

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT AN.2015.00006 vom 20. Mai 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-05-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_AN.2015.00006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__AN.2015.00006)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT AN.2015.00006 du 20 mai 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT AN.2015.00006 del 20 maggio 2015

## Regeste

Bestattungswesen | Bestattungswesen. [Nach § 55 Abs. 4 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes ist bei Kremationen die Leichenasche in einer Urne zu sammeln. Die Angehörigen der verstorbenen Person verfügen darüber im Rahmen der Schicklichkeit. Gestützt auf diese Bestimmung sieht § 29 Abs. 3 der am 20. Mai 2015 vom Regierungsrat neu erlassenen Bestattungsverordnung (BesV) ein Verbot für das gewerbsmässige Beisetzen von Urnen oder Ausbringen von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen vor.] Über Rechtsmittel gegen Erlasse entscheidet das Gericht in Fünferbesetzung (E. 1.1). Angesichts des Umstands, dass eine Vielzahl der Mitglieder des Beschwerdeführers, der sich als Sterbehilfeorganisation auch um Bestattungsfragen kümmert, die Beisetzung ausserhalb eines Friedhofs verlangen könnte, ist der Beschwerdeführer von der angefochtenen Bestimmung jedenfalls virtuell betroffen und damit zur Beschwerde legitimiert (E. 1.2.2). Rechtliche Grundlagen des Bestattungswesens (E. 2.1 f.). Vollziehungsverordnungen müssen die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation nicht erfüllen (E. 4.3). § 29 Abs. 1 BesV ist eine Präzisierung der in § 55 Abs. 4 GesG enthaltenen Ausnahme, dass die Angehörigen über die in einer Urne gesammelte Leichenasche verfügen dürfen und diese nicht auf dem Friedhof beisetzen müssen, unter Wahrung der Schicklichkeit. Denn grundsätzlich besteht die Vorschrift, dass eine Einsargung der verstorbenen Person mit nachfolgender Erd- oder Feuerbestattung auf dem gemeindeeigenen Friedhof oder allenfalls einem Privatfriedhof stattzufinden hat (E. 5.3). Mit Bezug auf die Bestimmung von § 29 Abs. 3 BesV hat sich der Beschwerdegegner eng an die gesetzlichen Vorgaben gehalten. Er hat damit weder eine Bestimmung erlassen, die nicht bereits im Gesetz ihre Grundlage hat, noch hat er Rechte der Einzelnen weitergehend eingeschränkt oder ihnen neue Pflichten auferlegt. Die BesV ist daher als Vollziehungsverordnung zu betrachten, weshalb es auch keiner Gesetzesdelegation zu ihrem Erlass bedurfte (E.5.7). § 29 Abs. 3 BesV erweist sich als verhältnismässig und steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 27 BV oder Art. 8 EMRK (E. 5.8). Abweisung. Abweichende Minderheit der Kammer: Da es dem Beschwerdegegner versagt ist, das Beisetzen oder Ausbringen der Urne und der Asche in einer Vollziehungsverordnung einem rechtlichen Monopol zu unterstellen und eine gewerbliche Ausübung dieser Tätigkeit generell zu verbieten, weil er damit den Betroffenen neue, im Gesetz nicht enthaltene Einschränkungen auferlegt, hätte die Beschwerde gutgeheissen und § 29 Abs. 3 GesV aufgehoben werden müssen. (siehe auch AN.2015.00007)

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung AN.2015.00006 Urteil der 3. Kammer vom 28. Januar 2016 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Andreas Frei, Verwaltungsrichterin Bea Rotach, Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Gerichtsschreiber Cyrill Bienz. In Sachen Verein X, vertreten durch RA A, Beschwerdeführer, gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, vertreten durch die Gesundheitsdirektion, Beschwerdegegner, betreffend Bestattungswesen, hat sich ergeben: I. A. Der Regierungsrat des Kantons Zürich erliess am 20. Mai 2015 eine neue Bestattungsverordnung (BesV), welche die bisherige vom 7. März 1963 ersetzte, die sich teilweise als nicht mehr zeitgemäss, wenig systematisch, unnötig detailreich und gegen übergeordnetes Recht verstossend erwies (Medienmitteilung des Regierungsrates vom 3. Juni 2015). Am 5. Juni 2015 wurde im kantonalen Amtsblatt der Beschluss des Regierungsrates publiziert, wonach neben Anpassungen der Kantonalen Zivilstandsverordnung (Dispositiv-Ziffer II) die Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 erlassen und die Verordnung über die Bestattungen vom 7. März 1963 aufgehoben wurde (Dispositiv-Ziffern I und III). Die neue Verordnung sollte auf 1. Januar 2016 in Kraft treten, die bisherige auf dieses Datum hin aufgehoben werden (Dispositiv-Ziffer IV). B. Der Verein X ist eine Organisation, die sich im Wesentlichen der Beratung zu allen Fragen um das Lebensende, der Suizid- und Suizidversuchsprävention, der Rechtsfortentwicklung in Fragen "der letzten Dinge", dem Verfassen und der Durchsetzung von Patientenverfügungen sowie der Sterbebegleitung und Freitodhilfe verschrieben hat. Im Fall von ärztlich diagnostizierten hoffnungslosen oder unheilbaren Krankheiten, unerträglichen Schmerzen oder unzumutbaren Behinderungen bietet der Verein X seinen Mitgliedern die Möglichkeit eines begleiteten Freitods an. Seit einigen Jahren sollen regelmässig um die 200 Mitglieder pro Jahr bei einem Freitod begleitet werden, wobei eine Vielzahl dieser Personen aus dem Ausland anreise. Finanziert wird solches über – neben der regulären Eintrittsgebühr und dem Jahresbeitrag erhobene – sogenannte besondere Mitgliederbeiträge zwischen ca. Fr. 7'000.- und Fr. 10'500.-, je nachdem, ob Verein X auch Bestattungsfragen regelt. II. Gegen den am 5. Juni 2015 publizierten Beschluss des Regierungsrates liess der Verein X am 4. Juli 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und beantragen, § 29 Abs. 3 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 sei aufzuheben, unter Kosten und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Staatskasse. § 29 Abs. 3 BesV verbietet das "gewerbsmässige Beisetzen von Urnen oder Ausbringen von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen". In der Beschwerdeantwort liess der Regierungsrat, vertreten durch die Gesundheitsdirektion, Nichteintreten, allenfalls Abweisung der Beschwerde beantragen. Die nachfolgenden Rechtsschriften – Replik vom 30. September 2015 und Duplik vom 12. Oktober 2015 – brachten keine Annäherung der Standpunkte. Bereits am 15. September 2015 hatte der Regierungsrat die Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 mit Ausnahme der Bestimmung § 29 Abs. 3 BesV auf 1. Januar 2016 in Kraft gesetzt (ebenso mit Ausnahme von § 48 lit. a BesV, welcher von einer anderen Partei beim Verwaltungsgericht angefochten worden war; Verfahren AN.2015.00007). Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen regierungsrätliche Verordnungen. Über Rechtsmittel gegen Erlasse entscheidet das Gericht in Fünferbesetzung (§ 38a Abs. 1 VRG). 1.2 1.2.1 Gemäss § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdegegner bestreitet die

Legitimation des Beschwerdeführers, indem dieser nicht geltend mache, er werde sich im Sinn von § 29 Abs. 3 BesV verboten, insbesondere gewerbsmässig, verhalten, weshalb ihn diese Bestimmung nicht betreffe und auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. 1.2.2 Bei der Anfechtung eines Erlasses genügt ein virtuelles Berührtsein, was voraussetzt, dass die beschwerdeführende Partei von der angefochtenen Regelung früher oder später einmal mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen ist (Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 33, mit Hinweisen; BGE 134 I 322 E. 1.3 = Pra 2009 Nr. 62 E. 1.3). Das trifft auf den Beschwerdeführer zu, der neben anderem Sterbebegleitung und Freitodhilfe anbietet. Dabei kümmert er sich auch um Bestattungsfragen (vorn I.B.). Zwar erlaubt § 29 Abs. 1 BesV unter gewissen Voraussetzungen, dass Urnen und Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen beigesetzt oder ausgebracht werden dürfen, jedoch nicht dann, wenn solches gewerbsmässig geschieht. Es ist nun ohne Weiteres denkbar, dass Mitglieder des Beschwerdeführers, welche die Sterbebegleitung in Anspruch nehmen, auch verlangen, ihre Asche sei nicht in einem Friedhof beizusetzen, sondern ausserhalb auszutragen (zum Beispiel in einem See oder in den Bergen). Angesichts des Umstands, dass der Beschwerdeführer seit seiner Gründung mehr als 1'700 Menschen geholfen hat bzw. aktuell etwa 200 Personen pro Jahr hilft, ihr Leben zu beenden und eine Vielzahl von diesen die Beisetzung ausserhalb eines Friedhofs verlangen könnten, erscheint mindestens nicht ausgeschlossen, aufseiten des Beschwerdeführers von Gewerbsmässigkeit auszugehen. Der Beschwerdeführer ist von der angefochtenen Bestimmung somit gewiss berührt, jedenfalls aber virtuell betroffen und damit zur Beschwerde legitimiert. Es kann daher offenbleiben, ob er auch virtuell betroffen wäre, weil er in Zukunft einmal Baumbestattungen anbieten könnte. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. 1.3 Gemäss § 19 Abs. 1 lit. d VRG können mit Rekurs Erlasse angefochten werden, ausgenommen die Kantonsverfassung und kantonale Gesetze. Mit Bezug auf die Verordnungen des Kantonsrats, des Regierungsrats und der Gerichte liegt die Zuständigkeit jedoch allein beim Verwaltungsgericht als einem obersten Gericht des Kantons, womit die Möglichkeit eines vorgeschalteten Rekurses entfällt (Jürg Bosshart/Martin Bertschi, Kommentar VRG, § 19 N. 69; § 42 lit. b Ziff. 3 VRG; Regina Kiener, Kommentar VRG, § 41 N. 11, 19). Mit der Beschwerde gegen einen Erlass des Regierungsrats kann die Verletzung übergeordneten Rechts gerügt werden (§ 20 Abs. 2 VRG analog; vgl. Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 50 N. 76). Prüfungsmassstab bilden damit insbesondere das kantonale Verfassungs- und Gesetzesrecht und das gesamte Bundesrecht. Ausgeschlossen ist dagegen die Ermessenskontrolle (Donatsch, § 20 N. 94 f.). 2. 2.1 Zu den Kernbereichen des kantonalen Gesundheitswesens zählen die Errichtung oder Bewilligung stationärer medizinischer Einrichtungen, die Regelung der Berufszulassung für Berufe des Gesundheitswesens sowie die Normierung der Rechtsstellung von Patientinnen und Patienten, soweit dafür neben den bundesrechtlichen Regelungen des Privat- und Strafrechts Raum verbleibt. Ebenso obliegt es mit Ausnahme internationaler Leichentransporte den Kantonen, das Bestattungswesen zu ordnen (Thomas Gächter, in Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich etc. 2007 [fortan Kommentar KV], Art. 113 N. 9). 2.2 Der Kanton Zürich hat das Bestattungswesen in den §§ 55–57 des Gesundheitsgesetzes vom 2. April 2007 (GesG) geordnet. Nach § 55 Abs. 1 und 2 GesG erfolgt die Bestattung auf dem Friedhof der Gemeinde, wo die oder der Verstorbene den letzten Wohnsitz hatte oder auf dem Friedhof der Gemeinde, wo der Tod eingetreten oder

die Leiche aufgefunden worden ist, sofern die verstorbene Person nicht im Kanton Zürich wohnte und deren Leiche nicht an den ausserkantonalen Wohnort überführt wird. Auf Wunsch des oder der Verstorbenen oder der Angehörigen kann die Bestattung auch in einer anderen Gemeinde erfolgen, sofern diese zustimmt (Abs. 3). Nach § 55 Abs. 4 GesG ist bei Kremationen die Leichenasche in einer Urne zu sammeln. Die Angehörigen der verstorbenen Person verfügen darüber im Rahmen der Schicklichkeit. § 56 GesG enthält die Kostenregelung für Bestattungen in und ausserhalb der Wohngemeinde, § 57 verpflichtet die Gemeinden, ausreichend Grabplätze für Erd- und Urnenbestattungen zur Verfügung zu stellen. 2.3 Nach Art. 7 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) ist die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Die Menschenwürde stellt einen selbständigen Verfassungsgrundsatz dar. Das Recht auf schickliche Beerdigung ergibt sich unmittelbar aus der Menschenwürde (Philippe Mastronardi, in Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich etc. 2014 [fortan Kommentar BV], Art. 7 N. 15 und 48; Tobias Jaag/Markus Rüssli, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. A., Zürich etc. 2012, § 42 Rz. 4250). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst die explizite Garantie der Menschenwürde in sich auch das Recht auf ein schickliches Begräbnis (BGE 125 I 300 E. 2a; BGE 123 I 112 E. 4b). Aus Art. 7 BV lässt sich jedenfalls ein einklagbarer (Individual-)Anspruch auf ein schickliches Begräbnis ableiten. Art. 9 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV), wonach die Würde des Menschen unantastbar sei, übernimmt inhaltlich die bundesrechtliche Garantie (Giovanni Biaggini, Kommentar KV, Art. 9 N. 11 und 13). 2.4 Nach § 29 Abs. 1 BesV dürfen Urnen und Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen nur beigesetzt oder ausgebracht werden, wenn (a) die Bestimmungen des Forst-, Gewässerschutz-, Luftfahrt-, Bau- und Umweltrechts eingehalten werden und (b) Urnen und Kremationsasche nicht als solche erkennbar sind und nach kurzer Zeit nicht mehr wahrgenommen werden können. Nach Abs. 2 können die Gemeinden das Beisetzen von Urnen oder das Ausbringen von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen einschränken oder verbieten, wenn sich dies störend auswirkt. Für Flächen des Kantons, insbesondere öffentliche Gewässer, ist die Direktion zuständig. Der einzig angefochtene § 29 Abs. 3 BesV verbietet das gewerbsmässige Beisetzen von Urnen oder Ausbringen von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Bestimmung von § 29 Abs. 3 BesV finde im Gesundheitsgesetz und auch in keinem anderen Erlass auf Gesetzesstufe eine gesetzliche Grundlage. Auch aus § 55 Abs. 4 GesG ergebe sich keinerlei Verbot und auch keine Ermächtigung zugunsten des Regierungsrats, ein Verbot zu erlassen. Der angefochtenen Bestimmung fehle es somit an einer gesetzlichen Grundlage, weshalb sie aufzuheben sei. Weiter fehle es dem Begriff der Gewerbsmässigkeit an der erforderlichen Klarheit. Es sei nicht zu erkennen, wo die Grenze zwischen Verbotenem und Erlaubtem verlaufe. Ausserdem handle der Beschwerdeführer nicht gewerbsmässig, wenn er auf Anweisung einer bei ihm verstorbenen Person oder deren verfügungsberechtigten Angehörigen die jeweilige Kremationsasche der Natur in schicklicher und diskreter Weise übergebe, wobei dieser Dienst unentgeltlich geleistet werde. Schliesslich seien die Personen, deren Asche dem Boden oder einem Gewässer übergeben werde, nicht daran interessiert, einen auf längere Sicht durch Angehörige oder gar Dritte erkennbaren Begräbnisplatz schaffen zu wollen.

### **E. 3.2**

Demgegenüber ist der Beschwerdegegner der Auffassung, es handle sich bei der Bestattungsverordnung um eine reine Vollzugsverordnung, für deren Erlass er zuständig sei. Das Bestattungswesen sei monopolisiert, indem nur Gemeindefriedhöfe zulässig seien und Bestattungen in diesen Friedhöfen stattzufinden hätten. Dafür bestehe eine genügende gesetzliche Grundlage. § 29 BesV sehe die Ausnahmen davon vor. Der Begriff der Gewerbmässigkeit sei als Teil einer Erwerbstätigkeit zu beurteilen. Beim Verbot nach § 29 Abs. 3 BesV gehe es nicht um Einzelfälle, sondern darum, dass eine Mehrzahl von Urnen oder die Kremationsasche aus einer Mehrzahl von Urnen von derselben Person mit Erwerbsabsicht ausgebracht oder beigesetzt werde. In diesen Fällen fehle ein Bezug zum Einzelfall. Hingegen sei das Ausstreuen von Asche in Einzelfällen zulässig, nicht aber das häufige Ausstreuen. Es entspreche zudem nicht der Schicklichkeit, Urnen oder Kremationsasche ausländischer Staatsangehöriger ohne Bezug zum Kanton Zürich auf dem Gebiet des Kantons Zürich gewerbmässig beizusetzen. § 55 Abs. 4 GesG und § 29 Abs. 3 BesV untersagten dies deshalb. § 29 Abs. 3 BesV stelle damit eine zulässige Vollzugsbestimmung zu § 55 Abs. 4 GesG dar, indem diese lediglich den Ausnahmereich konkretisiere, den § 55 Abs. 4 gegenüber § 55 Abs. 1 GesG zulasse.

### **E. 4.1**

Keine Gesetze sind Verordnungen im formellen Sinn, nämlich generell-abstrakte Rechtsnormen, die weder im Gesetzgebungs- noch im Verfassungsgebungsverfahren erlassen worden sind. Weniger wichtige Bestimmungen sind auf Verordnungsstufe zu erlassen, denn der Verordnungsgeber – in aller Regel der Regierungsrat – verfügt zusammen mit der ihm unterstellten Verwaltung über grosse Sach- und Detailkenntnisse, welche für den Erlass von weniger wichtigem, oft technischem Ausführungsrecht unerlässlich sind (Christian Schuhmacher, Kommentar KV, Art. 23 N. 30 f.).

### **E. 4.2**

Nach Art. 38 Abs. 3 KV bestimmen Verfassung und Gesetz, welche Behörden Verordnungen erlassen können. Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Sie darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein. Sie muss in einem formellen Gesetz enthalten sein. Die Grundzüge müssen in einem Gesetz umschrieben sein, soweit die Rechtsstellung der Rechtsunterworfenen schwerwiegend berührt wird. Sie muss sich auf einen bestimmten, genau umschriebenen Gegenstand beschränken. Der Gesetzgeber muss für den einzelnen Sachbereich festlegen, ob ausführende Bestimmungen in einer Verordnung erlassen werden können, und die zuständige Behörde bezeichnen. Vorbehalten sind Vollzugsverordnungen des Regierungsrats (Matthias Hauser, Kommentar KV, Art. 38 N. 37, 40).

### **E. 4.3**

Nach Art. 67 Abs. 2 KV kann der Regierungsrat sogenannte selbständige Verordnungen über den Vollzug von Gesetzen kraft der Ermächtigung durch die Verfassung in eigener Kompetenz erlassen. Daher müssen insbesondere Vollziehungsverordnungen und Polizeinotverordnungen die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation nicht erfüllen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 139, 143, 408; Hauser, Art. 38 N. 44; Isabelle Häner, Kommentar KV, Art. 67 N. 11). Allerdings muss sich der Regierungsrat dabei eng an die gesetzlichen Vorgaben halten. Er darf das Gesetz nur weiterführen und keine

Bestimmungen erlassen, die nicht bereits im Gesetz ihre Grundlage haben. Insbesondere dürfen Rechte der Einzelnen nicht weitergehend eingeschränkt oder neue Pflichten auferlegt werden (Häner, Art. 67 N. 14 f.). Vollziehungsverordnungen enthalten somit lediglich nähere Ausführungen darüber, was bereits durch das Gesetz grundsätzlich bestimmt ist (Jaag/Rüssli, § 4 Rz. 416, 419). Sie können ergänzende Verfahrensvorschriften aufstellen, gewisse Gesetzesbestimmungen präzisieren und im Einzelnen ausführen, eventuell echte Lücken füllen; ohne ausdrückliche Delegation können sie jedoch keine neuen Normen aufstellen, welche die Rechte der Rechtsunterworfenen beschränken oder ihnen Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes in Einklang stehen (BGE 136 I 29 E. 3.3; BGE 134 I 313 E. 5.3 = Pra 2009 Nr. 50 E. 5.3; BGE 130 I 140 E. 5.1; BGE 124 I 127 E. 3b). Um dies sicherzustellen, werden Erlass, Änderung und Aufhebung von Verordnungen gemäss § 32 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrats und der kantonalen Verwaltung vom 6. Juni 2005 (OG RR) als besondere Geschäfte behandelt, die einzeln aufgerufen, beraten und beschlossen werden.

### **E. 5.1**

Das behauptete Fehlen einer gesetzlichen Grundlage der Bestattungsverordnung, wie es der Beschwerdeführer geltend macht (vorn E. 3.1), hat zwei Aspekte: Einerseits wird damit formell der Charakter der Bestattungsverordnung als Vollziehungsverordnung bestritten, weshalb es einer gesetzlichen Delegation bedurft hätte, dass der Regierungsrat auf dem Verordnungsweg tätig geworden wäre. Damit zusammen hängt andererseits der Vorwurf, die Bestattungsverordnung sei deswegen keine Vollziehungsverordnung, weil sie Sachen regle, die in den Bestimmungen des zugrunde liegenden Gesundheitsgesetzes keine Entsprechung fänden.

### **E. 5.2**

Grundlage der Bestimmung von § 29 BesV bildet § 55 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 GesG: Nach § 55 Abs. 1 GesG erfolgt die Bestattung auf dem Friedhof der Gemeinde, wo die oder der Verstorbene den letzten Wohnsitz hatte. Bei Kremationen ist die Leichenasche in einer Urne zu sammeln. Die Angehörigen der verstorbenen Person verfügen darüber im Rahmen der Schicklichkeit. Jede verstorbene Person hat Anspruch auf ein schickliches Begräbnis (vorn E. 2.3). Ein Verstoss gegen die Schicklichkeit kann etwa darin liegen, dass die Beerdigung zur Unzeit erfolgt, das Glockengeläute verweigert wird oder ein Grabplatz in diskriminierender räumlicher Aussonderung bestimmt wird. Schicklichkeit bedeutet Gleichbehandlung, nicht in einem absoluten Sinn, aber im Sinn der Nichtdiskriminierung. Der Anspruch auf Schicklichkeit ist verletzt, wenn dem Toten das verweigert wird, was der herrschende Gebrauch zur Ehre der Toten fordert (BGE 125 I 300 E. 2a).

### **E. 5.3**

§ 29 Abs. 1 BesV umschreibt, in welcher Weise die Angehörigen einer verstorbenen Person über die Leichenasche in einer Urne verfügen dürfen unter Wahrung der Schicklichkeit. So dürfen Urnen und Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen nur beigesetzt werden, wenn die Bestimmungen verschiedener Gesetze eingehalten werden, Urnen und Kremationsasche nicht als solche erkennbar sind und nach kurzer Zeit nicht mehr wahrgenommen werden können (vorn E. 2.4). Es handelt sich dabei um eine Präzisierung der in § 55 Abs. 4 GesG enthaltenen Ausnahme, dass die Angehörigen über die in einer Urne gesammelte Leichenasche verfügen dürfen und diese nicht auf dem Friedhof beisetzen müssen, unter

Wahrung der Schicklichkeit. Denn grundsätzlich besteht die Vorschrift, dass eine Einsargung der verstorbenen Person mit nachfolgender Erd- oder Feuerbestattung auf dem gemeindeeigenen Friedhof oder allenfalls einem Privatfriedhof stattzufinden hat (§ 55 Abs. 1 GesG in Verbindung mit §§ 22 Abs. 1, 27 f. BesV). Soll im Ausnahmefall keine Beisetzung oder Bestattung auf dem Friedhof stattfinden, haben die Angehörigen den Willen der anordnungsberechtigten Person zu achten, soweit er sich im Rahmen der Schicklichkeit bewegt, in erster Linie aber den Willen der verstorbenen Person (BGE 129 I 173, E. 4; zu den anordnungsberechtigten Personen §§ 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 20 BesV).

#### **E. 5.4**

Die Ausnahmeregelung in § 29 Abs. 1 BesV ist nicht zuletzt Ausfluss aus Art. 7 BV, wonach die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist (vorn E. 2.3). Zwar sind die Begriffe "Beisetzen" und "Ausbringen" weit zu verstehen. Sie umfassen jede Form der Platzierung von Urnen und Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen und damit insbesondere das Verteilen auf einer Oberfläche, das Ausstreuen in der Luft und das Versenken von Urnen in Gewässern (Begründung des Regierungsrats zur BesV (fortan Begründung). Insbesondere das Ausbringen von Kremationsasche in Gewässer oder das Ausstreuen auf Wegen und an Orten, die der Allgemeinheit leicht zugänglich sind, könnte geeignet sein, das Empfinden anderer zu beeinträchtigen. Dem trägt § 29 Abs. 1 lit. b BesV Rechnung. Die Beisetzung von Kremationsasche ist insbesondere dann störend, wenn die Asche oder Urne über längere Zeit als solche wahrgenommen werden kann. Die Bestimmung verbietet somit etwa das Ausstreuen von Kremationsasche in einem Waldweiher, der häufig von Familien besucht wird. Dasselbe gilt, wenn Kremationsasche auf einem viel begangenen Wanderweg an einem Aussichtspunkt so ausgebracht wird, dass sie als Kremationsasche erkennbar ist. Kremationsasche soll bei Wanderwegen, auf denen regelmässig mit Wanderern zu rechnen ist, nicht so ausgestreut werden, dass sie auch nach mehreren Tagen noch als solche wahrgenommen werden kann (Begründung S. 37). Solches dürfte überdies weder der Schicklichkeit der Beisetzung noch dem Wunsch einer verstorbenen Person entsprechen, wonach ihre Asche der Natur übergeben werden und mit dieser verschmelzen soll (vorn E. 3.1), weshalb Gemeinden und Kanton dagegen einschreiten können (vorn E. 2.4; § 29 Abs. 2 BesV).

#### **E. 5.5**

Dies alles ist vom Beschwerdeführer unbestritten und wird nicht angefochten. Er stört sich einzig daran, dass das "gewerbsmässige" Beisetzen von Urnen oder Ausbringen von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen verboten ist, wobei er darunter "berufsmässiges Handeln" versteht, in der Replik aber auf die strafrechtliche Bedeutung des Begriffs der Gewerbsmässigkeit abstellt. Ungeachtet der verschiedenen möglichen Bedeutungen, die dem Begriff der "Gewerbsmässigkeit" zugeordnet werden können, ist jedenfalls entscheidend, was § 29 Abs. 3 BesV damit ausdrücken wollte. Nach der Begründung des Regierungsrats ist es innerhalb der Grenzen von § 55 Abs. 4 GesG und § 29 BesV zu tolerieren, dass Angehörige ausnahmsweise und in Einzelfällen Kremationsasche ausstreuen (vorn E. 5.3). Würde hingegen "gewerbsmässig und damit häufig" Asche ausgebracht, könnten die Pietätsgefühle der Bevölkerung verletzt werden, weshalb dies untersagt ist. Damit bekräftigt die Bestimmung von § 29 Abs. 3 BesV lediglich den in § 55 Abs. 4 GesG formulierten Ausnahmekarakter des Umgangs mit Urne und Kremationsasche der verstorbenen Person ausserhalb eines Friedhofs. Der Begriff der Gewerbsmässigkeit bezieht sich daher einzig auf die Häufigkeit des Ausbringens von

Kremationsasche. Dagegen dient die Einschränkung mit dem Begriff "Gewerbsmässigkeit" etwa nicht dazu, das Ausstreuen der Asche durch andere als Angehörige zu verbieten, was sich mit der Schicklichkeit kaum vereinbaren liesse (vorn E. 5.2). Sollte eine verstorbene Person keine Angehörigen mehr haben, jedoch einen Dritten damit beauftragen, ihre Asche zu verstreuen, dürfte deren Wille in erster Linie zu beachten sein, sofern er sich seinerseits im Rahmen der Schicklichkeit bewegt (vorn E. 5.3).

#### **E. 5.6**

Nun liegt es auf der Hand, dass eine Organisation wie diejenige des Beschwerdeführers, die jährlich etwa 200 Personen in den Tod begleitet und auch das Verfügen über deren Kremationsasche anbietet, häufiger als die Angehörigen einer unerwartet verstorbenen Person damit konfrontiert sein kann, dass die Asche auf Wunsch der verstorbenen oder einer anordnungsberechtigten Person an einem bestimmten (möglicherweise sogar von der Organisation empfohlenen) Ort zu verstreuen sei. Hinzu kommt, dass Personen, die aufgrund unheilbarer Gebrechen oder anderer Umstände in Begleitung des Beschwerdeführers aus dem Leben scheiden, sich wohl intensiver mit dem Ausscheiden aus dem Leben befassen und – insbesondere, wenn sie keine Angehörigen mehr haben – eher Bestimmungen darüber erlassen, was mit ihrer Urne oder Kremationsasche danach geschehen soll, als Personen, die unerwartet oder unvorbereitet aus dem Leben scheiden. § 29 Abs. 3 BesV (in Zusammenhang mit § 29 Abs. 1 lit. b BesV) will aber entsprechend § 55 Abs. 1 und 4 GesG sicherstellen, dass das Beisetzen einer Urne und das Ausstreuen der Kremationsasche ausserhalb des Friedhofs die Ausnahme bleibt, was bedeutet, dass nur in Einzelfällen, nicht aber in einer Vielzahl der Fälle so vorgegangen wird, wie es unter den beschriebenen Umständen bei einer Organisation wie dem Beschwerdeführer vorkommen könnte.

#### **E. 5.7**

Mit Bezug auf die Bestimmung von § 29 Abs. 3 BesV hat sich der Beschwerdegegner daher eng an die gesetzlichen Vorgaben gehalten. Er hat damit weder eine Bestimmung erlassen, die nicht bereits im Gesetz ihre Grundlage hat, noch hat er Rechte der Einzelnen weitergehend eingeschränkt oder ihnen neue Pflichten auferlegt. Die BesV ist daher als Vollziehungsverordnung zu betrachten, weshalb es auch keiner Gesetzesdelegation zu ihrem Erlass bedurfte (vorn E. 4.3).

#### **E. 5.8**

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die angefochtene Norm stehe im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), ist ihm nicht zu folgen. Zwar umfasst das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens neben anderem auch die Selbstbestimmung der Lebensgestaltung und damit berufliche Beziehungen (Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer, EMRK, Kommentar, 2. A., München 2015, Art. 8 N. 21). Allerdings verschafft Art. 8 EMRK in Bezug auf die Möglichkeit, einen bestimmten Beruf überhaupt ergreifen oder ausüben zu können, keinen über Art. 27 BV hinausgehenden Schutz (BGE 130 I 26 E. 9). Art. 27 BV schützt zwar jegliche auch gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder Einkommens dient. Allerdings gilt die Wirtschaftsfreiheit nicht absolut. Sie darf nach den allgemeinen, in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden. Solche müssen eine gesetzliche Grundlage aufweisen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der

Verhältnismässigkeit erfüllen. Ist die Einschränkung nicht schwerwiegend, muss sie nicht notwendigerweise in einem formellen Gesetz vorgesehen sein, sondern kann sich in einem Erlass tieferer Regelungsstufe oder in einer Generalklausel finden (BGE 131 I 333 [= Pra 2006 Nr. 75], E. 4); Klaus A. Vallender, Kommentar BV, Art. 27 N. 22). Wie dargelegt, steht die Einschränkung, dass das Beisetzen von Urnen und das Ausbringen von Asche ausserhalb eines Friedhofs nicht gewerbsmässig betrieben werden dürfe, in Einklang mit der gesetzlichen Grundlage (vorn E. 5.5, 5.6). Ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit – ein solcher wäre etwa ein Berufsverbot – liegt darin nicht, gehört doch das Ausbringen der Kremationsasche durch Bestattungsunternehmen, Sterbehilfeorganisationen, Sterbehäuser oder Ritualbegleiter lediglich zu den Dienstleistungen, die im Anschluss an die Bestattung zusätzlich übernommen werden, so auch beim Beschwerdeführer (vorn E. 1.2.1, 3.1), und nur einen geringen Teil seiner Tätigkeit ausmachen (vorn I.B.). Selbst wenn dafür aber ein unterhalb eines Gesetzes eingeordneter Erlass nicht genüge, würde mit dem ungehemmten Austragen von Urnen und Kremationsasche ausserhalb eines Friedhofs – mit Bezug auf die verstorbene Person – Art. 7 BV verletzt, forderte doch der herrschende Gebrauch zur Ehre der Toten (vorn E. 5.2), dass sie an ihrer letzten Ruhestätte – sei diese auch in der freien Natur – ihre Ruhe tatsächlich finden und ihre Überreste nicht zusammen mit denjenigen anderer Personen ausgetragen werden oder an einer Stelle, an der regelmässig die Kremationsasche anderer verstreut wird. Weiter würde dadurch gerade in die körperliche Unversehrtheit von Personen nach Art. 10 Abs. 2 BV (wie etwa Wanderer oder Wassersportler) eingegriffen, wozu bereits lästige Einwirkungen oder Beeinträchtigungen wie etwa Lärm, Rauch, nicht spürbare Strahlen oder pathogene Organismen gehören (Rainer J. Schweizer, Kommentar BV, Art. 10 N. 23). Dazu dürfte auch die Gewissheit gehören, dass an einem bestimmten Ort oder bestimmten Orten häufig Überreste einer verstorbenen Person oder mehrerer Verstorbener, sei es in Form einer Urne oder Kremationsasche, ausgetragen werden. Insofern besteht nicht nur eine gesetzliche Grundlage, sondern ein das privatwirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers übersteigendes öffentliches Interesse, solches zu vermeiden. Da im Einzelfall das Austragen der Asche oder Beisetzen einer Urne ausserhalb eines Friedhofs aber zuge lassen (vorn E. 5.5) und lediglich das gewerbsmässige Handeln untersagt wird, erweist sich damit die Bestimmung von § 29 Abs. 3 BesV als verhältnismässig und auch nicht im Widerspruch zu Art. 27 BV oder Art. 8 EMRK.

#### **E. 6**

Demnach ist ein Verstoß von § 29 Abs. 3 BesV gegen übergeordnetes Recht nicht zu erkennen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Ob und allenfalls in welcher Weise sich der Beschwerdeführer gewerbsmässig verhält, braucht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht geprüft zu werden.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens dem Beschwerdeführer zu auferlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Entsprechend seinem Unterliegen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Eine solche hat der Beschwerdegegner nicht verlangt.