

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: GrundG Art 12, Art 19 Abs 3; BritMilRegVO Nr 78
Art V § 9 a 2

Rechtssatz: Eine Kirchengemeinde ist grundsätzlich rechtlich nicht gehindert, sich unter Ausschluß von Berufsgärtnern die Grabpflege auf ihrem Friedhof durch eine Bestimmung der Friedhofsordnung vorzubehalten, auch wenn durch ihre Gärtnerei ein Überschuß erzielt wird, der nur teilweise zu Friedhofszwecken verwendet wird.

Aktenzeichen: V. ZR 47/54
Urteil des BGH vom 18. November 1955

IG Wuppertal
OLG Düsseldorf

V ZR 47, 54

Verkündet am 18. November 1955
Symalla, Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Gärtners Günter O. [REDACTED], W. [REDACTED] E. [REDACTED],
Am U. [REDACTED] F. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] ..

g e g e n

die K. [REDACTED] Kirchengemeinde St. L. [REDACTED], W. [REDACTED]-
[REDACTED] E. [REDACTED], vertreten durch ihren Kirchenvorstand,
W. [REDACTED] E. [REDACTED], L. [REDACTED] platz,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. November 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter.
Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Piepenbrock und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 17. Dezember 1953 wird auf Kosten des *)
Klägers zurückgewiesen.

Berichtigt durch
Beschluß vom 1.2.
1956 in "Beklagten"

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des an der U[REDACTED]-
[REDACTED]strasse in W[REDACTED]-E[REDACTED] gelegenen kirchlichen
Friedhofs. Seine Benutzung war vor dem Kriege durch eine
Friedhofsordnung vom 22. Juli 1938 geregelt. In deren § 37
hiess es:

"Die Anlage, Unterhaltung und Pflege der Gräber wird
gegen Zahlung der festgesetzten Gebühr von der
Friedhofsverwaltung übernommen."

Seitdem der Beklagte 1948 aus der Kriegsgefangenschaft
entlassen worden war, ist er in unmittelbarer Nähe des
Friedhofs als freiberuflicher Gärtner tätig. Zunächst
nahm er nur einige wenige Gräber auf dem Friedhof in
Pflege, betrieb aber seit Mai 1950 in grösserem Umfange
die Grabpflege. Mit Schreiben vom 13. Juni 1950 wies die
Friedhofsverwaltung der Klägerin ihn darauf hin, dass "Er-
werbsgärtner auf [REDACTED] Friedhöfen nicht zugelassen"
seien, da die kirchlichen Friedhöfe W[REDACTED] "schon seit
Jahrzehnten Monopolbetriebe" seien. Der Beklagte wandte
sich an den Landesverband Gartenbau Nordrhein e.V., der
sich in seiner Antwortschreiben auf den Standpunkt stell-
te, daß der frühere Reichsinnenminister es in seinem Er-
lasse vom 13. April 1939 verboten habe, die freiberufli-
chen Gärtner von der Friedhofspflege auszuschliessen; der
§ 37 der Friedhofsordnung von 1938 bedeute auch nur, dass
die Kirchengemeinde bereit sei, die Grabpflege durch die
kircheneigene Friedhofsgärtnerei ausführen zu lassen.
Noch im Laufe dieses Schriftwechsels erliess die Kläge-
rin am 4. Oktober 1950 eine neue Friedhofsordnung, die am
2. Februar 1951 vom erzbischöflichen Generalvikariat in
Köln und am 12. Februar 1951 vom Regierungspräsidenten
genehmigt wurde. § 40 dieser Friedhofsordnung lautet:

"Die Anlage, Pflege und gärtnerische Unterhaltung
von Grabstätten erfolgt im Interesse der einheit-
lichen Gestaltung der Friedhöfe nur durch die Ver-



waltung zu den festgesetzten Gebühren. Die einfache Pflege der Grabstätte, insbesondere das Begiessen, Beseitigung von Unkraut, Schmücken mit Blumen und niedrigen Pflanzen darf durch die Angehörigen der Verstorbenen geschehen."

Gestützt auf diese Bestimmung verbot die Klägerin dem Beklagten die Grabpflege.

Ihr Verbot begründete der Rendant G. der Klägerin in seinem Schreiben vom 7. März 1951 u.a. wie folgt:

"Da unsere Friedhöfe nur aus eigenen Einnahmen vergrößert und unterhalten werden, ohne jeglichen Zuschuss aus öffentlichen Mitteln, sind wir nicht in der Lage, von unserer seit ca. 70 Jahren bestehenden Monopolstellung Abstand zu nehmen."

Da der Beklagte den neuen § 40 für unwirksam hielt und darauf bestand, die ihm in Pflege gegebenen Gräber weiter zu betreuen, hat die Klägerin Klage erhoben mit dem Antrag:

dem Beklagten unter Androhung von Geld- und Haftstrafen in gesetzlich zulässiger Höhe zu untersagen, an Grabstätten des katholischen Friedhofs an der Uellendahlerstrasse in Wuppertal-Elberfeld gärtnerische Arbeiten auszuführen oder durch Dritte ausführen zu lassen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht unter Zulassung der Revision zurückgewiesen.

Ein gegen den Regierungspräsidenten gerichtetes verwaltungsgerichtliches Verfahren (5 K 9/53 Landesverwaltungsgericht Düsseldorf), in dem auf Antrag des Beklagten über die Gültigkeit des § 40 der Friedhofsordnung von 1950 entschieden werden soll, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des gegenwärtigen Prozesses ausgesetzt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klagabweisung weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision macht in erster Linie geltend, dass das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts ohne Sachprüfung hätte aufheben müssen, weil es ein Nichturteil sei. Sie stützt sich dabei darauf, dass im Protokoll vom 3. Dezember 1952 lediglich vermerkt ist: "Es wurde anliegendes Urteil verkündet". In den gehefteten Akten folgt zunächst ein hier nicht interessierendes Zwischenurteil über eine Nebenintervention, das im Protokoll auch als ergangen bezeichnet ist, sodann ein in vollständiger Form abgefasstes Urteil des Landgerichts in der Sache mit dem Vermerk: "Verkündet am 3. Dezember 1952, Kr [REDACTED], Justizassistent als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle", sowie einem weiteren Vermerk "Eing. 6. Febr. 1953 Kr".

Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 7. Oktober 1953 (BGHZ 10, 327 329/307) ausgesprochen, ein Schriftstück, das Anlage im Sinn des § 160 Abs 3 ZPO sein solle, brauche keinen auf diese Eigenschaft hinweisenden Vermerk zu tragen; es genüge, wenn die Schrift dem Protokoll beigelegt sei und im Protokoll auf die Anlage verwiesen sei. Dieser Auffassung ist nunmehr auch Stein-

Jonas-Schünke beigetreten (ZPO 18. Aufl. § 160 III bei FN 4 a). Darüber, wie gegebenenfalls festzustellen ist, dass es sich um die richtige Anlage handelt, sagt das Gesetz nichts. Insoweit ist die Überzeugung des mit der Sache befassten Gerichts, nunmehr also des erkennenden Senats massgebend, der bei seiner Beurteilung nicht an etwaige Feststellungen des Berufungsgerichts durch § 561 Abs 2 ZPO gebunden ist. Es ist daher nicht entscheidend, dass das Berufungsgericht es für möglich erachtet, dass der Entscheidungssatz bei der Verkündung auf einen Zettel oder ein Urteilsformular niedergeschrieben war und dass dieses Blatt später durch die Reinschrift des Urteils ersetzt worden ist. Da niemand, auch der Beklagte nicht, behauptet, dass ein Urteil mit anderem Inhalt verkündet worden ist als das dem Protokoll nun tatsächlich beiliegende und dieses Urteil auch den Verkündungsvermerk trägt, erachtet der Senat trotz des Eingangsvermerks vom 6. Februar 1952, der seinen Grund auch darin haben kann, dass die Anlage, etwa zur Unterschriftseinholung, vorübergehend vom Protokoll getrennt war, das nun vorliegende Urteil als die richtige Protokoll-anlage. Damit ist kraft des gesetzlich bestimmten Beweiswertes des Protokolls (§ 164 ZPO) die Verkündung und rechtliche Existenz des landgerichtlichen Urteils bewiesen. Die vorstehend vertretene Rechtsauffassung steht nicht im Widerspruch mit den Grundsätzen des Beschlusses vom 14. Juni 1954 (BGHZ 14, 39), der sich ebenfalls mit der Urteilsverkündung befasst, entspricht vielmehr dem Bestreben dieser Entscheidung, auch bei den Förmlichkeiten der Urteilsverkündung nur die für die Rechtssicherheit notwendigen Anforderungen zu stellen.

II. Zur Zulässigkeit des Rechtsweges, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (RGZ 122, 100, 101; BGHZ 14, 294 [295]), führt das Berufungsgericht aus: Der Friedhof stehe im privatrechtlichen Eigentum der Klägerin. Soweit die Klage auf § 1004 BGB gestützt werde,

sei der Rechtsweg ohne weiteres zulässig. Aber auch wenn ein öffentlich-rechtlicher Streit um die Friedhofsbenutzung vorliegen sollte, würde es bei der Zulässigkeit des Rechtswegs bleiben, weil bei Erlass des Gerichtsverfassungsgesetzes Streitigkeiten aus dem Friedhofsrecht als privatrechtliche, vor die ordentlichen Gerichte gehörige angesehen worden seien. Diese Auslegung des § 13 GVG gelte auch noch heute trotz der Einführung der erweiterten Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts werden von der Revision nicht angegriffen. Es hat die Zulässigkeit des Rechtsweges zutreffend bejaht. Insbesondere ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Rechtsstreitigkeiten aus der Benutzung kirchlicher Friedhöfe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bejaht (RGZ 157, 244 [250]). Die Fortdauer der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Fall der - hier gegebenen - Zuständigkeit kraft Überlieferung entspricht der Rechtsprechung des erkennenden Senates (BGHZ 9, 339).

III. In der Sache selbst geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass der hier in Frage stehende kirchliche Friedhof eine unselbständige öffentlichrechtliche Anstalt der Klägerin sei und dass diese für ihre Anstalt das Recht habe, kraft Autonomie die Benutzung durch eine Anstaltsordnung, die Friedhofsordnung, zu regeln. Ebenfalls in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung steht die weitere Darlegung des Berufungsgerichts, dass diese Autonomie (von dem Vorliegen besonderer Rechtstitel der Friedhofsbenutzer im Einzelfall abgesehen) ihre Grenze nur an entgegenstehendem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht und an der Beschränkung finde, die sich aus dem Widmungszweck des Friedhofs ergebe (RGZ 144, 285; 157, 246 [250]). Das Berufungsgericht legt in der Folge im einzelnen dar, dass der umstrittene § 40 der

Friedhofsordnung gegen die angeführten höheren Normen nicht verstosse und daher rechtswirksam sei. Die Revision verfährt dagegen die Unwirksamkeit der Bestimmung unter verschiedenen Gesichtspunkten, jedoch ohne Erfolg.

1) Sie ist der Auffassung, dass § 40 als sog. Ausschliesslichkeitsklausel gegen Art V § 9 c 2 der Brit MilRegVO 78(ABl MilReg Nr 16 S 412) verstoße. Nach dieser Verordnung sind die Kartelle und alle sonstigen Absprachen oder gemeinschaftlichen Unternehmungen von Personen, deren Zweck oder Wirkung in die Beschränkung des Waren- oder Welthandels oder anderer wirtschaftlicher Tätigkeit, in der Förderung einer monopolistischen Kontrolle derselben oder in der Beschränkung des Zugangs zu Binnen- oder Weltmärkten besteht, verboten, wobei darunter der Ausschluß von Marktgebieten oder geschäftlichen Tätigkeitsbereichen fällt.

Der Revision ist zuzugeben, dass, wie die Klägerin nicht bestreitet, sie die gewerbsmässig tätigen Gärtner nicht nur, wie § 40 sagt, im Interesse der einheitlichen Gestaltung des Friedhofs fernhält, sondern auch im Interesse der Erzielung von Einnahmen für die Klägerin, wie sich aus dem oben angeführten Schreiben ihres Rendanten ergibt. Die Ziele der MilRegVO 78 wie die des entsprechenden Gesetzes der Amerikanischen MilRegierung Nr 56 sind nach dem Vorspruch die Kriegsverhütung und der Aufbau einer gesunden demokratischen Wirtschaft. Die Verordnung richtet sich in erster Linie gegen kartellmäßige Beschränkungen. Hier handelt es sich aber um die Benützung einer Anstalt einer öffentlichen Körperschaft auf deren eigenem Grund und Boden. Sogenannte Regiebetriebe öffentlicher Körperschaften waren und sind eine häufige Erscheinung, die mit kartellmäßigen Einrichtungen nicht auf eine Stufe gestellt werden können, sie sind aus dem täglichen Leben nicht wegzudenken. Die Anstaltssatzung ist dabei die

Zusammenfassung der Bedingungen, zu denen dem Benutzer die Anstalt zur Verfügung gestellt wird. Eine Auslegung der Verordnung Nr 78, die dazu führen würde, dass eine Anstalt oder ein Unternehmen im eigenen Bereich und auf eigenem Boden die geschäftliche Tätigkeit Dritter zulassen müsste, obwohl sie selbst zur entsprechenden Dienstleistung bereit und imstande ist, geht über die aufgezeigten Zwecke der genannten Verordnung hinaus. Das gilt jedenfalls dann, wenn, wie das Berufungsgericht hervorhebt, keine Monopolstellung dadurch insofern hier geschaffen wird, als nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in W [REDACTED] noch andere Friedhöfe zur Verfügung stehen, auf denen die sog. Ausschließlichkeitsklausel nicht gilt, die Berufsgärtner vielmehr tätig werden können. Für die bereits im Friedhof liegenden Toten haben die Angehörigen die freie Wahl allerdings praktisch nicht mehr, aber diese Einschränkung fällt nicht entscheidend ins Gewicht.

Die vorstehende Auslegung der Verordnung Nr 78 steht nicht im Gegensatz zu den Rechtsgrundsätzen der von der Revision angeführten Entscheidung BGHZ 13, 33, die einen Wettbewerbsfall aus dem Geschäftsleben betrifft.

2) Der Friedhof ist von der Klägerin einem öffentlichen Zweck gewidmet worden, seine Benutzungsordnung darf daher, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nichts enthalten, was dem Widmungszweck widerspräche, und es darf die Anstaltsordnung nicht anstaltsfremden Zwecken dienstbar gemacht werden (Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 3. Aufl S 324).

a) Das Berufungsgericht erwägt hier in erster Linie, dass zur Erreichung der einheitlichen Gestaltung des Friedhofs es vielleicht genügt hätte, wenn sich die Klägerin lediglich das Recht der Oberaufsicht und der Leitung der Grabpflege vorbehalten hätte, wie dies in den meisten en-

deren Friedhofsordnungen Wuppertals vorgesehen ist. Dabei werde aber, meint das Berufungsgericht, der erstrebte Zweck nicht mit der Sicherheit erreicht, wie sie § 40 gewährleiste. Dessen schärferer Inhalt überschreite daher nicht die Zweckbestimmung einer Benützungsordnung und sei deshalb nicht zu beanstanden (RGZ 157, 255).

Auch die zu diesem Punkte von der Revision erhobenen Bedenken sind unbegründet. Wenn eine in der Anstaltsordnung getroffene Regelung geeignet ist, dem Anstaltszweck zu dienen, was hier nicht zweifelhaft ist und auch von der Revision anerkannt wird, so ist sie nicht deswegen unwirksam, weil dieser Zweck auch mit einer anderen Regelung möglicherweise, aber nicht mit derselben Sicherheit erreicht würde. Es muß dem pflichtgemäßen Ermessen des Trägers der Anstalt überlassen bleiben, unter den möglichen Mitteln zu wählen und dabei abzuwägen, ob die Beschränkung der Freiheit des Benutzers der Anstalt, hier dadurch, dass er nicht einen Gärtner eigener Wahl mit der Grabpflege betrauen kann, im rechten Verhältnis zu der grösseren Sicherheit steht, mit der ein Anstaltszweck wird erreicht werden können, hier der würdige Gesamteindruck des Friedhofs als einer Gedächtnisstätte der Toten durch eine nach einheitlichen Gesichtspunkten und unter einheitlicher Leitung durchgeführte Ausgestaltung auch der einzelnen Grabstätten.

Willkürakte oder offensichtlicher Ermessensmißbrauch könnten allerdings auch hier nicht geduldet werden. Sie sind aber im gegebenen Fall noch nicht daraus zu entnehmen, daß, wie erwähnt, die meisten anderen Friedhofsordnungen Wuppertals nur Aufsichts- und Leitungsbefugnisse für den Anstaltsherrn (Träger des Friedhofs) vorsehen.

b) Der Beklagte hat Bedenken gegen die Rechtsverbindlichkeit des § 40 der Friedhofsordnung auch deshalb erhoben, weil die Friedhofsgärtnerei, wie den Erklärungen der Klägerin, insbesondere der bereits angeführten Mitteilung ihres Rendanten, entnommen werden muss, einen Überschuss abwirft. Nach der Behauptung der Klägerin werden die Einnahmen aus der Friedhofsgärtnerei nur zum Ausgleich von Friedhofsausgaben verwendet, was der Beklagte bestritten hat. Den von der Klägerin in dieser Beziehung angebotenen Beweis hat das Berufungsgericht nicht erhoben. Es vertritt die Auffassung, auf diese Frage komme es nicht an. Es würde, führt es hierzu im einzelnen aus, zweifellos innerhalb des Anstaltszwecks liegen, wenn die Überschüsse aus der Friedhofsgärtnerei zur Bestreitung der laufenden Ausgaben des Friedhofs oder zu Rücklagen für künftige grössere Aufwendungen dienten. Es würde nach Meinung des Berufungsgerichts aber auch nicht gegen den Anstaltszweck verstossen, wenn die Überschüsse anderweit in der Kirchengemeinde verwendet würden. Ein Friedhof einer politischen Gemeinde dürfe allerdings nach § 49 Abs 2 der Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen (vom 28. Oktober 1952, GVBl. S 283) kein wirtschaftliches Unternehmen sein, das nach § 76 auch Überschüsse für andere Verwaltungszweige abwerfen solle. Gemeindliche Friedhöfe seien nicht eigentlich aus deren Einnahmen, sondern aus Steuererträgen zu finanzieren. Kirchliche Gemeinden seien dagegen in ihren Einnahmequellen erheblich beschränkt und daher darauf angewiesen, ihren Haushalt durch Einnahmen aus den verschiedensten Verwaltungszweigen auszugleichen. Entscheidung sei, dass Überschüsse aus dem Friedhof stets auch zu kirchlichen Zwecken verwendet würden, also für einen Zweck, der auch im Rahmen der Widmung des Friedhofs liege. Dieser sei nur ein Stück des Gesamthaushalts der Kirchengemeinde. So wie diese dem Friedhof notfalls Gelder aus anderen Kirchenanstalten zuwenden müsse, sei es auch nicht sach-

fremd, wenn die Klägerin mittels des neuen § 40 erzielte Überschüsse nicht mehr für den Friedhof verwende. Im Übrigen betreffe die Frage der Gewinnerzielung die Höhe der Gebühren, nicht aber die hier zu entscheidende Frage, ob die Klägerin dem Beklagten die Grabpflege untersagen könne.

Inwieweit den Ausführungen des Berufungsgerichts über die Friedhöfe von politischen Gemeinden zu folgen wäre, bedarf keiner Prüfung. Sollten die eben angeführten Darlegungen dahin zu verstehen sein, dass für die Gültigkeit des § 40 der Friedhofsordnung es völlig belanglos wäre, wenn die Überschüsse aus der Friedhofsgärtnerei ausschliesslich für friedhofsfremde Zwecke verwendet würden, so wäre diese Meinung nicht zu billigen. Dann müsste immerhin geprüft werden, ob der § 40 etwa nur vorgeschütztermaßen dem Widmungszweck des Friedhofs, eine würdige Ruhe- und Gedenkstätte der Toten zu sein, dienen sollte und demgemäß nicht rechtswirksam wäre. Ein etwaiger Rechtsirrtum des Berufungsgerichts in dieser Hinsicht berührt jedoch den Bestand des Berufungsurteils nicht, weil dieser Fall nicht gegeben ist. Der Beklagte hatte im ersten Rechtszug, wie das landgerichtliche Urteil feststellt (§ 314 ZPO), die Behauptung der Klägerin, die Einnahmen aus der Friedhofsgärtnerei würden nur für den Friedhof verwendet, nicht bestritten. Im zweiten Rechtszug hat er sich darauf beschränkt, der Behauptung der Klägerin nur entgegnenzustellen, die Klägerin betreibe einen privatwirtschaftlichen auf Gewinnerzielung gerichteten Gewerbebetrieb. Dieser nicht weiter substantiierten oder erläuterten Angabe ist die Behauptung nicht zu entnehmen, der Überschuss aus der Friedhofsgärtnerei komme ausschliesslich oder auch nur überwiegend friedhofs- (anstalts-) fremden Zwecken zugute. In seiner ebenfalls das Friedhofsrecht betreffenden Entscheidung BGHZ 14, 294, wo das auf Eigentum ge-

gründete Recht der Kirchenstiftung in Frage stand, ausschließlich Bestattungen vorzunehmen, hat der erkennende Senat (S 302) es für die Verneinung eines Mißbrauchs des Eigentums und der Ausschließlichkeitsstellung der Stiftung (infolge des Zwangs, Leichen nur auf Friedhöfen zu bestatten) für genügend - nicht für erforderlich - erklärt, wenn der öffentliche Wohlfahrtszweck überwiege und die Einnahmen vornehmlich ihm dienten. Darüber hinaus ist auch anzuerkennen, dass einer bestimmten Vorschrift der Benutzungsordnung für eine kirchliche Anstalt auch dann Rechtswirksamkeit zukommt, wenn sie zwar dem Anstaltszweck dienen, daneben aber auch Einnahmen sichern soll, die teils der Anstalt, teils anderen Zwecken zugute kommt, wenn nur der in diesem Sinne anstaltsfremde Zweck nicht überwiegt. Letzteres trifft, wie bereits ausgeführt, für den § 40 der hier in Frage stehenden Friedhofsordnung nicht zu. Es braucht daher die vom Berufungsgericht bejahte Frage nicht untersucht zu werden, ob es für die Gültigkeit einer Norm einer kirchlichen Friedhofsordnung genügt, wenn sie zwar nicht dem Zweck des Friedhofs, wohl aber den sonstigen Zwecken der Kirchengemeinde dient.

3. Das Berufungsgericht hat das Bestehen eines allgemeinen deutschen Reichsgewohnheitsrechts dahin, dass auf Friedhöfen stets auch freie Gärtner zuzulassen wären, übereinstimmend mit dem Reichsgericht verneint (RGZ 157, 252). Das Bestehen eines entsprechenden örtlichen Gewohnheitsrechts in W [REDACTED], das das Landgericht bereits verneint hat, habe der Beklagte, führt das Berufungsgericht weiter aus, nicht schlüssig behauptet, insbesondere nicht einen Willen und ein Bewußtsein freier Gärtner, durch entsprechende dauernde Tätigkeit auf Friedhöfen Recht schaffen zu wollen. Schon die Friedhofsordnung der evangelisch=reformierten Gemeinde vom 15. März 1939, die einen dem strittigen § 40 genau

entsprechenden § 21 enthält, zeige, dass in Wuppertal sich kein derartiges Wohnheitsrecht gebildet habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei seiner Fragepflicht nach § 139 ZPO nicht nachgekommen, bei deren Erfüllung der Beklagte sich auf eine Auskunft des Landesverbandes Gartenbau Nordrhein in D[REDACTED] bezogen hätte. Diese Rüge scheitert schon daran, dass das in Frage kommende örtliche Wohnheitsrecht, das kein Bundesrecht wäre, nicht revisibel wäre, weil es - anders als etwa Rechtsgrundsätze über den Umfang der Anstaltsgewalt - nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Geltung hätte, abgesehen davon, dass eine Pflicht des Berufungsgerichts, Beweisanträge herbeizuführen, im Rahmen des § 293 ZPO nicht besteht, da es sich lediglich um Anregungen der Parteien dem Gericht gegenüber handeln würde (Stein-Jonas-Schönke, ZPO 18. Aufl § 293 III bei Fußnote 11, IV 2).

4. Auch an Art 12 GrundG, auf den sich die Revision in der Revisionsverhandlung bezogen hat, scheitert die Klage nicht. Nach Abs 1 Satz 1 dieses Artikels haben alle Deutschen das Recht, Beruf und Arbeitsplatz frei zu wählen. Nach Satz 2 kann die Berufsausübung durch Gesetz geregelt werden. Daß durch § 40 der Friedhofsordnung die Klägerin den Beklagten den Beruf des Friedhofsgärtners überhaupt nicht ausüben lasse, kann nicht behauptet werden. Die Möglichkeit, sich auf anderen Friedhöfen zu betätigen, besteht für ihn. Daran ändert seine Niederlassung in der Nähe des Friedhofs der Klägerin nichts. Eher könnte daran gedacht werden, § 40 verstosse gegen die Freiheit, sich den Arbeitsplatz zu wählen. Auch das trifft nicht zu. Auch wenn das Wort Arbeitsplatz im örtlichen Sinn verstanden wird, steht ausser Zweifel, dass Art 12 keine Befugnis gibt, in fremdes Eigentum einzugreifen, so dass etwa beispielsweise der Eigentümer eines

privaten Lichtspieltheaters jeden zum Süßwarenverkauf Theatervorraum zulassen müsste. Auch der kirchliche Friedhof der Klägerin ist ein vom Recht anerkannter Herrschaftsbereich der Klägerin, mag auch das Eigentum am Friedhofsgrundstück wegen des öffentlichrechtlichen Charakters der Friedhofsordnung außer Betracht bleiben. Die Folgerung, dass auch die Befugnis einer Kirchengemeinde, im Rahmen des Anstaltszwecks bestimmte Tätigkeiten in der Anstalt sich selbst vorzubehalten und andere davon auszuschliessen, anzuerkennen ist, wird durch die Erwägung gestützt, dass das Grundrecht des Art 12 auch der Kirchengemeinde selbst durch Art 19 Abs 3 GrundG zugestanden ist, jede Zulassung anderer die eigene Tätigkeit beeinträchtigt und dass dieser Widerstreit hier zu dessen Gunsten zu entscheiden ist, in dessen Herrschaftsbereich sich die Tätigkeit abspielen soll (vgl auch Art 140 GrundG, Art 138 Abs 2 WeimVerf; Über, Freiheit des Berufs, S 153 f, 179 f).

Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die Reichsrichtlinien vom 18. Januar 1937 (MBliV 1937 Sp 113) nichts über die Betätigung der freien Gärtner auf Friedhöfen enthalten, die Richtlinien des Reichsinnenministers vom 13. April 1939 (MBliV 1939 Sp 837) andererseits sich auf kirchliche Friedhöfe überhaupt nicht beziehen.

IV. Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Oechler

Dr. Piepenbrock

Dr. Spieler

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

des Gärtners Günter D. [REDACTED], W. [REDACTED]-E. [REDACTED],
Am U. [REDACTED] F. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers.

-- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] --

g e g e n

die K. [REDACTED] Kirchengemeinde St. L. [REDACTED], W. [REDACTED]
E. [REDACTED], vertreten durch ihren Kirchenvorstand, W. [REDACTED]
[REDACTED]-E. [REDACTED]. L. [REDACTED]platz.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

-- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --

wird der Urteilssatz des Urteils vom 18. November 1955
nach § 319 ZPO wegen offenkundiger Unrichtigkeit dahin be-
richtigt, daß es anstatt "auf Kosten des Klägers" heißen
muß "auf Kosten des Beklagten".

Karlsruhe, den 1. Februar 1956
Bundesgerichtshof, V. Zivilsenat

Dr. Tasche	Schuster	Dr. Oechßler
Dr. Piepenbrock	Dr. Spieler	