

## Die Behandlung des Leichenfrevels im geltenden und kommenden Strafrecht.

Von

Amtsgerichtsrat Dr. Schorn, Bonn.

### I.

Bei der Regelung des Totenschutzes gehen das geltende wie das kommende Strafrecht von der Auffassung aus, daß in der Leiche des Verstorbenen das an sich mit dem Tode erloschene Recht der menschlichen Persönlichkeit auf Leib, Leben und Ehre noch als fortwirkend anzusehen ist<sup>1</sup>. Sie umgeben daher die Leiche mit dem Schimmer der Persönlichkeit<sup>2</sup>, erheben sie über den Begriff einer „Sache“ hinaus und erkennen damit in konsequenter Befolgung anderer Bestimmungen der Rechtsordnung (§ 361 Abs. 2 StPO.: Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verstorbenen, § 399 Abs. 2 StPO.: Fortsetzung des Privatklageverfahrens bei verleumderischer Beleidigung des inzwischen Verstorbenen und § 189 StGB.: Strafverfolgung bei Verleumdung des Verstorbenen) in der Leiche den „Rückstand der Persönlichkeit“<sup>3</sup> an. Der Leichenfrevel ist daher auch Pietätsverletzung, nicht etwa Sachbeschädigung oder Diebstahl oder Unterschlagung, wenn auch zur Verwirklichung des inneren Tatbestandes des § 168 StGB. bzw. des § 183 des Strafrechtsentwurfs 1927 die Absicht einer Pietätsverletzung nicht erfordert wird<sup>4</sup>. Auch der Entwurf weist in seiner Begründung auf den Charakter des Delikts als Schutznorm für die dem Verstorbenen gebührende Pietät hin, wenn er ausführt, daß es „Gemeingut unseres Volkes ist, die sterblichen Überreste eines Menschen als geheiligt und die Stätte, wo ein Mensch zur letzten Ruhe gebettet ist, als geweiht anzusehen“<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> RGZ. 100, 173.

<sup>2</sup> Mittelstein in Goldt. Arch. 34, 172.

<sup>3</sup> v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. S. 580 und Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Erbrecht, Marburg 1928, S. 3; Josef in Leipziger Z. 1929, 175.

<sup>4</sup> RGSt. 42, 145; Goldt. Arch. 39, 434 und Leipz. Z. 1914, 1025.

<sup>5</sup> Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches 1927, 92.

## II.

Von dieser Grundidee ausgehend behandelt das geltende Strafrecht an zwei verschiedenen Stellen Verletzungen der Pietät gegenüber dem verstorbenen Menschen. In § 168 bedroht es denjenigen mit Gefängnis bis zu 2 Jahren, der unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt, ingleichen wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt oder an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt, und in § 367, Ziffer I, denjenigen, der ohne Vorwissen der Behörde einen Leichnam beerdigt oder beiseiteschafft oder unbefugt einen Teil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt. Die hierfür angedrohte Strafe ist Geldstrafe bis zu 150 Mark oder Haft. Diese differenzierte, von *Kahl*<sup>1</sup> als „unnatürliche Trennung“ bezeichnete Behandlung der Pietätsverletzung, die ein im Prinzip gleiches Verhalten teils als „Vergehen“, teils als „Übertretung“ wertet und damit den grundsätzlichen Schutz der Totenruhe nicht unmerklich beeinflusst, hat der Entwurf 1927 aufgegeben; er scheidet zwar auch noch aus durchaus verständlichen, ja sogar notwendigen Gründen zwischen der Wegnahme einer Leiche und von Teilen einer Leiche, macht aber in der Beurteilung dieser Taten hinsichtlich ihrer deliktischen Schwere keinen Unterschied mehr. Für den Entwurf bildet vielmehr die Wegnahme der Leiche oder eines Teiles eine gleichzuwertende, als „Vergehen“ charakterisierte Straftat. Vom geltenden Rechte hebt sich der Entwurf auch dadurch noch in beachtenswerter Form ab, daß er den Strafraumen erweitert und Gefängnisstrafe bis zu 5 Jahren (§ 183, § 35, Abs. 2) vorsieht; auch läßt er der Asche des Verstorbenen einen dem geltenden Rechte fehlenden strafrechtlichen Schutz zuteil werden, indem er die Asche des Verstorbenen der Leiche gleichstellt<sup>2</sup>. Auch darin weicht der Entwurf vom geltenden Rechte ab, daß er Bestattungsfeiern selbst dann einen strafrechtlichen Schutz gewährt (§ 182), wenn sie keinen religiösen Charakter tragen, sich also nicht im Rahmen „gottesdienstlicher Verrichtungen“<sup>3</sup> im Sinne des § 167 StGB. vollziehen; der Entwurf begründet diese vorgesehene Regelung damit, daß „das Gefühl für die Majestät des Todes auch bei denen bestehe, die keiner Religionsgemeinschaft angehören und daß es Pflicht des Staates sei, eine Bestattung auch dann gegen Störungen von außen zu schützen, wenn sie sich nicht in kirchlichen Formen vollzieht“<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Kahl*, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts 3, 102 Berlin (1906).

<sup>2</sup> *Binding*, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. S. 185 bezeichnet das Fehlen einer gesetzlichen Regelung im geltenden Recht als „schweres Unrecht“.

<sup>3</sup> RGSt. 34, 264; Goltd. Arch. 39, 210; Rspr. 4, 847.

<sup>4</sup> Begründung S. 92.

## III.

Übereinstimmend stellen geltendes Recht und Entwurf durch besonders geregelte Normen die Wegnahme einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person unter Strafe. Es geht also auch der Entwurf entgegen der von *Oertmann*<sup>1</sup> vertretenen Auffassung von der Annahme aus, daß die Leiche nicht „Sache“ ist, also auch nicht zum Nachlasse des Verstorbenen gehört und damit auch nicht im Eigentum der Erben steht; denn bei solcher Auffassung hätte sich die Norm des § 183 des Entwurfs — bis auf die noch zu machende Einschränkung — erübrigt, da die Diebstahlsvorschrift des § 328 des Entwurfs gegen die Wegnahme der Leiche einen genügenden Schutz verbürgen würde. Die Subsumierung der Leichnamswegnahme unter die Diebstahlsnorm würde allerdings in solchen Fällen, in denen der Aneignungswille des Täters an der Leiche fehlt, unmöglich sein; denn die bloße Wegnahme ohne Aneignungswillen würde die Diebstahlsnorm nicht verwirklichen können; es würde also die Tat straflos bleiben. Um schon solche Möglichkeit auszuräumen, um aber auch in der Leiche den Persönlichkeitsrest des Menschen als früheren Rechtsträgers zu achten, haben das geltende Recht wie der Entwurf die Wegnahme der Leiche als selbstständigen Straftatbestand normiert; sie haben damit auch der sittlichen Anschauung des Volkes Rechnung getragen, die auch in der entseelten Hülle des Menschen das frühere Rechtssubjekt und nicht ein Rechtsobjekt sieht. Der Standpunkt des Gesetzes, für das die Leiche nicht Objekt des Eigentumsrechts eines Dritten, sondern Pietätsgegenstand<sup>2</sup> ist, findet schließlich auch darin äußerlichen Ausdruck, daß der Leichenfrevel nicht in der Materie der Eigentums-, vielmehr der Religionsdelikte Regelung gefunden hat und auch im Entwurf eine entsprechende systematische Behandlung erfahren soll.

## IV.

Voraussetzung zur Anwendung des § 168 StGB. wie des § 183 des Entwurfs ist also die Wegnahme, d. h. die Entziehung der Leiche „unter Bruch des Obhuts-, des Aufsichts- und Bewachungsverhältnisses“<sup>3</sup> aus dem Gewahrsam des Berechtigten, wobei tatbestandlich die Absicht rechtswidriger Zueignung ebensowenig erfordert wird, wie die gleichzeitige Begründung eigenen Gewahrsams. Eine Wegnahme aus der Obhut des Berechtigten ist selbstverständlich dann nicht strafbar, wenn sie aus staatlichen Gründen z. B. zum Zwecke der Obduktion im Straf-

<sup>1</sup> Kommentar zum BGB. I, 260 und Leipz. Z. 1925, 513ff; a. A. *Blume*, Arch. f. d. zivil. Praxis 112, 366ff.

<sup>2</sup> So auch *Frank*, Das StGB. für das Deutsche Reich, 17. Aufl. Note 1 zu § 168.

<sup>3</sup> So auch *Schwartz*, Das StGB. für das Deutsche Reich, Berlin 1914, Note 2b, S. 398.

verfahren oder bei Nichtvornahme der Beerdigung<sup>1</sup> aus sanitären Ursachen heraus erfolgt. Wer gewahrsamsberechtigt, also Träger des Bewahrungsrechts ist, bestimmt das Gesetz nicht. Man wird zwischen den Berechtigten vor und nach der Beerdigung zu unterscheiden haben<sup>2</sup>. Wer dann im Einzelfalle wieder der Berechtigte ist, kann nur die konkrete Sachlage ergeben. *Crusen*<sup>3</sup> räumt für die Zeit vom Eintritt des Todes bis zur Beisetzung den Gewahrsam an der Leiche demjenigen zu, der juristisch oder moralisch verpflichtet ist, für die Beerdigung Sorge zu tragen, vorausgesetzt, daß derselbe in der Lage ist, den Gewahrsam auch tatsächlich auszuüben. Diese Auffassung erscheint wenig befriedigend; sie löst auch zahllose Rechtsbedenken aus. Zunächst ist dem Gesetz eine Beerdigungspflicht als Rechtspflicht unbekannt. Wenn auch das Gesetz davon ausgeht, daß die Angehörigen des Verstorbenen dessen Leiche beerdigen werden, so regelt es doch nur die Kostentragungspflicht hinsichtlich der Beerdigung (§§ 1968, 1615, Abs. 2, 844 BGB.). Sodann ist der Kreis der juristisch oder moralisch Beerdigungspflichtigen nicht umgrenzt. Es entspricht daher der von *Kahl*<sup>4</sup> vertretene Standpunkt mehr der Sachlage, wenn man als Gewahrsamsberechtigten diejenige Person ansieht, „von deren Ortsbereich aus die Beerdigung zu erfolgen hat, mögen ihr die Beerdigungskosten obliegen oder nicht“. Diese Ansicht berührt die Pietätsgefühle der Hinterbliebenen keineswegs, zumal die Hinterbliebenen in der Regel sich als Gewahrsamsberechtigte im skizzierten Sinne erweisen werden; andererseits ermöglicht aber der Kahlsche Standpunkt, eine Gewahrsamsberechtigung auch bei solchen Personen anzunehmen, die nur vorübergehend z. B. beim Leichentransport oder bei der Aufbewahrung der Leiche die tatsächliche Obhut über die Leiche ausüben, sofern sie zu solcher Obhut berechtigt sind<sup>5</sup>. Im einzelnen können als Berechtigte<sup>6</sup> in Frage kommen: Die Hinterbliebenen, sofern die Leiche in ihrem Hause aufgebahrt ist, evtl. die Erben, die ja mit den Hinterbliebenen nicht identisch zu sein brauchen, bei gleicher Voraussetzung, evtl. die Verwaltung des die Leiche beherbergenden Hospitals evtl. die Friedhofsverwaltung, auch gegebenenfalls die Polizei, sofern die Leiche ihrer Obhut untersteht. Nach erfolgter Bestattung sind Gewahrsamsinhaber nicht etwa die Erben oder die Hinterbliebenen, selbst dann nicht, wenn sie eine Grabstätte gekauft

<sup>1</sup> Bei verweigerter Beerdigung erfolgt diese zwangsweise durch den Staat, ohne daß dieser gegen den Renitenten Strafmittel anwenden kann.

<sup>2</sup> *Rotering*, Goldt. Arch. **35**, 355 und *Oppenheimer*, Leipz. Z. **1928**, 1534ff.

<sup>3</sup> *Crusen*, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, **1890**, 42, Berlin.

<sup>4</sup> aa. O. S. 67.

<sup>5</sup> RG. in *Warneyer* **1912**, Nr 219; RG. Z. **108**, 219.

<sup>6</sup> *Staudinger*, Kommentar zum BGB. **1** zu § 90: „Die Träger des Bewahrungsrechts bestimmt in erster Linie das Wohnheitsrecht; sodann sind es die Erben.“

und an ihr Eigentumsrechte erworben haben<sup>1</sup>, sondern derjenige, der die Verfügung über den Friedhof hat, in welchem die Leiche beerdigt ist<sup>2</sup>, dem also der Friedhof mit seinem Grund und Boden gehört. Maßgeblich sind also privat-rechtliche Gesichtspunkte. *Frank*<sup>3</sup> dagegen stellt den Gewahrsam an der beerdigten Leiche nicht auf das Eigentum am Begräbnisplatze, sondern auf öffentlich-rechtliche Momente ab, nämlich auf diejenige Person, die öffentlich-rechtlich zur Verwaltung der Grabstätte verpflichtet ist. In gleichem Sinne äußert sich auch *Kahl*<sup>4</sup>, der den Gewahrsam dem zuweist, dem die Verwaltung, d. h. die publizistische Pflege der Grabstätte zusteht, mag er Eigentümer sein oder nicht. Auch für *Wachenfeld*<sup>5</sup> ist die Friedhofsverwaltung Gewahrsamsinhaberin. Bei Leichen, die in einem Erbbegräbnisgewölbe ruhen, muß mit Rücksicht darauf, daß Unbefugten der Zutritt zur Begräbnisstätte verwehrt wird, ein Gewahrsam auch demjenigen zugesprochen werden, der über den Zutritt zu dem Gewölbe verfügt<sup>6</sup>. Jedoch besteht auch hier Gewahrsam der Friedhofsverwaltung. Auch dem Friedhofswärter wird man Gewahrsam, wenn auch nicht alleinigen, so doch Mitgewahrsam einräumen müssen, wie dies auch *Frank*<sup>7</sup>, *Kahl*<sup>7</sup> und *v. Liszt-Schmidt*<sup>7</sup> tun. Bei Wegnahme einer Leiche bricht also der Friedhofswärter den Gewahrsam des über die Begräbnisstätte Verfügungsberechtigten und ist daher aus § 168 StGB. bzw. § 183 des Entwurfs strafbar<sup>8</sup>. Gegebenenfalls kann bei einer bereits beerdigten Leiche, falls ihre Wegnahme zu einer Zerstörung oder Beschädigung des Grabes führt, auch wegen dieser Zerstörung Bestrafung aus § 168 StGB. bzw. §§ 326, 327, Abs. 1, Ziffer 2 des Entwurfs (gemeinschaftliche Sachbeschädigung) erfolgen.

Steht die Leiche in niemandes Gewahrsam, so bedeutet ihre Wegnahme ebenso wie ihre Wegnahme aus dem Gewahrsam eines Unberechtigten nach geltendem Rechte wie nach der Regelung des Entwurfs keinen Verstoß gegen § 168 bzw. § 183 des Entwurfs. Wohl kann gegebenenfalls durch solches Verhalten der Tatbestand des § 367, Ziffer 1 StGB. verwirklicht werden, sofern die Leiche „aus der Lage, in der sie sich befand, örtlich entfernt und der Besichtigung durch die zuständige Behörde dauernd oder vorübergehend entzogen“<sup>9</sup> wird. Jedoch findet

<sup>1</sup> a. A. *Binding* aa. O. S. 186.

<sup>2</sup> RG. in *Warneyer* 1912, Nr 219; RGSt. 28, S. 140; von *Olshausen*: Kommentar zum StGB. 11. Aufl., Berlin 1927, Note 4b zu § 168.

<sup>3</sup> a. a. O. Note 1 zu § 168.

<sup>4</sup> a. a. O. S. 67; gleiche Ansicht: von *Liszt-Schmidt* a. a. O.

<sup>5</sup> *Wachenfeld*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 479. München 1914.

<sup>6</sup> *Ebermayer*, Kommentar zum StGB. 1929, Note 3 zu § 168.

<sup>7</sup> a. a. O.

<sup>8</sup> a. A. *Wachenfeld*, der jedoch die Möglichkeit einer Mitobhut neben der Obhut der Friedhofsverwaltung nicht völlig ausräumt.

<sup>9</sup> RGSt. 28, 120.

diese Vorschrift, nicht wie § 168 StGB. in Pietätsrücksichten gegenüber dem Verstorbenen, sondern in rein polizeilichen Erwägungen ihre Ursache; es soll nämlich die Leiche einer Kontrolle durch die Behörde nicht entzogen werden. Hier wird man vom kommenden Strafrecht eine andere Regelung fordern müssen; denn der Sachlage wird durch die in der Idee dem § 367, Ziffer 1 StGB. nachgebildete Vorschrift des § 397 des Entwurfs (wer einer Vorschrift über die Vornahme von Bestattungen zuwiderhandelt, wird mit Geldstrafe bestraft), nicht genügend Rechnung getragen. Die Majestät des Todes und die Achtung vor dem Verstorbenen erfordern Schutz der Totenruhe auch für eine auf einsamer Landstraße gefundene oder am Meeres- oder Stromesstrand angeschwemmte Leiche. Auch ihr gegenüber müssen Störungen der Totenruhe als strafwürdig gebrandmarkt werden; denn auch solche Leichen mit gleichem Persönlichkeitsrest wie andere Leichen haben einen Anspruch auf wirksamen Totenschutz. *Oppenhoff-Delius*<sup>1</sup> und *Hälschner*<sup>2</sup> helfen sich dadurch, daß sie bei gefundenen Leichen einen Gewahrsam der Polizeibehörde annehmen, da diese befugt und verpflichtet sei, über die Leiche zu verfügen und ihr Gewahrsam nicht von der vorherigen Bemächtigung der Leiche abhängig sei. Diese Konstruktion ist jedoch mit Rücksicht auf das Erfordernis der tatsächlichen Obhut über die Leiche nicht bedenkenfrei. Auch wird im kommenden Strafrecht zu prüfen sein, ob nicht die Wegnahme einer Leiche aus dem Gewahrsam des Nichtberechtigten durch einen gleichfalls nicht Berechtigten als Pietätsverletzung zu normieren ist; denn es ist nicht ersichtlich, warum derjenige, der die Leiche dem „Leichendieb“ entwendet, nur aus polizeilichen Erwägungen heraus mit einer Übertretungsstrafe belegt werden soll. Überhaupt wird man erwägen müssen, eine Forderung, die bereits *Kahl*<sup>3</sup> aufgestellt und der sich *Höpler*<sup>4</sup> angeschlossen hat, ob nicht der Pietät vor der Leiche dadurch ein wirksamerer Schutz verbürgt wird, daß man generellhin die Wegnahme einer Leiche unter Strafe stellt und das ergänzende Merkmal „aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person“ fallen läßt; denn diese Modalität des objektiven Tatbestandes, die in anderen Rechten nur vereinzelt vorkommt, drängt das Objekt des Schutzes in den Hintergrund. Dies aber ist die Leiche, die in jedem Falle gegen Störungen gewahrt werden muß.

## V.

Zu welchem Zwecke und aus welchen Motiven die Wegnahme der Leiche erfolgt, ist für das geltende wie kommende Strafrecht bedeutungs-

<sup>1</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. Note 2 zu § 168.

<sup>2</sup> Das gemeine deutsche Strafrecht 2, 713.

<sup>3</sup> a. a. O. S. 62/102.

<sup>4</sup> Reformen des Strafrechts, von *Aschrott* und *Kohlrausch*, S. 270. Berlin und Leipzig 1926.

los; strafbar ist also nicht bloß derjenige, der aus verwerflichen Motiven heraus handelt, sondern auch der, der die Leiche zu wissenschaftlichen Zwecken wegnimmt. Die Außerachtlassung des Motivs in der Bewertung der Strafschwere der Tat wird von Höpler<sup>1</sup> nicht mit Unrecht gerügt; er fordert daher Berücksichtigung der Absicht des Täters, zumal der Entwurf an sonstigen Stellen, namentlich bei den Vorschriften über die Strafbemessung (§ 69), des öfteren den kriminalpsychologischen und kriminalpolitischen Gedanken des „Motivs“ zum Ausdruck bringt.

## VI.

Objekt des strafrechtlichen Schutzes ist die Leiche. Im Sinne des geltenden Rechts wie des Entwurfs bedeutet Leiche den toten menschlichen Körper, solange der Zusammenhang zwischen den Teilen des Körpers nicht völlig aufgehoben ist. Ist dieser aufgehoben, sei es durch den natürlichen Verwesungsprozeß oder durch eine diesem gleichzustellende Vernichtungsart, z. B. durch Verbrennung, so liegt eine Leiche im Sinne des Gesetzes nicht mehr vor. Wohl aber wird im Entwurf die Asche der Leiche in ihrer strafrechtlichen Bedeutung gleichgestellt<sup>2</sup>. Der Charakter als Leiche ist auch dann noch gewahrt, wenn die einzelnen Glieder fehlen, solange noch in der Leiche die menschliche Persönlichkeit, ihre Individualität, „die Einheit der menschlichen Gestalt“ erkennbar bleibt<sup>3</sup>. Jedoch wird ein Menschenkörper, dem Haupt und Glieder genommen sind (sogenannter Torso<sup>4</sup>), ebensowenig als Leiche angesprochen werden können; wie eine verweste Leiche oder ein Skelett. Werden jedoch dem Torso die Glieder wieder zugefügt, so stellen die äußerlich mit dem Torso wieder vereinigten Glieder eine Leiche dar<sup>5</sup>. Auch ist eine Mumie oder eine Spiritusleiche, bei der der Zusammenhang zwischen den Teilen des Körpers künstlich erhalten wird, eine Leiche im Sinne des Gesetzes<sup>6</sup>. Diese Eigenschaft besitzt auch der Körper des entwickelten totgeborenen Kindes, selbst wenn dieses eine Mißgestalt

<sup>1</sup> a. a. O. S. 270.

<sup>2</sup> Im Zivilrecht ist eine Gleichbewertung schon üblich: s. R.G. in Leipz. Z. 1925, 775.

<sup>3</sup> Kahl, aa. O. S. 63 und Frank a. a. O. Note 1 zu § 168; Ebermayer, Note 2 zu § 168.

<sup>4</sup> So auch Crusen a. a. O. S. 41; a. A. v. Olshausen aa. O. Note 3 zu § 168.

<sup>5</sup> Josef, Praktische Fragen des Totenrechts in Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 65, 304.

<sup>6</sup> Jedoch nur so lange, als solche Leichen als Gegenstand der Pietät erscheinen; so auch v. Olshausen a. a. O. Note 2d und Meyer-Altfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., S. 505, Note 30; a. A. Binding a. a. O. I, 185 und Schreuer, Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte in Bonner Festgabe für Bergbohm 1919, 275, der die Mumie, da sie nichts Persönliches und Menschliches an sich habe, einem „geschichtlichen Denkmale“ gleichstellt.

darstellt<sup>1</sup>. Dagegen ist dem unentwickelten Fetus trotz des ihm bereits zugewilligten Rechtsschutzes (§ 218 StGB.) der Charakter als Leiche abzusprechen<sup>2</sup>; auch ist er kein Leichenteil, da der Fetus eine einheitliche Substanz eines „werdenden selbständigen Rechtsgutes“<sup>3</sup> und nicht einen Teil einer solchen Substanz darstellt, auch der Leichenteil begriffsmäßig das frühere Vorhandensein einer Leiche voraussetzt. Wegnahme des Fetus aus dem Gewahrsam eines Dritten, ist daher nicht Leichenfrevl, sondern gegebenenfalls Diebstahl. Der Fetus ist zwar zunächst nach der Abstoßung aus dem Mutterleibe eine herrenlose Sache; denn er ist nicht ein Stück der Mutter, des mütterlichen Organismus, wenn er auch organisch mit der Mutter verbunden ist; wohl aber hat die Mutter auf den Fetus ein privilegiertes Aneignungsrecht, das aus der engen Verbindung zwischen Fetus und Mutter hergeleitet werden muß. Diese Konstruktion bedeutet keine Pietätsverletzung. Wenn auch der Fetus schon beschränkte Persönlichkeit besitzt, so ist er doch nicht Rechtsträger, auch nicht Mensch, wenn auch von menschlicher Gattung; er ist daher im Sinne der Rechtsordnung bei Abstoßung aus dem Mutterleibe nur Sache mit allen sich hieraus ergebenden Folgerungen. Der Fetus wird also Eigentum der Mutter dadurch, daß sie ihn in Eigenbesitz nimmt (§ 958, Abs. 1 BGB.). Der Fetus kann aber auch seinen Charakter als herrenlose Sache beibehalten, wenn die Mutter ihr Aneignungsrecht, etwa auch durch stillschweigenden Verzicht, nicht geltend macht. Dagegen ist der Torso ein Leichenteil.

Im übrigen sind Leichenteile dann gegeben, wenn sie in ihrer äußeren Beschaffenheit die menschliche Persönlichkeit nicht mehr erweisen, wenn also „die Einheit der menschlichen Gestalt für die sinnliche Anschauung natürlich oder künstlich aufgelöst ist“<sup>4</sup>. Daher sind Knochen und der aller Fleischteile entkleidete Schädel nicht mehr als Leichenteile anzusprechen<sup>5</sup>; denn sie weisen keinerlei Zusammenhang mehr mit der entseelten Hülle des Menschen auf. Ihre Wegnahme ist also, da die Knochen freier Aneignung unterliegen, kein Diebstahl; erfolgt aber die Wegnahme unter Zerstörung oder Beschädigung des Grabes, so kann hierdurch der Tatbestand des § 168 StGB. bzw. der §§ 326, 327, Abs. 1, Ziffer 2 des Entwurfs verwirklicht werden. Dagegen sind an Knochen, an denen Eigentumsrechte der Anatomie begründet worden sind, fremde bewegliche Sachen, an denen Diebstahl verübt werden kann. Werden solche Knochen in der Erde vergraben, so wird in solcher Maßnahme

<sup>1</sup> *Olshausen* a. a. O. Note 2b.

<sup>2</sup> *Oppenheimer*, a. a. O. S. 1536.

<sup>3</sup> RGSt. 61, 242ff.

<sup>4</sup> *Kahl*, a. a. O.

<sup>5</sup> v. *Liszt-Schmidt*, a. a. O. Note 14, S. 579 und *Josef* a. a. O. S. 314; auch *Wachensfeld* aa. O. S. 479; a. A. v. *Olshausen*, Note 2c.

meistenteils wohl eine Dereliktion liegen, die zur Herrenlosigkeit der Knochen nach Maßgabe des § 959 BGB. führt.

## VII.

Die Entwurfsregelung hat die eigentümliche Folge, daß der dem Toten gewährte Schutz gegenüber der beerdigten Leiche ein geringerer ist, als gegenüber seiner Asche; denn die Wegnahme der Leiche und der Leichenteile ist, sofern sie nicht gleichzeitig unter Verübung beschimpfenden Unfugs an der Beisetzungsstätte oder unter Beschädigung oder Zerstörung des Grabes erfolgt, nur so lange strafbar, als die Einheit der menschlichen Gestalt erkennbar bleibt, während die strafbare Wegnahme der Asche, die in der Regel in einer Urne aufbewahrt wird, bis zum Wegfall der Asche möglich bleibt, wiewohl bei der Asche von der Individualität menschlicher Persönlichkeit nicht gesprochen werden kann.

## VIII.

Die Ausgrabung der Leiche (Exhumierung) kann strafbare Wegnahme darstellen, wenn sie ohne Zustimmung des Gewahrsamsberechtigten erfolgt. Ob diese Zustimmung erteilt werden muß, ist eine Frage des Einzelfalles. Grundsätzlich wird man als dem allgemeinen sittlichen Empfinden entsprechend davon ausgehen müssen, daß die Ruhe des Toten möglichst ungestört bleiben muß und daß nur besondere Gründe die Umbettung der Leiche rechtfertigen können. Sind diese allerdings gegeben, so wird der Gewahrsamsberechtigte, in der Regel der Eigentümer des Friedhofs, die Umbettung nicht verweigern dürfen, sofern auch die hierfür vorgeschriebenen polizeilichen Vorschriften, namentlich solche sanitärer Art beachtet sind. Bei unbefugter Exhumierung wird möglicherweise auch der Tatbestand der Grabbeschädigung oder Zerstörung (§ 168, § 327, Abs. 1, Ziffer 2 Entwurf) gegeben sein; solche Annahme scheitert nicht daran, daß es dem Täter an einer Verletzungsabsicht fehlt; denn für den inneren Tatbestand wird solche Verletzungsabsicht ebensowenig erfordert wie ein besonderer auf Pietätsverletzung gerichteter Vorsatz; es genügt vielmehr zur Verwirklichung des Vorsatzes, daß der Täter von dem Bewußtsein getragen ist, daß es sich um ein Grab handelt, daß dieses beschädigt oder zerstört wird und daß eine Befugnis hierzu nicht besteht<sup>2</sup>. Die Exhumierung der Leiche durch den Gewahrsamsberechtigten bleibt straflos, selbst wenn er den vorskizzierten Vorsatz hatte; denn er handelt dann im Sinne des § 168 StGB. nicht unbefugt; jedoch kann ihm gegenüber der Tatbestand des beschimpfenden Unfugs gegeben sein; denn der Tatbestand dieser Ge-

<sup>1</sup> RGZ. 108, 217/220; OLG. München in Seufferts Archiv 56, 209; OLG. Hamburg in Rechtsprechung der OLG. 16, 262; RGZ. 71, 20.

<sup>2</sup> RGSt. 42, 146; in Goltd. Arch. 39, 434 und in Leipz. Z. 1914, 1025.

setzesbestimmung verlangt nur, daß in Verbindung mit dem Grabe in räumlicher Beziehung zu ihm eine grob ungehörige, gesinnungsrohe gegen die verstorbene Person gerichtete Handlung vorgenommen wird, die dieser Verachtung bezeigen soll. Eine solche Handlung kann aber auch der am Grabe vornehmen, der über dasselbe rechtlich zu verfügen in der Lage ist.

## IX.

Der menschliche tote Körper verliert den Charakter als Leiche und damit den Rest seiner Persönlichkeit, und zwar selbst dann, wenn der Zusammenhang zwischen den Teilen des Körpers noch vorliegt und wird zur „Sache“, sobald er in erlaubter Form Gegenstand des Verkehrs geworden ist, also nicht mehr als Rückstand der Persönlichkeit gewertet werden kann. Der Leiche jedwede Verkehrsfähigkeit abzusprechen, wie dies *Wappäus*<sup>1</sup> tut, dürfte zu weit gehen. Vielmehr wird man sagen müssen, daß eine Verkehrsfähigkeit mit dem Augenblicke begründet wird, wo eine Leiche ihrer Bestimmung, bestattet zu werden, entzogen wird. Die Begründung der Verkehrsfähigkeit kann dabei in verschiedenen Anlässen ihre Ursache haben und auf staatliche Maßnahmen oder Verfügungen des Verstorbenen zurückzuführen sein. Mit dem Augenblicke der Verkehrsfähigkeit der Leiche wird die Leiche ihrer Zweckbestimmung entrückt; sie ist also nicht mehr Leichnam, damit auch nicht mehr Gegenstand der Pietät<sup>2</sup>; ihre individuelle Persönlichkeitsbeziehung ist vernichtet<sup>3</sup>.

Die durch die Inverkehrbringung der Leiche geschaffene Sacheigenschaft führt auch zur Begründung von Eigentumsverhältnissen an der Leiche. Dieses Eigentum wird, wie *Binding* ausführt<sup>4</sup>, durch rechtlich unanfechtbare Besitzergreifung erworben und ist taugliches Objekt für Unterschlagung, Diebstahl und Raub. Dieses Eigentum ist jedoch beschränkter Natur; es darf daher auch die Leiche nur zu dem Zwecke Verwendung finden, dem ihre Inverkehrbringung diene; die Leiche ist nicht etwa nunmehr Objekt des Privatrechtes und jeder freien Verfügung überlassen; sie ist also nicht „res in commercio“<sup>5</sup>.

Eine Sacheigenschaft ist nur bei denjenigen Leichen gegeben, die zu wissenschaftlichen Zwecken einem anatomischen oder pathologischen Institut zugeführt werden. Die Leiche wird dann mit dem Augenblicke der Ablieferung Bestandteil der dem Institut gehörenden Ver-

<sup>1</sup> *Wappäus*, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, 1867, 48.

<sup>2</sup> Die Meinung v. *Liszt-Schmidt* a. a. O. Note 16: *Schwartz* halte die Leiche nie für eine Sache, dürfte irrig sein: denn *Schwartz* (Note 4c a. a. O.) erkennt ausdrücklich Leichen an, die zu Gegenständen des Eigentums werden.

<sup>3</sup> a. A. *Schreuer* a. a. O. S. 276.

<sup>4</sup> *Binding* a. a. O. S. 185.

<sup>5</sup> *Binding*, Note 1, S. 185.

mögensmasse; sie wird Eigentum des Instituts und ist nunmehr eine fremde Sache; wird sie dann aus dem Gewahrsam des Instituts weggenommen, so verwirklicht der Täter nicht mehr den Tatbestand des § 168 StGB. bzw. des § 183 des Entwurfs, sondern bei rechtswidriger Zueignungsabsicht den Tatbestand des Diebstahls; denn § 168 StGB. bzw. § 183 des Entwurfs ist nur so lange begehungsmöglich, als ein religiöses oder Pietätsgefühl hinsichtlich der Leiche besteht<sup>1</sup>. Auch ist Idealkonkurrenz zwischen § 168 und § 242 StGB. ausgeschlossen<sup>2</sup>. Dagegen wird die aus kriminalistischen und gesundheitspolizeilichen Gründen zu obduzierende Leiche nicht zur Sache; sie bleibt vielmehr Gegenstand der Pietät; sie wird auch den Angehörigen nach erfolgter Obduktion wieder ausgehändigt; sie führt auch im Gegensatz zur Sezierung nicht zu einer Zerstückelung der Leiche, denn die Obduktion ändert an dem natürlichen Zustand nichts, da die Leiche in ihrer äußeren Form und in ihrem Zusammenhange unverändert bleibt<sup>3</sup>.

#### X.

Welche Leichen zu anatomischen Zwecken zu überweisen sind, ist gesetzlich ebensowenig festgelegt, wie auch die Frage der Zulässigkeit der Leichenöffnung (Obduktion) nur beschränkte gesetzliche Regelung gefunden hat. Eine Leichenöffnung sieht zunächst die Strafprozeßordnung vor, falls Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß jemand eines nicht natürlichen Todes gestorben ist und die Todesursache nicht einwandfrei feststeht (§ 85, 159 StPO.). Eine weitere gesetzmäßige Grundlage bieten § 7, Abs. 1 des Reichsgesetzes betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. VI. 1900 und § 6, Abs. 3 des preußischen Gesetzes betreffend die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 28. VIII. 1905, 23. VI. 1924 und 25. V. 1926. Es können nämlich aus gesundheitspolizeilichen Gründen der Leichenöffnung auch Leichen unterworfen werden, hinsichtlich deren als Todesursache der Verdacht der Cholera, des Gelbfiebers oder der Pest oder Rotz oder Typhusverdacht besteht, insoweit der beamtete Arzt die Leichenöffnung zur Feststellung der Krankheit für erforderlich hält. Dagegen gibt das Unfallversicherungsgesetz als solches kein ausdrückliches Obduktionsrecht; wohl aber wird durch ministerielle Verfügung<sup>4</sup> den Polizeibehörden eine solche Maßnahme ermöglicht. Hinsichtlich der zu anatomischen Zwecken zu sezierenden Leichen hat das Reichsrecht keinerlei Regelung getroffen. Auch ist in Preußen gesetzmäßig keine Bestimmung vorgesehen, die Leichen bestimmter Personenklassen

<sup>1</sup> *Wachenfeld* a. a. O. S. 479.

<sup>2</sup> So *v. Olshausen*, Note 37e zu § 242.

<sup>3</sup> Landgericht Bonn in *JW.* 1928, 2294.

<sup>4</sup> Verfügung der Minister des Inneren und für Handel und Gewerbe vom 3. X. 1903 (*HMBL.* S. 338).

der Sezierung unterwirft. Preußen hat vielmehr nur auf verwaltungsrechtlichem Wege durch eine Reihe von Ministerialverfügungen<sup>1</sup>, die von dem Gedanken geleitet sind, im Interesse einer erfolgreichen Ärzteausbildung und der Förderung der Volksgesundheitspflege die anatomischen Institute mit Leichen ausreichend zu beliefern, eine Normierung getroffen. Diese Verfügungen bestimmen auch den Kreis der der Ablieferung unterworfenen Leichen. Alle diese Runderlasse wie auch die für die Gefangenenanstalten der Preußischen Justizverwaltung maßgebliche Dienst- und Vollzugsordnung vom 1. VIII. 1923 gehen, wenn auch nicht ausdrücklich, von dem mangelnden Eigentumsrecht der Erben oder der Hinterbliebenen an der Leiche des Verstorbenen aus; sie nehmen aber pietätsvolle Rücksicht auf die Wünsche der Angehörigen, bei deren Widerspruch gegen die Ablieferung der Leiche an die Anatomie und bei Übernahme der Beerdigung auf eigene Kosten die Leiche nicht sezirt werden darf. Die gleiche Auffassung läßt auch die Vorschrift des § 454, Abs. 5 StPO. erkennen, nach der der Leichnam des Hingerichteten seinen Angehörigen auf ihr Verlangen zur einfachen, ohne Feierlichkeiten vorzunehmenden Beerdigung zu verabfolgen ist. Auch wird in den erwähnten Runderlassen und in der Dienst- und Vollzugsordnung dem letzten Willen des Verstorbenen Beachtung geschenkt. Es sollen nämlich die Leichen von Strafgefangenen, denen während ihrer letzten Krankheit zur Beseitigung großer innerer Unruhe auf ausdrückliches und aus eigenem Antrieb gestelltes Begehren die Nichtablieferung zugesichert worden ist, nicht für anatomische Zwecke abgeliefert werden. Darum verpflichtet § 130 der Dienst- und Vollzugsordnung den Strafanstaltsvorsteher, bei Überweisung einer von den Angehörigen binnen der diesen gestellten Abholungsfrist von 24 Stunden nicht abgenommenen Leiche an die Ortspolizeibehörde dieser den Willen des Verstorbenen rechtzeitig mitzuteilen. Im übrigen kommen für eine Ablieferung die Leichen von Festungs- und Haftgefangenen nicht in Frage. Wohl solche von Bettlern und Landstreichern in Korrekptions-, Arbeits- und Landarmenhäusern. Auch sollen die Leichen von unbekannten Personen und solche in denjenigen Fällen, in denen sich niemand um die Bestattung der Leiche kümmert, also niemandes Pietät verletzt wird, abgeliefert werden. Bei den Strafgefangenen ist es unerheblich, ob sie zum ersten Male bestraft oder bereits rückfällig geworden sind. Jedoch sollen solche, hinsichtlich deren in Rücksicht auf ihre frühere Lebensstellung, ihre Familie oder andere besondere Umstände die Ablieferung nach dem gutachtlichen Ermessen der Behörde unzulässig erscheint, von der Ablieferung ausgeschlossen sein. Letztere Bestimmung, die

<sup>1</sup> Runderlaß des Ministers des Inneren vom 4. V. 1927 (MBL. i. V. S. 491), 14. I. 1926 (S. 59), 9. IV. und 10. XII. 1889 (S. 133 und 222) und 24. IX. 1919 (S. 434).

eine eigentümliche Unterscheidung zutage treten läßt und mit zweierlei Maß zu messen scheint, dürfte jedoch in ihrer praktischen Anwendbarkeit durch die Dienst- und Vollzugsordnung heute gegenstandslos geworden sein.

## XI.

Erfolgt eine Sezierung einer Leiche, ohne daß ihre Sezierung in gesetzlicher oder verwaltungsrechtlicher Norm ihre Grundlage findet, gegen den Willen der Hinterbliebenen<sup>1</sup> und gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen, so erfüllt solches Verhalten auf seiten des Sezierenden keinen strafbaren Tatbestand; denn weder findet sich im Strafgesetzbuch noch in den strafrechtlichen Nebengesetzen eine die Sektion einer Leiche ohne oder gegen den Willen des Berechtigten verbietende Norm. Erfolgt allerdings die Sezierung unter Bruch der Obhut des Gewahrsamsberechtigten, so ist ein Verstoß gegen § 168 StGB. bzw. § 183 des Entwurfs gegeben, aber nicht mit Rücksicht auf die Sektion, sondern auf den Gewahrsamsbruch. Aber auch ein Verstoß gegen § 168 StGB. bzw. § 183 des Entwurfs scheidet dann aus, wenn der Sezierende der Gewahrsamsberechtigte ist, wie dies z. B. beim Prosektor eines einem staatlichen Krankenhause angegliederten pathologischen Instituts der Fall ist<sup>2</sup>. Sogar die Wegnahme eines Stückes einer Leiche schließt, wie das OLG. *Hamburg*<sup>3</sup> ausgeführt hat, nach den Vorschriften des Strafrechts eine strafrechtliche Verfolgung aus; denn der Gewahrsam an der Leiche und damit an dem Leichenteil steht dem Prosektor als Leiter des Instituts zu. Auch hat eine strafrechtliche Sachbeschädigung außer Betracht zu bleiben; denn einmal ist die Leiche, die gegen den Willen der Hinterbliebenen und des Verstorbenen sezirt werden soll, keine Sache; sie würde solchen Charakter nur dann erlangen, wenn sie auf Grund des Willens des Verstorbenen durch die Hinterbliebenen zum Verkehrsgegenstand, zum Rechtsobjekt geworden wäre. Auch ist sie nicht fremd, da sie in niemandes Eigentum, namentlich nicht im Eigentum des Sezierenden steht § 303. StGB. setzt aber eine fremde Sache als Gegenstand des Rechtsschutzes voraus<sup>4</sup>. Erfolgt die Sezierung zwar unter Zustimmung der Hinterbliebenen, aber gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen, so verwirklicht die Sezierung gleichfalls nicht den Tatbestand der Sachbeschädigung, mag man nun die Verfügung über die Leiche für rechtswirksam oder wegen Sittenwidrigkeit für nichtig halten; denn im er-

<sup>1</sup> Zum Begriff der Hinterbliebenen: siehe *Josef* a. a. O. S. 304ff.

<sup>2</sup> *Oppenheimer*, Leipz. Z. **1928**, 1534/1536 nimmt selbst dann keinen Gewahrsamsbruch an, wenn der Patient in einem Krankenhause gestorben ist und der Arzt ihn unbefugt der Anatomie hat überweisen lassen.

<sup>3</sup> Goldt. Arch. **73**, 72.

<sup>4</sup> Siehe hierzu *Ebermayer* in Dtsch. med. Wschr. **1929**, 799.

steren Falle wäre zwar eine Sache gegeben, die der Sezierende beschädigen oder in ihrer Substanz zerstören würde; die Sache wäre aber keine fremde; denn sie wäre Eigentum des Instituts. Im letzteren Falle läge überhaupt keine Sache vor. Nach geltendem Recht bleibt daher die Sektion einer Leiche selbst gegen den Willen der Hinterbliebenen oder den zu Lebzeiten geäußerten Willen des Verstorbenen straffrei, sofern nicht mit der Handlung ein Gewahrsamsbruch gegeben ist. Auch im Blickfeld des Entwurfs ist die Rechtslage die gleiche. Allerdings schafft der Entwurf einen neuen Straftatbestand, wenn er in Erweiterung des geltenden Rechts nicht bloß die Verübung beschimpfenden Unfugs am Grabe, sondern auch an der Leiche unter Strafe stellt. Die Verwirklichung dieses Tatbestandes setzt aber die Feststellung voraus, daß das Verhalten des Täters eine „grob ungehörige, eine Rohheit der Gesinnung beweisende, gegen den Verstorbenen gerichtete, ihn mißachtende Handlung<sup>1</sup>“ darstellt. Eine solche Feststellung wird jedoch bei einer Leichensektion, die wissenschaftlicher Forschung dient und damit der Menschheit zum Nutzen gereichen will, nicht getroffen werden können. Zwar ist richtig, daß die allgemeine Volksanschauung dahingeht, daß die „Sektion einer Leiche schon ohne Zustimmung der Angehörigen als ein schwerer Rechtsbruch zu empfinden und daher von wenigen Ausnahmen abgesehen, abzulehnen ist“. Das Landgericht Bonn<sup>2</sup> erteilt sogar der bei den Deutschen Universitäten üblichen Gewohnheit, die in ihren klinischen Anstalten verstorbenen Patienten zu sezieren, falls die Sektion wissenschaftlich von Interesse ist und die Angehörigen binnen 24 Stunden nicht widersprechen, eine „scharfe Rüge“; aber auch das Gericht bezeichnet das Handeln der sezierenden Ärzte nicht als unsittlich. Auch wird man, strafrechtlich gesehen, einen beschimpfenden Unfug an der Leiche nicht etwa um deswillen annehmen können, weil die Ablieferung der Leiche unter Umständen einen beschimpfenden Unfug auf seiten des Abliefernden darstellt (s. unten); denn die Unanständigkeit des Verfügenden ist von der Handlungsweise des Sezierenden scharf zu trennen. Ob eine solche Trennung in der Betrachtungsweise der Gesamttat (Tat des Verfügenden und Sezierung durch den Arzt) auch für die zivilrechtliche Beurteilung des Vorganges möglich ist, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird bei einem Arzt, der durch die Sektion der Wissenschaft dienen will, der innere Tatbestand der Entwurfsvorschrift, die ebenso wie das geltende Recht das Bewußtsein des Täters voraussetzt, daß zu seiner Handlungsweise keine Befugnis besteht, schwerlich gegeben sein; auch wird sich der Arzt zu seiner Verteidigung auf die bestehende, durch Ministerialverfügungen geschaffene Übung mit Erfolg berufen können, selbst wenn

<sup>1</sup> RGSt. 39, 157; 42, 146; RGspr. 9, 399; RGSt. 42, 146; Recht 1914, 2787.

<sup>2</sup> JW. 1928, 2294.

der Brauch, wie das Landgericht Bonn ausführt, als Mißbrauch allgemein empfunden wird.

## XII.

Im Zusammenhang damit wirft sich die Frage auf, wie die zu Sektionszwecken dienende Ablieferung einer Leiche durch Dritte zu beurteilen ist. Die Beantwortung dieser Frage erheischt zunächst die Prüfung der Vorfrage, wer über die Leiche zu verfügen berechtigt ist. Die in öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten beruhenden Eingriffsrechte staatlicher Behörden scheiden hierbei aus. Hat der Verstorbene seinerseits kraft seines Persönlichkeitsrechtes am eigenen Körper die Ablieferung und Sezierung seiner Leiche angeordnet, so wird diese Maßnahme zu beachten sein. Der sie Ausführende kann sich allerdings eines Verstoßes gegen § 168 StGB. bzw. § 183 des Entwurfs dann schuldig machen, wenn er nicht der Gewahrsamsberechtigte ist und die Ablieferung der Leiche unter Verletzung des Obhutsverhältnisses des Berechtigten vornimmt. Jedoch wird der Täter in solchen Fällen, namentlich dann, wenn er zum Kreise der Hinterbliebenen oder Erben des Verstorbenen gehört, sich vielfach über seine mangelnden Befugnisse zur Wegnahme der Leiche in einem beachtlichen Irrtum befinden (§ 59 StGB.).

Der Verstorbene kann die Verfügung über seine Leiche sowohl in Gestalt einer unter Lebenden abgeschlossenen bis zum Zeitpunkte des Todes befristeten Übergabeverpflichtung oder in Gestalt eines letztwillig geäußerten Willens treffen. In letzterem Falle ist unerheblich, ob der Wille in einer formgerechten letztwilligen Verfügung ausgedrückt ist oder nicht<sup>1</sup>. Auch kann der Erblasser durch Anordnung von Auflagen<sup>2</sup> Bestimmungen über seine Bestattung treffen oder die Ausführung der Bestattung einem Dritten übertragen, ohne daß dieser Testamentsvollstrecker zu sein braucht (§ 2203, BGB.).

In beiden Fällen wird die Anordnung des Erblassers zu beachten sein; denn der letzte Wille des Erblassers ist maßgebend, auch dann, wenn die Hinterbliebenen sich in ihren Empfindungen an den Anordnungen des Erblassers stoßen. *Josef* bemerkt hier zutreffend, daß auch hier die Pietät vor dem Willen des Toten die Erfüllung des Wunsches des Toten gebietet. Voraussetzung ist naturgemäß, daß der Wille des Verstorbenen nicht zu sittenwidrigen Maßnahmen führt. Dies wird man verneinen müssen, wenn der Verstorbene aus nicht unedlen, insbesondere nicht gewinnsüchtigen Motiven heraus die Verfügung über seine Leiche vorgenommen hat, namentlich wenn er durch Überlassung seiner Leiche

<sup>1</sup> RGZ. 100, 172; 108, 220; Warneyer Rechtsprechung 1912, Nr 219; 1925, Nr 203; RG. in JW. 1912, 540; Gruchots Beitr. 56, 1007; Seufferts Arch. 68, Nr 60; Recht 1912, Nr 1193.

<sup>2</sup> Warneyer, Kommentar zum BGB. 2 zu § 1937, S. 1007 und zu § 1968, S. 1038.

an die Anatomie der Menschheit zu dienen bezweckt. Man wird auch Verträge unter Lebenden über den Leichnam nicht schlechthin als unsittlich erklären können; entgeltliche Verträge werden allerdings den Makel der Unsittlichkeit begründen können<sup>1</sup>. Liegt solche Sittenwidrigkeit jedoch nicht vor, so ist der durch Verfügung über den Leichnam geäußerte Wille des Verstorbenen maßgebend. Man wird sogar in solchen Fällen auch der Anatomie einen klagbaren Anspruch auf Herausgabe der Leiche einräumen müssen.

Hat der Erblasser keine Verfügung über seinen Leichnam getroffen, so ist der Leichnam grundsätzlich der Bestattung zu überantworten. Der Leichnam unterliegt zunächst nicht der freien Verfügung der Erben; denn wenn schon der Erblasser mangels Sachqualität des menschlichen Körpers an diesem keine Eigentumsrechte hat, so kann auch kein Eigentum auf die Erben übergehen. Es kann also auch der Leichnam nicht zu einem Vermögensbestandteil der Erbmasse werden. Die Erben können daher auch nicht über die Leiche verfügen. Solcher Vertrag wäre auf eine unmögliche Leistung gerichtet; er würde auch zum mindesten bei entgeltlicher Veräußerung des Leichnams gegen die guten Sitten verstoßen. In keinem Falle würde also das Sektionszwecken dienende wissenschaftliche Institut Eigentumsrechte erwerben können.

Aber auch die Hinterbliebenen<sup>2</sup> haben an der Leiche keine Verfügungsbefugnisse. Zwar sind die Beziehungen der Hinterbliebenen zum Verstorbenen auf Grund der Familienzugehörigkeit engere, was auch die Rechtsordnung dadurch zum Ausdruck bringt, daß den nahen Verwandten gewisse Rechte, z. B. bei Verleumdung des Verstorbenen, bei Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Toten, bei Fortsetzung des Privatklageverfahrens eingeräumt sind; *Schick*<sup>3</sup> nimmt sogar ein eigenes Persönlichkeitsrecht der nächsten überlebenden Verwandten an, dessen Inhalt das gegen jedermann bestehende Interesse an der Unverletzlichkeit der Leiche bildet. Diese Rechte gehen jedoch nicht so weit, über die Leiche in anderer Form als in der Form der Bestattung zu verfügen. Auch hier werden Verträge über die Leiche der rechtlichen Wirksamkeit entbehren.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Seite solcher Handlungsweise wird folgendes zu sagen sein. Erfolgt die Überweisung von Leichen ohne oder gegen den Willen des Verstorbenen, so ist der Täter wenigstens nach geltendem Recht nicht strafbar. Ist er allerdings nicht Gewahrsamshaber und bricht er den Gewahrsam des Berechtigten durch Wegnahme der Leiche, so macht er sich gemäß § 168 StGB. strafbar. Das Strafbare liegt hier aber nicht in der Ablieferung, sondern in der Weg-

<sup>1</sup> *Dernburg* verneint die Unsittlichkeit eines onerosen Geschäfts.

<sup>2</sup> S. hierzu *Josef* in *Leipz. Z.* **1925**, 1259.

<sup>3</sup> *Schick*, *Das Recht auf Leib und Leben* S. 88, Greifswald 1916,.

nahme der Leiche. Zu einer weitergehenden Beurteilung wird der Entwurf zwingen, da er auch die Verübung beschimpfenden Unfugs an der Leiche unter Strafe stellt. Dieser Straftatbestand dürfte jedoch kaum gegeben sein, selbst dann nicht, wenn die Ablieferung gegen den Willen des Verstorbenen, jedoch unentgeltlich erfolgt. Solches Verhalten mag, wenn die Art der Bestattung durch Anordnung von Auflagen oder Setzen von Bedingungen bei Zuwendungen durch den Erblasser letztwillig verfügt war, erbrechtliche Folgen auslösen; man wird jedoch kaum sagen können, daß jede unentgeltliche Überlassung einer Leiche an ein anatomisches Institut eine „grob ungehörige, eine Rohheit der Gesinnung beweisende, gegen den Verstorbenen gerichtete, ihn mißachtende Handlung“ darstellt. Im Einzelfalle wird gegebenenfalls eine andere Beurteilung möglich sein, die dann aber ausscheidet, wenn der Täter aus wissenschaftlichem Interesse zum Besten der Menschheit die Leiche zur Verfügung stellt und ihm jede Verachtung gegen den Verstorbenen fernliegt. Bei anderer Beurteilung würde die Menschheitsentwicklung nicht unwesentlich beeinträchtigt; denn es würden manche Leichen der wissenschaftlichen Behandlung entzogen werden.

Ganz anders ist die Rechtslage bei einer entgeltlichen Überlassung der Leiche, falls sie gegen den Willen des Verstorbenen erfolgt. Hier wird das Verhalten den Tatbestand des § 183 des Entwurfs verwirklichen. Zu dieser Auffassung zwingt die Tatsache, daß der Täter das noch in der Leiche fortwirkende Recht der Persönlichkeit in einem mit dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig denkenden Menschen nicht in Einklang zu bringendem Maße persönlicher Vorteile willen verletzt. Die Sittenwidrigkeit solcher gegen den Verstorbenen gerichteten Handlung, die auch die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Veräußerungsvertrages begründet (138 BGB.), kann nicht etwa dadurch ausgeräumt werden, daß die Sezierung wissenschaftlichen Zielen dient. Fraglich ist jedoch die Rechtslage dann, wenn der Erblasser bei Lebzeiten ausdrücklich zu etwaigen künftigen Verfügungen über seine Leiche seine Zustimmung erteilt hat. Hier ist für die strafrechtliche Seite — die zivilrechtliche Beurteilung mag dahingestellt bleiben — diese Tatsache bedeutungsvoll. Man wird daher selbst bei Entgeltlichkeit des Veräußerungsgeschäftes wohl kaum eine den Verstorbenen mißachtende Handlung annehmen können, sofern auch der Verstorbene die Entgeltlichkeit der Verfügung ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt hat. Ob allerdings nicht die Handlungsweise der entgeltlichen Überlassung der Leiche zur Sektion durch einen wohlhabenden Mann anders zu bewerten ist, wie die gleiche Tat auf seiten des wirtschaftlich Schwachen ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> S. hierzu *Josef* aa. O. S. 312.

## XIII.

Bedeutungsvoll für das Rechtsleben ist auch die strafrechtliche Beurteilung des Rechtscharakters der bei einer Leiche befindlichen körperlichen Sachen. Man wird hier zwischen solchen Sachen, die künstlich eingefügt und mit dem Körper dergestalt verbunden sind, daß sie einen wesentlichen Bestandteil des Körpers bilden, und solchen Sachen unterscheiden müssen, die der Leiche lose mit ins Grab gegeben sind. Was erstere Sachen angeht, so teilen sie das Schicksal der Leiche; ist diese also nicht eine im Herrschaftsbereich eines Dritten stehende, mithin fremde Sache, so ist auch die Wegnahme künstlich eingefügter Bestandteile des Körpers (Goldplomben usw.) kein Diebstahl, sondern nach geltendem Rechte nur im Rahmen des § 367, Ziffer 1 StGB. strafbar, sofern man diese Gegenstände als Leichenteile anspricht und sofern sie aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person weggenommen werden. Solche Handlung wird in der Regel auch zu einer Beschädigung des Grabes führen und damit die Straffolgen aus § 168 StGB. auslösen. *Oertmann*<sup>1</sup> sieht in solcher Wegnahme infolge richtiger Durchführung seiner Auffassung Diebstahl. Im Sinne des Entwurfs verwirklicht solche Wegnahme den Tatbestand des § 183; die Handlung kann aber auch als beschimpfender, an der Leiche verübter Unfug bewertet werden.

Dagegen sind die dem menschlichen Körper lose eingefügten Gegenstände, wie künstliche Gebisse, Perücken und die der Leiche in den Sarg mitgegebenen Sachen verkehrsfähige fremde Gegenstände. Erstere Gegenstände dürften dem Nachlasse, also den Erben, letztere Sachen dem Geber als Eigentum zuzuweisen sein. Keinesfalls sind die Sachen herrenlos; denn weder die Erben noch die Geber verzichten durch die Mitgabe ins Grab auf ihre Rechte an diesen Sachen<sup>2</sup>, wenigstens nicht insoweit, als dritte Personen sich solche Sachen aneignen wollen. Aber auch der Berechtigte besitzt solches Aneignungsrecht nicht; denn durch die Hingabe der Sachen hat er für seine Person sich seiner Rechte entäußert; für ihn sind die Sachen insoweit fremd. Dieser Charakter der Fremdheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dann die Sachen für den Geber oder Erben in niemandes Eigentum stehen. Ihre Wegnahme ist Diebstahl oder Unterschlagung, je nachdem, ob ein tatsächliches Verhältnis dergestalt vorliegt, das die Möglichkeit jederzeitiger Einwirkung auf die Sache gibt oder nicht. Unbedenklich wird man einen Diebstahl bejahen müssen, wenn die Wegnahme im Sterbeause erfolgt. Aber auch bei der beerdigten Leiche wird meistens Gewahrsam der Kirchhofs-

<sup>1</sup> Vgl. Note 1 auf S. 365.

<sup>2</sup> So auch *Olshausen*, Note 9 zu § 242: Die Sachen stehen im Eigentum des Erbberechtigten oder der Friedhofsverwaltung; s. auch München OLG. **26**, 173 und *Oertmann*: Aneignung von Bestandteilen einer Leiche in Leipz. Z. **1925**, 511/516; a. A. *Roterling* in Goltd. Arch. **35**, 360; **38**, 294.

verwaltung begründet sein<sup>1</sup>. Vollzieht sich die Entwendung der Sachen zugleich mit der Wegnahme der Leiche, so ist Idealkonkurrenz zwischen § 168 und § 242 StGB. gegeben<sup>2</sup>. Die von *Schwartz*<sup>3</sup> vertretene Annahme der Realkonkurrenz erscheint unbegründet, es sei denn, daß die Entwendung der an der Leiche befindlichen Gegenstände der Wegnahme der Leiche vorausgeht. Die vorgenannten Gegenstände für derelinquiert zu erachten, wie dies *Rotering*<sup>4</sup> tut, dürfte mit der überwiegenden Volksmeinung nicht in Einklang zu bringen sein.

#### XIV.

§ 168 StGB. stellt schließlich noch denjenigen unter Strafe, der an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt. Wie die Wortfassung klar ergibt, muß der Unfug am Grabe verübt sein; es muß also „das Grab als solches das körperliche Angriffsobjekt der den beschimpfenden Unfug darstellenden Handlung bilden“<sup>5</sup>. Diese Regelung entspricht nicht der Pietätsauffassung des Volkes; denn es bleiben nach geltendem Recht alle diejenigen Handlungen straflos, die sich als beschimpfender Unfug an der Leiche darstellen. Hierhin gehören namentlich die nicht vereinzelt vorkommenden Schändungen von Leichen durch Unzuchtshandlungen und durch der Leiche zugefügte Beschädigungen und Zerstückelungen, da letztere wegen Fehlens der Sachqualität und der Fremdheit des Leichnams nicht nach § 303 StGB. geahndet werden können. Auch sind Beschimpfungen der Leiche straffrei; denn die Vorschrift des § 185 StGB. schützt nur den lebenden Menschen, da nach geltendem Rechte nur dieser Träger des Rechtsguts der Ehre ist<sup>6</sup>. Auch bestraft § 189 StGB. nur die Verleumdung Verstorbener. Der Strafrechtsentwurf geht einen anderen Weg. Er stellt im § 183 die Verübung beschimpfenden Unfugs nicht bloß an der Beisetzungsstätte, sondern auch an der Leiche, den Leichenteilen und der Asche des Verstorbenen unter Strafe. Damit füllt der Entwurf einen fühlbaren Mangel des geltenden Rechts aus und macht namentlich auch etwaige Schachergeschäfte des Gewahrsamsberechtigten zunichte. Er geht in Würdigung der dem Toten zu zollenden Ehrfurcht noch einen Schritt weiter und erkennt im § 322 die Beleidigung eines Verstorbenen als Straftatbestand an; er sieht also, um die Worte *Kohlers*<sup>7</sup> zu gebrauchen, ein „Residuum des Individualrechts des Verstorbenen, daß auf die Hinterbliebenen übergeht, für noch lebend an“. Der Entwurf überholt das geltende Recht auch noch darin, daß er den

<sup>1</sup> *Ebermayer* a. a. O. Note 5a zu § 242.

<sup>2</sup> S. auch *Ebermayer*, Note 3 zu § 168 und *Olshausen* Note 37e zu § 242.

<sup>3</sup> a. a. O. S. 398.

<sup>4</sup> Goltd. Arch. 47, 249.

<sup>5</sup> *Ebermayer*, Note 11 zu § 168, v. *Liszt-Schmidt*, a. a. O. S. 581; RGSt. 48, 299.

<sup>6</sup> RGSt. 13, 95 und *Olshausen* a. a. O. Note 1 zu § 189.

<sup>7</sup> Goltd. Arch. 41, 148ff.

Kreis der antragsberechtigten Hinterbliebenen erweitert; während nämlich bisher im Falle des § 189 StGB. nur die Eltern, die Kinder oder der Ehegatte des Verstorbenen antragsberechtigt sind, sollen nunmehr auch die Großeltern, Enkel und Geschwister zur Antragsstellung befugt sein. Allerdings steht letzteren sowie den Eltern des Verstorbenen das Antragsrecht nur dann zu, wenn der Verstorbene weder einen Ehegatten noch Kinder hat oder wenn diese vor Ablauf der Antragsfrist sterben. Diese Regelung des Entwurfs ist um so anerkennenswerter, als damit der Entwurf das Recht der historischen Kritik über einen Verstorbenen durchaus nicht ausräumt, vielmehr das Interesse der Öffentlichkeit an wahrheitsgemäßer Offenbarung mit dem Recht der Persönlichkeit auf Ehre auch nach ihrem Tode in gerechten Ausgleich bringt.

#### XV.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der Entwurf 1927 bis auf geringe Ausnahmen hin die Lücken des geltenden Rechts beseitigt und damit der Auffassung Rechnung trägt, die das Deutsche Volk in Treue und Liebe seinen Toten zollt.