FEUERBESTATTUNGS-VEREIN
CHUR

Sekretariat
Postfach 348
7002 Chur
Tel. 081 252 59 16

Tod, was tun? Was gilt?

Grundlagen und Rechtsregeln im Bereiche von Tod und Bestattung

I. Präambel

Geburt und Tod, Anfang und Ende der Persönlichkeit, sind natürliche Vorgänge; sie treten täglich auf dem Globus in einer riesigen Vielzahl von Fällen auf.

Die Geburt wird als freudiges, der Tod als trauriges Ereignis empfunden, sofern wir denn die engeren Verwandten des Neugeborenen oder der verstorbenen Person und ihre Familie oder die Person selber kennen oder kannten.

Anfang und Ende der Persönlichkeit eines Menschen werfen eine Vielzahl von Fragen auf und es existierten auch eine Vielzahl von diesbezüglichen Regeln und Normen, die es zu beachten gilt; dies gilt nicht nur für die Angehörigen und Hinterbliebenen sondern für einen weiten Kreis von Personen, für Unternehmungen, Ämter und Behörden. Angehörige, Ärzte, Zivilstandsämter, Bestatter, Bestattungsunternehmungen, Kremationsunternehmungen, Untersuchungsbehörden etc. kommen mit diesem fundamentalen und elementaren Ereignissen in direkten Kontakt. Entsprechend gross ist die Regelungsdichte, wenngleich sie bei genauerer Betrachtung teilweise dennoch als lückenhaft erscheinen mag.

Es stellt sich also die Frage, was gilt im Falle des Ablebens einer Person?

Bei der Beantwortung dieser Frage sind in systematischer Hinsicht eine **rein zivilrechtliche** und eine **öffentlich-rechtliche** Ebene voneinander zu unterscheiden. Diese können wie folgt umschrieben werden:

- Vereinfacht ausgedrückt regelt die zivilrechtliche Ebene das Verhältnis der Rechtssubjekte, also der Menschen, unter sich – sie befinden sich auf der gleichen Ebene. Man kann also sagen, dass es sich bei den zivilrechtlichen Regeln um solche handelt, die quasi horizontal - unter gleichberechtigten Menschen - Gültigkeit beanspruchen. Darum werden die betreffenden Regelungen in ihrer Gesamtheit auch „das Privatrecht“ genannt.

- Demgegenüber regelt die öffentlich-rechtliche Ebene oder das öffentliche Recht - grob umschrieben - das Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Bürgern respektive das Verhältnis des Staats oder der Staatsgewalt zu den Staatsbürgern oder den Menschen. Es handelt sich - bildlich gesagt - um eine vertikale Beziehung, weil der Staat nicht auf der gleichen Stufe mit seinen Bürgern steht, sondern ihnen übergeordnet ist. Er regiert, in eng umrissenen Grenzen, gleichsam von oben herab.

Bereits diese Unterscheidung zwischen privat-rechtlichem und öffentlich-rechtlichem Rechtsgebiet gibt einen Hinweis darauf, welche Regelungen in welchen der beiden Rechtsgebiete enthalten sein könnten:

- Das öffentliche Recht regelt das Bestattungswesen als solches, weil das Bestattungswesen eine öffentliche Staatsaufgabe darstellt.

- Demgegenüber regelt das private Recht den Anfang und das Ende der Persönlichkeit, wobei uns insbesondere das Ende interessiert. Überdies werden vom Privatrecht die Beziehungen der Hinterbliebenen untereinander aber auch im Verhältnis zu privaten Unternehmungen, so etwa zu privaten Bestattungsunternehmungen etc. geregelt.

Im Folgenden wird dargetan, wo und wie auf Bundes-, kantonaler und städtischer Ebene die öffentlich-rechtlichen Regelungen bezüglich der Staatsaufgabe „Bestattungswesen“ getroffen worden sind und welche Erlasse massgeblich sind. Alsdann wird im Einzelnen aufgezeigt, wo und wie demgegenüber im Zivilrecht der Anfang und das Ende der Persönlichkeit geregelt sind und schliesslich wird in einem dritten Teil erläutert, wie die Schnittstellen

zwischen verstorbenen Personen, Hinterbliebenen und den Bestattungsunternehmungen sowie dem Feuerbestattungsverein Chur als privatrechtlichen Verein geregelt sind.

Insbesondere das Verhältnis zwischen dem Feuerbestattungsverein und den privaten Bestattungsunternehmungen respektive den Gemeindebehörden ist das „täglich Brot“ des Feuerbestattungsvereins, weshalb es wichtig ist, die für dieses Verhältnis massgeblichen Regeln, die für jede Kremation gelten, zu kennen. Es handelt sich dabei um ausserordentliche wichtige Regelungen, welche direkte Konsequenzen für unser Verhältnis haben.

II. Die öffentlich-rechtliche Regelung des Bestattungswesens.

1. Art. 7 der schweizerischen Bundesverfassung als Rechtsgrundlage im Bundesrecht für die Regelung des Bestattungswesens.

Es gilt der Grundsatz:

Die Ordnung des Bestattungswesens ist grundsätzlich Sache der Kantone.

Obwohl somit also das Bestattungswesen Sache der Kantone ist enthält dennoch die Bundesverfassung vom 18.04.1999 eine Regelung, nämlich den Grundsatz:

> *„Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.“*

Diese Bestimmung hat Konsequenzen. Im Entscheid BGE 125 I 306 hat das schweizerische Bundesgericht entschieden, dass eben diese Verfassungsgarantie der Menschenwürde auch das Recht auf ein *schickliches Begräbnis* in sich schliesse.

Die alte Bundesverfassung enthielt in Art. 53 Abs. 2 BV den Grundsatz, dass die Verfügung über das Bestattungswesen den bürgerlichen Behörden zustehe. Damit wurde also eine Kompetenz geregelt.

Die neue Bundesverfassung vom 18.04.1999 weist mit Art. 72 Abs. 2 BV diese Kompetenz den Kantonen zu. Dies ergibt sich auch aus der allgemeinen Polizeihoheit und es findet insbesondere auch Ausdruck in Art. 118 BV. Art. 118 BV enthält nämlich im Bereiche des

Schutzes der Gesundheit keine Bundeskompetenz bezüglich des Bestattungswesens, was nichts anderes bedeutet, als dass diese Kompetenz den Kantonen zusteht.

Mit der gleichen Kompetenzordnung wurden erstmals in der alten Verfassung der Eidgenossenschaft aus dem Jahre 1874 Aufgaben, die früher weitgehend von der Kirche besorgt worden waren, den staatlichen Behörden übertragen, wie das Schulwesen, das Zivilstandswesen etc. (vgl. auch: U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, Rn 1231 ff). Die Ordnung dieser Aufgaben steht in direktem Zusammenhang mit der Gewährung der Religionsfreiheit. Durch die Verankerung der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit in der Bundesverfassung wurde die Neutralität der Staatsgewalt gegenüber den Konfessionen festgelegt. Deshalb musste der Bund auch diejenigen Einrichtungen, die vorher konfessionell geprägt waren, unter die Herrschaft des staatlichen Rechts stellen (F. Fleiner/Z. Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 345 ff sowie: J. P. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 55, der wie Fleiner/Giacometti in Art. 53 Abs. 2 aBV einen Anwendungsfall von Art. 49 Abs. 2 aBV sieht; vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 53 Abs. 2 aBV: A. Mächler, das Begräbniswesen nach schweizerischem Bundesrecht, Diss. Bern 1892, S. 36 ff).

Aufgrund dieser Kompetenzordnung haben die bürgerlichen oder staatlichen Behörden, also nicht die geistlichen oder kirchlichen Behörden, die Kompetenz, über die Begräbnisplätze so zu verfügen, dass sie alle Anordnungen treffen können, um die öffentliche Ordnung auf einem Friedhof zu wahren und die Schicklichkeit jeder Beerdigung zu sichern. Den Inhalt dieses Verfügungsrechtes hat das eidgenössische Recht - abgesehen von der Sorge für schickliche Begräbnisse - nicht bestimmt. Dieses Verfügungsrecht gliedert sich in zwei verschiedene Funktionen, nämlich:

a. In die Friedhofspolizei, d. h. die Aufsicht über die Wahrung der sanitärischen Anforderungen bezüglich der Gräberanlagen, der öffentlichen Ordnung der Begräbnisplätze, Schutz der Gräber, Wahrung der Pietät hinsichtlich der Grabdenkmäler und der Grabinschriften, Ausschluss von Inschriften und Symbolen, welche die Weihe und den Ernst des Friedhofes verletzen oder gegen die guten Sitten verstossen und

b. in die eigentlichen Verwaltung des Friedhofsbetriebes.

Dieses Verfügungsrecht beinhaltet also insbesondere die Kompetenz zur Anordnung sämtlicher Massnahmen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung dienen (vgl. hierzu: D. Dicke, in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.05.1874, Basel, Zürich, Bern 1987 ff, Rn 8 zu Art. 53). Dabei gilt es zu beachten, dass die Friedhofpolizei, d. h. sowohl die Aufstellung wie auch die Handhabung der Normen, Sache der Kantone ist. Das Bundesrecht auferlegt den bürgerlichen Behörden lediglich die Pflicht, das zu einer schicklichen Beerdigung Erforderliche anzuordnen.

Damit ist die diesbezügliche Kompetenzaufteilung klar. Das Bestattungswesen ist Aufgabe der Kantone.

2. Die Besorgung des Bestattungswesens ist nach dem kantonalen Recht des Kantons Graubünden Aufgabe der Einwohnergemeinden.

Was hat nun der Kanton Graubünden aus dieser Kompetenzzuordnung in der schweizerischen Bundesverfassung gemacht?

Art. 87 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Graubünden lautetet wie folgt:

> *„Der Kanton regelt das öffentliche Gesundheitswesen.“*

Gestützt auf diese Regelung hat der Kanton Graubünden das vom Volk angenommene Gesundheitsgesetz erlassen, welches in Art. 12 folgende Bestimmung enthält:

> *„Die Gemeinden sind zuständig für die örtliche öffentliche Gesundheitspflege und Gesundheitspolizei sowie für Aufgaben, die ihnen durch eidgenössische und kantonale Gesetze übertragen sind.*
>
> *Sie überwachen insbesondere die Umwelt und Wohnhygiene, treffen Massnahmen gegen allgemeine gesundheitsgefährdende und gesundheitsschädliche Beeinträchtigung, besorgen das* ***Friedhof- und Bestattungswesen*** *und sorgen für stationäre Angebote für die Pflege und die Betreuung von Langzeitpatienten und von betagten Personen, die häusliche Pflege und Betreuung, die Mütter- und Väterberatung, die Säuglingspflege, den schulärztlichen und den schulzahnärztlichen Dienst.*

Die Gemeinden können diese Aufgaben auch an geeignete öffentliche oder private Institutionen sowie an Privatpersonen übertragen oder im Rahmen von Gemeindeverbindungen lösen.“

Der Kanton Graubünden hat mit dem Erlass dieser Bestimmung seine Aufgaben im Bereiche des Bestattungswesens an die Gemeinden weiter delegiert, freilich nicht, ohne selber einige spezialgesetzliche Regelungen, die für uns massgebend sind, zu erlassen. Zu nennen sind insbesondere:

- Die Regierungsverordnung über das Bestattungswesen (BR 508.100)
- Das Dienstreglement für Bezirksärzte (BR 502.100)
- Die Grossratsverordnung über die Mitwirkung der Medizinalpersonen im Strafverfahren über die Abklärung aussergewöhnlicher Todesfälle (BR 305.070) Darauf wird später einzugehen sein.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Regelung denn die Stadt Chur, wo der Feuerbestattungsverein seinen Sitz und sein Krematorium hat, getroffen hat.

Die Stadt Chur hat durch den Erlass des Friedhofgesetzes von der kantonalen Kompetenzdelegation Gebrauch gemacht. Das „*Friedhofgesetz*“ regelt alle Belange des Bestattungs- und Friedhofwesens auf dem Gebiet der Stadt Chur; ferner die „*Friedhofordnung*“ und schliesslich setzt dieses Gesetz den Tarif für das Bestattungs- und Friedhofwesen fest.

Obwohl alle diese Gesetze, so insbesondere aber die „*Verordnung über das Bestattungswesen*“ und die „*Verordnung über die Mitwirkung der Medizinalpersonen im Strafverfahren über die Abklärung aussergewöhnlicher Todesfälle*“ wesentliche Regelungen enthalten, geben sie keineswegs erschöpfend Auskunft über das, was Bestatter oder Personen, die damit in häufigem Kontakt stehen, wissen müssen. Dafür sind weitergehende Regelungen zu beachten.

3. Massgebliche Bestimmungen gemäss weiteren Rechtsquellen im Falle des Todes einer Person.

Was ist zu beachten, wenn eine Person gestorben ist? Wann ist eine Person überhaupt gestorben? Wer darf das feststellen und wie wird das festgestellt? Wann darf eine Person eingesargt und kremiert oder bestattet werden und wie muss die Prozedur nach dem Einsargen eines Leichnams sein?

Das sind hier die wesentlichen Fragen, über die Aufschluss erteilt werden soll.

A. Anfang und Ende der Persönlichkeit

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Privatrecht, auch genannt das Zivilrecht, die für das gesamte Staatsgebiet der Schweiz geltende Regelungen enthält, welche festlegen, wann der Anfang und/oder das Ende der Persönlichkeit eingetreten sind. Hier interessiert insbesondere das Ende der Persönlichkeit.

a. Massgebend sind zunächst die Normen des schweizerischen Zivilgesetzbuches und zwar jene des ersten Teils, des Personenrechtes. Insbesondere bestimmt Art. 31 ZGB folgendes:

> *„Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode.“*

b. Art. 32 ZGB bestimmt sodann, dass jener, der sich darauf beruft, dass eine Person lebe oder gestorben sei, hierfür die Beweislast trägt. Laut Art. 33 ZGB stehen als Beweismittel für Geburt oder Tod einer Person Zivilstandsurkunden zur Verfügung und sofern solche nicht zur Verfügung stehen kann der Beweis des Lebens oder des Todes einer Person auf beliebige andere Weise erbracht werden, sofern er (der Beweis) nur schlüssig ist.

c. Art. 49 ZGB schliesslich bestimmt, dass die Kantone die Zivilstandskreise festlegen, welche im Rahmen des Bundesrechtes die notwendigen Ausführungsbestimmungen erlassen.

Diese Regelungen geben bereits einige Antworten, allerdings ist es natürlich nicht ganz so einfach, wie es scheinen mag. Insbesondere die Frage, wann ein Mensch als tot zu betrachten ist, birgt eine gewisse Brisanz. Diese Frage hat auch Bedeutung im Zusammenhang mit der Technik der Organtransplantation oder den Techniken der Reanimation usw.

Der Gesetzgeber hat diese Frage bewusst nicht im Gesetzt direkt geregelt, hingegen hat sich die privatrechtliche Stiftung „Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften“ der Materie angenommen und im Jahre 1969 die Richtlinien für die Definition und Diagnose des Todes herausgegeben. Nach diesen Richtlinien ist der Hirntod, d. h. das Vorliegen eines irreversiblen Funktionsausfalls des Gehirns, für den Todeszeitpunkt massgebend. Diese Richtlinien hat das schweizerische Bundesgericht im Entscheid BGE 98 I a. 512/513 E. 3. a. gutgeheissen. Seither gelten diese Richtlinien zur Bestimmung ob und wann der Tod einer Person eingetreten ist.

B. Wie wird der Tod einer Person von wem festgestellt?

Unbesehen davon, ob der beschriebene Hirntod bei einer Person eingetreten ist oder nicht, stellt sich die Frage, wer denn befugt ist, festzustellen, dass der Hirntod im erwähnten Sinne eingetreten ist und wie diese Feststellung zu treffen ist. Dass diese Frage für uns von entscheidender Relevanz ist, liegt auf der Hand. Man stelle ist nämlich vor, Jedermann stünde diese Feststellungskompetenz zu; dies würde sehr bald und in vielen Fällen dazu führen, dass lebende Personen eingesargt und verbrannt respektive bestattet würden. Solches wäre natürlich nicht haltbar.

a. Kompetenz zur Feststellung des Todes einer Person

Die Zivilstandsverordnung, auf welche bereits das schweizerische Zivilgesetzbuch in den erwähnten Regelungen hinweist, bestimmt nun etwa in Art. 34 ZStV, wer zur Meldung von Geburten und Todesfällen verpflichtet ist. Es handelt sich um Direktionen von Kliniken, Heimen und Anstalten, Behörden, die von der Geburt oder dem Todesfall Kenntnis erhalten, zugezogene Ärzte oder zugezogene Hilfspersonen, Familienangehörige, andere anwesende Personen, die namentlich beim Tod einer unbekannten Person zugegen waren oder deren Leiche fanden, Kommandanten eines Luftfahrzeuges sowie Kapitäne von Schiffen etc.

Gemäss Art. 35 ZStV müssen die Meldungen von Todesfällen innert zwei Tagen seit Eintritt des Todes beim Zivilstandsamt schriftlich oder durch persönliche Vorsprache erfolgen.

Wird der Tod oder die Todgeburt gemeldet, ist zugleich eine ärztliche Bescheinigung einzureichen.

Damit ist also klar, dass die Kompetenz zur Feststellung, ob der Tod gemäss den Richtlinien für die Definition des Todes der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaft eingetreten ist, ausschliesslich bei einem Arzt liegen kann und zwar bei einem in der Schweiz zugelassenen und daselbst noch praktizierenden Arzt.

b. Bestattungszeitpunkt, Todesschein und Bestattungsbewilligung

Wird ein solcher Todesfall korrekt gemeldet, stellt sich die Frage, wann die Leiche bestattet werden darf. Diesbezüglich bestimmt Art. 36 ZGB, dass erst nach der Meldung des Todes oder des Leichenfundes die Leiche bestattet oder ein Leichenpass ausgestellt werden darf. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung kann in Ausnahmefällen die nach kantonalem Recht zuständige Stelle die Bestattung erlauben oder den Leichenpass ausstellen, ohne dass eine Bestätigung der Anmeldung eines Todesfalles vorliegt. Hat hingegen, was augenscheinlich auch vorkommen kann, eine Bestattung oder die Ausstellung eines Leichenpasses vor der Meldung des Todes und ohne behördliche Bewilligung stattgefunden, darf die Eintragung des Todes nur mit Bewilligung der Aufsichtsbehörde vorgenommen werden.

In eben dem genannten Zusammenhang ist auf die erwähnte Verordnung des Kantons Graubünden über das Bestattungswesen hinzuweisen. Gemäss dieser Verordnung dürfen eine Leicheneinsargung respektive die Einsargung eines Verstorbenen erst nach der Feststellung des Todes durch einen in der *Schweiz berufstätigen Arzt* erfolgen. Dieser Arzt hat nach Abs. 2 von Art. 2 der nämlichen Verordnung einen *Todesschein* auszustellen, der als Bestattungsbewilligung gilt. Mit diesem Todesschein ausgestattet, darf die Einsargung also erfolgen, allerdings nur, wenn dieser Todesschein tatsächlich auch vorliegt.

Für das Bestattungsunternehmen bedeutet dies somit, dass die Einsargung einer verstorbenen Person nicht erfolgen darf, ohne dass dem Bestatter ein solcher Todesschein ausgehändigt worden ist und zwar durch einen in der Schweiz zugelassenen Arzt, der zugleich erklärt, dass eine bestimmte Leiche zu einem bestimmten Todesschein gehört.

Hierüber hat sich ein jeder Bestattungsunternehmer ein jedes Mal mit aller Sorgfalt zu versichern und sich davon zu vergewissern.

Wesentlich ist sodann, dass in dringenden Fällen Ausnahmen gestattet sind. Nach Abs. 2 von Art. 2 der Verordnung über das Bestattungswesen entscheidet darüber, ob ein solcher dringlicher Fall vorliegt, ebenfalls ein in der Schweiz zugelassener und berufstätiger Arzt.

Wesentlich für das Bestattungsunternehmen ist sodann, dass Erdbestattungen und Kremationen frühestens 48 Stunden nach dem Hinscheiden erfolgen dürfen. Im Verhältnis zum Feuerbestattungsverein Chur bedeutet dies somit, dass zu jeder eingesargte Leiche ein Todesschein gehört, aus welchem für den Feuerbestattungsverein ersichtlich ist, dass die eingesargte Leiche mit jener auf dem Todesschein identisch ist und, wann die fragliche Person verschieden ist. Ohne dass diese Voraussetzung erfüllt und die Unterlagen vorhanden sind, erfolgen keine Kremation und keine Erdbestattung.

c. Zuständigkeit zur Bestimmung über die Art der Bestattung/Leichenverfügung

Für den Feuerbestattungsverein und natürlich auch für die Bestattungsunternehmungen und die umliegenden Gemeinden, welche die Dienste des Feuerbestattungsvereins Chur beanspruchen, stellt sich im Falle des Todes einer Person immer die Frage, welche hinterbliebenen Personen sind berechtigt, darüber zu befinden, was mit der Leiche geschieht, wie diese zu bestatten ist, ob etwa eine Erdbestattung zur Diskussion steht oder eine Kremation etc.

Mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht im Entscheid BGE 101 II 177 ff befasst. Das Bundesgericht hat unter anderem folgendes entschieden:

> *Den **Angehörigen** eines Verstorbenen steht nach der in der Schweiz herrschenden Rechtsauffassung in den Schranken der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten ein **Bestimmungsrecht über dessen Leichnam** zu. Dieses mit dem Eigentum vergleichbare, aber nicht vom Sachenrecht beherrschte Recht ist ein Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und hat seinen Sitz in Art. 28 ZGB. Es beruht auf der engen Verbundenheit mit dem Verstorbenen und schützt die sich daraus ergebende besondere Gefühlsbeziehung. Das Recht der Angehörigen, über den Leichnam zu bestimmen und unbefugte Eingriffe in diesen abzuwehren, ist allerdings begrenzt durch das **Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen selbst, zu seinen Lebzeiten über das Schicksal***

seines Leichnams und die Art der Bestattung zu verfügen. *Soweit der Verstorbene von dieser Verfügungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, muss das Bestimmungsrecht der Angehörigen zurücktreten.*

Hat der Verstorbene jedoch hierüber keine Anordnungen getroffen, ist es grundsätzlich Sache seiner ***nächsten Angehörigen****, über das Schicksal des Leichnams zu entscheiden, allfällige Eingriffe wie eine Organentnahme oder Sektion zu gestatten sowie die Art und den Ort der Bestattung zu bestimmen. Dieses mit der so genannten* ***Totenfürsorge*** *eng verbundene Recht steht* ***den Angehörigen*** *um ihrer eigenen Persönlichkeit willen zu. Es ist nicht etwa vom Verstorbenen auf sie übergegangen, wie dies bei den Vermögensrechten der Fall ist. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Unvererblichkeit der Persönlichkeitsrechte. In einem gewissen Sinne kann wohl auch von Nachwirkungen der Persönlichkeit des Verstorbenen gesprochen werden. Da die Persönlichkeit jedoch mit dem Tode endet (Art. 31 Abs. 1 ZGB), können Persönlichkeitsgüter Verstorbener nur von deren Angehörigen gewahrt werden, und zwar so, dass diese sich hiefür auf ihr eigenes Persönlichkeitsrecht stützen (EGGER, N. 15/16 zu Art. 31 und N. 49 zu Art. 28 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 70/71 des Systematischen Teils des Kommentars zum Sachenrecht; HINDERLING, Nochmals zur Frage der Zulässigkeit von Organübertragungen, SJZ 1969 S. 235; GAUGLER, Über die rechtliche Zulässigkeit der klinischen Leichensektion, SJZ 1938/39 S. 339 ff.; JÖRG P. MÜLLER, Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR 1971 I S. 467 ff.; JÄGGI, a.a.O. S. 168a N. 52; GRIOT, Das Recht am eigenen Körper auf Grund des Art. 28 ZGB, Zürcher Diss. 1921, S. 24 ff. und 48 ff.; W. VON TOBEL, Das Recht am toten Körper, Zürcher Diss. 1946, insbes. S. 22 ff. und 28 ff.; vgl. auch BGE 97 I 228 ff. Erw. 4b; 70 II 130 ff.).*

Im vorliegenden Fall ist ***davon auszugehen, dass der Verstorbene keinerlei Verfügungen über das Schicksal seines toten Körpers*** *hinterlassen hatte. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz vermochten die Kläger auch nicht darzutun, dass ein Eingriff wie die Herzentnahme mit den Überzeugungen ihres Sohnes unvereinbar gewesen wäre. Die* ***nächsten Angehörigen*** *des Verstorbenen waren somit - selbstverständlich immer im Rahmen der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten - frei zu bestimmen, was mit dem Leichnam zu geschehen habe. Es lag daher grundsätzlich auch an ihnen zu entscheiden, ob eine Organentnahme vorgenommen werden dürfe.* ***Dieses Recht stand ihnen auf Grund von Art. 28 ZGB um ihrer Persönlichkeit willen zu.***

Hinterlässt ein Verstorbener wie hier ***mehrere nahe Angehörigen****, so stellt sich die Frage, welcher von ihnen dazu berufen sei, über das Schicksal des Leichnams zu bestimmen. Die Vorinstanz nahm an, das Bestimmungsrecht habe nicht den Klägern, sondern ausschliesslich der Ehefrau des Verstorbenen zugestanden. Bei einer Mehrheit von Angehörigen könne nicht jeder zur Totenfürsorge berufen sein. Es komme weder eine einstimmige Entschliessung aller, noch ein Vetorecht einzelner, noch der Entscheid einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit in Frage. Zuständig könne immer nur der nächste Angehörige sein, dessen Befugnis die*

Berufung der im Range Nachfolgenden ausschliesse. Das müsse auch für den Fall gelten, dass der nächste Angehörige nicht erreichbar sei oder sich einer Entscheidung entschlage. Es ergebe sich dies aus der Natur der Sache im Hinblick auf eine praktikable Lösung. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle entspreche übrigens die Beziehung, die zwischen einem Verstorbenen und seinen Angehörigen bestanden habe, der im Erbrecht massgebenden Rangfolge der Verwandtschaft.

Gründe der Praktikabilität dürfen jedoch, wie die Kläger mit Recht geltend machen, für die Bestimmung des oder der Berechtigten nicht ausschlaggebend sein. ***Die Befugnis, Eingriffe in einen Leichnam zu untersagen oder zu gestatten, ist nach Möglichkeit aus der Natur des in Frage stehenden Rechtes abzuleiten und nicht im Hinblick darauf festzulegen, Organtransplantationen nicht übermässig zu erschweren.***

Das ***Entscheidungsrecht der Angehörigen beruht nun aber auf ihrer seelisch-geistigen Beziehung zum Verstorbenen*** *und auf ihrem Pietätsgefühl. Es entspräche der höchstpersönlichen Natur dieser Rechtssphäre* ***nicht,*** *wenn sich die Entscheidungsbefugnis* ***einfach nach der Erbfolgeordnung*** *richten würde****. Massgebend muss vielmehr die Stärke der Verbundenheit*** *mit dem Toten sein (EGGER, N. 16 zu Art. 31 ZGB; GAUGLER, a.a.O. S. 344 Anm. 34; von TOBEL, a.a.O. S. 29 f.; vgl. auch HAFTER, Leichensektion und Strafrecht, ZStrR 1946 S. 394). Wenn das Bestimmungsrecht über den Leichnam Teil des Persönlichkeitsrechts der Angehörigen des Verstorbenen bildet, ist die* ***Entscheidungsbefugnis richtigerweise in erster Linie demjenigen zuzuerkennen, der mit dem Verstorbenen am engsten verbunden war und der deshalb durch den Verlust am stärksten betroffen wurde.*** *Es liegt eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Genugtuungsanspruch infolge Tötung vor. Bestand und Umfang dieses Anspruchs richten sich ebenfalls massgebend nach der Nähe der tatsächlichen Beziehungen des Ansprechers zum Getöteten (OFTINGER, a.a.O., Bd. I, S. 259/60).*

Widerspricht es nach dem Gesagten dem Wesen des Persönlichkeitsrechtes, den Kreis der Berechtigten nach starren Regeln bestimmen zu wollen, so ist anderseits nichts dagegen einzuwenden, im Sinne einer ***Richtschnur von einer Rangfolge der Angehörigen*** *auszugehen, die* ***nach der Lebenserfahrung der Verbundenheit mit dem Verstorbenen in aller Regel Rechnung*** *trägt.*

So spricht wohl eine ***Vermutung*** *dafür, dass der* ***Ehegatte eines Verstorbenen mit diesem enger verbunden war als dessen Eltern****. Bis zum Beweise des Gegenteils wird daher das Bestimmungsrecht über den Leichnam in erster Linie dem überlebenden Ehegatten zuzuerkennen sein (in dieser Richtung geht die Rechtsprechung in Frankreich, was die Bestimmung der Begräbnisstätte betrifft, vgl. R. LINDON, La création prétorienne en matière de droits de la personnalité, Paris 1974, S. 195 ff.; vgl. auch BGE 54 II 92 Erw. 2). Ergibt sich aber wie hier, dass unter den Ehegatten keine Eintracht herrschte und schon seit längerer Zeit*

keine Lebensgemeinschaft mehr zwischen ihnen bestand sowie dass urteilsfähige Nachkommen nicht vorhanden waren, kann den Klägern als Eltern des Verstorbenen das Recht, über den Leichnam zu verfügen, nicht aberkannt werden (vgl. auch VON TOBEL, a.a.O.). In einem solchen Fall spricht die Vermutung vielmehr dafür, dass die ***persönlichen Beziehungen des Verstorbenen zu seinen Eltern*** *engere waren als jene zu seiner Frau. Diese Vermutung wird nicht etwa dadurch entkräftet, dass die Ehefrau des Verstorbenen nach dessen Tod im Spital erschien und die Bestattungsformalitäten erledigte. Im angefochtenen Urteil wird diesem Umstand zu Unrecht erhebliche Bedeutung beigemessen. Das Verhalten der Ehefrau mag wohl Ausdruck eines gewissen Pflichtgefühls gewesen sein, vermag indessen nach der Lebenserfahrung den Schluss nicht zu rechtfertigen, die Ehefrau habe sich mit ihrem Manne noch sehr nahe verbunden gefühlt, obwohl sie mit ihm schon lange nicht mehr zusammenlebte und von ihm geschieden sein wollte.*

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Kläger als Eltern des Verstorbenen in erster Linie berechtigt gewesen wären zu entscheiden, ob ihrem toten Sohn das Herz zum Zwecke der Verpflanzung entnommen werden durfte.

C. Das Verhältnis der Bestattungsunternehmen und umliegenden Gemeinden zum Feuerbestattungsverein Chur.

a. Problemstellung

Im Zusammenhang mit Rechnungen für erfolgte Kremationen, welche aufgrund der Tatsache, dass Erbschaften ausgeschlagen worden waren, unbezahlt blieben, stellte und stellt sich immer häufiger die Frage: Wer haftet gegenüber dem Feuerbestattungsverein Chur für die Kosten einer Kremation.

Früher bestand der Usus, dass solche Rechnungen an den letzten Wohnort der verstorbenen Person weitergeleitet wurden mit dem Hinweis, dass die Wohnsitzgemeinde gestützt auf den verfassungsmässigen Anspruch auf ein schickliches Begräbnis verpflichtet sei, diese Kosten zu übernehmen. Die Bezahlung erfolgte in der Regel. Allerdings stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob hierfür eine genügende Rechtsgrundlage besteht.

Abklärungen meines Vorgängers beim Rechtsdienst des Justiz- und Polizeidepartement des Kantons Graubünden haben nichts Konkretes ergeben, ebensowenig wie Abklärungen beim kantonalen Sozialamt. Daher wurde der Sprechende kurz vor seinem Amtsantritt mit der Beantwortung der Frage betraut, wer überhaupt berechtigt sei, einen Kremationsauftrag zu

erteilen, wer im Falle einer ausgeschlagenen Erbschaft des Verstorbenen für die Kremationskosten hafte oder auch für Bestattungskosten für unbekannte Verstorbene etc.

b. Haftung für Kremationsaufträge

Um die soeben gestellten und aufgeworfenen Fragen zu beantworten, ist es wesentlich, noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass der Feuerbestattungsverein Chur ein privatrechtlicher Verein ist, der sowohl im Verhältnis zur Stadt Chur, als auch im Verhältnis zu den Bestattungsunternehmungen, als auch im Verhältnis zu umliegenden Gemeinden bezüglich der Vornahme von Kremationen ausschliesslich als Rechtssubjekt des Zivilrechtes auftritt, somit auf der gleichen Ebene mit den Genannten; der Feuerbestattungsverein ist eine iuristische Person und hat mir anderen Worten eigene Rechtspersönlichkeit.

Massgebend sind damit zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zum Vornherein die Normen des schweizerischen Privatrechtes, insbesondere jene über das Obligationenrecht.

Es wurde oben dargetan, welche Personen im Falle des Ablebens eines Menschen berechtigt sind, über das Schicksal der Leiche zu bestimmen und in welcher Reihenfolge diese Berechtigung daherkommt. Sofern im Falle des Eintritts des Todes bei einem Menschen derartige Personen vorhanden sind, werden diese zunächst ein Bestattungsunternehmen aufsuchen und diesem den Auftrag erteilen, den Leichnam einzusargen und gegebenenfalls zu kremieren, zu bestatten oder an einen anderen Ort zu überführen.

Diesbezüglich ist die Rechtslage klar. Nach schweizerischem Rechtsverständnis handelt es sich, wie es das Wort bereits sagt, um ein Auftragsverhältnis, indem eine Person einem Bestattungsunternehmen den Auftrag erteilt, gewisse Leistungen zu erbringen und das Bestattungsunternehmen als Auftragnehmer die Leistungen erbringt. Es gelten die Regeln des einfachen Auftrags von Art. 394 ff OR. Der beauftragte Bestatter hat somit gegenüber der den Auftrag erteilenden Person Anspruch auf Erstattung der Kosten und nur gegenüber dieser Person, unbesehen davon, was die öffentlichen Regelungen allenfalls bezüglich einer Kostenübernahme bestimmen.

Nun verhält es sich naturgemäss häufig so, dass Bestattungsunternehmungen, aber auch Gemeinden im Anschluss an eine erfolgte Einsargung an den Feuerbestattungsverein gelangen und den Feuerbestattungsverein beauftragen, eine Kremation vorzunehmen. Auch

diesbezüglich ist die Rechtslage zur Frage, wer gegenüber dem Feuerbestattungsverein für die Kremationskosten aufzukommen hat, klar.

Es handelt sich dabei immer und ausschliesslich um den Auftraggeber, der dem Feuerbestattungsverein diesen Auftrag erteilt hat. Handelte gegenüber dem Feuerbestattungsverein nun etwa ein Gemeinwesen oder ein Bestattungsunternehmen ohne entsprechende Vollmacht der Personen, welche dem Gemeinwesen oder dem Bestattungsunternehmen den Auftrag zur Kremation erteilt hatte, tritt somit immer der Bestattungsunternehmer oder das Gemeinwesen gegenüber dem Feuerbestattungsverein als Vertragspartner auf und haftet somit gegenüber dem Feuerbestattungsverein für die veranlassten Kosten. Daran führt in grundsätzlicher Hinsicht kein Weg vorbei, unbesehen davon, ob der Auftraggeber auf eine Drittperson Rückgriff nehmen kann, sei es aufgrund eines eigenen Auftragsverhältnisses sei es, weil die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag beim Bestattungsunternehmen vorliegen.

Diese unbefriedigende Rechtsfolge kann ausschliesslich und einzig dadurch umgangen werden, dass sich das Gemeinwesen und/oder das Bestattungsunternehmen eine entsprechende Vollmacht vom Auftraggeber ausstellen lässt, welche dem Feuerbestattungsverein vorzulegen ist. Diesfalls haftet der ursprüngliche Auftraggeber, der seinen Auftrag dem Bestatter oder dem Gemeinwesen erteilt hat. Dieser Weg scheint kompliziert und ungeeignet.

Aus diesem Grunde hat der Feuerbestattungsverein neue Formulare für den Kremationsauftrag erteilt, welche, vollständig und korrekt ausgefüllt eine Haftung für die Kremationskosten durch den Bestattungsunternehmer ausschliessen oder auch eines hierzu beauftragten Gemeinwesens, weil im Kremationsauftrag immer auch in einer speziellen Rubrik der Name und die genaue Adresse sowie die Unterschrift des Auftraggebers, der bereits die Einsargung in Auftrag gibt, aufgeführt wird. Voraussetzung, dass diese Wirkung eintritt, ist allerdings, dass der neue Kremationsauftrag vollständig ausgefüllt und mit Unterschriften versehen an den Feuerbestattungsverein mitsamt dem Leichnam und dem Todesschein übergeben wird. Andernfalls wird inskünftig eine Kremation nicht erfolgen.