



OGH Urteil vom 27.10.1999, 7 Ob 225/99k – *Exhumierung zur Feuerbestattung*

**Fundstellen:** EFSlg 88.784 = EFSlg 88.785 = EFSlg 89.938 = EFSlg 90.060 = JBl 2000, 110 = RZ 2000/19, 97

**1. Für Art und Ort der Bestattung eines Leichnams ist vor allem der Wille des Verstorbenen maßgebend; im Streitfall ist insbesondere dann, wenn bereits eine Bestattung des Leichnams stattgefunden hat, auch zu erforschen, wie der Verstorbene mutmaßlich entschieden hätte, wenn er vor seinem Tode einen Wunsch über Art und Ort der Bestattung zu äußern gehabt hätte. Nur wenn sich ein solcher Wille nicht mit der erforderlichen Sicherheit ermitteln lässt, ist sodann der Wille der nächsten Angehörigen, vor allem des überlebenden Ehegatten, entscheidend.**

**2. Die Frage, ob gewisse Angehörige vor anderen berechtigt seien, die Art der Ausübung der Totenfürsorge zu bestimmen, lässt sich nicht nach einer starren Aneinanderreihung verwandtschaftlicher Grade allgemein lösen, sondern kann nur von dem „wirklich bestandenen Naheverhältnis“ im einzelnen Falle abhängen. Die Erbeneigenschaft ist zur Klärung der Frage, wem das Recht der Totenfürsorge zukommt, ohne Bedeutung.**

Leitsätze verfasst von Dr. Clemens Thiele, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Schlich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller und Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Karl G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Alois Karan, Rechtsanwalt in Steyr, gegen die beklagte Partei Helga Pfeiler, 4053 Haid-Ansfelden, Gerhard Hauptmann-Straße 12, vertreten durch Dr. Wolfgang Dartmann und Dr. Haymo Modelhart, Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert S 50.000,--), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 5. Mai 1999, GZ 14 R 150/99y-13, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirkgerichtes Linz-Land vom 21. Dezember 1998, GZ 11 C 724/98d-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 4.058,88 (darin enthalten S 676,48 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Streitparteien waren bis 3. 7. 1984 miteinander verheiratet. Ihrer Ehe entstammte die am 24. 7. 1977 geborene Tochter Silvia G\*\*\*\*\*, die nach der Scheidung der Streitparteien bei der Beklagten in L\*\*\*\*\* verblieb, während der Kläger nach S\*\*\*\*\* zog und zu seiner Tochter nur eher unregelmäßig Kontakt hatte. 1994 zog die Beklagte zu ihrem nunmehrigen Ehemann nach H\*\*\*\*\*, während Silvia G\*\*\*\*\* in L\*\*\*\*\* wohnhaft blieb, aber weiter intensiveren Kontakt zu ihrer Mutter hatte.

Am 5. 10. 1996 verunglückte Silvia G\*\*\*\*\* tödlich und wurde - über Initiative des Klägers - auf dem Friedhof in N\*\*\*\*\* in einem Einzelgrab beerdigt. Dem hatte sich die Beklagte nicht widersetzt, obwohl sie wußte, dass ihre Tochter mehrmals geäußert hatte, dass sie nicht beerdigt, sondern feuerbestattet werden wolle, da sie Angst davor habe, "von den Würmern zerfressen zu werden". Um dem Wunsch der Tochter nach Feuerbestattung doch noch zu entsprechen, leitete die Beklagte, die die Grabstätte für zehn Jahre bezahlt und das Grab hauptsächlich gepflegt hatte, im März 1998 die Exhumierung und Feuerbestattung der Leiche (Beisetzung in einem Urnengrab in \*\*\*\*\*) in die Wege.

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, sich einseitiger Verfügungen über die Leiche zu enthalten und insbesondere die beabsichtigte Enterdigung und anschließende Feuerbestattung zu unterlassen. Er selbst habe keine Kenntnis vom Feuerbestattungswunsch seiner Tochter gehabt und wolle eine Störung der Totenruhe verhindern. Eineinhalb Jahre nach der Beerdigung sei eine Änderung der Bestattungsart weder sinnvoll noch notwendig.

Die Beklagte wendete ein, sie habe dem Kläger den Wunsch der Verstorbenen nach einer Feuerbestattung schon vor der Beerdigung mitgeteilt, was dieser aber ignoriert habe. Auf Grund ihrer damaligen schlechten seelischen Verfassung habe sie einer Erdbestattung zugestimmt. Nun aber wolle sie den Wunsch der Verstorbenen nachträglich erfüllen und sie in einem Urnengrab beisetzen lassen, das sie bereits auch für ihre eigene Bestattung reservieren habe lassen. Auf Grund des Umstandes, dass sie ein wesentlich engeres Naheverhältnis zur Verstorbenen gehabt habe als der Kläger, komme ihr das Recht zur Totenfürsorge zu.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Zwar entspreche es dem allgemeinen sittlichen Empfinden, die Ruhe der Toten möglichst ungestört zu lassen und könne die Umbettung einer bereits beigesetzten Leiche nur aus ganz besonderen Gründen verlangt werden.

Als ein derartiger besonderer Grund sei aber der konkrete oder mutmaßliche Wille des Verstorbenen bezüglich Art und Ort der Bestattung anzusehen. Dieser Wille sei primär zu respektieren, soweit dies mit den bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar sei. Der Wille brauche dabei nicht in einer bestimmten Form kundgetan worden zu sein, sondern es genügen bereits Tatsachen oder Umstände, aus denen ein bestimmter Wille des Verstorbenen über seine Bestattung mit Sicherheit gefolgert werden könne. Im vorliegenden Fall habe der Wille der Tochter der Streitparteien aus ihren Äußerungen mit ausreichender Sicherheit gefolgert werden können. Der Wille der Verstorbenen gehe einem Mitverfügungsrecht des Klägers über das weitere Schicksal der Leiche vor.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 52.000,-- (nicht aber S 260.000,--) übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei.

Durch welche "Einflusssphäre" es letztlich zur "falschen" Bestattungsart kam (ob also der Kläger vom Wunsch seiner Tochter nach Feuerbestattung wußte und er dennoch eine Erdbestattung in N\*\*\*\*\* durchsetzte), könne dahingestellt bleiben. Wesentlich sei allein der Wille der Verstorbenen, feuerbestattet zu werden. Zu klären sei, ob dieser Wille auch für eine Änderung der Bestattungsart ausschlaggebend sein solle, wenn bereits - wie hier - eine nicht gewünschte Bestattung vorgenommen worden sei. Der Umstand, dass nunmehr nach rund zweieinhalb Jahren durch eine Erdbestattung vollendete Tatsachen geschaffen worden seien - sich die Angst der Tochter der Streitparteien, von Würmern zerfressen zu werden, gleichsam

zumindest teilweise verwirklicht habe - und damit eine Umbettung und Feuerbestattung nicht mehr gänzlich zum Ziel führe, könne nicht dazu führen, den Willen der Verstorbenen unbeachtet zu lassen. Der festgestellte Wille der Verstorbenen in Bezug auf die gewünschte Bestattung schließe auch die Überlegung des Klägers dahin aus, dass nunmehr zu fragen wäre, ob die Verstorbene auch zum jetzigen Zeitpunkt eine Feuerbestattung wünschen würde, da mangels Vorhersehbarkeit der Geschehnisse fallbezogen keine konkreten Anhaltspunkte für die Feststellung eines solchen hypothetischen Willens vorlägen. Auch unter Bedachtnahme auf den Grundsatz, die Ruhe der Toten möglichst ungestört zu lassen, erscheine im Falle einer falschen Bestattungsart der Wille des Verstorbenen "noch berücksichtigungswerter", da durch die Wahl der Bestattungsart auch eine Einwirkung auf die Leiche selbst gegeben sei. Damit liege ein ganz besonderer Grund vor, die Totenruhe zu stören. Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung komme dem Willen eines Verstorbenen in Bezug auf seine Bestattung ausschlaggebende Bedeutung zu.

Seinen Ausspruch der Zulässigkeit der Revision begründete das Berufungsgericht damit, es liege keine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vor, die eine Umbettung bzw Änderung der Bestattungsart zum Gegenstand habe, wobei auch der Zeitraum von mehr als zweieinhalb Jahren seit Beerdigung zu beachten sei. Die zu lösende Rechtsfrage sei von einer gewissen gesellschaftlichen Bedeutung.

Die *Revision* ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund *zulässig*, aber – zumindest im Ergebnis – aus den folgenden Erwägungen *nicht berechtigt*.

Einleitend ist zu sagen, dass das Totenrecht im heutigen Privatrecht das auffallendste Beispiel einer Gesetzeslücke bildet, bei der Analogiegrundlagen fehlen. Wen Recht und Pflicht der sogenannten Totenfürsorge treffen und wer deshalb insbesondere Art und Ort des Begräbnisses zu bestimmen hat, ist weder ausdrücklich geregelt noch den Gründen "verwandter" gesetzlicher Bestimmungen zu entnehmen (vgl Bydlinski in Rummel2 Rz 13 zu § 7 ABGB). Nach hM (aM Edelbacher ÖJZ 1965, 449) gilt der Leichnam nicht als Sache, weshalb für seine rechtliche Behandlung nach ganz allgemeiner Ansicht erbrechtliche Bestimmungen nicht maßgeblich sein können (vgl für viele Eccher in Schwimann ABGB2 III Rz 57 zu § 531 sowie Klicka ebendort Rz 4 f zu § 285 mwN; in jüngster Zeit auch Wilhelm in *ecolex* 1994, 73 sowie Plöchl in *Ware Mensch*, 141) der nur für entnommene Organe und Körperteile den Sachbegriff heranzieht. Wie der Oberste Gerichtshof in SZ 45/133 ausführt, muss daher auf allgemein anerkannte Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach entscheidet über das Schicksal des Leichnams, insbesondere die Beisetzung und sonstige "Totenpflege" im Rahmen öffentlich-rechtlicher Vorschriften und der guten Sitten (Klang in *Klang2* II 2; Edlbacher, ÖJZ 1965, 452 f) auf Grund seines - über den Tod hinaus fortwirkenden (SZ 57/98; Koziol, *Haftpflichtrecht2* II 17; Raschauer, *Namensrecht* 272; Aicher in *Rummel2* Rz 28 zu § 16 ABGB) - Persönlichkeitsrechtes der Verstorbenen selbst. Primär ist also nach hL und stRspr der Wille des Verstorbenen zu respektieren, soweit dies mit den bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Der Wille braucht hierbei nicht in einer bestimmten Form kundgetan worden zu sein, sondern kann unter Bedachtnahme auf die Grundsätze des § 914 ABGB auch aus den Umständen gefolgert oder hypothetisch ermittelt werden (SZ 45/133; Welser in *Rummel2* Rz 13 zu § 531 ABGB). Auch im Fall einer beabsichtigten Umbettung, Exhumierung odgl ist auf Grund des fortwirkenden

Persönlichkeitsrechtes des Verstorbenen dessen ausdrücklicher oder mutmaßlicher Wille maßgeblich (vgl. Edenhofer in Palandt<sup>58</sup> Einl. v. § 1922 BGB Rz 10); in diesem Zusammenhang ist aber auch der allgemeinem sittlichen Empfinden entsprechende Grundsatz der Totenruhe zu beachten (vgl. SZ 13/127; SZ 45/133).

Soweit ein erkennbarer Wille des Verstorbenen über Art und Ort der Bestattung etc. nicht vorliegt oder aus öffentlich-rechtlichen Gründen undurchführbar ist, tritt das Recht und die Pflicht der nächsten Angehörigen des Verstorbenen - ohne Rücksicht auf ihre Erbenstellung - ein, über den Leichnam zu bestimmen, dh. in der Regel über die Art der Bestattung zu entscheiden und die letzte Ruhestätte für ihn auszusuchen. Auch der aus öffentlich-rechtlicher Sicht hier maßgebliche § 17 OÖ Leichenbestattungsgesetz 1985, der als mögliche Bestattungsarten die Beerdigung, die Beisetzung in einer Gruft und die Feuerbestattung nennt, weist für den Fall des Fehlens einer Erklärung bzw. des Fehlens der Erkennbarkeit des Willens des Verstorbenen das Recht, die Bestattungsart zu bestimmen, den nächsten Verwandten zu. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheiden zunächst der Ehegatte, sodann nähere Verwandte vor entfernteren, wobei Angehörige, die mit dem Verstorbenen unmittelbar vor dessen Tod offenkundig in Feindschaft gelebt haben, ausdrücklich ausgenommen werden. Der Oberste Gerichtshof hat allerdings in SZ 13/127 = NZ 1931, 152 ausgeführt, dass sich die Frage, ob Angehörige vor anderen berechtigt seien, die Art der Ausübung der Totenfürsorge zu bestimmen, nicht nach einer starren Aneinanderreihung verwandtschaftlicher Grade allgemein lösen lasse, sondern nur von dem "wirklich bestandenen Näheverhältnis" im einzelnen Falle abhängen könne. Auch von Welser (aaO), der grundsätzlich den überlebenden Gatten, dann die Deszendenten, die Aszendenten und zuletzt die Seitenverwandten entscheiden lassen will, wird betont, dass es doch auf die Verhältnisse des Einzelfalles ankomme (in diesem Sinne schon Edlbacher aaO, 454).

Zu diesen, eben dargestellten Ergebnissen kommen auch die deutsche Rechtsprechung und Lehre bei ganz vergleichbarer Rechtslage: auch dort fehlt im Gesetz geregelter privater Recht zur Totenfürsorge weitgehend und ist die Bestattung der Leiche gewohnheitsrechtlich (Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts<sup>6</sup> 117 f.; Marotzke in Staudinger [1994] Rn 117 zu § 1922 BGB) den Familienangehörigen des Verstorbenen anvertraut. Art und Weise der Bestattung richtet sich wie in Österreich in erster Linie nach dem Willen des Verstorbenen, subsidiär - soweit ein Wille des Verstorbenen nicht erkennbar ist - ist die Bestattungsart nach Gewohnheitsrecht von seinen nächsten Angehörigen zu bestimmen (BGH FamRZ 78, 15; FamRZ 92, 657; Marotzke aaO RN 122; vgl. auch Siegmann in MünchKomm<sup>3</sup> RN 7 zu § 1968 BGB). Im Hinblick auf den maßgeblichen Willen des Verstorbenen ist das Totenfürsorgerecht dem zuzubilligen, den er mit der Wahrnehmung der Totenfürsorge beauftragt hat; dies selbst dann, wenn diese Person nicht zum Kreis der Angehörigen zählt; zB etwa der Testamentsvollstrecker (vgl. Edenhofer aaO Einl. v. § 1922 BGB Rz 9).

Wendet man die dargestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, ist zunächst festzuhalten, dass die Erdbestattung der Tochter der Streitparteien deren Wunsch und Willen - entgegen der Ansicht des Revisionswerbers - eindeutig widersprochen hat. Dies allein rechtfertigt allerdings die von der Beklagten beabsichtigte Exhumierung zum Zwecke der Feuerbestattung noch nicht. Vielmehr ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, dass auch diesbezüglich der Wille der Verstorbenen ausschlaggebend sein muss. Es stellt sich daher die Frage, ob die Tochter der Streitparteien mutmaßlich (eine betreffende Willensäußerung kann nach der Aktenlage ausgeschlossen werden), mit der nun gegebenen Situation

konfrontiert, das beabsichtigte Vorgehen ihrer Mutter gutgeheißen bzw selbst gewünscht hätte.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes kann auf Grund des Wunsches der Tochter der Streitteile, nicht beerdigt, sondern feuerbestattet zu werden, wohl nicht unbedingt auch darauf geschlossen werden, dass sie sich für den Falle der nun gegebenen Situation jedenfalls für eine Exhumierung und nachträgliche Feuerbestattung entschieden hätte. Der hypothetische Wille auch eines Verstorbenen, der grundsätzlich eine Feuerbestattung wünschte, könnte mehr als 2 Jahre nach der Beerdigung doch dahin gehen, "lieber in Ruhe gelassen zu werden" (vgl Marotzke aaO Rz 127 zu § 1922 BGB).

Kann demnach ein hypothetischer Wille der Verstorbenen hier mit entsprechender Sicherheit bzw Wahrscheinlichkeit nicht ermittelt werden, haben im Zweifel die im Sinne der oben angestellten Erwägungen berufenen nächsten Angehörigen zu entscheiden. Sind diese, wie hier, uneins, so gibt die engere Nahebeziehung zum Verstorbenen den Ausschlag. Im vorliegenden Fall ist daher das Entscheidungsrecht der Beklagten zuzubilligen.

Von Marotzke wird aaO die Regel, dass die Entscheidung über eine Umbettung den nächsten Angehörigen zu überlassen sei, wenn es an einer diesbezüglichen Willensbekundung des Verstorbenen fehle, unter Hinweis auf deutsche Judikatur dahin eingeschränkt, dass dies nicht gelte, wenn sich die betreffende Person durch die Wahl des Ortes der ursprünglichen Bestattung bewußt über den Willen des Verstorbenen hinweggesetzt hat; diese Person solle die Exhumierung schon wegen ihres vorangegangenen Tuns nicht verlangen können; ihre Reue sei für sich allein kein ausreichender Grund für eine Exhumierung. Dem kann sich der Oberste Gerichtshof in einem Fall wie dem vorliegenden nicht anschließen. Bedenkt man die ganz außerordentlich belastende Situation, in der sich die Beklagte durch den plötzlichen und völlig unerwarteten Tod ihrer kaum neunzehnjährigen Tochter befand, kann ihr daraus, dass sie einer, insbesondere im ländlichen Bereich, aus dem die Streitteile stammen, nahezu selbstverständlichen Erdbestattung schließlich keinen Widerstand entgegengesetzt hat, kein Vorwurf gemacht werden, der eine derartige Konsequenz rechtfertigt. Ob dem Kläger oder der Beklagten eher der Vorwurf zu machen ist, den Bestattungswunsch ihrer Tochter nicht respektiert zu haben, ist daher nicht entscheidungsrelevant. Damit konnte es aber auch das Berufungsgericht dahingestellt sein lassen, ob der Kläger, wie er behauptet, über den Bestattungswunsch nicht informiert war, oder ob er, wie vom Erstgericht festgestellt, noch vor der Beerdigung davon in Kenntnis gesetzt wurde und dennoch auf einer Erdbestattung bestanden hat.

Auch besonders berücksichtigungswürdige persönliche Interessen des Klägers als Vater der Verstorbenen, wie etwa die Unmöglichkeit bzw. wesentliche Erschwerung, die neue von der Beklagten ins Auge gefasste letzte Ruhestätte seiner Tochter aufsuchen zu können, sind nicht gegeben. Der Kläger hat im Übrigen selbst betont, keine grundsätzlichen Einwände gegen eine Feuerbestattung zu haben.

Die Motivation der Beklagten, dem Wunsch ihrer Tochter nach Feuerbestattung doch noch nachzukommen und dadurch einen Zustand zu beenden, den die Tochter wiederholt als sie ängstigend bezeichnet hat, ist ein Ausdruck der Pietät und rechtfertigt die beabsichtigte Exhumierung. Auch aus dem Blickwinkel der Totenruhe ist kein entscheidender Einwand gegen das Vorhaben der Beklagten zu erheben.

Hingegen erweisen sich die Widerstände – und damit das Unterlassungsbegehren – des Klägers als unberechtigt. Seine Revision muss erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41 und 50 ZPO.

## ***Anmerkung\****

### **I. Das Problem**

Die späteren Streitparteien waren geschieden. Ihrer Ehe entstammte eine Tochter, die nach der Scheidung bei der Mutter, der späteren Beklagten lebte. Zum Vater, den späteren Kläger, bestand eher unregelmäßiger Kontakt. Im Alter von 20 Jahren verunglückte die Tochter bei einem Unfall tödlich und wurde sie – über Initiative des Vaters – auf dem Friedhof in einem Einzelgrab beerdigt. Dem hatte sich die Mutter zunächst nicht widersetzt, obwohl sie wusste, dass ihre Tochter mehrmals geäußert hatte, nicht beerdigt, sondern feuerbestattet werden zu wollen, da sie Angst davor hatte, „von den Würmern zerfressen zu werden“. Dennoch pflegte die Beklagte die Grabstätte, die auch für zehn Jahre bezahlt war.

Ca. zwei Jahre nach dem Tod der Tochter leitete die Beklagte allerdings die Exhumierung und Feuerbestattung der Leiche (Beisetzung in einem Urnengrab) in die Wege. Daraufhin brachte der Vater eine Unterlassungsklage ein und begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, sich einseitiger Verfügungen über die Leiche zu enthalten und insbesondere die beabsichtigte Enterdigung und anschließende Feuerbestattung nicht durchzuführen.

Das Erstgericht wies die Klage ab, da es festgestellt wurde, dass der Wille der Tochter war, eine Feuerbestattung zu erhalten. Der Wille der Verstorbenen ginge einem (allfälligen) Mitverfügungsrecht des Klägers über das weitere Schicksal der Leiche vor. Das Berufungsgericht bestätigte und ließ die ordentliche Revision zu. Das Höchstgericht hatte sich daher mit der Frage von gewisser gesellschaftlicher Bedeutung zu befassen, welche Umstände für eine Umbettung bzw. Änderung der Bestattungsart mehr als zweieinhalb Jahre nach der Beerdigung zu beachten wären.

### **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH bestätigte die Klagsabweisung und räumte dem Wunsch der verstorbenen Tochter den juristischen Vorrang ein. Die Motivation der Beklagten, dem Wunsch ihrer Tochter nach Feuerbestattung doch noch nachzukommen und dadurch einen Zustand zu beenden, den die Tochter wiederholt als sie ängstlich bezeichnet hatte, war ein Ausdruck der Pietät und rechtfertigte die beabsichtigte Exhumierung. Auch aus dem Blickwinkel der Totenruhe war kein entscheidender Einwand gegen das Vorhaben der Beklagten zu erheben.

Aber selbst wenn der hypothetische Wille der Verstorbenen – entgegen den erstinstanzlichen Feststellungen – mit entsprechender Sicherheit bzw. Wahrscheinlichkeit nicht ermittelt werden, hätten im Zweifel die nächsten Angehörigen zu entscheiden. Waren diese, wie hier, uneins, so gäbe die engere Nahebeziehung zum Verstorbenen den Ausschlag. Im vorliegenden Fall wäre daher das Entscheidungsrecht auch subsidiär der Beklagten zuzubilligen gewesen.

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at), gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Der vorliegende Fall spitzt die Frage, wer über das Schicksal des Leichnams entscheidet in besonderer Weise zu. Vor dem Hintergrund einer elterlichen Scheidungsproblematik geht es nicht um die erstmalige Bestattung der offenbar viel zu früh verunglückten Tochter. Ihre erste Ruhestätte hat sie ja zunächst einvernehmlich erhalten. Prozessgegenstand bildet vielmehr die von der Mutter – ohne Zustimmung des Vaters – eingeleitete Umbettung aus dem Erdgrab hin zum Urnengrab, also gewissermaßen von der vorletzten zur letzten Ruhestätte.

Fragen der Bestattungsmodalitäten und der Totenfürsorge regeln öffentlich-rechtliche Vorschriften nur rudimentär. Zur Geltendmachung bedarf der Verstorbene der Mithilfe von Überlebenden. Entscheidend ist aber nach ständiger, zum Teil weit zurückreichender Rsp der – ausdrückliche oder mutmaßliche – Wille des Verstorbenen aufgrund seines über den Tod hinaus fortwirkenden<sup>1</sup> Persönlichkeitsrechts. Kann dieser Wille nicht mehr ausreichend festgestellt werden, bestimmen die nächsten Angehörigen:

- ❖ Mit einer im Jahr 1920 eingebrachten Klage begehrte der Erbe des Erwerbers einer Wiener Familiengruft, das Urteil, den Beklagten für schuldig zuerkennen, ein Gesuch des Inhalts an das Friedhofsamt zu richten, dass die Exhumierung der Leiche des Vaters des Beklagten gestattet und auf Kosten des Beklagten vorgenommen werde. Der Vater des Beklagten war im Jahr 1917 dort nämlich nur „provisorisch auf Kriegsdauer“ beigesetzt worden. Das Höchstgericht<sup>2</sup> wies die Klage ab, da den Beklagten keine Verpflichtung zur Exhumierung der Leiche traf und die Beisetzung mit Zustimmung der Voreigentümer der Gruft entsprechend dem Willen des Verstorbenen erfolgt war.
- ❖ In einem Anfang der 1930er Jahre anhängigen Rechtsstreit beabsichtigte die Klägerin, am Friedhof in Mödling eine Gruft zu erwerben, und ihre verstorbene Tochter exhumieren und in der neuen Gruft beisetzen zu lassen. Der Ehemann der Tochter verweigerte seine Zustimmung mit dem Bemerkens, selbst eine eigene Familiengruft zu errichten und dort seine Gattin beisetzen zu wollen. Die Mutter klagte schließlich ihren Schwiegersohn auf Duldung, der Enterdigung und folgender Beisetzung des Leichnams der Tochter bzw. Ehefrau. Das Höchstgericht<sup>3</sup> wies die Klage ab und hielt fest, dass sich die Frage, ob Angehörige vor anderen berechtigt seien, die Art der Ausübung der Totenfürsorge zu bestimmen, nicht nach einer starren Aneinanderreihung verwandtschaftlicher Grade allgemein lösen lasse, sondern nur von dem „wirklich bestandenen Näheverhältnis“ im Einzelfall abhängen kann.
- ❖ In Verfeinerung dieser Judikatur erließ das Höchstgericht<sup>4</sup> die von der Mutter und den Geschwistern des Verstorbenen im Jahre 1954 begehrte einstweilige Verfügung, „es werde der Witwe jede Verfügung über den Leichnam des verstorbenen Ehemannes, insbesondere die Enterdigung und Überprüfung und die Öffnung der Familiengruft untersagt“. Es haben zwar grundsätzlich die überlebenden Gatten, dann die Deszendenten, die Aszendenten und zuletzt die Seitenverwandten die Verfügung über

---

<sup>1</sup> Statt vieler *Aicher* in Rummel (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> § 16 Rz 28 jeweils mwN.

<sup>2</sup> OGH 5.4.1922, 3 Ob 215/22, SZ 4/35.

<sup>3</sup> OGH 19.5.1931 3 Ob 219/31, NZ 1931, 152 = SZ 13/127.

<sup>4</sup> OGH 23.6.1954, 1 Ob 445/54, SZ 27/179.

die Beisetzung zu entscheiden. Von diesem Recht hat aber die beklagte Witwe schon dadurch Gebrauch gemacht, dass sie der Beisetzung ihres verstorbenen Gatten in der Familiengruft zustimmte. Die streitgegenständliche Exhumierung ist aber zu einer gemeinsamen Angelegenheit geworden, deren Bedeutung für alle Beteiligten vom Standpunkte der Pietät eine Majorisierung einer Minderheit nach irgendeinem Abstimmungsmodus ausschließt. Die Enterdigung kann also nur mit Zustimmung aller Beteiligten, also der Witwe und der übrigen über die Gruft Verfügungsberechtigten Personen erfolgen. Solange daher keine Einigung besteht, wobei die Möglichkeit besteht, analog § 835 ABGB eine Entscheidung des Außerstreitrichters herbeizuführen, dürfe der status quo nicht verändert werden.

- ❖ In der Folge bekräftigte die Rsp, für die Art und den Ort der Bestattung eines Leichnams sei vor allem der (mutmaßliche) Wille des Verstorbenen maßgebend. Es entspricht dabei dem allgemeinen sittlichen Empfinden, die Ruhe des Toten möglichst ungestört zu lassen. Die Umbettung einer bereits beigesetzten Leiche kann daher nur aus ganz besonderen Gründen verlangt werden.<sup>5</sup>
- ❖ Das fortwirkende Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen, über das Schicksal seines Leichnams zu bestimmen,<sup>6</sup> findet seine Grenzen in den öffentlich-rechtlichen Vorschriften und den guten Sitten iS des § 879 ABGB. So wurde die Klage einer an der Creutzfeldt-Jakob-Krankheit (kurz: „BSE“) leidenden Patientin abgewiesen, der Stadt Wien als Trägerin der öffentlichen Wiener Krankenanstalten zu verbieten, nach dem Tod der Klägerin, entnommene Organteile ihrem Willen widersprechend zu verwenden. Die sich aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergebenden Beschränkungen der betroffenen Person, insbesondere nach § 40 Wr KAG und § 25 KAG sind zu beachten.<sup>7</sup>
- ❖ Erst die jüngere Rsp<sup>8</sup> hat betont, dass es sich beim Verfügungsrecht über den Leichnam um ein höchstpersönliches Recht des Betroffenen handelt, das nicht von dessen Sachwalter ausgeübt werden kann. Beim „Vermächtnis zur Körperspende“, mit dem der Körper eines Menschen nach dessen Ableben einer medizinischen Universität zur ärztlichen Weiterbildung sowie für die medizinische Wissenschaft "vermacht" wird, handelt es sich um die Ausübung eines dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, dem Recht auf Freiheit, dem Namensrecht, dem Recht auf Ehre, dem Urheberpersönlichkeitsrecht und dem Recht auf Privatsphäre in seiner Bedeutung für dessen Träger vergleichbaren höchstpersönlichen Rechts. Für die Verfügung über den eigenen Leichnam zu wissenschaftlichen und zu Lehrzwecken ist vor dem Tod der betreffenden Person allein deren rechtsgeschäftlicher Wille maßgebend, bei dessen Erklärung eine Vertretung nicht in Betracht kommt.

**Ausblick:** Resümierend ist zu bemerken, dass das zivile Totenrecht nach wie vor eine Gesetzeslücke bildet, wo Analogiegrundlagen fehlen.<sup>9</sup> Wen Recht und Pflicht der sogenannten Totenfürsorge treffen und wer deshalb insbesondere Art und Ort des

---

<sup>5</sup> OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/72, SZ 45/133.

<sup>6</sup> Vgl. OGH 23.5.1984, 1 Ob 550/84, JBl 1985, 159 = SZ 57/98.

<sup>7</sup> OGH 11.5.2000, 7 Ob 62/00v – *BSE-Verdacht*, KRSIlg 2001/1758.

<sup>8</sup> OGH 13.12.2012, 1 Ob 222/12x – *Körperspende*, EF-Z 2013/90, 128 = JBl 2013, 166 = NZ 2013/90, 189 = Zak 2013/127, 76.

<sup>9</sup> So treffend *Egger* in Schwimann, ABGB-TaKomm, § 16 Rz 17.



Begräbnisses zu bestimmen hat, ist weder ausdrücklich geregelt noch den Gründen "verwandter" gesetzlicher Bestimmungen zu entnehmen.<sup>10</sup> Primär ist also nach hM<sup>11</sup> der Wille des Verstorbenen zu respektieren, soweit dies mit den bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Der Wille braucht hierbei nicht in einer bestimmten Form kundgetan worden zu sein, sondern kann unter Bedachtnahme auf die Grundsätze des § 914 ABGB auch aus den Umständen gefolgert oder hypothetisch ermittelt werden. Auch im Fall einer beabsichtigten Umbettung, Exhumierung odgl ist auf Grund des fortwirkenden Persönlichkeitsrechtes des Verstorbenen dessen ausdrücklicher oder mutmaßlicher Wille maßgeblich; in diesem Zusammenhang ist aber auch der allgemeinem sittlichen Empfinden entsprechende Grundsatz der Totenruhe zu beachten.

#### **IV. Zusammenfassung**

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen richtet sich die Bestattungsart eines Menschen primär nach dem Willen des Verstorbenen. Ist ein solcher nicht feststellbar, gilt grundsätzlich der Wille der nächsten Angehörigen. Im konkreten Fall akzeptierten die Gerichte daher noch zwei Jahre nach dem Tod eine Exhumierung zum Zweck der von der verstorbenen Tochter gewünschten Feuerbestattung.

---

<sup>10</sup> Vgl *Bydlinski* in *Rummel I*<sup>3</sup> Rz 13 zu § 7 ABGB.

<sup>11</sup> *Helmich* in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.00 (2010) § 285 Rz 9 f mwN.