

13. 1. Erstreckt sich die Freiheit des Leichenbestattungsgewerbes nach der Reichsgewerbeordnung nur auf die freie Zulassung zum Gewerbe, nicht auf die Art der Ausübung desselben?

2. Gewährt das Eigentum an einem Kommunalfriedhofe dem Eigentümer desselben das Recht, einen das Leichenbestattungsgewerbe Betreibenden von der Ausübung dieses Gewerbes auf dem Friedhofe auszuschließen?

IV. Civilsenat. Urt. v. 13. Oktober 1898 i. S. U. (Rl.) w. Stadt-  
gemeinde G. (Bekl.). Rep. IV. 111/98.

I. Landgericht Görlitz.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Aus den Gründen:

„Die verklagte Stadtgemeinde, welche unstreitig Eigentümerin des Friedhofes in G. ist, hat durch Vertrag vom 13. Februar 1896 den Gebrüdern L. in G. vom 1. April 1896 ab die ausschließliche Berechtigung gewährt, Leichenbestattungen auf dem Friedhofe auszuführen. Hierdurch fühlt Kläger, als Inhaber eines Fuhr- und Leichenbestattungsinstitutes, sich in der Ausübung seines Gewerbebetriebes verletzt, und hat klagend beantragt, die Beklagte zu verurteilen, zu dulden, daß er auf dem Kommunalfriedhofe zu G. gewerbsmäßig Leichenbestattungen ausführe.

Nachdem die von der Beklagten erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges rechtskräftig verworfen worden, hat das Landgericht nach dem Klagantrage erkannt, indem es davon ausgeht, daß das Leichenbestattungsgewerbe ein freies, von einer obrigkeitlichen Erlaubnis nicht abhängiges Gewerbe sei, daß eine Beschränkung desselben nur in einem entgegenstehenden Rechte eines Dritten gefunden werden könne, daß aber ein solches Beschränkungsrecht sich nicht aus dem Eigentume der Beklagten an dem Friedhofe ergebe.

Unter Abänderung dieses Urtheiles hat der Berufungsrichter die Klage abgewiesen und seine Entscheidung mit folgenden Erwägungen begründet:

Durch die Gewerbeordnung sei zwar das Gewerbe der Leichenbestatter in keiner Weise beschränkt worden; um eine Beschränkung handle es sich aber hier auch nicht; vielmehr wolle die Beklagte sich den Gewerbebetrieb des Klägers auf ihrem Friedhofe nur infolge ihres Eigentumsrechtes an dem Friedhofe nicht gefallen lassen, indem sie sich als Eigentümerin des Grundes und Bodens für berechtigt halte, jedem Dritten, also auch dem Kläger, das Betreten des Friedhofes zum Zwecke der Ausübung seines Gewerbes zu untersagen. Einer derartigen Beschränkung des Gewerbebetriebes durch das entgegenstehende Privatrecht eines Anderen stehe die Gewerbeordnung nicht entgegen. Das ergebe sich aus den Motiven zur Gewerbeordnung von 1869 und werde auch in dem Urtheile des Reichsgerichtes vom 28. Januar 1889,

Entsch. des R.G.'s in Civil. Bd. 23 S. 22,

sowie in dem Kommentar zur Gewerbeordnung von Landmann, 3. Aufl. zu § 10 Bd. 1 S. 100. 101, ausgesprochen. Nun berechtige

das Eigentumsrecht an einem Grundstücke den Eigentümer, jedem Dritten das Betreten des Grundstückes zu untersagen und dadurch auch den Gewerbebetrieb eines Dritten auf dem Grundstücke zu verhindern. Friedhöfe gehörten zu denjenigen Sachen, welche unmittelbar zu öffentlichen Zwecken bestimmt seien, und der Annahme des Landgerichtes, daß dem Eigentümer einer solchen nur eine bloße Verwaltungsbefugnis im Interesse der Gemeindeglieder zustehen, sei nicht beizutreten. Das Allgemeine Landrecht (§§ 183 flg. 190 II. 11) spreche von dem Eigentume an Friedhöfen, wie es von Privatvermögen spreche; diese Auffassung werde auch allgemein in der Literatur vertreten, und das Reichsgericht (bei Gruchot, Bd. 26 S. 1022) finde eine Beschränkung des Eigentumsrechtes an Friedhöfen nur darin, daß auch der Eigentümer eine den Zwecken des Friedhofes widersprechende Verfügung nicht vornehmen dürfe.

Daß von der Beklagten beanspruchte Ausschließungsrecht stehe aber auch mit der Gebrauchsbestimmung des Friedhofes nicht im Widerspruche. Zweck des Friedhofes sei, den Mitgliedern der Gemeinde als Begräbnisstätte zu dienen; die Mitglieder müßten also auch alle Handlungen auf dem Friedhofe vornehmen dürfen, die zu und bei einem Begräbnisse erforderlich seien. Dazu sei es aber nicht nötig, daß jedem Gewerbetreibenden freistehe, die bei einer Leichenbestattung erforderlichen Dienstleistungen auf dem Friedhofe vorzunehmen. Dadurch, daß die Beklagte einem Gewerbetreibenden das Betreten des Friedhofes zum Zwecke des Betriebes des Leichenbestattungsgewerbes untersage, werde dieser Gewerbetreibende für seine Person in der bestimmungsmäßigen Benutzung des Friedhofes als solchen nicht gehindert, ebensowenig auch das Publikum, wenn es sich nur an einen bestimmten, vom Friedhofseigentümer mit der Leichenbestattung beauftragten Gewerbetreibenden wenden könne, sofern nur vom Friedhofseigentümer dafür gesorgt sei, daß sein Beauftragter zur ordnungsmäßigen Vornahme der Bestattung jederzeit bereit und imstande sei. Das sei aber durch den von der Beklagten mit den Gebrüdern L. abgeschlossenen Vertrag in jeder Weise vorgesehen. Ein Recht der Gemeindegossen, die auf dem Friedhofe selbst vorzunehmenden Bestattungshandlungen von jeder beliebigen Person oder auch nur von jedem vornehmen zu lassen, der die Leichenbestattung gewerbsmäßig betreibe, lasse sich aus der Zweckbestimmung des Friedhofes nicht her-

leiten. Unbenommen sei es dem Kläger, den Transport der Leichen bis an die Grenze des Friedhofes und alle sonstigen außerhalb des Friedhofes vorzunehmenden Bestattungshandlungen zu besorgen; dieses Recht werde ihm auch von der Beklagten nicht streitig gemacht und sei auch nicht Gegenstand dieses Rechtsstreites.

Von der Revision wird zunächst darauf hingewiesen, daß nach dem Entwurfe zur Gewerbeordnung von 1868 das Gewerbe der Leichenbestattungsgefächäfte der landesrechtlichen Regelung habe vorbehalten bleiben sollen, daß diese Absicht aber in dem Entwurfe von 1869 fallen gelassen, und daß in den Motiven zu letzterem bemerkt sei: „Es ist hervorzuheben, daß dem Antrage der Kommission des Reichstages, das Monopol der Leichenreiniger und Leichenbestattungsunternehmer zu beseitigen, Folge gegeben ist, indem anzunehmen ist, daß die Kommunalbehörden wohl in der Lage sein werden, die Zwecke, zu welchen die Bestellung solcher Personen eingeführt ist, auch ohne eine ausschließliche Gewerbeberechtigung derselben zu erreichen.“

Diese Bemerkung, so führt die Revision aus, könne nur dahin verstanden werden, daß man davon ausgegangen sei, es würden die Kommunalbehörden für das bis dahin durch die Bestellung bezweckte jederzeitige Vorhandensein geeigneter Personen auch dann wohl sorgen können, wenn die Möglichkeit nicht mehr bestehe, solchen Personen die Ausschließlichkeit ihres Gewerbebetriebes zu gewähren; nicht aber sei damit zum Ausdruck gebracht, daß die Kommunalbehörden auch ohne die gesetzliche Zulässigkeit einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung doch in der Lage sein würden, tatsächlich eine ausschließliche Ausübung des Gewerbes nur durch einen oder einzelne von ihnen bestimmte Unternehmer zu erreichen. Stehe dem Kläger aber das unbeschränkte Recht zur Ausübung des Gewerbes als Leichenbestatter zu, so müsse ihm auch das Recht gewährt sein, das Gewerbe da auszuüben, wo es, wenn nicht ausschließlich, doch hauptsächlich nur ausgeübt werden könne, d. h. auf den öffentlichen Friedhöfen, ebenso wie bei anderen zahlreichen Gewerben, deren Ausübung auf öffentlichen Straßen, Plätzen, Brücken stattfindet, das Recht zur Ausübung des Gewerbes ohne weiteres das Recht in sich schließt, zu dieser Ausübung die öffentlichen Straßen, Plätze und Brücken zu benutzen. Es gehöre deshalb zum gemeinen Gebrauche eines öffentlichen Friedhofes,

daß die Personen, welche zum Gewerbe der Leichenbestattung berechtigt seien, auf demselben dieses ihr Gewerbe ausüben. Inhalt und Umfang des gemeinen Gebrauches eines öffentlichen Friedhofes müßten erst aus allgemeinen Erwägungen bestimmt werden, und zwar seien dabei alle berechtigten Handlungen zu berücksichtigen, welche ihrer Bestimmung gemäß auf einem Friedhofe vorgenommen zu werden pflegten. In § 190 A. Q. R. II. 11 sei nur ein Recht, aber nicht das einzige Recht jedes Gemeindegliedes an dem Friedhofe erwähnt. Dies verkenne der Berufsrichter, indem er gegenüber der Eigenschaft als einer öffentlichen Sache das Eigentum an einem Friedhofe zu sehr in den Vordergrund rücke und deshalb den Umfang der Benutzung eines Friedhofes als einer öffentlichen Sache zu eng auffasse.

Der Revision muß der Erfolg versagt bleiben.

Nach § 52 preuß. Gew.-O. vom 17. Januar 1845 bedurften einer Anstellung oder Konzession diejenigen, welche ein Gewerbe daraus machen, Leichen zu reinigen und anzukleiden oder die zur Bestattung von Leichen erforderlichen Gerätschaften und Wagen zu halten. Der Entwurf einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1868 wollte es hierbei belassen, „soweit die Landesgesetze solches bestimmen“, und es ist in den Motiven bemerkt:

„Für die in §§ 33—36“ (§ 35 handelt von den Leichenbestattern) „aufgeführten Gewerbe ist die Entscheidung der Frage, ob sie in dem betreffenden Staate konzessionspflichtig sind, den Landesgesetzen vorbehalten, weil in dieser Hinsicht das praktische Bedürfnis nicht nur nach Ländern, sondern selbst nach Orten verschieden sein kann und verschieden ist. Dem großen Prinzip der gewerblichen Freizügigkeit kann es aber umsoweniger Eintrag thun, wenn man hier den lokalen Bedürfnissen freien Spielraum läßt, als es in der Natur der Sache liegt, daß die hier als erforderlich bezeichnete Erlaubnis bei einer Veränderung des Wohnsitzes von neuem erforderlich ist.“

Der Entwurf der Gewerbeordnung von 1869 hat dann die landesgesetzliche Konzessionspflicht der Leichenbestatter fallen gelassen, und die Motive enthalten die oben bereits wiedergegebene Bemerkung. Die jetzt geltende Reichsgewerbeordnung erwähnt das Leichenbestattungsgewerbe überhaupt nicht, und es ist zweifellos, daß die Zulassung zu seinem Betriebe keiner Beschränkung unterliegt. Davon geht auch

das von den Parteien und den Instanzrichtern in Bezug genommene Urteil des jetzt erkennenden Senates vom 28. Januar 1889 i. S. D. w. die evangelische Kirchengemeinde St. E. zu Breslau,

Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 23 S. 22,

aus. In jenem Prozesse war aber die sonstige Sachlage eine von der jetzigen wesentlich verschiedene. Eigentümerin des betreffenden Friedhofes war dort die Stadtgemeinde zu Breslau, nicht die genannte Kirchengemeinde, und die letztere leitete ein die Ausübung des Leichenbestattungsgewerbes von seiten des Klägers einschränkendes besonderes Recht aus dem Umstande her, daß nach der maßgebenden Stola-Tagordnung die Leichenbestattung der Parochianen dem Pfarrzwange unterliege. Dieser Einwand ist dort für durchgreifend erachtet, die Frage aber, ob auch das Eigentum am Friedhofe ein Ausschließungsrecht gewähre, überhaupt nicht zur Erörterung gezogen worden, konnte auch nicht in Betracht kommen, weil der Friedhof sich nicht im Eigentume der beklagten Kirchengemeinde befand. Die vom Landgerichte aus jenem Urteile gezogenen Folgerungen entbehren daher jeder Unterlage.

Die Entscheidung des jetzigen Rechtsstreites hängt also davon ab, ob das Eigentum der Beklagten an dem Friedhofe, einer öffentlichen Sache, der Beklagten das Recht giebt, den Kläger von dem Gewerbebetriebe auf dem Friedhofe auszuschließen, und diese Frage muß in Übereinstimmung mit dem Berufungsrichter bejaht werden.

Dasjenige, was der Berufungsrichter aus den Motiven zur Gewerbeordnung von 1869 folgert — durch die vom Berufungsrichter an Stelle des in den Motiven enthaltenen Wortes „indem“ gebrauchten Worte „daß aber“ wird der Sinn und Inhalt jener Bemerkung der Motive nicht verändert —, ist, wie sich aus den Ausführungen des Berufungsrichters ergibt, für die Beurteilung der Sache nicht von entscheidender, sondern nur von nebensächlicher Bedeutung. Die dagegen erhobenen Angriffe der Revision sind daher an sich unerheblich, können aber auch als begründet nicht anerkannt werden. Die Erteilung der Konzession zur Ausübung des Leichenbestattungsgewerbes war unter der Herrschaft der preussischen Gewerbeordnung nicht allein abhängig von dem praktischen, je nach den lokalen Verhältnissen zu beurteilenden Bedürfnis, sondern auch von der Prüfung des Umstandes, ob der die Konzession Nachsuchende einmal an und für sich persönlich die erforderlichen Eigenschaften, und sodann die notwendigen

Mittel besaß, somit die Garantie gewährte, daß er in zweckentsprechender und würdiger Weise das Gewerbe auszuüben imstande sei und ausüben werde. Der Zweck der Bestellung war also ein doppelter, und nicht lediglich der von der Revision behauptete, und dieser Zweck ist derselbe geblieben. Wenn der Berufsrichter also im Anschlusse an die im Landmann'schen Kommentar zur Reichsgewerbeordnung (3. Aufl. zu § 10 Bd. 1 S. 101) gemachte Ausführung aus der erwähnten Bemerkung der Motive den Schluß zieht,

daß die Gemeindebehörden nicht verpflichtet sind, mit jeder Person, die dieses Gewerbe treibt, in Verkehr zu treten, und daß sie theils aus Rücksichten der Sanitätspolizei, theils als Eigentümer der Friedhöfe und Leichenhäuser den freien Betrieb dieses Gewerbes thatsächlich unmöglich machen können,

so kann gegen diese Folgerung an sich ein rechtliches Bedenken nicht erhoben werden.

Zweifellos ist jeder Eigentümer eines Grundstückes ohne weiteres berechtigt, das Betreten seines Grundstückes jedem Anderen zu untersagen, welcher auf dem Grundstücke ein Gewerbe ausüben will, und es handelt sich also nur darum, ob dieses Widerspruchsrecht alsdann nicht besteht, wenn ein Friedhof, eine öffentliche Sache, Gegenstand des Eigentumes ist. Friedhöfe sind nur insoweit dem Verkehr entzogen, als sie dem Zwecke dienen sollen, welchem sie gewidmet sind; sie können im Privateigentume der Kirchen- oder politischen Gemeinden oder einzelner Personen stehen (§ 190 A.L.R. II 11).

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 283, Bd. 27 S. 256; Gruchot, Bd. 26 S. 1022.

Ihr Zweck besteht darin, daß die Leichen der Gemeindeglieder auf dem Friedhofe bestattet werden, und hierauf kann jedes Mitglied der politischen Gemeinde ohne Unterschied der Religion Anspruch machen, sofern diese Gemeinde Eigentümerin des Friedhofes ist. Dieses Recht macht die Beklagte dem Kläger für seine Person auch nicht streitig, und es muß den Ausführungen des Berufsrichters, welche nirgend einen Rechtsirrtum erkennen lassen, darin beigepflichtet werden, daß das von der Beklagten beanspruchte Ausschließungsrecht mit der Zweckbestimmung des Friedhofes nicht im Widerspruche steht, und daß es zur Bethätigung des jedem Gemeindegliede zustehenden Anspruches auf Begräbniß nicht erforderlich ist, daß jeder Gewerbetreibende die

betreffenden Handlungen vornimmt, daß es vielmehr genügt, wenn der Friedhofseigentümer geeignete Vorkehrungen trifft, daß jederzeit eine zur ordnungsmäßigen Ausführung der Bestattung bereite und fähige Person vorhanden ist. Und letzteres ist nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters im Streitfalle geschehen. Die Gewerbefreiheit erstreckt sich nur auf die freie Zulassung zum Gewerbe, nicht auf die Art der Ausübung desselben. Wenn der Revision auch zuzugeben ist, daß das Leichenbestattungsgewerbe hauptsächlich nur auf dem Friedhofe ausgeübt wird, und daß somit behufs Ausübung des Gewerbes das Betreten des Friedhofes gestattet sein müsse, so überfieht die Revision jedoch, daß letzteres Recht beschränkt wird durch die dem Friedhofseigentümer kraft seines Eigentumes zustehende Befugnis, Anordnungen zu treffen, in welcher Weise die Ausführung der Leichenbestattung auf dem Friedhofe zu geschehen hat. Die von der Revision aus dem Gewerbebetriebe auf öffentlichen Straßen, Plätzen und Brücken hergeleitete Analogie ist nicht zutreffend, da dort andere rechtliche Grundlagen gegeben sind. Das Betreten der öffentlichen Straßen, Plätze und Brücken ist jedermann gestattet, die Ausübung eines Gewerbes auf denselben aber mehrfach von einer besonderen Erlaubnis abhängig. Kommunalfriedhöfe stehen an sich in vollem Eigentume der betreffenden Gemeinde; sie sind nur insoweit öffentliche Sachen, als sie dem Zwecke dienen sollen, dem sie gewidmet sind. Die Folgerung der Revision, daß Inhalt und Umfang des gemeinen Gebrauches des Friedhofes nach allgemeinen Erwägungen, und zwar bezüglich aller dabei zu berücksichtigenden Handlungen, zu bestimmen sei, während § 190 A. L. R. II. 11 nur ein Recht, aber nicht das einzige Recht jedes Gemeindegliedes erwähne, und der dem Berufungsrichter gemachte Vorwurf, daß derselbe den Umfang der Benutzung eines Friedhofes als einer öffentlichen Sache zu eng auffasse, sind unbegründet. Der Berufungsrichter hat den Begriff der öffentlichen Sache unter Berücksichtigung der Eigentumsverhältnisse der Beklagten ohne Rechtsirrtum beurteilt und insbesondere auch den Zweck des Friedhofes und den Begriff des gemeinen Gebrauches desselben nicht verkannt, ist vielmehr dabei ohne Verletzung einer Rechtsnorm von zutreffenden Grundsätzen ausgegangen. Das Recht des Gemeindegliedes auf Gewährung der Bestattung wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Friedhofseigentümer als solcher bestimmte An-

ordnungen über die Art der Ausübung des Rechtes trifft; zu diesen Anordnungen gehört auch die, durch wen die Ausführung der Bestattung auf dem Friedhofe zu erfolgen hat. Einer solchen Anordnung muß sich jedes Gemeindemitglied unterwerfen, und in dieser Hinsicht unterliegt der freie Gewerbebetrieb des Klägers einer Beschränkung, während die Zweckbestimmung des Friedhofes und sein gemeiner Gebrauch dadurch nicht gehindert wird.

Bgl. auch Ur. des Oberverwaltungsgerichts vom 16. September 1891, Entsch. desselben Bd. 21 S. 127.

Von der Revision ist noch darauf hingewiesen worden, daß der Professor Brie zu Breslau in seinem in der Prozeßsache D. w. Kirchengemeinde St. E. zu Breslau abgegebenen und in der Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 20 S. 269—296 abgedruckten Gutachten sich dahin ausgesprochen habe, daß das der Kirchen-, bezw. Ortsgemeinde zustehende Eigentum am Friedhofe eine Unterjagung der Ausübung des Leichenbestattungsgewerbes nicht rechtfertige, sowie daß auch der Professor Friedberg zu Leipzig diesem Ausspruche in seiner Schrift: „Das kirchliche Bestattungsrecht und die Reichsgewerbeordnung“, beigetreten sei. Es ist bereits oben hervorgehoben, daß in jenem Prozesse die Sachlage eine wesentlich andere war, und die Eigentumsfrage dort überhaupt nicht erörtert worden ist. Naturgemäß haben sich die beiden vorerwähnten Gutachten mit der damaligen konkreten Sachlage beschäftigt, und wenn sie schließlich nebenbei und ohne jede Begründung den erwähnten Satz aussprechen, so ist ein so allgemeiner Ausspruch nicht geeignet, den Anspruch des Klägers zu rechtfertigen.

Die Revision war hiernach zurückzuweisen.“ . . .