der letztwillig verfüzten Schiedsbindung, und zwar insbesondere in Bezug auf das Pflichtteilsrecht. Deutlicher als in Deutschland wurde erkannt, dass die Bindung der Pflichtteilsberechtigten keine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit ist, sondern der Schiedsbindung.¹² Objektiv schiedsfähig sind nämlich gem. § 582

⁷ Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.2.

⁸ Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.2.

⁹ Die – soweit ersichtlich – einzige Entscheidung des OGH zum Thema stammt aus dem Jahr 1957: OGH, 20.3.1957 – 1 Ob 171/57, JBl 1957, 595. Nur der Leitsatz dieser Entscheidung ist veröffentlicht. Hieraus ergibt sich, dass die letztwillige Schiedsverfügung in Österreich nur auf Einrede des Beklagten hin, nicht *ex officio* zu berücksichtigen ist. Hierzu im deutschen Recht oben Kapitel 1 – B.II.2. (51).

¹⁰ Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht, Band I, Rn. 3/351; Hahnkamper, *ecolex* 2017, 850, 852; zu den österreichischen Verbraucherschutzvorschriften im Schiedsverfahren, die nach h.M. bei letztwillig verfüzten Schiedsverfahren indes nicht anwendbar sind, Czernich, in: FS Eccher, 275, 288–291; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.9.

¹¹ Fasching/Konecny-Hausmaninger, § 581 ZPO, Rn. 298; Nueber, JEV 2013, 118, 120; Hahnkamper, *ecolex* 2017, 850, 852; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.11 f.

¹² Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht, Band I, Rn. 3/87; übernommen von Nueber, JEV 2013, 118, 120 f. (unklar aber *ders.*, in: Gruber/Kalss/Müller u.a., Erbrecht und Vermögensnachfolge, Rn. 31 f.); Czernich, in: FS Eccher, 275, 285 f.; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.34; vgl. auch I. Welser/G. Klammer, in: Klausegger/Klein/Kremslehner u.a.,

Abs. 1 Satz 1 öZPO alle vermögensrechtlichen Ansprüche, wozu pflichtteilsrechtliche Ansprüche allemal gehören.¹³

Im Übrigen teilt sich die österreichische Lehre in ein „prozessuales“ und ein „materiellrechtliches“ Lager: Erstere meinen, die prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen sei von der materiellen Verfügungsbefugnis unabhängig, weshalb auch die Pflichtteilsberechtigten der letztwillig verfügbaren Schiedsbindung unterworfen werden können.¹⁴ Insofern unterscheidet sich die Argumentation nicht von derjenigen in Deutschland.¹⁵ Der materiellrechtliche Ansatz lässt Schiedsverfügungen in dem Maße zu, in dem der Erblasser materiell verfügungsbefugt ist.¹⁶ In Bezug auf die Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten unterscheidet sich dieser Ansatz in Österreich insoweit von seinem deutschen Pendant, wie sich das österreichische Pflichtteilsrecht vom deutschen unterscheidet: Anders als das deutsche Recht setzt das österreichische Recht nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigten durch eine Verfügung von Todes wegen enterbt wurden.¹⁷ Stattdessen haben die Pflichtteilsberechtigten stets Anspruch auf den Pflichtteil – die Frage ist nur, ob der Pflichtteilsanspruch bereits durch Zuwendungen unter Lebenden oder von Todes wegen gedeckt ist (§ 761 Abs. 1 Satz 2 ABGB).

Ergänzend regelt § 762 ABGB, dass Zuwendungen auch dann zur Deckung des Pflichtteils herangezogen werden, wenn sie mit Bedingungen verknüpft oder auf andere Weise belastet sind.¹⁸ Bedingungen und Belastungen sind allerdings wertmindernd zu berücksichtigen. Anders als nach § 2306 BGB kann ein pflichtteilsberechtigter Erbe in Österreich einen beschränkten oder belasteten Erbteil also nicht ausschlagen und stattdessen den Pflichtteil verlangen.¹⁹ Er muss die bedingte oder belastete Zuwendung annehmen, wird aber ggf. in Geld für die Bedingung oder Belastung kompensiert.

Austrian Yearbook on International Arbitration 2018, 3, 11. Zur Vermengung von Schiedsfähigkeit und Schiedsbindung in Deutschland oben Kapitel 1 – B.II.3. (53).

¹³ Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht, Band I, Rn. 3/87; Zöchling-Jud/Kogler, GesZR 2012, 79, 81; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.19.

¹⁴ Hahnkamper, eolex 2017, 850, 853 f.; Nueber, in: Gruber/Kalss/Müller u. a., Erbrecht und Vermögensnachfolge, Rn. 30–34.

¹⁵ Hierzu oben Kapitel 3 – B.II. (153).

¹⁶ Czernich, in: FS Eccher, 275, 282 f.; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.5 f.

¹⁷ Stattdessen bezeichnet das ABGB in § 758 Abs. 1 und § 769 die Entziehung des Pflichtteils als „Enterbung“.

¹⁸ Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.34; Binder/Giller, in: Gruber/Kalss/Müller u. a., Erbrecht und Vermögensnachfolge, Rn. 117; R. Welsler, Der Erbrechts-Kommentar, § 762 ABGB, Rn. 1.

¹⁹ § 808 Abs. 2 ABGB stellt dies unmissverständlich klar; hierzu Binder/Giller, in: Gruber/Kalss/Müller u. a., Erbrecht und Vermögensnachfolge, Rn. 90; R. Welsler, Der Erbrechts-Kommentar, § 808 ABGB Rn. 6.

Dies hat dazu geführt, dass sich die österreichische Literatur vorwiegend mit der Situation befasst, in der ein Pflichtteilsberechtigter eine Zuwendung erhalten hat, die durch die letztwillige Schiedsverfügung belastet ist. Nach einer Ansicht soll die letztwillige Schiedsverfügung keine nach § 762 ABGB wertmindernde Belastung darstellen,²⁰ sodass die Schiedsverfügung bei der Berechnung, ob der Pflichtteilsanspruch gedeckt ist, unberücksichtigt bleibt. Nach anderer Ansicht stellt die Schiedsverfügung eine zu berücksichtigende Belastung dar, deren Wert aber nicht in Geld zu bestimmen ist, weshalb die Schiedsverfügung in Gänze wegfallen müsse.²¹ Nach einer vermittelnden Ansicht soll der bedürftige pflichtteilsberechtigter Erbe nur dann durch die Schiedsverfügung gebunden sein, wenn ihm der Prozessgegner die Kosten des Schiedsverfahrens vorstreckt.²²

Erhält ein Pflichtteilsberechtigter hingegen überhaupt keine Zuwendung oder reicht die Zuwendung zur Deckung des Pflichtteils nicht aus, hat er Anspruch auf den sog. Geldpflichtteil nach § 763 ABGB.²³ Da der Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung auch in Österreich darin gesehen wird, dass der Erblasser die von ihm gemachte Zuwendung ausgestalten und belasten darf,²⁴ kann der Geldpflichtteilsanspruch richtigerweise nicht schiedsgebunden sein.²⁵ Denn der Anspruch auf den Geldpflichtteil beruht auf Gesetz und stellt keine Zuwendung, sondern die gesetzliche Reaktion auf das Fehlen einer Zuwendung dar.

Verfahren, die vor den österreichischen Verlassenschaftsgerichten zu führen sind und vornehmlich der Rechtsfürsorge dienen, können einem Schiedsgericht nicht übertragen werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein letztwillig verfügtes oder ein vertraglich vereinbartes Schiedsgericht handelt.²⁶ Hier besteht eine Parallele zu den Fürsorgeverfahren vor den deutschen Nachlassgerichten: Ebenso wenig wie ein Schiedsgericht beispielsweise einen

²⁰ Zöchling-Jud/Kogler, GesZR 2012, 79, 84 f.; Welser/Klammer, in: Klausegger/Klein/Kremslehner u. a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2018, 3, 12 f.

²¹ Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.34.

²² Czernich, in: FS Eccher, 275, 286 f.

²³ Eccher, Erbrecht, Rn. 12/25; Binder/Giller, in: Gruber/Kalss/Müller u. a., Erbrecht und Vermögensnachfolge, Rn. 92.

²⁴ Hahnkamper, *ecolex* 2017, 850, 853 („wer gibt, ordnet an“); ähnlich Czernich, in: FS Eccher, 275, 282 f.; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.6.

²⁵ Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.34.

²⁶ Fasching/Konecny-Hausmaninger, § 581 ZPO, Rn. 298; Nueber, JEV 2013, 118, 121; Czernich, in: FS Eccher, 275, 284 f.; Hahnkamper, *ecolex* 2017, 850, 852; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.19; I. Welser/G. Klammer, in: Klausegger/Klein/Kremslehner u. a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2018, 3, 19 f.; a.A., ohne Differenzierung zwischen verschiedenen Aufgaben des Verlassenschaftsgerichts, Oberhammer, in: Kloiber/Oberhammer/Rechberger u. a., Das neue Schiedsrecht, 93, 119 (dort Fn. 44).

deutschen Erbschein erteilen oder einziehen kann, kann es eine österreichische Einantwortung des Erben nach § 819 ABGB vornehmen.²⁷

II. Spanien

Üblicherweise werden deutsches, österreichisches und schweizerisches Recht im Dreiklang hintereinander behandelt, doch hier bietet es sich an, zunächst nach Spanien zu blicken: Wie Deutschland und Österreich, aber anders als die Schweiz, verfügt Spanien nämlich über eine Vorschrift in seinem Schiedsverfahrensrecht, die sich mit letztwilligen Schiedsverfügungen befasst.²⁸ Dennoch scheint die praktische Relevanz letztwilliger Schiedsverfügungen auch in Spanien gering zu sein.²⁹

Ähnlich wie in Deutschland wurzelt die letztwillige Schiedsverfügung in Spanien in der Testamentsvollstreckung.³⁰ Art. 901 des spanischen *Código Civil* (CC) bestimmt, dass die Testamentsvollstrecker (*albaceas*) alle Befugnisse haben, die ihnen der Erblasser ausdrücklich übertragen hat, solange diese Befugnisse nicht gegen andere gesetzliche Vorschriften verstoßen.³¹ Zu diesen Befugnissen, mit denen die Testamentsvollstrecker ausgestattet werden konnten, gehörte früher auch, Streitigkeiten unter den Nachlassbeteiligten zu schlichten.³²

Das spanische Schiedsverfahrensgesetz aus dem Jahr 1953 griff diese Befugnis auf und erwähnte in Art. 5 die Möglichkeit, ein Schiedsverfahren „por disposición testamentaria“ anzuordnen.³³ Damit entwickelte es die Streitent-

²⁷ Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.19. Zur Einantwortung als Besonderheit des österreichischen Erbrechts, siehe z.B. Eccher, Erbrecht, Rn. 6/19.

²⁸ Einen ausführlichen deutschsprachigen Überblick zur letztwilligen Schiedsverfügung in Spanien bietet v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 312–317.

²⁹ *Yañez Vivero*, in: Collantes González, El arbitraje en las distintas áreas del derecho, 76, 106; González-Bueno-Figaredo, Art. 10 LA, 61; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 313.

³⁰ *Lorca Navarrete*, Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, 612; *García Pérez*, El arbitraje testamentario, 36–40. Zu den Testamentsvollstreckern als Vorläufern der letztwillig eingesetzten Schiedsrichter in Deutschland oben Kapitel 1 – A.II.2.b) (30).

³¹ Hinweis auf Art. 901 CC bei *Lorca Navarrete*, Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, 612. Laut Barona Vilar-Verdera Server, Art. 10 LA, 438 f. geht die noch heute in Art. 10 LA enthaltene Beschränkung der Schiedsbindung auf Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses hierauf zurück, denn die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses sind typische Aufgaben eines Testamentsvollstreckers.

³² *García Pérez*, El arbitraje testamentario, 36–40; Barona Vilar-Verdera Server, Art. 10 LA, 413–417; González-Bueno-Gomá Lanzón, Art. 10 LA, 200 f. (jew. m.w.N. zur Rechtsprechung vor 1953).

³³ Abgedruckt bei Barona Vilar-Verdera Server, Art. 10 LA, 412.

scheidungsbefugnis der Testamentsvollstrecker zu einer schiedsrichterlichen Befugnis im modernen Sinne fort, die unabhängig davon ist, ob der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet hat oder nicht.³⁴ Das Schiedsverfahrensgesetz von 1988 behielt die Vorschrift in abgewandelter Form als Art. 7 bei.³⁵ Heute findet sie sich, wiederum leicht abgewandelt, in Art. 10 der *Ley de Arbitraje* (LA) vom 23. Dezember 2003.³⁶ Sie lautet:

„También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.“³⁷

Die Vorschrift unterscheidet sich damit in dreierlei Hinsicht von § 1066 ZPO und § 581 Abs. 2 öZPO: Erstens ordnet die Vorschrift selbst an, dass eine letztwillige Schiedsverfügung rechtswirksam ist („será válido“), während die deutsche und österreichische Vorschrift dies nur implizit voraussetzen. Wegen dieser klaren Aussage in Art. 10 LA spielt die Frage nach dem Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen in Spanien eine geringere Rolle – der Geltungsgrund liegt, zumindest für die Zwecke der Rechtspraxis, in der Vorschrift des Art. 10 LA. Als Rechtfertigung, die hinter dieser gesetzgeberischen Entscheidung steht, identifiziert die spanische Literatur die Testierfreiheit des Erblassers.³⁸

Zweitens und drittens regelt Art. 10 LA selbst die Reichweite der letztwillig verfügbaren Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht: In persönlicher Hinsicht können nur Nicht-Noterben (*herederos no forzosos*) und Vermächtnisnehmer (*legatarios*) gebunden werden. Bei der Frage, wer Noterbe ist, ergibt sich indes die Schwierigkeit, dass Spanien eine Mehrrechtsordnung ist, in der neben dem gemeinspanischen Erbrecht etliche sog. Foralrechte gelten.³⁹ Diese Foralrechte regeln die Mindestbeteiligung naher Angehöriger zum Teil stark abweichend vom gemeinspanischen *Código Ci-*

³⁴ Ähnlich wie in Deutschland kann der Testamentsvollstrecker in Spanien allerdings zugleich als Schiedsrichter fungieren, solange er hierdurch nicht zum Richter in eigener Sache wird: González-Bueno-Figaredo, Art. 10 LA, 63.

³⁵ Ebenfalls abgedruckt bei Barona Vilar-Verdera Server, Art. 10 LA, 413.

³⁶ Lorca Navarrete, Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, 612, meint, es handele sich deshalb bei der Vorschrift bereits um einen „Klassiker“ („un clásico“) des spanischen Schiedsverfahrensrechts.

³⁷ „Ebenso kann ein Schiedsverfahren durch Testament angeordnet werden, um Streitigkeiten zwischen Nicht-Noterben und Vermächtnisnehmern um die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses zu entscheiden.“ (Übersetzung des Verf.)

³⁸ García Pérez, El arbitraje testamentario, 124; González-Bueno-Gomá Lanzón, Art. 10 LA, 206; Lorca Navarrete, Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, 612; Yañez Vivero, in: Collantes González, El arbitraje en las distintas áreas del derecho, 76, 82 f.

³⁹ Steinmetz/Huzel/García Alcázar, in: Süß, Erbrecht in Europa, Rn. 53; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 314.

*vil.*⁴⁰ Daher stellt sich die Frage, welches Recht bestimmt, wer *heredero no forzoso* im Sinne von Art. 10 LA ist. Erstaunlicherweise hat sich bisher – soweit ersichtlich – nur *Gomá Lanzón* mit dieser Frage beschäftigt. Ohne sich abschließend festzulegen, tendiert er dazu, zumindest Foralrechte, die die Mindestbeteiligung stark abweichend vom gemeinsamen spanischen Recht regeln, im Rahmen von Art. 10 LA nicht zu berücksichtigen.⁴¹

Auf Grundlage des gemeinsamen spanischen Erbrechts deutet die herrschende Lehre die Beschränkung auf Nicht-Noterben so, dass die Noterben hinsichtlich des ihnen nach dem Gesetz mindestens zustehenden Erbteils (der sog. *legítima*) auch dann nicht durch die Schiedsverfügung gebunden sind, wenn sie Vermögen erhalten, das über die *legítima* hinausgeht.⁴² Eine solche Zuwendung zerfällt vielmehr in einen nicht schiedsgebundenen Teil (in Höhe der *legítima*) und einen darüber hinausgehenden, schiedsgebundenen Teil.⁴³ Daher kann eine umfassende Schiedsbindung in Spanien nur erreicht werden, wenn keine Noterben vorhanden sind.⁴⁴

Hier zeigt sich ein Unterschied zur Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten nach deutschem Recht: Erben, die zum Kreis der potentiell Pflichtteilsberechtigten gehören, sind in Deutschland schiedsgebunden, soweit sie eine Zuwendung von Todes wegen erhalten. Nach hier vertretener Ansicht können die Pflichtteilsberechtigten den ihnen zugewendeten Erbteil zwar gem. § 2306 Abs. 1 BGB ausschlagen und stattdessen den nicht schiedsgebundenen Pflichtteil verlangen,⁴⁵ verlieren hierdurch aber den zugewendeten Erbteil. Ein pflichtteilsberechtigter Erbe, dessen Erbteil den Pflichtteil übersteigt, wird daher in der Regel nicht ausschlagen, während sich ein spanischer *heredero forzoso* hinsichtlich der *legítima* stets an das staatliche Gericht wenden kann, ohne wirtschaftliche Nachteile zu erleiden.

In sachlicher Hinsicht beschränkt Art. 10 LA die Schiedsbindung auf Streitigkeiten um die „distribución o administración de la herencia“ und erinnert damit z.B. an die Vorschrift aus Arizona, die die Schiedsbindung auf „issues

⁴⁰ Arroyo i Amayuelas, in: Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 257, 258 f.; Steinmetz/Huzel/García Alcázar, in: Süß, Erbrecht in Europa, Rn. 51.

⁴¹ González-Bueno-Gomá Lanzón, Art. 10 LA, 242 f. v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 313 f. meint hingegen, es komme stets auf das in der Sache anwendbare Foralrecht an.

⁴² Barona Vilar-Verdera Server, Art. 10 LA, 436 f.; Yañez Vivero, in: Collantes González, El arbitraje en las distintas áreas del derecho, 76, 92 f.; González-Bueno-Figaredo, Art. 10 LA, 62; für eine Schiedsbindung der *legítima* insgesamt (wohl *contra legem*) hingegen O'Callaghan Muñoz, LNot 47/48 (2007), 57, 64; krit. hierzu v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 315 f.

⁴³ v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 316.

⁴⁴ Vgl. González-Bueno-Gomá Lanzón, Art. 10 LA, 232.

⁴⁵ Hierzu oben Kapitel 4 – C.V.6. (224).

[...] with regard to the administration or distribution of the trust“ begrenzt.⁴⁶ In der spanischen Literatur ist indes umstritten, inwieweit hiermit tatsächlich eine Beschränkung einhergeht:⁴⁷ Die heute überwiegende Auffassung legt die Voraussetzung weit aus, indem sie darauf verweist, dass sich beinahe alle erbrechtlichen Streitigkeiten letztlich um die Verteilung (*distribución*) des Nachlasses drehen.⁴⁸ Das gilt insbesondere für die Auslegung und die Wirksamkeit des Testaments, denn je nachdem, wie das Testament auszulegen ist und ob es wirksam ist, ist der Nachlass auf die eine oder andere Weise zu verteilen. Der Beschränkung auf Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses käme demnach keine eigene Bedeutung zu.⁴⁹

III. Schweiz

Die Schweiz ist die erste der hier vorzustellenden Rechtsordnungen, in der es (noch) keine gesetzliche Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen gibt. Dennoch ist das wissenschaftliche Interesse an dem Thema dort groß.⁵⁰ Das dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass die Schweiz sowohl als Schiedsort als auch als Ort des Haltens und Verwaltens großer Privatvermögen beliebt ist. Die Attraktivität eines *estate planning*, das beispielsweise die Vermögensverwaltung durch eine Genfer Privatbank erforderlichenfalls mit einem Schiedsverfahren an selber Stelle kombiniert, erschließt sich vor diesem Hintergrund leicht.

De lege lata ist derzeit unsicher, ob letztwillige Schiedsverfügungen in der Schweiz Rechtswirkungen entfalten. Das schweizerische Schiedsverfahrensrecht ist in zwei Gesetzen kodifiziert:⁵¹ Während das Binnenschiedsverfahren in Art. 353–399 der schweizerischen Zivilprozessordnung (chZPO) geregelt

⁴⁶ Hierzu oben Kapitel 2 – D.IV.3.b) (112).

⁴⁷ Eine Übersicht über die vertretenen Meinungen bietet *O’Callaghan Muñoz*, LNot 47/48 (2007), 57, 62 f.

⁴⁸ *Lorca Navarrete*, Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, 614; *O’Callaghan Muñoz*, LNot 47/48 (2007), 57, 63; *Yañez Vivero*, in: Collantes González, El arbitraje en las distintas áreas del derecho, 76, 94–98; González-Bueno-Gomá Lanzón, Art. 10 LA, 215–221; González-Bueno-Figaredo, Art. 10 LA, 62 f.

⁴⁹ *O’Callaghan Muñoz*, LNot 47/48 (2007), 57, 63.

⁵⁰ Vgl. beispielsweise *Wenninger Schmid*, in: FS Forstmoser, 351 ff.; *Rüede*, in: Blessing, The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, 142 ff.; *Kistler*, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, 25–36; *Mauerhofer*, ZBJV 2006, 375, 386–397; *Perrin*, ASA Bulletin 2006, 417, 424–432; *Künzle*, successio 2010, 281, 286–292; *Schlumpf*, Testamentarische Schiedsklauseln, 13–105; *Piotet*, successio 2011, 164 ff.; *Pestalozzi-Früh*, successio 2011, 170 ff.; *Sutter-Somm/Gut*, in: Künzle, Schiedsgerichte in Erbsachen, 137, 138–153; *Tercier*, in: FS Steinauer, 447; *Chrobak*, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, 85–92; *Dardel*, Trust in Arbitration, 220–225.

⁵¹ *Leuenberger/Uffer-Tobler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rn. 14.4; *Chrobak*, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, 9.

ist,⁵² gelten bei Schiedsverfahren, bei denen mindestens eine Partei ihren Sitz nicht in der Schweiz hat, Art. 176–199 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG). Art. 357 chZPO und Art. 178 IPRG bringen implizit zum Ausdruck, dass ein Schiedsverfahren auf einer Schiedsvereinbarung beruhen muss.⁵³ Weder die chZPO noch das IPRG verfügen über eine Vorschrift, nach der die Schiedsvereinbarung durch eine letztwillige Schiedsverfügung ersetzt werden kann.⁵⁴

Die schweizerische Diskussion lässt sich daher im Wesentlichen in zwei Hauptfragen unterteilen. Die erste Frage lautet, ob letztwillige Schiedsverfügungen in der Schweiz überhaupt Rechtswirkungen entfalten, was angesichts des Fehlens einer gesetzlichen Vorschrift zweifelhaft ist. In Abhängigkeit von der Antwort hierauf gilt es zweitens die Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung zu bestimmen.

Mit der ersten Frage befasste sich 1980 das Obergericht Zürich in einem von insgesamt nur zwei⁵⁵ schweizerischen Urteilen über letztwillige Schiedsverfügungen. In der sorgfältig begründeten Entscheidung befand das Gericht, dass letztwillige Schiedsverfügungen nach dem damals anzuwendenden zürcherischen Schiedsverfahrensrecht grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfalten.⁵⁶ Das zürcherische Schiedsrecht kenne nämlich nur Schiedsvereinbarungen und statutarische Schiedsklauseln, aber keine letztwilligen Schiedsverfügungen. Hierin unterscheide es sich von der deutschen ZPO, die das Gericht als Vergleich heranzieht.⁵⁷ Da bei Schaffung der zürcherischen ZPO eine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen diskutiert worden sei, aber keine Mehrheit gefunden habe, ginge es auch nicht an, letztwillige Schiedsverfügungen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zuzulassen.⁵⁸

Das zürcherische Schiedsverfahrensrecht wurde 2011 durch das Schiedsverfahrensrecht der gesamtschweizerischen ZPO ersetzt, sodass der Hinweis auf die Zürcher Gesetzgebungsgeschichte heute keine Aussagekraft mehr hat.⁵⁹ Das Hauptargument aber, dass letztwillige Schiedsverfügungen keine Rechts-

⁵² Vor Inkrafttreten der ersten gesamtschweizerischen ZPO im Jahr 2011 war das Recht der Binnenschiedsgerichtsbarkeit (wie das Zivilverfahrensrecht insgesamt) von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt.

⁵³ *Berger/Kellerhals*, International and Domestic Arbitration in Switzerland, Rn. 470; *Pestalozzi-Früh*, *successio* 2011, 170, 171; *ZK-IPRG-Oetiker*, Art. 178 IPRG, Rn. 96; *BSK-ZPO-Girsberger*, Art. 357 ZPO, Rn. 1.

⁵⁴ *Schlumpf*, Testamentarische Schiedsklauseln, 13; *Chrobak*, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, 86; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 305 f.

⁵⁵ Das andere Urteil stammt ebenfalls von diesem Gericht: OG Zürich, 16.2.1987 – o. Az., ZR 1989, 239 ff.

⁵⁶ OG Zürich, 1.10.1980 – o. Az., ZR 1981, 26 ff.

⁵⁷ OG Zürich, 1.10.1980 – o. Az., ZR 1981, 26, 29.

⁵⁸ OG Zürich, 1.10.1980 – o. Az., ZR 1981, 26, 29.

wirkungen entfalten, wenn das anwendbare Schiedsverfahrensrecht nur Schiedsvereinbarungen kennt, ist auch unter Geltung von chZPO und IPRG nicht von der Hand zu weisen.⁶⁰ Hier zeigt sich z.B. eine Parallele zum US-Bundesdistrikt, dessen Berufungsgericht es ablehnte, eine Schiedsverfügung in einem *testamentary trust* anzuerkennen, weil das anwendbare Schiedsverfahrensrecht nur Schiedsvereinbarungen vorsah.⁶¹

Dementsprechend deutet ein Teil der schweizerischen Lehre die Schiedsverfügung allenfalls als erbrechtliche Auflage, die die Erben verpflichtet, eine Schiedsvereinbarung zu schließen.⁶² Alternativ kommt eine Umdeutung in eine Bedingung in Betracht: Danach würde der Erhalt der Zuwendung unter der Bedingung stehen, dass die Zuwendungsempfänger eine Schiedsvereinbarung miteinander schließen.⁶³ Diese Ansicht zielt also darauf ab, eine *Schiedsvereinbarung* zwischen den Nachlassbeteiligten zu Wege zu bringen. Die Gegenmeinung hingegen möchte das Schiedsverfahren direkt auf die letztwillige Schiedsverfügung stützen und verzichtet auf das Erfordernis einer Schiedsvereinbarung zwischen den Schiedsparteien.⁶⁴ Diese Ansicht tut letztlich so, als gäbe es in der Schweiz eine Vorschrift wie § 1066 ZPO oder § 581 Abs. 1 öZPO. Da das nicht der Fall ist, fällt es schwer, sie mit der schweizerischen *lex lata* in Einklang zu bringen.

⁵⁹ Künzle, *successio* 2010, 281, 289; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 305. Die Materialien zur chZPO schweigen zu der Frage hingegen: Schlumpf, Testamentarische Schiedsklauseln, 13 (dort Fn. 50).

⁶⁰ Pestalozzi-Früh, *successio* 2011, 170, 171 f.; Piotet, *successio* 2011, 164, 164–166; Sutter-Somm/Gut, in: Künzle, Schiedsgerichte in Erbsachen, 137, 150–153.

⁶¹ *In re Calomiris*, 894 A.2d 408 (D.C. Ct. App. 2006); hierzu oben Kapitel 2 – D.I.1. (81).

⁶² Mauerhofer, ZBJV 2006, 375, 390–392; Piotet, *successio* 2011, 164, 166; Berger/Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, Rn. 471; krit. hingegen Sutter-Somm/Gut, in: Künzle, Schiedsgerichte in Erbsachen, 137, 155–157. Lediglich von einem Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung sprechen BSK-ZPO-Girsberger, Art. 357 ZPO, Rn. 35 und ZK-IPRG-Oetiker, Art. 178 IPRG, Rn. 97. Hiergegen spricht, dass sich der Erblasser nicht selbst der Schiedsbindung unterwerfen will, also kein Angebot abgeben will, das auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit ihm (d.h. dem Erblasser selbst) gerichtet ist.

⁶³ Mauerhofer, ZBJV 2006, 375, 393 f.; Perrin, ASA Bulletin 2006, 417, 428–430; Piotet, *successio* 2011, 164, 166; Sutter-Somm/Gut, in: Künzle, Schiedsgerichte in Erbsachen, 137, 154 f.; Berger/Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, Rn. 471.

⁶⁴ Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Rn. 852; Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 45; Rüede, in: Blessing, The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, 142, 144 f.; Wenninger Schmid, in: FS Forstmoser, 351, 356 f.; Kistler, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, 28–30; Künzle, *successio* 2010, 281, 289; Schlumpf, Testamentarische Schiedsklauseln, 98–105; Tercier, in: FS Steinauer, 447, 455 f.; Jahn/Sykora/Glatthard, b-Arbitra 2015, 41, 46; für eine Beschränkung auf testamentarische Erben BSK-IPRG-Gränicher, Art. 178 IPRG, Rn. 63–64.

Die zweite Hauptfrage betrifft die Reichweite der letztwillig verfükten Schiedsbindung. Die Antwort auf diese Frage hängt zunächst davon ab, wie man die erste Frage beantwortet hat: Hält man die Schiedsverfügungen für eine Auflage oder eine letztwillige Bedingung, kommt es auf die Schiedsvereinbarung an, die die Parteien schließen, um die Auflage oder die Bedingung zu erfüllen. Eindeutig ist, dass die Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich ihres Pflichtteils auf diese Weise nicht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung angehalten werden können, denn der Pflichtteil muss von Bedingungen oder Belastungen frei bleiben.⁶⁵ Der Erblasser kann die Pflichtteilsberechtigten lediglich zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung motivieren, indem er ihnen mehr als den Pflichtteil zuwendet und diese Zuwendung unter die Bedingung stellt, dass sie eine Schiedsvereinbarung schließen.⁶⁶

Weniger klar ist die Lage, wenn man die letztwillige Schiedsverfügung selbst als Grundlage des Schiedsverfahrens ansieht. Wie in Deutschland und Österreich fokussiert die Diskussion auch in der Schweiz vor allem auf das Pflichtteilsrecht. Und auch in der Schweiz wurde diesbezüglich die Schiedsbindung der Pflichtteilsberechtigten mit der Schiedsfähigkeit verwechselt.⁶⁷ In internationalen Schiedsverfahren sind gem. Art. 177 Abs. 1 IPRG alle vermögensrechtlichen Ansprüche schiedsfähig, wozu auch Pflichtteilsrechte zählen.⁶⁸ In Binnenschiedsverfahren sind gem. Art. 354 chZPO hingegen alle Ansprüche schiedsfähig, über die die Parteien frei verfügen können. Das Pflichtteilsrecht ist zwar der Verfügung durch den Erblasser entzogen, aber Art. 354 chZPO stellt auf die Verfügungsbefugnis *der Parteien* ab.⁶⁹ Der Erblasser ist indes nicht Partei des Schiedsverfahrens, während der Pflichtteilsberechtigte als mögliche Partei durchaus über seinen Pflichtteil verfügen kann. Pflichtteilsrechtliche Ansprüche sind daher auch nach Art. 354 chZPO objektiv schiedsfähig.⁷⁰

⁶⁵ OG Zürich, 16.2.1987 – o. Az., ZR 1989, 239, 240; *Perrin*, ASA Bulletin 2006, 417, 430; *Pestalozzi-Früh*, *successio* 2011, 170, 173; *Piotet*, *successio* 2011, 164, 167 f.; vgl. auch *Sutter-Somm/Gut*, in: Künzle, *Schiedsgerichte in Erbsachen*, 137, 154 f.

⁶⁶ *Mauerhofer*, ZBJV 2006, 375, 393 f.; *Perrin*, ASA Bulletin 2006, 417, 430.

⁶⁷ *Piotet*, *successio* 2011, 164, 167: „Longtemps, la doctrine a confondu l'arbitrabilité [...] avec la question du pouvoir de contraindre à l'arbitrage par voie testamentaire, particulièrement des héritiers réservataires pour leur part légale.“

⁶⁸ BSK-IPRG-*Mabillard/Briner*, Art. 177 IPRG, Rn. 9b; ZK-IPRG-*Oetiker*, Art. 177 IPRG, Rn. 45.

⁶⁹ Das übersieht OG Zürich, 16.2.1987 – o. Az., ZR 1989, 239, 240 auf Grundlage des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit, das die objektive Schiedsfähigkeit gleich wie der heute geltende Art. 354 chZPO regelte. Hierzu *Pestalozzi-Früh*, *successio* 2011, 170, 171.

⁷⁰ *Pestalozzi-Früh*, *successio* 2011, 170, 171; *Tercier*, in: FS Steinauer, 447, 452 f.; BSK-ZPO-*Weber-Stecher*, Art. 354 ZPO, Rn. 33; *Jahnel/Sykora/Glatthard*, b-Arbitra 2015, 41, 47.

Die eigentlich kritische Frage betrifft daher auch in der Schweiz nicht die Schiedsfähigkeit, sondern die Schiedsbindung. Die Mehrzahl derjenigen, die einer letztwilligen Schiedsverfügung als solcher Rechtswirkungen zumessen, lässt die Schiedsbindung nur so weit reichen, wie der Erblasser materiell verfügungsbefugt ist. Wichtigste Folge davon ist, dass die Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich ihres Pflichtteils nicht durch die Schiedsverfügung gebunden sind.⁷¹ *Künzle* und *Tercier* möchten hingegen die prozessuale Anordnungsbefugnis des Erblassers vom materiellen Recht trennen und auch Pflichtteilsberechtigte der letztwilligen Schiedsverfügung unterwerfen.⁷² Diese Behauptung einer vom materiellen Recht losgelösten prozessualen Verfügungsbefugnis ist indes für das schweizerische Recht ebenso wenig überzeugend wie für das deutsche Recht.⁷³

Vor allem, weil es in der Schweiz an einer Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen fehlt, ist die rechtliche Behandlung solcher Verfügungen dort mit Unsicherheit behaftet.⁷⁴ Um Rechtssicherheit zu schaffen und die Schweiz als Schiedsstandort zu stärken, hat der Schweizer Bundesrat 2018 einen Entwurf zur Reform des schweizerischen Schiedsverfahrensrechts vorgelegt.⁷⁵ Neben etlichen anderen Änderungen ist darin vorgesehen, Art. 358 chZPO um folgenden Abs. 2 zu ergänzen:

„Für Schiedsklauseln, die in einseitigen Rechtsgeschäften und in Statuten vorgesehen sind, gelten die Bestimmungen dieses Teils sinngemäss.“⁷⁶

Eine bis auf redaktionelle Anpassungen gleiche Änderung ist als neuer Abs. 4 von Art. 178 IPRG vorgesehen.⁷⁷ Diese Reform würde das größte Hindernis für letztwillige Schiedsverfügungen in der Schweiz, nämlich das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Schiedsverfahrensrecht, beseitigen. Der Bundesrat hat den Entwurf dem Parlament im Oktober 2018 zur Beschlussfassung zugeleitet.⁷⁸

Obwohl die erläuternde Botschaft das deutsche oder österreichische Recht nicht erwähnt,⁷⁹ ist die Regelungstechnik offensichtlich durch § 1066 ZPO und

⁷¹ *Wenninger Schmid*, in: FS Forstmoser, 351, 356 f.; *Rüede*, in: Blessing, The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, 142, 147 f.; BSK-IPRG-*Gränicher*, Art. 178 IPRG, Rn. 64; vgl. auch *Haas/Brosi*, ZZPInt 21 (2016), 323, 336 f.

⁷² *Künzle*, *successio* 2010, 281, 290; *Tercier*, in: FS Steinauer, 447, 454.

⁷³ Hierzu oben Kapitel 3 – B.II.3. (155).

⁷⁴ Vgl. *Tercier*, in: FS Steinauer, 447, 458 f.

⁷⁵ BBl. 2018, 7213 ff.; sowie die Botschaft hierzu in BBl. 2018, 7163 ff. Ausf. zu dem Reformvorhaben *Haas/Brosi*, ZZPInt 21 (2016), 323 ff.

⁷⁶ BBl. 2018, 7213, 7220.

⁷⁷ BBl. 2018, 7213, 7214.

⁷⁸ Der Stand des Gesetzgebungsverfahrens lässt sich unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20180076>> abrufen (Stand: 21.11.2019).

⁷⁹ Vgl. Botschaft, BBl. 2018, 7163, 7188–7191.

§ 581 Abs. 2 öZPO inspiriert. Glücklicherweise verzichtet der Entwurf jedoch darauf, das Tatbestandsmerkmal „in gesetzlich statthafter Weise“ (§ 1066 ZPO) bzw. „in gesetzlich zulässiger Weise“ (§ 581 Abs. 2 öZPO) zu übernehmen. Die Frage, ob und inwieweit eine letztwillige Schiedsverfügung wirksam ist, soll dem materiellen Erbrecht überlassen bleiben.⁸⁰ Der Schweizerische Bundesrat lehnt damit eine vom materiellen Recht losgelöste Befugnis des Erblassers ab und stellt stattdessen zu Recht die Verbindung zwischen dem Erhalt einer Zuwendung von Todes wegen und der Schiedsbindung her.⁸¹

IV. Italien

Wie das derzeit noch geltende schweizerische Schiedsverfahrensrecht kennt das italienische Schiedsverfahrensrecht keine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen.⁸² Art. 806 bis Art. 808-quinquies des *Codice di procedura civile* (c.p.c.) regeln die Voraussetzungen einer Schiedsvereinbarung (*convenzione d'arbitrato*), die als *compromesso* bezeichnet wird, wenn sie sich auf einen bereits bestehenden Streit bezieht (Art. 807 c.p.c.), und als *clausola compromissoria*, wenn sie sich auf künftig entstehende Streitigkeiten bezieht (Art. 808 c.p.c.). Über die Möglichkeit, die *convenzione* durch eine einseitige Anordnung zu ersetzen, spricht das Gesetz nicht. Art. 808-bis c.p.c. sieht zwar vor, dass die Parteien auch in Bezug auf nichtvertragliche Streitigkeiten eine Schiedsvereinbarung schließen können, womit aber kein Verzicht auf das Erfordernis einer *convenzione* verbunden ist.⁸³ Mit anderen Worten: Die Streitigkeit mag sich auf ein nichtvertragliches Rechtsverhältnis beziehen, doch das Schiedsverfahren selbst muss vertraglich vereinbart sein.

Obwohl letztwillige Schiedsverfügungen auch in der italienischen Rechtspraxis nur eine geringe Rolle zu spielen scheinen,⁸⁴ gibt es etliche literarische Beiträge, die sich mit dem Thema befassen.⁸⁵ Ähnlich wie in der Schweiz teilt sich die Rechtswissenschaft in Italien im Wesentlichen in zwei Lager: Eine Seite geht vom Schiedsverfahrensrecht des c.p.c. aus und rückt das Er-

⁸⁰ Botschaft, BBl. 2018, 7163, 7190.

⁸¹ Botschaft, BBl. 2018, 7163, 7190.

⁸² Vgl. bereits *Cugusi*, Il Filangieri 1905, 422, 423; *Cogliolo*, in: *Scritti varii di diritto privato*, Band II, 275, 276 (jeweils mit Verweis auf die abweichende Rechtslage in Deutschland und Österreich).

⁸³ *Sassi*, Riv. dir. civ. 2013, 1407, 1414; a.A. *Perlingieri*, Rass. dir. civ. 2016, 459, 465, der aus Art. 808-bis ein Argument für die Zulässigkeit letztwilliger Schiedsverfügungen ableitet.

⁸⁴ *Festi*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2002, 809, 811; *Padovini*, Rass. dir. civ. 2012, 106, 106 f.; zur geringen praktischen Bedeutung auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts vgl. *Cogliolo*, in: *Scritti varii di diritto privato*, Band II, 275, 275 f.

⁸⁵ Vgl. die Übersicht über die italienische Literatur bei *Sassi*, Riv. dir. civ. 2013, 1407, 1414 (dort Fn. 17). Nach 2013 ist insbesondere der Aufsatz von *Perlingieri*, Rass. dir. civ. 2016, 459 ff. erschienen.

fordernis einer Schiedsvereinbarung in den Fokus. Weil durch die letztwillige Verfügung eines Dritten keine *convenzione* zwischen den Schiedsparteien begründet werde, könne die letztwillige Schiedsverfügung nicht als Grundlage eines Schiedsverfahrens dienen.⁸⁶ Stattdessen wird diskutiert, ob sich die Schiedsverfügung in eine materielle Verfügung umdeuten lässt, die darauf gerichtet ist, die Nachlassbeteiligten zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung zu motivieren – z. B. durch eine bedingte Erbeinsetzung.⁸⁷

Die Gegenmeinung bejaht die Rechtswirksamkeit letztwilliger Schiedsverfügungen, obwohl sie im c.p.c. nicht erwähnt werden. Die *convenzione d'arbitrato* sei zwar die häufigste (und daher im Gesetz ausdrücklich genannte) Grundlage eines Schiedsverfahrens, aber nicht die einzig mögliche.⁸⁸ Das zeige sich vor allem bei der Rechtsnachfolge in eine Schiedsvereinbarung: Wie in Deutschland ist in Italien anerkannt, dass die Erben in eine Schiedsvereinbarung, die der Erblasser geschlossen hat, eintreten, sodass die Schiedsvereinbarung für und gegen die Erben wirkt.⁸⁹ Es mache aber – so argumentieren vor allem *Sassi* und *Perlingieri* – keinen Unterschied, ob die Erben in eine Schiedsvereinbarung einrücken oder ob sie sich auf Grund einer letztwilligen Schiedsverfügung an das Schiedsgericht wenden müssen.⁹⁰ In beiden Fällen hätten die Erben selbst keine Schiedsvereinbarung geschlossen und seien dennoch mit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts konfrontiert.

Die Beobachtung, dass sich die Erben bei Rechtsnachfolge in eine Schiedsvereinbarung an ein Schiedsgericht wenden müssen, mit dessen Zuständigkeit sie sich nicht selbst einverstanden erklärt haben, ist zwar zutreffend. Dennoch liegt hier eine Vermischung zweier Fragen vor, die zu trennen sind:⁹¹ Eine Frage ist, inwiefern Dritte (z. B. im Wege der Rechtsnachfolge von Todes wegen) durch eine Schiedsvereinbarung berechtigt und verpflichtet werden. Eine andere Frage ist, ob es überhaupt eine Schiedsvereinbarung geben muss oder ob die einseitige Verfügung des Erblassers ausreicht. Diese Frage muss in erster Linie der Gesetzgeber beantworten. Der italienische

⁸⁶ *Cugusi*, Il Filangieri 1905, 514, 514 f.; *Zucconi Galli Fonseca*, Riv. arb. 2006, 281, 285–287; *dies.*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2006, 1363, 1368–1370; *Bonilini*, in: ders., Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Band II, 887, 896 f.

⁸⁷ *Cogliolo*, in: Scritti varii di diritto privato, Band II, 275, 278 f.; *Zucconi Galli Fonseca*, Riv. arb. 2006, 281, 288–293; *Bonilini*, in: ders., Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Band II, 887, 900–904.

⁸⁸ *Festi*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2002, 809, 814; *Padovini*, Rass. dir. civ. 2012, 106, 109; *Perlingieri*, Rass. dir. civ. 2016, 459, 465.

⁸⁹ *Zucconi Galli Fonseca*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2006, 1363, 1369; *Padovini*, Rass. dir. civ. 2012, 106, 107.

⁹⁰ *Sassi*, Riv. dir. civ. 2013, 1407, 1418–1420; *Perlingieri*, Rass. dir. civ. 2016, 459, 466 f.

⁹¹ *Zucconi Galli Fonseca*, Riv. arb. 2006, 281, 286; *dies.*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2006, 1363, 1369.

Gesetzgeber sieht bislang nur vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren vor, sodass die besseren Gründe dagegen sprechen, letztwilligen Schiedsverfügungen als solchen auf Grundlage des c.p.c. Rechtswirkungen zuzumessen.

V. Frankreich

Das französische Schiedsverfahrensrecht findet sich nicht allein im *Code de procédure civile* (CPC), sondern auch im *Code civil* (C. civ.).⁹² Während die Formvorschriften und prozessualen Wirkungen der Schiedsvereinbarung (*convention d'arbitrage*) für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Art. 1442–1449 CPC und für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Art. 1507 f. CPC geregelt sind, finden sich in Art. 2059 f. C. civ. Vorschriften über die Schiedsfähigkeit.⁹³ Weder der CPC noch der C. civ. sehen dabei die Möglichkeit vor, die Schiedsvereinbarung durch eine letztwillige Verfügung zu ersetzen.

Anders als in der Schweiz und Italien scheint die Rechtswissenschaft in Frankreich hieraus wie selbstverständlich zu folgern, dass letztwillige Schiedsverfügungen unwirksam sind, weshalb das Thema kaum behandelt wird. Lediglich *Catala*, *Wautelet* und *Farge* haben – soweit ersichtlich – zu der Frage Stellung genommen und die Rechtswirksamkeit von letztwilligen Schiedsverfügungen verneint.⁹⁴ Nach *Catala* kommt allenfalls eine Umdeutung in eine Erbeinsetzung unter der Bedingung, eine Schiedsvereinbarung zu schließen, in Betracht.⁹⁵ Auf Grundlage der (spärlichen) französischen Literatur ist daher davon auszugehen, dass letztwillige Schiedsverfügungen in Frankreich keine Rechtswirkungen entfalten.

Abgesehen von der fehlenden gesetzlichen Grundlage scheint ein weiterer Faktor die Entwicklung einer französischen Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen zu hemmen: Das Erbrecht steht – nicht nur in Frankreich, sondern überall – in engem Zusammenhang mit dem Familienrecht. Insbesondere bei der gesetzlichen Erbfolge und der Mindestbeteiligung naher Angehöriger kann es darauf ankommen, wer mit wem verwandt oder verheiratet ist oder war. Über diese Fragen des Personenstandes kann ein Schiedsgericht in der Hauptsache nicht entscheiden, weil sie – nach französischem wie nach deutschem Recht – nicht schiedsfähig sind.⁹⁶

⁹² Zu den Quellen des französischen Schiedsverfahrensrechts *Racine*, *Droit de l'arbitrage*, Rn. 59–64.

⁹³ *Racine*, *Droit de l'arbitrage*, Rn. 221–228.

⁹⁴ *Catala*, *Rev. arb.* 1994, 279, 293; *Wautelet*, *JCP N* 2016, 1350, Rn. 22–25; *Farge*, in: *FS Pignarre*, 323, 341 f. Vgl. zum insofern ähnlichen belgischen Recht auch *Wautelet*, *Rev. not.* 2017, 378, 394–396.

⁹⁵ *Catala*, *Rev. arb.* 1994, 279, 293.

⁹⁶ Zum französischen Recht siehe z.B. *Seraglini/Ortscheidt*, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Rn. 102; *Racine*, *Droit de l'arbitrage*, Rn. 237; zum deutschen Recht z.B.

Aus deutscher Sicht sind diese Fragen bei einem erbrechtlichen Streit allenfalls Vorfragen, die die Schiedsfähigkeit des eigentlichen Anspruchs – also z.B. des Anspruchs auf den Pflichtteil – nicht hindern.⁹⁷ Nach französischem Verständnis hingegen soll ein Schiedsgericht diese Fragen, die den Personenstand betreffen, auch nicht als Vorfrage entscheiden.⁹⁸ Gerade angesichts der starken Mindestbeteiligung naher Angehöriger, die durch die *réserve* des französischen Erbrechts gewährleistet wird,⁹⁹ schmälert das die Möglichkeit, erbrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. *Wautelet* und *Farge* haben daher als Kompromiss vorgeschlagen, dass das Schiedsgericht sein Verfahren aussetzen und abwarten müsse, bis die nicht schiedsfähigen Vorfragen durch ein staatliches Gericht entschieden worden sind.¹⁰⁰

VI. England und Wales

Wie in den USA kann eine Person, die in England¹⁰¹ Vermögen weitergeben will, zwischen der erbrechtlichen Vermögensweitergabe (*probate transfer*) und der außererbrechtlichen Vermögensweitergabe (*nonprobate transfer*) wählen.¹⁰² Anders als in den USA spielen dabei widerrufliche *inter vivos*-Trusts eine geringere Rolle, was steuerrechtliche und trustrechtliche Gründe hat.¹⁰³ Trotzdem fokussiert die Diskussion um einseitige Schiedsverfügungen auch in England auf Schiedsverfügungen in Trusts, während Schiedsverfügungen in Testamenten kaum besprochen werden.

Die englische Diskussion um einseitige Schiedsverfügungen scheint sich nicht in erster Linie aus der eigenen Rechtspraxis zu speisen, zumal es – soweit ersichtlich – keine veröffentlichten Urteile englischer Gerichte zur Wirksamkeit solcher Schiedsverfügungen gibt.¹⁰⁴ Vielmehr wird die Diskussion

Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 285; *Zöller-Geimer*, § 1030 ZPO, Rn. 6.

⁹⁷ *Zöller-Geimer*, § 1030 ZPO, Rn. 6a; vgl. auch zum schweizerischen Schiedsverfahrensrecht, das insoweit mit dem deutschen übereinstimmt, *Perrin*, ASA Bulletin 2006, 417, 421; a.A. aber zum österreichischen Recht *Zöchling-Jud/Kogler*, GesZR 2012, 79, 81; *Czernich*, in: FS Eccher, 275, 283 f.

⁹⁸ *Wautelet*, JCP N 2016, 1350, Rn. 7 f.; *Farge*, in: FS Pignarre, 323, 350 f.; zum belgischen Schiedsverfahrensrecht auch *Wautelet*, Rev. not. 2017, 378, 384 f.

⁹⁹ Hierzu *Döbereiner*, in: Süß, Erbrecht in Europa, Rn. 105–114.

¹⁰⁰ *Wautelet*, Rev. not. 2017, 378, 384 f.; *Farge*, in: FS Pignarre, 323, 351.

¹⁰¹ Im Folgenden wird vereinfachend von „England“ bzw. „englisch“ gesprochen, womit England und Wales gemeint sind.

¹⁰² *Braun*, in: Braun/Röthel, Passing Wealth on Death, 51, 51–53; zum Nebeneinander von *probate* und *nonprobate transfers* in den USA oben Kapitel 2 – C.I.2.c) (70).

¹⁰³ *Braun*, in: Braun/Röthel, Passing Wealth on Death, 51, 53.

¹⁰⁴ Vgl. zur geringen praktischen Bedeutung *Herbert*, in: Strong/Molloy, Arbitration of Trust Disputes, Rn. 10.01.

durch die Rechtsentwicklung in anderen Rechtsordnungen des Common Law inspiriert. Neben den USA spielen hierbei sog. Offshore-Jurisdiktionen eine Rolle, die ihr Trustrecht in jüngerer Zeit um Vorschriften über Schiedsverfügungen ergänzt haben.¹⁰⁵

Eine Klausel in einem *trust deed*, nach der Streitigkeiten zwischen Trustees und *beneficiaries* ausschließlich im Schiedsverfahren entschieden werden sollen, wirft in England im Wesentlichen zwei Fragen auf, und zwar erstens nach der objektiven Schiedsfähigkeit solcher Streitigkeiten und zweitens nach der Schiedsbindung der Parteien.¹⁰⁶ Die Zweifel an der objektiven Schiedsfähigkeit entstehen daraus, dass das Trustrecht die zentrale Ausprägung der *equity* ist, d. h. des Rechts, das seit dem Spätmittelalter nicht durch die *Common Law Courts*, sondern durch den *Court of Chancery* geschaffen wurde.¹⁰⁷ Zwar wurde der *Court of Chancery* im 19. Jahrhundert als eigene Gerichtsbarkeit abgeschafft, aber die Vorstellung, dass ein Trust unter besonderer Aufsicht und Kontrolle durch die Gerichte steht, hat sich erhalten.¹⁰⁸

Es fragt sich daher, ob die englischen Gerichte bereit sind, diese ihnen von alters her zustehende Aufsicht an ein Schiedsgericht abzugeben.¹⁰⁹ Die wenigen Stimmen aus der Literatur halten Streitigkeiten um die Pflichten des Trustee grundsätzlich für schiedsfähig,¹¹⁰ doch da die englischen Gerichte dazu tendieren, über die objektive Schiedsfähigkeit *case by case* zu entscheiden¹¹¹ und da es bislang an einschlägigen Urteilen fehlt, ist die Rechtslage unklar. Ein Kompro-

¹⁰⁵ Zu Guernsey, Malta und den Bahamas im Überblick *Brownbill*, *Trusts & Trustees* 20 (2014), 30, 31; ausf. zu den Bahamas *Taylor/Brownbill*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 358, 359–362; Sorge vor einer Abwanderung in diese Jurisdiktionen z. B. bei *Trust Law Committee*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 296, 299; krit. zu einem Wettlauf um die schiedsfreundlichste Trustgesetzgebung hingegen *Conaglen*, in: Nolan/Low/Tang, *Trusts and Modern Wealth Management*, 76, 129.

¹⁰⁶ *Conaglen*, *Cambridge L.J.* 74 (2015), 450, 451; *ders.*, in: Nolan/Low/Tang, *Trusts and Modern Wealth Management*, 76, 80.

¹⁰⁷ Zur Entstehung der *equity* und die Rolle des *Court of Chancery* dabei *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 184–188; dazu, dass die Zugehörigkeit einer Rechtsfrage zum Bereich der *equity* die Entscheidung durch ein Schiedsgericht nicht grundsätzlich ausschließt *Conaglen*, *Cambridge L.J.* 74 (2015), 450, 453–457.

¹⁰⁸ Vgl. z. B. *Crociani v. Crociani*, [2014] UKPC 40 Rn. 36; „In the case of a trust, unlike a contract, the court has an inherent jurisdiction to supervise the administration of the trust [...]“; ferner *Conaglen*, in: Nolan/Low/Tang, *Trusts and Modern Wealth Management*, 76, 88 f.

¹⁰⁹ Um dasselbe Problem geht es, wenn *Sitkoff/Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 624 fragen, ob „accountability in court“ zum unverzichtbaren Kern des US-Trustrechts gehört.

¹¹⁰ *Cohen/Poole*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 324, 329; *Le Poidevin*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 307, 311 f.; *Conaglen*, *Cambridge L.J.* 74 (2015), 450, 457–465; *ders.*, in: Nolan/Low/Tang, *Trusts and Modern Wealth Management*, 76, 88–98.

¹¹¹ v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 320 f.; vgl. auch *Sutton/Gill/Gearing*, *Russell on Arbitration*, Rn. 2-080–2-094.

missvorschlag geht dahin, die Entscheidung durch ein Schiedsgericht grundsätzlich zuzulassen, aber das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch besonders genau durch die staatlichen Gerichte kontrollieren zu lassen.¹¹²

Das Hauptproblem einseitiger Schiedsverfügungen liegt darin, dass der *Arbitration Act 1996* als Alternative zu vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren nur *statutory arbitration* (sec. 94–98) vorsieht. Hierbei wird die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht durch eine Parteivereinbarung, sondern durch eine Rechtsverordnung (*enactment*) begründet.¹¹³ Eine Möglichkeit, die Schiedsvereinbarung durch eine einseitige Schiedsverfügung zu ersetzen, kennt das Gesetz hingegen nicht. Daran ändert auch sec. 82 (2) *Arbitration Act* nichts, wonach als Partei der Schiedsvereinbarung auch gilt, wer seine Rechtsposition von einer der Parteien ableitet, die die Schiedsvereinbarung geschlossen haben.¹¹⁴ Diese Vorschrift regelt die Schiedsbindung von Zessionaren und Personen, die durch einen Vertrag zugunsten Dritter begünstigt werden.¹¹⁵ Ein Verzicht auf das Erfordernis, dass überhaupt eine Schiedsvereinbarung zwischen mindestens zwei Parteien vorliegen muss, ist damit nicht verbunden.¹¹⁶

Einseitige Schiedsverfügungen dürften demnach in England keine taugliche Grundlage für ein Schiedsverfahren darstellen.¹¹⁷ Dieser Ansicht war auch die englische *Law Commission*, die 2011 konstatierte:

„[...] it is not feasible for those who create trusts governed by the law of England and Wales to require that trustees and beneficiaries have resort to arbitration to resolve their differences, rather than litigation.“¹¹⁸

Die *Law Commission* befürwortete eine Reform des englischen Rechts in diesem Punkt – nicht zuletzt, um nicht den Anschluss zu anderen Rechtsordnungen des Common Law zu verlieren.¹¹⁹ Sie sah sich aus Kapazitätsgründen

¹¹² Vgl. *Conaglen*, Cambridge L.J. 74 (2015), 450, 479.

¹¹³ Beispiele für solche durch Verordnungen angeordnete Schiedsverfahren finden sich im Wasser- und im Landpachtrecht: *Merkin/Flannery*, *Arbitration Act 1996*, 384.

¹¹⁴ A.A. *Cohen/Poole*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 324, 327–329.

¹¹⁵ *Merkin/Flannery*, *Arbitration Act 1996*, 377; *Sutton/Gill/Gearing*, *Russell on Arbitration*, Rn. 3-025–3-029.

¹¹⁶ Vgl. *Conaglen*, in: Nolan/Low/Tang, *Trusts and Modern Wealth Management*, 76, 102 f.

¹¹⁷ *Conaglen*, Cambridge L.J. 74 (2015), 450, 479; *ders.*, in: Nolan/Low/Tang, *Trusts and Modern Wealth Management*, 76, 128 f.; *Herbert*, in: Strong/Molloy, *Arbitration of Trust Disputes*, Rn. 10.38–10.42.

¹¹⁸ *The Law Commission*, 11th Programme of Law Reform 2011, Law Com No. 330, Rn. 3.68. Zu demselben Ergebnis war zuvor eine private Arbeitsgruppe zum Trustrecht gekommen, deren Ergebnisse in *Trust Law Committee*, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 296, 300 f. zusammengefasst sind.

¹¹⁹ *The Law Commission*, 11th Programme of Law Reform 2011, Law Com No. 330, Rn. 3.68.

jedoch nicht in der Lage, eine solche Reform voranzutreiben.¹²⁰ Bis heute ist das Reformprojekt nicht wieder aufgegriffen worden.

B. Letztwillige Schiedsverfügungen vor deutschen Gerichten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Der vorangegangene Abschnitt hat gezeigt, dass die europäischen Rechtsordnungen letztwillige Schiedsverfügungen unterschiedlich behandeln: Das österreichische und das spanische Schiedsverfahrensrecht kennen eine Vorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen, sodass ein Schiedsverfahren dort grundsätzlich durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann. In der Schweiz, Italien, Frankreich und England fehlt es an einer solchen Vorschrift, woraus in Frankreich und England abgeleitet wird, dass letztwillige Schiedsverfügungen unwirksam sind, während dieser Punkt in der Schweiz und Italien umstritten ist. Weist der Sachverhalt Bezüge zu mehreren Rechtsordnungen auf, kann es daher von entscheidender Wichtigkeit sein, welches Recht auf die letztwillige Schiedsverfügung anzuwenden ist.

Allerdings ist diese Frage nach dem anwendbaren Recht nicht allgemeingültig zu beantworten. Das liegt daran, dass über das anwendbare Recht nach den Vorschriften des Internationalen Zivilverfahrensrechts und des Internationalen Privatrechts zu entscheiden ist. Dabei ist der Namensbestandteil „international“ in Bezug auf beide Rechtsgebiete irreführend, weil es sich jeweils nicht um überstaatliches, sondern um staatliches – also nationales – Recht handelt.¹²¹ Ein US-amerikanisches Gericht kann beispielsweise aufgrund des US-Kollisionsrechts ein anderes Recht auf die Schiedsverfügung anwenden als ein deutsches Gericht aufgrund des deutschen Kollisionsrechts. Die Darstellung beschränkt sich auf das deutsche Internationale Privat- und Verfahrensrecht, das vielfach durch das Unionsrecht und völkerrechtliche Verträge überformt ist.

Schiedsverfügungen und Schiedsvereinbarungen zielen darauf ab, die Beteiligung der staatlichen Gerichte zu vermeiden. Trotzdem gibt es zahlreiche Berührungspunkte zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit. Zwei dieser Schnittstellen sind besonders wichtig: Zum einem muss die Schiedsverfügung geeignet sein, eine Sachentscheidung der staatlichen Gerichte in Bezug auf schiedsgebundene Streitigkeiten auszuschließen. Hierzu dient die Schiedseinrede nach § 1032 Abs. 1 ZPO. Diese Einrede führt, soweit sie Erfolg hat, dazu, dass das staatliche Gericht die Klage als unzulässig ab-

¹²⁰ *The Law Commission*, 11th Programme of Law Reform 2011, Law Com No. 330, Rn. 3.68–3.70.

¹²¹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 2; *Junker*, Internationales Privatrecht, § 3 Rn. 13.

weist. Zum anderen muss ein ergangener Schiedsspruch Präjudizwirkung entfalten und vollstreckbar sein, wenn das Schiedsverfahren eine echte Alternative zum staatsgerichtlichen Verfahren darstellen soll. Auch hier kommen die staatlichen Gerichte ins Spiel, auf deren Anerkennung es ankommt und die den Schiedsspruch bei Bedarf für vollstreckbar erklären müssen.

Die Darstellung fokussiert daher auf diese beiden Konstellationen und stellt zunächst dar, welches Recht ein deutsches staatliches Gericht anzuwenden hat, wenn es mit einer Schiedseinrede konfrontiert wird, die sich auf eine letztwillige Schiedsverfügung stützt. Sodann wird die Situation untersucht, in der ein Schiedsspruch ergangen ist und das Gericht im Zuge der Anerkennung und Vollstreckung prüft, ob dem Schiedsverfahren eine wirksame Schiedsverfügung zu Grunde lag.

I. Einredeperspektive

Nach § 1032 Abs. 1 ZPO weist das Gericht die Klage auf die Schiedseinrede hin ab, es sei denn, die Schiedsvereinbarung ist „nichtig, unwirksam oder undurchführbar“. In Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen kommt es also darauf an, ob die Schiedsverfügung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist, wobei sich fragt, nach welchem Recht dies zu beurteilen ist.

1. Kein Ausschluss von Schiedsverfahren durch die EuErbVO

Zuvor stellt sich jedoch die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Schiedseinrede und den Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO. Art. 4–19 EuErbVO regeln die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte in Erbsachen. Anders als Art. 1 Abs. 2 lit. d Brüssel Ia-VO nimmt die EuErbVO die Schiedsgerichtsbarkeit aber nicht aus ihrem Anwendungsbereich aus. Hieraus ließe sich folgern, dass die EuErbVO den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht nur Kompetenzen zuweist, sondern die Gerichte auch zur Ausübung dieser Kompetenzen verpflichtet. Schiedsgerichte dürften demnach in grenzüberschreitenden Erbsachen überhaupt nicht entscheiden.¹²² Eine Schiedseinrede wäre stets unbeachtlich.

Vorschriften über die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte sagen aber im Allgemeinen nichts darüber aus, ob ein Schiedsgericht an die Stelle des staatlichen Gerichts treten darf.¹²³ Hätte der EU-Verordnungsgeber ausnahmsweise durch die Regelung der Gerichtsstände in der EuErbVO zugleich eine Entscheidung durch Schiedsgerichte ausschließen wollen, müssten sich hier-

¹²² So Rauscher-Hertel, Art. 5 EuErbVO, Rn. 19.

¹²³ Aus deutscher Sicht etwa Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 4 Rn. 6; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1325; aus österreichischer Sicht Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht, Band I, Rn. 3/126; aus französischer Sicht Racine, Droit de l'arbitrage, Rn. 228.

für Anhaltspunkte in den Materialien oder in den Erwägungsgründen finden.¹²⁴ Da es solche Anhaltspunkte nicht gibt, schließen die Regelungen zur Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte in der EuErbVO die Entscheidung durch ein Schiedsgericht in Erbsachen nicht aus.¹²⁵

2. Schiedsverfügungsstatut

Da die EuErbVO eine Entscheidung durch ein Schiedsgericht also nicht *a priori* ausschließt, muss das deutsche Gericht entscheiden, ob die Schiedsverfügung, auf die die Schiedseinrede gestützt wird, nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist. Bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren bemisst sich dies in erster Linie nach dem Schiedsvereinbarungsstatut, das über Zustandekommen und materielle Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung bestimmt.¹²⁶ In Anlehnung hieran ist das Recht, das Zustandekommen und materielle Wirksamkeit der Schiedsverfügung regiert, als Schiedsverfügungsstatut zu bezeichnen.

a) Reichweite des Schiedsverfügungsstatuts

Bevor zu entscheiden ist, nach welchen Kollisionsnormen das Schiedsverfügungsstatut zu bestimmen ist, muss dargelegt werden, welche Rechtsfragen diesem Statut unterstehen. Andernfalls fehlt es nämlich an Kriterien zur Bestimmung der passenden Kollisionsnorm.

aa) Letztwillige Schiedsverfügung als Grundlage des Schiedsverfahrens

Die erste und wohl wichtigste Rechtsfrage ist, ob ein Schiedsverfahren überhaupt durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann. Zu Beginn dieses Kapitels wurde gezeigt, dass neben dem deutschen beispielsweise das österreichische und das spanische Schiedsverfahrensrecht diese Möglichkeit vorsehen, während das französische und das englische Schiedsverfahrensrecht nur vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren kennen. Somit fragt sich,

¹²⁴ Vgl. v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 206 (dort Fn. 88).

¹²⁵ Im Ergebnis ganz h.M.: Mankowski, ZEV 2014, 395, 398 f.; Lübcke, GPR 2015, 111, 116; Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 148; Wautelet, JCP N 2016, 1350, Rn. 3; ders., Rev. not. 2017, 378, 379 f.; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 206–208; I. Welser/G. Klammer, in: Klausegger/Klein/Kremslehner u.a., Austrian Yearbook on International Arbitration 2018, 3, 22; Farge, in: FS Pignarre, 323, 327; MüKo-BGB-Dutta, Art. 3 EuErbVO, Rn. 24; MüKo-FamFG-Rauscher, Art. 1 EuErbVO, Rn. 34; a.A. Rauscher-Hertel, Art. 5 EuErbVO, Rn. 19.

¹²⁶ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3791; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1331; MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 39; Musielak/Voit-Voit, § 1029 ZPO, Rn. 28.

nach welchem Recht diese Frage zu entscheiden ist. In Betracht kommen im Wesentlichen zwei Rechtsordnungen: die deutsche *lex fori* und das Schiedsverfügungsstatut.¹²⁷

Insbesondere *Geimer* hat vorgeschlagen, diese Frage zumindest dann nach der deutschen *lex fori* zu bestimmen, wenn der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt.¹²⁸ Das würde dazu führen, dass die letztwillige Verfügung in diesen Fällen stets als taugliche Grundlage des Schiedsverfahrens anzusehen wäre, denn der dann anzuwendende § 1066 ZPO enthält die entsprechende Entscheidung des deutschen Gesetzgebers. Diese Lösung entspricht dem Grundsatz, dass das deutsche Gericht stets die *lex fori*, also das deutsche Schiedsverfahrensrecht, anwendet. Sie kreierte aber zwei Probleme, weshalb es im Ergebnis überzeugender ist, die Frage nicht der *lex fori*, sondern dem Schiedsverfügungsstatut zu unterstellen.

Das erste Problem ergibt sich daraus, dass *Geimer* das deutsche Schiedsverfahrensrecht nur zur Anwendung bringen will, wenn der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt. Diese Einschränkung folgt letztlich aus dem Gesetz, denn nach § 1025 Abs. 1 ZPO sind die meisten Vorschriften des deutschen Schiedsverfahrensrechts, darunter auch § 1066 ZPO, nur anwendbar, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt.¹²⁹ Allerdings muss der Schiedsort nicht zwingend bereits in der Schiedsverfügung festgelegt werden, sondern kann auch erst später durch die Parteien oder das Schiedsgericht bestimmt werden.¹³⁰ § 1025 Abs. 2 ZPO sieht daher vor, dass § 1032 ZPO – also die Vorschrift über die Schiedseinrede – auch Anwendung findet, wenn der Schiedsort im Ausland liegt oder noch nicht bestimmt ist. Das deutsche Gericht muss also auch dann nach § 1032 Abs. 1 ZPO über die Schiedseinrede entscheiden, wenn der Schiedsort noch nicht bestimmt ist. In diesem Fall ist dem Gericht mit der Ansicht, dass § 1066 ZPO gelte, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt, nicht geholfen.

¹²⁷ Für Schiedsverfügungsstatut *Haas*, SchiedsVZ 2011, 289, 299; *Haas/Brosi*, ZZPInt 21 (2016), 323, 331 (anders aber *Haas*, ZEV 2007, 49, 54); *Musielak/Voit-Voit*, § 1061 ZPO, Rn. 14; für *lex fori Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 202 f.; *Zöller-ders.*, § 1066 ZPO, 19; *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 398; *Krug*, in: Tanck/Krug, Anwaltformulare Testamente, § 18 Rn. 28; wieder anders v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 240, die dafür plädiert, die Frage dem Erbstatut zu unterstellen. Ihre Ansicht basiert darauf, dass das Erbstatut nach anderen Kollisionsnormen zu bestimmen sei als das Schiedsverfügungsstatut. Nach hiesiger Ansicht sind jedoch beide Statuten nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen, hierzu sogleich Kapitel 5 – B.I.2.b)bb) (276).

¹²⁸ *Geimer*, in: FS Schlosser, 197, 202 f.; *Zöller-ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 19.

¹²⁹ *Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-Haas*, § 1066 ZPO, Rn. 1; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 2; a.A. v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 245 f.

¹³⁰ *MüKo-ZPO-Münch*, § 1043 ZPO, Rn. 7–9.

Zweitens spricht der äußere Entscheidungseinklang gegen die Anwendung der *lex fori*. Der äußere Entscheidungseinklang strebt danach, dass der Ausgang des Rechtsstreits nicht vom Ort des Verfahrens abhängen soll.¹³¹ Wenn ein deutsches Gericht mit einer Schiedsverfügung konfrontiert wird, soll es diese also nach Möglichkeit nicht anders behandeln als beispielsweise ein österreichisches oder ein französisches Gericht, das mit derselben Schiedsverfügung konfrontiert wird. Wird dazu, ob ein Schiedsverfahren durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann, das Schiedsverfügungsstatut befragt, lässt sich zwar kein völliger äußerer Entscheidungseinklang erzielen, solange die Kollisionsnormen zur Bestimmung des Schiedsverfügungsstatuts nicht global vereinheitlicht sind.¹³² Die Anwendung der *lex fori* führt hingegen in einem Bereich wie der letztwilligen Schiedsverfügung, in dem so wenig Einigkeit unter den europäischen Schiedsverfahrensrechten besteht, geradezu zwangsläufig dazu, dass dieselbe letztwillige Schiedsverfügungen anders behandelt wird, je nachdem vor welches staatliche Gericht sie gerät.

Neben diesen zwei Punkten, die gegen die Anwendung der *lex fori* sprechen, gibt es zwei Punkte, die für die Anwendung des Schiedsverfügungsstatuts sprechen. Erstens soll das Schiedsverfügungsstatut – in Anlehnung an das Schiedsvereinbarungsstatut – über die Wirksamkeit der Schiedsverfügung herrschen. Damit ist in erster Linie die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit gemeint, also beispielsweise, welche Folgen Willensmängel haben.¹³³ Doch auch die Frage, ob durch eine letztwillige Verfügung überhaupt ein Schiedsverfahren angeordnet werden kann, ist eine Frage der Wirksamkeit. Ob ein Privatrechtsakt gewisse (gewünschte) Rechtsfolgen hervorbringt, ist nämlich Ausweis seiner Wirksamkeit. In diesem Sinne lässt sich zwanglos sagen, dass eine Schiedsverfügung *unwirksam* ist, wenn das Schiedsverfügungsstatut keine Schiedsverfügungen kennt.

Zweitens spricht für die Anwendung des Schiedsverfügungsstatuts der Vergleich mit einer anderen Art von letztwilliger Verfügung, nämlich mit dem Vindikationslegat. Das deutsche Erbrecht kennt kein Vindikationslegat, weshalb der Erblasser einen einzelnen Gegenstand niemandem mit dinglicher Wirkung zuwenden kann.¹³⁴ Ein Vindikationslegat ist also nach deutschem Erbrecht unwirksam. Anders ist es in etlichen anderen europäischen Rechts-

¹³¹ Kropholler, Internationales Privatrecht, 36; ähnlich Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 139 f.

¹³² Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 140.

¹³³ So z. B. Haas, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 70; M. Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 39; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3791.

¹³⁴ Statt aller Röthel, Erbrecht, § 36 Rn. 3.

ordnungen, die Vindikationslegat kennen.¹³⁵ 2017 entschied der EuGH in der Rechtssache *Kubicka*, dass das Erbstatut darüber entscheide, ob der Erblasser wirksam ein Vindikationslegat anordnen kann.¹³⁶ Das Erbstatut bestimmt also, welche Rechtsfolgen eine letztwillige Verfügung hervorbringt. Dem Erbstatut, das über die Rechtsfolgen materieller Verfügungen regiert, entspricht das Schiedsverfügungsstatut, das über die Rechtsfolgen einer prozessualen Verfügung regieren sollte.¹³⁷ Ob ein Schiedsverfahren durch eine letztwillige Verfügung angeordnet werden kann, bemisst sich also nach dem Schiedsverfügungsstatut.

bb) Bestimmung der Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht

Eine weitere wesentliche Frage ist, wie weit die letztwillig verfügte Schiedsbindung in persönlicher und sachlicher Hinsicht reicht. In Kapitel 4 wurde der Versuch unternommen, eine kohärente Antwort auf Grundlage des deutschen Rechts zu entwickeln. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist zu klären, ob das Schiedsverfügungsstatut auch über die Reichweite der Schiedsbindung herrscht oder ob hierzu ein anderes Statut zu befragen ist.

Als erster Zugriff bietet sich der Vergleich mit vertraglichen Schiedsvereinbarungen an. Bei Schiedsvereinbarungen bestimmt das Schiedsvereinbarungsstatut über die Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht, d.h. darüber, welche Ansprüche von der Schiedsvereinbarung erfasst sind.¹³⁸ In Bezug auf die Reichweite in persönlicher Hinsicht ist hingegen umstritten, ob die Einbeziehung Dritter in den Geltungsbereich der Schiedseinrede durch das Schiedsvereinbarungsstatut regiert wird oder gesondert anzuknüpfen ist.¹³⁹ Die Befürworter einer gesonderten Anknüpfung verweisen darauf, dass die Parteien der Schiedsvereinbarung das Schiedsvereinbarungsstatut frei wählen und so durch die Wahl eines Rechts, das eine weitgehende Einbeziehung Dritter zulässt, einen Vertrag zu Lasten Dritter schließen könnten.¹⁴⁰

¹³⁵ Helms, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, 1643, 1646.

¹³⁶ EuGH, 12.10.2017 – C-218/16, NJW 2017, 3767, 3769 – *Kubicka*; so bereits zuvor z.B. J.P. Schmidt, ZEV 2014, 133, 134 f.

¹³⁷ Vgl. auch v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 241–246, die direkt das Erbstatut befragen möchte.

¹³⁸ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3806; Wolff-Borris/Hennecke, Art. V, 205 f.; MüKo-ZPO-Adolphsen, Art. V UNÜ, Rn. 37.

¹³⁹ Für Geltung des Schiedsvereinbarungsstatuts z.B. BGH, Urt. v. 5.8.2014 – III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151, 152 f. (in einer Sonderkonstellation); OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.11.1995 – 17 U 103/95, Rn. 12 (juris); MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 39; für gesonderte Anknüpfung z.B. HansOLG, Urt. v. 17.2.1989 – 1 U 86/87, RIW 1989, 574, 577; Stein/Jonas-Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 85.

¹⁴⁰ HansOLG, Urt. v. 17.2.1989 – 1 U 86/87, RIW 1989, 574, 577.

Bei letztwilligen Schiedsverfügungen ist die Reichweite der Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht gleichfalls dem Schiedsverfügungsstatut zu unterstellen, denn dieses bestimmt über die Wirksamkeit und damit auch über die Frage, hinsichtlich welcher Ansprüche die Schiedsverfügung wirkt. Doch auch die Reichweite der Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht sollte als Frage der Wirksamkeit dem Schiedsvereinbarungsstatut unterstehen: Im Gegensatz zu Schiedsvereinbarungen zielt die Schiedsverfügung von vorne herein ausschließlich darauf ab, Dritte zu binden, denn der Erblasser selbst ist niemals Partei des Schiedsverfahrens.¹⁴¹ Die Schiedsverfügung ist stets „Anordnung zu Lasten Dritter“,¹⁴² weshalb Dritte nicht durch eine gesonderte Anknüpfung, sondern allenfalls durch eine angepasste Bestimmung des Schiedsverfügungsstatuts zu schützen sind.¹⁴³

b) *Bestimmung des Schiedsverfügungsstatuts*

Nachdem dargelegt wurde, welche Fragen dem Schiedsverfügungsstatut unterstehen, geht es nun darum, dieses Statut zu bestimmen.

aa) *Keine Bestimmung nach den Kollisionsnormen des UNÜ*

In der grenzüberschreitenden Schiedsgerichtsbarkeit spielt das New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (UNÜ) eine zentrale Rolle.¹⁴⁴ Anders, als sein Name vermuten lässt, regelt das Übereinkommen nicht nur die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, sondern auch das auf Schiedsvereinbarungen anwendbare Recht. Nach Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ darf die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs versagt werden, wenn die Schiedsvereinbarung nach dem Recht, das die Parteien gewählt haben, oder in Ermangelung einer Rechtswahl nach dem Recht des Schiedsortes ungültig ist. Hier findet sich die implizite Kollisionsnorm, die als Schiedsvereinbarungsstatut in erster Linie das von den Parteien gewählte Recht und in Ermangelung einer Rechtswahl das Recht des Schiedsortes beruft. Obwohl Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ seinem Wortlaut nach nur für die Anerkennung und Vollstreckung eines bereits ergangenen Schiedsspruchs gilt, sollte die Vorschrift

¹⁴¹ *Otte*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 62, 63 f.: „[...] der Erblasser will und kann sich für die Zeit nach dem Erbfall keiner (irdischen) Gerichtsbarkeit mehr unterwerfen.“

¹⁴² *Crezelius*, in: FS H. P. Westermann, 161, 164.

¹⁴³ Vgl. v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 257 f.

¹⁴⁴ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3702; *MüKo-ZPO-Adolphsen*, Art. I UNÜ, Rn. 1; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 220.

auch in der Einredesituation angewandt werden.¹⁴⁵ Andernfalls wäre das Recht, das auf ein und dieselbe Schiedsvereinbarung anzuwenden ist, je nach Verfahrenslage unterschiedlich zu bestimmen, was nicht sachgerecht wäre.¹⁴⁶

Da das UNÜ als völkerrechtlicher Vertrag Vorrang vor dem autonomen deutschen Recht genießt,¹⁴⁷ ist zunächst zu klären, ob das UNÜ auf letztwillige Schiedsverfügungen anwendbar ist. In diesem Fall wäre das Schiedsverfügungsstatut nach Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ zu bestimmen. Gegen die Anwendung des UNÜ durch deutsche Gerichte spricht nicht die nach Art. I Abs. 3 Satz 2 UNÜ mögliche Beschränkung auf Handelssachen, wohl aber, dass das UNÜ nur auf vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren anwendbar ist.

(1) Handelssachenvorbehalt

Nach Art. I Abs. 3 Satz 2 UNÜ kann jeder Vertragsstaat den Vorbehalt erklären, dass er das Übereinkommen nur auf Schiedsverfahren in Handelssachen anwenden werde. Anders als z. B. die USA hat Deutschland diesen Vorbehalt nicht erklärt.¹⁴⁸ Der Verzicht auf den Vorbehalt wirkt im Verhältnis zu allen anderen Vertragsstaaten unabhängig davon, ob jene Vertragsstaaten ihrerseits den Vorbehalt erklärt haben oder nicht.¹⁴⁹ Deutsche Gerichte wenden das UNÜ daher z. B. auch auf einen Schiedsspruch an, der in einer Nicht-Handelssache in den USA ergangen ist, obwohl die US-amerikanischen Gerichte das UNÜ nicht auf einen solchen Schiedsspruch anwenden würden, der in Deutschland ergangen ist. Der Umstand, dass Erbstreitigkeiten keine Handelssachen sind, führt also nicht dazu, dass deutsche Gerichte das UNÜ nicht anzuwenden hätten.¹⁵⁰

¹⁴⁵ M. Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 46; König, SchiedsVZ 2012, 129, 132; Stein/Jonas-Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 68. MüKo-ZPO-Münch, § 1029 ZPO, Rn. 32; Zöllner-Geimer, § 1029 ZPO, Rn. 17a; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 251; für Anwendung des autonomen deutschen Kollisionsrechts in der Einredesituation hingegen BGH, Urt. v. 28.11.1963 – VII ZR 112/62, BGHZ 40, 320, 322 f.; BGH, Urt. v. 8.6.2010 – XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46, 48; BGH, Urt. v. 25.1.2011 – XI ZR 350/08, SchiedsVZ 2011, 157, 159.

¹⁴⁶ Haas, SchiedsVZ 2011, 289, 299; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 251.

¹⁴⁷ M. Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 21 f.; vgl. auch v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 237. Nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO genießt das UNÜ auch Vorrang vor der EuErbVO: Jahnelt/Sykora/Glatthard, b-Arbitra 2015, 41, 64; MüKo-BGB-Dutta, Art. 3 EuErbVO, Rn. 24.

¹⁴⁸ Stein/Jonas-Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 37; MüKo-ZPO-Adolphsen, Art. I UNÜ, Rn. 25.

¹⁴⁹ Stein/Jonas-Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 40; MüKo-ZPO-Adolphsen, Art. I UNÜ, Rn. 26.

¹⁵⁰ v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 222.

(2) Beschränkung des UNÜ auf vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte

Die Anwendung des UNÜ auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren scheidet indes daran, dass das Übereinkommen nur für vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren gilt.¹⁵¹ Die Beschränkung auf vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren folgt aus der Zusammenschau von Art. I Abs. 2, Art. II, Art. IV Abs. 1 lit. b und Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ. Diese Vorschriften handeln nämlich von einem Schiedsgericht, „dem sich die Parteien unterworfen haben“ bzw. von der „Vereinbarung“ der Parteien und sehen keine Ausnahmen für Schiedsverfahren vor, die durch einen Dritten angeordnet wurden.

Auch *Haas* und *von Bary*, die das UNÜ auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren anwenden möchten, bestreiten nicht, dass das Übereinkommen nur für vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren gilt.¹⁵² Sie meinen indes, dass auch aufgrund der letztwilligen Schiedsverfügung eine Vereinbarung der Parteien zu Stande komme, wenn und weil die Parteien das ihnen Zugewendete nicht ausschlagen.¹⁵³ Während diese Argumentation in Bezug auf das deutsche Recht bereits dargestellt und abgelehnt wurde,¹⁵⁴ ist sie in Bezug auf die Anwendung des UNÜ gesondert zu würdigen. Was eine „Vereinbarung“ im Gegensatz zu einer „Verfügung“ ist, mag für einen völkerrechtlichen Vertrag nämlich anders zu bestimmen sein als nach nationalem Recht.

Das betrifft zunächst die Frage, welches Recht darüber bestimmt, ob eine „Vereinbarung“ im Sinne des UNÜ vorliegt. Nach einer Ansicht bestimmt das Schiedsvereinbarungsstatut darüber, ob eine Vereinbarung vorliegt,¹⁵⁵ während nach anderer Ansicht der Begriff der Vereinbarung im Sinne des UNÜ autonom auszulegen ist.¹⁵⁶ Für eine autonome Auslegung spricht nicht nur, dass ein auf Rechtsvereinheitlichung abzielendes Abkommen wie das UNÜ einheitlich – d.h. autonom – ausgelegt werden sollte, sondern auch, dass die Bestimmung nach dem Schiedsvereinbarungsstatut in eine hermeneutische Sackgasse führt. Sofern das UNÜ anwendbar ist, folgt die Kollisionsnorm für das Schiedsvereinbarungsstatut aus dem UNÜ.¹⁵⁷ Ob das UNÜ anwendbar ist, kann sich daher nicht nach dem Schiedsvereinbarungsstatut richten, denn solange man nicht weiß, ob das UNÜ anwendbar ist, kann man

¹⁵¹ *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 382; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3961; *Wolff-Wolff*, Art. II, Rn. 57; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1066 ZPO, Rn. 5a.

¹⁵² *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 9 f.; *ders.*, SchiedsVZ 2011, 289, 291; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 223.

¹⁵³ *Haas*, SchiedsVZ 2011, 289, 292–294; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 225–232.

¹⁵⁴ Hierzu oben Kapitel 3 – B.I.3. (149).

¹⁵⁵ *Wolff-Wolff*, Art. II, Rn. 57.

¹⁵⁶ *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 387; *Haas*, SchiedsVZ 2011, 289, 291; *Wolff-Liebscher*, Prelims, Rn. 76; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 222.

¹⁵⁷ Siehe Nachweise oben in Fn. 145.

nicht wissen, nach welcher Kollisionsnorm das Schiedsvereinbarungsstatut zu bestimmen ist.

Die demnach erforderliche autonome Auslegung des Begriffs „Vereinbarung“ im UNÜ muss mit dem Wortlaut beginnen.¹⁵⁸ Die authentischen englischen, französischen und spanischen Fassungen sprechen von „agreement“, „convention“ und „acuerdo“.¹⁵⁹ Nach Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969¹⁶⁰ sind die Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrags „to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context.“ Der Kontext des UNÜ ist das Schiedsverfahrensrecht. In diesem Kontext verstehen die englische, die US-amerikanische, die französische und die spanische Terminologie unter einer Schiedsvereinbarung einen Vertrag, der durch die aktive Willensäußerung der Parteien geschlossen wird.¹⁶¹ Dieses Verständnis wird durch das UNÜ selbst bestätigt, indem Art. 1 Abs. 2 UNÜ regelt, dass das Übereinkommen auch auf Schiedssprüche eines ständigen Schiedsgerichts anzuwenden ist, dem sich die Parteien unterworfen haben.¹⁶² Die Parteien müssen sich also dem Schiedsgericht unterwerfen und nicht bloß hinnehmen, dem Schiedsgericht unterworfen zu sein.¹⁶³

Für die autonome Auslegung des UNÜ ist ferner die Rechtsvergleichung heranzuziehen:¹⁶⁴ Das Auslegungsergebnis sollte dem Verständnis einer möglichst großen Zahl von nationalen Rechtsordnungen entsprechen. Auch diese Rechtsvergleichung spricht dagegen, für eine Vereinbarung im Sinne des

¹⁵⁸ Wolff-Liebscher, Prelims, Rn. 83; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 223.

¹⁵⁹ Neben der englischen, französischen und spanischen Fassung sind auch die russische und die chinesische authentisch.

¹⁶⁰ Zur Anwendung dieses Übereinkommens bei der Auslegung des UNÜ Wolff-Liebscher, Prelims, 79–77.

¹⁶¹ Vgl. zum englischen „arbitration agreement“ Merkin/Flannery, Arbitration Act 1996, 27; zum US-amerikanischen „arbitration agreement“ Carbonneau, The Law and Practice of United States Arbitration, 11 f.; zur französischen „convention d’arbitrage“ Racine, Droit de l’arbitrage, Rn. 103; zum „acuerdo de arbitraje“, der im spanischen Schiedsrecht als „convenio arbitral“ bezeichnet wird, González-Bueno-Rodríguez Prieto, Art. 9 LA, 164.

¹⁶² Auf Englisch lautet die Passage „to which the parties have submitted“; auf Französisch „auxquels les parties se sont sousmises“; auf Spanisch „a los que las partes se hayan sometido“.

¹⁶³ Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 388.

¹⁶⁴ Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 387; vgl. zur Rechtsvergleichung als Methode der Auslegung supranationalen Rechts Kischel, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 55; zur Rechtsvergleichung im Rahmen der autonomen Auslegung durch den EuGH Michaels, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, 1265, 1269.

UNÜ das Nichtausschlagen der Begünstigten genügen zu lassen: Nur der texanische Supreme Court ist bislang diesen Weg gegangen,¹⁶⁵ während die Gerichte in anderen US-Bundesstaaten einseitige Verfügung nicht als *agreement* anerkannt haben.¹⁶⁶ In weiteren US-Bundesstaaten hat der Gesetzgeber eine Sondervorschrift für Schiedsverfügungen geschaffen, weil er offenbar nicht davon ausging, diese Verfügungen könnten als *agreement* gelten.¹⁶⁷ Dieselbe Position vertreten Deutschland, Österreich und Spanien, wo es Sondervorschriften für Schiedsverfügungen gibt. Diese Vorschriften – § 1066 ZPO, § 581 Abs. 2 öZPO und Art. 10 LA – wären ebenfalls überflüssig, wenn Schiedsverfügungen ohnehin als Schiedsvereinbarungen zu deuten wären. Schließlich gibt es Rechtsordnungen wie die englische und die französische, die Schiedsverfügungen überhaupt nicht anerkennen.¹⁶⁸

Angesichts dieser großen Einigkeit erscheint es unplausibel, dem Begriff der Vereinbarung im UNÜ eine Bedeutung beizulegen, die er in den meisten nationalen Rechtsordnungen nicht hat. Hieran ändert auch die von *Haas* ins Feld geführte Entscheidung des EuGH in der Sache *Powell Duffryn* nichts.¹⁶⁹ In diesem Urteil entschied der EuGH, dass eine Gerichtsstandsklausel in der Satzung einer Aktiengesellschaft als Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 17 EuGVÜ (heute: Art. 25 Brüssel Ia-VO) anzusehen sei.¹⁷⁰ Dies gelte unabhängig davon, ob der Aktionär für oder gegen die Satzungsänderung gestimmt habe, mit der die Gerichtsstandsklausel eingefügt wurde.¹⁷¹

Hierzu ist zunächst zu sagen, dass die Auslegung des EuGVÜ durch den EuGH allenfalls Indizwirkung dafür hat, wie das UNÜ auszulegen ist, das über 150 Staaten weltweit ratifiziert haben und dessen Auslegung nicht in den Aufgabenbereich des EuGH fällt. Zudem ist die Nähe zwischen einer Satzungsklausel und einer Vereinbarung in dreierlei Hinsicht größer als die Nähe zwischen einer letztwilligen Verfügung und einer Vereinbarung: Erstens kommt durch die Beschlussfassung der Hauptversammlung zwar kein Vertrag zu Stande,¹⁷² aber die Abstimmung stellt einen rechtsgeschäftlichen Mechanismus dar, der darauf angelegt ist, auch die Aktionäre zu binden, die mit einer Maßnahme nicht einverstanden sind. An einem solchen Mechanismus fehlt es im Verhältnis zwischen Erblasser und Nachlassbeteiligten: Der Erblasser kann verfügen, aber es gibt keine Abstimmung zwischen Erblasser und

¹⁶⁵ Hierzu oben Kapitel 2 – D.II.2. (86).

¹⁶⁶ Hierzu oben Kapitel 2 – D.I.1. (81).

¹⁶⁷ Hierzu oben Kapitel 2 – D.IV. (100).

¹⁶⁸ Zu Frankreich oben Kapitel 5 – A.V. (261); zu England oben Kapitel 5 – A.VI. (262).

¹⁶⁹ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 10; *ders.*, SchiedsVZ 2011, 289, 292 f.

¹⁷⁰ EuGH, 10.3.1992 – C-214/89, NJW 1992, 1671, 1672 – *Powell Duffryn* (Rn. 17).

¹⁷¹ EuGH, 10.3.1992 – C-214/89, NJW 1992, 1671, 1672 – *Powell Duffryn* (Rn. 18).

¹⁷² Zur Rechtsnatur verbandrechtlicher Beschlüsse *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 436–438 m. w. N.

Nachlassbeteiligten, in der sich die Nachlassbeteiligten je nach Mehrheitsverhältnissen durchsetzen oder unterliegen.

Zweitens galt die Gerichtsstandsklausel, über die der EuGH zu entscheiden hatte, im Verhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionären, nicht im Verhältnis der Aktionäre untereinander.¹⁷³ Eine letztwillige Schiedsverfügung gilt hingegen nicht zwischen Erblasser und Nachlassbeteiligten, sondern nur zwischen den Nachlassbeteiligten. Wenn die letztwillige Schiedsverfügung eine Vereinbarung wäre, wäre sie also eine Vereinbarung, die ausschließlich für und gegen Dritte wirkt. Diese Wirkung entfernt sich weiter von einer Vereinbarung im klassischen Sinn, die im Regelfall *inter partes* wirkt und sich nur im Sonderfall auf Dritte erstreckt.

Drittens sind die Hürden, um die Schiedsbindung „abzuschütteln“¹⁷⁴, bei einer satzungsmäßigen Gerichtsstandsklausel geringer als bei einer letztwilligen Schiedsverfügung. Das Mitglied einer juristischen Person kann seine Mitgliedschaft kündigen oder die Anteile veräußern. Diese Entscheidung mag finanziell nachteilig sein, betrifft aber in der Regel nicht die persönliche Sphäre des Mitglieds.¹⁷⁵ Eine Erbschaft oder ein Vermächtnis auszuschlagen, bedeutet hingegen nicht nur eine finanzielle Einbuße, sondern kann innerfamiliär als Zurückweisung der verwandtschaftlichen Nähebeziehung gedeutet werden.¹⁷⁶ Die Entscheidung, Aktien zu veräußern, wird daher meist in größerer Freiheit getroffen als die Entscheidung, eine Erbschaft auszuschlagen.

bb) Bestimmung nach den Kollisionsnormen der EuErbVO

Da das UNÜ also auf letztwillig verfügte Schiedsverfahren nicht anwendbar ist, kann das Schiedsverfügungsstatut nicht nach Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ bestimmt werden. Deshalb rückt die EuErbVO in den Fokus, die als Unionsrecht ebenfalls dem nationalen Recht vorgeht, soweit sie anwendbar ist.

(1) Anwendbarkeit der EuErbVO auf letztwillige Schiedsverfügungen

Die zentrale Frage ist, ob die Kollisionsnormen der EuErbVO anwendbar sind, wenn es darum geht, das Schiedsverfügungsstatut zu bestimmen. Gegen die Anwendung der Kollisionsnormen der EuErbVO wird zum Teil eingewandt, dass es sich bei letztwilligen Schiedsverfügungen um *prozessuale* Verfügungen handele, während die EuErbVO das anwendbare *materielle*

¹⁷³ EuGH, 10.3.1992 – C-214/89, NJW 1992, 1671, 1671 – *Powell Duffryn*.

¹⁷⁴ *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 4; *ders.*, ZEV 2007, 49, 50; *ders.*, SchiedsVZ 2011, 289, 293.

¹⁷⁵ Daher zu Recht gegen die Zulässigkeit einer statutarischen Schiedsklausel, wenn der Kläger auf die Mitgliedschaft in dem Verein zwingend angewiesen ist, BGH, Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 149 f. – *Körbuch*.

¹⁷⁶ Vgl. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 45 f.

Recht bestimme.¹⁷⁷ In der EuErbVO ist diese Beschränkung auf materielle Verfügungen indes nicht angelegt: Anders als die Rom I-VO, deren Art. 1 lit. e Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt, kennt die EuErbVO keine entsprechende Bereichsausnahme.¹⁷⁸

Wichtiger als das Fehlen einer schiedsrechtlichen Bereichsausnahme in der EuErbVO ist, dass die Trennung von Prozessrecht und materiellem Recht nicht nach Art der Begriffsjurisprudenz dazu führen darf, den Geltungsgrund der letztwilligen Schiedsverfügung aus den Augen zu verlieren. Die prozessualen Wirkungen der letztwilligen Schiedsverfügung sind nur aufgrund des erbrechtlichen Erwerbvorgangs zu erklären, d.h. aufgrund des Umstands, dass der Erblasser den Nachlassbeteiligten Vermögen zuwendet. Die „Funktionsweise“ letztwilliger Schiedsverfügungen, konstatiert *von Bary* zu Recht, basiert „auf erbrechtlichen Mechanismen“.¹⁷⁹

Letztwillige Schiedsverfügungen sind deshalb erbrechtlich zu qualifizieren und das auf sie anwendbare Recht nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen.¹⁸⁰ In diese Richtung weist auch Art. 23 EuErbVO. Nach Art. 23 Abs. 1 EuErbVO unterliegt dem Erbstatut die *gesamte* Rechtsnachfolge von Todes wegen.¹⁸¹ Abs. 2 konkretisiert dies durch Beispiele: Nach Art. 23 Abs. 2 lit. b EuErbVO regelt das Erbstatut insbesondere die „Pflichten“, die der Erblasser den Berechtigten auferlegen kann. Hierunter werden zwar zumeist materiellrechtliche Pflichten nach Art der deutschen Auflage verstanden,¹⁸² doch die gebotene autonome Auslegung der Verordnung schließt nicht aus, hierunter alle Einschränkungen zu fassen, die mit der Zuwendung verbunden sind,¹⁸³ wie z.B. letztwillige Schiedsverfügungen.

Dafür, das Schiedsverfügungsstatut nach der EuErbVO zu bestimmen, spricht schließlich der Regelungsbereich des Schiedsverfügungsstatuts: In Anlehnung an das Schiedsvereinbarungsstatut herrscht das Schiedsverfü-

¹⁷⁷ *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 398; *Lübcke*, GPR 2015, 111, 116; *Schauer*, in: Czerlich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.22.

¹⁷⁸ Vgl. *Dutta/Weber-J.P. Schmidt*, Art. 1 EuErbVO, Rn. 148; *v. Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 206; *MüKo-FamFG-Rauscher*, Art. 1 EuErbVO, Rn. 34.

¹⁷⁹ *v. Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 239.

¹⁸⁰ Vgl. *Beckmann*, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 405–407, der statutarische Schiedsklauseln zu Recht dem Gesellschaftsstatut unterwerfen will, weil die maßgeblichen „Bindungsmechanismen“ dieser Schiedsklauseln aus dem Gesellschaftsrecht stammen.

¹⁸¹ Hervorhebung des Verf.

¹⁸² *Dutta/Weber-J.P. Schmidt*, Art. 23 EuErbVO, Rn. 33; *MüKo-BGB-Dutta*, Art. 23 EuErbVO, Rn. 15.

¹⁸³ Vgl. *Rauscher-Hertel*, Art. 23 EuErbVO, 18; *Bonomi/Wautelet-Bonomi*, Art. 23 EuErbVO, Rn. 28.

gungsstatut über Zustandekommen, Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsverfügung. Über das Zustandekommen, die Wirksamkeit und die Reichweite letztwilliger Verfügungen gibt in der Regel das Erbrecht Auskunft. Die sach nächsten Kollisionsnormen, um das anwendbare Recht zu bestimmen, sind daher die erbrechtlichen Kollisionsnormen der EuErbVO.

(2) Bestimmung nach Erbstatut und Errichtungsstatut

Akzeptiert man, dass letztwillige Schiedsverfügungen auf erbrechtlichen Mechanismen beruhen und dass das Schiedsverfügungsstatut daher nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen ist, stellt sich die Anschlussfrage, ob hierfür die Vorschriften zur Bestimmung des Erbstatuts (Art. 21–23 EuErbVO) oder die Vorschriften zur Bestimmung des Errichtungsstatuts (Art. 24–26 EuErbVO) gelten. Als Erbstatut beruft Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seines Todes hatte. Nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO kann stattdessen ausnahmsweise das Recht eines anderen Staates zur Anwendung kommen, wenn der Erblasser offensichtlich engere Verbindungen zu diesem Staat hatte.¹⁸⁴ Eine Rechtswahl ist dem Erblasser nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO nur zugunsten seines Heimatrechts erlaubt.

Als Errichtungsstatut berufen Art. 24 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 EuErbVO hingegen grundsätzlich das Recht, das als Erbstatut berufen wäre, wenn der Erblasser in dem Moment, in dem er die letztwillige Verfügung getroffen hat, verstorben wäre. Nach Art. 24 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 3 EuErbVO ist allerdings auch für das Errichtungsstatut eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts möglich.

Je nachdem, ob das Schiedsverfügungsstatut parallel zum Erbstatut oder parallel zum Errichtungsstatut zu bestimmen ist, kann es zu divergierenden Ergebnissen kommen: Wenn beispielsweise eine Person zu einer Zeit, zu der sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, eine letztwillige Schiedsverfügung in ihr Testament aufnimmt, dann aber mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich verstirbt, ist die Schiedsverfügung wirksam, wenn das Errichtungsstatut, also deutsches Recht, zur Anwendung kommt. Regiert hingegen das französische Recht als Erbstatut über die Schiedsverfügung, ist diese unwirksam, weil das französische Recht keine letztwilligen Schiedsverfügungen kennt.

Es kommt also darauf an, wie die Regelungsbereiche von Erbstatut und Errichtungsstatut voneinander abzugrenzen sind: Legt man die zwei Kataloge nebeneinander, die in Art. 23 Abs. 2 EuErbVO die Reichweite des Erbstatuts

¹⁸⁴ Zu den Voraussetzungen, unter denen eine „offensichtlich engere Verbindung“ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 EuErbVO vorliegt, Dutta/Weber-Bauer, Art. 21 EuErbVO, Rn. 10–12; Junker, Internationales Privatrecht, § 20 Rn. 24 f.

und in Art. 26 Abs. 1 EuErbVO diejenige des Errichtungsstatuts beschreiben, bietet sich folgende Abgrenzung an: Das Errichtungsstatut bestimmt, in welcher äußeren Form letztwillig verfügt werden kann (Testament, gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag, etc.) und welche Einschränkungen hierbei gelten (Testierfähigkeit, Testierverbote, etc.).¹⁸⁵ Das Erbstatut bestimmt hingegen darüber, welche letztwilligen Verfügungen inhaltlich möglich sind, also ob z.B. ein *testamentary trust* errichtet werden oder ein Vindikationslegat ausgesetzt werden kann.¹⁸⁶ *Jan Peter Schmidt* spricht daher von der „äußeren Wirksamkeit“, die dem Errichtungsstatut unterliegt, und der „inneren Wirksamkeit“, die dem Erbstatut unterliegt.¹⁸⁷ Diese Terminologie wird hier übernommen.

Übertragen auf letztwillige Schiedsverfügungen folgt hieraus, dass das Schiedsverfügungsstatut nicht nur nach Art. 21 f. EuErbVO oder nur nach Art. 24 f. EuErbVO zu bestimmen ist. Stattdessen ist zu differenzieren: Die äußere Wirksamkeit der Schiedsverfügung – also z.B. Willensmängel, Sitten- und Gesetzeswidrigkeit – unterliegen dem nach Art. 24 f. zu bestimmenden Errichtungsstatut. Über die innere Wirksamkeit – also darüber, ob überhaupt durch letztwillige Verfügung ein Schiedsverfahren angeordnet werden kann und wie weit die Bindungswirkung der Schiedsverfügung reicht – regiert das nach Art. 21 f. EuErbVO zu bestimmende Erbstatut.¹⁸⁸

Folglich gibt es bei letztwilligen Schiedsverfügungen nicht ein einheitliches Schiedsverfügungsstatut, sondern ein nach Art. 24 f. EuErbVO zu bestimmendes Schiedsverfügungserrichtungsstatut und ein nach Art. 21 f. EuErbVO zu bestimmendes Schiedsverfügungsstatut im engeren Sinne. Diese Aufspaltung ist bei letztwilligen Schiedsverfügungen – wie bei allen anderen letztwilligen Verfügungen – nötig, weil zwischen dem Errichten der Verfügung und dem Eintritt des Erbfalls viel Zeit vergehen kann, in der sich der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers und damit die zentrale Anknüpfung zur Bestimmung des Erbstatuts ändern kann.¹⁸⁹ Das Schiedsverfügungserrichtungsstatut sorgt insofern für Rechtssicherheit, als die Schiedsverfügung nicht dadurch unwirksam werden kann, dass der Erblasser in einen Staat umzieht, dessen Recht höhere Anforderungen an die äußere Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen stellt.

Keinen Bestandsschutz gibt es hingegen in der Frage, ob letztwillige Schiedsverfügungen überhaupt wirksam sind. Eine letztwillige Schiedsverfü-

¹⁸⁵ Rauscher-Hertel, Art. 24 EuErbVO, Rn. 9; Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 23 EuErbVO, Rn. 29; Palandt-Thorn, Art. 26 EuErbVO, Rn. 1.

¹⁸⁶ Döbereiner, MittBayNot 2013, 358, 365; Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 23 EuErbVO, Rn. 31 Palandt-Thorn, Art. 23 EuErbVO, Rn. 2; a.A. Rauscher-Hertel, Art. 24 EuErbVO, Rn. 10; Bonomi/Wautelet-Bonomi, Art. 24 EuErbVO, Rn. 7.

¹⁸⁷ Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 23 EuErbVO, Rn. 29 f.

¹⁸⁸ So im Ergebnis auch v. Bary, ZEV 2019, 317, 322.

¹⁸⁹ Vgl. ErWG 48 EuErbVO; Rauscher-Hertel, Art. 24 EuErbVO, Rn. 2.

gung wird daher unwirksam, wenn der Testator seinen gewöhnlichen Aufenthalt z. B. von Deutschland nach Frankreich verlegt. Sie kann allenfalls in eine nach französischem Recht zulässige Verfügung umgedeutet werden, die der Schiedsverfügung möglichst nahekommt.¹⁹⁰ Hierbei handelt es sich indes nicht um eine Besonderheit, die nur letztwillige Schiedsverfügungen betrifft. Gleichermaßen wird beispielsweise ein Vindikationslegat als solches unwirksam, wenn der Erblasser von Polen nach Deutschland umzieht. Abhilfe kann nur eine Rechtswahl schaffen, soweit sie in Art. 22 EuErbVO zugelassen ist.

(3) *Eingeschränkte Rechtswahl als Konsequenz*

Damit ist die wichtigste praktische Konsequenz angesprochen, die daraus folgt, das Schiedsverfügungsstatut nach der EuErbVO zu bestimmen: Eine Rechtswahl ist nach Art. 22 Abs. 2, 24 Abs. 2 und 25 Abs. 3 EuErbVO nur zugunsten des Heimatrechts des Erblassers möglich. Dies steht in starkem Kontrast zum Schiedsvereinbarungsstatut, das die Parteien frei wählen können.¹⁹¹ Die überwiegende Literaturmeinung betont deshalb den prozessualen Charakter der letztwilligen Schiedsverfügung, um eine freie Rechtswahl zu ermöglichen.¹⁹²

Allerdings ist die freie Wahl des Schiedsvereinbarungsstatuts nicht zugelassen, weil es sich bei der Schiedsvereinbarung um eine prozessuale Vereinbarung handelt. Der Grund für die freie Rechtswahl liegt vielmehr darin, dass es sich bei der Schiedsvereinbarung um einen Vertrag handelt und das auf Verträge anwendbare Recht grundsätzlich frei wählbar ist – siehe nur Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO. Die letztwillige Schiedsverfügung ist hingegen eine letztwillige Verfügung und für letztwillige Verfügungen ist die freie Rechtswahl grundsätzlich nicht zugelassen. Mit der Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht hat das Ganze also sehr viel weniger zu tun als mit der Unterscheidung zwischen vertraglicher Vereinbarung und letztwilliger Verfügung.

cc) Besonderheiten bei Schiedsverfügungen in Trusts

Nach der soeben entwickelten Lösung ist das Recht, das über die Wirksamkeit einer letztwilligen Schiedsverfügung herrscht, nach den Vorschriften der EuErbVO zu bestimmen, und zwar nach den Vorschriften zur Bestimmung

¹⁹⁰ Hierzu Dutta/Weber-*J.P. Schmidt*, Art. 23 EuErbVO, Rn. 35; MüKo-BGB-Dutta, Art. 23 EuErbVO, Rn. 14.

¹⁹¹ *Gottwald/Nagel*, Internationales Zivilprozessrecht, § 18 Rn. 64; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3786; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1331.

¹⁹² *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 398; *Lübcke*, GPR 2015, 111, 116; *Schauer*, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.22; a.A. MüKo-ZPO-Münch, § 1066 ZPO, Rn. 5a.

des Erbstatuts und denjenigen zur Bestimmung des Errichtungsstatuts. Was aber gilt, wenn ein deutsches Gericht mit einer Schiedsverfügung konfrontiert wird, die nicht in einem Testament, sondern in der Errichtungsurkunde eines Trusts enthalten ist?

(1) *Testamentary trusts*

Nach Art. 1 Abs. 2 lit. j soll die EuErbVO nicht auf die Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Trusts anzuwenden sein. ErwG 13 EuErbVO schränkt das wieder ein, denn dort heißt es, Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO solle nicht als „genereller Ausschluss von Trusts“ verstanden werden.¹⁹³ Vielmehr soll das nach der EuErbVO zu bestimmende Erbstatut darüber herrschen, wie Vermögen auf einen testamentarisch errichteten Trust übergeht. Daraus wird gefolgert, dass die Errichtung eines *testamentary trust* als letztwillige Verfügung den Kollisionsnormen der EuErbVO unterliegt.¹⁹⁴

Es fragt sich daher, ob eine Schiedsverfügung, die in der Errichtungsurkunde eines *testamentary trust* enthalten ist, in den Anwendungsbereich der EuErbVO fällt. Sofern dies der Fall ist, wäre das Schiedsverfügungsstatut auch bei solchen Schiedsverfügungen nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen. Zunächst ist festzuhalten, dass ein *testamentary trust* durch eine Verfügung von Todes wegen errichtet wird. Insofern sind jedenfalls die Vorschriften zur Bestimmung des Errichtungsstatuts in Art. 24 f. EuErbVO anwendbar. Das so bestimmte Errichtungsstatut regiert über die äußere Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, durch die der Trust geschaffen wird.¹⁹⁵

Weniger klar ist die Rolle, die das nach Art. 21 f. EuErbVO zu bestimmende Erbstatut zu spielen hat. In ErwG 13 EuErbVO heißt es, dass bei einem *testamentary trust* der „Übergang der Vermögenswerte und die Bestimmung der Berechtigten“ dem Erbstatut unterliegen. Das legt eine Lesart nahe, nach der die EuErbVO nur insofern auf *testamentary trusts* anwendbar ist, wie es zur Wahrung der Nachlassseinheit erforderlich ist. Bei den in ErwG 13 genannten Punkten ist das der Fall, denn innerhalb eines Nachlasses soll dasselbe Recht, das über das Schicksal des „trustfreien“ Vermögens bestimmt, zugleich darüber herrschen, ob und wem Vermögen *in trust* zugewendet wurde. Ansonsten kann es zu einer Nachlassspaltung zwischen dem Vermögen des *tes-*

¹⁹³ Berechtigte Kritik an dieser Regelungstechnik bei Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 106.

¹⁹⁴ Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 105; Bonomi/Wautelet-Bonomi, Art. 1 EuErbVO, Rn. 85 MüKo-BGB-Dutta, Art. 1 EuErbVO, Rn. 40; für eine Einbeziehung von *testamentary trusts* in Bezug auf den Entwurf der EuErbVO Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 74 (2010), 522, 557–559.

¹⁹⁵ Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 114; Bonomi/Wautelet-Bonomi, Art. 1 EuErbVO, Rn. 85.

tamentary trust und dem trustfreien Vermögen kommen. Eine solche Nachlassspaltung sucht die EuErbVO jedoch nach Möglichkeit zu verhindern.¹⁹⁶

Die Schiedsverfügung gestaltet allerdings die Rechtsposition der *beneficiaries* und des Trustee aus und betrifft deren Innenverhältnis. Für die Bestimmung des auf dieses Innenverhältnis anzuwendenden Rechts gelten die Kollisionsnormen der EuErbVO nicht.¹⁹⁷ Das Innenverhältnis der Trustbeteiligten kann nämlich durch ein anderes Recht als das Erbstatut regiert werden, ohne dass hierdurch die Nachlassseinheit gestört wird. Das nach der EuErbVO zu bestimmende Erbstatut gibt also keine Auskunft darüber, ob ein Schiedsverfahren zwischen den Beteiligten eines *testamentary trust* angeordnet werden kann.

Folgt man dem oben genannten Grundsatz, dass die innere Wirksamkeit letztwilliger Schiedsverfügungen dem Erbstatut unterliegt, weil sie auf erbrechtlichen Mechanismen beruht, müssen Schiedsverfügungen in Trusts stattdessen dem Truststatut unterliegen, weil sie auf trustrechtlichen Mechanismen beruhen. Allerdings gilt das Haager Trustrechtsübereinkommen von 1985 in Deutschland nicht und das autonome Kollisionsrecht verfügt über keine eigenen Vorschriften zur Bestimmung des Truststatuts.¹⁹⁸ Entsprechend umstritten ist die Frage, nach welcher Kollisionsnorm das Truststatut zu bestimmen ist.¹⁹⁹

Eine sachgerechte Lückenfüllung sollte davon ausgehen, dass der Trust eine Kreatur des Common Law ist, und sich daher an der kollisionsrechtlichen Behandlung in den Herkunftsländern des Trusts orientieren.²⁰⁰ In England, wo das Haager Trustrechtsübereinkommen gilt, untersteht ein Trust primär dem vom *settlor* gewählten Recht. Hat der *settlor* keine Rechtswahl getroffen, untersteht der Trust nach Art. 7 des Übereinkommens dem Recht, zu dem der Trust die engste Beziehung aufweist.²⁰¹ In den USA untersteht der Trust ebenfalls in erster Linie dem vom *settlor* gewählten Recht, im Übrigen dem Recht des Staates, in dem der Trust verwaltet wird.²⁰²

Eine gesonderte Rechtswahl für die Schiedsverfügung – also z. B. „dieser Trust untersteht dem Recht Floridas mit Ausnahme der Schiedsverfügung, die dem Recht der Bahamas untersteht“ – scheinen weder das englische noch das

¹⁹⁶ Vgl. ErwG 37 EuErbVO; Dutta, FamRZ 2013, 4, 9; Dutta/Weber-Weber, Einl, Rn. 38.

¹⁹⁷ Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 122.

¹⁹⁸ Wilhelm, IPRax 2012, 392, 393; Staudinger-Dörner, Art. 25 EGBGB, Rn. 426; Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 113.

¹⁹⁹ Überblick über den Streitstand z. B. bei Dörner, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Le trust en droit international privé, 73, 74–85; Leithold, FamRZ 2015, 709, 711–713.

²⁰⁰ Vgl. Fischer-Dieskau, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Living und Testamentary Trusts, 17 f.; Wittuhn, Das internationale Privatrecht des trust, 25 f.

²⁰¹ Zum Ganzen Harris, The Hague Trusts Convention, 166–232; Corbett, in: Collins/Kempster/McMillan u. a., International Trust Disputes, Rn. 1.05–1.08.

²⁰² Hay/Borchers/Symeonides u. a., Conflict of Laws, § 21.6.

US-amerikanische Recht zu kennen. Eine solche Aufspaltung zwischen Schiedsverfügungsstatut und Truststatut würde zu Abgrenzungsproblemen führen: Die Frage, ob den *beneficiaries* eine Schiedsbindung auferlegt werden kann, lässt sich ebenso als Frage danach verstehen, wie die Begünstigung der *beneficiaries* ausgestaltet ist. Über Natur und Ausgestaltung ihrer Begünstigung soll aber das Truststatut herrschen. In diese Richtung weisen zumindest die Vorschriften über einseitige Schiedsverfügungen, die in fünf US-Bundesstaaten erlassen wurden: Alle fünf Vorschriften finden sich im Gesetzesabschnitt über das Trustrecht, nicht in demjenigen über das Schiedsverfahrensrecht.²⁰³ Das deutet darauf hin, dass diese Vorschriften Anwendung finden sollen, wenn der Trust insgesamt dem Recht Floridas, Arizonas, New Hampshires, Missouriis oder South Dakotas untersteht.

Auch die deutschen Gerichte sollten daher das Truststatut dazu befragen, ob eine einseitige Schiedsverfügung zulässig ist und wie weit sie reicht.²⁰⁴ Das Truststatut bestimmt sich primär nach dem vom *settlor* gewählten Recht.²⁰⁵ Hat der *settlor* keine Rechtswahl getroffen, ist das Recht maßgeblich, zu dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist. Das ist in der Regel das Recht des Staates, in dem der Trust verwaltet wird.²⁰⁶

Wenn die deutschen Gerichte damit anerkennen, dass der Erblasser das Truststatut seines *testamentary trust* frei wählen kann, geht damit keine ungerechtfertigte Besserstellung im Vergleich zu einem Erblasser einher, der keinen *testamentary trust* errichtet und das Erbstatut nur in den Grenzen von Art. 22 Abs. 1 EuErbVO wählen darf.²⁰⁷ Denn die Frage, ob ein Trust überhaupt durch letztwillige Verfügung errichtet werden kann, untersteht stets dem – wiederum nur in den Grenzen von Art. 22 Abs. 1 EuErbVO wählbaren – Erbstatut. Nur wenn das Erbstatut die Errichtung eines *testamentary trust* zulässt, kann der Erblasser bestimmen, welches Recht auf den *errichteten* Trust anzuwenden ist.

²⁰³ Hierzu oben Kapitel 2 – D.IV.1. (101).

²⁰⁴ Für umfassende Geltung des Erbstatuts bei *testamentary trusts* hingegen Dörner, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, *Le trust en droit international privé*, 73, 81 (unter Geltung von Art. 25 EGBGB); ähnlich Frank/Leithold, ZEV 2014, 462, 468, die für analoge Anwendung der EuErbVO plädieren.

²⁰⁵ Eine solche Rechtswahl hält Czermak, *Der express trust im internationalen Privatrecht*, 115 f. angesichts des geltenden Kollisionsrechts für unzulässig. Da das deutsche Kollisionsrecht keine auf Trusts anwendbare Vorschrift beinhaltet, ist nicht einzusehen, warum eine solche Lückenfüllung unzulässig sein soll.

²⁰⁶ Vgl. für *inter vivos*-Trusts Dörner, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, *Le trust en droit international privé*, 73, 79.

²⁰⁷ Eine solche Besserstellung befürchten Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RebelsZ* 74 (2010), 522, 558 und Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 116, wenn eine freie Rechtswahl für die *Errichtung* des Trusts zugelassen wäre.

(2) *Inter vivos-Trusts*

Auf einen *inter vivos*-Trust finden die Kollisionsnormen der EuErbVO auch dann keine Anwendung, wenn der *inter vivos*-Trust funktional als *will substitute* dient.²⁰⁸ Entsprechend ist das Schiedsverfügungsstatut, dem eine Schiedsverfügung in einem *inter vivos*-Trust unterliegt, nicht nach den Vorschriften der EuErbVO zu bestimmen.

Stattdessen bemessen sich Wirksamkeit und Reichweite einer solchen Schiedsverfügung nach dem Truststatut, das nach denselben Kriterien wie bei einem *testamentary trust* zu bestimmen ist. Das entspricht der US-amerikanischen Vorstellung, nach der sich *testamentary trust* und *inter vivos*-Trust im Wesentlichen nur durch den Errichtungsakt unterscheiden.²⁰⁹ Ist der Trust einmal errichtet – sei es durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen – gelten dieselben Vorschriften. Diese Einheit des Trustrechts sollte das deutsche Kollisionsrecht nachvollziehen.²¹⁰

3. *Gesondert anzuknüpfende Teilfragen*

Bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren werden drei Aspekte der Wirksamkeit aus dem Schiedsverfügungsstatut herausgenommen und gesondert angeknüpft, nämlich die objektive Schiedsfähigkeit, die subjektive Schiedsfähigkeit und die Form der Schiedsvereinbarung. Auch in Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen sind diese drei Fragen gesondert anzuknüpfen.

a) *Objektive Schiedsfähigkeit*

Die objektive Schiedsfähigkeit bestimmt darüber, ob ein bestimmter Streitgegenstand durch ein privates Schiedsgericht entschieden werden kann oder ob den staatlichen Gerichten das Entscheidungsmonopol zusteht.²¹¹ Auch bei der kollisionsrechtlichen Behandlung darf die objektive Schiedsfähigkeit nicht mit der Schiedsbindung verwechselt werden.²¹² Ein Anspruch kann zwar objektiv schiedsfähig, aber nicht schiedsgebunden sein, weil er nicht der Schiedsvereinbarung oder Schiedsverfügung unterfällt. Umgekehrt kann ein

²⁰⁸ Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 1 EuErbVO, Rn. 108; ähnlich unter Geltung des EGBGB Staudinger-Dörner, Art. 25 EGBGB, Rn. 432.

²⁰⁹ Fischer-Dieskau, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Living und Testamentary Trusts, 87; Wittuhn, Das internationale Privatrecht des trust, 81 f.; vgl. auch Czermak, Der express trust im internationalen Privatrecht, 263–270.

²¹⁰ Fischer-Dieskau, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Living und Testamentary Trusts, 87; a.A. Dörner, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Le trust en droit international privé, 73, 80; Staudinger-ders., Art. 25 EGBGB, Rn. 432.

²¹¹ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 278; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1324; Zöller-Geimer, § 1030 ZPO, Rn. 1.

²¹² v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 236.

objektiv schiedsunfähiger Anspruch allerdings nie schiedsgebunden sein, weil die fehlende Schiedsfähigkeit die Entscheidung durch ein Schiedsgericht generell ausschließt.

In der Vertragsschiedsgerichtsbarkeit regelt Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ, dass sich die objektive Schiedsfähigkeit nach der *lex fori* bestimmt, wenn es um die Anerkennung und Vollstreckung eines ergangenen Schiedsspruchs geht. Da es keinen Grund gibt, das Schiedsfähigkeitsstatut in der Einredesituation anders zu bestimmen als in der Anerkennungs- und Vollstreckungssituation, plädiert die überwiegende Meinung dafür, zur objektiven Schiedsfähigkeit stets die *lex fori* zu befragen.²¹³ Ein deutsches Gericht bestimmt die objektive Schiedsfähigkeit also stets nach § 1030 ZPO.

Letztwillige Schiedsverfügungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des UNÜ.²¹⁴ Dennoch bietet es sich an, die objektive Schiedsfähigkeit auch bei letztwillig angeordneten Schiedsverfahren der *lex fori* zu unterstellen.²¹⁵ An der objektiven Schiedsfähigkeit fehlt es nämlich, wenn an einem Streitgegenstand ein derartiges öffentliches Interesse besteht, dass die Entscheidung den staatlichen Gerichten vorbehalten bleiben soll. Aus Sicht der deutschen Gerichte sind dabei nur deutsche öffentliche Interessen maßgeblich. Zum Schutz von ausländischen öffentlichen Interessen, die nicht zugleich deutsche öffentliche Interessen darstellen oder sich mit diesen decken, sind die deutschen Gerichte nicht berufen.²¹⁶ Die deutschen Gerichte beurteilen die objektive Schiedsfähigkeit also stets nach deutschem Recht, unabhängig davon, ob die Schiedsverfügung in einem Testament oder einem Trust enthalten ist und unabhängig davon, ob sich die Frage in der Einredesituation oder in der Anerkennungs- und Vollstreckungssituation stellt.

b) Subjektive Schiedsfähigkeit

Subjektive Schiedsfähigkeit ist die Fähigkeit, wirksam eine Schiedsvereinbarung zu schließen. Ob sich die subjektive Schiedsfähigkeit nach den Regeln

²¹³ M. Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 227 f.; Mankowski, ZEV 2014, 395, 396 f.; MüKo-ZPO-Münch, § 1030 ZPO, Rn. 23; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1327; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 237–239; a.A. (für Kumulation von *lex fori* und Schiedsvereinbarungsstatut) z.B. Wolff-Wolff, Art. II, Rn. 158–163; Musielak/Voit-Voit, § 1030 ZPO, Rn. 10.

²¹⁴ Hierzu oben Kapitel 5 – B.I.2.b)aa) (271).

²¹⁵ Mankowski, ZEV 2014, 395, 396 f.; vgl. auch § 1059 Abs. 2 Nr.2 lit. a ZPO, der für die prinzipale Aufhebung des Schiedsspruchs auf die objektive Schiedsfähigkeit nach deutschem Recht abstellt. Da sich § 1059 ZPO nur an die deutschen Gerichte wendet, ist hierin eine Entscheidung für die *lex fori* zu sehen.

²¹⁶ Zutreffender Vergleich zwischen objektiver Schiedsfähigkeit und *ordre public* daher z.B. bei v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 238.

über die Geschäftsfähigkeit oder über die Prozessfähigkeit bemisst, ist in Deutschland umstritten.²¹⁷ Für die kollisionsrechtliche Behandlung ist dieser Streit indes irrelevant, weil im Ergebnis weitgehend Einigkeit besteht, dass die subjektive Schiedsfähigkeit natürlicher Personen gem. Art. 7 EGBGB dem Personalstatut untersteht.²¹⁸

Letztwillige Schiedsverfügungen unterscheiden sich in zweierlei Hinsicht von vertraglichen Schiedsvereinbarungen. Erstens gibt es keine Parteien, die eine Schiedsvereinbarung schließen und dann zugleich Parteien des Schiedsverfahrens sind. Es gibt nur den Erblasser, der niemals Partei des Schiedsverfahrens ist. Die subjektive Schiedsfähigkeit bezieht sich auf den Erblasser und fragt danach, ob er die Reife und Geistesverfassung besaß, um wirksam ein Schiedsverfahren anzuordnen. Welche Folgen es hingegen hat, wenn Nachlassbeteiligte, die sich später im Schiedsverfahren gegenüberstehen, nicht voll geschäftsfähig sind, bemisst sich nach dem Schiedsverfahrensstatut, das sich nach dem Schiedsort richtet.²¹⁹

Zweitens handelt es sich bei der letztwilligen Schiedsverfügung – wie der Name sagt – um eine letztwillige Verfügung. Die subjektive Schiedsfähigkeit fällt daher mit der Testierfähigkeit zusammen. Bei einem Sachverhalt mit Auslandsberührung unterliegt die subjektive Schiedsfähigkeit deshalb nicht dem nach Art. 7 EGBGB zu bestimmenden Recht, sondern dem nach Art. 24 f. EuErbVO zu bestimmenden Errichtungsstatut, denn Art. 26 Abs. 1 EuErbVO ordnet explizit an, dass die Testierfähigkeit dem Errichtungsstatut unterfällt.²²⁰ Ob der Erblasser die persönlichen Voraussetzungen besaß, ein Schiedsverfahren anzuordnen, bestimmt daher nicht sein Heimatrecht, sondern das Recht des Staates, in dem er bei Errichtung der Verfügung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Alternativ kann der Erblasser nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO und Art. 25 Abs. 3 EuErbVO sein Heimatrecht als Errichtungsstatut wählen und so im Ergebnis einen Gleichlauf zur Art. 7 EGBGB herstellen.²²¹

Bei Trusts ist zu differenzieren: Die Errichtung eines *testamentary trust* erfolgt durch letztwillige Verfügung, sodass auch eine Schiedsverfügung, die sich in den Trustbedingungen findet, eine letztwillige Verfügung ist. Die

²¹⁷ Für Geschäftsfähigkeit z. B. *Wagner*, Prozeßverträge, 284; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 286; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 18; für Prozessfähigkeit z. B. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3815a; *BeckOK ZPO-Wolf/Eslami*, § 1029 ZPO, Rn. 7.

²¹⁸ *K.H. Schwab/G. Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 44 Rn. 18; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3815a; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1328; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1029 ZPO, Rn. 42.

²¹⁹ Zur Bestimmung des Schiedsorts unten Kapitel 5 – B.II.1. (288).

²²⁰ *Haas*, ZEV 2007, 49, 54; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 261 f.; a. A. *Jahnel/Sykora/Glatthard*, b-Arbitra 2015, 41, 59.

²²¹ Ob die Rechtswahl wirksam ist, bemisst sich nach dem gewählten Recht: *Rauscher-Hertel*, Art. 24 EuErbVO, Rn. 19; *BeckOGK-J. Schmidt*, Art. 24 EuErbVO, Rn. 20.

subjektive Schiedsfähigkeit des Erblassers, der als *settlor* fungiert, bemisst sich daher nach dem durch Art. 24 f. EuErbVO bezeichneten Errichtungsstatut. Bei *inter vivos*-Trusts bemisst sich die subjektive Schiedsfähigkeit hingegen gem. Art. 7 EGBGB nach dem Heimatrecht des *settlor*.

c) Form der Schiedsverfügung

Auch hinsichtlich der Form von Schiedsverfügungen in Testamenten und *testamentary trusts* spielt der Umstand eine maßgebliche Rolle, dass es sich um letztwillige Verfügungen handelt. Daher sind nicht die Formvorschriften, die für vertragliche Schiedsvereinbarungen gelten, sondern die Formvorschriften für Testamente und Erbverträge auf diese Verfügungen anzuwenden. Dementsprechend ist das Formstatut nach den Kollisionsnormen zu bestimmen, die allgemein zur Bestimmung des auf letztwillige Verfügungen anwendbaren Formstatuts gelten.²²²

Diese Kollisionsnormen finden sich für Einzeltestamente und gemeinschaftliche Testamente im Haager Testamentsformübereinkommen von 1961 (HTestÜ), das der EuErbVO nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO vorgeht.²²³ Für Erbverträge gilt Art. 27 EuErbVO. Der „weite Blütenstrauß“²²⁴ alternativer Anknüpfungen, der sich sowohl in Art. 1 Abs. 1 HTestÜ als auch in Art. 27 Abs. 1 EuErbVO findet, sorgt im Sinne des *favor testamenti* dafür, möglichst ein Recht zu berufen, nach dem die letztwillige Verfügung formwirksam ist.²²⁵ Besondere Bedeutung hat dabei die nach Art. 1 lit. 1 HTestÜ und Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO zugelassene Ortsform.²²⁶

Fraglich ist hingegen, welches Recht über die Formwirksamkeit einer Schiedsverfügungen in einem *inter vivos*-Trust herrscht. Hier kann die Behandlung von statutarischen Schiedsklauseln Hinweise geben. Statutarische Schiedsklauseln sollen bei rein innerdeutschen Sachverhalten völlig aus dem Anwendungsbereich der Formvorschrift des § 1031 ZPO ausgenommen sein und stattdessen den gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften unterliegen.²²⁷

²²² Bandel, NotBZ 2005, 381, 383; ders., SchiedsVZ 2017, 72, 74; im Ergebnis ebenso v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 265 f.

²²³ Dutta/Weber-Siß, Art. 27 EuErbVO, Rn. 11; Junker, Internationales Privatrecht, § 20 Rn. 46.

²²⁴ Dutta/Weber-Siß, Art. 27 EuErbVO, Rn. 18.

²²⁵ Dutta/Weber-Siß, Art. 27 EuErbVO, Rn. 1; Bonomi/Wautelet-Bonomi, Art. 27 EuErbVO, Rn. 19; Junker, Internationales Privatrecht, § 48 Rn. 47.

²²⁶ Dutta/Weber-Siß, Art. 27 EuErbVO, Rn. 30; Rauscher-Hertel, Art. 27 EuErbVO, Rn. 14.

²²⁷ RG, Urt. v. 5.2.1937 – VII 168/36, RGZ 153, 267, 269 f.; BGH, Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 148 – *Körbuch* (jew. zu § 1027 ZPO a.F.); Haas, SchiedsVZ 2007, 1, 3; Stein/Jonas-Schlosser, § 1066 ZPO, Rn. 20; MüKo-ZPO-Münch, § 1031 ZPO, Rn. 16; Musielak/Voit-Voit, § 1031 ZPO, Rn. 2; a.A. Beckmann, Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext, 241 f.

Freilich sind *inter vivos*-Trusts, die zur Vermögensweitergabe eingesetzt werden, keine Gesellschaften, weil sie nicht mitgliedschaftlich organisiert sind. Daher bestimmt sich das Truststatut im Allgemeinen nicht nach denselben Vorschriften wie das Gesellschaftsstatut.²²⁸ Dennoch lässt sich die Parallele ziehen, dass Schiedsverfügungen in *inter vivos*-Trusts ebenso wie statutarische Schiedsklauseln nicht den Formanforderungen, die das Schiedsverfahrensrecht für Schiedsvereinbarungen aufstellt, unterfallen. Stattdessen ist bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Art. 11 Abs. 1 EGBGB anzuwenden.²²⁹ Die Schiedsverfügung ist demnach formgültig, wenn sie nach dem Truststatut gültig ist (Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB) oder wenn sie der Ortsform entspricht (Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB).

II. Anerkennungs- und Vollstreckungsperspektive

Das zweite Feld neben der zuvor behandelten Einredesituation, auf dem letztwillige Schiedsverfügungen und staatliche Gerichte interagieren, ist die Anerkennung und Vollstreckung eines ergangenen Schiedsspruchs.

1. Vorfrage: inländischer oder ausländischer Schiedsort

Das deutsche Schiedsverfahrensrecht differenziert an etlichen Stellen danach, ob der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland oder im Ausland liegt. Ein Schiedsort in Deutschland ist gem. § 1025 Abs. 1 ZPO Voraussetzung dafür, dass die meisten Vorschriften des deutschen Schiedsverfahrensrechts anwendbar sind. Auch die Regeln zur Anerkennung und Vollstreckung divergieren: Ein inländischer Schiedsspruch ist nach § 1055 ZPO solange anzuerkennen, bis er nach § 1059 ZPO aufgehoben wurde; seine Vollstreckung richtet sich nach § 1060 ZPO. Ein ausländischer Schiedsspruch kann hingegen in Deutschland nicht aufgehoben werden, aber die deutschen Gerichte können seine Anerkennung und Vollstreckung unter den in § 1061 ZPO genannten Voraussetzungen verweigern.

Wenn ein deutsches Gericht mit einem Schiedsspruch konfrontiert wird, hat es deshalb zunächst zu prüfen, ob es sich um einen inländischen oder einen ausländischen Schiedsspruch handelt. Der dafür maßgebliche Ort des Schiedsverfahrens (der zuweilen auch als Sitz des Schiedsgerichts bezeichnet wird, obwohl die ZPO diesen Begriff nicht verwendet²³⁰) darf nicht verwechselt werden mit dem Ort, an dem das Schiedsverfahren faktisch durchgeführt

²²⁸ Dörner, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, *Le trust en droit international privé*, 73, 77 f.

²²⁹ v. Bary, *Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht*, 266.

²³⁰ Gegen die Verwendung dieses Begriffs daher MüKo-ZPO-Münch, § 1043 ZPO, Rn. 4.

wird. Das Schiedsgericht kann nach § 1043 Abs. 2 ZPO an jedem geeigneten Ort im In- und Ausland verhandeln und beraten, doch für die Qualifikation als inländischer oder ausländischer Schiedsspruch ist allein der in § 1043 Abs. 1 ZPO angesprochene *rechtliche* Schiedsort maßgeblich.²³¹

a) *Bestimmung des Schiedsortes durch den Erblasser*

Nach § 1043 Abs. 1 Satz 1 ZPO können die Parteien des Schiedsverfahrens eine Vereinbarung über den Schiedsort treffen. Bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren bestimmen die Parteien also durch Ausübung ihrer Privatautonomie, welche „Nationalität“ ihr Schiedsverfahren haben soll. Es fragt sich daher, ob auch hier die Schiedsverfügung an die Stelle der Schiedsvereinbarung tritt und der Erblasser den Schiedsort einseitig bestimmen kann.

aa) *Keine Einschränkung durch die Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO*

Gegen eine Bestimmungsbefugnis des Erblassers könnte sprechen, dass der Erblasser nach der EuErbVO keine Anordnungen darüber treffen kann, welche staatlichen Gerichte im Streitfall zuständig sein sollen. Vielmehr lässt Art. 5 EuErbVO nur eine Gerichtsstandsvereinbarung der Nachlassbeteiligten zu, die zudem nur zugunsten der Gerichte des Mitgliedstaats erfolgen kann, dessen Recht der Erblasser nach Art. 22 EuErbVO gewählt hat. Überträgt man dieses Regelungsmodell auf die Bestimmung des Schiedsort, wäre dem Erblasser jede Anordnung verwehrt. Stattdessen müsste der Schiedsort stets in dem Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers liegen.

Direkt lassen sich Art. 4–19 EuErbVO nicht auf Schiedsgerichte anwenden, da die Vorschriften von den Gerichten „des Mitgliedstaats“ sprechen und daher staatliche Gerichte meinen.²³² Auch eine analoge Anwendung scheidet, weil es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt: Der durch die Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO erstrebte Gleichlauf von *forum* und *ius* hat in Erbsachen vor allem Berechtigung bei Verfahren mit Fürsorgecharakter wie z. B. dem deutschen Erbscheinsverfahren.²³³ Die deutschen Vorschriften über den möglichen Inhalt eines Erbscheins sind darauf ausgelegt, dass der Erbfall deutschem Recht unterliegt. Müssten die Nachlassgerichte hingegen z. B. einen Erbschein nach englischem Recht erteilen, stünden sie vor der schwierigen Frage, ob der *personal representative* als Erbe einzutragen ist.²³⁴

²³¹ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 15 Rn. 39; MüKo-ZPO-Münch, § 1043 ZPO, Rn. 12; Zöllner-Geimer, § 1043 ZPO, Rn. 1; gegen die Zulassung eines rein fiktiven Schiedsorts allerdings Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 403 f.

²³² Vgl. aber dazu, ob Schiedsgerichte unter die Legaldefinition von „Gericht“ in Art. 3 Abs. 2 EuErbVO gefasst werden könnten, MüKo-BGB-Dutta, Art. 3 EuErbVO, Rn. 24.

²³³ v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 268.

²³⁴ Hierzu z. B. MüKo-FamFG-Grziwotz, § 352c FamFG, Rn. 36.

Schiedsgerichte können hingegen von vorne herein keine Aufgaben aus dem Bereich der Rechtsfürsorge übernehmen.²³⁵ Hinzu kommt, dass es bei Schiedsverfahren keine zu unterstellende Expertise der Schiedsrichter gibt, die an den Schiedsort anknüpft.²³⁶ Während sich ein staatlicher Richter in der Regel im eigenen Erbrecht am besten auskennt, ist die Expertise des Schiedsrichters unabhängig von Schiedsort: Ein deutscher Anwalt kann ebenso Schiedsrichter in einem Verfahren mit Schiedsort Paris sein wie eine französische Anwältin Schiedsrichterin in einem Verfahren mit Schiedsort Frankfurt. Die Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO stehen daher einer Bestimmung des Schiedsorts durch den Erblasser nicht entgegen.²³⁷

bb) Bestimmungsbefugnis des Erblassers nach deutschem Recht

Fraglich ist allerdings, ob der Erblasser nach deutschem Recht die Befugnis hat, durch letztwillige Verfügung nicht nur ein Schiedsverfahren anzuordnen, sondern zugleich den Ort dieses Verfahrens zu bestimmen. Für eine solche Befugnis scheint zunächst § 1066 ZPO zu sprechen: Die dort angeordnete entsprechende Geltung des zehnten Buchs der ZPO müsste dazu führen, dass im Rahmen von § 1043 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Anordnung des Erblassers an die Stelle der Vereinbarung der Schiedsparteien tritt. Die Krux ist aber: § 1066 ZPO ist laut § 1025 Abs. 1 ZPO nur anzuwenden, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt. Eine wörtliche Lesart der drei Vorschriften würde also dazu führen, dass der Erblasser nur dann den Schiedsort wählen kann, wenn dieser in Deutschland liegt.

Dieses Ergebnis, wonach die Wahl des Schiedsorts möglich ist, wenn sie auf Deutschland fällt, ist offensichtlich unsinnig. Das Problem entsteht daraus, dass § 1025 Abs. 1 ZPO und § 1066 ZPO nicht aufeinander abgestimmt sind:²³⁸ § 1025 Abs. 1 ZPO wurde direkt aus dem UNCITRAL-Modellgesetz übernommen,²³⁹ das keine Vorschriften über letztwillig verfügte Schiedsverfahren enthält. Der deutsche Gesetzgeber behielt § 1048 ZPO a.F. als § 1066 ZPO bei, ohne sich Gedanken über die Koordination mit § 1025 Abs. 1 ZPO zu machen.²⁴⁰

²³⁵ Hierzu aus Sicht des deutschen Rechts oben Kapitel 4 – C.II.3.b)aa) (199) (Erb-schein) und Kapitel 4 – C.VI.4.b) (235) (Entlassung des Testamentsvollstreckers).

²³⁶ Zur Expertise als Argument für den Gleichlauf von *forum* und *ius* bei staatlichen Gerichten v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 25 f.

²³⁷ *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 398 f.; *Jahnel/Sykora/Glatthard*, b-Arbitra 2015, 41, 60; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 268 f.; *MüKo-BGB-Dutta*, Art. 3 EuErbVO, Rn. 24.

²³⁸ v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 245 f.

²³⁹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 30 f.; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1025 ZPO, Rn. 1.

Eine sinnvolle Koordination muss davon ausgehen, dass § 1066 ZPO die Grundaussage des deutschen Gesetzgebers enthält, dass ein Schiedsverfahren durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann. Nun ist zu fragen, ob es einen Grund gibt, diese Zulassung so einzuschränken, dass sie nur für Schiedsverfahren gilt, die in Deutschland stattfinden. Ein Grund hierfür wäre der Schutz der Nachlassbeteiligten, insbesondere der Pflichtteilsberechtigten: Der Erblasser soll den Pflichtteil nicht durch die Wahl des Schiedsorts aushöhlen können. Dieser Schutz wird jedoch bereits dadurch gewährleistet, dass das Schiedsverfügungsstatut akzessorisch zum Erbstatut und zum Errichtungsstatut nach EuErbVO zu bestimmen ist.²⁴¹ Ein Erblasser, der nach deutschem Recht beerbt wird, kann daher die Pflichtteilsberechtigten aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts auch dann nicht der Schiedsbindung unterwerfen, wenn er anordnet, dass das Schiedsverfahren in einem Staat ohne Pflichtteilsrecht für Abkömmlinge stattfinden soll.

Es besteht also kein Schutzbedürfnis dafür, die Testierfreiheit so einzuschränken, dass der Erblasser ein Schiedsverfahren nur anordnen kann, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt.²⁴² Stattdessen erstreckt sich die Befugnis, letztwillig ein Schiedsverfahren anzuordnen, auch darauf, den Schiedsort zu bestimmen.²⁴³ Falls der Erblasser diese Befugnis missbraucht, indem er einen Schiedsort wählt, der völlig ungeeignet ist oder offensichtlich nur der Schikane dient, kann die Wahl allerdings unbeachtlich sein.²⁴⁴

b) *Bestimmung des Schiedsorts durch die Parteien*

Hat der Erblasser keinen Schiedsort bestimmt, können die Parteien diese Lücke füllen, indem sie einvernehmlich einen Schiedsort bestimmen.²⁴⁵ Im Bereich der vertraglich vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit ist zudem anerkannt, dass die Parteien die Wahl des Schiedsorts zumindest so lange ändern

²⁴⁰ Vgl. Regierungsbegründung zu § 1066 ZPO, BT-Drucks. 13/5274, 66, die nichts zu grenzüberschreitenden Sachverhalten enthält.

²⁴¹ Hierzu oben Kapitel 5 – B.I.2.b)bb) (276); im Ergebnis ebenso v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 269.

²⁴² v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 269 f.

²⁴³ Zöller-Geimer, § 1043 ZPO, Rn. 6; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 269–271; aus österreichischer Sicht *Schauer*, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht, Rn. 26.22; dazu, dass die Wahl eines ausländischen Schiedsorts indes nicht ratsam ist, *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren, 178 f.

²⁴⁴ Vgl. *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 399; Zöller-Geimer, § 1025 ZPO, Rn. 7.

²⁴⁵ Beispielsweise OLG München, Beschl. v. 13.10.2017 – 34 SchH 8/17, FamRZ 2018, 533, 533: Erblasser hatten keinen Schiedsort bestimmt, Parteien haben sich auf Hof als Schiedsort geeinigt.

können, bis Schiedsrichter bestellt wurden.²⁴⁶ Dieselbe Befugnis haben die Parteien eines letztwilligen Schiedsverfahrens, und zwar selbst dann, wenn der Erblasser einen Schiedsort festgelegt hat. Hat der Erblasser z.B. verfügt, dass der Ort des Schiedsverfahrens Amsterdam sein soll, können sich die Parteien stattdessen auf Berlin als Schiedsort einigen. Ergeht dann ein Schiedsspruch, handelt es sich aus Sicht der deutschen Gerichte um einen inländischen, nicht um einen ausländischen Schiedsspruch.

Diese Möglichkeit der Parteien, von der Bestimmung des Erblassers abzuweichen, folgt aus dem Grundprinzip, dass sich die Privatautonomie der Lebenden gegen die Privatautonomie von Todes wegen durchsetzt: Ebenso, wie die Parteien eine letztwillige Schiedsverfügung einvernehmlich aufheben können,²⁴⁷ können sie den Schiedsort ändern. Da das deutsche Schiedsverfahrensrecht die Bestimmung des Schiedsortes und damit die Voraussetzung der eigenen Anwendbarkeit selbst regelt, haben die Parteien diese Befugnis aus Sicht des deutschen Rechts unabhängig davon, welches Recht als Schiedsverfügnisstatut berufen ist.

c) *Bestimmung des Schiedsorts durch das Schiedsgericht*

Hat der Erblasser keinen Schiedsort bestimmt und können sich die Parteien auf keinen Schiedsort einigen, hat das Schiedsgericht den Ort zu bestimmen und dabei die Umstände des Falles zu berücksichtigen (§ 1043 Abs. 1 Sätze 2 und 3 ZPO). Hierbei hat das Schiedsgericht Ermessen, doch es dürfte in der Regel keine zulässige Entscheidung sein, den Schiedsort bei einem reinen Binnensachverhalt ins Ausland zu legen.²⁴⁸ Eine ermessensfehlerhafte Festlegung des Schiedsorts führt allerdings erst dann dazu, dass der Schiedsspruch aufzuheben bzw. nicht anzuerkennen ist, wenn die Schwelle zum Missbrauch überschritten ist.²⁴⁹

2. *Zuständigkeit des angegangenen Gerichts*

Wie in der Einredeperspektive hat sich das angegangene staatliche Gericht auch in der Anerkennungs- und Vollstreckungsperspektive zu fragen, ob es zuständig ist. Dabei unterscheiden sich die Parameter, je nachdem, ob es um die Anerkennung oder die Vollstreckung eines ergangenen Schiedsspruchs geht.

²⁴⁶ Danach ist eine Änderung nur noch mit Zustimmung der Schiedsrichter möglich: Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 398; MüKo-ZPO-Münch, § 1043 ZPO, Rn. 11.

²⁴⁷ Hierzu oben Kapitel 1 – B.II.2. (51).

²⁴⁸ Musielak/Voit-Voit, § 1043 ZPO, Rn. 3.

²⁴⁹ BeckOK ZPO-Wilske/Markert, § 1043 ZPO, Rn. 4; Zöller-Geimer, § 1043 ZPO, Rn. 3.

a) *Anerkennung*

Sowohl inländische als auch ausländische Schiedssprüche werden in Deutschland anerkannt, ohne dass sie ein gesondertes Anerkennungsverfahren durchlaufen müssen.²⁵⁰ Bei inländischen Schiedssprüchen folgt dies aus der Gleichstellung mit einem rechtskräftigen Urteil nach § 1055 ZPO, bei ausländischen Schiedssprüchen aus § 1061 Abs. 1 und den Vorschriften des UNÜ. Die Anerkennung erfolgt also inzident, sodass sich in Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit keine Besonderheiten ergeben: Das angegangene Gericht prüft zunächst, ob es international, örtlich und sachlich zuständig ist. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen oder die Zuständigkeit durch rügelose Einlassung begründet wurde,²⁵¹ befasst sich das staatliche Gericht mit dem Schiedsspruch und prüft, ob er anerkennungsfähig und somit im Verfahren zu berücksichtigen ist.

b) *Vollstreckung*

Soll ein Schiedsspruch nicht nur anerkannt, sondern für vollstreckbar erklärt werden, ist ein gesondertes gerichtliches Verfahren erforderlich, das sog. Exequaturverfahren. Welches staatliche Gericht hierfür zuständig ist, folgt aus § 1062 ZPO: Sachlich sind die Oberlandesgerichte zuständig, während sich die örtliche Zuständigkeit gem. § 1062 Abs. 1 Alt. 1 ZPO primär nach der Vereinbarung der Parteien und gem. § 1062 Abs. 1 Alt. 2 ZPO sekundär nach dem Schiedsort bemisst. Die Zuständigkeit für die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs regelt § 1062 Abs. 2 ZPO.

Wenn es sich um einen inländischen Schiedsspruch handelt und der Sachverhalt keine grenzüberschreitenden Bezüge aufweist, bereitet die Bestimmung des zuständigen Exequaturgerichts keine Probleme. Die durch § 1066 ZPO angeordnete entsprechende Geltung von § 1062 Abs. 1 ZPO führt dazu, dass der Erblasser ein Exequaturgericht durch letztwillige Verfügung bestimmen kann, und zwar unabhängig vom Schiedsort.²⁵² Der Erblasser kann z.B. anordnen, dass der Schiedsort in München liegen, das Exequatur aber durch das Kammergericht erteilt werden soll. Hat der Erblasser keine Anordnung über die Zuständigkeit getroffen, ist das Oberlandesgericht zuständig, in dessen Bezirk der Schiedsort liegt.

Komplizierter ist die Rechtslage, wenn es um die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs geht oder wenn der Sachverhalt andere

²⁵⁰ Für inländische Schiedssprüche MüKo-ZPO-Münch, § 1060 ZPO, Rn. 1; für ausländische Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1443; Musielak/Voit-Voit, § 1061 ZPO, Rn. 1.

²⁵¹ Vgl. aber zur stark beschränkten Möglichkeit einer Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung nach EuErbVO Dutta/Weber-Lein, Art. 9 EuErbVO, Rn. 1.

²⁵² Zöller-Geimer, § 1062 ZPO, Rn. 2.

grenzüberschreitende Bezüge aufweist. § 1062 Abs. 1 und 2 ZPO regeln nicht nur die sachliche und örtliche, sondern auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte.²⁵³ Somit stellt sich bei letztwillig verfügten Schiedsverfahren die Frage, in welchem Verhältnis § 1062 ZPO zu den Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO steht. Auch hier macht sich das Fehlen einer Bereichsausnahme für die Schiedsgerichtsbarkeit in der EuErbVO bemerkbar. Diese Bereichsausnahme wird nämlich in den Verordnungen, in denen sie vorhanden ist – allen voran in Art. 1 Abs. 2 lit. d Brüssel Ia-VO – weit verstanden, sodass die im Schiedsverfahrensrecht geregelten Zuständigkeiten der staatlichen Gerichte durch jene EU-Verordnungen unberührt bleiben.²⁵⁴

Trotz des Fehlens einer Bereichsausnahme bleiben die in § 1062 ZPO geregelten Zuständigkeiten auch durch die EuErbVO unberührt. Das folgt daraus, dass die EuErbVO nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Satz 1 „auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen“ anzuwenden ist. Die Vorschriften zur Zuständigkeit (insbesondere Art. 4 EuErbVO) präzisieren, dass die Verordnung die Zuständigkeit für „Entscheidungen in Erbsachen“ regelt.²⁵⁵ Die in § 1062 ZPO geregelten Zuständigkeiten gelten hingegen nicht für „Entscheidungen in Erbsachen“, sondern für Entscheidungen, in denen es um schiedsverfahrensrechtliche Fragen geht. Die Zuständigkeiten nach § 1062 ZPO sind – mit anderen Worten – unabhängig davon, welchem Rechtsgebiet der im Schiedsverfahren zu entscheidende Rechtsstreit entstammt.²⁵⁶

3. Anwendbares Anerkennungs- und Vollstreckungsregime

Davon, ob der Schiedsort im In- oder im Ausland liegt, hängt ferner ab, nach welchem Regime sich die Anerkennung und Vollstreckung eines ergangenen Schiedsspruchs richtet.

a) Inländische Schiedssprüche

Die ZPO spricht selbst nicht von der Anerkennung eines inländischen Schiedsspruchs, ordnet diese aber der Sache nach an, indem § 1055 ZPO den Schiedsspruch einem rechtskräftigen Urteil im Verhältnis der Schiedsparteien gleichstellt. Will eine Partei den Eintritt der Rechtskraftwirkung verhindern, muss sie einen (nach § 1059 Abs. 3 ZPO fristgebundenen) Aufhebungsantrag stellen, wobei die Aufhebungsgründe in § 1059 Abs. 2 ZPO normiert sind. Die durch

²⁵³ Vgl. Stein/Jonas-Schlosser, § 1062 ZPO, Rn. 4; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1470.

²⁵⁴ Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1302; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 209; MüKo-ZPO-Gottwald, Art. 1 Brüssel Ia-VO, Rn. 30.

²⁵⁵ Dutta/Weber-Lein, Vor Art. 4 EuErbVO, Rn. 29.

²⁵⁶ v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 211.

§ 1066 ZPO angeordnete entsprechende Geltung führt dazu, dass da, wo in § 1059 Abs. 2 ZPO von der Schiedsvereinbarung oder der Vereinbarung der Parteien die Rede ist, auf die letztwillige Verfügung abzustellen ist.

Die Vollstreckbarerklärung eines inländischen Schiedsspruchs richtet sich nach § 1060 ZPO. Sie kann aus denselben Gründen verweigert werden, aus denen der Schiedsspruch aufgehoben werden kann. Liegt ein Aufhebungsgrund vor, verweigert das Gericht nicht nur das Exequatur, sondern hebt den Schiedsspruch gem. § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO zugleich auf.

b) *Ausländische Schiedssprüche*

Die ZPO enthält keine eigenen Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, sondern verweist in § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf das UNÜ. Diese Regelungstechnik, für die sich der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Schiedsrechtsreform 1998 entschieden hat, verursacht in Bezug auf letztwillige Schiedsverfügungen gewisse Schwierigkeiten: Das UNÜ ist nämlich von sich aus nur auf vertraglich vereinbarte, nicht aber auf letztwillig oder einseitig verfügte Schiedsverfahren anwendbar.²⁵⁷ Es fragt sich daher, welchem Regime die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs folgt, wenn der Schiedsspruch auf einer Schiedsverfügung beruht.

§ 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist allerdings nicht als bloßer Hinweis auf das UNÜ zu verstehen, sondern erfüllt zwei Funktionen: Soweit die Anwendungsvoraussetzungen, die das UNÜ selbst aufstellt, erfüllt sind, ist § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO deklaratorisch.²⁵⁸ Soweit das UNÜ nicht von sich aus anwendbar ist – wie bei letztwilligen Schiedsverfügungen – bewirkt § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Geltung der UNÜ-Vorschriften als autonomes deutsches Recht.²⁵⁹ Dies folgt aus der Gesetzgebungsgeschichte: Als § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO am 1. Januar 1998 in Kraft trat, hatte Deutschland noch den Vertragsstaatenvorbehalt nach Art. I Abs. 3 Satz 1 UNÜ erklärt.²⁶⁰ Das bedeutete, dass das UNÜ aus sich heraus für deutsche Gerichte nur anwendbar war, wenn der Schiedsspruch aus einem Staat stammte, der ebenfalls Vertragsstaat des UNÜ war. Der deutsche Gesetzgeber wollte aber durch die Schaffung von § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen aus Nicht-Vertragsstaaten nicht ausschließen, sondern unterstellte diese kraft autonomen Rechts dem Anerkennungs- und Vollstreckungsregime des UNÜ.²⁶¹

²⁵⁷ Hierzu oben Kapitel 5 – B.I.2.b)aa) (271).

²⁵⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 61; MüKo-ZPO-Münch, § 1061 ZPO, Rn. 6.

²⁵⁹ MüKo-ZPO-Münch, § 1061 ZPO, Rn. 16.

²⁶⁰ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 61.

Diese gesetzgeberische Entscheidung, die Vorschriften des UNÜ unabhängig davon zur Anwendung zu bringen, ob das UNÜ aus sich heraus anwendbar ist, gilt auch für letztwillig verfügte Schiedsverfahren. Ist ein Schiedsspruch aufgrund einer einseitigen oder letztwilligen Schiedsverfügung im Ausland ergangenen, richten sich Anerkennung und Vollstreckung nach den UNÜ-Vorschriften, die kraft § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO als autonomes deutsches Recht gelten.²⁶² Die in § 1066 ZPO angeordnete entsprechende Geltung führt dazu, dass es bei den Vorschriften des UNÜ, in denen von der „Vereinbarung“ der Parteien die Rede ist, stattdessen auf die Schiedsverfügung ankommt.²⁶³

4. Prüfung des Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht

Die deutschen Gerichte überprüfen einen ergangenen Schiedsspruch nicht auf sachliche Richtigkeit (Verbot der *révision au fond*),²⁶⁴ sondern nur in dem durch § 1059 Abs. 2 ZPO bzw. Art. V UNÜ vorgegebenen Umfang, wobei § 1059 Abs. 2 ZPO für inländische und Art. V UNÜ für ausländische Schiedssprüche gilt. Da § 1059 Abs. 2 ZPO die Versagungsgründe aus Art. V UNÜ übernimmt,²⁶⁵ wird im Folgenden nicht zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen differenziert. Zudem konzentriert sich die Darstellung auf die Besonderheiten, die sich ergeben, wenn der Schiedsspruch auf einer Schiedsverfügung beruht und der Sachverhalt grenzüberschreitende Bezüge aufweist.

a) Unwirksamkeit der Schiedsverfügung

Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO bzw. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ prüft das deutsche Gericht, ob die Parteien fähig waren, eine Schiedsvereinbarung zu schließen und ob die Schiedsvereinbarung wirksam war. Angesprochen sind damit das Statut der subjektiven Schiedsfähigkeit, das Schiedsverfügungssta-

²⁶¹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 61 f.; MüKo-ZPO-Münch, § 1061 ZPO, Rn. 6. In Bezug auf vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren hat sich das Problem inzwischen erledigt, weil Deutschland den Vertragsstaatenvorbehalt mit Wirkung zum 31.8.1998 zurückgenommen hat: BGBl. 1999 II, 7.

²⁶² Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3961; Zöller-ders., § 1066 ZPO, Rn. 27; MüKo-ZPO-Münch, § 1061 ZPO, Rn. 16; MüKo-ZPO-ders., § 1066 ZPO, Rn. 5a; a.A. (für Anwendbarkeit des UNÜ aus sich heraus) Haas, SchiedsVZ 2007, 1, 9 f.; ders., SchiedsVZ 2011, 289, 291–294; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-ders., § 1066 ZPO, Rn. 71 f.; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 220–232.

²⁶³ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 3961; Zöller-ders., § 1066 ZPO, Rn. 27.

²⁶⁴ Statt aller Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2147.

²⁶⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/5274, 58; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 24 Rn. 3; MüKo-ZPO-Münch, § 1059 ZPO, Rn. 3.

tut und das Formstatut. Insofern gilt in der Anerkennungs- und Vollstreckungsperspektive nichts anderes als in der Einredeperspektive: Im Rahmen der subjektiven Schiedsfähigkeit kommt es auf den Erblasser bzw. den *settlor* an, nicht auf die Parteien des Schiedsverfahrens. Bei letztwilligen Schiedsverfügungen (inklusive solchen, die sich in den Bedingungen eines *testamentary trusts* finden) entspricht die subjektive Schiedsfähigkeit der Testierfähigkeit und unterliegt deshalb gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuErbVO dem Errichtungsstatut, das nach Art. 24 f. EuErbVO zu bestimmen ist. Geht es um eine Schiedsverfügung in einem *inter vivos*-Trust, unterliegt die subjektive Schiedsfähigkeit gem. Art. 7 EGBGB dem Personalstatut.

Darüber, ob die Schiedsverfügung formwirksam getroffen wurde, regiert bei letztwilligen Schiedsverfügungen das nach Art. 27 EuErbVO und bei Schiedsverfügungen in *inter vivos*-Trusts das nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB berufene Recht. Von der subjektiven Schiedsfähigkeit und der Form abgesehen bemisst sich die Gültigkeit der Schiedsverfügung nach dem Schiedsverfügungsstatut. Dieses ist nach hier entwickelter Lösung akzessorisch zum Erbstatut und zum Errichtungsstatut anzuknüpfen, wobei das Erbstatut über die „innere“ und das Errichtungsstatut über die „äußere“ Wirksamkeit der Verfügung herrscht.²⁶⁶

Beide Aspekte prüft das Gericht im Rahmen von § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO und Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ: Um die äußere Wirksamkeit geht es z. B., wenn eine Partei geltend macht, der Erblasser habe irrtümlich ein Schiedsverfahren angeordnet und eigentlich ein Mediationsverfahren gewollt. Über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines solchen Willensmangels gibt das Errichtungsstatut Auskunft. Um die innere Wirksamkeit geht es hingegen, wenn ein Schiedsverfahren überhaupt nicht durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann. Man denke z. B. an einen Erbfall, in dem französisches Recht als Erbstatut berufen ist. Das französische Recht kennt keine letztwilligen Schiedsverfügungen, sodass es an einer wirksamen Schiedsverfügung fehlt.²⁶⁷

b) *Fehlende Schiedsbindung*

Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO und Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ kann eine Partei den Schiedsspruch mit der Behauptung angreifen, dass der Streitgegenstand nicht schiedsgebunden gewesen sei. Unter diesem Gesichtspunkt hat sich das deutsche Gericht mit der Reichweite der letztwillig verfügten Schiedsbindung zu befassen, über die das Schiedsverfügungsstatut regiert. Dieses bestimmt sich bei letztwilligen Schiedsverfügungen nach den Kollisi-

²⁶⁶ Begriffe von Dutta/Weber-J.P. Schmidt, Art. 23 EuErbVO, Rn. 29 f.; hierzu oben Kapitel 5 – B.I.2.b)bb)(2) (278).

²⁶⁷ A.A. v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 246–249, die dies als Frage der Reichweite der Schiedsbindung (Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ) auffasst.

onsnormen der EuErbVO, die für die Bestimmung des Erbstatuts gelten. Ist demnach z.B. deutsches Recht als Erbstatut und als Schiedsverfügungsstatut berufen, hat das Gericht einem Schiedsspruch die Vollstreckung zu versagen, wenn dieser über den Pflichtteilsanspruch entscheidet, denn der Pflichtteilsanspruch ist nicht schiedsgebunden.

Bei Schiedsverfügungen in Trusts unterliegt die Reichweite der Schiedsbindung hingegen dem Truststatut. Ist also z.B. das Recht Floridas als Truststatut berufen, ist ein Schiedsspruch nicht anzuerkennen, der über die Gültigkeit des Trusts entscheidet, denn Fla. Stat. § 731.401 lässt Schiedsverfahren nur in Bezug auf „disputes, other than disputes of the validity“ zu.

c) *Fehlende objektive Schiedsfähigkeit*

Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO und Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ hat das Gericht ferner zu prüfen, ob der Streitgegenstand objektiv schiedsfähig ist. Dies bemisst sich in der Anerkennungs- und Vollstreckungssituation ebenso wie in der Einredesituation ausschließlich nach deutschem Recht.²⁶⁸

d) *Verstoß gegen den deutschen ordre public*

Schließlich darf die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs nicht gegen den *ordre public* verstoßen, wobei allein der deutsche *ordre public* maßgeblich ist.²⁶⁹ Ein Verstoß kommt in Betracht, wenn der Schiedsspruch auf eine Art und Weise ergangen ist, die den Grundsätzen eines fairen Verfahrens widerspricht (sog. verfahrensrechtlicher *ordre public*).²⁷⁰ Im Wesentlichen gelten hier bei letztwillig verfügbaren Schiedsverfahren dieselben Anforderungen wie bei vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren.²⁷¹ Ein erbrechtliches Spezifikum ergibt sich, wenn ein Testamentsvollstrecker beteiligt ist: Ein Testamentsvollstrecker kann zwar zugleich Schiedsrichter sein, aber niemals in eigener Sache über die ihn betreffenden Rechte und Pflichten urteilen. Andernfalls liegt ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* vor.²⁷²

²⁶⁸ Hierzu oben Kapitel 5 – B.I.3.a) (284).

²⁶⁹ *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2300; MüKo-ZPO-Münch, § 1059 ZPO, Rn. 41; MüKo-ZPO-Adolphsen, Art. V UNÜ, Rn. 70.

²⁷⁰ BGH, Urt. v. 7.1.1971 – VII ZR 160/69, BGHZ 55, 162, 175 („schwerwiegende Mängel des Schiedsverfahrens oder des Schiedsspruchs“); BGH, Beschl. v. 8.9.2007 – III ZB 95/06, SchiedsVZ 2008, 40, 42 („fundamentale Prozessregeln“); *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2305; MüKo-ZPO-Münch, § 1059 ZPO, Rn. 44.

²⁷¹ Zu möglichen Verstößen gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* siehe *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2306–2318; MüKo-ZPO-Münch, § 1059 ZPO, Rn. 45. Zur Beteiligung der Parteien an der Schiedsrichterauswahl v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 299 f.

²⁷² BGH, Beschl. v. 28.3.2012 – III ZB 63/10, BGHZ 193, 38, 40 (Rn. 6); *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2310; dazu, dass eine letztwillige Schiedsver-

Ein Verstoß gegen den materiellrechtlichen *ordre public* ergibt sich, wenn die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs inhaltlich zu einem Ergebnis führt, das mit fundamentalen Wertungen des deutschen Rechts nicht in Einklang zu bringen ist.²⁷³ Zwei Aspekte sorgen hierbei im Erbrecht regelmäßig für Diskussion.²⁷⁴ Der erste Aspekt ist eine Diskriminierung im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge, insbesondere eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.²⁷⁵ Die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs, der beispielsweise unter Anwendung islamisch geprägter Rechtsvorschriften den weiblichen Abkömmlingen des Erblassers einen geringeren gesetzlichen Erbteil zuspricht als den männlichen, verstößt in der Regel gegen den deutschen *ordre public*.²⁷⁶

Der zweite Aspekt betrifft die in Deutschland durch das Pflichtteilsrecht ausgestaltete Mindestbeteiligung naher Angehöriger. Freilich untersteht die Frage, ob Pflichtteilsansprüche schiedsgebunden sind, nach hier entwickelter Lösung dem Erbstatut. Kommt deutsches Recht als Erbstatut zur Anwendung, wäre ein Schiedsspruch, der über Pflichtteilsansprüche ergangen ist, daher bereits nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO aufzuheben bzw. nach Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ nicht anzuerkennen. Was aber gilt, wenn ein US-amerikanischer Erblasser mit letztem Domizil in Florida verstorben ist und das von ihm eingesetzte Schiedsgericht die Klage seines in Deutschland lebenden Sohnes auf angemessene Mindestbeteiligung abgewiesen hat?

Die Anerkennung und Vollstreckung eines solchen Schiedsspruchs kann sich an den Lösungen orientieren, die zum *ordre public*-Vorbehalt beim anwendbaren Recht (Art. 35 EuErbVO) und bei der Anerkennung staatsgerichtlicher Urteile (Art. 40 lit. a EuErbVO bzw. § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) entwickelt wurden.²⁷⁷ Hierbei kommt es zunächst auf den Grad des Inlandsbezugs an. Daher liegt beispielsweise ein Verstoß vor, wenn der totale Ausschluss

fügung auch in der Einredeperspektive unwirksam ist, wenn der Testamentsvollstrecker in eigener Sache richten soll, BGH, Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, Rn. 25 (juris).

²⁷³ Für inländische Schiedssprüche Musielak/Voit-Voit, § 1059 ZPO, Rn. 29; für ausländische Schiedssprüche Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2678.

²⁷⁴ Vgl. v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 302.

²⁷⁵ Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.5.2010 – 20 W 4/10, ZEV 2011, 135, 136 f.; OLG München, Beschl. v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, ZEV 2012, 591, 592; HansOLG, Beschl. v. 4.12.2014 – 2 W 58/14, MittBayNot 2016, 261, 262 f.; großzügiger z. B. MüKo-BGB-Dutta, Art. 35 EuErbVO, Rn. 9, der einen Verstoß erst annimmt, wenn die Ungleichbehandlung auch bei gewillkürter Erbfolge zu missbilligen wäre.

²⁷⁶ v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 302; für eine Berücksichtigung der Besonderheiten des islamischen Rechts hingegen Maleki, Islamische Schiedsgerichtsbarkeit, 166–168.

²⁷⁷ Andrae, in: FS v. Hoffmann, 3, 12–22; MüKo-BGB-Dutta, Art. 35 EuErbVO, Rn. 8; BeckOGK-J. Schmidt, Art. 35 EuErbVO, Rn. 20–22.2; zum französischen Noterbenrecht als Teil des französischen *ordre public* vgl. Farge, in: FS Pignarre, 323, 348.

vom Nachlass dazu führt, dass der Angehörige auf deutsche Sozialleistungen angewiesen ist.²⁷⁸ Anders dürfte zu entscheiden sein, wenn der einzige Bezug zu Deutschland darin besteht, dass sich hierzulande Nachlassgegenstände befinden, auf die sich der Schiedsspruch bezieht.²⁷⁹ Schließlich liegt ein Verstoß gegen den *ordre public* nicht vor, wenn der Ausschluss auf andere Weise, z. B. im Rahmen des Unterhaltsrechts, kompensiert wird.²⁸⁰

C. Das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht

Nachdem dargestellt wurde, wie letztwillige Schiedsverfügungen in unterschiedlichen Rechtsordnungen behandelt werden und welches Recht die deutschen Gerichte auf solche Verfügungen anzuwenden haben, geht es nun darum, welches Recht das Schiedsgericht selbst anwendet, um die von ihm geforderte Sachentscheidung zu treffen. Ferner wird erörtert, welche Folgen es für die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs hat, wenn das Schiedsgericht bei der Sachentscheidung das falsche Recht angewendet hat.

I. Erbrecht

Während das für vertragliche Schuldverhältnisse geltende Kollisionsrecht von der freien Rechtswahl der Parteien ausgeht, ist die Rechtswahl im Erbrecht eingeschränkt: Vor Inkrafttreten der EuErbVO konnte der Erblasser nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB a.F. lediglich für in Deutschland belegenes Immobilienvermögen deutsches Recht wählen. Nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO kann der Erblasser nunmehr sein Heimatrecht wählen, aber diese Rechtswahl erfasst notwendig den gesamten Nachlass.²⁸¹

In starkem Kontrast hierzu steht § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wonach das Schiedsgericht das von den Parteien gewählte Recht anzuwenden hat. Die von § 1066 ZPO angeordnete entsprechende Geltung müsste dazu führen, dass es nicht auf die Wahl der Parteien, sondern auf die Anordnung des Erblassers ankommt. Diese Lesart wäre geeignet, die Attraktivität des Schiedsverfahrens enorm zu steigern, denn sie würde den Erblasser aus dem engen Rechtswahlkorsett des Art. 22 Abs. 1 EuErbVO befreien und die freie Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO eröffnen.²⁸² Insbesondere das unliebsame deutsche

²⁷⁸ U. P. Gruber, ZEV 2001, 463, 468; MüKo-BGB-Dutta, Art. 35 EuErbVO, Rn. 8.

²⁷⁹ Vgl. Andrae, in: FS v. Hoffmann, 3, 15.

²⁸⁰ OLG Köln, Urt. v. 26.6.1975 – 10 U 215/74, FamRZ 1976, 170, 172 (für englische *family provision*); Andrae, in: FS v. Hoffmann, 3, 15; Röthel, in: FS v. Hoffmann, 348, 358–362; MüKo-BGB-Dutta, Art. 35 EuErbVO, Rn. 8.

²⁸¹ Dutta, FamRZ 2013, 4, 8 f., Junker, Internationales Privatrecht, § 20 Rn. 28.

²⁸² v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 234 f.

Pflichtteilsrecht könnte ausgeschaltet werden, indem der Erblasser ein Erbrecht wählt, das keine Mindestbeteiligung für Abkömmlinge kennt.

Es besteht also ein Widerspruch zwischen Art. 22 Abs. 1 EuErbVO und § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dieser Widerspruch setzt sich fort, wenn es um die Bestimmung des anwendbaren Erbrechts in Ermangelung einer Rechtswahl geht: Während Art. 21 Abs. 1 das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts beruft und ein Ausweichen auf das sachnächste Recht nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO nur im Ausnahmefall gestattet, ordnet § 1051 Abs. 2 ZPO direkt die Anwendung desjenigen Rechts an, zu dem der Verfahrensgegenstand die engsten Verbindungen aufweist.

1. Anwendbarkeit der EuErbVO

Der beschriebene Widerspruch zwischen der EuErbVO und § 1051 ZPO wäre zugunsten der EuErbVO aufzulösen, wenn deren Kollisionsnormen auch im Schiedsverfahren gelten. Soweit die EuErbVO anwendbar ist, genießt sie als EU-Sekundärrecht nämlich Anwendungsvorrang vor § 1051 ZPO.

a) Anwendbarkeit im Schiedsverfahren

Ob sich die europäischen Kollisionsnormen nicht nur an mitgliedstaatliche Gerichte, sondern auch an Schiedsgerichte wenden, ist Gegenstand einer lebhaften Debatte.²⁸³ Diese fokussiert vor allem auf vertragliche Schuldverhältnisse, also auf die Anwendbarkeit der Rom I-VO.²⁸⁴ Die Argumente, die in Bezug auf die Rom I-VO ausgetauscht werden, lassen sich indes nicht ohne weiteres auf die EuErbVO übertragen. Erstens enthält die Rom I-VO in Art. 1 Abs. 2 lit. e eine Bereichsausnahme für Schiedsvereinbarungen. Diese betrifft zwar ihrem Wortlaut nach nur die Schiedsvereinbarung selbst, wird aber zuweilen so ausgelegt, dass Schiedsverfahren insgesamt durch die Rom I-VO unberührt bleiben sollen.²⁸⁵ In der EuErbVO fehlt es hingegen an jeglicher Bereichsausnahme, die auf Schiedsverfahren bezogen ist.

Zu diesem Unterschied zwischen den Verordnungstexten kommt zweitens ein Unterschied in der Sache: § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO und Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO gehen gleichermaßen von der freien Rechtswahl aus. Obwohl sich

²⁸³ Gegen Geltung der IPR-Verordnungen im Schiedsverfahren z.B. *Schack*, in: FS Schütze, 511, 513–515; *ders.*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1401; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 8.414; Musielak/Voit-Voit, § 1051 ZPO, Rn. 3; dafür z.B. *Mankowski*, RIW 2011, 30 ff.; *ders.*, in: FS v. Hoffmann, 1012, 1022–1026; *ders.*, in: FS Schütze, 369, 374–377.

²⁸⁴ Siehe z.B. *Wagner*, in: FS Schumann, 535, 536–540; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 8.412–8.415; *McGuire*, SchiedsVZ 2011, 257, 258–267; *Schack*, in: FS Schütze, 511, 513–517; *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 60–115.

²⁸⁵ Hierzu *Schilf*, RIW 2013, 678, 683–689; *Schack*, in: FS Schütze, 511, 513–515.

sodann Unterschiede ergeben, z.B. in Bezug auf die Abwahl zwingenden Rechts bei Inlandssachverhalten,²⁸⁶ lässt sich argumentieren, dass die Rom I-VO für Schiedsgerichte nicht gelten muss, weil das anwendbare Recht im Ergebnis ohnehin nach ähnlichen Kriterien zu bestimmen ist.

In Art. 22 EuErbVO findet sich hingegen die Entscheidung des Verordnungsgebers, eine freie Rechtswahl durch den Erblasser nicht zuzulassen.²⁸⁷ Zwar hat der Ordnungsgeber bei Schaffung der EuErbVO wohl nicht an Schiedsverfahren gedacht.²⁸⁸ Hieraus lässt sich indes nicht ableiten, dass dem Erblasser eine freie Rechtswahl gestattet werden sollte, sofern er durch letztwillige Verfügung ein Schiedsverfahren anordnet. Die Kollisionsnormen der EuErbVO beanspruchen vielmehr sowohl ihrem Wortlaut als auch ihrem Sinn nach Geltung, wenn sich die Frage nach dem anwendbaren Recht in einem Schiedsverfahren stellt. Art. 20–38 EuErbVO genießen daher Anwendungsvorrang vor § 1051 ZPO.²⁸⁹

b) Anwendbarkeit in territorialer Hinsicht

Die EuErbVO ist also auch anwendbar, wenn nicht ein staatliches Gericht, sondern ein Schiedsgericht das anwendbare Recht bestimmen muss. Allerdings kann das nicht territorial unbegrenzt gelten: Es würde den Geltungsanspruch der EuErbVO überstrapazieren, wenn man beispielsweise ein Schiedsgericht zur Anwendung der EuErbVO verpflichten wollte, das in Buenos Aires sitzt und über einen kolumbianisch-argentinischen Erbfall entscheiden muss. Die Sonderkollisionsnorm des § 1051 ZPO ist daher nach § 1025

²⁸⁶ Hausmann, in: FS v. Hoffmann, 971, 983–986; Schack, in: FS Schütze, 511, 512.

²⁸⁷ Damit befand er sich im Einklang mit dem Erbrechts-IPR sämtlicher Mitgliedstaaten, von denen keines eine freie Rechtswahl zuließ: Dörner/Lagarde, in: Deutsches Notarinstitut, Les successions internationales dans l'UE, 169, 241–247. Auch das *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 74 (2010), 522, 608–614 befürwortete lediglich eine erweiterte, keine völlig freie Rechtswahl durch den Erblasser.

²⁸⁸ Vgl. v. Bary, *Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht*, 206; MüKo-FamFG-Rauscher, Art. 1 EuErbVO, Rn. 34; a.A. Jahnel/Sykora/Glatthard, *b-Arbitra* 2015, 41, 58 f.

²⁸⁹ Mankowski, *ZEV* 2014, 395, 399 f.; ders., in: FS Schütze, 369, 375; Lübcke, *GPR* 2015, 111, 116 Bandel, *MittBayNot* 2017, 1, 3; Pawlytta, in: Scherer, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, § 68, Rn. 44; I. Welser/G. Klammer, in: Klausegger/Klein/Kremslehner u. a., *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2018, 3, 22; Schauer, in: Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, *Handbuch Schiedsrecht*, Rn. 26.36; MüKo-BGB-Dutta, Art. 3 EuErbVO, 24; a.A. Jahnel/Sykora/Glatthard, *b-Arbitra* 2015, 41, 63; Wautelet, *Rev. not.* 2017, 378, 380; MüKo-FamFG-Rauscher, Art. 1 EuErbVO, Rn. 34; vermittelnd v. Bary, *Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht*, 274–287, die § 1051 Abs. 1 und 2 ZPO anwenden, aber mit den Wertungen der EuErbVO ausfüllen möchte. Worin der Vorteil dieser verschachtelten Lösung im Vergleich zur direkten Anwendung der EuErbVO liegen soll, bleibt unklar.

Abs. 1 ZPO nur anwendbar, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt.²⁹⁰ Übertragen auf die EuErbVO bedeutet das, dass die Kollisionsnormen der EuErbVO anzuwenden sind, wenn der Schiedsort in Deutschland oder in einem anderen EU-Mitgliedstaat²⁹¹ liegt.

Diese Anknüpfung an den Schiedsort birgt indes eine Schwierigkeit: Nach hier entwickelter Lösung kann der Erblasser den Schiedsort durch letztwillige Schiedsverfügung bestimmen.²⁹² Damit besteht die Gefahr, dass der Erblasser die freie Rechtswahl, die ihm nach der EuErbVO versagt ist, im Ergebnis doch erreicht. Hierzu müsste er den Schiedsort in einen Staat legen, dessen schiedsverfahrensrechtliches Kollisionsrecht eine freie Rechtswahl zulässt.

Es fragt sich, ob diese Eröffnung einer Rechtswahl „auf Umwegen“ so anstößig ist, dass sie korrigiert werden muss. Weil es schon aus praktischen Gründen unmöglich ist, alle Schiedsgerichte weltweit zu einer Anwendung der Kollisionsnormen der EuErbVO anzuhalten, kommt als Korrektur nur in Betracht, die freie Bestimmung des Schiedsorts durch den Erblasser einzuschränken. Dies könnte z.B. geschehen, indem der Erblasser nur einen Schiedsort im Staat seines letzten gewöhnlichen Aufenthalts wählen kann (vgl. Art. 4 EuErbVO).²⁹³

Eine solche Einschränkung ist indes aus Schutzzweckerwägungen nicht erforderlich: Die beschränkte Rechtswahl dient vor allem dem Schutz der Pflichtteilsberechtigten.²⁹⁴ Deren Mindestbeteiligung soll nicht geschmälert werden, indem der Erblasser ein Recht wählt, das keinen oder einen geringeren Pflichtteil vorsieht. Nach hier entwickelter Lösung unterliegt die Frage, ob Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich ihres Pflichtteils schiedsgebunden sind, dem Schiedsverfügungsstatut, das insofern akzessorisch zum Erbstatut zu bestimmen ist.²⁹⁵ Wenn ein Pflichtteilsberechtigter seinen Pflichtteilsanspruch vor einem deutschen Gericht einklagt, wendet das deutsche Gericht zur Klärung der Schiedsbindung also die EuErbVO an. Führt dies z.B. dazu, dass deutsches Recht als Erbstatut und als Schiedsverfügungsstatut berufen ist, wird es die Schiedseinrede nicht berücksichtigen. Ähnliches gilt in der

²⁹⁰ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1400; *MüKo-ZPO-Münch*, § 1051 ZPO, Rn. 2.

²⁹¹ Mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks, wo die EuErbVO nicht gilt: vgl. *ErwG*. 82 f. EuErbVO.

²⁹² Hierzu oben Kapitel 5 – B.II.1.a) (289).

²⁹³ Gegen eine solche analoge Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO auf die Bestimmung des Schiedsorts aber z.B. *MüKo-BGB-Dutta*, Art. 3 EuErbVO, Rn. 24.

²⁹⁴ *ErwG*. 38 Satz 2 EuErbVO; *Dutta/Weber-Bauer*, Art. 22 EuErbVO, Rn. 2; rechtsvergleichend *Dörner/Lagarde*, in: *Deutsches Notarinstitut, Les successions internationales dans l'UE*, 169, 242; im Entwurfsstadium der EuErbVO *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, *RabelsZ* 74 (2010), 522, 608 f.

²⁹⁵ Hierzu oben Kapitel 5 – B.I.2.b)bb) (276).

Anerkennungs- und Vollstreckungssituation: Das deutsche staatliche Gericht prüft im Rahmen von § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ, ob der Streitgegenstand schiedsgebunden war. Hierzu befragt es wiederum das nach der EuErbVO zu bestimmende Schiedsverfügungsstatut.

Der Erblasser kann also den Schutz des Pflichtteilsrechts durch die deutschen staatlichen Gerichte nicht unterminieren, indem er einen ausländischen Schiedsort bestimmt. Obwohl der Erblasser durch die Wahl des Schiedsorts Einfluss darauf hat, welches Kollisionsrecht das Schiedsgericht anwendet, besteht daher keine Notwendigkeit, die freie Wahl des Schiedsorts zu beschränken.

2. Entscheidung nach Billigkeit im Erbrecht

Klärungsbedürftig ist schließlich das Verhältnis zwischen der nach § 1051 Abs. 3 ZPO möglichen Billigkeitsentscheidung und den Kollisionsnormen der EuErbVO. Nach hier entwickelter Lösung soll der Erblasser bei Inlands-sachverhalten die Erbauseinandersetzung dem billigen Ermessen des Schiedsgerichts überlassen können, wobei offengelassen wurde, ob diese Befugnis aus § 2048 Satz 2 BGB oder aus § 1051 ZPO folgt.²⁹⁶

Wenn das Schiedsgericht bei grenzüberschreitenden Erbfällen indes die Kollisionsnormen der EuErbVO anzuwenden hat, führt dies stets zur Anwendung eines staatlichen Rechts.²⁹⁷ Hieraus folgt, dass eine Entscheidung *ex aequo et bono* bei grenzüberschreitenden Erbfällen nur nach einer zweistufigen Prüfung möglich ist: Zunächst hat das Schiedsgericht die EuErbVO anzuwenden und das Erbstatut zu bestimmen. Wenn das Erbstatut – wie z.B. § 2048 Satz 2 BGB – eine Entscheidung nach billigem Ermessen ermöglicht und der Erblasser eine entsprechende Anordnung getroffen hat, kann das Schiedsgericht insoweit *ex aequo et bono* entscheiden. In Erbsachen ersetzt § 1051 Abs. 3 ZPO also nicht die Feststellung des anwendbaren Rechts, sondern kommt nur insoweit zum Tragen, wie das laut EuErbVO anwendbare Recht eine Billigkeitsentscheidung zulässt.²⁹⁸

II. Trustrecht

Hinsichtlich der Frage, welches Trustrecht ein Schiedsgericht in der Sache anzuwenden hat, ist zu differenzieren: Die Errichtung eines *testamentary trust* erfolgt durch letztwillige Verfügung, weshalb die Kollisionsnormen der

²⁹⁶ Hierzu oben Kapitel 4 – C.III.2.b) (210).

²⁹⁷ Dazu, dass auch im Rahmen von Art. 22 Abs. 1 EuErbVO nur staatliches Recht wählbar ist, Dutta/Weber-Bauer, Art. 22 EuErbVO, Rn. 13; MüKo-BGB-Dutta, Art. 22 EuErbVO, Rn. 9.

²⁹⁸ *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 3; v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 288.

EuErbVO anzuwenden sind, wenn der Schiedsort in der EU liegt. Allerdings haben sich einseitig eingesetzte Schiedsgerichte zumindest dann, wenn das Recht Floridas, Arizonas, New Hampshires, Missouriis oder South Dakotas als Schiedsverfügungsstatut berufen ist, nicht mit der Frage zu befassen, ob der *testamentary trust* wirksam errichtet wurde. Denn nach den Vorschriften dieser Staaten sind Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Trusts (*validity*) von der Schiedsbindung ausgenommen.²⁹⁹

Geht es hingegen um die *administration* und *distribution* des Trusts, sind die Kollisionsnormen der EuErbVO nach Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO unanwendbar, und zwar unabhängig davon, ob es um einen *testamentary trust* oder einen *inter vivos*-Trust geht.³⁰⁰ Im unwahrscheinlichen Fall, dass der *settlor* einen deutschen Schiedsort bestimmt hat, gilt daher § 1051 Abs. 1 ZPO, sodass das Schiedsgericht primär das vom *settlor* gewählte Recht anzuwenden hat. Hat der *settlor* keine Rechtswahl getroffen, wendet das Schiedsgericht gem. § 1051 Abs. 2 ZPO das Recht an, zu dem der Trust die engsten Beziehungen aufweist.

III. Konsequenzen für Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs

Ebenso wie ein staatliches Gericht kann sich ein Schiedsgericht bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts irren, indem es die unzutreffende Kollisionsnorm heranzieht oder die zutreffende Kollisionsnorm falsch anwendet. Daher sind zum Schluss die Folgen zu behandeln, die eine unzutreffende Entscheidung über das anwendbare Recht für die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs nach sich zieht.

Ausgangspunkt ist die aus § 1059 Abs. 2 ZPO und Art. V UNÜ folgende eingeschränkte Überprüfbarkeit des Schiedsspruchs.³⁰¹ Eine unzutreffende Bestimmung des anzuwendenden Rechts kann daher nur durch die staatlichen Gerichte sanktioniert werden, wenn sie unter einen der dort genannten Mängel gefasst werden kann. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang die Überschreitung der schiedsrichterlichen Kompetenz (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO bzw. Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ)³⁰² und ein Mangel des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d ZPO bzw. Art. V Abs. 1 lit. d UNÜ).³⁰³ Bei beiden Kategorien stellt sich jedoch das Problem, dass sich eine unzutreffende Entscheidung über das anzuwendende Recht nicht wesentlich von einer Sachentscheidung unterscheidet, die aus anderen Gründen unzutref-

²⁹⁹ Hierzu oben Kapitel 2 – D.IV.3.b) (112).

³⁰⁰ Vgl. Dutta/Weber-*J.P. Schmidt*, Art. 1 EuErbVO, Rn. 122.

³⁰¹ v. *Bary*, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 271.

³⁰² Vgl. Stein/Jonas-Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 277; MüKo-ZPO-*Adolphsen*, Art. V UNÜ, Rn. 46.

³⁰³ Vgl. Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-Kröll, § 1061 ZPO, Rn. 122.

fend ist. Eine unzutreffende Rechtsanwendung des Schiedsgerichts fällt indes unter keinen der in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO oder Art. V Abs. 1 UNÜ genannten Gründe.³⁰⁴ Dasselbe sollte aus Gründen der Kohärenz bei einer unzutreffenden *Kollisionsrechtsanwendung* gelten.³⁰⁵

Ein Einschreiten der deutschen Gerichte kann daher nur im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO bzw. Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ erfolgen. Eine unzutreffende Entscheidung über das anwendbare Recht allein reicht dabei gleichermaßen nicht aus.³⁰⁶ In Betracht kommen nur grobe Fehlleistungen, z. B., wenn das Schiedsgericht das anzuwendende Recht zunächst zutreffend erkannt hat, dann aber willkürlich davon abgewichen ist.³⁰⁷ Zum anderen kommt ein *ordre public*-Verstoß unter den Gesichtspunkten in Betracht, die im Erbrecht allgemein für den *ordre public* relevant sind, insbesondere die Nichtdiskriminierung und die Mindestbeteiligung naher Angehöriger.³⁰⁸ Dabei sollte es auch eine Rolle spielen, ob das aus Sicht des deutschen Rechts zu missbilligende Ergebnis aufgrund einer unzutreffenden Bestimmung des anzuwendenden Rechts zu Stande gekommen ist. Hat also beispielsweise das Schiedsgericht fälschlicherweise iranisches statt deutsches Erbrecht angewandt und deshalb den weiblichen Abkömmlingen einen geringeren gesetzlichen Erbteil zugesprochen, ergibt sich die Anstößigkeit auch daraus, dass dieses Ergebnis bei Anwendung des richtigen Erbrechts nicht eingetreten wäre.

D. Zwischenergebnis

Unter den eingangs dargestellten europäischen Rechtsordnungen besteht Uneinigkeit darüber, ob der Erblasser in seinem Testament wirksam eine Schiedsverfügung treffen kann. Das Spektrum reicht von „grundsätzlich ja“ in Deutschland, Österreich und Spanien über „vielleicht“ in der Schweiz und Italien bis „nein“ in Frankreich und England. Aus diesen Unterschieden folgt die Notwendigkeit, das auf die Schiedsverfügung anwendbare Recht zu bestimmen. Zugleich wird deutlich, dass in der Bestimmung des anwendbaren

³⁰⁴ BGH, Urt. v. 26.9.1985 – III ZR 16/84, BGHZ 96, 40, 46; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-Kröll, § 1061 ZPO, Rn. 122; Musielak/Voit-Voit, § 1059 ZPO, Rn. 18.

³⁰⁵ Schütze, Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, § 1061 ZPO, Rn. 79; Stein/Jonas-Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 277; Böckstiegel/Kröll/Nacimiento-Kröll, § 1061 ZPO, Rn. 122; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1463; v. Bary, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, 272.

³⁰⁶ Tendenziell strenger aber *Bandel*, MittBayNot 2017, 1, 3; gegen jede Kontrolle der Entscheidung über das anwendbare Recht hingegen *Wautelet*, Rev. not. 2017, 378, 398 f.

³⁰⁷ Vgl. Schütze, Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, § 1061 ZPO, Rn. 79; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 1463.

³⁰⁸ Hierzu oben Kapitel 5 – B.II.4.d) (298).

Rechts die entscheidende Weichenstellung in Bezug auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Schiedsverfügung liegen kann.

Die vermeintlich einfachste Lösung läge darin, stets die deutsche *lex fori* (also § 1066 ZPO) anzuwenden und letztwillige Schiedsverfügungen unabhängig davon, welches Recht im Übrigen über den Erbfall herrscht, für wirksam zu halten.³⁰⁹ Hiergegen sprechen jedoch ein rechtsdogmatisches und ein rechtspraktisches Argument. Aus dogmatischer Sicht ist einzuwenden, dass die den Nachlassbeteiligten heteronom auferlegte Schiedsbindung nur aufgrund der erbrechtlichen Besonderheiten zu rechtfertigen ist. Nur der Umstand, dass die Nachlassbeteiligten eine Zuwendung erhalten, auf die sie keinen Anspruch hatten, kann erklären, dass der Erblasser diese Zuwendung durch eine Schiedsverfügung ausgestalten kann. Über Rechtsnatur und Ausgestaltung von letztwilligen Verfügungen herrscht aber bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht die *lex fori*, sondern das Erbstatut.

Aus rechtspraktischer Sicht spricht gegen die Anwendung der deutschen *lex fori*, dass sie in vielen Fällen zu einer Störung des äußeren Entscheidungseinklangs führt. Hat beispielsweise in einem deutsch-französischen Erbfall, in dem französisches Recht als Erbstatut berufen ist, ein letztwillig verfügbares Schiedsgericht über die Erbaueinandersetzung entschieden, ist dieser Schiedsspruch bei Anwendung der *lex fori* in Deutschland anerkennungs- und vollstreckungsfähig. Wenden aber die französischen Gerichte ebenfalls ihre *lex fori* an, scheitert die Anerkennung und Vollstreckung in Frankreich, weil das französische Recht keine letztwilligen Schiedsverfügungen kennt. Dieses Ergebnis mag für unproblematisch halten, wer meint, dass es aus Sicht des deutschen Rechts auf die Anerkennungsfähigkeit im Ausland nicht ankomme.³¹⁰ Dem Interesse des Erblassers, dem es mutmaßlich auf eine rasche, einfache und endgültige Streitentscheidung im Schiedsverfahren ankam, ist damit indes nicht gedient.

Sachgerechtere Ergebnisse werden erzielt, wenn man die Frage, ob der Erblasser durch letztwillige Verfügung ein Schiedsverfahren anordnen kann, dem Schiedsverfügungsstatut unterstellt und dieses anhand der Kollisionsnormen der EuErbVO bestimmt. Über die besonders neuralgischen Fragen der inneren Wirksamkeit – also über das Ob und das Wie der letztwillig verfügbaren Schiedsbindung – herrscht das nach Art. 21 f. EuErbVO zu bestimmende Recht, also das Erbstatut. Fragen zur äußeren Wirksamkeit (also z.B. zu den Folgen von Willensmängeln) beantwortet das nach Art. 24 f. EuErbVO zu bestimmende Errichtungsstatut.

Hierdurch bleibt die Möglichkeit eines europäischen Entscheidungseinklangs erhalten. Ferner lässt sich ein angemessener Schutz des Pflichtteils-

³⁰⁹ Geimer, in: FS Schlosser, 197, 202 f.; Zöller-*ders.*, § 1066 ZPO, 19; Mankowski, ZEV 2014, 395, 398; Krug, in: Tanck/Krug, Anwaltformulare Testamente, § 18 Rn. 28.

³¹⁰ So Geimer, in: FS Schlosser, 197, 204; Zöller-*ders.*, § 1066 ZPO, Rn. 19.

rechts realisieren. Das Erbstatut bestimmt laut Art. 23 Abs. 2 lit. h EuErbVO, welchen Personen in welchem Umfang eine gesetzliche Mindestbeteiligung am Nachlass zusteht. Unterstellt man die Reichweite der Schiedsbindung ebenfalls dem nach Art. 21 f. EuErbVO zu bestimmendem Recht, werden Koordinationsprobleme mit dem Pflichtteilsrecht von vornherein vermieden. Eine andere Anknüpfung – z.B. die freie Wahl des Schiedsverfügungsstatuts durch den Erblasser – birgt hingegen die Gefahr der Aushöhlung des Pflichtteilsrechts auf prozessuaalem Wege.

Geht es um die Anerkennung und Vollstreckung eines ergangenen Schiedsspruchs, ist zunächst zu bestimmen, ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Schiedsspruch handelt. Dies richtet sich nach dem Ort des Schiedsverfahrens, den der Erblasser nach § 1066 ZPO in Verbindung mit § 1043 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch letztwillige Verfügung bestimmen kann. Handelt es sich demnach um einen inländischen Schiedsspruch, richtet sich die Anerkennung nach § 1055 ZPO und die Vollstreckung nach § 1060 ZPO. Bei ausländischen Schiedssprüchen richten sich Anerkennung und Vollstreckung § 1061 ZPO in Verbindung mit den Vorschriften des UNÜ, wobei die UNÜ-Vorschriften nur aufgrund der Anordnung in § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO gelten.

Die deutschen Gerichte prüfen den ergangenen Schiedsspruch nur in dem durch § 1059 Abs. 2 ZPO bzw. Art. V UNÜ festgelegten Umfang. Das hierbei anzuwendende Recht – insbesondere das Schiedsverfügungsstatut – bestimmt sich dabei in der Anerkennungs- und Vollstreckungsperspektive nach denselben Kollisionsnormen wie in der Einredeperspektive.

Liegt der Schiedsort in der EU, hat das Schiedsgericht das in der Sache anzuwendende Recht nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen, die Anwendungsvorrang vor nationalen Kollisionsnormen wie z.B. § 1051 ZPO genießen. Damit gilt auch im Schiedsverfahren, dass der Erblasser das Erbstatut nur in den engen Grenzen des Art. 22 EuErbVO wählen kann. Eine freie Rechtswahl ist aber denkbar, wenn der Erblasser einen Schiedsort außerhalb der EU bestimmt, dessen schiedsrechtliches Kollisionsrecht eine freie Rechtswahl in Erbsachen zulässt. Der Schutz des Pflichtteilsrechts lässt sich so allerdings nicht umgehen, weil die deutschen Gerichte zur Bestimmung des Schiedsverfügungsstatuts die EuErbVO heranziehen und daher die Frage, ob es Pflichtteilsberechtigte gibt und ob diese schiedsgebunden sind, nach dem – aus Sicht der EuErbVO – „richtigen“ Erbstatut beurteilen.

Zusammenfassung und Thesen

Letztwillige Schiedsverfügungen sind in Deutschland das Produkt von zwei verschiedenen Rechtstraditionen: den Erbausträgen und der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur authentischen Interpretation. Austräge waren erstinstanzliche Sondergerichte des Adels im Alten Reich, die angerufen werden mussten, bevor der Beklagte vor das Reichskammergericht gebracht werden konnte. In der frühen Neuzeit begannen adelige Erblasser, Anordnungen in ihren Testamenten darüber zu treffen, wie das Austrägalverfahren durchzuführen ist, wenn es zu einem Streit um das Erbe kommt. Diese Erbausträge inspirierten den bayerischen Kanzler *von Kreittmayr* dazu, 1753 die erste Gesetzesvorschrift über letztwillige Schiedsverfügungen in den *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* aufzunehmen. Auf diese Vorschrift geht der heutige § 1066 ZPO zurück.

Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur authentischen Interpretation folgte aus der Anordnung des Erblassers, dass der Testamentsvollstrecker das Testament verbindlich auslegen und alle Streitigkeiten ohne gerichtliche Überprüfung entscheiden sollte.¹ Obwohl sich diese Befugnis von der schiedsrichterlichen Streitentscheidung nach heutigem Verständnis unterscheidet, wurde der Testamentsvollstrecker in diesen Fällen zuweilen als Schiedsrichter bezeichnet.² Die funktionale Nähe zu einem Schiedsrichter im heutigen Sinne zeigt sich auch in den USA, wo Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe „to decide all cases [...] without any resort to a Court of Justice“³ ebenfalls als Vorläufer von Schiedsrichtern im heutigen Sinne gelten.

Der *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* wurde 1869 durch eine neue bayerische ZPO ersetzt, auf deren Art. 1344 das „Rätsel“⁴ zurückgeht, das § 1066

¹ Siehe z.B. HansOLG, Urt. v. 24.4.1881 – o. Az., SeuffArch 7 (1882), 223, 224: „Der Testator hat für den Fall, daß in dem Testament Dunkelheiten oder Zweideutigkeiten sich finden sollten, die Executoren berufen, seinen Willen zu ergänzen und endgültig dasjenige festzustellen, was das Testament im Unklaren läßt, ohne daß den Beteiligten [...] eine gerichtliche Anfechtung jener Entscheidung gestattet sein soll.“

² Vgl. z.B. Preußisches Obertribunal, Urt. v. 25.6.1858 – o. Az., Strieth. Arch. 31, 4, 6–8, wonach die Bestimmungen, dass „die Entscheidung nur allein den Herren Testaments-Executoren zusteht“ und „ich will, daß kein Gericht sich in die Regulirung meines Nachlasses [...] mischen soll“, ein Fall des „arbitrium tertii“ ist.

³ So die Ermächtigung in *Pray v. Belt*, 26 U.S. 670, 672 f. (U.S. Sup. Ct. 1828).

⁴ *K. Schmidt*, JZ 1989, 1077, 1077.

ZPO noch heute aufgibt. Wie § 1066 ZPO ordnete Art. 1344 bayZPO an, dass für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügung angeordnet werden, die Vorschriften über vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren entsprechend gelten. Da letztwillige Schiedsverfügungen seit der Jahrtausendwende vermehrt vorkommen, besteht ein praktisches Bedürfnis danach, das Rätsel zu lösen und Geltungsgrund und Geltungsgrenzen letztwilliger Schiedsverfügungen zu bestimmen.

Auch in den USA haben Schiedsverfügungen, die der *donor* in Bezug auf das von ihm weitergegebene Vermögen getroffen hat, seit der Jahrtausendwende das Interesse von Rechtswissenschaft und -praxis geweckt. Dort finden sich drei Herangehensweisen: In einigen Bundesstaaten bleiben solche Verfügungen ohne rechtliche Wirkungen, weil das Schiedsverfahrensrecht nur Schiedsvereinbarungen vorsieht.⁵ In Texas dagegen hat der Supreme Court das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*direct benefits estoppel*) fruchtbar gemacht, um Begünstigte eines Trusts an die Schiedsverfügung zu binden.⁶ Den Begünstigten sei es verwehrt, zugleich Vorteile aus dem Trust ziehen und die Schiedsverfügung zurückzuweisen. In fünf Bundesstaaten hat schließlich der Gesetzgeber geregelt, inwiefern Schiedsverfügungen in Testamenten und Trusts *enforceable* sind.⁷

Sowohl in Texas als auch in den fünf Bundesstaaten mit einschlägigen Vorschriften ist die Schiedsbindung an den Erhalt einer Zuwendung geknüpft. Diese Korrelation lässt sich dergestalt auf das deutsche Recht übertragen, dass die letztwillige Schiedsverfügung eine Belastung der Zuwendung von Todes wegen darstellt. Den Geltungsgrund letztwilliger Schiedsverfügungen auf diese Weise zu bestimmen, hat zwei Vorzüge:

Erstens ist so zu erklären, wann und warum die Kollision zwischen dem Justizgewährungsanspruch und der Testierfreiheit in die eine oder andere Richtung aufzulösen ist. Die Testierfreiheit ermöglicht es dem Erblasser, Zuwendungen nach eigenem Gutdünken zu verteilen. Hierin inbegriffen ist die Befugnis, die Zuwendung mithilfe einer Schiedsverfügung so auszugestalten, dass die Ansprüche, die aus der Zuwendung folgen, schiedsgebunden sind. Umgekehrt muss sich der allgemeine Justizgewährungsanspruch durchsetzen, wenn eine Partei des Rechtsstreits keine Zuwendung erhalten hat oder wenn der streitgegenständliche Anspruch nicht aus der Zuwendung folgt.

Zweitens folgen hieraus die Geltungsgrenzen letztwilliger Schiedsverfügungen: Die letztwillig angeordnete Schiedsbindung erfasst in persönlicher Hinsicht Parteien, die ihre Rechtsstellung aus der Zuwendung ableiten und in sachlicher Hinsicht Ansprüche, die aus der Zuwendung folgen. Damit geht eine Kompetenzspaltung zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht einher.

⁵ Oben Kapitel 2 – D.I.1. (81).

⁶ Oben Kapitel 2 – D.II.2. (86).

⁷ Oben Kapitel 2 – D.IV.1. (101).

Vor diesem Hintergrund ist auf die Vor- und Nachteile letztwillig verfügbarer Schiedsverfahren zurückzukommen: Ein Schiedsverfahren bietet vor allem bei Streitigkeiten um die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses Vorteile. Bei diesen Streitigkeiten entsteht leicht die Notwendigkeit, Nachlassgegenstände zu bewerten, wobei entsprechende schiedsrichterliche Expertise helfen kann. Zugleich kann ein Bedürfnis nach nichtöffentlicher Verhandlung und Entscheidung bestehen, z.B. wenn es um die Bewertung von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen geht. Schließlich kann der Erblasser das Schiedsgericht dazu ermächtigen, die Erbaueinandersetzung nach billigem Ermessen vorzunehmen, wodurch die in mancher Hinsicht komplizierten und nicht interessengerechten gesetzlichen Auseinandersetzungs Vorschriften vermieden werden.⁸

Weniger geeignet sind letztwillig verfügte Schiedsverfahren, wenn Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Testaments oder Erbvertrags zu entscheiden sind. Wenn die von einer Partei ins Feld geführte Unwirksamkeit auch die letztwillige Schiedsverfügung selbst betreffen kann, werden am Ende die staatlichen Gerichte über die Wirksamkeit der Schiedsverfügung entscheiden. Doch auch, wenn die Wirksamkeit der Schiedsverfügung unbestritten ist, lassen sich Streitigkeiten um die Wirksamkeit des Testaments oder Erbvertrags im Übrigen oft einfacher und vor allem günstiger im Erbscheinsverfahren klären.⁹

Wenn ein Erbfall grenzüberschreitende Bezüge aufweist, kommt es darauf an, welches Recht über die Wirksamkeit der Schiedsverfügung regiert. Ein wesentlicher Aspekt der Wirksamkeit ist dabei, ob ein Schiedsverfahren überhaupt durch eine letztwillige Verfügung angeordnet werden kann, denn hierüber besteht keine Einigkeit unter den exemplarisch vorgestellten Rechtsordnungen.¹⁰ Über die Wirksamkeit der Schiedsverfügung herrscht das Schiedsverfügungsstatut. Weil es sich bei der Schiedsverfügung um eine letztwillige Verfügung handelt, deren Rechtswirkungen auf der erbrechtlichen Vermögensweitergabe beruhen, ist das Schiedsverfügungsstatut nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen.¹¹ Auch das Schiedsgericht hat das in der Sache anzuwendende Recht nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen, wenn der Schiedsort in einem EU-Mitgliedstaat liegt.¹²

Abschließend werden die für die Rechtspraxis wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung in kondensierter Thesenform dargestellt:

- Eine letztwillige Schiedsverfügung ist weder eine Auflage im Sinne von § 1940 BGB, noch eine letztwillige Schiedsgutachtenanordnung im Sinne

⁸ Oben Kapitel 4 – C.III.2.b) (210).

⁹ Oben Kapitel 4 – C.II.3. (197).

¹⁰ Oben Kapitel 5 – A. (246).

¹¹ Oben Kapitel 5 – B.I.2.b)bb) (276).

¹² Oben Kapitel 5 – C.I.1. (301).

von § 2048 Satz 2 BGB. Es handelt sich vielmehr um eine letztwillige Verfügung *sui generis*.¹³

- Für letztwillige Schiedsverfügungen gelten die Formvorschriften des Erbrechts, nicht diejenigen des Schiedsverfahrensrechts.¹⁴
- Letztwillige Schiedsverfügungen sind von den staatlichen Gerichten nur auf Einrede gem. § 1032 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen. Die Parteien können die letztwillig verfügte Schiedsbindung durch Vereinbarung aufheben.¹⁵
- Die objektive Schiedsfähigkeit im Sinne von § 1030 ZPO ist nicht davon abhängig, ob das Schiedsverfahren vertraglich vereinbart oder letztwillig verfügt wurde. Ob eine Streitigkeit durch das letztwillig angeordnete Schiedsgericht zu entscheiden ist, hängt in der Regel von der Schiedsbindung ab, nicht von der Schiedsfähigkeit.¹⁶
- In persönlicher Hinsicht sind Parteien schiedsgebunden, die ihre Rechtsstellung aus einer Zuwendung des Erblassers ableiten. Testamentsvollstrecker sind schiedsgebunden, weil sie ihr Amt einer Zuwendung von Rechtsmacht verdanken und weil sie mit der Annahme des Amtes konkludent ihre Zustimmung zur Schiedsverfügung erklären.¹⁷
- In sachlicher Hinsicht sind Ansprüche schiedsgebunden, die sich aus der Zuwendung des Erblassers ergeben.¹⁸
- Daher sind insbesondere Streitigkeiten um die Erfüllung von Vermächtnissen, die Vollziehung von Auflagen, die Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses, und um die Vergütung und Pflichten des Testamentsvollstreckers durch das Schiedsgericht zu entscheiden.¹⁹
- Die staatlichen Gerichte bleiben hingegen zuständig für alle pflichtteilrechtlichen Ansprüche, mit Ausnahme von Streitigkeiten um die Tragung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis.²⁰
- Die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB kann nur durch das Nachlassgericht erfolgen, weil diese Entscheidung eine Vielzahl weiterer Personen betrifft und sich daher nicht für eine Entscheidung im Schiedsverfahren eignet.²¹

¹³ Oben Kapitel 1 – B.I.3.b) (46).

¹⁴ Oben Kapitel 1 – B.I.2.a) (39).

¹⁵ Oben Kapitel 1 – B.II.2. (51).

¹⁶ Oben Kapitel 1 – B.II.3. (53).

¹⁷ Oben Kapitel 4 – B. (168).

¹⁸ Oben Kapitel 4 – C. (182).

¹⁹ Oben Kapitel 4 – C.IV. (217) (Vermächtnisse und Auflagen); Kapitel 4 – C.III. (206) (Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses); Kapitel 4 – C.VI. (228) (Vergütung und Pflichten des Testamentsvollstreckers).

²⁰ Kapitel 4 – C.V. (218).

²¹ Kapitel 4 – C.VI.4. (232).

- Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten bestimmt das Schiedsverfügungsstatut darüber, ob ein Schiedsverfahren durch letztwillige Verfügung angeordnet werden kann.²²
- Soweit es um die äußere Wirksamkeit der Schiedsverfügung geht, d.h. insbesondere um Testierfähigkeit und Willensmängel, bestimmt sich das Schiedsverfügungsstatut nach Art. 24 f. EuErbVO. Das Schiedsverfügungsstatut entspricht insofern dem Errichtungsstatut.²³
- Soweit es um die innere Wirksamkeit geht, d.h. insbesondere darum, ob letztwillige Schiedsverfügungen überhaupt zulässig sind und wie weit ihre Bindung reicht, bestimmt sich das Schiedsverfügungsstatut nach Art. 21 f. EuErbVO. Das Schiedsverfügungsstatut entspricht insofern dem Erbstatut.²⁴
- Liegt der Schiedsort in einem EU-Mitgliedstaat, hat das Schiedsgericht das in der Sache anzuwendende Recht nach den Kollisionsnormen der EuErbVO zu bestimmen. Der Erblasser kann keine freie Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 ZPO treffen.²⁵

²² Kapitel 5 – B.I.2.a)aa) (267).

²³ Kapitel 5 – B.I.2.b)bb)(2) (278).

²⁴ Kapitel 5 – B.I.2.b)bb)(2) (278).

²⁵ Kapitel 5 – C.I.1. (301).

Literaturverzeichnis

- Achilles, Alexander/Gebhard, Hermann/Spahn, Peter (Hrsg.): Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V: Erbrecht, Berlin 1899.
- ACTEC *Arbitration Task Force*, Report vom 18.9.2006, <<https://bit.ly/2S2MkDh>> (Stand: 21.11.2019).
- Alfani, Giovanni B.: Tractatus egregius de arbitris et compromissis, in: Tractatus universi iuris in unum congesti, Band III/1, Venetiis 1584.
- Altenrath, Johannes: Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, zugl. Diss. Univ. Jena 1907, Berlin 1907.
- Anbuhl, Günther: Außervertragliche Schiedsgerichtsordnung (§ 1048 ZPO), Diss. Univ. Würzburg 1952.
- Andrae, Marianne: Wertungswidersprüche im internationalen Erbrecht, in: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann, hrsg. von Kronke, Herbert/Thorn, Karsten, Bielefeld 2011, S. 3–22.
- André, Wilhelm: Gemeinrechtliche Grundzüge I. der Schiedsgerichte. II. des Wasserrechts: Im Anschluß an das hannoversche Gesetz vom 22. August 1847, Jena 1860.
- Ann, Christoph: Die Erbengemeinschaft, zugl. Habil. Univ. Tübingen 1999, Köln, München 2001.
- Anonym: Recent Cases: Validity of Executors' Stipulation to Arbitrate Mental Capacity, Harv. L. Rev. 50 (1937), 537.
- Arlt, Ulrich E.: Erbrecht in der Praxis: Eine systematische Durchsicht von Nachlassakten auf rechtsdogmatische Probleme, Diss. Univ. Münster 1995.
- Armbrüster, Christian/Wächter, Vincent: Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit im Verfahren, SchiedsVZ 2017, 213–223.
- Arroyo i Amayuelas, Esther: Pflichtteilsrecht in Spanien, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts: Symposium vom 30.11.–2.12.2006 in Salzgau, Köln 2007, S. 257–276.
- Bälz, Kilian/Stompfe, Philipp: Asymmetrische Streitbeilegungsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen: Zulässigkeit, Grenzen, Gestaltungsmöglichkeiten, SchiedsVZ 2017, 157–164.
- Bandel, Stefan: Schiedsklauseln in Testamenten und Erbverträgen, NotBZ 2005, 381–393.
- : Rezension zu: Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, MittBayNot 2008, 280–281.
- : Das Erbscheinsverfahren beim Vorliegen einer letztwilligen Schiedsverfügung: Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 10.12.2015, 6 W 204/15, MittBayNot 2017, 1–9.
- : Pflichtteilsstreitigkeiten im Schiedsverfahren – München locuta, causa finita?, SchiedsVZ 2017, 72–80.

- : Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 352–356.
- Barona Vilar, Silvia (Hrsg.): *Comentarios a la ley de arbitraje: Ley 60-2003, de 23 de diciembre*, Madrid 2004.
- Bary, *Christiane v.*: *Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht*, zugl. Diss. Univ. Passau 2017, Tübingen 2018.
- : *Schiedsfähigkeit und Bindungswirkung bei einseitigen Schiedsanordnungen im Erbrecht unter Berücksichtigung der internationalen Perspektive*, ZEV 2019, 317–324.
- Basler Kommentar: *Internationales Privatrecht*, hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V., 3. Aufl., Basel 2013; zitiert als: *BSK-IPRG-Bearbeiter*.
- Basler Kommentar: *Schweizerische Zivilprozessordnung*, hrsg. von Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik, 3. Aufl., Basel 2017; zitiert als: *BSK-ZPO-Bearbeiter*.
- Beckert, *Jens*: *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt a.M. 2004.
- Beckmann, *Martin*: *Statutarische Schiedsklauseln im deutschen Recht und internationalen Kontext*, zugl. Diss. Univ. Mainz 2006, Frankfurt a.M. 2007.
- beck-online.GROSSKOMMENTAR, hrsg. von Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, Stand: 1.3.2019; zitiert als: *BeckOGK-Bearbeiter*.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsg. von Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 50. Edition 2019; zitiert als: *BeckOK BGB-Bearbeiter*.
- Beck'scher Online-Kommentar FamFG, hrsg. von Hahne, Meo-Micaela/Schlögel, Jürgen/Schlünder, Rolf, 30. Edition 2019; zitiert als: *BeckOK FamFG-Bearbeiter*.
- Beck'scher Online-Kommentar GG, hrsg. von Epping, Volker/Hillgruber, Christian, 40. Edition 2019; zitiert als: *BeckOK GG-Bearbeiter*.
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO, hrsg. von Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 32. Edition 2019; zitiert als: *BeckOK ZPO-Bearbeiter*.
- Beess und Chrostin, *Jessica*: *Mandatory Arbitration Clauses in Donative Instruments: A Taxonomy of Disputes and Type-Differentiated Analysis*, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 49 (2014), 397–419.
- Bent, *Daniel*: *My Bequest to my Heirs: Years of Contentious, Family Splitting Litigation*, *Haw. B.J.* 2004, 28–30.
- Berger, *Bernhard/Kellerhals, Franz*: *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015.
- Berger, *Klaus P.*, *The Arbitration Clause in George Washington's Last Will & Testament*, <http://www.arbitration-icca.org/historic-treasures/historic_documents.html#washington> (Stand: 21.11.2019).
- Bergner, *Daniel*: *Grundrechtsschutz durch Verfahren: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und britischen Verwaltungsverfahrenrechts*, zugl. Diss. Univ. Regensburg 1997, München 1998.
- Beseler, *Georg*: *Von den Testamentsvollziehern*, *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* 9 (1845), 144–228.
- Bethge, *Herbert*: *Grundrechtskollisionen*, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III: *Grundrechte in Deutschland*, *Allgemeine Lehren* 2, Heidelberg 2009, § 72.
- Bettermann, *Karl A.*: *Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, in: Bettermann, Karl A./Nipperdey, Hans C./Scheuner, Ulrich (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Band III/2, Berlin 1959, S. 779–908.

- : Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Bettermann, Karl A./Nipperdey, Hans C./Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Band III/2, Berlin 1959, S. 523–642.
- Binder, Florian/Giller, Peter*: Pflichtteilsrecht, in: Gruber, Michael/Kalss, Susanne/Müller, Katharina u. a. (Hrsg.), Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Aufl., Wien 2018.
- Blattmachr, Jonathan G.*: Reducing Estate and Trust Litigation Through Disclosure, In *Terrorem Clauses, Mediation and Arbitration*, *Cardozo J. Conflict Resol.* 9 (2008), 237–266.
- Bleistein, Romana/Degenhart, Christoph*: Sportschiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, *NJW* 2015, 1353–1357.
- Blume, Wilhelm v.*: Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band V/1: Erbrecht, Berlin, Leipzig 1913.
- Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan/Nacimiento, Patricia (Hrsg.): *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn, New York 2015.
- Bonilini, Giovanni*: La disposizione arbitrale, in: ders. (Hrsg.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Band II: La successione testamentaria, Mailand 2009, S. 887–906.
- Bonomi, Andrea/Wautelet, Patrick (Hrsg.): *Le droit européen des successions: Commentaire du Règlement n°650/2012 du 04 juillet 2012*, 2. Aufl., Brüssel 2016.
- Bork, Reinhard*: Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO), *ZZP* 100 (1987), 249–272.
- : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Born, Gary B.*: *International commercial arbitration*, Band 1, 2. Aufl., Alphen 2014.
- Bornhak, Conrad*: Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte, *ZZP* 30 (1902), 1–46.
- Bosquez-Hernández, Gerardo J.*, *Arbitration Clauses in Trusts*, <http://www.indret.com/pdf/559_en.pdf> (Stand: 21.11.2019).
- Braun, Alexandra*: Will-Substitutes in England and Wales, in: Braun, Alexandra/Röthel, Anne (Hrsg.), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, Portland 2016, S. 51–77.
- Braun, Alexandra/Röthel, Anne*: Exploring Means of Transferring Wealth at Death: A Comparative Perspective, in: dies. (Hrsg.), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, Portland 2016, S. 323–367.
- Brekoulakis, Stavros L.*: *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford 2010.
- Brownbill, David*: Arbitration of trust disputes, *Trusts & Trustees* 20 (2014), 30–36.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Erbrecht, 28. Aufl., München 2018.
- Brunet, Edward J./Speidel, Richard E./Sternlight, Jean R./Ware, Stephen J.*: *Arbitration Law in America: A Critical Assessment*, Cambridge 2012.
- Bruns, Alexander*: Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen: Nobile Officium oder Rechtspflicht?, in: Tichý, Lubos/Holländer, Pavel/Bruns, Alexander (Hrsg.), *Oduvodnení soudního rozhodnutí/Begründung von Gerichtsentscheidung*, Prag 2011, S. 471–483.
- : Die zivilprozessuale Dimension der Justizgewährleistung, in: *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Band I, hrsg. von Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim u. a., Tübingen 2013, S. 257–271.

- Bruyere, Michael P./Marino, Meghan D.*: Mandatory Arbitration Provisions: A Powerful Tool to Prevent Contentious and Costly Trust Litigation, but Are They Enforceable, *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 42 (2007), 351–366.
- Budcikiewicz, Christine*: Die letztwillige Verfügung als Mittel postmortaler Verhaltenssteuerung: Zur Beschränkung der Testierfreiheit durch zwingendes Gesellschaftsrecht, *AcP* 209 (2009), 354–397.
- Burchard, Johann F.*: Testamentarische Schiedsgerichtsklauseln und Pflichtteilsansprüche, *ZEV* 2017, 308–313.
- : Anm. zu OLG München, 25.10.2017 – 18 U 1202/17, *ZEV* 2018, 98–99.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung prae-ter legem, 2. Aufl., Berlin 1983.
- : *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*, Berlin 1999.
- Carbonneau, Thomas E.*: *The Law and Practice of United States Arbitration*, 6. Aufl., Huntington, New York 2018.
- Caspers, Paul*: *Der Güte- und Schiedsgedanke im kirchlichen Zivilgerichtsverfahren: Eine kirchenrechtliche Untersuchung über das Wesen der episcopalis audientia*, zugl. Diss. Univ. Mainz 1954, Düsseldorf 1954.
- Catala, Pierre*: Arbitrage et patrimoine familial, *Rev. arb.* 1994, 279–294.
- Chrobak, Lennart*: *Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen*, zugl. Diss. Univ. Zürich 2017, Zürich, Basel, Genf 2018.
- Clark, John D.*: Required Arbitration of Trust Disputes: Enforcing Settlor’s Intent, *Ohio Prob. L.J.* 24 (2014), 343–346.
- Cogliolo, Pietro*: La clausola arbitrale nei testamenti: Il giudice familiare, in: *Scritti varii di diritto privato*, Band II, 2. Aufl., Turin 1917, S. 275–283.
- Cohen, Lawrence/Poole, Johanna*: Trust arbitration – is it desirable and does it work?, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 324–331.
- Coing, Helmut*: *Europäisches Privatrecht*, Band I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985.
- Conaglen, Matthew*: The Enforceability of Arbitration Clauses in Trusts, *Cambridge L.J.* 74 (2015), 450–479.
- : Trust Arbitration Clauses, in: Nolan, Richard C./Low, Kelvin F. K./Tang, Hang W. (Hrsg.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge 2018, S. 76–129.
- Corbett, James*: Jurisdiction and Cross Border Issues, in: Collins, Sara/Kempster, Steven/McMillan, Morven u. a. (Hrsg.), *International Trust Disputes*, Oxford 2012.
- Crezelius, Georg*: Schiedsgerichte und Erbrecht, in: *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Aderhold, Lutz/Grünwald, Barbara/Klingberg, Dietgard u. a., Köln 2008, S. 161–173.
- Cugusi, Ignazio*: La clausola arbitrale nel testamento, *Il Filangieri* 1905, 422–431.
- : La clausola arbitrale nel testamento (continuazione e fine), *Il Filangieri* 1905, 514–525.
- Czermak, Peter*: *Der express trust im internationalen Privatrecht*, zugl. Diss. Univ. München 1986, Frankfurt am Main 1986.
- Czernich, Dietmar*: Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: *Festschrift für Bernhard Eccher*, hrsg. von Schurr, Francesco A./Umlauft, Manfred, Wien 2017, S. 275–292.
- Damrau, Jürgen*: Anm. zu LG Hamburg, 8.7.1985 – 72 O 329/84, *EWiR* 1985, 815–816.

- Dardel, Daniela*: Trust in Arbitration: Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit in trust-rechtlichen Angelegenheiten, zugl. Diss. Univ. Zürich 2018, Zürich 2019.
- Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band V/1: Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin 1974; zitiert als: *RGRK-Bearbeiter*.
- Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band V/2: Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin 1975; zitiert als: *RGRK-Bearbeiter*.
- Dawirs, Philipp*: Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren: Gestaltungsmöglichkeiten, zugl. Diss. Univ. Münster 2012/2013, Berlin 2014.
- De Boor, Hans O.*: Zur Lehre vom Schiedsspruch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Zugleich ein Beitrag zum Testamentsvollstreckungsrecht, *Judicium I* (1928/29), 261–311.
- Deckherr, Johannes*: *Vindiciae pro veritate et justitia rei jurisque cameralis: In notis et animadversionibus ad Jacobi Blumii Processum Cameralem, ejusque titulos XXX priores*, Francofurti ad Moenum 1689.
- Delaney, Nancy E./Byer, Jonathan/Schwartz, Michael S.*: *Reitz v. Rachal and the Evolution of the Enforceability of Arbitration Clauses in Estate Planning Documents*, *Prob. & Prop.* 27 (2013), 13–17.
- Dernburg, Heinrich*: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Band I, 2. Aufl., Halle 1871.
- : Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Band III, Halle 1880.
- : Pandekten, Band I: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, Berlin 1884.
- Di Fini, Gianfranco*: Pellegrini (Peregrinus), Marco Antonio, in: Birocchi, Italo/Cortese, Ennio/Mattone, Antonello u. a. (Hrsg.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII–XX secolo)*, Band II, Bologna 2013.
- Distler, Wolfram*: Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, zugl. Diss. Univ. München 2000, Frankfurt a.M. 2000.
- Döbereiner, Christoph*: Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung, Teil I, *MittBayNot* 2013, 358–366.
- : Frankreich, in: Süß, Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015.
- Dörner, Heinrich*: Der Trust im deutschen Internationalen Privatrecht, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *Le trust en droit international privé: Perspectives suisses et étrangères*, Genf 2005, S. 73–91.
- Dörner, Heinrich/Lagarde, Paul*: Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechts und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, in: Deutsches Notarinstitut (Hrsg.), *Les successions internationales dans l'UE: Perspectives pour une harmonisation*, Würzburg 2004, S. 169–330.
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.): *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, Band I, 2. Aufl., Tübingen 2013.
- Dreier, Horst (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar*, Band II, 3. Aufl., Tübingen 2015.
- (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar*, Band III, 3. Aufl., Tübingen 2018.
- Dutta, Anatol*: Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union: Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, *FamRZ* 2013, 4–15.
- Dutta, Anatol/Weber, Johannes (Hrsg.): *Internationales Erbrecht: EuErbVO, erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, München 2016.

- Dütz, Wilhelm*: Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht: Zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit, zugl. Habil. Univ. Münster 1969, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970.
- Ebbing, Frank*: Satzungsmäßige Schiedsklauseln, NZG 1999, 754–757.
–: Private Zivilgerichte: Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung, zugl. Habil. Univ. Bayreuth 2002, München 2003.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung, zugl. Habil. Univ. Potsdam 1999/2000, Tübingen 2000.
- Eccher, Bernhard*: Erbrecht, 6. Aufl., Wien 2016.
- Elsing, Siegfried H.*: Schiedsrichterliche Unabhängigkeit – Vorurteile und Wirklichkeit, SchiedsVZ 2019, 16–23.
- English, David M.*: Arbitration and the United States Uniform Trust Code, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law, Oxford 2016, S. 143–149.
- Epping, Manja*: Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, zugl. Diss. Univ. München 1998, München 1999.
- Erman, Walter (Begr.): BGB, 15. Aufl., Köln 2017; zitiert als: *Erman-Bearbeiter*.
- Farge, Michel*: L'arbitrage et le contentieux familial international: deux mondes que pourraient se rapprocher?, in: Mélanges offerts à Geneviève Pignarre: Un droit en perpétuel mouvement, Paris 2018, S. 323–351.
- Fasching, Hans W./Konecny, Andreas (Hrsg.): Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band IV/2: §§ 577–618 ZPO, 3. Aufl., Wien 2016.
- Feder, David J./Sitkoff, Robert H.*: Revocable Trusts and Incapacity Planning: More than Just a Will Substitute, Elder L.J. 24 (2016), 1–48.
- Festi, Fiorenzo*: Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori, Riv. trim. dir. proc. civ. 2002, 809–834.
- Fischer-Dieskau, Christian*: Die kollisionsrechtliche Behandlung von Living und Testamentary Trusts: Ein Beitrag zum internationalen Privatrecht der juristischen Person, Diss. Univ. Bonn 1967.
- Fox, David*: Non-excludable trustee duties, Trusts & Trustees 17 (2010), 17–26.
- Franck, Jens-Uwe*: Erb- und Familienrecht, in: Möslin, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 309–351.
- Frank, Jan-Hendrik/Leithold, Steffen*: Die Ermittlung des anwendbaren Erbrechts im deutsch/US-amerikanischen Erbfall nach der EuErbVP, ZEV 2014, 462–469.
- Friedenthal, Jack H./Kane, Mary K./Miller, Arthur R.*: Civil Procedure, 4. Aufl., St. Paul 2005.
- Friedenthal, Jack H./Miller, Arthur R./Sexton, John E./Hershkoff, Helen*: Civil Procedure: Cases and Materials, 11. Aufl., St. Paul 2013.
- Frieling, Tino*: Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, zugl. Diss. Bucerius Law School 2016, Tübingen 2017.
- Fries, Martin/Lenz-Brendel, Nina/Roglmeier, Julia*: Mediation in Erbstreitigkeiten, ZErB 2018, 53–59.
- Frühau, Gerd*: Die Austrägalgerichtsbarkeit im Deutschen Reich und im Deutschen Bund, zugl. Diss. Univ. Hamburg 1976, München 1976.
- Gal, Jens*: Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, zugl. Diss. Univ. Frankfurt a. M. 2008, Tübingen 2009.

- Gallanis, Thomas P.*: Uniform Trust and Estate Statutes, Edition 2017–2018, St. Paul 2017.
- : Will-Substitutes: A US Perspective, in: Braun, Alexandra/Röthel, Anne (Hrsg.), Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective, Oxford, Portland 2016, S. 9–29.
- García Pérez, Carmen*: El arbitraje testamentario: Estudio del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1998, Valencia 1999.
- Garner, Bryan A.*: Estoppel, in: ders. (Hrsg.), Black's Law Dictionary, 10. Aufl., St. Paul 2014.
- Gaupp, Ludwig*: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band II, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1892.
- Geimer, Reinhold*: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: Schlosser, Peter (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz: Die Organisation der Rechtsberatung; Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, Bielefeld 1994, S. 113–199.
- : Nichtvertragliche Schiedsgerichte, in: Grenzüberschreitungen: Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bachmann, Birgit/Breidenbach, Stephan/Coester-Waltjen, Dagmar u. a., Tübingen 2005, S. 197–214.
- : Entlassung des Testamentsvollstreckers durch ein vom Erblasser eingesetztes Schiedsgericht, in: Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, hrsg. von Dammann, Jens/Grunsky, Wolfgang/Pfeiffer, Thomas, München 2011, S. 371–375.
- : Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Köln 2015.
- : Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 421.
- Gengler, Heinrich G. P.*: Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Band II, Erlangen 1862.
- Gilfrich, Stephanie U.*: Schiedsverfahren im Scheidungsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des US-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht, zugl. Diss. Univ. Mainz 2006, Tübingen 2007.
- Glück, Christian F.*: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Band VI/1, Erlangen 1800.
- Gockel, Rüdiger*: Anm. zu OLG Frankfurt, 4.5.2012 – 8 U 62/11, ZErB 2013, 304–306.
- Gockel, Stefanie*: Schiedsgerichtsbarkeit in Erbstreitigkeiten, in: Beckervordersandfort, Ansgar (Hrsg.), Gestaltungen zum Erhalt des Familienvermögens, Bonn 2016, § 11.
- Goebel, Joachim*: Drittbestimmung des Unternehmensnachfolger-Erben?: Eine Rückbesinnung auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung zur materiellen Höchstpersönlichkeit des Testaments, DNotZ 2004, 101–118.
- Gohren, Otto*: Ursprung und weitere Ausbildung der Austrägalinstanz in Deutschland, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 18 (1858), 1–28.
- Goldman, Robert W.*: Simplified Trial Resolution: High Quality Justice in a Kinder, Faster Environment, Annual Heckerling Institute on Estate Planning 41 (2007), 1600–1609.
- : ACTEC's Simplified Trial Resolution Option with Model Laws and Clauses, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law, Oxford 2016, S. 74–98.
- González-Bueno, Carlos* (Hrsg.): Comentarios a la Ley de Arbitraje, Madrid 2014.
- (Hrsg.): The Spanish Arbitration Act: A Commentary, Madrid 2016.
- Gößling, Sebastian*: Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Die Bedeutung der Rom I-Verordnung bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts durch internationale Handelsschiedsgerichte mit Sitz in der EU, zugl. Diss. Univ. Münster 2017, Tübingen 2019.
- Gottwald, Peter/Nagel, Heinrich*: Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013.

- Grötsch, Paul*: Die Schiedsgerichtsklausel (§ 1066 ZPO), in: Groll, Klaus M./Steiner, Anton (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl., Köln 2015, S. 921–935.
- Gruber, Urs P.*: Pflichtteilsrecht und Nachlassspaltung, ZEV 2001, 463–469.
- Grunsky, Wolfgang*: Letztwillige Schiedsgerichte, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Aderhold, Lutz/Grünwald, Barbara/Klingberg, Dietgard u. a., Köln 2008, S. 255–266.
- Haas, Ulrich*: Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, zugl. Diss. Univ. Regensburg 1989/90, Berlin 1991.
- : Zur Einführung von Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in Vereinen: Besprechung des Urteils BGH WM 2000, 957, ZGR 2001, 325–349.
- : Beruhen Schiedsabreden in Gesellschaftsverträgen nicht auf Vereinbarungen i.S. des § 1066 ZPO oder vielleicht doch?, SchiedsVZ 2007, 1–10.
- : Letztwillige Schiedsverfügungen i. S. des § 1066 ZPO, ZEV 2007, 49–55.
- : Schiedsgerichte in Erbsachen und das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, SchiedsVZ 2011, 289–301.
- : Anm. zu BGH, 16.3.2017 – I ZB 49/16; BGH 16.3.2017 – I ZB 50/16; BGH 17.5.2017 – IV ZB 25/16, SchiedsVZ 2018, 49–52.
- Haas, Ulrich/Brosi, Jeffrey*: Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ZZPInt 21 (2016), 323–349.
- Habscheid, Walther J.*: Schiedsverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66 (1953), 188–209.
- : Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.
- Hahn, Carl* (Hrsg.): Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Band II/1, Berlin 1880.
- Hahnkamper, Wolfgang*: Letztwillig angeordnete Schiedsgerichte, *ecolex* 2017, 850–855.
- Haidlen, Oskar*: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band IV: Mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Berlin, Leipzig 1897.
- Hammer, Gottfried*: Das Prinzip der Freiwilligkeit als Fundamentalsatz der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: Fairness, justice, equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag, hrsg. von Schütze, Rolf A., München 2017, S. 169–177.
- Happe, K. M.*: Schiedsgerichtsklauseln im Testament, in: Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, S. 85–94.
- Harder, Florian*: Das Schiedsverfahren im Erbrecht: Die Besonderheiten der Zulässigkeit und der Durchführung eines privaten Schiedsverfahrens bei der Erbauseinandersetzung aufgrund letztwilliger Schiedsklausel oder Schiedsvereinbarung, zugl. Diss. Univ. Mainz 2006, Berlin 2007.
- Harder, Manfred*: Gibt es gesetzliche Vermächtnisse?, NJW 1988, 2716–2717.
- Harris, Jonathan*: The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues, Oxford 2002.
- Häsemeyer, Ludwig*: Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln 2007.
- Hausmann, Rainer*: Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten: Bindung an die Rom-I-VO oder Sonderkollisionsrecht, in: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann, hrsg. von Kronke, Herbert/Thorn, Karsten, Bielefeld 2011, S. 971–986.

- : Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, in: Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl., Köln 2015, Teil 8.
- Hay, Peter*: The Law of the United States: An Introduction, New York 2017.
- Hay, Peter/Borchers, Patrick J./Symeonides, Symeon C./Whytock, Christopher A.*: Conflict of Laws, 6. Aufl., St. Paul 2018.
- Heermann, Peter W.*: Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2014, 66–79.
- Heinze, Stefan*: Anm. zu OLG Karlsruhe, 28.7.2009 – 11 Wx 37/09, RNotZ 2009, 663–666.
- Hellfeld, Johann A.*: Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem: In usum auditorii proposita, 2. Aufl., Jena 1766.
- Helmholz, Richard H.*: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s, Oxford 2004.
- Helms, Tobias*: Vermächtnis, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II: Kauf – Zwingendes Recht, Tübingen 2009, S. 1643–1647.
- Henke, Angela*: Verfassungsrechtliche Anforderungen an fachgerichtliche Prozesskostenhilfeentscheidungen, ZJP 123 (2010), 193–228.
- Henn, Günter*: Schiedsverfahrensrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Heidelberg 2000.
- Herbert, Marc*: Trust Arbitration in England and Wales: The Trust Law Committee, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law, Oxford 2016, S. 228–255.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- Hesselbarth, Franziska*: Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts: Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit und den Anforderungen an das Schiedsverfahrensrecht gem. §§ 1025 ff. ZPO, zugl. Diss. Univ. Jena 2004, Lichtenberg 2004.
- Hirshberg, Rachel M.*: You Can't Have Your Trust and Defeat It Too: Why Mandatory Arbitration Provisions in Trusts Are Enforceable, and Why State Courts Are Getting It Wrong, J. Disp. Resol. 2013, 213–231.
- Holdsworth, William*: A History of English Law, Band XIV, London 1964.
- Hommerich, Christoph/Prütting, Hanns/Ebers, Thomas/Lang, Sonja/Traut, Ludger*: Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis: Evaluation ZPO-Reform, Köln 2006.
- Hopt, Klaus J./Steffek, Felix*: Mediation: Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme, in: dies. (Hrsg.), Mediation: Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen 2008, S. 3–102.
- Horn, Ewald*: Die Disputationen und Promotionen an den Deutschen Universitäten vornehmlich seit dem 16. Jahrhundert: Mit einem Anhang enthaltend ein Verzeichnis aller ehemaligen und gegenwärtigen deutschen Universitäten, Leipzig 1893.
- Horn, Hans-Detlef*: Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V: Grundrechte in Deutschland, Einzelgrundrechte 2, Heidelberg 2013, § 132.
- Horn, Norbert*: Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2008, 209–222.

- Horton, David*: The Federal Arbitration Act and Testamentary Instruments, N.C. L. Rev. 90 (2012), 1027–1090.
- : In Partial Defense of Probate: Evidence from Alameda County, California, Geo. L.J. 103 (2015), 605–664.
- : Donative Trusts and the United States Federal Arbitration Act, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), *Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law*, Oxford 2016, S. 203–227.
- : The Limits of Testamentary Arbitration, Fla. L. Rev. Forum 68 (2016), 1–11.
- Horwitz, Henry/Oldham, James*: John Locke, Lord Mansfield, and Arbitration During the Eighteenth Century, Hist. J. 36 (1993), 137.
- Höver, Karl*: Zum Erbscheinsverfahren, DFG 1936, 28–32.
- Huber, Peter*: Schiedsvereinbarungen im Scheidungsrecht, SchiedsVZ 2004, 280–288.
- Hülskötter, Tim*: Anm. zu EGMR, 4.10.2018 – Nr. 40575/10 und 67474/10, SpuRt 2018, 261–263.
- Hunter, Martin J.*: Arbitration procedure in England: Past, present and future, Arb. Int'l 1 (1985), 82–102.
- Illmer, Martin*: Der Arglisteinwand an der Schnittstelle von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, zugl. Diss. Univ. Mainz 2006, Tübingen 2007.
- Jahnel, Werner/Sykora, Daniel/Glatthard, Niklaus*: Arbitration in matters of succession with special consideration of the Regulation (EU) No. 650/2012, b-Arbitra 2015, 41–66.
- Janin, Blaine C.*: The Validity of Arbitration Provisions in Trust Instruments, Cal. L. Rev. 55 (1967), 521–534.
- Jansen, Nils*: „Tief ist der Brunnen der Vergangenheit“: Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik, ZNR 27 (2005), 202–228.
- : Testamentary Formalities in Early Modern Europe, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Testamentary Formalities*, Oxford 2011, S. 27–49.
- Jauernig, Othmar* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Rom-I-, Rom-II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO, 17. Aufl., München 2018; zitiert als: *Jauernig-Bearbeiter*.
- Jaworski, Leon*: The Will Contest, Baylor L. Rev. 10 (1958), 87–101.
- Jestaedt, Thomas*: Schiedsverfahren und Konkurs, zugl. Diss. Univ. München 1984, Berlin 1985.
- Jones, Grant/Pexton, Peter*: ADR and Trusts: An international guide to arbitration and mediation of trust disputes, London 2014.
- Junker, Abbo*: Internationales Privatrecht, 3. Aufl., München 2019.
- K. u. K. Justizministerium (Hrsg.): *Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen*, Wien 1897.
- Kahlert, Heiner*: Vertraulichkeit im Schiedsverfahren: Eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen, zugl. Diss. Univ. Zürich 2015, Tübingen 2015.
- Kaser, Max*: Das römische Privatrecht, Band II: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. neubearb. Aufl. mit Nachtr. zum 1. Abschnitt, München 1975.
- Kaser, Max/Hackl, Karl*: Das römische Zivilprozessrecht, 2. vollst. überarb. und erw. Aufl., München 1996.

- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian*: Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch, 21. Aufl., München 2017.
- Katzen, Erin*: Arbitration Clauses in Wills and Trusts: Defining the Parameters for Mandatory Arbitration of Wills and Trusts, *Quinnipiac Prob. L. J.* 24 (2011), 118–136.
- Kees, Jörg*: Grenzen der Zulässigkeit von Schiedsgerichtsklauseln in Vereinssatzungen: Insbesondere: Die Verbindlichkeit von Schiedsgerichtsklauseln, die für Rechtsstreitigkeiten unter Mitgliedern die Zuständigkeit der Vereinsschiedsgerichtsbarkeit bestimmen, Diss. Univ. Hamburg 1960.
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus*: Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004.
- Keim, Christopher*: Die Grenzen letztwilliger Schiedsklauseln, *NJW* 2017, 2652–2655.
- Kéry, Lotte*: Geistliche Gerichtsbarkeit, in: Cordes, Albrecht/Lück, Heiner/Werkmüller, Dieter u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band II: Geistliche Gerichtsbarkeit – Konfiskation, 2. Aufl., Berlin 2012.
- Kipp, Theodor*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band V: Das Erbrecht, 8. Aufl., Marburg 1930.
- Kipp, Theodor/Coing, Helmut*: Erbrecht, 14. Aufl., Tübingen 1990.
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, zugl. Habil. Hochschule Speyer 1985, Berlin 1987.
- Kirchhof, Paul*: Erbrecht, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band V: Grundrechte in Deutschland, Einzelgrundrechte 2, Heidelberg 2013, § 112.
- Kisch, Wilhelm*: Anm. zu RG, 30.10.1924 – VI 106/24, *JW* 1925, 2608.
- Kischel, Uwe*: Rechtsvergleichung, München 2015.
- Kistler, Hansjörg*: Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, zugl. Diplomarbeit Univ. Zürich 1998, Zürich 1999.
- Kleinschmidt, Jens*: Die Widerklagen gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, *SchiedsVZ* 2006, 142–150.
- : Delegation von Privatautonomie auf Dritte: Zulässigkeit, Verfahren und Kontrolle von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen Dritter im Schuld- und Erbrecht, zugl. Habil. Bucerius Law School 2012, Tübingen 2014.
- Klinefelter, Stanard T./Gohn, Sandra P.*: Alternative Dispute Resolution: Its Value To Estate Planners, *Est. Plan.* 22 (1995), 147–154.
- Kohler, Rudi*: Letztwillige Schiedsklauseln, *DNotZ* 1962, 125–135.
- Kölbl, Angela*: Schiedsklauseln in Vereinssatzungen, zugl. Diss. Univ. Marburg 2003, Berlin 2004.
- Koller, Christian*: Die Schiedsvereinbarung, in: Liebscher, Christoph/Oberhammer, Paul/Rechberger, Walter H. (Hrsg.), *Schiedsverfahrensrecht*, Band I, Wien 2012, S. 91–338.
- Kollmeyer, Daniel*: Umdeutung unwirksamer Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten, *NJW* 2018, 662–665.
- König, Ute*: Zur Bestimmung des Schiedsvertragsstatuts bei fehlender Gesetzesgrundlage nach Inkrafttreten der Rom I-Verordnung, *SchiedsVZ* 2012, 129–133.
- Kourlis, Rebecca L./Kauffman, Brittany K.T.*: The American Civil Justice System: From Recommendations to Reform in the 21st Century, *U. Kan. L. Rev.* 61 (2013), 877–892.
- Krause, Hermann*: Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, Berlin 1930.

- Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius v.*: Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii: Worinn derselbe sowohl mit den gemeinen, als ehemalig-statutarischen Gerichts-Ordnungen und Rechten genau collationiert, mithin nicht nur der Unterschied inter Jus vetus & novum, samt denen Fontibus, woraus das Letztere geschöpft worden, angezeigt, sondern auch dieses mit Beyfügung der bey denen Höchsten Reichs-Gerichten üblicher Praxi in ein mehreres Licht gesetzt wird, München 1755.
- : *Compendium Codicis Bavarici*: Reprint der Ausgabe von 1768, Reprint d. Ausg. München 1768, München 1990.
- Kremer, Michael J.R./Weimann, Thomas*: Die Einrede der verarmten Partei – ein Ausweg aus der Schiedsvereinbarung oder bloße Verzögerungstaktik?, MDR 2004, 181–184.
- Kreß, Hugo*: Die Erbgemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903.
- Kröll, Stefan*: Die Entwicklung des Schiedsrechts 2017, NJW 2018, 836–839.
- Kropholler, Jan*: Internationales Privatrecht: Einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl., Tübingen 2006.
- Kroppenber, Inge*: Privatautonomie von Todes wegen: Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden, zugl. Habil. Univ. Mainz 2005/2006, Tübingen 2008.
- Krug, Walter*: Schiedsgerichtsklausel in letztwilligen Verfügungen, in: Tanck, Manuel/Krug, Walter (Hrsg.), *Anwaltformulare Testamente: Muster – Checklisten – Erläuterungen*, 5. Aufl., Bonn 2015, § 18.
- Künzle, Hans R.*: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2009–2010), *successio* 2010, 281–293.
- Lachmann, Jens-Peter*: Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Köln 2008.
- Langbein, John H.*: Living Probate: The Conservatorship Model, *Mich.L.Rev.* 77 (1978), 63–85.
- : The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession, *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 1108–1141
- : The German Advantage in Civil Procedure, *U. Chi. L. Rev.* 52 (1985), 823–866.
- : Will Contestes, *Yale L.J.* 103 (1994), 2039–2048.
- : The Contractarian Basis of the Law of Trusts, *Yale L.J.* 105 (1995), 625–675.
- : The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce, *Yale L.J.* 107 (1997), 165–189.
- : Why Did Trust Law Become State Law in the United States, *Ala. L. Rev.* 58 (2007), 1069–1082.
- : Major Reforms of the Property Restatement and the Uniform Probate Code: Reformation, Harmless Error, and Nonprobate Transfers, *ACTEC L.J.* 38 (2012), 1–21.
- Langbein, John H./Lerner, Renée L./Smith, Bruce P.*: *History of the common law: The development of Anglo-American legal institutions*, Austin 2009.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: *Erbrecht*, 5. Aufl., München 2001.
- Lange, Knut W.*: Letztwillig angeordnete Schiedsklauseln, *ZZP* 128 (2015), 407–430.
- : *Erbrecht*, 2. Aufl., München 2017.
- : Letztwillige Schiedsklauseln in der jüngsten Rechtsprechung, *ZEV* 2017, 1–6.
- : Anm. zu OLG Stuttgart, 7.11.2016 – 8 W 166/16, *ZEV* 2017, 273–274.
- Larenz, Karl*: *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987.
- : *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin 1991.

- Le Poidevin, Nicholas*: Arbitration and trusts: can it be done?, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 307–315.
- Lehmann, Matthias/Grimm, Alexander*: Zulässigkeit asymmetrischer Gerichtsstandsvereinbarungen nach Artikel 23 Brüssel I-VO: Urteil der französischen Cour de cassation vom 26. September 2012, *ZEuP* 2013, 890–904.
- Leipold, Dieter*: Erbrecht: Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 21. Aufl., Tübingen 2016.
- Leisner, Walter*: Erbrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 175.
- Leithold, Steffen*: Die kollisionsrechtliche Qualifikation des zur Nachlassplanung verwendeten inter vivos trust, *FamRZ* 2015, 709–715.
- Leuenberger, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice*: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.
- Leyser, Augustin v.*: *Meditationes ad Pandectas*, Band I, Halae 1772.
- Lindheim, Alfred v.*: *Das Schiedsgericht im modernen Civilprocesse*, Wien 1891.
- Lionnet, Klaus/Lionnet, Annette*: *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl., Stuttgart 2005.
- Loening, Edgar*: *Die Autonomie der standesherrlichen Häuser Deutschlands nach dem Rechte der Gegenwart: Denkschrift im Auftrag des Vereins der Deutschen Standesherrn*, Halle 1905.
- Lorca Navarrete, Antonio M.*: *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastian 2004.
- Lübcke, Tobias*: EuErbVO: Problemfelder im Rahmen der internationalen Zuständigkeit bei Vorliegen einer Rechtswahl durch den Erblasser, *GPR* 2015, 111–118.
- Lübtow, Ulrich v.*: *Erbrecht, Band I: Eine systematische Darstellung*, Berlin 1971.
- Madoff, Ray D.*: *Immortality and the Law: The Rising Power of the American Dead*, New Haven 2010.
- Maitland, Frederic W.*: *The Unincorporate Body*, in: Fisher, Herbert A. L. (Hrsg.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Band III, Reprint der Ausgabe Cambridge 1911, Buffalo 1981, S. 271–284.
- Maleki, Navideh*: *Islamische Schiedsgerichtsbarkeit*, zugl. Diss. Univ. Bonn 2016, Berlin 2016.
- Mankowski, Peter*: Rom I-VO und Schiedsverfahren, *RIW* 2011, 30–44.
- : Schiedsgerichte und die Verordnungen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, in: *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, hrsg. von Kronke, Herbert/Thorn, Karsten, Bielefeld 2011, S. 1012–1028.
- : § 1051 ZPO und die europäischen IPR-Verordnungen, in: *Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag*, hrsg. von Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C., München 2014, S. 369–385.
- : Erbrechtliche Schiedsgerichte in Fällen mit Auslandsbezug und die EuErbVO, *ZEV* 2014, 395–400.
- Mann, Bruce H.*: *The Formalization of Informal Law: Arbitration Before the American Revolution*, *N.Y.U. L. Rev.* 59 (1984), 443–481.
- Marshall, Brooke A.*: *Imbalanced Jurisdiction Clauses under the Lugano Convention: Judgement of the French Cour de Cassation of 25 March 2015*, *ZEuP* 2016, 515–527.
- Martens, Frank*: *Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte*, zugl. Diss. Univ. Kiel 2004, Frankfurt am Main 2005.

- Matscher, Franz*: Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK, in: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, hrsg. von Habscheid, Walther J./Schwab, Karl Heinz, Münster 1987, S. 227–245.
- Matthiass, Bernhard*: Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts: Festgabe der Rostocker Juristenfakultät zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum von Bernhard Windscheid, Rostock 1888.
- Mauerhofer, Marc A.*: Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, 375–403.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.): Grundgesetz: Kommentar, hrsg. von Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H., 85. Ergänzungslieferung, München 2018; zitiert als: *Maunz/Dürig-Bearbeiter*.
- Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*: Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74 (2010), 522–720.
- Mayer, Bernhard*: Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht: Eine historisch-dogmatische vergleichende Darstellung, Erlangen 1888.
- Mayer, Jörg*: Der beschränkte Pflichtteilsverzicht, *ZEV* 2000, 263–268.
- Mayr, Peter G.*: Schiedsklauseln in Vereinsstatuten, *RdW* 2007, 331–337.
- McGovern, William M./Kurtz, Sheldon F./English, David/Gallanis, Thomas P.*: Wills, Trusts, and Estates: Including Taxation and Future Interests, 5. Aufl., St. Paul 2017.
- McGuire, Mary-Rose*: Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht?: Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO, *SchiedsVZ* 2011, 257–267.
- Meder, Stephan*: *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, 2. Aufl., Tübingen 2009.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016.
- Meier, Sonja*: Historisch-kritisches Kommentieren am Beispiel des HKK, *ZEuP* 2011, 537–546.
- Merkin, Robert*: *Arbitration Law*, London 2004.
- Merkin, Robert/Flannery, Louis*: *Arbitration Act 1996*, 5. Aufl., Oxford 2014.
- Meurer, Nils*: Die Entwicklung der Austrägalgerichtsbarkeit bis zur Reichskammergerichtsordnung von 1495, in: Baumann, Anette/Oestmann, Peter/Wendehorst, Stephan u. a. (Hrsg.), *Prozesspraxis im Alten Reich: Annäherungen, Fallstudien, Statistiken*, Köln 2005, S. 17–52.
- Michaels, Ralf*: Rechtsvergleichung, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band II: Kauf – Zwingendes Recht, Tübingen 2009, S. 1265–1269.
- Mignogna, Steven K.*: Increasing Enforceability of Mandatory Arbitration Clauses in Wills and Trusts: Can a testator or settlor require parties to submit disputes to alternative dispute resolution?, *New Jersey Law Journal*, 29.7.2013.
- Moglen, Eben*: Commercial Arbitration in the Eighteenth Century: Searching for the Transformation of American Law, *Yale L.J.* 93 (1983), 135–152.
- Moser, Johann J.*: *Von der Teutschen Justiz-Verfassung*, Franckfurt, Leipzig 1774.
- Mugdan, Benno* (Hrsg.): *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band V: Erbrecht, Berlin 1899.
- Mühlenbruch, Christian F.*: *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Band XLIII, Erlangen 1843.

- : Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, Nachdruck der 3. Aufl. 1840, Frankfurt a.M. 1983.
- : Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, Nachdruck der 3. Aufl. 1840, Frankfurt a.M. 1983.
- Münch, Joachim*: Die Schiedsbindung als Prozeßeinrede, in: *Fairness, justice, equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, hrsg. von Schütze, Rolf A., München 2017, S. 461–480.
- : Schiedsverfahren mit Verzicht auf Staatskontrolle – zum Residualschutz der fair-trial-Maxime, *SchiedsVZ* 2017, 114–119.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 8. Aufl., München 2018; zitiert als: *MüKo-BGB-Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 7. Aufl., München 2016; zitiert als: *MüKo-BGB-Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band X: Erbrecht, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 7. Aufl., München 2017; zitiert als: *MüKo-BGB-Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band XI: Internationales Privatrecht I, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 8. Aufl., München 2018; zitiert als: *MüKo-BGB-Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zum FamFG, Band II: §§ 271–493, Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht in Familiensachen, hrsg. von Rauscher, Thomas, 3. Aufl., München 2019; zitiert als: *MüKo-FamFG-Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I: §§ 1–354, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 5. Aufl., München 2016; zitiert als: *MüKo-ZPO-Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band III: §§ 946–1117, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 5. Aufl., München 2017; zitiert als: *MüKo-ZPO-Bearbeiter*.
- Muñiz-Argüelles, Luis*: Puerto Rico, in: Palmer, Vernon V. (Hrsg.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2. Aufl., Cambridge 2012, S. 381–451.
- Murphy, Stephen W.*: Enforceable Arbitration Clauses in Wills and Trusts: A Critique, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 26 (2011), 627–681.
- Muscheler, Karlheinz*: Die Entlassung des Testamentsvollstreckers, *AcP* 197 (1997), 226–304.
- : Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, *ZEV* 2009, 317–320.
- : Erbrecht, Band II, Tübingen 2010.
- : Die Entscheidung des BGH zur testamentarischen Schiedsklausel für die Entlassung des Testamentsvollstreckers, *ZEV* 2018, 120–123.
- : Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, *hereditare* 8 (2018), 245–252.
- Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut/Grandel, Mathias (Hrsg.), *Familiengerichtliches Verfahren*, 6. Aufl., München 2018; zitiert als: *Musielak/Borth-Bearbeiter*.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): *Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 16. Aufl., München 2019.
- Neumann, Hugo*: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band II, 2. Aufl., Berlin 1900.

- Nicolas, Peter*: Fighting the Probate Mafia: A Dissection of the Probate Exception to Federal Court Jurisdiction, *S. Cal. L. Rev.* 74 (2001), 1479–1548.
- Niklas, Boris*: Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen: Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, zugl. Diss. Univ. Freiburg 2007, Tübingen 2008.
- Nueber, Michael*: Schiedsverfahren von Todes wegen: Gedanken zur testamentarischen Schiedsklausel, *JEV* 2013, 118–124.
- : Letztwillige Schiedsverfahren, in: Gruber, Michael/Kalss, Susanne/Müller, Katharina u. a. (Hrsg.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2. Aufl., Wien 2018, § 25.
- Nussbaum, Arthur*: Liberty of Testation, *A.B.A. J.* 23 (1937), 183–186.
- O’Callaghan Muñoz, Xavier*: El arbitraje en derecho sucesorio, *LNot* 47/48 (2007), 57–69.
- Oberhammer, Paul*: Rechtspolitische Schwerpunkte der Schiedsrechtsreform, in: Kloiber, Barbara/Oberhammer, Paul/Rechberger, Walter H. u. a. (Hrsg.), *Das neue Schiedsrecht: Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006*, Wien 2006, S. 93–144.
- Oertmann, Paul*: Hausgesetzliche Schiedsklauseln und ihre Wirkung gegenüber dritten Personen, *ZZP* 43 (1913), 1–30.
- Oldham, James/Kim, Su J.*: Arbitration in America: The Early History, *Law & Hist. Rev.* 31 (2013), 241–266.
- Orgel, Marc*: Class Arbitration: Von der Gruppenklage zum Gruppenschiedsverfahren und zurück? Eine Untersuchung zum U.S.-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht, zugl. Diss. Univ. Passau 2013, Tübingen 2013.
- Otte, Gerhard*: Die Zulässigkeit testamentarischer Schiedsgerichte, in: *Notar und Rechtsgestaltung: Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats*, hrsg. von der Rheinischen Notarkammer, Köln 1998, S. 241–257.
- : Anm. zu OLG Stuttgart, 19.8.1997 – 8 W 124/97, *ZEV* 1998, 187.
- : Das Elend der Verwirkungsklauseln, in: *Recht als Erbe und Aufgabe: Heinz Holzauer zum 21. April 2005*, hrsg. von Saar, Stefan Chr./Roth, Andreas/Hattenhauer, Christian, Berlin 2005, S. 527–537.
- : Die Schiedsklausel im Erbvertrag des Hauses Hohenzollern, *FamRZ* 2006, 309–312.
- : Offene Fragen testamentarischer Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden 2008, S. 62–78.
- : Rezension zu Harder, *Das Schiedsverfahren im Erbrecht*, *ZEV* 2009, Beilage zu Heft 11, XII.
- Padovini, Fabio*: Testamento e arbitrato, *Rass. dir. civ.* 2012, 106–113.
- Palandt, Otto (Begr.): *Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Nebengesetzen*, hrsg. von Brudermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen/Götz, Isabell/Grüneberg, Christian, 78. Aufl., München 2019; zitiert als: *Palandt-Bearbeiter*.
- Palmer, Vernon V./Borowski, Harry*: Louisiana, in: *Palmer, Vernon V. (Hrsg.), Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2. Aufl., Cambridge 2012, S. 277–353.
- Panzanelli Fratoni, Maria A.*: Alfani, Giovanni Battista, in: *Birocchi, Italo/Cortese, Ennio/Mattone, Antonello u. a. (Hrsg.), Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII–XX secolo)*, Band I, Bologna 2013.
- Papier, Hans-Jürgen*: Justizgewähranspruch, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 176.

- : Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 177.
- Pawlytta, Mark*: Erbrechtliches Schiedsgericht und Pflichtteilsrecht, ZEV 2003, 89–94.
- : Das erbrechtliche Schiedsgericht, in: Scherer, Stephan (Hrsg.), *Münchener Anwalts- handbuch Erbrecht*, 5. Aufl., München 2018, § 68.
- Peel, Edwin/Treitel, Guenter H.*: *The Law of Contract*, 14. Aufl., London 2015.
- Peregrinus, Marcus A.*: *De fideicommissis praesertim universalibus tractatus frequentis- simus*, Francofurt 1599.
- Perillo, Joseph M.*: *Contracts*, 7. Aufl., St. Paul 2014.
- Perlingieri, Giovanni*: La disposizione testamentaria di arbitro: Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento, *Rass. dir. civ.* 2016, 459–516.
- Perrin, Julien*: De l'arbitrabilité des litiges successoraux, *ASA Bulletin* 2006, 417–432.
- Pestalozzi-Früh, Sibylle*: Testamentarische Schiedsklauseln – ein risikoreiches Unter- fangen, *successio* 2011, 170–174.
- Pfander, James E./Downey, Michael J.T.*: In Search of the Probate Exception, *Vand. L. Rev.* 67 (2014), 1533–1580.
- Piotet, Denis*: La clause arbitrale fondée su l'acte à cause de mort et la nouvelle procé- dure civile, *successio* 2011, 164–169.
- Planck, Gottlieb (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Band V: Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1908.
- Pohl, Karl W.*: Mängel bei der Erbschaftsannahme und -ausschlagung, *AcP* 177 (1977), 52–81.
- Prütting, Hanns*: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, in: *Grenzüberschreitungen: Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Bachmann, Birgit/ Breidenbach, Stephan/Coester-Waltjen, Dagmar u. a., Tübingen 2005, S. 705–712.
- Racine, Jean-Baptiste*: *Droit de l'arbitrage*, Paris 2016.
- Radford, Mary F.*: Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 1 (2001), 241–254.
- : Trust Arbitration in The United States Courts, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), *Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law*, Oxford 2016, S. 175–202.
- Rauscher, Thomas (Hrsg.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Band V, 4. Aufl., Köln 2016.
- Rehm, Hermann*: *Die standesherrliche Schiedsgerichtsbarkeit: Ihre Zulässigkeit und ihre Grenzen im heutigen Rechte*, Straßburg 1912.
- Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard*: Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective, in: dies. (Hrsg.), *Testamentary For- malities*, Oxford 2011, S. 432–471.
- Reimann, Wolfgang*: Schiedsgerichtsverfahren im Erbrecht, *FamRZ* 2017, 1295–1299.
- Reimer, Franz*: *Juristische Methodenlehre*, Baden-Baden 2016.
- Reincke, Otto L. K.*: *Die Deutsche Civilprozessordnung*, 3. Aufl., Berlin 1896.
- Richter, Emil L./Friedberg, Emil (Hrsg.): *Corpus iuris canonici*, Nachdruck der Aufl. Leipzig 1879, Graz 1959.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans C.*: *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Köln 2008.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl H./Gottwald, Peter*: *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., Mün- chen 2018.
- Roth, Paul*: *Bayrisches Civilrecht*, Band III, Tübingen 1875.

- Röthel, Anne*: Umgehung des Pflichtteilsrechts, AcP 2012 (212), 157–201.
- : Verfassungsprivatrecht aus Richterhand? – Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit, JuS 2001, 424–429.
- : Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, München 2010.
- : Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 32–66.
- : Englische family provision und ordre public, in: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann, hrsg. von Kronke, Herbert/Thorn, Karsten, Bielefeld 2011, S. 348–363.
- : Erbrecht, 17. Aufl., München 2015.
- Rüede, Thomas*: Gültigkeit von Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: Blessing, Marc (Hrsg.), The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects: A Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference held in Basel on 17 June 1994, Zürich 1994, S. 142–150.
- Rüede, Thomas/Hadenfeldt, Reimer*: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: Nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993.
- Russel, James N., III*: The New Statistics of Estate Planning: Lifetime and Post-Mortem Wills, Trusts, and Charitable Planning, Est. Plan. & Cmty. Prop. L.J. 8 (2015), 1–40.
- Rutledge, Peter B.*: The Testamentary Foundations of Commercial Arbitration, Ohio St. J. on Disp. Resol. 30 (2015), 275–312.
- Ryznar, Margaret/Devaux, Angelique*: Au Revoir, Will Contests: Comparative Lessons for Preventing Will Contests, Nev. L.J. 14 (2013), 1–24.
- Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, 8. Aufl., München 2018.
- Saenger, Ingo (Hrsg.): Zivilprozessordnung: Handkommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Sassi, Andrea*: Testamento e garanzie giurisdizionali, Riv. dir. civ. 2013, 1407–1435.
- Scalise, Ronald J., Jr.*: Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis, Duke J. Comp. & Int'l L. 19 (2008), 41–106.
- : Freedom of Testation in the United States, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Freedom of Testation / Testierfreiheit: Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. bis 17. September 2011 in Trier, Tübingen 2012, S. 143–170.
- Schack, Haimo*: Weiterleben nach dem Tod – juristisch betrachtet, JZ 1989, 609–615.
- : Sonderkollisionsrecht für private Schiedsgerichte, in: Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, hrsg. von Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C., München 2014, S. 511–518.
- : Internationales Zivilverfahrensrecht: Mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht, 7. Aufl., München 2017.
- Schauer, Martin*: Letztwillige Schiedsanordnungen, in: Czernich, Dietmar/Deixler-Hübner, Astrid/Schauer, Martin (Hrsg.), Handbuch Schiedsrecht, Wien 2018, S. 777–797.
- Schiffer, K. Jan*: Erbrechtliche Gestaltung: Letztwillige Schiedsklauseln: Möglichkeiten und Hinweise, BB 1995, Beil. 5, 2–6.
- : Erbrechtliche Gestaltung: Möglichkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, Köln, Berlin, 1996, S. 65–84.
- : Anm. zu LG Heidelberg, 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZErB 2014, 293–295.

- Schiffer, K. Jan/Schürmann, Christoph J.*: Die Anordnung von Schiedsgericht und Mediation in der Verfügung von Todes wegen, hereditare 4 (2014), 39–60.
- Schilf, Sven*: Römische IPR-Verordnungen – kein Korsett für internationale Schiedsgerichte, RIW 2013, 678–692.
- Schlosser, Peter*: Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, München 1972.
- : Schiedsgerichtsbarkeit und Freiwillige Gerichtsbarkeit, in: Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, S. 97–111.
- : Anm. zu OLG München, 25.4.2016 – 34 Sch 12/15, FamRZ 2016, 1313–1314.
- Schloßmann, Alexander S.*: Ueber die letztwillige Schiedsgerichtsklausel: Zugleich ein Beitrag zur Beurtheilung der Frage nach Grenzen der Testirfreiheit, JherJb 37 (1897), 301–326.
- Schlumpf, Michael*: Testamentarische Schiedsklauseln, zugl. Diss. Univ. Zürich 2011, Zürich, St. Gallen 2011.
- Schmidt, Jan P.*: Ausländische Vindikationslegate über im Inland belegene Immobilien – zur Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 lit. I EuErbVO, ZEV 2014, 133–139.
- Schmidt, Karsten*: Statutarische Schiedsklauseln zwischen prozessualer und verbandsrechtlicher Legitimation: Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 1048 ZPO, JZ 1989, 1077–1084.
- : Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.
- : Schiedsklauseln in Personengesellschaftsverträgen, NZG 2018, 121–127.
- Schmitt, Gottfried v.*, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Band II, Berlin 1984.
- Schoepf, Wolfgang A.*: Disputatio juridica de arbitris necessariis, cum primis austregis conventionalibus ac testamentariis, zugl. Diss. Univ. Tübingen 1724, Tubingae 1724.
- Scholz, Philipp*: Digitales Testieren: Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda, AcP 219 (2019), 100–137.
- Scholz, Julius, III.*: Über Testaments-Vollzieher: Besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben, Altenburg 1841.
- Schulze, Jörn-Christian*: Letztwillig eingesetzte Schiedsgerichte, MDR 2000, 314–318.
- : Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO: Eine Betrachtung des Rechts der Schiedsfähigkeit nach der Schiedsverfahrensrechtsreform, zugl. Diss. Univ. Regensburg 2002, Frankfurt a.M. 2003.
- Schütte, Hans-Edgar*: Die Einsetzung von Schiedsgerichten durch die Satzungen juristischer Personen des Privatrechts: Ein Beitrag zur Schiedsgerichtsbarkeit, zugl. Diss. Univ. Regensburg 1969, Augsburg 1969.
- Schütze, Rolf A.*: Zur notariellen Beurkundung von Schiedsvereinbarungen, BB 1992, 1877–1881.
- : Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, 2. Aufl., Berlin 2011.
- : Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl., München 2016.
- Schwab, Karl H./Walter, Gerhard*: Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 7. Aufl., München 2005.
- Scott, Austin W.*: The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust, Colum. L. Rev. 17 (1917), 269–290.
- : The Law of Trusts, Boston 1939.
- Selb, Walter*: Episcopalis audientia von der Zeit Konstantins bis zur Nov. XXXV Valentians III., ZRG-RA 84 (1967), 162–217.

- Sellert, Wolfgang*: Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht: Insbesondere in Strafsachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zugl. Diss. Univ. Frankfurt a.M. 1964, Aalen 1965.
- Selzener, Wilhelm*: Zur Entlassung des Testamentsvollstreckers durch ein testamentarisch eingesetztes Schiedsgericht, ZEV 2010, 285–288.
- Seraglini, Christophe/Ortscheidt, Jérôme*: Droit de l'arbitrage interne et international, Paris 2013.
- Seuffert, Johann A.*: Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung: Codex Iuris Bavarici Iudiciarii de Anno 1753, Band IV/1, Erlangen 1844.
- Sitkoff, Robert H.*: An Agency Cost Theory of Trust Law, Cornell L. Rev. 89 (2004), 621–684.
- : The Economic Structure of Fiduciary Law, B.U. L. Rev. 91 (2011), 1039–1049.
- Sitkoff, Robert H./Dukeminier, Jesse*: Wills, Trusts, and Estates, 10. Aufl., New York 2017.
- Smits, Jan M.*: Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 513–538.
- Soergel, Hans T. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band XXI: Erbrecht 1, 13. Aufl., Stuttgart 2001; zitiert als: *Soergel-Bearbeiter*.
- (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band XXII: Erbrecht 2, 13. Aufl., Stuttgart 2003; zitiert als: *Soergel-Bearbeiter*.
- Sonnauer, Heinz*: Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, zugl. Diss. Univ. Regensburg 1991, Köln 1992.
- Sovern, Jeff/Greenberg, Elayne E./Kirgis, Paul F./Liu, Yuxiang*: „Whimsy Little Contracts“ with Unexpected Consequences: An Empirical Analysis of Consumer Understanding of Arbitration Agreements, Md. L. Rev. 75 (2015), 1–133.
- Spitko, E. Gary*: Gone But Not Conforming: Protecting the Abhorrent Testator from Majoritarian Cultural Norms Through Minority-Culture Arbitration, Case W. Res. L. Rev. 49 (1999), 275–314.
- : Judge Not: In Defense of Minority-Culture Arbitration, Wash. U. L.Q. 77 (1999), 1065–1085.
- : A Critique of the American Arbitration Association's Efforts to Facilitate Arbitration of Internal Trust Disputes, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law, Oxford 2016, S. 49–73.
- : The Will as an Implied Unilateral Arbitration Contract, Fla. L. Rev. 68 (2016), 49–99.
- Staff, Adolph v.*: Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht: Ein Handbuch für Schiedsrichter und Schiedsparteien, Berlin 1926.
- Stallknecht, Alexander*: Schiedsklauseln in Verfügungen von Todes wegen, RNotZ 2019, 433–450.
- Staudinger, Julius v. (Begr.): §§ 397–432: Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, Neubearbeitung 2017, Berlin 2017; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- (Begr.): Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922–1966: Erbfolge, Neubearbeitung 2017, Berlin 2017; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- (Begr.): §§ 1967–2036: Rechtsstellung des Erben, Neubearbeitung 2016, Berlin 2016; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- (Begr.): §§ 2064–2196: Testament 1, Neubearbeitung 2013, Berlin 2013; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.

- (Begr.): §§ 2197–2228: Testament 2, Neubearbeitung 2016, Berlin 2016; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- (Begr.): §§ 2303–2345: Pflichtteil, Erbenwürdigkeit, Neubearbeitung 2015, Berlin 2015; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- (Begr.): §§ 2346–2385: Erbverzicht, Erbschein, Erbschafts Kauf, Neubearbeitung 2016, Berlin 2016; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- (Begr.): Art. 25, 26 EGBGB: Internationales Erbrecht, Neubearbeitung 2007, Berlin 2007; zitiert als: *Staudinger-Bearbeiter*.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band X: §§ 1025–1066, 23. Aufl., Tübingen 2014; zitiert als: *Stein/Jonas-Bearbeiter*.
- Steiner, Anton*: Schiedsklauseln im Testament: Vorteile, Wahl des Schiedsgerichts und Musterformulierungen, *ErbStB* 2003, 304–307.
- Steiner, Udo*: Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2013, 15–19.
- Steingruber, Andrea M.*: Consent in International Arbitration, zugl. Diss. Queen Mary Univ. London 2011, Oxford 2012.
- Steinmetz, Alexander/Huzel, Erhard/García Alcázar, Rocío*: Spanien, in: Süß, Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015.
- Steinwenter, Artur*: Zur Lehre von der *episcopalis audientia*, *ByzZ* 30 (1929/30), 660–668.
- Stieglmeier, Henry*: Vertragsarbitrage und Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht: Mit rechtsvergleichenden Aspekten aus dem englischen und französischen Recht, zugl. Diss. Univ. Potsdam 2017, Berlin 2018.
- Stober, Rolf*: Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, *NJW* 1979, 2001–2008.
- Stöhr, Dieter*: Schiedsklauseln, in: Dorsel, Christoph (Hrsg.), *Kölner Formularbuch Erbrecht*, 2. Aufl., Köln 2015, S. 652–669.
- Stolleis, Michael*: Kreittmayr, Wigulæus Aloysius Xaver von, in: ders. (Hrsg.), *Juristen: Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München 2001.
- Storz, Thomas*: Befugnis des Testamentsvollstreckers zur authentischen Interpretation unklarer erbrechtlicher Verfügungen, *ZEV* 2009, 265–270.
- : Kann ein Erblasser die Entlassung des Testamentsvollstreckers (§ 2227 BGB) testamentarisch einem Schiedsgericht übertragen?, *SchiedsVZ* 2010, 200–203.
- Strohal, Emil*: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, 3. Aufl., Berlin 1903.
- Strong, S. I.*: Arbitration of Trust Disputes: Two Bodies of Law Collide, *Vand. J. Transnat'l L.* 45 (2012), 1157–1248.
- : Empowering Settlers: How Proper Language Can Increase the Enforceability of a Mandatory Arbitration Provision in a Trust, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 47 (2012), 275–326.
- : Mandatory Arbitration of Internal Trust Disputes – Improving Arbitrability and Enforceability through Proper Procedural Choices, *Arb. Int'l* 28 (2012), 591–652.
- : Trust arbitration in the United States: recent developments show increasing diversity as a matter of statutory and common law, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 659–671.
- : The European Succession Regulation and the Arbitration of Trust Disputes, *Iowa L. Rev.* 103 (2018), 2205–2228.
- Stryk, Samuel*: *Tractatus de Cautelis Testamentorum*, 2. Aufl., Halae Magdeburgicae 1708.

- Sutter-Somm, Thomas/Gut, Nicolas*: Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozesses, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Künzle, Hans R. (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen: Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio an der Universität Zürich vom 29. Juni 2011, Zürich, Basel, Genf 2012, S. 137–157.
- Sutton, David S. J./Gill, Judith/Gearing, Matthew*: Russell on Arbitration, 24. Aufl., London 2015.
- Synatschke, Dagmar*: Die Unzuständigkeitserklärung des Schiedsgerichts: Eine Studie zur internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, zugl. Diss. Univ. Trier 2005, Jena 2006.
- Tafelmaier, Angelika R.*: Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit: Rolle und Funktion des staatlichen Gerichts bei der Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen, zugl. Diss. Univ. Freiburg i. Br. 2016, Berlin 2018.
- Talamanca, Mario*: Ricerche in tema di „compromissum“, Mailand 1958.
- Taylor, Nadia J./Brownbill, David*: Arbitration of trust disputes: the new statutory regime in the Bahamas, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 358–362.
- Tercier, Pierre*: Arbitrage et successions: Un partenariat impossible?, in: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, hrsg. von Rumo-Jungo, Alexandra/Pichonnaz, Pascal/Hürlimann-Kaup, Bettina u. a., Bern 2013, S. 447–459.
- Texas Bar Association*: Disciplinary Actions, *Tex. B.J.* 73 (2010), 778–782.
- The Law Commission*: 11th Programme of Law Reform 2011, Law Com No. 330, London 2011.
- Thibaut, Anton F. J.*: System des Pandekten-Rechts, Band II, Jena 1803.
- Tipton, Michael*: Can You Trust Your Trust?: Analyzing the Decision and Implications of *Rachal v. Reitz* on Arbitration Provisions in Trust Agreements, *Akron L. Rev.* 48 (2015), 979–1008.
- Tritt, Lee-ford*: Legislative Approches to Trust Arbitration in the United States, in: Strong, S. I./Molloy, Tony (Hrsg.), *Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law*, Oxford 2016, S. 150–174.
- Trust Law Committee*: Arbitration of trust disputes, *Trusts & Trustees* 18 (2012), 296–306.
- Uhle, Arndt*: Rechtsstaatliche Prozeßgrundrechte und -grundsätze, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band V: Grundrechte in Deutschland, Einzelgrundrechte 2, Heidelberg 2013, § 129.
- Uloth, J. D./Rial, J. H., III.*: Equitable Estoppel as a Basis for Compelling Nonsignatories to Arbitrate – A Bridge Too Far?, *Rev. Litig.* 21 (2002), 593–634.
- Van Cleef, Franz*: Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel, zugl. Diss. Univ. Heidelberg 1914, Borna, Leipzig 1914.
- Vismara, Giulio*: *Episcopalis audientia: L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Mailand 1937.
- Vollmer, Lothar*: Satzungsmäßige Schiedsklauseln: Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz in inneren Vereinsangelegenheiten, zugl. Diss. Univ. Münster 1968, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970.
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*: Grundwissen Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, *JuS* 2014, 312–314.

- Wach, Adolf*: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Band I, Leipzig 1885.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, zugl. Habil. Univ. Göttingen 1997, Tübingen 1998.
- : Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probestein für die juristische Methodenlehre, in: Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gottwald, Peter/Roth, Herbert, Tübingen 2001, S. 535–557.
 - : Insolvenz und Schiedsverfahren, KTS 71 (2010), 39–67.
 - : Schiedsgerichtsbarkeit in Kartellsachen, ZVglRWiss 114 (2015), 494–515.
 - : Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb: Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, München 2017.
- Waldstein, Wolfgang*: Zur Stellung der *episcopalis audientia* im spätrömischen Prozess, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, hrsg. von Medicus, Dieter/Seiler, Hans Hermann, München 1976, S. 533–556.
- Walter, Utz*: Schiedsverträge und Schiedsklauseln in der notariellen Praxis, insbesondere bei letztwilligen Verfügungen, MittRhNotK 1984, 69–79.
- Wautelet, Patrick*: Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale: Réflexions à partir du Règlement 650/2012, JCP N 2016, 1350.
- : Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale ou la rencontre entre deux mondes qui s'ignorent, Rev. not. 2017, 378–405.
- Wegmann, Bernd*: Die Schiedsgerichtsbarkeit in Nachlasssachen, ZEV 2003, 20–22.
- Weizsäcker, Carl*: Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem *officium judicis*, zugl. Diss. Univ. Tübingen 1879, Tübingen 1879.
- Welser, Irene/Klammer, Georg*: Unilateral Arbitration Clauses, in: Klausegger, Christian/Klein, Peter/Kremslehner, Florian u. a. (Hrsg.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2018, Wien 2018, S. 3–23.
- Welser, Rudolf*: Der Erbrechts-Kommentar: §§ 531–824 ABGB, Wien 2019.
- Wendt, Roland*: Anm. zu LG Heidelberg, 22.10.2013 – 2 O 128/13, ErbR 2014, 401–402.
- : Letztwillige Schiedsklauseln oder Schlimmeres? – Gewogen und zu leicht befunden!: Anmerkung zu OLG Celle, Beschl. v. 10.12.2015 – 6 W 204/15, ErbR 2016, 248–250.
 - : Il y a des juges à Munich!: Eine richterliche Nachhilfestunde in Sachen Letztwillige Schiedsklausel vs. Pflichtteilsansprüche, ErbR 2016, 484–487.
 - : Il y a des juges – à Karlsruhe aussi!: Doppelschlag des Bundesgerichtshofs in Sachen Einseitig letztwillig verfügter Schiedsklauseln, ErbR 2017, 470–475.
- Wenger, Werner*: Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht: Eine rechtsvergleichende und historische Studie zur Unterscheidung zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter unter bes. Berücks. des „*arbitrato libero*“ des italienischen Rechts, zugl. Diss. Univ. Basel 1968, Basel 1968.
- Wenninger Schmid, Renate*: Testamentarische Schiedsklauseln – nationale und internationale Aspekte, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, hrsg. von Schluep, Walter R./Isler, Peter R., Zürich 1993, S. 351–361.
- Werner, Rüdiger*: Das Schiedsverfahren als Instrument zur Lösung erbrechtlicher Streitigkeiten, ZEV 2011, 506–511.
- Westphal, Siegrid*: Kaiserliche Rechtsprechung und herrschaftliche Stabilisierung: Reichsgerichtsbarkeit in den thüringischen Territorialstaaten 1648–1806, zugl. Habil. Univ. Jena 2001, Köln 2002.
- Widdascheck, Mirko*: Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder, zugl. Diss. Univ. Hannover 2017/2018, Berlin 2018.

- Wieczorek, Bernhard (Begr.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band XI: §§ 916–1066, hrsg. von Schütze, Rolf A., 4. Aufl., Berlin 2014; zitiert als: *Wieczorek/Schütze-Bearbeiter*.
- Wiesen, Heinrich: Schiedsklauseln in notariellen Verträgen, *MittRhNotK* 1996, 165–169.
- Wilhelm, Christopher: Die Anknüpfung von Treuhandverträgen im Internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rom I-VO, *IPRax* 2012, 392–399.
- Williams, Dwayne E.: Bindin Nonsignatories to Arbitration Agreements, *Franchise L.J.* 25 (2006), 175–186.
- Wilson, Jodi: How the Supreme Court Thwarted the Purpose of the Federal Arbitration Act, *Case W. Res. L. Rev.* 63 (2012), 91–140.
- Wimalasena, Philip: Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, zugl. Diss Univ. Frankfurt a.M. 2014, Tübingen 2016.
- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1887.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906.
- Wittuhn, Georg: Das internationale Privatrecht des trust, Frankfurt am Main 1987.
- Wolaver, Earl S.: Historical Background of Commercial Arbitration, *U. Pa. L. Rev.* 83 (1934/35), 132–146.
- Wolff, Reinmar: Die Schiedsvereinbarung als unvollkommener Vertrag? Zum Rügeerfordernis des § 1032 Abs. 1 ZPO, *SchiedsVZ* 2015, 280–286.
- (Hrsg.): *New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958*, München 2012.
- Yañez Vivero, Fátima: Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario, in: Collantes González, Jorge L. (Hrsg.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, Lima 2007, S. 76–109.
- Zack, Arnold M.: Arbitration: Step-Child of Wills and Estates, *Arb. J.* 11 (1956), 179–198.
- Ziegler, Karl-Heinz: Arbitrator, arbitrator und amicus compositor, *ZRG-RA* 84 (1967), 376–381.
- Ziegler, Karl-Heinz: Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, zugl. *Habil. Univ. Frankfurt a. M.* 1971, München 1971.
- Zimmermann, Reinhard: „Quos Titius voluerit“: Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder „power of appointment“?, München 1991.
- : Roman and Comparative Law: The European Perspective: Some remarks apropos a recent controversy, *J. Legal Hist.* 16 (1995), 21–33.
- : *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.
- : Heres Fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: Helmholz, Richard H./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Itinera fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin 1998, S. 267–304.
- : Testamentary Formalities in Germany, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Testamentary Formalities*, Oxford 2011, S. 175–220.
- Zimmermann, Walter: *Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis*, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 2016.
- Zöchling-Jud, Brigitta/Kogler, Gabriel: Letztwillige Schiedsklauseln, *GesZR* 2012, 79–88.

- Zöllner, Richard (Begr.): Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018; zitiert als: *Zöllner-Bearbeiter*.
- Zucconi Galli Fonseca, Elena: Note sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio, *Riv. arb.* 2006, 281–295.
- Zucconi Galli Fonseca, Elena: Ancora su successione ed arbitrato, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 1363–1372.
- Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II: Art. 180a–200, hrsg. von Müller-Chen, Markus/Widmer Lüchinger, Corinne, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2018; zitiert als: *ZK-IPRG-Bearbeiter*.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Rechtsprechungsverzeichnis

I. Europäischer Gerichtshof

<i>Eco Swiss</i> , 1.6.1999 – C-126/97, EuZW 1999, 565	231
<i>Kubicka</i> , 12.10.2017 – C-218/16, NJW 2017, 3767	270
<i>Powell Duffryn</i> , 10.3.1992 – C-214/89, NJW 1992, 1671	275, 276

II. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

<i>Eiffage S.A. c. Suisse</i> , 15.9.2009 – 1742/05	137
<i>Mutu et Pechstein c. Suisse</i> , 2.10.2018 – 40575/10 und 67474/10	137–140
<i>Suda c. République Tchèque</i> , 28.10.2010 – 1643/06	137, 138
<i>Tabbane c. Suisse</i> , 1.3.2016 – 41069/12	137
<i>Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal</i> , 16.12.2003 – 35943/02	137

III. Deutsche Gerichte

1. Preußisches Obertribunal

Preußisches Obertribunal, Urt. v. 25.6.1858 – o. Az., Strieth. Arch. 31, 4	31, 32, 309
---	-------------

2. Reichsgericht

Urt. v. 30.3.1892 – V 255/91, RGZ 29, 29	178
Urt. v. 29.4.1907 – IV 506/06, RGZ 66, 103	32
Urt. v. 16.11.1908 – VI 607/07, RGZ 69, 422	224
Urt. v. 17.2.1913 – IV 528/12, Gruch 1913, 1021	198
Urt. v. 26.3.1917 – IV 398/16, RGZ 90, 91	176
Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76	3, 38, 48, 185
Urt. v. 30.10.1924 – VI 106/24, JW 1925, 2608	165
Beschl. v. 26.3.1931 – II B 5/31, RGZ 132, 138	231
Urt. v. 23.6.1931 – VII 237/30, RGZ 133, 128	3, 210, 228, 232, 234
Urt. v. 4.1.1932 – IV 353/31, RGZ 135, 305	181
Urt. v. 8.6.1932 – VII 49/32, RGZ 137, 109	178
Urt. v. 29.11.1934 – VI 331/34, RGZ 146, 97	224
Urt. v. 3.2.1936 – IV 139/35, RGZ 150, 189	181, 182
Urt. v. 22.12.1936 – VII 178/36, RGZ 153, 193	215
Urt. v. 5.2.1937 – VII 168/36, RGZ 153, 267	39, 51, 287

3. Bundesverfassungsgericht

Urt. v. 20.3.1956 – 1 BvR 479/55, BVerfGE 5, 412	129
Urt. v. 3.7.1962 – 2 BvR 628/60, BVerfGE 14, 156	129
Beschl. v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 – <i>Mephisto</i>	144
Beschl. v. 3.7.1973 – 1 BvR 153/69, BVerfGE 35, 348	126, 135
Beschl. v. 23.4.1974 – 1 BvR 6/74, BVerfGE 37, 132	135
Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325	135
Beschl. v. 27.9.1978 – 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, 220	136
Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277	122
Beschl. v. 9.7.1980 – 2 BvR 701/80, BVerfGE 55, 1	132
Beschl. v. 30.10.1980 – 1 BvR 1379/80, BVerfGE 60, 1	133
Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvL 11/77, BVerfGE 58, 377	142, 161
Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, BVerfGE 67, 329	142, 161
Beschl. v. 18.6.1985 – 2 BvR 414/84, BVerfGE 70, 180	132
Beschl. v. 14.7.1987 – 1 BvR 537/81, BVerfGE 76, 171	145
Beschl. v. 26.4.1988 – 1 BvL 84/86, BVerfGE 78, 104	126
Beschl. v. 13.3.1990 – 2 BvR 94/88, BVerfGE 81, 347	126
Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337	122
Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118	122
Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, BVerfGE 89, 214 –	
<i>Angehörigenbürgerschaft</i>	242
Beschl. v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90, BVerfGE 91, 346	143
Beschl. v. 22.6.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165	143
Beschl. v. 28.10.1997 – 1 BvR 1644/94, BVerfGE 97, 1	143
Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341	142, 143, 162
Beschl. v. 16.3.1999 – 1 BvR 734/98, NJW 2000, 199	145
Urt. v. 7.12.1999 – 2 BvR 1533/94, BVerfGE 101, 275	122
Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397	144
Beschl. v. 28.8.2000 – 1 BvR 2707/95, NJW 2001, 594	144
Urt. v. 12.3.2003 – 1 BvR 330/96, BVerfGE 107, 299	135
Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395	121, 122, 132, 133
Beschl. v. 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008 –	
<i>Hohenzollern</i>	30, 141
Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332 –	
<i>Pflichtteil</i>	134, 135, 136, 142, 159, 161, 221
Beschl. v. 29.8.2005 – 1 BvR 219/05, NJW-RR 2005, 1600	198
Beschl. v. 22.8.2006 – 1 BvR 1168/04, NJW 2006, 3409 – <i>Marlene Dietrich</i>	144
Beschl. v. 25.9.2006 – 1 BvR 1898/03, NJW-RR 2007, 840	145
Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578/02, BVerfGE 117, 71	122
Beschl. v. 19.12.2007 – 1 BvR 1533/07, NVwZ 2008, 549	144
Beschl. v. 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, 39	126
Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248	122, 123
Beschl. v. 25.3.2009 – 1 BvR 909/08, NJW-RR 2010, 156	141
Beschl. v. 5.11.2013 – 1 BvR 2544/12, NJW 2014, 681	126
Beschl. v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935	129
Urt. v. 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12, BVerfGE 148, 296 –	
<i>Streikverbot für Beamte</i>	162, 163, 242
Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 1511/14, ZEV 2019, 79	134

4. Bundesgerichtshof

Urt. v. 8.5.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76	207
Beschl. v. 17.6.1952 – V BLw 5/52, BGHZ 6, 248.....	236
Urt. v. 25.6.1952 – II ZR 104/51, BGHZ 6, 335	213, 215
Urt. v. 17.10.1956 – IV ZR 137/56, NJW 1956, 1920	179
Urt. v. 20.12.1956 – II ZR 177/55, BGHZ 23, 17	201
Urt. v. 30.1.1957 – V ZR 80/55, BGHZ 23, 198.....	156
Urt. v. 28.2.1957 – VII ZR 204/56, BGHZ 24, 15	178, 180
Urt. v. 30.4.1959 – VII ZR 191/57, NJW 1959, 1493	209, 211, 214, 215
Urt. v. 10.2.1960 – V ZR 39/58, BGHZ 32, 60.....	176
Urt. v. 22.12.1960 – VII ZR 92/59, BB 1961, 264.....	210
Urt. v. 28.11.1963 – VII ZR 112/62, BGHZ 40, 320	272
Urt. v. 22.1.1964 – V ZR 37/62, BGHZ 41, 23.....	32
Urt. v. 22.5.1967 – VII ZR 188/64, BGHZ 48, 35	165
Urt. v. 26.10.1967 – VII ZR 86/65, BGHZ 49, 1	177
Urt. v. 20.3.1968 – I ZR 44/66, BGHZ 50, 133 – <i>Mephisto</i>	144
Urt. v. 7.1.1971 – VII ZR 160/69, BGHZ 55, 162	298
Urt. v. 28.2.1972 – II ZR 151/69, NJW 1972, 827.....	214
Urt. v. 6.12.1978 – IV ZR 82/77, BGHZ 73, 29	172
Beschl. v. 9.4.1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246	171
Urt. v. 8.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41.....	184
Urt. v. 17.5.1984 – I ZR 73/82, GRUR 1984, 907 – <i>Frischzellenkosmetik</i>	144
Urt. v. 26.9.1985 – III ZR 16/84, BGHZ 96, 40.....	306
Urt. v. 16.06.1987 – IVa ZR 74/86, NJW-RR 1987, 1410	42
Urt. v. 15.1.1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72.....	224
Urt. v. 21.12.1988 – VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2133	177
Urt. v. 26.9.1990 – IV ZR 131/89, BGHZ 112, 229.....	226
Urt. v. 24.6.1991 – II ZR 58/90, FamRZ 1992, 50.....	207
Urt. v. 10.10.1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324	239
Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1	182, 183
Urt. v. 7.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256	184
Urt. v. 12.5.1993 – IV ZR 227/92, NJW 1993, 2171	198
Urt. v. 30.11.1994 – IV ZR 290/93, BGHZ 128, 125	198
Urt. v. 3.2.1995 – V ZR 222/93, NJW 1995, 1360.....	213, 214
Urt. v. 6.11.1997 – III ZR 177/96, NJW 1998, 1388.....	213, 214
Beschl. v. 24.9.1998 – II ZR 133/97, NJW 1999, 282	239
Urt. v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146 – <i>Körbuch</i>	121, 122, 131, 132, 276, 287
Urt. v. 14.9.2000 – III ZR 33/00, BGHZ 145, 116.....	126
Beschl. v. 6.6.2002 – III ZB 44/01, BGHZ 151, 79	190
Beschl. v. 20.11.2003 – III ZB 24/03, ZInsO 2004, 88	178, 179
Urt. v. 19.7.2004 – II ZR 65/03, BGHZ 160, 127	231
Urt. v. 13.1.2005 – III ZR 265/03, BGHZ 162, 9.....	190, 191
Urt. v. 26.1.2005 – IV ZR 296/03, FamRZ 2005, 614	172
Urt. v. 28.9.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181.....	207
Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260	
Beschl. v. 8.9.2007 – III ZB 95/06, SchiedsVZ 2008, 40.....	298

Beschl. v. 27.11.2008 – III ZB 59/07 (juris).....	189
Beschl. v. 29.1.2009 – III ZB 88/07, BGHZ 179, 304	178
Urt. v. 5.11.2009 – IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77	182, 183
Urt. v. 14.4.2010 – IV ZR 135/08, FamRZ 2010, 1068	187, 198
Urt. v. 8.6.2010 – XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46.....	272
Urt. v. 2.12.2010 – IX ZR 247/09, BGHZ 187, 337	183
Urt. v. 25.1.2011 – XI ZR 350/08, SchiedsVZ 2011, 157	272
Beschl. v. 28.3.2012 – III ZB 63/10, BGHZ 193, 38	298
Urt. v. 22.10.2013 – XI ZR 42/12, BGHZ 198, 294	182
Beschl. v. 27.11.2013 – II ZB 59/13, BGHZ 199, 159.....	183, 184
Urt. v. 5.8.2014 – III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151	270
Beschl. v. 3.3.2016 – IX ZB 33/14, BGHZ 209, 168.....	183, 184
Beschl. v. 10.3.2016 – I ZB 99/14, NJW-RR 2016, 892	10, 131
Urt. v. 7.6.2016 – KZR 6/15, BGHZ 210, 292 – <i>Pechstein</i>	121, 122
Beschl. v. 9.8.2016 – I ZB 1/15, NJW 2017, 488	178
Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 49/16, ZEV 2017, 416.....	2, 4, 11, 39, 50, 53, 54, 127, 134, 155, 160, 175, 219, 238
Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115.....	2, 4, 11, 39, 50, 53, 54, 127, 134, 155, 160, 175, 219, 238
Beschl. v. 5.4.2017 – IV AR(VZ) 2/16, NJW 2017, 1819.....	6
Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109	2, 4, 50, 57, 150, 160, 228, 230, 232, 234, 235, 236
Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18 (juris)	3, 160, 213, 228, 230, 232, 234, 235, 299

5. Bundesarbeitsgericht

BAG, Urt. v. 23.8.1963 – 1 AZR 469/62, NJW 1964, 268.....	130, 131
BAG, Urt. v. 18.3.2003 – 3 AZR 101/02, NZA 2004, 1099.....	98

6. Oberlandesgerichte

BayObLG, Beschl. v. 1.6.1956 – 1 Z 21/56, BayObLGZ 1956, 186	3, 160
BayObLG, Beschl. v. 6.3.1964 – 1 Z 16/64, BayObLGZ 1964, 94	170
BayObLG, Beschl. v. 29.7.1969 – 1b Z 35/69, BayObLGZ 1969, 184	199
BayObLG, Beschl. v. 24.2.1984 – 3 Z 197/83, MDR 1984, 496.....	200
BayObLG, Beschl. v. 30.4.1998 – 1Z BR 187/97, FamRZ 1999, 334.....	199
BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279	199
HansOLG, Urt. v. 24.4.1881 – o. Az., SeuffArch 7 (1882), 223	31, 32, 309
HansOLG, Urt. v. 17.2.1989 – 1 U 86/87, RIW 1989, 574	270
HansOLG, Beschl. v. 8.5.1989 – 3 W 45/89, NJW 1990, 1995	144
HansOLG, Beschl. v. 21.12.2012 – 6 Sch 19/12, SchiedsVZ 2013, 180	188
HansOLG, Beschl. v. 4.12.2014 – 2 W 58/14, MittBayNot 2016, 261.....	299
HansOLG, Beschl. v. 1.7.2015 – 2 W 19/15, FamRZ, 403	192
KG, Beschl. v. 19.5.1958 – 1 W 1482/58, NJW 1958, 2071	181
KG, Urt. v. 3.2.1975 – 12 U 1157/74, OLGZ 1975, 355.....	199
KG, Beschl. v. 29.11.2005 – 1 W 180/03, FamRZ 2006, 559	181
KG, Beschl. v. 29.1.2016 – 6 W 107/15 (juris)	3, 199, 240

OLG Celle, Beschl. v. 11.12.2015 – 6 W 204/15, FamRZ 2016, 847	3, 4, 52, 169, 186, 200, 204, 205, 224
OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.11.1995 – 17 U 103/95 (juris).....	270
OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.5.2010 – 20 W 4/10, ZEV 2011, 135.....	299
OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11 (juris).....	3, 6, 7, 42, 187, 195, 205
OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.1.2013 – 26 Sch 24/12, SchiedsVZ 2013, 341	190
OLG Hamm, Urt. v. 8.10.1990 – 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455	3, 43, 169, 224
OLG Hamm, Beschl. v. 11.9.2015 – I-15 W 142/15, FamRZ 2016, 411	170
OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.1.1994 – 1 U 92/93, NJW-RR 1994, 905	217, 229
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2007 – 10 Sch 6/07, BeckRS 2009, 29357	3, 6, 210
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.7.2009 – 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688.....	3, 4, 155, 160, 228, 232, 234
OLG Kiel, Urt. v. 8.12.1911 – U II 115/11, SchlHA 1912, 65	3, 32, 38, 240
OLG Koblenz, Beschl. v. 12.6.2008 – 2 SchH 2/08, SchiedsVZ 2008, 262	3
OLG Köln, Urt. v. 26.6.1975 – 10 U 215/74, FamRZ 1976, 170	300
OLG Königsberg, Urt. v. 17.8.1937 – 2 U 73/37, HRR 1938, Nr. 210	180
OLG München, Urt. v. 28.9.1973 – 19 U 1932/73, NJW 1974, 703.....	176
OLG München, Beschl. v. 12.2.2008 – 34 SchH 6/07, MDR 2008, 943	189
OLG München, Beschl. v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, ZEV 2012, 591.....	299
OLG München, Beschl. v. 25.4.2016 – 34 Sch 12/15, ZEV 2016, 334.....	127
OLG München, Beschl. v. 25.4.2016 – 34 Sch 13/15, SchiedsVZ 2016, 233	127
OLG München, Beschl. v. 13.10.2017 – 34 SchH 8/17, FamRZ 2018, 533	3, 185, 217, 291
OLG München, Beschl. v. 25.10.2017 – 18 U 1202/17, FamRZ 2018, 1035	3, 4, 160, 175, 219, 221

7. Landgerichte

LG Bonn, Urt. v. 5.12.2002 – 18 O 301/02, NJW-RR 2004, 10	42
LG Hechingen, Beschl. v. 7.12.2000 – 3 T 15/96, FamRZ 2000, 721	200
LG Heidelberg, Urt. v. 22.10.2013 – 2 O 128/13, ZEV 2014, 310	3, 4, 155, 175, 219
LG Mainz, Urt. v. 17.4.2008 – 1 O 405/06, SchiedsVZ 2008, 263.....	3, 208
LG München II, Urt. v. 24.2.2017 – 13 O 5937/15, ZEV 2017, 274	4, 221
LG Stuttgart, Beschl. v. 9.8.1977 – 2 T 549/77, BWNotZ 1978, 164	181

IV. Ausländische Gerichte

1. England und Wales

<i>Crociani v. Crociani</i> , [2014] UKPC 40.....	263
---	-----

2. Österreich

OGH, 20.3.1957 – 1 Ob 171/57, JBl 1957, 595	248
---	-----

3. Schweiz

OG Zürich, 1.10.1980 – o. Az., ZR 1981, 26	255
OG Zürich, 16.2.1987 – o. Az., ZR 1989, 239.....	255, 257

4. USA

<i>American Board of Com'rs v. Ferry</i> , 15 F. 696 (U.S. Sup. Ct. 1883).....	62, 63
<i>American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard S.P.A.</i> , 170 F.3d 349 (2nd Cir. 1999).....	85
<i>Archer v. Archer</i> , 2014 Tex. App. LEXIS 6551 (Tex. Ct. App. 2014)	38, 87
<i>Arthur Andersen LLP v. Carlisle</i> , 556 U.S. 624 (U.S. Sup. Ct. 2009).....	91
<i>Barbey, In re Estate of</i> , 177 Misc. 898 (N.Y. Sur. Ct. 1941)	63
<i>Benton v. Vanderbilt Univ.</i> , 137 S.W.3d 614 (Tenn. Sup. Ct. 2004)	91
<i>Berger v. Berger</i> , 437 N.Y.S.2d 690 (N.Y. App. Div. 1981)	75
<i>Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna</i> , 546 U.S. 440 (U.S. Sup. Ct. 2006)	118
<i>Calomiris, In re</i> , 894 A.2d 408 (D.C. Ct. App. 2006)	76, 82, 83, 84, 86, 114, 115, 228, 256
<i>Carpenter, In re Estate of</i> , 60 P. 162 (Cal. Sup. Ct. 1900).....	75
<i>Couts v. Holland</i> , 107 S.W. 913 (Tex. Ct. App. 1908)	62, 63
<i>Diaz v. Bukey</i> , 125 Cal. Rptr. 3d 610 (Cal. Ct. App. 2011).....	76, 83, 114, 228
<i>Diaz v. Bukey</i> , 287 P.3d 67 (Cal. Sup. Ct. 2012)	83
<i>Diggs v. Lingo</i> , 2014 Tenn. App. LEXIS 869 (Tenn. Ct. App. 2014).....	76, 88, 92, 228
<i>Dragan v. Miller</i> , 679 F.2d 712 (7th Cir. 1982)	67
<i>E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S.</i> , 269 F.3d 187 (3rd Cir. 2001)	91, 93
<i>Ellis v. Davis</i> , 109 U.S. 485 (U.S. Sup. Ct. 1883)	67
<i>Epic Sys. Corp. v. Lewis</i> , 584 U.S. ____ (U.S. Sup. Ct. 2018).....	78
<i>FirstMerit Bank, N.A., In re</i> , 52 S.W.3d 749 (Tex. Sup. Ct. 2001)	85
<i>Genger v. Genger</i> , 252 F. Supp. 3d 362 (S.D.N.Y. 2017).....	73
<i>Grant v. Stephens</i> , 200 S.W. 893 (Tex. Ct. App. 1917)	62, 63
<i>Greene v. Huntington</i> , 46 A. 883 (Conn. Sup. Ct. 1900)	63
<i>Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.</i> , 552 U.S. 576 (U.S. Sup. Ct. 2008)	79
<i>Hoffman v. Citibank, N.A.</i> , 546 F.3d 1078 (9th Cir. 2008).....	78
<i>Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH</i> , 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000)	85
<i>Jacobovitz, In re Will of</i> , 295 N.Y.S.2d 527 (N.Y. Sur. Ct. 1968).....	75
<i>Jones v. Fink</i> , 2011 Ariz. App. Unpub. LEXIS 455 (Ariz. Ct. App. 2011).....	76, 105, 110, 228
<i>Kellogg Brown & Root, Inc., In re</i> , 166 S.W.3d 732 (Tex. Sup. Ct. 2005)	86, 90
<i>Lydick v. Lydick</i> , 76 P.2d 876 (Kan. Sup. Ct. 1938)	63
<i>Markham v. Allen</i> , 326 U.S. 490 (U.S. Sup. Ct. 1946).....	67
<i>Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown</i> , 565 U.S. 530 (U.S. Sup. Ct. 2012)	78
<i>Marshall v. Marshall</i> , 547 U.S. 293 (U.S. Sup. Ct. 2006)	67
<i>Matter of Blumenkrantz</i> , 824 N.Y.S.2d 884 (N.Y. Sur. Ct. 2006).....	77

<i>McArthur v. McArthur</i> , 224 Cal. App. 4th 651 (Cal. Ct. App. 2014)	83, 88, 90, 91, 100, 163, 164, 193, 196
<i>McNeil v. McNeil</i> , 798 A.2d 503 (Del. Sup. Ct. 2002).....	77
<i>Meredith, In re Estate of</i> , 266 N.W. 351 (Mich. Sup. Ct. 1936).....	75, 76
<i>Metro E. Ctr. for Conditioning & Health v. Qwest Communs. Int'l</i> , 294 F.3d 924 (7th Cir. 2002).....	78
<i>Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.</i> , 473 U.S. 508 (U.S. Sup. Ct. 1985).....	231
<i>Moore v. Harper</i> , 27 W.Va. 362 (W. Va. Sup. Ct. 1886).....	62, 63, 80, 81
<i>Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.</i> , 460 U.S. 1 (U.S. Sup. Ct. 1983)	78
<i>Nations v. Ulmer</i> , 139 S.W.2d 352 (Tex. Ct. App. 1940).....	62, 63
<i>Nestorovski, In re Estate of</i> , 769 N.W.2d 720 (Mich. Ct. App. 2009)	76
<i>Phillips's Estate, In re</i> , 10 Pa.C. 374 (Pa. County Ct. 1884).....	63
<i>Pinnacle Museum Tower Assn. v. Pinnacle Market Development (US), LLC</i> , 282 P.3d 1217 (Cal. Sup. Ct. 2012).....	83
<i>Pray v. Belt</i> , 26 U.S. 670 (U.S. Sup. Ct. 1828).....	63, 309
<i>Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.</i> , 388 U.S. 395 (U.S. Sup. Ct. 1967)	117
<i>Rachal v. Reitz</i> , 403 S.W.3d 840 (Tex. Sup. Ct. 2013)	24, 76, 86, 87, 88, 90, 91, 93, 114, 142, 147, 149, 163, 228
<i>Rapid Settlements, Ltd. v. SSC Settlements, LLC</i> , 251 S.W.3d 129 (Tex. Ct. App. 2008).....	89
<i>Reilly's Estate, In re</i> , 49 A. 939 (Pa. Sup. Ct. 1901).....	63
<i>Sapic v. Gov't of Turkmenistan</i> , 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003).....	91
<i>Schoneberger v. Oelze</i> , 96 P.3d 1078 (Ariz. Ct. App. 2004)	76, 82, 96, 99, 105, 114, 228
<i>Southland Corp. v. Keating</i> , 465 U.S. 1 (U.S. Sup. Ct. 1984).....	78
<i>Struck v. Cook County Public Guardian</i> , 508 F.3d 858 (7th Cir. 2007)	67
<i>Talladega College v. Callanan</i> , 197 N.W. 635 (Iowa Sup. Ct. 1924).....	62, 63
<i>Taylor v. McClave</i> , 15 A.2d 213 (N.J. Ch. 1940).....	63
<i>Todd v. Steamship Mut. Underwriting Ass'n (Bermuda) Ltd.</i> , 601 F.3d 329 (5th Cir. 2010).....	91
<i>Wait v. Huntington</i> , 40 Conn. 9 (Conn. Sup. Ct. 1873).....	63
<i>Weekley Homes, L.P., In re</i> , 180 S.W.3d 127 (Tex. Sup. Ct. 2005).....	86, 90
<i>Zisman v. Leshner</i> , 2008 U.S. Dist. LEXIS 86792 (M.D. Fla. 2008).....	77

V. Schiedsgerichte

Schiedsgericht Hamburg, 5.5.2009 – o. Az., SchiedsVZ 2010, 173	127
--	-----

Sachverzeichnis

- ACTEC *siehe* American College of Trust and Estate Counsel
- ACTEC-Modellgesetz 103 f., 112
- actio familiae erciscundae* 208, 216
- actio in factum* 18
- ad pias causas* (Zuwendung) 20
- Adel 29 f.
- administrator* 60
- ADR *siehe* *Alternative Dispute Resolution agreement to arbitrate* 81
- Alfani, Giovanni Battista* 21–25
- allgemeiner Justizgewährungsanspruch *siehe* Justizgewährungsanspruch
- Alternative Dispute Resolution* 3 f., 38, 110
- American College of Trust and Estate Counsel* 101
- amiable compositeur* *siehe* *ex aequo et bono*
- Anerkennung
- anwendbares Recht 294–296
 - Prüfung des Schiedsspruchs 296–300
 - Zuständigkeit 293
- Anfechtung letztwilliger Verfügungen 192
- Anspruch
- materieller 182
 - prozessualer 182 f.
- Anwachsung 194
- Anwaltszwang 11
- arbitrage*
- *forcé* 138 f.
 - *volontaire* 138 f.
- Arizona 105 f.
- asymmetrische Schiedsverfügung 239
- Auflage
- Schiedsbindung des Vollziehungsanspruchs 217 f.
 - Schiedsverfügung als Auflage 47 f., 225, 256, 311 f.
- Aufwendungsersatzanspruch 179 f.
- Ausantwortungsanspruch 181 f.
- Auseinandersetzung *siehe* Erbauseinandersetzung
- Auslegung 184–186
- Ausschlagung 147 f.
- äußerer Entscheidungseinklang 269, 307
- Aussetzung des Verfahrens 199, 201 f.
- Austrag 26 f., 57, 309
- Erbaustrag 26 f., 309
 - Unterschied zum Schiedsverfahren 27 f.
- Austrägalgericht *siehe* Austrag
- authentische Interpretation 31, 309
- bayerische Zivilprozessordnung 34 f., 309 f.
- Beauftragter (Erbenhaftung) 197 f.
- Befreiungsvermächtnis 230
- Belastung der Zuwendung 159–165
- beneficiary* 60
- Beschränkung und Beschwerde (§ 2306 BGB) 224–228
- Billigkeitsentscheidung *siehe* *ex aequo et bono*
- capacity litigation* 79, 97, 112, 193
- CAS *siehe* *Court of Arbitration for Sport*
- Codex Iuris Bavarici Iudicarii* 25, 33 f., 309
- commercial trust* 69 f.
- compromissum* 17–19, 21
- constructive trust* 70
- Court of Arbitration for Sport* 138
- declaration of trust* 95 f.
- Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten 4
- direct benefits estoppel* 84–88, 149, 310
- als Ausprägung der *equity* 92 f.
 - Reichweite der Schiedsbindung 88–91

- Übertragbarkeit auf das deutsche Recht 152 f.
- diversity jurisdiction* 66
- donative intent* 60
- donor* 60
- Dreißigster 171 f.
- Drittbestimmungsverbot (§ 2065 BGB) 185 f., 212
- DSE *siehe* Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten

- Ehe (gemeinschaftliches Testament) 41 f.
- EMRK 137–140
- England und Wales 262–265
- Entlassung des Testamentsvollstreckers 232–237
- Entscheidungseinklang 269, 307
- episcopalis audientia* 19 f.
- Erbaueinandersetzung 206 f., 208–217
 - nach billigem Ermessen 210–217
 - nach Gesetz 209 f.
 - durch einen Notar 208 f.
 - durch einen Testamentsvollstrecker 228 f.
- Erbe
 - gesetzlicher 169–171, 196
 - gewillkürter 169
- Erbengemeinschaft
 - Auseinandersetzung 208–217
 - Verwaltung 207 f.
- Erbfallsschulden 175 f.
- Erblasserschulden 175 f.
- Erbschaftsanspruch (§ 2018 BGB) 187
- Erbscheinsverfahren 197–202
 - Aussetzung 199, 201 f.
 - Bindungswirkung des Schiedsspruchs 200 f.
 - Koordination mit Schiedsverfahren 199 f.
 - Koordination mit Streitigem Verfahren 198 f.
 - Kosten 204–205
- Erbstatut 278–280
- Erbvertrag 43 f.
- Errichtungsstatut 278–280
- Ertragswertanordnung 221 f.
- estoppel* 84–88, 149, 310

- EuErbVO
 - Anwendbarkeit im Schiedsverfahren 301–304, 313
 - Anwendbarkeit zur Bestimmung des Schiedsverfügungstatuts 276–280
 - Zulässigkeit von Schiedsverfahren im Anwendungsbereich 266 f.
- ex aequo et bono* 211 f., 216, 304
- exceptio veluti pacti ex compromisso* 18
- executor* 60
- Exequatur *siehe* Vollstreckung

- faïres Verfahren 128
- Federal Arbitration Act* 72 f., 114
- Federal common law* 65
- federal question jurisdiction* 66
- Fehleridentität 189, 193
- Feststellungsklage 183, 187, 195, 197
- fiduciary* 60
- Florida 104 f.
- Foralrecht 252 f.
- Formstatut 287 f., 296 f.
- Formvorschriften 39 f., 193, 312
- Frankreich 261 f.
- freedom of disposition* 60, 80 f.
- freiwillige Gerichtsbarkeit *siehe* Nachlassgericht

- Geheimhaltungspflicht 7 f.
- Geltungsgrenzen
 - Begriff 2
 - *siehe auch* Schiedsbindung in sachlicher und persönlicher Hinsicht
- Geltungsgrund 119 f., 146–165
 - Begriff 2
 - Belastung der Zuwendung 159–165
 - Einverständnis der Nachlassbeteiligten 147–153
 - prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen 153–159
 - in den USA 114 f.
- Gerichtsaufbau (USA) 66 f.
- Gesetzgebungsgeschichte 32–36
- gesetzlich statthafte Weise
 - Formwirksamkeit 50
 - funktionsloses Tatbestandsmerkmal 50 f.

- materielle Verfügungsbefugnis 50 f.
- gesetzlicher Richter 128–132
- Abgrenzung zur Justizgewährung 131 f.
- Eingriff 129–132
- Schutzbereich 128 f.
- Gewaltmonopol 122
- Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens 154, 156 f.
- greater donative freedom contract* 97–99
- Grundrechtskollision 145 f., 161
- Grundrechtsschutz durch Verfahren 135

- Hausverfassung 29 f.
- Hawaii 102 f.
- heir* 60, 102 f.
- Herausgabeanspruch des Nachlassverwalters 181
- heredis mentio* 19
- historisch-kritische Methode 13
- Höchstpersönlichkeitsprinzip 41
- Hohenzollerntestament 30

- inherent jurisdiction* (England) 263
- Insolvenzanfechtung 178 f.
- interested person* 106
- Italien 259–261

- Justizgewährungsanspruch 121–128, 148, 158 f.
- Eingriff aufgrund Schiedsverfügung 123–128
- Schutzbereich 122

- Kodifikationsgeschichte 36–36
- Kompetenz-Kompetenz 189–191, 193, 203
- Korintherbrief 19
- Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius v.* 25, 28

- Law Commission* 264 f.
- Lebenspartnerschaft (gemeinschaftliches Testament) 41 f.
- Letztentscheidungsbefugnis 189–191
- letztwillige Schiedsverfügung *siehe* Schiedsverfügung

- Mediation 37, 110
- Missouri 108

- Mittellosigkeit einer Partei 126 f.
- motion to compel arbitration* 74
- Musterklausel 4
- mutual penal bonds* 61

- Nachlasserbenschulden 175 f.
- Nachlassgericht 199 f., 203–205; 235–237
- Nachlassgläubiger 175 f.
- Nachlassinsolvenzverwalter 178–180
- Nachlasspfleger 177
- Nachlassschuldner 175 f.
- Nachlassverwalter 180–182
- Nachlassverzeichnis 218 f.
- Nachteile des Schiedsverfahrens 5–11, 311
- Neumayr, Max von* 34 f., 46
- New Hampshire 107 f.
- New Yorker UN-Übereinkommen (UNÜ) 271–276
- Nichtigkeit *siehe* Unwirksamkeit
- Nichtöffentlichkeit des Verfahrens 6 f., 139 f., 144
- numerus clausus* letztwilliger Verfügungen 49

- objektive Schiedsfähigkeit *siehe* Schiedsfähigkeit, objektive
- Öffentlichkeit des Verfahrens 6 f., 139 f., 144
- Offshore-Jurisdiktionen 263
- order to compel arbitration* 74
- ordre public* 215, 231 f., 298–300, 306
- Österreich 247–251

- pactum nudum* 18
- Partikularrechte 44–46
- Pellegrini, Marco Antonio* 23 f.
- penal bonds* 61
- Peregrinus* *siehe* *Pellegrini*
- personal representative* 60
- Persönlichkeitsrecht, postmortales 143–145
- Perusinus* *siehe* *Alfani*
- Pflichtteil *siehe auch* Zusatzpflichtteil
 - als Ausdruck der Familiensolidarität 135
 - Auskunftsanspruch 218–220
 - Beschränkung in guter Absicht 221–223
 - Entziehung 221–223

- Ertragswertanordnung 221–223
- als gesetzlicher Anspruch 174
- neben einem Vermächtnis 220
- optionale Zuständigkeit des Schiedsgerichts 238 f.
- in Österreich 248–251
- Schiedsbindung 154 f., 174 f., 218–224, 291
- in der Schweiz 257 f.
- verfassungsrechtliche Garantie 134–136, 159
- Pflichtteilsergänzungsanspruch 221
- Pflichtteilslast 223–224
- postmortales Persönlichkeitsrecht 143–145
- pour-over will* 109, 111 f.
- praktische Konkordanz 146, 242
- probate court* 68
- probate exception* 66 f.
- probate matters* 75 f.
- probate procedure* 70 f.
- Prozesskostenhilfe 126 f., 176 f., 227
- prozessuale Verfügungsbefugnis von Todes wegen 153–159

- Recht auf den gesetzlichen Richter *siehe* gesetzlicher Richter
- Recht auf ein faires Verfahren 128
- Recht auf rechtliches Gehör *siehe* rechtliches Gehör
- rechtliches Gehör
 - als Teil des *ordre public* 133
 - Recht auf 132–134
- Rechtsnachfolge in Schiedsvereinbarung *siehe auch heredis mentio* 43, 176, 260
- Rechtsprechungsmonopol des Staates 54 f.
- Rechtssicherheit 100 f.
- Rechtsvergleichung (Funktion) 13 f., 274 f.
- Rechtswahl 280, 300 f.
- Reichshofrat 26–29
- Reichskammergericht 26–29
- Reichskammergerichtsordnung (1495) 26–29
- Reichszivilprozessordnung 35
- Restatement* 65, 93
- Revised Uniform Arbitration Act* 72, 114

- Schiedsbindung
 - Abgrenzung zur Schiedsfähigkeit 53–55, 156
 - Beachtung von Amts wegen 51–53, 312
 - Begriff 12 f.
 - in Bezug auf einen Streitgegenstand 183 f.
 - in persönlicher Hinsicht 12, 112, 115 f., 168–182, 194–197, 297 f., 312
 - in sachlicher Hinsicht 12 f., 112 f., 116–118, 297 f., 312
- Schiedseinrede 51–53, 124 f., 312
- Schiedsfähigkeit *siehe auch subject matter arbitrability*
 - Abgrenzung zur Schiedsbindung 53–55, 156
 - objektive 53–55, 284 f., 298, 312
 - von *probate matters* 75 f.
 - von Streitigkeiten um die Haftung des Trustees 76 f.
 - subjektive 53 f., 285–287, 296 f.
- Schiedsgutachten 37 f., 212–216
 - Abgrenzung zum Schiedsverfahren 16 f., 37 f.
 - Schiedsverfügung als Schiedsgutachten 48 f., 311 f.
- Schiedsort 288–292, 303
- Schiedsrichter
 - Ablehnung 128
 - Auswahl 9 f.
 - Sachkunde 9 f.
 - als Schiedsgutachter 212–216
 - Unabhängigkeit 9 f.
- Schiedsverfahren
 - Abgrenzung zum Schiedsgutachten 16 f., 37 f.
 - Abgrenzung zur Mediation 37 f.
 - Kosten 10 f.
 - Schnelligkeit 9
- Schiedsverfahrensrechtsreform 1998 35 f., 295
- Schiedsverfügung
 - Abgrenzung zur Schiedsvereinbarung 42–44
 - Aufhebung durch die Parteien 52 f.
 - Begriff 11 f.
 - als Belastung der Zuwendung 159–166

- als Beschränkung und Beschwerde 224–228
- als Eingriff in den Justizgewährungsanspruch 123–128
- einseitige (USA) 60
- als Verfügung *sui generis* 49, 312
- Schiedsverfügungsstatut
 - Begriff 267
 - Bestimmung 271–284, 311, 313
 - Reichweite 267–271, 313
- Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof
 - Deutscher Notare 4
- Schweigepflicht 7 f.
- Schweiz 254–259
- Selbsthilfeverbot 122
- settlor* 60
- severability* 117 f.
- SGH *siehe* Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare
- Sitz des Schiedsgerichts 288–292, 303
- South Dakota 109
- Sozialstaatsprinzip 126
- Spanien 251–254
- State common law* 65
- statutarisches Schiedsgericht 37
- stay of proceedings* 74
- Stellvertretung 41
- Stillschweigende Schiedsvereinbarung
 - 23 f., 147–153
- stipulatio poenae* 18
- Strafklausel *siehe* Verwirkungsklausel
- Streichung von § 1066 ZPO 56, 141 f.
- Streitgegenstand 182 f.
- subject matter arbitrability* 74–78

- Teilungsplan 209 f., 213, 228
- Teilunwirksamkeit (§ 2085 BGB) 191–193
- Testamentsvollstrecker
 - Annahme des Amts 151, 173
 - Befugnis zur authentischen Interpretation 31 f., 57, 309
 - Entlassung 232–237, 312
 - Haftung 230–232
 - Schiedsbindung in persönlicher Hinsicht 172–174
 - Vergütung 173, 229 f.
 - als Vorläufer von Schiedsrichtern 30–32, 251 f., 309
- Testamentsvollstreckerzeugnis 237
- Testamentsvollstreckung
 - Schiedsbindung in sachlicher Hinsicht 228–237
 - als Vorläufer des Schiedsverfahrens 30–32, 251 f., 309
- testator* 60
- Testierfähigkeit 41, 193
- Testierfreiheit 140–143
- Texas 85–91
- Trennungsprinzip 188 f.
- trust deed* 96
- Trust
 - als Ausprägung der *equity* 263
 - Grundstruktur 68–70
 - als Vertrag zugunsten Dritter 93–96
- Truststatut 280–284, 304 f.

- Umdeutung (§ 140 BGB) 42
- UNCITRAL-Modellgesetz 36, 290
- unclean hands* 92 f.
- Undurchführbarkeit der Schiedsverfügung
 - 126 f.
- Uniform Arbitration Act* 72, 114
- Uniform Law Commission* 65 f.
- Uniform Probate Code* 66
- Uniform Trust Code* 66
- UNÜ 271–276
- Unwirksamkeit
 - einer letztwilligen Verfügung 112 f., 116–118, 186–206
 - einer Schiedsvereinbarung 188 f.
 - eines Trusts 89, 112 f., 116–118

- venire contra factum proprium* 152 f.
- Vergleichsbereitschaft 8 f.
- Vergleichsfähigkeit 153 f.
- Verlassenschaftsgericht (Österreich)
 - 250 f.
- Vermächtnis 171, 217 f.
- Vermächtnisnehmer 171
- Vertrag zugunsten Dritter
 - Schiedsbindung 92 f., 164 f.
 - Trust und Testament als Vertrag zugunsten Dritter 91–99
- Vertraulichkeit 5–8
- Verwaltung des Nachlasses 206–208
- Verwirkungsklausel 239–241
- Vollstreckung

- anwendbares Recht 294–296
- Überprüfung des Schiedsspruchs 296–300
- Zuständigkeit 293
- Voraus 171
- Vorteile des Schiedsverfahrens 5–11, 311
- Washington, George* 60 f.
- wechselbezügliche Verfügung 42
- will contest* 79, 97, 112, 193
- Zusatzpflichtteil 220
- zwingendes Recht 231, 234 f.