

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/336836131>

# Gewerbliche Betätigung auf dem (kommunalen) Friedhof: Rechte und Regelungsmöglichkeiten (WiVerw 2018, 53 – 86)

Article · February 2018

CITATIONS

0



Ulrich Stelkens

Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

63 PUBLICATIONS 19 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Friedhofs- und Bestattungsrecht [View project](#)



The development of pan-European general principles of good administration by the Council of Europe and their impact on the administrative law of its Member States  
[View project](#)

## Gewerbliche Betätigung auf dem (kommunalen) Friedhof: Rechte und Regelungsmöglichkeiten

*Der Beitrag baut auf einem Beitrag des Verfassers zu „Gemeingebrauch, Sondernutzung und ‚Hausrecht‘ auf Friedhöfen“<sup>1</sup> auf und untersucht Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen in Bezug auf alle Formen gewerblicher Betätigung auf ihren Friedhöfen. Auf die Besonderheiten gewerblicher Tätigkeit auf kirchlichen Friedhöfen kann der Beitrag dabei nicht eingehen.<sup>2</sup>*

### I. Einführung: Formen gewerblicher Tätigkeit auf Friedhöfen

Eine gewerbliche Betätigung auf dem Friedhof ist in vier Formen vorstellbar: Der einfachste, jedoch selten berücksichtigte Fall ist, dass auf einem Friedhof Private *im Auftrag und auf Rechnung des Friedhofsträgers* gewerblich tätig werden, wie z. B. ein Friedhofsplaner, ein privater Gartenbaubetrieb auf den allgemeinen Friedhofsflächen, oder auch ein Bauunternehmen, das die Trauerhalle oder Friedhofswege in Stand setzt oder neue Gebäude errichtet.<sup>3</sup> Zumeist allein in den Blick genommen wird dagegen die gewerbliche *Tätigkeit im Auftrag eines Grabnutzungsberechtigten*, insbesondere die Tätigkeit der Bestatter am Grab, die des Steinmetzes bei der Grabaufstellung, des Friedhofsgärtners, der von Grabnutzungsberechtigten beauftragt wird, usw. Eine dritte Variante wäre eine *gewerbliche Tätigkeit auf dem Friedhof ohne Bezug zu dessen Widmungszweck*, etwa bei Filmaufnahmen,<sup>4</sup> bei der Durchführung von Friedhofsführungen oder sonstiger „Events“ durch einen privaten Veranstalter<sup>5</sup> oder auch schlicht jede Form von Werbung auf dem Friedhofsgelände.<sup>6</sup> Gewissermaßen zwischen der ersten und der dritten Variante liegt schließlich der Fall der *Konzession*: In diesen – bisher wohl eher seltenen, jedoch im Zuge der Bemühungen zur Steigerung der „Attraktivität“ von Friedhöfen vielleicht zukünftig zunehmend praktisch relevant werdenden – Fällen gestattet die Friedhofsverwaltung einem selbständigen Gewerbetreibenden, bestimmte Dienstleistungen gegenüber den Friedhofsbesuchern auf dem Friedhof auf eigenes Risiko anzubieten, die die „Attraktivität“ des Friedhofs steigern sollen (vgl. § 105 GWB). Beispiele wären etwa der Betrieb eines Friedhofscafés in einer früheren Trauerhalle,<sup>7</sup> der Verkauf von Getränken von einem mobilen Verkaufsstand aus,

<sup>1</sup> U. Stelkens, Gemeingebrauch, Sondernutzung und „Hausrecht“ auf Friedhöfen, WiVerw 2015, S. 45 ff.; dem folgend etwa T. F. Barthel, Grabnutzungsrechte und sonstige Nutzungsrechte an Friedhöfen, WiVerw 2016, S. 22 ff.; C. Brünig, Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten bei Friedhofssatzungen, WiVerw 2016, S. 37, 41 f.

<sup>2</sup> Als für das Bestattungsgewerbe relevante Entscheidung aus dem Bereich der kirchlichen Friedhofssatzungen sind zwei jüngere Urteile hervorzuheben, die sich mit der Frage der Zulassung von Gewerbetreibenden zu Arbeiten auf dem Friedhof befassen: VG Berlin, Urt. v. 07.10.2015 – 21 K 146/15 – juris (betreffend Ausschluss kommerzieller Erwerbsgärtner von einer gewerblichen Tätigkeit [Grabpflege] auf einem Simultanfriedhof der Kirche) und VG München, Urt. v. 19.05.2016 – M 12 K 15.3334 – juris (betreffend ein „Hausverbot“ des kirchlichen Friedhofsträgers gegenüber Steinmetz wegen Missachtung der Friedhofsordnung und ehrenrühriger Behauptungen).

<sup>3</sup> Siehe hierzu nur den Fall von BGH, Urt. v. 20.11.2012 – X ZR 108/10 – NZBau 2013, 180 ff.

<sup>4</sup> Barthel (Fn. 1), S. 23.

<sup>5</sup> Siehe hierzu die Fallbearbeitung „Gothic“, in: K. Grupp/U. Stelkens, Saarheimer Fälle zum Staats- und Verwaltungsrecht (<http://www.saarheim.de/Faelle/gothic-fall.htm>).

<sup>6</sup> Zu den baurechtlichen Grenzen der Werbung auf dem Friedhofszuweg siehe dagegen VG Neustadt a.d.W., Urt. v. 21.06.2017 – 4 K 271/17.NW – (hierzu T. M. Spranger, Aktuellste Entwicklungen des Friedhofs- und Bestattungsrechts, WiVerw 2018 [in diesem Heft]).

<sup>7</sup> Siehe etwa G. R. Richter, Neue und erweiterte Funktionen des Friedhofs, Friedhofskultur 11/2016, S. 20 f.

aber auch der Betrieb von Verkaufsständen für Blumen und Grablichtern oder auch von (entgeltlichen) Fahrdiensten. Dabei zeigen diese Beispiele auch, dass derartige Konzessionen nicht jedem grundsätzlich geeigneten Gewerbetreibenden erteilt werden können, soll der Widmungszweck des Friedhofs nicht in Frage gestellt werden. Vielmehr wird die Konzession einzelnen Gewerbetreibenden unter Ausschluss anderer erteilt, was eine Auswahl zwischen verschiedenen Konzessionsbewerbern voraussetzt. Hier soll zunächst gefragt werden, wie der rechtliche Rahmen für alle diese Formen gewerblicher Tätigkeiten auf dem Friedhof ausgestaltet ist (II.). Darauf aufbauend kann dann gefragt werden, welche Möglichkeiten und Grenzen für die Ausgestaltung der gewerblichen Nutzung auf Friedhöfen durch die Friedhofssatzungen, aber auch durch Landesgesetze bestehen (III.).

## II. Rechtlicher Rahmen für die gewerbliche Tätigkeit auf Friedhöfen

Der Rechtsrahmen für die gewerbliche Tätigkeit auf Friedhöfen ist recht komplex, weil er sich nur teilweise aus dem geschriebenen Recht ergibt (1.), das jedoch durch die allgemeinen ungeschriebenen Grundsätze des Rechts der öffentlichen Sachen ergänzt wird (2.).

### 1. Vorgaben des geschriebenen Rechts für die gewerbliche Tätigkeit auf Friedhöfen

Regelungen darüber, ob und inwieweit derartige gewerbliche Tätigkeiten auf Friedhöfen zulässig sind, könnte man im Grundsatz in den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen der Länder erwarten.<sup>8</sup> Hieraus ergibt sich aber allenfalls – und selbst dies nicht in *Mecklenburg-Vorpommern* und *Nordrhein-Westfalen* – direkt oder indirekt, welchen Zwecken Friedhöfe allgemein dienen. Die Gesetze greifen insoweit – zumeist in etwas nüchterneren Worten – die klassische Zweckbestimmung des Friedhofszwecks des *Reichsgerichts*<sup>9</sup> auf, die auch vom *BGH*<sup>10</sup> übernommen wurde.<sup>11</sup> Hiernach dienen Friedhöfe der „*Ermöglichung einer angemessenen und geordneten Leichenbestattung und (...) der dem pietätvollen Gedenken der Verstorbenen entsprechenden würdigen Ausgestaltung und Ausstattung des der Totenbestattung gewidmeten Grundstückes*“. Kein Friedhofs- oder Bestattungsgesetz regelt aber ausdrücklich, wer sich auf dem Friedhof zu welchen Zwecken – gewerblich oder nicht-gewerblich – betätigen darf. Diese Regelungen werden jedoch in den Friedhofssatzungen über die „*Ordnung auf dem Friedhof*“ geregelt, die sich insoweit aber an den Vorgaben der Bestattungsgesetze zu orientieren haben. Zur gewerblichen Tätigkeit sieht die *Leitfassung des Deutschen Städtetages für eine Friedhofssatzung* in ihrem Stand vom 1. August 2009 (im Folgenden: *Leitfassung Städtetag*) etwa Folgendes vor:

#### § 7 Gewerbetreibende

(1) Bildhauer, Steinmetze, Gärtner, Bestatter und sonstige Gewerbetreibende bedürfen für Tätigkeiten auf den Friedhöfen der vorherigen Zulassung durch die Stadt, die gleichzeitig den Umfang der Tätigkeiten festlegt.

<sup>8</sup> Eine Zusammenstellung der aktuellen Friedhofs- und Bestattungsgesetze finden sich bei [http://www.saarheim.de/Gesetze\\_Laender/bestg\\_laender.htm](http://www.saarheim.de/Gesetze_Laender/bestg_laender.htm).

<sup>9</sup> RG, Urt. v. 25.04.1938 – IV 7/38 – RGZ 157, 246, 255.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 13.07.1954 – V ZR 166/52 – BGHZ 14, 294, 299 f.

<sup>11</sup> Näher *Stelkens* (Fn. 1), S. 45 f.; ebenso *P. Axer*, Friedhöfe als öffentliche Sachen, DÖV 2013, S. 165, 168.

- (2) Zuzulassen sind Gewerbetreibende, die
- a) in fachlicher, betrieblicher und persönlicher Hinsicht zuverlässig sind,
  - b) selbst oder deren fachliche Vertreter die Meisterprüfung abgelegt haben oder in die Handwerksrolle eingetragen sind oder über eine gleichwertige Qualifikation verfügen und
  - c) eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung nachweisen können.
- (3) Die Zulassung erfolgt durch Zulassungsbescheid. Die Zulassung ist alle . . . Jahre zu erneuern.
- (4) Die zugelassenen Gewerbetreibenden haben für jeden Bediensteten bei der Stadt einen Ausweis zu beantragen. Die Zulassung und die Bedienstetenausweise sind dem Friedhofspersonal auf Verlangen vorzuweisen.
- (5) Die Gewerbetreibenden und ihre Bediensteten haben die Friedhofssatzung und die dazu ergangenen Regelungen zu beachten. Die Gewerbetreibenden haften für alle Schäden, die sie oder ihre Bediensteten im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit auf den Friedhöfen schuldhaft verursachen.
- (6) [Gewerbliche Arbeiten auf den Friedhöfen nur während der von der Stadt festgesetzten Zeiten].
- (7) [Regelungen über Lagerung und Reinigung von Gerätschaften].
- (8) Gewerbetreibenden, die trotz schriftlicher Mahnung gegen die Vorschriften der Abs. 4 bis 7 verstoßen oder bei denen die Voraussetzungen des Abs. 2 ganz oder teilweise nicht mehr gegeben sind, kann die Stadt die Zulassung auf Zeit oder auf Dauer durch schriftlichen Bescheid entziehen. Bei einem schwerwiegenden Verstoß ist eine Mahnung entbehrlich.
- (9) Gewerbetreibende mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die im Inland nur vorübergehend tätig sind, haben die Aufnahme ihrer Tätigkeit auf dem Friedhof anzuzeigen. Die Gewerbetreibenden haben für jeden Bediensteten bei der Stadt einen Ausweis zu beantragen. Die Bedienstetenausweise sind dem Friedhofspersonal auf Verlangen vorzuweisen.
- Abs.1 - 4; Abs. 6 Satz 2 und Abs. 8 finden keine Anwendung. Das Verwaltungsverfahren kann über eine einheitliche Stelle nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes ... abgewickelt werden.

Alle auffindbaren Mustersatzungen enthalten insoweit zwar im Detail unterschiedliche, aber in der Konzeption ähnliche Regelungen.<sup>12</sup> Deshalb dürften sie sich in den meisten Friedhofssatzungen in dieser oder ähnlicher Form auch wiederfinden. Bei näherer Betrachtung wird jedoch erkennbar, dass diese Regelungen ausschließlich die gewerbliche Betätigung im Auftrag des Grabnutzungsberechtigten regeln (2. Variante), alle anderen Fälle aber nicht erfassen. Bestimmte gewerbliche Tätigkeiten werden jedoch in den allgemeinen Regelungen der Friedhofssatzungen über das „Verhalten auf dem Friedhof“ ganz allgemein verboten, wie etwa „*der Verkauf von Waren aller Art, insbesondere Kränze und Blumen, sowie das Anbieten von Dienstleistungen*“ oder das „*Erstellen von Film-, Ton- und Videoaufnahmen, außer zu privaten Zwecken*“. Hier ist dann oft (aber nicht immer) geregelt, dass der Friedhofsträger Ausnahmen zulassen kann, soweit sie mit dem Zweck des Friedhofs und der Ordnung vereinbar sind.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Siehe z. B. § 7 der Muster-Satzung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes über das Friedhofs- und Bestattungswesen vom 8. Februar 1989 (abgedruckt in *J. Gaedke/J. Diefenbach/T. F. Barthel*, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 11. Aufl. 2016, Anhang 4, S. 920 ff.).

<sup>13</sup> Vgl. § 6 Abs. 3 Nr. 3 und 5 Leitfassung Städtetag. Bei § 6 Abs. 3 lit. b) und d) Muster-Satzung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes über das Friedhofs- und Bestattungswesen (Fn. 12) fehlt die Möglichkeit einer Ausnahme genehmigung.

## 2. Ergänzung des Rechtsrahmens für die gewerbliche Tätigkeit auf Friedhöfen durch die ungeschriebenen Grundsätze des Rechts der öffentlichen Sachen

Die Friedhofssatzungen bilden – gemeinsam mit den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen – aber nicht den einzigen Rahmen (auch) der gewerblichen Tätigkeit auf dem Friedhof. Vielmehr werden sie durch die *ungeschriebenen Grundsätze des überkommenen Rechts der öffentlichen Sachen* ergänzt bzw. sind im Lichte dieser Grundsätze zu lesen<sup>14</sup> – denn diese Grundsätze sind gerade zur Schließung lückenhafter Regelungen über die Nutzung öffentlicher Infrastrukturen (einschließlich Friedhöfen) entwickelt worden.<sup>15</sup>

### a) Theorie des modifizierten Privateigentums als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt dieser Grundsätze ist die sog. „Theorie des modifizierten Privateigentums“. Hiernach bleibt eine Sache auch dann nach Privatrecht eigentumsfähig, wenn sie zu einer öffentlichen Sache gewidmet ist. Die Widmung begründet jedoch gegenüber dem öffentlichen Sachherrn (hier: dem Friedhofsträger) eine Pflicht des Eigentümers der Sache (hier: des Friedhofsgeländes), die widmungskonforme Nutzung der Sache zu dulden und diese nicht durch Inanspruchnahme seiner ihm nach Privatrecht zustehenden Eigentumsrechte zu stören. Damit schränkt die Widmung *im Verhältnis zum öffentlichen Sachherrn*<sup>16</sup> die Befugnis des Eigentümers ein, diesen oder Dritte von der Nutzung auszuschließen (§ 903 BGB).<sup>17</sup> Die Friedhofswidmung kann folglich auch Nutzungs- und Zugangsrechte Privater gegenüber dem Friedhofsträger begründen, die auch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch *gegenüber dem Friedhofsträger* auf Einwirkung auf den *Eigentümer der Friedhofsfläche* dahingehend beinhalten, dass dieser (der Eigentümer) aus § 1004 Abs. 1 BGB keine Abwehransprüche gegenüber widmungskonformen Nutzungen geltend macht.<sup>18</sup> Dagegen werden durch die Widmung privatrechtliche Abwehransprüche des Eigentümers des Friedhofsgrundstücks gegenüber solchen Personen nicht ausgeschlossen, die sich nicht widmungskonform verhalten.<sup>19</sup> Ist – wie zumeist – der Friedhofsträger zugleich Eigentümer des Friedhofsgrundstücks, ist damit zwischen der „Rolle“ des Friedhofsträgers als „öffentlicher Sachherr über den Friedhof“ und seiner „Rolle“ als Eigentümer des Friedhofsgrundstücks zu unterscheiden.

<sup>14</sup> *Stelkens* (Fn. 1), S. 46 ff.

<sup>15</sup> Allgemein zu dieser Funktion der Grundsätze des öffentlichen Sachenrechts *U. Stelkens*, Das Recht der öffentlichen Sachen, Die Verwaltung 46 (2013), S. 493, 511 ff.

<sup>16</sup> Nach neuerer Rechtsprechung wirkt die Widmung ohne besondere gesetzliche Grundlage nicht dinglich, hat also nicht die Wirkungen einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit, die die Eigentumsrechte auch unmittelbar gegenüber Dritten, die die Sache widmungskonform nutzen wollen, begrenzt. Für eine solche dingliche Wirkung einer Widmung bedürfte es einer besonderen Rechtsgrundlage, wie sie etwa das Straßenrecht kennt (vgl. § 2 Abs. 3 FStrG), nicht aber das Friedhofsrecht (*Axer*, [Fn. 11], S. 167). Siehe hierzu ausführlich *Stelkens* (Fn. 15), S. 528 ff. Für eine allgemeine dingliche Wirkung auch der Widmung einer öffentlichen Einrichtung jedoch jetzt wieder (ohne Begründung): BVerwG, Ur. v. 10.09.2017 – 10 C 7/16 – NVwZ 2018, 73 Rn. 44.

<sup>17</sup> Deutlich für Friedhöfe RG, Ur. v. 05.11.1920 – VI 372/20 – RGZ 100, 213, 214 f.; BGH, Ur. v. 13.07.1954 – V ZR 166/52 – BGHZ 14, 294, 295 f.

<sup>18</sup> Dass der Duldungsanspruch des Nutzers nicht unmittelbar gegenüber dem Eigentümer der Friedhofsfläche wirkt, ergibt sich wiederum aus der fehlenden Dinglichkeit der Widmung, siehe Fn. 16.

<sup>19</sup> Siehe hierzu ausführlich *Stelkens* (Fn. 15), S. 513 ff.

## b) Nutzungsformen und Nutzungsregime des Rechts der öffentlichen Sachen

Was die Ordnung der Rechtsverhältnisse der privaten Nutzer einer öffentlichen Sache zu dem öffentlichen Sachherrn bzw. dem Inhaber des privatrechtlichen Eigentums an der Sache (im Folgenden: Eigentümer) angeht, haben sich insoweit als allgemeine Grundsätze folgende „Nutzungskategorien“ herausgebildet, die jeweils einem unterschiedlichen Rechtsregime unterstehen.<sup>20</sup> Dieses ist davon abhängig, ob die Nutzung dem öffentlichen Zweck, dem die Sache dienen soll (die in ihrer „Widmung“ zum Ausdruck kommt<sup>21</sup>), dient oder entspricht, ihn unberührt lässt, beeinträchtigt oder sogar widerspricht. Konkret wird zwischen folgenden Nutzungsformen unterschieden:

- *Gemeingebrauch*: Ein *öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht*, das ohne vorherige Zulassung durch den öffentlichen Sachherrn (also durch schlichte Inanspruchnahme und i.d.R. entgeltfrei) durch jedermann im Rahmen der Widmung ausgeübt werden kann. Art und Umfang des Gemeingebrauchs können nur vom öffentlichen Sachherrn mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten ausgestaltet werden. Der öffentliche Sachherr hat auch sicherzustellen, dass der Eigentümer den Gemeingebrauch duldet und nicht auf Grundlage nach § 1004 Abs. 1 BGB abwehrt.
- „*Sondergebrauch*“ oder „*Anstaltsgebrauch*“:<sup>22</sup> Widmungskonforme Nutzung einer öffentlichen Sache, die für ihre rechtmäßige Ausübung einer vorherigen öffentlich-rechtlichen Zulassung durch den öffentlichen Sachherrn bedarf, der vor allem eine Koordinierungsfunktion zwischen verschiedenen Nutzungspetenten zukommt. Die Entscheidung über die Zulassung erfolgt i.d.R. durch Verwaltungsakt des öffentlichen Sachherrn. Das Nutzungsverhältnis selbst kann dann – nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften – (1.) als (bei Vorliegen entsprechender Rechtsgrundlagen *benutzungsgebührenpflichtiges*) öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis zwischen dem Nutzer und dem öffentlichen Sachherrn ausgestaltet sein, dessen Duldung durch den Eigentümer vom öffentlichen Sachherrn sicherzustellen ist, oder (2.) als privatrechtliches (ggf. entgeltliches) Nutzungsverhältnis zwischen dem Nutzer und dem Eigentümer (diese Möglichkeit ist letztlich Grundlage und Voraussetzung der sog. *Zweistufentheorie* in diesem Zusammenhang<sup>23</sup>).
- *Sondernutzung, die den Widmungszweck der öffentlichen Sache (abstrakt) beeinträchtigen kann*: Hierbei handelt es sich um eine Nutzung, die weder dem Gemein- noch dem Sonder- oder Anstaltsgebrauch unterfällt, sondern deren Ausübung andere Nutzer oder den Widmungszweck stören kann (aber nicht zwingend muss). Sie bedarf

<sup>20</sup> Diese Grundsätze sind maßgeblich zum sog. „alten“ Straßenrecht entwickelt worden, die für das Straßenrecht allerdings in den 1950er Jahren durch die „neue Straßengesetzgebung“ modifiziert wurden, aber bei anderen öffentlichen Sachen im Gemein- und Sondergebrauch nach wie vor für maßgeblich gehalten werden; ausführlich hierzu *Stelkens* (Fn. 15), S. 523 ff.

<sup>21</sup> Zum Begriff der „Widmung“ in diesem Zusammenhang: *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs/H. Schmitz (Begr. u. Hrsg.), *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 320 ff.

<sup>22</sup> Die hier vorgenommene Gleichsetzung von „Sondergebrauch“ und „Anstaltsgebrauch“ ist eher ungewöhnlich (vgl. im Gegensatz dazu die Unterscheidung von *H.-J. Papier/W. Durner*, *Recht der öffentlichen Sachen*, in: D. Ehlers/H. Pünder [Hrsg.], *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, Rn. 19 ff. und 27 ff.). Seit jedoch anerkannt ist, dass einer Widmung ohne eine gesetzliche Grundlage (wie in § 2 Abs. 3 FStrG) keine dingliche Wirkung zu Lasten des Inhabers des privatrechtlichen Eigentümers mehr zukommt (siehe oben Fn. 16), ist ein Unterschied zwischen beiden Formen einer widmungskonformen, aber (schon aus Gründen der Koordinierung) zulassungsbedürftigen Nutzungsform nicht mehr zu erkennen.

<sup>23</sup> Siehe nur *Stelkens* (Fn. 21), § 35 Rn. 117 ff.

zunächst einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis durch den öffentlichen Sachherrn, in der die Widmungsverträglichkeit der Nutzung geprüft wird, der aber auch eine gewisse Koordinierungsfunktion zukommt. Für deren Erteilung kann – bei Bestehen entsprechender Rechtsgrundlagen – eine *Verwaltungsgebühr* erhoben werden. Im Falle ihrer Erteilung ist diese nicht Rechtsgrundlage für die Nutzung,<sup>24</sup> sondern macht nur den Weg für Eigentümer frei, die Sondernutzung nach Maßgabe des § 903 BGB privatrechtlich zu gestatten, was (natürlich) auch vom Abschluss eines (entgeltlichen) privatrechtlichen Vertrags abhängig gemacht werden kann. Wird die Sondernutzungserlaubnis durch den öffentlichen Sachherrn verweigert, kann dieser einer dennoch erfolgenden Nutzung (unabhängig von ihrer etwaigen Gestattung durch den Eigentümer) mit *öffentlich-rechtlichen* Störungsabwehrinstrumenten entgegen treten.

- *Sondernutzung, die den Widmungszweck der öffentlichen Sache von vornherein nicht beeinträchtigen kann*: Über deren Zulassung entscheidet allein der Eigentümer nach Maßgabe des § 903 BGB, der eine Zustimmung auch vom Abschluss eines (entgeltpflichtigen) privatrechtlichen Vertrags abhängig machen kann.

Diese Auflistung zeigt, dass die allgemeinen Grundsätze des Rechts der öffentlichen Sachen ausschließlich die Nutzung der Sache durch (private) Dritte in den Blick nehmen, nicht jedoch die „Nutzung“ der Sache durch das zu ihrer Pflege, Instandhaltung oder Überwachung zuständigen Personals des öffentlichen Sachherrn.<sup>25</sup> Diese bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach dem zwischen dem betreffenden Arbeitnehmer oder Beamten und dem öffentlichen Sachherrn als Träger der zuständigen Behörde bestehenden Rechtsverhältnis, also nach Arbeitsrecht oder Beamtenrecht. Der Schutz der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache wird gegenüber diesem Personal also letztlich ausschließlich mit dienstrechtlichen Instrumenten bewältigt. Nichts anderes gilt, soweit sich der öffentliche Sachherr insoweit nicht eigenen Personals bedient, sondern die Hilfe selbständiger Unternehmen auf Grundlage eines öffentlichen Auftrags in Anspruch nimmt. Hier bestimmen sich die Rechtsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Sachherrn und dem Auftragnehmer letztlich ausschließlich nach den zwischen ihnen bestehenden Vertragsbeziehungen. Dies bedeutet insbesondere, dass Rücksichtnahmepflichten in Bezug auf den Widmungszweck der Sache zum Gegenstand entsprechender Bestimmungen im Lastenheft zu machen sind.

- c) Zuordnung verschiedener gewerblicher Betätigungen auf Friedhöfen zu den Nutzungskategorien des öffentlichen Sachenrechts

Geht es nun darum, die genannten Fallgruppen gewerblicher Betätigungen den einzelnen Nutzungskategorien des Rechts der öffentlichen Sachen zuzuordnen, dann ist zunächst hervorzuheben, dass keine dieser Tätigkeiten vom Gemeingebrauch an Friedhöfen umfasst ist, da dieser lediglich das Betreten des Friedhofs für jedermann zur Teilnahme an Bestattungsfeierlichkeiten, zu Zwecken der Totenehrung, Grabschmückung und -pflege (teilweise werden auch Besuche zu Naherholungszwecken mit einbezogen) im

<sup>24</sup> Dies ist im „neuen“ Straßenrecht kraft gesetzlicher Regelung anders, siehe OVG Münster, Urt. v. 18.11.2014 – 11 E 1146/14 – NVwZ-RR 2015, 399, 400; *Stelkens* (Fn. 15), S. 525 ff.

<sup>25</sup> Die denkbare Frage, welches Rechtsregime für die „Nutzung“ der Sache durch Personal des Eigentümers gilt, wenn dieser nicht mit dem öffentlichen Sachherrn identisch ist, soll hier dahingestellt bleiben.

Rahmen der Öffnungszeiten umfasst.<sup>26</sup>

Deutlich ist auch, dass die Tätigkeit der Unternehmen auf einem Friedhof, die der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags des Friedhofsträgers dienen, von den Nutzungskategorien des Rechts der öffentlichen Sachen nicht erfasst wird. Diese Gewerbetreibenden sind daher bei der Erfüllung ihres Auftrags weder an die Friedhofssatzung gebunden, noch bedürfen sie einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis, selbst wenn ihre Tätigkeit den Widmungszweck des Friedhofs zeitweilig beeinträchtigt (etwa weil Absperrrungen nötig werden). Rücksichtnahmepflichten auf den Friedhofszweck bestimmen sich somit allein nach Maßgabe des geschlossenen Vertrages, der entsprechende Regelungen enthalten sollte. Wie alle öffentlichen Aufträge sind diese Verträge als „fiskalische Hilfsgeschäfte“ zumeist privatrechtlicher Natur.<sup>27</sup>

Deutlich ist ferner, dass sowohl die Fälle gewerblicher Tätigkeit auf dem Friedhof ohne Bezug zum Friedhofszweck (z. B. Filmaufnahmen) als auch die Konzessionsfälle in aller Regel Fälle von *Sondernutzungen* sind, die den Friedhofszweck beeinträchtigen können. Eine solche Sondernutzung ist daher – wenn überhaupt – nur nach erteilter öffentlich-rechtlicher (ggf. verwaltungsgebührenpflichtiger) Sondernutzungserlaubnis des Friedhofsträgers als öffentlicher Sachherr auf Grundlage eines privatrechtlichen (ggf. entgeltlichen) Nutzungsvertrags mit dem Friedhofsträger als Eigentümer möglich. Das Problem dieser Fälle ist, dass die Friedhofssatzungen über die Ordnung auf dem Friedhof diese Frage oft gar nicht oder nur teilweise regeln (s. u. III 3). Ist von vornherein ausgeschlossen, dass eine gewerbliche Sondernutzung den Friedhofszweck beeinträchtigen kann (wie etwa die Nutzung von Sonnenkollektoren auf der Trauerhalle, nicht aber deren Errichtung), wäre allein ein mit dem Friedhofsträger als Eigentümer abzuschließender privatrechtlicher Gestattungsvertrag erforderlich.<sup>28</sup>

Schließlich ist unstrittig, dass die Ausübung von Grabnutzungsrechten selbst, also das Recht, einen Verstorbenen auf einer bestimmten Grabstelle beerdigen zu lassen und diese Grabstelle unter Beachtung der Vorgaben der Friedhofsordnung zu gestalten und zu unterhalten, ein Fall des „Sondergebrauchs“ bzw. „Anstaltsgebrauchs“ des Friedhofs ist, wobei das Nutzungsrecht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen zwingend als öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis ausgestaltet ist.<sup>29</sup> Hieraus wird heute auch die Rechtsnatur der Rechtsbeziehungen zwischen dem Friedhofsträger und denjenigen Gewerbetreibenden abgeleitet, die im Auftrag des Grabnutzungsberechtigten auf dem Friedhof tätig sind. Sie treten gegenüber dem Friedhofsträger letztlich als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) des Grabnutzungsberechtigten auf. Ihre Tätigkeit ist Ausdruck des Rechts des Grabnutzungsberechtigten, sich bei der Ausübung des Grabnutzungsrechts der Hilfe Dritter zu bedienen. Jede Beschränkung dieser Art gewerblicher Tätigkeit für den Grabnutzungsberechtigten ist damit eine Beschränkung – oder Ausgestaltung – des Grabnutzungsrechts selbst. Sie teilt daher die Rechtsnatur des Grabnutzungsrechts. Daher handelt es sich bei dieser Tätig-

<sup>26</sup> *Axer* (Fn. 11), S. 171; *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 21; *Brüning* (Fn. 1), S. 41; *Stelkens* (Fn. 1), S. 47 ff. m. w. N.

<sup>27</sup> Siehe nur *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rn. 20 ff.

<sup>28</sup> *Stelkens* (Fn. 1), S. 49.

<sup>29</sup> Siehe nur *Barthel* (Fn. 1), S. 24 ff.; *G. Böttcher*, Das aktuelle Praxishandbuch des Friedhofs- und Bestattungswesens, Loseblatt, Nr. 10/4 (Bearbeitung: August 2016); *Brüning* (Fn. 1), S. 41; *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 1 Rn. 21.



keit nicht – wie früher oft angenommen – um eine Sondernutzung, für die neben einer Erlaubnis des Friedhofsträgers als öffentlicher Sachherr noch eine privatrechtliche (ggf. entgeltpflichtige) Gestattung des Friedhofsträgers als Eigentümer notwendig wäre.<sup>30</sup> Es handelt sich vielmehr um einen letztlich *abgeleiteten Sonder- bzw. Anstaltsgebrauch*, dessen Voraussetzungen und zulässiger Umfang die Friedhofssatzungen daher zu Recht abschließend ausschließlich öffentlich-rechtlich ausgestalten.<sup>31</sup> Hier stellt sich die Frage, ob die derzeit üblichen Ausgestaltungen dieser Form der gewerblichen Tätigkeit auf dem Friedhof etwa nach dem Vorbild des eingangs zitierten § 7 Leitfassung Städtetag (heute) noch sinnvoll sind oder ob die mit dieser Regelung verfolgten Ziele nicht auch in weniger aufwändiger Weise erreicht werden können (s. u. III 2 b).

### III. Möglichkeiten des Friedhofsträgers zur Ausgestaltung der gewerblichen Tätigkeit auf Friedhöfen und ihre Grenzen

Aus dem bisher Gesagten folgt, dass die rechtstechnischen Möglichkeiten der Ausgestaltung der gewerblichen Tätigkeiten auf dem Friedhof letztlich entscheidend davon abhängig sind, um welche Art der Tätigkeit es sich handelt: Die Rechte und Pflichten derjenigen Gewerbetreibenden, die im *Auftrag des Friedhofsträgers* Arbeiten auf dem Friedhof erledigen, richten sich ausschließlich nach den zwischen ihnen und dem Friedhofsträger bestehenden vertraglichen Beziehungen, die durch die Friedhofssatzung letztlich nicht berührt werden. Demgegenüber ist die gewerbliche Tätigkeit derjenigen Gewerbetreibenden, die im *Auftrag des Grabnutzungsberechtigten* handeln, auf Grund der kraft Gesetzes zwingend öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Grabnutzungsrechts allein einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung in der Friedhofsordnungsatzung zugänglich. Die Forderung nach einem (zusätzlichen), mit dem Friedhofsträger als Eigentümer abzuschließenden privatrechtlichen Gestattungsvertrag für die Ausübung dieser Tätigkeit wäre insoweit rechtswidrig. Hinsichtlich der gewerblichen Sondernutzungen (unabhängig davon, ob es sich um „einfache“ Sondernutzungen oder um Konzessionen handelt) muss schließlich zwischen der öffentlich-rechtlich geregelten Frage des „Ob“ der Sondernutzung und ihrer (i.d.R.) privatvertraglichen Ausgestaltung unterschieden werden. Dabei ist mittlerweile aber unbestritten, dass die Verwaltung (und damit auch die Friedhofsverwaltung) immer an die Grundrechte sowie sonstige zwingende öffentlich-rechtliche Vorgaben (wie etwa das Haushaltsrecht und die Zuständigkeitsordnung) gebunden ist.<sup>32</sup> Dies schließt (heute) von vornherein Argumentationen aus, die dem Friedhofsträger als Eigentümer in Zusammenhang mit der Zulassung gewerblicher Betätigungen auf dem Friedhof so etwas wie eine „Privatautonomie“ mit der Begründung zuweisen, es bestehe für die öffentliche Hand bei „fiskalischen Hilfsgeschäften“ oder erwerbswirtschaftlicher Betätigung keine Grundrechtsbindung.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> So noch RG, Urt. v. 13.10.1898 – Rep IV. 11/98 – RGZ 42, 51, 57 ff.; RG, Urt. v. 15.11.2013 – VI 373/20 – RGZ 100, 57 ff.; BGH, Urt. v. 13.07.1954 – V ZR 166/52 – BGHZ 14, 294, 295 f. Die Bezeichnung dieser Tätigkeit als „Sondernutzung“ findet sich auch noch bei *Böttcher* (Fn. 29), 12/5.1), der sie jedoch rechtlich dann doch wie einen Sonder- bzw. Anstaltsgebrauch behandelt.

<sup>31</sup> Hierzu zusammenfassend VGH Mannheim, Urt. v. 24.06.2002 – 1 S 2785/00 – NVwZ-RR 2003, 142, 143 f.; *Böttcher* (Fn. 29), 12/5.2; *Brüning* (Fn. 1), S. 41 f.; *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 22 Rn. 4; *Stelkens* (Fn. 1), S. 50.

<sup>32</sup> Siehe nur BVerfG (K), Beschl. v. 19.07.2016 – 2/08 – NJW 2016, 3153 Abs. 30 m. w. N.

<sup>33</sup> Deutlich *T. M. Spranger*, Die Zulassung von Gewerbetreibenden, Friedhofskultur 3/2017, S. 38.

## 1. Vorfrage: Zulässigkeit einer Selbstvornahme von Tätigkeiten, die „an sich“ auch von Privaten vorgenommen werden können

Vorfrage einer näheren Ausgestaltung der gewerblichen Tätigkeit auf dem Friedhof mit öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Mitteln ist allerdings unabhängig von ihrer Art, ob überhaupt Möglichkeiten gewerblicher Betätigung auf dem Friedhof eröffnet werden müssen.

### a) Allgemeine Grundsätze

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass aus der Perspektive des Vergaberechts kein Anspruch interessierter Bewerber besteht, dass die öffentliche Hand bestimmte Tätigkeiten nicht extern vergibt, sondern durch eigenes Personal selbst erledigt.<sup>34</sup> Es gibt insoweit kein allgemeines Privatisierungsgebot und damit keinen allgemeinen Vorrang der Beauftragung privater Dritter anstelle der Selbstvornahme durch eigenes Verwaltungspersonal. Dies gilt grundsätzlich auch für die Friedhofsverwaltung. Allenfalls kann aus dem (heute zu Gunsten privater Konkurrenten i.d.R. als drittsschützend angesehenen)<sup>35</sup> *gemeindefirtschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip* ein Anspruch der Gewerbetreibenden darauf bestehen, dass der Friedhofsträger eigenes Personal nicht für eine – nach Gemeindefirtschaftsrecht – unzulässige *wirtschaftliche Betätigung* einsetzt und daher in Konkurrenz zu ihnen tritt.<sup>36</sup> Aus der *Perspektive der Grabnutzungsberechtigten* wird heute ferner i.d.R. für ausgeschlossen gehalten, dass der Friedhofsträger im Ergebnis einen Anschluss- und Benutzungszwang für bestimmte Leistungen der Friedhofsverwaltung einführt, die nicht in untrennbarem Zusammenhang mit der eigentlichen Bestattung auf der zugewiesenen Grabstätte stehen.<sup>37</sup> Dies bedeutet letztlich die Annahme, dass mit dem Grabnutzungsrecht kraft Gesetzes auch das Recht verliehen wird, (gewerblich tätige) Dritte für die Grabgestaltung (unter Beachtung gültiger Grabgestaltungsvorschriften) heranzuziehen – ein Recht, das durch Satzung zur Sicherung der Ordnung auf dem Friedhof allenfalls beschränkt, aber nicht vollständig ausgeschlossen werden kann.<sup>38</sup> Hieraus folgt spiegelbildlich, dass Regelungen in der Friedhofssatzung, die dieses Recht des Grabnutzungsberechtigten im Ergebnis dadurch beschränken, dass sie – wie § 7 Abs. 2 Leitfassung Städtetag – *personenbezogene Anforderungen* an solche Gewerbetreibende aufstellen, die auf dem Friedhof für Grabnutzungsrechte tätig werden dürfen, auch als Berufsausübungs-

<sup>34</sup> Siehe nur *M. Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 2 Rn. 6, § 4 Rn. 6.

<sup>35</sup> So für *Baden-Württemberg*: VGH Mannheim, Beschl. v. 06.03.2006 – 1 S 2490/05 – NVwZ-RR 2006, 714, 715; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.11.2012 – 1 S 1258/12 – VBIBW 2013, 93, 95; VGH Mannheim, Urte. v. 05.11.2014 – 1 S 2333/13 – NVwZ-RR 2015, 307, 311; für *Hessen*: VGH Kassel, Urte. v. 02.10.2014 – 8 C 305/14.N, ESVGH 65, 120, 121 ff.; für *NRW*: OVG Münster, Beschl. v. 13.08.2003 – 15 B 1137/03 – NVwZ 2003, 1520, 1521 f.; OVG Münster, Beschl. v. 21.09.2004 – 15 B 1709/04 – NVwZ-RR 2005, 198, 199; OVG Münster, Beschl. v. 01.04.2008 – 15 B 122/08 – NVwZ 2008, 1031, 1033; tendenziell eher ablehnend für *Niedersachsen*: OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.08.2008 – 10 ME 280/08 – NVwZ 2009, 258, 259 f.; für *Sachsen-Anhalt*: OVG Magdeburg, Urte. v. 29.10.2008 – 4 L 146/05 – NVwZ-RR 2009, 347 f.; allgemein *M. Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 17 Rn. 63 ff.; *K. Lange*, Kommunalrecht, 2013, Kap. 14 Rn. 124 ff.

<sup>36</sup> Ausführlich hierzu *S. Storr*, Wettbewerbsrecht und Friedhofsverwaltung, WiVerw 2017, S. 55 ff.; ferner *Böttcher* (Fn. 29), 12/4.6; *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 23 Rn. 12 ff.

<sup>37</sup> Vgl. z. B. VGH Mannheim, Urte. v. 29.03.2007 – 1 S 179/06 – GewArch 2008, 126 f. (kein „Benutzungszwang“ für Dekoration der Trauerhalle); OVG Weimar, Beschl. v. 12.08.1997 – 2 N 67/96 – NVwZ 1998, 871 (kein „Benutzungszwang“ für gemeindliche Leichenhalle); allgemein *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 23 Rn. 1 ff.

<sup>38</sup> Dies als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) des Grabnutzungsberechtigten verstanden: *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 22 Rn. 9.

regelung am Maßstab der Berufsfreiheit dieser Gewerbetreibenden (Art. 12 Abs. 1 GG) zu messen sind.<sup>39</sup> Dagegen werden Grabgestaltungsvorschriften, deren Beachtung die Möglichkeiten gewerblicher Betätigung im Auftrag der Grabnutzungsberechtigten allenfalls faktisch einschränkt, zu Recht nicht als Eingriff in die Berufsfreiheit dieser Gewerbetreibenden, sondern allein als Beschränkung der Rechte des Grabnutzungsberechtigten<sup>40</sup> angesehen – mit der Folge, dass diesen Gewerbetreibenden insoweit die Befugnis fehlt, gegen entsprechende satzungsrechtliche Regelungen gerichtlich vorzugehen.<sup>41</sup> Denn letztlich beeinträchtigen solche Regelungen nur ihre grundrechtlich nicht geschützten Erwerbschancen.

#### b) Urteil des VGH Kassel vom 02.10.2014 – 8 C 305/14.N

Diese an sich (heute) weitgehend unbestrittenen Grundsätze werden allerdings von einem Urteil des VGH Kassel vom 02.10.2014 für das hessische Recht jedenfalls teilweise in Frage gestellt.<sup>42</sup> Insoweit war § 2 Abs. 2 des hessischen Friedhofs- und Bestattungsgesetzes (FBG) entscheidungserheblich, der bestimmt:

„Die Gemeinden sind verpflichtet, Friedhöfe anzulegen, zu unterhalten und zu erweitern, wenn hierfür ein öffentliches Bedürfnis besteht. § 121 Abs. 1 der Hessischen Gemeindeordnung [...] bleibt hinsichtlich Leistungen, die auch von privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen erbracht werden können, unberührt.“

Der in Bezug genommene § 121 Abs. 1 HGO betont – entsprechend der „klassischen Schrankentrias des Gemeindegewirtschaftsrechts“<sup>43</sup> –, dass eine Gemeinde sich nur wirtschaftlich betätigen darf, wenn (1.) der öffentliche Zweck die Betätigung rechtfertigt, (2.) die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und (3.) der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Aus § 2 Abs. 2 Satz 2 FBG i. V. mit § 121 Abs. 1 HGO leitete der VGH Kassel nun im Ergebnis her, dass nach hessischem Recht der gemeindliche Friedhofsträger grundsätzlich nicht (mehr) frei sei darüber zu entscheiden, ob er bestimmte mit der Friedhofspflege und -unterhaltung verbundene Tätigkeiten durch eigenes Personal vornimmt oder an private Unternehmen vergibt. Konkret hatte sich ein Verband örtlicher Friedhofsgärtner gegen eine Friedhofssatzung gewandt, die als besondere Grabart „Urnengräber auf gärtnerisch gestalteten Flächen“ vorsah. Hierbei handelte es sich letztlich um eine „Gemeinschaftsgrabstätte“ (nach Art eines „Wiesengrabes“), wobei zusätzlich vorgesehen war, dass sie mit von der Friedhofsverwaltung zu errichtenden Grabmalen zu versehen sei, die die Namen der dort Bestatteten aufnehmen sollten. Die Grabnutzungsgebühren wurden für ein „Nutzungsrecht für 20 Jahre einschließlich

<sup>39</sup> OVG Koblenz, Urf. v. 05.04.2007 – 7 C 10027/07 – DÖV 2007, 708, 709; VGH Mannheim, Urf. v. 24.06.2002 – 1 S 1244/15 – GewArch 2002, 376, 377; VGH Mannheim, Urf. v. 29.03.2007 – 1 S 179/06 – GewArch 2008, 126 f.

<sup>40</sup> „Mustergültige“ Prüfung insoweit bei VGH Mannheim, Urf. v. 28.06.2016 – 1 S 1243/15 – VBIBW 2016, 508 ff.; hierzu *U. Stelkens/S. N. von Beauvais*, Neue Rechtsprechung zum Friedhofs- und Bestattungsrecht: Entwicklungen in 2015 und 2016 und Nachlese zu 2014, WiVerw 2017, S. 1, 20 f.; allgemein zu den insoweit bestehenden Grenzen für den Satzungsgeber zuletzt *Brüning* (Fn. 1), S. 45 ff.

<sup>41</sup> Siehe für Antragsbefugnis in der Normenkontrolle nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO: VGH Mannheim, Urf. v. 28.06.2016 – 1 S 1244/15 – GewArch 2017, 69, 70.

<sup>42</sup> VGH Kassel, Urf. v. 02.10.2014 – 8 C 305/14.N – ESVGH 65, 120 ff.; hierzu bereits *Storr* (Fn. 36), S. 58 f.

<sup>43</sup> Hierzu *Burgi* (Rn. 35), § 17 Rn. 41 ff.; *Lange* (Rn. 35), Kap. 14 Rn. 65 ff.

gärtnerischer Pflege“ erhoben. Die Gestaltung und Pflege der Flächen sollten von der Friedhofsverwaltung vorgenommen werden können. Aus § 2 Abs. 2 Satz 2 FBG schloss der VGH Kassel nun, dass – entgegen seiner vor Einfügung des § 2 Abs. 2 Satz 2 FBG ergangenen Rechtsprechung<sup>44</sup> – auch die gärtnerische Pflege dieser Urnengräber eine wirtschaftliche Tätigkeit sei, die deshalb grundsätzlich privaten Unternehmen vorbehalten sei.<sup>45</sup> Im konkreten Fall hatte dies nur deshalb keine Auswirkungen, weil der VGH die Aufnahme dieser Tätigkeit noch von der sog. „Besitzstandsklausel“ des § 121 Abs. 1 Satz 2 HGO als gedeckt ansah. Diese „Klausel“ erklärt die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Gemeinden, die bereits vor dem 1. April 2004 aufgenommen worden waren, auch dann allgemein für zulässig, wenn die Voraussetzungen der Subsidiaritätsklausel nicht vorliegen.

Das Problem dieser Entscheidung dürfte offensichtlich sein: Sie leitet aus § 2 Abs. 2 Satz 2 FBG letztlich ein grundsätzliches Privatisierungsgebot für alle mit der gärtnerischen Friedhofsgestaltung – und nicht nur für gärtnerisch einheitlich gestaltete Grabflächen – zusammenhängende Tätigkeiten her. Letztlich ist nicht erkennbar, was in *Hessen*, außer der Bestandsschutzklausel, etwa noch rechtfertigen könnte, die gärtnerische Gestaltung auch der *Gemeinflächen* auf dem Friedhof durch eine gemeindeeigene Friedhofsgärtnerei und nicht durch private Dritte vornehmen zu lassen. Ob ein so striktes Privatisierungsgebot wirklich mit der Einführung des § 2 Abs. 2 Satz 2 FBG bezweckt war, wie der VGH Kassel annimmt,<sup>46</sup> ist allerdings zweifelhaft. Viel spricht dafür, dass mit dieser Bestimmung den Gemeinden nur untersagt werden sollte, gärtnerische Leistungen auch für die Pflege „normaler“ Reihen- und Wahlgräber anzubieten, nicht aber generell den Friedhofsträgern zu gebieten, die gärtnerische Gestaltung und Pflege von Friedhöfen auch für die Gemeinflächen und Gemeinschaftsgrabstätten wie Wiesengräber usw. zwingend zu privatisieren. Jedenfalls kann diese Entscheidung nicht auf die Rechtslage anderer Bundesländern übertragen werden, da sich eine § 2 Abs. 2 Satz 2 FBG entsprechende Bestimmung in den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen anderer Länder so nicht findet.

## 2. Gestaltungsmöglichkeiten für gewerbliche Tätigkeit im Auftrag eines Grabnutzungsberechtigten

Wie bereits erwähnt, enthalten fast alle Friedhofssatzungen Regelungen, die – wenn auch nicht im Detail, so doch in der Konzeption – mit der zitierten Regelung des § 7 Leitfassung Städtetag vergleichbar sind.<sup>47</sup> Im Grundsatz ist auch bereits geklärt, dass eine abschließende (öffentlich-rechtliche) Regelung dieser Form des „abgeleiteten Sonder- bzw. Anstaltsgebrauchs“ in den Friedhofssatzungen möglich ist,<sup>48</sup> dass diese jedoch bezogen auf die personenbezogenen Anforderungen im Hinblick auf die Be-

<sup>44</sup> VGH Kassel, Urt. v. 18.06.2009 – 8 C 2265/08.N – NVwZ-RR 2009, 852 ff.

<sup>45</sup> Der VGH Kassel verweist insoweit auf die Begründung zu Art. 9 des Gesetzesentwurfs der CDU und der FDP v. 10.05.2011 für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze (LT-Drs. 18/4031), S. 53, auf den die Neufassung des § 2 Abs. 2 FBG durch Art. 9 des Gesetzes zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze v. 16.12.2011 (GVBl. I 786) zurückgehe.

<sup>46</sup> VGH Kassel, Urt. v. 02.10.2014 – 8 C 305/14.N – ESVGH 65, 120, 121 f.

<sup>47</sup> Siehe bei Fn. 12.

<sup>48</sup> Siehe vor Fn. 31.

rufsfreiheit der Gewerbetreibenden (Art. 12 Abs. 1 GG) rechtfertigbar sein müssen.<sup>49</sup> Hier soll nun nicht der Frage nachgegangen werden, wo die genauen verfassungsrechtlichen und – im Hinblick auf die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (im Folgenden: DLRL) – europarechtlichen Grenzen für derartige Regelungen liegen. Insoweit ist allerdings festzustellen, dass es an neuerer Rechtsprechung, die insbesondere auch die Bedeutung der weitreichenden Liberalisierung des Handwerks durch die sog. Große Handwerksnovelle 2004<sup>50</sup> sowie die Auswirkungen der DLRL<sup>51</sup> auf die überkommenen Satzungsregelungen berücksichtigt, noch fehlt. Selbst wenn diese neueren gesetzlichen Rahmenbedingungen aber keine Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung der überkommenen Satzungsregelungen haben sollten, rechtfertigt der Umstand allein, dass sie bisher von den Gerichten nicht grundsätzlich beanstandet wurden, nicht rechtspolitisch zwingend ihre Beibehaltung. Ihre Änderung wäre vielmehr rechtspolitisch schon dann geboten, wenn sie im Hinblick auf die mit ihnen berechtigterweise verfolgten Zwecke verbessert und „entbürokratisiert“ werden könnten. Zudem stellt sich die Frage, ob diese Satzungsbestimmungen nicht besser durch einheitliche landesrechtliche Regelungen in den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen oder auch bundeseinheitliche Regelungen in der Gewerbeordnung ersetzt werden sollten.

#### a) Schützenswerte und weniger schützenswerte Belange des Friedhofsträgers

Um dies zu beurteilen, sind zunächst die zu berücksichtigenden, weil schützenswerten Interessen des Friedhofsträgers an der Beibehaltung der überkommenen Satzungsregelungen herauszuarbeiten. Insoweit ist heute unstrittig, dass sie angesichts der

<sup>49</sup> Siehe bei Fn. 39.

<sup>50</sup> Hierzu allgemein *S. Bulla*, Handwerksrecht, in: R. Schmidt/F. Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn. 8 f.; *D. Ehlers*, Handwerksrecht, in: D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 2012, § 19 Rn. 1.

<sup>51</sup> Siehe hierzu ausführlich in Bezug auf Regelungen für EU-Ausländer: *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 22 Rn. 17 ff. Dort nicht angesprochen ist das weitere Problem, ob der DLRL hinreichend Rechnung getragen wird, wenn Erleichterungen nur für grenzüberschreitend tätige EU-Ausländer und nicht auch für inländische Unternehmen geschaffen werden. Dies hängt davon ab, ob die sich aus Art. 5 ff. DLRL ergebenden Vorgaben zur „Verwaltungsvereinfachung“ nur für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung oder auch für Inlandssachverhalte maßgeblich sind. Die Frage ist nicht abschließend geklärt (siehe *U. Stelkens* [Fn. 21], EuR Rn. 239; *ders.*, Bestattungsgewerbe als zulassungspflichtiges Gewerbe? – Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda, *WiVerw* 2016, S. 48, 60 ff.). Entsprechend dem weiten Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 DLRL geht der EuGH heute wohl von einer Geltung auch für Inlandssachverhalte aus (EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-293/14 – Rn. 27 ff. [Hiebler ./ Schlagbauer] m. Anm. *S. Korte*, *EuZW* 2016, 224, 228 ff. und *R. Streinz*, *JuS* 2016, 759 ff.; ebenso bereits zuvor *C. Barnard*, *Unravelling the Services Directive*, *CML Rev.* 2008, 323, 350 ff.; *A. D. Luch/S. E. Schulz*, Der personelle Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: *U. Schliesky* [Hrsg.], Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, 2008, Band 1, S. 33 ff.; 38 ff.). Die EU-Kommission hat dagegen in Zusammenhang mit der Umsetzungsévaluation die Umsetzung der Art. 5 ff. DLRL in Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte in den Blick genommen (vgl. „Staff Working Document“ v. 08.06.2012 [SWD(2012)148 final], S. 23 ff.). Auch die meisten Mitgliedstaaten haben sich – entsprechend der wohl vorherrschenden Auffassung in der deutschen Literatur (*P.-C. Müller-Graff*, in: *R. Streinz* [Hrsg.], *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 56 Rn. 32; *H. Schmitz/L. Prell*, Verfahren über eine einheitliche Stelle, *NVwZ* 2009, 1, 2; *A. Windoffer*, Die Implementierung einheitlicher Ansprechpartner nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie – Problemfelder und Anpassungsbedarf im nationalen Recht, *NVwZ* 2007, 495, 496; *W.-H. Roth*, in: *Dausen/Ludwigs* [Begr. u. Hrsg.], *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Loseblatt [Stand Mai 2017], E. I. Rn. 243; *A. Schiff*, Sekundär- vor Primärrecht? – Zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Inlandssachverhalte, *EuZW* 2015, 899 ff.; *Schmidt-Kessel*, in: *M. Schlachter/C. Ohler* [Hrsg.], *Europäische Dienstleistungsrichtlinie*, 2008, Art. 16 Rn. 8) – auf Regelungen zur Verfahrensvereinfachung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten beschränkt (*U. Stelkens/W. Weiß/M. Mirschberger*, in: *ders.* [Hrsg.], *Implementation of the EU Services Directive*, 2010, S. 3, 10 f.). Siehe hierzu ferner *T. van Rijn*, Les situations juridiques internes sont-elles couvertes par la directive services ?, *Cahiers de droit européen* 53 (2017), 193 ff.

Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang nicht dem Ziel dienen dürfen, nach Art eines Konzessionsmodells eine Reduzierung des Kreises der auf dem Friedhof zulässigerweise Tätigen nach dem Modell „bekannt und bewährt“ zu reduzieren. Jedoch ist es durchaus nachvollziehbar, wenn Regelungen für notwendig gehalten werden, die sicherstellen, dass der Friedhofsträger darüber informiert wird, wer zu welchen Zwecken gewerblich auf dem Friedhof tätig wird. In diesem Zusammenhang besteht auch ein berechtigtes Interesse an einer „Ausweispflicht“ zur Erleichterung von Kontrollen. Nachvollziehbar ist auch das Bedürfnis, nachgewiesene unzuverlässige Gewerbetreibende von einer weiteren Tätigkeit auf dem Friedhof ausschließen zu können und im Grundsatz auch, Schadensrisiken durch eine Forderung nach einer Berufshaftpflichtversicherung zu vermeiden. Dagegen erscheint es vor dem Hintergrund der bundesrechtlichen Entscheidung für eine grundsätzliche Gewerbebefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO) zumindest inkohärent, wenn durch die Friedhofssatzungen mosaikartig bundesweit durch gleichartige kommunale Satzungen (und damit durch Landesrecht) de facto Berufszulassungsregelungen eingeführt werden, die eben zu dieser Gewerbebefreiheit jedenfalls faktisch in Widerspruch stehen.<sup>52</sup>

Dies ist schon in *verfahrensrechtlicher Hinsicht* wenig überzeugend: Die bundesrechtlich vorgesehene reine (einmalige) Anzeigepflicht nach § 14 GewO wird letztlich durch eine Vielzahl satzungsrechtlicher Verbote mit Erlaubnisvorbehalt unterlaufen, die parallele Erlaubnisverfahren in Bezug auf verschiedene Friedhöfe notwendig machen. Besonders problematisch sind insoweit zudem routinemäßig befristete Zulassungen zur Sicherung der regelmäßigen Überprüfung der Zulassungsvoraussetzungen. Derartige Befristungen sind bei den bundesrechtlich geregelten gewerberechtlichen Genehmigungen heute nicht mehr Standard.<sup>53</sup> Nur schwer vermittelbar ist auch, wenn für die Zulassungen Verwaltungsgebühren erhoben werden,<sup>54</sup> obwohl das Recht zur Grabnutzung und das damit verbundene Recht zum Einsatz auch von Gewerbetreibenden durch den Grabnutzungsberechtigten „eigentlich“ schon durch die Grabnutzungsgebühr abgegolten ist. Die entsprechenden satzungsrechtlichen Regelungen sind aber auch in Hinblick auf die *materiellen Zulassungsvoraussetzungen* aus gewerberechtlicher Perspektive inkohärent. Besonders deutlich wird dies etwa bei satzungsrechtlichen Regelungen, die als personenbezogene Zulassungsvoraussetzungen die Eintragung in die Handwerksrolle als „Steinmetz“ auch für das Aufstellen von Grabsteinen verlangen, obwohl derartige Tätigkeiten als „unwesentliche“ Tätigkeiten nach § 1 Abs. 2 Satz 2 der Handwerksordnung jedenfalls seit der Großen Handwerksnovelle 2004 nicht mehr

<sup>52</sup> Inkohärenz bedeutet nicht, dass diese Regelungen deshalb gegen § 1 Abs. 1 GewO verstoßen. Insoweit ist nach wie vor von Bedeutung, dass derartige Regelungen nicht die Gewerbebefreiheit schlechthin tangieren, sondern nur spezifisch das Recht, auf öffentlichen Friedhöfen gewerbliche Tätigkeiten im Auftrag der Grabnutzungsberechtigten wahrzunehmen. Betreffend des Verhältnisses dieses Regelungsbereichs zu § 1 Abs. 1 GewO in kompetenzrechtlicher Hinsicht sind die Ausführungen des Reichsgerichts (in: RG, Urt. v. 13.10.1898 – Rep IV. 11/98 – RGZ 42, 51, 58 ff.) nach wie vor zutreffend.

<sup>53</sup> Generell hat das BVerwG zudem festgestellt, dass bei gebundener Verwaltung eine Nebenbestimmung (und damit auch Befristung) einer Genehmigung zur Ermöglichung regelmäßiger Kontrolle des Vorliegens von Genehmigungsvoraussetzungen ohne besondere fachrechtliche Ermächtigung allein auf Grundlage des § 36 Abs. 1 VwVfG unzulässig ist: BVerwG, Urt. v. 09.12.2015 – 6 C 37/14 – BVerwGE 153, 301 Rn. 9 ff. Dies wird vor allem mit dem Schutz der Bestandsinteressen des Betroffenen begründet.

<sup>54</sup> Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Erhebung solcher Verwaltungsgebühren: OVG Koblenz, Urt. v. 05.04.2007 – 7 C 10027/07 – DÖV 2007, 708 ff.; VGH München, Urt. v. 26.03.2009 – 4 N 07.1763 – BayVBl. 2010, 23, 24; *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 22 Rn. 27 f.

der Zulassungspflicht unterliegen, also nach dem Grundsatz des § 1 Abs. 1 GewO ohne vorherige Zulassung von jedermann gewerblich durchgeführt werden dürfen.<sup>55</sup> Gleiches gilt für die satzungsrechtliche Aufstellung weiterer, sich auf die Ausbildung der Gewerbetreibenden beziehenden Zulassungsvoraussetzungen wie etwa das Erfordernis einer bundesrechtlich nicht als Berufszulassungsvoraussetzung ausgestalteten Gärtnerausbildung für die Zulassung zur gewerblichen Übernahme von Grabpflegetätigkeiten oder einer ebenfalls nicht bundesrechtlich als Berufszulassungsvoraussetzung ausgestalteten Bestatterausbildung<sup>56</sup> für die Zulassung zu Bestattertätigkeiten auf dem Friedhof. Entsprechendes gilt für die Forderung nach einer Berufshaftpflichtversicherung, wenn keine bundesrechtliche Versicherungspflicht für diesen Beruf besteht. In den genannten Fällen ist es zudem so, dass derartige Anforderungen für den Grabnutzungsberechtigten selbst (natürlich) nicht gelten, was ebenfalls wenig kohärent ist. Zudem machen sie satzungsrechtliche Regelungen zur Sicherung etwa der Standsicherheit der Grabmale (unabhängig davon, von wem sie aufgestellt wurden)<sup>57</sup> oder auch der ordnungsgemäßen Pflege von Gräbern (unabhängig davon, wer sie tatsächlich wahrnimmt)<sup>58</sup> offensichtlich auch nicht entbehrlich, so dass sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit abstrakter Berufsausbildungsanforderungen gerade für die gewerbliche Tätigkeit auf dem Friedhof stellt.

Vergleichbare Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die satzungsrechtliche Statuierung einer eigenen, vom Friedhofsträger vorzunehmenden *präventiven Zuverlässigkeitskontrolle* für eine Zulassung. Bundesrechtlich ist bei Unzuverlässigkeit nicht genehmigungsbedürftiger Gewerbe allein die den Gewerbeaufsichtsbehörden obliegende repressive Untersagung des ausgeübten Gewerbes nach § 35 GewO als „Korrelat der Gewerbefreiheit“<sup>59</sup> gegeben. Die Frage, ob ein Gewerbetreibender nach den zum Gewerberecht entwickelten Kriterien zur Zuverlässigkeit – auf die die Satzungen offensichtlich Bezug nehmen – als zuverlässig oder unzuverlässig einzustufen ist, ist aber eine Prüfung, die durchaus komplex ist. Friedhofsverwaltungen dürfte hierfür i.d.R. die gewerberechtliche Erfahrung für „präventive“ Zuverlässigkeitsprüfungen fehlen, sie sind für sie letztlich fachfremd.<sup>60</sup>

#### b) Sinnhaftigkeit gesetzlicher Regelungen mit Anerkennungsmustern

Letztlich dürfte eine Lösung, die sowohl den schützenswerten Interessen der Friedhofsträger als auch der Gewerbetreibenden angemessen zum Ausgleich bringt, nur durch eine gesetzliche Regelung möglich sein. Diese müsste einerseits einheitliche Regelungen für die Berechtigung aufstellen, im Auftrag von Grabnutzungsberechtigten im Anwendungsbereich des Gesetzes auf allen Friedhöfen gewerblich tätig zu sein, und die insoweit notwendigen Prüfungen bei gewerberechtlich erfahrenen Behörden zu bündeln. Dafür muss nicht zwingend ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geschaffen werden, sondern es könnte auch an Regelungen nach dem Vorbild des § 38 Abs. 1

<sup>55</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 11.03.2010 – 8 LB 9/08 – GewArch 2010, 213 ff.; VG Stuttgart, Urt. v. 21.09.2015 – 4 K 1846/15 – GewArch 2016, 153 f.

<sup>56</sup> Zur Problematik der Geltung der Gewerbefreiheit für Bestatter siehe *Stelkens* (Fn. 51), S. 48 ff.

<sup>57</sup> Zu diesbezüglichen satzungsrechtlichen Regelungen *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 13 Rn. 15 ff.

<sup>58</sup> Zu diesbezüglichen satzungsrechtlichen Regelungen *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 12 Rn. 16 f.

<sup>59</sup> So die Würdigung des § 35 GewO durch BT-Drs. 7/111, S. 4.

<sup>60</sup> Wie hier *Brüning* (Fn. 1), S. 42.

GewO gedacht werden.<sup>61</sup> Zugleich müsste sichergestellt werden, dass die Friedhofsträger einerseits Negativ-Erfahrungen in Bezug auf einzelne Gewerbetreibende an diese Überwachungsbehörden weiterleiten dürfen und müssen und sie andererseits die Möglichkeit erhalten, die Berechtigung einzelner Gewerbetreibender zur Ausübung von Tätigkeiten auf dem Friedhof zu überprüfen. Letzteres liefe letztlich auf eine Ausweisung zugelassener Gewerbetreibender und die Verpflichtung der für die Überwachung dieser Gewerbetreibenden zuständigen Behörden hinaus, den Friedhofsträgern die Einziehung der Ausweisung durch die zentrale Stelle mitzuteilen. Da bisher die satzungsrechtlichen Berufszulassungsregelungen nicht als Verstoß gegen § 1 Abs. 1 GewO angesehen wurden, müsste eine derartige Regelung auch in den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen der Länder gesetzgebungskompetenzrechtlich zulässig sein.<sup>62</sup> Dies ist von Bedeutung, da mit einer bundesrechtlichen Regelung in der Gewerbeordnung auf absehbare Zeit politisch kaum zu rechnen ist.<sup>63</sup> Wird das Verfahren landesgesetzlich geregelt, wäre sinnvoll, insoweit auch eine allgemeine Regelung vorzusehen, nach der in anderen Bundesländern zugelassene Gewerbetreibende auch in den jeweils anderen Bundesländern als zugelassen gelten. Dies würde allerdings dann Regelungen zum landesgrenzüberschreitenden Informationsaustausch wohl unentbehrlich machen. Nicht zwingend gesetzlich geregelt werden müsste dagegen die Frage, ob und in welcher Form die Gewerbetreibenden dem Friedhofsträger vorzunehmende Maßnahmen (als Einzel- oder Sammelanzeige, abhängig von Art der Maßnahme) anzeigen müssen.<sup>64</sup> Diese Frage könnte auch bei diesem Modell nach wie vor dem Friedhofsträger vorbehalten bleiben, der ggf. entsprechende Anzeigepflichten in seine Satzung aufnehmen könnte. Entsprechendes gilt für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Friedhof befahren werden darf und welche sonstigen speziellen Vorkehrungen im Hinblick auf die konkreten Bedürfnisse der Friedhofsverwaltung zu treffen sind.

### c) Möglichkeiten bei Fehlen gesetzlicher Regelungen

Solange es an (landes-)einheitlichen gesetzlichen Regelungen fehlt, sollte sich jeder Friedhofsträger die Frage stellen, ob tatsächlich ein klarer Regelungsbedarf für präventive Zulassungsverfahren besteht, der im angemessenen Verhältnis zu dem hiermit verbundenen Aufwand nicht nur für die Gewerbetreibenden, sondern auch für die Friedhofsverwaltung selbst steht. Dabei wird sicherlich auch die Größe und Überschaubarkeit des Friedhofs und des Kreises der dort üblicherweise tätigen Gewerbetreibenden eine Rolle spielen. Grundsätzlich wäre auch nicht nur die generelle Umgestaltung der Zulassungspflicht in eine bloße Anzeigepflicht (mit repressiver Kontrolle) denkbar,<sup>65</sup> sondern auch eine Lösung, nach der ein Gewerbetreibender, der nachweislich von einem anderen Friedhofsträger schon für gewerbliche Tätigkeiten auf seinem Friedhof zugelassen ist, auch für den eigenen Friedhof als zugelassen gilt.

<sup>61</sup> Dies wäre letztlich ein Anzeigeverfahren mit Untersagungsbefugnis (*Stelkens* [Fn. 21], § 35 Rn. 157), wobei das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen von Amts wegen anlasslos nach Eingang der Anzeige geprüft wird.

<sup>62</sup> Siehe hierzu Fn. 52.

<sup>63</sup> Hierfür sprechen die bisherigen Erfahrungen in Bezug auf die Frage der Schaffung von allgemeinen Berufszulassungsvoraussetzungen für Bestatter. Diesbezüglich sind bisher alle Vorstöße für eine Genehmigungspflicht gescheitert, weil der Bund letztlich kein Regelungsbedürfnis sah, siehe *Stelkens* (Fn. 51), S. 49 f.

<sup>64</sup> Die Anzeigepflicht dem Grabnutzungsberechtigten aufzuerlegen erscheint wenig zielführend: *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 22 Rn. 22.

<sup>65</sup> Dieses Modell präferieren im Ergebnis *Gaedke/Diefenbach/Barthel* (Fn. 12), Kap. 22 Rn. 22.



### 3. Regelungsbedarf für gewerbliche Sondernutzungen (einschließlich Konzessionen)

Soweit erkennbar fehlen in den meisten Friedhofssatzungen allgemeine Regelungen über die Zulassung von Sondernutzungen, unabhängig davon, ob sie gewerblicher oder anderer Natur sind – und ob es sich insoweit um gewerbliche „Konzessions-Sondernutzungen“ oder sonstige gewerbliche Sondernutzungen handelt. Daher ist auch nicht immer klar, ob und unter welchen Voraussetzungen von den von einigen Friedhofssatzungen ausdrücklich aufgestellten Verboten bestimmter gewerblicher Tätigkeiten<sup>66</sup> überhaupt und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen in Form einer Sondernutzungserlaubnis zugelassen werden können. Insoweit bietet sich die Schaffung klarer Regelungen in der Friedhofssatzung an, die auch klarstellen sollte, dass es sich bei der Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durch den Friedhofsträger als öffentlicher Sachherr um eine Ermessensentscheidung handelt und welche Kriterien hierbei zu berücksichtigen sind.<sup>67</sup> Ebenso sollte die begrenzte Wirkung der Sondernutzungserlaubnis klargestellt werden, die eben im Friedhofsrecht nur den Weg für eine privatrechtliche Gestattung des Friedhofsträgers als Eigentümer frei macht, aber nicht selbst Rechtsgrundlage der Nutzung ist.<sup>68</sup> Eine solche allgemeine Regelung könnte etwa wie folgt aussehen:

#### § X Ausnahmen und Sondernutzungen

(1) Sofern hierdurch der Widmungszweck des Friedhofs beeinträchtigt werden kann, bedarf die Benutzung des Friedhofs über den Widmungszweck hinaus (Sondernutzung) der Erlaubnis des Friedhofsträgers. Die Erlaubnis kann erteilt werden, wenn die Sondernutzung den Widmungszweck, die Friedhofsbestandteile sowie die Rechte der Friedhofsbesucher und Grabnutzungsberechtigten nicht übermäßig und für eine unverhältnismäßige Dauer beeinträchtigt. Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Sondernutzung mit dem Friedhofszweck unvereinbar ist.

(2) Die Sondernutzungserlaubnis lässt die Befugnisse des Eigentümers des Friedhofsgrundstücks zur Untersagung der Sondernutzung nach bürgerlichem Recht unberührt; insbesondere kann der Eigentümer die Gestattung der Sondernutzung vom Abschluss eines (entgeltpflichtigen) Vertrags nach bürgerlichem Recht abhängig machen.

Zusätzlich müssten ggf. die allgemeinen Regelungen über das Verhalten auf den Friedhöfen in der Satzung angepasst werden, soweit sie den Friedhofsbesuchern die Inanspruchnahme der Leistungen der Sondernutzungsberechtigten verwehren würden. Bei dem hier vorgeschlagenen Modell müsste jedoch in der Friedhofssatzung nicht zwischen dem Fall gewerblicher Konzessionen und sonstigen Sondernutzungen unterschieden werden. Tatsächlich unterscheiden sich beide Fälle auch nicht hinsichtlich der Art der Nutzung und ihrer Rechtsgrundlage, sondern allein hinsichtlich des Motivs, weshalb der Friedhofsträger die Sondernutzung gestattet. Im Fall der Konzession hat der Friedhofsträger letztlich ein Eigeninteresse daran, dass der Konzessionsgeber die Leistungen auf dem Friedhof erbringt, weil er der Auffassung ist, dass dies der „Attraktivität“ des Friedhofs und damit seiner eigentlichen Aufgabenerfüllung dienlich ist. Dies wird sich durchaus auch auf die Gestaltung des (privatrechtlichen) Sondernutzungsvertrags mit

<sup>66</sup> Siehe bei Fn. 13.

<sup>67</sup> Dies sollten nur friedhofsbezogene Kriterien sein, siehe *Stelkens* (Fn. 1), S. 48 f.

<sup>68</sup> Siehe bei Fn. 24 und nach Fn. 27.

dem Friedhofsträger als Eigentümer auswirken, etwa dergestalt, dass die genaue Art und der Umfang der Friedhofsbesuchern gegenüber zu erbringenden Dienstleistungen vertraglich festgelegt wird. Im Fall der Gestattung der einfachen gewerblichen Sondernutzung handelt es sich dagegen letztlich um eine *wirtschaftliche Randnutzung* des Friedhofsgrundstücks, deren Gestattung letztlich allein aus fiskalischen Interessen erfolgt – und dennoch nicht willkürlich verweigert werden darf.<sup>69</sup>

Nur anzumerken ist, dass sich beide Fälle der Gestattung gewerblicher Sondernutzungen wegen der unterschiedlichen Interessenlage des Friedhofsträgers auch hinsichtlich der existierenden Verfahrensbedingungen unterscheiden. Bei Konzessionen ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass auch in den Fällen, die mangels Erreichung der insoweit maßgeblichen Schwellenwerte oder aus sonstigen Gründen nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen, ein transparentes Vergabeverfahren durchzuführen ist, das insbesondere die Verpflichtung beinhaltet, dass die Vergabebehörde die anstehende Vergabe *ex ante* aktiv bekanntgeben und Interessenten zur Angebotsaufgabe auffordern muss, um dann zwischen den Bewerbern denjenigen auswählen zu können, der den behördlichen Vorgaben bezüglich der Attraktivität des Dienstleistungsangebots am besten entspricht.<sup>70</sup> Dies ist insbesondere auch bei der Vergabe von straßenrechtlichen Sondernutzungs-Konzessionen so gesehen worden<sup>71</sup> und müsste folglich auch für die Vergabe von Friedhofs-Sondernutzungskonzessionen gelten. Diese Verfahrensregelungen müssten aber nicht zum Gegenstand der Friedhofssatzung gemacht werden. Ebenso wenig muss in der Friedhofssatzung der Fall geregelt werden, dass eher zufällig mehrere Sondernutzungsinteressenten dieselbe „einfache“ gewerbliche Nutzung zu derselben Zeit auf derselben Fläche beantragen und deshalb eine ermessensgerechte Auswahl zwischen diesen Nutzungsinteressenten getroffen werden muss. Hier ist ebenfalls für straßenrechtliche Sondernutzungen bereits entschieden worden, dass in diesen Fällen das Prioritätsprinzip ein legitimes Auswahlkriterium sein kann, wenn andere, im konkreten Fall bessere Kriterien nicht zur Verfügung stehen.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Die Existenz eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Sondernutzungsantrag wird bei öffentlichen Einrichtungen allerdings vielfach unter Berufung auf BVerwG, Urt. v. 07.01.1972 – IV C 49/68 – BVerwGE 39, 235, 237 ff. abgelehnt. Mittlerweile ist dies überholt: Wie hier m. w. N. *Burgi* (Rn. 35), § 16 Rn. 42 ff.; für Friedhöfe: *Axer* (Fn. 11), S. 169, 171; *Stelkens* (Fn. 1), S. 48.

<sup>70</sup> Siehe hierzu *Stelkens* (Fn. 21), EuR Rn. 93 ff. und 234 f. sowie § 35 Rn. 127a m. w. N.

<sup>71</sup> So jeweils für Wettbewerb zwischen Marktveranstaltern: OVG Magdeburg, Beschl. v. 23.08.2016 – 1 L 306/16 – NVwZ-RR 2017, 100, 101 f.; OVG Münster, Beschl. v. 17.02.2015 – 4 B 1479/14 – NVwZ-RR 2015, 561 f.; OVG Münster, Beschl. v. 20.07.2016 – 4 B 690/16 – NVwZ-RR 2017, 27 ff.; für „Strandbewirtschaftungskonzessionen“: EuGH, Urt. v. 14.07.2016 – C-458/14 und C-67/15 – Rn. 40 ff. (Promoimpresa); OVG Greifswald, Beschl. v. 17.05.2016 – 2 M 204/15 – NordÖR 2016, 424, 426; allgemein für Wettbewerb um straßenrechtliche Sondernutzungs-Konzessionen *M. Burgi*, Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung von Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, 257, 259 f.

<sup>72</sup> VGH München, Urt. v. 23.07.2009 – 8 B 083282 – GewArch 2010, 419, 420; OVG Münster, Urt. v. 16.06.2015 – 11 A 1131/13 – NVwZ-RR 2015, 830 Rn. 36 ff.; VG Neustadt a.d.W., Urt. v. 11.09.2015 – 4 K 179/15 NW – GewArch 2016, 81 ff.; *Burgi* (Fn. 71), S. 261 f.

#### **IV. Fazit**

Die Regelungen der Friedhofssatzungen über die gewerblichen Betätigungen auf dem Friedhof im Auftrag der Grabnutzungsberechtigten sollten im Interesse der Grabnutzungsberechtigten, der Gewerbetreibenden, aber auch der Friedhofsverwaltungen „liberalisiert“ werden – sie leiden zur Zeit an Überregulierung und mit bundesrechtlichen Berufszulassungsregelungen nicht abgestimmter „Kleinstaaterei“. Sinnvoll wäre eine landesweit einheitliche Regelung in den Bestattungsgesetzen. Sinnvoll wäre aber auch eine Aufnahme von Regelungen über (gewerblich ausgeübte) Sondernutzungen in die Friedhofssatzungen – sowohl für die Konzessionsfälle als auch für die schlicht widmungsfremde (gewerbliche) Nutzung.