

Der Dauergrabpflegevertrag

von Oberkonsistorialrat a. D. H.-Rainer Müller-Hannemann (Berlin)

Viele Menschen haben den Wunsch, die **Pflege des Grabes eines nahen Angehörigen** oder des **späteren eigenen Grabes** langfristig sicherzustellen. Deshalb bieten viele, meist kirchliche Friedhofsträger, aber auch Friedhofsgärtner, Genossenschaften und Treuhandgesellschaften den Abschluss eines Dauergrabpflegevertrags an. Wenn der Verstorbene nicht schon zu Lebzeiten einen Dauergrabpflegevertrag abgeschlossen hat, wollen häufig auch **Erbengemeinschaften** die Grabpflege vor der Erbauseinandersetzung regeln. Zwar zählen die Kosten der Grabpflege nicht zu den Beerdigungskosten i. S. von § 1968 BGB (BGHZ 61 S. 238 = NJW 1973 S. 2103; MünchKomm/Siegmann, 3. Aufl. 1997, § 1968 Rn. 4; Palandt/Edenhofer, BGB, 61. Aufl. 2002, § 1968 Rn. 5); denn die Grabpflege überschreitet den zeitlichen Horizont der Beerdigung erheblich. Die h. L. und Rechtsprechung folgert aus § 1968 BGB, dass die Grabpflege nur eine **Anstandspflicht** und **keine Rechtspflicht der Erben** sei. Dieser Schluss ist nicht zwingend, denn § 1968 BGB besagt nur, dass die Kosten der Grabpflege nicht auf dem durch § 1968 BGB eröffneten vereinfachten Wege eingeklagt werden können. Es erscheint unbillig, wenn Erben, die nicht zugleich Nutzungsberechtigte der Grabstätte sind, den nach öffentlichem Recht zur Grabpflege verpflichteten Nutzungsberechtigten auf den mit dieser Last verbundenen Kosten allein „sitzen lassen“. Immerhin erkennt § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG die Kosten für die übliche Grabpflege mit ihrem Kapitalwert für eine unbestimmte Dauer als **Nachlassverbindlichkeit der ganzen Erbengemeinschaft** an. Nicht nur der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung (dazu Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 28 Rn. 63) spricht dafür, die öffentlich-rechtliche Grabpflegeverpflichtung als Erbfallschuld anzusehen, weil der Nutzungsberechtigte eine Art Stellvertreterfunktion für die Angehörigen wahrnimmt (die Friedhofssatzungen sehen i. d. R. vor, dass auch bei gleichrangigen Angehörigen nur der Älteste Nutzungsberechtigter wird oder sie gemeinsam einen Vertreter bestellen sollen). Allerdings ist dringend zu empfehlen, dass sich die Erben vorher über den Abschluss eines Dauergrabpflegevertrags verständigen, weil die Verpflichtung zur Grabpflege auch durch Eigenleistungen, möglicherweise im Turnus unter den Angehörigen, oder durch jährlich zu erneuernde Grabpflegeaufträge erfüllt werden kann. Jedenfalls kann nicht unterstellt werden, dass der Abschluss eines Dauergrabpflegevertrags dem mutmaßlichen Willen aller Erben entspricht, wie es für einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) erforderlich ist.

I. Rechtsnatur

Seiner Rechtsnatur nach ist der direkt zwischen dem Nutzungsberechtigten und dem zur Leistung Verpflichteten abgeschlossene Dauergrabpflegevertrag ein Vertrag eigener Art mit überwiegendem **Werkvertragscharakter**.

1. Keine Schenkung unter einer Auflage

Ob die Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 112 S. 211; 120 S. 240), die Zuwendung eines größeren Geldbetrags an eine Kirchengemeinde zum Zwecke der Grabpflege als Schenkung unter einer Auflage gem. § 525 BGB zu qualifizieren, in der damaligen Fallgestaltung eine hinreichende Grundlage hatte, sei dahingestellt. Jedenfalls bemessen die Vertragsparteien heutzutage im Regelfall die **Höhe der Zuwendung** allein nach dem **Umfang der erwarteten Gegenleistungen**. Das steht einer Qualifizierung als Schenkung entgegen; denn sie setzt nach § 516 BGB voraus, dass die Zuwendung unentgeltlich

erfolgt. Dies bedeutet, dass die Zuwendung nicht von einer Gegenleistung abhängen darf (Jauernig/Vollkommer, BGB, 9. Aufl. 1999, § 516 Rn. 8). Eine Schenkung unter einer Auflage kommt somit nur in Frage, wenn die Zuwendung bei normalem Ablauf über den zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Aufwand deutlich hinausgeht und dem Beschenkten noch eine materielle Bereicherung verbleibt (Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearbeitung 1958, § 125 II). Außerdem entspricht die Schenkung unter einer Auflage nur sehr unvollkommen den Interessen des Geldgebers, weil die Erfüllung der Auflage nach dem Tode nur behördlich und nur bei öffentlichem Interesse durchgesetzt werden kann (§ 525 Abs. 2 BGB).

2. Kein Auftrag, keine Geschäftsbesorgung

Der Dauergrabpflegevertrag ist auch kein Auftrag i. S. von § 662 BGB, weil die Grabpflege **nicht unentgeltlich** übernommen wird. Schließlich liegt auch kein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. von § 675 BGB vor, denn dieser darf sich nicht auf eine bloße Leistung für einen anderen beschränken, sondern es müssen zusätzlich **fremde Vermögensinteressen** wahrgenommen werden, was entsprechende Vollmachten zum Tätigwerden im Rechts- und Prozessverkehr voraussetzt (Jauernig/Vollkommer, a. a. O. § 675 Rn. 4 und 7). Die Verwaltung des voraus gezahlten Entgelts betrifft allenfalls nachrangig fremde Vermögensinteressen; in erster Linie geht es dem Auftragnehmer darum, das empfangene Entgelt im eigenen Interesse so anzulegen, dass daraus während der ganzen Vertragsdauer die versprochenen Leistungen finanziell abgedeckt werden können.

3. Dienst- oder Werkvertrag?

Somit kann nur ernsthaft darüber gestritten werden, ob der Dauergrabpflegevertrag ein Dienst- oder Werkvertrag ist. Gegen eine Einstufung als Dienstvertrag spricht aber, dass der Auftragnehmer in **keinem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis** zum Auftraggeber steht, dass er bei der Durchführung der Grabpflege keinen über die Leistungsbeschreibung hinausgehenden Weisungen unterliegt und dass er einen **Erfolg**, nämlich einen angemessenen Pflegezustand des Grabes, **schuldet**. Er muss z. B. die Gießpflege nur durchführen, wenn das Erdreich trocken ist, so dass das Witterungsrisiko bei ihm liegt. Obwohl ein Dauergrabpflegevertrag durchaus auch dienstvertragliche Elemente aufweist, sprechen die stärkeren Argumente für eine Einstufung als Werkvertrag.

4. Treuhänder zwischengeschaltet

Wird hingegen der Dauergrabpflegevertrag nicht unmittelbar zwischen dem Nutzungsberechtigten und der Friedhofsgärtnerei abgeschlossen, sondern ein Treuhänder zwischengeschaltet, der seinerseits einmalig oder periodisch den Grabpflegeauftrag zu erteilen und die Ausführung zu überwachen hat, so handelt es sich um einen **Geschäftsbesorgungsvertrag**. Das überlassene Kapital dient dem Ersatz der dem Geschäftsbesorger entstehenden Aufwendungen und - sofern nicht eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung vereinbart ist - auch als Entgelt für die Übernahme der Geschäftsbesorgung.

II. **Umfang und Inhalt der Leistungen**

Umfang und Inhalt der vereinbarten Leistungen sowie die Laufzeit werden im Allgemeinen schriftlich in einem **Vertrag** oder in einer meist als **Leistungsverzeichnis** bezeichneten Anlage zum Vertrag individuell vereinbart, denn sie hängen sehr von den Wünschen des Auftraggebers und seinen finanziellen Möglichkeiten sowie davon ab, wie lange das Nutzungsrecht noch besteht. Bei **Ehepaaren** pflegt der überlebende Teil das Grab oft noch für eine Reihe von Jahren selbst und schließt erst später

einen Dauergrabpflegevertrag ab, wenn ihm die Arbeit zu schwer fällt oder er umzieht. Deshalb entzieht sich die **Festlegung der Laufzeit** einer Vorformulierung und ist immer als **individualvertraglich** vereinbart anzusehen. Somit fällt sie nicht unter das Klauselverbot nach § 309 Nr. 9 BGB (bisher § 11 Nr. 12 Buchst. a AGBG).

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die **Rahmenbedingungen** sind hingegen in aller Regel vom Auftragnehmer für alle Vertragsfälle vorformuliert, lassen keinen Spielraum für inhaltliche Veränderungen und unterliegen deshalb den Bestimmungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB, bisher AGBG). Dabei sind insbesondere folgende Fragen von Bedeutung:

1. Die Vorleistungspflicht

Die Geschäftsbedingungen verpflichten den Besteller i. d. R., die **Vergütung für die volle Vertragszeit im Voraus** zu entrichten. Dies ist eine Umkehrung der Leistungspflichten, denn nach § 641 BGB trifft den Unternehmer die Vorleistungspflicht. Da der Besteller durch seine zu Lebzeiten erfolgende Vorauszahlung die Grabpflege über den Tod hinaus sicherstellen und nicht der Beliebigkeit des Erben überlassen will, dient sie vornehmlich seinen Interessen. Für die Zeit nach dem Tode stellt nämlich das Erbrecht keine die Grabpflege ausreichend sichernde Testamentsgestaltung zur Verfügung; denn bei einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtnis unter der Auflage der Grabpflege ist häufig niemand berufen oder bereit, die Erfüllung der Auflage gem. § 2194 BGB durchzusetzen. Außerdem bleibt es dem Besteller zu Lebzeiten unbenommen, anstelle eines Dauergrabpflegevertrags **jährlich Verträge** für nur eine Pflegeperiode abzuschließen. Wenn zudem der Friedhofsgärtner oder die Friedhofsverwaltung die Wirksamkeit des Dauergrabpflegevertrags vom Eingang des Kapitals abhängig macht, geht es, da auch für sie Abschlussfreiheit besteht, um die Frage des Zustandekommens des Vertrags und nicht um seinen der Kontrolle nach AGB-Recht unterliegenden Inhalt.

2. Der Zinsvorteil

Allerdings erwächst dem Unternehmer durch die vorzeitige Zahlung des Bestellers ein Zinsvorteil, der eines angemessenen **Ausgleichs** bedarf. Dafür gibt es mehrere Möglichkeiten.

a) Die erste Möglichkeit besteht darin, dass die Vorauszahlung **abgezinst** wird. Hiervon wird aber in der Praxis kein Gebrauch gemacht, weil insbesondere das Preisrisiko (siehe unten Ziff. III, 2c) ungelöst bleibt.

b) Ein Ausgleich kann zweitens dadurch gewährt werden, dass das eingezahlte **Kapital verzinst** wird. Sieht ein Dauergrabpflegevertrag vor, dass das eingezahlte Kapital zu verzinsen ist und die Zinsen dem Kapital zuzuführen sind, um daraus **Preissteigerungen aufzufangen**, und enthält er zudem noch eine Bestimmung, was bei Vertragsende mit einem etwaigen überschüssigen Betrag zu geschehen hat (Auszahlung an den Besteller oder seine Erben oder Spende), so verändert sich sein Charakter. Die Einzahlung dient dann nicht mehr der endgültigen Abgeltung der Grabpflegeleistungen, sondern nimmt den Charakter einer **Kautions** an, aus der der Verpflichtete jährlich das Entgelt für seine Grabpflegeleistungen abrufen darf. Es liegt eine **privatrechtliche Hinterlegungsvereinbarung** vor (insoweit zutreffend VG Minden, NVwZ-RR 2000 S. 167). Dies gilt umso mehr, wenn der Vertrag eine mit dem AGB-Recht kaum in Einklang stehende Klausel enthält, dass der Unternehmer seine Leistungen einschränken oder gar ganz einstellen kann, wenn das Kapital samt Zinsen nicht ausreicht. Es verhält sich hier im Wesentlichen wie bei der Mietkaution. Damit bleibt der **Besteller** auch der **wirtschaftliche Eigentümer** des nur sicherungshalber eingezahlten Kapitals mit der Folge, dass er (und nicht der

Unternehmer) die **Zinsen zu versteuern** hat, da sie ihm gutgeschrieben werden. Allerdings kann er die Zinsen nicht abheben, sondern sie erhöhen lediglich die Kautions. Diese Vertragsgestaltung setzt voraus, dass die Vorauszahlung getrennt vom Vermögen des Unternehmers verwaltet wird, und zwar entweder einzeln oder bei Sammelverwahrung mit Hilfe eines internen Verrechnungskontos, auf dem die Zinsen gutgeschrieben und Entgelte für Leistungen abgebucht werden. Hierbei wurde häufig eine fiktive Verzinsung in **Höhe des Sparkassenzinses** vereinbart, aus der Preissteigerungen aufgefangen werden sollten. Die OFD Kiel hat hierzu die Auffassung vertreten, dass es sich bei den fiktiven Zinsen um **umsatzsteuerpflichtige Entgelte** handle. Dem ist zuzustimmen; denn Entgelt ist nach § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG alles abzüglich der Umsatzsteuer, was der Leistungsempfänger (Kunde) aufwendet, um die Leistung zu erhalten. Wenn dem Kunden die Zinsen zufließen und diese zum Ausgleich von Preiserhöhungen verwendet werden, sind sie Teil seiner Gegenleistung.

Aus dem Charakter einer Kautions folgt, dass bei Vertragsende etwa noch vorhandene, aus Zins-einnahmen gebildete **Restbestände den Erben zustehen**. Eine Regelung, dass der Restbestand dem Friedhofsträger als Spende zufallen soll, kann nicht in AGB erfolgen, sondern muss besonders vereinbart werden. Auch umsatzsteuerrechtlich ergeben sich keine Probleme, denn die Leistung einer Kautions ist kein Entgelt; somit entsteht für die Kautions keine Umsatzsteuer nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 UStG. Die Umsatzsteuer für das üblicherweise zu Beginn der Pflegeperiode jährlich zu leistende Entgelt entsteht erst mit dem Abruf des fälligen Betrags aus der Kautions.

c) Das eigentliche Problem bei dieser Vertragsgestaltung besteht aber darin, ob das **Preisrisiko** interessengerecht und rechtssicher geregelt werden kann. Kein Unternehmer kann sich festlegen, seine erst in vielen Jahren fälligen Leistungen zu dem bei Vertragsschluss geltenden Preis zu erbringen, wenn er dafür keinen Ausgleich erhält. Er ist darauf angewiesen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretenden Kostenerhöhungen weitergeben zu können. Außerdem hat er ein Interesse daran, seine Preise einheitlich gestalten zu können und nicht für die gleiche Leistung je nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterschiedliche Preise in Rechnung stellen zu müssen. Umgekehrt möchte der Besteller sichergehen, dass die in Auftrag gegebenen Leistungen auch erbracht und nicht eingeschränkt oder gar eingestellt werden, wenn das Kapital samt Zinsen nicht ausreicht. Für die Praxis ist somit die Frage von erheblicher Bedeutung, ob sich der Verwender der AGB eine **Änderung der Leistungsentgelte** vorbehalten kann. Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, steht § 309 Nr. 1 BGB (bisher § 11 Nr. 1 AGBG) einer Änderung nicht entgegen. Dies bedeutet aber nicht, dass sie ohne weiteres zulässig ist, sondern sie muss auch einer Prüfung nach § 307 BGB (bisher § 9 AGBG) in Bezug auf Klarheit, Durchschaubarkeit und Überprüfbarkeit standhalten. Es stößt auf durchschlagende rechtliche Bedenken, auf die im Zeitpunkt der Ausführung üblichen Preise zu verweisen, denn für die Vergütungsregel in § 632 Abs. 2 BGB ist der Vertragsschluss der maßgebende Zeitpunkt (Palandt/Thomas, a. a. O. § 632 Rn. 8). Daher läge in der **Verweisung auf den Ausführungszeitpunkt** eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild. Die st. Rspr. hält einen Preiserhöhungsvorbehalt nur unter engen Voraussetzungen für wirksam. Entweder müssen die Preiserhöhungsfaktoren so konkret angegeben werden, dass der Kunde die Berechtigung einer durchgeführten Preiserhöhung anhand der Klausel selbst beurteilen kann, oder dem Kunden wird nach einer Preiserhöhung die Möglichkeit eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen (BGH, NJW 1986 S. 3134, 3135). Ohne eine exakte Nennung der Faktoren, die zu einer Preiserhöhung führen dürfen, wäre nicht auszuschließen, dass eine Preiserhöhung auch zu einer Erhöhung des Gewinns und damit zu einer **Änderung** des dem Vertrag zugrunde liegenden **Äquivalenzverhältnisses** führt. Wenn eine Leistung auch Fremdleistungen, Abgaben oder Wechselkursrisiken enthält, werden diese Faktoren auch benannt werden können. Für die Eigenleistungen müsste der Unternehmer hingegen seine Preiskalkulation offen legen, wozu kaum jemand bereit sein wird. Zulässig wäre wohl eine **Preis Anpassung** entsprechend der **Entwicklung der Lebenshaltungskosten**. Diese würde aber den Interessen des Unternehmers nicht voll gerecht werden. Da die Grabpflegeleistungen sehr personalintensiv sind und die Löhne nicht nur an die Inflationsrate, sondern je nach Konjunkturlage auch an (in diesem Gewerbe kaum erzielbare) Produktivitätsfortschritte angepasst werden, beseitigt eine Orientierung an den Lebenshaltungskosten das Preisrisiko nur zum Teil. Nötig wäre eine Anpassung an die branchenübliche Entwicklung der Lohnkosten, für die aber keine Indizes erhoben und veröffentlicht werden. Außerdem wäre mit einer am Lebenshaltungskostenindex orientierten Preisklausel das Risiko einer **Erhöhung des Umsatzsteuersatzes** noch nicht abgedeckt. Somit bleibt nichts anderes übrig, als dem Kunden ein Rücktritts-

recht für den Fall einzuräumen, dass der Listenpreis stärker als die Lebenshaltungskosten angestiegen ist. Ein Rücktrittsrecht ist indes mit den Intentionen, die zum Abschluss eines Dauergrabpflegevertrags geführt haben, i. d. R. nicht vereinbar. Es würde dem Zweck eines Dauergrabpflegevertrags zuwider laufen; denn dieser besteht gerade darin, nicht nur den Unternehmer, sondern vor allem auch die Erben, Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger zu binden. Außerdem besteht die Gefahr, dass der Kunde durch unangemessene Preiserhöhungen zur Kündigung gedrängt wird.

Ein vergleichbarer Interessenkonflikt liegt vor, wenn nach dem Vertrag der Unternehmer eine **Vertragsanpassung** verlangen und im Falle ihrer Ablehnung **aus wichtigem Grund kündigen** kann, sofern der neue Preis gegenüber dem bei Vertragsschluss geltenden Preis deutlich stärker gestiegen ist als der Lebenshaltungskostenindex (BGH, NJW 1985 S. 621, 622). Ist eine solche Klausel in AGB enthalten, so steht sie in der Gefahr, das Interesse des Verwenders hinter das des Kunden am Bestehenbleiben des Vertrags zurückzustellen und daher der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB (bisher § 9 AGBG) nicht standzuhalten. Außerdem setzt die Kündigung durch den Unternehmer voraus, dass dem Kunden die neuen Preise wirksam mitgeteilt werden. Wie soll er sich verhalten, wenn der Besteller verstorben oder unbekannt verzoogen ist und Rechtsnachfolger nicht benannt sind oder sich erst nach mehreren Jahren melden? Eine Kündigung durch öffentliche Zustellung scheidet aus praktischen Gründen aus. Schließlich stört es die Parität der Vertragsparteien, wenn der Unternehmer von Erben unter Androhung der Kündigung eine Vertragsanpassung verlangen kann, wenn das Kündigungsrecht der Erben vertraglich ausgeschlossen worden ist. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es praktisch kaum möglich ist, für Dauergrabpflegeverträge eine wirksame Preiserhöhungs- oder Anpassungsklausel zu formulieren.

d) Ein Ausgleich für die Vorleistungspflicht kann drittens dadurch erzielt werden, dass der **Unternehmer das Preisrisiko übernimmt**. Das Grabpflegeentgelt wird für die ganze Laufzeit des Vertrags nach den bei Vertragsschluss geltenden Preisen festgesetzt. Der Unternehmer kann das Preisrisiko durch eine verzinsliche Anlage der Vorauszahlung ausgleichen, denn die Preissteigerungen gehen jedenfalls bei langfristiger Betrachtung nicht über den erzielbaren Marktzins hinaus. Bei dieser Vertragsgestaltung hat die **Vorauszahlung Abgeltungscharakter**. Dem Kunden gegenüber besteht keine Zinspflicht, denn die geschuldete Leistung ist keine Geldschuld (§ 246 BGB). Deshalb gibt es bei diesem Vertragsmodell auch keinen zwingenden Grund, die Verzinsung besonders zu regeln. Gleichwohl sollte man klarstellen, dass der aus der Summe der Einzelleistungen errechnete Betrag wegen der Übernahme des Preisrisikos und des Risikos von Umsatzsteuersatzerhöhungen weder verzinst noch abgezinst wird. Diese Vertragsgestaltung ist für beide Vertragsparteien von Vorteil. Der Kunde sichert auf Dauer die Grabpflege zum fest vereinbarten Preis. Der Unternehmer braucht weder Sonderkonten zu führen und über deren Bestände Auskunft zu erteilen noch im Falle einer vorfristigen Vertragsauflösung Zinsen auszukehren.

3. Kündbarkeit

Bei langfristigen Verträgen bedarf die Frage der **Kündbarkeit** aus nicht mit dem Preisrisiko zusammenhängenden Gründen einer besonderen Betrachtung. Die Bindung an den Vertrag für die darin vereinbarte Laufzeit bedeutet, dass keine Vertragspartei ihn einseitig aufheben kann, wenn nicht das Gesetz oder der Vertrag eine Kündigung zulässt. Dauergrabpflegeverträge wollen eine Grabpflege für viele Jahre, oft für die volle Dauer des Nutzungsrechts sichern. Selbst für individuell abgeschlossene Dauerschuldverhältnisse hat die Rechtsprechung den allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt, dass die Kündbarkeit nicht völlig ausgeschlossen werden kann (so zuletzt BGH, NJW 1999 S. 1177). Der Kunde kann daher, auch wenn der Vertrag dies nicht vorsieht, eine **außerordentliche Kündigung** aussprechen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (BGHZ 133 S. 316, 320 = NJW 1997 S. 1702). Ein wichtiger Kündigungsgrund kann sich sowohl aus einem **pflichtwidrigen Verhalten des Unternehmers**, bei dem jedoch zuvor eine erfolglose Abmahnung ausgesprochen werden muss, als auch aus einer **wesentlichen Änderung der Verhältnisse**, die jedoch nicht der eigenen Risikosphäre entstammen darf, ergeben (Palandt/Sprau, a. a. O. Einl. vor § 241 Rn. 18, 19 und § 11 AGBG Rn. 81; BGH, NJW 1986 S. 3134). Die Dauergrabpflegeverträge sehen demgemäß häufig vor, dass der Besteller

nur aus wichtigem Grunde kündigen darf, schließen also die ordentliche Kündigung aus. Vor allem wird ein Kündigungsrecht der Erben, Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger oft vollständig ausgeschlossen.

a) Zu prüfen ist, ob auch bei **individuell vereinbarter langer Laufzeit und Einmalzahlung** auf den Ausschluss der freien Kündigung § 309 Nr. 9 BGB (bisher § 11 Nr. 12a AGBG) anzuwenden ist (so wohl BGHZ 84 S. 109 = NJW 1982 S. 2309 bei nicht recht vergleichbarer Fallgestaltung). Bei Verträgen mit fester Laufzeit ist im Gegensatz zu Verträgen von unbestimmter Dauer eine ordentliche Kündigung grundsätzlich ein Widerspruch in sich. Wenn daher bei individuell vereinbarter Vertragsdauer die freie Kündigung in AGB ausgeschlossen wird, so ist dies die Folge der Vereinbarung einer festen Vertragsdauer und hat nur deklaratorische Bedeutung. Es fehlt an einer durch AGB festgelegten Bindung, wie sie § 309 Nr. 9 BGB voraussetzt, sondern diese beruht auf der individuell vereinbarten Vertragszeit. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB sind die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Bei Dauergrabpflegeverträgen liegt die Vertragsbindung mindestens gleichrangig im Interesse des Kunden. Außerdem besteht der Zweck dieser Vorschrift darin, den Kunden vor häufig nicht übersehbaren laufenden und künftigen Verpflichtungen zu schützen. Bei einem Dauergrabpflegevertrag erschöpft sich die übernommene Verpflichtung hingegen in einer einmaligen Kapitalzahlung, deren Umfang der Kunde ohne weiteres voll erkennen kann. Da auch der Umfang der Leistung des Gärtners oder der Friedhofsverwaltung im Voraus durch Individualvereinbarung festgelegt ist, findet § 309 Nr. 9 BGB auf den Dauergrabpflegevertrag keine Anwendung. Andernfalls könnten Dauergrabpflegeverträge überhaupt nicht abgeschlossen werden, da dieser Vertragstyp nur bei einer deutlich über zwei Jahre hinausgehenden festen Laufzeit Sinn macht. Ein Vertrag auf unbestimmte Zeit würde den Interessen des Bestellers nicht gerecht (im Ergebnis ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 3. 8. 1989 - 11 U 154/88).

b) Folgt man der Auffassung, dass der Ausschluss des freien Kündigungsrechts keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur eine notwendige Folge der individuell vereinbarten Vertragsdauer ist, scheidet auch eine Prüfung nach § 307 BGB (bisher § 9 AGBG) aus. Diese würde, wenn man den Dauergrabpflegevertrag gänzlich den Vorschriften des Werkvertrags unterwirft, zu dem Ergebnis führen, dass die Klausel unwirksam ist, da vom Leitbild des ein freies Kündigungsrecht gewährenden § 649 BGB abgewichen wird.

c) Anders wären jedoch auch unter § 307 BGB Klauseln zu beurteilen, die **dem Erben und Testamentsvollstrecker jegliches Kündigungsrecht versagen**. Im Allgemeinen mag davon auszugehen sein, dass das AGB-Recht auch dem Schutz des Rechtsnachfolgers dient (so BGHZ 111 S. 295 = NJW 1990 S. 2686 für Feuerversicherungsvertrag; kritisch dazu Dörner, NJW 1991 S. 409). Bei einem Dauergrabpflegevertrag fällt aber ins Gewicht, dass der Erbe selbst keine Zahlungen mehr leisten muss. Es bedarf also keiner Kündigung, um sich von einer Verpflichtung zu befreien. Nicht das vorausgezahlte Kapital, sondern nur der **Vertragserfüllungsanspruch** fällt in den Nachlass. Auf den Erben gehen nur die gesetzlichen Ansprüche wegen Nichterfüllung und Schlechterfüllung über. Schließlich werden viele Dauergrabpflegeverträge geschlossen, weil der Besteller (Erblasser) den Erben von der Grabpflege entlasten und sich auch nicht darauf verlassen will, dass der Erbe sie nach seinen Wünschen durchführt. Daher enthält der Ausschluss des Kündigungsrechts des Erben keine unangemessene Benachteiligung und ist wirksam (Palandt/Edenhofer, a. a. O. § 1968 Rn. 5 unter Berufung auf OLG Karlsruhe a. a. O.).

d) Eine andere Frage ist es, ob der Unternehmer sich klug verhält, wenn er dem Besteller kein Recht zur ordentlichen Kündigung einräumt. Für ein ordentliches Kündigungsrecht spricht bereits der Umstand, dass dadurch rechtliche Auseinandersetzungen mit ungewissem Ausgang vermieden werden. Anders als bei der außerordentlichen Kündigung behält der Unternehmer im Falle der ordentlichen Kündigung seinen Vergütungsanspruch und muss sich nur dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart (§ 649 Satz 2 BGB). Mit anderen Worten: Er kann den **entgangenen Gewinn** beanspruchen, verliert also durch die Kündigung kein Geld. Der Anspruch auf entgangenen Gewinn unterliegt auch **nicht der Umsatzsteuer** (BGHZ 101 S. 130). Im Vertrag sollte daher dem Besteller (nicht dessen Erben) ein Kündigungsrecht eingeräumt und zusätzlich geregelt werden, wie der entgangene Gewinn zu berechnen ist. Hier empfiehlt sich eine **Pauscha-**

lierung, die in AGB-Verträgen aber an § 308 Nr. 7 BGB (bisher § 10 Nr. 7 AGBG) zu messen ist, denn es handelt sich zwar um keine von Rechtsvorschriften abweichende, wohl aber um eine sie ergänzende Regelung (§ 307 Abs. 3 BGB, bisher § 8 AGBG). Eine Pauschale von **5 % des Rückzahlungsbetrags** dürfte in jedem Fall zulässig, aber auch eine von 10 % noch als angemessen zu bewerten sein (BGHZ 87 S. 120; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995 S. 1392; Palandt/Heinrichs, a. a. O. § 10 AGBG Rn. 36 für einen Bauvertrag). Der Kunde kann diesen finanziellen Verlust nur vermeiden, wenn er einen wichtigen Grund zur Kündigung hat. Dann entfällt der Anspruch auf entgangenen Gewinn, und beide Vertragspartner werden von ihrer Leistungspflicht für die noch nicht erbrachten Leistungen frei (Palandt/Sprau, a. a. O. § 649 Rn. 4 und 6; BGH, NJW 1993 S. 1972, 1973).

IV. Steuern, insbesondere Umsatzsteuer

Hat die Vorauszahlung lediglich den **Charakter einer Kaution** (oben Ziff. III, 2b), so ist darauf **keine Umsatzsteuer** zu entrichten, denn sie ist kein Entgelt. Die Umsatzsteuer entsteht erst mit der jährlichen Rechnungsstellung. Die Zinsen fließen dem Besteller zu und sind von ihm zu versteuern.

Dient die Vorauszahlung der **Abgeltung der Grabpflegeleistungen** (oben Ziff. III, 2d), so ist darauf nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a Satz 4 UStG **Umsatzsteuer zu entrichten**, und zwar mit Ablauf des Voranmeldezeitraums, in dem das Entgelt vereinnahmt worden ist (sog. Mindest-Ist-Besteuerung). Das Entgelt ist vereinnahmt, wenn es dem Unternehmer in der Weise zugeflossen ist, dass er wirtschaftlich darüber verfügen kann. Nicht nötig ist, dass er es behalten oder beliebig verwenden darf (Rollenberger in: Hartmann-Metzenmacher, UStG § 13 Rn. 49). Die **Mindest-Ist-Besteuerung** bedeutet, dass die Fälligkeit der Umsatzsteuer vorverlegt wird. Es gibt Versuche, die sofortige Abführung der Steuer dadurch zu vermeiden, dass die nach dem Dauergrabpflegevertrag zu erbringenden Leistungen in ein **Bündel von Teilleistungen** aufgeteilt werden. Dadurch will man verhindern, dass sich der Betrag der Vorauszahlung gleich bei der Einzahlung um die Umsatzsteuer vermindert, was zwangsläufig zu geringeren Zinseinnahmen führt. Die Tauglichkeit dieses Versuchs ist zu bezweifeln, weil § 13 Abs. 1 Buchst. a Satz 4 UStG ausdrücklich auch für Vorauszahlungen auf Teilleistungen und Teilentgelte gilt. Die **Aufteilung in Teilleistungen** setzt außerdem voraus, dass jede Pflegeleistung für jedes einzelne Jahr besonders benannt und mit Preisen in eine umfangreiche Tabelle eingetragen wird, wobei die mutmaßliche Preisentwicklung bei der Festlegung der Preise vorausschauend bestimmt werden muss. Nicht nur wegen der Unsicherheit der Preisprognose bestehen erhebliche Zweifel, ob ein solches Verfahren den Bedürfnissen der Praxis gerecht wird. Wenn sich das Preisrisiko bereits in den Einzelpreisen mit periodisch erhöhten Beträgen niederschlägt und dem Kunden keine Zinsen gutgeschrieben werden, gibt es auch keinen Grund mehr, die Abzinsung des vorauszahlenden Entgelts zu verweigern. Unterbleibt die Abzinsung, so ist ein Konflikt mit § 138 BGB (Sittenwidrigkeit oder Wucher) programmiert.

Änderungen des Umsatzsteuersatzes wirken sich auf Leistungen aus, die ab dem Inkrafttreten der Änderung ausgeführt werden, und zwar auch dann, wenn die Mindest-Ist-Besteuerung durchgeführt wurde. Die Berechnung der Steuer ist dann zu berichtigen (§ 27 Abs. 1 UStG).

Wird die Vorauszahlung direkt an den Verpflichteten ohne Zwischenschaltung eines Treuhänders zur Abgeltung des gesamten Vergütungsanspruchs gezahlt (s. o.Ziff. III, 2b), so handelt es sich bei den späteren **Zinseinnahmen** um unbeschränkt steuerpflichtige Einnahmen eines Betriebs gewerblicher Art auch dann, wenn der Verpflichtete eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist (§ 4 KStG).

V. „Stiftungsmodell“

1. Gestaltung

Als Ausweg aus den steuerlichen Problemen wird vom Nordelbischen Kirchenamt empfohlen (§ 13 Friedhofsrichtlinien, GVOBl 2000 S. 166, 169), dass der **Besteller eine nicht rechtsfähige Stiftung errichtet** und den **Kirchenkreis zum Stiftungsverwalter** bestimmt. Der Stiftungsverwalter verpflichtet sich, mit dem Friedhofsträger einen Dauergrabpflegevertrag über die gewünschten Grabpflegeleistungen zu schließen und erhält vom Friedhof jährlich eine Rechnung. Sofern der Friedhof umsatzsteuerpflichtig ist, muss die Rechnung die Umsatzsteuer ausweisen. Auf diesem Wege entsteht eine Vielzahl einzelner Stiftungen, deren grundsätzlich körperschaftsteuerpflichtige Zinserträge (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) im Regelfall den **jährlichen Freibetrag von 7 500 DM** (§ 24 KStG) nicht übersteigen und daher steuerfrei bleiben. Die Zuwendung an die Stiftung löst auch keine Umsatzsteuerpflicht aus, denn es handelt sich nicht um eine umsatzsteuerpflichtige Lieferung oder sonstige entgeltpflichtige Leistung. Umsatzsteuer fällt aber i. d. R. auf der zweiten Stufe für die vom Kirchenkreis an den Friedhof in Auftrag gegebene Grabpflege an. Insofern ändert sich gegenüber dem unmittelbar mit dem Gärtner-/Friedhof abgeschlossenen Dauergrabpflegevertrag nur die Fälligkeit. Ginge es allein um den Zinsvorteil, der durch Vermeidung der Mindest-Ist-Besteuerung infolge späterer Fälligkeit der Umsatzsteuer entsteht, so müssten sich die kirchlichen Gremien fragen, ob der Zinsvorteil den zusätzlichen Aufwand rechtfertigt, zumal er im Ergebnis dem Auftraggeber zugute kommt. Der eigentliche Reiz des Stiftungs- bzw. Treuhandmodells liegt darin, die Steuerfreiheit der Kapitalübertragung und der jährlichen Zinsen zu erreichen. Die beschriebene Gestaltung der Dauergrabpflegeverhältnisse hat in umsatz- und körperschaftsteuerrechtlicher Hinsicht die Zustimmung der Finanzbehörden in Hamburg und Schleswig-Holstein gefunden.

2. Rechtliche Bedenken

Gleichwohl bestehen gegen diese Konstruktion sowohl zivilrechtliche als auch steuerrechtliche **Einwände**. Die Errichtung einer unselbständigen Stiftung ist eine unentgeltliche Zuwendung, die mit der Verpflichtung verbunden ist, daraus bestimmte Zwecke zu fördern (Jauernig, a. a. O. Vor § 80 Rn. 3). Diese Zwecke müssen wie bei der selbständigen Stiftung fremdnützig (MünchKomm/Reuter, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 17) bzw. uneigennützig (Soergel/Neuhoff, 13. Aufl. 2000, Vor § 80 Rn. 8) sein. Reuter (MünchKomm/Reuter, 4. Aufl. 2001, Vor § 80 Rn. 43) sieht sie als Schenkung unter einer Auflage an. Das Stiftungsgesetz NW definiert in § 2 Abs. 2 die unselbständigen Stiftungen als Vermögenswerte, deren sich der Stifter zugunsten eines uneigennütigen, auf Dauer angelegten Zwecks äußert, der nach seinem Willen von einem anderen treuhänderisch zu erfüllen ist. Bei der Errichtung einer unselbständigen Stiftung zum Zwecke der Dauergrabpflege **fehlt** es sowohl an der **Unentgeltlichkeit** als auch an einem **uneigennütigen Zweck**, sondern es handelt es sich um ein mit Lasten verbundenes Rechtsgeschäft, bei dem die Leistung des „Stifters“ die Gegenleistung für die Grabpflege darstellt. Es ermangelt einer nachhaltigen Förderung des Gemeinwohls, die ein wesentliches Merkmal der Stiftung ist und andere Zwecke überwiegen muss (Soergel/Neuhoff, a. a. O. Vor § 80 Rn. 2 und 8). Außerdem ist die Stiftung beim Vermögensübergang nur **Durchlaufstation**, was eine steuerliche Vorzugsbehandlung nicht rechtfertigt.

Auch die steuerliche Beurteilung erweckt Bedenken. Die für die Nordelbische Kirche zuständigen Finanzbehörden gehen davon aus, dass es sich bei dem Stiftungsvermögen um **Zweckvermögen** handle. Darunter ist eine schuldrechtliche Treuhandabsprache zu verstehen (Schmidt, NJW 1970 S. 646, 647). Zweckvermögen wird durch Zweckzuwendungen gebildet. Nach einer ebenfalls einen Dauergrabpflegevertrag betreffenden Entscheidung des BFH (BFHE 151 S. 82 = BStBl 1987 II S. 861) liegt keine Zweckzuwendung vor, wenn das Erworbenene das Entgelt für eine Leistung darstellt, die der Empfänger aufgrund eines zwischen dem Geber und dem Empfänger geschlossenen gegenseitigen Vertrags erbringt. Nun ist zwar ein echtes Stiftungsgeschäft kein gegenseitiger Vertrag, sondern ein einseitiges, nicht einmal empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und anders als in dem vom BFH entschiedenen Fall erhält der Kirchenkreis kein Entgelt für seine Arbeit als Stiftungsträger. Da aber der Kirchenkreis nach dem amtlichen Muster die Errichtungsurkunde mitunterzeichnen soll, weil er die Verpflichtung zur Auftragserteilung an den Friedhof eingeht, bestehen keine entscheidungserheblichen Unterschiede zu dem vom BFH entschiedenen Fall. Eine interessengerechte Auslegung der Verein-

barungen nach §§ 133, 157 BGB spricht somit eher dafür, bei der Zwischenschaltung des Kirchenkreises von einer **uneigennützigen Verwaltungstreuhand** auszugehen.

Da der Kirchenkreis für seine Geschäftsbesorgung kein Entgelt erhält, liegt insoweit keine umsatzsteuerpflichtige Leistung vor. Das an den Kirchenkreis vorausgezahlte Kapital dient nur dem Ersatz von Aufwendungen. Im Ergebnis ist der Beurteilung der Finanzbehörden insoweit zuzustimmen, als die Mindest-Ist-Besteuerung nicht greift. Die von den Finanzbehörden praktisch anerkannte Steuerfreiheit der Zinsen des Stiftungskapitals beruht indes auf der nach der Rechtsprechung des BFH und dem Erlass des FinMin Saarland (DStR 1990 S. 250) unzutreffenden Annahme, dass jeweils eine Zweckzuwendung vorliege.

3. Schenkungssteuer

Hält man das Modell der unselbständigen Stiftung trotz der beschriebenen Bedenken für tragfähig, so stellt sich die Frage, ob die **Übertragung des Stiftungskapitals Schenkungssteuer** auslöst. § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG ist nur auf rechtsfähige Stiftungen anwendbar (Troll/Gebel/Julicher, ErbStG, Stand Febr. 2001, § 7 Rn. 332). Wenn aber die Zuwendung zur Gründung einer nicht rechtsfähigen Stiftung entgegen der BFH-Rechtsprechung eine Zweckzuwendung gem. § 8 ErbStG sein soll, obwohl sie zwar nicht das Entgelt, wohl aber Aufwendungsersatz für eine Leistung darstellt, die der Empfänger zum Vorteil des Gebers in Auftrag gibt (BFH, BStBl 1993 II S. 161), so unterläge sie nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Schenkungssteuer, wobei mangels freier Verfügbarkeit keine persönliche Befreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. a ErbStG und mangels Gemeinnützigkeit keine solche nach Buchst. b besteht. Die Schenkungssteuer bezweckt, Steuerumgehungen zu bekämpfen. I. d. R. dürfte aber keine **Erbchaftsteuer** anfallen, weil die Auflage der Grabpflege nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abzugsfähig ist, so dass kaum je eine den **Freibetrag von 10 000 DM** (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG) übersteigende Zuwendung vorliegen dürfte.

4. Freie Kündigungsmöglichkeit

Das Stiftungsmodell hat außerdem den bedeutsamen Nachteil, dass ein unentgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis, das hier mit dem Kirchenkreis in Wirklichkeit vereinbart wird, nicht nur wie jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund, sondern darüber hinaus auch ohne Grund unabdingbar **gekündigt bzw. widerrufen werden kann** (MünchKomm/Reuter, a. a. O. Rn. 85; Jauernig/Vollkommer, a. a. O. § 671 Rn. 3). Damit hängt der Bestand der Stiftung nicht nur vom Willen des „Stifters“, sondern entgegen dem Zweck des Dauergrabpflegevertrags auch vom Willen des Erben ab. Kommt es zur Vertragsauflösung, so ist nach § 667 BGB das Stiftungsvermögen wieder herauszugeben. Es fehlt also an der von beiden Parteien vorausgesetzten Sicherheit, dass das Rechtsgeschäft für die volle Laufzeit wirksam bleibt. Somit wird es bei später eintretender **Verarmung und Hilfsbedürftigkeit des Auftraggebers** für die Sozialbehörden auch leichter, auf das Treuhandvermögen zuzugreifen.

VI. **Abnahme der Werkleistung**

Die Qualifizierung des Dauergrabpflegevertrags als Werkvertrag legt die Überlegung nahe, auch die Abnahme der Leistung vertraglich zu regeln. Eine **Abnahme** der Vertragsleistung gem. § 640 BGB ist nur für die **gärtnerische Erstanlage**, für eine **Neugestaltung der Grabstätte** wegen einer Nachbeseitigung und für grundlegende Umgestaltungen oder Überarbeitungen möglich und sinnvoll, denn nur bei diesen Leistungen geht es um die vertragsgemäße Herstellung eines Werks und nur bei ihnen ist eine körperliche Hinnahme des Werks möglich. Die **Gieß- und Pflegeleistungen** sind zwar auch nach Werkvertragsrecht zu beurteilen, weil es um einen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (§ 631 BGB) geht; aber diese Leistungen entziehen sich der körperlichen Hinnahme und sind

daher nicht abnahmefähig (§ 640 Abs. 1 2. Halbsatz BGB). Die Abnahme hat für diese Leistungen auch praktisch keine Bedeutung, denn sie löst wegen der Vorauszahlung keine Fälligkeit der Zahlung aus. AGB-Klauseln, die eine Abnahme nach Ablauf einer bestimmten Zeit fingieren, sind nach § 308 Nr. 5 BGB (bisher § 10 Nr. 5 AGBG) unwirksam, wenn sich nicht der Unternehmer verpflichtet, den Kunden bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen. Es ist gerade der Sinn des Dauergrabpflegevertrags, dass der Kunde nicht regelmäßig das Grab aufsuchen und die Leistungen kontrollieren muss.

In der Regel fehlt eine vertragliche Festlegung, wie die Gieß- und Pflegeleistungen beschaffen sein müssen. Dann kommt es nach § 633 Abs. 2 BGB auf die vertraglich vorausgesetzte, hilfsweise auf die gewöhnliche Verwendung an. Die Pflege muss danach mindestens so beschaffen sein, dass die Grabbepflanzung nicht vertrocknet und die Grabstätte in ihrem äußeren Erscheinungsbild den **Anforderungen der Friedhofsordnung** entspricht. Bei mangelhafter Pflege kann der Besteller insbesondere Nacherfüllung verlangen. Eine Minderung der Vergütung ist wegen der Vorauszahlung unpraktisch. Wenn wegen unzureichender Gießleistung die Pflanzen vertrocknen, hilft nur **Schadensersatz** nach § 634 Nr. 4 BGB.

► Fundstelle:

NWB 2002, Fach 29, S. 1443 - 1452