

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

2355 024

3'

Gesetz: GrundG Art 12; Am.MilRegGes Nr 56; BGB §§ 823 Abs 1,
826, 903, 1004; UWG § 1; GVG § 13

Rechtssatz: Eine Kirchenstiftung ist kraft ihres Eigentums am Friedhof berechtigt, jedenfalls wenn kein gegenteiliges Herkommen besteht, gewerbliche Bestattungsunternehmer auf die Verbringung der Leichen in die Leichenhalle zu beschränken, ihnen weitere Bestattungshandlungen aber zu verbieten und diese selbst ausschliesslich vorzunehmen.

Für eine auf das Eigentum gestützte entsprechende Unterlassungsklage der Kirchenstiftung und eine Widerklage des Bestattungsunternehmers, die auf ein Verbot an die Stiftung abzielt, ihn an der gewerblichen Betätigung auf dem Friedhof zu hindern, ist in Bayern der Rechtsweg zulässig

Aktenzeichen: V ZR 166/52

Urteil des BGH vom 13. Juli 1954

I. IG München I
II. OLG München

Verkündet am 13. Juli 1954
Romacker, Just. Angest., als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma B. [REDACTED] Bestattungsdienst, Inhaber Wolfgang
von St. [REDACTED] in M. [REDACTED], S. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

g e g e n

die Katholische Kirchenstiftung St. G. [REDACTED] in F. [REDACTED], ver-
treten durch die Kirchenverwaltung, diese durch den Stadt-
pfarrer in F. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 2. Juli 1954 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Hücking-
haus, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Großmann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
vom 9. Mai 1952, das den Parteien am 17. Mai
1952 an Verkündungsstatt zugestellt worden ist,
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kirchenstiftung St.G. in F., gesetzlich vertreten durch die Kirchenverwaltung, ist Eigentümerin des dortigen kirchlichen Friedhofs. Die Kirchenverwaltung, der die Verwaltung des ortskirchlichen Stiftungsvermögens obliegt, hat der Beklagten, die ein privates Leichenbestattungs- und Überführungsgewerbe betreibt, mit Schreiben vom 2. Februar 1951 untersagt "den Friedhof von St.G. zum Zwecke der Ausübung des Leichenbestattungsgewerbes zu betreten, dort Bestattungsmassnahmen irgendwelcher Art auszuüben oder vorzubereiten". Die Beklagte hat erwidert, sie wolle sich an das Verbot nicht halten und es darauf ankommen lassen, ob die Klägerin dieses Verbot erzwingen werde. Darauf erhob die Klägerin Klage mit dem Antrag, der Beklagten zu untersagen, den im Eigentum der Klägerin stehenden Friedhof St.G. in F. zur Ausübung des Gewerbes als Leichenbestatter zu betreten. Zur Begründung der Klage stützte sie sich auf ihr Eigentum am Friedhof, das ihr das Recht gebe, der Beklagten die Ausübung ihres Gewerbes, die über das Maß der üblichen Benutzung hinausreiche, auf diesem Friedhof zu untersagen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrag zu erkennen:

- 1) Der Klägerin und Widerbeklagten wird bei Meidung einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten verboten, die Beklagte und Widerklägerin daran zu hindern, dass sie im Auftrag der Angehörigen
 - a) Leichen in die Aussegnungshalle des kirchlichen Friedhofs St.G. in F. verbringt,
 - b) Leichen in der Aussegnungshalle dieses Friedhofs aufbewahrt und Dekorationen dort anbringt,



- c) Leichen zur und in die Grabstätte verbringt,
- d) die Grabstätten schliesst.

2) Es wird festgestellt, dass die Klägerin und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin den Schaden zu ersetzen hat, der ihr dadurch entstanden ist und noch entsteht, dass die Klägerin und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin verboten hat, den kirchlichen Friedhof St.G. in F. zum Zwecke der Durchführung von Bestattungen zu betreten.

Zur Begründung hat die Beklagte u.a. ausgeführt: Die Klägerin müsse ihr (Beklagten) schon auf Grund der Gewerbefreiheit die Ausübung des Leichenbestattungsgewerbes auf dem Friedhof gestatten. Die Klägerin, die selbst Bestattungen als Unternehmerin ausführe, mache sich sonst auch des unlauteren Wettbewerbs schuldig. Ausserdem sei das Verhalten der Klägerin Missbrauch des Eigentums, der nach Art 158 der Verfassung des Freistaats Bayern keinen Rechtsschutz geniesse, es falle als Eingriff in den Gewerbetrieb der Beklagten unter § 823 Abs 1 BGB, ausserdem sei es auch Schikane im Sinn des § 226 BGB. Die Klägerin sei ferner nach § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet. Die Angehörigen der Verstorbenen hätten ein Recht darauf, sich bei der Bestattung und bei der Ausschmückung und Unterhaltung der Grabstätte eines beliebigen Gewerbetreibenden zu bedienen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte noch besonders geltend gemacht, dem Friedhofseigentümer stünden nur folgende Befugnisse öffentlich-rechtlicher Natur zu:

Herstellung und Unterhaltung der Friedhöfe und deren Anlagen.

Regelung der Besuchszeiten und sonstige Massnahmen im Interesse der Aufrechterhaltung der Sicherheit in den Friedhöfen.

Einhaltung des Landschaftsbildes bei Anlegung der Gräber und Errichtung von Grabdenkmälern.

Überwachung (nicht aber Durchführung) der Vorbereitung und Ausführung der Bestattung insbesondere aus gesundheitspolizeilichen Gründen.

Das Berufungsgericht hat entsprechend dem Antrag der Klägerin die Berufung der Beklagten mit der Massgabe zurückgewiesen, dass ihr das Betreten des kirchlichen Friedhofs zum Zwecke der gewerblichen Betätigung jeglicher Art insoweit verboten werde, als es sich nicht um die Verbringung von Leichen in die Aussegnungshalle des dortigen Friedhofes handelt.

Mit der (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungs- und ihren Widerklageantrag weiter. Hilfsweise hat die Beklagte in der Revisionsverhandlung anstelle des Unterlassungsantrags (oben Nr 1) beantragt festzustellen, dass die Klägerin nicht berechtigt sei, der Beklagten die im Unterlassungsantrag bezeichneten Handlungen zu verbieten, allenfalls: aus dem Gesichtspunkt des Eigentums zu verbieten.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels. In der Revisionsverhandlung waren die Parteien darüber einig, dass es lediglich eine ungenaue Bezeichnung war, wenn als Klägerin in den Vorinstanzen die Kirchenverwaltung genannt war, und dass Klägerin in Wahrheit die Kirchenstiftung St.G sei.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Zur Zulässigkeit des Rechtsweges führt das Berufungsgericht aus:

Für die Bewertung eines streitigen Anspruchs als bürgerliches oder öffentliches Rechtsverhältnis im Sinne des § 13 GVG sei die wirkliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht die behauptete Natur des wirklichen Rechtsverhältnisses, massgebend. Die Klägerin stütze ihren Unterlassungsanspruch ausdrücklich auf ihr Eigentum an dem kirchlichen Friedhof, gründe also die Klage auf einen bürgerlich-rechtlichen Titel. Dass der Friedhof eine öffentliche Sache sei, stehe dem nicht entgegen, er bleibe Objekt des Privateigentums (Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 2. Aufl S 286/287, nun 3. Aufl S 292). Auch die infolge des Anstaltscharakters eines kirchlichen Friedhofs bestehende öffentlich-rechtliche Herrschaftsgewalt der Kirchenverwaltung im Verhältnis zwischen dieser und Dritten schliesse nicht aus, dass, insbesondere beim Fehlen einer die Benützung regelnden Friedhofsordnung, die Kirchenverwaltung sich zur Abwehr von Störungen auf das Eigentum am Friedhof stütze. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte kraft bürgerlich-rechtlichen Inhalts des geltend gemachten Anspruchs decke sich im vorliegenden Falle überdies mit der sog. Zuständigkeit kraft Überlieferung (BGH JZ 1951, 634), weil auch bei Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes Streitigkeiten, die sich auf das privatrechtliche Eigentum an öffentlichen Sachen bezogen, unter die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gefallen seien (RGZ 157, 246 mit der dort angeführten Entscheidung vom 29. Oktober 1936 JW 1937, 227⁹). An dieser Zuständigkeit habe sich weder durch gesetzliche Massnahmen noch durch Gewohnheitsrecht in der Folgezeit etwas geändert.

Zur Widerklage bemerkt das Berufungsgericht:

Es könne dahingestellt bleiben, ob für alle Begründungen der Widerklage der Rechtsweg eröffnet sei, insbesondere insoweit sie auf ein - in der Rechtslehre sehr streitiges - Recht auf Zulassung zum Gemeingebrauch und im Zusammenhang damit auf die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung des Friedhofs gestützt werde. Bürgerlich-rechtlich sei aber jedenfalls der Anspruch der Widerklage, soweit er auf einen unzulässigen Eingriff in den gewerblichen Leichenbestattungsbetrieb der Widerklägerin gegründet werde (§ 823 Abs 1 BGB). (Das Berufungsgericht hat dabei wie die Bezugnahme auf RGZ 157, 246 zeigt, nicht nur den Schadensersatz, sondern auch den Unterlassungsanspruch im Auge.) Die sachliche Beurteilung des auf mehrere Gründe gestützten Klageanspruchs durch das ordentliche Gericht bleibe selbstverständlich auf den bürgerlich-rechtlichen Anspruch beschränkt.

2. Die Revision hat gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs keine Erinnerung. Sie ist aber in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (RGZ 122, 100 [101]). Es bestehen jedoch gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs keine durchgreifenden Bedenken.

a) Nach § 13 GVG gehören alle bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder von Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind, vor die ordentlichen Gerichte, wobei zu bemerken ist, dass die Zuweisung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden zur endgültigen Entscheidung nicht mehr möglich ist, da sie gegen Art 92 GrundG verstiesse (Baumbach-Lauterbach ZPO 22. Aufl § 139 Anm 3 C). Dem Berufungsgericht ist darin

zu folgen, dass trotz der Eigenschaft des Friedhofs als einer öffentlichen Sache die Klägerin bürgerlich-rechtliches Eigentum an ihm hat, das ihr die dem Eigentümer zustehenden Rechte, insbesondere das Recht auf Abwehr von Eigentumsstörung (§ 1004 BGB) verleiht. Dass Ansprüche aus dem Eigentum bürgerlich-rechtliche Ansprüche ebenso nach der zur Zeit des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes herrschenden Rechtsauffassung waren als auch es nach der jetzigen Rechtsauffassung sind (RGZ 123, 181), ist nicht zu bezweifeln. Klagen, mit denen das (bürgerlich-rechtliche) Eigentum geltend gemacht wurde, gehörten nach bayerischem Recht zur Zeit des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes, das auf Grund des Art 9 des Rechtsvereinheitlichungsgesetzes vom 12. September 1950 (BGBl S 455) nur mit einigen die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht berührenden Änderungen neu veröffentlicht worden ist, vor die ordentlichen Gerichte (vgl OGH in Bayern Sammlung Bd 6, 241). Daran hat sich weder durch das früher geltende Bayerische Verwaltungsgerichtsgesetz vom 8. August 1878 noch durch das nunmehr geltende Verwaltungsgerichtsgesetz vom 25. September 1946 (GVBl S 281) in der Folgezeit etwas geändert. § 22 des Verwaltungsgerichtsgesetzes 1946 verweist lediglich Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechtes vor die Verwaltungsgerichte. Die insbesondere nach der Umgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit seit dem Jahre 1945 streitig gewordene Frage, ob die bisherige auf Überlieferung oder Gewohnheitsrecht gegründete (BGHZ 9, 339) Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für gewisse ihrer Natur nach öffentlich-rechtliche Streitigkeiten fortbesteht, spielt hier demnach keine Rolle. Nun wäre die Klägerin allerdings befugt gewesen, wie das Berufungsgericht richtig ausführt, über die Benutzung des Friedhofs durch gewerbliche Unternehmer in einer kirchenrechtlichen, also öffentlich-rechtlichen Satzung Bestimmungen zu treffen (Art 54 der Bay.Kirchengemeindeordnung - KGO - vom

24. September 1912 - GVBl S 911), wie das anderwärts manchmal der Fall war. Das ist, wie das Berufungsgericht feststellt, durch die geltende Friedhofs- und Begräbnisordnung vom 19. Juli 1905 jedoch nicht geschehen, vermutlich weil eine gewerbsmässige Leichenbestattung auf dem Friedhof zur damaligen Zeit praktisch nicht in Betracht gezogen werden musste. Aber ob die die Kirchenstiftung vertretende Kirchenverwaltung in dieser Hinsicht von ihrem Recht öffentlich-rechtlicher Regelung Gebrauch macht, steht in ihrem Ermessen und es kann ihr deswegen nicht verwehrt sein, sich der Rechtsbehelfe des bürgerlichen Rechts zu bedienen, weil die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Vorgehens bestünde (RG Bay RpfLZ 1923, 66). Unrichtig wäre daher der Standpunkt, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit und die Unzulässigkeit des Rechtswegs sei deswegen gegeben, weil nach dem Willen des Gesetzgebers der Rechtsschutz des Friedhofeigentümers, soweit die Benutzung in Frage stehe, nur mit öffentlich-rechtlichen Mitteln bewirkt werden solle. Die Frage, ob der Inhalt des Eigentums die von dem Eigentümer der öffentlichen Sache in Anspruch genommene Verbotsbefugnis umfasst, ist keine Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern der Prüfung, ob die Klage begründet ist.

b) Die bürgerlich-rechtliche Natur der Klage, wie sie eben dargelegt worden ist, führt auch zur Bejahung des Rechtswegs für die Widerklage. Klagen vor den ordentlichen Gerichten auf Unterlassung und Schadensersatz sind, auch wenn zu ihrer Begründung der Kläger bürgerlich-rechtliche Bestimmungen anführt, insbesondere unzulässig, wenn in Wahrheit der Ausübung von Hoheitsrechten, der Vornahme von Verwaltungsakten, entgegengetreten werden soll und aus öffentlich-rechtlichen Massnahmen nur deswegen Schadensersatzansprüche erhoben werden, weil der Kläger auf diese Weise die Nachprüfung von Rechts-

verhältnissen erreichen will, die der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte entzogen sind (Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl II C 1 vor § 1 bei Fussnote 71; Baumbach-Lauterbach § 13 GVG Anm 4 "Abwehrklage"; RG JW 1928, 1223 und öfter). Soweit die Beklagte mit ihrem Unterlassungsantrag geltend macht, das Eigentum der Klägerin das diese mit bürgerlich-rechtlichen Mitteln verfißt, umfasse die von der Klägerin in Anspruch genommenen Befugnisse der Ausschliessung der Beklagten nicht, sei es auch aus öffentlich-rechtlichen Gründen, kann daraus nichts Entscheidendes gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges hergeleitet werden. Es ist daher auch unbedenklich, wenn auf Grund der Widerklage geprüft werden muss, ob die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs der Klägerin einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb der Beklagten als eines durch § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtes darstellt, ob sie Schikanecharakter hat (§ 226 BGB) oder mit Rücksicht auf die eigene Vornahme von Leichenbestattungen durch die Klägerin eine unerlaubte Wettbewerbshandlung ist (§ 1 UWG), und ob ein Unterlassungsanspruch gegen die Klägerin nach den Grundsätzen der vorbeugenden Unterlassungsklage des Bürgerlichen Gesetzbuches oder aus dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb besteht. Bedenken könnten gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs allenfalls daraus entnommen werden, dass in Bayern Streitigkeiten über die Benutzung kirchlicher Anstalten von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden waren (Art 10 Ziff 13 des früheren Bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 8. August 1878; Dyroff; Komm z VVG 5. bzw. 7. Aufl Hauptband S 451 Anm 6 und BayVGH 25, 278) und entsprechende Streitigkeiten in Art 5 der Ausführungsverordnung vom 25. September 1946 zum neuen Verwaltungsgerichtsgesetz (GVBl 1949, 291; 1949, 260) als Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts im Sinne des § 85 des neuen Verwaltungsgerichtsgesetzes bezeichnet sind. Aber abgesehen davon,

dass die Beklagte ein eigenes auf dem Kirchenverbandsverhältnis beruhendes Recht auf Benützung des Friedhofs (BayVG 13, 543) nicht geltend macht, greifen die oben genannten Bedenken deswegen nicht durch, weil nach der derzeitigen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung der Parteien die Abgrenzung des Eigentums der Klägerin, insbesondere mangels einschlägiger Bestimmungen der öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung, für den Rechtsstreit massgebender Streitgegenstand ist (RGZ 144, 289; 123, 181) und für die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs auch die Verteidigung der beklagten Partei - hier der Widerbeklagten -, somit der auf Eigentum gestützte Klageanspruch bedeutsam werden kann (Stein-Jonas-Schönke Vorbem II C vor § 1). Ein der Widerklage stattgebendes Verbot würde demgemäss das Recht der Klägerin nicht beschränken, für die Benützung ihres Friedhofs durch Gewerbetreibende in öffentlich-rechtlicher Satzung Bestimmungen zu treffen und auf Grund dieser geänderten Sachlage das Benutzungsrecht der Beklagten neuerdings richterlicher Entscheidung zu unterstellen, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob dann nicht die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben wäre.

II.

Zur Entscheidung der Sache selbst ist zu sagen:

1. In Anlehnung an die Entscheidung RGZ 157, 246 und in Übereinstimmung mit Art 149 der Bayerischen Verfassung sieht das Berufungsgericht die Zweckbestimmung eines Friedhofs als Anstalt darin, eine angemessene und geordnete Leichenbestattung und eine dem pietätvollen Gedenken an die Verstorbenen entsprechende würdige Ausgestaltung des Begräbnisplatzes zu ermöglichen. Dieser Zweck sei aber erreicht,

wenn diese Möglichkeit, sei es durch eigene Kräfte, sei es durch die Zulassung geeigneter Unternehmer gegeben sei. Der Widmungszweck könne je nach den Gebräuchen zeitlich und örtlich verschieden sein (so auch Forsthoff 3. Aufl S 304). Er bedeute nicht, dass der Friedhofseigentümer jedem beliebigen Leichenbestatter, der von den Hinterbliebenen beauftragt sei, die von der Beklagten beanspruchten, von der Klägerin aber versagten Möglichkeiten der gewerblichen Betätigung auf dem Friedhof eröffnen müsse. Ebenso bestehe auch kein Recht auf einen Gemeingebrauch solchen Inhalts, wenn man einen Gemeingebrauch an Friedhöfen mit Forsthoff Lehrbuch 3. Aufl S 301 und entgegen RGZ 100, 213 anerkennen wolle.

Die Revision hält dies für zu eng und rügt in diesem Zusammenhang Verletzung der §§ 903, 1004 BGB durch fehlerhafte Anwendung und des Art 158 der Bayerischen Verfassung und des Art 14 GrundG durch Nichtanwendung. Die Klägerin sei nur berechtigt und verpflichtet, für eine schickliche Beerdigung zu sorgen und einschlägige öffentlich-rechtliche Massnahmen hierwegen zu treffen. Den Angehörigen müsse aber dabei das Recht bleiben, die Überführungs- und Bestattungsart selbst zu wählen und die gewerblichen Überführer und Bestatter selbst nach freier Wahl zu beauftragen, wenn nur die Gewähr gegeben sei, dass die Bestattung in schicklicher Weise vorgenommen und die polizeilichen Vorschriften beachtet würden.

Dieser Angriff geht fehl.

Gerade auf dem Gebiet des Beerdigungswesens kommt dem Brauchtum besondere Bedeutung zu. Die tatsächliche Gestaltung der hierauf bezüglichen Ordnungen muss bei der Feststellung des Widmungszweckes, der die Eigentumsausübung hinsichtlich des Friedhofs beschränkt, daher besonders berücksichtigt werden.

Wenn das Berufungsgericht einen Widmungszweck mit der von der Beklagten behaupteten starken Beschränkung des Friedhofseigentümers für Altbayern verneint, so kann gegen diese im wesentlichen auf dem Gebiet des Tatsächlichen liegende Feststellung die Revision in diesem Rechtszuge nicht erfolgreich ankämpfen. Nach Art 14 Abs 2 GrundG, der unmittelbar anwendbares Recht ist (Art 1 Abs 3 GrundG), verpflichtet Eigentum und soll sein Gebrauch zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Nach Art 158 der Bayerischen Verfassung geniesst offenkundiger Missbrauch des Eigentums keinen Rechtsschutz. Diese Bestimmungen bringen die soziale Gebundenheit des Eigentums zum Ausdruck (Urt des erkennenden Senats vom 15. Juni 1951 - V ZR 55/50 -), sie ändern aber nichts daran, dass das Eigentum gemäss § 903 BGB das umfassende Herrschaftsrecht über eine Sache ist. Die Wendung "offenkundiger Missbrauch" zeigt, dass eine grobe Verletzung des Interesses der Allgemeinheit gegeben sein muss, und die Vorschrift "soll dem Wohl der Allgemeinheit dienen" kann nicht dahin ausgelegt werden, dass der Gebrauch des Eigentums jeweils den höchstmöglichen Nutzen für die Allgemeinheit erzielen solle. Handelt es sich in dieser Hinsicht um Fragen der Zweckmässigkeit, die verschieden beantwortet werden können, so kann von einem Missbrauch nicht gesprochen werden.

Ob für das Verbot an einen gewerblichen Bestattungsunternehmer, Verstorbene in die Leichenhalle zu verbringen, eine andere Beurteilung geboten wäre, kann dahingestellt bleiben, da die Klägerin im zweiten Rechtszug das Verbot hat fallen lassen und, soweit die Widerklage in Betracht kommt, die Befugnis, die Leichenhalle zu betreten, ersichtlich nur zum Zwecke, auch die weiteren Bestattungshandlungen durchzuführen, in Anspruch genommen wurde und wird, die Befugnis von diesem umfassenden Anspruch der Beklagten daher nicht zu trennen ist, sondern dessen rechtliches Schicksal teilt.

Das Berufungsgericht stellt im Zusammenhang hiermit fest, die Beklagte habe keinen Beweis dafür angetreten, dass auf dem Friedhof St.G. nicht hinreichend dafür Sorge getragen wäre, dass die Bestattungen (durch die Klägerin) in herkömmlicher und pietätvoller Weise vor sich gingen. Damit ist den Interessen der Allgemeinheit nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts jedenfalls insoweit Rechnung getragen, dass unter den bisher behandelten rechtlichen Gesichtspunkten der Ausschluss der Beklagten von den von ihr beanspruchten gewerblichen Verrichtungen nicht beanstandet werden kann. Dem steht das in der oben erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts Bay RpflZ 1923, 66 auf Grund der Auslegung eines Vertrages zwischen dem Friedhofseigentümer und den Grabstelleneinhabern bejahte Recht der letzteren auf Ausschmückung der Gräber durch Gärtner, die sie selbst ausgewählt haben, nicht entgegen, umsoweniger, als die Grabausschmückung keine so starke Beziehung zu der Person des Toten hat als die eigentliche Bestattung und aus dieser Beziehung zumindest in manchen Gegenden die Verknüpfung des Erwerbstrebens mit der Bestattung gefühlsmässig abgelehnt wird.

2. Bedenken meldet die Revision gegen die Ausschliessung der Beklagten von der gewerblichen Betätigung auf dem Friedhof auch unter dem Gesichtspunkt an, dass die Klägerin damit ein unzulässiges Monopol für sich in Anspruch nehme und sich des unlauteren Wettbewerbs schuldig mache.

Aber auch diese Einwendungen greifen nicht durch.

a) Keinesfalls liegt in dem Verhalten der Klägerin ein Verstoss gegen das AmMilRegGes Nr 56 betreffend das Verbot der übermässigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft, dessen Ziele, wie seine Bezeichnung und der Vorspruch des Gesetzes ergeben in einer ganz anderen Richtung liegen

(Kriegsverhütung, Aufbau einer demokratischen gesunden Wirtschaft) und mit den hier bedeutsamen Fragen nichts zu tun haben. Insoweit kann der erkennende Senat dem Berufungsgericht nur beistimmen. Die Klägerin hat dazu übrigens unbestritten vorgetragen, dass in einem ähnlichen Falle die Verbindungsstelle für Entflechtung des US-Hochkommissariats zu einem Eingreifen keine Veranlassung gesehen hat.

b) An einen Missbrauch des Eigentums könnte gedacht werden, wenn die Klägerin die Ausschliesslichkeitsstellung, die sie kraft der Tatsache genießt, dass Leichen im allgemeinen nur auf Friedhöfen beerdigt werden dürfen und sie Friedhofseigentümerin ist, mit der Ausschaltung anderer Gewerbetreibender in zu missbilligender Weise zur eigenen Bereicherung verwenden würde. Das ist aber nicht der Fall. Das Berufungsgericht stellt fest, dass die Klägerin die Beerdigungsgebühren, soweit sie nicht an Bedienstete flössen, vornehmlich zur Pflege und Unterhaltung der Friedhofsanlagen verwendet, zu der sie kraft öffentlichen Rechtes verpflichtet ist, sich also bei der Durchführung der Bestattungen auf eigene Rechnung keineswegs privatwirtschaftlich wie ein auf Gewinnerzielung bedachter Privatunternehmer betätige. Für die Verneinung eines Missbrauchs muss es dabei genügen, wenn der öffentliche Wohlfahrtszweck überwiegt und die Einnahmen vornehmlich ihm dienen (Landmann-Rohmer GewO 10. Aufl S 43 f mit Belegen - enger RGZ 157, 246 [256]). Dass die Ausführung der Bestattungen durch die Klägerin allein zu überhöhten Sätzen auf Kosten der Hinterbliebenen geführt hätte, ist nicht einmal behauptet. Auch aus einem anderen Grunde ist unter den vom Berufungsgericht festgestellten Umständen ein Missbrauch der Monopolstellung, die übrigens durch die hier allein in Frage stehende Ausschliessung der Beklagten allein noch nicht geschaffen würde, zu verneinen: Neben der Einflussnahme auf die würdige Gestaltung der Bestattung gibt der Klägerin die Durchführung

aller Bestattungen auf eigene Rechnung die Möglichkeit, innerhalb der verschiedenen Beerdigungsklassen ausgleichend hinsichtlich der Kosten zu wirken derart, dass die wirtschaftlich Stärkeren für die wirtschaftlich Schwächeren gewissermaßen mitleisten, eine nicht zu missbilligende Handhabung, die beispielsweise ^{auch} in der Sozialversicherung, bei der Gestaltung von Verkehrstarifen sowie bei der Bemessung des ärztlichen Honorars zu finden ist.

c) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Vorwurf der Revision, in dem Ausschluss der Beklagten liege eine Handlung des unerlaubten Wettbewerbs, nicht begründet ist. Mit Recht sagt das Berufungsgericht, dass die ausschliessliche Benützung des Eigentums durch den Grundstückseigentümer, selbst wenn sie zu Wettbewerbszwecken geschieht, nicht wettbewerbsfremd wäre (vgl auch Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht § 1 Anm 19 H). Niemand ist verpflichtet mit eigenen Mitteln den Wettbewerb eines Dritten zu fördern, und die Tatsache, dass die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung des Friedhofs mit dazu beiträgt den Ausschluss der Beklagten zu einer Massnahme zu machen, die den Vorteil der Klägerin bewirkt, reicht, weil die Klägerin vorzugsweise mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse vorgeht und es an der auf Wettbewerb gerichteten Absicht fehlt (BGHZ 3, 270), nicht aus, um dem Handeln der Klägerin den Makel der Sittenwidrigkeit aufzudrücken und es als rechtswidrige Wettbewerbsbehinderung der Beklagten erscheinen zu lassen.

3. Die Revision kann sich weiter nicht mit Erfolg auf die Gewerbefreiheit (§ 1 GewO) berufen, um darzutun, dass die Klägerin der Beklagten die beanspruchte Ausübung des Gewerbes auf dem Friedhof gestatten müsse. Nach der Gewerbeordnung sind Bestattungsunternehmen allerdings weder zulassungs-

pflichtig noch können sie wegen mangelnder Eignung oder Zuverlässigkeit des Unternehmers untersagt werden (HessVGH Verwaltungsrechtsprechung Bd 3 Nr 169). Aber mit der Gewerbe-freiheit wird nur ausgeschlossen, die Zulassung zum Beruf des Leichenbestatters von einer behördlichen hoheitsrecht-lichen Genehmigung abhängig zu machen. Hiergegen beschränkt die Gewerbefreiheit als solche das Recht des Eigentümers eines Grundstücks nicht, von einer Betätigung auf dem Grund-stück, demnach auch von einer Gewerbeausübung, Dritte aus-zuschliessen (RGZ 42, 51; 100, 213; Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl S 513). Die Meinung der Revision, der Gesetzgeber habe bei der gesetzlichen Anerkennung des Leichenüberfüh-rer und -bestattergewerbes, die in der Aufhebung früheren Konzessionszwangs bestand, auch berücksichtigt, dass der Leichenbestatter nicht willkürlich von der Gewerbeausübung durch ein Betretungsverbot seitens der Friedhofseigentümer ausgeschlossen werden dürfe, trifft, wenn man die gesetz-geberischen Verhandlungen betrachtet, nicht zu (vgl die Ausführungen hierzu in der genannten Entscheidung RGZ 42, 51, ferner Landmann-Rohmer Kommentar zur Gewerbeordnung 10. Aufl § 7 Anm 6, § 10 Anm 2). Die Erwägung der Revision, ein allerorten durchgeführtes Verbot der Friedhofseigentümer könnte die Ausübung des Berufs der Leichenbestattung unmög-lich machen, wenigstens soweit ihre Tätigkeit sich auf dem Friedhof selbst abspiele, schlägt bei dieser Rechtslage nicht durch, ganz abgesehen davon, dass die Beklagte nicht behaupten kann, dass allerorten die gewerbsmässige Bestat-tung auf dem Friedhof untersagt werde. Es ist auch nicht ersichtlich, dass Art 12 GrundG an den bisher schon aner-kannten Grundsätzen etwas ändern wollte (Art 111 WeimVerf; Jahrbuch des öffentlichen Rechts Bd 1, 133 ff). In der Aus-übung einer Tätigkeit, die kraft des Eigentumsrechts des

Ausübenden anderen verschlossen ist, liegt auch keine ausschliessliche Gewerbeberechtigung im Sinne des § 10 GewO, weil das Verbotungsrecht lediglich aus dem bürgerlichen Recht fliesst.

4. Richtig ist, dass die reichsgerichtliche Rechtsprechung als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs 1 BGB auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkannt hat. Der Bundesgerichtshof ist dem gefolgt (BGHZ 3, 270; 8, 142). Aber diese Rechtsprechung vermag der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte in Freising, wo sie von Anfang an auf Schwierigkeiten stiess, überhaupt bereits einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gehabt hat und es nicht schon an dieser Voraussetzung für einen Anspruch der Beklagten fehlt. Auf jeden Fall hat die Klägerin in den etwaigen Gewerbebetrieb der Beklagten durch ihr Verbot auf Grund ihres Eigentums eingegriffen, hinsichtlich dessen Ausübung ihr der § 903 BGB zur Seite stand. Einen unentziehbarer Besitzstand konnte die Beklagte infolge des entgegenstehenden Eigentums für ihre Gewerbeausübung auf dem Friedhof nicht erlangen (vgl. einerseits RGZ 100, 213 und denselben Fall betreffend RGZ Recht 1924, Nr 537). Mindestens bedürfte es besonderer Umstände, für die nichts dargetan ist, um das Eigentumsrecht bei dem Zusammenstoss der beiden Rechte als das schwächere erscheinen zu lassen. Es könnte auf Grundsätze der Lehre von der Verwirkung zurückgegriffen werden. In dieser Hinsicht fehlen jedoch die tatsächlichen Grundlagen, insbesondere eine langdauernde unbeanstandete Ausübung und besondere Umstände, die eine Zurückziehung einer gegebenen Erlaubnis als treuwidrig erscheinen liessen.

5. Die vorstehenden Ausführungen ergeben auch, dass eine Schadensersatzpflicht der Klägerin wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB entfällt und dass das Schikaneverbot des § 226 BGB zugunsten der Beklagten nicht eingreift.

Nach alledem konnte die Revision keinen Erfolg haben. Sie war mit der Kostenfolge des § 97 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr.Tasche

Dr.Hückinghaus

Schuster

Dr.Oechßler

Dr.Großmann