

---

**Datum:** 01.06.2007  
**Gericht:** Oberverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 19. Senat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 19 B 675/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OVGNRW:2007:0601.19B675.07.00

---

**Vorinstanz:** Verwaltungsgericht Düsseldorf, 23 L 648/07

---

**Tenor:**

Das Verfahren wird eingestellt.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 23. April 2007 ist mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung wirkungslos.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge sowie die im zweitinstanzlichen Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- EUR festgesetzt.

---

**Gründe:**

Die Hauptbeteiligten (Antragstellerin und Antragsgegner) haben den Rechtsstreit übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt. Für die Wirksamkeit dieser Prozesserkklärungen ist die Zustimmung des Beigeladenen mangels Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand nicht erforderlich, unabhängig davon, ob er notwendiger (§ 65 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -) oder einfacher (§ 65 Abs. 1 VwGO) Beigeladener ist; dies gilt auch dann, wenn er - wie hier - Rechtsmittelführer ist.

1

2

Vgl. Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. A., § 161 Rdnr. 61; Redecker/von Oertzen, VwGO, 14. A., § 66, Rdnrn. 6, 8, 10. 3

Somit ist das Verfahren nach §§ 87 a Abs. 1 und 3, 92 Abs. 3 Satz 1, 125 Abs. 1 VwGO durch den Berichterstatter einzustellen. Die erstinstanzliche Entscheidung ist mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung wirkungslos (§ 173 VwGO, § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO in entsprechender Anwendung). 4

Über die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge ist gemäß § 161 Abs. 2 VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden. Billigem Ermessen entspricht es hier, die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge - hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen gilt zusätzlich das unten Ausgeführte - der Antragstellerin aufzuerlegen. Ob dies schon deshalb gerechtfertigt ist, weil die Antragstellerin von ihrem Begehren Abstand genommen hat und daher ihr wie bei einer Antragsrücknahme die Kosten aufzuerlegen sind, bleibt offen. Maßgebend für die Kostenbelastung der Antragstellerin ist, dass ihr gegen den Antragsgegner gerichteter Antrag, diesem durch Erlass einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Urne mit der Asche ihres verstorbenen Ehemannes in Gewahrsam zu nehmen, bei hier nur noch gebotener summarischer Prüfung voraussichtlich von vornherein unbegründet war. Ihr Ziel, so die Herausgabe der Urne an den Vater des Verstorbenen, den Beigeladenen, zur von diesem für den Tag nach der Antragstellung und Beschlussfassung des Verwaltungsgerichts veranlassten Bestattung zu verhindern, konnte sie nicht gegenüber dem Antragsgegner erreichen. Denn eine Rechtsgrundlage für einen dahin gehenden Anspruch gegen den Antragsgegner oder die von diesem vertretene Stadt ist nicht ersichtlich. Diese sind im vorliegenden öffentlich- rechtlichen Rechtsstreit (§40 Abs. 1 VwGO) nicht passivlegitimiert. 5

Ein Rechtsanspruch gegen die Stadt als Trägerin des Nordfriedhofs, auf dem die strittige Urne am Tag der Beschlussfassung des Verwaltungsgerichts aufbewahrt wurde, aus einem Anstaltsbenutzungsverhältnis bestand schon deshalb nicht, weil die Antragstellerin nicht an dem die Urne betreffenden Friedhofsbenutzungsverhältnis beteiligt war. Daran war, soweit nach Aktenlage ersichtlich, auf Seiten der Hinterbliebenen des Verstorbenen allein der Beigeladen beteiligt; denn nur dieser hatte die Bestattung der Urne über das von ihm beauftragte Bestattungsunternehmen veranlasst. 6

Ein gegen den Antragsgegner als örtliche Ordnungsbehörde nach dem Gesetz über das Friedhofs- und Bestattungswesen (Bestattungsgesetz - BestG NRW) vom 17. Juni 2003, GV NRW 313, gerichteter Rechtsanspruch der Antragstellerin aus - wie hier zu unterstellen ist - ihrer Bestattungspflicht oder ihrem Recht der Totenfürsorge, welche die Entscheidung über Art und Ort der Bestattung einschließen, wenn eine dahingehende Willensbekundung des Verstorbenen nicht bekannt ist, schied ebenfalls von vornherein aus. Es ist kein gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz ersichtlich, der die örtliche Ordnungsbehörde bei einem Streit zwischen zwei oder mehreren Hinterbliebenen über das Recht, Art und Ort der Bestattung zu bestimmen, und damit über die Rangfolge des Rechts der Totenfürsorge (und der Bestattungspflicht) zu einem bestimmten Verwaltungshandeln, etwa zur Aufbewahrung und Herausgabe einer Urne, zu einem Unterlassen, etwa hinsichtlich der Herausgabe einer Urne an einen nachrangigen Hinerbliebenen, oder zur Entscheidung über die konkrete Rangfolge der Totenfürsorgeberechtigten ermächtigt oder verpflichtet. 7

Die in § 8 Abs. 1 Satz 1 BestG NRW in bestimmter Rangfolge normierte Bestattungspflicht der Hinterbliebenen dient dem ordnungsrechtlichen Zweck, im öffentlichen Interesse der Verhütung von Gefahren für die öffentliche Gesundheit, für das sittliche Empfinden in der Bevölkerung und für eine würdige Totenbestattung die ordnungsgemäße Durchführung der 8

Bestattung zu gewährleisten. Der Bestattungspflicht der Angehörigen liegt letztlich das Recht der Totenfürsorge zugrunde, das als privatrechtliche Position Ausfluss bzw. Nachwirkung des familienrechtlichen Verhältnisses ist, das den Verstorbenen bei Lebzeiten mit den Hinterbliebenen verbunden hat und über den Tod hinaus fort dauert. Die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Bestattung überträgt und überlässt der Staat zunächst den Angehörigen, weil entsprechend den tradierten Anschauungen des ganz überwiegenden Teils der Bevölkerung und nach alltäglicher Praxis ohnedies davon auszugehen ist, dass diese ihrem verstorbenen Familienmitglied eine würdige Bestattung bereiten. Erst wenn keine Angehörigen vorhanden sind oder (rechtzeitig) für die Bestattung sorgen, greift er mit den Mitteln des Ordnungsrechts zum Zwecke der Gefahrenabwehr ein.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 15. Oktober 2001 - 19 A 571/00 -, NVwZ 2002, 996 ff. = juris Rdnr. 28 bis 33 zu § 2 Abs. 1 der Ordnungsbehördlichen Verordnung über das Leichenwesen 1980, m. w. N. 9

Dass das Bestattungsgesetz diese - im Grundsatz bundeseinheitlich hergebrachte und anerkannte - Rechtslage zur vorrangigen Zuweisung der Bestattungspflicht an die näheren Angehörigen oder Hinterbliebenen des Verstorbenen geändert hat, ist auszuschließen. § 8 Abs. 1 Satz 2 BestG NRW normiert, dass, soweit die der Rangfolge nach in Satz 1 bestimmten bestattungspflichtigen Hinterbliebenen ihrer Verpflichtung nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen, die zuständige örtliche Ordnungsbehörde die Bestattung zu veranlassen hat; sie entscheidet dann über Art und Ort der Bestattung (§ 12 Abs. 2 Satz 2 BestG NRW). Dieser Fall tritt aber erst ein, wenn keiner der nach der abstrakt bestimmten Rangfolge bestattungspflichtigen Hinterbliebenen („soweit diese“) der Bestattungspflicht (rechtzeitig) nachkommt; denn nur dann ist einer ordnungsrechtlichen Gefahr durch die Ordnungsbehörde zu begegnen. Eine solche ist nicht schon dann gegeben, wenn bestattungswillige Hinterbliebene sich über Art und/oder Ort der Bestattung und als Vorfrage über die Rangfolge der Totenfürsorge im konkreten Fall streiten. 10

Nichts anderes folgt aus § 12 Abs. 2 Satz 1 BestG NRW. Danach entscheiden, wenn keine Willensbekundung des Verstorbenen zu Art und Ort der Bestattung bekannt ist, hierüber die Hinterbliebenen „in der Rangfolge des § 8 Abs. 1“. Ob diese Bestimmung ihrer Rechtsnatur nach öffentlich-rechtlich oder - in Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Landes für das bürgerliche Recht aus Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG - privatrechtlich ist, kann hier dahin stehen. Sie räumt jedenfalls der Ordnungsbehörde nicht die Befugnis ein, im konkreten Fall eines Streits von Hinterbliebenen über Art und/oder Ort einer Urnenbestattung sowie um die Rangfolge der Bestattungspflicht und des dieser korrespondierenden Rechts der Totenfürsorge zu entscheiden, das Recht und die Pflicht bestimmten Hinterbliebenen einer Rangstufe zuzuweisen und hierzu vorläufige sichernde Maßnahmen, etwa eine Anordnung zur Aufbewahrung einer Urne, zu treffen. Ein Einschreiten der Ordnungsbehörde nach § 14 des Ordnungsbehördengesetzes (OBG NRW) wegen einer Störung der öffentlichen Sicherheit nur durch Verstoß gegen die in § 12 Abs. 2 Satz 1 iVm § 8 Abs. 1 Satz 1 BestG NRW - unterstellt ordnungsrechtlich - bestimmten Rangfolge erwies sich jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art als unverhältnismäßig. Der Streit der Hinterbliebenen über die Rangfolge ist vielmehr privatrechtlicher Natur und vor dem zuständigen Zivilgericht auszutragen, 11

vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1992 - XII ZR 58/91 -, FamRZ 1992, 657 = juris Rdnr. 5; RG, Urteil vom 5. April 1937 - IV 18/37 -, RGZ 154, 269; Siegmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 2004, §1968, Rdnr. 7, 12

das auch über vorläufige sichernde Maßnahmen zu entscheiden hat (§§ 935, 937 ZPO), die die Antragstellerin dort in einem Verfahren gegen den Beigeladenen beantragen konnte.

Auf die Frage, welche ordnungsrechtlichen Maßnahmen die örtliche Ordnungsbehörde bei einem Streit bestattungswilliger Hinterbliebener, bei dem es - anders als im vorliegenden Fall - (auch) um eine Erdbestattung geht, zur Wahrung der für diese in § 13 Abs. 3 BestG NRW bestimmten, grundsätzlich zwingenden Bestattungsfrist von 8 Tagen hat, wenn absehbar ist, dass die Bestattungspflicht nicht rechtzeitig im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 BestG NRW erfüllt wird, und ob ein Hinterbliebener ein Einschreiten der Ordnungsbehörde verlangen kann, ist hier aus Anlass des vorliegenden Falles nicht zu erörtern. 14

Ebenfalls kam es hier nach dem Vorstehenden nicht darauf an, ob der grundsätzlich vorrangige Ehegatte (hier die Antragstellerin) wegen Getrenntlebens oder mit Blick auf ein anhängiges Scheidungsverfahren (zur einvernehmlichen Ehescheidung) vom Recht der Totenfürsorge etwa in analoger Anwendung des § 1933 BGB ausgeschlossen ist, 15

vgl. hierzu verneinend LG Leipzig, Urteil vom 1. Dezember 2004 - 1 S 3851/04 -, FamRZ 2005, 1124 = juris Rdnr. 16 ff.; ferner OLG Dresden, Beschluss vom 7. Mai 2002 - WF 0215/02 -, juris Rdnr. 2, 16

und ob insofern § 12 Abs. 2 Satz 1 BestG NRW, falls es sich um eine privatrechtliche Norm handelt, hinsichtlich der Bestimmung der Rangfolge eine abschließende Regelung trifft, die eine Differenzierung nach den konkreten familiären Verhältnissen auf einer vorrangigen Rangstufe nicht zulässt und einer differenzierenden zivilgerichtlichen Rechtsprechung vorgeht. Schließlich kann und muss hier offen bleiben, ob § 12 Abs. 2 Satz 1 BestG NRW, wenn die vorstehende Rechtsfrage zu bejahen ist, einen unverhältnismäßigen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht der Totenfürsorge bewirkt, indem der Vorschrift zufolge ein vorrangiger Hinterbliebener mit nur noch formal oder schwach ausgeprägter familienrechtlicher Verbindung oder Nachwirkung, etwa der Ehegatte, nachrangige Hinterbliebene, etwa Kinder oder Eltern des Verstorbenen, ausnahmslos vom Recht der Totenfürsorge ausschließt, und ob dann die Vorschrift ggf. einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist. 17

Billigem Ermessen entspricht es auch, die dem Beigeladenen im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten nach Maßgabe der §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO für erstattungsfähig zu erklären; er war, wenn er notwendiger Beigeladener ist, ohne sein Zutun in das Verfahren einzubeziehen, und er hat das Rechtsmittel der Beschwerde eingelegt. Für das erstinstanzliche Verfahren sind dem Beigeladenen, da er erst zeitgleich mit dessen Abschluss beigeladen worden ist, keine Kosten entstanden, so dass es ermessengerecht ist, insofern keine Kostentragung auszusprechen. 18

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47, 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1 GKG. 19

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 66 Abs. 3 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 5 GKG). 20

21