

## IX. Gemeinderecht

### 44 Bestattungswesen

- Im Bestattungswesen sind die Gemeinden insbesondere bei der Regelung von organisatorischen und finanziellen Belangen (Anlage von Friedhöfen und Gräbern, Abräumen von Gräbern, Kosten der Bestattung) autonom.
- Die Bestattungsverordnung sieht die vorzeitige Exhumierung bei Erdbestattungen explizit vor; mangels gegenteiliger Vorschrift ist auch die vorzeitige Aufhebung bzw. Verlegung von Urnengräbern zulässig, da sie von keiner gesundheitspolizeilichen Relevanz ist.
- Dem Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen kommt gegenüber dem Bestimmungsrecht der hinterbliebenen Angehörigen grundsätzlich der Vorrang zu, d.h. letzteres kommt zum Zuge, wenn keine entsprechenden schriftlichen oder mündlichen Anordnungen des Verstorbenen vorliegen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 24. April 2013 in Sachen A. gegen Gemeinderat B. und DGS (WBE.2012.441).

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Gemäss § 106 Abs. 1 KV sind die Gemeinden im Rahmen von Verfassung und Gesetz befugt, sich selbst zu organisieren, ihre Behörden und Beamten zu wählen, ihre Aufgaben nach eigenem Ermessen zu erfüllen und ihre öffentlichen Sachen selbständig zu verwalten. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt Gemeindeautonomie dort vor, wo das kantonale Recht einen Sachbereich nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder

teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und der Gemeinde dabei einen relativ erheblichen Entscheidungsspielraum einräumt (BGE 138 I 143, Erw. 3; 136 I 395, Erw. 3.2; 136 I 316, Erw. 2.1; 129 I 290, Erw. 2; AGVE 2011, S. 199; 2003, S. 470 mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1392 mit Hinweisen). Ob und wie weit eine Gemeinde in einem gewissen Bereich autonom ist, bestimmt sich also nach dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 129 I 410, Erw. 2 mit Hinweisen; AGVE 2011, S. 200; 2003, S. 470; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1393 mit Hinweisen).

## 2.2.

Nach § 47 Abs. 1 GesG ist das Bestattungswesen Aufgabe der Gemeinden. Der Regierungsrat regelt die zur Wahrung von gesundheitspolizeilichen Interessen erforderlichen Grundsätze (Abs. 2). Den Materialien zur Totalrevision des Gesundheitsgesetzes lässt sich entnehmen, dass die bisher weitergehende kantonale Regelung des Bestattungswesens den Grundsätzen der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden widersprochen habe, da dieses "unbestrittermassen in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden" falle. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll den Gemeinden neben der Vollzugs- auch eine stark erweiterte Rechtssetzungskompetenz zukommen, welche Anpassungen und Ergänzungen in den kommunalen Friedhofreglementen erforderlich mache (vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 21. Mai 2008, 08.141, S. 79).

Der Regierungsrat hat in Ausführung der Umweltschutz- und Gesundheitsgesetzgebung Grundsätze des Bestattungswesens in der Bestattungsverordnung vom 11. November 2009 (Bestattungsverordnung; SAR 371.112) geregelt. In dieser Verordnung finden sich auch Bestimmungen zur Aufhebung von Gräbern bzw. zur Grabesruhe (§ 10 Bestattungsverordnung).

Ein relativ erheblicher Entscheidungsspielraum und damit Gemeindeautonomie besteht im Bestattungswesen insbesondere bei der Regelung von organisatorischen und finanziellen Belangen (Kosten der Bestattung, Anlage von Friedhöfen und Gräbern, Abräumung von

Gräbern; vgl. Botschaft, a.a.O.). Bereits unter der Geltung des Gesundheitsgesetzes vom 10. November 1987 und der Bestattungsverordnung vom 22. Januar 1990 waren die Gemeinden befugt, die Benützung der Friedhöfe anstaltspolizeilich zu ordnen und alles vorzukehren, was sie im Rahmen der speziellen Zweckbestimmung der öffentlichen Anlage für nötig erachteten. Anerkannt war insbesondere, dass sie zum Erlass von Vorschriften befugt waren, welche dazu dienen, dem Friedhof ein würdiges und harmonisches Aussehen zu geben und zu erhalten (AGVE 2001, S. 546; 1991, S. 435 je mit Hinweisen).

3.

3.1.

§ 16 des Bestattungs- und Friedhofreglements der Gemeinde B. regelt die Benützungsdauer der Gräber bzw. die Ruhezeit. Danach beträgt die Ruhezeit für Reihengräber für Erdbestattungen und Urnen und für Bestattungen im Urnenplatten- bzw. Gemeinschaftsgrab 25 Jahre. Das Benützungsrecht für Familiengräber beträgt 50 Jahre. Die Gräber dürfen unter Vorbehalt der gesetzlich geregelten Exhumation frühestens nach Ablauf von 25 Jahren geöffnet werden.

Nach § 10 Abs. 1 Bestattungsverordnung beträgt die Grabesruhe mindestens 20 Jahre. Wird eine Urne einem Grab nachträglich beigelegt, richtet sich die Dauer der Grabesruhe nach der Erstbestattung. Gemäss Abs. 2 kann der Gemeinderat auf übereinstimmendes Begehren der nächsten Angehörigen und nach vorgängiger Zustimmung des Amtsarztes eine vorzeitige Exhumierung bewilligen, wenn dieser keine wesentlichen Interessen entgegenstehen und eine anderweitige Bestattung der Leiche gewährleistet ist.

3.2.

Das kommunale Bestattungs- und Friedhofreglement hält fest, dass Gräber grundsätzlich erst nach 25 Jahren geöffnet werden dürfen, wobei die gesetzlich geregelte Exhumation vorbehalten wird (vgl. § 16).

§ 10 der kantonalen Bestattungsverordnung ermöglicht die vorzeitige Exhumierung bei Erdbestattungen. Unter Erdbestattung im Sinne von § 7 Abs. 2 Bestattungsverordnung wird die Beisetzung einer Leiche in einem zu diesem Zweck besonders hergestellten Grab

verstanden, welches wieder geschlossen wird, um durch die in der Erde enthaltene Luft und Feuchtigkeit eine allmähliche Auflösung der Leiche herbeizuführen (PETER REMUND, Die rechtliche Organisation des Bestattungswesens im Aargau, Aarau 1948, S. 112).

Unter dem Begriff der Feuerbestattung im Sinne von § 7 Abs. 3 Bestattungsverordnung wird die Auflösung der Körper verstorbener Menschen durch Verbrennung und die Beisetzung der im Verbrennungsprozess übrig gebliebenen Aschenreste zur dauernden Ruhe verstanden (REMUND, a.a.O., S. 141 mit Hinweis). Die vorzeitige Aufhebung eines Urnengrabes zwecks Verlegung der Urne in ein neues Grab ist in der Bestattungsverordnung nicht explizit geregelt. Der kantonale Ordnungsgeber hat aber – wie bereits ausgeführt – die Möglichkeit der vorzeitigen Exhumierung der Leiche auf übereinstimmendes Begehren der Angehörigen bei Erdbestattungen vorgesehen und die Umbettung ist bei Urnengräbern von keinerlei gesundheitspolizeilicher Relevanz (vgl. REMUND, a.a.O., S. 152). Dies zeigt sich unter anderem daran, dass die Verordnung bei Feuerbestattungen die Beisetzung von Urnen bzw. offener Asche im Gegensatz zu Erdbestattungen auch ausserhalb von Friedhöfen, insbesondere in Wäldern, Gewässern oder auf Privatgrundstücken, grundsätzlich erlaubt (§ 7 Abs. 2 und 3 Bestattungsverordnung). Unter Beachtung der gesundheitspolizeilichen und umweltschutzrechtlichen Zielsetzungen der Bestattungsverordnung würde es einen Wertungswiderspruch bedeuten, die vorzeitige Aufhebung eines Urnengrabes zwecks Verlegung der Urne in ein neues Grab mit dem Argument zu verweigern, sie sei in der Bestattungsverordnung nicht vorgesehen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber die Aufhebung von Urnengräbern bzw. die Verlegung von Urnen (stillschweigend) erlaubt hat. Der Regierungsrat hatte bereits unter der Geltung der Verordnung über das Bestattungswesen vom 9. Dezember 1946, welche keine ausdrückliche Bestimmung zur Verlegung von Urnen enthielt, in einem Entscheid vom 21. März 1988 erwogen, dass unter bestimmten Voraussetzungen einem Begehren um nachträgliche Änderung der Art oder des Ortes der Bestattung entsprochen werden könne bzw. müsse (vgl. AGVE 1988, S. 549). Bei dieser Gelegenheit hat der damalige Ordnungsgeber festgehalten, die

Beigabe der Urne in das Grab eines Familienangehörigen entspreche einem im Kanton Aargau bekannten Gebrauch (vgl. AGVE 1988, S. 552).

### 3.3.

Weder § 16 des kommunalen Bestattungs- und Friedhofreglements noch § 10 Bestattungsverordnung verbieten die Verlegung einer auf dem Friedhof beigesetzten Urne vor dem Ablauf der Grabesruhe bzw. der Ruhezeit.

Das kommunale Bestattungs- und Friedhofreglement sieht zwar einerseits Familiengräber für Urnen (§ 21, Anhang Ziff. 6) wie auch die (bewilligungspflichtige) Möglichkeit der Beisetzung von Personen mit auswärtigem Wohnsitz vor, wenn besondere Beziehungen zur Gemeinde bestehen (§ 9 Abs. 2). Auch die zusätzliche Urnenbeisetzung im Reihen- oder Familiengrab ist geregelt (§ 15). Indessen enthält es keine Vorschriften zur Verlegung von beigesetzten Urnen.

Angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung zur Verlegung von beigesetzten Urnen und in Nachachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. hierzu hinten Erw. 4.1 und 4.2) ist die analoge Anwendung von § 10 Abs. 2 Bestattungsverordnung angezeigt (zum Analogieschluss vgl. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Basel/München/Wien 2005, S. 173 ff.). Beim Fehlen einer entsprechenden Regelung im kommunalen Reglement kann der Gemeinderat daher in analoger Anwendung von § 10 Abs. 2 Bestattungsverordnung auch bei beigesetzten Urnen dem gemeinsamen Gesuch der nächsten Angehörigen um Verlegung stattgeben, wenn diesem keine wesentlichen Interessen entgegenstehen und eine anderweitige (schickliche) Beisetzung der Urne gewährleistet ist. Dabei entfällt selbstredend das Erfordernis der vorgängigen Zustimmung des Amtsarztes (zur schicklichen Beisetzung der Aschenreste vgl. REMUND, a.a.O., S. 152 ff.).

### 4.

#### 4.1.

§ 10 Abs. 2 Bestattungsverordnung ist eine "Kann-Vorschrift" und räumt dem Gemeinderat ein Ermessen ein. Darunter wird gemeinhin ein Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörden verstanden, ein Freiraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehör-

den gewährt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Behörden in ihrer Entscheidung völlig frei sind. Die Behörden dürfen nicht willkürlich entscheiden. Sie sind vielmehr an die Verfassung gebunden und müssen daher insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV), das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen (Art. 5 Abs. 2 BV; § 3 VRPG) befolgen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung auch bei Ermessensentscheiden zu beachten (pflichtgemässes Ermessen; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 429, 441; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 26 N 11).

In seinem Entscheid hat der Gemeinderat auch die verfassungsmässigen Rechte der verstorbenen Person sowie der Angehörigen zu beachten (vgl. hinten Erw. 4.2) und in diesem Zusammenhang insbesondere die für Einschränkungen von Freiheitsrechten vorgeschriebene Interessenabwägung zwischen den relevanten öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen (vgl. § 3 VRPG).

#### 4.2.

##### 4.2.1.

Der Anspruch auf eine schickliche Beerdigung war explizit in Art. 53 Abs. 2 der (alten) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV) enthalten. Die schickliche Beerdigung eines Verstorbenen wurde als ein über den Tod hinauswirkendes verfassungsmässiges Recht des Bürgers aufgefasst (DETLEV CHR. DICKE, in: Kommentar zur aBV, Basel/Zürich/Bern 1996, Band III, Art. 53 N 10). In der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 ist der Anspruch auf ein schickliches Begräbnis nicht mehr ausdrücklich enthalten, ausgehend davon, dass die Garantie der Menschenwürde nach Art. 7 BV dieses Recht mit einschliesst (vgl. BGE 125 I 300, Erw. 2a; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, 96.091, S. 141, in: BBl 1997 I 141).

##### 4.2.2.

Neuere Lehre und Praxis gehen davon aus, dass der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz und damit auch die Bestimmung über die Beerdigungsart den Tod seines Trägers überdauern (post-mortale Fortwirkung des verfassungsmässigen Persönlichkeitsschut-

zes; vgl. NICCOLO RASELLI, Schickliche Beerdigung für "Andersgläubige", in: AJP 1996, S. 1108; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 162). Der altrechtliche Anspruch auf ein schickliches Begräbnis wird allgemeiner als Garantie selbstbestimmter Bestattung verstanden (DIES., a.a.O., S. 161; vgl. demgegenüber noch: DICKE, a.a.O., Art. 53 N 10; BGE 125 I 300, Erw. 2a mit Hinweisen, wo die Schicklichkeit als Ausdruck der Achtung gegenüber dem Leichnam verstanden wird, wozu auf die Sitte und den Ortsgebrauch abgestellt wird; REMUND, a.a.O., S. 46, wonach die Schicklichkeit insbesondere erfordere, dass jeder Verstorbene ungeachtet seiner Konfession oder Religion oder anderer Umstände in einer der Achtung der Menschenwürde entsprechenden Weise bestattet wird).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Selbstbestimmungsrecht eines Menschen, zu Lebzeiten über seinen toten Körper zu verfügen und die Modalitäten seiner Bestattung festzulegen durch die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV geschützt (BGE 129 I 173, Erw. 4). In der Kantonsverfassung wird das Bestimmungsrecht über den toten Körper ebenfalls durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit nach § 15 Abs. 1 KV gewährleistet (KURT EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1986, § 15 N 6). Die persönliche Freiheit schützt auch die emotionalen Bindungen der Angehörigen zu einem Verstorbenen. Kraft dieser engen Verbundenheit steht den Angehörigen das Recht zu, über den Leichnam des Verstorbenen zu bestimmen, die Art und den Ort der Bestattung festzulegen sowie sich gegen ungerechtfertigte Eingriffe in den toten Körper zur Wehr zu setzen (BGE 129 I 173, Erw. 2.1 mit Hinweisen). Dem Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen kommt gegenüber dem Bestimmungsrecht der hinterbliebenen Angehörigen grundsätzlich der Vorrang zu, d.h. letzteres kommt zum Zuge, wenn keine entsprechenden schriftlichen oder mündlichen Anordnungen des Verstorbenen vorliegen (BGE 129 I 302, Erw. 1.2.3; 129 I 173, Erw. 4).

#### 4.2.3.

Dementsprechend bestimmt § 8 Abs. 1 Bestattungsverordnung, dass sich die Bestattungsart nach dem Wunsch der verstorbenen Per-

son, oder, wenn nicht feststellbar, nach dem Wunsch der nächsten, erreichbaren Angehörigen richtet (vgl. bereits AGVE 1988, S. 549).

#### 4.2.4.

Der Beschwerdeführer verlangt die Verlegung des Urnengrabes seiner vorverstorbenen Gattin nach C. (ZH), um im gemeinsamen Grab die letzte Ruhe finden zu können. Entsprechend den Ausführungen des Beschwerdeführers sind keine weiteren nahen Angehörigen vorhanden und entspricht es dem Willen beider Partner, im gemeinsamen Urnengrab bestattet zu werden. Ein weiterer Grund sei sein abgelegener Wohnsitz: C. sei mit den öffentlichen Verkehrsmitteln besser erreichbar. Eine Beisetzung im Reihengrab seiner Gattin auf dem Friedhof in B., wie sie entsprechend § 9 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 des Bestattungs- und Friedhofreglements bewilligungsfähig wäre, lehnt der Beschwerdeführer ab. Es sei ihm ein Anliegen, im gleichen Grab wie seine vorverstorbene Ehefrau beigesetzt zu werden. Seiner neuen Lebenspartnerin fehle der Bezug zu B.. Aus diesem Grunde mache eine Bestattung dort für ihn keinen Sinn.

Von der Gemeinde C. (ZH) habe er eine Grabesreservationszusage und die Beisetzung der Urne sei mit dem Friedhofsgärtner abgesprochen. Diese würde auch von einem Pfarrer begleitet. Der Beschwerdeführer erklärt sich im Weiteren bereit, die Kosten der Umbettung zu tragen und die Grabeslücke auf dem Friedhof in B. auf eigene Kosten zu begrünen.

#### 4.3.

Der Gemeinderat hat seinen Entscheid vom 14. Mai 2012 im Wesentlichen damit begründet, dass für die vom Beschwerdeführer gewählte Bestattungsart keine frühzeitige Auflösung des Grabes vorgesehen sei. Abgestützt hat er sich dabei – wie erwähnt – auf § 16 des kommunalen Bestattungs- und Friedhofreglements. Der Gemeinderat bewillige praxisgemäss keine Ausnahmen, wobei einer "Selbstdynamik, welche durch Sonderbewilligungen entstehen könnte", vorgebeugt werden soll.

Wie bereits festgehalten, verbietet § 16 des Reglements in Verbindung mit § 10 Bestattungsverordnung die Umbettung einer beigesetzten Urne nicht (vgl. vorne Erw. 3).



Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass die kantonale Rechtsmittelinstanz ihr Ermessen im von der Gemeindeautonomie erfassten Bereich nicht anstelle der kommunalen Verwaltungsbehörde ausüben darf (vgl. BGE 138 I 143, Erw. 3.2). Entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid des DGS stellt aber die unterlassene Ermessensausübung durch den Gemeinderat eine Ermessensunterschreitung dar und ist daher eine zu beanstandende Rechtsverletzung (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 470 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 N 17). Da der Gemeinderat die Umbettung der Urne als zum vornherein unzulässig erachtet hat, ist neben der Ausübung des Ermessens auch die im Rahmen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes vorgeschriebene Interessenabwägung bzw. die Prüfung der Voraussetzungen eines Eingriffs in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (vgl. vorne Erw. 4.2.2) im erstinstanzlichen Entscheid unterblieben.



## X. Straf- und Massnahmenvollzug

### 45 Vorzeitiger Strafvollzug

- **Ausnahmeweises Absehen vom Erfordernis des aktuellen Interesses (Erw. I/1.2.1.)**
- **Das Durchführen von Besuchen der Lebensgefährtin in Räumen mit Trennscheibe ist unverhältnismässig, wenn dies aus Gründen des Haftzwecks nicht (mehr) erforderlich ist (Erw. II/3.4.3.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 24. Oktober 2013 in Sachen X. (WBE.2013.285).

### *Sachverhalt*

X. befand sich vom 9. Oktober 2012 bis zum 8. April 2013 in Untersuchungshaft, welche zunächst im Zentralgefängnis der Justizvollzugsanstalt (JVA) Lenzburg und ab dem 5. März 2013 im Bezirksgefängnis Y. vollzogen wurde.

Am 1. Februar 2013 ersuchte X. erfolglos darum, dass seine Lebensgefährtin ihn in einem Raum ohne Trennscheibe besuchen dürfe.

Der Gerichtspräsident des Bezirksgerichts Z. bewilligte am 8. April 2013 das Gesuch um vorzeitigen Strafvollzug und ordnete an, die bewilligten Besuche der Lebensgefährtin X.s seien bis zur Verhandlung vom 23. Mai 2013, unter Vorbehalt allfälliger Bedingungen durch die zuständige JVA, ohne Trennscheibe durchzuführen.

Nachdem in der Folge die Besuche ohne Trennscheibe weiterhin verweigert wurden und die dagegen erhobene Beschwerde vom Departement Volkswirtschaft und Inneres am 22. Mai 2013 abgewiesen wurde, erhob X., welcher sich zwischenzeitlich im ordentlichen Strafvollzug befand, dagegen am 30. Mai 2013 Verwaltungsgerichts-