

## Die Totensorgeberechtigten und die Verbindlichkeit von Bestattungsverfügungen sowie Vorsorgeverträgen

### Inhalt:

I.	Wer bestimmt über Art und Ort der Bestattung eines Verstorbenen? .....	1
1.	Der Wille des Verstorbenen .....	1
2.	Fehlender Wille des Verstorbenen.....	2
II.	Durchsetzbarkeit des Willens des Verstorbenen.....	7
1.	Rechtliche oder sittliche Verpflichtung? .....	7
2.	Wer ist berechtigt, den Willen des Verstorbenen durchzusetzen, und wie ist dies möglich?.....	8
3.	Grenzen der rechtlichen Verpflichtung.....	10
a)	Gewichtige Gründe/Rechtsmissbrauch .....	10
b)	§ 138 BGB („Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher“) .....	11
c)	§ 134 BGB („Gesetzliches Verbot“) .....	11
d)	Finanzierbarkeit .....	12
III.	Die Verbindlichkeit von Vorsorgeverträgen .....	13
IV.	Fazit.....	14

### **I. Wer bestimmt über Art und Ort der Bestattung eines Verstorbenen?**

#### **1. Der Wille des Verstorbenen**

Nach einhelliger Meinung bestimmt primär der Verstorbene selbst zu seinen Lebzeiten über Art und Ort der Bestattung. Er muss seinen Willen nicht schriftlich, ja noch nicht einmal ausdrücklich mündlich geäußert haben. Es reicht aus, wenn aus den Umständen ein bestimmter Wille des Verstorbenen mit Sicherheit geschlossen werden kann.<sup>1</sup> Dabei kann auch eine bestimmte Person insoweit mit der Totensorge betraut werden, dass sie lediglich für die „Vollstreckung“ dieses Willens verantwortlich ist. Der so Beauftragte ist berechtigt, den Willen des Verstorbenen notfalls auch gegen den Willen der Angehörigen zu erfüllen.<sup>2</sup> Es kann aber ebenso einer – auch nicht angehörigen – Person generell die Entscheidung über Art

<sup>1</sup> BGH NJW 2012, 1651 (1652); BGH MDR 1978, 299, Urteil v. 26.10.1977, Az.: IV ZR 151/76; BeckOK BGB § 1968, Rn 2 m.w.N.

<sup>2</sup> vgl. BGH NJW-RR 1992, 834 (834), Urteil v. 26.02.1992, Az.: XII ZR 58/91.

und Ort der Bestattung übertragen werden. Diese Person hat dann vorrangig über Art und Ort der Bestattung zu bestimmen.

Sämtliche vorliegend getroffenen Aussagen lassen sich ohne Weiteres auf alle Ausprägungen des Totensorgerechts, wie zum Beispiel das Recht, über die Grabpflege zu bestimmen, übertragen: Wer über Art und Ort der Bestattung bestimmen darf und damit den wesentlichen Teil des Totensorgerechts übertragen bekommen hat, dem steht in aller Regel das Totensorgerecht auch insgesamt zu.

## **2. Fehlender Wille des Verstorbenen**

Liegt keine Willensäußerung des Verstorbenen vor, sind nach einhelliger Auffassung nach einem gewohnheitsrechtlichen Grundsatz die nächsten Angehörigen des Verstorbenen berechtigt, über die Art und den Ort der Bestattung zu entscheiden.<sup>3</sup> Die genaue Reihenfolge unter den Angehörigen wird jedoch sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt. Undifferenziert wird zum Teil die nach dem jeweiligen Recht der Bundesländer bestimmte Reihenfolge der Bestattungspflichtigen als maßgeblich angesehen.<sup>4</sup> Eine sehr deutliche Differenzierung hat das Amtsgericht Brandenburg<sup>5</sup> vorgenommen. Es betont richtigerweise, dass das Totenfürsorgerecht nicht in öffentlich-rechtlichen Gesetzen wie den Landesbestattungsgesetzen geregelt ist. Es geht infolgedessen allerdings von einer fehlerhaften Rangfolge aus. Es meint, diese sei wie folgt festgelegt:

1. der/die Ehegatte/-in,
2. der Partner der eingetragenen Lebenspartnerschaft (im Sinne des LPartG),
3. die Kinder,
4. die Eltern,
5. die Großeltern,
6. die Geschwister,
7. die Enkelkinder,
8. der/die Verlobte,
9. der Partner einer auf Dauer angelegten nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

---

<sup>3</sup> Palandt-Weidlich v. § 1922, Rn 10.

<sup>4</sup> Zum Beispiel Palandt v. § 1922, Rn 10: „In Anlehnung an landesrechtliche Bestattungsgesetze“.

<sup>5</sup> AG Brandenburg, Urteil v. 05.03.2009, Az.: 31 C 223/08.

Das Gewohnheitsrecht hat jedoch in § 2 Feuerbestattungsg (Feuerbestattungsgesetz) vom 15.05.1934 seinen Niederschlag gefunden.<sup>6</sup> Dieser lautet:

„§ 2

(1) Die Bestattungsart richtet sich nach dem Willen des Verstorbenen.

(2) Liegt eine Willensbekundung des Verstorbenen über die Bestattungsart nicht vor, so haben die Angehörigen, soweit sie geschäftsfähig sind, diese zu bestimmen. Als Angehörige im Sinne dieser Bestimmung gelten der Ehegatte, Verwandte und Verschwägerete ab- und aufsteigender Linie, Geschwister und deren Kinder sowie der Verlobte.

(3) Bestehen unter den Angehörigen Meinungsverschiedenheiten über die Art der Bestattung, so geht der Wille des Ehegatten demjenigen der Verwandten, der Wille der Kinder oder ihrer Ehegatten dem der übrigen Verwandten, der Wille näherer Verwandter dem der entfernteren Verwandten oder des Verlobten vor.

(4) Bei Meinungsverschiedenheiten unter Angehörigen gleichen Grades hat die Polizeibehörde, bei der die Genehmigung der Feuerbestattung beantragt ist (§ 3 Abs. 1), ihre Entscheidung unter Berücksichtigung der Umstände des Falles zu treffen.

(5) Wer nicht zu den Angehörigen des Verstorbenen (Abs. 2) gehört, kann die Feuerbestattung nur beantragen, wenn der Verstorbene sie gewollt hat.“

Es ist anzunehmen, dass die darin kodifizierte Reihenfolge dem Gewohnheitsrecht entspricht und neben der Bestimmung über die Bestattungsart auch auf andere Teile des Totensorge-rechts anzuwenden ist. Die sich aus § 2 Abs. 2 Feuerbestattungsg ergebende Reihenfolge lässt sich wie folgt darstellen:

1. Ehegatte
2. Kinder und deren Ehegatten,
3. Eltern,
4. Großeltern, Enkel, Geschwister,
5. Urgroßeltern, Urenkel, Neffen und Nichten
6. Ur-Urenkel, Ur-Urgroßeltern,
7. Verlobte(r)<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> vgl. OLG Frankfurt Urteil v. 23.03.1989, Az.: 16 U 82/88; Roth, Eigentum an Körperteilen, S. 147, formuliert: „Die Reihenfolge der Totensorgeberechtigten ergibt sich dabei nach herrschender Auffassung aus einer Analogie zu § 2 Feuerbestattungsgesetz“.

Eingetragene Lebenspartner wird man nach dem heutigen Verständnis mit Ehegatten gleich behandeln müssen, dies ergibt sich aus Art. 3 GG (Grundgesetz).

Im Vergleich zu der vom AG Brandenburg bestimmten Reihenfolge ergibt sich damit, dass Großeltern, Enkel und Geschwister in keiner bestimmten Rangfolge stehen. Denn diese würde sich entsprechend § 2 Feuerbestattungsgesetz danach richten, wer der „nähere Verwandte“ ist: Auch 1934, dem Jahr der Entstehung des Feuerbestattungsgesetz, gab es bereits das BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) und insbesondere § 1589 S. 2 BGB, in dem der „Grad der Verwandtschaft“ definiert wird. Dieser Grad, der die Nähe der Verwandtschaft darstellt, bestimmt sich nach der Anzahl der vermittelnden Geburten und diese ist bei Großeltern, Enkeln und Geschwistern gleich.

Dies hatte bei den auf der Basis des Wohnheitsrechts bestimmten Bestattungspflichtigen zur Folge, dass die Reihenfolge der Pflichtigen zwar in zwölf Bundesländern<sup>8</sup> bis zu den Eltern hin dem Feuerbestattungsgesetz entsprechend bestimmt wurde. Im Übrigen werden aber insbesondere unter den Großeltern, Enkeln und Geschwistern die verschiedensten Reihenfolgen gewählt.<sup>9</sup>

Der Auslegung des AG Brandenburg<sup>10</sup> ist dahingehend zu folgen, dass Minderjährige ebenso zu berücksichtigen sind wie Volljährige. Nach § 2 FeuerbestG soll zwar nur der Wille von geschäftsfähigen Personen beachtlich sein. Dieser ist jedoch ebenso wie die Bestattungspflicht in den Landesgesetzen grundsätzlich eine ordnungsrechtliche Vorschrift, die der Gefahrenabwehr dient(e). Bei der Gefahrenabwehr ist es wichtig, möglichst schnell und effektiv einen Verantwortlichen bestimmen und in Anspruch nehmen zu können. Dies gilt bei der zivilrechtlichen Frage nach dem Inhaber des Totensorgerechts grundsätzlich nicht. Es kann nicht angehen, dass ein entfernter Verwandter oder gar das Ordnungsamt über die Beisetzung des Verstorbenen entscheidet, während dem einzigen Kind, nur weil es derzeit noch minderjährig ist, keine Rechte zustehen sollen.<sup>11</sup> Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 3 GG. Auf den Fall einer unterschiedlichen Behandlung von Geschäftsfähigen und Geschäfts-

---

<sup>7</sup> Es wird hier der Übersichtlichkeit wegen davon ausgegangen, dass noch weiter entfernte Voreltern- und Enkelgenerationen nicht vorhanden sind, die ebenfalls noch vor der Verlobten als totensorgeberechtigt anzusehen wären.

<sup>8</sup> Ausnahmen sind Hamburg, Hessen, Niedersachsen und das Saarland: In Hessen werden alle bestattungspflichtigen Angehörigen als gleichrangig verpflichtet angesehen, die anderen drei weichen bereits an dritter Stelle von der Reihenfolge ab (vgl. § 10 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 22 Abs. 4 BestG Hamburg; § 13 Abs. 2 BestG Hessen; § 8 Abs. 3 BestG Niedersachsen; § 26 Abs. 1 BestG Saarland).

<sup>9</sup> Baden-Württemberg: § 31 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 BestG; Bayern: § 15 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Best VO; Berlin: § 16 Abs. 1 BestG; Brandenburg: § 20 Abs. 1 BestG; Bremen: § 17 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 LeichenG; Hamburg: § 10 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 22 Abs. 4 BestG; Hessen § 13 Abs. 2 BestG; Mecklenburg-Vorpommern: § 9 Abs. 2; Niedersachsen: § 8 Abs. 3 BestG; Nordrhein-Westfalen: § 8 Abs. 1 BestG; Rheinland-Pfalz: § 9 Abs. 1 BestG; Saarland: § 26 Abs. 1 BestG; Sachsen: § 10 Abs. 1 BestG; Sachsen-Anhalt: § 14 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 2 S. 1 BestG; Schleswig-Holstein: § 13 Abs. 2 i.V.m. § 2 Nr. 12 BestG; Thüringen: § 18 Abs. 1 BestG.

<sup>10</sup> AG Brandenburg, Urteil v. 05.03.2009, Az.: 31 C 223/08.

<sup>11</sup> AG Brandenburg, Urteil v. 05.03.2009, Az.: 31 C 223/08.

unfähigen angewandt verlangt die Vorschrift nämlich, dass zwischen Minder- und Volljährigen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen müssten, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen. Es müsste also verhältnismäßig sein, die Minderjährigen bzw. Geschäftsunfähigen zu benachteiligen. Zweck des Ausschlusses von nicht voll Geschäftsfähigen bzw. Minderjährigen wäre es, nur solche Personen Totensorgemaßnahmen vornehmen zu lassen, die rechtliche Folgen eines Handelns abschätzen können. Ein gleich geeignetes Mittel ist es jedoch, die Sorgeberechtigten bzw. gesetzlichen Vertreter die Handlungen in Vertretung für Ihre Kinder/den Geschäftsunfähigen vornehmen zu lassen, die dann auch den Willen des Kindes/Geschäftsunfähigen zu berücksichtigen haben. Die Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusses wird insbesondere an dem Beispiel deutlich, in dem ein 17-jähriger sonst kurz vor seinem Geburtstag keinen Einfluss auf die Beisetzung nehmen könnte, obwohl ihm wenige Tage später das komplette Totensorgerecht zusteht.

Zusätzlich zu den Totensorgeberechtigten werden in den Bundesländern als bestattungspflichtig bestimmt:

Der Lebensgefährte (in sieben Bundesländern), Onkel und Tanten (Sachsen und Hamburg), (sonstige) Personensorgeberechtigte (in Rheinland-Pfalz und Sachsen), Stiefkinder und deren Partner (Hamburg), Stiefgeschwister (Hamburg), Cousins und Cousinen.

Diese Personen sind in den betreffenden Bundesländern dann ebenfalls als Totensorgeberechtigte anzusehen, aber nachrangig zu den gewohnheitsrechtlich bestimmten. Auch verändert die Reihenfolge aus den Landesgesetzen nicht diejenige, die gewohnheitsrechtlich bei der Frage zu berücksichtigen ist, wer das Totenfürsorgerecht hat. Beides ergibt sich daraus, dass die Frage, wer das Totensorgerecht hat, eine zivilrechtliche ist.<sup>12</sup> Der Landesgesetzgeber darf insoweit keine vom Bundesrecht abweichenden Regelungen treffen, kann diese jedoch ergänzen, soweit sie nicht abschließend sind.

Die Beurteilung als zivilrechtlich ergibt sich dogmatisch wie folgt: Anspruchsgrundlage für Ansprüche, die aufgrund des Totensorgerechts geltend gemacht werden, ergeben sich regelmäßig aus § 823 II („Schadensersatzpflicht“) bzw. § 1004 BGB („Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch“). Denn das Totenfürsorgerecht stellt ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 I BGB dar.<sup>13</sup> Keinesfalls handelt es sich in Fällen des Konfliktes darüber, wer das Totensorgerecht (primär) hat, um Sonderrechte des Staates oder anderer Träger öffentlicher Gewalt. Es handelt sich vielmehr um Streitfälle, in denen Bürger (in der Regel Angehörige) untereinander um einen familienrechtlichen Anspruch streiten.

---

<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1992, 834 (834), Urteil v. 26.02.1992, Az.: XII ZR 58/91.

<sup>13</sup> Palandt v. § 1922, Rn 12.

Bürgerliche Streitigkeiten wiederum fallen kompetenzrechtlich nach Art. 72, 74 GG unter die sogenannte konkurrierende Gesetzgebung. Demnach haben die Bundesländer grundsätzlich das Recht, über das Totensorgerecht Gesetze zu erlassen, solange und soweit der Bundesgesetzgeber kein Gesetz erlassen hat. Allerdings handelt es sich bei der gewohnheitsrechtlich ausgebildeten Reihenfolge um Bundesrecht. Und nach Art. 31 GG bricht jede Art von Bundesrecht das Landesrecht. Infolgedessen konnten die Länder bezüglich des Totensorgerechts keine abweichende Regelung treffen. Soweit es dem Bundesrecht jedoch nicht entgegensteht, ist es anwendbar. Da es nicht denkbar ist, dass die Bundesländer den betreffenden Angehörigen zwar eine Pflicht zur Bestattung, nicht aber damit auch gleichzeitig das entsprechende Recht einräumen wollten, sind sämtliche zusätzlich erwähnten Bestattungspflichtigen subsidiär zu den gewohnheitsrechtlich bereits Berechtigten ebenfalls in der landesrechtlich festgelegten Reihenfolge im betreffenden Land auch totensorgeberechtigt.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken von Widmann<sup>14</sup> gegen die landesrechtlichen Vorschriften greifen nicht durch. Er behauptet, dass schon Geschwister und Seitengrade verfassungsrechtlich nicht als bestattungspflichtig angesehen werden dürften, da der Bundesgesetzgeber abschließend geregelt habe, wer zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet ist. Die Bestattungspflichtigen würden im Ergebnis aber zur Tragung der Bestattungskosten verpflichtet. Er möchte die Bestattungspflichtigen daher auf die bereits zu Lebzeiten Unterhaltspflichtigen begrenzt wissen und meint, dass § 1615 Abs. 2 BGB („Erlöschung des Unterhaltsanspruchs“) bezüglich der Bestattungskostentragung abschließend ist. Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit Schaffung der Unterhaltsvorschriften auch die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Rückgriffs auf andere Angehörige wegen der Bestattung bzw. der Bestattungskostentragung ausschließen wollte. Insbesondere gibt es außerdem schon im BGB weitere mögliche Kostentragungspflichtige, zum Beispiel die Erben nach § 1968 BGB („Beerdigungskosten“) oder den für die Tötung Verantwortlichen nach § 844 BGB („Ersatzansprüche Dritter bei Tötung“). Damit zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Kostentragungsverpflichtung nicht auf die Unterhaltspflichtigen begrenzen wollte. Man kann sicherlich darüber diskutieren, ob eine entsprechende Regelung politisch (de lege ferenda) sinnvoll wäre. Verfassungsmäßig zwingend (de lege lata) ist sie aber nicht.<sup>15</sup> Zu bedenken ist dabei auch, dass die Ansicht von Widmann zur Konsequenz hätte, dass es zum Beispiel vermögens- und einkommenslosen Geschwistern bei einem dürftigen Nachlass unmöglich wäre, für eine würdige Bestattung zu sorgen. Als nicht letztendlich Bestattungskosten-

---

<sup>14</sup> Hans-Joachim Widmann, Der Bestattungsvertrag, Köln, 2010, S. 47f.

<sup>15</sup> Im Ergebnis auch: VGH Bayern, Urteil v. 09.06.2008, AZ.: 4 ZB 07.2815, die Anordnung der Bestattungspflicht und die Festlegung ihrer Reihenfolge beruhe auf einem vom Zivilrecht unabhängigen, der Kompetenz des Landesgesetzgebers unterliegenden Rechtsgrund. Dass die Anknüpfung der Bestattungspflicht allgemein an das Totensorgerecht anknüpft, sei verfassungsrechtlich unbedenklich; dem folgend: VG Ansbach, Urteil v. 27.11.2013, AZ.: AN 4 K 13.01195.

tragungspflichtige (außer sie haben das Erbe des überschuldeten Nachlasses angenommen) wären sie dann auch nicht anspruchsberechtigt nach § 74 SGB (Sozialgesetzbuch) XII. Das würde aber Sinn und Zweck des § 74 SGB XII widersprechen, der es den nächsten Angehörigen in prekären Verhältnissen ermöglichen soll, für eine würdige Bestattung zu sorgen.

## **II. Durchsetzbarkeit des Willens des Verstorbenen**

### **1. Rechtliche oder sittliche Verpflichtung?**

Es wird die Auffassung vertreten, dass Anordnungen eines Verstorbenen außerhalb einer letztwilligen Verfügung eher eine sittliche Verpflichtung darstellen würden.<sup>16</sup> Dies scheinen auch die Ausführungen Gaedkes<sup>17</sup>, von dem diese Aussage wahrscheinlich unbedacht übernommen wurde, zunächst nahezulegen: Der Verstorbene vertraue auf das Pietätsgefühl der Angehörigen, eine Verpflichtung zur Durchführung bestehe nicht.<sup>18</sup> Dies wird in den Ausführungen Gaedkes jedoch damit begründet, dass ein solches Verhalten nicht unter Strafe gestellt sei. Insbesondere sei außerdem eine rechtliche Sicherung nicht gegeben, wenn alle Angehörigen die Nichtbefolgung einer Anordnung des Verstorbenen tolerieren. Im Folgenden wird dann auch klargestellt, dass die Vollziehung des letzten Willens von den anderen Angehörigen im ordentlichen Rechtsweg erzwungen werden kann, wenn ein Angehöriger entgegen dem Willen des Verstorbenen über Art und Einzelheiten der Bestattung bestimmen will.<sup>19</sup> Dies wird auch für die spezielle Totensorgemaßnahme einer Umbettung angenommen und damit insgesamt bestätigt.<sup>20</sup> Damit verbleibt die lediglich „sittliche Verpflichtung“ in den Fällen, da sich alle Angehörigen einig darüber sind, dass vom Willen des Verstorbenen abgewichen werden soll. Es handelt sich dann aber eigentlich nicht um eine „sittliche Verpflichtung“ sondern um eine faktische Begrenzung der Durchsetzbarkeit. Es ist grundsätzlich von einer rechtlichen Durchsetzbarkeit des Willens des Verstorbenen auszugehen. Nur der Personenkreis der Anspruchsberechtigten ist begrenzt.

---

<sup>16</sup> Bonefeld/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, Rn 47.

<sup>17</sup> Jürgen Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungswesens, Köln 2010.

<sup>18</sup> Gaedke, S. 119.

<sup>19</sup> Gaedke, S. 120.

<sup>20</sup> BGH MDR 1978, 299, Urteil v. 26.10.1977, Az.: IV ZR 151/76.

## **2. Wer ist berechtigt, den Willen des Verstorbenen durchzusetzen, und wie ist dies möglich?**

Anspruchsgrundlagen für ein Vorgehen bezüglich des Totensorgerechts sind insbesondere die bereits weiter oben erwähnten §§ 823 I BGB und 1004 BGB.

Entsprechend § 1004 BGB werden über dessen Wortlaut hinaus nicht nur das Eigentum, sondern auch alle anderen absoluten Rechte geschützt (Palandt § 1004, Rn 4).

Voraussetzung für einen entsprechenden Unterlassungsanspruch ist die unmittelbar drohende Gefahr eines widerrechtlichen Eingriffs in ein durch § 823ff geschütztes Rechtsgut.<sup>21</sup> Zu den geschützten Rechtsgütern gehören auch alle „sonstigen Rechte“ im Sinne des § 823 I.<sup>22</sup> Ein solches ist das Totensorgerecht.<sup>23</sup>

Anspruchsberechtigt ist derjenige, dessen Totensorgerecht verletzt zu werden droht. Wer totensorgeberechtigt ist, ergibt sich aus den obigen Ausführungen: primär derjenige, der vom Verstorbenen mit der Sorge betraut wurde, sekundär die nach Gewohnheitsrecht Totensorgeberechtigten und subsidiär die Bestattungspflichtigen nach den Bestattungsgesetzen der Länder. Dabei kann auch ein nachrangig Totensorgeberechtigter den Willen gegenüber einem vorrangig Berechtigten geltend machen, wenn gegen den Willen des Verstorbenen gehandelt werden soll.<sup>24</sup>

Verlangt werden kann allerdings gemäß § 1004 BGB analog nur das Unterlassen der konkret drohenden Verletzungshandlung.<sup>25</sup> Typische, immer wieder in der Praxis im Eilverfahren vorkommende Situation ist die, dass ein Angehöriger eine Beisetzung an einem anderen Ort oder in einer anderen Weise als vom Verstorbenen gewünscht veranlassen will. Dann kann ein (anderer) Totensorgeberechtigter in einem einstweiligen Verfahren diese „falsche“ Bestattung verhindern.

Die entsprechende Anwendung von § 1004 BGB als Unterlassungsanspruch eröffnet auch die Möglichkeit, unabhängig von einem Verschulden die Beseitigung der Folgen einer unerlaubten Handlung zu Lasten des geschützten Rechtsgutes zu verlangen.<sup>26</sup>

Nach § 823 in Verbindung mit § 249ff BGB („Art und Umfang des Schadensersatzes“) ist der Geschädigte grundsätzlich so zu stellen, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht

---

<sup>21</sup> Palandt v. § 823, Rn 18.

<sup>22</sup> Palandt v. § 823, Rn 19.

<sup>23</sup> Palandt § 823, Rn 19.

<sup>24</sup> Vgl. BGH MDR 1978, 299, Urteil v. 26.10.1977, Az.: IV ZR 151/76.

<sup>25</sup> Palandt v. § 823, Rn 23.

<sup>26</sup> vgl. Palandt v. § 823, Rn 28.



eingetreten wäre. So kann beispielsweise hiernach eine Rück(-um-)bettung erstritten werden, wenn ein Totensorgeberechtigter zuvor Leichnam oder Urne umgebettet hat, obwohl der ursprüngliche Bestattungsort dem Willen des Verstorbenen entsprach.<sup>27</sup> Problematisch ist die Situation, in der eine Bestattung von vornherein durch den primär Totensorgeberechtigten an der falschen Stelle vorgenommen wird. Denn ohne das schädigende Ereignis (die „falsche“ Bestattung) wäre die Leiche/Urne immer noch nicht beigesetzt. Ein unmittelbarer rechtlicher Anspruch auf die Verpflichtung zur rechtmäßigen Durchführung der Bestattung ergibt sich nicht. Es wird demgemäß auch nur formuliert, dass sich ein Anspruch auf Zustimmung zum Beispiel zur Umbettung aus §§ 823 I, 249 BGB oder eines Beseitigungsanspruches nach § 1004 BGB analog ergeben könnte.<sup>28</sup> Zum Teil wird auch von einer Duldung gesprochen.<sup>29</sup> Eine solche Zustimmung oder Duldung hilft jedoch nur, wenn man davon ausgeht, dass der Antragsteller oder eine andere kooperative Person berechtigt ist, die dem Wunsch des Verstorbenen entsprechende Bestattung zu veranlassen. Ansonsten könnte der primär Totensorgeberechtigte die ordnungsgemäße Bestattung verhindern, indem er die Urne nicht vom Bestatter herausgeben lässt. Der Verstorbene bliebe unbestattet.

Es ist davon auszugehen, dass der mutmaßliche Wille des Verstorbenen regelmäßig besagt, dass der nächstrangige Totensorgeberechtigte alle notwendigen Maßnahmen in die Wege leiten darf – soweit der an sich primär Totensorgeberechtigte nicht bereit ist, die Bestattung wunschgemäß durchzuführen,. Anders ausgedrückt: Das Totensorgerecht wird jeweils nur soweit übertragen, wie der als Totensorgeberechtigter Benannte auch bereit ist, das Totensorgerecht wunschgemäß auszuüben. Dies ist nicht anders zu beurteilen, als die Situation, in der der eigentlich Berechtigte überhaupt nichts unternimmt oder aber die Bestattungsvorbereitungen einfach abbrechen würde. Insofern kann und darf dann der Nachrangige alles Notwendige in die Wege leiten, um die wunschgemäße Bestattung zu gewährleisten.

Dazu steht ihm auch ein rechtlicher Anspruch auf Herausgabe von Leichnam oder Urne (an einen von ihm beauftragten Bestatter) zu. Dieser ergibt sich aus § 985 BGB („Herausgabeanspruch“) analog. Zwar steht der Leichnam nach ganzherrschender Meinung<sup>30</sup> in niemandes Eigentum und wird als herrenlose Sache angesehen, an der zunächst niemand ein Aneignungsrecht hat. Erst nach Erlöschen des postmortalen Persönlichkeitsrechts unterliegen die sterblichen Überreste der Aneignung.<sup>31</sup> Die durch diese Rechtsansichten entstehenden Rechtsschutzlücken werden durch die Anerkennung des Totensorge-

---

<sup>27</sup> vgl. LG Ulm, Urteil v. 20.01.2012, Az.: 2 O 356/11.

<sup>28</sup> BGH MDR 1978, 299, Urteil v. 26.10.1977, Az.: IV ZR 151/76; vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 1159 (1160), Urteil v. 23.03.1989, Az.: 16 U 82/88.

<sup>29</sup> vgl. Widmann, FamRZ 1992, S. 760.

<sup>30</sup> BeckOK BGB § 90, Rn 29, § 1922, Rn 26; Palandt v. § 90, Rn 11; Zu den Einzelheiten vgl. Roth, Eigentum an Körperteilen, S. 125ff

<sup>31</sup> Prütting/Wegen/Weinreich, § 90 BGB, Rn 6.

rechts als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB und damit der Anwendbarkeit auch von § 1004 BGB weitgehend geschlossen. Mit Hilfe dieser Anspruchsgrundlagen kann jedoch regelmäßig kein aktives Tun von dem verlangt werden, der die tatsächliche Sachherrschaft über die Urne/Leiche ausübt. Die Situationen, in der sich der zur Totensorge Befugte und der Eigentümer befinden, wenn die Sache bzw. der Leichnam nicht herausgegeben werden, sind vergleichbar. Dass zur Herausgabe des Leichnams kein Anspruch geschaffen wurde, liegt daran, dass in diesem Bereich überhaupt keine geschriebenen Regelungen existieren. Es wird sich stattdessen auf das rudimentäre Gewohnheitsrecht verlassen. Damit besteht insoweit auch eine Regelungslücke: Würde man die Anwendbarkeit von § 985 (analog) insgesamt ablehnen, bestünde zwar das grundsätzliche Recht, über Art und Ort der Bestattung zu bestimmen. Es könnte aber nicht durchgesetzt werden. Soweit landesrechtlich nur Bestatter Leichnam oder Urne in Besitz nehmen dürfen, ist der Anspruch beschränkt auf die Herausgabe an einen beauftragten Bestatter.

### **3. Grenzen der rechtlichen Verpflichtung**

Einhellig wird angenommen, dass es Situationen gibt, in denen ein Angehöriger die Vollziehung des Willens des Verstorbenen verhindern kann bzw. muss.

#### **a) Gewichtige Gründe/Rechtsmissbrauch**

Eine Durchsetzung des Willens des Verstorbenen im ordentlichen Rechtsweg soll dann nicht möglich sein, wenn der sich Weigernde „gewichtige Gründe“ hat.<sup>32</sup> Das Urteil, auf das sich Gaedke hier bezieht<sup>33</sup>, sieht als Grenze für die Durchsetzung des Willens des Verstorbenen den Rechtsmissbrauch. Dieser wäre im Falle eines Umbettungsverlangens dann gegeben, wenn der Betreffende sich mit der Bestattung an einem anderen Ort unbeeinflusst von der Situation der Trauer einverstanden erklärt hat. Eine bloße Duldung reiche nach dem Urteil dafür jedoch nicht.

Eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Totensorgerechts ist damit ausgeschlossen. Dies kann man wohl in § 242 BGB („nach Treu und Glauben“) verorten.

---

<sup>32</sup> Gaedke, S. 120.

<sup>33</sup> BGH MDR 1978, 299, Urteil v. 26.10.1977, Az.: IV ZR 151/76.

## **b) § 138 BGB („Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher“)**

Solche Verfügungen sollen nichtig sein, die gegen die guten Sitten oder gegen die Pietät, also das Menschenrecht und die Menschenwürde überhaupt verstoßen.<sup>34</sup> Dem kann zugestimmt werden. Zu widersprechen ist allerdings der Schlussfolgerung, dass die Angehörigen, wenn es ihrem Pietätsgefühl widerspräche, nicht verpflichtet wären, den Leichnam wunschgemäß an ein wissenschaftliches Institut zu übergeben (sogenannte Körperspende). Dies steht auch nicht im Einklang mit der zuvor an selber Stelle getroffenen Aussage von Gaedke, dass die Anordnung objektiv einen Verstoß gegen die guten Sitten und das Pietätsgefühl darstellen muss, um als nichtig anzusehen zu sein. Primär bestimmt sich, was der Würde des Verstorbenen entspricht, nach dessen Willen. Auch die von Gaedke getroffene Differenzierung danach, ob der Wille nur formlos geäußert wurde oder zum Beispiel in Testamentsform, ist nicht überzeugend. In beiden Fällen muss der Wille des Verstorbenen als gleich bindend angesehen werden, denn eine Schriftform für die Bestattungsverfügung wird nur in wenigen ohnehin schon diskussionswürdigen Fällen vorgeschrieben.<sup>35</sup> Eine andere Frage ist, ob der mündlich geäußerte Wille bis zuletzt Bestand hatte und eindeutig war bzw. wie weit er nachweisbar ist. Auch wenn sich die Würde des Verstorbenen primär nach dessen Willen bestimmt, gibt es doch eine objektive äußere Grenze. Diese ist dann überschritten, wenn der Verstorbene selbstverachtend eine menschenunwürdige Entsorgung beauftragen würde. Solche Fälle wären jedoch schon nach c) ausgeschlossen.

Sicherlich ist auch regelmäßig der Wunsch einer Bestattung sittenwidrig, die weit über die „standesgemäße“ hinausgeht und den Nachlasswert erheblich überschreitet. Sind die Kosten der standesgemäßen um mehr als 100 Prozent überschritten, ist davon auszugehen, dass der Wunsch nichtig ist.

## **c) § 134 BGB („Gesetzliches Verbot“)**

Eine absolute Grenze stellt das Bestattungsrecht dar. Wünscht der Verstorbene eine gesetzlich nicht zulässige Bestattungsart, können die Angehörigen an diesen Wunsch nicht gebunden sein. Er ist dann nach § 134 BGB nichtig. Bestimmt der Verstorbene seine Bestattung im Ausland, gilt das dortige Recht. Infolgedessen kann auch zum Beispiel der Wunsch nach einer Diamantbestattung zu beachten sein.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Gaedke, S. 120.

<sup>35</sup> In Nordrhein-Westfalen für Seebestattung und Ascheverstreung, nach Gesetzesänderung demnächst wohl nicht mehr.

<sup>36</sup> In einem entsprechenden Fall wurde dies dann auch deshalb nur verhindert, weil der „ernstliche Wille“ des Verstorbenen nicht nachweisbar war: AG Wiesbaden, Urteil vom 3.4.2007, Az.: 91 C 1274/07; zur grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit dieser Art der Bestattung: Spranger, Friedhofskultur 9/2009, S. 16f.

#### d) **Finanzierbarkeit**

Reicht das Geld aus dem Nachlass nicht für die gewünschte Bestattung aus, ist fraglich, inwieweit sich dies einschränkend auswirkt. Die Faktische Begrenzung wurde bereits erwähnt: Sind sich alle Totensorgeberechtigten einig, kann kein Außenstehender die wunschgemäße Bestattung einklagen. Will jedoch einer der Totensorgeberechtigten die Bestattung entgegen dem Willen des Verstorbenen verhindern, kann er dies mit den zuvor beschriebenen Mitteln rechtlich bewirken. Wie bereits erwähnt kann unter Umständen der Wunsch einer überteuerten Bestattung jedoch aufgrund Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig sein. Derjenige, der bei nicht ausreichendem Nachlass die gewünschte Bestattung veranlasst, kann nicht unbedingt die vollen Kosten ersetzt erhalten: Soweit es sich bei der gewünschten Bestattung lediglich um eine einfache, würdige, ortsübliche handelt und es dem Totensorgeberechtigten selbst an den finanziellen Möglichkeiten mangelt, steht ihm der Anspruch auf Kostenerstattung nach § 74 SGB XII zur Seite. Die Kosten einer „standesgemäßen“ Bestattung haben die Erben nach § 1968 BGB gemeinsam zu tragen. Allerdings können sie zum einen das Erbe ausschlagen und zum anderen mit Hilfe der sogenannten „Dürftigkeitseinrede des Erben“ (§ 1990 BGB) die Haftung auf den Nachlass beschränken. So bekäme der die Bestattung Veranlassende im Ergebnis nur den Betrag ersetzt, der im Nachlass vorhanden ist, und auch maximal den für eine „standesgemäße“ Bestattung.

Es kann also grundsätzlich jeder der Angehörigen (also auch nachrangig Totensorgeberechtigte) die dem Wunsch des Verstorbenen widersprechende Bestattung verhindern und nach den obigen Ausführungen die wunschgemäße mit Hilfe des Herausgabeanspruchs bewirken. Er wird jedoch dann auf den Kosten der Bestattung regelmäßig zum Teil alleine „sitzen bleiben“. In solchen Fällen kann es daher sehr verständlich sein, wenn die Angehörigen entgegen ihrer eigentlichen rechtlichen Verpflichtung handeln. Ist niemand bereit, sich um die Bestattung zu kümmern, kommt es zu einer Ordnungsamtsbestattung. Bei dieser werden die Kosten den nach dem Bestattungsgesetz des jeweiligen Landes entsprechenden Bestattungsverpflichteten auferlegt. Das Amt muss und darf dann nur das absolute Minimum, das zu einer gerade noch würdigen Bestattung notwendig ist, veranlassen. Da aus dem Totensorgerecht keine Bestattungspflicht resultiert<sup>37</sup>, handeln lediglich die nach den Landesgesetzen Bestattungspflichtigen in einer mit Rechtsfolgen bedachten Weise rechtswidrig, die nicht wenigstens für eine einfachste Bestattung sorgen. So ist in vielen Bundesländern die Verletzung der Bestattungspflicht auch eine Ordnungswidrigkeit.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> A.A. obiter dictum des BGH, Beschluss v. 14.12.2011, Az.: IV ZR 132/11.

<sup>38</sup> Lediglich in Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein nicht.

### III. Die Verbindlichkeit von Vorsorgeverträgen

Zunächst ist festzustellen, was für eine Art Vertrag zwischen Bestatter und Kunden geschlossen wird, denn davon hängt ab, welche Regelungen zur Beurteilung einschlägig sind: Es handelt sich um einen „Vertrag eigener typischer Art“.<sup>39</sup> Er ist im Kern ein Werkvertrag, so dass vor allem die werkvertraglichen Regelungen des BGB Anwendung finden. Aber als gemischter Vertrag können in Teilleistungsbereichen, soweit deren Wesen einer anderen Vertragsart entspricht, auch deren Regelungen anzuwenden sein.

Grundsätzlich ist jeder Werkvertrag wie auch der Bestattungsvertrag frei kündbar, das heißt es muss kein (wichtiger) Grund für eine Kündigung vorliegen (vgl. § 649 S. 1 BGB, „Kündigungsrecht des Bestellers“). Wird jedoch eine freie Kündigung vorgenommen, ist der Vertragspartner nach § 649 S. 2, 3 BGB berechtigt, die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen zu verlangen. Dies entspricht in etwa dem Reingewinn, den der Bestatter erzielt hätte. Dabei wird grundsätzlich nach Satz 3 vermutet, dass ihm jedenfalls 5 Prozent der vereinbarten Vergütung zustehen. Beide Seiten können jedoch Gegenteiliges darlegen und beweisen.

Die Kündigungsmöglichkeit kann nicht insgesamt ausgeschlossen werden, da es dem Vorsorgenden immer noch möglich sein muss, seine Wünsche bezüglich der Beisetzung zu verändern.<sup>40</sup> Noch nicht ausdrücklich entschieden ist die Frage, ob die Kündigungsmöglichkeit als höchstpersönliches Recht des Vorsorgenden vereinbart und damit das Kündigungsrecht für Rechtsnachfolger (Erben) ausgeschlossen werden kann. Dies wird man mit der Rechtsprechung zum Abschluss von Dauergrabpflege bzw. dem entsprechenden Treuhandvertrag<sup>41</sup> annehmen müssen. Denn es kann ein nachvollziehbares Interesse daran bestehen, die Kündigungsmöglichkeit für die Erben auszuschließen, um einer Gefährdung einer Bestattung nach dem eigenen Willen vorzubeugen.

Eine (noch sicherere) Bindung an den Vertrag kann auch dadurch erreicht werden, dass der Bestatter als Totensorgeberechtigter bestimmt wird, der notfalls gegen den Willen der Angehörigen den Willen des Verstorbenen vollziehen darf.

Zumindest unterstützend kann des Weiteren auch in einem Testament ein mit der Totensorge betrauter Testamentsvollstrecker bestimmt werden.<sup>42</sup> Faktisch ist es jedoch immer problematisch, eine Bestattungsverfügung in einem Testament zu äußern. Denn bis das Testa-

---

<sup>39</sup> Widmann, Der Bestattungsvertrag, S. 5.

<sup>40</sup> Widmann, Der Bestattungsvertrag, S. 205f.

<sup>41</sup> BGH, Urteil v. 12.03.2009, Az.: III ZR 142/08.

<sup>42</sup> Dies schlagen insbesondere vor: Widmann, Der Bestattungsvertrag, S. 206f und Gaedke, S. 119.

ment eröffnet und zum Beispiel der Testamentsvollstrecker in seinem Amt mittels der entsprechenden Urkunde bestätigt ist, ist der Betroffene längst bestattet worden. Daher sollte eine Bestattungsverfügung grundsätzlich getrennt vom Testament verfasst werden.

#### **IV. Fazit**

Der Vorsorgende kann seine Bestattungswünsche verbindlich festlegen. Solange ein Totensorgeberechtigter vorhanden ist, der auch willens ist, diesen durchzusetzen, werden die Wünsche auch befolgt. Dabei sind nur rechtlich zulässige Wünsche zu berücksichtigen. Auch ein nachrangig Totensorgeberechtigter kann die Vollziehung des Willens des Verstorbenen notfalls im Gerichtswege durchsetzen. Eine faktische Grenze der Willensbefolgung liegt in einer einstimmig abweichenden Handhabung aller Totensorgeberechtigten (nahen Angehörigen) und eines eventuell ausdrücklich mit der Totensorge Betrauten Dritten. Diese Situation ist dann leider gemäß dem Sprichwort „Wo kein Kläger, da kein Richter“ zu beurteilen. Eine Problematik liegt häufig insbesondere darin festzustellen, ob ein eventuell früher geäußerter Wille für die heutige Situation noch gilt, bzw. ob der Verstorbene seine Ansicht nicht inzwischen geändert hat.