

# Oberlandesgericht Düsseldorf

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 649 BGB

- 1. Das Ausheben eines falschen Grabs und Entsorgen darin befindlicher Sarg- und Leichenteile durch einen Mitarbeiter der Friedhofsgärtnerei rechtfertigt nicht die fristlose Kündigung des Friedhofspflegevertrages mit der Gärtnerei.**
- 2. Eine einvernehmliche Vertragsaufhebung steht einem Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen grundsätzlich nicht entgegen. Der Arbeitnehmer verliert seinen Restvergütungsanspruch nach § 649 S. 2 BGB nur im Ausnahmefall, etwa wenn der Vertrag auch außerordentlich hätte gekündigt werden können.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.2019, Az.: 7 O 59/17

#### **Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil des Einzelrichters der 7. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal vom 11.04.2019, Az.: 7 O 59/17, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Gründe:**

I.

Der Kläger begehrt Vergütung für nicht erbrachte Leistungen aus einem gekündigten Friedhofsgärtner- und Totengräbervertrag in dem Zeitraum vom 28.09.2016 bis zum Zeitpunkt der ausgesprochenen ordentlichen Kündigung am 14.04.2017.

Der Kläger ist Friedhofsgärtner und hatte in den vergangenen etwa 25 Jahren seinen Firmensitz auf dem von der Beklagten betriebenen Friedhof H... Str. in S..., wo er u.a. auch einen Blumenladen betrieb und Flächen zum Betrieb der Friedhofsgärtnerei in Anspruch nahm. Mit Datum vom 07.04.2008 unterzeichneten die Parteien einen Vertrag, der unter anderem die Aufgaben des Klägers als Friedhofsgärtner und Totengräber umschrieb. Für im Einzelnen näher bezeichnete Gärtnerarbeiten sind nach diesem Vertrag eine monatliche Festvergütung sowie leistungsbezogene

Vergütungen für die Grabbereitung vorgesehen. Wegen der Einzelheiten wird auf Anlage K1 (Bl. 15 ff. der Akte) Bezug genommen. In der Folgezeit unterzeichneten die Parteien Verträge über ergänzende Leistungen.

Der Kläger beschäftigte zuletzt mehrere Arbeitnehmer, darunter seinen Sohn, den Zeugen P.. R...

Im September 2016 erteilte der Friedhofsverwalter dem Kläger den Auftrag zum Aushub einer Grabstätte zur Vorbereitung einer Beerdigung. Die Beerdigung sollte in einer Familiengrabstätte erfolgen, die sich über drei nebeneinanderliegende Grabstellen erstreckt. Dort war zuletzt auf der linken Seite im Jahr 2010 ein Familienmitglied, Frau R.-B..., beerdigt worden. Das Datum der Beerdigung stand auf einem Grabstein, der auf der mittleren der drei Grabstellen aufgestellt war (vgl. Anlage K10, Bl. 123 der Akte).

Am Mittwoch, den 21.09.2016, erfolgte der Aushub auf der linken Seite des Dreifachgrabes. Vor den Aushubarbeiten wurde der Grabstein von der Grabstätte entfernt. Der Aushub erfolgte mittels eines kleinen Baggers, die ausgehobene Erde wurde teils vor Ort gelagert, teils mittels eines Transportfahrzeugs zum Abfallplatz des Friedhofes gebracht und dort wiederum mittels des Baggers von dem Transportfahrzeug in den Container verladen. Diese Arbeiten wurden jedenfalls von dem Zeugen P.. R.. durchgeführt. Im Zuge der Aushubarbeiten stieß dieser auf nicht verrottete Sargteile, die er zusammen mit Teilen des Erdaushubs in der genannten Weise in den Container beförderte. Bei diesem Vorgang wurde auch der Leichnam der im Jahr 2010 bestatteten Frau aus der Grabstelle entnommen und in der genannten Weise in den Abfallcontainer geschafft.

Am Folgetag, dem 22.09.2016 war die Beerdigung in dem Familiengrab vorgesehen. Bereits frühzeitig vor der Beerdigung erschien der Witwer der Frau R...-B... und sprach den Friedhofsverwalter darauf an, wo der Leichnam seiner Frau sei. Diese Frage konnte der Friedhofsverwalter zunächst nicht beantworten.

Am Montag, den 26.09.2016, erteilte gegen 7.00 Uhr der Kläger bzw. sein Sohn den Auftrag zur Abholung des verschlossenen Abfallcontainers. Auf Betreiben der Beklagten wurde der Abfallcontainer jedoch noch vor dem Abtransport geöffnet und durchsucht, wobei der Leichnam der genannten Frau aufgefunden werden konnte. Die von der Beklagten am Folgetag hinzugezogene Stadtdienstordnung der Stadt S... traf zu dieser Auffindsituation eigene Feststellungen.

Am 27.09.2016 forderten Mitglieder des Kirchenvorstands den Kläger zur sofortigen Räumung des Firmensitzes auf und kündigten an, die Schlösser der Friedhofsgärtnerei auszutauschen und erklärten in diesem Zusammenhang, es sei bereits ein neuer Friedhofsgärtner gefunden. Mit Schreiben vom selben Tag erklärte die Beklagte dem Kläger gegenüber die fristlose Kündigung (vgl. Anlage K2, Bl. 17 der Akte).

Am 29.09.2016 ging dem Kläger ein auf den 14.04.2016 datiertes Kündigungsschreiben zu, mit dem der Kirchenvorstand die ordentliche Kündigung des Friedhofsgärtnervertrages zum 14.04.2017 erklärte.

Im Hinblick auf den Streit über das Fortbestehen des Vertragsverhältnisses entwarf der Klägervertreter einen Vergleichsvorschlag, in dem festgehalten war, dass der Kläger den außerordentlichen Kündigungsgrund zurückweise. Die von der Beklagten eingeschaltete Mitarbeiterin des Bistums, Frau G..., äußerte in einer darauf gerichteten Email (Anlage K10, Bl. 71 der Akte) den Wunsch, dass die Wendung "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" aus dem Vergleichswortlaut gestrichen werde. Mit

Datum vom 29.09./21.10.2016 unterzeichneten die Parteien einen schriftlichen Vergleich über die Aufhebung des Vertragsverhältnisses. Darin heißt es u.a.:

"3. Der Unternehmer räumt ein, dass es zu einer irrtümlichen Öffnung eines falschen Grabes und zur Beseitigung einer Leiche aus dem Grab durch einen Mitarbeiter gekommen ist. Er erklärt jedoch, dass im Zusammenhang mit den Vorwürfen keinerlei Vorsatz seinerseits oder seiner Mitarbeiter gegeben war. Auch erklärt er, dass er eine die außerordentliche Kündigung begründende Störung des Vertrauensverhältnisses nicht für gegeben hält. Mit der außerordentlichen Kündigung besteht daher kein Einverständnis.

4. Der Unternehmer ist allerdings - unter ausdrücklicher Zurückweisung der fristlosen Kündigung zugrunde liegenden Vorwürfe und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht rein vergleichsweise - bereit, die fristlose Kündigung zu akzeptieren und das Vertragsverhältnis als beendet anzusehen."

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K4 (Bl. 19 der Akte) Bezug genommen.

Der Kläger stellte daraufhin die Tätigkeiten für die Beklagte als Friedhofsgärtner ein und betätigte sich forthin nur noch als Friedhofsgärtner im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse mit der privaten Grabpflege. Er räumte die Räumlichkeiten auf dem Friedhof zum vereinbarten Zeitpunkt.

Das Amtsgericht Solingen verurteilte den Zeugen P.. R.. wegen Störung der Totenruhe mit Urteil vom 14.11.2017 zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Soweit der Kläger ursprünglich bestritten hat, den Bagger am fraglichen 21.09.2016 überhaupt selbst gesteuert zu haben, hat er zuletzt behauptet, lediglich die Entfernung der oberen - guten - Erdschicht ausgeführt zu haben. Danach habe er alleine in der Nähe anderweitig gearbeitet. Sein Sohn habe die Aushubarbeiten fortgeführt und ihn darauf hingewiesen, dass er auf Holz gestoßen sei. Daraufhin habe er - der Kläger - den Friedhofsverwalter holen lassen, der jegliche Bedenken an der Richtigkeit des Grabes zurückgewiesen habe. Daraufhin hätten sich er - der Kläger - und der Verwalter wieder entfernt, das weitere Geschehen sei in keiner Weise unter irgendeiner Beteiligung von ihm, des Klägers, vonstattengegangen. Seinem Sohn seien während der weiteren Aushubarbeiten keine Knochen oder Teile eines Skeletts aufgefallen.

Der Kläger hat ursprünglich mit der Klageschrift, die der Beklagten am 29.03.2017 zugestellt worden ist, die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen in dem Zeitraum vom 28.09.2016 bis zum Zeitpunkt der ausgesprochenen ordentlichen Kündigung am 14.04.2017 i.H.v. 25.300,00 Euro nebst Zinsen begehrt. Mit Schriftsatz vom 30.01.2019 hat der Kläger die Klage unter Berücksichtigung weiterer ersparter Aufwendungen teilweise zurückgenommen. Die Beklagte hat der Klagerücknahme insoweit zugestimmt.

Der Kläger hat sodann beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 20.791,52 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, der Kläger selbst sei an der Aushebung des Grabes beteiligt gewesen. Er habe mit seinem Sohn nach dem Erkennen des Leichnams die "Tat vertuschen" wollen, den Leichnam bewusst in den Müllcontainer geworfen und mit Müll verdeckt.

Das Landgericht hat die Akte des Amtsgerichts Solingen, Az.: 21 Ds 721 Js 1259/16 - 13/17 beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Mit Grundurteil vom 11.04.2019 hat das Landgericht Wuppertal durch den Einzelrichter der 7. Zivilkammer geurteilt, dass die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Der Kläger habe gegen die Beklagte Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistungen vom 29.09.2016 bis zum regulären Vertragsende am 14.04.2017 aus §§ 631, 649 Satz 2 BGB in der bis zum 01.01.2018 anwendbaren Fassung. Der Vergütungsanspruch für die streitgegenständlichen Friedhofsgärtner- und Totengräberarbeiten sei nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.

1. Der Werkvertrag sei am 27.09.2016 nicht durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung beendet worden. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 314 BGB, der die Beklagte zur sofortigen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt hätte, könne nicht festgestellt werden. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine Abmahnung im Sinne des § 314 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen sei. Dabei gehe das Landgericht davon aus, dass entsprechend den rechtskräftigen Feststellungen des Amtsgerichts Solingen dem Zeugen P. R. im Rahmen der Aushubarbeiten nicht verborgen geblieben sein könne, dass er auf den Leichnam der dort begrabenen Frau gestoßen sei. Insbesondere ergebe sich aus der von den Parteien in Bezug genommenen Strafsakte, dass nicht nur der Aushub des Grabes mit dem Bagger erfolgt sei, sondern auch das Umfüllen des transportierten Aushubs in den Container. Einer weiteren Sachaufklärung habe es insoweit nicht bedurft, da - dies unterstellt - ein außerordentlicher Kündigungsgrund gegenüber dem Kläger gleichwohl nicht angenommen werden könne. Diesem sei zwar das Fehlverhalten seines Sohnes gem. § 278 BGB als eigenes Verschulden zuzurechnen, jedoch sei bei der Beurteilung der Schwere des Verstoßes zu berücksichtigen, dass der Kläger auf eine dahingehende Abmahnung der Beklagten die Möglichkeit gehabt hätte, seinen Sohn von der weiteren Tätigkeit für die Beklagte freizustellen. Das dahingehende Anliegen der Beklagten halte das Landgericht für nachvollziehbar, eine weitere Tätigkeit des P. R. auf dem Friedhof sei in der Tat nicht zumutbar gewesen. Es sei aber weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sich der Kläger einem solchen Anliegen, wäre es von der Beklagten vorgetragen worden, verschlossen hätte. Nach Auffassung des Gerichts beinhalte die Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB nicht zugleich die Zurechnung eines persönlichen Schuldvorwurfs, der vorliegend nach Auffassung des Gerichts indes erforderlich gewesen wäre, um eine Abmahnung entbehrlich erscheinen zu lassen.

Soweit die Beklagte behauptet habe, der Kläger habe bei den Aushubarbeiten auch insoweit mitgewirkt, dass er selbst Kenntnis von der Entfernung des Leichnams und dessen Verbringung in den Container gehabt habe bzw. mit seinem Sohn gemeinsam "die Tat habe vertuschen wollen", habe sie für diese Behauptung keinen Beweis angetreten. Insofern obliege ihr die Beweislast, worauf das Gericht in der mündlichen Verhandlung hingewiesen habe. In der mündlichen Verhandlung sei indes deutlich geworden, dass sich der Beweisantritt der Beklagten lediglich auf das Tage später stattgefundenen - weitestgehend unstrittige - Geschehen an dem Abfallcontainer am 26.09.2016 beschränkt habe. Vor diesem Hintergrund bedürfe auch die Behauptung des Klägers keiner weiteren Aufklärung, wonach das Verhalten des Friedhofsverwalters das Geschehen jedenfalls begünstigt habe. Die Beklagte habe

dies zwar bestritten, ihrerseits jedoch nicht erklärt, aus welchem Grund die Grabverwechslung von der Friedhofsverwaltung nicht bemerkt worden sei - weder am Tag des Aushubs, noch im Rahmen der Vorbereitungen der Beerdigungen am darauffolgenden Montag. So habe die Beklagte jedenfalls in der außergerichtlichen Korrespondenz den Vorwurf gegenüber dem Kläger auch nicht auf die Verwechslung des Grabes selbst gestützt, sondern auf die Entfernung der Leiche. Diesen Vorwurf könne sie indes nicht mit Erfolg als persönliche Verfehlung gegenüber dem Kläger erheben.

2. Der Vertrag sei beendet im Sinne des § 649 Satz 2 BGB, da die Parteien ihn mit der Aufhebungsvereinbarung einvernehmlich aufgehoben hätten.

Eine solche einvernehmliche Vertragsaufhebung stehe einem Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen grundsätzlich nicht entgegen (OLG Saarbrücken, NJW-RR 2011, 1465). Abweichendes folge auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.07.2001 (Az. X ZR 162/99). Vorliegend habe die Beklagte ausdrücklich neben der außerordentlichen Kündigung auch die ordentliche, fristgemäße Kündigung erklärt und deutlich gemacht, dass sie auf keinen Fall bereit gewesen sei, weiter mit dem Kläger zusammen zu arbeiten.

Haben die Parteien über die Rechtsfolgen der Aufhebung keine Regelung getroffen, komme es darauf an, welchen Hintergrund die Vertragsaufhebung gehabt habe, also darauf, welche Rechte die Parteien hätten geltend machen können. Das hänge davon ab, welche Umstände zur Vertragsaufhebung geführt hätten, insbesondere davon, ob der Besteller oder der Unternehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt gewesen sei. Beenden die Parteien den Vertrag einvernehmlich, so würden sich ihre Ansprüche danach richten, was sie im Rahmen der Vertragsaufhebung vereinbart haben.

Die Parteien hätten den Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB a.F. nicht im Rahmen des vorgenannten Vergleichs abgegolten bzw. ausgeschlossen. Der Aufhebungsvertrag sei insoweit auslegungsbedürftig, als der Kläger in Nr. 4 die "fristlose Kündigung akzeptiert", sich zugleich jedoch mehrfach gegen die Annahme einer persönlichen Verfehlung wie auch gegen das Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsgrundes gewendet habe. Aufgrund dieses Wortlauts, den die Beklagte durch die Unterschrift auf dem Vergleichstext ausdrücklich formuliert habe, könnte - ohne dass dies wegen der vorgenannten Umstände erforderlich wäre - allenfalls ein Verzicht der Beklagten anzunehmen sein, auf die Einstufung als außerordentliche Kündigung zu verzichten.

Die gemäß §§ 133,157 BGB erforderliche Auslegung dieser Erklärung ergebe nach Auffassung des Gerichts aus der insoweit maßgeblichen Sicht eines sog. objektivierten Erklärungsempfängers, dass die Parteien (allein) Einigkeit über den Umstand einer sofortigen Vertragsbeendigung und den zeitlichen Ablauf der Vertragsabwicklung erzielen wollten. In diesem Sinne sei die kumulierte Wendung "die fristlose Kündigung zu akzeptieren und das Vertragsverhältnis als beendet anzusehen" widerspruchsfrei mit dem übrigen Vergleichswortlaut in Einklang zu bringen, in welchem sich der Kläger gegen die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zur Wehr setze. Dieses Verständnis werde durch den unstreitig gewordenen Umstand gestützt, dass die Parteien über Folgefragen für die Vergütung ausdrücklich nicht gesprochen hätten. Auf ausdrücklichen Hinweis und Nachfrage des Gerichts habe die Beklagte bestätigt, dass in den Telefonaten mit Frau G..., die auf der dortigen Seite die Vergleichsgespräche geführt habe, über etwaige Vergütungsansprüche nicht gesprochen worden sei.

3. Der Anspruch des Klägers gem. §§ 649 Satz 2 BGB a.F. erstrecke sich auf den Ersatz der entgangenen Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen. Insoweit sei

der Streit der Höhe nach noch nicht zur Entscheidung reif, sondern lasse vielmehr eine zeit- und kostenaufwendige Beweisaufnahme zur Höhe des durchschnittlichen Verdienstes des Klägers aufgrund der ihm exklusiv übertragenen Friedhofsgärtner- und Totengräberarbeiten sowie auch zur Höhe der ersparten Aufwendungen im Rahmen der teilweise variabel, teilweise festpreismäßig gestalteten Vergütung zu erwarten.

Mit der Berufung wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung dem Grunde nach.

Die Beklagte rügt die Verletzung materiellen Rechts. Ob das Grundurteil als solches zum Verkündungszeitpunkt zulässig gewesen sei, möge das Berufungsgericht beurteilen. Materiell sei die Verurteilung in keinem Falle berechtigt.

Die Beklagte behauptet, es sei unstreitig, dass der Kläger bei den Aushubarbeiten seines Sohnes dabei gewesen sei. Ferner behauptet sie, dass der Kläger sich im Rahmen des Strafprozesses zu einer Vielzahl von Lügen habe hinreißen lassen, weil er ausgesagt habe, dass man den Friedhofsverwalter H... während der Aushubarbeiten zum Grab geholt und ihm die aufgefundenen Sargteile gezeigt habe, was der Zeuge H... wiederum verneint habe.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass sie angesichts des ungeheuren Vorgangs, in den der Kläger aufgrund seiner eigenen Aussagen jedenfalls im Rahmen der Entschuldigung und Vertuschung verwickelt gewesen sei, zur sofortigen Beendigung der Zusammenarbeit mit dem Kläger berechtigt gewesen sei, ohne dass es einer Abmahnung bedürft habe. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht diese nicht für entbehrlich gehalten. Die Entbehrlichkeit ergebe sich bereits aus der Natur des Fehlverhaltens der Firma des Klägers. Es handele sich um ein Fehlverhalten, das völlig außerhalb jeglicher vereinbarter oder denkbarer Pflichten der Firma des Klägers liege. Fehlerhaft habe das Landgericht bewertet, dass die Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB nicht zugleich die Zurechnung eines persönlichen Schuldvorwurfs sei.

Die Beklagte ist weiterhin der Ansicht, das Landgericht gehe fehlerhaft davon aus, dass nicht nachgewiesen sei, dass der Kläger bei der Tat seines Sohnes versucht habe, "die Tat zu vertuschen". Aus der Strafakte ergebe sich, dass der Kläger vor Gericht gelogen habe, indem er behauptet habe, dass der Friedhofsverwalter herbeigerufen worden sei und gesagt habe, man solle weiter baggern. Da sich beide Parteien auf die Strafakte berufen hätten, habe es keines weiteren Beweisantrittes bedürft.

Ferner habe das Landgericht fehlerhaft die zitierte Entscheidung des OLG Saarbrücken bewertet, indem es ausführe, dass sich aus dieser ergebe, dass eine einvernehmliche Vertragsaufhebung einem Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen grundsätzlich nicht entgegenstehe. Zum einen gehe aus dem Leitsatz hervor, dass der Vergütungsanspruch "nicht ohne Weiteres" verloren gehe, woraus deutlich werde, dass es einer Einzelfallbetrachtung bedürfe. Zum anderen gehe aus der Entscheidung auch hervor, dass etwas anderes gelte, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliege. Daher habe die Entscheidung mit dem vorliegenden Fall "definitiv" nichts zu tun, weil hier ein wichtiger Kündigungsgrund vorgelegen habe, nämlich sowohl aufgrund einer schwerwiegenden schuldhaften Verletzung der Vertragspflichten, als auch einer sonstigen völligen Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses, so dass ihr eine Fortsetzung des Vertrages unmöglich gemacht worden sei.

Das Landgericht habe sich auch mit der von ihr vorgebrachten Entscheidung des BGH vom 26.07.2001 (Az.: X ZR 162/99) rechtsfehlerhaft auseinandergesetzt. Die von ihr ausgesprochene ordentliche Kündigung, habe anders als dies das

Landgericht bewertet habe, mit dem streitgegenständlichen Vorfall nichts zu tun gehabt. Vielmehr sei sie, wie erstinstanzlich vorgetragen, schon seit längerem mit den Leistungen des Klägers nicht mehr einverstanden gewesen und daher sei schon Wochen vor dem Zugang der Kündigung der Beschluss gefasst worden, dass man das Vertragsverhältnis mit dem Kläger zum ursprünglichen Vertragsende beenden werde. Dass die Kündigung, die ja das richtige Datum vom 14.04.2016 trage, erst am 29.09.2016 dem Kläger zugegangen sei, habe daran gelegen, dass man erst im Zuge des streitgegenständlichen Vorfalls gemerkt habe, dass diese nicht übermittelt worden sei. Insoweit sei die Formulierung in Ziffer 2 der Vergleichsvereinbarung missverständlich, als dort von einer "nachgeschobenen" ordentlichen Kündigung die Rede sei. Weil hier aber die Beendigung durch eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund und nicht durch eine ordentliche Kündigung erfolgt sei, scheide ein Anspruch aus § 649 BGB aus. Eine ordentliche Kündigung i.S.d. § 649 BGB sei ja gerade keine fristgemäße Kündigung.

Die Beklagte ist schließlich der Ansicht, dass die Argumentation des Landgerichts, dass die Vereinbarung anders ausgelegt werden müsse, als dass eine außerordentliche Kündigung vorgelegen habe, "völlig an der Sache vorbei" gehe. Aus der Vereinbarung gehe hervor, dass sie, die Beklagte, an der außerordentlichen Kündigung festhalte und der Kläger die fristlose Kündigung akzeptiere und das Vertragsverhältnis ende. In einem solchen Falle gelte § 649 Satz 2 BGB von Rechtswegen nicht. Aus diesem Grunde habe man über etwaige Vergütungsansprüche nicht sprechen zu brauchen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 11.04.2019, zugestellt am 15.04.2019, Az. 7 O 59/17, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Entscheidung des Landgerichts Wuppertal vom 11.04.2019, 7 O 59/17 aufrechtzuerhalten und die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Soweit die Beklagte behaupte, er, der Kläger, habe im Strafverfahren gelogen, sei der Vortrag zum einen unzutreffend und zum anderen erstmals im Berufungsverfahren eingeführt und damit verspätet. Darüber hinaus wäre die behauptete Lüge im Strafverfahren aber auch deshalb in Bezug auf die streitgegenständliche Kündigung unbeachtlich, weil diese zeitlich erst nach der Kündigung liegen würde. Dass er in Bezug auf die Rückfrage beim Friedhofsverwalter nicht gelogen habe, belege auch die eidesstattliche Versicherung des Zeugen P... H... (Anlage K2, Bl. 318 der Akte).

Im Übrigen sei auch Anlass der Kündigung nie der Falschaushub gewesen, sondern das nach Aushub erfolgte Entdecken des Irrtums durch den Sohn des Klägers und das sich daran anschließende Beseitigen des Leichnams. Erstinstanzlich habe Einigkeit bestanden, dass dem Aushub des streitgegenständlichen Grabes ein Irrtum zugrunde gelegen habe, der jedenfalls nicht nur in seiner, des Klägers, Sphäre gelegen habe, weil das Grab auf dem vom Friedhofsverwalter H... erteilten Arbeitsschein falsch bezeichnet worden sei, so dass dieser an dem fehlerhaften Aushub "nicht ganz unschuldig" gewesen sei. Daher seien bereits an dieser Stelle Zweifel an der Glaubhaftigkeit der eidesstattlichen Versicherung des Zeugen H... angebracht (Bl. 308 der Akte).

Entgegen der Behauptung der Beklagten, sei er, der Kläger, weder an dem eigentlichen Vorfall selbst, noch an einem Vertuschen beteiligt gewesen. Hierzu habe

die Beklagte auch keinen Beweis angetreten. Er habe sich - anders als die Beklagte behauptet - auch mehrfach bei den Angehörigen entschuldigt.

Zutreffend sei das Landgericht dann auch zu dem Schluss gekommen, dass einer außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB andere Maßnahmen hätte voraus gehen müssen, wozu der Kläger unter Wiederholung seiner erstinstanzlich vorgetragenen Argumente weiter vorträgt. Gleichfalls zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Vereinbarung der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 649 Satz 2 BGB nicht entgegenstehe.

Der Senat hat die Akte des Amtsgerichts Solingen, Az.: 21 Ds 721 Js 1259/16 - 13/17 beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

## II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Vergütungsanspruch dem Grunde nach zu.

Mit bereits am 04.11.2019 übermittelten Beschluss hat der Senat darauf hingewiesen, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat und dies detailliert begründet. Für die Einzelheiten wird zur Vermeidung bloßer Wiederholungen auf den Beschluss Bezug genommen, Bl. 319 ff. der Akte. Hiergegen hat die Beklagte nicht nochmals Einwände erhoben und auch nicht weiter in der Sache vorgetragen. Der Senat hält an seiner im vorgenannten Beschluss mitgeteilten Rechtsauffassung fest und nimmt hierauf vollumfänglich Bezug.

## III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.791,52 Euro festgesetzt.