

Jüdischer Friedhof und staatliches Recht

von Wolfgang Wieshaider

Unweit des Bahnhofs Altona, im Hamburger Stadtteil Ottensen, steht das Einkaufszentrum *Mercado*, welches auch die Altonaer Bücherhalle beherbergt.¹ Es steht auf dem Grund des ehemaligen jüdischen Friedhofes von Ottensen.

Heinrich Heine

Sonnenaufgang [An Betty Heine, geb. Goldschmidt]

[...]

Hoch geehret fühlt sich die Sonne,
Die purpurborene,
Sie schmückt sich hastig,
Und hastig eilt sie über das Wasser,
Eilt in die Mündung der Elbe,
Stromaufwärts, Blankenes entlang,
Und sputet sich eifrig, und kommt noch zeitig
Nach Onkels Villa zu Ottensen,
Und findet noch, frühstückversammelt,
Alldort die schöne Tante
und den Oheim, den fürstlichen Mann,
[...]²

Ottensen, einst jüdische Ansiedlung vor Hamburgs Toren, noch bei Heine wie selbstverständlich ins Gedicht eingewoben. Und heute?

Nicht einmal den Friedhof haben sie übrig gelassen, wie an so manch anderem Orte, keine Spur ist geblieben als die bewahrte Erinnerung, dass dort, wo Parkplatz und Einkaufszentrum dem Mammon zu Ehren errichtet, einst das Haus des Friedens, **בית היים**, gewesen.

1 <http://www.ottensen.de/reisefuehrer/> [12. 1. 2007].

2 Zitiert nach Heine, Heinrich: *Sämtliche Gedichte in zeitlicher Folge*, hgg. von Briegleb, Klaus, Frankfurt am Main Leipzig, Insel, 8. Aufl. 2004, S. 271-273 (S. 272).

Kurze Geschichte

Im Jahre 1663 war der Friedhof für achtzehn aschkenasische Familien aus Hamburg angelegt worden, die sich von der Altonaer jüdischen Gemeinde abzuspalten im Begriffe waren. Da die Stadt Hamburg die Errichtung nicht gestattet hatte, waren die Familien auf dänisches Hoheitsgebiet ausgewichen. Er blieb bis zur vom NS-Regime angeordneten Schließung im Jahre 1934 in Betrieb, wenn auch mit Unterbrechungen, weil die Stadt in der Pestzeit die Tore schließen lassen und den Juden Hamburgs ein innerstädtisches Areal für den Friedhof zugewiesen hatte.³

Von den etwa 4.000 Grabsteinen⁴ ist keiner mehr erhalten, der Friedhof wurde 1942/43 für den Bau eines Hochbunkers planiert. Dank der Arbeit und des Interesses des späteren Hamburger Notars H. W. Hertz ist jedoch eine umfangreiche fotografische Dokumentation erhalten.⁵ 175 Grabsteine (so Hertz) bzw. 47 Grabsteine (so die damalige Hochbauabteilung) aus dem 17. und 18. Jahrhundert habe man auf den (heute noch bestehenden) jüdischen Friedhof in Ohlsdorf gebracht.⁶ Die umgestellten Grabsteine sind allerdings noch nicht wieder gefunden worden, weil auch der Ohlsdorfer jüdische Friedhof wenig später geschlossen und beschlagnahmt wurde und gegen Ende des Krieges gänzlich verwahrlost war.⁷

Auf Grundlage der erhaltenen Fotodokumentation konnte in den späten 1990-er Jahren im Einkaufszentrum eine Memorwand mit den Namen der auf dem Ottenser Friedhof Bestatteten errichtet werden.⁸

Umbettungen von Gebeinen betrafen nur wenige besondere Persönlichkeiten, wie einige Rabbiner und Verwandte von Heinrich Heine.⁹

Nach der Restitution des Friedhofsgeländes an die neue Hamburger jüdische Gemeinde verkaufte es diese.

Im Retrospekt urteilte das Hamburger OVG im Jahre 1992¹⁰ daher wohl völlig zu Recht, dass der dritte Erwerber und seine Rechtsnachfolger nicht an halachische Fragen gebunden seien, wenn man den Fall isoliert betrachtet.

3 Lorenz, Ina & Berkemann, Jörg: Streitfall Jüdischer Friedhof Ottensen. Wie lange dauert die Ewigkeit. Studien zur jüdischen Geschichte Band 1, Dölling und Galitz, Hamburg 1995, S. 21 f.

4 Lorenz & Berkemann (FN 3) S. 23.

5 Lorenz & Berkemann (FN 3) S. 25, 149 ff.

6 Lorenz & Berkemann (FN 3) S. 151 f.

7 Lorenz & Berkemann (FN 3) S. 153.

8 Abgebildet auf <http://www.mercado-hh.de/index.php?s=a&sc=a05&id=66> [12. 1. 2007].

9 Lorenz & Berkemann (FN 3) S. 152.

10 OVG Hamburg, Beschluss vom 9. 4. 1992, Bs II 30/92. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 1212-1214.

Wirft man demgegenüber die gesamte Lage der jüdischen Gemeinde und ihre dringlichen anderweitigen Sorgen ins Kalkül sowie den Umstand, dass jüdische Gemeinden eben aus halachischen Gründen Friedhöfe nicht veräußern (dürfen),¹¹ dann könnte diese Beurteilung vor dem zivilrechtlichen Hintergrund überschnittener rechtsgeschäftlicher Handlungsbefugnisse¹² vielleicht Anlass zu differenzierenden Überlegungen bieten.

Im Übrigen wurde etwas später der Bebauungsplan der Stadt geändert und das Gebiet als Mischgebiet ausgewiesen.¹³

Zur Halacha

Im dritten Kapitel des Traktates Semachot, das eine Art Trauerhandbuch darstellt, werden drei Arten von Gräbern beschrieben und danach unterteilt, ob sie verlegt werden dürfen und was dies für den Boden des bisherigen Grabplatzes bedeutet:

- Ein *gefundenes* Grab darf verlegt werden, und aus dem alten Grabplatz darf Nutzen gezogen werden – so schon in der Auslegung durch den Gaon von Wilna a.a.O.
- Ein bereits *bekanntes* Grab darf nicht verlegt werden, passiert dies dennoch, darf aus dem alten Grabplatz kein Nutzen gezogen werden.
- Ein *erworbenes* Grab¹⁴ darf keinesfalls verlegt werden,¹⁵ passiert dies dennoch, ist der Boden des alten Grabplatzes unrein.

Weiter unten wird der Verkauf des Weges, der zu einem Grabe führt, für nichtig erklärt. Um die Bedeutung eines Grabes und des Weges dorthin zu ermessen, wird anschließend eine Reihung angestellt: ein gewöhnlicher Privatweg

11 Vgl. dazu auch Vulpius, Axel: Verträge mit der Jüdischen Gemeinschaft in den neuen Ländern. In: NVwZ 1996, S. 759-765 (S. 764); vgl. den Friedhof in Großpetersdorf im Burgenland, der nach Umbettung der dort Bestatteten auf den Oberwarter Friedhof von der jüdischen Gemeinde Graz verkauft worden ist, dazu Baumgartner, Gerhard, Fennes, Anton, Greifeneder, Harald, Schinkovits, Stefan, Tschögl, Gert & Wendelin, Harald: „Arisierungen“, beschlagnahmte Vermögen, Rückstellungen und Entschädigungen im Burgenland (Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission 17/3), Wien · München, Oldenbourg 2004, S. 174-176.

12 Vgl. Zilles, Hans & Kämper, Burkhard: Kirchengemeinden als Körperschaften im Rechtsverkehr – Voraussetzungen und Funktionsstörungen rechtswirksamer Betätigung. In: NVwZ 1994, S. 109-115; OLG Hamm, Urteil vom 7. 10. 1993, 2 U 82/93. In: NVwZ 1994, S. 205 f.; Autor: Spellenberg, Ulrich: Rz. 204 zu Vorbemerkung zu Art. 11 EGBGB. In: Rebmann, Kurt, Säcker, Franz Jürgen & Rixecker, Roland (Hg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, München, C. H. Beck, 4. Aufl. 2006.

13 Lorenz & Berkemann (FN 3) S. 195.

14 Siehe Gen 23.

15 Siehe auch den Kommentar von R. Obadja von Bertinoro zu mOh 16,3: "דקנו מקומם" (weil sie die Plätze gekauft haben).

habe vier אמות (אמה מרובעת, rabbinisches Maß für eine Elle), ein öffentlicher sechzehn, ein Königsweg entziehe sich jeden Maßes, und auch ein Weg, der zu einem Grabe führt, entziehe sich jeden Maßes, so bBB 99b: und zwar wegen des Respektes für die Toten (bBB 100b).¹⁶

Ein Gefundenes gilt aber nur als solches und darf demgemäß verlegt werden, wenn es sich um ein einzelnes oder zwei nebeneinander liegende Gräber handelt (mOhal 16,3), und der Leichnam muss auch mit der ihn umgebenden Erde¹⁷ umgebettet werden. Findet man dagegen drei Gräber, die sich im Abstand zwischen vier und acht אמות zueinander befinden, ist davon auszugehen, dass es sich um einen (vergessenen) Friedhof handelt. Da dieser als letzte Ruhestätte für die Toten gewidmet ist, dürfen die Gräber nicht verlegt werden. Damit diese friedhofsrechtlichen Vorschriften anwendbar werden, müssen die Gräber allerdings gleichzeitig gefunden werden (bNaz 65a). Deswegen besteht die Verpflichtung, weiter zu suchen, um das ganze Ausmaß des Friedhofes auszumachen.¹⁸ Liegen die Gräber näher zueinander, ist demgegenüber bloß von einer vorübergehenden Begräbnisstätte auszugehen, die Gräber dürfen – samt der sie umgebenden Erde – verlegt werden (bBB 102a). Eine Umbettung von einer letzten Ruhestätte ist grundsätzlich nicht zulässig, nicht einmal von einem unwürdigeren in ein würdigeres Grab.¹⁹ Eine Ausnahme wird nur bei Überführung in ein Familiengrab oder in das Land Israel gemacht. Wenn der Tote jedoch zunächst mit Absicht „vorübergehend“ bestattet worden ist, darf er später, gleich wohin, umgebettet werden. Dagegen besteht eine Pflicht zur Umbettung, wenn die Ruhe des Toten gefährdet ist, etwa wenn eine Überschwemmung droht (Shulchan Aruch, Jore Dea, 363, 1-3, 7).²⁰ Als solche Gefährdungen haben Rabbiner allerdings bisweilen diverse profane Baumaßnahmen, z.B. Straßenverbreiterungen, unter diesen Tatbestand subsumiert,²¹ sofern eine Änderung der betreffenden Pläne nicht zu verwirklichen gewesen ist, was immer die erste Aufgabe bleiben muss.

Wenn die Halacha also grundsätzlich vorschreibt, dass jüdische Friedhöfe auf Dauer bestehen sollen, mag das einen Interessenkonflikt mit der staatlichen

16 Vgl. auch bSanh 96b, wonach Gräber wertvoller seien als Königspaläste.

17 Siehe Gen 47,30.

18 Tos. zu bNaz 64b.

19 Siehe Dan 12,13: "ואתה, לך לקץ; ותנוח ותעמד לגרלך, לקץ הימין".

20 Vgl. staatlich-zivilrechtlich: Welser, Rudolf: § 531, Rz. 14. In: Rummel, Peter (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, Manz, 3. Aufl. 2000.

21 Siehe nur die Nachweise und Verweise im Gutachten von Landesrabbiner Nathan Peter Levinson in Lorenz, Ina & Berkemann, Jörg: Streitfall Jüdischer Friedhof Ottensen 1663-1993. Texte und Dokumente, Studien zur jüdischen Geschichte Band 2, Dölling und Galitz, Hamburg 1995, S. 356-359 (S. 358).

Raumordnung erzeugen, zeigt sich gerade die jüngere Vergangenheit als Flächenfresserin. Sie muss schon notgedrungen Grünflächen freilassen, und dann noch Friedhöfe, die zwar ursprünglich am Rande des besiedelten Gebietes angelegt, aber mittlerweile von der fortschreitenden Urbanisierung (her)eingeholt worden sind und sich nunmehr oft im besten Baulande befinden.

Staatliches Bewahrungsinteresse

Bewahrungsinteresse ist aber nicht nur dem jüdischen Rechte inhärent, sondern bildet die Aufgabe des Denkmalschutzes, dem die Visualisierung der Geschichte, die Dokumentation des Vergangenen übertragen ist. Dieses Bewahrungsinteresse kann mitunter auch gegen (andere) jüdische Interessen stehen – wie sich auch am Verkauf des Geländes durch die jüdische Gemeinde zeigt –, manifestiert sich aber im Falle der jüdischen Friedhöfe vielfach parallel zu diesen.

Das staatliche Bewahrungsinteresse äußert sich regelmäßig in Denkmalschutz- und -pflegegesetzen, im konkreten Falle im Hamburgischen Denkmalschutzgesetz vom 3. Dezember 1973²². Dessen § 1 Abs. 1 definiert als hoheitliche Aufgabe, „die Kulturdenkmäler wissenschaftlich zu erforschen und nach Maßgabe dieses Gesetzes zu schützen und zu erhalten, sowie darauf hinzuwirken, dass sie in die städtebauliche Entwicklung, Raumordnung und Landespflege einbezogen werden.“

Gegenstand des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege sind aber jedenfalls Sachen (§ 2 leg. cit.), unbewegliche oder bewegliche, oder auch nur deren Überreste, „deren Erhaltung wegen ihrer geschichtlichen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bedeutung oder zur Bewahrung charakteristischer Eigenheiten des Stadtbildes im öffentlichen Interesse liegt.“

Leichname sind keine Sachen, die Personenschaft eines Menschen geht über seinen Tod hinaus, ist Ausfluss seiner menschlichen Würde, was in der Literatur wiewohl nicht unstrittig ist.²³ Doch ganz gleich, ob eine Leiche nun als Sache oder „(verdünnte) Person“ gesehen wird, ihr rechtlicher Schutz kann nicht aus

22 Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt (HmbGVBl.) 1973, S. 466, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 4. April 2006, HmbGVBl. 2003, S. 143.

23 Rixecker, Roland, § 12, Rz. 31-34. In: Rebmann, Kurt, Säcker, Franz Jürgen & Rixecker, Roland (Hg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1/1, München, C. H. Beck, 5. Aufl. 2006; Aicher, Josef: § 16, Rz. 28. In: Rummel (FN 20); Welser (FN 20) Rz. 13. Anderer Auffassung Spielbüchler, Karl: § 285, Rz. 3. In: Rummel (FN 20); nach Eccher, Bernhard: Privatrechtliche Verhältnisse bei komplexen Funden. In: Höpfel, Frank, Platzer, Werner & Spindler, Konrad (Hg.): Der Mann im Eis, Band 1, Bericht über das Internationale Symposium 1992 in Innsbruck, Innsbruck, Eigenverlag der Universität 1992, S. 36-42 (S. 37), soll sich durch zunehmenden Zeitablauf der Persönlichkeitscharakter verlieren und dagegen der Sachcharakter verstärken.

dem Sachenrecht, sondern muss aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden, welches über den Tod hinaus fortwirkt.²⁴ Über Grad und Dauer dieser von der Literatur eben auch nicht ganz einhellig gesehenen Würdeverlängerung gleich ein wenig mehr.

Im Allgemeinen wird darum eine denkmalschutzrechtliche Unterschutzstellung menschlicher Skelette, die auf einem Friedhof zur letzten Ruhe bestattet worden sind, regelmäßig ausgeschlossen sein.²⁵

Nicht ausgeschlossen ist dagegen die Unterschutzstellung eines Friedhofes ob seiner gegenständlichen Teile, also der Gräber und Gräfte, oder auch nur bestimmter Grabsteine oder Kleindenkmäler. Darauf nimmt auch ausdrücklich § 29 Abs. 2 Hamburgisches Bestattungsgesetz vom 14. September 1988²⁶ bei der Regelung des Ablaufes von Rechten nach der gesetzlichen Ruhezeit von 25 Jahren an denkmalgeschützten Grabstätten Bezug.

Das Hamburger Denkmalwesen ist seiner Ausgestaltung nach als eher umnutzungsfreundlich einzustufen,²⁷ was allerdings im konkreten Fall nur einen Anhaltspunkt auf die bezügliche Rechtspraxis geben mag. Eine Erhaltung der Botschaft des Denkmals steht dabei im Zentrum, soll aber nicht auf „historisch zufällige[...] Nutzungsformen verengt“²⁸ werden. Unter diesen Gesichtspunkten, die eben nur vergleichsweise und nicht mehr qua sachlicher Zuständigkeit herangezogen werden, könnte der letztlich gefundene Weg einer Gedenkstätte als vertretbare Lösung des Konflikts um die überirdische Nutzung des betreffenden Raumes angesehen werden: „Den Toten, die auf dem Jüdischen Friedhof zu Ottensen beerdigt wurden, gelte unsere Erinnerung“, steht dort einleitend geschrieben.²⁹ Die Toten hat man entgegen dem gut begründeten Gutachten des Landesrabbiners Nathan Peter Levinson nicht umgebettet, sondern dem

24 Kopetzki, Christian: Der menschliche Leichnam im privaten und öffentlichen Recht Österreichs und der BRD. In: Stefenelli, Norbert (Hg.): Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien · Köln · Weimar, Böhlau 1998, S. 862-872 (S. 862 f.); vgl. dazu Eisenberger, Iris: Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes. In: Eisenberger, Iris, Golden, Iris, Lachmayer, Konrad, Marx, Gerda & Tomasovsky, Daniela (Hg.): Norm und Normvorstellung. Festschrift für Bernd-Christian Funk zum 60. Geburtstag, Wien · New York, Springer 2003, S. 175-183.

25 Vertreten wird allerdings auch, dass menschliche Skelette unter den Denkmalbegriff subsumierbar sind, wenn sie mit einem Denkmal (Kleidung o.ä.) eine Einheit bilden, so Weber, Karl: Eine Mumie als Denkmal. In: Höpfel, Platzer & Spindler (FN 23) S. 50-55 (S. 51 f.) unter Berufung auf das Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes Slg. 4680/1980.

26 HmbGVBl. 1988, S. 167.

27 Siehe Leisner, Walter G.: Denkmalgerechte Nutzung. Ein Beitrag zum Denkmalbegriff im Recht des Denkmalschutzes unter besonderer Berücksichtigung der Lage in Hamburg (SÖR 892), Duncker & Humblot, Berlin 2002, S. 157-160.

28 Ibidem S. 105.

29 <http://www.mercado-hh.de/index.php?s=a&sc=a05&id=66> [12. 1. 2007].

Gutachten des Jerusalemer Oberrabbiners Itzhak Kolitz folgend, ihre Gräber überplattet.³⁰

Störung der Totenruhe

„§ 168 dt. StGB³¹. (1) Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Aufbahrungsstätte, Beisetzungsstätte oder öffentliche Totengedenkstätte zerstört oder beschädigt oder wer dort beschimpfenden Unfug verübt.

(3) Der Versuch ist strafbar.“³²

Nicht um die strafbare Handlung als solche soll es hier in erster Linie gehen, sondern um die Wertung, welche der Gesetzgeber mit Blick auf den Leichnam eines Menschen, auf Teile davon und auch auf die – im Zusammenhang mit einem jüdischen Friedhof irrelevante – Asche eines verstorbenen Menschen vorgenommen hat. Könnte die „Wegnahme“ noch irgendwie als eine Art Vermögensdelikt angesehen werden, so weist das Tatbestandsmerkmal des beschimpfenden Unfuges deutlich in eine andere Richtung. Weist in Richtung der Würde des Menschen, die auch dem toten Menschen zukommt und strafrechtlich geschützt ist. Der überwiegenden Auffassung zufolge schützt § 168 dt. StGB (freilich zunächst) das allgemeine Pietätsempfinden der Gesellschaft und dann das über den Tod hinaus nachwirkende Persönlichkeitsrecht des Menschen.³³ Ob

30 Siehe die umfassende Dokumentation bei Lorenz & Jörg Berkemann (FN 21) S. 356-368.

31 Neubekanntmachung vom 10. 3. 1987, BGBl. I S. 945, 1160, in der seit 1. 1. 1999 geltenden Fassung, zuletzt geändert durch Art. 22 Zweites JustizmodernisierungG vom 22. 12. 2006, BGBl. I S. 3416.

32 Ganz ähnlich ist die Rechtslage etwa auch in Österreich: „§ 190 östr. StGB. (1) Wer einen Leichnam oder Teile eines Leichnams oder die Asche eines Toten einem Verfügungsberechtigten entzieht oder aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte wegschafft, ferner wer einen Leichnam misshandelt oder einen Leichnam, die Asche eines Toten oder eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte verunehrt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Wer Schmuck von einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte entfernt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.“ BGBl. 1974/60, zuletzt geändert durch BGBl. I 2006/56.

33 Siehe Stellpflug, Martin H.: Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams. Eine rechtsvergleichende Studie zur strafrechtlichen Beurteilung von Handlungen am menschlichen Leichnam in der Bundesrepublik Deutschland, Großbritannien und der Republik Österreich, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, S. 35 und 112; Lenckner, Theodor: Vorbemerkungen zu den §§ 166

und wann Pietätsgefühle in diesem Sinne erlöschen sollen, ist ebenso umstritten.³⁴ Dies wird in Allgemeinheit insbesondere bei Mumien oder Moorleichen diskutiert. Prominentester Fall aus jüngerer Vergangenheit ist wohl der so genannte „Mann vom Hauslabjoch“³⁵. In diesem Kontext wird in der Literatur ausgeführt, dass auch einer derart alten Leiche Pietät entgegen gebracht werden müsse, auch wenn Angehörige auf keinen Fall mehr leben können. Eine Unterscheidung nach dem Alter sei abzulehnen, solange eine entsprechende Körperlichkeit bestehe, weil sich der Sinn der (staatlichen) Bestattungsvorschriften am Verfallsprozess des Toten bemesse. Der Tatbestand der Störung der Totenruhe³⁶ biete keinen Anhaltspunkt für eine „Verdünnung des Anspruchs durch Zeitablauf“. Dieser sei rückzubinden an die „sittlichen und religiösen Vorstellungen, die über den einem Toten geschuldeten Respekt bestehen.“³⁷

Ebenso umstritten ist, ob nur vollständige bzw. als solche erkennbare Körper taugliches Tatobjekt sein können.³⁸ Da auch der Asche entsprechender strafrechtlicher Schutz zukommt und bei ihr nicht wirklich von Vollständigkeit oder Erkennbarkeit gesprochen werden kann, sollte dies auch ein Argument für einen auf Leichenteile erweiterten Schutz sein. Selbst wenn diese Frage im strafrechtlichen Kontext strittig bleibt, für die Auslegung des Bestattungsrechtes ist sie irrelevant.³⁹

Strafbarkeit besteht im Übrigen nicht, wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen. Eine Einwilligung des Verstorbenen – hier geht es in der Praxis vor allem um Transplantationen – wird als solche gesehen.⁴⁰ In eventu ist eine Einwilligung Angehöriger hier von Relevanz. Und hiebei macht einen entscheidenden Unterschied, welcher Schutzzweck dem § 168 dt. StGB unterstellt wird. Da ein allgemeines Pietätsempfinden auf die Nachwelt abzielt, ist eine Willensäußerung des Verstorbenen nur von Belang, wenn von einem Fortwirken des Persönlichkeits-

ff., Rz. 2. In: Schönke, Adolf & Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, München, C. H. Beck, 27. Aufl. 2006, mit weiteren Nachweisen; zur österreichischen Rechtslage Foregger, Egmont: Vorbemerkungen zu §§ 188-191, Rz. 5 und § 190, Rz. 1. In: Höpfel, Frank & Ratz, Eckart (Hg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wien, Manz, 1.-68. Lfg., 2. Aufl. 2006.

34 Stellpflug (FN 33) S. 10; Rixecker (FN 23) Rz. 36.

35 Siehe oben FN 23.

36 § 190 östr. StGB entspricht § 168 dt. StGB.

37 Höpfel, Frank: Rechtliche und ethische Aspekte des Umganges mit menschlichen Mumien. In: Stefenelli (FN 24) S. 739-742 (S. 740).

38 Stellpflug (FN 33) S. 13; Lenckner, Theodor: § 168, Rz. 3. In: Schönke & Schröder (FN 33).

39 VGH München, Beschluss vom 21. 2. 2003, 4 CS 03.462. In: Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2003, S. 1618-1621; dazu Finger, Thorsten & Müller, Philipp: „Körperwelten“ im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde. In: NJW 2004, S. 1073-1077 (S. 1074).

40 Stellpflug (FN 33) S. 34 ff.; Lenckner (FN 38) Rz. 8.

rechtes und der Menschenwürde als Schutzzweck der Norm auszugehen ist.⁴¹ Eine zivilrechtliche Verfügungsmöglichkeit über den Leichnam leitet sich, wie oben angedeutet, jedenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrechte ab⁴² und wird zudem regelmäßig von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, wie eben dem Bestattungsrechte, verdrängt.⁴³ Wo private Gestaltungsbefugnisse bleiben, wie vor allem hinsichtlich der Wahl von Bestattungsart und -ort, richten sich diese nach ausdrücklichen oder erschließbaren Willenserklärungen des Toten, ansonsten seiner Angehöriger.⁴⁴

Bei Bestattung auf einem jüdischen Friedhof geht nun der Verstorbene ganz grundsätzlich von der Bestandsgarantie desselben aus. E contrario ist daher anzunehmen, dass er in eine Umbettung erschließbarer Weise nicht einwilligt, außer wenn diese eben halachisch gerechtfertigt ist. Es geht also in diesem Fall nicht in erster Linie um den Schutz der Religion der Allgemeinheit, sondern des Einzelnen, d.h. seines Willens als Nachwirkung des Persönlichkeitsrechtes bzw. der Menschenwürde.

Bestattungsrechtliche Schließung eines Friedhofes

Freilich kann die Totenruhe im Sinne des § 168 dt. StGB nur gestört werden, wenn überhaupt eine Totenruhestätte im rechtlichen Sinne vorhanden ist. Das ist bei ehemaligen, als solche nicht mehr bestehenden Friedhöfen nicht der Fall. Deshalb ist nunmehr das Recht der Schließung eines Friedhofes zu beleuchten. In diesem Zusammenhang ist zunächst zwischen Außerdienststellung und Entwidmung zu unterscheiden.

Außerdienststellung meint, dass keine weiteren Toten mehr bestattet werden, der Friedhof als solcher aber bestehen bleibt⁴⁵ – dabei ist auch kein grundsätzlicher Interessenkonflikt mit der Halacha auszumachen.

Unter Entwidmung ist dagegen die Auflassung eines Friedhofes zu verstehen. Nach vorangehender Außerdienststellung wird das Gelände nach Ablauf der Ruhezeit seiner bisherigen Bestimmung entzogen.⁴⁶

41 Siehe die Tabelle bei Stellpflug (FN 33) S. 38.

42 Kopetzki, Christian: Der menschliche Leichnam im privaten und öffentlichen Recht Österreichs und der BRD. In: Stefenelli (FN 24) S. 862-872 (S. 862 f.); vgl. auch Eccher (FN 23) 37, der auf die guten Sitten als Rahmen für die Verfügbarkeit verweist.

43 Ibidem S. 864.

44 Ibidem S. 863; Aicher (FN 23) Rz. 28.

45 Gaedke, Jürgen: Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, bearb. von Diefenbach, Joachim, Köln · Berlin · München, Heymanns, 9. Aufl. 2004, S. 55.

46 Ibidem S. 56.

Die Schließung eines konfessionellen Friedhofes muss vom zuständigen Organ der betreffenden Religionsgemeinschaft genehmigt werden. Beim Friedhof in Ottensen sind diese Prinzipien nur bedingt angewandt worden. Bei der zwangsweisen Außerdienststellung und Entwidmung durch die NS-Instanzen ist an eine Genehmigung durch die jüdische Gemeinde im rechtsstaatlichen Sinne mit Bestimmtheit nicht zu denken. Durch den Verkauf des restituierten Friedhofsareals hat die jüdische Gemeinde allerdings einen Akt gesetzt, der als nachträgliche Genehmigung gedeutet werden kann. Zweifel können hier insoweit angemeldet werden, als jüdische Friedhöfe als solche in Deutschland in die Betreuung politischer Gemeinden und damit als Folge des Holocausts in deren Verantwortlichkeit übergegangen sind.⁴⁷

Wenn Friedhöfe oder auch nur einzelne Grabmale unter Denkmalschutz stehen, stellt eine Entwidmung eine genehmigungspflichtige denkmalschutzrechtliche Veränderung dar.⁴⁸

In jedem Falle erlangt die Friedhofsliegenschaft durch die Entwidmung volle Verkehrsfreiheit, jegliche zonenkonforme Nutzung wird wieder möglich. Dazu wird in der Literatur angemerkt, dass in vielen Fällen Grünanlagen auf den nunmehr frei gewordenen Flächen angelegt werden, weil „eine solche Benutzung am ehesten dem Charakter eines ehemaligen Friedhofs gerecht wird.“⁴⁹

Die Ruhezeit ist grundsätzlich von der Friedhofsordnung zu bestimmen. Die 25 Jahre im Sinne des § 26 Hamburgisches Bestattungsgesetz sind als Mindestfrist zu verstehen.⁵⁰ Sie gilt insofern auch für konfessionelle Friedhofsträger, die ihrerseits längere Ruhezeiten vorsehen können, so § 31 Abs. 4 leg. cit.⁵¹ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die ebendort vorzufindende Regelung, dass die zuständige Behörde auf Antrag des Friedhofsträgers für den gesamten Friedhof eine Ruhezeit unter 25 Jahren oder für einzelne Grabstellen eine Belegung vor Ablauf der Ruhezeit zulassen kann, wenn gesundheitliche Gefahren auszuschließen sind. Diese Bestimmung ist wohl durch andere religionsrechtliche Vorschriften inspiriert, was einen kurzen Blick auf katholisches und lutherisches Recht angeraten sein lässt. Immerhin nennt die Anlage 2 zum Hamburgischen Bestattungsgesetz, auf welche § 31 Abs. 1 leg. cit. verweist und welche die bestehenden „kirchlichen Friedhöfe auf dem Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg“ auflistet, evangelische Friedhöfe, dazu einen mennonitischen und

47 Ibidem S. 54.

48 Ibidem S. 58.

49 Ibidem S. 58.

50 Ibidem S. 148.

51 Ibidem S. 149.

einen jüdischen⁵² (jenen in Ohlsdorf, an der Ilandkoppel).⁵³

Für die – in anderen Gegenden Deutschlands vorherrschende – Katholische Kirche verweist can. 1243 CIC 1983 auf das Partikularrecht, welches freilich den universalrechtlichen Rahmen für heilige Orte, zu denen Begräbnisstätten gemäß can. 1205 zählen, berücksichtigen muss.⁵⁴ Gemäß can. 1212 verlieren heilige Orte ihre Weihung (can. 1206) oder Segnung (can. 1207), wenn sie zu einem großen Teil zerstört sind oder aufgrund eines Dekretes des zuständigen Ordinarius oder wenn sie tatsächlich auf Dauer⁵⁵ profan genutzt werden. Eine rechtswidrige Profanisierung ist durch can. 1376⁵⁶ auch strafrechtlich sanktioniert.

Die für das Gebiet Hamburgs zuständige Nordelbische Evangelisch-Lutherische Kirche verfügt über Richtlinien für Friedhöfe in kirchlicher Trägerschaft.⁵⁷ Zu den gegenständlichen Fragen bestimmt deren § 20 Abs. 2, dass Friedhöfe nur aus zwingenden Gründen außer Dienst gestellt werden dürfen. § 20 Abs. 4 empfiehlt, nach Außerdienststellung und Ablauf der Ruhezeit des zuletzt Bestatteten noch zusätzlich eine „Pietätsfrist“ vor einer allfälligen Entwidmung abzuwarten.

Aus dieser Bestimmung wird deutlich, dass die Erhaltung einer christlichen Grabstätte zuvorderst ihren Sinn aus Pietätserwägungen Angehöriger bzw. eben der Gesellschaft im Allgemeinen bezieht, nicht aber aus einem Eigentums- oder Besitzrechte des dort Bestatteten, wie dies die Halacha annimmt und damit der Theorie des Fortwirkens des Persönlichkeitsrechtes des Verstorbenen anhängt. Der Kreis schließt sich, die Spannung bleibt bestehen.

52 Der Jüdische Friedhof in Altona wird seit 1869 nicht mehr belegt, ist aber erhalten, siehe http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/behoerden/kulturbehoerde/service/museumsdienst/programme/museumsgespraech/j_C3_BCdischer_20friedhof/juedischer_20friedhof.html [12. 1. 2007].

53 Andere Konfessionen sind auf die öffentlichen Friedhöfe verwiesen, die auch entsprechende, den jeweiligen religionsrechtlichen Vorschriften genügende Gräber einrichten, wie es etwa am Friedhof in Öjendorf für muslimische Gräber geschehen ist, siehe <http://www.friedhof-hamburg.de/oejendorf/grabstaetten/auslaender.htm> [12. 1. 2007].

54 Siehe Martín de Agar, José Tomás in Caparros, Ernest, Thériault, Michel & Thorn, Jean (Hrsg): Code de droit canonique bilingue et annoté, Wilson & Lafleur, Montréal 2. Aufl. 1999, Anm. zu can. 1243.

55 Martín de Agar (FN 54) Anm. zu can. 1212.

56 Vgl. can. 1171.

57 Vom 29. 8. 2000, GVOBl. 166, zitiert nach Gaedke (FN 45) S. 632.

Zum Schluss

Die gegenständliche Frage ist freilich keine von singulärer Bedeutung. So wurde etwa auch der jüdische Friedhof von Großpetersdorf im Burgenland trotz Restitution nach 1945 einem nichtjüdischen Eigentümer – dort: einer Lagerhausgenossenschaft – zur anderweitigen Verwendung überlassen.⁵⁸

Aus neuerer Zeit muss hier allein der Verweis auf die mittelalterlichen jüdischen Friedhöfe in Prag und Pilsen genügen. Der Friedhof in der Prager Neustadt⁵⁹ war vor einigen Jahren in die Schlagzeilen geraten, als die Liegenschaftseigentümerin ein Garagenprojekt verwirklichen wollte. Nach Grabungen und auch Grabsteinfinden wurde der ehemalige jüdische Friedhof, der so genannte „Judengarten“, mit 10. April 2000 unter Denkmalschutz gestellt.⁶⁰ Die Diskussion um den Pilsener Friedhof ist dagegen noch ganz jung und noch nicht abgeschlossen.⁶¹ Dort soll ein Parkhaus errichtet werden. Für ein Einkaufszentrum. Es gibt eben keine Zufälle.

58 Siehe oben FN 11. Zum komplizierten Sachverhalt siehe Baumgartner, Fennes, Greifeneder, Schinkovits, Tschögl, & Wendelin (FN 11) S. 174-176.

59 Im Bereich der Straßen Spálená, Vladislavova, Jungmannova und Lazarská.

60 *Ministerstvo kultury*, Zl. 50198/1-2266; vgl. auch das Projekt des Nationalen Denkmalinstitutes „*Archeologický výzkum středověkého židovského hřbitova na Novém Městě pražském a jeho význam v evropském kontextu*“, worin die Ergebnisse der archäologischen Grabungen analysiert und für die Nachwelt aufbereitet werden sollen, dazu <http://aplikace.isvav.cvut.cz/projectDetail.do?rowId=GP404/05/P292> [12. 1. 2007] und *Národní památkový ústav Územní odborné pracoviště v hlavním městě Praze* (Hg.): *Zpráva o činnosti za rok 2005*, Praha, 2006, 37.

61 <http://www.archiweb.cz/news.php?action=show&type=1&id=2171&lang=cs>;
<http://www.stavebni-forum.cz/detail.php?id=7907>;
http://www.strankyplzenska.cz/index.php?id=2118&stranka=rs_ukaz&clanek=638
 [alle 12. 1. 2007].