

52. 1. Wann darf das dienstälteste Mitglied eines Senats den Vorsitz führen, ohne daß dadurch gegen §§ 62, 117 GVG. verstoßen wird?
2. Wird die Klage geändert, wenn der Kläger statt der ursprünglich als angemessen bezeichneten Vergütung später eine vereinbarte Vergütung fordert?
3. Zur Frage der Begründung von Prozeßkrügen nach § 554 Abs. 3 Nr. 2b ZPO.

VII. Zivilsenat. Urt. v. 26. November 1929 i. S. Schw. (Rl.). w. S. (Wefl.). VII 256/29.

- I. Landgericht Osnabrück.
- II. Oberlandesgericht Celle.

Für den Beklagten ist in D. eine größere Gartenanlage hergestellt worden. Auch der Kläger ist dabei tätig gewesen, es ist aber im einzelnen streitig, inwieweit er mitgewirkt hat. Nachdem er schon vorher 5050 RM. gezahlt erhalten hatte, erhob er im August 1926 Klage mit dem Antrag, der Beklagte solle ihm noch 6426,19 RM. nebst Zinsen zahlen. Das Landgericht sprach ihm nur noch 370 RM. mit Zinsen zu und wies die Klage im übrigen ab. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Auch seine Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Nicht durchgreifen kann zunächst die Rüge einer Verletzung des § 551 Nr. 1 ZPO. Das angefochtene Urteil ist vom VIII. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in Celle erlassen worden. Als Vorsitzender ist dabei ein Oberlandesgerichtsrat tätig gewesen, während der nach der Geschäftsverteilung bestimmte Vorsitzende der Senatspräsident S. war. Die Revision behauptet, daß der Oberlandesgerichtsrat stets den Vorsitz führe, und findet darin einen Verstoß gegen die §§ 62, 117 ZPO.; danach seien nur der Oberlandesgerichtspräsident und die Senatspräsidenten zu ordentlichen Vorsitzenden der Senate berufen. Zugugeben ist der Revision, daß der dienstälteste Oberlandesgerichtsrat des Senats den Vorsitz nur vorübergehend und aushilfsweise führen darf, nicht dauernd und jedenfalls nicht für unabsehbare Zeit. Durch eine gegenseitige Übung würden die oben genannten Vorschriften tatsächlich ausgeschaltet werden, und das ist unzulässig. Diese Sätze hat der III. Zivilsenat des Reichsgerichts in RGZ. Bd. 119 S. 280 entwickelt und der jetzt erkennende Senat ist ihnen ebenda S. 284 nicht entgegengetreten, wenn er auch die tatsächlichen Verhältnisse, um die es sich damals handelte, anders gewürdigt hat als der III. Senat.

Auch im gegenwärtigen Falle läßt sich eine unzulässige Übung beim Oberlandesgericht Celle nicht feststellen. Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten hat der Senatspräsident S. seit Anfang 1928 den Vorsitz im VII. und im VIII. Zivilsenat zu führen. Den Vorsitz im VII. Zivilsenat hat er regelmäßig wahrgenommen, den Vorsitz im VIII. Zivilsenat anfangs monatlich einmal, später

gar nicht mehr, weil ihm die zunehmende Geschäftslast im VII. Senat das nicht gestattete. Ende März 1929 lagen die Verhältnisse aber derart, daß die Eingänge im VII. Senat seit einiger Zeit geringer geworden waren und nunmehr Aussicht bestand, der Senatspräsident H. werde bei andauernden Mindereingängen im VII. Senat wieder einen Teil der Geschäfte des VIII. Senats übernehmen können. Danach ist es unrichtig, daß er nie den Vorsitz im VIII. Senat geführt hätte. Es stand auch bei Erlass des jetzt angefochtenen Urteils, das auf die Verhandlung vom 20. März 1929 erging und am 10. April 1929 verkündet wurde, keineswegs fest, daß der Senatspräsident H. dauernd und jedenfalls auf unabsehbare Zeit verhindert sein werde, im VIII. Senat den Vorsitz — mindestens zeitweise — zu führen. Mit einer Wiederaufnahme seiner Tätigkeit im VIII. Senat wurde gerechnet und durfte gerechnet werden. Der voritzende Oberlandesgerichtsrat ist also bei Erlass des Urteils vom 10. April 1929 nur zur Aushilfe und als vermutlich nur vorübergehender Vertreter tätig gewesen. Das verstößt nicht gegen das Gesetz.

In Betracht kommt auch, daß der Oberlandesgerichtspräsident nach seiner Aukunft schon zum Stellenplan für 1928 und auch zum Staatshaushalt für 1929 eine neue Senatspräsidentenstelle angemeldet hat, die auch in den dem preussischen Landtag vorgelegten Haushaltsentwurf aufgenommen worden ist. Danach bestand im Frühjahr 1929 Aussicht, daß dem Mangel an Senatspräsidenten beim Oberlandesgericht Celle demnächst abgeholfen werden würde. Das konnte auch für den VIII. Zivilsenat und seine Besetzung von Bedeutung sein, sodaß auch hiernach nicht mit einem dauernden Vorsitz des ältesten Oberlandesgerichtsrats zu rechnen war.

2. In der Sache selbst hat das Landgericht angenommen, die Höhe der dem Kläger gebührenden Vergütung sei von den Parteien nicht vertraglich bestimmt worden. Es hat ihm deshalb gemäß § 632 Abs. 2 BGB. die übliche Vergütung zugesprochen. Als der Kläger in der Berufungsinstanz behauptete, daß die Höhe der Vergütung — mindestens in erheblichem Umfang — vertraglich vereinbart sei, fand der Beklagte darin eine Klagenänderung und widersprach ihr. Der Berufungsrichter schloß sich der Ansicht des Beklagten an und durfte daher bei dessen Widerspruch die Klagenänderung nach § 527 ZPO. nicht zulassen.

Die Revision bestreitet das Vorliegen einer Klagenänderung. In erster Reihe meint sie, Klagegrund sei nur die Behauptung des abgeschlossenen Werkvertrags; ob die Vergütung als vereinbarte oder als angemessene gefordert werde, sei ohne Belang, beides bewege sich innerhalb des Klagegrundes. Inbes bildet den Klagegrund nicht das Rechtsverhältnis, woraus der Klagenanspruch abgeleitet wird, sondern die Summe der Tatsachen, die vom Kläger vorgebracht werden und die seinen Anspruch als im Rechte begründet dargetun sollen. Der rechtliche Gesichtspunkt, der den auf Grund der Klage Tatsachen gestellten Klagenantrag als gerechtfertigt erscheinen lassen soll, ist dabei kein Bestandteil des Klagegrundes (vgl. RWB. Bd. 63 S. 269; JW. 1912 S. 872 Nr. 36, S. 876 Nr. 44). Wer statt der ursprünglich als üblich geforderten Vergütung später eine vereinbarte Vergütung verlangt, ändert die Klage Tatsachen und damit die Klage (Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 162).

In zweiter Reihe vertritt die Revision den Standpunkt, daß schon die Klageschrift dahin ausgelegt werden müsse, es werde auch eine vereinbarte Vergütung gefordert. Der Berufungsrichter hat aber mit Recht dargelegt, daß ihr Text dafür keinen Anhalt biete, weil sie die in die Klagerrechnung eingefetzten Preise unter Berufung auf das Gutachten Sachverständiger ausdrücklich als angemessen bezeichne. In der Klagerrechnung heißt es beim ersten Posten „Modell zu Teehaus und Terrasse angefertigt 450 RM.“ zwar „lt. Offerte und Übertragung“, der Berufungsrichter kann aber darauf hinweisen, daß der Kläger gerade hier nicht den angeblich vereinbarten Preis von 400 RM. fordert, sondern einen höheren Betrag, der im Sinne der Klageschrift wiederum nur die angemessene Vergütung darstellen kann.

Die Revision hat sich endlich noch auf die „späteren Schriftsätze“ erster Instanz berufen, in denen die angebliche Vereinbarung über die Höhe der Vergütung noch im einzelnen erläutert worden sei. Wenn man hierin überhaupt eine selbständige Rüge sehen darf, so scheidet sie daran, daß die Vorschrift des § 554 Abs. 3 Nr. 2b ZPO. nicht beachtet ist. Die Revision will nachweisen, daß das Gesetz in bezug auf das Verfahren verletzt sei, daß der Berufungsrichter den § 281 das. nicht beachtet habe. Danach wäre ein im Laufe des Rechtsstreits erhobener Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung mit dem Zeitpunkt rechtshängig geworden, in dem der Anspruch

in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder der betreffende Schriftsatz zugestellt wurde, der dann aber den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 das. entsprechen mußte. Nach § 554 ZPO. wäre es Sache der Revision gewesen, die einzelnen Schriftsätze zu bezeichnen, die sie heranziehen will, und darzulegen, daß und wann sie zugestellt oder in einer mündlichen Verhandlung vorgetragen worden seien. In der Schlußverhandlung vor dem Landgericht sind sie nicht vorgetragen worden, wie das Berufungsgericht nach dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils feststellt. Die vorstehend als erforderlich bezeichneten Angaben fehlen indessen in der schriftlichen Revisionsbegründung. Auf Nachforschungen des Reichsgerichts in den Akten, die über die Zustellung von Schriftsätzen nicht einmal etwas ergeben würden, darf sich der Revisionskläger nicht verlassen. Der § 554 Abs. 3 Nr. 2b ZPO. zielt auf eine Entlastung des Reichsgerichts ab und ist diesem Zweck entsprechend streng auszulegen. Deshalb kann die Revision auch mit dieser Rüge nicht gehört werden. . . . (Folgt die Zurückweisung weiterer Angriffe der Revision.)