

Die rechtliche Beurteilung von Implantaten in der Totenasche

I. Einleitung

Seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Strafbarkeit der Entnahme von Zahngold (Urteil v. 30.06.2015, Az.: 5 StR 71/15) wurde in Fachzeitschriften der Bestattungsbranche mehrfach eine in der Praxis sehr problematische Auffassung vertreten: Das Urteil habe zur Folge, dass in den Krematorien Zahngold und andere Implantate wie Hüftprothesen oder Ähnliches nicht (mehr) entnommen werden dürften sondern in die Aschekapsel aufgenommen und mit der Totenasche beigesetzt werden müssten. So wurde beispielsweise auf das Urteil bezogen formuliert: „Hier wird die Praxis ihr Verhalten korrigieren müssen, da zukünftig der Totenfürsorgeberechtigte aufgrund bestehender gesetzlicher Vorschriften (Un- teilbarkeit der Asche) nicht darüber entscheiden kann, bestimmte Teile der Asche (hier: Me- talle) zu entnehmen.“ Konkret verknüpft mit dem Bestattungsrecht wird in derselben Veröf- fentlichung ebenfalls behauptet, dass eine Einwilligung der Angehörigen nicht zu einer rechtmäßigen Entnahme der Implantate führen könne (vgl. Lichtner, in: Bestattungskultur 05/2016, S. 24f.). Beide Behauptungen sind jedoch nicht aus dem Urteil des BGH herzulei- ten und außerdem nicht haltbar. Im Folgenden soll die Entnahme von Zahngold und anderen Implantaten aus strafrechtlicher, zivilrechtlicher und bestattungrechtlicher Perspektive be- trachtet und die oben beschriebene Rechtsansicht widerlegt werden.

II. Strafrecht

1. Wegnahme von Asche

Nach § 168 Abs.1 StGB („Störung der Totenruhe“) macht sich in der hier besonders interes- sierenden Variante strafbar, wer die **Asche** eines verstorbenen Menschen **unbefugt** aus dem **Gewahrsam** des **Berechtigten** wegnimmt.

a) Die Asche eines verstorbenen Menschen

Hier ist umstritten, ob es sich bei nach dem Einäscherungsvorgang verbleibenden Überres- ten von Zahngold und anderen Implantaten um Totenasche handelt. Einerseits wird behaup- tet, dass es sich bei Asche dem Wortlaut nach nur um einen „pulverigen staubartigen Ver-

brennungsrückstand“ handeln könne (vgl. OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071 (2073)), während die Gegenauffassung andererseits den Standpunkt vertritt, dass Asche „alles, was von verbranntem Material übrig bleibt“ umfasse (OLG Bamberg, NJW 2008, 1543 (1544)). Zwar sprechen die besseren Argumente für die erste Auffassung (vgl. im Detail Stübinger, Stephan in: ZIS 2016, S. 373 ff, „Rumpelstilzchen einmal umgekehrt: Wie aus Gold Asche wird“, m.w.N zu beiden Auffassungen), doch ist diese Frage nun durch das oben erwähnte Urteil des BGH für die Praxis im Sinne der zweiten Auffassung entschieden worden. Damit muss man derzeit praktisch davon ausgehen, dass Strafgerichte Implantate als Asche im Sinne des § 168 StGB werten.

b) Unbefugt

Unbefugt ist die Wegnahme, wenn es keinen Rechtfertigungsgrund gibt (Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 8). Ein solcher kann sich zum Beispiel aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben (zum Beispiel § 87 Abs. 3, 4 StPO Ausgrabung zum Zwecke der Strafverfolgung auf richterliche Anordnung). Aber auch die zu Lebzeiten erklärte Einwilligung des Verstorbenen kann einen solchen Rechtfertigungsgrund darstellen (Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 8).

c) Gewahrsam

Der Gewahrsam ist die tatsächliche Obhut über den Leichnam bzw. die Totenasche (vgl. Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 6). In dem Begriff „Gewahrsam des Berechtigten“ hingegen ein rein normatives Merkmal im Sinne eines Obhutsrechts (unabhängig von der tatsächlichen Verfügungsgewalt) zu sehen, widerspricht insbesondere dem Wortlaut der Vorschrift.

d) Wegnahme

Wegnahme im Sinne des § 168 StGB ist die Aufhebung des Gewahrsams des Berechtigten (Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 4). Eine Wegnahme liegt begrifflich allerdings nicht vor, wenn der Berechtigte mit der Aufhebung des Gewahrsams einverstanden ist (Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 4).

e) Berechtigter

Berechtigter ist zunächst der Totensorgeberechtigte (Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 5). Dies ist an erster Stelle derjenige, der vom Verstorbenen mit der Bestimmung von Art und Ort der Bestattung und deren Durchführung im Rahmen der Wünsche

des Verstorbenen betraut worden ist. Im Übrigen sind dies die nächsten Angehörigen, vorrangig die Ehegatten (eingetragenen Lebenspartner), an zweiter Stelle die Kinder und im Übrigen in strittiger Reihenfolge weitere Hinterbliebene. Nach der Beisetzung ist Berechtigter (auch) der Friedhofsträger (vgl. Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 5). Daher kann zum Beispiel theoretisch auch eine eigenmächtige Umbettung durch Angehörige unter § 168 StGB fallen (vgl. Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 5). Während der Einäscherung kann auch der Krematoriumsbetreiber als Berechtigter angesehen werden.

Jedenfalls dann, wenn Totensorgeberechtigter und Krematoriumsbetreiber einig darüber sind, dass Zahngold, Hüftprothese etc. wieder dem Wertstoffkreislauf zugeführt werden sollen, liegt damit keine Wegnahme der Totenasche vor, die strafbar wäre.

2. Beschimpfender Unfug

Strafbar ist nach § 168 Abs. 1 StGB auch, wenn jemand **beschimpfenden Unfug an der Totenasche verübt**.

Beschimpfenden Unfug stellt ein Verhalten dar, das im Angesicht eines Toten durch ein besonderes Maß an Pietätlosigkeit und Rohheit auffällt, durch das der Täter seine Ver- oder jedenfalls Missachtung zum Ausdruck bringt (vgl. BGH Urteil v. 24.02.1981, Az.: 1 StR 834/30, JurionRS 1981, 11232, Rn 1). Dabei kann das dem Toten Angetane in Schmähungen und Beschimpfungen liegen, aber auch in Hohn und Spott oder auch nur darin, dass „man so etwas [Verachtendes] mit einer (der) Leiche ja machen kann“ (vgl. Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 10). Es ist nicht erforderlich, dass die Handlung unmittelbar „an“ dem Körper/der Asche des Verstorbenen durchgeführt wird. Es reicht aus, wenn sie, erkennbar auf die sterblichen Überreste bezogen, in unmittelbarer Nähe begangen wird (zum Beispiel: Beschimpfen am offenen Grab). Kein beschimpfender Unfug ist zum Beispiel das Zerstückeln einer Leiche, um diese unauffällig fortzuschaffen (BGH Urteil v. 24.02.1981, Az.: 1 StR 834/30, JurionRS 1981, 11232, Rn 1). Auch die kommerzielle Verwertung von Leichenteilen oder toten Leibesfrüchten genügt für sich allein nicht (Schönke/Schröder/Bosch/Lenckner StGB § 168 Rn. 10).

Da die Verwertung von Implantaten in aller Regel nicht das Ziel hat, in irgendeiner Weise die Verachtung oder Missachtung eines Verstorbenen zum Ausdruck zu bringen, ist darin daher grundsätzlich kein beschimpfender Unfug zu erblicken.

3. Weitere Straftatbestände

a) Das OLG Nürnberg (Urteil v. 20.11.2009, Az.: 1 St OLG Ss 163/09 a-f) nahm einen Verwahrungsbruch im Sinne des § 133 Abs. 1 StGB an, als sich Krematoriumsmitarbeiter Zahngold ohne Wissen des Betreibers angeeignet hatten. Voraussetzung für eine entsprechende Strafbarkeit ist jedoch, dass sich die Implantate in dienstlicher Verwahrung befunden haben. Eine dienstliche Verwahrung liegt nur vor, wenn der Gegenstand von einer Behörde oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts in Gewahrsam genommen wurde. Dies ist bei privaten Krematorien schon nicht der Fall. Überdies ist Voraussetzung des § 133 Abs. 1 StGB, dass die Gegenstände der dienstlichen Verfügung entzogen werden. Dies ist nicht anzunehmen, wenn der Krematoriumsbetreiber die Abscheidung systematisch vornimmt und sie plangemäß durchgeführt wird.

b) Ein Siegelbruch nach § 136 Abs. 2 StGB käme erst in Betracht, nachdem die Implantate in die ASchekapsel gefüllt wurden. Eine vorherige Entnahme kann hiernach folglich nicht strafbar sein.

c) Die Strafbarkeit wegen eines Eigentumsdelikts – insbesondere nach § 242 oder § 246 StGB – kann bei der Entnahme von Implantaten aus der Asche nicht angenommen werden. Bei der Asche bzw. den Implantaten handelt es sich nämlich um keine „fremde“ bewegliche Sache im Rechtssinne. Voraussetzung dazu wäre, dass sie im Eigentum von jemandem stünden, sie sind jedoch herrenlos (siehe III./2.)

4. Zusammenfassung

Eine Strafbarkeit der Entnahme der Implantate entfällt jedenfalls dann, wenn der bzw. die Berechtigten der Entnahme zustimmen.

III. Zivilrecht

1. Der Leichnam als Sache

Dem menschlichen Leichnam und den mit ihm fest verbundenen Teilen wird nach heute herrschender Meinung Sachqualität zuerkannt (BeckOK BGB/Fritzsche, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 90 Rn. 32). Die mit dem Leichnam fest verbundenen künstlichen Körperteile wie zum Beispiel Zahngold, die in Form und Funktion defekte Körperteile ersetzen, gehören zur Lei-

che und teilen während der Verbindung deren Schicksal (BeckOK BGB/Fritzsche, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 90 Rn. 31).

2. Leichnam/Implantate und Eigentum

Ein Leichnam steht jedoch in niemandes Eigentum und ist damit herrenlos, solange er noch die Persönlichkeit des Verstorbenen repräsentiert (BeckOK BGB/Fritzsche, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 90 Rn. 32). Es widerspricht „dem Herkommen und den Gepflogenheiten aller Kulturvölker“, den Leichnam eines Menschen als eigentumsfähige Sache zu behandeln (OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1603) mwN). Implantate, die dauerhaft – wenn auch grundsätzlich operativ entfernbar – mit dem menschlichen Körper verbunden werden, wie Herzschrittmacher, Hüftgelenke oder Zahnimplantate sind als **Körperteile** anzusehen, so dass sie ihre Sacheigenschaft und Eigentumsfähigkeit verlieren (vgl. BeckOK BGB/Fritzsche, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 90 Rn. 31). Künstliche Körperteile eines Verstorbenen sind jedoch eigentumsfähig, sobald ihre feste Verbindung mit dem Leichnam gelöst wird. Als Folge der Einäscherung stehen die Implantate nicht mehr in fester Verbindung zu den menschlichen Rückständen und sind folglich ab diesem Zeitpunkt eine bewegliche, eigentumsfähige Sache.

3. Aneignung von herrenlosen Implantaten

a) Kein Direkter Eigentumserwerb der Erben

Die Erben des Verstorbenen werden nicht im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB Eigentümer, denn der Leichnam ist kein Bestandteil des Vermögens (RGSt 64, 315). Es gibt zwar die Ansicht (Görgens in JR 1980, 140, 142), nach der das Implantat durch den Eintritt des Todes seine Eigenschaft als künstliches Körperteil verliert, sodass die vor der Verbindung bestehenden Eigentumsverhältnisse wieder aufleben und an die Stelle etwaigen Eigentums des Verstorbenen nach § 1922 BGB das Erbeneigentum tritt. Diese vermag jedoch nicht zu überzeugen, da der menschliche Körper erst durch den Tod zur Sache wird. Vor dem Tod hat mithin noch kein Eigentum bestanden, das im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auf die Erben hätte übergehen können (OLG Hamburg a.a.O. m.w.N.). Damit handelt es sich um herrenlose Gegenstände.

b) Aneignung

An herrenlosen künstlichen Körperteilen kann im Wege der Aneignung nach § 958 Abs. 1 BGB durch Ineigenbesitznahme Eigentum erworben werden (BeckOK BGB/Kindl, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 958 Rn. 3). Der Eigentumserwerb ist aber ausgeschlossen, wenn die

Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird (§ 958 Abs. 2 BGB).

aa) Aneignungsberechtigter

Wem ein Aneignungsrecht an den Implantaten zusteht, ist umstritten. Während eine Ansicht aufgrund der Bedeutung der künstlichen Körperteile als Vermögensposition das Aneignungsrecht den Erben als Vermögensnachfolger der Verstorbenen kraft Gewohnheitsrechts zuspricht (BeckOK BGB/Kindl, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 958 Rn. 3; Weidlich in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1922 Rn. 37; Lieder in Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 15 Aufl. 2017, § 1922 Rn 37; Görgens, aaO.), steht nach anderer Auffassung das Aneignungsrecht mit Blick auf die Persönlichkeit des Verstorbenen und die Pietätsbindung, der auch werthaltige Leichenteile unterliegen, den nächsten Angehörigen des Verstorbenen als Totensorgeberechtigten zu (vgl. RGSt 64, 315; OLG München in NJW 1976, 1805; Stieper in Staudinger, BGB, Neubearb. 2017, § 90 Rdn. 50; Oechsler in Münchener Kommentar, BGB, 7. Aufl. 2017, § 958 Rdn. 5, Rdn. 12; vgl. ebenfalls in diesem Sinne § 4 TPG).

Allerdings stellen auch diejenigen, die das Aneignungsrecht den Erben zuordnen, dieses zumeist unter den Vorbehalt der Billigung der nächsten Angehörigen (vgl. BeckOK BGB/Kindl, 44. Ed. 01.11.2017, BGB § 958 Rn. 3; Weidlich, a.a.O.; Goergens, a.a.O.), um sicherzustellen, dass das Pietätsgefühl und die Achtung vor dem Leichnam in Nachwirkung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen gewahrt bleiben.

bb) Aneignungsrecht der Kremationsbetreiber

Eine Ineigenbesitznahme durch Kremationsbetriebe verletzt grundsätzlich das vorrangige Aneignungsrecht der Hinterbliebenen. Vom Krematorium (und auch von anderen nicht Berechtigten) in Besitz genommene Implantate bleiben damit herrenlos. Ein Recht zur Aneignung der Kremationsbetreiber kann daher nur bestehen, wenn die Aneignungsberechtigten der Aneignung zustimmen bzw. auf ihr Aneignungsrecht verzichten (vgl. BAG NJW 2015, 429 Rn. 34).

cc) Folge eines Verzichtes auf die Geltendmachung des Aneignungsrechts

Regelmäßig werden zwar von den Erben und den totensorgeberechtigten Angehörigen – den Hinterbliebenen – Aneignungsrechte am Leichnam oder seinen Implantaten nicht ausgeübt. Trotz Nichtausübung des Aneignungsrechts der Hinterbliebenen ist jedoch davon auszugehen, dass die Ausübung eines Aneignungsrechtes Dritter von der Zustimmung der Hinterbliebenen abhängig ist. Auf dieses Recht verzichten die Hinterbliebenen durch Über-

führung von Verstorbenen zum Krematorium grundsätzlich nicht. Die Erben bzw. totensorgeberechtigten Angehörigen bringen durch die Übergabe des Verstorbenen an den Kremationsbetrieb lediglich zum Ausdruck, dass sie eine Einäscherung des Leichnams wünschen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass sie selbst die mit dem Leichnam fest verbundenen werthaltigen künstlichen Körperteile nicht an sich nehmen wollen, bzw. mit einer Ansichnahme durch Dritte stillschweigend einverstanden waren (vgl. Gottwald, Uwe, in NJW 2012, Rechtsprobleme um die Feuerbestattung, S. 2233). Auf Nachfrage werden die Hinterbliebenen vielmehr häufig auch eine vollständige Bestattung oder eine eigene Aneignung wünschen.

c) Kein Aneignungsverbot

Ein Aneignungsverbot – wie es zum Beispiel bei der absoluten und zeitlich unbegrenzten Schonung von Wildtieren nach § 22 Abs. 2 S. 1 BJagdG besteht – ist bei Implantaten nach der derzeitigen Rechtslage nicht gegeben. Anders könnte dies unter Umständen beurteilt werden, wenn und soweit in einem Landesbestattungsgesetz die Beisetzung von Implantaten ausdrücklich vorgeschrieben würde.

d) Zusammenfassung:

Jedenfalls wenn Erben und die Totensorgeberechtigte der Aneignung durch den Krematoriumsbetreiber zustimmen, kann das Eigentum rechtmäßig auf den Betreiber übergehen.

IV. Bestattungsrecht

Aus verschiedenen Gründen ist die behauptete (siehe Einleitung) ausnahmslose Verpflichtung zur Beisetzung von Implantaten abzulehnen.¹

1. BGH-Rechtsprechung und Bestattungsrecht: Es ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass die oben angeführte BGH-Rechtsprechung sich nur mit der Strafbarkeit der Entwendung von Zahngold befasst hat. Asche im Sinne des Strafgesetzbuches muss jedoch keine Asche im Sinne der Bestattungsgesetze darstellen. Was strafrechtlich nicht – ohne den Willen des Berechtigten – aus der Asche entnommen werden darf und das, was bestattungsrechtlich (nach

¹ Zu der Thematik ausführlich auch Spranger, Tade M. und Hönings, Lara in: Preuß/Hönings/Spranger (Hrsg.), Facetten der Pietät, S. 405ff.

Landesgesetz) beigesetzt werden muss, ist zu unterscheiden. Nach Aeternitas-Auffassung ist bestattungsrechtlich nur der pulverige, staubartige Rückstand, der nach dem Einsatz der „Knochenmühle“² im Krematorium übrig bleibt, zwingend beizusetzen. Etwas Anderes würde sich dann ergeben, wenn und soweit sich die Landesgesetzgeber zur Beisetzungspflicht für die Implantate entscheiden. Derzeit (Mai 2018) ist etwa in Brandenburg ein Gesetzesentwurf in der Diskussion (Drucksache 6/7368), nur große Implantate von der Beisetzungspflicht auszunehmen.

2. Die Landesgesetzgeber hatten bei den meist in den Bestattungsgesetzen genannten und nach diesen für die Aufnahme der Asche zu verwendenden Behältnissen sicherlich keine größeren Behälter im Sinn, in die auch große künstliche Gelenke passen würden. Darüber hinaus geht Aeternitas davon aus, dass es regelmäßig nicht im Sinne der Verstorbenen und Angehörigen wäre, dass die metallenen Rückstände zerkleinert und mit in die Urne gegeben werden.

3. Das Bestattungsgesetz Sachsens gibt sogar ausdrücklich vor, dass manche Implantate aus Umweltgesichtspunkten und bei Gefahr für die Verbrennungsanlagen aus dem Leichnam entfernt werden müssen (§ 18 Abs. 4 BestG). Dort liegt also schon eine ausdrückliche öffentlich-rechtliche Rechtfertigung zur Entnahme einzelner Bestandteile vor, in Brandenburg (s.o.) ist eine solche geplant.

4. Würde man die Formulierung des BGH, nach der zur „Asche“ im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB sämtliche nach der Einäscherung verbleibenden Rückstände gehören, in das Bestattungsrecht übertragen, müssten ebenso die (unter Umständen hochgiftigen) Stäube, die bei der Einäscherung entstehen und aus den Abgasen herausgefiltert werden, beigesetzt werden. Auch das kann nicht ernsthaft gewollt sein.

5. Selbst beim Leichnam wird das Kürzen und damit die Entfernung von Haaren sowie Fingernägeln grundsätzlich als zulässig angesehen. Dies soll der Würde des Verstorbenen gerade dienen, obwohl etwas vom Leichnam selbst entfernt wird. Viele Menschen werden es ebenso als „pietätvoller“ empfinden, ohne Metallüberreste beigesetzt zu werden und diese lieber dem Wertstoffkreislauf zukommen lassen wollen.

² Vor dem Einsatz der Knochenmühle werden übrigens in der Praxis Implantate aus der Asche regelmäßig entnommen, damit die Mühle nicht beschädigt wird bzw. weil diese Teile ohnehin nicht zermahlen werden würden.

6. Auch die Praxis folgt der hier kritisierten Auslegung zum allergrößten Teil nicht: Zahlreiche Krematorien entfernen Metallimplantate ohnehin immer noch. Es gibt unserer Kenntnis nach auch nur wenige Städte, bei denen die Prothesen tatsächlich beigesetzt werden.

7. Zusammenfassung: Nach der Rechtsauffassung von Aeternitas gehört zu der nach den Landesgesetzen beizusetzenden Totenasche nur der pulverige, staubartige Verbrennungsrückstand, der nach der „Knochenmühle“ verbleibt. Metallteile dürfen im Falle eines Einverständnisses der Berechtigten zuvor entnommen werden.

Wer dieser „Berechtigte“ ist, ist jedoch umstritten. Um dem Risiko einer Strafbarkeit zu entgehen, muss das Einverständnis des bzw. der Totensorgeberechtigten vorliegen. Fraglich ist, ob darüber hinaus die Erben der Entnahme zustimmen müssen. Dies ist an sich nur dann anzunehmen, wenn man der Rechtsauffassung folgt, dass die Erben ein Aneignungsrecht bezüglich der Implantate haben (s.o.). Da dies aber in der Rechtsprechung noch nicht endgültig geklärt ist, sollte möglichst sowohl von den Totensorgeberechtigten als auch von den Erben eine Zustimmung beigebracht werden. Häufig sind diese identisch. Fehlt die Zustimmung, könnten die Erben/Angehörigen sonst unter Umständen Schadenersatzansprüche gegenüber dem Träger des Krematoriums durchsetzen. Je nach Sachgestaltung besteht sonst auch das Risiko, eine strafbare Handlung zu begehen.

Autor: Rechtsanwalt Torsten Schmitt (Aeternitas-Rechtsreferent)

© Aeternitas 2018