

74. Ist das alleinige Recht der rheinischen Kirchengemeinden zur Leichenbeförderung durch die Gewerbeordnung aufgehoben worden? Ist es abtretbar?

Décret sur les sépultures vom 12. Juni 1804. GewD. §§ 1, 7, 8.

IX. Zivilsenat. Ur. v. 21. März 1931 i. S. Stadt R. (Bekl.) w. Kathol. Pfarrgemeinde L. (Kl.). IX 553/30.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht baselstf.

Nach dem Napoleonischen „Décret sur les sépultures“ vom 12. Juni 1804 (23 prairial XII) art. 22 stand den Kirchensabriten und den Konjistorien das alleinige Recht zu, „de fournir des voitures, tentures, ornements, et de faire généralement toutes les fournitures quelconques nécessaires pour enterrements, et pour la décence

ou la pompe des funérailles“, das sie entweder selbst ausüben oder „d'après l'approbation des autorités civiles sous la surveillance desquelles ils sont placés“ verpachten konnten. Die Kirchenfabriken von K. hatten das Recht der Leichenbeförderung im Jahre 1810 an die verklagte Stadtgemeinde verpachtet, und hierbei war es über ein Jahrhundert geblieben. Während des Weltkriegs faßte die Beklagte den Entschluß, das Leichenfuhrwesen für das ganze Stadtgebiet in ihrer Hand zu vereinigen, und schloß deshalb nach längeren Verhandlungen mit sämtlichen in Betracht kommenden katholischen und evangelischen Kirchengemeinden schriftliche Verträge, in denen ihr diese Kirchengemeinden ihre Rechte zur Leichenbeförderung für alle Zeiten übertrugen. Der Vertrag mit der Klägerin datiert vom 20. September 1917 und bestimmte u. a.:

§ 1. Der Kirchenvorstand . . . tritt das Recht der Ausübung des Leichenfuhrwesens für seine Pfarrangehörigen für alle Zeit . . . an die Stadt K. ab.

§ 2. Die Stadtgemeinde zahlt an die Kirchenkasse . . . als Entschädigung für den Entgang der bisher aus dem Leichenfuhrunternehmen gezogenen Überschüsse . . . jährlich 1900 M.

§ 4. . . . Die Stadtgemeinde . . . verpflichtet sich, diese Entschädigung spätestens am 1. Oktober 1922 durch eine Kapitalabfindung abzulösen. Diese soll dann . . . $25 \times 1900 = 47500$ M. betragen.

Auf Grund dieser Vereinbarungen traf die Beklagte für ihr ganzes Gebiet eine einheitliche Neuregelung der Leichenbeförderung, die auch zur Zeit noch in Kraft ist, und zahlte an die Klägerin 5 Jahre hindurch die ausbedungene laufende Entschädigung und am 23. Oktober 1922 die Abfindung von 47500 M. Nach Festigung der Währung kam es zwischen der Beklagten und den Kirchengemeinden beider Bekenntnisse zu Aufwertungsverhandlungen, wobei diese eine Aufwertung von 100%, mindestens aber eine solche von 80% forderten. Die Beklagte dagegen bot zunächst 25%, später 40%, bestritt aber schließlich jede Verpflichtung zur Aufwertung, weil mit dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung das Recht der Kirchengemeinden zur Leichenbeförderung als dem Grundsatz der Gewerbefreiheit widersprechend fortgefallen sei. Die Kirchengemeinden hätten ihr daher in den Verträgen von 1917 in Wirklichkeit ein „Nichts“ über-

tragen, weshalb sie ihr damaliges Versprechen sowie die erfolgten Zahlungen „kondiziere bzw. wegen Irrtums anfechte.“

Die Klägerin verlangt nunmehr von der Beklagten angemessene Aufwertung der Abfindung von 47500 M. Sie weist besonders darauf hin, daß die Beklagte das Recht der Klägerin zur Leichenbeförderung nicht bloß durch die jahrzehntelange Übung, sondern auch ausdrücklich durch ein Schreiben aus der Zeit des Beginns der Verhandlungen vom Jahre 1917 anerkannt und auch ihre Verpflichtung zur Aufwertung bei den hierüber gepflogenen Verhandlungen dem Grunde nach zugegeben habe.

Das Landgericht erklärte den Klagenanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Berufung und Revision der Beklagten hatten keinen Erfolg.

Gründe:

Der Berufungsrichter verneint, daß in der schriftlichen Anerkennung der Aufwertungspflicht, welche die Beklagte bei den Aufwertungsverhandlungen erklärt habe, ein selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. zu erblicken sei, das die Klage rechtfertigen könne. Er ist jedoch der Ansicht, daß sich die Berechtigung der Klageforderung dem Grunde nach aus dem Vertrag von 1917 ergebe. Hierzu führt er u. a. folgendes aus:

Ob die Klägerin das den Kirchenfabriken durch Art. 22 und 24 des Dekrets vom 12. Juni 1804 gewährte ausschließliche Recht im Jahre 1917 noch besessen habe, hänge davon ab, ob es ihnen als ausschließliche Gewerbeberechtigung oder als kirchliche Angelegenheit übertragen worden sei. Im ersten Falle sei es durch § 7 Nr. 1, 2, § 8, § 10 GewO. beseitigt worden, im andern Falle sei es bestehen geblieben. Die Frage sei nicht nach katholischem Kirchenrecht, sondern nach der Napoleonischen staatlichen Gesetzgebung zu beantworten. Nun seien allerdings von den drei Teilen des Begräbnisses, den Obsequien (Ersequien), der Leichenbeförderung und der Beerdigung, nur die Obsequien eine rein kirchliche Handlung, und es stehe jedenfalls für die hier in Betracht kommende Leichenbeförderung fest, daß sie gewerbsmäßig betrieben werden könne. Gleichwohl sei zu verneinen, daß sie den Kirchenfabriken als eine ausschließliche Gewerbeberechtigung übertragen worden sei. Nach Art. 1 des Kaiserlichen Dekrets vom 30. Dezember 1809, das die Stellung der Kirchenfabriken geregelt habe, liege ihnen ob, über die Unterhaltung und Erhaltung

der Kirche, der sie zu dienen bestimmt seien, zu wachen, sämtliche für die Ausübung des Kultus bestimmten Gelder zu verwalten sowie die Ausübung und die Aufrechterhaltung der Würde des Kultus sicherzustellen. Auch nach dem französischen Recht zur Zeit Napoleons I. hätten sonach die Kirchenfabriken trotz ihrer wirtschaftlichen Aufgaben, die sich als bloße Mittel, nicht als Selbstzweck darstellten, dem alleinigen Zwecke gebient, eine würdige Ausübung des Kultus zu gewährleisten. Hiernach sei der Schluß geboten, daß den Gesetzgeber von 1804 zwei Beweggründe zur Übertragung des Rechts zur ausschließlichen Leichenbeförderung an die Kirchenfabriken veranlaßt hätten: die Absicht, ihnen Einkünfte zuzuwenden zur Erfüllung kirchlicher Aufgaben, und das Bestreben, der Kirche die Zusammenfassung der drei Teile jedes Begräbnisses zu einem einheitlichen kirchlichen Begräbnis zu ermöglichen. Die Kirchenfabriken hätten sich also durch Ausübung des ihnen ausschließlich übertragenen Leichenführwesens nicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zur Gewinnerzielung beteiligen, sondern sie hätten damit lediglich kirchlichen Zwecken dienen sollen. Die Unterhaltung von Anstalten, die ihrem Wesen nach auch gewerbsmäßig betrieben werden könnten, z. B. von Badeanstalten oder Stadtparkassen, bilde dann keinen Gewerbebetrieb, wenn diese Anstalten, sei es auch unter Erzielung von Gewinn, durch Staat oder Gemeinde nur im öffentlichen Interesse betrieben würden. Ebenso wenig könne als Gewerbebetrieb angesehen werden das Leichenführwesen, das die Kirchenfabriken nur im kirchlichen Interesse und regelmäßig in engem Zusammenhang mit Kultushandlungen ausgeübt hätten. Daß mitunter die Mitwirkung eines Geistlichen bei der Beerdigung nicht gewünscht oder von der Kirche verweigert werde, sei eine für die Beurteilung unerhebliche Ausnahme. Dementsprechend habe denn auch in Frankreich, wo ebenfalls der Grundsatz der Gewerbefreiheit herrsche, das Leichenbeförderungsrecht der Kirchenfabriken nur durch ein besonderes Gesetz vom 28. Dezember 1904 beseitigt werden können. Somit habe die Beklagte durch den Vertrag von 1917 die volle ausbedungene Vertragsleistung erhalten. Hiernach sei die Beklagte nicht berechtigt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder des Rücktritts zu erheben, was als der Sinn ihrer Verteidigung anzusehen sei. Das Aufwertungsbegehren der Klägerin sei daher dem Grunde nach gerechtfertigt, da die Papiermarkzahlung von 1922 nicht als vertragsmäßige Leistung gelten könne.

Die Revision rügt Verletzung des materiellen Rechts, insbesondere des Dekrets vom 12. Juni 1804, der §§ 7, 8, 10 GewD., der §§ 157 und 242 BGB. sowie des § 286 ZPO. Ihre Einwendungen gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts sind zwar nicht ganz unbegründet, sie können jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß der Klägerin das ihr durch das Dekret vom 12. Juni 1804 gewährte ausschließliche Recht zur Leichenbeförderung durch die Reichsgewerbeordnung nicht genommen worden ist, sondern daß es ihr auch noch zur Zeit des Vertragsschlusses zustand.

Entgegen der Ansicht der Klägerin kann es freilich nicht zweifelhaft sein, daß die maßgebende Napoleonische Gesetzgebung die Totenbestattung nicht als eine kirchliche Angelegenheit angesehen und als solche den Kirchen bei Wiederherstellung ihrer Rechte zurückübertragen hat. Die eingehende Regelung, die sie ihr gerade im Dekret vom 12. Juni 1804 hat angedeihen lassen, beweist vielmehr überzeugend, daß sie darin in erster Linie eine staatliche Aufgabe erblickt hat, und zwar nicht nur, was den Schutz der Volksgesundheit und die Wahrung strafrechtlicher Belange anging, sondern auch insoweit, als die durch Pietät und religiöse Anschauungen gebotenen Rücksichten in Betracht kamen. Insbesondere fällt hierbei ins Gewicht, daß die Friedhöfe nicht etwa in das Eigentum der Kirchengemeinden zurückgegeben, sondern den politischen Gemeinden belassen wurden und daß diesen die Verpflichtung zur etwa nötigen Neuanlage von solchen auferlegt wurde (vgl. titre IV art. 16, titre II des Dekrets; auch Gaudry *Traité de la Législation des Cultes et spécialement du Culte Catholique etc.*, Paris 1856, 2. Bd. Nr. 744 S. 534 ffg.). Von Bedeutung ist weiter, daß die Bestimmung der Art und Weise der Leichenbeförderung ausschließlich den Präfekten übertragen wurde (titre V art. 21), daß die Kirchengemeinden in der Frage der Bestattung einer sehr ausgedehnten Staatsaufsicht unterworfen wurden (titre IV art. 16, 17, titre V art. 19 bis 23, 25, 26), die selbst vor einem Eingriff in die Festsetzung der Gebühren für die reinen Kultushandlungen und vor der Beauftragung eines anderen Geistlichen desselben Bekenntnisses an Stelle eines sich weigernden nicht zurückschreckte (titre V art. 19, 20), und daß die politischen Behörden verpflichtet wurden, überall da, wo die kirchlichen

Gemeinden verlagten, selber für die Bestattung zu sorgen (titre V art. 19, 26).

Der Beklagten ist ferner zuzugeben, daß nach der maßgebenden französischen Rechtsanschauung auch staatliche Aufgaben einem Unternehmer zur Erledigung übertragen werden konnten, sodaß für diesen ihre Besorgung ein Gewerbe darstellte. Auch die Leichenbeförderung konnte so zum Gegenstand eines Gewerbebetriebs werden; das geschah zweifellos allemal dann, wenn die Kirchengemeinde das ihr zustehende Leichenfuhrwesen an eine Privatperson verpachtete, was ihr nach dem Dekret vom 12. Juni 1804 ausdrücklich gestattet war (titre V art. 22 Abs. 2).

Anderes war die Stellung der Kirchenfabriken selbst. Für sie bildete die Totenbestattung keinen Gewerbebetrieb. Ausschlaggebend hierfür ist freilich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht der Umstand, daß sie die Erträgnisse daraus nach gesetzlicher Vorschrift (titre V art. 23) ausschließlich zur Deckung der Kosten des kirchlichen Kultes zu verwenden hatten. Denn für die Eigenschaft eines Unternehmens als Gewerbe kommt es nicht entscheidend darauf an, welchen Zwecken der daraus etwa erzielte Gewinn zu dienen bestimmt ist. Auch eine politische Gemeinde kann versuchen, sich die Mittel zur Erfüllung ihrer gemeinnützigen Aufgaben durch den Betrieb eines Gewerbes zu beschaffen, ohne daß dieses deswegen seine Eigenart als Gewerbe verliere. Maßgebend ist vielmehr, nach welchen Gesichtspunkten das Unternehmen selbst geführt wird, ob dabei wirtschaftliche Leitgedanken überwiegen — also das Bestreben nach Erzielung möglichst großen Gewinnes mit möglichst geringem Aufwand —, oder nichtwirtschaftliche, ideale. In dieser Hinsicht ist zwar zuzugeben, daß die Napoleonische Gesetzgebung mit der Übertragung des ausschließlichen Rechts zur Totenbestattung an die Kirchenfabriken und Konsistorien auch beabsichtigte, diesen eine — für sie sehr nötige — Einnahmequelle zur Deckung der Kultkosten zu verschaffen. Aber dieser Zweck war nicht der einzige und nicht der ausschlaggebende. Bedeutsamer war das aus der ganzen Gesetzgebung jener Zeit erhellende Bestreben, den religiösen Anschauungen nach den Verirrungen der vorausgegangenen Jahre möglichst entgegenzukommen und deshalb die alten kirchlichen Einrichtungen tunlichst wiederherzustellen, soweit es mit den staatlichen Belangen vereinbar erschien. Dazu trat die auf der Hand liegende Erwägung,

daß man bei den Kirchengemeinden darauf vertrauen konnte, sie würden die Totenbestattung gerade nicht vorwiegend nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten betreiben, sondern dabei in erster Linie die idealen Interessen im Auge behalten, deren Schutz und Förderung der Staat als seine Aufgabe erkannt hatte und zu denen nicht an letzter Stelle auch die religiösen gehörten. Das durfte um so mehr erwartet werden, als den Kirchengemeinden aus einer etwaigen Minder-einnahme bei der Totenbestattung wegen der allgemeinen Zuschußpflicht der politischen Gemeinden zu den Kultkosten im Grunde kein Nachteil erwachsen konnte. Schließlich waren die Kirchengemeinden auch die einzigen Stellen, die noch von Alters her die rechten Erfahrungen und Einrichtungen für die Totenbestattung hatten; ihre Betrauung damit unter Aufsicht und Anweisung der staatlichen Behörden war hiernach eine naheliegende Lösung, die selbst für solche Fälle noch zweckmäßig sein konnte, wo der religiöse Teil der Bestattung ausnahmsweise wegfiel. So blieb aber die Totenbestattung auch in der Hand der Kirchengemeinden eine öffentliche Angelegenheit, für die sie nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten verantwortlich waren und bei der sie sich nicht ausschlaggebend von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen durften, sondern die dem Staat als ihrem Auftraggeber am Herzen liegenden idealen Belange und den allgemeinen Nutzen entscheidend sein lassen mußten. Einen Gewerbebetrieb stellte sie deshalb in ihrer Hand weder im ganzen noch in einem einzelnen Teile dar. Das gilt insbesondere auch von der hier in Betracht kommenden Leichenbeförderung. Darum ist die im Dekret vom 12. Juni 1804 (titre V art. 22 flg.) getroffene Regelung auch durch die Einführung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit nicht berührt worden.

Fraglich könnte nur sein, ob die Kirchenfabriken die ihnen durch das Gesetz im öffentlichen Interesse zugewiesene Aufgabe, deren Erfüllung für sie nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht war, auf die Beklagte übertragen konnten. Das ist jedoch jedenfalls in dem Sinne zu bejahen, daß sie befugt waren, ihr Recht für immer zu verpachten, sofern sie nur die Genehmigung der Aufsichtsbehörde dazu erhielten, die hier erteilt worden ist. Darüber hinaus wird man auch eine Übertragung des Rechts selbst auf diejenige Stelle für zulässig halten müssen, die nach dem Gesetze die sonst den Kirchenfabriken zugewiesene Aufgabe der Totenbestattung zu besorgen hat, wo diese fehlen oder

versagen. Das ist aber die politische Gemeinde (Dekret vom 12. Juni 1804 titre V art. 26).

Hiernach ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß die Klägerin ihre Verbindlichkeit aus dem Vertrage von 1917 erfüllt hat. Ihr Aufwertungsbegehren ist daher dem Grunde nach berechtigt.