

---

**Datum:** 15.04.2008  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 5/08  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2008:0415.21U5.08.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 2 O 385/06

---

**Tenor:**

Die Berufung gegen das am 17.09.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beklagte außergerichtliche Kosten nur in Höhe von 239,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.11.2006 zu zahlen hat.

Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

Gründe

I.

Der seinerzeit bereits über 80jährige und schwer behinderte Kläger schloss mit dem Beklagten im Zuge der Umbettung seiner vorverstorbenen Ehefrau am 16.02.2005 einen "Treuhandvertrag über die Errichtung eines sonstigen Zweckvermögens gemäß § 1 Abs.1 Nr.5 KStG und § 14 Verwaltungsordnung" ab. In dem Vertrag verpflichtete er sich, 5.250 € an den Beklagten zu zahlen. Der Beklagte sollte zum Zeitpunkt des Ablebens des Klägers einen

1

2

3

Dauergrabpflegevertrag mit einer Laufzeit von 30 Jahren mit der Evangelischen Kirchengemeinde N abschließen. In § 3 des Treuhandvertrages heißt es:

"(1) .. Der Nutzungsberechtigte bzw. die Erben des ... Nutzungsberechtigten sind zu einer Kündigung nicht berechtigt. 4

(2) Der Treuhandvertrag endet mit Ende der Laufzeit .. oder nach dem Verbrauch des Kapitals aus dem Treuhandvermögen. 5

(3) ..Der Nutzungsberechtigte kann von dem Treuhandvertrag zurücktreten, wenn eine Bestattung im Gebiet des Kirchkreises nicht mehr möglich oder nicht mehr zumutbar ist." 6

Der Kläger zahlte den Betrag und der Beklagte schloss einen Grabpflegevertrag mit der Kirchengemeinde über 30 Jahre ab dem Tod des nutzungsberechtigten Klägers ab, der nach § 5 dieses Vertrages jeweils zum Jahresende kündbar war. 7

Am 18.04.06 teilte der Kläger dem Beklagten mit, dass er beabsichtige zu kündigen, weil die auf den Friedhof vorhandene Bepflanzung nunmehr von seiner Tochter gepflegt werde. Die Tochter des Klägers erklärte dem Beklagten, sie könne die Grabpflege für 5.000 € auch erledigen. 8

Am 24.06.2006 kündigte der Kläger gegenüber dem Beklagten den "Grabpflegevertrag" mit sofortiger Wirkung und begründete dies mit einer völlig unzureichend durchgeführten Grabpflege und –bepflanzung auf den anderen Gräbern des Friedhofs. 9

Der Kläger macht Rückzahlung des eingezahlten Betrages sowie vorgerichtliche Anwaltskosten geltend. Er hat behauptet, die auf dem Friedhof (auf anderen Gräbern) durchgeführte Grabpflege der Fa. T sei unzureichend. Im Übrigen sei er auf das Geld dringend angewiesen, da er einen Treppenlift zum Preis von 11.658 € in sein Reihenhaus einbauen müsse. 10

Er ist der Auffassung, er könne das Geld aufgrund seiner Verarmung zurückverlangen. Jedenfalls sei der Ausschluss des Kündigungsrechtes sittenwidrig und verstoße gegen § 309 Nr. 9 BGB. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 5.250 € nebst 3 % Zinsen seit dem 16.02.2005 und außergerichtliche Kosten in Höhe von 239,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 23.11.2006 zu zahlen. 13

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er ist der Ansicht, Schenkungsrecht und auch die Vorschrift des § 309 Nr.9 BGB seien auf die Vereinbarung einer treuhänderischen Stiftung nicht anzuwenden. 16

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, auf den Vertrag sei das Schuldrecht anwendbar. Da wesentlicher Inhalt des Vertrages die Grabpflege für die Dauer von 30 Jahren sei, handle es sich um ein Dauerschuldverhältnis, so dass die Kündigung gemäß § 309 Nr.9 BGB nicht durch die hier verwendeten vorformulierten Vertragsbedingungen ausgeschlossen werden könne. 17

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung. Er meint, das Landgericht habe die Vertragsverhältnisse verkannt. Gegenstand des Treuhandvertrages sei die Begründung einer selbständigen Verbrauchsstiftung gewesen, wobei der Treuhänder Eigentümer des Stiftungsvermögens werde. Ein Dauerschuldverhältnis liege nicht vor. §§ 80 –88 BGB seien auf die Einrichtung der Treuhandstiftung nicht anwendbar. Eine Rückübertragung auf den Stifter komme nicht in Betracht. Das ergebe sich aus § 55 AO, wonach das Vermögen nur für steuerbegünstigte Zwecke verwandt werden dürfe. Das von den Parteien gewählte Konstrukt könne nur funktionieren, wenn Vorgaben eingehalten würden. Andernfalls entstünden beispielsweise Steuerpflichten auch zu Lasten der Nutzungsberechtigten Person. Zudem könne den Interessen vieler Menschen an einer verlässlichen und würdevollen Bestattung nur über eine Treuhandstiftung, die die für Bestattung und Grabpflege aufgewendeten Beträge vor dem Zugriff von Gläubigern und Angehörigen schütze, Rechnung getragen werden.	18
Der Kläger verteidigt das Urteil. Er meint, die Einordnung des Vertrages als Dauerschuldverhältnis sei angesichts der Regelungen in §§ 2 und 3 des Vertrages nicht zu beanstanden.	19
II.	20
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	21
A	22
Der Kläger hat gegen den Beklagten Anspruch auf Rückzahlung des Betrages in Höhe von 5.250 € aus § 667 BGB, weil auf das Vertragsverhältnis der Parteien die Vorschriften des Schuldrechts anwendbar sind (1.) und die Parteien einen Treuhandauftrag vereinbart haben (2.), den der Kläger wirksam widerrufen hat (3.).	23
1.)	24
Die Vorschriften des Schuldrechts sind entgegen der Ansicht des Beklagten auch auf die hier vorliegende Vertragskonstruktion einer unselbstständigen (fiduziarischen) Stiftung anwendbar.	25
Unter einer unselbstständigen Stiftung versteht man eine Übertragung von Vermögenswerten mit der Maßgabe, diese Werte als ein von dem übrigen Vermögen des Empfängers wirtschaftliches Sondervermögen zu verwalten (BeckOK-Schwarz/Backert, Stand: 01.02.07, Rdnr.22; MünchKomm-Reuter, 5. Auflage, Vor § 80, Rdnr.87; OLG Hamburg in NJW-RR 1986, 1305, OLG Oldenburg, 12 U 60/03, zit. nach Juris, Rdnr.70). So sind die Regelungen in § 1 des abgeschlossenen Treuhandvertrages zu verstehen.	26
Auf die Beziehungen der Parteien ist mit der h.M. (Palandt - Heinrichs, Vor § 80, Rdnr.10; BeckOK, aaO; Seifart/v.Camphausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2.Auflage, § 37, Rdnr.28) das Schuldrecht anwendbar. Denn die unselbständige Stiftung unterscheidet sich von der selbständigen Stiftung u.a. dadurch, dass sie zu ihrer Entstehung keiner staatlichen Anerkennung bedarf, vgl. § 80 BGB. Wenn der Verwaltungsakt der staatlichen Anerkennung und die staatliche Aufsicht entfallen, kann sich die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien über die Errichtung der Stiftung nur nach dem BGB richten.	27
2.) Die Parteien haben einen (Treuhand-)Auftrag vereinbart.	28
Als Rechtsgeschäft für die Übertragung von Vermögenswerten im Rahmen einer unselbständigen Stiftung kommt eine Schenkung unter Auflage, ein Auftrag oder ein	29

entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag in Betracht (s. Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2007, Kapitel 1, Rdnr.41, OLG Oldenburg, aaO, Rdnr.73).

Der Kläger spricht zwar ebenfalls von einem Treuhandvertrag. geht aber offensichtlich von einer Schenkung an den Beklagten aus, da er Verarmung geltend macht. Eine Schenkung ist anzunehmen, wenn die Vermögensübertragung endgültig sein soll, d.h. selbst dann Bestand haben soll, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich wird. Ein Treuhandverhältnis ist in Betracht zu ziehen, wenn das Treugut am Ende des Auftrages nicht beim Beauftragten verbleibt, sondern an den Auftraggeber oder Dritte herauszugeben ist (BGH in ZEV 2004, 115, 116). 30

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend ein Treuhandverhältnis, dem ein Auftrag iS der §§ 662 ff. BGB zugrunde liegt, anzunehmen. Für die Vereinbarung einer Schenkung unter Auflage spricht zwar, dass die Parteien in der Anlage 2 vereinbart haben, dass der Restbetrag nach Erfüllung der Grabpflegeverpflichtung bei der Kirchengemeinde N verbleiben soll (Bl.61 d.A.). Ein Wille zum Abschluss eines Treuhandvertrages ergibt sich aber bereits aus der Vertragsbezeichnung und der ausdrücklichen Bezeichnung der Vertragsbeziehung als Treuhandverhältnis in § 1. Entsprechend ist in § 3 Abs.3 vereinbart, dass im Falle eines Rücktritts der Betrag dem Nutzungsberechtigten zu übereignen ist, während bei einer Schenkung unter Auflage der Beschenkte - bei der im Fall des § 3 Abs.3 vorliegenden unverschuldeten Unmöglichkeit - von der Auflage frei würde. Schließlich ist die Vereinbarung des Treuhandvertrages auf § 15 der Verordnung über das Friedhofswesen in der Evangelischen Kirche von Westfalen vom 18.12.2003 (Amtsbl. EKD, 2004, 219 ff.) zurückzuführen, in der der Abschluss eines solchen Vertrages und nicht etwa eines Schenkungsvertrages vorgesehen ist. 31

3.) 32

Diesen Auftrag hat der Kläger gegenüber dem Beklagten am 24.06.2006 wirksam widerrufen. 33

- a. Das Kündigungsschreiben kann nicht vorgelegt werden. Der Inhalt ist aber unstreitig. Die Bezeichnung des Widerrufs als Kündigung ist unschädlich. Unschädlich ist auch, wenn der Kläger lediglich den "Grabpflegevertrag" gekündigt haben sollte. Sein Schreiben wäre jedenfalls als Widerruf des Auftrages auszulegen. 34
- b. Das Widerrufsrecht ist nicht nach § 3 Abs.1 des Treuhandvertrages ausgeschlossen. denn § 3 Abs.1 des Vertrages ist unwirksam. Das Landgericht hat zutreffend einen Verstoß gegen § 309 Nr.9 a BGB angenommen und die Klausel für unwirksam gehalten.

aa.) Bei der Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne dieser Vorschrift. Dafür spricht bereits, dass der Vertrag aus der Feder des Beklagten stammt und dass dieser die Vertragsgestaltung für unbedingt erforderlich erachtet, um die Interessen der Beteiligten, insbesondere der Nutzungsberechtigten, zu wahren. Der Vertrag ist auch vielfach in dieser Form abgeschlossen worden, da es sich – wie der Vertreter des Beklagten im Senatstermin erläuterte - um einen Mustervertrag der Landeskirche handelte. Die Verwendung des Mustervertrages wird den Kirchenkreisen und Gemeinden in § 15 Abs.3 der Verordnung über das Friedhofswesen vorgeschrieben. Die Behauptung des Beklagten, die Klausel wäre wie alle anderen verhandelbar gewesen, genügt schon deshalb nicht, weil eine Individualvereinbarung voraussetzt, dass die Verhandlungsbereitschaft des Verwenders zum Ausdruck kommt und auch tatsächlich verhandelt worden ist (Palandt-Heinrichs, § 305, Rdnr.20 f.). Das hat der Beklagte nicht vorgetragen. 35

bb.) Nach § 309 Nr.9 a BGB ist bei Verträgen, die die regelmäßige Erbringung von Warenlieferungs-, Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand haben, eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit unwirksam. Eine solche langjährige Bindung ergibt sich hier aus dem Zusammenspiel von § 2 Abs.1 und § 3 Abs.1 des Vertrages. Da die Vorschrift, wie gesagt, nur Kauf-, Werk- sowie Dienstverträge erfasst, gilt sie grundsätzlich nicht für den hier vorliegenden Auftrag. Der Vertrag zwischen dem Beklagten und der Kirchengemeinde ist nach § 5 zum Jahresende kündbar (Bl. 47 f. d. A.) und verstößt somit für sich allein ebenfalls nicht gegen § 309 Nr. 9 a BGB. Nach zutreffender Auffassung des Senates unterfällt der Treuhandvertrag der Parteien dennoch dem Verbot nach § 309 Nr.9 a BGB, weil die gewählte Vertragskonstruktion dazu führt, dass der Kläger im Ergebnis an einen 30jährigen Grabpflegevertrag gebunden wird.

Hätte der Kläger unmittelbar einen entsprechenden Grabpflegevertrag mit der Kirchengemeinde N abgeschlossen, wäre dieser Vertrag zweifelsfrei der Vorschrift des § 309 Nr. 9 a BGB unterfallen. Der Grabpflegevertrag mit der Kirchengemeinde ist nämlich als Dienstvertrag bzw. gemischter Warenlieferungs- und Dienstvertrag anzusehen. Die Leistungen erfolgen - wie es § 309 Nr.9 a BGB voraussetzt - in regelmäßiger Form (Frühjahrs-, Herbstbepflanzung usw.). Die Zwischenschaltung eines Auftrages mit dem Inhalt, langjährige Grabpflege zu organisieren, kann nicht bewirken, dass die eine allgemeine Geschäftsbedingung mit dem Ziel einer langjährigen Bindung an diese Dienstleistung wirksam ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Grabpflegevertrag regelmäßig kündbar ist. Denn diese Kündigungsmöglichkeit steht nicht dem Kläger offen. 37

Freilich besteht, wie der Beklagte argumentiert, ein berechtigtes Interesse, die für Bestattung und Grabpflege aufgewendeten Beträge vor dem Zugriff von Gläubigern und Angehörigen zu schützen. Dieses schutzwürdige Interesse besteht aber nicht gegenüber dem Aufwendenden selbst, sondern erst nach dessen Tod. Vorher muss es dem Aufwendenden unbenommen bleiben, über die aufgewendeten Beträge anderweitig zu verfügen. Ebenso muss es in seinem Belieben bleiben, eventuelle steuerliche Nachteile in Kauf zu nehmen. 38

Der Anwendung des § 309 Nr.9 a BGB steht auch nicht entgegen, dass es ein anerkanntes Interesse des Beklagten gibt, mit Nutzungsberechtigten einen über die gesamte Ruhezeit laufenden Grabpflegevertrag zu vereinbaren. Der Kirchenkreis hat Interesse an einer gepflegten Gestaltung der kircheneigenen Friedhöfe, an einem würdigen Gesamteindruck des Friedhofs als einer Gedächtnisstätte der Toten über die volle Ruhezeit. Unterhaltung und Verwaltung kirchlicher Friedhöfe sind ein bedeutender Teil der Gemeindearbeit. Für Kirchengemeinden (und damit für den Beklagten) sind Friedhöfe eine Stätte der Verkündigung, an denen der Glaube an die Auferstehung und das ewige Leben auch gestalterisch Ausdruck findet. Dies ergibt sich auch aus § 11 Abs.1 der erwähnten Verordnung über das Friedhofswesen in der Evangelischen Kirche von Westfalen, wonach Gestaltung und Unterhaltung des kirchlichen Friedhofs seiner Bestimmung als Ruhestätte der Toten und als Ort christlicher Verkündigung entsprechen sollen. Denn die Vereinbarung einer langen Nutzungszeit ist nicht die einzige Möglichkeit der Gestaltung im Sinne des Beklagten. Nach § 11 Abs.2 der Verordnung können besondere Vorschriften für die Gestaltung des Friedhofes erlassen werden. Wird die Grabstätte nicht ordnungsgemäß gepflegt, droht den Nutzungsberechtigten eine kostenpflichtige Ersatzvornahme oder der Entzug der Nutzungsberechtigung. Schließlich kann der Beklagte mit den an einer Grabpflege interessierten Inhabern einer Grabstätte in den Grenzen des § 138 BGB jedwede Abrede über die Dauer und inhaltliche Ausgestaltung der Pflegemaßnahmen treffen, wenn er dies mit den Interessenten im Einzelnen aushandelt. Soweit Individualvereinbarungen mit den Interessenten abgeschlossen werden, wäre es auch zulässig, die Kündigungsmöglichkeit des 39

Vertrages durch die Erben zu beschränken oder vollständig auszuschließen.

B 40

Das Urteil des Landgericht ist hinsichtlich vorgerichtlichen Kosten des Klägers nach abzuändern, da der Ausspruch zu diesen Kosten offenbar unrichtig im Sinne von § 319 ZPO war. Das Landgericht hat durch einen Zahlendreher versehentlich mehr zugesprochen, als der Kläger beantragt hatte. 41

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 667 2.Alt. BGB. Es ist nämlich davon auszugehen, dass der Beklagte die verlangten Zinsen "aus der Geschäftsbesorgung erlangt" hat. Da der Kläger den Betrag auf ein Bankkonto eingezahlt hat, ist von einem entsprechenden Zinsertrag des Beklagten auszugehen, zumal der Beklagte den Zinsanspruch nicht bestritten hat. 42

Die Revision hat der Senat nach § 543 Abs. 2 ZPO angesichts der Problematik der Anwendung des § 309 Nr.9 ZPO auf die vielfach abgeschlossenen Verträge nach § 15 der Verordnung über das Friedhofswesen zugelassen. 43

C 44

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr.10, 711, 543 Abs.1 Nr.1, Abs.2 45 ZPO.