

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 823, 1004 BGB

- 1. Das Totenfürsorgerecht umfasst unter anderem das Recht, für die Bestattung zu sorgen (Anschluss BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - III ZB 62/14, FamRZ 2016, 301 Rn. 12; Urteil vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn. 9). Dies schließt die Bestimmung der Gestaltung und des Erscheinungsbildes einer Grabstätte ein. Das Totenfürsorgerecht beinhaltet darüber hinaus die Befugnis zu deren Pflege und zur Aufrechterhaltung deren Erscheinungsbilds.**
- 2. Das Totenfürsorgerecht ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, das im Falle seiner Verletzung Ansprüche auf Schadensersatz sowie auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen entsprechend § 1004 BGB begründen kann.**

BGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: VI ZR 272/18

### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 26. Januar 2018 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand:**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, ihrer Nichte, es zu unterlassen, auf dem Grab des verstorbenen Vaters der Klägerin und Großvaters der Beklagten Gegenstände abzulegen.

2

Der im Jahr 2014 verstorbene Vater der Klägerin ist auf einem Friedhof in einer Baumgrabstätte bestattet. Solche Baumgrabstätten sind kreisförmig um einen Baum angeordnet und jeweils durch eine Gedenktafel gekennzeichnet. Die Fläche, auf dem sich der Baum und die Gedenktafeln befinden, ist einheitlich bepflanzt und wird durch einen zweireihigen Kreis von Pflastersteinen eingefasst.

3

Die von der Gemeinde als Satzung beschlossene Friedhofsordnung enthält unter anderem folgende Vorschrift:

"§ 28 Baumgrabstätten

[...]

(6) Das Ablegen von Grabschmuck bzw. anderen Gegenständen auf der Grabstätte ist nicht gestattet.

(7) Die Anlage und Pflege der Grabstätte obliegt ausschließlich der Gemeinde. [...]"

4

An den Baumgrabstätten ist ein Schild aufgestellt, auf dem sich folgende Hinweise befinden:

"Verehrte Nutzungsberechtigte und Besucher der Baumgrabstätten

Mit der Wahl eines Bestattungsortes in einer Gemeinschafts-Anlage wird bewusst auf individuelle Grabgestaltung verzichtet. Im Sinne einheitlicher Gestaltung der Baumgrabanlagen weisen wir daher nochmals auf folgende Regeln, von der Gemeinde [...] verbindlich festgelegt, hin.

- Das Ablegen von Blumen und Gestecken, Ornamenten, Kerzen usw. innerhalb der bepflanzten Grabanlagen ist nicht gestattet.

- Geeignete Blumengebinde und Gestecke dürfen nur auf der dafür vorgesehenen gepflasterten Fläche vor der jeweiligen Grabstätte abgelegt werden.

- Kunststoffblumen, Gegenstände aus Plastik oder Glas dürfen nicht abgestellt werden.

Wir bitten um Verständnis, dass Grabschmuck innerhalb der Grab-Anlagen sowie ungeeignete Gegenstände vom Friedhofspersonal beseitigt werden.

[...]"

5

Die Beklagte stellte im Jahr 2016 Strafanzeige wegen Diebstahls gegen die Klägerin, weil diese von ihr an der Grabstätte abgelegte Gegenstände entfernt habe. Dabei erklärte die Beklagte unter Vorlage von Lichtbildern, dass sie auf der einheitlich bepflanzten Fläche an der Gedenktafel und auf der gepflasterten Fläche davor zwei Topfschalen, eine Steckvase, dreizehn Messingrosen, zwei Topfpflanzen, hochwertige Kunststoffblumen, ein rotes Holzherz, zwei weiße Herzen, fünf Keramikübertöpfe, ein Weihnachtsherz, eine Laterne und drei Dekorationsengel abgelegt habe. Durch ein Rechtsanwältsschreiben forderte die Klägerin die Beklagte auf, von ihr auf dem Grab abgestellte Gegenstände zu entfernen, das Abstellen zukünftig zu unterlassen und eine entsprechende strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben sowie die durch die Inanspruchnahme des Rechtsanwalts verursachten Kosten zu begleichen.

6

Die auf Unterlassung der Ablage von Gegenständen jeglicher Art auf dem Baumgrab und Zahlung von 490,22 € Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen gerichtete Klage hat das Amtsgericht abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, auf dem Baumgrab auf dem Friedhof [...], Grabbezeichnung: [...] Grabnummer: [...], Gegenstände oder Blumengebinde oder andere Gegenstände auf dem Grab oder auf der gepflasterten Fläche in Breite des Grabes vor dem Grab abzulegen, die gegen die Friedhofssatzung und Bestimmungen der Gemeinde verstoßen, außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 334,75 € nebst Zinsen zu zahlen, sowie die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

## **Entscheidungsgründe:**

I.

7

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog zu, der sich aus dem Totenfürsorgerecht als sonstigem Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB herleite. Dieses Recht gewähre seinen Inhabern die Befugnis, die Art und den Ort der Bestattung zu wählen, eine würdige Bestattung zu betreiben sowie Dritte von rechtswidrigen Einwirkungen auf den Leichnam abzuhalten. Die Befugnis, Bestattungsart und -ort zu bestimmen, setze sich als Befugnis fort, spätere Beeinträchtigungen des einmal rechtmäßig geschaffenen Zustands abzuwehren. Wer die Totenfürsorge innehat, bestimme sich nach dem zu Lebzeiten geäußerten Willen des Verstorbenen. Die Klägerin habe bei ihrer informatorischen Anhörung erklärt, dass ihre Eltern sie ausdrücklich darum gebeten hätten, sich um die Auswahl und Pflege einer Grabstätte zu kümmern. Das Baumgrab sei nach dem Tode des Vaters gemeinschaftlich von ihr und ihrer Mutter ausgesucht worden. Die Gestaltung des Grabes habe dem ausdrücklichen Willen ihrer Eltern entsprochen. Diesen Ausführungen sei die in der mündlichen Verhandlung anwesende Beklagte nicht entgegen getreten. Als Inhaberin des Totenfürsorgerechts dürfe die Klägerin die Gestaltung der Grabstätte bestimmen und insbesondere den Willen ihrer Eltern nach einer naturnahen Gestaltung der Grabstätte umsetzen. Dazu gehöre zumindest, eine Gestaltung entsprechend der Friedhofsordnung durchzusetzen, also das Ablegen von Gegenständen innerhalb der bepflanzten Grabanlage zu unterbinden wie auch das Ablegen von Kunststoffblumen und Plastik- oder Glasgegenständen auf der gepflasterten Fläche vor der Grabstätte, da dies der naturnahen Grabgestaltung widerspreche. Die Beklagte habe in der Vergangenheit mehrfach gegen die Nutzungsordnung des Friedhofs und damit auch gegen den Gestaltungswunsch des Vaters der Klägerin verstoßen, indem sie Gegenstände auf der begrüneten Grabfläche sowie Gegenstände aus Plastik und Glas auf der gepflasterten Fläche vor dem Grab abgelegt habe. Dies ergebe sich aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Abwehransprüche der Klägerin könnten aber nur dem Nutzungsumfang folgen, der dem jeweiligen Nutzungsberechtigten durch die Friedhofsordnung zuerkannt werde. Daher sei dem Antrag, der Beklagten das Ablegen jeglicher Gegenstände zu untersagen, nicht zu folgen und dem Hilfsantrag der Klägerin zu entsprechen.

II.

8

Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Prüfung stand.

9

1. Der Urteilstenor ist hinreichend bestimmt. Ein vollstreckbarer Inhalt der Verurteilung der Beklagten lässt sich im Wege der Auslegung ermitteln. Den Entscheidungsgründen, die zur Auslegung des Urteilstenors heranzuziehen sind, ist zu entnehmen, dass es der Beklagten untersagt ist, auf dem Baumgrab mit der Grabbezeichnung [...], Grabnummer [...], innerhalb der bepflanzten Grabanlage Gegenstände und auf der gepflasterten Fläche vor der Grabstätte Kunststoffblumen sowie Plastik- oder Glasgegenstände abzulegen.

10

2. Die Auffassung der Revision, das Berufungsgericht habe gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO verstoßen, weil es über den Hilfsantrag entschieden habe, obwohl dieser nur angekündigt, nicht aber gestellt worden sei, trifft nicht zu. Aufgrund der Beweiskraft des Tatbestands steht fest, dass die Klägerin ihren Hilfsantrag in der mündlichen Verhandlung (hier haben die Parteien gemäß § 297 Abs. 2 ZPO Bezug genommen) gestellt hat. Der Tatbestand erbringt gemäß § 314 Satz 1 ZPO den Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Zum mündlichen Parteivorbringen in diesem Sinne gehören auch die in der mündlichen Verhandlung von den Parteien abgegebenen prozessualen Erklärungen und die gestellten Anträge (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2013 - VIII ZB 45/12, NJW 2013, 2361 Rn. 11; Musielak, in MüKo-ZPO, 5. Aufl., § 314 Rn. 4). Der durch die tatbestandlichen Feststellungen geführte Beweis wird nicht gemäß § 314 Satz 2 ZPO durch das Sitzungsprotokoll, das seinerseits Beweiswirkung entfaltet (§ 165 Satz 1 ZPO), entkräftet. Dies würde voraussetzen, dass die Feststellungen in der Sitzungsniederschrift ausdrücklich oder doch unzweideutig dem Tatbestand widersprechen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - III ZR 208/12, NJW-RR 2013, 1334 Rn. 8). Das ist nicht der Fall. Vielmehr ergibt sich auch aus dem Sitzungsprotokoll des Berufungsgerichts unzweifelhaft, dass der Hilfsantrag gestellt worden ist. Darin heißt es, dass der Vertreter der Klägerin "den Antrag aus dem Schriftsatz vom 10.02.2017 (Bl. 92 d. A.)" stellt. Der Verweis auf Blatt 92 der Akte bezieht sich nicht auf einzelne Anträge oder Antragsteile, sondern bezeichnet die Fundstelle der ersten Seite des Schriftsatzes in der Verfahrensakte. Die Formulierung im Sitzungsprotokoll "wobei [...] wie folgt lauten soll:" bringt deutlich zum Ausdruck, dass sich die Abweichung zwischen den angekündigten und den gestellten Anträgen auf die Androhung von Ordnungsmitteln im Urteil (§ 890 Abs. 2 ZPO) beschränkt.

11

3. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB hat, es zu unterlassen, auf dem Baumgrab innerhalb der bepflanzten Grabanlage Gegenstände und auf der gepflasterten Fläche vor der Grabstätte Kunststoffblumen sowie Plastik- oder Glasgegenstände abzulegen.

12

a) Die Beklagte hat durch die Ablage von Gegenständen das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht der Klägerin auf Totenfürsorge verletzt.

13

aa) Das Totenfürsorgerecht umfasst unter anderem das Recht, für die Bestattung des Verstorbenen zu sorgen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - III ZB 62/14, FamRZ 2016, 301 Rn. 12; Urteil vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn. 9; Zimmermann, ZEV 1997, 440; Fritz, BWNtZ 1992, 137; vgl. zur Herleitung des Totenfürsorgerechts Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz [2011], S. 93 ff.; zu Hohenlohe, GewArch 2018, 169, 172 f.; Stelkens/Wabnitz, GewArch Beilage WiVerw 2016, 11 ff.; siehe weiter zu den Pflichten des Totenfürsorgeberechtigten BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - III ZB 62/14, FamRZ 2016, 301 Rn. 12; Urteile vom 14. Dezember 2011 - IV ZR 132/11, NJW 2012, 1651 Rn. 10; vom 17. November 2011 - III ZR 53/11, BGHZ 191, 325 Rn. 12; Karczewski, ZEV 2017, 129, 130 ff.; Gutzeit/Vrban, NJW 2012, 1630, 1631/1633; Küpper, in: MüKo-BGB, 7. Aufl., § 1968 Rn. 7 Fn. 51; Stelkens/von Beauvais, GewArch Beilage WiVerw 2017, 1, 13 f.). Dies schließt die Bestimmung der Gestaltung und des Erscheinungsbilds einer Grabstätte ein. Das Totenfürsorgerecht beinhaltet darüber hinaus die Befugnis zu deren Pflege und zur Aufrechterhaltung deren Erscheinungsbilds (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 23. März 1989 - 16 U 82/88, NJW-RR 1989, 1159, juris Rn. 23; KG, Urteil vom 24. Januar 1969 - 16 U 1010/68, FamRZ 1969, 414, 415; AG Grevenbroich, Urteil vom 15. Dezember 1997 - 11 C 335/97, NJW 1998, 2063, 2064, juris Rn. 14; Zimmermann, ZEV 1997, 440,

446; Fritz, BWNotZ 1992, 137; a.A. AG Bergen auf Rügen, Urteil vom 29. Oktober 2014 - 25 C 133/14, NJW-RR 2015, 648, juris Rn. 3 unter Hinweis auf die Kostentragungspflicht der Erben). Denn die Grabstätte dient nicht nur der Aufnahme des Sargs oder der Urne; als Ort des Erinnerns und Gedenkens an den Verstorbenen ist ihre Bedeutung vielmehr auch in die Zukunft gerichtet.

14

Das Totenfürsorgerecht ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, das im Falle seiner Verletzung Ansprüche auf Schadensersatz sowie auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen entsprechend § 1004 BGB begründen kann (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 8. Oktober 2015 - 1 U 72/15, FamRZ 2016, 1106 Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. Juli 2001 - 9 U 11/01, NJW 2001, 2808, juris Rn. 18; OLG Frankfurt, Urteil vom 23. März 1989 - 16 U 82/88, NJW-RR 1989, 1159, juris Rn. 23; KG, Urteil vom 24. Januar 1969 - 16 U 1010/68, FamRZ 1969, 414, 415; LG Kiel, Urteil vom 5. Juli 1985 - 5 O 97/85, FamRZ 1986, 56, juris Rn. 29, 41; AG Osnabrück, Urteil vom 27. Februar 2015 - 15 C 568/15, FamRZ 2016, 491 Rn. 20; Lieder, in: Erman, BGB 15. Aufl., § 1922 Rn. 34; Hager, in: Staudinger, BGB [2017], § 823 Abs. 1 BGB B Rn. 193; Palandt/Sprau, BGB 78. Aufl., § 823 Rn. 19; Palandt/Weidlich, BGB 78. Aufl., Einl v § 1922 Rn. 12; Küpper, in: MüKo-BGB, 7. Aufl., § 1968 Rn. 7 Fn. 51; Fritz, BWNotZ 1992, 137; siehe weiter BVerfG [K], Beschlüsse vom 25. Dezember 2016 - 1 BvR 1380/11, NJW 2017, 947 Rn. 14 ff., vom 18. Januar 1994 - 2 BvR 1912/93, NJW 1994, 783, juris Rn. 4).

15

bb) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Klägerin das Totenfürsorgerecht zusteht und dass die Beklagte dieses Recht durch die Ablage verschiedener Gegenstände verletzt hat.

16

(1) Beherrschender Grundsatz des Totenfürsorgerechts ist die Maßgeblichkeit des Willens des Verstorbenen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn. 9). Dieser kann nicht nur die Art und Weise seiner Bestattung sowie den Ort der letzten Ruhestätte, sondern auch diejenige Person, die er mit der Wahrnehmung dieser Belange betraut, bestimmen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2011 - IV ZR 132/11, NJW 2012, 1651 Rn. 10, 15; Urteile vom 17. November 2011 - III ZR 53/11, BGHZ 191, 325 Rn. 11; vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn. 9; vom 26. Oktober 1977 - IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15 unter 1, juris Rn. 6; Karczewski, ZEV 2017, 129, 130). Der vom Verstorbenen Berufene ist berechtigt, den Willen des Verstorbenen notfalls auch gegen den Willen von (weiteren) Angehörigen zu erfüllen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn. 9). Wenn und soweit ein Wille des Verstorbenen nicht erkennbar ist, kann der Totenfürsorgeberechtigte über die Art der Bestattung entscheiden und den Ort der letzten Ruhestätte auswählen (vgl. BGH, Urteile vom 14. Dezember 2011 - IV ZR 132/11, NJW 2012, 1651 Rn. 10; vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn. 9; vom 26. Oktober 1977 - IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15 unter 1, juris Rn. 6; vom 20. September 1973 - III ZR 148/71, BGHZ 61, 238, juris Rn. 1).

17

Bei der Ermittlung des für die Wahrnehmung der Totenfürsorge maßgebenden Willens des Verstorbenen kommt es nicht nur auf dessen ausdrückliche Willensbekundungen, etwa in einer letztwilligen Verfügung, an. Es genügt, wenn der Wille aus den Umständen mit Sicherheit geschlossen werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2011 - IV ZR 132/11, NJW 2012, 1651 Rn. 15; Urteile vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834 unter II 1, juris Rn 9; vom

26. Oktober 1977 - IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15 unter 1, juris Rn. 9; Karczewski, ZEV 2017, 129, 130).

18

(2) Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht die Klägerin zu Recht als totenfürsorgeberechtigt erachtet. Ausweislich der nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatten beide Eltern die Klägerin darum gebeten, sich um die Auswahl und Pflege einer Grabstätte für diese zu kümmern.

19

(3) Nach den genannten Maßstäben begegnet auch die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch die festgestellte Ablage von Gegenständen das Totenfürsorgerecht der Klägerin verletzt, keinen rechtlichen Bedenken. Das Erscheinungsbild der Grabstätte wurde durch die von der Beklagten abgelegten Gegenstände in unzulässiger Weise verändert. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts widersprach diese Veränderung dem Willen des Verstorbenen, der ausdrücklich eine naturnahe Gestaltung des Baumgrabs gewünscht hatte. Die Klägerin ist als Totenfürsorgeberechtigte befugt, den vom Verstorbenen geäußerten Willen durchzusetzen und in dem von diesem gesetzten Rahmen zu konkretisieren.

20

b) Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich Abweichendes nicht aus § 28 Abs. 7 Satz 1 der Friedhofsordnung. Diese Vorschrift regelt nur, wer die Grabstätte anlegt und pflegt. Daraus folgt nicht, dass Totenfürsorgeberechtigte unzulässige Beeinträchtigungen des Erscheinungsbilds von Grabstätten nicht aus eigenem Recht abwehren könnten. Anderen Vorschriften der Friedhofsordnung oder deren Regelungszusammenhang ist ebenfalls nicht zu entnehmen, dass das Verhalten auf dem Friedhof ausschließlich öffentlich-rechtlichen Bindungen unterläge und die Klägerin gegen die Beklagte insoweit keine zivilrechtlichen Ansprüche geltend machen könnte. Es existiert auch kein allgemeiner Grundsatz, dass Fragen "konkurrierender Grabnutzungsansprüche" ausschließlich Probleme der "Ordnung auf dem Friedhof" darstellte und für deren Aufrechterhaltung letztlich die Friedhofsverwaltungen zuständig seien (so aber Stelkens/Wabnitz, GewArch Beilage WiVerw 2016, 11, 20 f.; Barthel, GewArch Beilage WiVerw 2016, 22, 24 jeweils unter Bezugnahme auf LG Bonn, Urteil vom 12. Juni 1957 - 7 O 34/57, MDR 1957, 610).

21

Es bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Klärung, ob und gegebenenfalls inwieweit ein Gemeingebrauch auf Friedhöfen dazu berechtigt, zum Beispiel Grabschmuck niederzulegen, und ob dadurch Abwehrrechte von Totenfürsorgeberechtigten eingeschränkt werden (vgl. dazu Stelkens/Wabnitz, GewArch Beilage WiVerw 2016, 11, 20 f.; Stelkens, GewArch Beilage WiVerw 2015, 45, 47 f.; Barthel, GewArch Beilage WiVerw 2016, 22 f.; Brüning, GewArch Beilage WiVerw 2016, 37, 41). Denn das Verhalten der Beklagten verstieß gegen die Benutzungsvorschriften des Friedhofs und wäre daher nicht von einem Gemeingebrauch umfasst.

22

c) Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird durch das festgestellte rechtsverletzende Verhalten der Beklagten indiziert (vgl. Senat, Urteile vom 4. Dezember 2018 - VI ZR 128/18, juris Rn. 9; vom 10. Juli 2018 - VI ZR 225/17, NJW 2018, 3506 Rn. 26; vom 27. Februar 2018 - VI ZR 86/16, NJW 2018, 2489 Rn. 33; BGH, Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 Rn. 25 f. mwN - Empfehlungs-E-Mail). Die Revision zeigt keinen in den Tatsacheninstanzen übergegangenen Sachvortrag auf, wonach die Vermutung der Wiederholungsgefahr entkräftet wäre.

