



universität
wien

DISSERTATION

„Der Umgang mit der Leiche“

Mag. Elisabeth Mayer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iuris)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold

Vorwort

Die vorliegende Dissertation ist zu einem wesentlichen Teil während meiner Tätigkeit als Assistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien entstanden. Allen Personen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Insbesondere gilt dieser Dank Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold. Als Erstbetreuer dieser Dissertation hat er meine Arbeit durch die Korrektur mehrerer Konzepte und in zahlreichen Diskussionen durch präzise Kritik geformt und begleitet. Seine Betreuung war mir eine unerlässliche Hilfe bei der Erstellung dieser Arbeit.

Weiters möchte ich mich ganz herzlich bei Frau ao. Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf bedanken, die die Zweitbegutachtung der Dissertation bereitwillig übernommen und durch kritische Durchsicht zu dieser Arbeit beigetragen hat.

Ein großes Dankeschön richtet sich auch an meine Kollegen am Institut für die vielen fachlichen Gespräche und Ratschläge.

Nicht zuletzt möchte ich meinem Freund Dejan besonderen Dank aussprechen. Durch seine stete Diskussionsbereitschaft und die zahlreichen Aufmunterungen hat er mich wesentlich bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt.

Wien, März 2010

Elisabeth Mayer

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	I
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
I. EINLEITUNG	1
II. GRUNDLEGENDE AUSFÜHRUNGEN ZU § 190 StGB	3
A. Überblick.....	3
B. Deliktstypus.....	3
C. Rechtsgut	4
D. Tatsubjekt	6
E. Begehung durch Unterlassen.....	7
III. TATOBJEKTE	9
A. Der Leichnam	9
1. Toter Körper eines Menschen	9
2. Beginn des menschlichen Lebens.....	10
3. Die Totgeburt als Leiche.....	11
4. Mischung von menschlichem und tierischem Erbgut	13
5. Ende des menschlichen Lebens.....	14
6. Seit langer Zeit Verstorbene	16
B. Teile eines Leichnams.....	16
C. Asche eines Toten	18
D. Beisetzungsstätte	19
E. Aufbahrungsstätte	23
F. Totengedenkstätte	25
G. Schmuck	27
IV. TATHANDLUNGEN	31

A. „... einem Verfügungsberechtigten entzieht ...“	31
1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt	31
2. Verfügungsberechtigter	31
a. Allgemeines	31
b. Der Verstorbene	32
(1) Rechtsgrund	32
(2) Keine Formpflicht	33
(3) Beschränkung bei der Ausübung des Verfügungsrechts	34
c. Die Erben	36
d. Die nahen Angehörigen	36
(1) Rechtsgrund	36
(2) Personenkreis und Reihung	36
(3) Beschränkung bei der Ausübung des Verfügungsrechts	43
e. Die öffentliche Hand	44
f. Anatomisches Universitätsinstitut	44
g. Andere Institutionen	46
3. Beseitigung der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit	47
4. Zeitliche Komponente	49
5. Kein Erfordernis eines Gewahrsamsbruches	50
6. Verletzung der Pietät	52
7. Zustimmung	54
8. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe	55
B. „... aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte wegschafft ...“	55
1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt	55
2. Örtliche Veränderung	56
3. Verletzung der Pietät	57
4. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe	59
C. „... einen Leichnam misshandelt ...“	59

1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt	59
2. Jede Handlung, die eine Misshandlung am Lebenden wäre.....	60
3. Mindestanforderung.....	62
4. Verletzung der Pietät	63
5. Geringfügigkeitsgrenze.....	66
6. Kein Abstellen auf Verletzungserfolg.....	67
7. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe	67
D. „...einen Leichnam, die Asche eines Toten oder eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte verunehrt ...“	68
1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt	68
2. Bekundung der Missachtung in derber und deutlicher Weise	68
3. Kein physischer Bezug nötig	69
4. Verbale herabwürdigende Äußerungen.....	70
5. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe	71
E. „... Schmuck von einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte entfernt ...“	71
1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt	71
2. Hinaus- oder Wegbringen.....	71
3. Verletzung der Pietät	72
4. Zustimmung	72
5. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe	73
F. Konkurrenzen innerhalb des § 190 StGB	74
V. SUBJEKTIVER TATBESTAND	75
VI. RECHTSWIDRIGKEIT	77
A. Allgemeines zur Rechtfertigung.....	77
B. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe.....	77
1. Organtransplantation gem § 62a KAKuG	77
a. Allgemeines	77

b. Die Voraussetzungen des § 62a KAKuG.....	78
(1) Organe oder Organteile als Entnahmegegenstand.....	78
(2) Entnahme einzelner Organe oder Organteile.....	80
(3) Entnahme zu Zwecken der Transplantation.....	81
(4) Nichtvorliegen einer Widerspruchserklärung.....	84
(5) Keine die Pietät verletzende Verunstaltung.....	91
(6) Entnahmezeitpunkt.....	92
(7) Entnahmeort.....	94
(8) Gewinnverbot.....	96
(9) Verhältnis zu der Entnahme zur Anwendung beim Menschen.....	98
(10) Für die Rechtfertigung relevante Voraussetzungen.....	99
2. Gewinnung zur Verwendung beim Menschen gem § 4 Abs 5 GSG.....	101
a. Allgemeines.....	101
b. Voraussetzungen.....	102
(1) Entnahmezweck.....	102
(2) Entnahmegegenstand.....	104
(3) Sonstige Voraussetzungen des § 62a KAKuG.....	104
3. Obduktion.....	107
a. Allgemeines.....	107
b. Die gerichtliche Obduktion.....	107
c. Die sanitätspolizeiliche Obduktion.....	109
d. Die „klinische“ Obduktion.....	110
(1) Obduktionszweck.....	110
(2) Reichweite der Obduktionsbefugnis.....	111
(3) Obduktion gem § 25 Abs 2 KAKuG.....	114
(4) Obduktion gem § 40 Abs 1 lit b KAKuG.....	118
4. Übergabe an ein anatomisches Institut.....	119
5. Exhumierung.....	120

a. Rechtfertigung durch § 128 Abs 3 StPO	120
b. Rechtfertigung durch die Bewilligung zur Enterdigung nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen	121
6. Rechtfertigung durch das Denkmalschutzgesetz	123
7. Rechtfertigender Notstand.....	127
a. Voraussetzungen.....	127
b. Anwendung auf Fälle der Organtransplantation.....	128
8. Einwilligung.....	130
a. Problemaufriss.....	130
b. Disponibilität	130
c. Träger der individuellen Rechtsgutskomponente	132
d. Reichweite der Einwilligungsbefugnis des Verstorbenen.....	134
9. Mutmaßliche Einwilligung	136
VII. SONSTIGER STRAFRECHTLICHER SCHUTZ UND KONKURRENZEN	139
A. §§ 125, 127 und 135 StGB	139
1. Sache.....	139
2. Fremd.....	140
3. Wirtschaftlicher Wert.....	142
a. § 127 StGB	142
b. § 125 StGB	143
c. § 135 StGB	144
B. Konkurrenzen.....	144
VIII. BESTATTUNGSWESEN.....	147
A. Allgemeines.....	147
B. Der leichen- und bestattungsrechtliche Todesbegriff	147
C. Totenbeschau.....	148
D. Obduktion	152

E. Sonstige Eingriffe an Leichen	154
F. Konservierung.....	155
G. Aufbahrung.....	156
H. Bestattung	157
1. Bestattungspflicht.....	157
2. Bestattungsarten	159
3. Obsorge für die Bestattung.....	161
I. Bestattungsanlagen.....	163
J. Überführung	165
K. Strafbestimmungen	167
IX. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE ANHAND BESONDERER ANWENDUNGSFÄLLE	169
A. Entnahme zum Zweck der Transplantation.....	169
B. Obduktion	170
C. Eingriffe zu Zwecken der Forschung oder Lehre	173
D. Entnahmen zur Heilmittelherstellung	176
E. Entnahmen zur Herstellung von Kosmetika.....	179
F. Einsatz von Leichen bei Crash Tests.....	180
G. Leichen als Ausstellungsobjekte	182
H. „Erlanger Baby“	184
X. ABSCHLIEßENDE BEMERKUNGEN	187
LITERATURVERZEICHNIS	189
ANHANG.....	201
Abstract.....	201
Lebenslauf – Wissenschaftlicher Werdegang.....	203

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
aM	andere Meinung
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
BestattungsgG	Bestattungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHZ	„Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen“
BlgNR	Beilagen des Nationalrats
BT	Besonderer Teil
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	cirka
dh	das heißt
DMSG	Denkmalschutzgesetz
dStGB	Deutsches Strafgesetzbuch
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EEG	Elektroencephalogramm
EpidemieG	Epidemiegesetz
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt
f	folgende
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GP	Gesetzgebungsperiode
GSG	Gewebesicherheitsgesetz
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
HebG	Hebammengesetz
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JagdG	Jagdgesetz
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBf	Juristische Blätter
Jud	Judikatur
KAG	Krankenanstaltengesetz
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
KAO	Krankenanstaltenordnung
Lfg	Lieferung
LGBl	Landesgesetzblatt
lit	litera
LK	Leipziger Kommentar zum dStGB
maW	mit anderen Worten
max	maximal
mE	meines Erachtens
MK	Münchener Kommentar zum dStGB
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nachbem	Nachbemerungen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NK	Nomos Kommentar zum dStGB
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖBIG	Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
RdM	Recht der Medizin

RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RN	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randziffer
SbgK	Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog	sogenannter, -e, -es
SSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten“
StG	Strafgesetz 1945
StGB	Strafgesetzbuch
StPdG	Strafrechtliche Probleme der Gegenwart
StPO	Strafprozessordnung
ua	unter anderem
UrhG	Urheberrechtsgesetz
uU	unter Umständen
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem	Vorbemerkungen
WK-StGB	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
WK-StPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zit	zitiert
ZStW	(deutsche) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Einleitung

Der Umgang mit der Leiche ist stark durch rechtliche Vorschriften geprägt: Neben dem Zivil- und Verwaltungsrecht, aus dem sich zB einiges für die Frage nach der Verfügungsbefugnis über den Leichnam gewinnen lässt, gibt die strafrechtliche Vorschrift der Störung der Totenruhe gem § 190 StGB die Grenzen für das Verhalten gegenüber dem Leichnam vor.

Der Tatbestand der Störung der Totenruhe ist automatisch mit dem Gedanken an „Leichenfledderei“ und „Leichenschändung“ verbunden. Die Motive der Täter werden meist auf Aberglauben, Hass gegen den Verstorbenen oder übersteigerten Unfug zurückgeführt.

Die Entwicklung vor im Bereich der Medizin stellte das Delikt der Störung der Totenruhe in den letzten Jahrzehnten aber in ein ganz anderes Licht: Die medizinische Möglichkeit der Übertragung menschlicher Organe zB im Rahmen von Organtransplantationen und die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen in der medizinischen Forschung haben das Interesse am menschlichen Leichnam und damit an der Bestimmung des § 190 StGB in ganz anderem Zusammenhang als bisher geweckt. Darüber hinaus werden Leichen heutzutage auch für technische Studien wie zB Crash Tests¹ oder im Rahmen künstlerischer Ausstellungen wie etwa „Körperwelten“² und "Bodies"³ herangezogen. Diese neuartigen Verwendungsformen eröffnen freilich auch einen gänzlich neuen Kreis an potentiellen Tätern der Störung der Totenruhe: Ärzte, Wissenschaftler und Künstler rücken in den Fokus des Strafrechts.

Mit den genannten Einsatzformen des menschlichen Leichnams beschäftigt sich die vorliegende Arbeit. Dazu ist zunächst eine eingehende Betrachtung des Tatbestandes der Störung der Totenruhe erforderlich. Im Rahmen der Analyse der Tatobjekte wird beispielsweise geklärt, ob ein totgeborenes Kind, das im rechtlichen Sinne niemals gelebt hat, trotzdem als verstorben und damit als Leichnam anzusehen ist, und ob ein leeres Grab das Tatbestandsmerkmal der Beisetzungsstätte erfüllt. Das Kapitel über die Tathandlungen beschäftigt sich ua

¹ Vgl die sog „Schlittenversuche“ mit Leichen, die in den Jahren 1993 bis 2003 an der Technischen Universität Graz durchgeführt wurden: *Bernat Schlittenversuche* 352.

² Siehe <http://www.koerperwelten-deutschland.de/willkommen.html>

³ Siehe <http://www.bodiestheexhibition.com/bodies.html>

mit der Frage, ob ein Archäologe die Begehungsvariante des Wegschaffens erfüllt, wenn er eine Mumie aus dem Sarkophag nimmt, um sie in ein Museum überstellen zu lassen, und ob ein Arzt eine Leichenmisshandlung begeht, wenn er eine Obduktion vornimmt. Im Anschluss an die Abhandlung der Tatbestandselemente des § 190 StGB folgt eine Betrachtung der in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe: Wie viele Organe dürfen im Rahmen einer Organtransplantation entnommen werden, deckt der Rechtfertigungsgrund der sog klinischen Obduktion die industrielle Verwertung des menschlichen Leichnams, stellt der „Ötzi“ ein Denkmal dar, sodass Eingriffe an seinen Überresten auf das Denkmalschutzgesetz gestützt werden können, und darf der Verstorbene verfügen, dass sein Leichnam zur Herstellung von Kosmetikartikeln verwendet werden soll? Nach einer Betrachtung des sonstigen strafrechtlichen Schutzes von Leichen, die sich der Frage widmet, ob der menschliche Leichnam zB gestohlen werden kann, folgt eine eingehende Darstellung des Bestattungswesens. Erläutert wird ua, was die Leichen- und Bestattungsgesetze der Bundesländer bezüglich der Totenbeschau, der Konservierung, der Einsargung, Bestattung und Überführung von Leichen regeln. Den Abschluss der Arbeit bilden ein Übersichtskapitel über besondere Verwendungsformen des Leichnams, in dem die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst werden, sowie abschließende Bemerkungen zu §190 StGB.

II. Grundlegende Ausführungen zu § 190 StGB

A. Überblick

Im folgenden Kapitel werden einzelne grundlegende Aspekte zu § 190 StGB erörtert. So geht es zum einen um die Frage, welchen Kategorien der Deliktstypen § 190 StGB zugeordnet werden kann, was ua für die Versuchsstrafbarkeit und die Begehung durch Unterlassen Relevanz hat. Das geschützte Rechtsgut gibt Aufschluss über die von § 190 StGB verfolgte Teleologie, die für die Auslegung des Tatbestandes bedeutsam ist. Im Rahmen des Kapitels Tatsubjekt wird schließlich geklärt, ob § 190 StGB von jedermann begangen werden kann oder ob diesbezüglich Beschränkungen bestehen.

B. Deliktstypus

§ 190 StGB ist in all seinen Handlungsvarianten ein **schlichtes Tätigkeitsdelikt**.⁴ Bei den Tathandlungen Entziehen, Wegschaffen, Misshandeln, Verunehren und Entfernen erschöpft sich der Unrechtsgehalt bereits in der Vornahme der Tätigkeit. Ein Erfolgseintritt iS einer von der Handlung getrennten Veränderung in der Außenwelt ist nicht erforderlich. Im Bereich der Tathandlung Misshandeln müssen daher zB die körperlichen Einwirkungen auf den Leichnam nicht zu einer Verletzung führen.

Die Einordnung als schlichtes Tätigkeitsdelikt hat zur Konsequenz, dass zeitlich gesehen ein Versuch nur in Bezug auf eine ausführungsnahen Handlung möglich ist, denn mit Vornahme einer Ausführungshandlung tritt bereits Vollendungsstrafbarkeit ein. Im Fall einer gesetzten Ausführungshandlung ist lediglich ein untauglicher Versuch denkbar. Ein solcher liegt zB bei der Misshandlung eines vermeintlich toten, in Wirklichkeit aber noch lebenden Menschen vor. Ausge-

⁴ *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 3; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 4 und 31 (2. Lfg); *Wegscheider* BT³ 324.

hend von der Theorie der objektiven Untauglichkeit⁵ ist ein solcher Versuch absolut untauglich und damit straflos, da die Misshandlung an einem lebenden Menschen niemals die Störung der Totenruhe gem § 190 StGB herstellen kann.⁶

Da die Eignung der Handlung zur Herbeiführung einer Gefahr im Einzelfall nicht festgestellt werden muss, ist § 190 StGB ein **abstraktes Gefährdungsdelikt**.

Aufgrund der verschiedenen Handlungsvarianten stellt § 190 Abs 1 StGB ein Mischdelikt dar. Konkret liegt ein **kumulatives Mischdelikt** vor, da die einzelnen Tathandlungen Verhaltensweisen mit unterschiedlichem sozialen Sinngehalt beschreiben und daher nicht als rechtlich gleichwertig zu behandeln sind. Die Konsequenz besteht darin, dass das Gericht im Urteil genau angeben muss, welche Handlungsalternative erfüllt ist; eine Wahlfeststellung ist nicht zulässig. Allfällige Subsumtionsfehler können mit der Nichtigkeitsberufung angefochten werden.⁷

Sowohl § 190 Abs 1 als auch Abs 2 StGB ist nur **vorsätzlich** begehrbar.

C. Rechtsgut

Das von § 190 StGB geschützte Rechtsgut ist nach hA das Pietätgefühl, das den Toten und ihren letzten Ruhestätten entgegengebracht wird.⁸ Das Rechtsgut der Pietät beinhaltet sowohl eine individuelle als auch eine allgemeine Komponente.⁹ Zum einen geht es um den Anspruch eines jeden Menschen auf pietätvollen Umgang mit seinem Leichnam. Dieser **individuelle Anspruch** ergibt sich aus der „Achtung vor der über den Tod hinaus wirkenden Persönlichkeit eines Men-

⁵ *Fuchs* AT I⁷ 30/24 ff.

⁶ Anders, wenn man der Lehre vom begleitenden Beobachter folgt. Siehe dazu *Burgstaller* Versuch 122.

⁷ *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 9 RN 43; *Triffterer* AT² 58 Rz 73.

⁸ EBRV 30 BlgNR 18. GP, 328; *Bernat* Schlittenversuche 353; *Brandstetter* Aspekte 92; *ders* Grenzen 124; *ders* Leichnam 873; *Foregger* WK-StGB² Vorbem zu §§ 188-191 Rz 6; *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 1; *Heinz* Handel 120; *Hinterhofer* BT II⁴ § 188 Rz 2; *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8; *Kopetzki* Organgewinnung 265; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 2; *Platzgummer* Misshandlung 139; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 1 (2. Lfg); SSt 22/75; SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁹ *Bernat* Schlittenversuche 353; *Stellpflug* Schutz 124; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 1 (2. Lfg).

schen“¹⁰ und zeigt sich in dem Pietätgefühl, das die Angehörigen dem Verstorbenen entgegenbringen. Zum anderen weist die Pietät auch eine **allgemeine Komponente** auf, die in der Ehrfurcht der Menschen vor ihrer Vergänglichkeit und der Unausweichlichkeit des Todes zum Ausdruck kommt.¹¹ Die allgemeine Komponente führt dazu, dass auch der Leichnam einer Person, die verstirbt ohne Angehörige zu hinterlassen, Tatobjekt iSd § 190 StGB sein kann, und dass die Verwirklichung des Tatbestands durch die Angehörigen selbst in Frage kommt.¹² § 190 StGB schützt mit der Pietät sowohl ein Individual- als auch ein Universalrechtsgut.

Der Umstand, dass die Pietät ein nur schwer fassbares und äußerst heterogenes Rechtsgut ist, macht es nötig, sich die verschiedenen Ausprägungen dieses Rechtsguts vor Augen zu führen. Nur so kann die jeweilige Schutzrichtung der im Gesetz beschriebenen Tathandlungen bestimmt werden. Ohne Konkretisierung des Rechtsguts ist eine teleologische Interpretation der Bestimmung nicht möglich. Als einzelne Aspekte der Pietät können neben der Totenruhe schlechthin¹³ die körperliche Integrität¹⁴ und Würde des Verstorbenen angesehen werden. Ebenso ist das Anrecht der Angehörigen auf besondere Rücksichtnahme auf ihr Pietätgefühl gegenüber dem Verstorbenen Teil des Rechtsguts Pietät. Den Pietätgefühlen der Angehörigen wird durch die meist ihnen zustehende Verfügungsberechtigung über den Leichnam Rechnung getragen,¹⁵ die bei der Tathandlung des Entziehens iSd § 190 Abs 1 StGB eine Rolle spielt. Weiters sind die Integrität von Beisetzungs-, Aufbahrungs- und Totengedenkstätten als einzelne Facetten der Pietät von § 190 StGB geschützt.¹⁶ Jede Handlungsvariante des § 190 StGB schützt im Speziellen eine dieser Ausprägungen. Wird eine dieser Ausprägungen verletzt, so liegt insgesamt eine Beeinträchtigung der Pietät vor.

¹⁰ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung); *Triffiterer* SbgK § 190 Rz 1 (2. Lfg).

¹¹ *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8; *Triffiterer* SbgK § 190 Rz 1 (2. Lfg).

¹² So *Bernat* Schlittenversuche 353; *Hörnle* MK § 168 Rz 1 und *Tröndle/Fischer* StGB⁵⁴ § 168 Rdn 2 zu der in weiten Bereichen vergleichbaren deutschen Bestimmung.

¹³ *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8.

¹⁴ *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8.

¹⁵ Vgl *Brandstetter* Aspekte 92; *Brandstetter* Grenzen 124; *Brandstetter* Leichnam 873; *Kopetzki* Organgewinnung 265.

¹⁶ *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8.

Der Begriff der Pietät war ursprünglich religiös geprägt: Pietät bedeutete so viel wie frömmige Verehrung. Heute ist der Begriff losgelöst von jeglichen religiösen Gefühlen zu verstehen.¹⁷ Denn auch für den Ungläubigen oder für den, der nicht an ein Weiterleben nach dem Tod glaubt, gilt der strafrechtliche Schutz des § 190 StGB.¹⁸

D. Tatsubjekt

§ 190 Abs 1 und Abs 2 StGB kann von jedermann begangen werden. Dies ergibt sich aus der Gesetzesformulierung „Wer ...“. § 190 StGB ist daher ein **Allgemeindelikt**.

Allein in Bezug auf die Tathandlung „... einem Verfügungsberechtigten entzieht“ sieht das Gesetz eine Einschränkung vor, und zwar dergestalt, dass sich nach dieser Handlungsvariante lediglich ein Nicht-Verfügungsberechtigter strafbar machen kann. Derjenige, der die Verfügungsberechtigung über den Leichnam innehat, kann den Tatbestand in dieser Handlungsvariante nicht erfüllen. Zu beachten ist, dass die Eigenschaft, Angehöriger des Verstorbenen zu sein, nicht zugleich auch die Verfügungsberechtigung über die Leiche mit sich bringt. Wer verfügungsbefugt ist, richtet sich nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder.¹⁹ Es kommt daher auch ein Angehöriger als Täter der Störung der Totenruhe in der Begehungsform Entziehen in Frage, solange er nicht als Verfügungsberechtigter iSd § 190 Abs 1 StGB gilt.

Eine **Beteiligung** an § 190 StGB ist ohne weiteres möglich und richtet sich nach den allgemeinen Regeln des § 12 StGB. Danach ist nicht nur der unmittelbare Täter zu bestrafen, sondern auch jeder, der einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt oder in sonstiger Weise zu ihrer Ausführung beiträgt. Ein Angehöriger des Verstorbenen, der den Leichnam zB zur pharmazeutischen Verwertung weitergibt, haftet als Beitragstäter zur Tathandlung Misshandeln.

¹⁷ Kienapfel/Schmoller BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8; Triffterer SbgK (2. Lfg) § 190 Rz 1.

¹⁸ Foregger WK-StGB² Vorbem zu §§ 188-191 Rz 6.

¹⁹ Siehe dazu ausführlich unten Seite 36 ff.

E. Begehung durch Unterlassen

Die Einordnung des § 190 StGB in die Kategorie der schlichten Tätigkeitsdelikte hat zur Konsequenz, dass eine Begehung durch Unterlassung **nicht möglich** ist. Das ergibt sich eindeutig aus der Bestimmung des § 2 StGB: „Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines *Erfolges* mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterlässt, ihn abzuwenden ...“. Nach diesem Wortlaut können lediglich Erfolgsdelikte durch Unterlassen begangen werden.²⁰ Der Mörder, der sein Opfer einfach am Tatort liegen lässt und davon ausgeht, dass der Verfügungsbefugte dadurch keinen Zugriff auf den Leichnam hat, macht sich demnach nicht wegen Entziehens eines Leichnams durch Unterlassen strafbar, obwohl Garantenstellung kraft Ingerenz freilich gegeben wäre.

In Schrifttum und Jud wird vertreten, dass der Anwendungsausschluss des § 2 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte nur für die unmittelbare Täterschaft gilt.²¹ Eine **Beteiligung** an schlichten Tätigkeitsdelikten durch Unterlassen sei demnach **möglich**. Denn der unmittelbare Täter, der aktiv handelt, führt die volle Rechtsgutsbeeinträchtigung herbei, die als Einwirkung auf das Tatobjekt auch einen Erfolg iSd § 2 StGB darstellt.²² Diesen Erfolg hat der Garant abzuwenden, andernfalls er sich an dem Delikt durch Unterlassen beteiligt. So entschied der OGH in dem Fall einer Mutter, die es unterließ, sexuelle Handlungen an ihrer unmündigen Tochter zu verhindern. Sie hatte sich als Beitragstäterin durch Unterlassen zu § 206 Abs 1 StGB zu verantworten.²³

Umgelegt auf die hier zu behandelnde Gesetzesbestimmung ist folgendes Beispiel denkbar: Eine für die Totenwache bestellte Person – somit ein Garant – unternimmt nichts dagegen, dass ein Dritter den Leichnam aus dem Machtbereich des Verfügungsbefugten wegträgt. Der Totenwächter leistet damit einen

²⁰ *Fuchs* AT I⁷ 37/6; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 28 RN 19.

²¹ *Fuchs* AT I⁷ 37/6 und 37/91; *Hilf* WK-StGB² § 2 Rz 6; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 9 RN 14 und Z 28 RN 19; in Bezug auf Unternehmensdelikte *Lewis* Casebook⁶ 177.

²² *Fuchs* AT I⁷ 37/91; *Hilf* WK-StGB² § 2 Rz 162; *Jakobs* AT² 29/2; in Bezug auf Unternehmensdelikte *Lewis* Casebook⁶ 177.

²³ OGH 15.4.1997, 14 Os 11/97; ebenso OGH 5.5.1987, 10 Os 15/87; *Fuchs* AT I⁷ 37/91; *Hilf* WK-StGB² § 2 Rz 6.

Beitrag zum Entziehen der Leiche durch Unterlassen, er fördert die Tat des Dritten, indem er das Wegtragen nicht verhindert.²⁴

²⁴ AM *Triffterer* SbgK § 190 Rz 33 (2. Lfg), für den der Totenwächter den Unrechtsgehalt als unmittelbarer Täter verwirklicht.

III. Tatobjekte

Die Tatobjekte des § 190 Abs 1 StGB sind der Leichnam, Teile eines Leichnams und die Asche eines Toten, weiters Beisetzungs-, Aufbahrungs- und Totengedenkstätten. Das Schutzobjekt des Abs 2 ist Schmuck, der sich bei einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte befindet.

A. Der Leichnam

Der Leichnam kann Gegenstand aller in § 190 Abs 1 StGB angeführten Tathandlungen sein. Er kann somit dem Verfügungsberechtigten entzogen, aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte weggeschafft, misshandelt oder verunehrt werden.

1. Toter Körper eines Menschen

Unter dem Begriff „Leichnam“ werden die sterblichen Überreste eines Menschen verstanden.²⁵ Dies bedeutet, dass nur der tote **menschliche** Körper von § 190 StGB geschützt wird,²⁶ nicht aber der Kadaver eines Tieres.

Fraglich ist, wie es sich mit den Vorfahren der Menschheit verhält.²⁷ „Lucy“, deren 3,2 Millionen alte Knochen im Jahr 1974 in Äthiopien gefunden wurden und die der Spezies des Australopithecus angehört, ist als *Vormensch* kein toter menschlicher Körper und wohl eher dem Tierreich zuzuordnen.²⁸ Ab wann nun von einer menschlichen Lebensform gesprochen werden kann, muss wohl der Ur- bzw Frühgeschichte der Menschwerdung entnommen werden.

Von einem Leichnam kann nur dann gesprochen werden, wenn die sterblichen Überreste noch **als menschliche Gestalt erkennbar** sind.²⁹ Hat sich der Körper aufgrund des Verwesungsprozesses bereits zu einem Häufchen Erde

²⁵ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 3; *Triffterer* SbgK (2. Lfg) § 190 Rz 8.

²⁶ *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 5.

²⁷ Zu der Frage, ob bei einer Beeinträchtigung derart alter Gebeine überhaupt eine Pietätverletzung vorliegen kann, siehe unten Seite 16.

²⁸ Vgl zB http://www.orf.at/070808-15274/?href=http://www.orf.at/070808-15274/15275txt_story.html

²⁹ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 2; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6; *Stellpflug* Schutz 112.

zersetzt, liegt kein Leichnam iSd § 190 Abs 1 StGB vor. Die Wortlautgrenze ist überschritten.

Eine in Deutschland vertretene Meinung nimmt das Skelett aus dem Begriff des Leichnams aus, da diesem die Fleischhülle fehlt.³⁰ Dabei kommt es für die Erkennbarkeit als menschliche Gestalt nicht unbedingt auf körperliche Substanz iS von Weichteilen an.³¹ Auch in einem bloßen Knochengerüst kann eine menschliche Gestalt erblickt werden. Für die Reduzierung des Begriffes des Leichnams um Skelette gibt es keinen Anlass;³² im Gegenteil, diese Ansicht würde dem von § 190 StGB verfolgten Telos widersprechen.

Schwierig erscheint die **Abgrenzung** zwischen einem Leichnam und bloß Teilen einer Leiche. Die Unterscheidung ist von großer Bedeutung, da die Tat handlungen des Misshandelns und des Verunehrens bei Leichenteilen nicht tat bestandsmäßig sind. In der Literatur wird vertreten, dass es sich nur dann um eine Leiche iSd § 190 StGB handelt, wenn mehr als die Hälfte der Körperteile vorhanden ist.³³ Diese Ansicht ist sehr formalistisch und hängt von einer festge legten Gesamtanzahl an Körperteilen ab. Dies setzt wiederum eine Konkretisie rung des Begriffes „Körperteile“ voraus. Unklar bleibt, ob dieser Begriff bloß bei Teilen wie dem Kopf, Rumpf und den Extremitäten erfüllt ist, oder ob darunter auch viel kleinere Teile zu verstehen sind, wie etwa eine Zehe oder gar einzelne Hautzellen. Praktikabler ist es daher, auf das **Gesamterscheinungsbild** abzu stellen.³⁴ Danach muss der tote Körper keineswegs vollständig sein, um als menschliche *Gestalt* erkennbar zu sein. Fehlt beispielsweise lediglich der Kopf, so handelt es sich dennoch um eine Leiche und nicht bloß um Teile eines Leichnams.³⁵ Wird hingegen nur der Rumpf aufgefunden, so ist mE nicht vom Vorlie gen einer Gestalt auszugehen, sondern von einem Leichenteil.

2. Beginn des menschlichen Lebens

Damit von sterblichen Überresten eines Menschen gesprochen werden kann, muss ein Mensch im strafrechtlichen Sinn existiert haben. Der strafrechtliche

³⁰ Dippel LK¹¹ § 168 Rz 23.

³¹ SSt 14/53; Foregger WK-StGB² § 190 Rz 2.

³² Foregger WK-StGB² § 190 Rz 2; Triffterer SbgK § 190 Rz 9 (2. Lfg).

³³ Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 3.

³⁴ Triffterer SbgK § 190 Rz 9 (2. Lfg).

³⁵ So auch Triffterer SbgK § 190 Rz 9 (2. Lfg).

Begriff „Mensch“ ist ab Entstehung des Rechtsguts „menschliches *Leben*“ gegeben.³⁶ Dieses Rechtsgut entsteht mit dem Geburtsbeginn. Nach hA beginnt die Geburt und damit das Leben mit dem **Einsetzen der regelmäßigen Eröffnungswehen**.³⁷ Ab diesem Zeitpunkt handelt es sich nicht mehr um eine Leibesfrucht, sondern bereits um einen Menschen, sofern die Leibesfrucht nicht schon zuvor abgestorben ist. Nur dann liegt menschliches Leben vor, das in weiterer Folge auch sterben kann.

Lebendgeburten, die sodann verstorben sind, stellen daher jedenfalls Tatobjekte iSd § 190 Abs 1 StGB dar. Das gilt genauso für Frühgeburten, die lebend zur Welt gekommen sind.

Abgetriebene Leibesfrüchte fallen hingegen nicht unter den Schutz des § 190 Abs 1 StGB, da diese nach der strafrechtlichen Interpretation des Geburtsbegriffes niemals gelebt haben.³⁸

3. Die Totgeburt als Leiche

Bei Totgeburten ist die Frage der Leichenqualität umstritten. *Kopetzki* verfolgt die Ansicht, dass ein tot geborenes Kind mangels Lebendgeburt³⁹ nicht verstorben sein könne.⁴⁰ In Jud und strafrechtlichem Schrifttum wird die Leichenqualität bei ausgereiften Totgeburten hingegen vielfach bejaht und mit der Bestattungspflicht, die sich aus manchen Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder⁴¹ ergibt, begründet.⁴² Darüber hinaus lohnt sich auch ein Blick in die Rechtslage in

³⁶ *Moos* WK-StGB² Vorbem zu §§ 75-79 Rz 9.

³⁷ *Kienapfel/Schroll* StudB BT I Vorbem §§ 75 ff Rz 11; *Lewis* BT I² 5; *Moos* WK-StGB² Vorbem zu §§ 75-79 Rz 12. Bei einem Kaiserschnitt ist auf den Beginn des Eingriffs (Eröffnung der Bauchdecke) abzustellen, *Moos* WK-StGB² Vorbem zu §§ 75-79 Rz 12.

³⁸ *Kopetzki* Organgewinnung 131.

³⁹ Lebendgeburten sind gem § 8 Abs 1 Z 1 HebG Leibesfrüchte, bei denen nach dem vollständigen Austritt aus dem Mutterleib entweder die Atmung eingesetzt hat oder ein anderes Lebenszeichen wie Herzschlag, Pulsation der Nabelschnur oder deutliche Bewegung willkürlicher Muskeln erkennbar ist.

⁴⁰ *Kopetzki* Organgewinnung 131 mit Bezugnahme auf § 62a KAKuG. Ebenso *Kalchschmid* Organtransplantation 73.

⁴¹ Siehe § 14 Abs 1 ktn Bestattungsg; § 11 Abs 5 nÖ Bestattungsg; § 16 Abs 2 stmk Leichenbestattungsg; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁴² SSt 22/75; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 2; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 4 (ca ab dem 6. Schwangerschaftsmonat); *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6 (sofern zur Lebensfähigkeit entwickelt); *Stellpflug* Schutz 111 (sofern ausgereift); *Trifflerer* SbgK § 190 Rz 8 (2. Lfg) (sofern ausgereift).

Deutschland, wo die tote Leibesfrucht und Teile einer solchen explizit von § 168 dStGB als Angriffsgegenstände erfasst sind.

Zu einem differenzierten Ergebnis gelangt man, wenn man den strafrechtlichen Geburtsbegriff zugrunde legt. Für die Existenz eines Menschen kommt es darauf an, dass im Zeitpunkt des Einsetzens der Eröffnungswehen ein lebendes Wesen vorliegt. Bei Totgeburten ist demnach zu unterscheiden: Handelt es sich bei Beginn der Eröffnungswehen um ein lebendes Wesen, so liegt ein Mensch vor. Stirbt dieser Mensch im weiteren Geburtsverlauf, sodass schließlich eine Totgeburt entbunden wird, handelt es sich um einen toten Menschen und somit um einen Leichnam iSd § 190 Abs 1 StGB. War die Leibesfrucht beim Einsetzen der Eröffnungswehen aber bereits tot, so hat man es nie mit einem Menschen zu tun gehabt. Diese Totgeburt fällt daher nicht unter den Schutz des § 190 Abs 1 StGB.

Freilich hat die Meinung der Jud, die Leichenqualität bei ausgereiften Totgeburten generell zu bejahen, viel für sich. Denn zu einem kurz vor Beginn der Eröffnungswehen verstorbenen Kind stellt sich in aller Regel das gleiche Gefühl der Verbundenheit und Pietät ein wie bei einem Kind, das kurz nach Beginn der Eröffnungswehen verstirbt. Aus diesem Grund erscheint es sachgerecht, im Bereich der Totgeburten von dem sehr formalistischen Ansatz abzuweichen und diese – sofern sie nach ihrem Entwicklungsstand ausgereift sind⁴³ – generell als Tatobjekte der Störung der Totenruhe anzusehen. Gleiches sollte für Fehlgeburten (weniger als 500 Gramm) gelten, die sich gem § 8 Abs 1 Z 2 und 3 HebG von Totgeburten (mindestens 500 Gramm) lediglich durch das Gewicht bei der Geburt unterscheiden.

Fraglich ist aber, ob eine solche Sichtweise nicht in einem gewissen **Spannungsverhältnis zum Abtreibungsstrafrecht** steht.⁴⁴ Nach § 97 Abs 1 Z 1 StGB, der sog Fristenlösung, ist es zulässig, die Schwangerschaft in den ersten drei Monaten ab Schwangerschaftsbeginn abzuberechnen. Während also die Abtötung lebender Embryonen mit § 97 Abs 1 Z 1 StGB gestattet ist, ist zB die Miss-handlung tot geborener Leibesfrüchte durch § 190 Abs 1 StGB verboten. Daraus könnte man schließen, dass toten Leibesfrüchten ein höherer Stellenwert zu-

⁴³ Ca ab dem 6. Schwangerschaftsmonat, *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 4.

⁴⁴ So *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 4.

kommt als lebenden.⁴⁵ Doch der Schutz durch § 190 Abs 1 StGB gilt nicht für jeden toten Fötus,⁴⁶ sondern nur für tot *geborene* Föten. Abgesehen davon ergibt sich eine gewisse Entschärfung dieser Problematik daraus, dass auch diejenigen Literaturstimmen, die die Totgeburt unabhängig vom Versterben vor oder nach Beginn der Eröffnungswehen als Leichnam ansehen, auf die Lebensfähigkeit außerhalb des Mutterleibes bzw Ausgereiftheit des Fötus abstellen.⁴⁷ Diese kann ca ab dem 6. Schwangerschaftsmonat angenommen werden.⁴⁸ Erst ab diesem Zeitpunkt gilt eine Totgeburt als Leiche. Die dreimonatige Abtreibungserlaubnis betrifft somit nur solche Föten, die mangels Ausgereiftheit (ca ab dem 6. Schwangerschaftsmonat) gar nicht als Leichnam iSd § 190 Abs 1 StGB angesehen werden können. MaW setzt der Schutz des § 190 Abs 1 StGB (zB vor einer Misshandlung) erst bei jenen tot geborenen Leibesfrüchten ein, die aufgrund des Ablaufs der Dreimonatsfrist nicht mehr abgetrieben werden dürften. Es spricht daher auch aus dem Blickwinkel des Abtreibungsstrafrechts nichts dagegen, ausgereifte Totgeburten unabhängig davon, ob der Tod vor oder nach dem Beginn der Eröffnungswehen eingetreten ist, als Leichen iSd § 190 Abs 1 StGB zu betrachten.

4. Mischung von menschlichem und tierischem Erbgut

Ein ganz eigener Problembereich könnte sich durch die Mischung von menschlichem und tierischem Erbgut zur Forschung nach Therapien für Krankheiten ergeben. Diese Thematik erlangte im Jahr 2008 durch ein Forschungsvorhaben der Universität von Newcastle Aktualität. Derzeit handelt es sich bloß um sog Hybrid-Embryonen aus menschlichen Zellen und jenen von Kühen, die nicht implantiert werden sollen.⁴⁹ Es existiert also kein im strafrechtlichen Sinn lebendes Wesen, sodass sich die Frage nach der Einordnung dessen sterblicher Überreste in die Kategorien Mensch oder Tier noch nicht stellt. Bei der rasanten Weiterentwicklung der modernen Wissenschaft und deren Bedürfnissen könnte diese Frage in

⁴⁵ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 4.

⁴⁶ *Kopetzki* Organgewinnung 131.

⁴⁷ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 4 (ca ab dem 6. Schwangerschaftsmonat); *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6 (sofern zur Lebensfähigkeit entwickelt); *Stellpflug* Schutz 111 (sofern ausgereift); *Triffterer* SbgK § 190 Rz 8 (2. Lfg) (sofern ausgereift).

⁴⁸ *Dippel* LK¹¹ § 168 FN 188 (intrauterine Entwicklung von 27 Wochen); *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 4.

⁴⁹ <http://www.tagesschau.de/ausland/embryonenversuch2.html>

Hinblick auf § 190 Abs 1 StGB möglicherweise in einigen Jahren an Bedeutung gewinnen. Vorstellbar wäre zB, dass ein Embryo, der wie bei dem Experiment in Newcastle aus Erbteilen des Menschen und jenen von Kühen besteht, eingesetzt, ausgetragen wird und in weiterer Folge verstirbt. Fraglich ist dann, ob zB eine Misshandlung an diesem toten Lebewesen eine Leichenmisshandlung iSd § 190 Abs 1 StGB darstellt. Das hängt davon ab, ob es sich bei dem toten Körper um die Überreste eines Menschen handelt. Zur Beurteilung dessen muss wohl auf das **Überwiegen von menschlicher DNS** abgestellt werden, um den toten Körper eines solchen Lebewesens als menschlichen Leichnam zu qualifizieren. Freilich kann das zu Problemen im Bereich des Vorsatzes führen: Erkennt der Täter nicht, dass menschliche DNS überwiegt, weil der tote Körper zB vom äußeren Erscheinungsbild her dem eines Tieres gleicht, so hat der Täter keinen Vorsatz auf die Störung der Totenruhe eines verstorbenen Menschen. Der Täter unterliegt einem Tatbildirrtum, der zur Straflosigkeit führt.

5. Ende des menschlichen Lebens

Um das Ende des menschlichen Lebens feststellen zu können, bedarf es eines exakten Todesbegriffs. Bis zur Mitte des letzten Jahrhunderts stellte man auf den Herz-Kreislauf-Tod, also auf den Stillstand von Atmung und Kreislauf, ab.⁵⁰ Das verwundert nicht besonders, da doch das Bestehen oder Nichtbestehen von Atmung und Kreislauf mittels relativ einfach erkennbarer Zeichen wie Totenstarre oder Totenflecken festgestellt werden konnte.⁵¹ Außerdem löste der Atmungs- und Kreislaufstillstand zur damaligen Zeit einen Prozess aus, der das Absterben sämtlicher Organe und Zellen zur Folge hatte. Der Patient war mit dem Aussetzen von Atmung und Kreislauf in einem Stadium angelangt, das unweigerlich zum Tod führte.⁵²

Heute ist für die Anwendbarkeit des § 190 StGB nach hM der **Hirntod** maßgeblich.⁵³ Dieser bezeichnet den irreversiblen Funktionsausfall des gesam-

⁵⁰ *Kopetzki* Organgewinnung 36.

⁵¹ *Kalchschmid* Organtransplantation 113; *Kopetzki* Organgewinnung 176.

⁵² *Karl* Todesbegriff 15; *Kopetzki* Organgewinnung 37.

⁵³ *Burgstaller* Todeszeitpunkt 350; *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 3; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 6; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 2; *Kalchschmid* Organtransplantation 118; *Kalchschmid/Barta* Überlegungen 28; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 3; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ Vorbem §§ 75 ff Rz 11; *Körtner* Halbtot 79; *Kopetzki*

ten Gehirns.⁵⁴ Der Hirntod ist nur beim Verlust aller Hirnfunktionen gegeben; das Koma fällt beispielsweise nicht unter diesen Begriff, da es sich hierbei lediglich um einen geringergradigen Ausfall handelt.⁵⁵ Als nicht hirntot, sondern als lebende Menschen sind auch azephalide Kinder einzuordnen.⁵⁶ Dabei handelt es sich um Kinder, die ohne Gehirn geboren werden, aber spontan atmen.⁵⁷

Die Feststellung des Todes hat nach den anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse zu erfolgen.⁵⁸ Nach dem Gutachten des Obersten Sanitätsrats vom 26.6.1982, welches allerdings keinen rechtsverbindlichen Charakter besitzt, ist neben einer klinischen Diagnose auch eine erweiterte Diagnose anhand technischer Hilfsmittel durchzuführen.⁵⁹ So wird der irreversible Funktionsausfall des Gehirns mit einem Elektroencephalogramm (EEG) nachgewiesen.⁶⁰ Wenn während eines Zeitraumes von sechs Stunden (sog. „Schwebezeit“) keine cerebrale Aktivität auftritt, dann ist der Hirntod bestätigt.⁶¹

Ab dem Eintritt des Hirntodes ist der Mensch tot und sein Körper als Leiche iSd § 190 StGB zu betrachten, auch wenn sein Kreislauf und die Atmung mittels medizinisch-technischer Geräte noch aufrechterhalten werden können und er so einen lebenden, wenn auch schlafenden Eindruck hinterlässt. Nachdem die „Schwebezeit“ lediglich als Versicherung des Eintritts des Hirntodes dient, gilt der Betroffene im Nachhinein gesehen während dieser Zeit bereits als tot.⁶²

Organgewinnung 180; *Lewisch* BT I² 5; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 75 Rz 4; *Mayerhofer* StGB⁵ § 75 Anm 5; *O. Mayrhofer* Todesfeststellung 55; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 8 (2. Lfg); *Wegscheider* BT³ 324.

⁵⁴ Vgl nur *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Karl* Todesbegriff 20; *Kopetzki* Organgewinnung 38 und 184; *Stellpflug* Schutz 112.

⁵⁵ *Kalchschmid* Organtransplantation 116; *Kopetzki* Organgewinnung 185.

⁵⁶ *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 7.

⁵⁷ *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 7.

⁵⁸ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁵⁹ *Holzabek/Kopetzki* Rechtsgrundlagen 417.

⁶⁰ Bei Einhaltung ausreichend langer Sicherheitszeiträume ist der Eintritt des Hirntodes zweifelsfrei auch klinisch nachweisbar. Aus Gründen objektiver Dokumentation sollten jedoch apparative Zusatzuntersuchungen zum Einsatz kommen, *Steinbereithner* Ausfall der Hirnfunktion 51.

⁶¹ Zu den Methoden der Todesfeststellung siehe ausführlich *Kopetzki* Organgewinnung 185 ff und *Kalchschmid* Organtransplantation 122 ff.

⁶² *Burgstaller* Todeszeitpunkt 351.

6. Seit langer Zeit Verstorbene

Manche Autoren nehmen Verstorbene, die schon seit sehr langer Zeit tot sind, aus dem Schutzbereich des § 190 StGB aus. Körper, die zB in Hünengräbern ruhen, sollen ebenso wie Mumien oder tote Körper aus Gletschern nicht den Begriff des Leichnams erfüllen,⁶³ weil sich mit ihnen keine Pietätgefühle mehr verbinden.⁶⁴ Diese Sichtweise reduziert das geschützte Rechtsgut auf jene Gefühle der Verbundenheit, die dem Verstorbenen von seinen Hinterbliebenen entgegengebracht werden. § 190 Abs 1 StGB schützt aber gerade auch die Leichen solcher Personen, die sterben, ohne Angehörige zu hinterlassen.⁶⁵ Denn diesen Verstorbenen gilt immerhin noch das Pietätgefühl der Allgemeinheit.⁶⁶

Auch hier gilt freilich die Einschränkung, dass der tote Körper noch als menschliche Gestalt erkennbar sein muss. Darauf stellt auch der OGH in einer Entscheidung ab, die sich auf einen aufgelassenen und verwahrlosten Friedhof bezieht. Dieser ist unabhängig von seinem Erhaltungszustand ein Ort der Pietät und somit geschützt, solange er noch als Beisetzungsstätte menschlicher Leichen zu erkennen ist.⁶⁷ Demgemäß kommt es nicht auf das Alter an, sodass Körper aus Hünengräbern oder Mumien ebenso wie Leichen aus Gletschern, wie zB der im Jahre 1992 in den Ötztaler Alpen gefundene „Ötzi“, oder Moorleichen **unter den Leichenbegriff des § 190 StGB** fallen, sofern sie noch als menschliche Gestalt erkennbar sind.⁶⁸

B. Teile eines Leichnams

Teile eines Leichnams können Tatobjekt der Handlungsvarianten Entziehen und Wegschaffen sein. Eine Misshandlung oder Verunehrung an Leichenteilen ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut hingegen nicht möglich.

⁶³ Hörnle MK § 168 Rz 8.

⁶⁴ In Bezug auf historische Grabstätten: *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6 und *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 7.

⁶⁵ *Bernat Schlittenversuche* 353; *Hörnle MK* § 168 Rz 1; *Tröndle/Fischer StGB*⁵⁴ § 168 Rdn 2.

⁶⁶ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 3 (2. Lfg).

⁶⁷ *SSSt* 35/17, 58.

⁶⁸ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 3 (2. Lfg). In Bezug auf „Ötzi“ eindeutig bejahend: *Hinterhofer BT II*⁴ § 190 Rz 2; *Kienapfel/Schmoller BT III* §§ 190, 191 Rz 3.

Leichenteile sind die **natürlichen Teile eines toten menschlichen Körpers**.⁶⁹ Nicht erfasst sind daher etwa bei einer Operation oder einem Unfall abgetrennte Körperteile eines noch lebenden Menschen. Diese werden mit ihrer Lösung zu Sachen iSd § 285 ABGB, an denen der ursprüngliche Träger Eigentum erwirbt.⁷⁰

Für die Qualifikation als Leichenteil ist nicht die Größe oder das Gewicht des einzelnen Teils entscheidend. Ebenso wenig kommt es auf die Sichtbarkeit des Fehlens an, **auch „unbedeutende und an sich unauffällige“** Teile wie zB die erbsengroße Hypophyse können nach dem OGH Tatobjekt sein.⁷¹ Somit sind einzelne Organe, Haut, Haare, Nägel, Knochen und Knochenteile ebenso wie das Leichenblut grundsätzlich erfasst.⁷² Im Hinblick auf die Tathandlung Entziehen existiert aber eine Erheblichkeitsschwelle.⁷³

Weiters sind auch **künstliche Bestandteile**, wenn und solange sie **fest mit dem Körper verbunden** sind, nach dem Tod als Teile eines Leichnams anzusehen.⁷⁴ Diese Bestandteile verlieren durch ihre Einbeziehung in die Körperfunktion einer Person ihre Sacheigenschaft und werden so zu Teilen des Körpers. Eine feste Verbindung mit dem Körper liegt vor, wenn die fremden Einsätze nur durch einen medizinischen Eingriff entfernt werden können.⁷⁵ Demgemäß sind zB Goldzähne, nicht herausnehmbare Zahnbrücken und Herzschrittmacher als Teile des Leichnams anzusehen,⁷⁶ solange die feste Verbindung mit dem toten Körper besteht. Dem Körper bloß angefügte Behelfe, wie Bein- und Armprothesen oder ein abnehmbares Toupet, sind dagegen nicht erfasst.⁷⁷

⁶⁹ *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 3; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 11 (2. Lfg).

⁷⁰ *Kopetzki* Körpersubstanzen 609; *Krejci* Nabelschnur 69; *Ofner* Körpersubstanzen 186; *Spielbühler* in *Rummel*³ § 285 Rz 2.

⁷¹ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁷² *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 4; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 11 (2. Lfg).

⁷³ Siehe dazu unten Seite 52 ff.

⁷⁴ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 4; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 5; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6; *Stellpflug* Schutz 113; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 12 (2. Lfg).

⁷⁵ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 12 (2. Lfg).

⁷⁶ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 4; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 5; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6; *Stellpflug* Schutz 113; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 12 (2. Lfg).

⁷⁷ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 4; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 3; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 6; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 12 (2. Lfg).

Für das Merkmal „Teile eines Leichnams“ ist es unerheblich, ob noch ein Leichnam existiert.⁷⁸ Entscheidend ist lediglich, dass der Teil ursprünglich von einem Leichnam stammt. Wird also bloß ein (von einem Toten) abgetrennter Kopf ohne dazugehörigen Leichnam gefunden, so handelt es sich um einen Teil eines Leichnams, der Objekt der Tathandlungen Entziehen und Wegschaffen sein kann. Auch **Teile von einzelnen Leichenteilen** sind letztlich „Teile eines Leichnams“. So stellt auch ein von einem abgetrennten Kopf losgelöstes Ohr einen Leichenteil dar.

Präparate, die aus Leichenteilen hergestellt wurden, wie etwa pharmazeutische oder kosmetische Produkte, fallen nicht mehr unter den Schutz des § 190 StGB, da die Wortlautgrenze des Begriffes „Teile eines Leichnams“ überschritten ist.

C. Asche eines Toten

Im Hinblick auf die in § 190 StGB genannten Tathandlungen kann die Asche eines Toten dem Verfügungsberechtigten entzogen, aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte weggeschafft oder auch verunehrt werden. Eine Misshandlung an der Asche eines Verstorbenen ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen.

Die Asche eines Toten bezeichnet die **Überreste, die durch die Verbrennung der Leiche entstanden sind**.⁷⁹ Dabei ist es gleichgültig, ob die Asche durch die Feuerbestattung oder durch sonstige Verbrennung eines Leichnams entstanden ist,⁸⁰ da gegenüber der Asche des Toten in beiden Fällen das gleiche Gefühl der Pietät und Verbundenheit besteht. Als Beispiele für die sonstige Verbrennung eines Leichnams kommen die Verbrennung infolge eines Autounfalls oder eines Hausbrandes in Frage. Wird die so entstandene Asche zB vorsätzlich besudelt, ist der Tatbestand in Form einer Verunehrung erfüllt. Entscheidend ist allerdings, dass der Mensch bereits tot war (zB durch Rauchgasvergiftung oder aufgrund einer tödlichen Verletzung), bevor er verbrannt ist, denn nur

⁷⁸ AA Dippel LK¹¹ § 168 Rz 24 und Tröndle/Fischer StGB⁵⁴ § 168 Rdn 5, für die der Begriff „Teile eines Leichnams“ voraussetzt, dass in seiner Gesamtheit ein Leichnam vorhanden ist.

⁷⁹ Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 4; Stellpflug Schutz 113; Triffterer SbgK § 190 Rz 13 (2. Lfg).

⁸⁰ So auch Hörnle MK § 168 Rz 23; aA Fabrizy StGB⁹ § 190 Rz 2, der auf die Feuerbestattung abstellt.

die Asche eines *Toten* ist durch § 190 Abs 1 StGB geschützt. Dies wird aber in aller Regel der Fall sein, da Asche erst bei sehr hohen Temperaturen entsteht.

Weiters kommt es auch **nicht** auf die **Vollständigkeit** des verbrannten Körpers an.⁸¹ Auch die Asche eines Leichnams, dem zB aufgrund eines Flugzeugabsturzes die Beine fehlen, ist geeignet, Tatobjekt des § 190 StGB zu sein. Wird umgekehrt nur ein einzelnes Bein eines Toten gefunden und der Feuerbestattung zugeführt, so ist auch dessen Asche geschützt. Denn ebenso wie einzelne Teile eines Leichnams geschützt sind, trifft dies auch auf die **Asche von Leichenteilen** zu. Dafür spricht die Diktion des Gesetzes, in dem von der „Asche eines *Toten*“ und nicht der „Asche einer Leiche“ ohne gleichzeitige Erwähnung der „Asche von Leichenteilen“ die Rede ist.

Ohne Belang ist es auch, wenn die Asche des menschlichen Körpers mit der Asche anderer mitverbrannter Stoffe, so etwa von Blumen oder dem Sarg, **vermischt** ist und daher der überwiegende Teil der Asche nicht vom Leichnam herrührt.⁸²

D. Beisetzungsstätte

Zum einen ist die Beisetzungsstätte selbst Tatobjekt; das Verunehren einer solchen ist gem § 190 Abs 1 StGB strafbar. Zum anderen ist die Beisetzungsstätte einer jener Orte, von dem das Wegschaffen des Leichnams, Teilen davon und der Asche eines Toten (Abs 1) sowie die Entfernung von Schmuck (Abs 2) strafrechtlich sanktioniert ist.

Unter Beisetzungsstätte ist die **letzte Ruhestätte** von sterblichen Überresten eines Menschen zu verstehen.⁸³ Die verschiedenen Arten von Beisetzungsstätten ergeben sich im Wesentlichen aus den in den einzelnen Bundesländern zulässigen Bestattungsarten, nämlich Beerdigung, Beisetzung in einer Gruft und Feuerbestattung. Die letzte Ruhestätte kann demnach sowohl ein Erd- als auch

⁸¹ *Stellpflug* Schutz 113; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 13 (2. Lfg).

⁸² *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 5; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 6; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 13 (2. Lfg).

⁸³ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 16 (2. Lfg).

ein Urnengrab sein, ebenso wie Katakomben, Mausoleen oder begehbare Familiengrüfte.⁸⁴

Der Begriff Beisetzungsstätte iS eines Erdgrabes setzt voraus, dass der Leichnam begraben wurde, und zwar vom Menschen. Ungeborgene, zB von Felsmaterial verschüttete Leichen befinden sich nicht in einer Beisetzungsstätte. Ebenso wenig stellt der Fundort eines bloß mit Laub bedeckten Mordopfers eine Beisetzungsstätte dar,⁸⁵ weil der Leichnam nicht begraben wurde. Auch die Stelle, an der die Gebeine des sog „Ötzi“ entdeckt wurden, ist keine Beisetzungsstätte, weil „Ötzi“ dort nicht begraben wurde, sondern einfach verstorben ist und liegen blieb.

Fraglich ist jedoch, ob jeder Ort, an dem ein Leichnam begraben wurde, eine Beisetzungsstätte darstellt, ob also auch das Einscharrren einer Leiche durch den Mörder eine Beisetzungsstätte schafft. Dann würde nämlich jeder, der den Leichnam von diesem Ort wegbringt, § 190 Abs 1 StGB in der Variante Wegschaffen erfüllen.⁸⁶ Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob für das Entstehen einer Beisetzungsstätte nur ein feierlicher Beisetzungsakt geeignet ist oder ob jegliches Begraben ausreicht. Während der Gesetzgeber in § 306 StG noch von Grabstätten sprach, enthält der heutige § 190 StGB die Bezeichnung Beisetzungsstätte. Dies könnte darauf hindeuten, dass zwischen diesen beiden Begriffen ein inhaltlicher Unterschied besteht: Nicht jede Grabstätte ist auch eine Beisetzungsstätte, sondern nur eine solche, die bei pietätvoller Verabschiedung von dem Toten entstanden ist. In den Materialien zur Regierungsvorlage zum heutigen § 190 StGB⁸⁷ findet sich aber ein Hinweis darauf, weshalb der Gesetzgeber den Begriff „Beisetzungsstätte“ anstelle von „Grabstätte“ gewählt hat: Durch die Einführung der Totenasche als eigenes Tatobjekt war ein Überbegriff für jene Orte erforderlich geworden, an denen sterbliche Überreste von Menschen aufbewahrt werden. Während sich das Wort „Grabstätte“ wohl eher nur auf Erdgräber bezieht, umfasst der Ausdruck „Beisetzungsstätte“ als Sammelbegriff für alle Bestattungsarten auch jene Orte, an denen Urnen mit der Asche eines Toten aufbewahrt werden.

⁸⁴ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 16 (2. Lfg).

⁸⁵ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 16 (2. Lfg).

⁸⁶ Zu denken ist hier freilich an die rechtfertigenden Vorschriften der Exhumierung. Siehe dazu weiter unten Seite 120 ff.

⁸⁷ EBRV 30 BlgNR 18. GP, 331.

Außerdem erscheint es aus dem Blickwinkel der Teleologie nicht sachgerecht, das Tatbestandsmerkmal Beisetzungsstätte derart einzuschränken, dass nur solche Orte darunter fallen, an denen auch eine pietätvolle Verabschiedung von dem Verstorbenen stattgefunden hat. Beim Verbot des Wegschaffens eines Leichnams, Teilen davon oder der Totenasche geht es speziell um die letzte Ruhe des Toten als einen Teilaspekt des Rechtsguts Pietät. Auch die Verstorbenen in einem Massengrab⁸⁸ haben ebenso wie das verscharrte Mordopfer ein Recht auf Totenruhe. Demgemäß reicht jegliches Begraben für die Entstehung einer Beisetzungsstätte aus. Werden also das Massengrab oder jene Stelle, an der das Mordopfer liegt, aufgerissen und die Gebeine daraus entfernt, so kommt es zu einer Strafbarkeit wegen Wegschaffens gem § 190 Abs 1 StGB. Darüber hinaus besteht auch ein Schutz vor Verunehrungen (§ 190 Abs 1 StGB) oder dem Entfernen von Schmuck (§ 190 Abs 2 StGB).

Die eben angestellten Überlegungen zeigen, dass **die Lage der Grabstätte für die Qualifikation als Beisetzungsstätte** unerheblich ist. Insb muss sich die Grabstätte nicht auf einem Friedhof befinden.⁸⁹

Im Zusammenhang mit der Tathandlung des Entferns von Schmuck, der sich bei einer Beisetzungsstätte befindet,⁹⁰ ist die Frage nach der **Reichweite einer Beisetzungsstätte** von Bedeutung.⁹¹ Gilt zB der Friedhof in seiner Gesamtheit als Beisetzungsstätte, so wäre das Entfernen eines Kranzes vom Friedhofstor ebenso strafbar wie wenn ein Kranz direkt vom Grab entfernt wird. Der Begriff Beisetzungsstätte bezeichnet die letzte Ruhestätte von sterblichen Überresten eines Menschen; das gesamte Friedhofsareal oder den Urnenhain als Beisetzungsstätte anzusehen, erscheint angesichts der Weitläufigkeit dieser Bereiche als zu weit reichend. Denn zu einem Friedhof gehört oftmals nicht nur der Bereich, in dem die Gräber liegen, sondern auf dem Gelände befindet sich meist auch ein Mistplatz für den verwelkten Grabschmuck, ein Portierhäuschen bzw ein Verwaltungsgebäude. Die Entfernung von Schmuck von diesen Orten stellt keinen Eingriff in die Pietät dar; es gibt daher keinen sachgerechten Grund, diese

⁸⁸ Für die Qualifizierung eines Massengraves als Beisetzungsstätte: *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 18.

⁸⁹ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 6; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 6.

⁹⁰ Zur Tathandlung des Entferns von Schmuck siehe unten Seite 71 ff.

⁹¹ Für die Tathandlung des Verunehrens einer Beisetzungsstätte spielt die Reichweite keine derart große Rolle, da für eine Verunehrung nicht unbedingt der physische Kontakt zum Tatobjekt erforderlich ist. Siehe dazu ausführlich unten im Kapitel Verunehren Seite 69 f.

Orte als Teile einer Beisetzungsstätte anzusehen. Die letzte Ruhestätte eines Toten bezeichnet vielmehr konkret jene Stelle, an der sich die sterblichen Überreste des einzelnen Toten befinden.⁹² Genau dort ruht der Verstorbene. Zur Beisetzungsstätte gehören daher das Behältnis der sterblichen Überreste, also der Sarg oder die Urne⁹³, sowie der abgeschlossene Raum, in dem sich das Behältnis befindet. Dieser abgeschlossene Raum ist die Grube samt Umfriedung, der Grabhügel samt Grabstein und Kreuz⁹⁴, die Gruft sowie die Nischen in einem Urnenhain, in denen sich die einzelnen Urnen befinden. Der Friedhof ist lediglich eine Sammlung einzelner Beisetzungsstätten.

Die Asche einer der Feuerbestattung zugeführten Leiche ist in einer Urne idR auf einem Friedhof, in einer Urnenhalle oder einem Urnenhain beizusetzen.⁹⁵ Die Beisetzung der Urne außerhalb der genannten Orte kommt nur ausnahmsweise und nach Bewilligung der Gemeinde, in der die Urne aufbewahrt werden soll, in Frage.⁹⁶ Möglich wäre daher wohl auch die Aufbahrung der Urne in der Wohnung der Angehörigen, wenn sie dort einen würdevollen Standort erhält. Die betroffene Wohnung wird durch die Gegenwart der Urne aber nicht zur Beisetzungsstätte. Räumlichkeiten, die vielen verschiedenen Zwecken, insb dem Wohnbedürfnis dienen, fallen nicht als Beisetzungsstätte in den Schutzbereich des § 190 StGB. Die Beisetzungsstätte der Totenasche ist wie auch sonst ausschließlich die Urne und eine allenfalls bestehende räumliche Umschließung wie eine Nische.

Ob auch **historische Stätten der Totenruhe**, in denen noch menschliche Gebeine ruhen, von § 190 StGB erfasst sind, ist umstritten. Manche schließen die Anwendung des § 190 StGB auf prähistorische Gräber mangels damit verbundener Pietätgefühle kategorisch aus.⁹⁷ Fasst man jedoch die sterblichen Ü-

⁹² Ähnlich *Tröndle/Fischer StGB*⁵⁴ § 168 Rz 20. Vgl auch *Hörnle MK* § 168 Rz 23.

⁹³ *SSt 22/75; Triffterer SbgK* § 190 Rz 18 (2. Lfg).

⁹⁴ *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 7 sowie für Deutschland *Hörnle MK* § 168 Rz 23 mwN.

⁹⁵ § 23 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 17 Abs 2 lit b ktn BestattungsG; § 17 Abs 1 nö BestattungsG; § 21 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 21 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsG; § 23 Abs 3 stmk LeichenbestattungsG; § 33 Abs 2 tir GemeindegewaltG; § 25 Abs 5 vbg BestattungsG; § 30 Abs 5 iVm § 20 Abs 2 Z 2 wr Leichen- und BestattungsG.

⁹⁶ § 23 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 23a Abs 3 iVm § 22 Abs 1 ktn BestattungsG; § 17 Abs 2 nö BestattungsG; § 21 Abs 2 oö LeichenbestattungsG; § 21 Abs 3 sbg Leichen- und BestattungsG; § 23 Abs 4 stmk LeichenbestattungsG; § 33 Abs 2 tir GemeindegewaltG; § 25 Abs 4 vbg BestattungsG; § 25 wr Leichen- und BestattungsG.

⁹⁷ *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6. So auch *Herzog NK*³ § 168 Rz 17. Für *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 7 sind derartige Grabstätten lediglich idR nicht mehr erfasst.

berreste jener Menschen, die schon sehr lange tot sind (vgl Mumien, Körper aus Hünengräbern etc) als Leichen auf,⁹⁸ so gelten auch ihre Grabstellen als Beisetzungsstätten iSd § 190 Abs 1 StGB. Es handelt sich schließlich um die letzten Ruhestätten dieser Verstorbenen. Auch diese Orte sind unabhängig von ihrem Alter geschützt.⁹⁹ Voraussetzung ist natürlich, dass diese Orte noch als Beisetzungsstätten erkennbar sind.¹⁰⁰

In Bezug auf die Tathandlungen des Verunehrens und des Entferns von Grabschmuck stellt sich die Frage, ob eine Grabstätte nur dann als Beisetzungsstätte anzusehen ist, als sich **in ihr tatsächlich sterbliche Überreste eines Menschen** befinden. Dies wird wohl zu bejahen sein, da der Zweck einer Beisetzungsstätte die Beherbergung der sterblichen Überreste eines Menschen ist, die der primäre Adressat des Pietätgefühls sind. Die Grabkammern der ägyptischen Pharaonen, aus denen die Mumien bereits entfernt wurden, können somit nicht mehr Gegenstand einer Verunehrung sein, weil ihnen die Qualität als Beisetzungsstätte fehlt.¹⁰¹ Ebenso wenig ist das Entfernen von Schmuck aus solchen Grabstätten nach § 190 Abs 2 StGB strafbar.¹⁰² Auch ein sog Kenotaph¹⁰³, der als Scheingrab für Personen, deren Gebeine nicht aufgefunden oder überstellt werden können, errichtet wurde, stellt keine Beisetzungsstätte dar.¹⁰⁴ In Bezug auf das Kenotaph spielt dies allerdings keine große Rolle, denn für diesen besteht der Schutz des § 190 StGB über das Merkmal der Totengedenkstätte.¹⁰⁵ Damit führt auch die Schmuckentfernung von einem Kenotaph und dessen Verunehrung zur Strafbarkeit.

E. Aufbahrungsstätte

Hinsichtlich der Ausführungshandlungen trifft auf die Aufbahrungsstätte das zur Beisetzungsstätte Gesagte zu: Es ist strafbar, die Aufbahrungsstätte einerseits

⁹⁸ Zur Beurteilung dieser toten Körper als Leichen siehe oben Seite 16.

⁹⁹ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 18.

¹⁰⁰ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 2 f (2. Lfg) bezugnehmend auf SSt 35/17, 58; ebenso *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 9.

¹⁰¹ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 3 (2. Lfg).

¹⁰² Wird der Schmuck mit Bereicherungsvorsatz weggenommen, ist § 127 StGB verwirklicht.

¹⁰³ ZB das Rudolfskenotaph im Stephansdom.

¹⁰⁴ So auch das Ergebnis der Diskussion der Strafrechtskommission, ProtStRKomm 1959 4. Sitzung, 344 ff, insb 359.

¹⁰⁵ Zur Qualifikation des Kenotaphs als Totengedenkstätte siehe Seite 26.

zu verunehren und andererseits von ihr den Leichnam, Teile davon oder die Asche eines Toten wegzuschaffen (Abs 1) oder Schmuck zu entfernen (Abs 2).

Jeder Ort, an dem ein Toter in der Weise abgelegt wird, die es ermöglichen soll, sich von ihm **zu verabschieden oder ihm den letzten Respekt zu zollen**, ist eine Aufbahrungsstätte.¹⁰⁶ Nicht erfasst sind daher Kühlräume in gerichtsmedizinischen Instituten,¹⁰⁷ denn dort wird der Leichnam lediglich aufbewahrt und nicht für die Verabschiedung bereitgehalten. Die Aufbahrung eines Leichnams im Bestattungsunternehmen kann hingegen sehr wohl dem Abschiednehmen von dem Toten dienen.¹⁰⁸

Auf eine **religiöse oder dauernde Widmung** als Aufbahrungsstätte kommt es ebenso wenig wie auf die **Lage** der Aufbahrungsstätte an.¹⁰⁹ Jener Raum einer privaten Wohnung, in der ein Leichnam vor der Beerdigung aufgebahrt wird – wie dies in ländlichen Regionen noch durchaus üblich ist –, fällt daher auch in den Schutzbereich des § 190 StGB.

Als Aufbahrungsstätte gilt ein Ort nur so lange, als **dort auch tatsächlich die Überreste eines Menschen aufgebahrt** werden.¹¹⁰ Ein Raum, aus dem der aufgebahrte Leichnam zur Beisetzung bereits abtransportiert wurde, hat seinen Charakter als Aufbahrungsstätte freilich verloren und ist nicht mehr vor Verunehrung oder Entfernung von Grabschmuck geschützt. Das Gleiche trifft auf eine Totenkapelle zu, wenn dort gerade kein Leichnam zur würdevollen Verabschiedung aufgebahrt ist.¹¹¹

Zur **Reichweite der Aufbahrungsstätte** gilt im Wesentlichen das zur Beisetzungsstätte Gesagte: Größere Bereiche werden nicht insgesamt zur Aufbahrungsstätte, nur weil irgendwo ein Leichnam aufgebahrt wurde. In Bezug auf eine Privatwohnung bedeutet das, dass lediglich jener Raum, in dem der Leichnam aufgebahrt ist, Schutz vor Schmuckentfernung und Verunehrung genießt. Die restlichen Zimmer, mögen dort auch Feierlichkeiten zur Verabschiedung des Toten stattfinden, sind nicht geschützt.

¹⁰⁶ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 17 (2. Lfg).

¹⁰⁷ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 17 (2. Lfg).

¹⁰⁸ *AA Triffterer SbgK* § 190 Rz 17 (2. Lfg).

¹⁰⁹ *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6; *Hinterhofer BT II*⁴ § 190 Rz 6; *Kienapfel/Schmoller BT III* §§ 190, 191 Rz 18; *Triffterer SbgK* § 190 Rz 17 (2. Lfg); aA *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 2.

¹¹⁰ So auch *Dippel LK*¹¹ § 168 Rz 50; *Hörnle MK* § 168 Rz 24.

¹¹¹ Eine leere Totenkapelle stellt nach ihrer Funktion auch keine Totengedenkstätte dar, weil sie nicht an den Tod eines Menschen erinnern soll, sondern der Aufbahrung Verstorbener dient.

F. Totengedenkstätte

Die Totengedenkstätte wird im Zusammenhang mit den Tathandlungen Verunehren (Abs 1) und Entfernen von Schmuck (Abs 2) im Gesetz genannt.

Unter einer Totengedenkstätte ist ein Ort zu verstehen, der **an den Tod eines oder mehrerer Menschen erinnert**.¹¹² Der Begriff Totengedenkstätte kommt auch im Zusammenhang mit der Schweren Sachbeschädigung in § 126 Abs 1 Z 2 StGB vor. Die Totengedenkstätte iSd § 126 Abs 1 Z 2 StGB muss sich nach dem Gesetzeswortlaut auf einem Friedhof oder in einem der Religionsausübung dienenden Raum befinden. Bei der Totengedenkstätte nach § 190 Abs 1 StGB verlangt das Gesetz dieses Kriterium jedoch nicht.¹¹³

Keine Voraussetzung für die Qualifikation als Totengedenkstätte ist es, dass sich die Stätte an einem Ort befindet, der mit dem Tod des Betroffenen in räumlichem Zusammenhang steht. Aus diesem Grund sind auch Kriegerdenkmäler oder Gedenktafeln für gefallene Soldaten geschützt,¹¹⁴ die oftmals nicht am Ort des Todes errichtet werden. Der räumliche Zusammenhang hat allerdings eine gewisse Indizfunktion für das Vorliegen einer Totengedenkstätte, da mit einer solchen Stätte konkret an den *Tod* der verstorbenen Person und nicht generell an die Person des Verstorbenen erinnert werden soll. Demgemäß sind auch sog Marterln erfasst, die am Wegesrand oder an Absturzstellen in den Bergen an verunglückte Personen erinnern.¹¹⁵

Bloße Hinweistafeln, die ein Gebäude als Geburts-, Wohn- oder Sterbehaus von verstorbenen Personen kennzeichnen, sind nicht erfasst.¹¹⁶ Hierbei geht es nämlich nicht primär um die Erinnerung an den *Tod* des Verstorbenen, sondern um historische Informationen über ein Gebäude oder eine Persönlich-

¹¹² *Triffterer SbgK* § 190 Rz 24 (2. Lfg).

¹¹³ EBRV 30 BlgNR 18. GP, 330; *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 2; *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6; *Hinterhofer BT II*⁴ § 190 Rz 6; *Kienapfel/Schmoller BT III* §§ 190, 191 Rz 18; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 14; *Mayerhofer StGB*⁵ § 190 Anm 2. *Bertel/Schwaighofer BT II*⁸ §§ 190, 191 Rz 4 fordern auch bei § 190 Abs 1 StGB die Lage auf einem Friedhof oder einem der Religionsausübung dienendem Raum.

¹¹⁴ *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6; *Hinterhofer BT II*⁴ § 190 Rz 5; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 14; *Triffterer SbgK* § 190 Rz 24 (2. Lfg).

¹¹⁵ Für den Schutz von Marterln *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 2; *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6; *Hinterhofer BT II*⁴ § 190 Rz 5; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 14; *Triffterer SbgK* § 190 Rz 24 (2. Lfg).

¹¹⁶ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 24 (2. Lfg). Etwas abweichend davon *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 6, für den auch eine Hinweistafel als Totengedenkstätte gilt, wenn sie an das Sterben des Toten erinnert.

keit. So liegt der Zweck der Tafel am Wohn- und Sterbehaus von Joseph Haydn nicht im Gedenken an den Verstorbenen, sondern in der Erinnerung an sein Wirken als Komponist. Wird hingegen mit einer Tafel darauf hingewiesen, dass an einem bestimmten Ort Opfer des Nationalsozialismus zu Tode gekommen sind, so handelt es sich hierbei nicht bloß um die Kundgebung einer Information über den betreffenden Ort. Die Tafel bezweckt in erster Linie, das Andenken an das *Sterben* jener Menschen aufrecht zu erhalten, und ist daher eine Totengedenkstätte.

Während ein Kenotaph (symbolisches Grab) zwar keine Beisetzungsstätte darstellt, ist er sehr wohl als Totengedenkstätte zu qualifizieren. Denn die Funktion eines symbolischen Grabes liegt im Gedenken an den Verstorbenen und dessen Tod.

Im Gegensatz zur deutschen Bestimmung zur Störung der Totenruhe verlangt § 190 StGB nicht, dass die Totengedenkstätte öffentlich und damit allgemein zugänglich ist.¹¹⁷ Dementsprechend sind auch Gedenkstätten in privaten Wohnungen geschützt.

Obwohl Totengedenkstätten oft nicht mit der Ruhestätte der betroffenen Verstorbenen verbunden sind, können diese im Gegensatz zu Beisetzungs- und Aufbahrungsstätten, an denen sich keine sterblichen Überreste mehr befinden, verunehrt werden. Der Unterschied liegt in der Funktion dieser verschiedenen Stätten. Während Beisetzungs- und Aufbahrungsstätte primär der Beherbergung des Leichnams dienen, stellt die Totengedenkstätte **an sich ein würdevolles Andenken** an den Verstorbenen dar und ist somit schützenswert im Hinblick auf allfällige Verunehrungen. Vor allem bei gefallenen Soldaten sind häufig keine sterblichen Überreste vorhanden oder auffindbar, so dass die Totengedenkstätte für die Hinterbliebenen die Grabstätte ersetzt und deswegen den gleichen Schutz wie eine Beisetzungsstätte verdient. Die oftmals hinzutretende **Mahnfunktion**¹¹⁸ einer solchen Gedenkstätte, wie zB bei Kriegerdenkmälern, ist ein weiterer Aspekt, weshalb ein Schutzbedürfnis besteht. Aus diesen Gründen ist die Totengedenkstätte hinsichtlich der Tathandlungen Verunehren und Entfernen von Schmuck der Beisetzungs- und Aufbahrungsstätte gleichgestellt.

¹¹⁷ Vgl dazu *Herzog NK*³ § 168 Rz 20.

¹¹⁸ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 24 (2. Lfg).

G. Schmuck

Tatobjekt des § 190 Abs 2 StGB ist Schmuck einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte.

Unter Schmuck sind all jene **beweglichen oder unbeweglichen Gegenstände zu verstehen, die zur Verschönerung oder Ehrerbietung** auf eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte gestellt oder gelegt werden.¹¹⁹ Erfasst sind daher Blumen¹²⁰ und Kränze¹²¹ ebenso wie Gefäße¹²², Kerzen oder Kreuze.

Fraglich ist, ob die Verwirklichung des Tatbildes voraussetzt, dass der Schmuck fremd ist, also im Eigentum oder zumindest im Miteigentum einer vom Täter verschiedenen Person steht.¹²³ Dies würde bedeuten, dass der Eigentümer des Schmuckes nicht als Täter des Entfernens in Betracht kommt. Vom Gesetztext wird Fremdheit des Schmuckes jedenfalls nicht verlangt. Außerdem schützt § 190 Abs 2 StGB nicht fremdes Vermögen, sondern die Pietät. Wohl aber kommt es darauf an, dass der Täter über den Schmuck **nicht verfügungsbefugt** ist.¹²⁴ Denn der Verfügungsberechtigte kann in die Entfernung des Schmuckes einwilligen und diesen auch selbst entfernen. Aus diesem Grund kommt er selbst nicht als Täter in Frage. Aus dem Verwaltungsrecht ergibt sich ein Anhaltspunkt, wer über den Grabschmuck verfügungsbefugt ist. Dort heißt es, dass der Grabstellenbenützungsberechtigte das Recht zur Ausgestaltung und die Pflicht zur Instandhaltung der Grabstätte innehat.¹²⁵ Derjenige, der die Grabstätte

¹¹⁹ Bertel/Schwaighofer BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 5; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 7; Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg).

¹²⁰ Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 21; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 7; Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg).

¹²¹ Bertel/Schwaighofer BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 5; Foregger WK-StGB² § 190 Rz 14; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 7; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 21; Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg).

¹²² Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 21; Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg).

¹²³ Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg). Zum strafrechtlichen Fremdheitsbegriff siehe Fabrizy StGB⁹ § 127 Rz 1; Fuchs/Reindl-Krauskopf BT I³ 106 f; Kienapfel/Schmoller StudB BT II § 127 Rz 47; Leukauf/Steininger StGB³ § 125 Rz 2c; Lewisch BT I² 159; Seiler SbgK § 125 Rz 14.

¹²⁴ Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg).

¹²⁵ § 35 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 27 Abs 2 nö BestattungswesenG; § 29 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungswesenG. Gem § 26 Abs 2 ktn BestattungswesenG, § 34 Abs 2 oö LeichenbestattungswesenG, § 35 Abs 3 stmk LeichenbestattungswesenG, § 38 Abs 2 vbg BestattungswesenG, § 33 Abs 3 tir GemeindegewaltswesenG und § 32 Abs 2 wr Leichen- und BestattungswesenG ist die Benützung der Grabstätte durch die Friedhofsordnung festzulegen.

ausgestalten darf, hat auch das Recht, Grabschmuck zu beseitigen und kann daher § 190 Abs 2 StGB nicht verwirklichen.¹²⁶

Die Grabstellenbenutzungsberechtigung wird meist bei einem Verwandten des Verstorbenen liegen; in vielen Fällen wird die Grabstellenbenutzungsberechtigung genau jener Verwandte innehaben, der auch über den Leichnam verfügungsbefugt ist. Es gibt aber auch Konstellationen, in denen diese beiden Rechte auseinander fallen: Nach den meisten Leichengesetzen ist unter allen Verwandten zunächst der Ehegatte des Verstorbenen über die Leiche verfügungsbefugt.¹²⁷ Der verfügungsbefugte Ehegatte hat auch das Begräbnis zu besorgen. Denkbar ist aber, dass das Benützungsrecht hinsichtlich des Familiengrabes zB der Mutter des Verstorbenen zusteht. In diesen Fällen muss hinsichtlich der Verfügungsberechtigung über den Grabschmuck wohl danach unterschieden werden, ob es sich um Begräbnisschmuck oder sonstigen Grabschmuck handelt, der erst später auf das Grab gelegt wird: In Bezug auf solchen Schmuck, der im Zuge des Begräbnisses auf der Beisetzungsstätte niedergelegt wird, ist jene Person verfügungsbefugt, die das Recht und die Pflicht hat, **das Begräbnis zu gestalten**. Im angeführten Beispiel ist das der über den Leichnam verfügungsberechtigte Ehegatte. Er kann den Begräbnisschmuck eigenmächtig entfernen. Geht es hingegen um Grabschmuck, der erst nach Beendigung des Begräbnisses auf das Grab gelegt wird, ist jene Person verfügungsbefugt, die das Recht und die Pflicht zur **Instandhaltung der Grabstätte** innehat. Im genannten Fall ist das die Mutter des Verstorbenen. Möglich ist, dass sie einen Schmuckgegenstand entfernt ohne zu erkennen, dass dieser bereits im Rahmen des Begräbnisses zum Grab gebracht wurde. Diesfalls mangelt es ihr am Vorsatz, was zur Konsequenz der Straflosigkeit führt.

Hinsichtlich des Schmuckes einer Aufbahrungsstätte steht die Verfügungsbefugnis jener Person zu, die die **Aufbahrung veranlasst** hat; das ist jene Person, die auch das Begräbnis zu besorgen hat, also der über den Leichnam Verfügungsberechtigte.

Über den Schmuck einer Totengedenkstätte ist verfügungsbefugt, wer diese Stätte **verwaltet**. Mit der Verwaltung wird idR die Gemeinde betraut sein. Sie kann über die Entfernung des Schmuckes entscheiden.

¹²⁶ *Triffterer SbgK § 190 Rz 26 (2. Lfg).*

¹²⁷ Siehe dazu eingehend unten Seite 36 ff.

Würde man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – dennoch auf die Eigentumsverhältnisse abstellen, so käme man zu einem abwegigen Ergebnis: Der Grabstellenbenützungsberechtigte, der für die Verleihung des Benützungsrechts ein Entgelt zu entrichten hat und dazu berechtigt ist, die Ausgestaltung der Grabstelle vorzunehmen, würde sich strafbar machen, wenn er verwelkten Blumenschmuck vom Grab entfernt. Zudem ist es auch grundsätzlich sachgerecht, dass derjenige § 190 Abs 2 StGB erfüllt, der seinen „eigenen“ Kranz vom Grab wieder entfernt. Denn die freigebige Hingabe des Kranzes ist einer Schenkung sehr ähnlich. Und geschenkte Sachen kann man sich auch nicht ohne weiteres „zurückholen“. Ein Widerruf der Schenkung kommt lediglich in sehr engen Grenzen in Betracht, zB wegen groben Undanks (§ 948 ABGB). Grober Undank liegt gem § 948 ABGB nur dann vor, wenn sich der Beschenkte seinem Wohltäter oder dessen Familienangehörigen gegenüber wegen einer gerichtlich strafbaren Verletzung an Leib, Ehre, Freiheit oder Vermögen zu verantworten hat.¹²⁸ Umgelegt auf den Bereich des § 190 StGB wäre es zB vorstellbar, dass jemand nach der Beisetzung erfährt, dass der Verstorbene seine Tochter vergewaltigt hat. Für diesen Vater hätte man freilich Verständnis, wenn er sich eigenmächtig, also ohne Zustimmung des Grabstellenbenützungsberechtigten, den von ihm auf das Grab gelegten Kranz zurückholt. Allerdings fehlt es für derartige Fälle an einer mit dem Schenkungswiderruf vergleichbaren Regelung, sodass im angeführten Beispiel der Tatbestand wohl erfüllt ist. Dennoch wird es in einem solchen Fall nicht zu einer Verurteilung kommen, da die Voraussetzungen der Diversion nach den §§ 198 ff StPO erfüllt sind: Eine Bestrafung erscheint nicht geboten, um den im Beispiel genannten Vater von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Darüber hinaus fällt die Straftat nach § 190 Abs 2 StGB nicht in die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts, die Schuld des Vaters ist wohl nicht als schwer anzusehen und die Tat hat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt.

¹²⁸ *Koziol/Welser Bürgerliches Recht II*¹³ 194.

IV. Tathandlungen

Das Gesetz nennt fünf Tathandlungen: Nach § 190 Abs 1 StGB ist das Entziehen, Wegschaffen, Misshandeln und Verunehren einzelner Tatobjekte strafbar. Durch Abs 2 wird weiters das Entfernen von Schmuck pönalisiert. Jede dieser Tathandlungen schützt einen oder mehrere Aspekte des Rechtsguts Pietät.

A. „... einem Verfügungsberechtigten entzieht ...“

1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt

Die Begehungsform des Entziehens ist im Zusammenhang mit einem Leichnam, Teilen eines Leichnams und der Asche eines Toten strafbar.

Durch diese Tathandlung wird in erster Linie die jeweilige **Verfügungsbefugnis** über den Leichnam, dessen Teile und über die Totenasche geschützt. Auch bei der Verfügungsbefugnis handelt es sich um eine Ausprägung des Rechtsguts Pietät: Das Pietätsempfinden der Angehörigen gegenüber dem Verstorbenen manifestiert sich ua in der Verfügungsbefugnis über den Leichnam.¹²⁹

2. Verfügungsberechtigter

a. Allgemeines

Die Frage, wer über den Leichnam, dessen Teile und die Totenasche verfügen darf, ist für das Strafrecht in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Erstens ist nicht jegliches Entziehen der Tatobjekte strafbar, sondern nur ein solches gegenüber dem Verfügungsberechtigten. Und zweitens ist der Tatbestand nicht verwirklicht, wenn der Verfügungsberechtigte dem Entzug des Leichnams zustimmt.¹³⁰ Als Verfügungsberechtigte kommen sowohl natürliche Personen als auch verschiedene Institutionen in Frage.

¹²⁹ *Brandstetter* Aspekte 92; *Brandstetter* Grenzen 124; *Brandstetter* Leichnam 873; *Kopetzki* Organgewinnung 265.

¹³⁰ Zum tatbestandsausschließenden Einverständnis siehe unten Seite 54.

b. Der Verstorbene

(1) Rechtsgrund

Das Verfügungsrecht über den Leichnam kommt nach hA zunächst dem Verstorbenen selbst zu.¹³¹ Dh, dass jede Person **zu Lebzeiten Verfügungen** darüber treffen kann, was mit ihrem Körper nach dem Tod zu passieren hat. Zu denken ist etwa an eine Verfügung, mit der der Verstorbene seinen toten Körper „der Wissenschaft vermacht“.

Fraglich ist, woraus sich dieses Recht des Verstorbenen ergibt. Als Rechtsgrund kommt jedenfalls nicht das Sachenrecht in Betracht. Denn der Körper eines lebenden Menschen und die damit fest verbundenen Teile sind nach der klassischen Zweiteilung im Zivilrecht keine Sachen, sondern gehören zur Person.¹³² Weiters handelt es sich nicht um eine erbrechtliche Verfügung, weil der Körper einer Person nicht zu ihrem Vermögen gehört.¹³³ Auch das Familienrecht ist nicht heranzuziehen, da für dessen Existenz die Beziehung zu einem anderen Menschen – und nicht etwa zum eigenen Körper – Voraussetzung ist.¹³⁴ Nach hA ergibt sich das Recht, zu Lebzeiten über seinen Körper nach dem Tode verfügen zu können, aus dem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem § 16 ABGB**.¹³⁵

Nun endet aber die Rechtsfähigkeit einer Person mit ihrem Tod, und damit stellt sich die Frage, ob und auf welcher Grundlage die getroffenen Verfügungen des Verstorbenen zu befolgen sind. In diesem Zusammenhang können die **Leichen- und Bestattungsgesetze** der Länder herangezogen werden. Dort finden sich Regelungen, wonach sich die Bestattungsart nach dem Willen des Verstor-

¹³¹ SZ 45/133; Brandstetter Aspekte 93; Edlbacher Leichenteile 453; Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 7; Kopetzki Organgewinnung 264; Koziol/Welser Bürgerliches Recht II¹³ 452; Rieder lege lata et ferenda 117; Stellpflug Schutz 113.

¹³² Edlbacher Leichenteile 453; Spielbüchler in Rummel³ § 285 Rz 2. AA Ofner Körpersubstanzen 191, für den der Mensch zu Lebzeiten Eigentum an seinem Körper hat, welches allerdings durch das Persönlichkeitsrecht überlagert wird.

¹³³ Edlbacher Leichenteile 450 und 453; Spielbüchler in Rummel³ § 285 Rz 3; Welser in Rummel³ § 531 Rz 13.

¹³⁴ Edlbacher Leichenteile 453.

¹³⁵ Brandstetter Aspekte 93; Edlbacher Leichenteile 453; Kopetzki Organgewinnung 107; Rieder lege lata et ferenda 117; Spielbüchler in Rummel³ § 285 Rz 3; Welser in Rummel³ § 531 Rz 13.

benen richtet¹³⁶ und Obduktionen auf Verfügung des Verstorbenen vorzunehmen sind¹³⁷. Aus diesen Bestimmungen kann abgeleitet werden, dass dem Willen des Verstorbenen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Diese Ansicht findet sich auch in der Lehre des sog **postmortalen Persönlichkeitsrechts** wieder. In Österreich und Deutschland ist es heute anerkannt, dass das einst existente Persönlichkeitsrecht nach dem Tod seines Trägers fortwirkt.¹³⁸ Diese Konstruktion ist der österreichischen Rechtsordnung auch in anderen Bereichen nicht fremd: So wie der Wille des Erblassers nach seinem Tod zu befolgen ist, genießt das Werk auch noch nach dem Ableben des Urhebers Schutz durch § 77 UrhG. Nach § 62a KAKuG darf eine postmortale Organentnahme nicht stattfinden, wenn sich der Verstorbene zu Lebzeiten dagegen ausgesprochen hat. Dies zeigt, dass der Persönlichkeitsschutz nicht mit dem Tod endet. Der Verstorbene hat also nicht nur das Recht eine Verfügung zu treffen; eine solche ist auch zu befolgen. Nachdem die verstorbene Person ihre Wünsche selbst nicht mehr durchsetzen kann, muss dies jemand anderer für sie übernehmen. Dazu berufen ist der sog Totensorgeberechtigte,¹³⁹ das ist jene Person, der die Obsorge für die Bestattung obliegt. Sie hat die vom Verstorbenen getroffene Verfügung umzusetzen.

(2) Keine Formpflicht

Wird zu Lebzeiten eine Verfügung über den eigenen Leichnam getroffen, so muss dabei keine Form eingehalten werden.¹⁴⁰ Aus Beweisgründen bietet sich allerdings eine Erklärung der Wünsche hinsichtlich des Umgangs mit dem Leichnam im Rahmen der letztwilligen Verfügung an. Liegt kein erklärter Wille des Verstorbenen vor, so muss aus Gründen der Pietät und wegen des postmortalen Persönlichkeitsrechts immer noch sein mutmaßlicher Wille beachtet werden.¹⁴¹

¹³⁶ § 20 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 12 Abs 2 nö BestattungsgG; § 17 Abs 2 öö LeichenbestattungsgG; § 15 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 3 Abs 2 vbg BestattungsgG; § 28 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG.

¹³⁷ § 10 Abs 3 ktn BestattungsgG; § 31 Abs 2 tir GemeindegewaltsgG.

¹³⁸ Für Österreich: *Aicher* in Rummel³ § 16 Rz 28; *Aigner* Organersatz 102; *Brandstetter* Leichnam 874; *Doral* Lebensbild 648 f; *Kopetzki* Schwangerschaft 67 und 69; *Koziol* Haftpflichtrecht II² 16; *Ofner* Körpersubstanzen 190; *Priegl* Schweigepflicht 6 f; *Raschauer* Namensrecht 272. Für Deutschland: BGHZ 15, 249 ff („Cosima-Wagner-Urteil“); *Czerner* Leichenteilasservate 97. *Müller* Rechtssubjektivität 161 nimmt nicht nur das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus an, sondern geht vom Bestehen eines postmortalen Persönlichkeitsrechts aus.

¹³⁹ Dazu gleich unten Seite 36 ff.

¹⁴⁰ SZ 45/133.

¹⁴¹ SZ 45/133.

Zur Erforschung des mutmaßlichen Willens sind frühere Aussagen des Verstorbenen, sein Verhalten unmittelbar vor dem Tod¹⁴² oder Zeugenaussagen heranzuziehen.

(3) Beschränkung bei der Ausübung des Verfügungsrechts

Sowohl der erklärte als auch der mutmaßliche Wille des Verstorbenen ist unbeachtlich, wenn er Handlungen in Bezug auf den Leichnam beinhaltet, die **pietätlos** sind.¹⁴³ Die Pietät ist schließlich das von § 190 StGB geschützte Rechtsgut.¹⁴⁴ Deswegen unterliegen auch jene Verfügungen, die der Verstorbene noch zu seinen Lebzeiten trifft, ethischen Beschränkungen. In den meisten Fällen werden diese ethischen Aspekte bereits durch die Leichen- und Bestattungsgesetze berücksichtigt, die den gesetzlichen Rahmen für den Umgang mit dem Leichnam darstellen. Es gibt aber auch Verwendungsformen für den Leichnam, deren Zulässigkeit sich nicht aus dem Leichenrecht ergibt, die aber aus dem Blickwinkel der Pietät unbedenklich, ja sogar ethisch wertvoll erscheinen. Zu denken wäre an eine Verfügung, mit der der Verstorbene die Verwendung seines Leichnams zur Herstellung von Medikamenten erlaubt. Damit wird der Gesundheit anderer gedient. Im Gegensatz dazu wirkt es aber anstößig, wenn der Leichnam für die Herstellung von Kosmetika, zB Seifen, eingesetzt werden soll. Denn die Verwendung von Leichenteilen zur Erzeugung von reinen Verbrauchsartikeln ist aus ethischen Gesichtspunkten nicht wünschenswert. Derartige Zwecke verletzen das allgemeine Pietätgefühl. Wer eine solche Verfügung umsetzt, kann sich nicht auf die Einwilligung des Verstorbenen stützen und macht sich demnach strafbar gem § 190 Abs 1 StGB in der Variante Misshandeln.

Fraglich ist, wie eine Verfügung zu beurteilen ist, mit der der Verstorbene eine an sich pietätgemäße Verwendungsform seines toten Körpers gestattet, dafür aber **Entgelt** verlangt. Der Verstorbene stellt seinen Leichnam nach dem Tod zB einer Forschungseinrichtung gegen Bezahlung eines Geldbetrages zur Verfügung. Nach einigen Literaturstimmen ist Pietätwidrigkeit anzunehmen, wenn eine Verfügung der Befriedigung eines unlauteren Gefühls dient oder mit Ge-

¹⁴² SZ 45/133.

¹⁴³ *Brandstetter* Aspekte 93; *Brandstetter* Leichnam 874.

¹⁴⁴ Siehe dazu eingehend oben Seite 4 ff.

winnabsicht verbunden ist.¹⁴⁵ Als erstes muss nun geklärt werden, ob das entgeltliche Überlassen des Leichnams mit Gewinnabsicht verbunden ist. Hierbei sind die Begriffe Entgelt und Gewinn auseinander zu halten. Ein Rechtsgeschäft ist entgeltlich, wenn ein wirtschaftlicher Ausgleich erzielt werden soll.¹⁴⁶ Ein entgeltliches Geschäft wird mit Gewinnabsicht abgeschlossen, wenn die Einnahmen nicht bloß der Kostendeckung, sondern der Überschusserzielung dienen sollen.¹⁴⁷ Eine bloße Entschädigung für Aufwendungen stellt daher keinen Gewinn dar. Allerdings erscheint es unwahrscheinlich, dass mit der Erteilung einer Zustimmung Aufwendungen verbunden sind, für die der Verstorbene entschädigt werden soll. Das Überlassen des Leichnams gegen Entgelt kommt daher einem Verkauf mit Gewinnabsicht gleich und stellt eine Verletzung der Pietät dar.¹⁴⁸ Mit Pietätwidrigkeit behaftet ist jedoch nicht die ganze Verfügung, sondern nur die Entgeltlichkeit. Die Verwendung des Leichnams in der Forschung stellt einen an sich pietätkonformen Zweck dar. Dem Wunsch des Verstorbenen, sein Leichnam möge einer solchen Forschungseinrichtung zur Verfügung gestellt werden, ist also nachzukommen. Allein die Entgeltlichkeit verletzt die Pietät, denn der Leichnam soll nicht zu einem Handelsgegenstand degradiert werden. Nachdem es der Leistungsaustausch ist, der hier anstößig erscheint, ist die Zahlung zivilrechtlich rückforderbar.¹⁴⁹

In jenem Fall, in dem die Entgeltlichkeit Wesensbestandteil der Verfügung des Verstorbenen war, darf der Leichnam hingegen nicht an das Forschungsinstitut weitergegeben werden. Der Grund dafür liegt darin, dass dem hypothetischen Willen des Verstorbenen für einen pietätvollen Umgang mit der Leiche maßgebliche Bedeutung zukommt.¹⁵⁰ Lässt sich demnach feststellen, dass der Verstorbene ohne Bezahlung keine Übergabe gewünscht hätte, so ist eine solche zu unterlassen. Andernfalls kommt es zu einer Strafbarkeit in der Begehungsvariante des Misshandelns.

¹⁴⁵ *Brandstetter* Leichnam 874; *Edlbacher* Leichenteile 454; *Kopetzki* Organgewinnung 14 f.

¹⁴⁶ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 116.

¹⁴⁷ *Kalchschmid* Organtransplantation 153; *Kopetzki* Organgewinnung 257.

¹⁴⁸ *Edlbacher* Leichenteile 452. Im Ergebnis auch *Tag* Plastination FN 89, allerdings mit der Einschränkung, dass sich das Gewähren einer Gegenleistung als Ausdruck des Dankes im Rahmen der guten Sitten hält. Generell keine sittlichen Bedenken gegen die Entgeltlichkeit hat *Binder* Fortleben 231. Nach *Stellamor* Berufsordnung 83 stellt die Veräußerung an ein anatomisches Institut keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar.

¹⁴⁹ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹³ 280.

¹⁵⁰ SZ 45/133.

c. Die Erben

Hat der Verstorbene keine Anordnungen in Bezug auf den Umgang mit seinem Leichnam hinterlassen, fragt sich, wer sonst Verfügungen treffen kann. Hiezu berechtigt jedenfalls **nicht** die Stellung als **Erbe**. Denn nach ganz hA fällt der Leichnam nicht in den Nachlass und ist daher nicht Gegenstand der Vererbung.¹⁵¹

d. Die nahen Angehörigen

(1) Rechtsgrund

Anerkannt ist nach hA, dass das Verfügungsrecht in Bezug auf Handlungen, die ein Entziehen gem § 190 Abs 1 StGB darstellen, den nahen Angehörigen zukommt.¹⁵² Dieses Verfügungsrecht steht den Angehörigen als **Ausfluss ihres eigenen Persönlichkeitsrechts** zu und beruht auf den Grundsätzen des sog **Totensorgerechts**,¹⁵³ das in den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder zum Ausdruck kommt. Dieses beinhaltet das Recht, den Leichnam zu bewahren, zu versorgen und vor unberechtigten Einwirkungen Dritter zu schützen.¹⁵⁴

(2) Personenkreis und Reihung

Für die Frage, wer als naher Angehöriger iSd § 190 Abs 1 StGB in Betracht kommt, lohnt sich ein Blick in das **Leichenrecht** der Länder. Dort finden sich Bestimmungen darüber, wer **für die Bestattung Sorge** zu tragen hat, wer also Bestattungsart und Bestattungsort festlegen kann. Die Befugnis zur Entscheidung darüber ist der Kernbereich der durch die Leichengesetze eingeschränkten Ver-

¹⁵¹ SZ 13/127, 472; SZ 45/133, 549; *Edlbacher* Leichenteile 450 und 453; *Kopetzki* Organgewinnung 107; *Spielbüchler* in Rummel³ § 285 Rz 3; *Stellamor* Berufsordnung 82; *Welser* in Rummel³ § 531 Rz 13; *Wilhelm* Duell 73.

¹⁵² *Brandstetter* Aspekte 92; *Edlbacher* Leichenteile 453; *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 2; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 8; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 8; *Kopetzki* Organgewinnung 107 und 264; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 8; *Müller* Rechtssubjektivität 140; *Stellpflug* Schutz 113; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 14 (2. Lfg).

¹⁵³ SZ 45/133, 548; *Bernat* Schlittenversuche 361; *Dippel* LK¹¹ § 168 Rz 36; *Edlbacher* Leichenteile 453 f; *Hörnle* MK § 168 Rz 12; *Kopetzki* Organgewinnung 107. AA *Müller* Rechtssubjektivität 140, für den sich das Verfügungsrecht der Angehörigen als treuhänderische Wahrnehmung fremder Rechte darstellt.

¹⁵⁴ *Bernat* Schlittenversuche 361; *Müller* Rechtssubjektivität 130.

fügungsmöglichkeiten über einen Leichnam. Insofern können jene Personen, die die Bestattung zu besorgen haben, auch als Verfügungsberechtigte iSd § 190 Abs 1 StGB angesehen werden. Nachdem die Berechtigung zur Totensorge von Bundesland zu Bundesland durchaus variiert, kann die gleiche Entziehungshandlung in einem Bundesland zur Strafbarkeit führen, während sie in einem anderen Bundesland straflos bleibt, weil die Person, gegenüber der die Entziehung gesetzt wurde, dort nicht als Verfügungsberechtigter gilt. Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick verwundern; man trifft es aber auch bei anderen Straftatbeständen an: So macht sich nach § 137 StGB strafbar, wer unter Verletzung fremden Jagd- oder Fischereirechts ua Wild tötet. Welches Wild dem Jagd- oder Fischereirecht unterliegt, ist den neun Jagdgesetzen der Länder zu entnehmen. So fällt zB die Bisamratte in der Steiermark¹⁵⁵, Vorarlberg¹⁵⁶ und Wien¹⁵⁷ unter das Jagdrecht, während dies in den übrigen sechs Bundesländern nicht der Fall ist. Erlegt daher eine nicht jagdberechtigte Person eine Bisamratte in Wien, macht sie sich nach § 137 StGB strafbar, während die gleiche Handlung im Burgenland nicht zur Verwirklichung des Straftatbestandes führt. Bei diesem Ergebnis handelt es sich letztlich um eine Konsequenz des Föderalismus.

- **Burgenland**¹⁵⁸

Nach dem Burgenländischen Leichenrecht sind folgende Personen für die Bestattung zuständig und demnach auch Verfügungsberechtigte iSd § 190 Abs 1 StGB: der Ehegatte, die großjährigen Kinder sowie die Eltern und Geschwister des Verstorbenen.¹⁵⁹ In dieser Reihenfolge später genannte Personen sind nur heranzuziehen, wenn vorher Genannte nicht vorhanden oder geschäftsunfähig sind.¹⁶⁰ Ist kein naher Angehöriger vorhanden, so sind diejenigen Personen, mit denen der Verstorbene vor seinem Tod im gemeinsamen Haushalt gelebt hat, zur Obsorge verpflichtet.¹⁶¹

Der Umstand, dass diese Regelung auf die formalen Verwandtschaftsverhältnisse abstellt, könnte zu einem Ergebnis führen, das nicht im Sinne des Ver-

¹⁵⁵ § 2 Abs 1 lit c stmk JagdG.

¹⁵⁶ § 4 Abs 1 lit a vbg JagdG.

¹⁵⁷ § 3 Abs 1 lit a wr JagdG.

¹⁵⁸ Bgl Leichen- und BestattungswesenG LGBl 16/1970 idF LGBl 45/2009.

¹⁵⁹ § 19 Abs 2 iVm § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

¹⁶⁰ § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

¹⁶¹ § 19 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

storbenen ist: Hatte sich der Verstorbene von seiner Ehegattin zB getrennt und lebte vor seinem Tod mit einer anderen Frau zusammen, so kommt die Verfügungsberechtigung nach der gesetzlichen Reihenfolge dennoch der Ehefrau und nicht der dem Verstorbenen vermutlich näher stehenden Lebensgefährtin zu. Diese wäre nur dann verfügungsbefugt, wenn keine Ehegattin vorhanden ist.

Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn sich nach der gesetzlichen Reihung mehrere Personen als berechtigt herausstellen. Zu denken ist an den Fall, dass es keinen Ehegatten gibt, dafür aber zwei großjährige Kinder, die sich nun um die Verfügungsbefugnis über den Leichnam streiten. In diesem Fall erscheint es sachgerecht, auf das seelische Naheverhältnis zum Verstorbenen abzustellen.¹⁶² Derjenige, der dem Verstorbenen am nächsten stand, soll auch über den Leichnam verfügen dürfen. Dies ergibt sich aus der Regelung, dass auch jene Personen zum Kreis der nahen Angehörigen zählen, die unabhängig von einem Verwandtschaftsverhältnis mit dem Verstorbenen in Hausgemeinschaft gelebt haben.¹⁶³ Für den Fall, dass auch das seelische Naheverhältnis zum Verstorbenen kein geeignetes Kriterium darstellt, weil mehrere Personen eine gleich starke Bindung zum Verstorbenen hatten, findet sich keine Bestimmung im Burgenländischen Leichenrecht. Aufgrund dieser Lücke muss ein Blick in die anderen Landesgesetze geworfen werden: Nach den Regeln des Salzburgerischen¹⁶⁴ und Steirischen¹⁶⁵ Leichenrechts ist der Leichnam für den Fall der Uneinigkeit mehrerer Berechtigter der Erdbestattung zuzuführen. Für das Burgenländische Bestattungsrecht kann eine Analogie zu diesen Vorschriften gezogen werden, so dass auch hier bei mehreren, sich streitenden Berechtigten die Erdbestattung der Leiche vorzunehmen ist.

- **Kärnten**¹⁶⁶

In Kärnten stellt das Gesetz auf folgende Personen ab: Ehegatte, der mit dem Verstorbenen in aufrechter Ehe gelebt hat, Verwandte des Verstorbenen in gera-

¹⁶² Das seelische Naheverhältnis überhaupt als das ausschlaggebende Kriterium ansehend: SZ 13/127, 474; *Dippel* LK¹¹ § 168 Rz 40; *Edlbacher* Leichenteile 454; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 7; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 8; *Müller* Rechtssubjektivität 141; *Stellpflug* Schutz 113.

¹⁶³ § 19 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

¹⁶⁴ § 15 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungswesenG.

¹⁶⁵ § 17 Abs 1 stmk LeichenbestattungswesenG.

¹⁶⁶ Ktn BestattungswesenG LGBl 61/1971 idF LGBl 50/2008.

der Linie und dessen Geschwister.¹⁶⁷ Was die Reihenfolge anbelangt, so entscheidet der Ehegatte vor den Verwandten, die Nachkommen vor den Vorfahren, und zwar nach dem Grad der Verwandtschaft, und die Verwandten in gerader Linie vor den Geschwistern.¹⁶⁸ In Ermangelung der angeführten Personen steht die Obsorge für die Bestattung und somit die Verfügungsbefugnis über den Leichnam jenen Personen zu, die mit dem Verstorbenen vor seinem Tod im gemeinsamen Haushalt gelebt haben.¹⁶⁹ Auch hier kann sich das Problem stellen, dass mehrere berechnigte Personen in Frage kommen, zB zwei Nachkommen des Verstorbenen im gleichen Verwandtschaftsgrad. Aufgrund der Regelung, dass grundsätzlich auch Personen verfügbungsbefugt sein können, die mit dem Verstorbenen zwar nicht verwandt, aber immerhin mit diesem im gemeinsamen Haushalt gelebt haben,¹⁷⁰ ergibt sich wiederum, dass der seelischen Bindung zum Verstorbenen gewisse Bedeutung zuzumessen ist. Demnach ist im Streitfall derjenige Berechnigte zur Entscheidung befugt, der die stärkste seelische Bindung zum Verstorbenen hatte. Ergibt auch das kein eindeutiges Ergebnis, ist in Analogie zu den Vorschriften in Salzburg¹⁷¹ und der Steiermark¹⁷² die Erdbestattung vorzunehmen.

- **Niederösterreich**¹⁷³

Das Niederösterreichische Bestattungsgesetz versteht unter den nahen Angehörigen den Ehegatten, Lebensgefährten, die Kinder, Eltern, die übrigen Nachkommen, die Großeltern und die Geschwister des Verstorbenen.¹⁷⁴ Diese Personen haben sich in der genannten Reihenfolge um die Bestattung zu kümmern.¹⁷⁵ Bei zwei Personen im gleichen Verwandtschaftsgrad ist analog zum Burgenländischen¹⁷⁶, Kärntner¹⁷⁷, Oberösterreichischen¹⁷⁸ und Steirischen¹⁷⁹ Landesgesetz auf das seelische Naheverhältnis zum Verstorbenen abzustellen bzw bei Unei-

¹⁶⁷ § 14 Abs 2 iVm Abs 3 ktn Bestattungsg.

¹⁶⁸ § 14 Abs 3 ktn Bestattungsg.

¹⁶⁹ § 14 Abs 2 ktn Bestattungsg.

¹⁷⁰ § 14 Abs 2 ktn Bestattungsg.

¹⁷¹ § 15 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg.

¹⁷² § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁷³ Nö Bestattungsg LGBI 126/2006.

¹⁷⁴ § 11 Abs 3 nö Bestattungsg.

¹⁷⁵ § 11 Abs 3 nö Bestattungsg.

¹⁷⁶ § 19 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

¹⁷⁷ § 14 Abs 2 ktn Bestattungsg.

¹⁷⁸ § 15 Abs 2 oö Leichenbestattungsg.

¹⁷⁹ § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

nigkeit analog zu den Regeln des Salzburgerischen¹⁸⁰ und Steirischen¹⁸¹ Leichenrechts die Erdbestattung durchzuführen.

- **Oberösterreich**¹⁸²

Im Oberösterreichischen Leichenrecht kommt es auf folgende Personen an: Ehegatte, Verwandte und Verschwägerte in ab- und aufsteigender Linie, Geschwister und deren Kinder sowie Verlobter.¹⁸³ Sind keine der angeführten Personen vorhanden oder kommen sie ihrer Verpflichtung nicht nach, ist die Bestattung durch jene Personen zu besorgen, mit denen der Verstorbene zuletzt in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat.¹⁸⁴ Auch hier wird die Nennung im Gesetz für die Reihenfolge der Berechtigten ausschlaggebend sein,¹⁸⁵ so dass Verwandte in absteigender Linie vor jenen in aufsteigender Linie und dann erst die Verschwägerten, zuerst in absteigender, dann in aufsteigender Linie zum Zug kommen. Bei mehreren gleichberechtigten Personen ist in Analogie zu den Leichengesetzen anderer Bundesländer¹⁸⁶ jene totensorgeberechtigt, die den stärksten Bezug zum Verstorbenen aufweist. Lässt sich dies nicht eruieren, ist wiederum aufgrund einer Analogie¹⁸⁷ die Erdbestattung vorzunehmen.

- **Salzburg**¹⁸⁸

In Salzburg ist die Bestattungsart durch den Ehegatten, die großjährigen Kinder, die Eltern und die Geschwister des Verstorbenen zu bestimmen.¹⁸⁹ Die in der Reihenfolge später Genannten kommen nur dann zum Zug, wenn die vorher Genannten nicht vorhanden oder geschäftsunfähig sind oder wenn sie ihr Recht nicht ausüben.¹⁹⁰ Für den Fall, dass in der angeführten Rangordnung mehrere Berechtigte in Betracht kommen, die sich über die Bestattungsart nicht binnen

¹⁸⁰ § 15 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg.

¹⁸¹ § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁸² Oö Leichenbestattungsg LGBI 40/1985 idF 63/2002.

¹⁸³ § 15 Abs 2 iVm Abs 4 oö Leichenbestattungsg.

¹⁸⁴ § 15 Abs 2 oö Leichenbestattungsg.

¹⁸⁵ Vgl § 19 Abs 2 iVm § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 2 iVm Abs 3 ktn Bestattungsg; § 11 Abs 3 nö Bestattungsg; § 15 Abs 1 und Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg; § 3 Abs 1 iVm Abs 6 vbg Bestattungsg.

¹⁸⁶ § 19 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 2 ktn Bestattungsg; § 15 Abs 2 oö Leichenbestattungsg; § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁸⁷ § 15 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁸⁸ Sbg Leichen- und Bestattungsg LGBI 84/1986 idF LGBI 78/2009.

¹⁸⁹ § 15 Abs 1 und Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg.

¹⁹⁰ § 15 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg.

vier Tagen einigen, ist diese vom Bürgermeister jener Gemeinde, in der der Tod erfolgte oder die Leiche aufgefunden wurde, zu bestimmen. In diesem Fall ist der Leichnam der Erdbestattung zuzuführen.¹⁹¹

- **Steiermark**¹⁹²

Nach Steierischem Leichenrecht ist für die Frage, wer die Bestattung zu besorgen hat und demnach als Verfügungsberechtigter iSd § 190 Abs 1 StGB in Frage kommt, folgender Personenkreis maßgeblich: der Ehegatte, die volljährigen Kinder dem Alter nach, die Eltern des Verstorbenen und eine sonstige dem Verstorbenen nahe stehende Person, die mit ihm bis zu seinem Tod in Hausgemeinschaft gelebt hat.¹⁹³ Diese Personen sind in der Reihenfolge ihrer Nennung Verfügungsbefugte.¹⁹⁴ Ist keine dieser Personen vorhanden oder können sie sich nicht einigen, ist der Leichnam der Erdbestattung zuzuführen.¹⁹⁵

- **Vorarlberg**¹⁹⁶

In Vorarlberg gelten nach dem Gesetz der Ehegatte, die Verwandten in gerader Linie, der Lebensgefährte und die Geschwister des Verstorbenen als Angehörige.¹⁹⁷ Auch hier ist die Reihenfolge der Nennung ausschlaggebend für die Verfügungsbefugnis.¹⁹⁸ Kommen mehrere Verpflichtete in Frage, die zu dem Verstorbenen im gleichen Verwandtschaftsverhältnis stehen, so hat der an Jahren älteste Verwandte die Bestattung zu besorgen.¹⁹⁹

- **Wien**²⁰⁰

In Wien wird nicht auf die nahen Angehörigen abgestellt. Dort entscheidet derjenige über die Bestattung, der sie in Auftrag gegeben hat.²⁰¹ Diese Regelung kann freilich zu Unklarheiten führen, etwa wenn mehrere Personen unabhängig von

¹⁹¹ § 15 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg.

¹⁹² Stmk Leichenbestattungsg LGBI 45/1992 idF LGBI 56/2006.

¹⁹³ § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁹⁴ § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁹⁵ § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

¹⁹⁶ Vbg Bestattungsg LGBI 58/1969 idF LGBI 43/2009.

¹⁹⁷ § 3 Abs 1 iVm Abs 6 vbg Bestattungsg.

¹⁹⁸ § 3 Abs 1 iVm Abs 6 vbg Bestattungsg.

¹⁹⁹ § 3 Abs 6 vbg Bestattungsg.

²⁰⁰ Wr Leichen- und Bestattungsg LGBI 38/2004 idF LGBI 34/2007.

²⁰¹ § 28 Abs 2 wr Leichen- und Bestattungsg.

einander die Bestattung beauftragt haben. Die Bestimmung bringt aber auch ein anderes Problem mit sich: Hat der Mörder die Bestattung seines Opfers in Auftrag gegeben, so kann er über Bestattungsart und –ort bestimmen und ist damit der über den Leichnam Verfügungsbefugte. Der Leichnam kann ihm nicht weggenommen werden, ohne dass ein Entziehen gem § 190 Abs 1 StGB verwirklicht wird. Dieses sachwidrige Ergebnis ist durch eine teleologische Reduktion zu vermeiden: Es soll nicht jedem möglich sein, die Bestattung der Leiche in Auftrag zu geben, sondern nur nahen Angehörigen des Verstorbenen. Für die Frage, wer als naher Angehöriger gilt, kann die Regelung der Privatobduktion als Analogiebasis herangezogen werden. Danach dürfen der Ehegatte, die Kinder und dann die Eltern des Verstorbenen in dieser Reihenfolge entscheiden.²⁰² Diese Personen dürfen demnach in dieser Reihenfolge die Bestattung beauftragen. Gibt es zB mehrere Kinder des Verstorbenen oder sind seine Eltern noch beide am Leben, so ist analog zum Leichenrecht anderer Länder das seelische Naheverhältnis ausschlaggebend.²⁰³

- **Tirol**²⁰⁴

Im Tirolerischen Gemeindesanitätsdienstgesetz findet sich überhaupt keine Bestimmung darüber, wer die Bestattung zu besorgen hat oder wer als naher Angehöriger des Verstorbenen gilt. Gem § 30 Abs 4 tir GemeindesanitätsdienstG sind Leichen, für die niemand Sorge trägt, dem anatomischen Institut der Universität Innsbruck zu übergeben. Daraus geht hervor, dass die Obsorge für die Bestattung grundsätzlich einer natürlichen Person zukommen kann. Das Fehlen einer Regelung über diesen Personenkreis erscheint als planwidrige Lücke, weshalb hierfür in Analogie auf die Vorschriften anderer Länder abzustellen ist, nach denen jeweils zumindest der Ehegatte, die Kinder und die Eltern des Verstorbenen verfügungsbefugt sind.²⁰⁵

²⁰² § 13 Abs 1 wr Leichen- und Bestattungsg.

²⁰³ § 19 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 2 ktn Bestattungsg; § 15 Abs 2 öö Leichenbestattungsg; § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

²⁰⁴ Tir GemeindesanitätsdienstG LGBl 33/1952 idF LGBl 27/2008.

²⁰⁵ § 19 Abs 2 iVm § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 2 iVm Abs 3 ktn Bestattungsg; § 11 Abs 3 nö Bestattungsg; § 15 Abs 2 iVm Abs 4 öö Leichenbestattungsg; § 15 Abs 1 und Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg; § 3 Abs 1 iVm Abs 6 vbg Bestattungsg.

(3) Beschränkung bei der Ausübung des Verfügungsrechts

Die Angehörigen sind bei der Ausübung ihres Verfügungsrechts durch den erklärten, aber auch durch den mutmaßlichen **Willen des Verstorbenen** eingeschränkt.²⁰⁶ Da das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen nach seinem Tod fortwirkt, ist auch sein nicht erklärter, aber feststellbarer Wille zu beachten. Nur für den Fall, dass sich der Wille des Verstorbenen aus früheren Aussagen, seinen Lebensumständen oder Zeugenaussagen nicht eruieren lässt, sind die Angehörigen als Verfügungsberechtigte in Bezug auf Entziehungshandlungen in ihren Entscheidungen frei. Einzige Schranke ist die **Pietät**.²⁰⁷ Wie mit der Leiche pietätvoll umgegangen wird, ergibt sich va aus den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder.

Fraglich ist, welche strafrechtlichen Konsequenzen es nach sich zieht, wenn sich der Verfügungsberechtigte über den Willen des Verstorbenen hinwegsetzt. Der Verstorbene hat zB den Wunsch geäußert, einer herkömmlichen Erdbestattung zugeführt zu werden; dennoch überlässt der verfügungsberechtigte Sohn den Leichnam einem Museum zur dortigen Ausstellung, um am verstorbenen Vater „späte Rache“ zu üben. Für das Strafrecht hat dieses gegen den Willen des Verstorbenen gerichtete Handeln keinerlei Auswirkung: Der Sohn ist straflos, da die Verfügungsberechtigung bei ihm selbst liegt und er somit kein Entziehen iSd § 190 Abs 1 StGB verwirklichen kann.²⁰⁸ Aber auch derjenige, der den Leichnam zur Überstellung ins Museum abholt und dabei in dem Wissen handelt, dass der Wille des Verstorbenen übergangen wird, macht sich nicht strafbar. Er kann sich auf die Zustimmung des Verfügungsberechtigten berufen. Der Umstand, dass der Verfügungsberechtigte nicht im Sinne des Verstorbenen handelt, ändert nichts an der Wirksamkeit der Zustimmung, die als tatbestandsausschließendes Einverständnis zu werten ist. Es kann nämlich nicht zwischen pietätvollem und pietätlosem Verzichten auf den Schutz der Verfügungsberechtigung unterschieden werden. Anhand dieses Beispiels wird deutlich, dass § 190 Abs 1 StGB in der Variante Entziehen lediglich das Interesse des Verfügungsberechtigten und nicht das des Verstorbenen schützt. Der Gesetzgeber ist

²⁰⁶ SZ 45/133; Müller Rechtssubjektivität 131.

²⁰⁷ Edlbacher Leichenteile 454; Müller Rechtssubjektivität 131.

²⁰⁸ Es kann auch nicht davon gesprochen werden, dass er den Leichnam dem Verstorbenen als Verfügungsberechtigten entzieht, denn verfügungsberechtigt iSd § 190 Abs 1 StGB kann immer nur eine lebende Person (bzw eine existente juristische Person) sein.

wohl davon ausgegangen, dass der Verfügungsberechtigte in aller Regel dem Willen des Verstorbenen entsprechend handeln wird.

e. Die öffentliche Hand

Sind keine Angehörigen vorhanden, die der Totensorge nachkommen könnten, oder nehmen diese ihre Rechte und Pflichten nicht wahr, ist die öffentliche Hand verfügungsbefugt.²⁰⁹ Nach den Regeln der Leichen- und Bestattungsgesetze hat jene **Gemeinde**, in der sich der Todesfall ereignet hat oder die Leiche aufgefunden wurde, für die Bestattung Sorge zu tragen.²¹⁰ Allein das Tiroler Landesgesetz enthält keine entsprechende Regelung. Nachdem sich aber aus § 32 tir GemeindegesundheitsdienstG ergibt, dass Leichen zu bestatten sind, erscheint das Fehlen der Gemeindezuständigkeit für den Fall, dass sich sonst niemand um die Bestattung kümmert, als planwidrige Lücke. In Analogie zu den Bestimmungen der anderen Bundesländer²¹¹ hat daher im genannten Fall die Gemeinde die Bestattung zu besorgen.

f. Anatomisches Universitätsinstitut

Aus den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder ergibt sich auch eine Verfügungsberechtigung von **anatomischen Universitätsinstituten**. Ist die Gemeinde für die Bestattung eines Leichnams zuständig – weil zB keine Angehörigen existieren –, so darf nach den landesgesetzlichen Bestimmungen der Leichnam anstelle der Bestattung einem anatomischen Institut in Österreich übergeben werden.²¹² Allein das Wiener Leichen- und BestattungsgG enthält keine derar-

²⁰⁹ *Edlbacher* Leichenteile 453; *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 2; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 8; *Kopetzki* Organgewinnung 264; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 8; *Rieder* lege lata et ferenda 117; *Stellpflug* Schutz 113; *Triffierer* SbgK § 190 Rz 14 (2. Lfg).

²¹⁰ § 19 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG; § 19 Abs 5 wr Leichen- und BestattungsgG.

²¹¹ § 19 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG; § 19 Abs 5 wr Leichen- und BestattungsgG.

²¹² § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 4 tir GemeindegesundheitsdienstG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG.

tige Regelung. Das bedeutet aber nicht, dass dem Universitätsinstitut Wien keine Leichen zukommen: Nach dem Großteil der Leichengesetze kann die Gemeinde frei wählen, welchem Universitätsinstitut der Leichnam überlassen werden soll. Lediglich in drei Bundesländern bestehen Beschränkungen: Gem § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG ist eine Übergabe nur an die anatomischen Institute der Universitäten Wien und Graz gestattet, nach § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG besteht eine Beschränkung auf das anatomische Institut der Universität Graz und gem § 30 Abs 4 tir GemeindesaniättsdienstG darf der Leichnam nur der Universität Innsbruck überlassen werden. Durch diese Einschränkungen sollen die Universitätsinstitute bestimmter Bundesländer gefördert werden.

Aufgrund der angeführten Bestimmungen ist das jeweilige anatomische Institut berechtigt, den Leichnam für Zwecke im Rahmen seines Tätigkeitsbereiches zu verwenden. Das bedeutet, dass die Leiche zB für die Ausbildung zukünftiger Ärzte, die ärztliche Weiterbildung sowie für die medizinisch-wissenschaftliche Forschung eingesetzt werden darf.²¹³

In Oberösterreich und in Salzburg ist die Übergabe der Leiche an ein anatomisches Institut durch die Gemeinde unzulässig, wenn eine Erklärung des Verstorbenen vorliegt, in der sich dieser gegen eine solche Vorgangsweise ausgesprochen hat.²¹⁴ Liegt ein solcher Wille des Verstorbenen vor, so wird die Überlassung des Leichnams auch in den übrigen Bundesländern nicht zulässig sein. Es kann diesbezüglich auf jene Bestimmungen verwiesen werden, nach denen der Verstorbene zu seinen Lebzeiten die Bestattungsart festlegen²¹⁵ oder die Vornahme einer Obduktion anordnen kann²¹⁶. Aus diesen Regelungen geht hervor, dass dem Willen des Verstorbenen in allen Bundesländern Bedeutung beigemessen wird.

²¹³ *Kopetzki* Leichnam 870.

²¹⁴ § 15 Abs 3 öo LeichenbestattungsgG und § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG.

²¹⁵ Für das Burgenland: § 20 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; für Niederösterreich: § 12 Abs 2 nö BestattungsgG; für die Steiermark: § 17 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; für Vorarlberg: § 3 Abs 2 vbg BestattungsgG; für Wien: § 28 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG.

²¹⁶ Für Kärnten: § 10 Abs 3 ktn BestattungsgG; für Tirol: § 31 Abs 2 tir GemeindesaniättsdienstG.

g. Andere Institutionen

Zu fragen bleibt noch, ob Institutionen, wie zB ein **Museum**, als Verfügungs- berechtigte iSd § 190 Abs 1 StGB angesehen werden können. Denkbar ist, dass der Verstorbene selbst oder der Totensorgeberechtigte verfügt, der Leichnam solle dem pathologischen Museum Wien übergeben werden. Hierzu wird vertreten, dass unter dem Begriff des Verfügungsberechtigten lediglich der zur Totensorge Berechtigte, also derjenige, der die Bestattung zu besorgen hat, zu verstehen ist.²¹⁷ Eine später über den Leichnam (etwa zivilrechtlich) berechtigte Person solle nicht Verfügungsberechtigt iSd § 190 Abs 1 StGB sein.²¹⁸ Nach dieser Ansicht kann die Verfügungsberechtigung also nicht übertragen werden. Kommt es zu einer Verfügung des Totensorgeberechtigten, zB Übergabe an ein Museum, ist die Verfügungsberechtigung über den Leichnam damit ausgeschöpft und geht unter. Die Konsequenz wäre, dass eine Entfernung von Leichenteilen aus dem Museum mangels eines Verfügungsberechtigten, dem die Teile entzogen werden könnten, nicht unter § 190 Abs 1 StGB fällt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Verfügungsberechtigung nach erfolgter Verfügung zwar nicht erlischt, sondern beim Totensorgeberechtigten verbleibt, stellt sich das gleiche Problem, wenn der Totensorgeberechtigte verstirbt. In diesem Fall gibt es dann auch keinen Verfügungsberechtigten mehr, so dass jeglicher Entzug straflos wäre.

Dieses Ergebnis erscheint vom Wortlaut her betrachtet nicht geboten. Es ist sachgerechter, von der – ohnedies nahe liegenden - Übertragung der Verfügungsberechtigung auszugehen: Jeder, der den Leichnam durch Verfügung eines Verfügungsberechtigten erhalten hat, wird seinerseits zum Verfügungsberechtigten iSd § 190 Abs 1 StGB.²¹⁹ So kann auch eine Institution, wie zB ein Museum, Verfügungsberechtigt iSd § 190 Abs 1 StGB sein. Rechtlich muss der ehemals Verfügungsbefugte sein Einverständnis zur Übergabe der Leiche an das Museum erteilen. Dadurch wird der Rechtsträger des Museums, vertreten durch den Museumsdirektor, der neue Verfügungsberechtigte. Er kann seinerseits der Weitergabe des Leichnams zustimmen, etwa wenn der Leichnam für eine internationale Ausstellung an ein anderes Museum übergeben werden soll. Wird der Leichnam nicht mehr benötigt, so hat das Museum für seine Bestattung zu sor-

²¹⁷ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 7.

²¹⁸ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 7 in Bezug auf die Entfernung eines Arms aus dem Sezierraum.

²¹⁹ So wohl auch *Edlbacher* Leichenteile 454.

gen. Bei einer unbefugten Entfernung des Leichnams oder seiner Teile aus dem Museum – ein Museumsbesucher nimmt zB einen Knochen eines menschlichen Skeletts mit –, liegt ein Entziehen gegenüber dem Museum vor. Stirbt der Museumsdirektor, so geht die Verfügungsbefugnis auf seinen Nachfolger über. An einem Verfügungsberechtigten mangelt es somit nur im Falle des Konkurses des Museums. Diesfalls geht die Verfügungsberechtigung wohl auf die Gemeinde über, die für die Bestattung des Leichnams zu sorgen hat.

3. Beseitigung der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit

Der Begriff „entziehen“ meint die Beseitigung der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf eines der drei genannten Tatobjekte, ohne dass der Verfügungsberechtigte damit einverstanden ist.²²⁰ Unter tatsächlicher Zugriffsmöglichkeit ist die Möglichkeit der Herstellung einer körperlichen Nahebeziehung zum Tatobjekt zu verstehen. Der Beisatz „tatsächlich“ stellt klar, dass es um ein faktisches Zugreifen-Können und nicht um ein rechtliches Zugreifen-Dürfen geht.

Das Entziehen des Leichnams wird meist durch eine **Ortsveränderung** des Leichnams erreicht. Dabei ist immer auf die zuletzt vorhandene Zugriffsmöglichkeit Bezug zu nehmen. Wird der Leichnam zB ohne Willen des Berechtigten von der Krankenanstalt, wo die Person verstorben ist, in eine Forschungseinrichtung gebracht, so ist dem Berechtigten dort vielleicht auch die Möglichkeit des Zugriffs auf die Leiche eingeräumt. Aber die Zugriffsmöglichkeit auf den Leichnam *in der Krankenanstalt* ist beseitigt worden. Damit liegt bereits ein Entziehen iSd § 190 Abs 1 StGB vor.

Eine Ortsveränderung ist nach dem Gesetzeswortlaut, der darauf abstellt, dass das Tatobjekt einem Verfügungsberechtigten entzogen wird, aber nicht unbedingt erforderlich.²²¹ Im Gegensatz zur Tathandlung Wegschaffen, wonach der Täter das Objekt *aus* einer geschützten Stätte *wegschaffen* muss,²²² kann die

²²⁰ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 15 (2. Lfg). Nach *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 8 kommt es auf ein Ausschalten der Verfügungsgewalt an; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 8 stellen auf ein Entfernen aus dem Machtbereich des Verfügungsberechtigten ab.

²²¹ *Triffterer* SbgK § 190 Rz 15 (2. Lfg); *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 8; aA SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung) und *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 8, die auf die Entfernung aus dem (tatsächlichen und rechtlichen) Machtbereich des Verfügungsberechtigten abstellen.

²²² Siehe dazu weiter unten Seite 56 f.

Entziehungshandlung, die lediglich in der Beseitigung der Zugriffsmöglichkeit des Verfügungsberechtigten besteht, auch ohne Ortsveränderung gesetzt werden. So ist an das bloße **Vorenthalten der Leiche** zu denken. Ein Entziehen ist daher gegeben, wenn der Leichnam an Ort und Stelle verbleibt, die Aufbahrungsstätte von einem unliebsamen Verwandten aber in einer solchen Weise verschlossen wird, dass dem Verfügungsberechtigten dadurch der Zutritt zum Leichnam verwehrt ist.²²³ Ohne Möglichkeit des Zutritts ist auch die Zugriffsmöglichkeit auf den Leichnam vereitelt. Dies führt dazu, dass der Verfügungsberechtigte seine Befugnis, die sich ua aus dem Totensorgerecht ableitet, welches die Bewahrung und Versorgung der Leiche beinhaltet,²²⁴ nicht in vollem Maße ausüben kann; wird dem Verfügungsberechtigten der Zutritt zum Leichnam verweigert, kann er diesen zB nicht für das Begräbnis vorbereiten.

Ferner ist die Zugriffsmöglichkeit dann ausgeschaltet, wenn dem Verfügungsberechtigten der **Verbleib des Leichnams verdunkelt** wird.²²⁵ Zu denken ist etwa an den Fall, in dem dem Verfügungsberechtigten von der Krankenanstaltsleitung nicht mitgeteilt wird, wohin der Leichnam verbracht wurde.

Unerheblich ist, ob sich der Berechtigte des Entzugs des Tatobjekts bewusst ist.²²⁶ Inhalt des Tatbestandes ist lediglich, dass es objektiv gesehen zum Entzug des Leichnams, also zur Beseitigung der Zugriffsmöglichkeit kommt. Die *Möglichkeit*, auf den Leichnam zugreifen zu können, repräsentiert bereits einen selbständigen Wert, der auch dann beeinträchtigt ist, wenn der Berechtigte diesbezüglich kein Bewusstsein hat.²²⁷ Demnach sind nicht nur solche Verhaltensweisen erfasst, die gegen den Willen des Verfügungsberechtigten, sondern auch solche, die *ohne* sein Wissen und seinen Willen stattfinden. Oftmals wird der Verfügungsberechtigte gar nicht gefragt, ob er seine Zustimmung zu einer bestimmten Verfahrensweise mit dem Leichnam erteilt. Auch bei § 127 StGB, bei dem es letztlich ebenfalls um ein „Entziehen“ geht, kommt es nicht darauf an, dass sich

²²³ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 15 (2. Lfg).

²²⁴ *Müller* Rechtssubjektivität 130.

²²⁵ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 7.

²²⁶ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 4 (2. Lfg). Auch bei § 99 StGB kommt es nicht darauf an, dass das Opfer Kenntnis von seinem Freiheitsentzug hat, damit es in seiner Bewegungsfreiheit überhaupt eingeschränkt ist: *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ § 99 Rz 11; *Lewis* BT I² 98; *Schmoller SbgK* § 99 Rz 12. Anders die hM: JBl 1992, 662; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 99 Rz 9; *Schwaighofer WK-StGB*² § 99 Rz 7.

²²⁷ So in Bezug auf § 99 StGB: *Schmoller SbgK* § 99 Rz 12.

das Opfer des Verlusts bewusst ist.²²⁸ Abgesehen davon gibt es Konstellationen, in denen der Berechtigte nicht nur keine Kenntnis von der Beseitigungshandlung hat, sondern niemals Kenntnis von der bestehenden Zugriffsmöglichkeit hatte. Zu denken ist an den Fall, dass eine Person nicht weiß, dass ihre kranke Mutter soeben im Spital verstorben ist oder sich selbst umgebracht hat. Ohne Kenntnis von der Existenz eines Leichnams hat der Berechtigte auch keine Kenntnis von seiner Zugriffsmöglichkeit auf diesen. Trotzdem darf ihm der Leichnam seiner Mutter nicht entzogen werden.

4. Zeitliche Komponente

Für die Beseitigung der Zugriffsmöglichkeit reicht es aus, dass die Verfügungsgewalt des Berechtigten **zumindest vorübergehend nicht ausgeübt** werden kann.²²⁹ Dennoch ist ein Entziehen iSd § 190 Abs 1 StGB erst beim Überschreiten einer gewissen **Erheblichkeitsschwelle iS einer zeitlichen Komponente** gegeben. Für die Frage, welche Zeitspanne erforderlich ist, lohnt sich ein Blick in die Literatur zu § 195 Abs 1 StGB. Nach diesem Tatbestand ist ua zu bestrafen, wer eine Person unter 16 Jahren dem Erziehungsberechtigten entzieht. Teleologisch ist diese Bestimmung gut mit § 190 Abs 1 StGB vergleichbar, weil es in beiden Fällen darum geht, dass der Berechtigte (Erziehungsberechtigter bei § 195 Abs 1 StGB bzw Verfügungsberechtigter bei § 190 Abs 1 StGB) sein Recht faktisch nicht ausüben kann.

In Bezug auf die zeitliche Komponente bei § 195 Abs 1 StGB wird eine starre Frist zumeist abgelehnt.²³⁰ Vielmehr kommt es auf die konkrete Einzelsituation an. Dabei sind sowohl das Alter des Minderjährigen als auch Umstände wie die räumliche Entfernung zu berücksichtigen.²³¹ Je schwieriger der Minderjährige zu erreichen ist, desto weniger Zeit muss vergehen, um den Tatbestand zu erfüllen.²³² Diese Kriterien können insofern auf § 190 Abs 1 StGB umgelegt werden, als es auch hier auf die Umstände der konkreten Situation ankommt. Je schwerwiegender die Einzelumstände sind, desto schneller ist das Entziehen gem § 190

²²⁸ *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 99.

²²⁹ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 8; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 15 (2. Lfg).

²³⁰ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 195-196 Rz 13; *Markel* WK-StGB² § 195 Rz 20. Nach *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ § 195 Rz 3 muss die Entziehung mindestens 24 Stunden andauern.

²³¹ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 195-196 Rz 13.

²³² Vgl *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 195-196 Rz 14.

Abs 1 StGB erfüllt. Erschwerende Begleitumstände liegen wohl dann vor, wenn der Berechtigte auf den Leichnam nicht nur nicht zugreifen kann, sondern ihm zudem verheimlicht wird, wo sich dieser befindet.²³³ Eine solche Situation ist für den Betroffenen idR besonders belastend, weil er sich ausmalt, was dem Leichnam wohl alles Schreckliche zugestoßen sein mag. Wird der Verfügungsberechtigten daher im Ungewissen darüber gelassen, was mit dem Leichnam geschehen ist, so ist bereits eine kürzere Zeitspanne ausreichend, um den Tatbestand iSd Entziehens herzustellen, als wenn dem Berechtigten zwar der Zutritt zum Leichnam in einem bestimmten Raum verwehrt wird, er aber zumindest weiß, dass sich darin der Leichnam befindet.

5. Kein Erfordernis eines Gewahrsamsbruches

Abzulehnen ist jene Mindermeinung²³⁴, nach der die Wendung „... einem Verfügungsberechtigten entzieht“ einen Gewahrsamsbruch beim Verfügungsberechtigten erfordert.²³⁵ Dies geht aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervor. Selbst bei § 135 Abs 1 StGB, der die Formulierung „... aus dessen *Gewahrsam* ... entzieht“ enthält, wird vielfach vertreten, dass ein Gewahrsamsbruch bei der Sacherlangung nicht nötig ist. Ausreichend sei, dass der Täter dafür sorgt, dass die Sache nie wieder in den Gewahrsam des Berechtigten zurückkehrt.²³⁶ § 190 StGB hingegen enthält nicht einmal den Begriff „Gewahrsam“.

Die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit, die durch das Entziehen beseitigt wird, ist nicht gleichzusetzen mit dem Gewahrsamsbegriff. Gewahrsam wird nach hA als tatsächliche Sachherrschaft, die von Herrschaftswillen getragen ist, definiert.²³⁷ Beide Elemente, Sachherrschaft und Herrschaftswille, sind für das Be-

²³³ So ist für ein Entziehen nach § 195 Abs 1 StGB bereits eine geringe räumliche Trennung zum Minderjährigen ausreichend, wenn der Aufenthaltsort geheim gehalten wird; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 195-196 Rz 14.

²³⁴ *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 8.

²³⁵ SSSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

²³⁶ SSSt 52/18 = EvBl 1981/202; *Burgstaller* Diebstahl 541; *Fuchs* Dauernde Sachentziehung 10, *Fuchs* Tathandlung der Dauernden Sachentziehung 206, *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 138; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 135 Rz 5; *Mayerhofer* StGB⁵ § 135 Rz 1. Für Gewahrsamsbruch: *Bertel* WK-StGB² § 135 Rz 1 ff; *Fabrizy* StGB⁹ § 135 Rz 5; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 135 Rz 4 f; *Lewisch*, BT I² 200.

²³⁷ *Fabrizy* StGB⁹ § 127 Rz 1; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 117; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 61; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 21; *Lewisch* BT I² 148; *Mayerhofer* StGB⁵ § 127 Rz 42.

stehen der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit iS der Möglichkeit der Herstellung einer körperlichen Nahebeziehung zum Tatobjekt nicht erforderlich.

Das Abstellen auf einen Gewahrsamsbruch würde die Anwendbarkeit des § 190 Abs 1 StGB überdies erheblich einschränken. Denn muss erst Gewahrsame am Leichnam gebrochen werden, um § 190 Abs 1 StGB in der Alternative Entziehen zu erfüllen, wären all jene Fälle straflos, in denen jemand die Leiche bereits in seiner von Herrschaftswillen getragenen Sachherrschaft hat und anschließend dafür sorgt, dass sie dem Verfügungsberechtigten nicht mehr zukommt. Verstirbt eine Person im Krankenhaus, ohne dass ihre Angehörigen anwesend sind, so befindet sich der Leichnam in der Gewahrsame des Stationsleiters. Bei einer eigenmächtigen Entfernung von Leichenteilen könnte der Stationsleiter nicht nach § 190 Abs 1 StGB bestraft werden, da er als Gewahrsamsinhaber keinen Gewahrsamsbruch begehen kann.²³⁸ Für eine solche Tatbestandsreduktion besteht aus teleologischer Sicht kein Anlass.

Wäre es dem Gesetzgeber bei § 190 Abs 1 StGB auf einen Gewahrsamsbruch angekommen, so hätte er eine diesbezügliche Formulierung in den Wortlaut aufgenommen. So fordert zB die deutsche Regelung der Störung der Totenruhe gem § 168 Abs 1 dStGB, dass die geschützten Objekte *aus dem Gewahrsam* des Berechtigten *weggenommen* werden. Damit wird für die Verwirklichung des § 168 Abs 1 dStGB ein Gewahrsamsbruch verlangt:²³⁹ Wegnehmen bedeutet nach sowohl deutscher als auch österreichischer hM das Beseitigen fremden Gewahrsams.²⁴⁰ Dass der deutsche Gesetzgeber auf einen Gewahrsamsbruch abstellt, wird aus den bereits angeführten Gründen als problematisch angesehen.²⁴¹ Denn damit werden nur jene Leichen vor eigenmächtiger Entfernung geschützt, die sich ursprünglich im Gewahrsam eines Berechtigten befunden haben.

²³⁸ Czerner Leichenteilasservate 95; Schroth Organspende 371.

²³⁹ Dippel LK¹¹ § 168 Rz 29; Herzog NK³ § 168 Rz 12; Hörnle MK § 168 Rz 16.

²⁴⁰ Für Österreich: Fuchs/Reindl-Krauskopf BT I³ 120; Kienapfel/Schmoller StudB BT II § 127 Rz 61; Lewisch BT I² 150; Leukauf/Steininger StGB³ § 127 Rz 20; Mayerhofer StGB⁵ § 127 Rz 40. Für Deutschland: Kindhäuser NK³ § 242 Rz 27; Ruß LK¹¹ § 242 Rz 17; Schmitz MK § 242 Rz 41.

²⁴¹ Czerner Leichenteilasservate 95 mwN; Hörnle MK § 168 Rz 14 f; Stellpflug Schutz 14 f.

6. Verletzung der Pietät

Bei jeder Organtransplantation von einem Leichnam oder bei Entnahmen im Zuge einer Obduktion kommt es zur Entfernung von Leichenteilen. Hat der Verfügungsberechtigte dieser Maßnahme nicht zugestimmt,²⁴² ist der Tatbestand des § 190 Abs 1 StGB in der Deliktsvariante Entziehen erfüllt.²⁴³

Dies wird jedoch nicht von allen uneingeschränkt so gesehen. Strittig ist, ob jegliches Entziehen tatbildmäßig ist oder ob das Entziehen auf pietätverletzende Weise stattfinden muss, damit der Tatbestand nach § 190 Abs 1 StGB erfüllt ist. Der Schutz der Pietät ist schließlich der einzige Grund für das strafbeschwerte Verbot der Störung der Totenruhe.²⁴⁴ So wird argumentiert, dass der Wortlaut des § 190 StGB durch die Formulierung „wer ... Teile eines Leichnams ... einem Verfügungsberechtigten entzieht“ überschießend sei.²⁴⁵ Damit wären Verhaltensweisen erfasst, die im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut neutral seien.

Im Zusammenhang mit Organtransplantationen oder Entnahmen bei Obduktionen wird vertreten, dass eine Pietätbeeinträchtigung von der Größe und Wertbehaftheit des entzogenen Leichenteils abhängig sei.²⁴⁶ Damit wurde auch im sog Anlassfall für die Novellierung des KAKuG argumentiert: Der Primarius eines Unfallkrankenhauses wurde wegen § 190 Abs 1 StGB schuldig gesprochen, weil er einem Verstorbenen ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten Knochensplitter entnommen und zu Transplantationszwecken auf einer Knochenbank aufbewahrt hatte.²⁴⁷ In zweiter Instanz erfolgte ein Freispruch für den Arzt, jedoch nur aus formalen Gründen; zur materiellrechtlichen Frage nahm das Rechtsmittelgericht keine Stellung. Der Ausgang dieses Falles führte zu großer Verunsicherung bei Medizinern und zu heftigen Debatten unter Juristen. Es wur-

²⁴² Andernfalls läge ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Siehe dazu unten Seite 54.

²⁴³ *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 29*; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 9.

²⁴⁴ EBRV 30 BlgNR 18. GP, 328; *Bernat Schlittenversuche 353*; *Brandstetter Aspekte 92*; *Brandstetter Grenzen 124*; *Brandstetter Leichnam 873*; *Foregger WK-StGB*² Vorbem zu §§ 188-191 Rz 6; *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 1; *Hinterhofer BT II*⁴ § 188 Rz 2; *Kienapfel/Schmoller BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8*; *Kopetzki Organgewinnung 265*; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 3; *Platzgummer Misshandlung 139*; *Triffterer SbgK § 190 Rz 1 (2. Lfg)*; SSt 22/75; SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

²⁴⁵ Vgl *Brandstetter Leichnam 874 f*; *Brandstetter Aspekte 92*.

²⁴⁶ *Brandstetter Aspekte 93*; *Fuhrmann Transplantate 260*.

²⁴⁷ Das Urteil ist nicht veröffentlicht. Die hier vorgenommene Darstellung bezieht sich auf die Ausführungen bei *Fuhrmann Transplantate 259*. Diese höchstgerichtliche Entscheidung galt als sog Anlassfall für die Schaffung der §§ 62a-c KAKuG. Siehe dazu ausführlich *Kopetzki Organgewinnung 18 ff*.

de vertreten, dass diese Entziehungshandlung nicht auf pietätverletzende Weise stattgefunden habe, weil sich mit derart geringfügigen und für das äußere Erscheinungsbild der Leiche unmaßgeblichen Teilen wie Knochensplittern kein Pietätgefühl verbände.²⁴⁸ Diese Verunsicherung beseitigte der OGH einige Jahre später, als er die sog Hypophysenentscheidung fällte: Er bestätigte die Verurteilung von zwei Prosekturgehilfen, die im Anschluss an (rechtmäßig angeordnete) Obduktionen Hypophysen entnahmen und diese gegen ein Entgelt von ÖS 70 pro Stück an pharmazeutische Betriebe zur Arzneimittelherstellung abgaben. Denn nach Ansicht des **OGH** könnten **auch „unbedeutende und an sich unauffällige“ Teile** Tatobjekt der Handlungsvariante Entziehen sein.²⁴⁹

Nun ist zunächst festzuhalten, dass jegliches Entziehen zu einer Beeinträchtigung der Verfügungsbefugnis des Berechtigten führt;²⁵⁰ fehlen Knochensplittter oder die Hypophyse, so kann der Berechtigte keine Verfügungen mehr darüber treffen. Damit ist auch schon die Pietät beeinträchtigt, da das Respektieren einer bestehenden Verfügungsbefugnis Teil des pietätvollen Umgangs mit dem Leichnam ist. Die Verfügungsbefugnis ist daher ein Teilaspekt des Rechtsguts Pietät.

Zu diskutieren ist aber, ob manche Entziehungshandlungen die Verfügungsbefugnis – und damit die Pietät – nicht bloß in derart geringem Ausmaß beeinträchtigen, so dass diese nicht geeignet sind, den Tatbestand herzustellen.²⁵¹ Damit ist das Instrument der **teleologischen Reduktion** angesprochen, mit dem der Anwendungsbereich eines Tatbestandes mit Blick auf Sinn und Zweck der Regelung hinter den sprachlich möglichen Wortsinn zurückgeführt wird.²⁵² Als Ausgangspunkt dafür, welche Entziehungshandlungen nicht zur Verwirklichung der Tathandlung führen, muss man sich fragen, was die Verfügungsbefugnis über den Leichnam für den Berechtigten bedeutet. In erster Linie geht es darum, dass der Berechtigte den toten Körper in seiner Vollständigkeit bewahren möchte. Dabei spielt es aber eine große Rolle, wie wir den Toten in Erinnerung haben. Der erste Gedanke knüpft mit Sicherheit nicht an die Knochensplittter des Verstorbenen an, sondern viel eher an das äußere Erscheinungsbild. Das

²⁴⁸ Insb *Fuhrmann* Transplantate 260.

²⁴⁹ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

²⁵⁰ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 8; *Kopetzki* Organgewinnung 265.

²⁵¹ So *Brandstetter* Aspekte 93.

²⁵² *Fuchs* AT I⁷ 4/18 f; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 9 RN 27.

bedeutet, dass sichtbaren Teilen des Leichnams besonderer Stellenwert zukommt. Werden dem Leichnam daher Gewebeteile von exponierten, sichtbaren Stellen entfernt, so ist die Tathandlung Entziehen iSd § 190 Abs 1 StGB erfüllt. Ein weiteres Kriterium ist die Größe des weggenommenen Teils. Das Pietätgefühl wird nur in geringem Maße beeinträchtigt, wenn es sich um einen sehr kleinen Teil bzw um eine sehr kleine Menge handelt. Zu denken wäre an das Entfernen eines Haares, eines kleinen Stückchens Haut (von nicht exponierter Stelle), weniger Tropfen Blut oder an das Schneiden der Nägel.²⁵³ Ferner spielt es auch eine Rolle, ob der betroffene Teil vielfach im Leichnam vorhanden ist. Gewebe oder Blut sind zB weniger individualisierbar als die Hypophyse, die Niere oder gar das Herz (die beiden letztgenannten Teile würden schon aufgrund ihrer Größe den Tatbestand erfüllen). Handelt es sich um einen Teil, der bei einem lebenden Menschen nachwachsen bzw sich nachbilden würde, so ist dies ebenfalls von Bedeutung. Mit solchen Teilen, wie zB Blut oder Haut, sind idR weniger Pietätgefühle verbunden.

Das Resultat, dass es bei den angesprochenen Teilen mangels Pietätbeeinträchtigung nicht zur Verwirklichung des Tatbestandes kommt, ist gut mit den übrigen Tathandlungen des § 190 StGB vereinbar, denn auch bei den Begehungsformen des Misshandelns²⁵⁴, Vernehmens²⁵⁵ und Entferns von Schmuck²⁵⁶ ist eine Geringfügigkeitsgrenze anzunehmen.

7. Zustimmung

Ist der Verfügungsberechtigte mit dem Entzug des Tatobjekts einverstanden, so kann begrifflich gesehen kein „Entziehen“ mehr verwirklicht werden.²⁵⁷ Die Tathandlung des Entziehens setzt ein Verhalten gegen oder ohne Willen des Berechtigten voraus. Eine Zustimmung zum Entzug ist rechtlich als **Einverständnis** zu bewerten, welches zum Ausschluss des Tatbestandes führt und nicht etwa erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen ist.²⁵⁸

²⁵³ Das Entfernen von Haut oder das Entnehmen von Blut kann uU bereits die Tathandlung des Misshandelns erfüllen. Dazu unten Seite 60 ff.

²⁵⁴ „Nicht unerhebliche Trübung des körperlichen Wohlbefindens“: Siehe unten Seite 60.

²⁵⁵ „Missachtung in derber und deutlicher Weise“: Siehe unten Seite 68 f.

²⁵⁶ Siehe Seite 71 f.

²⁵⁷ *Kopetzki* Schwangerschaft 73.

²⁵⁸ *Hinterhofer* Einwilligung 10 f; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 8; *Stellpflug* Schutz 123.

8. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe

Für die Tathandlung Entziehen kann insb durch folgende Bestimmungen eine Rechtfertigung erzielt werden: Organtransplantation gem § 62a KAKuG²⁵⁹, gerichtliche Obduktion gem § 128 Abs 2 StPO²⁶⁰, sanitätsbehördliche Obduktion gem § 5 Abs 2 EpidemieG²⁶¹, klinische Obduktion gem § 25 Abs 1 KAKuG²⁶², „Privatobduktion“ gem § 25 Abs 2 KAKuG²⁶³, Obduktion in privaten Krankenanstalten gem § 40 Abs 1 lit b KAKuG²⁶⁴, Verwendung beim Menschen gem § 4 Abs 5 GSG²⁶⁵ und die Übergabe an ein anatomisches Institut²⁶⁶ nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen²⁶⁷.

B. „... aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte wegschafft ...“

1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt

Diese Tatbegehungsvariante bezieht sich ebenso wie die Handlungsmodalität des Entziehens auf die Tatobjekte Leiche, Leichenteile und Asche eines Toten. Sie müssen aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte entfernt werden, damit die Tatbegehungsvariante Wegschaffen erfüllt ist. Das Entfernen von anderen Orten ist nicht tatbildlich iS dieser Begehungsvariante.

Im Gegensatz zur Entziehung geht es hier weniger um die Absicherung der Verfügungsbefugnis über den Leichnam. Die Ausführungshandlung des Wegschaffens schützt in erster Linie die **Totenruhe an sich** als Ausprägung des Rechtsguts Pietät. Mit dem Verbot des Wegschaffens aus einer der geschützten Stätten soll erreicht werden, dass der Verstorbene an der ihm zugeordneten Stät-

²⁵⁹ Seite 77 ff.

²⁶⁰ Seite 107 f.

²⁶¹ Seite 109 f.

²⁶² Seite 110 ff.

²⁶³ Seite 114 ff.

²⁶⁴ Seite 118 f.

²⁶⁵ Seite 101 ff.

²⁶⁶ Seite 119 f.

²⁶⁷ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 öö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 4 tir GemeindesaniättsdienstG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG.

te verbleibt und dort nach den allgemeinen Vorstellungen der Pietät zur Ruhe kommen kann.

2. Örtliche Veränderung

Das Wegschaffen des Tatobjekts aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte setzt eine örtliche Veränderung voraus.²⁶⁸ Das ergibt sich aus der Formulierung „... aus ... wegschafft ...“. Das Tatbild ist demnach erfüllt, wenn der Leichnam aus dem Sarg genommen und zB im Wald abgelegt wird, aber auch dann, wenn die Leiche in einen anderen Sarg gelegt wird.²⁶⁹ Wird der Sarg lediglich geöffnet, so ist dies nicht ausreichend, weil hier keine räumliche Veränderung hinsichtlich eines Tatobjekts vorgenommen wird.²⁷⁰ Bei der Totenasche ist der Tatbestand verwirklicht, wenn die Asche aus deren Beisetzungsstätte, nämlich der Urne, geleert wird.

Obwohl die örtliche Veränderung das Wesensmerkmal der Tathandlung Wegschaffen darstellt, ist es unerheblich, wie weit die Entfernung zwischen der Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte und jenem Ort ist, an dem die Leiche hingebacht wird.²⁷¹ Es reicht bereits eine minimale räumliche Veränderung aus. Der Grund liegt darin, dass mit der Tathandlung Wegschaffen allein der Schutz der Totenruhe verfolgt wird; die Totenruhe ist auch bei einer geringen Entfernung zur letzten Ruhestätte beeinträchtigt. Eine Enterdigung, bei der die Leiche direkt neben das Grab gelegt wird, stellt daher auch ein Wegschaffen aus der Beisetzungsstätte dar.²⁷² Wird der Leichnam hingegen lediglich innerhalb seines Sarges um einige Zentimeter verrückt, so ist damit der Tatbestand noch nicht verwirklicht. Diese Handlung mag zwar auch die Ruhe des Toten beeinträchtigen, sie erfüllt aber kein *Wegschaffen aus* einer geschützten Stätte.

Im Gegensatz zum Entziehen muss beim Wegschaffen die Verfügungsgewalt des Berechtigten nicht beeinträchtigt werden.²⁷³ Es reicht daher aus, dass

²⁶⁸ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 16 (2. Lfg).

²⁶⁹ *SSSt 22/75; Triffterer SbgK* § 190 Rz 18 (2. Lfg).

²⁷⁰ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 18 (2. Lfg).

²⁷¹ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 18 (2. Lfg).

²⁷² *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 9; *Triffterer SbgK* § 190 Rz 18 (2. Lfg).

²⁷³ *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 9; *Triffterer SbgK* § 190 Rz 18 (2. Lfg).

der Sarg aus der Aufbahrungshalle getragen und auf der Straße abgestellt wird, auch wenn der Verfügungsberechtigte dort Zugriff auf den Leichnam hat.²⁷⁴

3. Verletzung der Pietät

Für manche Autoren erfüllt das Überstellen einer Mumie in ein Museum oder die ehrenvolle Überführung eines Verstorbenen aus einem Grab in ein anderes kein Wegschaffen iSd § 190 Abs 1 StGB.²⁷⁵ Der Grund liege darin, dass derartige Handlungen nicht pietätlos seien.²⁷⁶ Eine Pietätverletzung sei nur dort anzunehmen, wo die Verhaltensweise eigenmächtig oder widerrechtlich gesetzt werde.²⁷⁷

Bei der Frage, welche Handlungen geeignet sind, ein Wegschaffen darzustellen, ist auf die Teleologie Bedacht zu nehmen. Die Tathandlung Wegschaffen schützt die Totenruhe des Verstorbenen. Das bedeutet, dass der Verstorbene grundsätzlich an jenem Ort verbleiben soll, an dem er bestattet wurde. Ein Ortswechsel beeinträchtigt den Toten in seiner letzten Ruhe, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen eigenmächtigen oder erlaubten Ortswechsel handelt. Die Frage der **Erlaubtheit**²⁷⁸ spielt nämlich **erst auf Rechtswidrigkeitsebene** eine Rolle; dort kann sie einen Rechtfertigungsgrund darstellen. Eine Einschränkung der Tatbestandsmäßigkeit über eine allfällige Erlaubtheit widerspricht der Systematik des Gesetzes. Dies geht auch eindeutig aus den Protokollen der Strafrechtskommission hervor: Der Gesetzgeber verfolgte bei der Gestaltung des StGB zumeist den Grundsatz, die Rechtswidrigkeit der Tat im Tatbestand nicht zu erwähnen, weil es selbstverständlich ist, dass bloß rechtswidriges (und schuldhaftes) Verhalten strafbar ist.²⁷⁹ Es würde daher der Trennung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zuwiderlaufen, bei der Interpretation des Begriffes „wegschaffen“ auf eine Unbefugtheit abzustellen.

Eine Einschränkung der Tatbestandsmäßigkeit erscheint aber bei all jenen Handlungen sachgerecht, die typischerweise mit einer Bestattung verbunden

²⁷⁴ Foregger WK-StGB² § 190 Rz 9.

²⁷⁵ Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 9.

²⁷⁶ Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 9.

²⁷⁷ Bertel/Schwaighofer BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 2; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 9; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 11b; Stellpflug Schutz 114.

²⁷⁸ Zu den in Frage kommenden Rechtfertigungsgründen siehe sogleich Seite 59.

²⁷⁹ ProtStRKomm 1959 4. Sitzung, 357. Systemwidrigkeiten bestehen bei §§ 99 und 107a StGB, wo der Gesetzeswortlaut auf die Widerrechtlichkeit der Tathandlung abstellt.

sind. Zu denken ist zB an das Tragen des Leichnams durch den Totengräber aus der Totenkapelle, die als Aufbahrungsstätte eine der geschützten Stätten darstellt, zum Grab. Der Grund für diese Ausnahme aus der Tatbestandsmäßigkeit liegt darin, dass die Bestattung die **Regel im Umgang mit einem Leichnam** darstellt; aus dem landesgesetzlichen Leichenrecht ergibt sich sogar der Zwang zur Bestattung von Leichen.²⁸⁰ All jene aus dem Brauchtum stammenden Verhaltensweisen, die mit einer gesetzlich zulässigen Bestattungsart in engem Zusammenhang stehen, erfüllen daher nicht die Tathandlung Wegschaffen.²⁸¹

Eine solche Tatbestandseinschränkung findet sich auch bei der Heilbehandlung von Lebenden: Medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Heileingriffe erfüllen nach der hL und Jud nicht den Tatbestand eines Körperverletzungsdelikts.²⁸² Denn „Heilen ist das Gegenteil von Verletzen“.²⁸³ Die Heilbehandlung ist auf Wiederherstellung der Gesundheit gerichtet; die vorübergehende Beeinträchtigung der Körpersubstanz ist keine selbständige Wertungsstufe.²⁸⁴ Auch das lege artis vorgenommene Bestatten einer Leiche ist als Gegenteil zur Störung der Totenruhe zu sehen. Das Tragen des Leichnams aus der Aufbahrungsstätte, um ihn der Bestattung zuzuführen, ist im Hinblick auf diesen angestrebten „Enderfolg“ nicht isoliert zu bewerten und daher nicht tatbestandsmäßig iS der Variante Wegschaffen. Diese Ansicht kann auch auf andere Tathandlungen des § 190 Abs 1 StGB umgelegt werden: So kommt es zu keiner Verwirklichung der Tathandlung Entfernen von Schmuck, wenn der Kranz von der Aufbahrungsstätte genommen und auf das Grab gelegt wird. Auch die Einäscherung eines Leichnams ist als unbewertete Durchgangsstufe zur Bestattung der Asche in einem Urnenhain zu sehen und stellt daher kein Misshandeln dar.²⁸⁵

²⁸⁰ § 19 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 1 ktn BestattungsG; § 11 Abs 1 nö BestattungsG; § 15 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 14 sbg Leichen- und BestattungsG; § 16 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 22 Abs 1 vbg BestattungsG; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG. Das tir Gemeindegewaltsgesetz enthält keinen expliziten Bestattungszwang.

²⁸¹ Vgl JBl 1984/618 m Anm *Kienapfel* und *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 11 RN 7 zur Sozialadäquanz bei brauchtumüblichen Verhaltensweisen.

²⁸² 12 Os 63/01; *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 110 Rz 12; *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 83 Rz 30; *Hirsch* Heilbehandlung 357; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 83 Rz 21; *Lewisch* BT I² 26; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ § 83 Rz 25; *Zipf* Arzt 7. AA *Fuchs* AT I⁷ 16/43; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 41; *Kunst* Heilbehandlung 33; *Loebenstein* Haftung 309.

²⁸³ *Lewisch* BT I² 26.

²⁸⁴ *Hirsch* Heilbehandlung 356; *Rittler* AT² 147.

²⁸⁵ Im Ergebnis genauso SSt 19/190, *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 10 und *Trifflerer* SbgK § 190 Rz 20 (2. Lfg).

Die Tatbestandseinschränkung gilt hingegen nicht bei der Verbringung einer Mumie in ein Museum. Diese Handlung stellt gegenüber Handlungen, die im Zusammenhang mit der Bestattung stehen, eine Ausnahme im Umgang mit dem toten Körper dar. Sie ist tatbestandsmäßig iS der Variante Wegschaffen; eine im Einzelfall erteilte Erlaubnis ist erst auf Rechtswidrigkeitsebene zu beachten.

4. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe

Wird der Leichnam aus einer geschützten Stätte weggeschafft, so ist zunächst an eine Rechtfertigung aufgrund der Exhumierungsvorschriften gem § 128 Abs 3 StPO²⁸⁶ und nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen²⁸⁷ zu denken. Aber auch aus dem Denkmalschutzgesetz könnte sich ein Rechtfertigungsgrund ergeben, etwa wenn ein Leichnam, der unter den Anwendungsbereich des DMSG fällt, gem § 9 Abs 2 DMSG geborgen werden soll.²⁸⁸

C. „... einen Leichnam misshandelt ...“

1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt

Die Begehungsweise des Misshandelns betrifft nach dem Gesetzeswortlaut nur den Leichnam, nicht aber Leichenteile oder die Asche eines Toten. Eine Misshandlung der Asche ist schon begrifflich nicht möglich.²⁸⁹ Befremdlich wirkt aber, dass auch Teile eines Leichnams von der Tathandlung Misshandeln ausgenommen sind. Die Misshandlung des Kopfes einer Leiche ist daher nur tatbestandsmäßig, wenn der Kopf mit dem Rumpf noch verbunden ist. Kickt zB ein Schaulustiger den durch einen Verkehrsunfall abgetrennten Kopf des Opfers zur Seite, so ist er nicht nach § 190 Abs 1 StGB strafbar. Der Kopf als Leichenteil ist nämlich weder taugliches Objekt einer Misshandlung noch der Verunehrung²⁹⁰. Und ein Entziehen liegt auch nicht vor, da die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit durch das Wegkickern idR nicht beseitigt wird. Um derartige grobe Pietätlosigkeiten doch

²⁸⁶ Seite 120 f.

²⁸⁷ Seite 121 ff.

²⁸⁸ Seite 123 ff.

²⁸⁹ Vgl auch *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 11.

²⁹⁰ Zur Tathandlung des Verunehrens siehe Seite 68 ff.

erfassen zu können, wird vereinzelt für eine weite Auslegung des Begriffs der Leiche plädiert.²⁹¹ Nachdem zur Beurteilung des Vorliegens eines Leichnams auf das Gesamterscheinungsbild abzustellen ist,²⁹² wird man bei einem Kopf, der alleine, ohne restlichen Körper aufgefunden wird, nicht von einem Leichnam sprechen können. Liegt der abgetrennte Kopf hingegen in unmittelbarer Nähe zum übrigen Körper, so dass die ehemals bestehende Verbindung erahnbar ist, spricht das Gesamterscheinungsbild eher für das Vorliegen eines Leichnams als bloß eines Leichenteils. Das Wegkicken eines solchen Kopfes kann daher als das Misshandeln eines Leichnams aufgefasst werden.

Von der Begehungsform des Misshandelns wird primär die **körperliche Integrität des Leichnams** als Teilaspekt der Pietät geschützt.²⁹³ Der Grund für diesen Schutz liegt hier nicht wie bei den Körperverletzungsdelikten in dem Umstand, dass Einwirkungen auf den Körper zu Verletzungen oder gar dem Tod führen können und somit gefährlich sind. Solche Folgen sind bei einem Leichnam nicht mehr möglich. Es geht vielmehr um den respektvollen Umgang mit dem toten Körper, der das Unterlassen von verletzenden Eingriffen in den Leichnam beinhaltet. Dies stellt ein Individualinteresse jedes einzelnen dar. Darüber hinaus entspricht es auch den aus dem Totenkult abgeleiteten allgemeinen Pietätvorstellungen, dass die körperliche Unversehrtheit eines Leichnams erhalten bleiben soll. Deshalb besteht im Hinblick auf die körperliche Integrität auch eines Leichnams ein Schützbedürfnis.

2. Jede Handlung, die eine Misshandlung am Lebenden wäre

Bei der Frage nach der Bedeutung des Begriffes „misshandeln“ kann auf die §§ 83 Abs 2 und 115 StGB zurückgegriffen werden, denn auch dort ist die Rede vom Misshandeln. Nach diesen Bestimmungen kommt es auf eine nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens an.²⁹⁴ Es liegt auf der Hand, dass diese Definition nicht auf die Misshandlung an einer Leiche übertragbar ist: Aufgrund der Gefühllosigkeit eines Leichnams kann es zu keiner Be-

²⁹¹ *Triffterer SbgK* § 190 Rz 19 (2. Lfg).

²⁹² *Triffterer SbgK* § 190 Rz 9 (2. Lfg). Siehe dazu eingehend oben Seite 10.

²⁹³ Ähnlich *Triffterer SbgK* § 190 Rz 19 (2. Lfg). AM *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 3; *Kalchschmid* Organtransplantation 83.

²⁹⁴ *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 83 Rz 23; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 83 Rz 14; *Lewisch* BT I² 27; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ § 115 Rz 12; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 115 Rz 5.

einträchtigung des körperlichen Wohlbefindens kommen. Diese Auffassung, die der OGH schon im Jahre 1948 vertreten hat,²⁹⁵ ist maßgeblich für das heutige Begriffsverständnis der Leichenmisshandlung. Nach der hM ist die Misshandlung eines Leichnams **jede Handlung, die gegenüber einem Lebenden zumindest eine Misshandlung darstellen würde.**²⁹⁶ Um die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens beurteilen zu können, kommt es insofern auf einen Vergleich mit dem lebenden Menschen an. Das Abschneiden der Haare oder Nägel eines Leichnams stellt demnach keine Misshandlung desselben dar, weil dies zu keiner Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens bei einem lebenden Menschen führen würde. Beispiele aus der Judikatur für die Leichenmisshandlung sind das Zerstückeln eines Leichnams zu seiner Beseitigung²⁹⁷ oder das Kochen und Verfüttern der Leiche eines Neugeborenen an einen Hund²⁹⁸.

Auch sog **Übungsoperationen**²⁹⁹ (das sind Operationen am Leichnam zu Zwecken der medizinischen Forschung oder Ausbildung, die durch einen Arzt oder angehenden Arzt nach den Regeln der Kunst vorgenommen werden) und **Organtransplantationen**³⁰⁰ erfüllen die eben dargestellte Leichenmisshandlung. Diese Maßnahmen sind idR mit dem Aufschneiden des Leichnams verbunden, was eine Handlung darstellt, die am Lebenden den Tatbestand der Körperverletzung gem § 83 Abs 1 StGB verwirklichen würde. Damit ist der Misshandlungsbegriff des § 190 StGB erfüllt. Das Gleiche trifft auf die Verwendung von Leichen als Dummies für Crash Tests zu, mit denen die Fahrzeugsicherheit bei einem simulierten Unfall überprüft werden soll.³⁰¹ Denn auch hier kommt es zu Einwirkungen auf den Leichnam, die an einem Lebenden zumindest eine Misshandlung bedeuten würden.

Fraglich ist, ob die **Obduktion** als Misshandeln iSd § 190 Abs 1 StGB zu qualifizieren ist, denn auch hierbei wird das Gewebe der Leiche verletzt.³⁰² Bei

²⁹⁵ SSt 19/190.

²⁹⁶ Bernat Schlittenversuche 354; Stellamor Berufsordnung 174; Foregger WK-StGB² § 190 Rz 10; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 12; Triffterer SbgK § 190 Rz 20 (2. Lfg).

²⁹⁷ SSt 19/190; EvBl 1971/84.

²⁹⁸ EvBl 1957/427.

²⁹⁹ Foregger WK-StGB² § 190 Rz 12; Stellpflug Schutz 116 f und 118 f. Mangels Ausdrucks von Missachtung aM: Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 10; Platzgummer Misshandlung 140.

³⁰⁰ Stellpflug Schutz 142. AA Fuhrmann Transplantate 259.

³⁰¹ Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 10; Pluisch/Heifer Leichenversuche FN 16; Stellpflug Schutz 142. AA Bernat Schlittenversuche 356; Bertel/Schwaighofer BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 3.

³⁰² Bejahend Stellpflug Schutz 123 und 142; Wegscheider BT³ 324.

einer Obduktion werden durch die Aufklärung des Krankheitsverlaufs und die Feststellung der Todesursache Erkenntnisse über den Verstorbenen selbst gewonnen. Das unterscheidet sie von Eingriffen wie der Übungsoperation oder der Transplantation, die ausschließlich zu einem Fremdnutzen durchgeführt werden. Zieht man einen Vergleich zu Maßnahmen am Lebenden, kann eine wertungsmäßige Ähnlichkeit zwischen der Obduktion und der Heilbehandlung, welche ausschließlich dem Patienten nützt, festgestellt werden. Ist ein Heileingriff medizinisch indiziert und wird er den Regeln der medizinischen Wissenschaft entsprechend durchgeführt, so kommt es nach der hL und Jud nicht zur Verwirklichung eines Körperverletzungsdelikts.³⁰³ Mittels eines Größenschlusses gelangt man zu dem Ergebnis, dass mit einer Heilbehandlung auch keine Misshandlung einhergeht: Ist schon die Verwirklichung des Körperverletzungsdelikts ausgeschlossen, so erst recht die Annahme einer Misshandlung. Damit fällt aber auch die Grundlage für die Leichenmisshandlung nach § 190 Abs 1 StGB weg: Aufgrund des Vergleichs mit der Heilbehandlung ist eine zulässigerweise angeordnete und lege artis vorgenommene Obduktion keine Handlung, die gegenüber einem Lebenden eine Misshandlung darstellen würde.³⁰⁴

3. Mindestanforderung

Der von der hM angenommene Misshandlungsbegriff des § 190 Abs 1 StGB stellt nur eine Mindestanforderung dar, weil an Leichen keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte begangen werden können. Die §§ 83 ff StGB beziehen sich nämlich allesamt auf Lebende. Die Leichenmisshandlung erfasst daher alle Handlungen, die *zumind*est eine Misshandlung am Lebenden wären; dh, unter eine Misshandlung nach § 190 Abs 1 StGB fallen auch jene Verhaltensweisen, die an einem Lebenden eine Strafbarkeit wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts begründen würden.³⁰⁵

³⁰³ 12 Os 63/01; *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 110 Rz 12; *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 83 Rz 30; *Hirsch* Heilbehandlung 357; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 83 Rz 21; *Lewis* BT I² 26; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ § 83 Rz 25; *Zipf* Arzt 7. AA *Fuchs* AT I⁷ 16/43; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 41; *Kunst* Heilbehandlung 33; *Loebenstein* Haftung 309.

³⁰⁴ Sieht man Eingriffe im Zuge einer Obduktion dennoch als tatbildmäßig iSd Misshandelns an, so sind sie jedenfalls über die Obduktionsregeln gerechtfertigt (siehe Seite 107 ff).

³⁰⁵ SSSt 19/190; *Stellpflug* Schutz 115; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 20 (2. Lfg).

4. Verletzung der Pietät

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass die Tötlichkeit einen beleidigenden Erklärungswert haben muss oder dass der Täter mit Geringschätzung gegenüber dem Leichnam handeln muss, damit von einer Misshandlung iSd § 190 Abs 1 StGB gesprochen werden kann.³⁰⁶ Die Misshandlung sei ein Unterfall der Verunehrung; damit sei auch bei der Misshandlung das Ausdrücken von Missachtung nötig.³⁰⁷ Verhaltensweisen ohne beleidigenden Charakter seien nicht pietätlos und wären daher nicht geeignet, eine Leichenmisshandlung darzustellen. Bei sachgemäßem Vorgehen oder bei Vorliegen eines einsichtigen, vernünftigen Zwecks für die physische Einwirkung könne eine Missachtung des Toten iS einer Geringschätzung nahezu ausgeschlossen werden.³⁰⁸

Nach dieser Ansicht wäre das Aufschneiden des Leichnams im Zuge einer Organtransplantation oder Übungsoperation ebenso wie die körperliche Einwirkung auf die Leiche bei ihrem Einsatz als Crash Test Dummy niemals tatbestandsmäßig iS der Alternative Misshandeln. Denn Handlungsmotive wie Heilung, Ausbildung oder Forschung stellen jedenfalls einen „vernünftigen Zweck“ dar und sind nicht mit Geringschätzung verbunden.

Der „gute Zweck“ kann den Tatbestand nicht ausschließen, er spielt allenfalls auf der **Ebene der Rechtswidrigkeit** eine Rolle. So verhält es sich auch bei der Tathandlung des Entziehens im Zusammenhang mit der Organtransplantation von einem Leichnam. Auch hier wird das Entnehmen des Organs ohne Zustimmung des Berechtigten als tatbestandsmäßig iSd Variante des Entziehens angesehen.³⁰⁹ Die Motivation der Entnahme, nämlich die Transplantation zu Heilzwecken, wird in § 62a KAKuG berücksichtigt, der nach ganz hM einen Rechtfertigungsgrund darstellt.³¹⁰ Der Gesetzgeber wollte die Frage nach der Motivation ganz offensichtlich nicht in die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit einfließen lassen, sonst hätte er die Erlaubnis von Organtransplantationen ohne

³⁰⁶ Bertel/Schwaighofer BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 3; Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 10; Platzgummer Misshandlung 140; Triffterer SbgK § 190 Rz 21 (2. Lfg).

³⁰⁷ Triffterer SbgK § 190 Rz 21 (2. Lfg).

³⁰⁸ Platzgummer Misshandlung 139.

³⁰⁹ Fabrizio StGB⁹ § 190 Rz 3; Kienapfel/Schmoller BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 29; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 9.

³¹⁰ Brandstetter Aspekte 98; Fabrizio StGB⁹ § 190 Rz 3; Foregger WK-StGB² § 190 Rz 16; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 13; Kienapfel/Schmoller BT III §§ 190, 191 Rz 12; Kopetzki Organge-winnung 112; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 10; Mayerhofer StGB⁵ § 190 Anm 7; Stellpflug Schutz 132.

Zustimmung des Berechtigten nicht in einem Rechtfertigungsgrund verkörpert. Aus diesen gesetzessystematischen Überlegungen sollte auch bei der Frage der Misshandlung im Zusammenhang mit den angeführten Beispielen das womöglich hehre Motiv des Handelnden nicht zum Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit führen.

Auch das Kriterium der **sachgemäßen Vorgangsweise** ist für sich alleine **nicht geeignet**, eine Misshandlung nach § 190 StGB von vornherein auszuschließen.³¹¹ Dies zeigt sich sehr anschaulich an jenem Fall, in dem eine nach damaliger Rechtslage unerlaubte Abtreibung zum Tod der Schwangeren führte und die Ärzte die Leiche der Schwangeren *kunstgerecht* zerstückelten, um den verbotswidrigen Schwangerschaftsabbruch zu vertuschen. Die Angeklagten argumentierten, dass das Zerstückeln auf professionelle Art nicht den pietätlosen Charakter einer Misshandlung gem § 190 StGB aufweise.³¹² Eine solche Ansicht würde das Handeln von Ärzten von vornherein aus dem Strafbarkeitsbereich des § 190 StGB ausnehmen, und zwar nur deswegen, weil Ärzte in der Lage sind, *lege artis* vorzugehen. Damit wäre eine Art „Ärzteprivileg“ geschaffen.³¹³ Umgekehrt macht es auch keinen Unterschied, ob der Laie den Leichnam auf irgendeine Art zerstückelt oder dabei zufällig die Regeln der Kunst einhält. Der Täter ist in beiden Fällen strafbar wegen Misshandelns eines Leichnams, denn auch sachkundiges Handeln kann eine Misshandlung darstellen.³¹⁴

Weiters kommt es für die Erfüllung einer Misshandlung gem § 190 Abs 1 StGB **nicht** auf einen **geringschätzigen Erklärungswert** der Verhaltensweise an (der jedenfalls dann auszuschließen sei, wenn aus gutem Zweck gehandelt und sachgemäß vorgegangen wird).³¹⁵ Dies ergibt sich aus der speziellen Schutzrichtung der Handlungsalternative Misshandeln. Neben dem Misshandeln ist auch das Verunehren eines Leichnams strafbar. Von der Tathandlung des Verunehrens sind jegliche Handlungen am Leichnam, die einen abfälligen Umgang darstellen, erfasst.³¹⁶ Das ist ein starkes Indiz dafür, dass die Schutzrichtung der Misshandlung nach § 190 Abs 1 StGB auf etwas anderes, nämlich auf

³¹¹ *Bernat* Schlittenversuche 355; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 10; *Stellpflug* Schutz 117.

³¹² SSSt 19/190.

³¹³ So *Bernat* Schlittenversuche 355.

³¹⁴ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 10.

³¹⁵ So aber *Bernat* Schlittenversuche 355; *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 10; *Platzgummer* Misshandlung 141.

³¹⁶ Zum Begriff des Verunehrens siehe unten Seite 68 ff.

die körperliche Unversehrtheit des Leichnams – als besonderer Aspekt des Rechtsguts Pietät – abzielt. Die Geringschätzung des Toten ist bei der Misshandlung nicht erforderlich.³¹⁷ Gerade der Umstand, dass im Gesetz verschiedene Tathandlungen angeführt werden, legt nahe, die Tathandlungen mit unterschiedlichen Schutzrichtungen auszulegen.

Auch die §§ 83 Abs 2 und 115 StGB, die beide das Misshandeln eines Lebenden bestrafen, verfolgen unterschiedliche Schutzrichtungen. § 115 StGB hat den Schutz der Ehre zum Gegenstand. Daraus folgt, dass eine Misshandlung nach § 115 StGB beleidigenden Charakter haben muss – der Gesetzgeber hat das Delikt des § 115 StGB auch mit dem Titel „Beleidigung“ versehen; der Erklärungswert der Tätlichkeit muss ein beleidigender sein.³¹⁸ Daher wird für § 115 StGB gefordert, dass die Trübung des körperlichen Wohlbefindens durch eine üble, unangemessene Behandlung herbeigeführt wird.³¹⁹ Eine Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB ist hingegen nur strafbar, wenn sie zu einer fahrlässigen Körperverletzung führt. Der Grund für die Existenz des § 83 Abs 2 StGB, der nach der Gesetzessystematik den Straftaten gegen Leib und Leben zugeordnet ist, liegt demnach nicht im Schutz der Ehre, sondern im Schutz der körperlichen Integrität. Daher stellt bereits jede Einwirkung physischer Kraft auf den Körper, die das körperliche Wohlbefinden nicht ganz unerheblich trübt, eine Misshandlung iSd § 83 Abs 2 StGB dar.³²⁰ Dass die Einwirkung zudem übel und unangemessen sein muss, ist hier nicht der Fall; der Erklärungswert der Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB muss kein beleidigender sein.

Auch § 190 Abs 1 StGB schützt in der Variante Misshandeln – wenn auch aus anderen Überlegungen – die körperliche Integrität. Demnach passt für die Leichenmisshandlung die Definition der Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB besser als jene nach § 115 StGB. Jede Handlung, die gegenüber einem Lebenden zumindest eine Misshandlung iSd § 83 Abs 2 StGB darstellt, verwirklicht daher die Misshandlung nach § 190 StGB. Ausformuliert bedeutet das: **Jede Ein-**

³¹⁷ *Stellpflug* Schutz 117; ähnlich *Brandstetter* Aspekte 93; *Mayerhofer* StGB⁵ § 190 Anm 3a. AM *Bernat* Schlittenversuche 355; *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 10; *Platzgummer* Misshandlung 141.

³¹⁸ *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 115 Rz 6; *Foregger* WK-StGB² § 115 Rz 13; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ § 115 Rz 12; *Lewisch* BT I² 127.

³¹⁹ *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ § 115 Rz 12; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 115 Rz 5.

³²⁰ *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 83 Rz 7; *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 83 Rz 23; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 83 Rz 14; *Lewisch* BT I² 27.

wirkung physischer Kraft auf den Körper, die – würde sie an einem Lebenden begangen – dessen körperliches Wohlbefinden nicht ganz unerheblich beeinträchtigt, ist eine Misshandlung am Leichnam. Durch den Eingriff in die körperliche Integrität der Leiche wird bereits das geschützte Rechtsgut, nämlich die Pietät, verletzt. Eines zusätzlich pietätlosen Verhaltens, wie zB einer missachtenden Haltung des Handelnden, bedarf es hierbei nicht.³²¹

Demnach sind alle genannten Beispiele, also die Übungsoperation am Leichnam, Organtransplantation vom Leichnam sowie die Verwendung als Crash Test Dummy tatbestandsmäßig iSd der Begehungsvariante Misshandeln. In all diesen Fällen kommt es nämlich zu einer Einwirkung physischer Kraft auf den Körper, die – an einem Lebenden begangen – dessen körperliches Wohlbefinden nicht ganz unerheblich beeinträchtigen würde.

5. Geringfügigkeitsgrenze

Wird für die Leichenmisshandlung auf eine nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens gegenüber einem Lebenden abgestellt, so stellt sich die Frage, welche Einwirkungen zu unerheblich sind, um § 190 Abs 1 StGB in der Variante des Misshandelns zu erfüllen. Auch hier kann auf die Ausführungen zu § 83 Abs 2 StGB zurückgegriffen werden. Danach kommt es auf die **Dauer und Intensität des Einwirkens** an. So erfüllt zB kurzes Anspritzen mit einem Gartenschlauch noch keine Misshandlung, während dies bei einem druckvollen Bespritzen mit einem Feuerwehrschauch sehr wohl anzunehmen ist.³²² Ebenso stellt ein einfaches Schubsen noch keine ausreichend erhebliche Beeinträchtigung dar.³²³ Erst kräftige Schläge oder Stöße überschreiten die Bagatellschwelle.³²⁴ Umgelegt auf § 190 Abs 1 StGB bedeutet das, dass ein unsanftes Schubsen des Leichnams etwa auf den Seziertisch nicht als Misshandlung zu werten ist. Jegliche Schnitte im Rahmen einer Organexplantation sind hingegen nicht als ganz unerheblich zu beurteilen und erfüllen somit den Tatbestand.

³²¹ Mayerhofer StGB⁵ § 190 Anm 3a; *Stellpflug* Schutz 114.

³²² *Lewisch* BT I² 28; *Messner* SbgK § 83 Rz 42.

³²³ *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 83 Rz 8; *Messner* SbgK § 83 Rz 42.

³²⁴ *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 83 Rz 8.

6. Kein Abstellen auf Verletzungserfolg

Für eine Strafbarkeit gem § 190 StGB in der Alternative des Misshandelns ist es nicht nötig, dass die Misshandlung sichtbare Zeichen hinterlässt oder zu einer Verletzung führt, wie dies bei § 83 Abs 2 StGB erforderlich ist.³²⁵ Es ist nur auf den Misshandlungsbegriff des § 83 Abs 2 StGB abzustellen, nicht auch auf den Eintritt eines Verletzungserfolges. Demnach erfüllt bereits das Versetzen von Fußstritten gegen den Leichnam eine Misshandlung nach § 190 Abs 1 StGB,³²⁶ weil dies das körperliche Wohlbefinden eines Lebenden trüben würde. Für die Strafbarkeit ist es nicht erforderlich, dass der Leichnam dadurch Verletzungen davonträgt.

7. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe

Im Zusammenhang mit der Tathandlung Misshandeln spielen – wie bei der Tathandlung Entziehen – va die Rechtfertigungsgründe der Organtransplantation gem § 62a KAKuG³²⁷, der Obduktionsnormen nach § 128 Abs 2 StPO (gerichtliche Obduktion)³²⁸, § 5 Abs 2 EpidemieG (sanitätsbehördliche Obduktion)³²⁹ sowie nach § 25 Abs 1 (klinische Obduktion)³³⁰ und 2 („Privatobduktion“)³³¹ KAKuG und § 40 Abs 1 lit b KAKuG (Obduktion in privaten Krankenanstalten)³³², der Verwendung beim Menschen gem § 4 Abs 5 GSG³³³ und der Übergabe an ein anatomisches Institut³³⁴ nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen³³⁵ eine Rolle. Weiters hat auch die Einwilligung³³⁶ des Verstorbenen rechtfertigende Wirkung.

³²⁵ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 2.

³²⁶ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 10.

³²⁷ Seite 77 ff.

³²⁸ Seite 107 f.

³²⁹ Seite 109 f.

³³⁰ Seite 110 ff.

³³¹ Seite 114 ff.

³³² Seite 118 f.

³³³ Seite 101 ff.

³³⁴ Seite 119 f.

³³⁵ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 öö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 4 tir GemeindegemeindegG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG.

³³⁶ Seite 130 ff.

D. „...einen Leichnam, die Asche eines Toten oder eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte verunehrt ...“

1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt

Die Tathandlung des Verunehrens kann am Leichnam, an der Asche eines Toten und an einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte begangen werden. Wie bei der Misshandlung sind Teile eines Leichnams nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht als Tatobjekt erfasst.³³⁷

Der Begriff „verunehren“ legt nahe, dass es bei dieser Tathandlung um den Schutz der **Ehre** des Verstorbenen geht. Der Verstorbene ist jedoch nicht rechtsfähig und kann daher auch nicht Träger von Ehre sein.³³⁸ Dennoch wirkt seine Ehre im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsrechts fort.³³⁹

Darüber hinaus wird mit der Tathandlung Verunehren das Pietätgefühl der Allgemeinheit geschützt, das sich darin ausdrückt, dass man im Rahmen des würdevollen Umgangs mit den Toten das Ansehen eines Verstorbenen nicht schädigt.³⁴⁰

Weiters wird die Integrität der letzten Ruhestätte sowie der Aufbahrungs- und Totengedenkstätte geschützt: Denn eine verunehrende Handlung an diesen Stätten beinhaltet zugleich auch eine Missachtung des Verstorbenen, für den die Stätte errichtet wurde.

2. Bekundung der Missachtung in derber und deutlicher Weise

Die Verunehrung ist gekennzeichnet durch die Bekundung der Missachtung in derber und deutlicher Weise.³⁴¹ In der Handlung muss eine Geringschätzung gegenüber den Tatobjekten zum Ausdruck kommen. Erfasst sind also jedenfalls

³³⁷ Zum Ausschluss der Teile eines Leichnams im Rahmen der Tathandlung Misshandeln siehe Seite 59 f.

³³⁸ *Foregger WK-StGB² Vorbem zu §§ 111-117 Rz 12.*

³³⁹ Zum postmortalen Persönlichkeitsrecht siehe bereits vorne Seite 33.

³⁴⁰ Vgl Seite 5.

³⁴¹ *Fabrizy StGB⁹ § 190 Rz 2; Foregger WK-StGB² § 190 Rz 13; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 11; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 14; Triffterer SbgK § 190 Rz 22 (2. Lfg).*

folgende Handlungen: Spucken in die aschegefüllte Urne³⁴² oder auf den Leichnam³⁴³, Umwerfen des Sarges³⁴⁴ oder des Grabsteins³⁴⁵, Zerstören des Blumenschmucks³⁴⁶, Besudelungen der geschützten Stätten³⁴⁷, beischlafsähnliche Bewegungen am Leichnam³⁴⁸, Behängen eines Marterls mit Bierdosen³⁴⁹ oder das Überstülpen eines Kostüms über den Leichnam³⁵⁰. Auch jede vorsätzliche Beschädigung eines Grabes beinhaltet idR eine Missachtung des Verstorbenen und stellt daher eine Verunehrung dar.³⁵¹ Von der Beeinträchtigung der Würde des Toten ist daher nicht erst bei der Beschmierung der Grabstätte mit herabwürdigenden Worten auszugehen.

3. Kein physischer Bezug nötig

Die oben angeführten Beispiele aus Jud und Literatur weisen alle einen körperlichen Kontakt zum Tatobjekt auf. Dabei ist es aber für eine Verunehrung nicht erforderlich, dass der Täter das Objekt berührt oder es besudelt. Für eine solche Einschränkung lassen sich keine Anhaltspunkte im Gesetz oder aus der Teleologie finden. Im Gegenteil, sie erscheint alles andere als sachgerecht. Tanzt jemand grimassenschneidend um den Leichnam herum, so stellt dies ohne Frage eine Handlung mit verunehrendem Charakter dar. Auch die erforderliche Intensität, nämlich die Missachtung in derber und deutlicher Weise, ist gegeben. Der physische Kontakt zum Schutzobjekt ist also nicht ausschlaggebend für die Verwirklichung einer Verunehrung.³⁵² Aus diesem Grund erfüllt auch derjenige den Tatbestand in Form einer Verunehrung, der vor einem Grab sexuelle Handlungen

³⁴² *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 10.

³⁴³ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 13; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 11; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 14.

³⁴⁴ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 2; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 13.

³⁴⁵ EvBl 1964/460 = SSt 35/17; *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 2; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 13; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 11; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 18; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 14.

³⁴⁶ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 13.

³⁴⁷ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 2; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 13.

³⁴⁸ SSt 48/80; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 13; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 11; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 10; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 14.

³⁴⁹ *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 11; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 18.

³⁵⁰ *Bernat* Schlittenversuche 353; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 22 (2. Lfg).

³⁵¹ EBRV 30 BlgNR 18. GP, 330. Nach *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 4 ist die Beschädigung eines Grabes *fast immer* mit einer Verunehrung verbunden. Für *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 17 gibt es Grabbeschädigungen ohne gleichzeitige Verunehrung.

³⁵² *Bernat* Schlittenversuche 353. Im Ergebnis so auch *Triffterer* SbgK § 190 Rz 22 (2. Lfg), für den der physische Kontakt nicht unmittelbar sein muss.

an sich vornimmt und damit seine Missachtung ausdrückt. Es ist nicht erforderlich, dass dies direkt auf dem Grab geschieht. Wesentlich ist lediglich, dass sich die Verunehrung auf das Tatobjekt bezieht, dass sie diesem gilt. Das setzt eine unmittelbare Nähe zum Tatobjekt bei der Vornahme der Handlung voraus. Somit ist auch das Beschmieren der Friedhofsinnenmauer als Verunehrung einer Beisetzungsstätte erfasst, wenn sich die Mauer in der Nähe eines Grabes befindet und die Handlung objektiv und subjektiv auf die Grabstätte bezogen ist.

4. Verbale herabwürdigende Äußerungen

Mündliche herabwürdigende Äußerungen über den Verstorbenen verwirklichen keine Verunehrung.³⁵³ Dies ergibt sich im Wesentlichen aus einem Vergleich mit der Beleidigung eines Lebenden: Um die Ehre eines Lebenden zu verletzen, müssen die geringschätzigen Äußerungen in der Öffentlichkeit (§ 115 StGB) oder in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise (§§ 111 und 113 StGB) stattfinden. Diese Voraussetzung existiert bei der Verunehrung nach § 190 StGB nicht. Somit könnte man den Ruf eines Verstorbenen leichter beeinträchtigen als den eines Lebenden, wenn verächtliche verbale Äußerungen § 190 StGB verwirklichen.

Auch der Umstand, dass § 117 Abs 5 StGB mit BGBl. I Nr. 98/2009 aufgehoben wurde, spricht gegen die Verwirklichung einer Verunehrung bei mündlichen Geringschätzungen eines Toten: Gem § 117 Abs 5 StGB war es strafbar, die Tatbestände der Üblen Nachrede (§ 111 StGB), des Vorwurfs einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB) und der Beleidigung (§ 115 StGB) gegenüber Verstorbenen zu begehen. Die ersatzlose Aufhebung der Regelung des § 117 Abs 5 StGB zeigt, dass der Gesetzgeber mündlichen Herabwürdigungen gegenüber Verstorbenen offenbar nicht mehr mit dem Strafrecht begegnen wollte.

³⁵³ *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 2; *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 13; *Kienapfel/Schmoller BT III* §§ 190, 191 Rz 10; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 14; *Mayerhofer StGB*⁵ § 190 Anm 5; *Stellpflug* Schutz 118; *Triffterer SbgK* § 190 Rz 22 (2. Lfg).

5. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe

Im Bereich der Tathandlung Verunehren sind kaum Rechtfertigungsgründe denkbar. Es könnte natürlich eine Einwilligung des Verstorbenen in verunehrende Handlungen mit seinem Leichnam vorliegen, allerdings wird die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung meist an der Pietätwidrigkeit scheitern.³⁵⁴

E. „... Schmuck von einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte entfernt ...“

1. Geschütztes Tatobjekt und Rechtsgutsaspekt

Die Begehungsform des Entfernens betrifft Schmuck, der sich bei einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Gedenkstätte befindet. Mit dieser Tatbegehungsform werden verschiedene Teilaspekte des Rechtsguts Pietät geschützt: Zum einen geht es um die **Verehrung der Lebenden für die Toten** als allgemeine Komponente³⁵⁵, und zum anderen ist auch die **Integrität der angeführten Stätten** geschützt.³⁵⁶

2. Hinaus- oder Wegbringen

Unter Entfernen ist ein Hinaus- oder Wegbringen des Schmuckes aus dem geschützten Bereich zu verstehen.³⁵⁷ Wer daher seinen Kranz aus der hintersten Reihe ganz nach vorne auf das Grab legt, damit man ihn besser sieht, erfüllt den Tatbestand mangels Wegbringens nicht.³⁵⁸ Generell kommt es zu keiner Verwirklichung des § 190 Abs 2 StGB, wenn Schmuckgegenstände auf dem Grab durcheinander gebracht werden. Allenfalls kommt die Verunehrung der Beisetzungsstätte in Betracht, sofern das Durcheinander eine Missachtung ausdrückt. Auch das Verstecken von Schmuck innerhalb des geschützten Bereichs stellt kein Entfernen dar.

³⁵⁴ Seite 134 ff.

³⁵⁵ Triffterer SbgK § 190 Rz 27 (2. Lfg).

³⁵⁶ Kienapfel/Schmoller BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8.

³⁵⁷ Triffterer SbgK § 190 Rz 27 (2. Lfg).

³⁵⁸ Triffterer SbgK § 190 Rz 27 (2. Lfg).

3. Verletzung der Pietät

Fraglich ist, ob die Pietät beeinträchtigt wird, wenn jemand von zahlreichen Kränzen einen wegnimmt und ihn zB auf das ungeschmückte Grab eines Angehörigen legt. Der Achtungsanspruch des Toten (von dessen Grab der Kranz genommen wurde) aus der Sicht der Allgemeinheit ist nicht verletzt, da es vermutlich nicht auffallen wird, wenn ein Kranz von vielen fehlt. Die Tathandlung des Abs 2 schützt aber neben der Verehrung der Toten noch eine weitere Ausprägung der Pietät, nämlich die Integrität der Beisetzungsstätte. Verbleibt das Grab in geschmücktem Zustand, weil nur einer von vielen Kränzen genommen wird, so kann man noch nicht von einer ausreichenden Beeinträchtigung der Integrität der betroffenen Stätte sprechen. Die Pietät ist in diesem Beispiel bloß in einem derart geringen Ausmaß verletzt, so dass es nicht zur Verwirklichung der Tathandlung kommt.³⁵⁹

4. Zustimmung

Der über den Schmuck **Verfügungsberechtigte** kann seine Zustimmung zur Entfernung desselben erteilen oder diese selber vornehmen. Bei der Verfügungsberechtigung hinsichtlich des Grabschmuckes muss zwischen Begräbnisschmuck und sonstigem Grabschmuck differenziert werden.³⁶⁰ Während hinsichtlich des Schmuckes, der im Zuge des Begräbnisses auf das Grab gelegt wird, jene Person Verfügungsbefugte ist, die das Begräbnis beauftragt hat, kommt die Verfügungsbefugnis über sonstigen Grabschmuck, der erst nach dem Ende des Begräbnisses auf dem Grab niedergelegt wurde, jener Person zu, die das Grabstellenbenützungsbefugnis und damit das Recht und die Pflicht zur Grabinstandhaltung³⁶¹ innehat. In Bezug auf den Schmuck einer Aufbahrungsstätte ist jene Person Verfügungsbefugte, die für die Aufbahrung gesorgt hat, und die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Schmuckes bei einer Totengedenkstätte kommt der Gemeinde zu.

³⁵⁹ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 14; aM *Triffterer* SbgK § 190 Rz 27 (2. Lfg).

³⁶⁰ Siehe dazu bereits oben im Kapitel Schmuck Seite 27 ff.

³⁶¹ § 35 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 27 Abs 2 nÖ BestattungsgG; § 29 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG. Gem § 26 Abs 2 ktn BestattungsgG, § 34 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG, § 35 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG, § 38 Abs 2 vbg BestattungsgG, § 33 Abs 3 tir GemeindesaniätätsdienstG und § 32 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG ist die Benützung der Grabstätte durch die Friedhofsordnung festzulegen.

Fraglich ist nun, ob die vom Verfügungsberechtigten erteilte Zustimmung zur Entfernung von Schmuck bereits den Tatbestand ausschließt oder einen Rechtfertigungsgrund darstellt. Eine Zustimmung kann nur bei solchen Delikten als tatbestandsausschließendes Einverständnis gesehen werden, bei denen die Verletzung des Willens des Rechtsgutsträgers Voraussetzung für die Verwirklichung des Tatbestandes ist.³⁶² Das ist bei § 190 Abs 2 StGB nicht der Fall. Zum Vergleich kann § 190 Abs 1 StGB in der Variante Entziehen herangezogen werden: Während es begrifflich nicht möglich ist, dem Verfügungsberechtigten mit dessen Zustimmung den Leichnam zu entziehen, ist ein Entfernen von Grab schmuck mit Zustimmung des darüber Verfügungsbefugten sehr wohl denkbar.³⁶³ Erteilt der Verfügungsbefugte also seine Zustimmung zur Entfernung des Schmuckes, so ist diese nicht als Einverständnis, sondern als **Einwilligung** auf Rechtswidrigkeitsebene zu berücksichtigen.

5. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe

Wie eben dargelegt stellt die Einwilligung³⁶⁴ des über den Schmuck Verfügungsberechtigten einen Rechtfertigungsgrund dar. Ansonsten könnte sich eine Rechtfertigung auch über den übergesetzlichen Notstand³⁶⁵ ergeben. Die erforderliche Notstandssituation ist gegeben, wenn einem Rechtsgut durch eine gegenwärtige oder unmittelbar drohende Gefahr ein bedeutsamer Nachteil droht, der durch den Eingriff in ein anderes Rechtsgut abgewendet werden kann.³⁶⁶ Wird jemand zB durch Androhung von Gewalt gezwungen, Schmuck von einem Grab zu entfernen, so droht ein bedeutsamer Nachteil für seine körperliche Unversehrtheit oder im Extremfall sogar für das Rechtsgut Leben. Im Rahmen der Notstandshandlung muss das bedrohte Rechtsgut gegenüber dem zu opfernden Rechtsgut eindeutige Höherwertigkeit aufweisen.³⁶⁷ Die Wegnahme des Grabschmuckes stellt wohl das schonendste Mittel dar; zudem ist das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bzw das Leben gegenüber der durch das Schmuckentfernen beein-

³⁶² *Hinterhofer* Einwilligung 11.

³⁶³ AA *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 12.

³⁶⁴ Seite 130 ff.

³⁶⁵ Seite 127 ff.

³⁶⁶ *Fuchs* AT I⁷ 17/55; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 12 RN 5 ff; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 52; *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 30; *Triffterer* AT² 228 Rz 116.

³⁶⁷ *Fuchs* AT I⁷ 17/56; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 12 RN 20; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 54; *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 64.

trächtigten Pietät zweifelsfrei als höherwertig zu beurteilen. Die Person ist demnach gerechtfertigt.

F. Konkurrenzen innerhalb des § 190 StGB

Das Verhältnis der **einzelnen Tathandlungen** des § 190 Abs 1 StGB **untereinander** ist höchst fraglich. Aus der Einordnung als kumulatives Mischdelikt³⁶⁸ könnte der Schluss gezogen werden, dass echte Konkurrenz vorliegt: Die Begehungsformen Entziehen, Wegschaffen, Misshandeln und Verunehren beschreiben schließlich Handlungen mit unterschiedlichem sozialen Sinngehalt. Dennoch erscheint es im Hinblick auf die Konkurrenzfrage nicht sachgerecht, das Rechtsgut Pietät in seine einzelnen Ausprägungen zu zerlegen, zumal gewisse Konstellationen *typischerweise* das Zusammentreffen mehrerer Tathandlungen des § 190 Abs 1 StGB zur Folge haben. Zu denken ist zB an das Verbringen einer Leiche aus ihrer Grabstätte. Mit dieser Handlung verwirklicht der Täter die Begehungsform des Wegschaffens und in aller Regel auch jene des Entziehens.³⁶⁹ Aus diesem Grund liegt die Annahme von Scheinkonkurrenz näher. Im Verhältnis der Tathandlungen Wegschaffen und Entziehen geht mE das Wegschaffen vor, da es sich hierbei um die Beeinträchtigung der Totenruhe im engeren Sinn handelt. Beim Zusammentreffen von Misshandeln und Verunehren ist aufgrund der Invasivität dem Misshandeln der Vorzug zu geben.

Liegt in der Entfernung von Schmuck gem **§ 190 Abs 2 StGB** auch eine Verunehrung der entsprechenden Stätte gem § 190 Abs 1 StGB, so geht der die höhere Strafdrohung aufweisende und damit stärkeres Unrecht ausdrückende Abs 1 vor.

³⁶⁸ Siehe dazu oben Seite 4.

³⁶⁹ Ausnahmen bestehen dort, wo der Täter die Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche nicht beseitigt, weil er diese zB neben der Grabstätte ablegt, oder in jenen Fällen, in denen der Täter selbst verfügungsberechtigt ist.

V. Subjektiver Tatbestand

§ 190 StGB ist nur vorsätzlich begehbar. Hierbei reicht **dolus eventualis**, der sich auf alle Tatbestandselemente beziehen muss.³⁷⁰ Bei sämtlichen Begehungsvarianten des Abs 1 muss es der Täter insb ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass das Opfer bereits tot ist.³⁷¹ Denn an einem Lebenden kann keine Störung der Totenruhe begangen werden.

Entscheidend ist, dass der Täter den sozialen Bedeutungsgehalt der einzelnen Tatbestandselemente erfasst. Diesbezüglich genügt die sog „Parallelwertung in der Laiensphäre“.³⁷² Auch der Archäologe, der eine Mumie in der Annahme, bei derart alten Gebeinen handle es sich nicht mehr um einen Leichnam, aus ihrem Sarkophag nimmt, handelt vorsätzlich, da ihm bewusst ist, dass er einen toten menschlichen Körper aus seinem Grab entfernt. Damit hat er das Wesen der Störung der Totenruhe erfasst, auch wenn er die exakte juristische Bedeutung des Begriffs „Leichnam“ nicht kennt. Sein Irrtum ist ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum.³⁷³

Um vorsätzlich zu handeln, braucht der Täter weiters keinen animus iniurandi zu haben. Es kommt allein darauf an, dass er die Tatbestandsverwirklichung ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet; ein spezielles verwerfliches Motiv ist nicht nötig.³⁷⁴

³⁷⁰ SSt 19/190; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 20; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 15; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 28 (2. Lfg).

³⁷¹ SSt 48/80; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 20; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 11.

³⁷² *Fuchs* AT I⁷ 14/21.

³⁷³ *Fuchs* AT I⁷ 14/21.

³⁷⁴ *Bernat* Schlittenversuche 354; nach SSt 19/190 ist keine besondere Misshandlungsabsicht erforderlich.

Auch im Bereich des Abs 2 genügt der Tatbildvorsatz in Form des bedingten Vorsatzes. Eines erweiterten Vorsatzes, wie zB des Bereicherungsvorsatzes, bedarf es beim Entfernen des Schmuckes nicht. Liegt ein solcher dennoch vor, so ist der Täter gem § 190 Abs 2 und § 127 StGB in echter Konkurrenz zu bestrafen.³⁷⁵

³⁷⁵ Siehe unten im Kapitel Konkurrenzen Seite 146 f. *Fabrizy StGB*⁹ § 190 Rz 4; *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 1; *Hinterhofer BT II*⁴ § 190 Rz 16; *Kienapfel/Schmoller BT III* §§ 190, 191 Rz 15; *Leukauf/Steininger StGB*³ § 190 Rz 23. Für Konsumtion durch § 190 Abs 2 StGB bei Schmuck von geringem Wert, da dieser Tatbestand sonst überflüssig wäre, *Bertel/Schwaighofer BT II*⁸ §§ 190, 191 Rz 6.

VI. Rechtswidrigkeit

A. Allgemeines zur Rechtfertigung

Der Tatbestand eines Deliktstypus ist die gesetzliche Umschreibung einer Handlung, die idR strafrechtliches Unrecht darstellt. Ein Verstoß gegen einen Straftatbestand ist daher ein Indiz für das Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens.³⁷⁶ Ausnahmsweise können Umstände vorhanden sein, aufgrund derer die Rechtsordnung den gesamten Sachverhalt im Einzelfall nicht negativ bewertet. Solche Umstände stellen Rechtfertigungsgründe dar. Man spricht diesbezüglich auch vom Regel-Ausnahme-Prinzip: Rechtfertigungsgründe sind Erlaubnissätze und als solche Ausnahmen vom generellen Verbot.³⁷⁷ Die Wirkung der Rechtfertigungsgründe besteht darin, dass sie das Unrecht der Tat entfallen lassen. Übrig bleibt die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung.

B. In Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe

1. Organtransplantation gem § 62a KAKuG

a. Allgemeines

Die §§ 62a-c KAKuG wurden mit der Novelle des KAG (heute KAKuG) im Jahre 1982 eingeführt.³⁷⁸ Unter ihnen ist § 62a KAKuG die zentrale Bestimmung, die jene Voraussetzungen enthält, unter denen Organentnahmen von Leichen zu Transplantationszwecken zulässig sind. § 62b KAKuG betrifft das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, und § 62c KAKuG normiert, dass ein Verstoß gegen § 62a KAKuG als Verwaltungsübertretung strafbar ist. Die später eingeführten §§ 62d und e KAKuG³⁷⁹ betreffen das sog Widerspruchsregister (§ 62d KAKuG)

³⁷⁶ *Fuchs* AT I⁷ 15/1; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 5 RN 1; *Lewisch* WK-StGB² Nachbem zu § 3 Rz 1; *Triffterer* AT² 200 Rz 4.

³⁷⁷ *Fuchs* AT I⁷ 15/1; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 5 RN 8 f.

³⁷⁸ KAG-Novelle 1982, BGBl Nr. 273/1982, RV 969 BlgNR 15. GP.

³⁷⁹ BGBl I Nr. 101/2007.

und die Verpflichtung der Krankenanstalten zur Einsichtnahme in das Widerspruchsregister (§ 62e KAKuG).

Vor der Novellierung des KAG gab es keinen speziellen Rechtfertigungsgrund für eigenmächtige Organentnahmen aus Leichen. Es wurde daher auf bereits bestehende Erlaubnissätze zurückgegriffen, um auch Organentnahmen ohne Zustimmung des Verstorbenen oder der Hinterbliebenen zu rechtfertigen.

§ 62a KAKuG ist nach ganz hA dogmatisch gesehen ein Rechtfertigungsgrund für Organentnahmen von Leichen zum Zweck der Transplantation.³⁸⁰ Diese Bestimmung rechtfertigt in erster Linie das Entnehmen von Organen, was den Tatbestand des § 190 Abs 1 StGB in der Variante des Entziehens³⁸¹ erfüllt. Daneben wirkt § 62a KAKuG auch als Rechtfertigungsgrund für das mit einer Organentnahme zwangsläufig verbundene Verletzen des Leichengewebes, was eine Misshandlung³⁸² iSd § 190 Abs 1 StGB darstellt. Strittig ist, ob lediglich die Voraussetzungen des § 62a Abs 1 KAKuG für die Rechtfertigung maßgeblich sind oder ob auch die Abs 2 bis 5 eingehalten werden müssen. Dieser Frage widmet sich ein eigenes Kapitel auf Seite 99 ff.

Auf die Organentnahme vom Lebendspender ist das Regime des § 62a KAKuG nicht anwendbar. Als Rechtfertigungsgrund ist hier § 90 StGB heranzuziehen.³⁸³

b. Die Voraussetzungen des § 62a KAKuG

(1) Organe oder Organteile als Entnahmegegenstand

Gegenstand einer Entnahme können Organe oder Organteile eines Verstorbenen sein. Der Gesetzgeber geht eindeutig von einem weiten medizinischen Or-

³⁸⁰ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung); *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 3; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 16; *Heinz* Handel 120; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 13; *Kalchschmid* Organtransplantation 159; *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 31; *Kopetzki* Organgewinnung 112; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 10; *Wegscheider* BT³ 324.

³⁸¹ Zur Tathandlung Entziehen siehe Seite 31 ff.

³⁸² Zur Tathandlung Misshandeln siehe Seite 59 ff.

³⁸³ *Brandstetter* Aspekte 101; *Heinz* Handel 107; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 15; *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 38; *Kopetzki* Organgewinnung 250 f.

ganbegriff aus:³⁸⁴ Danach umfasst der Begriff „Organ“ iSd § 62a KAKuG auch Gewebe, weil Organe aus Gewebe bestehende Teile des menschlichen Körpers sind.³⁸⁵ Als Beispiele für Gewebe können das Bindegewebe, Knochengewebe oder auch das Blut angeführt werden.³⁸⁶ Der **weite Organbegriff** führt dazu, dass alle medizinisch transplantierbaren Organe auch aus rechtlicher Sicht übertragen werden dürfen. Für eine Transplantation besonders gut geeignet sind zB Niere, Herz, Lunge, Leber, Pankreas, Dünndarm, Knochenmark, Gehörknöchelchen, Hornhaut, Haut und Herzklappen.³⁸⁷

Auf den ersten Blick befremdlich wirkt vielleicht der Umstand, dass auch die Übertragung von Blut unter das Regime des § 62a KAKuG fällt, da man hierbei eher von Transfusion als von Transplantation sprechen würde. Der Begriff Transplantation steht nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wohl eher mit einem körperlich festen Organ in Verbindung. Auch im Gesetz findet man vereinzelt die Unterscheidung zwischen Organspende und Blutspende, so etwa in § 26 Abs 1 Z 5 KAKuG.³⁸⁸ Dennoch ist – ausgehend vom weiten Organbegriff des § 62a KAKuG – nicht daran zu zweifeln, dass auch das Blut erfasst ist. Dieses gilt nämlich im medizinischen Sinn als Gewebe und fällt somit unter den Begriff des Organs.³⁸⁹

Auf künstliche Körperteile, wie Prothesen oder Herzschrittmacher findet § 62a KAKuG keine Anwendung.³⁹⁰ Auch wenn fest mit dem Körper verbundene künstliche Hilfsmittel, wie zB Herzschrittmacher, von § 190 StGB als Teile des Leichnams geschützt werden, handelt es sich hierbei um keine Organe im medizinischen Sinn. Der Gesetzgeber verwendet für derlei Hilfsmittel eigene Begriffe wie Körperersatzstücke oder therapeutische Behelfe (§ 27 Abs 2 KAKuG). Abgesehen davon kann die Wiederverwendung solcher Hilfsmittel nicht als „Transplantation“ bezeichnet werden.³⁹¹ Gerechtfertigt könnte die Entnahme eines Herzschrittmachers aus einem Leichnam zB durch den übergesetzlichen Not-

³⁸⁴ EBRV 969 B1gNR 15. GP, 3; *Kalchschmid* Organtransplantation 80; *Kopetzki* Organgewinnung 137; *Stellpflug* Schutz 134.

³⁸⁵ *Kopetzki* Organgewinnung 137. Vgl auch *Etzl* Leichen 29; *Kalchschmid* Organtransplantation 80 und *Stellpflug* Schutz 134.

³⁸⁶ *Kalchschmid* Organtransplantation 80.

³⁸⁷ *Kalchschmid* Organtransplantation 80; *Kopetzki* Organgewinnung 137.

³⁸⁸ *Kopetzki* Organgewinnung 138.

³⁸⁹ *Etzl* Leichen 29; *Kalchschmid* Organtransplantation 80; *Kopetzki* Organgewinnung 138.

³⁹⁰ *Etzl* Leichen 29; *Kalchschmid* Organtransplantation 81; *Kopetzki* Organgewinnung 139.

³⁹¹ *Kopetzki* Organgewinnung 139.

stand sein, etwa wenn eine sterbenskranke Person in einer von der Außenwelt abgeschnittenen Gegend auf den Herzschrittmacher des Leichnams angewiesen ist.

(2) Entnahme einzelner Organe oder Organteile

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Entnahme einzelner Organe oder Organteile zulässig. Was „einzelne“ Organe bedeutet, ist strittig und wird va angesichts der medizinischen Bedeutung der sog Multiorganspende, bei der einem Spender gleich mehrere Organe entnommen werden, diskutiert. Nach dem allgemeinen Sprachverständnis wohnen dem Begriff „einzelne“ zwei verschiedene Dimensionen an Bedeutungen inne. Zum einen deutet der verwendete Plural („einzelne Organe“) darauf hin, dass die Entnahme von mehr als bloß einem Organ zulässig ist. Es ist ja schließlich nicht die Rede von „einem einzigen Organ“. Aus „einzelne“ kann aber eine gewisse mengenmäßige Beschränkung herausgelesen werden, und zwar in dem Sinne, dass jedenfalls **nicht alle Organe** entnommen werden dürfen.³⁹² Das ergibt sich auch aus dem Begriff „entnehmen“, der sprachlich das Übrigbleiben eines Restes erfordert.³⁹³ Eine *zahlenmäßige* Limitierung, dass zB maximal zwei oder drei Organe entnommen werden dürfen, folgt aus „einzelne“ allerdings nicht.³⁹⁴

Die zweite Dimension des Begriffs „einzelne“ liegt in der Bedeutung von „separate“, „nicht verbundene“ Organe. Damit ist gemeint, dass nur solche Organe entnommen werden dürfen, die „**von ihrer Funktion her abgrenzbar**“ sind, wie zB „eine Leber“, „eine Niere“, nicht hingegen „alle Innereien“. ³⁹⁵ Dies soll verhindern, dass sämtliche Organkomplexe entnommen werden, was zu einer „Auschlachtung der Leiche“ führen würde.³⁹⁶ Einer Multiorganspende steht daher der

³⁹² *Brandstetter* Aspekte 96; *Kalchschmid* Organtransplantation 82; *Kopetzki* Organgewinnung 141. Alle Organe wären angesichts des weiten Organbegriffs wohl nur dann betroffen, wenn nahezu der gesamte Leichnam verwertet werden würde.

³⁹³ *Kopetzki* Organgewinnung 141.

³⁹⁴ *Brandstetter* Aspekte 96; *Kopetzki* Organgewinnung 139. AM *Kalchschmid* Organtransplantation 82 f und *Barta* Rechtsfragen 34, die auf die Zulässigkeit der Entnahme von zwei bis drei Organen abstellen.

³⁹⁵ *Brandstetter* Aspekte 96.

³⁹⁶ *Etzl* Leichen 30; *Brandstetter* Aspekte 96.

Begriff „einzelne“ nicht entgegen;³⁹⁷ es können auch mehrere „einzelne“, dh von ihrer Funktion her abgrenzbare Organe entnommen werden.³⁹⁸

(3) Entnahme zu Zwecken der Transplantation

Gem § 62a KAKuG darf die Entnahme von Organen oder Organteilen nur erfolgen, „um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen“. Die Entnahme ist also an einen Heilzweck gebunden, der mittels Übertragung des entnommenen Organs auf einen anderen Menschen erreicht werden soll. Dabei beurteilt der entnehmende Arzt, ob der Heilerfolg ex ante betrachtet erzielt werden kann. Stellt sich der gewünschte Erfolg letztlich nicht ein, ändert das nichts an der Rechtmäßigkeit der Entnahme.³⁹⁹

Organentnahmen zu anderen Zwecken als der Transplantation, sind **nicht** durch § 62a KAKuG **gerechtfertigt**. Darunter fallen zB Entnahmen zu wissenschaftlichen Zwecken und für Zwecke der Kosmetik- und Heilmittelherstellung.⁴⁰⁰ Bei der Verwertung von Leichenteilen im Rahmen der kosmetischen Industrie fehlt es überhaupt an dem vom Gesetz verlangten Heilzweck:⁴⁰¹ Durch die Herstellung von Kosmetika wird weder das Leben eines anderen Menschen gerettet noch dessen Gesundheit wiederhergestellt. Bei Entnahmen zu Zwecken der pharmazeutischen Industrie tritt zwar in weiterer Folge eine Heilwirkung ein (zB durch Verabreichung des produzierten Arzneimittels), doch diese Heilwirkung erfolgt nicht *durch die Transplantation* des entnommenen Organs. Genau das wird aber vom Gesetz gefordert. Es handelt sich hierbei lediglich um eine mittelbare Heilung,⁴⁰² die vom Wortlaut der Bestimmung nicht erfasst ist.

Für eine Rechtfertigung von Entnahmen zu pharmazeutischen Zwecken kann § 62a KAKuG auch nicht analog herangezogen werden.⁴⁰³ Es fehlt jeglicher

³⁹⁷ *Etzl* Leichen 30; *Kopetzki* Organgewinnung 139 f. AM *Eder-Rieder* Transplantationen 293; *Kalchschmid* Organtransplantation 82; *Stellpflug* Schutz 133.

³⁹⁸ *Brandstetter* Aspekte 97.

³⁹⁹ *Kalchschmid* Organtransplantation 86; *Kopetzki* Organgewinnung 142.

⁴⁰⁰ *Brandstetter* Aspekte 95; *Kalchschmid* Organtransplantation 86; *Kopetzki* Organgewinnung 148.

⁴⁰¹ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 17; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 11a.

⁴⁰² *Kalchschmid* Organtransplantation 86 f.

⁴⁰³ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 3; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 14; *Kalchschmid* Organtransplantation 86 f; *Kopetzki* Organgewinnung 148; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 11a; *Mayerhofer* StGB⁵

Anhaltspunkt, dass diesbezüglich eine planwidrige Lücke vorliegt, die die Voraussetzung für jede analoge Anwendung einer Norm darstellt.⁴⁰⁴ Weder aus den Materialien⁴⁰⁵ noch vom Telos der Regelung her ergibt sich ein Hinweis, dass auch zu pharmazeutischen Zwecken erfolgte Entnahmen gerechtfertigt sein sollen. Diese Auffassung wird auch durch eine Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1986 bestätigt, in der er feststellt, dass für sonstige Organentnahmen nicht deswegen kein Rechtfertigungsgrund normiert wurde, weil der Bedarf nach einer Rechtfertigung übersehen wurde, sondern weil eine Rechtfertigung nach den aktuellen Pietätvorstellungen gar nicht in Betracht gezogen wurde.⁴⁰⁶ Demzufolge hat der Gesetzgeber mit § 62a KAKuG bewusst einen Rechtfertigungsgrund nur für Organtransplantationen und nicht für sonstige Organentnahmen geschaffen. Auch haben sich die Pietätvorstellungen seit der Einführung des § 62a KAKuG bis jetzt nicht derart verändert, dass nun von einer nicht gewollten Lücke auszugehen wäre. Im Gegenteil: Durch den Fortschritt der pharmazeutischen Wissenschaft ist es heute uU möglich, auf die Verwendung von Leichensubstanzen bei der Herstellung von Medikamenten zu verzichten und diese durch andere Stoffe zu ersetzen. Aufgrund der immer geringer werdenden praktischen Bedeutung der pharmazeutischen Verwertung von Leichenmaterial erscheint eine solche heute möglicherweise sogar befremdlicher als zum Zeitpunkt der Einführung des § 62a KAKuG im Jahr 1982.

Fraglich ist, ob § 62a KAKuG auch in solchen Fällen ausscheidet, in denen Organteile im Vorfeld oder zur Durchführung der Transplantation entnommen werden, ohne dabei aber selbst Gegenstand der Transplantation zu sein („**begleitende Organentnahmen**“). Zu denken wäre dabei an Entnahmen von Proben zur Gewebstypisierung des Spenders, um immunologische Abwehrreaktionen beim Empfänger zu verhindern. Die Gewebstypisierung ist hierfür die verlässlichste Methode und für den Erfolg der Transplantation unabdingbar.⁴⁰⁷ Geht man vom Wortlaut des § 62a KAKuG aus, so sind derartige Entnahmen nicht erfasst, da von vornherein klar ist, dass das entnommene Gewebe nicht trans-

§ 190 Rz 6. AM *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 17, der Entnahmen zur Verwendung in der Heilmittelindustrie „als indirekte Heilbehandlung allenfalls auch noch als gerechtfertigt“ ansieht.

⁴⁰⁴ *Larenz Methodenlehre*⁶ 370.

⁴⁰⁵ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 3 f.

⁴⁰⁶ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁴⁰⁷ *Kopetzki* Organgewinnung 146 f.

plantiert werden soll.⁴⁰⁸ Im Ergebnis wäre aber die Unzulässigkeit von „begleitenden Organentnahmen“, die zur Durchführung der Transplantation unbedingt benötigt werden, sinnwidrig. Denn das von § 62a KAKuG verfolgte Ziel (Lebensrettung bzw Gesundheitswiederherstellung) ist ohne vorangehende Gewebstypisierung nicht zu erreichen.⁴⁰⁹ Im Gegensatz zu Organentnahmen zwecks pharmazeutischer Verwertung kann daher bei Organentnahmen zur Gewebstypisierung eine planwidrige Lücke angenommen werden: Der Gesetzgeber hat die Transplantation begleitende Organentnahmen *unbeabsichtigter Weise* nicht berücksichtigt. Begleitende Organentnahmen, die für den Transplantationserfolg eine notwendige Voraussetzung darstellen, sind daher in Analogie zu § 62a KAKuG erlaubt.⁴¹⁰

Die bei der Entnahme erforderliche Absicht, das Organ zu transplantieren, steht der Konservierung des Organs auf sog **Organ- und Gewebebanken** nicht entgegen.⁴¹¹ Das Gesetz verlangt nämlich keinen bestimmten zeitlichen Zusammenhang zwischen der Entnahme und der Verpflanzung des Organs.⁴¹² Entscheidend ist lediglich, dass im Zeitpunkt der Entnahme die Verwirklichungsmöglichkeit des Entnahmezwecks, der in der Transplantation des Organs liegt, besteht.⁴¹³ Es ist daher erlaubt, Organe zu entnehmen, um sie als Vorrat für spätere Transplantationen an idR noch unbekanntem Empfängern auf Organbanken aufzubewahren. Mit der Zulässigkeit von Organkonservierungen bietet § 62a KAKuG gegenüber dem rechtfertigenden Notstand, der vor der Einführung des § 62a KAKuG als Rechtfertigungsgrund für Organentnahmen herangezogen wurde, einen wesentlichen Vorteil: Nach dem System des rechtfertigenden Notstands ist die Entnahme zur Bevorratung von Organen gänzlich ausgeschlossen, weil es bei solchen Entnahmen mangels Akutbedarfs an der erforderlichen Notsituation fehlt.⁴¹⁴

⁴⁰⁸ So auch *Kalchschmid* Organtransplantation 89 und *Kopetzki* Organgewinnung 146.

⁴⁰⁹ *Kalchschmid* Organtransplantation 89; *Kopetzki* Organgewinnung 147.

⁴¹⁰ *Kalchschmid* Organtransplantation 90; *Kopetzki* Organgewinnung 147.

⁴¹¹ *Brandstetter* Aspekte 95; *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 14; *Kalchschmid* Organtransplantation 87; *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 36; *Kopetzki* Organgewinnung 143; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 11; *Stellpflug* Schutz 135.

⁴¹² *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Brandstetter* Aspekte 95; *Kalchschmid* Organtransplantation 87; *Kopetzki* Organgewinnung 143; *Stellpflug* Schutz 135.

⁴¹³ *Kopetzki* Organgewinnung 143; *Stellpflug* Schutz 135.

⁴¹⁴ Siehe dazu ausführlich unten Seite 127 f.

(4) Nichtvorliegen einer Widerspruchserklärung

- **Inhalt des Widerspruchs**

§ 62a Abs 1 KAKuG normiert, dass die Entnahme unzulässig ist, wenn den Ärzten eine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder – vor dessen Tod – sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Nach dem Umkehrschluss heißt das, dass eine Organentnahme immer dann erlaubt ist, wenn keine rechtswirksame ablehnende Erklärung vorliegt. Insb auf eine Zustimmung von wem auch immer (zB des Verstorbenen oder der Hinterbliebenen) kommt es nicht an. Diese gesetzliche Regelung wird daher auch als sog Widerspruchslösung bezeichnet.⁴¹⁵

Inhalt des Widerspruchs ist die Ablehnung einer postmortalen Organspende. Dabei kann der Widerspruch auch auf die Entnahme bestimmter Körperteile beschränkt werden.⁴¹⁶ Denkbar ist beispielsweise, dass ein Patient bloß die Entnahme seines Herzens nicht wünscht, mit der Entnahme anderer Körperteile aber einverstanden ist.

- **Ausdrückliche Willenserklärung**

Bei der Widerspruchserklärung handelt es sich um eine Willenserklärung.⁴¹⁷ Das bedeutet, dass der Wille des Verstorbenen nur dann zu berücksichtigen ist, wenn er auch nach außen erklärt wurde. Eine innere ablehnende Haltung gegenüber Organentnahmen, die in keiner Erklärung Ausdruck gefunden hat, ist unbeachtlich und braucht nicht erforscht zu werden.⁴¹⁸ Entscheidend ist gem § 62a KAKuG weiters die Ausdrücklichkeit der Erklärung. Damit wird § 863 ABGB angesprochen, der zwischen ausdrücklichen („durch Worte oder allgemein anerkannte Zeichen“) und konkludenten Willenserklärungen („welche mit allen Überlegungen keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen“) unterscheidet. Das Kopfschütteln eines Patienten ist zB aufgrund des allgemein anerkannten Zeichens als ausdrückliche Erklärung zu werten.⁴¹⁹

⁴¹⁵ *Barta* Rechtsfragen 39; *Brandstetter* Aspekte 96; *Eder-Rieder* Transplantationen 290; *Kalchschmid* Organtransplantation 90; *Kopetzki* Organgewinnung 220.

⁴¹⁶ *Kopetzki* Organgewinnung 236; *Kopetzki* Spender 172.

⁴¹⁷ *Kopetzki* Organgewinnung 221.

⁴¹⁸ *Kopetzki* Organgewinnung 221.

⁴¹⁹ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 101; *Kalchschmid* Organtransplantation 100.

- **Widerspruchsberechtigung**

Widerspruchsberechtigt sind nur der Verstorbene und – zu dessen Lebzeiten – sein gesetzlicher Vertreter. Angehörige, denen nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zukommt, haben demnach kein Widerspruchsrecht. § 62a KA-KuG sind keine näheren Angaben zur Widerspruchsfähigkeit zu entnehmen. Nachdem der Widerspruch eine Willenserklärung ist, muss der Erklärende gewisse Mindestanforderungen erfüllen, damit sein Widerspruch rechtswirksam ist. Es ist hierbei nicht auf die starren Altersgrenzen der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit abzustellen, sondern auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit.⁴²⁰ Diese ist sowohl im Bereich der zivilrechtlichen als auch der strafrechtlichen Einwilligung in körperliche Eingriffe maßgeblich.⁴²¹ Nach hA liegt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit vor, wenn der Betroffene imstande ist, die Tragweite und Bedeutung seiner Willensäußerung einschätzen zu können.⁴²² Bei einem gesunden Erwachsenen wird die geforderte Einsichts- und Urteilsfähigkeit in aller Regel vorhanden sein. Im Falle eines Rauschzustandes kann dies anders zu beurteilen sein. Minderjährige weisen die Einsichtsfähigkeit typischerweise nicht vor dem 14. Lebensjahr auf.⁴²³ Bei psychisch Kranken oder geistig Behinderten muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob die Einsichtsfähigkeit bezüglich der Organspende von der Krankheit ausgeschlossen ist.⁴²⁴

Die einsichts- und urteilsfähige, gesunde Person hat ihren Widerspruch selbst abzugeben. Bei Personen, die die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht aufweisen, fällt diese Aufgabe dem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu.⁴²⁵ Als gesetzlicher Vertreter kommen bei Kindern die Eltern (§ 144 ABGB) und bei psychisch Kranken oder geistig Behinderten der Sachwalter (§ 268 ABGB) in Betracht. Nicht geregelt ist, wie der gesetzliche Vertreter bei der Entscheidung über die Frage einer postmortalen Organspende vorzugehen hat. Grundsätzlich ist im

⁴²⁰ *Etzl* Leichen 33; *Kalchschmid* Organtransplantation 92; *Kopetzki* Organgewinnung 226.

⁴²¹ *Stabentheiner* in Rummel³ § 151 Rz 14 mwN; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 90 Rz 7 und § 110 Rz 8 mwN.

⁴²² Für das Zivilrecht: *Aicher* in Rummel³ § 16 Rz 17 mwN; *Edlbacher* Eingriffe 370. Für das Strafrecht mwN: *Burgstaller/Schütz* WK-StGB² § 90 Rz 32.

⁴²³ *Etzl* Leichen 33; *Kalchschmid* Organtransplantation 94; *Kopetzki* Organgewinnung 227.

⁴²⁴ *Kalchschmid* Organtransplantation 94; *Kopetzki* Organgewinnung 227.

⁴²⁵ Nach *Kalchschmid* Organtransplantation 94 und *Kopetzki* Organgewinnung 226 und 228 können die Eltern als gesetzliche Vertreter ihr Widerspruchsrecht sogar kumulativ zu dem des im konkreten Fall einsichts- und urteilsfähigen Kindes ausüben. Unklar ist diesbezüglich, weshalb der gesetzliche Vertreter überhaupt zum Zug kommen soll, wenn das Kind bereits einsichts- und urteilsfähig ist.

Rahmen der gesetzlichen Vertretung auch der Wille einer nicht einsichts- und urteilsfähigen Person zu berücksichtigen (§ 146 Abs 3 und § 281 Abs 1 ABGB). Darüber hinaus hat der gesetzliche Vertreter das Wohl des Vertretenen bestmöglich zu fördern (§ 146 und § 275 Abs 1 ABGB). Fraglich ist, wie der Begriff des Wohls des Vertretenen im Zusammenhang mit der postmortalen Organspende zu verstehen ist. Eine nach dem Tod vorgenommene Organentnahme zum Zweck der Transplantation liegt niemals im Wohl des Betreffenden; er hat davon keinen Nutzen. Genauso wenig dient aber die Unterlassung der Organentnahme dem Wohl des dann toten Betreffenden. Es kommt daher weniger auf das Wohl des Vertretenen an, sondern eher darauf, ob die spätere Organspende im Sinne des Vertretenen ist. Dabei spielt es einerseits eine Rolle, dass mit der Organspende eine Verletzung der körperlichen Integrität des Leichnams einhergeht. Auf der anderen Seite sind aber auch weltanschauliche oder religiöse Einstellungen des Vertretenen zu berücksichtigen, nach denen es für ihn etwas Positives bedeutet, seinen toten Körper für die Rettung von Menschenleben zur Verfügung zu stellen. Lässt sich keine Neigung des Vertretenen feststellen – was va bei Kleinkindern häufig der Fall sein wird –, so kommt es letztlich wohl auf die Einstellung des Vertreters an, was er für den Vertretenen für am besten hält.

Das Recht, einen Widerspruch für den Vertretenen abzugeben, steht dem gesetzlichen Vertreter aber nur zu Lebzeiten des Vertretenen zu. Die Eltern eines Minderjährigen können demnach nach dessen Tod einer Organentnahme nicht mehr widersprechen.

- **Vorliegen des Widerspruchs**

Weitere Voraussetzung für die Beachtlichkeit eines Widerspruchs ist, dass er den Ärzten vorliegt. Aus dem Bericht des parlamentarischen Ausschusses für Gesundheit und Umweltschutz geht hervor, dass mit den genannten Ärzten jene gemeint sind, die die Organentnahme vornehmen würden, läge der Widerspruch nicht vor.⁴²⁶ Der Widerspruch muss also den entnehmenden Ärzten vorliegen. Wann vom Vorliegen eines Widerspruchs gesprochen werden kann, ist weitgehend unklar. Einzig für den Bereich des Widerspruchsregisters existiert eine gesetzliche Regelung: Gem § 62a KAKuG liegt eine Erklärung „auch vor, wenn sie in dem bei der Gesundheit Österreich GmbH, Geschäftsbereich ÖBIG, geführten

⁴²⁶ AB 1089 BlgNR 15. GP, 1.

Widerspruchsregister eingetragen ist“. Sicherheitshalber hat der Gesetzgeber in § 62e KAKuG auch noch eine Art Nachschaupflicht normiert. Danach muss vor einer Entnahme eine Abfrage des Widerspruchsregisters durchgeführt werden, um sicherzugehen, dass dort kein Widerspruch vorliegt.

Mit diesen Regelungen ist aber noch nichts über die Frage gesagt, wann Widersprüche vorliegen, die nicht im Register eingetragen wurden. Die Bedeutsamkeit solcher Widerspruchserklärungen ergibt sich aus der Formulierung „eine Erklärung liegt *auch* vor, wenn sie im Widerspruchsregister eingetragen ist“. Das heißt, dass eine Erklärung auch auf andere Art und Weise als durch Eintragung im Widerspruchsregister vorliegen kann.⁴²⁷ Es existiert zwar eine landesgesetzliche Verpflichtung für die Krankenanstalten, „allfällige Widersprüche gem § 62a Abs 1 KAKuG in der Krankengeschichte zu dokumentieren“,⁴²⁸ der Gesetzgeber hat sich aber nicht festgelegt, ob und inwieweit die Ärzte Nachforschungen anstellen müssen, um einen allfälligen Widerspruch in Erfahrung zu bringen. Vereinzelt wird der Begriff „vorliegen“ dahingehend interpretiert, dass der Widerspruch den Ärzten *bekannt* sein muss.⁴²⁹ Damit wird auf eine tatsächliche Kenntnisnahme abgestellt. Nach dieser Auffassung wäre eine Organentnahme zulässig, wenn ein bewusstloser Patient zwar eine Widerspruchserklärung bei seinen Personalpapieren mitführt (zB in Form eines negativen Spenderausweises), der entnehmende Arzt aber nichts davon weiß. Es steht hier sogar in der Macht des Arztes, eine Kenntnisnahme zu verhindern, indem er die Durchsicht der Papiere bewusst unterlässt.⁴³⁰ Damit wäre zwar die Dokumentationspflicht hinsichtlich der für die Aufnahme erforderlichen Patientendaten⁴³¹ verletzt, was bei nicht äußereungsfähigen Patienten die Durchsicht der mitgeführten Personalpapiere voraussetzt. Dieser Verstoß ist nach manchen Landesgesetzen als Verwaltungsübertretung zu ahnden,⁴³² die – bei Einhaltung der anderen Voraussetzungen des § 62a KAKuG – die rechtfertigende Wirkung in Bezug auf § 190 StGB aber nicht besei-

⁴²⁷ EBRV 297 B1gNR 23. GP, 5.

⁴²⁸ § 16 Abs 7 Z 2 bgl KAG; § 34 Abs 9 ktn KAO; § 21 Abs 1 lit e nö KAG; § 21 Abs 1 Z 2 lit e oö KAG; § 35 Abs 2 Z 9 sbg KAG; § 13 Abs 4 Z 7 stmk KALG; § 48 Abs 4 vbg KAG; § 17 Abs 1 lit f wr KAG.

⁴²⁹ *Eder-Rieder* Transplantationen 290.

⁴³⁰ Mit weiteren Beispielen *Kopetzki* Organgewinnung 237 f.

⁴³¹ § 16 Abs 2 bgl KAG; § 34 Abs 1 ktn KAO; § 21 Abs 1 lit a nö KAG; § 21 Abs 1 Z 1 oö KAG; § 35 Abs 1 sbg KAG; § 13 Abs 1 Z 1 stmk KALG; § 48 Abs 1 vbg KAG; § 17 Abs 1 lit a wr KAG.

⁴³² § 96 Abs 2 Z 6 oö KAG; § 93 Abs 2 sbg KAG; § 63 Abs 1 stmk KALG; § 67 wr KAG.

tigt. Denn dem Arzt lag der in den Personalpapieren verzeichnete Widerspruch rechtlich nicht vor. Wenn aber nicht einmal das Mitführen einer Widerspruchserklärung eine Organentnahme sicher verhindert, so wird dem bewusstlosen Patienten die Wahrnehmung seiner rechtlich geschützten Interessen enorm erschwert. Aus diesem Grund erscheint jene Ansicht, nach der die faktische Kenntnisnahme für das Vorliegen der Erklärung ausschlaggebend ist, nicht sachgerecht. Vielmehr ist zur Auslegung des Begriffs „vorliegen“ auf die zivilrechtliche Empfangstheorie des § 862a ABGB abzustellen.⁴³³ Danach ziehen Willenserklärungen dann rechtliche Wirkungen nach sich, wenn sie in die Sphäre des Empfängers gelangt sind. Man spricht hierbei vom Zugang einer Willenserklärung. Zugegangen ist die Willenserklärung jedenfalls bei Kenntnisnahme durch den Adressaten, aber auch schon davor, nämlich sobald die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass er sich *unter normalen Umständen* von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann.⁴³⁴ Die Empfangstheorie liegt vom Prinzip her auch der Regelung über das Widerspruchsregister in § 62a Abs 1 KAKuG zugrunde: Danach liegt die Erklärung bereits vor und steht einer Organentnahme entgegen, wenn sie im Widerspruchsregister eingetragen ist und nicht erst dann, wenn der Arzt durch eine Abfrage des Registers Kenntnis von ihr erlangt hat. Nicht im Widerspruchsregister eingetragene Widerspruchserklärungen sind zugegangen, wenn sie sich bei den mitgeführten Personalpapieren des Patienten befinden.⁴³⁵ Dadurch sind sie in die Machtsphäre der Ärzte gelangt und liegen diesen somit vor. Die Durchsicht dieser Papiere bedarf keines außergewöhnlichen Aufwandes,⁴³⁶ die Krankenanstalt ist dazu sogar verpflichtet.⁴³⁷ Der Widerspruch liegt hingegen idR nicht vor, wenn er zB auf einem Blatt Papier niedergeschrieben wurde und sich dieses in der Wohnung des Betroffenen befindet. Von einer solchen Erklärung können sich die Ärzte unter normalen Umständen keine Kenntnis verschaffen. Dies ist angesichts der kurzen Zeit, die für eine Organtransplantation zur Verfügung steht, nicht möglich. Darüber hinaus stehen

⁴³³ *Kalchschmid* Organtransplantation 105; *Kopetzki* Organgewinnung 242 ff; *Stellpflug* Schutz 135. Auch der Bericht des Ausschusses über Gesundheit und Umweltschutz legt nahe, Fragen betreffend die Widerspruchserklärung im Einklang mit dem bürgerlichen Recht zu lösen (AB 1089 BlgNR 15. GP, 1).

⁴³⁴ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 111 f; *Rummel* in *Rummel*³ § 862a Rz 2.

⁴³⁵ *Kopetzki* Organgewinnung 244.

⁴³⁶ Vgl *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 34.

⁴³⁷ § 16 Abs 2 bgl KAG; § 34 Abs 1 ktn KAO; § 21 Abs 1 lit a nö KAG; § 21 Abs 1 Z 1 oö KAG; § 35 Abs 1 sbg KAG; § 13 Abs 1 Z 1 stmk KALG; § 48 Abs 1 vbg KAG; § 17 Abs 1 lit a wr KAG.

dem Arzt auch rechtlich keine Möglichkeiten zu, die Wohnung des Betroffenen zu durchsuchen. Mit der Empfangstheorie kommt man daher zu dem Ergebnis, dass der Arzt zu keinen langwierigen Nachforschungen verpflichtet ist,⁴³⁸ sondern lediglich solche Erklärungen zu berücksichtigen hat, die in seine Sphäre gelangt sind.⁴³⁹ Dies entspricht auch dem allgemeinen Sprachverständnis des Begriffes „vorliegen“.

Problematisch ist jener Fall, in dem ein mündlicher Widerspruch zB gegenüber den Angehörigen abgegeben wird, die dann den Ärzten von diesem Widerspruch berichten. Diese Form der Willensmitteilung birgt die Gefahr in sich, dass ein Widerspruch überbracht wird, obwohl sich der Verstorbene gar nicht ablehnend gegenüber einer Organentnahme geäußert hat. Eine solche Situation ist angesichts der emotionalen Belastung Angehöriger eines kürzlich Verstorbenen durchaus denkbar. Sollte die Willensübermittlung durch einen Hinterbliebenen beachtlich sein, könnte das Gesetz, das den Angehörigen dezidiert keine Widerspruchsberechtigung einräumt, sehr leicht umgangen werden. Rechtlich kann der Angehörige, der den Widerspruch des Verstorbenen übermittelt, als Bote betrachtet werden.⁴⁴⁰ Nach den zivilrechtlichen Grundsätzen muss der Auftraggeber die vom Boten abgegebene Erklärung gegen sich gelten lassen, außer der Bote hat die Erklärung absichtlich entstellt oder war gar nicht beauftragt, eine Erklärung zu überbringen. Diesfalls trägt der Erklärungsempfänger das Risiko.⁴⁴¹ Die entnehmenden Ärzte könnten sich gegen das Risiko eines tatsächlich nicht abgegebenen Widerspruchs nur durch umfangreiche Erhebungen über den wahren Willen des bereits Verstorbenen wappnen. Von einer solchen „Erhebungslast“ in Bezug auf den wahren Willen entbindet aber das Kriterium, dass der Widerspruch „den Ärzten vorliegen“ muss.⁴⁴² Auch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit hat zur Folge, dass „nur ein unzweifelhafter und nicht weiter interpretationsbedürftiger Wille des Verstorbenen Beachtung finden soll“.⁴⁴³ Aus diesen Gründen sind mündliche Widerspruchserklärungen nicht zu berücksichtigen, wenn sie

⁴³⁸ So im Ergebnis auch *Etzl* Leichen 34; *Kopetzki* Organgewinnung 241; *Stellpflug* Schutz 135.

⁴³⁹ Zu den Konsequenzen für den Fall, dass der Arzt vom Nichtvorliegen einer Widerspruchserklärung ausgeht, siehe sogleich unten Seite 90.

⁴⁴⁰ *Kopetzki* Organgewinnung 245.

⁴⁴¹ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 221; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 5.

⁴⁴² *Kopetzki* Organgewinnung 246.

⁴⁴³ *Kopetzki* Organgewinnung 246.

nicht gegenüber den entnehmenden Ärzten, sondern durch andere Personen übermittelt wurden.⁴⁴⁴

Zu prüfen bleibt, was in jenen Fällen gilt, in denen ein Widerspruch nach der eben dargestellten Empfangstheorie vorliegt – weil er sich zB in der Brieftasche des Bewusstlosen befindet –, der Arzt aber vom Nichtvorliegen eines Widerspruchs ausgeht, weil er die Brieftasche nicht überprüft hat. Nimmt der Arzt an dem nunmehr verstorbenen Patienten eine Organentnahme vor, muss geprüft werden, ob der Arzt einem Irrtum nach § 8 StGB unterliegt, ob er also irrtümlich einen rechtfertigenden Sachverhalt annimmt. Dies ist zu verneinen: Allein aus dem Umstand, dass ein sterbenskranker Patient eingeliefert wird, ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Organentnahme nach § 62a KAKuG zulässig wäre. MaW gab es für den Arzt keinen Grund zu glauben, dass kein Widerspruch gegen eine Organentnahme vorliege. Der Arzt unterliegt folglich keinem Irrtum. Hat der Arzt hingegen zuvor das Widerspruchsregister abgefragt und keinen Widerspruch vorgefunden, ist der Fall anders zu beurteilen: In dieser Konstellation gab es einen Anhaltspunkt für das Nichtvorliegen eines Widerspruchs. Die negative Überprüfung des Registers hat den Arzt dazu veranlasst zu glauben, der Verstorbene hätte einer Organentnahme nicht widersprochen. Er ging also irrtümlich vom Nichtvorliegen eines Widerspruchs und damit von einem rechtfertigenden Sachverhalt nach § 62a KAKuG aus. Die Rechtsfolge des § 8 StGB ist die doppelt bedingte Fahrlässigkeitshaftung: Der Täter ist nicht wegen des Vorsatzdelikts, sondern wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn es ein entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikt gibt und sein Irrtum zudem auf Fahrlässigkeit beruht hat. In dem hier zu erörternden Fall scheidet die Strafbarkeit bereits daran, dass kein dem § 190 StGB entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikt existiert. Die Störung der Totenruhe ist schließlich nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar. Insofern macht sich der Arzt, der das Widerspruchsregister kontrolliert, jedoch nicht die persönlichen Papiere durchsieht, nicht gerichtlich strafbar.

Für den Verstoß gegen § 62a KAKuG kommt aber eine verwaltungsrechtliche Sanktion nach § 62c KAKuG in Betracht, für welche Fahrlässigkeit ausreicht. Aufgrund des Vergleichs mit einer differenzierten Maßfigur ergibt sich, dass der Arzt fahrlässig gehandelt hat, denn ein maßgerechter Arzt hätte vor einer Entnahme die mitgeführten Personalpapiere des Verstorbenen hinsichtlich eines

⁴⁴⁴ *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Kopetzki* Organgewinnung 247.

allfälligen Widerspruchs überprüft. Der Arzt im genannten Beispiel hat daher die Verwaltungsübertretung gem § 62c KAKuG begangen.

- **Keine Formvorschrift**

Nach dem Gesetz besteht für die Widerspruchserklärung gem § 62a KAKuG keinerlei Formvorschrift. Der Widerspruch kann daher sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen.⁴⁴⁵ Aus dem eben Gesagten zur Frage, wann ein Widerspruch den entnehmenden Ärzten vorliegt, ergibt sich jedoch, dass faktisch eine Formvorschrift besteht: Lediglich solche Widersprüche, die im Widerspruchsregister eingetragen sind, bei den Personalpapieren mitgeführt oder durch den noch lebenden Patienten selbst direkt den entnehmenden Ärzten mitgeteilt werden, liegen iSd Gesetzes vor. Will man seinen Widerspruch durch eine strafrechtliche Sanktion abgesichert wissen, so bleibt allein die Deponierung im Widerspruchsregister oder die mündliche Mitteilung an den entnehmenden Arzt durch den Verstorbenen selbst. Denn der bloß in den Personaldokumenten mitgeführte Widerspruch löst bei dessen Nichtbeachtung lediglich eine verwaltungsrechtliche Strafbarkeit aus.

(5) Keine die Pietät verletzende Verunstaltung

Der letzte Satz in § 62a Abs 1 KAKuG fordert, dass die Entnahme nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen darf. Unter Verunstaltung ist eine wesentliche nachteilige Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes des Leichnams zu verstehen.⁴⁴⁶

Da der Begriff Verunstaltung vom Sprachgebrauch her eine Entstellung der **äußeren Gestalt** bedeutet, kann die Entnahme innerer Organe zu keiner Verunstaltung führen, sofern die hiezu geöffneten Körperhöhlen wieder verschlossen werden.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ *Etzl* Leichen 34; *Kalchschmid* Organtransplantation 100; *Kopetzki* Organgewinnung 234; *Stellpflug* Schutz 134.

⁴⁴⁶ *Barta* Rechtsfragen 36; *Kalchschmid* Organtransplantation 84. Im Wesentlichen so auch die Definition der Verunstaltung in § 85 Z 2 StGB und § 1326 ABGB: *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 85 Rz 12; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1326 Rz 4.

⁴⁴⁷ *Barta* Rechtsfragen 36; *Kalchschmid* Organtransplantation 84; *Kopetzki* Organgewinnung 140. AM *Stellpflug* Schutz 134.

Im Prinzip ist kaum ein Eingriff in die äußere Integrität der Leiche denkbar, der nicht vom Verunstaltungsverbot erfasst wäre. Am ehesten kommt noch die Entfernung eines kleinen Stücks Haut von einer nicht exponierten Körperstelle in Betracht. Dies wird in der Praxis jedoch selten vorkommen, da der Empfänger nicht auf kleine Hautstücke eines toten Spenders angewiesen ist. Diese können ihm von einer anderen Stelle seines eigenen Körpers übertragen werden. Ein toter Spender wird eher dann herangezogen, wenn Bedarf an größeren Gewebeteilen besteht. Diesfalls bleibt aber eine Verunstaltung zurück. Die Entnahme von Extremitäten hinterlässt jedenfalls ein verunstaltetes Äußeres, ebenso die Explantation der Augäpfel.

Da es beim Verunstaltungsverbot darum geht, dass der Leichnam in einem solchen Zustand verbleiben soll, der der Würde eines Toten entspricht,⁴⁴⁸ liegt aus dem Blickwinkel der Teleologie keine Verunstaltung iSd § 62a Abs 1 KAKuG vor, wenn die verunstaltende Wirkung durch plastisch-rekonstruktive Maßnahmen, wie zB Prothesen oder Glasaugen, ausgeglichen wird.⁴⁴⁹ Denn im Ergebnis ist es in solchen Fällen zu keiner wesentlichen nachteiligen Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes gekommen.

(6) Entnahmezeitpunkt

Gem Abs 2 des § 62a KAKuG darf die Entnahme erst durchgeführt werden, wenn der eingetretene Tod festgestellt wurde. Nach ganz hA tritt der Tod mit dem **Hirntod** ein.⁴⁵⁰ Darunter ist der irreversible Funktionsausfall des gesamten Gehirns zu verstehen.⁴⁵¹ Die Feststellung des Todes hat nach den anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft entsprechend dem jeweiligen Stand der medizi-

⁴⁴⁸ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 3.

⁴⁴⁹ *Kalchschmid* Organtransplantation 84; *Kopetzki* Organgewinnung 140. Vgl *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 85 Rz 23 f in Bezug auf die Relevanz wiederherstellender medizinischer Behandlungen hinsichtlich der Verunstaltung nach § 85 Z 2 StGB.

⁴⁵⁰ *Burgstaller* Todeszeitpunkt 350; *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Etzl* Leichen 31; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 3; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 6; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 2; *Kalchschmid* Organtransplantation 118; *Kalchschmid/Barta* Überlegungen 28; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 3; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵ Vorbem §§ 75 ff Rz 11; *Körtner* Halbtot 79; *Kopetzki* Organgewinnung 180; *Lewis* BT I², 5; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 75 Rz 4; *Mayerhofer* StGB⁵ § 75 Anm 5; *O. Mayrhofer* Todesfeststellung 55; *Stellpflug* Schutz 136; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 8 (2. Lfg).

⁴⁵¹ Vgl nur *Eder-Rieder* Transplantationen 291; *Karl*, Todesbegriff 20; *Kopetzki* Organgewinnung 38 und 184; *Stellpflug* Schutz 112.

nisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse zu erfolgen.⁴⁵² Nach dem Gutachten des Obersten Sanitätsrats vom 26.6.1982, welches allerdings keinen rechtsverbindlichen Charakter besitzt, ist neben einer klinischen Diagnose auch eine erweiterte Diagnose anhand technischer Hilfsmittel durchzuführen.⁴⁵³ So wird der irreversible Funktionsausfall des Gehirns mit einem Elektroencephalogramm (EEG) nachgewiesen.⁴⁵⁴ Wenn während eines Zeitraumes von sechs Stunden (sog „Schwebezeit“) keine cerebrale Aktivität auftritt, dann ist der Hirntod bestätigt.⁴⁵⁵

Weiters verlangt das Gesetz, dass jener Arzt, der den Tod feststellt, nicht der gleiche ist, der auch die Entnahme oder Transplantation durchführt. Er darf an diesen Eingriffen auch sonst nicht beteiligt oder durch sie betroffen sein. Diese Bestimmung will **Interessenskonflikten** vorbeugen und eine voreilige Todesfeststellung verhindern: Der todesfeststellende Arzt soll keinerlei Interesse an den genannten Eingriffen haben, welches „seine volle Objektivität bei der Feststellung des eingetretenen Todes beeinträchtigen könnte“.⁴⁵⁶ Der Arzt ist an der Entnahme oder Transplantation beteiligt, sobald er in welcher Form auch immer an ihr mitwirkt.⁴⁵⁷ Von Betroffenheit in anderer Weise ist die Rede, wenn der Arzt zum verstorbenen Spender oder zum Empfänger eine persönliche Beziehung hat. Dabei ist sowohl an Verwandtschafts- als auch an sonstige Naheverhältnisse zu denken.⁴⁵⁸ Darüber hinaus ist jeder Arzt von der Todesfeststellung ausgeschlossen, der zu den entnehmenden oder transplantierenden Ärzten in einem Verhältnis der Über- oder Unterordnung steht.⁴⁵⁹ Nachdem die „Betroffenheit“ eine Art Auffangbegriff darstellt, scheiden für die Todesfeststellung auch solche Ärzte aus, die eine interessensmäßige Verbindung (zB durch gemeinsame For-

⁴⁵² EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁴⁵³ *Holzabek/Kopetzki* Rechtsgrundlagen 417.

⁴⁵⁴ Bei Einhaltung ausreichend langer Sicherheitszeiträume ist der Eintritt des Hirntodes zweifelsfrei auch klinisch nachweisbar (zB anhand der Totenstarre). Aus Gründen objektiver Dokumentation sollten jedoch apparative Zusatzuntersuchungen zum Einsatz kommen. *Steinbereithner* Ausfall der Hirnfunktion 51.

⁴⁵⁵ Zu den Methoden der Todesfeststellung siehe auch ausführlich *Kopetzki* Organgewinnung 185 ff und *Kalchschmid* Organtransplantation 122 ff.

⁴⁵⁶ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁴⁵⁷ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4; *Kopetzki* Organgewinnung 194.

⁴⁵⁸ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4; *Kalchschmid* Organtransplantation 124; *Kopetzki* Organgewinnung 194.

⁴⁵⁹ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4; *Kalchschmid* Organtransplantation 124; *Kopetzki* Organgewinnung 195.

schungsziele) zu den entnehmenden oder transplantierten Ärzten aufweisen.⁴⁶⁰

Eine weitere Anforderung an den todesfeststellenden Arzt ist gem § 62a Abs 2 KAKuG die **Berechtigung zur selbständigen Berufsausübung**. Dh, dass der Arzt nach dem ÄrzteG über das ius practicandi als praktischer Arzt oder Facharzt verfügen muss.⁴⁶¹ Diese Voraussetzung ist jedoch als Mindestanforderung zu verstehen. Kommt bei der Todesfeststellung zB ein EEG zum Einsatz, muss der herangezogene Arzt auch die hierfür erforderlichen Kenntnisse aufweisen. Aus diesem Grund wird der Tod in der Praxis meist von einem Ärztekollegium bestehend aus Ärzten verschiedener Fachrichtungen (zB Neurologie, Radiologie etc) festgestellt.⁴⁶²

Werden die Voraussetzungen über den Entnahmezeitpunkt und den Tod feststellenden Arzt nicht eingehalten, so hindert das die Rechtfertigung durch § 62a KAKuG nicht. Es greift lediglich die verwaltungsrechtliche Sanktion des § 62c KAKuG.⁴⁶³

(7) Entnahmeort

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Organentnahme mit Blick auf das Gewinnverbot des § 62a Abs 4 KAKuG primär nur in gemeinnützigen Krankenanstalten erlaubt sein.⁴⁶⁴ Deswegen verweist § 62a Abs 3 KAKuG auch auf § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG, wo geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Krankenanstalt als gemeinnützig anzusehen ist. Der Grund, weshalb die lit b nicht erfasst ist, liegt darin, dass der Gesetzgeber die Organentnahme auch in jenen Krankenanstalten ermöglichen wollte, deren Rechtsträger die Sozialversicherung ist.⁴⁶⁵ Da solche Krankenanstalten aber häufig nur zur Aufnahme von Versicherten verpflichtet sind, musste die lit b des § 16 Abs 1 KAKuG ausgelas-

⁴⁶⁰ *Kopetzki* Organgewinnung 194 f.

⁴⁶¹ *Kalchschmid* Organtransplantation 124; *Kopetzki* Organgewinnung 193.

⁴⁶² *Kalchschmid* Organtransplantation 124; *Kopetzki* Organgewinnung 193.

⁴⁶³ Dazu eingehend unten Seite 99 ff.

⁴⁶⁴ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁴⁶⁵ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

sen werden, da es nach dieser Bestimmung auf die Aufnahme aller Aufnahmebedürftigen (und nicht etwa nur der Versicherten) ankommt.⁴⁶⁶

Die Voraussetzungen des § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG sind nun folgende: Der Betrieb der Krankenanstalt darf keine Gewinnerzielung bezwecken (lit a). Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein unerwarteter Gewinn tatsächlich abfällt, sondern auf die auf Gewinn gerichtete Absicht.⁴⁶⁷ Den Pflinglingen muss in der Krankenanstalt so lange eine Unterbringung, ärztliche Behandlung, Pflege und Verköstigung zuteil werden, als es ihr Gesundheitszustand nach dem Ermessen des behandelnden Arztes erfordert (lit c). Für die ärztliche Behandlung, Pflege und Verköstigung darf ausschließlich der Gesundheitszustand maßgeblich sein (lit d). Für alle Pflinglinge derselben Gebührenklassen müssen die Pflegegebühren in gleicher Höhe gem § 16 Abs 1 lit e KAKuG festgesetzt werden (lit e). Die Bediensteten der Krankenanstalt dürfen von den Pflinglingen oder deren Angehörigen – außer in den Fällen der §§ 27 Abs 4 und 46 Abs 1 KAKuG – nicht entlohnt werden (lit f). Die Zahl der für die Sonderklasse vorgesehenen Betten darf ein Viertel der für die Anstaltspflege bereitstehenden Bettenzahl nicht übersteigen (lit g).

Unter Zugrundelegung dieser Voraussetzungen ist die Organentnahme in jeder **öffentlichen** und jeder **gemeinnützigen** Krankenanstalt erlaubt, da eben diese Voraussetzungen auch für die Verleihung des Öffentlichkeitsrechts bzw für das Vorliegen der Gemeinnützigkeit gegeben sein müssen.⁴⁶⁸ Auch Universitätskliniken kommen für eine Entnahme in Betracht, da diese Krankenabteilungen öffentlicher Krankenanstalten sind.⁴⁶⁹ In jenen Anstalten, die gem § 2 Abs 2 KAKuG keine Krankenanstalten iSd KAKuG sind, ist eine Organentnahme nicht zulässig, da auf diese das KAKuG und somit auch § 16 Abs 1 lit a und c bis g nicht anwendbar ist.⁴⁷⁰ Das sind Anstalten, die für die Unterbringung geistig abnormer oder entwöhnungsbedürftiger Rechtsbrecher bestimmt sind, einschließlich der Krankenabteilungen in Justizanstalten (lit a), weiters Einrichtungen, die von Betrieben für Erste Hilfe-Leistungen zur Verfügung gestellt werden (lit b), Kuranstal-

⁴⁶⁶ *Kopetzki* Organgewinnung 156.

⁴⁶⁷ *Kalchschmid* Organtransplantation 148; *Kopetzki* Organgewinnung 156.

⁴⁶⁸ *Kalchschmid* Organtransplantation 147; *Kopetzki* Organgewinnung 157.

⁴⁶⁹ *Kopetzki* Organgewinnung 158. Siehe auch *Kalchschmid* Organtransplantation 147.

⁴⁷⁰ *Kopetzki* Organgewinnung 158.

ten (lit c) und die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (lit d).

Zu beachten ist, dass nur die Krankenanstalt, in der die *Entnahme* vorgenommen wird, die Kriterien des § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG erfüllen muss. Die *Verpflanzung* des entnommenen Organs kann an jedem dafür geeigneten Ort (zB ärztliche Ordinationsstätten) durchgeführt werden.⁴⁷¹

Für den Fall, dass Organe in einer anderen als der von § 62a Abs 3 KAKuG gestatteten Krankenanstalt entnommen werden, kommt es zu einer verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit nach § 62c KAKuG.⁴⁷²

(8) Gewinnverbot

In § 62a Abs 4 KAKuG findet sich das sog Gewinnverbot: Organe oder Organteile Verstorbener dürfen **nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, die auf Gewinn gerichtet** sind. Zunächst ist zu beachten, dass der Begriff des Gewinns nicht mit jenem des Entgelts gleichzusetzen ist. Ein Rechtsgeschäft ist entgeltlich, wenn ein wirtschaftlicher Ausgleich erzielt werden soll.⁴⁷³ Ein entgeltliches Geschäft wird zu einem gewinnorientierten Rechtsgeschäft, wenn die Einnahmen nicht bloß der Kostendeckung, sondern der Überschusserzielung dienen.⁴⁷⁴ Maßgeblich für das Gewinnverbot ist die *Gewinnorientierung* und nicht der Umstand, dass tatsächlich ein solcher Überschuss erzielt wurde.⁴⁷⁵

Nicht jedes gewinngerichtete Geschäft im Zusammenhang mit einem Organ ist durch Abs 4 verboten. Das ergibt sich aus der Interpretation des Begriffs Gegenstand. Ein Organ ist nur dann Gegenstand eines Rechtsgeschäfts, wenn es um die Überlassung des Organs, also um dessen *Hingabe* geht.⁴⁷⁶ Wird dafür ein Gewinn angestrebt, greift das Verbot des Abs 4. Zu denken wäre an den auf Gewinn gerichteten Organverkauf durch den Spender oder den über den Leichnam Verfügungsberechtigten. Nicht erfasst sind aber Verträge, die *Arbeitsleistungen*

⁴⁷¹ Kalchschmid Organtransplantation 148; Kopetzki Organgewinnung 155.

⁴⁷² Zu der Frage, weshalb die gerichtliche Strafbarkeit nicht greift, siehe unten Seite 99 ff.

⁴⁷³ Koziol/Welser Bürgerliches Recht I¹³ 116.

⁴⁷⁴ Kalchschmid Organtransplantation 153; Kopetzki Organgewinnung 257.

⁴⁷⁵ Kopetzki Organgewinnung 258.

⁴⁷⁶ Kalchschmid Organtransplantation 153; Kopetzki Organgewinnung 260.

in Bezug auf Organe zum Inhalt haben, auch wenn sie gewinnorientiert sind.⁴⁷⁷ Als Beispiele sind Behandlungsverträge und Verträge über Transport oder Aufbewahrung von Organen zu nennen. In all diesen Fällen ist nämlich nicht das Organ, sondern die jeweilige geschuldete Arbeitsleistung Gegenstand des Rechtsgeschäfts. Verträge, in denen die Unterlassung des Widerspruchs iSd § 62a Abs 1 KAKuG gegen Zahlung eines Geldbetrags vereinbart wird, sind ebenfalls nicht erfasst.⁴⁷⁸ Denn auch hier geht es nicht um die Hingabe des Organs.

Strittig ist, ob sich das Gewinnverbot auf jegliche Organe Verstorbener (zB Leichenteile, aus denen anatomische Präparate hergestellt wurden) oder nur auf solche Organe bezieht, die zu Transplantationszwecken entnommen wurden.⁴⁷⁹ Faktum ist, dass Abs 4 vom Wortlaut her nicht auf zu Transplantationszwecken entnommene Organe beschränkt ist. Allerdings muss § 62a Abs 4 KAKuG im Gesamtzusammenhang des § 62a KAKuG gelesen werden, mit dem ausschließlich Organtransplantationen geregelt werden. Die systematische Auslegung ergibt daher, dass das Gewinnverbot **nur für Organe gilt, die zum Zwecke der Transplantation entnommen wurden.**⁴⁸⁰

Teilweise wird das Verbot des Abs 4 jedoch mittels Größenschlusses auf andere Sachverhalte übertragen: Wenn schon mit Organen, die für eine Transplantation bestimmt sind, nicht gewinnbringend gehandelt werden darf, dann muss dies umso eher für jene Organe gelten, die aus anderen – vielleicht weniger ethisch wertvollen – Gründen entnommen wurden.⁴⁸¹ Für einen Größenschluss ist es erforderlich, dass die gesetzliche Grundwertung dem ungeregelten Fall noch stärker zugrunde liegt als dem geregelten Fall.⁴⁸² Im Zusammenhang mit dem Gewinnverbot wird jedoch übersehen, dass die nicht geregelten Fälle von der gesetzlichen Grundwertung des § 62a Abs 4 KAKuG überhaupt nicht

⁴⁷⁷ Die erläuternden Bemerkungen stellen klar, dass die Entlohnung der an der Entnahme und Transplantation beteiligten Personen durch das Gewinnverbot nicht eingeschränkt werden soll; EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4. *Kalchschmid* Organtransplantation 153; *Kopetzki* Organgewinnung 259.

⁴⁷⁸ *Aigner* Organersatz 101; *Kalchschmid* Organtransplantation 152; *Kopetzki* Organgewinnung 260.

⁴⁷⁹ Nicht auf zu Transplantationszwecken entnommene Organe beschränkend *Aigner* Organersatz 103.

⁴⁸⁰ *Heinz* Handel 120; *Kopetzki* Organgewinnung 261.

⁴⁸¹ *Brandstetter* Aspekte 97.

⁴⁸² *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 29.

getroffen werden. § 62a Abs 4 KAKuG schützt in erster Linie davor, dass die Regeln der Marktwirtschaft in den Bereich der Organtransplantation Einzug halten. In einem Bereich, wo es auf Empfängerseite häufig um Leben und Tod geht, sollen keine wirtschaftlichen Interessen an der Durchführung von Organentnahmen und Transplantationen bestehen.⁴⁸³ Gäbe es kein Gewinnverbot, würde sich für ein lebensrettendes Organ ein horrendes Preis bilden. Vor so einer Entwicklung – die durchaus als pietätlos bezeichnet werden kann⁴⁸⁴ – will § 62a Abs 4 KAKuG schützen. Dieser Hintergrund liegt aber keineswegs beim Handel mit anatomischen oder histologischen Präparaten vor.⁴⁸⁵ Bei diesem Geschäft geht es nicht wie bei der Transplantation um eine Notlage auf Seiten des Empfängers, der dringend ein Organ benötigt. Die gesetzliche Grundwertung des § 62a KAKuG spiegelt sich in diesen Sachverhalten nicht wider, was einem Größenschluss entgegensteht. Das Gewinnverbot des § 62a KAKuG greift daher nicht bei jeglicher Form von Organhandel, sondern nur dann, wenn dieser im Zusammenhang mit Organtransplantationen steht.⁴⁸⁶

Die Einhaltung des Gewinnverbots nach Abs 4 hat keinerlei Auswirkungen auf eine Rechtfertigung durch § 62a KAKuG. Bei einer Verletzung des Gewinnverbots greift aber § 62c KAKuG.⁴⁸⁷

(9) Verhältnis zu der Entnahme zur Anwendung beim Menschen

§ 62a Abs 5 KAKuG nimmt Bezug auf die Entnahme von Zellen und Geweben zur Anwendung beim Menschen iSd § 4 Abs 5 Gewebesicherheitsgesetz⁴⁸⁸ (im Folgenden GSG). Wird ein bestimmtes Organ sowohl für eine Transplantation als auch für die Anwendung beim Menschen iSd GSG benötigt, so hat die Entnahme zum Zweck der **Transplantation Vorrang**.

⁴⁸³ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁴⁸⁴ Insofern wird auch den EBRV Rechnung getragen, die ua die Pietät als Grund für die Verankerung des Gewinnverbots angeben; EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁴⁸⁵ *Kopetzki* Organgewinnung 261.

⁴⁸⁶ *Heinz* Handel 120; *Kalchschmid* Organtransplantation 154; *Kopetzki* Organgewinnung 261. *AM Brandstetter* Aspekte 97; ohne Begründung *Etzl* Leichen 33.

⁴⁸⁷ Zu der Frage, weshalb die gerichtliche Strafbarkeit nicht greift, siehe unten Seite 99 ff.

⁴⁸⁸ BGBl. I Nr. 49/2008; zu § 4 Abs 5 GSG siehe eingehend unten Seite 101 ff.

Auch für diese Regelung gilt, dass ein Verstoß nicht zum Entfall des Rechtfertigungsgrundes nach § 62a KAKuG führt. Es kommt allein zu einer verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit gem § 62c KAKuG.⁴⁸⁹

(10) Für die Rechtfertigung relevante Voraussetzungen

Umstritten ist, ob *all* diese Voraussetzungen eingehalten werden müssen, damit eine nach § 190 StGB tatbildliche Organentnahme gerechtfertigt ist. Hierbei muss zunächst das Verhältnis von § 190 StGB zu § 62c KAKuG beachtet werden. Nach § 62c KAKuG stellt die Verletzung des § 62a KAKuG eine strafbare Verwaltungsübertretung dar, sofern keine gerichtlich strafbare Tat vorliegt. Die verwaltungsstrafrechtliche Sanktion des § 62c KAKuG ist also subsidiär gegenüber einer Strafbarkeit nach § 190 StGB. Würde man davon ausgehen, dass jede Verletzung des § 62a KAKuG eine Rechtfertigung für § 190 StGB hindert, so wäre § 190 StGB immer gegeben, und § 62c KAKuG wäre als subsidiäre Sanktion demnach stets verdrängt.⁴⁹⁰ § 62c KAKuG würde nach dieser Überlegung kaum zur Anwendung gelangen. Allein zwei Fälle sind denkbar, in denen für § 62c KAKuG überhaupt ein Raum bestünde: § 62c KAKuG würde nur dann schlagend werden, wenn die Organentnahme gar nicht tatbestandsmäßig iSd § 190 StGB war. Denn dann existiert keine gerichtlich strafbare Tat, hinter die § 62c KAKuG zurücktreten könnte. Ein tatbestandliches Entziehen iSd § 190 StGB liegt zB dann nicht vor, wenn die explantierenden Ärzte eine Zustimmung zur Organentnahme eingeholt haben oder wenn sie ohne Vorsatz handeln;⁴⁹¹ sie glauben zB, dass eine Zustimmung vorliegt. Der zweite Fall, bei dem § 62c KAKuG zum Zug kommen könnte, ist jener, dass eine Strafbarkeit nach § 190 StGB aufgrund anderer Rechtfertigungsgründe als § 62a KAKuG ausscheidet. In dieser Konstellation gäbe es wiederum keinen gerichtlichen Straftatbestand, der gegenüber § 62c KAKuG Vorrang hat. Ein solcher Rechtfertigungsgrund würde jedoch idR auch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsstrafdelikts beseitigen, was dazu führt, dass § 62c KAKuG erst recht wieder nicht zur Anwendung gelangt.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Zum Verhältnis der gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit siehe sogleich Kapitel (10).

⁴⁹⁰ *Kopetzki* Organgewinnung 266.

⁴⁹¹ *Kopetzki* Organgewinnung 266.

⁴⁹² *Kopetzki* Organgewinnung 267.

Nicht nur die Überlegungen zum Verhältnis des § 190 StGB und § 62c KAKuG legen nahe, dass nicht jeder Verstoß gegen § 62a KAKuG eine Rechtfertigung für § 190 StGB hindert, sondern auch die gesetzgeberischen Vorstellungen zu § 62c KAKuG: Die EBRV sprechen davon, dass unter § 62c KAKuG „*lediglich* Verstöße gegen die *Ordnungsvorschriften* zu subsumieren sind“.⁴⁹³ Damit unterscheidet der Gesetzgeber zwischen Ordnungsvorschriften, deren Verletzung als Verwaltungsübertretung zu ahnden ist, und anderen Vorschriften, bei deren Nichtbeachtung keine rechtfertigende Wirkung für § 190 StGB eintritt, es also bei der Strafbarkeit gem § 190 StGB bleibt.⁴⁹⁴ Jene Voraussetzungen, die für § 190 StGB Bedeutung haben, hat der Gesetzgeber *in einem* Absatz zusammengefasst, und zwar in § 62a Abs 1 KAKuG: Die Kriterien des Abs 1 haben alle die Gemeinsamkeit, dass sie sich sowohl auf den Entnahmevergang beziehen als auch das von § 190 StGB geschützte Rechtsgut, die Pietät, betreffen. Deswegen sind sie im Hinblick auf eine Rechtfertigung des § 190 StGB relevant. Das kann von Abs 2 bis 5 nicht behauptet werden: Abs 2, 3 und 5 stehen mit dem *Pietätsempfinden* in keinerlei Zusammenhang.⁴⁹⁵ Dass der den Tod feststellende Arzt an der Entnahme nicht beteiligt sein darf, schützt allein den noch Lebenden vor vorschnellen Todesfeststellungen. Die Vorschrift des Abs 3, dass die Entnahme nur in bestimmten Krankenanstalten vorgenommen werden darf, zielt *va* auf die Gemeinnützigkeit ab und dient der Umsetzung des Gewinnverbots.⁴⁹⁶ Und Abs 5 regelt das Verhältnis von Organentnahmen zum Zweck der Transplantation und solchen zum Zweck der Anwendung beim Menschen iSd GSG. Auch bei diesem Absatz geht es nicht um zu schützende Pietätgefühle, sondern um eine Vorrangregel zugunsten von Transplantationen. Während das Gewinnverbot im Abs 4 des § 62a KAKuG zwar *ua* vor einem pietätlosen Umgang mit Leichenteilen schützt, hat es aber keine Bedeutung für die Rechtmäßigkeit des Entnahmevergangs.⁴⁹⁷ Der Umstand, dass ein entnommenes Organ irgendwann einmal Gegenstand eines gewinnorientierten Rechtsgeschäfts geworden ist, hat mit dem explantierenden Arzt und der Frage, ob die *Entnahme* rechtmäßig war, nichts zu

⁴⁹³ EBRV 969 BlgNR 15. GP, 4.

⁴⁹⁴ So auch *Kopetzki* Organgewinnung 267.

⁴⁹⁵ *Brandstetter* Aspekte 98.

⁴⁹⁶ *Kopetzki* Organgewinnung 155.

⁴⁹⁷ *Kopetzki* Organgewinnung 267.

tun.⁴⁹⁸ Mangels Bedeutsamkeit für den Entnahmevorgang und das von § 190 StGB geschützte Rechtsgut können die Abs 2 bis 5 folglich als jene vom Gesetzgeber angesprochenen Ordnungsvorschriften angesehen werden.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass nicht jeder Verstoß gegen § 62a KAKuG eine Rechtfertigung für das Entziehen gem § 190 Abs 1 StGB hindert, sondern nur solche **Verstöße**, die sich **gegen** die Voraussetzungen des **§ 62a Abs 1 KAKuG** richten.⁴⁹⁹ Für eine Rechtfertigung nach § 62a KAKuG ist es daher relevant, dass die Entnahme zum Zweck der Transplantation stattgefunden hat, kein Widerspruch vorlag und der Entnahmeumfang sowie das Verunstaltungsverbot eingehalten wurde. Die Beachtung der übrigen Voraussetzungen des § 62a KAKuG (Regeln über den Entnahmezeitpunkt, Entnahmeort, das Gewinnverbot und das Vorrangverhältnis gegenüber dem GSG) ist hingegen bloß für die Verhinderung einer verwaltungsrechtlichen Strafbarkeit nach § 62c KAKuG von Bedeutung.

2. Gewinnung zur Verwendung beim Menschen gem § 4 Abs 5 GSG

a. Allgemeines

Aufgrund des Fortschritts in der medizinischen Forschung, der eine vielfältige Verwendung von menschlichen Geweben und Zellen – weit über die klassische Transplantationsmedizin hinaus – möglich gemacht hat, war es notwendig, klare rechtliche Rahmenbedingung für diese neuen Verwendungsformen zu schaffen. Aus diesem Grund wurde im Jahr 2008 das auf EU-Richtlinien⁵⁰⁰ basierende Gewebesicherheitsgesetz (GSG)⁵⁰¹ geschaffen. Dieses enthält Bestimmungen über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen. Es handelt sich dabei um Gewebe und Zellen sowohl vom lebenden als auch vom toten

⁴⁹⁸ So auch die Ansicht der Generalprokuratur in OGH 25.11.1986, 10 Os 104, 106-112/86; SS 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁴⁹⁹ *Brandstetter* Aspekte 99; *Eder-Rieder* Transplantationen 292; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 12; *Kopetzki* Organgewinnung 269. Ohne weitere Begründung aM: *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 3; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 16; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 13; *Kalchschmid* Organtransplantation 159; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 10.

⁵⁰⁰ RahmenRL 2004/23/EG, AusführungsRL 2006/17/EG, AusführungsRL 2006/86/EG.

⁵⁰¹ BGBl I Nr. 49/2008.

Spender. Die Gewebegewinnung von Verstorbenen ist in § 4 Abs 5 GSG geregelt. Danach ist es zulässig, zur Lebensrettung oder Gesundheitswiederherstellung Verstorbenen Zellen oder Gewebe zu entnehmen, sofern diese Zellen oder Gewebe innerhalb des Anwendungsbereichs dieses Bundesgesetzes oder als Arzneimittel für neuartige Therapien zur Verwendung beim Menschen bestimmt und die sonstigen Voraussetzungen des § 62a KAKuG erfüllt sind. Bezogen auf § 190 Abs 1 StGB stellt § 4 Abs 5 GSG einen Rechtfertigungsgrund für die Tathandlungen Entziehen und Misshandeln dar.⁵⁰²

b. Voraussetzungen

(1) Entnahmezweck

Bei dem im Gesetzestext geforderten Zweck der Entnahme, nämlich **Lebensrettung bzw Wiederherstellung der Gesundheit** handelt es sich lediglich um ein „Fernziel“. Um dieses Fernziel zu erreichen, müssen die Zellen und Gewebe zur „Verwendung beim Menschen“ eingesetzt werden, und zwar „innerhalb des Anwendungsbereichs des GSG“ oder „als Arzneimittel für neuartige Therapien“.

Für die „**Verwendung beim Menschen**“ findet sich eine Legaldefinition in § 2 Z 11 GSG. Danach sind darunter der medizinische Einsatz von Zellen oder Geweben in oder an einem menschlichen Empfänger sowie extrakorporale Anwendungen zu verstehen. Eine extrakorporale Anwendung besteht im Einsatz eines Geräts, das mit Hilfe von Geweben und Zellen außerhalb des Körpers gewisse Reinigungs-, Ersatz- oder Unterstützungsfunktionen ausübt.⁵⁰³

Die Verwendung von Zellen oder Geweben beim Menschen liegt „**im Anwendungsbereich des GSG**“, wenn das Material unmittelbar „in oder an“ einem menschlichen Körper zu therapeutischen Zwecken benutzt und nicht zur Herstellung von Arzneyspezialitäten, Prüfpräparaten oder Medizinprodukten verwendet wird.⁵⁰⁴ Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 1 Abs 1 GSG, der den Geltungsbereich regelt. Festzuhalten ist, dass die erste Alternative des § 4 Abs 5 GSG damit keine Entnahmen zur Herstellung von Arzneyspezialitäten rechtfertigt.

⁵⁰² *Kopetzki Spender* 175.

⁵⁰³ *Zeinhofer Gewebesicherheitsgesetz* 102.

⁵⁰⁴ *Kopetzki Spender* 169.

tigt.⁵⁰⁵ Auch die Entnahme zur Verwendung in der Forschung, ohne dass das Material an oder in den menschlichen Körper verbracht wird, ist nicht erfasst.⁵⁰⁶

Zu klären bleibt, welche Verwendungsformen der Gesetzgeber bei der Alternative, dass die Entnahme auch zur Anwendung beim Menschen **als Arzneimittel für neuartige Therapien** vorgenommen werden darf, vor Augen hatte. Der Ausdruck „Arzneimittel für neuartige Therapien“ nimmt Bezug auf die RL 2001/83 (§ 2 Z 22 GSG) und bezeichnet Gentherapeutika, somatische Zelltherapeutika sowie biotechnologisch bearbeitete Gewebeprodukte.⁵⁰⁷ Es ist daher zulässig, Zellen und Gewebe dem Verstorbenen zur Durchführung von Gen- und Zelltherapien zu entnehmen.

Werden bestimmte Gentherapeutika, Zelltherapeutika oder biotechnologisch bearbeitete Gewebeprodukte im Voraus stets in gleicher Zusammensetzung hergestellt und unter der gleichen Bezeichnung in einer zur Abgabe an den Verbraucher oder Anwender bestimmten Form in Verkehr gebracht, so handelt es sich dabei um Arzneispezialitäten iSd § 1 Abs 5 AMG.⁵⁰⁸ Da die Alternative „Verwendung als Arzneimittel für neuartige Therapien“ unabhängig von der Qualifikation als Arzneispezialität auf die genannten Produktgruppen abstellt, gilt der Grundsatz, dass Leichenmaterial nicht zur Herstellung von Arzneispezialitäten entnommen werden darf, in dem Umfang nicht, als es sich bei Gentherapeutika, Zelltherapeutika oder biotechnologisch bearbeiteten Gewebeprodukten um Arzneispezialitäten iSd AMG handelt.⁵⁰⁹

Zwischen der Entnahme und der Umsetzung des „Fernziels“, das in der Lebensrettung oder Wiederherstellung der Gesundheit eines Menschen liegt, muss kein zeitlicher Zusammenhang bestehen.⁵¹⁰ Weiters ist es nicht erforderlich, dass es auch tatsächlich zur Realisierung des angestrebten Zwecks kommt. Die begründete Erwartung einer künftigen Verwendung beim Menschen zum

⁵⁰⁵ EBRV 261 BlgNR 23. GP, 7; *Joklik/Zivny* Gewebesicherheitsgesetz 20; *König* Gewebesicherheitsgesetz 10; *Kopetzki* Spender 168.

⁵⁰⁶ *Zeinhofer* Gewebesicherheitsgesetz 100.

⁵⁰⁷ Siehe RL 2001/83, Anhang I, Teil IV; *Kopetzki* Spender 170.

⁵⁰⁸ *Kopetzki* Spender 170.

⁵⁰⁹ *Kopetzki* Spender 170. Insofern überschießend EBRV 261 BlgNR 23. GP, 7.

⁵¹⁰ *Kopetzki* Spender 171.

Zweck der Lebensrettung oder Gesundheitswiederherstellung im Zeitpunkt der Entnahme ist bereits ausreichend.⁵¹¹

(2) Entnahmegegenstand

Nach § 4 Abs 5 GSG dürfen dem Verstorbenen **Zellen und Gewebe** entnommen werden. Damit ist der sachliche Anwendungsbereich des § 4 Abs 5 GSG enger als jener des § 62a KAKuG, der die Entnahme von Organen (das sind Organe i.e.S. ebenso wie Zellen und Gewebe) erlaubt.⁵¹²

Im Gegensatz zu § 62a KAKuG findet sich in § 4 Abs 5 GSG keine Beschränkung auf die Entnahme bloß **einzelner** Zellen und Gewebe. Das bedeutet, dass jegliche Zellen und Gewebe eines Leichnams verwendet werden dürfen. Eine Schranke ergibt sich allerdings aus dem Pietätschutz, der eine Verunstaltung des Leichnams verbietet.⁵¹³

(3) Sonstige Voraussetzungen des § 62a KAKuG

§ 4 Abs 5 GSG enthält einen Verweis auf die sonstigen Voraussetzungen des § 62a KAKuG. Damit ist § 62a KAKuG unmittelbar auf § 4 Abs 5 GSG anwendbar. Ebenso wie bei der Organtransplantation nach § 62a KAKuG muss auch im Rahmen der Materialgewinnung für die Verwendung beim Menschen nach § 4 Abs 5 GSG zwischen jenen Voraussetzungen unterschieden werden, die für die Rechtfertigung von Tathandlungen nach § 190 Abs 1 StGB relevant sind und solchen, die lediglich dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sind. Für die rechtfertigende Wirkung des § 4 Abs 5 GSG in Hinblick auf § 190 Abs 1 StGB ist – zusätzlich zu den eben erörterten Voraussetzungen – alleine § 62a Abs 1 KAKuG ausschlaggebend. Das bedeutet zunächst, dass **kein Widerspruch** einer widerspruchsberechtigten Person in Bezug auf eine Zell- oder Gewebentnahme zur Verwendung beim Menschen vorliegen darf.⁵¹⁴ Das Widerspruchsregister, in welches Widerspruchserklärungen gegen Organentnahmen eintragbar sind, eignet sich auch für Widersprüche gegen die Entnahme von Zellen oder Geweben

⁵¹¹ *Kopetzki Spender* 171.

⁵¹² *Kopetzki Spender* 167 f.

⁵¹³ Dazu gleich unten Seite 105.

⁵¹⁴ Zum Widerspruch siehe oben im Kapitel Organtransplantation Seite 84 ff.

zur Verwendung beim Menschen.⁵¹⁵ Dies ergibt sich daraus, dass das für den Widerspruch auszufüllende Formular der Gesundheit Österreich GmbH, Geschäftsbereich ÖBIG lediglich mit dem Titel „Widerspruch gegen eine Organ- und Gewebeentnahme“ versehen ist und damit nicht zwischen Entnahmen zum Zweck der Transplantation und jenen zur Verwendung beim Menschen unterscheidet.⁵¹⁶ Wurde ein Widerspruch in dem genannten Register deponiert, so ist er demnach sowohl für Organentnahmen zum Zweck der Transplantation als auch für Zell- oder Gewebsentnahme zur Verwendung beim Menschen beachtlich. Fraglich ist, ob der Widerspruch auf die Organspende oder umgekehrt auf die Gewebeentnahme zur Verwendung beim Menschen eingeschränkt werden kann. Der Gesetzestext spricht jedenfalls nicht dagegen. So war es bislang auch anerkannt, den Widerspruch auf die Entnahme bestimmter Körperteile zu beziehen.⁵¹⁷ Der Widerspruch könnte zB dahingehend lauten, dass lediglich die Entnahme von Gewebe und Zellen verboten ist, die Entnahme von Organen ieS dagegen zulässig bleibt. Das von der Gesundheit Österreich GmbH zur Verfügung gestellte Formular müsste diesbezüglich aber erst angepasst werden, da derzeit kein Schreibfeld vorhanden ist, um derartige Differenzierungen ausdrücken zu können.

Für die Rechtfertigung nach § 4 Abs 5 GSG ist weiters die **Einhaltung des Verunstaltungsverbots** relevant.⁵¹⁸ Fraglich ist allerdings, ob das Verunstaltungsverbot im Zusammenhang mit der Entnahme von Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen überhaupt eine große Rolle spielt. Wird Leichenmaterial zB zur Durchführung von Gen- und Zelltherapien entnommen, so wird es sich dabei wohl um einen sehr geringfügigen Eingriff, vielleicht lediglich um einen Nadelstich handeln, der mit keiner Verunstaltung verbunden ist.

Die in § 62a Abs 2 bis 5 KAKuG enthaltenen Kriterien haben wie bei der Organtransplantation auch im Rahmen des GSG keinerlei Erheblichkeit in Bezug auf eine Rechtfertigung für § 190 Abs 1 StGB.⁵¹⁹ Ihre Nichtbeachtung löst lediglich die verwaltungsrechtliche Sanktion nach § 35 Abs 2 Z 6 GSG aus. Um eine solche zu verhindern, müssen die Vorschriften über die Todesfeststellung (§ 62a

⁵¹⁵ *Kopetzki Spender* 171 f.

⁵¹⁶ Vgl http://www.goeg.at/media/download/berichte/Aufnahme_Erwachsene.pdf

⁵¹⁷ *Kopetzki Organgewinnung* 236; *Kopetzki Spender* 172.

⁵¹⁸ Zum Verunstaltungsverbot siehe oben im Kapitel Organtransplantation Seite 91 f.

⁵¹⁹ Vgl oben Seite 99 ff.

Abs 2 KAKuG) und den Entnahmeort (§ 62a Abs 3 KAKuG) eingehalten werden.⁵²⁰

Weiters ist das Gewinnverbot des § 62a Abs 4 KAKuG zu beachten, das den Anwendungsbereich des im GSG enthaltenen Gewinnverbots (§ 4 Abs 6 GSG) erheblich erweitert: Nach § 4 Abs 6 GSG ist es verboten, Spendern von Zellen und Geweben oder dritten Personen für eine Spende einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil zukommen zu lassen oder zu versprechen. Demnach bezieht sich das Gewinnverbot des GSG lediglich auf die Spende; der anschließende Umgang mit Gewebe und Zellen ist davon aber nicht mehr erfasst.⁵²¹ Das Gewinnverbot des § 62a Abs 4 KAKuG, das durch den ausdrücklichen Verweis auf § 4 Abs 5 GSG Anwendung findet, reicht viel weiter. Danach dürfen Organe oder Organteile Verstorbener nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, die auf Gewinn gerichtet sind. Dieses Gewinnverbot ist nicht auf die Phase der Spende beschränkt, es bezieht sich auch auf spätere Geschäfte mit Leichenmaterial, bei denen es um die Hingabe desselben geht. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Gewinnverbot des § 4 Abs 5 GSG durch jenes des § 62a Abs 4 KAKuG überlagert wird, was dazu führt, dass nicht nur die Spende von Zellen und Gewebe eines Verstorbenen, sondern auch jede anschließende Hingabe nicht auf Gewinn gerichtet sein darf.⁵²²

Auch die in § 62a Abs 5 KAKuG enthaltene Subsidiaritätsklausel ist eine verwaltungsrechtliche Vorschrift, die es einzuhalten gilt. Danach hat die Entnahme von Organen oder Organteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation Vorrang vor der Entnahme von Zellen und Geweben zur Anwendung beim Menschen. Der Bedarf an Organen oder Organteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation darf nicht durch die Entnahme von Zellen und Geweben beeinträchtigt werden.

⁵²⁰ Näher oben im Kapitel Organtransplantation Seite 92 ff und 94 ff.

⁵²¹ *Kopetzki* Spender 155.

⁵²² *Kopetzki* Spender 163.

3. Obduktion

a. Allgemeines

Unter Obduktion, auch Leichenöffnung, Sektion⁵²³ oder Autopsie⁵²⁴ genannt, versteht man die Besichtigung des inneren Zustands der Leiche.⁵²⁵ Obwohl mit einer Obduktion daher idR das Aufschneiden des Leichnams einhergeht, ist diese Vorgangsweise nicht als Misshandeln iSd § 190 Abs 1 StGB zu qualifizieren.⁵²⁶ Verfolgt man die Gegenansicht, so findet jedenfalls eine Rechtfertigung über die einzelnen Obduktionsnormen statt. Diese haben rechtfertigende Wirkung auch in Bezug auf Organ- oder Gewebeentnahmen, die aus dem Blickwinkel des Obduktionszwecks erforderlich sind.⁵²⁷ Zu denken ist zB an die Entnahme von Gewebeproben, die mit technischen Hilfsmitteln untersucht oder wissenschaftlichen Tests zugeführt werden sollen, um Aufschluss über die Todesursache geben zu können.

Je nach Zweck der Obduktion unterscheidet man drei verschiedene Arten, die jeweils unterschiedliche Rechtsgrundlagen haben. Die Rede ist von der gerichtlichen, sanitätspolizeilichen und sog „klinischen“ Obduktion, die nun im Einzelnen dargestellt werden.

b. Die gerichtliche Obduktion

Die gerichtliche Obduktion wird durch die StPO geregelt und dient zur **Aufklärung von Straftaten**. Nach der Begriffsbestimmung in § 125 Z 4 StPO ist unter der Obduktion die Öffnung einer Leiche durch einen Sachverständigen zum Zweck der Feststellung von Anlass und Ursache des Todes oder von anderen für die Aufklärung einer Straftat wesentlichen Umständen zu verstehen. Es geht hierbei um die Besichtigung des inneren Zustands der Leiche.⁵²⁸ Obwohl Eingriffe wie eine Blutabnahme oder das Abtrennen der Haare nicht die *Öffnung* des

⁵²³ *Kopetzki* Leichnam 865.

⁵²⁴ *Wegscheider* BT³ 324.

⁵²⁵ SSt 44/1 = EvBl 1973/153; *Löwe/Rosenberg* StPO²⁵ § 87 Rz 16; *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 13.

⁵²⁶ Siehe dazu eingehend oben Seite 61 f.

⁵²⁷ *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Körpersubstanzen 605; *Kopetzki* Krankenanstaltenrecht 518; *Kopetzki* Leichnam 865; *Kopetzki* Organgewinnung 109; *Stellamor* Berufsordnung 83.

⁵²⁸ SSt 44/1 = EvBl 1973/153; *Löwe/Rosenberg* StPO²⁵ § 87 Rz 16; *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 13.

Leichnams erfordern, ist auf sie dennoch die Regelung der Leichenöffnung anzuwenden, weil sie der Obduktion ähnliche Eingriffe darstellen.⁵²⁹

Die Leichenöffnung ist von der Leichenbeschau, die sich gem § 125 Z 3 StPO in der Besichtigung der äußeren Beschaffenheit einer Leiche erschöpft, zu unterscheiden. Mit der Leichenbeschau soll die Frage geklärt werden, ob eine anschließende Obduktion zur Feststellung der Todesursache nötig ist.⁵³⁰

Was die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer gerichtlichen Obduktion und somit für eine Rechtfertigung für § 190 Abs 1 StGB anbelangt, ist § 128 Abs 2 StPO heranzuziehen. Danach darf eine Obduktion immer dann vorgenommen werden, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Tod einer Person durch eine Straftat verursacht worden ist. Aber auch wenn feststeht, dass der Tod durch eine Straftat verursacht wurde, ist eine Obduktion vorzunehmen. Denn auch in diesem Fall geht es um die Feststellung der genauen Todesursache, die für die Aufklärung der Straftat erhebliche Bedeutung hat.⁵³¹ Ebenso kommt die Obduktion nach einem Unfall oder Selbstmord in Frage, wenn eine Haftung für Fahrlässigkeitsdelikte oder für die Mitwirkung am Selbstmord nicht ausgeschlossen werden kann.⁵³²

Die Obduktion ist von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von einem Sachverständigen aus der Gerichtsmedizin durchzuführen. Für die Vorgangsweise bei der Obduktion finden sich detaillierte Regelungen in der „Verordnung der Ministerien des Inneren und der Justiz vom 28. Jänner 1855, giltig für alle Kronländer, mit Ausnahme der Militärgränze, womit die Vorschrift für die Vornahme der gerichtlichen Todtenbeschau erlassen wird“.⁵³³

Auf die Zustimmung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen zur Obduktion kommt es nicht an. Im Gegensatz zur Organtransplantation gem § 62a KA-KuG ist die Zulässigkeit der gerichtlichen Obduktion auch nicht davon abhängig, dass keine ablehnende Erklärung vorliegt. Der Grund, weshalb der Verstorbene und seine Angehörigen keinen Einfluss auf die Durchführung einer Obduktion

⁵²⁹ EBRV 25 BlgNR 22. GP, 178; *Pilnacek/Pleischl* Vorverfahren Rz 553; *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 13.

⁵³⁰ *Tipold* WK-StPO § 125 Rz 41; *Pilnacek/Pleischl* Vorverfahren Rz 552.

⁵³¹ *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 14.

⁵³² *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 7. AA EBRV 25 BlgNR 22. GP, 178; *Pilnacek/Pleischl* Vorverfahren Rz 551.

⁵³³ RGBI 26/1855.

nehmen können, liegt darin, dass das Verfügungsrecht über den Leichnam hinter das höher zu bewertende öffentliche Interesse auf Strafverfolgung zurücktritt.⁵³⁴

c. Die sanitätspolizeiliche Obduktion

Die Möglichkeit einer sanitätspolizeilichen Obduktion besteht einerseits auf Grundlage des EpidemieG und andererseits nach einigen Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder.⁵³⁵ Im Rahmen des **Epidemierechts** geht es bei der sanitätspolizeilichen Obduktion um die Feststellung, ob die Todesursache auf einer **anzeigepflichtigen Infektionskrankheit** iSd § 1 Abs 1 EpidemieG beruht.⁵³⁶ Nähere Regelungen finden sich in der „Verordnung des Ministers des Inneren im Einvernehmen mit dem Minister für Kultus und Unterricht vom 29. September 1914, betreffend Leichen von mit anzeigepflichtigen Krankheiten behafteten Personen“.⁵³⁷ Mit dieser VO wurde § 5 Abs 2 EpidemieG durchgeführt. Gem § 1 der VO ist die Leichenöffnung nur dann zulässig, wenn nicht auf andere Weise als durch Obduktion sichergestellt werden kann, dass eine anzeigepflichtige Krankheit die Todesursache war. Die sanitätspolizeiliche Obduktion erfolgt „über Anordnung der politischen Bezirksbehörde“. Die §§ 2 bis 4 enthalten Bestimmungen über die Durchführung und den Ort der Obduktion, § 5 betrifft die Dokumentation der Leichenöffnung.

War keine ansteckende Krankheit ursächlich für den Tod, ist die Feststellung der Todesursache aber aus Gründen der öffentlichen Gesundheitsfürsorge notwendig, so sind die **Obduktionsbestimmungen der einzelnen Leichen- und**

⁵³⁴ *Kopetzki* Leichnam 865.

⁵³⁵ *Kopetzki* Leichnam 865.

⁵³⁶ *Kopetzki* Leichnam 865. Gem § 1 Abs 1 EpidemieG unterliegen folgende Krankheiten der Anzeigepflicht: Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfälle an Cholera, Gelbfieber, virusbedingtem hämorrhagischem Fieber, infektiöser Hepatitis (Hepatitis A, B, C, D, E, G), Hundbandwurm (*Echinococcus granulosus*) und Fuchsbandwurm (*Echinococcus multilocularis*), Infektion mit dem Influenzavirus A/H5N1 oder einem anderen Vogelgrippevirus, Kinderlähmung, bakteriellen und viralen Lebensmittelvergiftungen, Lepra, Leptospiren-Erkrankungen, Masern, Milzbrand, Psittakose, Paratyphus, Pest, Pocken, Rickettsiose durch *R. prowazekii*, Rotz, übertragbare Ruhr (Amöbenruhr), SARS (Schweres Akutes respiratorisches Syndrom), Tularämie, Typhus (Abdominaltyphus), Puerpalfieber und Wutkrankheit (Lyssa) und Bissverletzungen durch wutkranke oder -verdächtige Tiere; weiters Erkrankungs- und Todesfälle an Bang'scher Krankheit, Diphtherie, virusbedingten Meningoencephalitiden, invasiven bakteriellen Erkrankungen (Meningitiden und Sepsis), Keuchhusten, Legionärskrankheit, Malaria, Röteln, Scharlach, Rückfallfieber, Trachom, Trichinose und Tuberkulose, hervorgerufen durch *Mycobacterium bovis* und Todesfälle an subakuten spongiformen Encephalopathien.

⁵³⁷ RGBI 263/1914.

Bestattungsgesetze der Länder maßgebend.⁵³⁸ Die **öffentliche Gesundheitsfürsorge** ist zB betroffen, wenn der Verdacht besteht, dass der Tod infolge Trinkens von einer verunreinigten Grundwasserquelle oder durch radioaktive Strahlung eingetreten ist. In diesem Fall hat die Bezirksverwaltungsbehörde die Leichenöffnung anzuordnen, sofern die Todesursache nicht auf andere Weise als durch Obduktion feststellbar ist. Was den erforderlichen Grad des Verdachts anbelangt, bietet sich ein Vergleich mit der früheren Regelung der gerichtlichen Obduktion nach den §§ 127 ff StPO aF an, da die Obduktionserlaubnis der Leichen- und Bestattungsgesetze aus einer Zeit stammt, in der noch die alte Rechtslage der StPO galt. Nach § 127 Abs 1 StPO aF war eine Obduktion nur zulässig, wenn es bei einem Todesfall zweifelhaft war, ob der Tod durch ein Verbrechen oder Vergehen verursacht worden ist. Im Gegensatz zur nun geltenden Rechtslage, nach der bloß begründet werden muss, dass es *nicht ausgeschlossen* ist, dass der Tod durch eine Straftat verursacht wurde,⁵³⁹ musste damals der Verdacht, dass der Tod durch ein Verbrechen oder Vergehen verursacht wurde, positiv begründet werden⁵⁴⁰. Übertragen auf die Obduktionsbestimmungen im Leichenrecht bedeutet das, dass auch hier der Verdacht, dass die öffentliche Gesundheitsfürsorge betroffen ist, begründet werden muss.

In beiden Fällen der sanitätspolizeilichen Obduktion ist keine Zustimmung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen erforderlich. Ebenso wenig kann die Obduktion durch Willenserklärungen der Genannten verhindert werden.⁵⁴¹

d. Die „klinische“ Obduktion

(1) Obduktionszweck

Die sog „klinische“ Obduktion ist in § 25 Abs 1 KAKuG sowie den fast gleichlautenden Bestimmungen der einzelnen Landes-Krankenanstaltengesetze⁵⁴² gere-

⁵³⁸ § 10 ktn BestattungsG; § 9 Abs 2 nö BestattungsG; § 10 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 12 Abs 3 stmk LeichenbestattungsG; § 31 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 12 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsG.

⁵³⁹ *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 14.

⁵⁴⁰ *Tipold* WK-StPO altes Vorverfahren § 127 Rz 1.

⁵⁴¹ *Kopetzki* Leichnam 865.

gelt. Sie bezieht sich ausschließlich auf Leichen von in öffentlichen Krankenanstalten Verstorbenen. Die Voraussetzungen, unter denen obduziert werden darf, sind durch den Obduktionszweck bestimmt. Danach ist eine Leichenöffnung durchzuführen, wenn sie zur Wahrung anderer (als sanitätspolizeilicher oder gerichtlicher) **öffentlicher oder wissenschaftlicher Interessen**, insbesondere wegen der diagnostischen Unklarheit des Falles oder wegen eines vorgenommenen operativen Eingriffs erforderlich ist. Dies hat unabhängig vom Vorliegen einer Zustimmung oder eines Widerspruchs des Verstorbenen oder seiner Angehörigen zu erfolgen.⁵⁴³ Über die Erforderlichkeit der Vornahme entscheiden die zuständigen Anstaltsärzte.⁵⁴⁴

Mit „anderen öffentlichen Interessen“ sind andere als sanitätspolizeiliche oder gerichtliche Interessen gemeint, für die die speziellen Regelungen des § 5 Abs 2 EpidemieG, der einzelnen Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder sowie § 128 Abs 2 StPO gelten. Welche *sonstigen* öffentlichen Interessen neben sanitätspolizeilichen und gerichtlichen Interessen übrig bleiben, ist fraglich. Unter diese Generalklausel fällt jedenfalls nicht das wissenschaftliche Interesse, da dieses eigens genannt wird. In Betracht kommt allenfalls das Interesse an verwaltungsstrafrechtlicher Verfolgung.⁵⁴⁵

Für das Vorliegen von wissenschaftlichem Interesse führt das Gesetz zwei Gründe an: Zum einen ist die Obduktion bei **diagnostischer Unklarheit** des Falles vorzunehmen und zum anderen **nach einem operativen Eingriff**, an dem oder in dessen Folge der Patient in der Krankenanstalt verstirbt. Dass es sich hierbei bloß um Beispiele für das Vorliegen von wissenschaftlichem Interesse handelt, ergibt sich aus dem Wort „insbesondere“.⁵⁴⁶

(2) Reichweite der Obduktionsbefugnis

Klar ist, dass Eingriffe, die keine wissenschaftlichen Interessen verfolgen, niemals von § 25 Abs 1 KAKuG gedeckt sein können. Zu denken ist in diesem

⁵⁴² § 53 Abs 1 bgl KAG; § 55 Abs 1 ktn KAO; § 42 Abs 1 nö KAG; § 49 Abs 1 oö KAG; § 57 Abs 1 sbg KAG; § 32 Abs 1 stmk KALG; § 37 Abs 1 tir KAG; § 12 Abs 3 vbg Leichen- und Bestattungsg; § 40 Abs 1 wr KAG.

⁵⁴³ *Kopetzki* Leichnam 866.

⁵⁴⁴ *Kopetzki* Leichnam 865.

⁵⁴⁵ *Bernat* Schlittenversuche 357; *Schwamberger* Obduktion 77.

⁵⁴⁶ *Kopetzki* Körpersubstanzen 606; *Schwamberger* Obduktion 77.

Zusammenhang an die Entnahme von Leichensubstanz zur wirtschaftlichen Verwertung, wie zB der Herstellung von Kosmetika oder Heilmitteln.⁵⁴⁷ In 10 Os 104, 106-112/86 bestätigte der OGH die Verurteilung wegen Störung der Totenruhe gem § 190 StGB von zwei Prosekturgehilfen, die im Anschluss an rechtmäßig erfolgte Obduktionen die Hypophysen (Hirnanhangsdrüsen) der Leichen entnahmen und sie gegen Entgelt an pharmazeutische Unternehmen zur Medikamentenproduktion abgaben.⁵⁴⁸ Während die Entwicklung von neuen Arzneimitteln als Forschungstätigkeit der Wissenschaft zugeordnet werden kann, ist das bei der reinen Erzeugung von Medikamenten nicht der Fall. Schon gar nicht trifft dies auf die Erzeugung von kosmetischen Produkten zu.

Liegt der Eingriff aber im wissenschaftlichen Interesse, stellt sich die Frage, ob hierbei jegliches Motiv den Obduktionszweck nach § 25 Abs 1 KAKuG erfüllt. Dies ist höchst umstritten. Bei Bejahung dieser Frage könnte der Leichnam unabhängig von diagnostischen Unklarheiten seinen Todesfall betreffend und ohne vorangegangenen operativen Eingriff, an dem der Patient verstorben ist, für wissenschaftliche Zwecke herangezogen werden.⁵⁴⁹ Jegliche Art von Forschung am Leichnam wäre möglich, und zwar gleichgültig, ob sie sich im medizinischen, pharmazeutischen, kriminologischen oder technischen Bereich abspielt, denn der Begriff der wissenschaftlichen Interessen ist sehr weit reichend.

Angesichts des Umstandes, dass der Gesetzgeber mit den § 62a KAKuG und § 4 Abs 5 GSG für den Umgang mit Leichenteilen in zwei sehr speziellen Bereichen genaue Regeln geschaffen hat, erscheint es zu weitgehend, dass der Leichnam durch § 25 Abs 1 KAKuG für jegliche Forschungsmaßnahmen instrumentalisiert werden darf.⁵⁵⁰ § 25 Abs 1 KAKuG sollte daher einschränkend ausgelegt werden. Dazu bieten sich die vom Gesetzgeber selbst angeführten Beispiele für das Vorliegen von wissenschaftlichem Interesse an: Sowohl eine Obduktion wegen diagnostischer Unklarheit des Falles als auch wegen eines operativen Eingriffs führt zu neuen Erkenntnissen über den individuellen Todesfall. Dieses Kriterium ist beiden Beispielen gemein. Daraus lässt sich ableiten, dass

⁵⁴⁷ *Kopetzki* Leichnam 871.

⁵⁴⁸ OGH 25.11.1986, 10 Os 104, 106-112/86, SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁵⁴⁹ *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Körpersubstanzen 606 f; *Kopetzki* Krankenanstaltenrecht 518.

⁵⁵⁰ *Steiner* Rahmenbedingungen 177.

jede Obduktion im wissenschaftlichen Interesse in Verbindung zu dem jeweiligen Todesfall stehen muss, also geeignet sein muss, **Erkenntnisse für den konkreten Einzelfall** zu bringen.⁵⁵¹ Nur dann entfaltet § 25 Abs 1 KAKuG seine rechtfertigende Wirkung in Bezug auf § 190 StGB. Es reicht diesbezüglich bereits die ernstzunehmende *Möglichkeit*, dass durch die Obduktion Erkenntnisse für den betreffenden Todesfall gewonnen werden können. Verläuft die Obduktion in dieser Hinsicht ergebnislos, ändert dies nichts an der Rechtmäßigkeit ihrer Vornahme.

Unter Zugrundelegung obenstehender Ausführungen kommen als Gründe für eine Obduktion wohl nur die Klärung des Krankheitsverlaufs und der Todesursache in Frage.⁵⁵² Motive, die ausschließlich einem Fremdnutzen dienen, scheiden aus.

Ist der Erkenntnisgewinn für den Einzelfall von allgemeiner wissenschaftlicher Bedeutung, so stellt dies eine erfreuliche Begleiterscheinung der Obduktion dar. Eine Obduktion zur „Erforschung einer seltenen Krankheit“ ist also insofern zulässig, als der Patient auch an dieser Krankheit gelitten hat, denn nur dann kann die Obduktion einen Erkenntnisgewinn für den konkreten Einzelfall darstellen. So wurde die Erforschung neuer Krankheitsformen auch vom OGH in Zivilsachen als Obduktionszweck anerkannt, als es um die Obduktion einer Frau ging, die an der bislang noch ungenügend erforschten Creuzfeldt-Jakob-Erkrankung verstorben war.⁵⁵³

Das Aufschneiden des Leichnams allein zur Übung oder Ausbildung von Ärzten, etwa zur Erlernung neuer Operationstechniken, kann nicht auf § 25 Abs 1 KAKuG gestützt werden,⁵⁵⁴ weil dadurch keine Erkenntnisse für den konkret Verstorbenen gewonnen werden können. Derartige Maßnahmen dienen ausschließlich einem Fremdnutzen, nämlich der Ausbildung von Medizinstudenten oder Weiterbildung von Ärzten.

⁵⁵¹ *Eder-Rieder* Transplantationen 289; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12; *Kopetzki* Leichnam 870; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9.

⁵⁵² *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9; *Steiner* Rahmenbedingungen 176.

⁵⁵³ OGH 19.12.2001, 7 Ob 199/01t = RdM 2002, 21 (sog. „Creuzfeldt-Jakob-Entscheidung“).

⁵⁵⁴ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12. AA *Kopetzki* Körpersubstanzen 606.

(3) Obduktion gem § 25 Abs 2 KAKuG

Liegen die Voraussetzungen des § 25 Abs 1 KAKuG nicht vor, darf nur obduziert werden, wenn der **Verstorbene** selbst zu Lebzeiten einer Leichenöffnung zugestimmt hat oder wenn die **Zustimmung der nächsten Angehörigen** vorliegt.

In erster Linie ist zu prüfen, ob der mittlerweile Verstorbene zu seinen Lebzeiten einer Obduktion zugestimmt hat. Im Gegensatz zu § 62a KAKuG verlangt § 25 Abs 2 KAKuG keine Ausdrücklichkeit der Willenserklärung. Die Zustimmung kann daher gem § 863 ABGB sowohl ausdrücklich („durch Worte oder allgemein anerkannte Zeichen“) als auch konkludent („durch Handlungen, welche mit allen Überlegungen keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen“) abgegeben worden sein.⁵⁵⁵ Realistische Beispiele für eine konkludente Zustimmung sind allerdings kaum denkbar.

Hat der Verstorbene keine Zustimmung zur Obduktion seines Leichnams erteilt, kommt es für die Zulässigkeit der Obduktion auf die Zustimmung der nächsten Angehörigen an. Wer die nächsten Angehörigen sind, wird von § 25 Abs 2 KAKuG nicht bestimmt. Diesbezüglich kann aber auf das landesgesetzliche Leichenrecht zurückgegriffen werden, das im Vergleich zu jenem Personenkreis, der für die Bestattung zu sorgen hat, zum Teil anderen Personen die Stellung als naher Angehöriger einräumt. Auch für die Frage der Reihenfolge oder bei Meinungsverschiedenheiten gelten teilweise andere Regeln.

- **Burgenland**

Im Burgenland zählen der Ehegatte, die großjährigen Kinder sowie die Eltern und Geschwister des Verstorbenen zum Kreis der nahen Angehörigen, die eine Obduktion verlangen dürfen.⁵⁵⁶ Die Zustimmungsbefugnis kommt diesen Personen in der aufgezeigten Reihenfolge zu. Später Genannte sind nur dann heranzuziehen, wenn vorher Genannte nicht vorhanden oder geschäftsunfähig sind.⁵⁵⁷ Den Fall, dass mehrere Personen im gleichen Verwandtschaftsrank stehen und sich uneinig sind, regelt das Burgenländische Recht nicht; diesbezüglich besteht eine Lücke. Jene Bestimmungen der anderen Leichengesetze, die als Analogiebasis

⁵⁵⁵ *Schwamberger* Obduktion 77 verlangt, dass die Zustimmung „eindeutig gegeben und nachvollziehbar sein muss“.

⁵⁵⁶ § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

⁵⁵⁷ § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

grundsätzlich in Frage kommen, enthalten folgende Regelungen für den angesprochenen Fall: Während in Vorarlberg⁵⁵⁸ die Zustimmungsbefugnis unter mehreren Berechtigten dem an Jahren ältesten Verwandten zukommt, kann in Kärnten⁵⁵⁹ und Oberösterreich⁵⁶⁰ die Zustimmung nur gemeinsam erteilt werden; können sich die Personen nicht einigen, gilt eine abgegebene Zustimmung als nicht erteilt. Die Vorarlbergerische Regelung, nach der es auf das Lebensalter ankommt, bietet zwar eine klare Handhabe, stellt aber in Hinblick auf die Frage der Obduktion auf ein nicht besonders sachliches Kriterium ab: Weshalb gerade das Alter ausschlaggebend sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Demgegenüber hat die Regelung der anderen Länder den Vorteil, dass sie dem von § 190 StGB geschützten Gedanken, der Totenruhe, in starkem Ausmaß Rechnung trägt: Bei unterschiedlichen Ansichten unter den Berechtigten hat eine Obduktion und damit ein Eingriff in die Unversehrtheit des Leichnams zu unterbleiben. Da diese Regelung von ihrer Wertung her mit § 190 StGB gut vereinbar ist, bietet sie sich als Analogiebasis für die Lücke im Burgenländischen Leichengesetz an. Demnach müssen sich auch im Burgenland mehrere Berechtigte über die Obduktion einig sein; andernfalls darf sie nicht vorgenommen werden.

- **Kärnten**

Nach Kärntnerischem Leichenrecht gelten der Ehegatte, der mit dem Verstorbenen in aufrechter Ehe gelebt hat, die Verwandten des Verstorbenen in gerader Linie und dessen Geschwister als nahe Angehörige.⁵⁶¹ In der Rangordnung steht der Ehegatte an erster Stelle, dann kommen die Nachkommen vor den Vorfahren, und zwar nach dem Grad der Verwandtschaft, und zuletzt stehen die Verwandten in gerader Linie vor den Geschwistern.⁵⁶² Kommen nach dieser Aufzählung mehrere Berechtigte (zB zwei Geschwister des Verstorbenen) in Betracht, so kann die Zustimmung nach dem Gesetz nur gemeinsam erteilt werden. Können sich diese Personen nicht einigen, gilt eine abgegebene Zustimmung als nicht erteilt.⁵⁶³

⁵⁵⁸ § 3 Abs 6 vbg Bestattungsg.

⁵⁵⁹ § 10 Abs 3 ktn Bestattungsg.

⁵⁶⁰ § 10 Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁶¹ § 14 Abs 3 ktn Bestattungsg.

⁵⁶² § 14 Abs 3 ktn Bestattungsg.

⁵⁶³ § 10 Abs 3 ktn Bestattungsg.

- **Niederösterreich**

In Niederösterreich sind der Ehegatte, der Lebensgefährte, die Kinder, die Eltern, die übrigen Nachkommen, die Großeltern und die Geschwister des Verstorbenen in dieser Reihenfolge berechtigt, eine Obduktion zu verlangen.⁵⁶⁴ Auch hier gilt in Analogie zum Kärntnerischen⁵⁶⁵ und Oberösterreichischen⁵⁶⁶ Recht für den Fall, dass mehrere Verwandte im gleichen Rang stehen, dass die Zustimmung bei Meinungsverschiedenheiten nur gemeinsam erteilt werden kann.

- **Oberösterreich**

Geht es um eine Obduktion in Oberösterreich, so steht dem Ehegatten, den Verwandten und Verschwägerten in ab- und aufsteigender Linie, den Geschwistern und deren Kindern sowie dem Verlobten das Zustimmungsrecht zu.⁵⁶⁷ Auch die Reihenfolge ist gesetzlich festgelegt.⁵⁶⁸ Grundsätzlich geht der Ehegatte allen anderen Verwandten vor. Danach kommt es auf den Willen der Kinder und deren Ehegatten an. Der Wille näherer Verwandter geht jenem der entfernteren Verwandten und des Verlobten vor. Wer mit dem Verstorbenen unmittelbar vor dessen Tod offenkundig in Feindschaft gelebt hat, ist zur Willensäußerung aber nicht berufen. Bei Meinungsverschiedenheiten unter mehreren berechtigten Angehörigen gilt eine Einwilligung als nicht gegeben.⁵⁶⁹

- **Salzburg**

Nach Salzburgerischem Leichenrecht gelten jene Personen als zustimmungsbe-
fugt, denen auch schon die Obsorge für die Bestattung zukommt, also der Ehe-
gatte, die großjährigen Kinder, die Eltern und Geschwister des Verstorbenen.⁵⁷⁰
Die genannte Reihenfolge ist ausschlaggebend für das Recht, eine Bestattung
verlangen zu dürfen.⁵⁷¹ Kommen mehrere Berechtigte in Frage, so muss analog

⁵⁶⁴ § 9 Abs 1 Z 3 iVm § 11 Abs 3 nö Bestattungsg.

⁵⁶⁵ § 10 Abs 3 ktn Bestattungsg.

⁵⁶⁶ § 10 Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁶⁷ § 10 Abs 4 iVm Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁶⁸ § 10 Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁶⁹ § 10 Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁷⁰ § 13 Abs 1 iVm § 15 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg.

⁵⁷¹ § 15 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg.

zur Kärntnerischen⁵⁷² und Oberösterreichischen⁵⁷³ Regelung eine Einigung erzielt werden. Ansonsten ist eine abgegebene Zustimmung nicht gültig.

- **Steiermark**

Das Steirische Leichengesetz enthält keine Regelung darüber, welche Angehörigen einer Obduktion zustimmen dürfen. Diesfalls bietet sich eine Analogie zu jener Bestimmung an, die den Personenkreis der zur Bestattung Berufenen regelt. Demnach gelten der Ehegatte, die volljährigen Kinder, die Eltern des Verstorbenen und eine sonstige dem Verstorbenen nahe stehende Person, die mit ihm bis zu seinem Tod in Haushaltsgemeinschaft gelebt hat, in dieser Reihenfolge als zustimmungsberechtigt.⁵⁷⁴ In Bezug auf mehrere Berechtigte gilt analog zum Leichengesetz Kärntens⁵⁷⁵ und Oberösterreichs⁵⁷⁶ das oben Gesagte: Bei Meinungsverschiedenheiten gilt eine Zustimmung als nicht erteilt.

- **Vorarlberg**

In Vorarlberg existiert ein einheitlicher Angehörigenbegriff.⁵⁷⁷ Demnach sind die Personen, die eine Obduktion verlangen dürfen, mit jenen, die sich um die Bestattung zu kümmern haben, ident: Das sind in der genannten Reihenfolge der Ehegatte, Verwandte in gerader Linie, der Lebensgefährte und die Geschwister des Verstorbenen. Innerhalb der Verwandten in gerader Linie gehen die Nachkommen den Vorfahren, und zwar nach dem Grad der Verwandtschaft vor. Für den Fall, dass mehrere Personen berechtigt sind, so steht das Recht dem an Jahren ältesten Verwandten zu.⁵⁷⁸

- **Wien**

Das Wiener Leichengesetz sieht im Vergleich zu den anderen Landesgesetzen einen sehr kleinen Personenkreis für die Zustimmungsbefugnis bei der Obduktion

⁵⁷² § 10 Abs 3 ktn Bestattungsg.

⁵⁷³ § 10 Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁷⁴ § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

⁵⁷⁵ § 10 Abs 3 ktn Bestattungsg.

⁵⁷⁶ § 10 Abs 5 oö Leichenbestattungsg.

⁵⁷⁷ § 3 Abs 6 vbg Bestattungsg.

⁵⁷⁸ § 3 Abs 6 vbg Bestattungsg.

vor: Ehegatte, Kinder und Eltern des Verstorbenen. Diese Personen müssen der Obduktion einvernehmlich zustimmen.⁵⁷⁹

- **Tirol**

In Tirol findet sich überhaupt keine Regelung über den Angehörigenbegriff. Diese planwidrige Lücke kann mit Blick auf die übrigen Leichengesetze geschlossen werden: Nachdem in allen Leichengesetzen der Ehegatte, die Kinder und Eltern des Verstorbenen hinsichtlich einer Obduktion als zustimmungsbefugt gelten,⁵⁸⁰ bietet es sich an, auch in Tirol auf diesen Kreis und die genannte Reihenfolge abzustellen. Existieren mehrere Kinder oder leben noch beide Elternteile, so muss analog zum Kärntnerischen⁵⁸¹ und Oberösterreichischen⁵⁸² Recht eine Einigung erzielt werden. Eine abgegebene Zustimmung gilt ansonsten als nicht erteilt.

(4) Obduktion gem § 40 Abs 1 lit b KAKuG

Verstirbt ein Patient in einer **privaten Krankenanstalt**, so ist nicht die Regelung des § 25 KAKuG maßgeblich, sondern jene des § 40 Abs 1 lit b KAKuG. Demnach dürfen Obduktionen in privaten Krankenanstalten – selbstverständlich abgesehen von gerichtlich oder sanitätsbehördlich angeordneten Obduktionen – nur mit Zustimmung der nächsten Angehörigen des Toten vorgenommen werden, und nur dann, wenn ein geeigneter Raum vorhanden ist.

Obwohl § 40 Abs 1 lit b KAKuG keinen Bezug auf eine allfällige Zustimmung des Verstorbenen nimmt, ist eine solche wohl dennoch zu beachten.⁵⁸³ Diesfalls muss nicht erst die Zustimmung der nahen Angehörigen eingeholt werden.

Durch die Sonderbestimmung des § 40 Abs 1 lit b KAKuG, die § 25 Abs 1 KAKuG überlagert, ist eine Obduktion zur Wahrung öffentlicher oder wissen-

⁵⁷⁹ § 13 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁵⁸⁰ § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 3 ktn BestattungsG; § 9 Abs 1 Z 3 iVm § 11 Abs 3 nö BestattungsG; § 10 Abs 4 iVm Abs 5 öö LeichenbestattungsG; § 13 Abs 1 iVm § 15 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsG; § 17 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 3 Abs 6 vbg BestattungsG; § 13 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁵⁸¹ § 10 Abs 3 ktn BestattungsG.

⁵⁸² § 10 Abs 5 öö LeichenbestattungsG.

⁵⁸³ *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Leichnam 866.

schaftlicher Interessen in privaten Krankenanstalten ausgeschlossen. In den Gesetzesmaterialien findet sich keine Begründung dafür, weshalb diese Differenzierung getroffen wurde. Unklar ist, ob der Gesetzgeber mit dieser Einschränkung der Obduktionserlaubnis die Patienten von privaten Krankenanstalten vor Obduktionen, denen sie oder ihre Angehörigen nicht zugestimmt haben, schützen wollte, oder ob es eher darum ging, dass das Instrument der Obduktion aus wissenschaftlichem Interesse den öffentlichen Krankenanstalten, denen auch die Universitätskliniken zugeordnet werden können, vorbehalten sein sollte. Die eingeschränkte Obduktionsmöglichkeit in privaten Krankenanstalten erscheint jedenfalls in dieser Hinsicht nicht sachgerecht, als dadurch eine Obduktion zur Aufklärung diagnostischer Unklarheiten oder nach einem operativen Eingriff, in dessen Folge der Patient verstirbt, nicht möglich ist. Dies ist bereits aus dem Aspekt der Qualitätssicherung in einem Krankenhaus bedenklich.

4. Übergabe an ein anatomisches Institut

Die Verwendung einer Leiche in der medizinischen Forschung und Lehre führt idR zur Verwirklichung der Tathandlung Misshandeln nach § 190 Abs 1 StGB. Als Rechtfertigungsgrund für diese Handlung kommt freilich eine zu Lebzeiten des Verstorbenen abgegebene Einwilligung in Betracht.⁵⁸⁴ Liegt eine solche nicht vor, können jene Bestimmungen der Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder herangezogen werden, nach denen der Leichnam von der Gemeinde, in der die Person verstorben ist, einem anatomischen Institut in Österreich übergeben werden darf, sofern die zur Totensorge berechtigten Personen keine Vorsorge für die Bestattung getroffen haben. Derartige Regelungen finden sich in § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG, § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG, § 11 Abs 4 nö BestattungsgG, § 15 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG, § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG, § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG, § 30 Abs 4 tir GemeindesanitätsdienstG und § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG. Allein das wv Leichen- und BestattungsgG enthält keine entsprechende Vorschrift. Aufgrund dieser Bestimmungen ist das jeweilige anatomische Institut berechtigt, den Leichnam für Zwecke im Rahmen seines Tätigkeitsbereiches einzusetzen. Das bedeutet, dass die Leiche für die **Ausbildung zukünftiger Ärzte, die ärztliche**

⁵⁸⁴ Siehe dazu unten im Kapitel Einwilligung Seite 130 ff.

Weiterbildung sowie für die **medizinisch-wissenschaftliche Forschung** eingesetzt werden darf.⁵⁸⁵ Misshandlungen im Zusammenhang mit Eingriffen an solchen „Anatomieleichen“ sind daher durch diese landesgesetzlichen Regelungen gerechtfertigt.

In Vorarlberg dürfen Angehörige den Leichnam sogar von sich aus einer Einrichtung, die Zwecken der naturwissenschaftlichen oder medizinischen Forschung und Lehre, Zwecken der Ermittlung von Krankheitsursachen oder Zwecken der Heilbehandlung dient, überlassen.⁵⁸⁶

5. Exhumierung

a. Rechtfertigung durch § 128 Abs 3 StPO

Unter Exhumierung wird sowohl die Enterdigung einer bereits beigesetzten Leiche⁵⁸⁷ als auch die Öffnung eines belegten Erdgrabes⁵⁸⁸ verstanden.

Als Rechtfertigungsgrund für diesen Eingriff in die Totenruhe kommt § 128 Abs 3 StPO in Frage. Danach ist die Exhumierung einer Leiche **zum Zweck der Obduktion** gestattet, wenn dies **zur Aufklärung einer Straftat** erforderlich ist. Die Exhumierung ist daher an eine darauf folgende Obduktion gebunden: Sie ist nur dann vorzunehmen, wenn die Obduktion des Leichnams gem § 128 Abs 2 StPO zulässig ist.⁵⁸⁹

Abgesehen davon muss die Exhumierung erforderlich sein, um eine Straftat aufzuklären zu können. Stehen zur Aufklärung der Straftat noch andere Mittel zur Verfügung, scheidet die Exhumierung aus. Aus dieser Voraussetzung ergibt sich auch, dass die geplanten Untersuchungen geeignet sein müssen, das Verfahren erheblich zu beeinflussen.⁵⁹⁰ Eine solche Eignung liegt zB vor, wenn trotz fortge-

⁵⁸⁵ *Kopetzki* Leichnam 870.

⁵⁸⁶ § 3 Abs 3 vbg Bestattungsg.

⁵⁸⁷ So die Definition in § 28 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 25 Abs 1 ktn Bestattungsg.; § 19 Abs 1 nö Bestattungsg.; § 26 Abs 1 öö Leichenbestattungsg.; § 23 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg.; § 28 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.; § 46 Abs 1 tir Gemeindesanitätsg.

⁵⁸⁸ § 26 Abs 1 vbg Bestattungsg.

⁵⁸⁹ *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 21.

⁵⁹⁰ EBRV 25 BlgNR 22. GP, 178; *S. Mayer* Commentar 452; *Pilnacek/Pleischl* Vorverfahren 551; *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 21.

schrittener Verwesung immer noch Giftspuren im Körper feststellbar⁵⁹¹ oder Knochenbrüche nachweisbar sind. Auch das Fehlen eines Knochenbruchs kann für das Verfahren von Erheblichkeit sein.⁵⁹² Insofern sind sowohl positive als auch negative Ergebnisse maßgeblich. Ob solche Ergebnisse zu erwarten sind, wird vor der Anordnung der Exhumierung durch die Staatsanwaltschaft durch Hinzuziehung eines Sachverständigen geklärt.⁵⁹³

Für die Vornahme einer Exhumierung ist keine Zustimmung der nächsten Angehörigen des Verstorbenen nötig. Diese können die Exhumierung auch nicht durch ablehnende Erklärungen verhindern. Nach § 128 Abs 3 StPO ist nicht einmal die Verständigung der Angehörigen vorgesehen. Nachdem die Exhumierung einen Teil des Strafverfahrens darstellt, ergibt sich die Pflicht hierzu aber aus § 66 Abs 1 Z 4 StPO.⁵⁹⁴

b. Rechtfertigung durch die Bewilligung zur Enterdigung nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen

Eine Enterdigung kommt auch auf Grundlage der Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder in Betracht.⁵⁹⁵ Nach dem Leichenrecht Kärntens, der Steiermark und Vorarlbergs darf eine Exhumierung nur **zum Zweck der Umbettung⁵⁹⁶, Überführung⁵⁹⁷, Feuerbestattung⁵⁹⁸ und Feststellung der Todesursache⁵⁹⁹** vorgenommen werden. Kann die Todesursache nicht allein durch die Exhumierung festgestellt werden, sondern ist hierfür eine an die Enterdigung anschließende Obduktion erforderlich, so ist vor der Enterdigung zu prüfen, ob eine Obduktion überhaupt zulässig ist. Während dies bei in öffentlichen Krankenanstalten Verstorbenen unproblematisch ist, da in diesen Fällen gemäß § 25 Abs 1 KAKuG zur Klärung der Todesursache obduziert werden darf, muss für den Bereich der

⁵⁹¹ *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 21.

⁵⁹² *S. Mayer* Kommentar 452.

⁵⁹³ *S. Mayer* Kommentar 452; *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 21.

⁵⁹⁴ *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 22.

⁵⁹⁵ § 28 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 25 Abs 1 ktn BestattungsgG; § 19 Abs 1 nö BestattungsgG; § 26 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 23 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 28 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 46 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 26 Abs 1 vbg BestattungsgG; § 18 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁵⁹⁶ § 28 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 26 Abs 2 vbg BestattungsgG.

⁵⁹⁷ § 28 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 26 Abs 2 vbg BestattungsgG.

⁵⁹⁸ § 25 Abs 2 ktn BestattungsgG.

⁵⁹⁹ § 26 Abs 2 vbg BestattungsgG.

privaten Krankenanstalten beachtet werden, dass in Bezug auf die dort verstorbenen Personen eine Obduktion nur mit Zustimmung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen erlaubt ist.

Die übrigen Leichengesetze stellen für die Zulässigkeit einer Exhumierung nicht auf das Vorliegen eines bestimmten Zwecks ab. Allerdings wird auch in diesen Bundesländern eine Exhumierung nur aus einem triftigen Grund zulässig sein. Dies geht aus einer Entscheidung des OGH hervor, der die Ruhe der Toten als oberstes Prinzip ansieht und eine Exhumierung daher in nur sehr eingeschränktem Maße als zulässig erachtet.⁶⁰⁰ Darüber hinaus stellte der OGH fest, dass es maßgeblich auf den **hypothetischen Willen des Verstorbenen** ankommt: Dieser Entscheidung lag ein – das Bundesland Oberösterreich betreffender – Fall zugrunde, in dem erst nach der Erdbestattung bekannt wurde, dass die Verstorbene zu Lebzeiten mehrfach den Wunsch nach einer Feuerbestattung geäußert hatte. Für die Zulässigkeit der Exhumierung komme es nach dem OGH darauf an, ob die Verstorbene die Enterdigung und nachträgliche Feuerbestattung gutgeheißen hätte oder „Jahre nach der Beerdigung doch lieber in Ruhe gelassen werden wolle“.⁶⁰¹

Als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Exhumierung dürfen keine sanitätspolizeilichen Bedenken bestehen; darüber hinaus muss der Ablauf der Mindestruhefrist abgewartet werden, welche im Burgenland⁶⁰², in Niederösterreich⁶⁰³ und Salzburg⁶⁰⁴ zehn Jahre ab der Bestattung beträgt.⁶⁰⁵ In dieser Zeit soll der Leichnam unverändert in seinem Grab verbleiben. In Wien ist die Exhumierung bereits nach einem halben Jahr erlaubt.⁶⁰⁶ In Kärnten⁶⁰⁷, Oberösterreich⁶⁰⁸, der Steiermark⁶⁰⁹, Tirol⁶¹⁰ und Vorarlberg⁶¹¹ ist die Dauer der Mindestruhefrist in den einzelnen Friedhofsordnungen geregelt.

⁶⁰⁰ OGH 7 Ob 225/99k = JBl 2000, 111.

⁶⁰¹ OGH 7 Ob 225/99k = JBl 2000, 111.

⁶⁰² § 35 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

⁶⁰³ § 19 Abs 2 nö BestattungsgG.

⁶⁰⁴ § 29 Abs 4 sbg Leichen- und BestattungsgG.

⁶⁰⁵ § 35 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 19 Abs 2 nö BestattungsgG; § 29 Abs 4 sbg Leichen- und BestattungsgG.

⁶⁰⁶ § 18 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁶⁰⁷ § 26 Abs 2 ktn BestattungsgG.

⁶⁰⁸ § 34 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG.

⁶⁰⁹ § 35 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG.

⁶¹⁰ § 34 tir GemeindesanitätsdienstG.

⁶¹¹ § 38 Abs 5 vbg BestattungsgG.

Formal muss für die Enterdigung nach allen Leichengesetzen eine Bewilligung jener Gemeinde erteilt werden, in deren Amtsbereich der Friedhof liegt, auf dem die Leiche bestattet ist.⁶¹² Das Antragsrecht steht im Burgenland nur den nahen Angehörigen zu.⁶¹³ Durch einen Verweis auf § 12 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG wird klargestellt, dass für den Angehörigenbegriff jene Personen maßgeblich sind, die auch einer Obduktion zustimmen dürfen. Für die Frage, was zu gelten hat, wenn mehrere Personen berechtigt sind, ist auf die Ausführungen im Kapitel über die Obduktion auf der Seite 114 ff zu verweisen. In Niederösterreich dürfen außer den nahen Angehörigen auch die Grabstellenbenützungsberechtigten einen Antrag auf Enterdigung stellen.⁶¹⁴ Dies ist dann von Bedeutung, wenn die über die Grabstelle benützungsberechtigte Person nicht zugleich auch Angehöriger des Toten ist. Ebenso wie in der Burgenländischen Regelung findet sich auch in der Niederösterreichischen Exhumierungsbestimmung bezüglich des Angehörigenbegriffs ein Verweis auf den zur Obduktion zustimmungsbefugten Personenkreis. Das Kärntner Leichengesetz sieht ausdrücklich vor, dass jeder antragsberechtigt ist, der ein Interesse an der Exhumierung glaubhaft machen kann.⁶¹⁵ In den übrigen Leichengesetzen ist das Antragsrecht nicht auf bestimmte Personen eingeschränkt.

6. Rechtfertigung durch das Denkmalschutzgesetz

Werden bei archäologischen Grabungen zB steinzeitliche Gräberfelder entdeckt und aus ihnen die Gebeine der dort Bestatteten entfernt, um sie wissenschaftlich zu untersuchen oder an ein Museum zur dortigen Ausstellung zu überführen, so ist die Tathandlung des Wegschaffens aus einer Beisetzungsstätte gem § 190 Abs 1 StGB erfüllt.

Liegt eine spezielle Erlaubnis für die Entnahme der Gebeine aus den Gräbern vor, so ist der Archäologe für sein tatbestandsmäßiges Handeln gerechtfertigt.

⁶¹² § 28 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 25 Abs 1 ktn BestattungsgG; § 19 Abs 1 nö BestattungsgG; § 26 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 23 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 28 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 46 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 26 Abs 1 vbg BestattungsgG; § 18 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁶¹³ § 28 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG. Zum Begriff des nahen Angehörigen siehe oben Seite 36 f.

⁶¹⁴ § 19 Abs 4 nö BestattungsgG.

⁶¹⁵ § 25 Abs 1 ktn BestattungsgG.

tigt. Das Gleiche gilt etwa auch für das Entnehmen einer Mumie aus dem Sarkophag.

Eine derartige Erlaubnis könnte sich aus dem Denkmalschutzgesetz (im Folgenden DMSG) ergeben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass das DMSG auf die gefundenen Skelette anzuwenden ist. Dies ist der Fall, wenn die Gebeine ein **Denkmal iSd § 1 Abs 1 DMSG** darstellen. Die Frage, ob eine Leiche Denkmaleigenschaft aufweisen kann, war va beim Fund des sog „Ötzi“ im Jahre 1991 Gegenstand der Diskussion.⁶¹⁶ Nach der Legaldefinition des § 1 Abs 1 DMSG ist ein Denkmal ein von Menschen geschaffener unbeweglicher oder beweglicher Gegenstand. Des Weiteren muss dieser Gegenstand von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung sein und ein öffentliches Interesse an seiner Erhaltung bestehen. Dass der Leichnam ein beweglicher Gegenstand ist, lässt sich problemlos annehmen, denn nach der hM ist der menschliche Leichnam rechtlich als Sache anzusehen.⁶¹⁷

Fraglich ist vielmehr, ob ein menschliches Skelett ein **von Menschen geschaffener Gegenstand** ist.⁶¹⁸ Diese Voraussetzung kann wohl nicht damit begründet werden, dass jeder Mensch von Menschen gezeugt und somit auch geschaffen wurde. Die Teleologie des DMSG zielt eher auf etwas anderes ab,⁶¹⁹ nämlich darauf, dass der Denkmalschutz solchen Gegenständen vorbehalten ist, die vom Menschen durch gestalterische Tätigkeit erzeugt wurden. Der VfGH stellt für die Denkmaleigenschaft des menschlichen Skeletts darauf ab, dass es entweder Gegenstand der gestalterischen Bearbeitung durch Menschen war oder mit einem Denkmal eine Einheit bildet.⁶²⁰ Zeugt ein Skelett lediglich von menschlichem Dasein, so liegt kein Denkmal vor. Nach dieser Definition des VfGH wären

⁶¹⁶ Siehe dazu *Binder* Fortleben 229; *Hoinkes-Wilflingseder* Funde 57; *Weber* Mumie 50 ff; *Weber* „Ötzi“ 673 ff.

⁶¹⁷ *Edlbacher* Leichenteile 450; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 20; *Kopetzki* Organ-gewinnung 107 und 264; *Kopetzki* Leichnam 862; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 127 Rz 18; *Seiler* SbgK § 125 Rz 12; *Ofner* Körpersubstanzen 190; *Rieder* lege lata et ferenda 116; *Spielbühler* in *Rummel*³ § 285 Rz 3; *Stellamor* Berufsordnung 82; *Stellpflug* Schutz 119. Gegen Sachqualität: *Gschneider/Faistenberger* Erbrecht 6. Vgl zu dieser Diskussion weiter unten Seite 139 f.

⁶¹⁸ Auch nach dem Bayrischen und Niedersächsischen Denkmalschutzgesetz kommt es darauf an, dass der Gegenstand vom Menschen geschaffen wurde, wobei sich der Schutz in Niedersachsen auch auf Reste von Menschen erstreckt, die sich in historischen Gräbern und Siedlungen befinden. In den Denkmalschutzregelungen der anderen Länder Deutschlands kommt es hingegen nicht darauf an, dass der Gegenstand vom Menschen geschaffen wurde; *Martin/Krautzberger* Denkmalschutz Rn 46.

⁶¹⁹ So auch *Weber* „Ötzi“ in FN 13.

⁶²⁰ Slg 4680/1964; *Weber* „Ötzi“ 674.

menschliche Gebeine dem Regime des DMSG zu unterstellen, wenn sie zB Tätowierungen aufweisen. Dabei müssen die Tätowierungen selbst von denkmal-schützerischem Wert sein.⁶²¹ Das Skelett fiele aber auch dann unter den Denkmalbegriff, wenn es Teil eines Denkmals ist. So wurde die Denkmaleigenschaft des „Ötzi“ darauf gestützt, dass seine Gebeine gemeinsam mit den gefundenen Ausrüstungsgegenständen eine Einheit bilden.⁶²² Auch die eingangs erwähnten Gebeine in steinzeitlichen Gräberfeldern würden nach der Definition des VfGH Denkmaleigenschaft aufweisen, wenn sie gemeinsam mit Grabbeigaben eine Einheit darstellen.

Problematisch ist aber, dass das durch den VfGH entwickelte Verständnis des Denkmalbegriffs die Wortlautgrenze des § 1 Abs 1 DMSG überschreitet. Denn nach § 1 Abs 1 DMSG muss der Gegenstand von Menschen geschaffen sein. Davon, dass ein Gegenstand auch dann Denkmaleigenschaft aufweise, wenn er bloß mit anderen Gegenständen, die von Menschen geschaffen wurden und von kultureller Bedeutung sind, eine Einheit bildet, steht nichts im Denkmalschutzgesetz. Zudem muss beachtet werden, in welchem Zusammenhang das Erkenntnis des VfGH erging. Es handelte sich um eine Entscheidung über die kompetenzrechtliche Abgrenzung von Denkmal- und Naturschutz.⁶²³ Während der Denkmalschutz gem Art 10 Z 13 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Angelegenheit des Bundes ist, fällt der Naturschutz in die Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG und gehört damit zum selbstständigen Wirkungsbereich der Länder. Diese kompetenzrechtliche Entscheidung des VfGH stellt aber keine verbindliche Definitionsvorgabe für das Denkmalschutzgesetz dar.⁶²⁴ Der Materiengesetzgeber darf ohne weiteres einen engeren Begriff des Denkmals wählen, wie dies durch § 1 Abs 1 DMSG auch geschehen ist. Das in dem Kompetenzfeststellungserkenntnis enthaltene Begriffsverständnis des VfGH ist nicht maßgeblich für die Qualifikation als Denkmal, sondern allein die gesetzliche Regelung des § 1 Abs 1 DMSG. Ohne selbst ein von Menschen geschaffener Gegenstand zu sein, wird der Leichnam daher auch dann nicht zum Denkmal, wenn er von Gegenständen umgeben ist, die ihrerseits von Menschen geschaffen wurden.

⁶²¹ *Weber Mumie 52; Weber „Ötzi“ 675.*

⁶²² *Weber Mumie 52; Weber „Ötzi“ 675.*

⁶²³ *Vgl Blauensteiner Denkmalschutzrecht 32 und Weber „Ötzi“ 674.*

⁶²⁴ *Weber „Ötzi“ FN 22.*

Allein der Umstand, dass der menschliche Körper Gegenstand gestalterischer Bearbeitung war, könnte das von § 1 Abs 1 DMSG geforderte Kriterium erfüllen. Zu denken ist an eine Leiche, die künstlerisch wertvolle Tätowierungen aufweist, oder an menschliche Knochen, aus denen Schnitzereien gefertigt wurden. Einzuwenden wäre vielleicht, dass lediglich das Endergebnis, nicht aber das für die Tätowierungen und die Schnitzarbeiten verwendete Ausgangsmaterial (Leichnam bzw Knochen) vom Menschen geschaffen wurde. Dieser Umstand trifft aber auf die meisten Menschenwerke zu. Auch eine aus Stein gehauene Skulptur entsteht aus einem Ausgangsstoff, der nicht vom Menschen geschaffen wurde. Sachgerecht erscheint es, darauf abzustellen, ob die menschliche Bearbeitung eines Objekts eher von wertbegründender oder werterhaltender Art ist.⁶²⁵ Bei einer Gartenanlage besteht die menschliche Einwirkung regelmäßig in der Pflege. Es handelt sich daher um eine werterhaltende Einwirkung auf ein Objekt, dessen Hauptwert primär in gewachsener Natur besteht.⁶²⁶ Bei Schnitzereien oder Skulpturen erfolgt die menschliche Einwirkung in wertbegründender Art. Diese vom Menschen geschaffenen Erzeugnisse sind daher, selbst wenn ihr Ausgangsstoff natürlicher Art ist, dem Denkmalbegriff zugänglich.⁶²⁷ Demnach ist die Anwendung des Denkmalschutzgesetzes grundsätzlich auch auf solche Erzeugnisse möglich, die aus menschlichen Überresten hergestellt wurden. Fraglich ist allerdings, ob mit dieser Auslegung die Denkmaleigenschaft des „Ötzi“ aufgrund seiner Tätowierungen begründet werden könnte. Denn die Tätowierungen müssen an sich einen denkmalschützerischen Wert aufweisen.

Konsequenz der Einordnung als Denkmal ist die denkmalschutzrechtliche Unterschützstellung gem den §§ 2 bis 3 DMSG. Eine solche Unterschützstellung hat Maßnahmen zur Sicherung der Funde zur Folge. Gem **§ 9 Abs 2 DMSG** gehört dazu auch die Bergung des Fundes durch den Finder, wenn die Gefahr besteht, dass der Fund abhanden kommen könnte. In anderen Fällen sind gem § 9 Abs 2 DMSG das Bundesdenkmalamt oder seine Beauftragten berechtigt, eine

⁶²⁵ *Blauensteiner* Denkmalschutzrecht 34.

⁶²⁶ *Blauensteiner* Denkmalschutzrecht 34. Die in Anhang 2 des DMSG aufgezählten Garten- und Parkanlagen gelten gem § 1 Abs 12 trotz des Umstandes, dass es sich um gestaltete Natur handelt, als Denkmale.

⁶²⁷ *Blauensteiner* Denkmalschutzrecht 34.

Bergung vorzunehmen.⁶²⁸ § 9 Abs 2 DMSG stellt also einen Rechtfertigungsgrund für die Tathandlung des Wegschaffens iSd § 190 Abs 1 StGB dar.

7. Rechtfertigender Notstand

a. Voraussetzungen

Beim rechtfertigenden Notstand handelt es sich um einen gesetzlich nicht normierten Rechtfertigungsgrund, weshalb er auch häufig als übergesetzlicher Notstand bezeichnet wird.⁶²⁹ Der mittels Rechtsanalogie abgeleitete rechtfertigende Notstand ist heute sowohl in der Lehre⁶³⁰ als auch in der Rsp⁶³¹ allgemein anerkannt.

Was die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands anbelangt, so erfordert dieser zunächst eine sog Notstandssituation. Eine solche besteht, wenn einem Rechtsgut durch eine **gegenwärtige oder unmittelbar drohende Gefahr** ein **bedeutsamer Nachteil** droht, der durch den Eingriff in ein anderes Rechtsgut abgewendet werden kann.⁶³² Als Beispiel ist an den Flugzeugabsturz der uruguayischen Rugby-Mannschaft in den Anden im Jahr 1972 zu denken. Die Überlebenden konnten sich damals nur durch das Zerteilen und Essen der Leichen ihrer Teamkameraden vor dem sicheren Hungertod retten.⁶³³ Bei Gewebeentnahmen vom Leichnam zu Zwecken der Forschung oder Kosmetikherstellung droht ein bedeutender Nachteil idR hingegen nicht. Geht es um Entnahmen zur Heilmittelherstellung wird es in aller Regel an der Unmittelbarkeit des drohenden Nachteils mangeln. In diesen Fällen liegt keine Notstandssituation vor. Ausnahmefälle sind natürlich denkbar. So etwa, wenn Leichenmaterial zur dringenden Herstellung eines Impfstoffes benötigt wird, um die Ausbreitung einer todbringenden Epidemie einzudämmen.

⁶²⁸ Blauensteiner Denkmalschutzrecht 73.

⁶²⁹ Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt 153; Fuchs AT I⁷ 17/54; Leukauf/Steininger StGB³ § 3 Rz 49; Kienapfel Notstand 422; Kienapfel/Höpfel AT¹³ Z 12 RN 2.

⁶³⁰ Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt 153; Fuchs AT I⁷ 17/54; Leukauf/Steininger StGB³ § 3 Rz 49; Lewisch WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 19; Kienapfel Notstand 422; Kienapfel/Höpfel AT¹³ Z 12 RN 2.

⁶³¹ SSt 43/20; SSt 47/75.

⁶³² Fuchs AT I⁷ 17/55; Kienapfel/Höpfel AT¹³ Z 12 RN 5 ff; Leukauf/Steininger StGB³ § 3 Rz 52; Lewisch WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 30; Triffterer AT² 228 Rz 116.

⁶³³ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2320283.stm>

Im Rahmen der Notstandshandlung ist ein Eingriff in ein anderes Rechtsgut nur dann erlaubt, wenn das bedrohte Rechtsgut gegenüber dem zu opfernden Rechtsgut eindeutig und zweifellos **höherwertig**⁶³⁴ ist und der Eingriff das **scho-nendste Mittel**⁶³⁵ darstellt, um die Gefahr abzuwenden. Die Höherwertigkeit eines Rechtsguts wird durch eine Güter- und Interessenabwägung ermittelt.⁶³⁶ Dabei ist die durch die Gefahr drohende Beeinträchtigung für das zu rettende Gut der mit der Rettungshandlung verbundenen Beeinträchtigung des zu opfernden Guts gegenüberzustellen.⁶³⁷ Im Beispiel mit dem Überlebenden des Flugzeugabsturzes ist das zu rettende Rechtsgut das Leben und das zu opfernde Rechtsgut die Pietät. Die Abwägung fällt zugunsten des Lebens aus, da es als das höchstwertige Rechtsgut gilt.⁶³⁸ Gleiches gilt für das Beispiel, in dem Leichenmaterial gewonnen werden muss, um das Sterben vieler Menschen zu verhindern.

Als weiteres Kriterium muss die Rettungshandlung dem sog **Angemessenheitskorrektiv** entsprechen. Die Rettungshandlung ist danach nicht zulässig, wenn sie gemessen an den obersten Wertvorstellungen der Rechtsordnung nicht als das angemessene Mittel erscheint.⁶³⁹ Dieses Korrektiv bereitet in beiden angeführten Beispielen keine Probleme: Die Überwindung der Notstandslage durch die Beeinträchtigung der Pietät ist hier „sachgemäß, billigenswert und im Interesse der Gerechtigkeit erlaubt“⁶⁴⁰.

b. Anwendung auf Fälle der Organtransplantation

Vor der Novellierung des KAG (heute KAKuG) im Jahre 1982⁶⁴¹, mit der § 62a KAKuG eingeführt wurde, gab es keinen speziellen Rechtfertigungsgrund für eigenmächtige Organentnahmen aus Leichen. Es wurde daher auf bereits bestehende Erlaubnissätze zurückgegriffen, um auch Organentnahmen ohne Zustimmung

⁶³⁴ *Fuchs* AT I⁷ 17/56; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 12 RN 20; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 54; *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 64.

⁶³⁵ *Fuchs* AT I⁷ 17/56; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 12 RN 19; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 54; *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 52.

⁶³⁶ *Fuchs* AT I⁷ 17/56; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 12 RN 20 f; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 55; *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 61; *Triffterer*, AT² 230 Rz 128.

⁶³⁷ *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 61.

⁶³⁸ *Fuchs* AT I⁷ 17/58; *Lewis* WK-StGB² Nachbem zu § 3 Rz 69.

⁶³⁹ *Fuchs* AT I⁷ 17/66; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ Z 12 RN 24; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 56; *Lewis* WK-StGB² Nachbem § 3 Rz 95.

⁶⁴⁰ *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 56.

⁶⁴¹ KAG-Novelle 1982, BGBl 273, RV 969 BlgNR 15. GP.

mung des Verstorbenen oder der Hinterbliebenen zu rechtfertigen. Die Lehre zog hierzu von dem rechtfertigenden Notstand heran (sog Notstandsmodell).⁶⁴² Die erforderliche Notstandssituation lag in den meisten Fällen vor: Benötigt ein sterbenskranker Patient dringend eine Organspende, so ist sein Leben in gegenwärtiger Gefahr, und es droht ein bedeutender Nachteil, nämlich sein Tod. Das Leben hat als das höchstwertige Rechtsgut gegenüber allen anderen Vorrang.⁶⁴³ Dementsprechend ist das Leben gegenüber dem Rechtsgut Pietät eindeutig höherwertig. Die Organentnahme aus Leichen, um mittels Transplantation ein Leben zu retten, erscheint auch nicht als unangemessenes Mittel.

Nicht alle Fälle ließen sich derart problemlos über den rechtfertigenden Notstand lösen. Schwierigkeiten ergaben sich in jenen Fällen, in denen Organe nicht zur sofortigen Transplantation, sondern zur Konservierung auf Organbanken entnommen wurden. Bei Explantationen ohne dringenden Bedarf ist nämlich die für den rechtfertigenden Notstand erforderliche Notsituation nicht gegeben: Ohne Akutbedarf an dem Organ besteht keine Gefahr eines bedeutsamen Nachteils, also keine Notstandssituation. Organentnahmen „auf Vorrat“ waren daher nicht durch den übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt.⁶⁴⁴

Eine solche Entnahme „auf Vorrat“ wurde auch jenem Arzt zum Verhängnis, dessen Verurteilung als sog Anlassfall⁶⁴⁵ für die Novellierung des KAKuG gilt: Der Primarius eines Unfallkrankenhauses wurde in erster Instanz gem § 190 Abs 1 StGB schuldig gesprochen, weil einem Unfalltoten auf seine Anordnung ohne Zustimmung der Hinterbliebenen Knochensplinter entnommen und auf einer Organbank aufbewahrt wurden. Mangels Notsituation kam diesem Arzt der übergesetzliche Notstand nicht zugute.

Heute kommt nach hA eine Berufung auf den rechtfertigenden Notstand im Zusammenhang mit eigenmächtigen Organentnahmen nicht mehr in Frage.⁶⁴⁶ Durch die Einführung des § 62a KAKuG hat der Gesetzgeber einen speziellen

⁶⁴² *Brandstetter* Aspekte 91; *Eder-Rieder* Transplantationen 289; *Kalchschmid/Barta* Überlegungen 64 ff; *Kopetzki* Organgewinnung 17 und 20 ff; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9; *Loebenstein* Haftung 310; *Stellpflug* Schutz 131.

⁶⁴³ *Fuchs* AT I⁷ 17/58; *Lewisch* WK-StGB² Nachbem zu § 3 Rz 69.

⁶⁴⁴ *Brandstetter* Aspekte 91; *Kopetzki* Organgewinnung 17; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9.

⁶⁴⁵ Das Urteil ist nicht veröffentlicht. Die hier vorgenommene Darstellung bezieht sich auf die Ausführungen bei *Fuhrmann* Transplantate 259.

⁶⁴⁶ *Brandstetter* Leichnam 878; *Brandstetter* Aspekte 99 f; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 19; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 31; *Kopetzki* Organgewinnung 272; *Stellpflug* Schutz 131 f. AA *Eder-Rieder* Transplantationen 293.

Rechtfertigungsgrund geschaffen und diesen **Problemkreis** damit **abschließend geregelt**. Für übergesetzliche Überlegungen bleibt daher kein Raum. Der rechtfertigende Notstand kann weder als Alternative zu § 62a KAKuG noch als Ersatz für den im Einzelfall (wegen fehlender Voraussetzungen)⁶⁴⁷ nicht greifenden § 62a KAKuG herangezogen werden.

8. Einwilligung

a. Problemaufriss

Fraglich ist, ob die Einwilligung des Verstorbenen zu Lebzeiten bzw die seiner nahen Angehörigen in bestimmte Maßnahmen mit dem Leichnam wirksam ist. Zu denken ist etwa an die Verfügung, dass der Leichnam der Wissenschaft oder medizinischen Ausbildung zukommen soll. Derartige Maßnahmen sind idR mit der Misshandlung des Leichnams iSd § 190 Abs 1 StGB verbunden. Kernpunkt der nachfolgenden Diskussion ist die Frage, ob der einzelne überhaupt in die Verletzung des Rechtsguts Pietät einwilligen kann, und wenn ja, wer im Konkreten dazu berechtigt ist. Des Weiteren ist zu klären, wie weit eine allenfalls bestehende Einwilligungsbefugnis reicht.

b. Disponibilität

Die Wirksamkeit der Einwilligung ist nur dann gegeben, wenn der Einwilligende über das Rechtsgut dispositionsbefugt ist. Das ist nach hA bei Individualrechtsgütern der Fall. Der Berechtigte kann unbeschränkt in Verletzungen der Ehre, Freiheit und des Vermögens einwilligen.⁶⁴⁸ Bei Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit besteht aufgrund der Sonderregel des § 90 StGB lediglich beschränkte Disponibilität.⁶⁴⁹ Die Einwilligung wirkt hier nur dann rechtfertigend, wenn die Verletzung oder Gefährdung nicht gegen die guten Sitten verstößt.

⁶⁴⁷ Nach *Eder-Rieder* Transplantationen 293 käme bei einer Organtransplantation, die trotz Vorliegens eines Widerspruchs durchgeführt wird, immer noch der übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund in Frage.

⁶⁴⁸ *Fuchs* AT I⁷ 16/17; *Hinterhofer* Einwilligung 23; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 37.

⁶⁴⁹ *Fuchs* AT I⁷ 16/18; *Hinterhofer* Einwilligung 27.

Strittig ist die Frage der Einwilligungsbefugnis bei Delikten, die aus indisponiblen und disponiblen Rechtsgütern bestehen, denn in Bezug auf Universalrechtsgüter, also Rechtsgüter der Allgemeinheit, ist der einzelne nicht dispositiv befugt.⁶⁵⁰ § 190 StGB ist eines dieser **zusammengesetzten Delikte**.⁶⁵¹ Denn die Pietät enthält sowohl eine individuelle Komponente, die im Anspruch eines jeden Menschen auf pietätvollen Umgang mit seinem Leichnam besteht, als auch eine allgemeine Komponente, die sich in der Ehrfurcht der Menschen vor der Ungewissheit und Endgültigkeit des Todes manifestiert.⁶⁵² Die hM macht die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung vom Dominieren des jeweiligen Rechtsguts abhängig.⁶⁵³ Überwiegt der individuelle Rechtsgutsaspekt, so ist das Delikt einer Einwilligung zugänglich. Für den umgekehrten Fall, also bei Überwiegen des Universalrechtsguts, scheidet eine Einwilligung aus.

Zu klären ist, welcher Rechtsgutsaspekt bei § 190 StGB überwiegt. Für diese Frage kommt es darauf an, ob der individuelle Schutz bloßer Reflex des Schutzes des allgemeinen Rechtsgutsaspekts ist oder umgekehrt der Schutz des allgemeinen Rechtsgutsaspekts bloßer Komplementäreffekt des Individualrechtsguts ist.⁶⁵⁴ Die allgemeine Komponente des § 190 StGB drückt sich in gewissen, allgemein anerkannten, gewohnheitsrechtlich verankerten Umgangsformen mit den Toten aus, die letztlich auch wieder nur auf dem Umstand beruhen, dass sich jeder einzelne für seinen toten Körper den gleichen pietätvollen Umgang wünscht. Dies spricht dafür, dass die allgemeine Komponente des § 190 StGB ein bloßer Komplementäreffekt des individuellen Teils ist. Ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass der **individuelle Teil dominiert**, ergibt sich daraus, dass das Gesetz zumindest für eine Tathandlung (Entziehen) an die Verfügungsberechtigung über den Leichnam anknüpft. Und die Verfügungsberechtigung ist etwas Individuelles; sie steht in erster Linie dem Verstorbenen zu seinen Lebzeiten und danach idR den nächsten Angehörigen zu. Auch die nähere Betrachtung der Tathandlung Misshandeln lässt den Schluss zu, dass der individuelle

⁶⁵⁰ *Fuchs* AT I⁷ 16/25; *Hinterhofer* Einwilligung 35; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 37; *Lewisch* WK-StGB² Nachbem zu § 3 Rz 222.

⁶⁵¹ *Stellpflug* Schutz 124. Nach *Hinterhofer* Einwilligung 36 schützt § 190 StGB ausschließlich ein indisponibles Rechtsgut.

⁶⁵² Siehe dazu oben Seite 4.

⁶⁵³ *Fuchs* AT I⁷ 16/26; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ E 1 RN 81; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 38; *Pilnacek* WK-StGB² § 297 Rz 3; *Tipold* SbgK § 297 Rz 54; *Tipold* Straftäter 461. AA *Hinterhofer* Einwilligung 28, der generell für eine Aufspaltung bei zusammengesetzten Delikten eintritt.

⁶⁵⁴ *Burgstaller* Einwilligung 2; *Pilnacek* WK-StGB² § 297 Rz 3; *Tipold* Straftäter 461.

Grabschmuck nach § 190 Abs 2 StGB einwilligen. Die dafür notwendige Rechtsgrundlage findet sich in den Leichen- und Bestattungsgesetzen.⁶⁵⁸ Nach diesen Bestimmungen kommen das Recht zur Ausgestaltung und die Pflicht zur Instandhaltung der Grabstätte demjenigen zu, der das Grabstellenbenützungsinnehat. IdR ist ein naher Angehöriger des Verstorbenen grabstellenbenützungsberechtigt.⁶⁵⁹

Ist ein naher Angehöriger Verfügungsbefugter iSd § 190 StGB und erteilt er seine Zustimmung zum Entzug des Leichnams, so wirkt sich diese freilich auch strafbefreiend aus, doch handelt es sich dabei nicht um eine rechtfertigende Einwilligung, sondern um ein sog Einverständnis, das bereits zum Ausschluss des Tatbestandes führt.

Abgesehen von der Zustimmung zum Entzug der Leiche können die Angehörigen ohne gesetzliche Vorschrift nicht in eine Verletzung des § 190 StGB einwilligen.⁶⁶⁰ Denn sie sind nicht Träger des individuellen Rechtsgutsaspekts; ihr Pietätgefühl gegenüber dem Verstorbenen ist Teil der allgemeinen Komponente der Pietät. Bei ihrem Anliegen, dass der Verstorbene an seiner letzten Ruhestätte verbleiben, dass die Integrität seines Körpers gewahrt und dass sein Ansehen nicht geschädigt werden soll, handelt es sich um Wertvorstellungen der Allgemeinheit.⁶⁶¹ Genau diese Wertvorstellungen sind gemeint, wenn von der Achtung gegenüber den Toten und damit der allgemeinen Komponente der Pietät gesprochen wird. Eine Einwilligung der Angehörigen zB in die Verwendung des Leichnams für Sezierkurse oder bei Übungsoperationen ist – mit Ausnahme in Vorarlberg⁶⁶² – daher unbeachtlich.

⁶⁵⁸ § 35 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 27 Abs 2 nÖ BestattungsgG; § 29 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG. Gem § 26 Abs 2 ktn BestattungsgG, § 34 Abs 2 oÖ LeichenbestattungsgG, § 35 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG, § 38 Abs 2 vbg BestattungsgG, § 33 Abs 3 tir GemeindesaniättsdienstG und § 32 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG ist die Benützung der Grabstätte durch die Friedhofsordnung festzulegen.

⁶⁵⁹ Zu der Frage, wem die Grabstellenbenützungsberechtigung zukommen kann, siehe oben im Kapitel Schmuck Seite 27 ff.

⁶⁶⁰ AA *Bernat* Schlittenversuche 360 (ohne Begründung); *Kopetzki* Leichnam 870 und *Steiner* Rahmenbedingungen 178 sehen die Verfügungsbefugnis der Angehörigen im Hinblick auf die Tathandlung Entziehen auch bei der Tathandlung Misshandeln als gegeben an.

⁶⁶¹ *Bernat* Schlittenversuche 353.

⁶⁶² Siehe § 3 vbg BestattungsgG.

d. Reichweite der Einwilligungsbefugnis des Verstorbenen

Die vom Verstorbenen zu seinen Lebzeiten erteilte Einwilligung besitzt in Hinblick auf § 190 StGB strafbefreiende Wirkung, sofern sie sich nicht auf pietätlose Handlungen mit dem Leichnam bezieht. Die **Pietät** ist jedenfalls gewahrt, wenn es um Handlungen geht, die von den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder vorgesehen werden. Das Leichenrecht ist schließlich jene Gesetzesmaterie, die speziell den Umgang mit dem Leichnam regelt. Verfügt der Verstorbene zB, den Geiern zum Fraß vorgeworfen zu werden, so handelt es sich dabei um eine vom Leichenrecht nicht erfasste Bestattungsart. Eine solche Einwilligung wäre demnach unzulässig.⁶⁶³

Eine von den Leichen- und Bestattungsgesetzen gestattete Maßnahme ist zB die Verwendung des menschlichen Leichnams für Forschungs- oder Lehrzwecke. Das ergibt sich aus jenen leichenrechtlichen Bestimmungen, nach denen der Leichnam anatomischen Instituten für Forschungs- oder Lehrzwecke überlassen werden kann.⁶⁶⁴ Zu klären ist hierbei, welche Maßnahmen am Leichnam Forschungs- oder Lehrzwecken zugeordnet werden können. Unter Forschung ist nicht bloß die medizinische Forschung zu verstehen, sondern jegliche wissenschaftliche Forschung. Lautet eine Verfügung dahingehend, dass sich der Verstorbene „der Forschung vermacht“, so kann sein Leichnam für die Untersuchung neuer Krankheiten ebenso wie für die technische Forschung, zB als Crash Test Dummy bei Fahrzeugsicherheitstests⁶⁶⁵, verwendet werden. Lehrzwecke liegen typischerweise vor, wenn der Leichnam im Sezierkurs für die Ausbildung von Studenten oder Weiterbildung von Medizinern eingesetzt wird. Fraglich ist, ob in Handlungen eingewilligt werden kann, die dazu dienen, den Leichnam für eine öffentliche Leichenschau, wie zB „Körperwelten“⁶⁶⁶ oder „Bodies“⁶⁶⁷, zu präparieren. Steht bei derartigen Ausstellungen die Aufklärung über die Anatomie des menschlichen Körpers gegenüber medizinischen Laien im Mittelpunkt,⁶⁶⁸ so

⁶⁶³ Brandstetter Leichnam 874.

⁶⁶⁴ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 öö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 4 tir GemeindesanitätsdienstG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG.

⁶⁶⁵ Bernat Schlittenversuche 361.

⁶⁶⁶ Siehe <http://www.koerperwelten-deutschland.de/willkommen.html>

⁶⁶⁷ Siehe <http://www.bodiestheexhibition.com/bodies.html>

⁶⁶⁸ Tag Plastination 392. Für die Ausstellung „Körperwelten“ vgl <http://www.koerperwelten.de/fragen-und-antworten.html#c102>

ist iS einer gewissen Volksbildung immer noch von Lehrzwecken die Rede. Der Verstorbene kann daher zu Lebzeiten in jene Präparierungshandlungen einwilligen, die notwendig sind, um den Leichnam im Rahmen einer solchen Ausstellung zu präsentieren. Eine dahingehende Einwilligung muss aber auch entsprechend spezifiziert sein. Die Verwendung zu Lehrzwecken kann wohl nicht auf eine Verfügung gestützt werden, mit der sich der Verstorbene „der Forschung vermacht“, denn Forschung und Lehre verfolgen unterschiedliche Zwecke. Eine Verfügung, mit der sich der Verstorbene ganz allgemein „der Wissenschaft vermacht“, umfasst hingegen mE neben Handlungen, die der Forschung dienen, auch solche, die der Lehre zuzuordnen sind. Denn in der Lehre geht es zumindest auch um die Vermittlung von Wissenschaft.

Denkbar ist weiters, dass sich ein Verstorbener zu Lebzeiten der pharmazeutischen Industrie zur Heilmittelherstellung zur Verfügung stellt. Bei der Verwendung von Leichensubstanz zur Herstellung von Medikamenten⁶⁶⁹ wird aber nicht mehr geforscht; hier geht es um die industrielle Erzeugung pharmazeutischer Präparate. Derartige Zwecke fallen nicht unter die angesprochenen Rechtsgrundlagen der Leichengesetze, die sich auf Forschungs- und Lehrzwecke beschränken. Nun ist die Verwendung von Leichensubstanz zur Heilmittelherstellung von den Leichengesetzen nicht vorgesehen; das bedeutet aber noch nicht, dass sie gänzlich unzulässig ist. Dies wäre nur bei der Verletzung der Pietät der Fall. Für die Frage der Pietätswidrigkeit kommt es maßgeblich auf die ethische Beurteilung der geplanten Verwendungsform an: Die Zurverfügungstellung des eigenen Leichnams zur Herstellung von Präparaten, die die Gesundheit anderer fördern oder gar Leben retten, erscheint als ethisch wertvoll. Als Gegenbeispiel, in dem von Pietätswidrigkeit auszugehen ist, sei der Einsatz von Leichenmaterial zur Herstellung von Kosmetika anzuführen. Die Verwendung von Leichenteilen zur Erzeugung von bloßen Verbrauchsartikeln stellt keinen ethisch wertvollen Zweck dar; sie erscheint anstößig und verletzt das allgemeine Pietätsempfinden.⁶⁷⁰ In eine solche Verwendungsform kann der Verstorbene daher nicht einwilligen.

⁶⁶⁹ In dem der Entscheidung SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung) vom 25.11.1986 zugrunde liegenden Sachverhalt wurde die Substanz der Hypophysen von Leichen zur Herstellung von Medikamenten verwendet, die der Behandlung von Wachstumsstörungen dienen.

⁶⁷⁰ Ohne Begründung aA *Kopetzki* Leichnam 871.

9. Mutmaßliche Einwilligung

Ist eine tatsächliche Einwilligung nicht vorhanden, kann ein Verstoß gegen § 190 StGB über die Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt sein. Auch bei diesem Rechtfertigungsgrund ist die Disponibilität des Rechtsguts Voraussetzung.⁶⁷¹ Hierzu gilt das oben Erörterte.

Im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Beim **Handeln im Interesse des Verletzten** kommt es auf einen sog Entscheidungsnotstand an. Darunter versteht man eine Sachlage, in der eine dringende Gefahr für ein Rechtsgut des Verletzten und ein Zwang zu raschem Handeln bestehen. Weiters darf die Gefahr nur durch Eingriffe in ein anderes Rechtsgut des Gefährdeten abgewendet werden können, wobei eine Entscheidung des Berechtigten, welches Rechtsgut ihm wichtiger ist, nicht eingeholt werden kann.⁶⁷² Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn der Betroffene mit diesem einverstanden gewesen wäre, wenn also seinem hypothetischen Willen Rechnung getragen wurde.⁶⁷³

Situationen, in denen eine Notlage zulasten eines Rechtsguts des Verstorbenen besteht, die nur durch einen Eingriff in § 190 StGB beseitigt werden kann, sind nicht denkbar. Denn der Verstorbene kommt – bis auf den individuellen Aspekt der Pietät – nicht mehr als Träger eines Rechtsguts in Frage. Es können aber sehr wohl Fälle der mutmaßlichen Einwilligung konstruiert werden, in denen den Angehörigen aufgrund gesetzlicher Regelung die Einwilligungsbefugnis zu- steht und es daher in einer Notsituation auf ihren hypothetischen Willen ankommt. Zu denken ist an ein großes Feuer auf einem Friedhof, das auf ein besonders reichlich geschmücktes Grab überzugreifen droht. Entfernt der Friedhofswärter den Grabschmuck, um ihn vor den Flammen zu retten, so handelt er tatbestandsmäßig nach § 190 Abs 2 StGB und greift damit in das Recht des Grabstellenbenützungsberechtigten ein, der idR ein Angehöriger des Verstorbenen ist. Der Friedhofswärter ist aber gerechtfertigt, weil ex ante anzunehmen ist,

⁶⁷¹ *Stellpflug* Schutz 126 lehnt die mutmaßliche Einwilligung mangels Vorrangigkeit des Individualrechtsguts im Zusammenhang mit § 190 StGB gänzlich ab.

⁶⁷² *Fuchs* AT I⁷ 16/38; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ E 1 RN 87; *Lewis* WK-StGB² Nachbem zu § 3 Rz 240.

⁶⁷³ *Fuchs* AT I⁷ 16/39; *Kienapfel/Höpfel* AT¹³ E 1 RN 88; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 3 Rz 42; *Lewis* WK-StGB² Nachbem zu § 3 Rz 240.

dass der Angehörige mit der Entfernung des Schmucks einverstanden gewesen wäre, wenn man ihn rechtzeitig fragen hätte können.

Die zweite Fallgruppe im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung betrifft das **Handeln bei mutmaßlich fehlendem Interesse des Berechtigten**. Selbst wenn der Eingriff in ein Rechtsgut des Betroffenen nicht zu dessen Gunsten geschieht, ist der Eingriff dennoch gerechtfertigt, wenn sicher anzunehmen ist, dass der Betroffene – könnte er gefragt werden – eingewilligt hätte, die Einwilligung aber nicht erreichbar ist, es sich weiters um einen bloß geringfügigen Eingriff handelt, der Berechtigte zum Täter in einer näheren persönlichen Beziehung steht und in solchen Situationen bereits öfters zugestimmt hat.⁶⁷⁴ In Bezug auf Handlungen am Leichnam, in die nur der Verstorbene zu Lebzeiten einwilligen kann, scheidet diese Fallgruppe der mutmaßlichen Einwilligung aus. Die Voraussetzung, dass der Verstorbene in derartigen Situationen schon öfters zugestimmt haben muss, kann nicht erfüllt werden. An diesem Kriterium wird es auch mangeln, wenn es um Handlungen geht, in die von Seiten der Angehörigen eingewilligt werden kann, wie zB bei einer Obduktion nach § 25 Abs 2 KAKuG. Hierbei handelt es sich zudem um einen nicht bloß geringfügigen Eingriff.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ *Fuchs AT I*⁷ 16/42; *Lewis WK-StGB*² Nachbem zu § 3 Rz 243.

⁶⁷⁵ *Stellpflug Schutz* 126.

VII. Sonstiger strafrechtlicher Schutz und Konkurrenzen

A. §§ 125, 127 und 135 StGB

1. Sache

Die Tatbestände der Sachbeschädigung gem § 125 StGB, des Diebstahls gem § 127 StGB und der Dauernden Sachentziehung gem § 135 StGB verlangen allesamt das Vorliegen einer Sache. Fraglich ist, ob der menschliche Leichnam und dessen Teile als Sache iSd angeführten Paragraphen angesehen werden können. Die Rechtsnatur des menschlichen Leichnams war lange Zeit umstritten: Ältere Meinungen vertraten die Ansicht, der Leichnam sei ein „**Rückstand der Persönlichkeit**“ des Verstorbenen.⁶⁷⁶ Dieser Rückstand der Persönlichkeit sei im Wesentlichen ein über den Tod hinaus verlängertes Persönlichkeitsrecht.⁶⁷⁷ Man wagte es nicht, den menschlichen Leichnam dem rechtlichen Sachbegriff zuzuordnen. Dieser Schritt gelang erst den Juristen des 20. Jahrhunderts. Unter Berufung auf § 285 ABGB argumentierten sie mit der klassischen zivilrechtlichen Zweiteilung: „Alles, was von der Person unterschieden ist, [...] wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt“. Da das Personsein mit dem Tod endet, bliebe für den menschlichen Leichnam nur noch die Kategorie der Sachen übrig. Die **Sacheigenschaft der Leiche** ist heute in Österreich überwiegend anerkannt.⁶⁷⁸ Was auf den Leichnam in seiner Gesamtheit zutrifft, gilt auch für dessen Teile.

Mit der Einführung des § 285a ABGB im Jahre 1988 ist jene Ansicht, die dem Leichnam Sachqualität zuspricht, nicht mehr haltbar. Das ergibt sich aus einem Größenschluss aus § 285a ABGB, der (lebende) Tiere aus dem Sachbeg-

⁶⁷⁶ *Kopetzki* Organgewinnung 107; mwN *Edlbacher* Leichenteile 449 und *Rieder* lege lata et ferenda 116.

⁶⁷⁷ *Edlbacher* Leichenteile 450.

⁶⁷⁸ *Edlbacher* Leichenteile 450; *Etzl* Leichen 39; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 20; *Kopetzki* Organgewinnung 107 und 264; *Kopetzki* Leichnam 862; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 127 Rz 18; *Seiler* SbgK § 125 Rz 12; *Ofner* Körpersubstanzen 190; *Rieder* lege lata et ferenda 116; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 285 Rz 3; *Stellamor* Berufsordnung 82; *Stellpflug* Schutz 119. Gegen Sachqualität: *Gschnitzer/Faistenberger* Erbrecht 6.

riff ausnimmt: Wenn schon Tiere keine Sachen sind, so trifft dies auf die menschliche Hülle noch weniger zu. Diese ist aber – so wie das Tier aufgrund von § 285a ABGB – **einer Sache gleichzuhalten**.⁶⁷⁹

Letztlich handelt es sich hierbei nur um eine Konstruktionsfrage; denn ob der Leichnam eine Sache ist oder einer solchen bloß gleichzustellen ist, hat keine Konsequenz.⁶⁸⁰ In beiden Fällen sind Vorschriften, die Regelungen über Sachen beinhalten, auf den Leichnam grundsätzlich anwendbar.

2. Fremd

Zur Erfüllung der §§ 125, 127 und 135 StGB bedarf es nicht nur einer Sache; diese muss zudem die Eigenschaft der Fremdheit aufweisen. Das ist dann der Fall, wenn die Sache im Eigentum oder zumindest im Miteigentum einer vom Täter verschiedenen Person steht.⁶⁸¹ Im Zeitpunkt des Todes steht der Leichnam in niemandes Eigentum: Nachdem die Leiche nicht in den Nachlass fällt, haben die Erben kein Eigentum an ihr erworben.⁶⁸² Auch im Totensorgerecht findet sich kein Anhaltspunkt, dass aus dieser Rechtsquelle ein Eigentumsrecht der Erben, der nahen Angehörigen oder dritter Personen abgeleitet werden könnte.⁶⁸³ Der menschliche Leichnam und seine Teile sind also zunächst eine **herrenlose Sache**.⁶⁸⁴ Und als herrenlose Sache sind sie **nicht fremd** iSd §§ 125, 127 und 135 StGB.⁶⁸⁵ Sie können also weder beschädigt, gestohlen noch dauernd entzogen werden.

An herrenlosen Sachen kann aber grundsätzlich Eigentum durch Zueignung begründet werden.⁶⁸⁶ Derart pauschal trifft dies auf den Leichnam jedenfalls nicht zu. Es soll nicht jedermann, der einen verstorbenen Menschen vorfindet,

⁶⁷⁹ *Kopetzki* Leichnam 862; *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹³ 452; *Ofner* Körpersubstanzen 190; *Spielbühler* in *Rummel*³ § 285 Rz 3.

⁶⁸⁰ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹³ 452.

⁶⁸¹ *Fabrizy* StGB⁹ § 127 Rz 1; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 106 f; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 47; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 125 Rz 2c; *Lewisich* BT I² 159; *Seiler* SbgK § 125 Rz 14.

⁶⁸² *Edlbacher* Leichenteile 451; *Kindhäuser* NK³ § 242 Rz 26; *Schmitz* MK § 242 Rz 30.

⁶⁸³ *Edlbacher* Leichenteile 451.

⁶⁸⁴ *Edlbacher* Leichenteile 451; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Kopetzki* Organgewinnung 264; *Schmitz* MK § 242 Rz 30; *Stellpflug* Schutz 119.

⁶⁸⁵ *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Kopetzki* Organgewinnung 264; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 127 Rz 18; *Stellpflug* Schutz 119.

⁶⁸⁶ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 311.

durch Zueignung Eigentum begründen können. Aus diesem Grund wird der Leichnam als **ansprüchige, herrenlose Sache** angesehen.⁶⁸⁷ Das bedeutet, dass der Leichnam nicht von jedermann angeeignet werden kann, sondern dass die Zueignung bestimmten Personen vorbehalten ist. Die Anspruchsberechtigung ergibt sich normalerweise aus dem Gesetz. Die Okkupation jagd- und fischbarer Tiere ist aufgrund landesgesetzlicher Regelung zB dem Grundeigentümer als Jagd- und Fischereiberechtigten vorbehalten.⁶⁸⁸ In der Literatur wird vielfach angeführt, dass anatomische Institute, Museen, Schulen und Krankenanstalten zum Kreis derjenigen gehören, die durch Zueignung Eigentum am menschlichen Leichnam erwerben können.⁶⁸⁹ Aus dem Gesetz lässt sich diese Ansicht aber nicht ableiten. Ein Anhaltspunkt könnte sich allenfalls aus den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder ergeben. Dort heißt es, dass Leichen, für deren Bestattung von niemandem Sorge getragen wird, einem anatomischen Institut zugeführt werden dürfen.⁶⁹⁰ Diese Bestimmungen sagen damit jedoch nichts über die Frage des Eigentumserwerbs aus. Sie beziehen sich lediglich darauf, dass die anatomischen Institute auf diesem Wege Verfügungsbefugnis über den Leichnam erlangen. Und für die anderen genannten Institutionen wie Museen, Schulen oder Krankenanstalten lassen sich daraus überhaupt keine Rückschlüsse ziehen. Der Umstand, dass sich aus dem Gesetz kein Hinweis auf die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs an Leichen ableiten lässt, muss mE dahin gedeutet werden, dass es sich beim menschlichen Leichnam und seinen Teilen um eine **beschränkte res extra commercium** handelt, also um eine Sache, die beschränkt verkehrsfähig ist, und zwar in dem Sinne, dass an ihr kein Eigentum begründet werden kann.⁶⁹¹ Es bleibt daher dabei: An einem Leichnam können

⁶⁸⁷ *Edlbacher* Leichenteile 451; *Rieder* lege lata et ferenda 117.

⁶⁸⁸ Vgl zB § 3 Abs 2 ktn Fischereigesetz; *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 313; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 383 Rz 1 f.

⁶⁸⁹ *Edlbacher* Leichenteile 451; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 20; *Kopetzki* Organ-
gewinnung 264; *Seiler* SbgK § 125 Rz 12. Die mangelnde Problematisierung kritisierend *Stell-
pflug* Schutz 119.

⁶⁹⁰ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn Bestat-
tungsG; § 11 Abs 4 nö BestattungsG; § 15 Abs 2 öö LeichenbestattungsG; § 16 Abs 2 sbg Lei-
chen- und BestattungsG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsG; § 30 Abs 4 tir Gemeindegewinnungs-
dienstG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsG.

⁶⁹¹ *Bernat* Schlittenversuche 353. AA *Edlbacher* Leichenteile 451. In Deutschland soll ein anatomi-
sches Institut Eigentum an der Leiche erwerben, wenn der Verstorbene selbst oder die nächsten
Angehörigen die Überweisung der Leiche an jenes verfügt haben; *Schmitz* MK § 242 Rz 31.

die §§ 125, 127 und 135 StGB mangels Fremdheit nicht verwirklicht werden.⁶⁹² Diese Ansicht erscheint auch sachgerecht, zumal die meisten Wegnahme- und Beschädigungshandlungen am Leichnam ohnedies über § 190 Abs 1 StGB in den Varianten Entziehen und Misshandeln erfasst sind.

3. Wirtschaftlicher Wert

Folgt man hingegen der Meinung, dass ein Eigentumserwerb am Leichnam ausnahmsweise durch anatomische Institute, Museen, Schulen und Krankenanstalten möglich sein soll,⁶⁹³ so stellt sich für die Verwirklichung der §§ 125, 127 und 135 StGB immer noch das Problem des wirtschaftlichen Werts.

a. § 127 StGB

Für § 127 StGB ist ein **Tauschwert** der Sache erforderlich. Das bedeutet, dass der Wert der Sache durch ihre Übergabe auf eine andere Person übertragen werden muss; der Täter muss sich direkt durch die Zueignung der Sache bereichern können.⁶⁹⁴

Ob der Leichnam und seine Teile Tauschwert besitzen, hängt von der jeweiligen Sachverhaltskonstellation ab. Wird beispielsweise ein Leichnam aus einer Krankenanstalt „entführt“, um für dessen Rückstellung Geld zu verlangen, so kann sich der Täter alleine durch die Wegnahme des Leichnams noch nicht bereichern. Dafür bedarf es erst der Bezahlung der Forderungen. Insofern weist der Leichnam keinen Tauschwert auf. Auch für den Fall, dass ein Museumsdirektor eine Mumie aus einem anderen Museum entfernt, um sie in seinen Räumen auszustellen, mangelt es am Tauschwert, da die Bereicherung erst durch die Ausstellung des Exponats und nicht schon durch die Wegnahme der Mumie eintritt.

Fraglich ist hingegen, ob Diebstahl gem § 127 StGB erfüllt ist, wenn ein transplantierbares Leichenorgan aus einer Krankenanstalt weggenommen und

⁶⁹² *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 127 Rz 18; *Stellpflug* Schutz 119. AA *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 20; *Seiler* SbgK § 125 Rz 12.

⁶⁹³ *Edlbacher* Leichenteile 451; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 20; *Kopetzki* Organ-
gewinnung 264; *Seiler* SbgK § 125 Rz 12.

⁶⁹⁴ *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 114; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 19; *Lewis* BT I² 157.

am Schwarzmarkt verkauft wird. Nach der Lehre haben jene Sachen keinen Tauschwert, für die ausschließlich illegale Verwendungsmöglichkeiten bestehen.⁶⁹⁵ Das ist zB bei Falschgeld oder Kinderpornographie der Fall.⁶⁹⁶ Für transplantierbare Organe kommt aber sehr wohl auch eine legale Verwertung in Betracht, wie etwa die Sammlung und Verteilung von Transplantaten durch internationale Institutionen wie Eurotransplant⁶⁹⁷. Damit ist Tauschwert gegeben,⁶⁹⁸ sodass es sich im angeführten Beispiel um Diebstahl gem § 127 StGB handelt. Zugleich wird aber auch § 190 Abs 1 StGB in der Variante Entziehen verwirklicht. Was die Konkurrenzfrage anbelangt, so ist davon auszugehen, dass die vermögensrechtlichen Aspekte jene der Pietät überlagern, so dass der Täter nach § 127 StGB zu bestrafen ist. Die Verwirklichung des § 190 StGB geht schließlich mit einem wesentlich geringeren Unwertgehalt einher als jene des § 127 StGB.⁶⁹⁹

Auch durch das Herausbrechen eines im Gebiss einer „Anatomieleiche“ verankerten Goldzahns kann Diebstahl begangen werden – Gold weist den erforderlichen Tauschwert auf –, allerdings handelt es sich dabei nicht um einen Diebstahl *an einem Leichenteil*. Denn der Goldzahn ist nur für die Dauer seiner festen Verbindung mit dem Leichnam als Leichenteil zu qualifizieren. Durch die Trennung vom Leichnam wird er zu einer herkömmlichen Sache mit Tauschwert, an der Diebstahl gem § 127 StGB begangen werden kann.

b. § 125 StGB

Bei § 125 StGB ist aufgrund seiner Einordnung als bloßes Vermögensschädigungsdelikt bereits ein **Gebrauchswert** der Sache, durch dessen Beeinträchtigung das Opfer einen Vermögensschaden erleidet, ausreichend.⁷⁰⁰

Vorstellbar ist der Fall, dass ein Museumsbesucher einem ausgestellten Skelett vorsätzlich einen Arm abbricht. Das Skelett hat für das Museum

⁶⁹⁵ Kienapfel/Schmoller StudB BT II § 127 Rz 25. AA in Bezug auf Heroin, bei dem im Rahmen des legalen Markts praktisch keine Nachfrage besteht: EvBl 1984/79; SSt 58/66.

⁶⁹⁶ Kienapfel/Schmoller StudB BT II § 127 Rz 25.

⁶⁹⁷ <http://www.eurotransplant.nl/>

⁶⁹⁸ Kienapfel/Schmoller StudB BT II § 127 Rz 25.

⁶⁹⁹ Nach Foregger WK-StGB² § 190 Rz 1 ist beim Zusammentreffen mit Vermögensdelikten immer von echter Konkurrenz auszugehen.

⁷⁰⁰ Fabrizy StGB⁹ § 125 Rz 1; Fuchs/Reindl-Krauskopf BT I³ 106; Kienapfel/Schmoller StudB BT II § 125 Rz 22; Leukauf/Steininger StGB³ § 125 Rz 3; Lewisch BT I² 194; Seiler SbgK § 125 Rz 10.

Gebrauchswert, weil es durch diese Handlung in seinem Vermögen geschädigt wird. Somit ist § 125 StGB erfüllt. Daneben kommt es auch zur Verwirklichung des § 190 Abs 1 StGB in der Variante Misshandeln, der aufgrund seines geringeren Unwertgehalts hinter das Vermögensdelikt zurücktritt.

c. § 135 StGB

Bei § 135 StGB ist es strittig, welche Art von wirtschaftlichem Wert vorliegen muss: Während die Rsp wie bei § 127 StGB Tauschwert verlangt,⁷⁰¹ argumentiert der überwiegende Teil der Lehre mit der Konzeption des § 135 StGB als bloßes Vermögensschädigungsdelikt und sieht in Analogie zu § 125 StGB **Gebrauchswert** als ausreichend an.⁷⁰²

Gebrauchswert liegt vor, wenn jemand den Leichnam eines geliebten Angehörigen aus einem anatomischen Institut „entführt“, um ihn in einem abgelegenen Waldstück zu bestatten. Durch die „Entführung“ der Leiche kommt es zu einer Vermögensschädigung des anatomischen Instituts. Der Täter verwirklicht am Leichnam eine Dauernde Sachentziehung gem § 135 StGB.⁷⁰³ In Bezug auf ein Konkurrenzverhältnis zu § 190 Abs 1 StGB gilt wiederum, dass das Vermögensdelikt dem § 190 Abs 1 StGB vorgeht.

B. Konkurrenzen

Die §§ 190 Abs 1 und **191 StGB** können zusammentreffen, wenn durch die Verunehrung einer Beisetzungsstätte zugleich eine Bestattungsfeier gestört wird. Nachdem beide Tatbestände mit der Pietät – wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen – das gleiche Rechtsgut schützen, liegt Scheinkonkurrenz vor, wobei § 191 StGB aufgrund der geringeren Strafdrohung zurücktritt.

Im Verhältnis zu den Religionsdelikten nach den **§§ 188 und 189 StGB** besteht echte Konkurrenz. Denkbar ist, dass bei der Verunehrung einer der nach

⁷⁰¹ EvBl 1986/17; EvBl 1981/107.

⁷⁰² *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 137; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 135 Rz 15; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 135 Rz 2; *Lewisch* BT I² 200.

⁷⁰³ Nach *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 135 Rz 44 schadet es für § 135 StGB nicht, wenn der Täter die entzogene Sache in seinem Gewahrsam behält (Grab), solange er dabei ohne Bereicherungsvorsatz handelt.

§ 190 Abs 1 StGB geschützten Stätten auch Unfug iSd § 189 Abs 2 StGB verwirklicht wird. Obwohl beide Tatbestände dem gleichen Abschnitt zugeordnet sind, schützen sie nicht das gleiche, sondern bloß verwandte Rechtsgüter. Dies zeigt auch die Überschrift, die auf „Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden und die Ruhe der Toten“ lautet. Der Schutz der Totenruhe ist heutzutage nicht mehr auf religiöse Gefühle zurückzuführen, sondern stellt einen eigenen Wert dar.⁷⁰⁴

Stellt die Beschädigung einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte zugleich auch deren Verunehrung dar, so sind § 190 Abs 1 StGB und **§ 125 StGB** in echter Konkurrenz verwirklicht. Der Grund dafür liegt in der Verschiedenartigkeit der betroffenen Rechtsgüter. Handelt es sich aber um eine auf einem Friedhof befindliche Beisetzungs- oder Totengedenkstätte, so ist die schwere Sachbeschädigung gem **§ 126 Abs 1 Z 2 StGB** erfüllt; § 190 Abs 1 StGB tritt hinter diese zurück,⁷⁰⁵ da die Pietät durch die speziellen Angriffsgegenstände des § 126 Abs 1 Z 2 StGB ausreichend berücksichtigt ist. Die Beisetzungs- und Totengedenkstätte genießen nur aus diesem Grund den qualifizierten Schutz des § 126 Abs 1 Z 2 StGB.⁷⁰⁶

Die Zerstückelung einer Leiche im Anschluss an ein vorangegangenes **Tötungsdelikt** – etwa um die Tat besser vertuschen zu können –, stellt nach einhelliger Ansicht keine straflose Nachtat dar.⁷⁰⁷ Denn die Tötung alleine erfasst den deliktischen Gesamtunwert des Verhaltens nicht. Außerdem sind die Handlungen gegen unterschiedliche Rechtsgüter gerichtet, nämlich einerseits gegen das Leben und andererseits gegen die Totenruhe.⁷⁰⁸ Der Täter ist daher sowohl nach dem (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Tötungsdelikt als auch wegen § 190 Abs 1 StGB zu bestrafen.

Im Rahmen der Tathandlung nach **§ 190 Abs 2 StGB** kann es zur Verwirklichung von **Vermögensdelikten** kommen, so zB zur dauernden Sachentziehung

⁷⁰⁴ *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 8; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 1 (2. Lfg).

⁷⁰⁵ *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 4; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 15. Für echte Konkurrenz EBRV 30 BlgNR 18. GP, 330; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 1; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 17.

⁷⁰⁶ *Lewis* BT I² 197.

⁷⁰⁷ SSt 19/190; *Burgstaller* Scheinkonkurrenz 462; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 20; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 15; *Triffterer* SbgK § 190 Rz 35 (2. Lfg).

⁷⁰⁸ Zu den Voraussetzungen einer straflosen Nachtat siehe *Burgstaller* Scheinkonkurrenz 461 ff; *Maleczky* AT II¹¹ 110.

gem § 135 StGB. Diesfalls liegt aufgrund der Verschiedenartigkeit der Rechtsgüter echte Konkurrenz vor.⁷⁰⁹ Nimmt der Täter mit Zueignungs- und Bereicherungsvorsatz Schmuckgegenstände vom Grab, so hat er sich nach § 190 Abs 2 StGB und § 127 StGB zu verantworten.⁷¹⁰ Er verwirklicht zudem die Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB, wenn er in eine Gruft einbricht, denn diese ist als Gebäude iSd § 129 Z 1 StGB anzusehen.⁷¹¹ Wird Schmuck nicht entfernt, sondern lediglich beschädigt, so ist zwar nicht § 190 Abs 2 StGB, aber möglicherweise § 190 Abs 1 StGB in der Variante Verunehren einer Beisetzungsstätte erfüllt, der zu § 125 StGB in echter Konkurrenz steht.⁷¹²

Eine Verwaltungsübertretung gem **§ 62c KAKuG**, die in einem Zuwiderhandeln gegen § 62a KAKuG besteht, ist gegenüber § 190 StGB ausdrücklich subsidiär.⁷¹³

⁷⁰⁹ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 4; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 1; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 15; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 23. Für Konsumtion durch § 190 Abs 2 StGB bei Schmuck von geringem Wert, da dieser Tatbestand sonst überflüssig wäre *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 6.

⁷¹⁰ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 4; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 1; *Hinterhofer* BT II⁴ § 190 Rz 16; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 15; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 23. Für Konsumtion durch § 190 Abs 2 StGB bei Schmuck von geringem Wert, da dieser Tatbestand sonst überflüssig wäre, *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 6.

⁷¹¹ *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 6; vgl. *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 129 Rz 21, für die auch ein Erdbunker vom Begriff des Gebäudes erfasst ist.

⁷¹² *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 23.

⁷¹³ *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 15.

VIII. Bestattungswesen

A. Allgemeines

Der Umgang mit dem Leichnam ist stark von verwaltungsrechtlichen Vorschriften geprägt. So besitzt **jedes Bundesland ein eigenes Leichen- und Bestattungsgesetz**, welches die Behandlung des Leichnams vom Eintritt des Todes bis zur Bestattung regelt.⁷¹⁴ Im Kernbereich geht es dabei um Bestimmungen über die Totenbeschau, die von den Angehörigen zu treffenden Verfügungen sowie über Konservierung, Aufbahrung, Bestattung und Beförderung von Leichen. Darüber hinaus finden sich auch Vorschriften über die Obduktion und chirurgische Eingriffe am Leichnam.

Während die Leichengesetze der meisten Bundesländer im Wesentlichen ähnlich strukturiert sind, weicht jenes von Tirol in seinem Aufbau erheblich ab. Dieses besteht aus zwei Hauptstücken, wobei sich das erste Hauptstück dem Gemeindesanitätsdienst widmet und erst das zweite Hauptstück das Leichen- und Bestattungswesen regelt. Viele Regelungsinhalte, die zum Kernbereich der meisten Leichengesetze gehören, fehlen hier, so etwa eine Bestimmung darüber, wer als naher Angehöriger des Verstorbenen gilt.

B. Der leichen- und bestattungsrechtliche Todesbegriff

Aus den Leichen- und Bestattungsgesetzen der Länder geht nicht explizit hervor, ob diese für das Vorliegen einer Leiche genauso wie das Strafrecht und § 62a KAKuG auf den Hirntod abstellen oder ob ihnen als Todesbegriff der Herz-Kreislauftod zugrunde liegt. Aufgrund systematischer Auslegung ist anzunehmen, dass die leichenrechtlichen Bestimmungen an den **Herz-Kreislauftod** anknüpfen. Dies ergibt sich aus den sog Veränderungsverboten, die jedes Bundesland

⁷¹⁴ Bgl Leichen- und BestattungswesenG LGBl 16/1970 idF LGBl 45/2009; ktn Bestattungsg LGBl 61/1971 idF LGBl 50/2008; nö Bestattungsg LGBl 126/2006; öö Leichenbestattungsg LGBl 40/1985 idF 63/2002; sbg Leichen- und Bestattungsg LGBl 84/1986 idF LGBl 78/2009; stmK Leichenbestattungsg LGBl 45/1992 idF LGBl 56/2006; tir GemeindesanitätsdienstG LGBl 33/1952 idF LGBl 27/2008; vbg Bestattungsg LGBl 58/1969 idF LGBl 43/2009; wr Leichen- und Bestattungsg LGBl 38/2004 idF LGBl 34/2007.

in seinem Leichen- und Bestattungsgesetz vorsieht.⁷¹⁵ Damit sind Veränderungen an der Leiche und an deren Lage bis zur Durchführung der Totenbeschau verboten. Ausnahmen bestehen insb für den Fall, dass Wiederbelebungsversuche notwendig sind. Einen hirntoten Menschen kann man aber nicht wiederbeleben; eine Wiederbelebung ist lediglich bei einem Menschen möglich, bei dem erst der Herz-Kreislauftod eingetreten ist. Will man dieser Ausnahme vom Veränderungsverbot nicht jeglichen Sinngehalt absprechen, so muss man vom Herz-Kreislauftod ausgehen.

Die Annahme, dem Leichenrecht der Länder läge – in Abkehr zu dem eben Gesagten – der Hirntod als Todesbegriff zugrunde, wäre auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer Organtransplantation problematisch. Denn nach dem leichenrechtlichen Veränderungsverbot darf eine Organexplantation erst nach der Totenbeschau durchgeführt werden. Dies könnte zu einem Zeitverlust führen, der die Chance auf die Gewinnung eines verwertbaren Organs aus medizinischer Sicht erheblich verringert.⁷¹⁶ Wenn man für das Leichenrecht aber den Herz-Kreislauftod als maßgeblich ansieht, so stellt sich dieses Problem nicht. Denn dann handelt es sich bei einem hirntoten Spender, dessen Körperfunktionen künstlich aufrechterhalten werden, noch nicht um eine Leiche iSd Leichen- und Bestattungsgesetze. Mangels Vorliegens einer Leiche kommt es daher nicht zur Anordnung der Totenbeschau samt Veränderungsverbot.⁷¹⁷

C. Totenbeschau

Die Totenbeschau erschöpfte sich seit jeher in der **äußeren Leichenbeschau** ohne Leichenöffnung.⁷¹⁸ Aus historischer Sicht ging es va um die Verhinderung

⁷¹⁵ § 5 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 3 ktn BestattungsG; § 3 Abs 1 nö BestattungsG; § 5 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 5 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsG; § 6 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 30 Abs 2 tir GemeindegewinnungsG; § 6 Abs 3 vbg BestattungsG; § 5 Abs 4 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷¹⁶ Im Burgenland und in Salzburg ist zudem vorgesehen, dass bis zur Vornahme der Totenbeschau eine Frist von einigen Stunden ab dem vermutlichen Todeseintritt eingehalten werden muss (§ 6 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG: sechs Stunden; § 6 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsG: drei Stunden).

⁷¹⁷ Kopetzki Organgewinnung 119.

⁷¹⁸ Kopetzki Organgewinnung 79.

der Bestattung Scheintoter sowie um die Feststellung der Todesursache, um infektiöse oder unnatürliche Einflüsse ausschließen zu können.⁷¹⁹

Dieser Regelungszweck liegt den heute geltenden Leichen- und Bestattungsgesetzen im Wesentlichen immer noch zugrunde: Die Totenbeschau⁷²⁰ dient zur Feststellung des eingetretenen Todes und dessen Zeitpunktes. Des Weiteren bezweckt sie die Ermittlung der Todesursache sowie die Klärung, welche Krankheiten zum Todeszeitpunkt allenfalls bestanden haben, um weitere Maßnahmen wie zB eine Obduktion einzuleiten.

Jeder Todesfall ist unverzüglich dem Totenbeschauer anzuzeigen. Bis auf Niederösterreich, wo stets derjenige zur Todesfallanzeige verpflichtet ist, der den Todesfall als erster wahrgenommen oder die Leiche aufgefunden hat,⁷²¹ enthalten die Leichengesetze mitunter recht detaillierte Regelungen über die Anzeigepflicht. So trifft die Anzeigepflicht folgende Personen in der genannten Reihenfolge: Für den Fall, dass der Tod in einer Wohnung eingetreten ist, haben im gemeinsamen Haushalt lebende Familienangehörige, andere Wohnungsgenossen, Pflegepersonen oder der Wohnungsinhaber die Anzeige vorzunehmen, für den Fall, dass die Person in einer Anstalt verstorben ist, muss der jeweilige Anstaltsleiter (zB der Krankenanstalt oder Strafanstalt) den Todesfall anzeigen, und in allen übrigen Fällen trifft die Anzeigepflicht denjenigen, der den Todesfall als erster wahrgenommen oder die Leiche aufgefunden hat.⁷²² In der Praxis wird wohl jeder, der von einem Todesfall Kenntnis erlangt, diesen zur Anzeige bringen, unabhängig davon, ob er dazu verpflichtet ist. Rein theoretisch könnte sich aber aufgrund dieser detailreichen Bestimmungen eine Verzögerung ergeben, wenn der Verstorbene in seiner Wohnung zB von einem Nachbarn aufgefunden wird und dieser keine Todesfallanzeige erstattet, weil er dazu nicht verpflichtet ist. Diesbezüglich ist die Niederösterreichische Bestimmung, die stets jene Person zur Anzeige verpflichtet, die den Todesfall wahrgenommen oder den Leichnam gefunden hat, am zweckmäßigsten ausgestaltet. In allen Bundesländern stellt

⁷¹⁹ *Kopetzki* Organgewinnung 79.

⁷²⁰ § 1 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 7 Abs 1 ktn BestattungsG; § 4 Abs 2 nö BestattungsG; § 1 Abs 2 oö LeichenbestattungsG; § 1 Abs 3 sbg Leichen- und BestattungsG; § 2 stmk LeichenbestattungsG; § 28 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 7 Abs 2 vbg BestattungsG; § 1 Abs 6 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷²¹ § 2 Abs 2 nö BestattungsG.

⁷²² § 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 2 ktn BestattungsG; § 3 oö LeichenbestattungsG; § 3 sbg Leichen- und BestattungsG; § 4 stmk LeichenbestattungsG; § 30 tir GemeindesanitätsdienstG; § 5 vbg BestattungsG; § 2 wr Leichen- und BestattungsG.

das Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift der Todesfallanzeige eine Verwaltungsübertretung dar, die die Bestrafung mit einer Geldstrafe nach sich zieht.⁷²³

Der Totenbeschau ist jede Leiche zu unterziehen. ISd Leichen- und Bestattungsgesetze gelten als Leiche auch Tot- und Fehlgeburten.⁷²⁴ Allein in Kärnten und Vorarlberg sind gem § 6 Abs 1 ktn BestattungsG und § 6 Abs 1 vbg BestattungsG nur Totgeburten und nicht auch Fehlgeburten von der Totenbeschau erfasst.⁷²⁵ In der Steiermark und Vorarlberg muss die Totenbeschau auch an Leichenteilen, Skeletten und Skeletteilen sowie an Ascheresten vorgenommen werden.⁷²⁶

Die Totenbeschau hat ehestmöglich, jedenfalls aber binnen 24 Stunden nach Erhalt der Todesfallsanzeige zu erfolgen.⁷²⁷ Im Burgenland darf die Totenbeschau nicht vor Ablauf von sechs Stunden nach dem vermutlichen Todeseintritt und in Salzburg nicht vor Ablauf von drei Stunden nach dem vermutlichen Todeseintritt vorgenommen werden.⁷²⁸ Fraglich ist, weshalb diese Mindestfristen vorgesehen sind. Der Grund könnte allenfalls darin liegen, dass Maßnahmen der Totenbeschau, wie zB die Untersuchung am entkleideten Körper, an bloß vermeintlich Toten vermieden werden sollen. In der Steiermark und in Vorarlberg ist keine zeitliche Höchstgrenze für die Vornahme der Totenbeschau vorgesehen (sie hat ehestmöglich zu erfolgen)⁷²⁹, und die Landesgesetze von Tirol und Wien enthalten überhaupt keine Regelung über den Zeitraum, in dem die Totenbeschau durchzuführen ist. Da Leichen aber nicht bestattet werden dürfen, bevor die Beschau stattgefunden hat⁷³⁰ und die Beerdigung in der Steiermark und Wien spätestens 5 Tage,⁷³¹ in Tirol idR 48 Stunden⁷³² und in Vorarlberg idR 72 Stun-

⁷²³ § 48 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 29 Abs 1 lit a ktn BestattungsG; § 40 Z 1 nÖ BestattungsG; § 39 Abs 1 oÖ LeichenbestattungsG; § 46 sbg Leichen- und BestattungsG; § 41 Abs 1 Z 1 stmk LeichenbestattungsG; § 50 tir GemeindesanitätsdienstG; § 65 Abs 1 lit a vbg BestattungsG; § 36 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷²⁴ § 1 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 4 Abs 1 nÖ BestattungsG; § 1 Abs 1 oÖ LeichenbestattungsG; § 1 Abs 4 sbg Leichen- und BestattungsG; § 1 iVm § 2 stmk LeichenbestattungsG; § 28 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG; § 1 Abs 2 Z 2 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷²⁵ Fehlgeburten (weniger als 500 Gramm) unterscheiden sich gem § 8 Abs 1 Z 2 und 3 HebG von Totgeburten (mehr als 500 Gramm) lediglich durch das Gewicht.

⁷²⁶ § 1 iVm § 2 stmk LeichenbestattungsG und § 1 Abs 3 iVm § 6 Abs 1 vbg BestattungsG.

⁷²⁷ § 6 Abs 1 ktn BestattungsG; § 6 Abs 1 nÖ BestattungsG; § 6 Abs 1 oÖ LeichenbestattungsG.

⁷²⁸ § 6 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 6 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsG.

⁷²⁹ § 7 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 7 Abs 1 vbg BestattungsG.

⁷³⁰ § 2 stmk LeichenbestattungsG; § 30 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 6 Abs 1 vbg BestattungsG; § 1 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷³¹ § 22a stmk LeichenbestattungsG; § 19 Abs 5 wr Leichen- und BestattungsG.

den⁷³³ nach dem Tode zu erfolgen hat, sind diese Höchstfristen letztlich auch für die Totenbeschau maßgeblich.

Nach allen Leichen- und Bestattungsgesetzen ist die Veränderung des Leichnams und dessen Lage bis zur Durchführung der Totenbeschau verboten.⁷³⁴ In bestimmten Fällen, wie bei der Notwendigkeit von Wiederbelebungsversuchen oder sonst zur Wahrung schutzwürdiger Interessen wie Sicherheit, Verkehr oder Gesundheit, kann davon abgesehen werden.

Als Totenbeschauer können im Wesentlichen Ärzte, die von der Gemeinde als medizinische Sachverständige des Leichen- und Bestattungswesens beauftragt sind, herangezogen werden.⁷³⁵ In öffentlichen Krankenanstalten gelten der Prosektor und seine Stellvertreter als Totenbeschauärzte.

Besteht der Verdacht, dass der Tod durch fremdes Verschulden herbeigeführt wurde, so hat der Totenbeschauer Anzeige zu erstatten. Eine Anzeigepflicht⁷³⁶ trifft ihn auch dann, wenn Umstände vorliegen, die eine sanitätsbehördliche Obduktion erforderlich erscheinen lassen.

Aufgrund der durchgeführten Totenbeschau stellt der Totenbeschauer den Totenbeschaubefund (= Totenbeschauschein, Totenbescheinigung) aus, in dem er das Ergebnis seiner Ermittlungen festhält.⁷³⁷

⁷³² § 32 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG.

⁷³³ § 22 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁷³⁴ § 5 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 3 ktn BestattungsgG; § 3 Abs 1 nö BestattungsgG; § 5 Abs 1 öö LeichenbestattungsgG; § 5 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 6 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG; § 6 Abs 3 vbg BestattungsgG; § 5 Abs 4 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷³⁵ Siehe im Detail § 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG, § 6 ktn BestattungsgG, § 4 nö BestattungsgG, § 2 öö LeichenbestattungsgG, § 2 sbg Leichen- und BestattungsgG, § 3 stmk LeichenbestattungsgG, § 29 tir GemeindesanitätsdienstG, § 6 vbg BestattungsgG, § 4 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷³⁶ § 7 bgl Leichen- und BestattungswesenG, § 7 ktn BestattungsgG, § 6 nö BestattungsgG, § 7 öö LeichenbestattungsgG, § 7 sbg Leichen- und BestattungsgG, § 8 stmk LeichenbestattungsgG, § 31 tir GemeindesanitätsdienstG, § 9 vbg BestattungsgG, § 6 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷³⁷ § 8 bgl Leichen- und BestattungswesenG, § 8 ktn BestattungsgG, § 7 nö BestattungsgG, § 8 öö LeichenbestattungsgG, § 9 sbg Leichen- und BestattungsgG, § 9 stmk LeichenbestattungsgG, § 31 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG, § 10 Abs 1 vbg BestattungsgG, § 7 wr Leichen- und BestattungsgG.

D. Obduktion

Der Begriff Obduktion (Leichenöffnung, Sektion) bezeichnet die **Besichtigung des inneren Zustands der Leiche**.⁷³⁸ Obduktionen dürfen erst nach erfolgter Totenbeschau durchgeführt werden. Insofern stellt die Totenbeschau eine Voraussetzung der Obduktion dar; erst durch die Totenbeschau stellt sich heraus, ob eine Obduktion erforderlich ist.

Alle neun Leichen- und Bestattungsgesetze enthalten Rechtsgrundlagen für die Obduktion von Leichen.⁷³⁹ Die gerichtliche Obduktion nach der StPO, die sanitätspolizeiliche Obduktion nach dem EpidemieG und die klinische Obduktion nach dem KAKuG bleiben durch diese Rechtsgrundlagen unberührt.

Nach den Bestimmungen des Leichenrechts hat die Bezirksverwaltungsbehörde die Obduktion einer Leiche anzuordnen, wenn dies zur einwandfreien Feststellung der Todesursache notwendig⁷⁴⁰ oder aus Gründen der öffentlichen Gesundheitsfürsorge erforderlich⁷⁴¹ ist.

Des Weiteren sehen die Leichen- und Bestattungsgesetze auch sog **Privatobduktionen** vor. Liegen die Voraussetzungen für eine durch die Bezirksverwaltungsbehörde anzuordnende Obduktion nicht vor, ist dennoch zu obduzieren, wenn entweder eine diesbezügliche Erklärung des Verstorbenen vorliegt oder die nahen Angehörigen danach verlangen.⁷⁴² Die Anforderungen an diese Willenserklärungen sind je nach Bundesland unterschiedlich. In Kärnten, Niederösterreich und der Steiermark muss die Zustimmung des Verstorbenen bzw jene der nahen Angehörigen schriftlich vorliegen.⁷⁴³ In Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg wird Schriftlichkeit nur in Bezug auf die Einwilligung der nahen Angehörigen ver-

⁷³⁸ SSt 44/1 = EvBl 1973/153; Löwe/Rosenberg StPO²⁵ § 87 Rz 16; Tipold WK-StPO § 128 Rz 13.

⁷³⁹ §§ 12 bis 14 bgl Leichen- und BestattungswesenG; §§ 10 bis 12 ktn BestattungsgG; §§ 9 und 10 nÖ BestattungsgG; §§ 10 bis 12 oÖ LeichenbestattungsgG; §§ 8 und 13 sbg Leichen- und BestattungsgG; §§ 12 bis 14 stmk LeichenbestattungsgG; § 31 tir GemeindesanitätsdienstG; §§ 12, 13 und 15 vbg BestattungsgG; §§ 11 bis 13 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁴⁰ § 12 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 8 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 12 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁷⁴¹ § 10 ktn BestattungsgG; § 9 Abs 2 nÖ BestattungsgG; § 10 Abs 1 oÖ LeichenbestattungsgG; § 12 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG; § 31 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 12 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁴² § 12 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 10 Abs 3 ktn BestattungsgG; § 9 Abs 1 Z 2 und 3 nÖ BestattungsgG; § 10 Abs 4 oÖ LeichenbestattungsgG; § 13 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 12 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 31 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG; § 12 Abs 2 vbg BestattungsgG; § 13 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁴³ § 10 Abs 3 ktn BestattungsgG; § 9 Abs 1 Z 1 und 2 nÖ BestattungsgG; § 12 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG.

langt.⁷⁴⁴ Formlose Einverständniserklärungen genügen im Burgenland, in Salzburg und Wien.⁷⁴⁵

Für die Frage, wer zum Kreis der nahen Angehörigen zählt und welche Reihenfolge ausschlaggebend ist, wird auf die eingehende Darstellung auf den Seiten 114 ff verwiesen.

Die Zustimmung der nahen Angehörigen zur Privatobduktion ist nach den Leichengesetzen nur relevant, wenn nicht bereits eine Zustimmung des Verstorbenen vorliegt. Fraglich ist, wie vorzugehen ist, wenn der Verstorbene zu Lebzeiten eine die Obduktion ablehnende Erklärung abgegeben hat, die nahen Angehörigen nun aber eine Obduktion wünschen. Formal gesehen liegt in diesem Fall eben keine Einwilligung des Verstorbenen vor, weshalb nun die nahen Angehörigen zum Zug kommen und ihrer Zustimmung Beachtung geschenkt werden müsste. Dennoch ist dem (ablehnenden) Willen des Verstorbenen der Vorrang einzuräumen. Das ergibt sich aus den leichenrechtlichen Vorschriften über die Bestimmung der Bestattungsart, die sich ganz nach dem Willen des Verstorbenen richtet.⁷⁴⁶ Nur für den Fall, dass eine ausdrückliche Willenserklärung nicht vorliegt und sein Wille auch sonst nicht eindeutig erkennbar ist, steht den nahen Angehörigen das Recht zu, die Bestattungsart festzulegen. Aus Gründen des pietätvollen Umgangs wird man eine ablehnende Erklärung des Verstorbenen auch in der Frage, ob sein Leichnam einer Privatobduktion zugeführt werden darf, zu berücksichtigen haben.

Dass die mitunter auch gewichtigen Interessen der nahen Angehörigen an einer Obduktion hier zurücktreten müssen, ergibt sich auch aus einem Vergleich mit der Transplantationsregelung des § 62a KAKuG. In Anlehnung an die unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Werthaltungen gibt es kaum ein Interesse, das höher zu bewerten ist als jenes, welches mit einer Transplantation verfolgt wird, nämlich das Interesse der Lebensrettung bzw Gesundheitswiederherstellung. Selbst dieses Interesse hat gem § 62a KAKuG gegenüber dem Widerspruch des Verstorbenen Nachrang, weshalb auch die Obduktionsinteressen der

⁷⁴⁴ § 10 Abs 4 öö LeichenbestattungsgG; § 31 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG; § 12 Abs 2 vbg BestattungsgG.

⁷⁴⁵ § 12 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 13 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 13 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁴⁶ § 20 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 12 Abs 2 nö BestattungsgG; § 17 Abs 2 öö LeichenbestattungsgG; § 15 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 3 Abs 2 vbg BestattungsgG; § 28 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG.

nahen Angehörigen gegenüber einer ablehnenden Erklärung des Verstorbenen unbeachtlich sind.

Obduktionen dürfen nur von einem zur selbständigen Berufsausübung in Österreich berechtigten Arzt durchgeführt werden.⁷⁴⁷ In allen Leichengesetzen bis auf jenes von Tirol finden sich Bestimmungen über die Anforderungen an den Raum, in dem die Obduktion durchgeführt wird.⁷⁴⁸

Sollten während der Obduktion Feststellungen gemacht werden, die eine gerichtliche Obduktion geboten erscheinen lassen, so hat der Obduzent die Obduktion zu unterbrechen und die Staatsanwaltschaft hievon in Kenntnis zu setzen.⁷⁴⁹

Über jede Obduktion ist eine Niederschrift aufzunehmen.⁷⁵⁰ Nach der Obduktion müssen alle Hautschnitte vernäht und die Leiche gereinigt werden.⁷⁵¹

E. Sonstige Eingriffe an Leichen

Nach manchen Leichengesetzen sind neben der Obduktion auch andere Eingriffe am Leichnam zulässig.⁷⁵² Es handelt sich dabei um die **Eröffnung einzelner Körperhöhlen** ohne Durchführung einer vollständigen Obduktion oder um sonstige **einzelne operative Eingriffe**, wie zB Herzstich oder Aderöffnung. In diesen Fällen sind die Bestimmungen über die Obduktion sinngemäß anzuwenden.

Was Entnahmen von Leichenmaterial betrifft, stellt das Oberösterreichische Leichenbestattungsgesetz in § 13 Abs 2 klar, dass für Entnahmen zu diagnostischen Untersuchungen und zum Zweck der Forschung, Lehre oder Heilbehand-

⁷⁴⁷ § 12 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 11 Abs 1 ktn BestattungsgG; § 13 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 12 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG.

⁷⁴⁸ § 13 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 11 Abs 1 ktn BestattungsgG; § 10 Abs 1 nö BestattungsgG; § 11 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 13 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 13 Abs 5 vbg BestattungsgG.

⁷⁴⁹ § 14 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 12 ktn BestattungsgG; § 12 oö LeichenbestattungsgG; § 14 stmk LeichenbestattungsgG; § 12 Abs 3 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁵⁰ § 13 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 11 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 10 Abs 3 nö BestattungsgG; § 11 Abs 3 oö LeichenbestattungsgG; § 13 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 13 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG; § 31 Abs 2 tir GemeindegewerksdienstG; § 13 Abs 4 vbg BestattungsgG; § 12 Abs 8 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁵¹ § 13 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 11 Abs 5 oö LeichenbestattungsgG; § 13 Abs 4 stmk LeichenbestattungsgG; § 12 Abs 5 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁵² § 15 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 13 oö LeichenbestattungsgG; § 8 Abs 6 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 15 stmk LeichenbestattungsgG; § 14 vbg BestattungsgG.

lung keine Rechtsgrundlage in diesem Gesetz vorgesehen ist. Fraglich ist, warum Entnahmen zu diagnostischen Zwecken nicht vorgenommen werden dürfen. Jede Entnahme im Zuge einer Obduktion zur Feststellung der Todesursache oder des Krankheitsverlaufs stellt nämlich eine Entnahme zu diagnostischen Zwecken dar. Da eine solche Entnahme der Erfüllung des Obduktionszwecks dient, ist § 13 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG um genau diese Entnahmen teleologisch zu reduzieren. Welche Entnahmen zu diagnostischen Zwecken nach der Reduktion um Entnahmen, die dem Obduktionszweck dienen, dann noch übrig bleiben, ist fraglich.

F. Konservierung

Unter Konservierung oder Einbalsamierung von Leichen ist die Anwendung von bestimmten Verfahren zu verstehen, die den **Zerfall des toten Körpers hinauschieben**.

Die Konservierung von Leichen ist im Burgenländischen, Oberösterreichischen und Steirischen Leichengesetz vorgesehen.⁷⁵³ Sie darf nur mit Bewilligung der Bezirksverwaltungsbehörde erfolgen. Diese Bewilligung ist zu erteilen, wenn eine entsprechende Willenserklärung des Verstorbenen vorliegt oder die nahen Angehörigen die Konservierung beantragen und aus sanitätspolizeilicher Sicht keine Bedenken bestehen. Bezüglich der Frage, wer naher Angehöriger ist und wem innerhalb dieses Kreises in welcher Reihenfolge das Antragsrecht zukommt, verweisen die Burgenländische und Oberösterreichische Konservierungsbestimmung auf jene Vorschriften, die den Personenkreis und die Reihung in Bezug auf die Zustimmung zu einer Obduktion regeln. Im Gegensatz dazu enthält die Steirische Bestimmung einen Verweis auf jene Personen, die die Bestattung der Leiche zu besorgen haben.

⁷⁵³ § 16 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 oö LeichenbestattungsgG; § 20 stmk LeichenbestattungsgG.

G. Aufbahrung

Nach der Totenbeschau ist der Leichnam in einem Sarg aufzubahren.⁷⁵⁴ Die Leiche eines tot- oder neugeborenen Kindes darf in den Sarg der Leiche der Mutter gelegt werden.⁷⁵⁵ Bei der Einsargung einer Leiche ist darauf zu achten, dass die Pietät und die Würde des Verstorbenen gewahrt werden und für die Umwelt keine Gefahr entstehen kann.⁷⁵⁶ Um nachteilige Auswirkungen für die Umwelt zu vermeiden, müssen die verwendeten Säрге bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Für die Erdbestattung sind dichtschießende Säрге aus Holz oder gleichwertigem verrottbaren Material zu verwenden.⁷⁵⁷ Das Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz regelt zudem auch die Verwendung von Leichensärgen, in denen die Leichen in die Säрге gelegt werden: Bestehen die Leichensärgen aus Kunststofffolien, so ist deren Verwendung nur zulässig, wenn die Särgen nachweislich biologisch abbaubar sind.⁷⁵⁸ In Gräften müssen Metallsärgen, mit Metall ausgelegte Holzsärgen oder Holzsärgen mit dichtschießenden Metallsärgen als Übersärgen benützt werden.⁷⁵⁹ Für die Feuerbestattung sind Särgen aus Holz oder aus gleichwertig brennbaren Materialien heranzuziehen.⁷⁶⁰ In Oberösterreich existiert eine eigene Verordnung über die Beschaffenheit von Särgen, Sargausstattungen, Sargbeigaben und sonstigen Gegenständen.⁷⁶¹

Die Aufbahrung hat grundsätzlich in einer **Aufbahrungshalle** (= Leichenhalle, Leichenkammer, Aufbahrungsraum) stattzufinden. Aufbahrungen **außerhalb** einer solchen Aufbahrungshalle, zB im Sterbehaus, in Kirchen oder Kapellen, bedürfen der Zustimmung des Bürgermeisters oder des Totenbeschauers.

⁷⁵⁴ § 17 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 15 ktn BestattungsgG; § 13 nö BestattungsgG; § 16 oö LeichenbestattungsgG; § 18 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 18 stmk LeichenbestattungsgG; § 16 vbg BestattungsgG; § 10 wr Leichen- und BestattungsgG. Im tir GemeindesanitätsdienstG finden sich keine Bestimmungen zur Aufbahrung.

⁷⁵⁵ § 15 Abs 3 ktn BestattungsgG; § 18 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁷⁵⁶ § 18 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 1 nö BestattungsgG; § 19 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 19 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 18 Abs 3 vbg BestattungsgG.

⁷⁵⁷ § 23 Abs 1 ktn BestattungsgG; § 19 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 29 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁵⁸ § 29 Abs 5 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁵⁹ § 20 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 23 Abs 2 ktn BestattungsgG; § 19 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 29 Abs 3 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁶⁰ § 19 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG.

⁷⁶¹ LGBl 14/1994.

Diese Zustimmung ist zu erteilen, wenn die beantragte Aufbahrung ortsüblich ist und keine sanitären Bedenken bestehen.⁷⁶²

H. Bestattung

1. Bestattungspflicht

Jede Leiche muss bestattet werden.⁷⁶³ Gleiches gilt für die **Leichenasche**.⁷⁶⁴ In einigen Bundesländern gilt die Bestattungspflicht auch für Totgeburten⁷⁶⁵ und Fehlgeburten⁷⁶⁶ oder überhaupt für **totgeborene Früchte** ohne Rücksicht auf ihren Entwicklungsgrad⁷⁶⁷. Teilweise sind auch **Leichenteile**⁷⁶⁸ und **abgetrennte menschliche Körperteile**, die nicht im Rahmen einer ärztlichen Ordination oder eines Krankenanstaltenbetriebs in hygienisch einwandfreier Weise beseitigt werden können,⁷⁶⁹ zu bestatten. In den Bundesländern, die keinen Bestattungszwang für Leichenteile vorsehen, ist daher die Entsorgung von Leichenteilen zulässig. Die – wie immer geartete – Entsorgungshandlung ist nicht geeignet, § 190 Abs 1 StGB in der Variante Misshandeln zu erfüllen, da diese Tathandlung nach dem Gesetzeswortlaut nicht an Leichenteilen begangen werden kann.

Leichen, die für Zwecke der naturwissenschaftlichen oder medizinischen Forschung und Lehre, für Zwecke der Ermittlung von Krankheitsursachen oder

⁷⁶² § 17 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 15 ktn BestattungsG; § 13 nö BestattungsG; § 16 öö LeichenbestattungsG; § 18 sbg Leichen- und BestattungsG; § 18 stmk LeichenbestattungsG; § 16 vbg BestattungsG; § 10 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷⁶³ § 19 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 1 ktn BestattungsG; § 11 Abs 1 nö BestattungsG; § 15 Abs 1 öö LeichenbestattungsG; § 14 sbg Leichen- und BestattungsG; § 16 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 32 tir GemeindesanitätsdienstG; § 22 Abs 1 vbg BestattungsG; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷⁶⁴ § 23 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 23a ktn BestattungsG; § 17 Abs 1 nö BestattungsG; § 21 Abs 1 öö LeichenbestattungsG; § 21 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsG; § 23 Abs 3 stmk LeichenbestattungsG; § 42 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG; § 25 Abs 4 vbg BestattungsG; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷⁶⁵ § 14 Abs 1 ktn BestattungsG; § 11 Abs 5 nö BestattungsG; § 16 Abs 2 stmk LeichenbestattungsG; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷⁶⁶ § 11 Abs 5 nö BestattungsG; § 16 Abs 2 stmk LeichenbestattungsG; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG. Nach § 14 Abs 1 ktn BestattungsG dürfen Fehlgeburten bestattet werden.

⁷⁶⁷ § 15 Abs 5 öö LeichenbestattungsG.

⁷⁶⁸ § 14 Abs 6 ktn BestattungsG; § 15 Abs 5 öö LeichenbestattungsG; § 16 Abs 2 stmk LeichenbestattungsG; § 19 Abs 1 Z 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷⁶⁹ § 14 Abs 6 ktn BestattungsG; § 15 Abs 5 öö LeichenbestattungsG; § 22 Abs 2 vbg BestattungsG; § 19 Abs 1 Z 3 wr Leichen- und BestattungsG.

für Zwecke der Heilbehandlung speziellen Einrichtungen überlassen wurden, müssen erst bestattet werden, wenn sie für diese Zwecke nicht mehr benötigt werden.⁷⁷⁰ Der Bestattungspflicht unterliegen jedenfalls nicht Gebeine und Skelette, die Unterrichts- und Anschauungszwecken dienen oder denen historische, anthropologische oder religiöse Bedeutung (zB Reliquien) zukommt.⁷⁷¹

Die Leichengesetze enthalten detaillierte Regelungen darüber, wann eine Leiche zu bestatten ist. Im Burgenland ist die Bestattung in einem Zeitraum von 36 bis maximal 72 Stunden nach dem Todeseintritt vorzunehmen.⁷⁷² In Oberösterreich und Salzburg ist ein Zeitraum von 48 bis 96 Stunden ab Eintritt des Todes⁷⁷³ bzw Ausstellung der Todesbescheinigung⁷⁷⁴ einzuhalten. In der Steiermark ist die Leiche frühestens nach Ablauf von 48 Stunden und vor Ablauf von 5 Tagen nach Eintritt des Todes zu bestatten.⁷⁷⁵ Kärnten ist das einzige Bundesland, in dem keine in Stunden oder Tagen bemessene Höchstfrist für die Bestattung festgelegt ist. Der Zeitpunkt der Bestattung ist so zu wählen, dass sanitäre Interessen nicht verletzt werden, jedoch darf die Bestattung nicht vor Ablauf von 36 Stunden nach dem Todeseintritt erfolgen.⁷⁷⁶ Den zu Kärnten umgekehrten Fall bilden Vorarlberg und Wien: In diesen Bundesländern ist keine Mindestgrenze vorgesehen. So muss in Vorarlberg spätestens 72 Stunden nach Eintritt des Todes⁷⁷⁷ und in Wien 5 Tage nach Ausstellung der Todesbescheinigung⁷⁷⁸ bestattet werden. In Wien darf somit am längsten mit der Bestattung zugewartet werden. Ausnahmen hinsichtlich einer späteren Bestattung können vom Bürgermeister bewilligt werden, wenn keine sanitätspolizeilichen Bedenken bestehen und die Verwesung der Leiche durch geeignete Konservierungsmaßnahmen hinaus gezögert werden kann.

⁷⁷⁰ § 22 Abs 3 vbg BestattungsgG.

⁷⁷¹ § 14 Abs 1 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 6 nö BestattungsgG; § 19 Abs 2 Z 1, 2 und 3 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁷⁷² § 19 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG.

⁷⁷³ § 15 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 19 Abs 3 sbg Leichen- und BestattungsgG. § 32 Abs 1 tir GemeindegewaltsgG sieht keine Höchstgrenze vor.

⁷⁷⁴ § 11 Abs 1 nö BestattungsgG.

⁷⁷⁵ § 22a stmk LeichenbestattungsgG.

⁷⁷⁶ § 14 Abs 1 ktn BestattungsgG.

⁷⁷⁷ § 22 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁷⁷⁸ § 19 Abs 5 wr Leichen- und BestattungsgG.

2. Bestattungsarten

Als Bestattungsarten sehen die Leichengesetze die Erdbestattung und die Feuerbestattung vor.⁷⁷⁹ Einzig das Tiroler Gemeindesanittsgesetz enthält keine diesbezügliche Bestimmung. Da aber § 32 Abs 1 jenen Zeitraum festlegt, in dem die Beerdigung stattzufinden hat, und § 42 Abs 2 die Beförderung von Ascheres-ten enthaltenden Urnen regelt, ist davon auszugehen, dass auch nach dem Tiroler Gemeindesanittsgesetz die Erd- und Feuerbestattung die zulässigen Bestattungsarten darstellen.

Als **Erdbestattung** gilt sowohl die Beerdigung als auch die Beisetzung in einer Gruft. Die Erdbestattung ist grundsätzlich nur auf Friedhöfen zulässig. Im Burgenland und in Tirol soll die Bestattung idR auf einem zum Sterbeort gehörigen Friedhof erfolgen.⁷⁸⁰ Außerhalb von Friedhöfen dürfen Leichen nur dann bestattet werden, wenn eine Sonderbestattungsanlage⁷⁸¹ oder private Begräbnis-sttte⁷⁸² vorhanden ist. Eine Sonderbestattungsanlage dient ausschließlich zur Bestattung von Leichen oder Leichenasche von Angehörigen eines bestimmten, begrenzten Personenkreises, wie Familien oder Ordensgemeinschaften. Für die Errichtung einer privaten Begräbnisstätte bedarf es im Burgenland, in Salzburg und in der Steiermark der Genehmigung der Bezirksverwaltungsbehörde, die zu erteilen ist, wenn keine gesundheitliche Gefährdung besteht und Pietät und Würde gewahrt werden.⁷⁸³ Nach dem Oberösterreichischen Leichengesetz muss die Errichtung einer privaten Begräbnisstätte wegen der Bedeutung des Verstorbenen im öffentlichen Interesse liegen;⁷⁸⁴ in der Steiermark darf die Genehmigung

⁷⁷⁹ § 20 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 13 Abs 1 ktn BestattungsG; § 12 Abs 1 nö BestattungsG; § 17 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 14 sbg Leichen- und BestattungsG; § 16 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 23 Abs 1 vbg BestattungsG; § 19 Abs 4 wr Leichen- und BestattungsG.

⁷⁸⁰ § 21 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 32 Abs 4 tir GemeindesanitätsdienstG.

⁷⁸¹ Die Bestattung in Sonderbestattungsanlagen ist nach dem Kärntner (§ 22 iVm § 17 Abs 2 lit c) und Wiener Leichengesetz (§ 20 Abs 3; dort allerdings als Privatbegrbnissttte bezeichnet) vorgesehen. Siehe auch im Kapitel Bestattungsanlagen Seite 163 ff.

⁷⁸² Die Bestattung in privaten Begräbnisstätten ist nach dem Burgenländischen (§ 21 Abs 3), Niederösterreichischen (§ 15 Abs 2), Oberösterreichischen (§ 18 Abs 3), Salzburgerischen (§ 19 Abs 2), Steirischen (§ 21 Abs 4) und nach dem Vorarlbergerischen Leichengesetz (§ 24 Abs 2) vorgesehen. Siehe auch im Kapitel Bestattungsanlagen Seite 163 ff.

⁷⁸³ § 21 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 19 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsG; § 21 Abs 4 stmk LeichenbestattungsG.

⁷⁸⁴ § 18 Abs 3 oö LeichenbestattungsG.

zum Bau nur erteilt werden, wenn nachteilige optische Auswirkungen auf Nachbargrundstücke ausgeschlossen sind.⁷⁸⁵

Während die Bestattung in einer Sonderbestattungsanlage nach dem Kärntner Leichengesetz der Bewilligung des Bürgermeisters bedarf,⁷⁸⁶ muss diese nach dem Wiener Landesgesetz ebenso wie die Bestattung in einer privaten Begräbnisstätte der Bezirksverwaltungsbehörde im Vorhinein lediglich angezeigt⁷⁸⁷ werden.

Unter der **Feuerbestattung** versteht man die Einäscherung von Leichen. Diese darf nur in Feuerbestattungsanlagen (Krematorien) stattfinden.⁷⁸⁸ Die Aschenreste der eingeäscherten Leiche sind in ein dicht schließendes Behältnis (Urne) aufzunehmen.⁷⁸⁹ Die Urne ist mit den Daten des Verstorbenen zu kennzeichnen. Die Aschenreste mehrerer eingeäschelter Leichen dürfen nicht vermischt werden.⁷⁹⁰ Die befüllte Urne ist sodann auf einem Friedhof, in einem Urnenhain oder einer Urnenhalle beizusetzen.⁷⁹¹ Für die Beisetzung oder Aufbewahrung einer Urne außerhalb der genannten Anlagen ist eine Bewilligung durch den Bürgermeister jener Gemeinde erforderlich, in welcher die Urne beigesetzt oder aufbewahrt werden soll. Verstößt die beabsichtigte Beisetzungs- oder Aufbewahrungsart nicht gegen Pietät und Würde, so ist die Bewilligung zu erteilen.⁷⁹² Aufgrund dieser Bestimmung werden von Bestattungsunternehmen alternative Formen der Aschebeisetzung angeboten, wie zB die Baumbestattung (da-

⁷⁸⁵ § 21 Abs 4 stmk Leichenbestattungsg.

⁷⁸⁶ § 22 Abs 1 ktn Bestattungsg.

⁷⁸⁷ § 25 Abs 1 Z 2 wr Leichen- und Bestattungsg; § 21 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 15 Abs 3 nö Bestattungsg; § 18 Abs 4 oö Leichenbestattungsg; § 21 Abs 6 stmk Leichenbestattungsg.

⁷⁸⁸ § 22 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 16 Abs 1 nö Bestattungsg; § 20 Abs 1 oö Leichenbestattungsg; § 20 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 22 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg; § 47 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 25 Abs 1 vbg Bestattungsg.

⁷⁸⁹ § 23 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 23a Abs 1 ktn Bestattungsg; § 16 Abs 4 nö Bestattungsg; § 20 Abs 3 oö Leichenbestattungsg; § 23 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg; § 30 Abs 4 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁷⁹⁰ § 23a Abs 2 ktn Bestattungsg; § 16 Abs 1 nö Bestattungsg; § 20 Abs 3 oö Leichenbestattungsg; § 23 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg; § 25 Abs 3 vbg Bestattungsg; § 30 Abs 4 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁷⁹¹ § 23 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 17 Abs 2 lit b ktn Bestattungsg; § 17 Abs 1 nö Bestattungsg; § 21 Abs 1 oö Leichenbestattungsg; § 21 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 23 Abs 3 stmk Leichenbestattungsg; § 33 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG; § 25 Abs 5 vbg Bestattungsg; § 30 Abs 5 iVm § 20 Abs 2 Z 2 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁷⁹² § 23 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 23a Abs 3 iVm § 22 Abs 1 ktn Bestattungsg; § 17 Abs 2 nö Bestattungsg; § 21 Abs 2 oö Leichenbestattungsg; § 21 Abs 3 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 23 Abs 4 stmk Leichenbestattungsg; § 33 Abs 2 tir GemeindesanitätsdienstG.

bei wird die Asche in einer biologisch abbaubaren Urne zwischen den Wurzeln eines Baumes beigesetzt), Ascheverstreung auf bestimmten Wiesen, Diamantenbestattung (bei diesem Verfahren entsteht aus dem in Grafit umgewandelten Kohlenstoff unter Druck und Hitze ein künstlicher Diamant) oder die Donaubebestattung (die Asche wird in einer wasserlöslichen Urne der Donau übergeben).⁷⁹³ Das Salzburgerische Leichengesetz enthält seit seiner Novellierung im Jahr 2009 als einziges Leichengesetz eine explizite Bestimmung über die Möglichkeit einer Naturbestattung in Form der Ascheverstreung.⁷⁹⁴ Im Vorarlbergerischen Leichengesetz ist seit dem Jahr 2009 eine besondere Neuerung in Bezug auf die Aufbewahrung von Totenasche vorhanden: Nach § 25 Abs 4 vbg Bestattungsg kann – sofern der Verstorbene keine gegenteilige Anordnung getroffen hat – auf Verlangen des Ehegatten, des Lebensgefährten, eines Kindes oder Elternteils eine Teilmenge der Asche aus der Urne entnommen, in ein kleines Behältnis abgefüllt und dem Angehörigen zum Gedenken an den Verstorbenen übergeben werden. Die Urne wird mit den verbleibenden Ascheresten auf einem Friedhof beigesetzt. In Wien muss der beabsichtigte Beisetzungs- oder Aufbewahrungsort der Totenasche als Privatbegräbnisstätte genehmigt werden. Unter dieser Voraussetzung kann eine Urne zB auch mit nach Hause genommen werden.⁷⁹⁵

3. Obsorge für die Bestattung

Für die Bestattung der Leiche haben primär die **nahen Angehörigen** des Verstorbenen Sorge zu tragen.⁷⁹⁶ Wer als Angehöriger gilt und in welcher Reihenfolge nahe Angehörige die Bestattung zu besorgen haben, wird von den Leichengesetzen durchaus unterschiedlich geregelt. Diesbezüglich ist auf die bundeslandspezifischen Darstellungen auf den Seiten 36 ff zu verweisen. Hervorgehoben kann werden, dass in fast allen Bundesländern der Ehegatte, die Kinder und Eltern des Verstorbenen zum Kreis der nahen Angehörigen zählen. Tirol ist das einzige Bundesland, das in seinem Leichengesetz keine Bestimmungen darüber vorsieht, wer die Bestattung zu besorgen hat. Der Lebensgefährte bzw der Ver-

⁷⁹³ <http://www.begraebnis.at>

⁷⁹⁴ § 21a sbg Leichen- und Bestattungsg.

⁷⁹⁵ § 25 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁷⁹⁶ § 19 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 2 ktn Bestattungsg; § 11 Abs 3 nö Bestattungsg; § 15 Abs 2 oö Leichenbestattungsg; § 16 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 2 stmk Leichenbestattungsg; § 3 Abs 1 vbg Bestattungsg.

lobte wird lediglich in drei Leichengesetzen erwähnt, nämlich im Niederösterreichischen⁷⁹⁷, Oberösterreichischen⁷⁹⁸ und Vorarlbergerischen⁷⁹⁹.

Wird von den angeführten Personen für die Bestattung nicht oder nicht rechtzeitig Vorsorge getroffen, so hat die Gemeinde ein **anatomisches Institut** in Österreich zu verständigen, dass es ihm freistehe, den Leichnam auf eigene Kosten abzuholen.⁸⁰⁰

Macht das anatomische Institut keinen Gebrauch von dieser Möglichkeit, ist die Bestattung von der **Gemeinde** des Sterbe- bzw Fundortes zu besorgen.⁸⁰¹ Im Tiroler Gemeindesanitätsdienstgesetz findet sich keine solche Regelung. Nachdem sich aber aus § 32 tir GemeindesanitätsdienstG ergibt, dass Leichen zu bestatten sind, erscheint das Fehlen der Gemeindezuständigkeit für den Fall, dass sich sonst niemand um die Bestattung kümmert, als planwidrige Lücke. Analog zu den Bestimmungen der anderen Bundesländer hat daher im genannten Fall die Gemeinde die Bestattung zu besorgen.

Die Bestattungsart und der Bestattungsort richten sich nach dem **Willen des Verstorbenen**. Diesbezüglich ist eine ausdrückliche Willenserklärung des Verstorbenen ebenso zu berücksichtigen wie eine konkludente.⁸⁰² Für den Fall, dass der Verstorbene überhaupt keinen Willen hinsichtlich seiner Bestattung geäußert hat, ist zur Gewährleistung eines pietätvollen Umgangs mit dem Leichnam immer noch der mutmaßliche Wille des Verstorbenen zu beachten.⁸⁰³ Dieser kann sich zB aus dem Verhalten des Verstorbenen unmittelbar vor seinem Tod⁸⁰⁴ oder aus Zeugenaussagen über dessen grundsätzliche Einstellung zum Tod ergeben. Ist auch der hypothetische Wille nicht feststellbar, kommt das Recht, Be-

⁷⁹⁷ § 11 Abs 3 nö Bestattungsg.

⁷⁹⁸ § 15 Abs 4 oö Leichenbestattungsg.

⁷⁹⁹ § 3 Abs 6 vbg Bestattungsg.

⁸⁰⁰ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn Bestattungsg; § 11 Abs 4 nö Bestattungsg; § 15 Abs 2 oö Leichenbestattungsg; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 2 stmk Leichenbestattungsg; § 30 Abs 4 tir GemeindesanitätsdienstG; § 3 Abs 4 vbg Bestattungsg. Allein das wr Leichen- und Bestattungsg enthält keine derartige Bestimmung.

⁸⁰¹ § 19 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG § 14 Abs 4 ktn Bestattungsg; § 11 Abs 4 nö Bestattungsg; § 15 Abs 2 oö Leichenbestattungsg; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 2 stmk Leichenbestattungsg; § 3 Abs 4 vbg Bestattungsg; § 19 Abs 5 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁸⁰² § 20 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 12 Abs 2 nö Bestattungsg; § 17 Abs 2 oö Leichenbestattungsg; § 15 Abs 1 sbg Leichen- und Bestattungsg; § 17 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg; § 3 Abs 2 vbg Bestattungsg; § 28 Abs 2 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁸⁰³ SZ 45/133.

⁸⁰⁴ SZ 45/133.

stattungsart und -ort zu bestimmen, demjenigen zu, der die für die Bestattung Sorge zu tragen hat.

I. Bestattungsanlagen

Zu den Bestattungsanlagen zählen **Friedhöfe**, **Feuerbestattungsanlagen (Krematorien)**⁸⁰⁵, **Urnenhaine**, **Urnenhallen** und die in manchen Bundesländern existierenden **Sonderbestattungsanlagen** sowie **privaten Begräbnisstätten**. Als Rechtsträger von Bestattungsanlagen mit Ausnahme der Sonderbestattungsanlagen und privaten Begräbnisstätten kommen Gemeinden und gesetzlich anerkannte Kirchen oder Religionsgemeinschaften in Frage.⁸⁰⁶ Die Errichtung, Erweiterung, Stilllegung (Einstellung von Bestattungen) oder Auflassung (Beseitigung der Bestattungsanlage) eines Friedhofs, einer Feuerbestattungsanlage, eines Urnenhains und einer Urnenhalle muss genehmigt werden.⁸⁰⁷ In Wien reicht eine schriftliche Anzeige beim Magistrat aus.⁸⁰⁸ Für die Erteilung der Genehmigung dürfen keine sanitätspolizeilichen Bedenken bestehen. So könnte die Genehmigung zB versagt werden, wenn die Errichtung eines Friedhofs die einwandfreie Trinkwasserversorgung gefährden würde.

Sind für die Errichtung oder Erweiterung einer Bestattungsanlage weitere Grundstücke unbedingt erforderlich – etwa weil sich die Einwohnerzahl einer Gemeinde vergrößert hat –, so können diese von der Bezirksverwaltungsbehörde gegen angemessenes Entgelt enteignet werden.⁸⁰⁹

Die Leichengesetze enthalten im Kapitel über die Bestattungsanlagen auch detaillierte Bestimmungen zum **Grabstellenbenützungsrecht**. Es berechtigt zur Bestattung von Leichen oder zur Beisetzung von Urnen sowie zur Ausgestaltung

⁸⁰⁵ In Kärnten (§ 17 Abs 3) und Wien (§ 20 Abs 5) stellen die Feuerbestattungsanlagen einen Bestandteil von Bestattungsanlagen dar.

⁸⁰⁶ § 31 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 17 Abs 4 iVm § 18 ktn BestattungsG; § 20 Abs 2 nö BestattungsG; § 30 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 24 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsG; § 31 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 33 Abs 1 tir GemeindesanitätsdienstG; § 28 Abs 2 vbg BestattungsG; § 21 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁸⁰⁷ § 32 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 20 Abs 1 ktn BestattungsG; § 21 Abs 1 nö BestattungsG; § 31 Abs 1 oö LeichenbestattungsG; § 25 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsG; § 32 Abs 1 stmk LeichenbestattungsG; § 29 Abs 1; § 34 Abs 1; § 35 Abs 1 vbg BestattungsG.

⁸⁰⁸ § 23 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsG.

⁸⁰⁹ § 32 Abs 5 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 27 sbg Leichen- und BestattungsG; § 33 stmk LeichenbestattungsG; § 36 tir GemeindesanitätsdienstG; § 37 vbg BestattungsG.

der Grabstelle und verpflichtet zur pietät- und würdevollen Instandhaltung.⁸¹⁰ Das Benützungsrecht wird meist auf die Dauer von zehn Jahren oder ein Vielfaches von zehn Jahren verliehen und kann jeweils für weitere zehn Jahre oder ein Vielfaches von zehn Jahren verlängert werden. Während das Grabstellenbenützungsrecht in Oberösterreich und Wien von privatrechtlicher Natur ist,⁸¹¹ stellt es im Burgenland, in Niederösterreich, Salzburg und Vorarlberg ein öffentliches Recht dar, das dem Antragsteller durch Verwaltungsakt (Bescheid) verliehen wird.⁸¹² Die Konsequenz dieser unterschiedlichen Rechtsbeziehungen zeigt sich in der Übertragung des Benützungsrechts: Handelt es sich um ein öffentliches Recht, so ist eine Übertragung unter Lebenden nur mit Zustimmung des Bürgermeisters samt Neuverleihung an den Erwerber zulässig.⁸¹³ Im Rahmen der privatrechtlichen Benützung der Grabstelle bedarf es für eine Übertragung nicht der Zustimmung des Bürgermeisters.

Das Grabstellenbenützungsrecht erlischt durch Zeitablauf, schriftlichen Verzicht, Entzug wegen Vernachlässigung der Instandhaltungspflicht und Auflösung des Friedhofs.⁸¹⁴

Nach den Leichengesetzen kann eine Friedhofsgebührenordnung durch den Gemeinderat beschlossen werden.⁸¹⁵ In der Friedhofsgebührenordnung sind folgende Gebührenarten vorzusehen: Grabstellen(erneuerungs)gebühr, Beisetzungsgebühr, Enterdigungsgebühr und die Gebühr für die Benützung der Aufbahrungshalle.

⁸¹⁰ § 35 Abs 3 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 27 Abs 2 nö BestattungsgG; § 29 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG. Gem § 26 Abs 2 ktn BestattungsgG, § 34 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG, § 35 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG, § 38 Abs 2 vbg BestattungsgG, § 33 Abs 3 tir GemeindesaniättsdienstG und § 32 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG ist die Benützung der Grabstätte durch die Friedhofsordnung festzulegen.

⁸¹¹ § 34 Abs 3 oö LeichenbestattungsgG; § 27 Abs 1 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁸¹² § 35 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 27 Abs 1 nö BestattungsgG; § 29 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 38 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁸¹³ § 37 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 28 Abs 1 nö BestattungsgG; § 31 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 39 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁸¹⁴ § 38 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 29 Abs 1 nö BestattungsgG; § 32 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 40 Abs 1 vbg BestattungsgG.

⁸¹⁵ § 40 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 34 Abs 1 nö BestattungsgG; § 36 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 42 vbg BestattungsgG.

J. Überführung

Die meisten Leichengesetze unterscheiden die Überführung von Leichen in ein anderes Bundesland und jene in das Ausland.

Die Überführung einer Leiche **in ein anderes Landesgebiet** bedarf der Bewilligung jener Gemeinde, in der der Sterbe-, Auffindungs- oder Exhumierungsort liegt⁸¹⁶ bzw der Bewilligung der Bezirksverwaltungsbehörde⁸¹⁷. Nach dem Wiener Leichengesetz ist für den Leichentransport in ein anderes Bundesland die schriftliche Anzeige an den Magistrat und die ordnungsgemäße Bestätigung der Anzeige durch den Magistrat nötig.⁸¹⁸

Für die Überführung einer Leiche **ins Ausland** ist im Burgenland und der Steiermark neben der von der Gemeinde zu erteilenden Bewilligung auch die Zustimmung der örtlich zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde einzuholen.⁸¹⁹ Nach dem Tiroler Landesgesetz hat die Bezirksverwaltungsbehörde eine Bescheinigung auszustellen, wonach der Tod nicht infolge einer ansteckenden anzeigepflichtigen Krankheit eingetreten ist.⁸²⁰ In Vorarlberg bedarf die Überführung einer Leiche ins Ausland der Genehmigung der Bezirkshauptmannschaft, in deren Sprengel der Sterbe- oder Fundort liegt.⁸²¹ In Wien ist der Leichentransport in ein anderes Staatsgebiet dem Magistrat lediglich anzuzeigen.⁸²² Bei der Überführung ins Ausland sind das Internationale Abkommen über Leichenbeförderung⁸²³ und das Übereinkommen über Leichenbeförderung⁸²⁴ einzuhalten. Diese Abkommen regeln im Wesentlichen, dass für die Überführung ins Ausland ein sog Leichenpass erforderlich ist, in dem der Name, das Alter, der Tag und die Todesursache anzugeben sind. Der Pass wird ausgestellt, nachdem alle medizinischen, gesundheitlichen, verwaltungsmäßigen und rechtlichen Erfordernisse der im Abgangsstaat in Kraft befindlichen Bestimmungen über die Leichenbeförderung erfüllt worden sind. Des Weiteren finden sich in den Abkommen detaillierte

⁸¹⁶ § 24 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 24 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

⁸¹⁷ § 16 Abs 3 ktn Bestattungsg; § 42 Abs 1 lit a iVm Abs 2 tir Gemeindegewaltsg; § 20 Abs 3 vbg Bestattungsg.

⁸¹⁸ § 16 Abs 1 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁸¹⁹ § 24 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 24 Abs 1 stmk Leichenbestattungsg.

⁸²⁰ § 43 tir Gemeindegewaltsg.

⁸²¹ § 20 Abs 3 vbg Bestattungsg.

⁸²² § 17 Abs 1 wr Leichen- und Bestattungsg.

⁸²³ BGBl Nr. 118/1958.

⁸²⁴ BGBl Nr. 515/1978.

Bestimmungen über die Anforderungen an den Sarg, in dem die Leiche transportiert wird.

Nach den Landesgesetzen von Niederösterreich, Oberösterreich und Vorarlberg bedürfen auch Überführungen **in eine andere Gemeinde** der Bewilligung. So ist die Überführung nach dem Niederösterreichischen Leichengesetz jener Gemeinde, in der sich die Leiche befindet, und jener, in die sie überführt werden soll, schriftlich anzuzeigen.⁸²⁵ In Oberösterreich bedarf sie der Bewilligung der für den Sterbeort zuständigen Behörde, sofern im Totenbeschauschein sanitätspolizeiliche Bedenken gegen eine Überführung vermerkt sind.⁸²⁶ Nach dem Vorarlbergerischen Leichengesetz ist eine Überführung innerhalb von 48 Stunden nach dem Todeseintritt durch den Bürgermeister des Sterbeorts bzw durch den Bürgermeister des Fundorts zu genehmigen.⁸²⁷ Bei Überführungen zu einem späteren Zeitpunkt obliegt die Erteilung der Genehmigung der für den Sterbe- bzw Fundort zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde.⁸²⁸

Von der Bewilligungspflicht befreit sind die Beförderung von Leichen oder Leichenteilen, die medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken zugeführt werden sollen⁸²⁹, die Überführung im Zusammenhang mit einer behördlich oder gerichtlich angeordneten Obduktion⁸³⁰, die Überführung einer mit Ascheresten befüllten Urne⁸³¹ sowie die Beförderung von Gebeinen, die frei von organischen Verwe-sungsprodukten sind⁸³². Für Leichen, die im Rahmen der staatlichen Kriegsgräberfürsorge überführt werden, kann im Burgenland die Bezirksverwaltungsbehörde und in Salzburg die Landesregierung Ausnahmen von den Bestimmungen über die Überführung zulassen, sofern dies vom sanitätspolizeilichen Standpunkt vertretbar ist.⁸³³

⁸²⁵ § 18 Abs 1 nÖ BestattungsgG.

⁸²⁶ § 22 Abs 1 oÖ LeichenbestattungsgG.

⁸²⁷ § 20 Abs 2 vbg BestattungsgG.

⁸²⁸ § 20 Abs 2 vbg BestattungsgG.

⁸²⁹ § 24 Abs 5 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 18 Abs 3 nÖ BestattungsgG; § 24 Abs 3 lit b stmk LeichenbestattungsgG; § 42 Abs 8 tir GemeindesanitätsdienstG.

⁸³⁰ § 24 Abs 5 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 18 Abs 3 nÖ BestattungsgG; § 24 Abs 3 lit a stmk LeichenbestattungsgG.

⁸³¹ § 16 Abs 5 ktn BestattungsgG; § 22 Abs 2 oÖ LeichenbestattungsgG; § 24 Abs 4 stmk LeichenbestattungsgG; § 42 Abs 8 tir GemeindesanitätsdienstG.

⁸³² § 16 Abs 5 ktn BestattungsgG; § 27 oÖ LeichenbestattungsgG; § 24 Abs 4 stmk LeichenbestattungsgG; § 42 Abs 8 tir GemeindesanitätsdienstG.

⁸³³ § 30 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 23 Abs 4 sbg Leichen- und BestattungsgG.

Die Überführung ist von einem gewerberechtlich befugten Bestattungsunternehmen vorzunehmen.⁸³⁴ Hierbei ist eine Reihe von Vorschriften über Transportdauer, Versargung und Fahrzeug einzuhalten.⁸³⁵ So regelt das Burgenländische Leichengesetz, dass bei einer Transportdauer von bis zu 24 Stunden die Verwendung eines Holzсарges ausreicht, dessen Fugen dicht geschlossen und dessen Boden mit einer 5 cm hohen Schicht aufsaugenden Stoffes wie Torfmull bedeckt ist. Der Sarg ist zu verkitten oder zu verschrauben.⁸³⁶ Bei einem länger als 24 Stunden dauernden Transport muss die Leiche in einem ausgebleichten Sarg, der luftdicht verlötet zu sein hat, versargt werden.⁸³⁷ Nach dem Wiener Leichengesetz dürfen im Laderaum des Leichentransportwagens nur Trauer- und Aufbahrungsgegenstände transportiert werden.⁸³⁸

Jene Bestimmung, die im Oberösterreichischen Leichenrecht die Überführung regelt, enthält gegenüber den anderen Leichengesetzen eine Besonderheit: Gem § 22 Abs 3 oö LeichenbestattungsgG ist das Überbringen von Leichen in photographische Ateliers verboten.

K. Strafbestimmungen

Jedes der neun Leichen- und Bestattungsgesetze enthält Strafbestimmungen. Manche Leichengesetze sehen eine Generalklausel für das Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen des Gesetzes vor⁸³⁹, andere zählen konkrete Verstöße gegen einzelne Vorschriften auf, die als Verwaltungsübertretung geahndet werden⁸⁴⁰.

⁸³⁴ § 26 Abs 1 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 18 Abs 2 nö BestattungsgG; § 24 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 22 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 26 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG.

⁸³⁵ § 25 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 16 Abs 1 und 2 ktn BestattungsgG; § 23 oö LeichenbestattungsgG; § 25 stmk LeichenbestattungsgG; § 45 Abs 2 tir GemeindegewerbesanitätsdienstG; § 14 wr Leichen- und BestattungsgG. In Salzburg (§ 22) und Vorarlberg (§ 21 Abs 1 lit d und e) ist die Beschaffenheit des Sarges und des Beförderungsmittels durch Verordnung festzulegen.

⁸³⁶ § 25 Abs 1 lit b bgl Leichen- und BestattungswesenG.

⁸³⁷ § 25 Abs 1 lit a bgl Leichen- und BestattungswesenG.

⁸³⁸ § 14 Abs 3 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁸³⁹ § 48 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 39 oö LeichenbestattungsgG; § 46 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 50 tir GemeindegewerbesanitätsdienstG.

⁸⁴⁰ § 29 ktn BestattungsgG; § 40 nö BestattungsgG; § 41 stmk LeichenbestattungsgG; § 60 vbg BestattungsgG; § 36 wr Leichen- und BestattungsgG.

IX. Zusammenfassung der Ergebnisse anhand besonderer Anwendungsfälle

Im Folgenden werden die Ergebnisse dieser Arbeit am Beispiel einzelner Eingriffe am Leichnam und Verwendungsformen von Leichen zusammengefasst. Um einen besseren Überblick zu gewähren, wird bei dieser Darstellung jeweils die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit von jener nach einer allfälligen Rechtfertigung getrennt behandelt.

A. Entnahme zum Zweck der Transplantation

Die eigenmächtige Organentnahme aus Leichen zum Zweck der Transplantation erfüllt zwei verschiedene Tathandlungen des § 190 Abs 1 StGB. Zum einen wird die Begehungsvariante **Entziehen** verwirklicht, weil die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Verfügungsberechtigten auf einen Leichenteil beseitigt wird.⁸⁴¹ Dabei ist es gleichgültig, wie bedeutsam oder sichtbar der entsprechende Teil ist; auch unbedeutende und an sich unauffällige Teile können grundsätzlich Tatobjekt der Variante Entziehen sein.⁸⁴² Einzig kleine Teile, die zudem bei einem lebenden Menschen nachwachsen bzw sich nachbilden würden und außerdem vielfach im Leichnam vorhanden sind, sind aus teleologischen Gründen aus dem Anwendungsbereich auszunehmen.⁸⁴³ In Frage kommt etwa das Entfernen eines Haares, eines kleinen Stückchens Haut, weniger Tropfen Blut oder das Schneiden der Nägel.

Mit der Entnahme von Leichenteilen, die idR mit der Verletzung des Leichengewebes verbunden ist, wird neben dem Entziehen auch die Tathandlung **Misshandeln** verwirklicht.⁸⁴⁴ Denn die Verletzung des Gewebes stellt eine physische Einwirkung auf den Körper dar, die – würde sie an einem Lebenden begangen – dessen körperliches Wohlbefinden nicht ganz unerheblich beeinträchtigt.

⁸⁴¹ *Fabrizy* StGB⁹ § 190 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem zu §§ 188 ff Rz 29; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9.

⁸⁴² SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung); *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 8; *Kopetzki* Organgewinnung 265.

⁸⁴³ Siehe oben Seite 53 f.

⁸⁴⁴ *Stellpflug* Schutz 142. AA *Fuhrmann* Transplantate 259.

Organentnahmen zum Zweck der Transplantation sind heute idR jedoch nicht strafbar nach § 190 Abs 1 StGB. Zurückzuführen ist dies auf den speziellen Rechtfertigungsgrund des **§ 62a KAKuG**, dessen Wirkung sowohl die Tathandlung Entziehen als auch Misshandeln im Zusammenhang mit Organtransplantationen erfasst. Nach dieser Bestimmung ist es zulässig, Verstorbenen einzelne Organe oder Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen, sofern keine Erklärung vorliegt, in welcher der Verstorbene einer späteren Organspende ausdrücklich widerspricht. Außerdem darf die Entnahme zu keiner die Pietät verletzenden Verunstaltung des Leichnams führen.

Vor der Einführung des § 62a KAKuG wurde auf andere Rechtfertigungsgründe, wie zB den **rechtfertigenden Notstand**⁸⁴⁵ oder die Einwilligung, zurückgegriffen. Heute bleibt neben § 62a KAKuG kein Platz für diese Rechtfertigungsgründe. Denn durch die Schaffung des § 62a KAKuG hat der Gesetzgeber den Problembereich der Organentnahmen aus Leichen zum Zwecke der Transplantation abschließend geregelt.⁸⁴⁶

B. Obduktion

Bei der Obduktion geht es um die Besichtigung des inneren Zustands der Leiche.⁸⁴⁷ Dies ist nur unter Verletzung von Leichengewebe zu bewerkstelligen, weshalb die Tathandlung **Misshandeln** iSd § 190 Abs 1 StGB in Frage kommt. Jede Handlung, die an einem Lebenden zumindest eine Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB darstellt, ist als Leichenmisshandlung nach § 190 Abs 1 StGB zu qualifizieren. Dennoch darf bei der Obduktion nicht übersehen werden, dass diese – im Gegensatz zu Organentnahmen zum Zweck der Transplantation oder Übungsoperationen am Leichnam – durch die Aufklärung des Krankheitsverlaufs und der Feststellung der Todesursache Erkenntnisse über den Verstorbenen selbst liefert. In dieser Hinsicht ist die Obduktion ähnlich gelagert wie die Heilbe-

⁸⁴⁵ *Brandstetter* Aspekte 91; *Eder-Rieder* Transplantationen 289; *Kalchschmid/Barta* Überlegungen 64 ff; *Kopetzki* Organgewinnung 17 und 20 ff; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9; *Loebenstein* Haftung 310; *Stellpflug* Schutz 131.

⁸⁴⁶ *Brandstetter* Leichnam 878; *Brandstetter* Aspekte 99 f; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 19; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 31; *Kopetzki* Organgewinnung 272; *Stellpflug* Schutz 131 f. AA *Eder-Rieder* Transplantationen 293.

⁸⁴⁷ *SS* 44/1 = *EvBl* 1973/153; *Löwe/Rosenberg* StPO²⁵ § 87 Rz 16; *Tipold* WK-StPO § 128 Rz 13.

handlung am Lebenden: Auch Eingriffe im Zusammenhang mit einer Heilbehandlung sind eigennütziger Natur. Ist ein solcher Eingriff nun mit Gewebeverletzungen verbunden (zB durch das Stechen mit einer Spritze), so wird nach der hL und Jud dennoch kein Körperverletzungsdelikt verwirklicht. Denn medizinisch indizierte und lege artis vorgenommene Heileingriffe schließen den Tatbestand eines Körperverletzungsdelikts aus.⁸⁴⁸ Lässt man einen Vergleich zwischen Obduktion und Heilbehandlung zu, so erfüllt eine Obduktion nicht die Definition der Leichenmisshandlung nach § 190 Abs 1 StGB: Eine medizinisch indizierte und sachgerecht durchgeführte Obduktion ist daher keine Handlung, die gegenüber einem Lebenden eine Misshandlung darstellen würde.⁸⁴⁹

Neben Gewebsverletzungen kann bei einer Obduktion auch die Entnahme von Leichensubstanzen erforderlich sein, um Krankheitsverlauf und Todesursache zu klären. Damit ist die Tathandlung **Entziehen** erfüllt.

Wurde ein Leichenteil im Rahmen einer Obduktion entzogen und/oder sieht man das Obduzieren – entgegen der oben angeführten Argumentation – als tatbestandsmäßig iSd Misshandelns an, so muss man sich mit der Frage der Rechtswidrigkeit auseinandersetzen. Für die Obduktion bestehen je nach verfolgtem Zweck verschiedene Rechtsgrundlagen, die als Rechtfertigungsgründe für die beiden angesprochenen Tathandlungen herangezogen werden können. Man unterscheidet die gerichtliche, sanitätspolizeiliche und klinische Obduktion. Bei der **gerichtlichen Obduktion** geht es um die Feststellung von Anlass und Ursache des Todes oder von anderen für die Aufklärung einer Straftat wesentlichen Umständen (§ 125 Z 4 StPO). Die Voraussetzungen für eine gerichtliche Obduktion finden sich in § 128 Abs 2 StPO. Danach darf obduziert werden, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Tod einer Person durch eine Straftat verursacht worden ist. Selbst wenn feststeht, dass der Tod durch eine Straftat verursacht wurde, ist eine Obduktion zulässig, wenn sie zur Klärung der Todesursache beitragen kann.⁸⁵⁰

⁸⁴⁸ 12 Os 63/01; Bertel/Schwaighofer BT I¹¹ § 110 Rz 12; Burgstaller/Fabrizy WK-StGB² § 83 Rz 30; Hirsch Heilbehandlung 357; Leukauf/Steininger StGB³ § 83 Rz 21; Lewisch BT I² 26; Kienapfel/Schroll StudB BT I⁵ § 83 Rz 25; Zipf Arzt 7. AA Fuchs AT I⁷ 16/43; Fuchs/Reindl-Krauskopf BT I³ 41; Kunst Heilbehandlung 33; Loebenstein Haftung 309.

⁸⁴⁹ AA Stellpflug Schutz 123 und 142; Wegscheider BT³ 324.

⁸⁵⁰ Tipold WK-StPO § 128 Rz 14.

Die **sanitätspolizeiliche Obduktion** wird sowohl durch das EpidemieG als auch durch das landesgesetzliche Leichenrecht geregelt. Die sanitätsbehördliche Obduktion nach dem Epidemierecht dient zur Klärung der Frage, ob die Todesursache auf einer gem § 1 Abs 1 EpidemieG anzeigepflichtigen Infektionskrankheit beruht. Nähere Regelungen über die Durchführung enthält die „Verordnung des Ministers des Inneren im Einvernehmen mit dem Minister für Kultus und Unterricht vom 29. September 1914, betreffend Leichen von mit anzeigepflichtigen Krankheiten behafteten Personen“.⁸⁵¹

Die in den Leichen- und Bestattungsgesetzen geregelte Obduktion darf vorgenommen werden, wenn aus Gründen der öffentlichen Gesundheitsvorsorge ein Interesse an der Todesursache besteht.⁸⁵² Besteht also der Verdacht, die verstorbene Person habe zB aus einer verunreinigten Trinkwasserquelle getrunken, darf obduziert werden.

Neben der gerichtlichen und sanitätspolizeilichen Obduktion ist als dritte Kategorie die sog **klinische Obduktion** anzuführen, die sich in § 25 Abs 1 KA-KuG und in nahezu gleichlautenden Regelungen der LandeskrankenanstaltenG⁸⁵³ findet. Entsprechend dieser Bestimmungen sind Personen, die in öffentlichen Krankenanstalten verstorben sind, zu obduzieren, wenn die Obduktion zur Wahrung anderer öffentlicher (als sanitätspolizeilicher oder gerichtlicher) oder wissenschaftlicher Interessen, insbesondere wegen diagnostischer Unklarheit des Falles oder wegen eines vorgenommenen operativen Eingriffs, erforderlich ist. Umstritten ist die Bedeutung von wissenschaftlichen Interessen. Während manche Stimmen jegliches wissenschaftliche Motiv für die Annahme eines wissenschaftlichen Interesses anerkennen,⁸⁵⁴ ist nach der hier vertretenen Ansicht darauf abzustellen, dass die Obduktion einen Erkenntniswert für den konkreten Todesfall erzielen können muss.⁸⁵⁵ Nur wenn die zu erzielenden wissenschaftli-

⁸⁵¹ RGBI 263/1914.

⁸⁵² § 10 ktn BestattungsgG; § 9 Abs 2 nö BestattungsgG; § 10 Abs 1 oö LeichenbestattungsgG; § 12 Abs 3 stmk LeichenbestattungsgG; § 12 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG.

⁸⁵³ § 53 Abs 1 bgl KAG; § 55 Abs 1 ktn KAO; § 42 Abs 1 nö KAG; § 49 Abs 1 oö KAG; § 57 Abs 1 sbg KAG; § 32 Abs 1 stmk KALG; § 37 Abs 1 tir KAG; § 12 Abs 3 vbg Leichen- und BestattungsgG; § 40 Abs 1 wr KAG.

⁸⁵⁴ *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Körpersubstanzen 606 f; *Kopetzki* Krankenanstaltenrecht 518.

⁸⁵⁵ *Eder-Rieder* Transplantationen 289; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12; *Kopetzki* Leichnam 870; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9.

chen Erkenntnisse zur Klärung des individuellen Krankheitsverlaufs oder der Todesursache beitragen können, liegt ein zulässiger Obduktionszweck vor.

§ 25 Abs 2 KAKuG bildet eine Rechtsgrundlage für jene Fälle, in denen § 25 Abs 1 KAKuG mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht greift. Für eine auf § 25 Abs 2 KAKuG gestützte Obduktion ist es erforderlich, dass der Verstorbene zu Lebzeiten seine diesbezügliche Zustimmung erteilt hat oder dass die Zustimmung der nächsten Angehörigen vorliegt. Die Zustimmung der nächsten Angehörigen ist nur dann relevant, wenn der Verstorbene selbst keine Zustimmung erteilt hat.

Schließlich ist noch **§ 40 Abs 1 lit b KAKuG** zu erwähnen. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf Patienten, die in privaten Krankenanstalten verstorben sind. Für solche Patienten ist nicht § 25 Abs 1 KAKuG, sondern § 40 Abs 1 lit b KAKuG maßgeblich. Für eine Zulässigkeit einer Obduktion kommt es hier auf die Zustimmung der nächsten Angehörigen an. Obwohl § 40 Abs 1 lit b KAKuG keinen Bezug auf eine allfällige Zustimmung des Verstorbenen nimmt, ist eine solche wohl dennoch zu beachten.⁸⁵⁶

C. Eingriffe zu Zwecken der Forschung oder Lehre

Eingriffe am Leichnam zu Zwecken der Forschung und Lehre haben vor allem für den medizinischen Bereich große Bedeutung. So wird der Leichnam für sog Übungsoperationen genutzt, anhand derer Medizinstudenten und ausgebildete Ärzte zB neue Operationstechniken erlernen können.⁸⁵⁷ Zur Weiterentwicklung der Medizin kann es auch notwendig sein, dass dem Leichnam Teile entnommen werden, um daran wissenschaftliche Untersuchungen durchzuführen. Aber auch in der pharmazeutischen Forschung wird Leichenmaterial verwendet, etwa zur Austestung von Arzneimittelwirkungen⁸⁵⁸ und damit zur Entwicklung von Medikamenten.

Mit derartigen Eingriffen (Operation oder Entnahme von Leichenmaterial) ist zwangsläufig die Verletzung von Gewebe verbunden. Diese Handlungen sind an einem Lebenden zumindest als **Misshandlung** nach § 83 Abs 2 StGB zu beurteilen, was bereits ausreicht, um die Leichenmisshandlung nach § 190 Abs 1 StGB

⁸⁵⁶ *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Leichnam 866.

⁸⁵⁷ *Platzgummer* Misshandlung 137.

⁸⁵⁸ *Kopetzki* Körpersubstanzen 606.

zu erfüllen.⁸⁵⁹ Zudem wird bei einer Entnahme in aller Regel die Zugriffsmöglichkeit auf den entsprechenden Leichenteil beseitigt, was zur Verwirklichung der Tathandlung **Entziehen** führt. Das ist lediglich dann nicht der Fall, wenn der Verfügungsberechtigte – also entweder der Verstorbene zu Lebzeiten oder nach seinem Tod die nahen Angehörigen – der Entnahme zugestimmt hat. Diesfalls liegt ein Einverständnis vor, das hinsichtlich der Tathandlung Entziehen tatbestandsausschließende Wirkung besitzt.

Dass bei Eingriffen zu Forschungs- oder Lehrzwecken meist sachgemäß, also nach den Regeln der Kunst vorgegangen wird, schließt die Tatbestandsmäßigkeit nicht aus.⁸⁶⁰ Denn auch das professionelle Zerlegen eines Leichnams ist pietätlos, und zwar in dem Sinne, als dadurch in die körperliche Unversehrtheit des Leichnams eingegriffen wird, die einen Teilaspekt des Rechtsguts Pietät darstellt.

Zur Rechtfertigung von Eingriffen zu Ausbildungs- und Forschungszwecken können die **Leichen- und Bestattungsgesetze** der Länder herangezogen werden. Dort ist normiert, dass der Leichnam von der Gemeinde einem anatomischen Institut übergeben werden kann, wenn die zur Totensorge berechtigten Personen keine Vorsorge für die Bestattung treffen.⁸⁶¹ Das anatomische Institut ist damit berechtigt, den Leichnam für Forschungs- oder Lehrzwecke zu verwenden. In Vorarlberg dürfen Angehörige den Leichnam sogar von sich aus einer Einrichtung, die Zwecken der naturwissenschaftlichen oder medizinischen Forschung und Lehre, Zwecken der Ermittlung von Krankheitsursachen oder Zwecken der Heilbehandlung dient, überlassen.⁸⁶² Misshandlungen im Zusammenhang mit Eingriffen an solchen „Anatomieleichen“ sind daher durch diese landesgesetzlichen Regelungen gerechtfertigt.

Greifen diese Bestimmungen nicht, ist hinsichtlich der Tathandlung Misshandeln eine Rechtfertigung über die **Einwilligung des Verstorbenen**, die er

⁸⁵⁹ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12; *Stellpflug* Schutz 116 f und 118 f. Nach *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 190, 191 Rz 10 und *Platzgummer* Misshandlung 140 stellen Operationen an der Leiche keine Misshandlung dar.

⁸⁶⁰ *Bernat* Schlittenversuche 355; *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 10; *Stellpflug* Schutz 117. AA *Platzgummer* Misshandlung 140.

⁸⁶¹ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 4 tir GemeindesanitätsdienstG; § 3 Abs 4 vbg BestattungsgG.

⁸⁶² § 3 Abs 3 vbg BestattungsgG.

noch zu Lebzeiten abgegeben hat, möglich. § 190 StGB schützt mit der Pietät sowohl ein Individual- als auch ein Universalrechtsgut, wobei aber der individuelle Rechtsgutsteil überwiegt. Damit ist § 190 Abs 1 StGB einer Einwilligung des Verstorbenen zugänglich. Nur er kann zu seinen Lebzeiten verfügen, dass sein Leichnam für Forschung und Lehre zur Verfügung stehen soll und dabei misshandelt werden darf. Eine diesbezügliche Einwilligung seiner Angehörigen ist unbeachtlich.⁸⁶³ Der handelnde Arzt bliebe in diesem Fall also strafbar nach dem Misshandeln von Leichen iSd § 190 Abs 1 StGB. Haben die Angehörigen dem Handelnden nicht bloß ihre Zustimmung erteilt, sondern zB auch Zutritt zum Leichnam verschafft, so ist darin eine physische Unterstützungshandlung zu sehen, und es kommt eine Strafbarkeit wegen Beitrags zur Leichenmisshandlung gem den §§ 12 Fall 3, 190 Abs 1 StGB in Betracht.

Liegt keine Einwilligung des Verstorbenen vor, muss geprüft werden, ob eine Rechtfertigung durch die Obduktion gem **§ 25 Abs 1 KAKuG** bzw die fast identischen Bestimmungen der LandeskrankenanstaltenG⁸⁶⁴ erreicht werden kann.⁸⁶⁵ Eine Obduktion zur Wahrung wissenschaftlicher Interessen ist zulässig, wenn Informationen über den konkreten Todesfall gewonnen werden können.⁸⁶⁶ erforderlich ist. Was nun die hier diskutierten Eingriffe anbelangt, muss unterschieden werden. Werden diese Handlungen lediglich zu Ausbildungszwecken, etwa zur Erlernung neuartiger Techniken, gesetzt, so scheidet eine Rechtfertigung über § 25 Abs 1 KAKuG jedenfalls aus. Denn die Handlungen dienen in diesem Fall ausschließlich einem Fremdnutzen und sind nicht geeignet, Erkenntnisse über den Verstorbenen zu liefern. Wird der Leichnam hingegen geöffnet und werden Teile daraus entnommen, um an ihnen zu forschen, kommt es für die Rechtfertigung darauf an, ob diese Untersuchungen Aufschluss über den Krankheitsverlauf und die Todesursache des Verstorbenen geben können. Nur in diesem Fall ist ein Bezug zum konkreten Todesfall gegeben. Soll die Leiche hinge-

⁸⁶³ AA *Bernat* Schlittenversuche 360 (ohne Begründung); *Kopetzki* Leichnam 870 und *Steiner* Rahmenbedingungen 178 sehen die Verfügungsbefugnis der Angehörigen im Hinblick auf die Tathandlung Entziehen auch bei der Tathandlung Misshandeln als gegeben an.

⁸⁶⁴ § 53 Abs 1 bgl KAG; § 55 Abs 1 ktn KAG; § 42 Abs 1 nö KAG; § 49 Abs 1 oö KAG; § 57 Abs 1 sbg KAG; § 32 Abs 1 stmk KAG; § 37 Abs 1 tir KAG; § 12 Abs 3 vbg Leichen- und BestattungsG; § 40 Abs 1 wr KAG.

⁸⁶⁵ Bejahend *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Körpersubstanzen 606 f; *Kopetzki* Krankenanstaltenrecht 518. Verneinend *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12; *Kopetzki* Leichnam 870; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9; *Steiner* Rahmenbedingungen 176.

⁸⁶⁶ *Kopetzki* Leichnam 870; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9. AA *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Körpersubstanzen 606 f.

gen für Forschungsvorhaben verwendet werden, die in keinerlei Zusammenhang mit einer Krankheit oder dem Tod der verstorbenen Person stehen, so greift § 25 Abs 1 KAKuG nicht. Es ist also nach § 190 Abs 1 StGB strafbar, wer die Leichenteile eines bei einem Verkehrsunfall Verunglückten verwendet, um an ihnen Untersuchungen im Bereich der Krebsforschung durchzuführen.

Zu fragen bleibt noch, ob Entnahmen zu Zwecken der Ausbildung oder Forschung durch **§ 62a KAKuG** gerechtfertigt sein können. Dies muss verneint werden.⁸⁶⁷ Gem § 62a KAKuG ist es erlaubt, Verstorbenen einzelne Organe zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die Entnahme zum Zweck der Ausbildung oder medizinischen Forschung dient zwar letztlich auch der Lebensrettung bzw Gesundheitswiederherstellung. Dieses Ziel wird aber nicht durch die Transplantation des entnommenen Teils erreicht.⁸⁶⁸

D. Entnahmen zur Heilmittelherstellung

In der Vergangenheit war die pharmazeutische Industrie zur Erzeugung von Arzneimitteln oftmals auf Leichenmaterial angewiesen. So wurde zB die Hormonsubstanz von Hypophysen Verstorbener zur Herstellung eines Medikaments genutzt, das in der Behandlung von Wachstumsstörungen eingesetzt wird.⁸⁶⁹

Wird Leichensubstanz zu Zwecken der pharmazeutischen Industrie entnommen, so setzt der Handelnde damit zunächst ein **Misshandeln** nach § 190 Abs 1 StGB, da das Entnehmen mit der Verletzung von Gewebe verbunden ist, was an einem Lebenden zumindest als Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB zu qualifizieren ist.

Daneben verwirklicht die Entnahme aber auch ein **Entziehen** gem § 190 Abs 1 StGB, weil durch sie idR die Zugriffsmöglichkeit des Verfügungsbefugten beseitigt. Von der Tatbestandsmäßigkeit ausgenommen sind jene Fälle, in denen

⁸⁶⁷ *Brandstetter* Aspekte 95; *Kalchschmid* Organtransplantation 86; *Kopetzki* Organgewinnung 148.

⁸⁶⁸ Vgl *Brandstetter* Aspekte 95, *Kalchschmid* Organtransplantation 86 und *Kopetzki* Organgewinnung 148 in Bezug auf Entnahmen für Zwecke der pharmazeutischen Industrie. Nach *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 17 ist auch die bloß mittelbare Heilung vom Entnahmezweck des § 62a KAKuG gedeckt.

⁸⁶⁹ So der Sachverhalt, der der Entscheidung SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung) vom 25.11.1986 zugrunde liegt.

der Verfügungsbefugte – das ist der Verstorbene selbst oder nach seinem Tod die nahen Angehörigen – der Entnahme zugestimmt hat. Für die Erfüllung der Tathandlung Entziehen ist es unmaßgeblich, ob es sich um einen großen, bedeutenden oder sichtbaren Teil des Leichnams handelt.⁸⁷⁰ Daher kann auch die bloß erbsengroße Hypophyse Tatobjekt des Entziehens sein.⁸⁷¹ Allerdings wird eine gewisse Geringfügigkeitsgrenze zu berücksichtigen sein: Bei kleinen Teilen, die bei einem lebenden Menschen nachwachsen bzw sich nachbilden würden und im Leichnam mehrfach vorhanden sind, ist eine teleologische Reduktion vorzunehmen. Das Abschneiden eines Haares der Leiche erfüllt das Tatbild daher nicht. In Bezug auf die Hypophyse greift die Geringfügigkeitsgrenze hingegen nicht, da es sich dabei um einen nicht nachwachsenden Körperteil handelt, der überdies nicht mehrfach im Leichnam vorhanden ist.

Hinsichtlich der Tathandlung Misshandeln ist an die rechtfertigende **Einwilligung des Verstorbenen** zu denken. Dieser könnte zu seinen Lebzeiten verfügen, dass sein Leichnam für die Herstellung von Heilmitteln verwendet werden darf. Eine gleichlautende Verfügung seiner nahen Angehörigen ist unbeachtlich, da diese nicht die Träger des individuellen Rechtsgutsaspekts der Pietät sind.

Die Verwendung von Leichenmaterial zur Herstellung von Medikamenten ist im landesgesetzlichen Leichenrecht, das zulässige Handlungen am Leichnam regelt, nicht vorgesehen. Dies ändert jedoch nichts an der Wirksamkeit der Einwilligung, da der Verstorbene mit einer derartigen Verfügung nichts Pietätwidriges wünscht; im Gegenteil, mit seinem Vorhaben verfolgt er einen ethisch hochstehenden Zweck.

Fehlt eine Einwilligung, ist zu prüfen, ob die Entnahme zur Herstellung von Medikamenten auf den speziellen Rechtfertigungsgrund nach **§ 4 Abs 5 GSG** gestützt werden kann. Entsprechend dieser Bestimmung ist es zulässig, Verstorbenen Zellen oder Gewebe zu entnehmen, um das Leben von Menschen zu retten oder deren Gesundheit wiederherzustellen, sofern diese Zellen oder Gewebe innerhalb des Anwendungsbereichs dieses Bundesgesetzes oder als Arzneimittel für neuartige Therapien zur Verwendung beim Menschen bestimmt sind. Gemäß der RL 2001/83 (§ 2 Z 22 GSG) sind unter „Arzneimittel für neuartige Therapien“ Gentherapeutika, somatische Zelltherapeutika sowie biotechnologisch bearbeitete

⁸⁷⁰ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁸⁷¹ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

te Gewebeprodukte zu verstehen.⁸⁷² Werden die entnommenen Zellen und Gewebe daher zur Herstellung dieser Produkte bzw zur Durchführung von Gen- und Zelltherapien verwendet, ist das mit der Entnahme verbundene Entziehen und Misshandeln iSd § 190 Abs 1 StGB durch § 4 Abs 5 GSG gerechtfertigt, sofern auch die übrigen Voraussetzungen des § 4 Abs 5 GSG eingehalten werden. Nachdem § 4 Abs 5 GSG einen Verweis auf die „sonstigen Voraussetzungen des § 62a KAKuG“ enthält, sind jene Voraussetzungen des § 62a KAKuG maßgebend, die für die Rechtfertigung für Tathandlungen nach dem § 190 Abs 1 StGB relevant sind. Das ist ausschließlich § 62a Abs 1 KAKuG.⁸⁷³ Für die rechtfertigende Wirkung des § 4 Abs 5 GSG kommt es also darauf an, dass kein Widerspruch einer widerspruchsberechtigten Person bezüglich einer Zell- oder Gewebentnahme vorliegt und dass bei der Entnahme das Verunstaltungsverbot eingehalten wird.

Ist auch § 4 Abs 5 GSG nicht anwendbar, weil die entnommenen Zellen und Gewebe nicht als Arzneimittel für neuartige Therapien, sondern zur Herstellung von zB wachstumsfördernden Medikamenten verwendet werden sollen, wäre an **§ 62a KAKuG** zu denken, da auch dort die Rede von Entnahmen beim Verstorbenen zur Lebensrettung bzw Gesundheitswiederherstellung ist. Nachdem § 62a KAKuG verlangt, dass der Heilzweck durch eine Transplantation realisiert wird, scheidet eine Anwendbarkeit auf Entnahmen zu Zwecken der Heilmittelherstellung aber aus, da der geforderte Heilzweck hier erst durch die Verabreichung des Medikaments erreicht werden kann.⁸⁷⁴ Eine derartige bloß mittelbare Heilung fällt nicht unter den Wortlaut des § 62a KAKuG.⁸⁷⁵

Ebenso wenig wie § 62a KAKuG greift der Rechtfertigungsgrund des **§ 25 Abs 1 KAKuG** für Fälle der Entnahmen zur Arzneimittelherstellung. Eine Obduktion nach § 25 Abs 1 KAKuG ist zur Wahrung wissenschaftlicher Interessen zulässig. Nun besteht aber an der Produktion von Medikamenten kein wissenschaftliches Interesse – ein solches liegt lediglich bei der Forschung im Bereich der Arzneimittelherstellung vor. Abgesehen davon muss eine Obduktion zur Wahrung wissenschaftlicher Interessen auch immer einen gewissen Erkenntnis-

⁸⁷² Siehe RL 2001/83, Anhang I, Teil IV; *Kopetzki Spender* 170.

⁸⁷³ Siehe dazu oben Seite 99 ff.

⁸⁷⁴ *Brandstetter Aspekte* 95; *Kalchschmid Organtransplantation* 86; *Kopetzki Organgewinnung* 148.

⁸⁷⁵ AA *Foregger WK-StGB*² § 190 Rz 17.

gewinn für den konkreten Todesfall mit sich bringen, also etwa Informationen zur Klärung der Todesursache oder des Krankheitsverlaufs.⁸⁷⁶ Das ist in dem hier diskutierten Fall nicht gegeben: Die Entnahme von Teilen eines Leichnams, um daraus Heilmittel zu erzeugen, dient ausschließlich einem Fremdnutzen.

E. Entnahmen zur Herstellung von Kosmetika

Denkbar ist, dass Leichenteile zur Erzeugung von kosmetischen Artikeln wie zB Seifen benutzt werden.⁸⁷⁷ Wird Leichenmaterial zu diesem Zweck entnommen, so kommt es dadurch zur Verwirklichung der Tathandlung **Misshandeln** iSd § 190 Abs 1 StGB: Die Entnahme ist eine Einwirkung auf den Körper, die gegenüber einem Lebenden das körperliche Wohlbefinden nicht unerheblich trüben würde.

Zudem kommt es durch das Entnehmen auch zur Beseitigung der Zugriffsmöglichkeit auf den entsprechenden Teil; damit ist die Tathandlung **Entziehen** erfüllt. Hat der Verfügungsberechtigte zugestimmt, dass Teile der Leiche zur Herstellung von Kosmetika verwendet werden dürfen, so wirkt diese als Einverständnis zu behandelnde Zustimmung dennoch nicht tatbestandsausschließend. Die mit der Entnahme verfolgten Zwecke sind nämlich nicht in Einklang zu bringen mit dem von § 190 Abs 1 StGB geschützten Pietätsempfinden. Das Einverständnis ist daher mit Sittenwidrigkeit behaftet und unwirksam.⁸⁷⁸

Eine in die Verwendung von Leichensubstanz zur Herstellung von Kosmetika erteilte **Einwilligung des Verstorbenen** ist aus dem gleichen Grund wie ein diesbezügliches Einverständnis des Verfügungsbefugten nicht sittenkonform. Die Einwilligung hat daher keine rechtfertigende Wirkung.

Mit Blick auf den geforderten Zweck der **§ 62a KAKuG** und **§ 4 Abs 5 GSG** scheiden auch diese Bestimmungen als Rechtsgrundlage aus: Nach beiden Regelungen ist eine Entnahme beim Verstorbenen nur zulässig, um damit das Leben eines Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die-

⁸⁷⁶ *Foregger* WK-StGB² § 190 Rz 12; *Kopetzki* Leichnam 870; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 190 Rz 9; im Ergebnis auch *Steiner* Rahmenbedingungen 176. AA *Füszl* Krankenanstaltenrecht IV/35; *Kopetzki* Körpersubstanzen 606 f; *Kopetzki* Krankenanstaltenrecht 518.

⁸⁷⁷ *Kopetzki* Leichnam 871.

⁸⁷⁸ Ohne Begründung aA *Kopetzki* Leichnam 871.

ser Heilzweck wird durch die Herstellung von rein kosmetischen Produkten nicht erreicht.⁸⁷⁹

Schließlich kann eine Rechtfertigung auch nicht auf **§ 25 Abs 1 KAKuG** gestützt werden, denn die (mitunter standardisierte) Erzeugung von Kosmetika stellt kein wissenschaftliches Interesse dar.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Entnahme von Leichenmaterial, um es zu Kosmetika zu verarbeiten, nach § 190 Abs 1 StGB rechtswidrig bleibt und daher unzulässig ist.

F. Einsatz von Leichen bei Crash Tests

In den Jahren 1993 bis 2003 wurden an der Technischen Universität Graz Crash Tests mit Leichen (sog „Schlittenversuche“) zur Erforschung des Schleudertraumas durchgeführt.⁸⁸⁰ Bei diesen „Schlittenversuchen“ ging es um die Studie des Bewegungsverhaltens bei simulierten Verkehrsunfällen zur Entwicklung von Crash Test Dummies. Zu diesem Zweck wurden Leichen mit Beschleunigungs-, Kraft- bzw Drucksensoren versehen, die mit Schrauben am Knochen befestigt wurden. Anschließend wurden die Leichen auf einen Schlitten gesetzt, der auf max 15 km/h beschleunigt und dann abgebremst wurde. Diese Simulation ermöglichte die Feststellung der Bewegungsabläufe bei einem Auffahrunfall und stellte die Grundlage für die Konstruktion von Crash Test Dummies dar.

Mit einer derartigen Verwendungsform von Leichen ist die Tathandlung **Misshandeln** einer Leiche iSd § 190 Abs 1 StGB erfüllt.⁸⁸¹ Die Definition der Leichenmisshandlung stellt auf eine Handlung ab, die an einem Lebenden zumindest eine Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB darstellt. Bereits das Anbringen der Sensoren an den Knochen des Leichnams ist eine Handlung, die an einem lebenden Menschen zumindest eine Misshandlung verwirklicht. Aber auch der Crash Test an sich, bei dem der Leichnam einer simulierten Heckkollision zugeführt wird, stellt eine Handlung dar, die das körperliche Wohlbefinden eines Le-

⁸⁷⁹ Foregger WK-StGB² § 190 Rz 17; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 11a.

⁸⁸⁰ Vgl Bernat Schlittenversuche FN 70. Zur Darstellung des Ablaufs solcher Versuche Bernat Schlittenversuche 352.

⁸⁸¹ Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 10; Pluisch/Heifer Leichenversuche FN 16; Stellpflug Schutz 142. AA Bernat Schlittenversuche 356; Bertel/Schwaighofer BT II⁸ §§ 190, 191 Rz 3.

benden nicht ganz unerheblich trübt. Schließlich wird der Leichnam äußeren Krafterwirkungen ausgesetzt, die ein Schleudertrauma erzeugen.

Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit muss zunächst festgestellt werden, dass kein Rechtfertigungsgrund existiert, der speziell auf die Erlaubnis von Leichenversuchen zur Entwicklung von Crash Test Dummies zugeschnitten ist. Gerechtfertigt sind derartige Leichenversuche aber über die **Einwilligung des Verstorbenen**.⁸⁸² Eine zu Lebzeiten getroffene Verfügung, mit der der Verstorbene seinen Körper „der Wissenschaft oder Forschung vermacht“, erfasst auch Verwendungsformen in der technischen Forschung wie den Einsatz bei Crash Tests.

Auch hier gilt, dass eine Einwilligung der Hinterbliebenen in die Verwendung der Leiche bei Crash Tests mangels Disponibilität über den individuellen Rechtsgutsaspekt unbeachtlich ist.

Fraglich ist, ob die Verwendung von Leichen bei Crash Tests auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn keine Einwilligung des Verstorbenen vorliegt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn eine Analogie zu bereits bestehenden Erlaubnisätzen gezogen werden könnte. Die gesetzlich verankerten Rechtfertigungsgründe der **§ 62a KAKuG** und **§ 4 Abs 5 GSG** kommen als Analogiebasis jedoch nicht in Frage: Bei Crash Tests mit Leichen wird kein Leichenmaterial entnommen, wie dies die **§ 62a KAKuG** und **§ 4 Abs 5 GSG** gestatten. Es handelt sich um komplett unterschiedliche Anwendungsfälle. Abgesehen davon ist auch der von den **§ 62a KAKuG** und **§ 4 Abs 5 GSG** verfolgte Zweck nicht ident mit jenem der Crash Tests. Die **§ 62a KAKuG** und **§ 4 Abs 5 GSG** dienen der unmittelbaren Gesundheitsförderung durch die Transplantation des entnommenen Materials bzw durch die Anwendung beim Menschen. Der Einsatz von Leichen bei Crash Tests mag zwar im weitesten Sinne auch die Gesundheitsfürsorge vor Augen haben, nämlich indem die Sicherheit von Fahrzeugen erhöht wird. Dennoch führt diese Maßnahme bloß mittelbar zur Erreichung des vom Gesetz verlangten Zwecks der Lebensrettung bzw Gesundheitswiederherstellung,⁸⁸³ was nicht ausreichend ist.⁸⁸⁴

Crash Tests mit Leichen liegen zweifellos im wissenschaftlichen Interesse, da durch sie die Fahrzeugsicherheit weiter entwickelt werden soll. Dennoch ist

⁸⁸² Bernat Schlittenversuche 361.

⁸⁸³ Bernat Schlittenversuche 360.

⁸⁸⁴ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

auch **§ 25 Abs 1 KAKuG**, der Eingriffe ua zur Wahrung wissenschaftlicher Interessen gestattet, nicht anwendbar.⁸⁸⁵ Denn § 25 Abs 1 KAKuG bezieht sich ausschließlich auf das Obduzieren zu wissenschaftlichen Zwecken. Und Obduktionen sind nicht mit der Verwendung von Leichen bei simulierten Verkehrsunfällen gleichzusetzen. Obwohl Obduktionen idR einen sehr invasiven Eingriff am Leichnam darstellen, gestattet sie der Gesetzgeber, wenn sie im wissenschaftlichen Interesse liegen (§ 25 Abs 1 KAKuG). Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass weniger invasive Eingriffe, sofern sie nur wissenschaftlichen Zwecken dienen, auch durch § 25 Abs 1 KAKuG gerechtfertigt sind. Einen derartigen Größenschluss hat die Jud in der sog Hypophysenentscheidung abgelehnt.⁸⁸⁶ Aus dem Umstand, dass eine gesetzliche Regelung für Eingriffe am Leichnam zu wissenschaftlichen Zwecken allein im Bereich der Obduktion besteht, muss eher ein Umkehrschluss gezogen werden: In anderen Bereichen als der Obduktion sind Eingriffe im wissenschaftlichen Interesse nicht erlaubt.⁸⁸⁷

G. Leichen als Ausstellungsobjekte

Die Präsentation plastinierter menschlicher Körper im Rahmen von Ausstellungen wie „Körperwelten“⁸⁸⁸ und „Bodies“⁸⁸⁹ sorgte in der Vergangenheit für Diskussionen über die rechtlichen und ethischen Grenzen im Umgang mit menschlichen Leichen. Im Mittelpunkt steht die Frage, woher die Leichname stammen und ob mit der Konservierung Eingriffe in die Totenruhe verbunden sind.

Dem Veranstalter der Ausstellung „Körperwelten“ wurde vorgeworfen, dass es sich bei den ausgestellten Leichen um Hinrichtungsoffer handle.⁸⁹⁰ Haben weder diese Personen selbst noch ihre Angehörigen als Verfügungsberechtigte der Verwendung im Rahmen der Ausstellung zugestimmt, wäre im Fall der Anwendbarkeit von österreichischem Strafrecht die Tathandlung **Entziehen** gem § 190 Abs 1 StGB erfüllt.

⁸⁸⁵ *Stellpflug* Schutz 143.

⁸⁸⁶ SSt 57/89 = RZ 1987/23 = EvBl 1987/105 (sog Hypophysenentscheidung).

⁸⁸⁷ *Stellpflug* Schutz 143.

⁸⁸⁸ <http://www.koerperwelten-deutschland.de/willkommen.html>

⁸⁸⁹ <http://www.bodiestheexhibition.com/bodies.html>

⁸⁹⁰ Näher dazu <http://www.tagesspiegel.de/kultur/ausstellungen/Koerperwelten-Ausstellung-Gunther-von-Hagens-Koerperspense;art2652,2792777>

Zur Frage, ob die Konservierung der Leichen eine **Misshandlung** nach § 190 Abs 1 StGB darstellt, muss das Plastinationsverfahren⁸⁹¹ näher erläutert werden. Dieses setzt sich im Wesentlichen aus zwei Austauschprozessen zusammen: Nachdem die Verwesung durch Einspritzen von Formalin in die Arterien gestoppt ist, wird das Körperwasser des Leichnams in einem ersten Schritt durch ein Lösungsmittel ersetzt. In der zweiten Phase erfolgt dann der Austausch des Lösungsmittels durch einen speziell entwickelten Kunststoff, der jegliche Positionierung des Präparats zulässt.

Diese Maßnahmen sind eindeutig als Leichenmisshandlung nach § 190 Abs 1 StGB zu bewerten. Bereits das Spritzen von Formalin in die Arterien ist eine Handlung, die am Lebenden eine Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB verwirklicht. Auch der zweistufige Austauschprozess von Flüssigkeiten würde an einem lebenden Menschen ganz klar zu einer nicht ganz unerheblichen Trübung des körperlichen Wohlbefindens führen.

Diese spezielle Technik der Plastination, wie sie für die genannten Leichenausstellungen genutzt wird, mag neu sein, die Herstellung von Plastinaten ist aber nichts Ungewöhnliches: Im Bereich von anatomischen Präparaten ist die Konservierung von Leichen und Leichenteilen seit jeher anerkannt.⁸⁹² Es stellt sich daher die Frage, auf welche Weise diese Handlungsformen der Konservierung gerechtfertigt sind. In Betracht kommt lediglich die **Einwilligung des Verstorbenen**. Der Schutz der Unversehrtheit des Leichnams ist ein individueller Aspekt des Rechtsguts Pietät, auf den der Verstorbene – nicht auch seine Angehörigen – durch das Institut der Einwilligung verzichten kann. Eine Einwilligung ist aber nur insoweit zulässig, als sie nicht gegen das Recht der Leichen- und Bestattungsgesetze verstößt. Es muss daher geprüft werden, ob Maßnahmen wie das von den Leichenausstellungen angewendete Plastinationsverfahren durch die Leichen- und Bestattungsgesetze Deckung findet. Hierzu können jene Bestimmungen herangezogen werden, nach denen Maßnahmen zu Forschungs- oder Lehrzwecken am Leichnam gestattet sind.⁸⁹³ Die Präparierung der Leichen

⁸⁹¹ Zur Technik der Plastination vgl <http://www.koerperwelten.de/plastination.html>

⁸⁹² *Tag* Plastination 391.

⁸⁹³ § 19 Abs 4 iVm § 20 Abs 4 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 14 Abs 4 ktn BestattungsgG; § 11 Abs 4 nö BestattungsgG; § 15 Abs 2 öö LeichenbestattungsgG; § 16 Abs 2 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 2 stmk LeichenbestattungsgG; § 30 Abs 4 tir GemeindesaniättsdienstG.

im Fall der angesprochenen Leichenausstellungen geschieht zwar nicht zum Zweck der Forschung. Sie dient aber Lehrzwecken, da die Ausstellung nach der Intention des Veranstalters das Innenleben und die Funktionen des menschlichen Körpers für ein breites Publikum aufzeigen und das Wissen über Anatomie und Physiologie erweitern möchte.⁸⁹⁴

Die Einwilligung des Verstorbenen muss sich aber nicht nur auf eine Maßnahme beziehen, die von den Leichen- und Bestattungsgesetzen grundsätzlich vorgesehen ist, sie darf zudem nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Ein solcher Sittenverstoß liegt zB vor, wenn die Einwilligung mit Gewinnabsicht verbunden ist, also der Verstorbene seinen Leichnam dem Veranstalter von Leichenausstellungen gegen Bezahlung eines Geldbetrages spendet.⁸⁹⁵ Allerdings ist nicht die gesamte Verfügung mit Sittenwidrigkeit behaftet, sondern nur der Leistungsaustausch gegen Entgelt;⁸⁹⁶ die Verwendung des Leichnams zu Lehrzwecken ist ein an sich sittenkonformer Zweck. Die Einwilligung des Verstorbenen verliert somit nicht ihre rechtfertigende Wirkung.

H. „Erlanger Baby“

Im Rahmen des Problemkomplexes rund um das Stichwort „Erlanger Baby“ geht es um die Frage, ob die Körperfunktionen einer hirntoten Schwangeren mittels intensivmedizinischer Maßnahmen aufrechterhalten werden dürfen, um damit das Leben des Ungeborenen bis zu einem später vorgesehenen Kaiserschnitt zu bewahren. Anlass dieser Diskussion war der Fall der Marion P., die im Jahr 1992 in der 15. Schwangerschaftswoche Opfer eines Verkehrsunfalls wurde. Nachdem ihr Hirntod in der Erlanger Universitätsklinik festgestellt worden war, wurden der Kreislauf und die Atmung der Marion P. künstlich aufrechterhalten, um das ungeborene Baby am Leben zu halten.⁸⁹⁷

Zunächst muss geprüft werden, ob diese Maßnahmen zur Verwirklichung des § 190 StGB führen. In Frage kommen lediglich die Tathandlungen **Entziehen** und **Misshandeln**. Der Leichnam oder seine Teile werden dem Verfügungsbe-

⁸⁹⁴ Tag Plastination 392. Für die Ausstellung „Körperwelten“ vgl <http://www.koerperwelten.de/fragen-und-antworten.html#c102>

⁸⁹⁵ Brandstetter Leichnam 874; Edlbacher Leichenteile 454; Kopetzki Organgewinnung 14 f.

⁸⁹⁶ Koziol/Welser Bürgerliches Recht II¹³ 280: Die Zahlung ist zivilrechtlich fückforderbar.

⁸⁹⁷ Zum Sachverhalt vgl Gruber „Erlanger-Baby-Fall“ 175 f und Stellpflug Schutz 67.

rechtigten entzogen, wenn dessen tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf das Tatobjekt beseitigt wird. Wird den Angehörigen also zB der Zutritt zum Leichnam der Schwangeren verwehrt oder dessen Verbleib verdunkelt, so ist die Begehungsvariante Entziehen erfüllt. Gleiches gilt, wenn dem Leichnam ohne Zustimmung des Verfügungsbefugten Teile, zB Gewebe, entnommen werden.⁸⁹⁸ Nachdem dies im Anlassfall aber nicht passiert war, ist nicht von der Verwirklichung der Tathandlung Entziehen auszugehen.

Die intensivmedizinischen Maßnahmen könnten ein **Misshandeln** nach § 190 Abs 1 StGB darstellen. Um die Funktionsfähigkeit des mütterlichen Körpers aufrecht zu erhalten, bedarf es der künstlichen Beatmung und intravenösen Ernährung der toten Schwangeren. Zur künstlichen Beatmung wird ein Kunststofftubus in die Nase eingeführt oder durch einen Luftröhrenschnitt in der Luftröhre platziert.⁸⁹⁹ Die intravenöse Ernährung erfolgt mittels Kunststoffkanülen, die in der Vene platziert werden.⁹⁰⁰ Das Einführen eines Tubus durch die Nase ist ein unangenehmer Vorgang, wird aber wohl noch nicht als nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens zu bewerten sein. Es handelt sich hierbei um eine Verhaltensweise, die die für eine Leichenmisshandlung erforderliche Bagatellschwelle nicht überschreitet. Im Gegensatz dazu könnte aber das Platzierung der Kanülen in den Venen und die Vornahme eines Luftröhrenschnitts eine Misshandlung darstellen. Stellt man sich allerdings vor, dass diese Maßnahmen an einer lebenden Schwangeren vorgenommen werden, um das Leben des ungeborenen Babys zu retten, so würden diese Handlungen als Heilbehandlung qualifiziert werden. Die medizinische Indikation solcher Maßnahmen liegt jedenfalls vor, denn der Erhalt des Babys ist sowohl aus psychischer als auch aus physischer Sicht (ein toter Fötus im Mutterleib kann die Gesundheit der Schwangeren gefährden) für die Mutter wichtig. Nachdem eine Heilbehandlung nach hA kein Körperverletzungsdelikt erfüllt,⁹⁰¹ bedeutet das für den Bereich der Leichenmisshandlung, dass eben keine Handlung vorliegt, die gegenüber einem Lebenden als Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB zu beurteilen ist. Der Arzt,

⁸⁹⁸ AA *Kopetzki* Schwangerschaft 73: Sofern es um den Schutz des Ungeborenen gem § 22 ABGB geht, sind die Angehörigen nicht über den Leichnam verfügungsbefugt.

⁸⁹⁹ *Stellpflug* Schutz 144.

⁹⁰⁰ *Stellpflug* Schutz 144.

⁹⁰¹ 12 Os 63/01; *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹ § 110 Rz 12; *Burgstaller/Fabrizy* WK-StGB² § 83 Rz 30; *Hirsch* Heilbehandlung 357; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 83 Rz 21; *Lewis* BT I² 26; *Kienapfel/Schroll* StudB BT I³ § 83 Rz 25; *Zipf* Arzt 7. AA *Fuchs* AT I⁷ 16/43; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³ 41; *Kunst* Heilbehandlung 33; *Loebenstein* Haftung 309.

der an der toten Schwangeren die genannten Maßnahmen durchführt, um das Leben des Kindes zu retten, macht sich daher nicht wegen einer Leichenmisshandlung strafbar.

Geht man dennoch von einer Misshandlung aus, muss man sich mit der Frage der Rechtfertigung auseinander setzen. Zunächst ist an die **mutmaßliche Einwilligung** zu denken. Allerdings erfordert dieser Rechtfertigungsgrund einen Entscheidungsnotstand, also eine dringende Gefahr für ein Rechtsgut der Toten und den Zwang zum raschen Handeln. Das Leben des Babys, das zweifellos in Gefahr schwebt, ist aber nicht der verstorbenen Mutter als Rechtsgutsträgerin zuzuordnen. Sie kommt bis auf die Pietät als postmortales Persönlichkeitsrecht nicht mehr als Trägerin von Rechten in Frage. Aus diesem Grund muss die mutmaßliche Einwilligung ausscheiden.

Zu prüfen ist weiters der **rechtfertigende Notstand**. Dabei stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Notstandssituation für einen Ungeborenen vorliegen kann. Dies ist zu bejahen, denn durch die Fiktion des § 22 ABGB sind Ungeborene Träger ihrer Rechte. Somit liegt aufgrund des Todes der Mutter und dem damit einhergehenden Versorgungsabbruch ein gegenwärtiger bedeutsamer Nachteil für das Leben des ungeborenen Kindes vor, nämlich der Eintritt des Todes. Der Tod kann durch intensivmedizinische Maßnahmen am toten Mutterleib, die einen Eingriff in die Pietät darstellen, abgewendet werden. Auch die Kriterien der Notstandshandlung werden eingehalten: Die genannten Maßnahmen stellen das einzige Mittel dar, um den Tod des Ungeborenen zu verhindern.⁹⁰² Das bedrohte Rechtsgut, nämlich das Leben des Kindes, ist gegenüber dem zu opfernden Rechtsgut, der Pietät, eindeutig und zweifelsfrei als höherwertig einzustufen.⁹⁰³

⁹⁰² *Kopetzki Schwangerschaft 73.*

⁹⁰³ *Kopetzki Schwangerschaft 73.*

X. Abschließende Bemerkungen

Die vorliegende Arbeit zeigt, dass der Umgang mit der Leiche juristisch gesehen eine Querschnittsmaterie ist. Neben dem Zivil- und Verwaltungsrecht spielt der Tatbestand der Störung der Totenruhe gemäß § 190 StGB die größte Rolle, da dieser durch die gerichtliche Strafdrohung mit Sicherheit die unangenehmste Rechtsfolge vorsieht.

Dieser Tatbestand weist sieben verschiedene Tatobjekte (Leichnam, Teile eines Leichnams, Asche eines Toten, Beisetzungs-, Aufbahrungs- und Totengedenkstätte, Schmuck) und fünf Tathandlungen (entziehen, wegschaffen, misshandeln, verunehren und entfernen) auf, die im Zuge dieser Arbeit detailliert dargestellt wurden. In vielen Punkten erweisen sich die Tathandlungen als äußerst weit reichend; insbesondere ist die Begehungsvariante des Entziehens sehr neutral formuliert, so dass viele Verhaltensweisen darunter fallen, die jedoch nicht strafwürdig erscheinen. In diesen Fällen wäre die Vornahme von teleologischen Reduktionen angebracht, was allerdings die klare Erkennbarkeit von Sinn und Zweck der Regelung voraussetzt. Damit ist der nächste Schwachpunkt von § 190 StGB angesprochen, nämlich die Pietät als das geschützte Rechtsgut. So sehr man auch einzelne Facetten dieses Rechtsgut herausarbeitet, bleibt es im Ergebnis doch unbestimmt: Vor allem das von § 190 StGB geschützte Pietätgefühl der Allgemeinheit ist eine Leerformel, die mit sozialetischen Vorstellungen über den angemessenen Umgang mit den Toten erfüllt werden muss.⁹⁰⁴ Diese Vorstellungen unterliegen aber einem zeitlichen und gesellschaftlichen Wandel, die die Pietät kaum fassbar machen. Mangels eindeutiger Erkennbarkeit der Schutzrichtung wird die Vornahme von teleologischen Reduktionen erschwert.

Da § 190 StGB nicht klarstellt, wer unter dem über die Leiche Verfügungsberechtigten zu verstehen ist, sind für die Auslegung der Tathandlung Entziehen die Leichen- und Bestattungsgesetze der Bundesländer heranzuziehen. Diese verwaltungsrechtlichen Vorschriften enthalten zumeist Regelungen darüber, wer für die Bestattung des Toten zu sorgen hat und damit als Verfügungsberechtigter in Frage kommt. Die diesbezüglichen Differenzen der Bestattungsgesetze führen dazu, dass nicht in allen Bundesländern die gleichen Personen über die Leiche Verfügungsbefugte sind. Diese Konsequenz des Föderalismus ist

⁹⁰⁴ Vgl. Hörnle MK § 168 Rz 1.

für das Strafrecht nicht besonders zweckmäßig, da die Entziehung der Leiche gegenüber der gleichen Person in dem einen Bundesland strafbar und in einem anderen Bundesland möglicherweise straflos ist. Problematisch ist weiters, dass in manchen Ländergesetzen erhebliche Regelungslücken bestehen. So enthält das Tiroler Leichengesetz zB überhaupt keine Bestimmung darüber, wer sich um die Bestattung der Leiche zu kümmern hat. Zur Schließung dieser Lücken ist die analoge Anwendung von Regelungen der anderen Leichengesetze erforderlich, was angesichts der insgesamt neun bestehenden Ländergesetze, die für eine passende Analogiebasis durchforstet werden müssen, eine mühselige Angelegenheit darstellen kann. Insofern erweist sich jene dem § 190 StGB immanente Konstruktion, dass für die Bestimmung des Verfügungsberechtigten auf die Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder zurückgegriffen werden muss, als nicht sehr praktikabel. Neben der Unbestimmtheit des Rechtsguts stellt dies die zweite große Schwachstelle des § 190 StGB dar.

Literaturverzeichnis

Aigner, Organersatz – Ökonomie und Allokation, RdM 2008/64, 100

(zit: *Aigner* Organersatz)

Barta, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich, 19; in Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa, Barta/Weber (Hrsg), Verlag WUV, Wien 2001

(zit: *Barta* Rechtsfragen)

Bernat, Sind sog. Schlittenversuche mit der Leiche nach österreichischem Recht zulässig? Rechtsmedizin 2005, 352

(zit: *Bernat* Schlittenversuche)

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, 11. Aufl., Verlag Springer, Wien/New York 2010

(zit: *Bertel/Schwaighofer* BT I¹¹)

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., Verlag Springer, Wien/New York 2008

(zit: *Bertel/Schwaighofer* BT II⁸)

Binder, Das rechtliche Fortleben des menschlichen Körpers nach dem Tode, JAP 1998/99, 228

(zit: *Binder* Fortleben)

Blauensteiner, Denkmalschutzrecht im Überblick, Verlag WUV, Wien 2005

(zit: *Blauensteiner* Denkmalschutzrecht)

Brandstetter, Der Schutz des Leichnams im österreichischen Strafrecht, 873; in Körper ohne Leben, Stefenelli (Hrsg), Verlag Böhlau, Wien 1998

(zit: *Brandstetter* Leichnam)

Brandstetter, Die rechtlichen Grenzen der Organentnahme aus Leichen zu Transplantationszwecken in Österreich, 119; in Hirntod und Organspende, Bon-dolfi/Kostka/Seelmann (Hrsg), Verlag Schwabe, Basel 2003
(zit: *Brandstetter* Grenzen)

Brandstetter, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte der Verwendung von Organen Verstorbener, Lebender und Ungeborener, 90; in Organtransplantatio-nen – Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Orga-ne zu Heilzwecken, Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Verlag Facultas, Wien 1987
(zit: *Brandstetter* Aspekte)

Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Verlag Manz, Wien 1974
(zit: *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt)

Burgstaller, Der Versuch nach § 15 StGB, JBI 1976, 113
(zit: *Burgstaller* Versuch)

Burgstaller, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBI 1978, 495
(zit: *Burgstaller* Scheinkonkurrenz)

Burgstaller, Diebstahl, Veruntreuung und Unterschlagung, ÖJZ 1974, 540
(zit: *Burgstaller* Diebstahl)

Burgstaller, Österreichische Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie, Die Bestimmung des Todeszeitpunkts im Hinblick auf die Organtransplantation, ÖJZ 1973, 349
(zit: *Burgstaller* Todeszeitpunkt)

Burgstaller, Zur Einwilligung im Strafrecht, RZ 1977, 2
(zit: *Burgstaller* Einwilligung)

Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, RZ 1975, 13
(*Burgstaller* Täterschaftsregelung)

Czerner, Leichenteilasservate zwischen Forschungsfreiheit und Störung der Totenruhe, ZStW 2003, 91

(zit: *Czerner* Leichenteilasservate)

Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, ÖJZ 1984, 289

(zit: *Eder-Rieder* Transplantationen)

Edlbacher, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449

(zit: *Edlbacher* Leichenteile)

Edlbacher, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365

(zit: *Edlbacher* Eingriffe)

Etzl, Organentnahme aus Leichen, 27; in *Ware Mensch*, Plöchl (Hrsg), Verlag Linde, Wien 1996

(zit: *Etzl* Leichen)

Fabrizy, Kurzkommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Verlag Manz, Wien 2006

(zit: *Fabrizy* StGB⁹)

Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Verlag Springer, Wien 2008

(zit: *Fuchs* AT I⁷)

Fuchs, Diebstahl und Dauernde Sachentziehung eines Fahrzeuges im Anschluss an einen unbefugten Gebrauch? RZ 1980, 5

(zit: *Fuchs* Dauernde Sachentziehung)

Fuchs, Zur Tathandlung der Dauernden Sachentziehung, ÖJZ 1983, 206

(zit: *Fuchs* Tathandlung der Dauernden Sachentziehung)

Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Verlag Manz, Wien 2003

(zit: Autor WK-StPO)

Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., Verlag Springer, Wien 2009

(zit: *Fuchs/Reindl-Krauskopf* BT I³)

Füszl, Krankenanstaltenrecht, IV/1; in Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Verlag Manz, Wien 2007

(zit: *Füszl* Krankenanstaltenrecht)

Fuhrmann, Transplantate – § 190/1 StGB, ÖRZ 1980, 259

(zit: *Fuhrmann* Transplantate)

Gruber, Die strafrechtliche Problematik des „Erlanger-Baby-Falls“, 175; in Medizinstrafrecht, Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2. Aufl., Roxin/Schroth (Hrsg), Verlag Richard Boorberg, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2001

(zit: *Gruber* „Erlanger-Baby-Fall“)

Gschnitzer/Faistenberger, Österreichisches Erbrecht, 2. Aufl., Verlag Springer, Wien 1984

(zit: *Gschnitzer/Faistenberger* Erbrecht)

Heinz, Der Handel mit Organen aus strafrechtlicher Sicht, 101; in Ware Mensch, Plöchl (Hrsg), Verlag Linde, Wien 1996

(zit: *Heinz* Handel)

Hinterhofer, Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl., Verlag WUV, Wien 2005

(zit: *Hinterhofer* BT II⁴)

Hinterhofer, Die Einwilligung im Strafrecht, Verlag WUV, Salzburg 1998

(zit: *Hinterhofer* Einwilligung)

Hirsch, Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung, 353; in Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Gössel/Triffterer (Hrsg), Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1999
(zit: *Hirsch* Heilbehandlung)

Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Verlag Manz, Wien 1999
(zit: Autor WK-StGB²)

Hoinkes-Wifflingseder, Zum strafrechtlichen Schutz archäologischer Funde, 56; in Der Mann im Eis – Bericht über das Internationale Symposium 1992 in Innsbruck, Höpfel/Platzer/Spindler (Hrsg), Eigenverlag der Universität Innsbruck, Innsbruck 1992
(zit: *Hoinkes-Wifflingseder* Funde)

Holczabek/Kopetzki Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, Wiener klinische Wochenschrift 1986/13, 417
(zit: *Holczabek/Kopetzki* Rechtsgrundlagen)

Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Verlag de Gruyter, Berlin 1994
(zit: Autor LK¹¹)

Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Verlag de Gruyter, Berlin 1991
(zit: *Jakobs* AT)

Joecks/Miebach (Hrsg), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Verlag C. H. Beck, München 2005
(zit: Autor MK)

Joklik/Zivny, Gewebesicherheitsgesetz – das Wesentlich auf einen Blick, RdM 2008, 20
(zit: *Joklik/Zivny* Gewebesicherheitsgesetz)

Kalchschmid, Die Organtransplantation, Verlag Österreich, Wien 1997

(zit: *Kalchschmid* Organtransplantation)

Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organentnahme, 13; in
Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, Bar-
ta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Verlag Manz, Wien 1999

(zit: *Kalchschmid/Barta* Überlegungen)

Karl, Todesbegriff und Organtransplantation, Verlag Ed. Praesens, Wien 1995

(zit: *Karl* Todesbegriff)

Kienapfel, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975, 421

(zit: *Kienapfel* Notstand)

Kienapfel/Höpfel, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Verlag Manz, Wien 2009

(zit: *Kienapfel/Höpfel* AT¹³)

Kienapfel/Schroll, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl., Verlag
Manz, Wien 2003

(zit: *Kienapfel/Schroll* StudB BT I⁵)

Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II, Verlag Manz,
Wien 2003

(zit: *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II)

Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III, Verlag Manz, Wien 1999

(zit: *Kienapfel/Schmoller* BT III)

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg), Nomos Kommentar zum Strafgeset-
buch, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010

(zit: Autor NK³)

König, Gewebesicherheitsgesetz – Entstehung, Zielsetzung und Grundsätze, 1;
in Gewebesicherheitsrecht, Kopetzki (Hrsg), Verlag Manz, Wien 2009

(zit: *König* Gewebesicherheitsgesetz)

Körtner, Ganz tot oder halbtot? Anthropologische und medizinische Aspekte der Hirntodkontroverse, RdM 1995, 79

(zit: *Körtner* Halbtot)

Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Verlag Springer, Wien 1988

(zit: *Kopetzki* Organgewinnung)

Kopetzki, Der menschliche Leichnam im heute gültigen deutschen und österreichischen Recht, 862; in Körper ohne Leben, Stefenelli (Hrsg), Verlag Böhlau, Wien 1998

(zit: *Kopetzki* Leichnam)

Kopetzki, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, 601; in Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Grafl/Medigovic (Hrsg), Verlag NWV, Wien/Graz 2004

(zit: *Kopetzki* Körpersubstanzen)

Kopetzki, Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote und Gewinnung vom verstorbenen Spender, 142; in Gewebesicherheitsrecht, Kopetzki (Hrsg), Verlag Manz, Wien 2009

(zit: *Kopetzki* Spender)

Kopetzki, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67

(zit: *Kopetzki* Schwangerschaft)

Kopetzki, Krankenanstaltenrecht, 463; in Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, Holoubek/Potacs (Hrsg), Verlag Springer, Wien 2002

(zit: *Kopetzki* Krankenanstaltenrecht)

Koziol, Haftpflichtrecht II Besonderer Teil, 2. Aufl., Verlag Manz, Wien 1984

(zit: *Koziol* Haftpflichtrecht II²)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Band I, 13. Aufl., Verlag Manz, Wien 2006

(zit: *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Band II, 13. Aufl., Verlag Manz, Wien 2007
(zit: *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹³)

Krejci, Wem gehört die Nabelschnur? RdM 2001, 67
(zit: *Krejci* Nabelschnur)

Kunst, Ärztliche Heilbehandlung und Einwilligung des Verletzten, RZ 1975, 33
(zit: *Kunst* Heilbehandlung)

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 6. Aufl., Verlag Springer, München 1991
(zit: *Larenz* Methodenlehre⁶)

Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Verlag Prugg, Eisenstadt 1992
(zit: *Leukauf/Steininger* StGB³)

Lewisch, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl., Verlag WUV, Wien 1999
(zit: *Lewisch* BT I²)

Lewisch, Casebook Strafrecht, 7. Aufl., Verlag Facultas, Wien 2007
(zit: *Lewisch* Casebook⁷)

Loebenstein, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309
(zit: *Loebenstein* Haftung)

Maleczky, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 13. Aufl., Verlag Facultas, Wien 2009
(zit: *Maleczky* AT II¹³)

Martin/Krautzberger, Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 2. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2006
(zit: *Martin/Krautzberger* Denkmalschutz)

Mayerhofer, Strafgesetzbuch, Erster Teil, 6. Aufl., Verlag Österreich, Wien 2009
(zit: *Mayerhofer StGB*⁶)

Müller, Postmortaler Rechtsschutz – Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 1996

(zit: *Müller Rechtssubjektivität*)

O. Mayrhofer, Die Todesfeststellung, 54; in Organtransplantationen – Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Verlag Facultas, Wien 1987

(zit: *O. Mayrhofer Todesfeststellung*)

Ofner, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen aus operativen Eingriffen, 185; in Biotechnologie und Recht, Kopetzki/Mayer (Hrsg), Verlag Manz, Wien 2002

(zit: *Ofner Körpersubstanzen*)

Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren, Verlag Manz, Wien 2005

(zit: *Pilnacek/Pleischl Vorverfahren*)

Platzgummer, Sind „Operationen an der Leiche“ eine „Misshandlung“ iSd § 190 StGB? Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 115 Abs 1 und § 83 Abs 2 StGB, JAP 1991/92, 137

(zit: *Platzgummer Misshandlung*)

Pluisch/Heifer, Die rechtliche Zulässigkeit von Leichenversuchen, NJW 1994, 2377

(zit: *Pluisch/Heifer Leichenversuche*)

Prietl, Die ärztliche Schweigepflicht nach dem Tod des Patienten, RdM 1995, 6

(zit: *Prietl Schweigepflicht*)

Raschauer, Namensrecht, Verlag Springer, Wien/New York 1978

(zit: *Raschauer Namensrecht*)

Rieder, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et ferenda, ÖJZ 1978, 113

(zit: *Rieder lege lata et ferenda*)

Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Verlag Springer, Wien 1954

(zit: *Rittler AT*²)

Rummel, Kommentar zum ABGB, 3. Aufl., Verlag Manz, Wien 2000

(zit: Autor in *Rummel*³)

S. Mayer, Commentar zu der Österreichischen Strafprozessordnung, Verlag Manz, Wien 1878

(zit: *S. Mayer Commentar*)

Schroth, Die postmortale Organspende, 357; in Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl., Roxin/Schroth (Hrsg), Verlag Boorberg, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2007

(zit: *Schroth Organspende*)

Schwamberger, Obduktion in Krankenanstalten, RdM 1998, 77

(zit: *Schwamberger Obduktion*)

Steinbereithner, Der irreversible Ausfall der Hirnfunktion – aktuelle anästhesiologische Aspekte, 49; in Die Bestimmung des Todeszeitpunktes, Krösl/Scherzer (Hrsg), Verlag Maudrich, Wien 1973

(zit: *Steinbereithner Ausfall der Hirnfunktion*)

Steiner, Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der Forschung an Humansubstanzen, RdM 2002, 173

(zit: *Steiner Rahmenbedingungen*)

Stellamor, Ärztliche Berufsordnung, Verlag Manz, Wien 1977

(zit: *Stellamor Berufsordnung*)

Stellpflug, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main 1996

(zit: *Stellpflug* Schutz)

Tag, Zum Umgang mit der Leiche, Rechtliche Aspekte der dauernden Konservierung menschlicher Körper und Körperteile durch die Plastination, MedR 1998, 387

(zit: *Tag* Plastination)

Tipold, Der „verleumdete“ Straftäter, ÖJZ 2000, 454

(zit: *Tipold* Straftäter)

Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Verlag Springer, Wien 1994

(zit: *Triffterer* AT²)

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Verlag LexisNexis, Wien 1992

(zit: Autor SbgK)

Tröndle/Fischer, Kommentar Strafgesetzbuch, 54. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2007

(zit: *Tröndle/Fischer* StGB⁵⁴)

Weber, Eine Mumie als Denkmal, 50; in Der Mann im Eis – Bericht über das Internationale Symposium 1992 in Innsbruck, Höpfel/Platzer/Spindler (Hrsg), Eigenverlag der Universität Innsbruck, Innsbruck 1992

(zit: *Weber* Mumie)

Weber, Ist der „Ötzi“ ein Denkmal? ÖJZ 1992, 673

(zit: *Weber* „Ötzi“)

Wegscheider, Besonderer Teil, 3. Aufl., Verlag Manz, Wien 2009

(zit: *Wegscheider* BT³)

Wilhelm, Duell um eine Leiche, *ecolex* 1994, 73

(zit: *Wilhelm Duell*)

Zeinhofer, Der Anwendungsbereich des Gewebesicherheitsgesetzes, 98; in *Gewebesicherheitsrecht*, Kopetzki (Hrsg), Verlag Manz, Wien 2009

(zit: *Zeinhofer Gewebesicherheitsgesetz*)

Zipf, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, *ÖJZ* 1977, 379

(zit: *Zipf Bedeutung*)

Zipf, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, 1; in *StPdG VI*, Bundesministerium für Justiz, Wien 1978

(zit: *Zipf Arzt*)

Anhang

Abstract

Die vorliegende Dissertation widmet sich dem rechtlichen Umgang mit der Leiche. Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist § 190 StGB, nach dessen Abs 1 sich strafbar macht, 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 missandelt oder einen Leichnam, die Asche eines Toten oder eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte verunehrt. § 190 Abs 2 StGB verwirklicht, wer Schmuck von einer Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte entfernt.

Die Auslegung der einzelnen Tatbestandselemente erfordert die Heranziehung des Zivil- und Verwaltungsrechts. So kann zB der Begriff des Verfügungsberechtigten nur geklärt werden, indem man einen Blick in die Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder wirft. Dort wird geregelt, welche Personen sich in welcher Reihenfolge um die Bestattung des Leichnams zu kümmern haben.

Nach einer ausführlichen Analyse des Tatbestandes folgt eine Darstellung der für § 190 StGB bedeutsamen Rechtfertigungsgründe. Neben der Organtransplantation gem § 62a KAKuG werden die Gewinnung von Leichenmaterial zur Verwendung beim Menschen nach dem GSG, die einzelnen Obduktionsbestimmungen (§ 128 Abs 2 StPO, § 5 Abs 2 EpidemieG, § 25 Abs 1 und Abs 2 KAKuG, § 40 Abs 1 lit b KAKuG), die Übergabe an ein anatomisches Institut nach den Leichen- und Bestattungsgesetzen, die Exhumierung, die Möglichkeit der Rechtfertigung durch das Denkmalschutzgesetz, der rechtfertigende Notstand, die Einwilligung sowie die mutmaßliche Einwilligung dargestellt.

Im Anschluss daran wird unter Zugrundelegung zivilrechtlicher Überlegungen diskutiert, ob der Leichnam eine Sache darstellt. Dies ist vor allem im Hinblick auf die Frage, ob die Leiche neben § 190 StGB auch noch anderen strafrechtlichen Schutz genießt, relevant.

Im Kapitel über das Bestattungswesen ist eine Betrachtung der einzelnen von den Leichen- und Bestattungsgesetzen vorgesehenen Maßnahmen am Leichnam zu finden: So wird etwa die Totenbeschau, Konservierung, Aufbahrung, Bestattung und Überführung von Leichen geschildert.

Den Abschluss dieser Arbeit bildet eine komprimierte Darstellung besonderer Anwendungsfälle, in der die erzielten Ergebnisse zusammengefasst werden. Es wird jeweils die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einzelner Verwendungsformen des Leichnams gestellt. Die in diesem Kapitel dargestellten Handlungen sind die Entnahme zum Zweck der Transplantation, die Obduktion, Eingriffe zu Zwecken der Forschung und Lehre, Entnahmen zur Heilmittelherstellung, Entnahmen zur Herstellung von Kosmetika, Einsatz von Leichen bei Crash Tests, Leichen als Ausstellungsobjekte und das „Erlanger Baby“.

Lebenslauf – Wissenschaftlicher Werdegang

Mag. Elisabeth Mayer

Studium

10/2000 – 02/2005	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
seit 04/2006	Doktoratsstudium an der Universität Wien; Dissertation zum Thema „Der Umgang mit der Leiche“

Berufliche Tätigkeiten

04/2005 – 12/2005	Gerichtspraxis im OLG-Sprengel Wien
01/2006 – 03/2006	Staatsanwaltschaft Wien Sitzungsvertreterin bei Bezirksgerichten in Strafsachen
04/2006 – 10/2009	Universität Wien, Institut für Strafrecht und Kriminologie Assistentin bei O. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brandstetter und Ao. Univ.-Prof. Dr. Tipold Zentrale Tätigkeitsbereiche: <ul style="list-style-type: none">- Abhalten eigener Lehrveranstaltungen- Verfassen von Publikationen
11/2008 – 07/2009	Wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Obersten Gerichtshof
seit 11/2009	Verfassungsrechtliche Mitarbeiterin beim Verfassungsgerichtshof

Publikationen

- *E. Mayer*, Keine Tatbestandsmäßigkeit des § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, ZIK 2007/66, 44
- *E. Mayer*, Nochmals: Keine Tatbestandsmäßigkeit des § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, ZIK 2007/128, 80
- *E. Mayer*, Musterlösung Pflichtübungsklausur aus Strafrecht, Wien, Mai 2006, JAP 2007/2008, 73
- *E. Mayer*, Strafrechtliche Judikatur zum Missbrauch von E-Cards im Jahr 2006 und 2007, in Kierein/Lanske/Wenda (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2008, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien Graz (2008), 227
- *E. Mayer/Salimi*, Musterlösung Modulprüfung aus Strafrecht, Wien, Juni 2007, JAP 2008/2009, 9
- *E. Mayer*, Korruption im Gesundheitswesen, in Kierein/Lanske/Wenda (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2009, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien Graz (2009), 101