

sicherten und seiner Entwicklung förderlichen Verhältnissen, in die es inzwischen hineingewachsen sei, nicht herauszunehmen, kann gegenüber dem dargelegten Recht des überlebenden Elternteils auf Sorge für die Person des Kindes um so weniger durchgreifen, als diesem Gesichtspunkte in jedem Falle nur eine zeitlich begrenzte Bedeutung zukommt, während auf der anderen Seite Belange auf dem Spiele stehen, die das erziehungsbedürftige Alter des Kindes weit überdauern. Hier muß das Recht des Elternteils den Vorrang beanspruchen. Sofern aber etwa das Wohl des Kindes durch schuldhaftes Verhalten des Elternteils gefährdet ist, kann nach § 1666 BGB Abhilfe geschaffen werden.

Übrigens würde die Auffassung, daß § 81 Abs. 4 EheG auch nach dem Tode eines Elternteils anwendbar sei, zu dem kaum vertretbaren Ergebnis führen, daß der überlebende Ehegatte in der Frage der Personensorgebefugnis im Falle vorausgegangener Scheidung – und zwar auch der nichtschuldige Teil – schlechter gestellt wäre, als es der Fall sein würde, wenn die Ehegatten bei dem Tode eines von ihnen zwar noch rechtlich als Eheleute, aber tatsächlich, vielleicht schon viele Jahre, voneinander getrennt gelebt hätten. Auch diese unerwünschte Folge spricht gegen eine erweiternde Auslegung der genannten Bestimmung. Sie vorzunehmen, kann nicht Aufgabe der Rechtsprechung sein; es muß vielmehr dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben, gegebenenfalls die ihm geeignet erscheinende Regelung zu treffen.

Es muß sonach bei der allgemeinen Regelung des bürgerlichen Rechts verbleiben, wonach, wenn ein Elternteil nach Scheidung der Ehe stirbt, das Personensorgerecht des überlebenden Elternteils eintritt, wie wenn die Ehe zur Zeit des Todes des anderen Elternteils noch bestanden hätte. Stirbt danach der Vater, so steht nach § 1684 Nr. 1 BGB der Mutter die elterliche Gewalt nach Maßgabe der §§ 1686 ff. BGB und damit auch das Sorgerecht für das Kind zu, das ihr nur unter der Voraussetzung des § 1666 BGB genommen werden kann.

Daraus folgt für den gegenwärtigen Fall, daß der Mutter im Augenblick des Todes des Ehemannes das Sorgerecht für das Kind zugefallen ist. Eine Maßnahme des Vormundschaftsgerichts auf Grund des § 81 Abs. 4 EheG ist nicht zulässig. Sie ist vom Vormundschaftsgericht auch nicht getroffen worden. Die von ihm vorgenommene Übertragung der Sorge für das Kind auf die Mutter erübrigt sich aber, weil dieses Recht der Mutter schon kraft Gesetzes bestand. Die Voraussetzung, für eine Maßnahme aus § 1666 BGB ist, wie noch zu bemerken ist, nicht gegeben.

---

**29. 1. Versagung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn der Schiedsrichter zu einem bestimmten Punkt durch Erklärungen oder sonstiges eindeutiges Verhalten bei einer Partei die Auffassung erweckt oder be-**

stätigt, daß dieser Punkt zu ihren Gunsten erledigt sei, und er sich hernach, ohne der Partei vorher erneut Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, im Schiedsspruch auf den gegenteiligen Standpunkt stellt.

2. Der Schiedsspruch beruht auf einem unzulässigen Verfahren, wenn der Schiedsrichter statt eigener Feststellung das Schlußergebnis fremder Feststellungen übernimmt.

ZPO § 1041 Abs. 1 Nr. 1 u. 4.

IV. Zivilsenat. Urt. vom 26. April 1944 (IV 28/1944).

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht Berlin.

In Sachen des Ingenieurs Julius *Hecht* in Wien III, Weyrgasse 9, Klägers und Revisionsklägers, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Geutebrück in Leipzig,

gegen

den Ingenieur Adolf *Kämpfer* in Berlin-Charlottenburg, Kaiserdamm 44, Beklagten und Revisionsbeklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Benkard in Leipzig, hat das Reichsgericht, IV. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 1944 durch den Senatspräsidenten Dr. Jonas und die Reichsgerichtsräte Dr. Hofmann, Dr. Lippert, Schwegmann und Dr. Schrutka für Recht erkannt:

*Die Urteile des 22. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 17. November 1943 und der 4. Zivilkammer des Landgerichts in Berlin vom 14. April 1943 werden aufgehoben. Der in der Schiedssache der Parteien ergangene Schiedsspruch des Baurats Ing. Richard Herrmann in Wien vom 2. Dezember 1941 wird aufgehoben. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen. — Von Rechts wegen*

*Tatbestand*

Der in Wien ansässige Kläger hatte für den in Berlin wohnhaften Beklagten in Wien Bauarbeiten ausgeführt. Über die bei der Abrechnung entstandenen Streitigkeiten wurde auf Grund eines zwischen den Parteien geschlossenen Schiedsvertrags von dem inzwischen verstorbenen Baurat Herrmann in Wien unter dem 2. Dezember 1941 ein Schiedsspruch gefällt, durch den der Kläger unter Abweisung seiner Widerklage zur Zahlung von 14.112,75 RM verurteilt wurde. Der Streit betraf einerseits die vom Kläger in Rechnung gestellten Ausgabenposten, andererseits die – vom Schiedsrichter zu Ungunsten des Klägers entschiedene – Frage, ob ihm insgesamt 41.000,— RM oder nur 31.000,— RM als Anzahlungen überwiesen worden waren. Der Kläger begehrt die Aufhebung des Schiedsspruchs, hilfsweise die Feststellung, daß der Schiedsspruch im Gel-

tungsbereich der RZPO nicht anzuerkennen sei. Die Gerichte des ersten und zweiten Rechtszuges haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

### *Entscheidungsgründe*

I. Wenn auch das gerichtliche Verfahren und die in den Prozeßgesetzen behandelte Frage der staatlichen Anerkennung von Schiedssprüchen für das Gesamtgebiet des Reiches noch nicht einheitlich geregelt sind, so bildet doch das Reichsgebiet auch für den Bereich der Rechtspflege eine Einheit, mit deren Wesen es schlechterdings unvereinbar wäre, eine auf den Geltungsbereich der einen oder anderen Prozeßordnung beschränkte Entscheidung über die Rechtswirksamkeit eines Schiedsspruches mit der Folge zuzulassen, daß der Spruch zwar in dem einen, nicht aber auch in dem anderen Gebiet vollstreckt werden könnte. Fehlsam ist es daher, wenn das Berufungsgericht vorliegend die Vorschriften des § 1044 RZPO über ausländische Schiedssprüche anwenden will und nur den Hilfsantrag für zulässig erachtet. In Frage steht nicht die begrifflich auf den Machtbereich der inländischen Staatsgewalt begrenzte Feststellung der Nichtanerkennung eines außerhalb dieses Reichs ergangenen Schiedsspruches, sondern die der Rechtsgültigkeit eines deutschen Schiedsspruches. Ob bei der Beurteilung dieser für das gesamte Reichsgebiet einheitlich zu entscheidenden Frage im vorliegenden Falle von den Vorschriften der RZPO oder der ö. ZPO auszugehen ist, kann offen bleiben, da die hier in erster Linie geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nach beiden Prozeßgesetzen der gleichen Beurteilung unterliegen.

II. Der Kläger rügt in erster Linie die Versagung des rechtlichen Gehörs, RZPO § 1041 Nr. 4, ö. ZPO § 595 Nr. 2. Er erblickt sie in Folgendem: Er habe von vornherein geltend gemacht, daß die Differenz bezüglich der Anzahlungen darauf zurückzuführen sei, daß er versehentlich bei einer Abrechnung dem Beklagten einen Betrag von 41.000,— RM statt 31.000,— RM gutgebracht habe. In der schiedsgerichtlichen Verhandlung vom 23. Juni 1941 habe der Buchhalter B. als Zeuge seine Angaben, daß ihm nur insgesamt 31.000,— RM als Anzahlung überwiesen worden seien, bestätigt. Er (Kläger), der infolge anderweitiger Inanspruchnahme durch kriegswichtige Geschäfte an der persönlichen Wahrnehmung des Termins verhindert gewesen sei, habe den Schiedsrichter am 30. ds. Mon. in Begleitung seines Anwaltes aufgesucht und sich ihm für weitere Aufklärungen zur Verfügung gestellt. Bei der Aussprache habe der Schiedsrichter in Gegenwart des Anwaltes zum Ausdruck gebracht, daß er sich hinsichtlich der Höhe der Zahlungen der Ansicht des Klägers anschließe und lediglich die Zahlung eines Betrages von 31.000,— RM als erwiesen ansehe. Er (Kläger) habe damit diesen Streitpunkt als erledigt angesehen und sei auf ihn, obwohl er sich

übrigens schon vorher vorsorglich zu diesem Punkte u. a. auch auf die Bücher des Beklagten berufen habe, nicht mehr zurückgekommen. Die weiteren Erörterungen und die Auflagen des Schiedsrichters hätten sich lediglich auf die Gegenposten bezogen. Gleichwohl habe dann der Schiedsrichter in dem Schiedsspruch ausgesprochen, daß der Kläger seinerzeit den Empfang von 41.000,- RM bestätigt und den Gegenbeweis nicht erbracht habe. Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe, da sich das Verfahren nach der fraglichen Verhandlung noch fast 1/2 Jahr hingezogen habe und er durch den unter einer Ausschlußfrist erlassenen Auflagebeschluß vom 15. November 1941 auf den demnächstigen Erlaß des Schiedsspruchs noch besonders hingewiesen worden sei, hinreichend Gelegenheit gehabt, auf diesen Punkt zurückzukommen. Unter diesen Umständen könne von einer Versagung des rechtlichen Gehörs keine Rede sein, zumal es sich bei der Besprechung am 30. Juni 1941 um eine außerhalb der schiedsgerichtlichen Verhandlung erfolgte persönliche Äußerung gehandelt habe.

Die Revision ist begründet.

Eine Versagung des rechtlichen Gehörs liegt nicht nur dann vor, wenn der Schiedsrichter einer Partei durch unzulässige Präklusion, durch Nichtbekanntgabe von gegnerischen Erklärungen oder dgl. die Gelegenheit zu weiteren tatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen allgemein abschneidet, sondern auch dann, wenn er zu einem bestimmten Punkte durch Erklärungen oder sonstiges eindeutiges Verhalten bei einer Partei die Auffassung erweckt oder bestätigt, daß dieser Punkt zu ihren Gunsten erledigt sei, und er sich hernach, ohne der Partei vorher erneut Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, im Schiedsspruch auf den gegenteiligen Standpunkt stellt.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit sich der Schiedsrichter bei seiner Äußerung selbst hat binden wollen, sondern lediglich darauf, wie seine Erklärung von der Partei verstanden ist und vernünftigerweise verstanden werden mußte. In dieser Hinsicht kann es auch keinen Unterschied ausmachen, ob die fragliche Äußerung in einer eigentlichen schiedsgerichtlichen Verhandlung oder in einer das schiedsrichterliche Verfahren betreffenden Aussprache in Abwesenheit der Gegenpartei gefallen ist. Wenn das Berufungsgericht meint, es sei gegebenenfalls Sache des Klägers gewesen, in der Folgezeit, zumal nach dem Auflagebeschluß vom 15. November 1941, weitere Beweise zu diesem Punkte von sich aus vorzubringen, so übersieht es, daß ausweislich der Schiedsgerichtsakten die damaligen weiteren Erörterungen ausschließlich die Posten der Gegenrechnung betrafen.

In diesem Punkte kann daher das angefochtene Urteil nicht bei Bestand bleiben. Einer Zurückverweisung der Sache bedarf es insoweit aber nicht, da das Revisionsgericht zur abschließenden Entscheidung in der Lage ist (§ 4 Abs. 12 der 4. VereinfVO). Die Darstellung des Klägers wird durch ein bei den

schiedsgerichtlichen Akten befindliches Schreiben, das der Schiedsrichter nach Erlaß des Schiedsspruchs an den gegnerischen Anwalt am 16. Dezember 1941 gerichtet hat, in ihrem Kernpunkt bestätigt. Darin sagt der Schiedsrichter u. a.: „Er habe sich dem Baumeister H. gegenüber dahin geäußert, daß er die Entscheidung über die streitigen 10.000,- RM auszuschalten gedenke; durch diese Äußerung beeindruckt, habe H. geglaubt, mit der Zahlung der 10.000,- RM nicht rechnen zu müssen.“ Wenn sich auch diese Darstellung mit derjenigen des Klägers nicht völlig deckt, so besagt sie doch klar, daß auch nach Auffassung des Schiedsrichters der Kläger aus der Besprechung entnommen hatte, daß er bezüglich der fraglichen Zahlung jedenfalls nicht mit einer ihm ungünstigen Entscheidung zu rechnen brauche. War dem aber so, so hätte der Schiedsrichter den Kläger keinesfalls mit einer Entscheidung in diesem Sinne überraschen dürfen, und zwar umso weniger, als es sich um einen Streitpunkt handelte, der sich durch weitere Beweise, insbesondere durch Vergleichung der beiderseitigen Bücher- und Bankauszüge, unschwer hätte einwandfrei aufklären lassen.

Die Rüge der Versagung des rechtlichen Gehörs erweist sich demnach als begründet. Ob dieser Mangel des Schiedsspruchs zu seiner Aufhebung im Ganzen oder nur bezüglich des dadurch betroffenen Betrages von 10.000,- RM führen muß, kann offen bleiben, da auch dem im folgenden behandelten weiteren Angriff des Klägers gegen den Schiedsspruch die Berechtigung nicht abgesprochen werden kann.

III. Der Kläger rügt, daß der Schiedsrichter die Ausführung eines wesentlichen Teiles seiner schiedsrichterlichen Aufgabe in unzulässiger Weise auf den Ingenieur H. übertragen habe. Das sei um so mehr zu beanstanden, als H. entgegen den unrichtigen Angaben in dem Schiedsspruch nicht der Vertrauensmann beider Parteien, sondern der mit der Beaufsichtigung der Bauarbeiten beauftragte Angestellte des Beklagten und lediglich dessen Vertrauensmann gewesen sei. In dem Schiedsspruch heißt es zu dem Punkte „Bauausführungen“: „Nachdem das Beweisverfahren ergeben hatte, daß die fraglichen Sätze für alle im Verträge angeführten Arbeiten zu gelten haben, und nur besondere Arbeiten, die im Kostenvoranschlag nicht enthalten sind, als Regiearbeiten nach den tarifmäßigen Sätzen der Wiener Bauzunft minus 8 % Nachlaß zu verrechnen sind, wurde Architekt Hilscher vom Schiedsrichter beauftragt, unter Berücksichtigung der von Ing. K. mündlich gemachten Konzessionen die Berechnung auf Grund dieser Richtlinien durchzuführen. Das Ergebnis dieser Berechnung ist, daß dem Beklagten ein Betrag von 21.172,35 RM zusteht.“

Das Berufungsgericht meint, es handle sich hier sachlich lediglich um die Einholung eines Sachverständigengutachtens, zu der der Schiedsrichter ohne weiteres berechtigt gewesen sei. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Sache liegt hier vielmehr ersichtlich so, daß der Schiedsrichter sich bei der

von ihm übernommenen Aufgabe der Ausmittlung der angemessenen Vergütungsbeträge u. s. w. auf die Angabe gewisser Richtlinien beschränkt und die Arbeit im einzelnen dem Architekten H. übertragen hat. Die Fassung des Schiedsspruchs besagt eindeutig, daß H. hier nicht bloß als sachverständige Hilfsperson für den Schiedsrichter berechnende Vorarbeiten geleistet hat, sondern daß es sich um eine – wenn auch nach Richtlinien durchgeführte – selbständige und als solche in den Schiedsspruch übernommene Arbeit H. handelt. Der Schiedsrichter hat hier ersichtlich nicht für *seine* Feststellungen und Schätzungen Vorarbeiten eines anderen benutzt, sondern unzulässigerweise statt eigener Feststellungen das Schlußergebnis fremder Feststellungen übernommen, d. h. der Sache nach einen Teil seiner schiedsrichterlichen Funktionen an einen Dritten übertragen. Dazu war er bei dem höchstpersönlichen Charakter der schiedsrichterlichen Funktion – mangels einer etwaigen gegenteiligen Abrede im Schiedsvertrag – nicht befugt. Es war dies ein unzulässiges Verfahren i. S. des § 1041 Nr. 1 RZPO und ebenso ein Verstoß gegen § 595 Nr. 3 ö. ZPO, ohne daß es dabei auf die Stellung des Architekten H. zu den Parteien, insbesondere zum Schiedskläger, und auf die sich daraus ergebende Frage seiner etwaigen Befangenheit ankäme.

Nach alledem erweist sich – ohne daß es noch eines Eingehens auf die weiteren Rügen des Klägers bedürfte – das Klagebegehren im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanzen in vollem Umfange als begründet. Der Schiedsspruch war daher aufzuheben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

---

**30. 1. Die Vermutung für eine Schenkung an die Frau gilt auch dann, wenn der Mann ihr den Schmuck vor der Ehe gegeben und während der Ehe belassen hat.**

2. § 368 Exekutionsordnung (EO). Auch wenn der Bekl. die Unmöglichkeit der verlangten Leistung behauptet, kann er zur Herausgabe verurteilt werden, ohne daß über die behauptete Unmöglichkeit Beweis erhoben zu werden braucht, wenn sich aus seiner Behauptung ergibt, daß die etwaige Unmöglichkeit der Herausgabe auf Umständen beruhen würde, die er selbst zu vertreten hat.

3. §§ 55, 419 ÖstZPO. Die Kostenbemessung des Erstrichters kann vom BerR nicht abgeändert werden, wenn die Berufung in der Hauptsache keinen Erfolg hat. Ist der Streitwert nachträglich abgeändert worden, muß die Kostenbemessung vom Erstrichter nach § 419 berichtigt werden.