

Bestattungsrecht(e) in Deutschland – Herkommen, Reform und Kleinstaaterei

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

20. Südwestdeutsche Bestattertagung
16. März 2019

Einführung

Friedhofs- und Bestattungsrecht als „Querschnittsrechtsgebiet“

- umfasst inhaltlich alle Fragen, die – mit Ausnahme des Erbrechts – mit dem Todesfall, der Trauerbewältigung, den hiermit einhergehenden kommunalen und kirchlichen Aufgaben sowie der Rolle der Bestattungswirtschaft und deren Regulierung zusammenhängen.
- verknüpft damit Fragen des Europarechts, des Verfassungsrechts (einschließlich des Staatskirchenrechts), des Verwaltungsrechts (einschließlich des Bau-, Umwelt- und Gewerberechts), des Privatrechts, des Strafrechts, des Sozialrechts und des Steuerrechts.

Einführung

Bundesrechtliche Vorgaben (auch wenn teilweise Änderungsbedarfe gesehen werden, sind keine gesetzgeberischen Aktivitäten erkennbar)

- § 168 StGB (Strafbarkeit der Störung der Totenruhe)
- ungeschriebenes **ziviles Totenfürsorgerecht**
- § 74 SGB XII (**Sozialbestattung**)
- §§ 29 ff. BauGB (bauplanungsrechtliche Vorgaben auch für Friedhöfe, Krematorien, Bestattungsunternehmen etc.)

- Gesetz über die Erhaltung der Gräber der Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft (Gräbergesetz)



zunehmend
streitanfällig?

Einführung

Bundesrechtliche Vorgaben für Berufsausbildung und Berufsausübung der Bestatter

- keine gewerberechtlichen Berufszulassungsvoraussetzungen
- seit 1965: Ausgestaltung als „handwerksähnliches Gewerbe“ mit der Folge, dass Bestatter in die Handwerksorganisationen (Handwerkskammern und Innungen) einbezogen sind und in das handwerksrechtliche Ausbildungssystem einbezogen werden können
- Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft vom 7. Mai 2007
- Bestattermeisterverordnung vom 15. September 2009

Einführung

„**Kernbereich**“ des **Friedhofs- und Bestattungsrecht** ist im **Landesrecht** geregelt

- **NRW:** Gesetz über das Friedhofs- und Bestattungswesen v. 17. Juni 2003 (zul. geänd. 2014)
- **RLP:** Bestattungsgesetz v. 4. März 1983 (zul. geänd. 2014)
- **SL:** Gesetz über das Friedhofs-, Bestattungs- und Leichenwesen v. 5. November 2003 (zul. geänd. 2017)

Landesgesetze über Friedhofs-, Bestattungs- und Leichenwesen

- behandeln mittlerweile weitgehend dieselben Themen,
- jedoch sowohl im Detail wie in der Ausführlichkeit in sehr unterschiedlicher Weise

Einführung

Landesrechtliches Friedhofs- und Bestattungsrecht

- ist in einigen Bundesländern erst Anfang der 2000er Jahre einer umfassenden gesetzlichen Regelung zugeführt worden
 - **NRW:** bis 2003 nur Ordnungsbehördliche Verordnung über das Leichenwesen; für Friedhofsrecht galt teilw. das **preußische Allg. Landrecht von 1774**, teilweise noch **rheinisch-französisches Recht** und Reichsgesetz über die Feuerbestattung v. 1934
 - **SL:** bis 2003 nur Polizeiverordnung über das Leichenwesen, Fortgeltung des Reichsgesetzes über die Feuerbestattung v. 1934, teilweise Gewohnheitsrecht
- ist in fast allen Bundesländern seit den 2000er Jahren grundlegend neu geregelt und seither auch öfter reformiert worden (zuletzt in *Brandenburg, Hessen und Niedersachsen*)
- scheint seit Ende der 1990er Jahre immer häufiger zum Gegenstand von Gerichtsverfahren – also streitanfälliger – zu werden

Einführung

20. Südwestdeutsche Bestattertagung

+

ca. 20 Jahre intensive Reformdiskussionen im Bestattungsrecht

=

Anlass und Rechtfertigung des Vortragsthemas

Einführung

- I. Ursachen der zunehmenden Reformdiskussionen im Friedhofs- und Bestattungsrecht**
- II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht**
- III. Interföderale Abstimmungsprobleme als besonderes Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht**

I. Ursachen der zunehmenden Reformdiskussionen

- **Demographischer Wandel** (längeres Zusammen- und Auseinanderleben der Generationen, Auseinanderfallen von Sterbeort mit letztem „echten“ Wohnort, Vereinsamung im Alter und damit auch beim Sterben ...)
- **Wegfall des Sterbegeldanspruchs** in der Gesetzlichen Krankenversicherung (§ 11 Abs. 1 Satz 2, § 59 SGB V a. F.) durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14.11.2003 (BGBl. I, 2190) – 1988 betrug Sterbegeldanspruch bei Tod eines Mitglieds noch 1050 Euro (seit 2002: 525 Euro)
- **Zunahme von „Sozialbestattungen“** nach § 74 SGB XII durch Bestattungsverpflichteten aus **finanziellen und persönlichen** Gründen
- **Zunahme ordnungsbehördlicher Bestattungen** (Bestattung durch Gemeinde/Ordnungsbehörde an Stelle des zur Bestattung Verpflichteten)
- Zunehmende Preis-Sensivität bei Hinterbliebenen

I. Ursachen der zunehmenden Reformdiskussionen

Steigerung der Zahl behördlich und privat veranlasster „**Discount Bestattungen**“

- führt zur Frage nach **Mindestmaß menschenwürdiger Bestattung** (in Abgrenzung zur „Entsorgung“)
- führt politisch auch zur Frage, wie im Bestattungssektor **Sozialdumping** vermieden werden kann
 - Diskussion über „Grabsteine aus Kinderhand“

I. Ursachen der zunehmenden Reformdiskussionen

- Zunehmende **Akzeptanz der Feuerbestattung** auch in den katholisch geprägten Gebieten Süd- und Westdeutschlands führt offenbar dazu
 - dass Totenasche zunehmend als „Reliquie“ denkbar wird, die nach Hause genommen werden kann und aus der auch „anfassbare Erinnerungen“ hergestellt werden können
 - dass wirklich anonyme Bestattungen gewünscht werden, auch um niemanden mit der Grabpflege zu belasten
 - dass sog. „**naturnahe Bestattungen**“ gewünscht werden
- Neue Bestattungsformen und -wünsche (auch) als **Migrationsfolgen** und Folgen zunehmender „Auslandserfahrung“ der Bevölkerung
- Zunehmend erkennbar werdende Bedarfe von Friedhofssanierungen wegen schlechter Bodeneignung – trifft auf **gesteigertes Umweltbewusstsein**, Angst vor Verwesungsvorgang (und einer weiteren Nachfrage nach Feuerbestattung?)

I. Ursachen der zunehmenden Reformdiskussionen

Generelle Verunsicherungen betreffend des Umgangs mit Tod und Trauer und der Forderungen von Pietät und postmortaler Menschenwürde in der **pluralistischen Gesellschaft** führt zur „**Individualisierung**“ von **Bestattung und Trauerbewältigung** und

- zum Wunsch nach stärkerer Betonung des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen und der Angehörigen
- zur stärkeren Nachfrage im „**Premium Segment**“ für (einzelne) Bestattungsleistungen
- zur abnehmenden Akzeptanz für Verpflichtung zur Nutzung öffentlicher – frei zugänglicher – „Trauerräume“ (Friedhöfen) und daher zum Ruf nach Abschied vom Friedhofszwang
- zu (vermehrt?) rechtlich ausgetragenen Streitigkeiten über die Art und Weise der Bestattung und Totengedenken zwischen Hinterbliebenen und Totenfürsorgeberechtigten

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Sterben, Tod, Vergänglichkeit, Trauer sind

- furchteinflößend, nicht steuerbar, widersprechen „Leistungsgesellschaft“
- in Wohlstandsgesellschaft zumeist nur punktuelle Extremerfahrungen im Menschenleben – nicht ständiger Begleiter

Leichen, Verwesungsprozesse, Krematorien sind

- furchteinflößend, stoßen ab, werden tabuisiert

Gefahr schlecht vorbereiteter, vollzuguntauglicher politischer und rechtlicher (Schein-)Lösungen

- um individuelle Komfortzonen nicht verlassen zu müssen
- um Wähler nicht zu schockieren
- um nicht alles zu Ende denken zu müssen

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Beispiel: [BGH, 5 StR 71/15 v. 30.6.2015](#) = BGHSt 60, 302 ff.

Aussage: Zur "Asche" im Sinne des [§ 168 Abs. 1 StGB](#) gehören sämtliche nach der Einäscherung verbleibende Rückstände, d.h. auch die vormals mit einem Körper fest verbundenen, nicht verbrennbaren Bestandteile (d. h. **auch Zahngold**)

Hauptargument: Schutzgüter des § 168 Abs. 1 StGB sind

- Pietätsgefühl der Allgemeinheit
- postmortaler Persönlichkeitsschutz des Toten
- Asche, die in ihrer Integrität zu schützen sei – so wie Leichnam bei der Erdbestattung

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Ausblendung bestattungswirtschaftlicher Folgefragen durch BGH

- Sind auch zusammengebackene Rückstände großer Implantate „Asche“ i. S. des § 168 Abs. 1 StGB ?
- Sind auch Zahngoldrückstände (und andere [große?] Metallteile) bestattungswirtschaftlich in die „Urne aufzunehmen“?
- Sind sie ggf. mit zu „verstreuen“ (soweit Ascheverstreuerung landesrechtlich zulässig ist)?
- Müssen zu große Metallteile zur Urnenabfüllung verkleinert werden?
- Was ist mit umweltschädlichen Metallteilen?
- Wird bei Verwendung kompostierbarer Urnen eine „Goldgräber-Problematisierung“ geschaffen, wenn Zahngold mit eingefüllt wird?
- **Folgeproblem:** Was bedeutet der Ansatz des BGH eigentlich für den Umgang mit Urnen und ihrem Inhalt nach Ablauf der Ruhezeit?

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Reaktion des brandenburgischen Gesetzgebers:

§ 23 BbgBestG i.d.F. 2018

Einäscherung

(5) Einäscherungen dürfen nur in einem hierfür geeigneten umweltverträglichen Sarg erfolgen. Die Asche jeder Leiche oder die Asche bestattungspflichtiger Körperteile einer Person ist vollständig in einer Urne aufzunehmen. **Die Verpflichtung zur vollständigen Aufnahme der Asche gilt nicht für metallische Gegenstände oder sonstige Verbrennungsrückstände. [...].**

Gesetzesbegründung (LT-Drs. 6/7368 S. 13) verweist ausdrücklich auf BGH, spricht aber nur künstliche Hüftgelenke an und verweist hinsichtlich des Umgangs mit den metallischen Gegenständen auf die allgemeine Regelung des § 1 Abs. 2 BbgBestG, nach dem im Umgang hiermit die Würde der verstorbenen Person und das sittliche Empfinden der Allgemeinheit nicht verletzt werden dürfen.

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Beispiel: Rechtsprechung zum baurechtlichen „Pietätsabstand“ gegenüber Bestattungseinrichtungen - VGH Mannheim, 8 S 507/11 v. 19.5.2011 (seither ständige Rechtsprechung)

„Nach diesen Grundsätzen spricht [...] einiges für die Annahme, dass die Aussegnungshalle wegen der beengten räumlichen Verhältnisse mit wesentlichen Einschränkungen für die Wohnnutzung der unmittelbar angrenzenden Grundstücke und Wohnungen der Antragsteller verbunden sein könnten. [...] Diese beengte Grundstücks- und Gebäudesituation wird zwangsläufig dazu führen, dass die Grundstücksnutzer dem jeweiligen Geschehen auf den benachbarten Grundstücken unmittelbar ausgesetzt sind. **Dies könnte mit Blick auf den erforderlichen Schutz des Totengedenken, der Würde des Toten sowie des Pietätsgefühls der Hinterbliebenen mit einer erhöhten Rücksichtnahmepflicht der angrenzenden Wohnnutzung z. B. in Form von Kinderspiel, Toben, Lachen, Rasen mähen, Feiern einhergehen, die der Wohnnutzung nicht zumutbar ist.**“

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Rechtsprechung zum baurechtlichen „Pietätsabstand“ gegenüber Bestattungseinrichtungen

- ist immerhin (bisher) noch nicht auf Bestattungsunternehmen ausgedehnt worden
- soll immerhin nicht dem Schutz der Nachbarn vor einer Konfrontation mit dem Tod dienen, sondern allein dem Schutz der Trauernden vor Konfrontation mit dem Leben
- ist aber doch deutlich Ausdruck einer Tabuisierung des Todes
- geht von der Existenz eines „Pietätsempfindens der Allgemeinheit“ – aus, dessen Existenz und Inhalt jedoch schlicht unterstellt und nicht wirklich begründet wird

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Verfassungsrechtliche „Aufladung“ des allgemeinen Pietätsempfindens als allgemeines Problem

Verankerung des „postmortalen Würdeschutzes“ in Art. 1 Abs. 1 GG

- schafft Möglichkeit, bestehende Regelungen und restriktiven Umgang mit Ausnahmen als rechtlich „alternativlos“ darzustellen
- erspart die Suche nach den wirklichen Rechtfertigungen für bestehende Regelungen und die Auseinandersetzung mit den individuellen Wünschen des Verstorbenen und der Hinterbliebenen
- ist nicht die einzige Möglichkeit, die Beibehaltung der bestehenden Regelungen (insbesondere Friedhofszwang, Verbot der Ascheteilung, restriktive Umbettungspraxis usw.) zu rechtfertigen
- müsste – konsequent weiter gedacht – letztlich zu einem „ewigen Ruherecht“ führen

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

§ 11 BestG NRW

(1) Behältnisse zur Beisetzung von Aschen und zur Bestattung von Toten, deren Ausstattung und **Beigaben sowie Totenbekleidung müssen so beschaffen sein, dass ihre Verrottung und die Verwesung der Toten innerhalb des nach § 4 Abs. 2 festgelegten Zeitraumes ermöglicht wird. [...]**

(2) und (3) [...].

Gut gemeint, aber

- wie lässt sich die Verrottungseignung feststellen?
- sollen wirklich alle Beigaben verrotten müssen?
- wann und wie soll das überprüft werden?

Ähnliche Probleme bei den neuen Verbotsregelungen über Grabsteine aus Kinderarbeit (z. B. § 4a BestG NRW)

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

§ 9 BestattG Saarland

Leichenbestatterinnen, Leichenbestatter

Personen, die Leichen reinigen, ankleiden oder einsargen, und Personen, die die Tätigkeiten von Totengräbern ausüben [...] **dürfen nicht in einem Heil- oder Heilhilfsberuf oder im Nahrungsmittel-, Genussmittel-, Gaststättengewerbe sowie im Friseurinnen/ Friseur- oder Kosmetikberuf tätig sein oder beschäftigt werden. [...].**

- Ähnlich z. B. § 26 BestG BW, § 18 BestG RLP ...
- aber dennoch ziemlich eindeutiger Verstoß gegen § 1 GewO,
- der sich als Pauschalregelung – ohne klare Begründung (verwiesen wird pauschal auf Vermeidung von Gesundheitsgefahren, LT-Drs. 12/853, S. 40) – auch nicht rechtfertigen lässt
- und (teilweise) nicht mehr zum Dienstleistungsspektrum von Bestattern passt

II. Dogmen und „Angst vor Sachkenntnis“ als Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

§ 9 HessFBG

Leichenbestatterinnen, Leichenbestatter

(1) [...].

Leiche im Sinne dieses Gesetzes ist der Körper eines Menschen [...], der sichere Zeichen des Todes (Totenstarre, Totenflecken, Fäulniserscheinungen) aufweist oder bei dem mit dem Leben unvereinbare Verletzungen **oder der Hirntod festgestellt werden** [...]

- Hirntod allein ist Voraussetzung für Organspende, kann jedoch nicht Voraussetzung schon der Bestattung sein
- Passt nicht zum Regelungsregime des Transplantationsgesetzes

III. Interföderale Abstimmungsprobleme als besonderes Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Schon drei Beispiele mangelnder Abstimmung zwischen Bundes- und Landesbestattungsrecht

- Weite Auslegung des Aschebegriffs des § 168 StGB und hiermit verbundene Konzeption des Pietätsschutzes lässt sich nach Landesbestattungsrecht und in Bestattungspraxis nicht (konsequent) verwirklichen
- Landesrechtliche Inkompatibilitätsregeln für Leichenbesorger widersprechen dem bundesrechtlichen Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO), der landesrechtliche Berufszulassungsvoraussetzungen im Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausschließt
- Regelung über den Leichenbegriff im hessischen FBG ist nicht mit dem bundesrechtlichen Transplantationsgesetz kompatibel

III. Interföderale Abstimmungsprobleme als besonderes Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Fehlen einer einheitlichen Definition der Totenfürsorgeberechtigung und der Bestattungspflichtigen

- **Zivilrechtliche Totenfürsorgepflicht und -berechtigung** vorrangig durch Bestimmung des Verstorbenen (sonst nach Herkommen): Maßgeblich für Bestimmungsrecht über Art der Beisetzung zwischen Hinterbliebenen und zivilrechtlichen Ausgleich für Bestattungskosten
- **Landesgesetzliche Regelungen zur öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht** in den Bestattungsgesetzen: Maßgeblich für Durchsetzung bestattungsrechtlicher Pflichten (insbes. in Zusammenhang mit ordnungsbehördlichen Bestattungen)
- Unklare Anknüpfung der „**Bestattungsverpflichtung**“ in **§ 74 SGB XII** als Voraussetzung für sozialhilferechtlichen Kostenübernahmeanspruch
- Besondere Probleme in Fällen, in denen Sterbeort und Wohnort des Bestattungspflichtigen in verschiedenen Bundesländern liegen

III. Interföderale Abstimmungsprobleme als besonderes Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Fehlen klarer bundeseinheitlicher Regelungen für „interföderale“ Bestattungsfälle

- uneinheitliche Regelungen über Bestattungspflicht
- uneinheitliche Regelungen über Dokumentationsanforderungen für die Versendung von Leichen und Aschen
- uneinheitliche Regelungen über Sarg- und Urnenbeschaffenheit
- uneinheitliche Anforderungen an Leichenschau und Totenschein
- uneinheitliche Regelungen über Nachweispflicht, dass Grabsteine nicht aus Kinderarbeit stammen
- ...

III. Interföderale Abstimmungsprobleme als besonderes Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Fehlende Anpassung zwischen bundes- und landesrechtlichen Regelungen über Bestatterberufe und gewerbliche Betätigung auf Friedhöfen

- „Kommunalisierung“ einer gewerberechtlich nicht vorgesehenen präventiven Zuverlässigkeitskontrolle durch Friedhofsverwaltung für gewerbliche Betätigung auf Friedhöfen ohne wechselseitige Anerkennung der „Zulassungsbescheide“
- Eindeutig gegen § 1 GewO verstoßende landesrechtliche „Inkompatibilitätsregelungen“ für Leichenbesorger (wie z. B. in § 9 BestattG Saarland)

III. Interföderale Abstimmungsprobleme als besonderes Problem von Reformen im Friedhofs- und Bestattungsrecht

Unklarer Geltungsbereich von Ordnungswidrigkeitstatbeständen

§ 38 BbgBestG i.d.F. 2018

Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...]

15. entgegen § 23 Absatz 5 und § 19 die Totenasche ganz oder teilweise der Beisetzung entzieht oder die Möglichkeit zur Entziehung vermittelt oder bei der Herstellung von Sachen verwendet oder die Möglichkeit zur Herstellung vermittelt. [...]

Geltung nur

- für Unternehmen mit Sitz in Brandenburg?
- auch für „Export“ von Asche in andere Bundesländer?
- auch für Werbung im Internet, sofern in Brandenburg abrufbar?

Fazit

- Vortrag soll nicht als allgemeines Plädoyer für eine „Liberalisierung des Bestattungsrechts“ und seine Öffnung für neue Bestattungsformen verstanden werden
- Es geht vor allem um eine „Professionalisierung“ des Bestattungsrechts durch Schaffung klarer, rational begründbarer Regelungen, die auch der Realität länderübergreifender Bestattungsfälle Rechnung tragen
- Wie liberal das Bestattungsrecht sein sollte, ist auf dieser Grundlage dann vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu entscheiden
- Insoweit kann auch ohne pauschalen Rückgriff auf die „postmortale Menschenwürde“ einiges etwa für die Beibehaltung des Friedhofszwangs oder Verbot der Ascheteilung sprechen ...

Fazit

- Hauptproblem der derzeitigen Rechtslage dürfte die fehlende Abstimmung und der fehlende Erfahrungsaustausch zwischen Bund und Ländern einerseits und den Ländern untereinander sein
- Zuständigkeiten sind schon auf Bundesebene zersplittert (BMAS für Sozialrecht, BMI für Personenstandsrecht, BMJ für allgemeines Zivilrecht, BMWi für Gewerberecht, BMFSFJ für Gräbergesetz)
- Vielfach keine eindeutige Zuordnung des Referats „Friedhofs-, Bestattungs- und Leichenwesen“ in den Landesministerien
- Fehlen bund-länderübergreifender Arbeitskreise auf Ministerialebene, keine Musterentwürfe ...
- Aber auch: Fehlen einheitlicher Ansprechpartner für die Bestattungsbranche – als Nachteil der verbandlichen Vielfalt