

Dr. Tobias Rudolph

Rechtsanwalt

-Vorab per Fax-

RA Dr. T. Rudolph • Albrecht-Dürer-Platz 4 • 90403 Nürnberg

Landgericht Nürnberg-Fürth

-Abteilung für Strafsachen-

Fürther Straße 110

90429 Nürnberg

Fax:

Gerichtspost

Az.:

Albrecht-Dürer-Platz 4
90403 Nürnberg

Gerichtsfach 202

Tel 0911 / 929 18 86

Fax 0911 / 274 06 77

Mobil 0179 / 537 40 94

RA@tobiasrudolph.de

www.tobiasrudolph.de

In Bürogemeinschaft mit
den Rechtsanwälten
Dr. Frank H. Schmidt und
Norbert Alois Oswald

Nürnberg, ...

In der Strafsache

gegen

U.

wurde die Sachrüge in allgemeiner Form erhoben. In rechtlicher Hinsicht ist insbesondere auszuführen:

A. Zu § 168 Abs. 1 StGB – Störung der Totenruhe

I.

Das Zahngold ist schon begrifflich keine Asche.

Nach der Definition des Internetlexikons Wikipedia (<http://de.wikipedia.org/wiki/Asche>) handelt es sich bei Asche um den Verbrennungsrückstand organischen Materials, d. h. den Rückstand der Verbrennung von Lebewesen (Pflanzen, Tiere, Menschen). Chemisch betrachtet handelt es sich bei der Asche um den (insofern unverbrennbaren) Mineral-

Sparkasse Nürnberg

Kto-Nr. 511 53 65

BLZ 760 501 01

Steuer-Nr. 238/264/42212

stoffgehalt der Lebewesen. Asche besteht vor allem aus Oxiden und (Bi-)Karbonaten diverser Metalle, z.B. Al_2O_3 , CaO , Fe_2O_3 , MgO , MnO , P_2O_5 , K_2O , SiO_2 , Na_2CO_3 , NaHCO_3 . Gold in der Konzentration des Zahngoldes gehört nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und auch nach der chemischen Definition nicht zur Asche.

In der deutschen Sprache gibt es die Redewendung, etwas zerfalle zu „Schutt und Asche“. In dieser Wendung kommt zum Ausdruck, dass der Begriff Asche sich auf die Rückstände der Verbrennung organischen Materials bezieht und für anorganisches Material andere Begriffe gelten

Das OLG Bamberg argumentiert in der Entscheidung vom 29.01.2008 (2 Ss 125/2007 – Zahngoldfall Hof) mit einer Definition, wonach unter Asche grundsätzlich alles falle, „was von verbranntem Material übrig bleibt“. Diese Definition stützt gerade den hier zugrundegelegten restriktiven Begriff und nicht denjenigen, wie er in dem Urteil des OLG Bamberg, dem sich das Landgericht Nürnberg-Fürth anschließt, im Ergebnis vertreten wird. Indem nämlich darauf abgestellt wird, was „von *verbranntem* „Material“ übrig bleibt, wird impliziert, dass tatsächlich ein Verbrennungsvorgang stattgefunden hat. Die Steine, die von einem verbrannten Haus übrig bleiben, da sie in ihrer Substanz nicht brennbar sind, gehören nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht zur Asche. Ein Grillrost, der bei einem Grillvorgang bestimmungsgemäß unversehrt bleibt, würde nach allgemeinem Sprachempfinden ebenfalls niemals als Asche bezeichnet werden. Denn er gehört nicht zu dem, was von dem *verbrannten* Material übrig bleibt.

Faktisch wurden sämtliche anorganischen Gegenstände der Kremation, die neben der Asche in den Brennöfen zu finden sind, auch durch die Stadt Nürnberg stets so behandelt, als ob sie *nicht* zur Asche gehören. So wurden in der Vergangenheit Herzschrittmacher und künstliche Hüftgelenke entnommen, ohne dass dazu Einwilligungen der Erben oder Angehörigen vorlagen. Bei diesen Entnahmen ging man – zu Recht – davon aus, dass es sich bei den bezeichneten Gegenständen nicht um Asche im Sinne von § 27 der Bayerischen Bestattungsverordnung handelt. Nach dieser Bestimmung gehört die „Asche“ in die Urne.

Die Stadt Nürnberg vertrat folglich in der Vergangenheit und vertritt aktuell die Auffassung, dass Herzschrittmacher, künstliche Hüftgelenke, Sargnägel, und Zahngold

nicht zur Asche gehören, sondern als nicht verbrennbare Substanz einem anderen rechtlichen Schicksal unterliegen. Gemäß Artikel 1 Abs. 1 Satz 2 des Bayerischen Bestattungsgesetzes (BayBestG) müssen Leichen- und Aschenreste Verstorbener auf Friedhöfen beigesetzt werden, sofern nicht eine gesetzliche Ausnahmebestimmung vorliegt. In Artikel 5 des BayBestG wird konkretisiert, dass mit Leichen- und Aschenresten Verstorbener nur so verfahren werden darf, dass keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere für die Gesundheit und für die Belange der Strafrechtspflege zu befürchten sind und die Würde des Verstorbenen und das sittliche Empfinden der Allgemeinheit nicht verletzt werden. Nach dem BayBestG wird das Begriffspaar „Leichen- und Aschenreste“ an mehreren Stellen verwendet (beispielsweise auch in Artikel 10, Artikel 18 Abs. 1 Nr. 12 BayBestG). Diesem Begriffspaar liegt ganz offensichtlich der Gedanke zugrunde, dass es sich bei den „Ascheresten“ um die organischen Rückstände der Verbrennung handelt, d.h. um das, was *von der Leiche* nach deren Kremation übrig bleibt. Dies wird ganz besonders deutlich in Artikel 27 der auf der Ermächtigung des Artikel 16 BayBestG beruhenden bayerischen Bestattungsverordnung (BayBestV), wonach die Asche einer jeden Leiche in einer festen Urne zu verschließen ist. In der Vorschrift ist weiter geregelt, dass die Urne dauerhaft und wasserdicht sein soll, soll sie über der Erde beigesetzt werden. In Artikel 28 der BayBestV finden sich besondere Regelungen über die Herausgabe und Versendung der Asche, die für künstliche Hüftgelenke, Sargnägel und Zahngold offensichtlich nicht eingreifen. Die verwaltungsrechtlichen Vorschriften lassen keinen Zweifel daran, dass die „Asche“ in die Urne gehört und folglich nicht zur Disposition der Erben oder Angehörigen – und auch nicht der Stadt als Träger der Bestattungsanstalt – steht.

Ab April 2005 gab die Stadt Nürnberg die nicht organischen Reste der Verbrennung an ein Entsorgungsunternehmen und erhielt hierfür Bezahlung nach Gewicht (vgl. S. ... der Urteilsgründe). Wäre die Stadt Nürnberg davon ausgegangen, dass es sich dabei um Asche handelte, hätte sie die nicht organischen Verbrennungsrückstände nicht (nach ihrer Auffassung legal) verkauft.

Der Umstand, dass nach Auffassung der Stadt Nürnberg die mit der Leiche fest verbundenen Körperimplantate, d. h. insbesondere das Zahngold, nicht zur Asche gehört, lässt sich auch aus der aktuellen Fassung der Bestattungs- und Friedhofssatzung der Stadt

Nürnberg vom 06.04.2009 ablesen (Amtsblatt der Stadt Nürnberg, S. 134, Satzung auf Grundlage von Artikel 23 Satz 1 und Artikel 24 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 der Bayerischen Gemeindeordnung). In dieser Satzung wird unter § 11 Abs. 1 Satz 2 geregelt: „Eine Einäscherung soll nur erfolgen, wenn auf die Rückgabe mit der Leiche festverbundener Körperimplantate verzichtet wird. Aus der Verwertung der Rückstände solcher Implantate entstehende Erlöse sind zur Förderung einer Kultur der Pietät, des Sterbens und der Totenruhe zu verwenden.“ Diese Vorschrift wurde eingefügt, nachdem der vorstehend zu entscheidende Sachverhalt allgemein bekannt wurde.

II.

Der Aschebegriff des StGB ist schon aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Artikel 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB im Zweifel enger auszulegen, als der Aschebegriff der verwaltungsrechtlichen Bestattungsvorschriften. Daraus folgt, dass, wenn Zahngold im Sinne des öffentlich rechtlichen Bestattungsrechts keine Asche ist, dieses auch keine Asche im Sinne des § 168 StGB sein kann.

Der Gleichklang der Begriffsbestimmung folgt auch aus dem gleichgelagerten Schutzzweck der strafrechtlichen und öffentlich rechtlichen Vorschriften, durch welche ein pietätvoller Umgang mit den Verbrennungsrückständen gewährleistet werden soll. Auch nach öffentlichem Recht dürfen Verbrennungsrückstände nur dann ausgesondert werden, wenn dadurch die Würde des Verstorbenen und das sittliche Empfinden der Allgemeinheit nicht verletzt wird (Artikel 5 BayBestG). In Artikel 5 BayBestG wird sogar ausdrücklich auf die „Belange der Strafrechtspflege“ Bezug genommen, d. h. der Gesetzgeber selbst geht von einem Gleichlauf des verwaltungsrechtlichen und des strafrechtlichen Aschebegriffs aus.

Nach alledem sind nur zwei Sichtweisen denkbar, ohne sich in einem Selbstwiderspruch zu verstricken:

1) Der eine Weg ist der, den das Landgericht Nürnberg-Fürth in dem angegriffenen Urteil und auch das OLG Bamberg beschreiten. Beide Gerichte gehen offenbar davon aus, dass das Zahngold zur Asche und damit in die Urne gehört (vgl. S. ... des angegriffenen Urteils: „....dass ein Teil der Asche der Verstorbenen nicht in die Urne gelangt, um es der Stadt Nürnberg zu ermöglichen, eine ordnungsgemäße Bestattung nach dem Bestattungsgesetz (§

27 S. 1 BayBestV) vorzunehmen“; s. a. OLG Bamberg S. 7 unter II. 3 a) ee): „Für das Ergebnis dieses Revisionsverfahrens kann es daher dahingestellt bleiben, ob sich eine andere rechtliche Beurteilung möglicherweise dann ergibt, wenn – unter Verstoß gegen § 23 Abs. 2 und § 27 Satz 1 BayBestV – eine Entleerung der Aschebehälter nicht nach jedem Sortiervorgang erfolgt und die Verbrennungsrückstände aus verschiedenen nacheinander durchgeführten Einäscherungsvorgängen – etwa aus den Krematierungen im Verlauf eines gesamten Tages – in den jeweiligen Schubladen der sog. Aschenmühle gesammelt werden“).

Beiden Gerichten ist offenbar die Konsequenz ihrer Rechtsauffassung bewusst, nämlich dass die Aussonderung des Zahngoldes durch die Stadt Nürnberg in der gegenwärtigen Praxis bei dieser Sichtweise gegen § 27 BayBestV und gegen § 1 BayBestG verstößt. Die aktuelle Fassung der Nürnberger Bestattungs- und Friedhofssatzung wäre bei dieser Sichtweise mit höherrangigem Recht nicht vereinbar. Eine Verwertung der „Asche“ verbietet sich bei einer solchen Sichtweise von selbst; das Zahngold dürfte genauso wenig „zur Förderung einer Kultur der Pietät, des Sterbens und der Totenruhe“ verkauft und verwertet werden, wie etwa Haare, Fußnägel oder Augen der Verstorbenen. Auf eine vorherige Einwilligung der Erben oder Angehörigen käme es gar nicht erst an. Die wirtschaftliche Verwertung des Zahngoldes wäre auch von keiner gesetzlichen Ausnahmvorschrift durch das Bestattungsgesetz gerechtfertigt (vgl. Artikel 1 Abs. 1 Satz 2 BayBestG: „wenn dieses Gesetz nichts anderes zulässt“).

Der Industriezweig der Verwertung des Zahngoldes müsste eingestellt werden. Der Stadt Nürnberg entgingen bei dieser Sichtweise Einnahmen von jährlich einigen hunderttausend Euro.

2) Die andere denkbare Sichtweise ist diejenige, die hier vertreten wird, nämlich dass es sich beim Zahngold weder um Asche im Sinne von § 168 StGB noch um Asche im Sinne von § 27 BayBestV handelt.

Nur diese Sichtweise steht im Einklang mit der gängigen Praxis der Bestattungsinstitute und mit der aktuellen Fassung des § 11 der Friedhofs- und Bestattungssatzung der Stadt Nürnberg.

Die hier vertretene Sichtweise wird auch gestützt durch § 23 Abs. 2 BayBest. Dort ist geregelt, dass Einäscherungskammern so einzurichten, zu betreiben und zu unterhalten sind, dass die Asche „rein, vollständig und unvermischt“ gewonnen werden kann. Aus der Verwendung der Begriffe „rein“ und „unvermischt“ folgt, dass der Gesetzgeber das Bild von pulverförmigen, ohne Anhaftungen belasteten, Staubpartikeln vor Augen hat. Mit anderen Worten: Es ist die so genannte „weiße Asche“, d.h. Rückstände von organischem Material gemeint - und keine verschmolzenen Zahngoldklumpen.

Letztlich vertritt auch die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth die hier vertretene Rechtsauffassung. Vertreter der Staatsanwaltschaft waren bei der Neufassung des § 11 der Nürnberger Friedhofs- und Bestattungssatzung beteiligt. Würde die Staatsanwaltschaft davon ausgehen, dass die Entnahme und Verwertung von künstlichen Hüftgelenken, Sargnägeln, Scharnieren und Zahngold gegen Art. 28 BayBestG verstieße, so hätte sie Ordnungswidrigkeitenverfahren gemäß Artikel 18 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 Satz 2 BayBestG eingeleitet bzw. durch die zuständigen Stellen einleiten lassen. Dies ist trotz Kenntnis durch die Ermittlungsbehörden nicht geschehen.

Aus Sicht des Unterzeichneten kann die Frage, ob es sich bei dem Zahngold schon begrifflich überhaupt um „Asche“ im Sinne von § 168 StGB handelt, in dem vorliegenden Fall letztlich allerdings dahingestellt bleiben, da diese Vorschrift schon aus einem anderen Grunde nicht erfüllt ist (vgl. unten unter III.).

Die Vorlage des Verfahrens an den Bundesgerichtshof im Wege des Divergenzausgleichs gemäß § 121 Abs. 2 GVG unter dem Gesichtspunkt des § 168 StGB erscheint daher insoweit entbehrlich, als auch bei Zugrundelegung des vom OLG Bamberg vertretenen Aschebegriffs vorliegend ein Freispruch zu erfolgen hat.

III.

Unabhängig davon, ob man die Zahngoldreste bereits begrifflich dem Aschebegriff unterfallen lässt oder nicht, verbietet es der Schutzzweck der Norm, den vorliegend zu entscheidenden Sachverhalt unter § 168 StGB zu subsumieren.

Selbst wenn man sich beispielsweise auf den Standpunkt stellt, Sargnägel (als Verbrennungsrückstände im weiteren Sinne) oder künstliche Hüftgelenke (als anorganische Verbrennungsrückstände fest mit dem menschlichen Körper verbundener Bestandteile) gehören begrifflich zur „Asche“, so dürfte bezüglich dieser Gegenstände Einigkeit darüber bestehen, dass es nach dem Schutzzweck der Norm zulässig und mit den Pietätvorstellungen der Allgemeinheit vereinbar ist, diese Gegenstände auszusondern und einer anderen Behandlung zuzuführen, als die Verbrennungsrückstände organischer Substanz, d.h. die „weiße Asche“. Nichts anderes gilt für das Zahngold – zumindest dann, wenn es wie hier - durch einen technischen Ablauf bereits von den Ascheresten isoliert wurde, keiner bestimmten Person mehr zuzuordnen ist und sich räumlich getrennt und vermischt mit anderen nicht der Pietät unterliegenden anorganischen Verbrennungsrückständen in einem Abfallbehälter befindet.

1) Das OLG Bamberg hat sich mit der Frage des Schutzzwecks des § 138 Abs. 1 Satz 1 StGB nur sehr oberflächlich auseinandergesetzt. Es stellt sich auf den Standpunkt, dass Rechtsgut dieses Tatbestandes nicht nur der postmortale Persönlichkeitsschutz der Toten, sondern auch das Pietätgefühl der Allgemeinheit sei (vgl. S. 9 des Urteils unter II. e), unter Verweis auf BGHSt 50, 80/89; OLG München NJW 1976, 1805/1806; KG NJW 1990, 782/783; jeweils m.w.N.). Das Oberlandesgericht kommt zu dem Ergebnis, dass in dem von ihm zu entscheidenden Fall das Verhalten der Angeklagten „sehr wohl gegen den Schutzzweck der Norm“ verstoßen habe, „weil sie Teile der Asche verstorbener Menschen als Handelsobjekt missbrauchten.“

Diese Argumentation ist zirkulär. Denn von einem „Missbrauch“ kann nur dann die Rede sein, wenn ein bestimmtes Verhalten sozialetisch zu missbilligen ist bzw. gegen rechtliche Normen verstößt. Die Tatsache, dass das Gold einen Marktwert hat und gehandelt werden kann bzw. gehandelt wurde, verstößt gegen keine Normen unserer freiheitlich demokratischen Werteordnung. Auch der Handel mit Zahngold, unabhängig davon, ob es vor oder nach der Kremation einer wirtschaftlichen Verwertung zugeführt wird, ist nicht per se missbilligenswert. Dies folgt schon daraus, dass es einen ganzen (legalen) Industriezweig gibt, der technische Geräte herstellt, die für die Aussonderung und Weiterver-

arbeitung von Zahngoldresten Verstorbener (sog. Goldabscheider) geeignet und bestimmt sind. Es besteht auch kein Tabu in unserer Gesellschaft in dem Sinne, dass Gegenstände Verstorbener (ähnlich wie bei ägyptischen Königen) grundsätzlich als Grabbeigabe einer wirtschaftlichen Verwertung entzogen werden. Dass die wirtschaftliche Verwertung von künstlichen Hüftgelenken, Zahngold usw. nicht per se gegen die geltende Rechts- und Werteordnung verstößt, folgt auch aus der aktuellen Fassung des § 11 Abs. 1 Satz 2 der Bestattungs- und Friedhofssatzung der Stadt Nürnberg in der Fassung vom 06.04.2009, wo ausdrücklich auf „Erlöse“ Bezug genommen wird, die „aus der Verwertung der Rückstände“ von fest mit der Leiche verbundenen Körperimplantaten stammen.

2) Nicht weniger oberflächlich und zirkulär als das OLG Bamberg argumentiert das Landgericht Nürnberg-Fürth in dem angegriffenen Urteil. Das Landgericht Nürnberg-Fürth stellt die Frage nach dem Schutzzweck der Norm gar nicht erst explizit. Im Rahmen der Erörterung des Begriffes „Asche“ wird zwar gesehen, dass der vorliegende Fall sich von dem Fall, der der Entscheidung des OLG Bamberg zugrunde liegt, in einigen wesentlichen Punkten unterscheidet. Indem jedoch maßgeblich darauf abgestellt wird, dass „von den Verantwortlichen der Stadt Nürnberg“ eine Trennung des Zahngoldes von den übrigen Verbrennungsrückständen „niemals beabsichtigt war“, werden normative und faktische Aspekte des Falles in unzulässiger Weise vermischt.

Die Frage ist nicht, ob die Verantwortlichen der Stadt Nürnberg selbst das Zahngold entnehmen sollten oder wollten (was heute durch die Friedhofs- und Bestattungssatzung der Stadt Nürnberg im dortigen § 11 geregelt ist). Die Frage ist auch nicht, ob die Angeklagten eine etwaige arbeitsvertragliche Pflicht verletzt haben, indem sie es unterließen, die Verantwortlichen der Stadt Nürnberg darauf hinzuweisen, dass sich Zahngold in dem Abfallbehälter ansammelt und vermischt.

Für die Subsumtion des § 168 Abs. 1 StGB kommt es alleine darauf an, ob die rein faktische Aussonderung und Trennung des Zahngoldes von den organischen Verbrennungsrückständen dazu führt, dass das Zahngold *in der konkreten Situation* – unabhängig von der unter I. erörterten begrifflichen Frage – nicht mehr als Asche im Sinne des Tatbestandes anzusehen ist.

Bei der Beantwortung dieser Frage muss man von dem Grundsatz ausgehen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Wortes „Asche“ in die Vorschrift des § 168 StGB im Jahr 1953 eine Gleichbehandlung der fest mit den menschlichen verbundenen Implantate *vor* und *nach* dem Verbrennungsvorgang erreichen wollte. Insoweit zutreffend führt das OLG Bamberg unter I. 3. a), bb) aus, es sei der historische Wille des Gesetzgebers erkennbar, „den bereits bestehenden Schutz für die Leiche bzw. die Teile davon in gleicher Weise auch auf die Asche eines Verstorbenen mit allen ihren Bestandteilen auszudehnen.“ Im Ansatz durchaus zutreffend ist es auch, wenn das OLG Bamberg unter cc) davon ausgeht, dass es der gesetzlichen Systematik entspreche, „sowohl den Körper als auch die Asche eines verstorbenen Menschen in gleicher Weise – ganzheitlich – zu schützen.

Vor der Verbrennung gelten nach allgemeiner Meinung folgende Maßstäbe:

Zu den „Körperteilen“ im Sinne von § 168 Abs. 1 StGB gehören anorganische Körperimplantate nur dann, wenn sie fest mit dem Körper verbunden sind und nur mit Gewalt oder jedenfalls nicht ohne Verletzung der Körperintegrität wieder entfernt werden können (vgl. Schönke/Schröde- Lenckner, § 168 Rn. 3; Fischer, § 168 Rn. 5; NK-Herzog, § 168 Rn. 6, Münchner Kommentar – Hörnle, § 168 Rn. 9; m.w.N.).

a) *Vor* der Kremation wird folglich der Maßstab der *faktischen* Einheit bzw. Verbindung mit dem Leichnam angelegt. Dies hat seinen Grund in dem Schutzzweck der Norm. In ihrer Monografie „grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus“ aus dem Jahr 2005 führt Hörnle zutreffend aus, dass eine Bestrafung bloßer Moralwidrigkeiten mit einem modernen Verfassungsverständnis nicht zu vereinbaren ist. Ein genereller „Schutz von Gefühlen“ oder des „öffentlichen Friedens“ ist viel zu unbestimmt, als dass er als Legitimation einer freiheitsschränkenden strafrechtlichen Verhaltensnorm herangezogen werden könnte. Zu dem im Zusammenhang mit § 168 StGB häufig zitierten Pietätgefühl der Angehörigen oder der Allgemeinheit führt Hörnle konkret aus, dass ersteres schon deshalb keine tragfähige Grundlage für die Legitimation einer Strafnorm sein kann, da häufig Angehörige nicht vorhanden sind oder keinerlei Beziehung zu dem Toten haben (Hörnle, S. 368) – oder aber vielleicht sogar ein eigenes Interesse an der wirtschaftlichen Verwertung von Zahngold haben. Im Übrigen handelt es sich bei § 168 StGB nicht um ein Antragsdelikt. Nicht weniger tragfähig ist es, den Schutzzweck des §

168 StGB mit dem fiktiven „Pietätgefühl der Allgemeinheit“ zu begründen (vgl. dazu Hörnle, S. 368 f.). Eine solche Argumentation wäre viel zu unbestimmt, da keine Grenze zwischen rechtlich rationalem Rechtsgüterschutz und emotional willkürlicher Empörung zu ziehen ist.

Zur Legitimation und Auslegung der Strafvorschrift des § 168 StGB ist daher *zumindest auch* der Schutz der postmortalen Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen zu beachten. Dieser postmortale Persönlichkeitsschutz hat jedoch seine Grenzen, denn der Schutz der Menschenwürde kann nur soweit gehen, wie nach menschlicher Wahrnehmung im Zusammenhang mit den körperlichen Überresten eines Verstorbenen von etwas „Menschlichem“ die Rede sein kann.

Ein Leichnam wird in unserer Kultur intuitiv mit einer Art unsichtbaren Schutzhülle wahrgenommen. Es entspricht unseren Verhaltensstandards, dass man sich – mit Ausnahme engster Familienangehöriger – einem toten Körper nur bis zu einem gewissen Abstand nähert. Dieser Abstand entspricht demjenigen Abstand, den man auch bei der Kommunikation mit einem lebenden Menschen wahren würde. In diese „unsichtbare Schutzhülle“, die einen Toten umgibt, sind auch die mit ihm fest verbundenen künstlichen Implantate eingeschlossen. Diese unsichtbare Schutzhülle grenzt den räumlichen Umfang des postmortalen Persönlichkeitsschutzes und Individualität des Toten ein.

Sobald ein künstlicher Gegenstand – aus welchem Grund auch immer – räumlich von dem Leichnam getrennt wird, d.h. sich nicht mehr in der „unsichtbaren Schutzhülle“, die den verstorbenen Menschen umgibt, befindet, nehmen wir ihn intuitiv anders wahr. Nach der Trennung wird das Objekt wieder zu dem, was es vor der Verbindung mit dem lebenden Menschen war – einer bloßen Sache. Genau hier liegt der Grund dafür, weshalb Implantate, die beispielsweise aus medizinischen Gründen aus einem Körper entfernt wurden, nicht mehr als „Körperteile“ im Sinne von 168 StGB anzusehen sind.

b) *Nach der Kremation* müssten dieselben Maßstäbe angelegt werden. Es macht keinen Sinn, einen Gegenstand, der vor der Kremation nicht zu den Körperteilen gehören würde, nach der Verbrennung der Asche zuzurechnen.

Es wäre sinnwidrig, wenn man beispielsweise Knochenrückständen nach der Verbrennung einen größeren Schutz zukommen ließe, als einem vor der Verbrennung abgetrennten Arm. Genauso sinnwidrig wäre es, das räumlich getrennte und nicht mehr individualisierbare Zahngold dem Persönlichkeitsschutz zu unterstellen, während etwa ein Glasauge, das vor der Verbrennung räumlich vom Leichnam getrennt wurde, nicht mehr dem Schutz des § 168 StGB unterfällt. Vorliegend scheidet eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts folglich schon aufgrund der erfolgten räumlichen Absonderung des Zahngoldes von den organischen Verbrennungsrückständen, d. h. der eigentlichen Asche, aus.

Ob dieser Gedanke auch trägt, wenn die räumliche Trennung, wie im Fall des OLG Bamberg, nur vorübergehend erfolgte, kann hier dahingestellt bleiben. Denn vorliegend war die Trennung dauerhaft. Hätten die Angeklagten das Gold nicht aus dem Abfallbehälter entnommen, so wäre es früher oder später auf einer öffentlichen Müllhalde gelandet. Es kann kaum davon die Rede sein, dass der Persönlichkeitsschutz eines Verstorbenen fortwirkt, wenn ein Zahngoldklumpen irgendwann einmal in einer Müllverbrennungs- oder Kompostieranlage gefunden wird.

Hinzu kommt noch ein zweiter Aspekt, der den Nürnberger Fall von dem Hofer Fall, den das OLG Bamberg zu entscheiden hatte, wesentlich unterscheidet. Während dort aufgrund einer bewussten Entscheidung der verantwortlichen Krematoriumsbetreiber das Zahngold einer jeden Leiche individuell zuzuordnen war und nach der Verarbeitung der Asche in der Knochenmühle zurückgeführt wurde, fanden die Angeklagten das Gold im vorliegend zu entscheidenden Fall in einem Sammelbehälter, d. h. die einzelnen Goldkörnchen ließen sich nicht mehr individuell einem Leichnam zuordnen.

Hörnle führt in ihrer Monografie „grob anstößiges Verhalten“ auf Seite 370 über den Zusammenhang zwischen Individualität eines Verstorbenen und den Schutzzweck des § 168 StGB zutreffend aus:

„Sofern es sich bei dem Tatobjekt um die *Asche* eines Verstorbenen handelt, ist die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Menschenwürde in Frage zu stellen. Im Leichnam eines frisch Verstorbenen besteht innerhalb eines beschränkten Zeitraums ein Teil des Verstorbenen fort, nämlich der biologische Anteil seiner personellen Identität. Die Teilidentität von Lebendem und Verstorbenem rechtfertigt es, den Schutz des Leichnams als Schutz der

Menschenwürde zu begreifen, solange es noch um eine *individuelle, unverwechselbare Person* geht. Mit der erfolgten Verbrennung ist jedoch die wesentliche Umwandlung der körperlichen Überreste bereits geschehen. Wenn der Körper nicht mehr existiert, sondern nur noch die Überreste des Verbrennungsvorgangs, ist die Kontinuität mit dem Lebendem zwar durch eine genetische Analyse unter Umständen noch nachvollziehbar (wenn die Verbrennungstemperaturen nicht die genetisch zuordenbaren Bestandteile zerstört haben). Die Identifikation des Verstorbenen ist jedoch deutlich schwächer. Es ist überzeugender, die postmortalen Rechte des Verstorbenen auf respektvolle Handlung seines Leichnams mit der Verbrennung enden zu lassen und die Asche aus dem Schutzbereich von Artikel 1 Abs. 1 GG herauszunehmen.“

Die Ausführungen Hörnles beziehen sich zwar auf eine Fassung des § 168 StGB *de lege ferenda*. Sie sind jedoch auch bei der Auslegung der Norm *de lege lata* beachtlich und überzeugend.

Dementsprechend wird auch bei der Erdbestattung allgemein angenommen, dass der Schutzbereich des § 168 StGB dann endet, wenn ein Leichenteil soweit verwest ist, dass es nicht mehr mit menschlichen Sinnen einer bestimmten Person zugeordnet werden kann (vgl. Münchner Kommentar Hörnle, § 168, Rn. 8, Schenke Schröder Lenkner, § 168, Rn. 3, Fischer, § 168, Rn. 4). Auch das AG Berlin Tiergarten stellte in seiner Entscheidung in NJW 1996, S. 3092 auf die erkennbare Individualität einer Person ab, um den Schutzzweck des § 168 StGB zu bestimmen.

Jede Auslegung der Strafnorm, die den Aspekt der fehlenden Individualisierbarkeit – und damit des postmortalen Persönlichkeitsschutzes – außer Acht lässt, läuft daraus hinaus, dass letztlich einer mehr oder weniger berechtigten Empörung über ein moralisches Fehlverhalten der Angeklagten Ausdruck gegeben wird. Eine Argumentation nach dem Motto „Die Leute haben sich empört, daher ist das Geschehen strafbar“ hat mit Recht nichts mehr zu tun.

B. Zu § 133 StGB – Verwahrungsbruch

Laut den schriftlichen Urteilsgründen entsorgte die Stadt Nürnberg den Inhalt des Sammelbehälters zunächst über den Restmüll. Ab April 2005 gab sie die Reste an ein Entsorgungsunternehmen und erhielt hierfür Bezahlung nach Gewicht. Zuletzt wurden die Reste als Restschrott in einem Container der betriebseigenen Gärtnerei am Westfriedhof gesammelt und zum Schrottpreis veräußert.

Die Verantwortlichen gingen irrtümlich davon aus, dass ein Großteil des Goldes verdampft, jedenfalls aber etwa vorhandene Reste verschmelzen, sich mit der Schlacke verbinden und so klein sind, dass sie mit den anderen Teilen in der Knochenmühle durch das Sieb in die Urne fallen. In den schriftlichen Urteilsgründen wird davon ausgegangen, dass es zum maßgeblichen Zeitpunkt dem Willen der Verantwortlichen entsprach, dass etwa noch anfallende Goldreste zusammen mit der Asche in die Urne gelangen und mit beigemischt werden.

Diese Feststellungen tragen eine Verurteilung wegen Verwahrungsbruchs nicht.

a) Das Tatbestandsmerkmal der *Verwahrung* in § 133 StGB, das an die Stelle des früher verwendeten Begriffs der Aufbewahrung getreten ist, soll den Charakter des fürsorglichen Amtsgewahrsams (BGHSt. 18, 313 vom 02.04.1963 - 1 StR 66/63) verdeutlichen, auf den es in § 133 ankommt, und den dienstlichen *Verwahrungsbesitz* von dem schlichten Amtsbesitz absichten.

§ 133 I StGB bezweckt die Sicherung spezifischen Verwahrungs- oder Aufbewahrungsbesitzes bei dienstlicher oder dienstlich durch Übergabe zustande gekommener Verwahrung, nach amtlicher Inbesitznahme der Behörde im Rahmen der ihr obliegenden öffentlichen Aufgabe.

Maßgebliches Moment fürsorglich aufbewahrender Hoheitsgewalt ist ihre Ausrichtung auf die Bestandserhaltung der Sache, die Wahrung deren körperlicher Identität, deren jederzeitige Zugänglichkeit bzw. unmittelbare Verfügbarkeit für die spezifisch dienstliche Zweckbestimmung und die Unterbindung jeglicher bestimmungsgemäßer Verwendung entgegenstehender Sacheinwirkung - *Voraussetzungen* unbeeinträchtigt hoheitlich zweckbestimmter Tätigkeit (vgl. LK-StGB, von Bubnoff, § 133, Rn. 6).

In amtlichem Gewahrsam dieser Art können sich zwar auch vertretbare und selbst verbrauchbare Sachen befinden (RGSt 43, 175; 51, 416; 57, 371; BGHSt 1, 388, 390 [BGH 30.10.1951 - 1 StR 423/51]; BGH Urt. vom 12. August 1952 - 4 StR 631/51) sofern sie nicht nur der Gattung nach zurückerstattet werden sollen. Selbst Geldscheine und Münzen geltender Währung können daher im Einzelfall unter den Tatbestand fallen, z.B. wenn sie in Briefen oder sonst in Behältnissen der Beförderung durch die Post oder die Bahn übergeben sind (RGSt 67, 230) oder auch dann, wenn sie als abgerechneter Bestand einer öffentlichen Kasse zur amtlichen Ablieferung bereit gehalten werden (RG I 313/09 vom 7. Juni 1909 bei Werner in LK § 133, III; BGH Urt. vom 20. Januar 1955 - 3 StR 238/54 -).

All diese Fälle setzen jedoch stets zweierlei voraus:

1. Die in Verwahrung befindliche Sache muss im Einzelnen *konkretisiert und individualisiert* sein.
2. Es muss ein *aktuelles Verwahrungsbewusstsein* des zuständigen Amtsträgers bestehen.

Daher zählen Gegenstände des allgemeinen Amtsbesitzes, denen die eigentümliche Zweckbestimmung der Erhaltung der Sache im Bestande fehlt, nicht zu den Gegenständen, die unter § 133 StGB fallen. Das hat die Rechtsprechung stets für Sachen angenommen, die einer Behörde zum Gebrauch oder Verbrauch im Amte zugewiesen sind wie z.B. Brennstoffe (RGSt 51, 226), Formblätter und anderes Schreibmaterial (RGSt 24, 385; 72, 172; RG HRR 1937, 608), Einrichtungsgegenstände einer Amtsstelle und Werkzeug zur Erfüllung ihrer Aufgaben (RGSt 52, 240), Benzinmarken (BGHSt 4, 236, 241). Auch zur Veräußerung oder zur Vernichtung bestimmte Gegenstände betrifft § 133 StGB nicht (RGSt 63, 31, 33; BGHSt 9, 64). Ähnlich genießt Geld, das sich in öffentlichen Kassen befindet, in der Eigenschaft als vertretbare Sache (§ 91 BGB) nicht den Schutz des § 133 StGB, also z.B. dann nicht, wenn und solange es dem amtlichen Geschäftsverkehr dient oder wenn es zur Auszahlung bestimmt ist. Denn dann soll es in seinen Stücken gerade nicht aufbewahrt, sondern verbraucht werden (§ 92 BGB). Sonst gingen Diebstahl, Unterschlagung oder Veruntreuung und selbst Raub von Geld aus öffentlichen Kassen in aller Regel mit Verwahrungsbruch einher, obwohl jene Straftaten ihren Angriff zwar gegen das

öffentliche Eigentum oder Vermögen, jedoch nur selten zugleich gegen das Hoheitsrecht der betroffenen Behörde richten (vgl. RGSt 28, 379, 382; BGHSt 18, 312, 314).

Vorliegend war das Zahngold, welches sich in dem Sammelbehälter befand, durch die Verantwortlichen der Stadt weder individualisiert, noch wussten die Zuständigen überhaupt von dessen Existenz. Schon nach den allgemeinen Maßstäben scheidet § 133 StGB vorliegend ganz offensichtlich aus. Dies hat auch das OLG Bamberg so gesehen, welches den Tatbestand des Verwahrungsbruchs zutreffend als so fern liegend behandelt hat, dass es darauf nicht einmal eingegangen ist.

b) Ohne Relevanz für den vorliegenden Fall ist die Frage, ob Leichen grundsätzlich unter den Schutzbereich des § 133 StGB fallen. Denn vorliegend wurden keine Leichen oder Körperteile entwendet, die dazu bestimmt waren, bestattet zu werden. Es wurden Gegenstände aus einem Sammelbehälter genommen, dessen Inhalt entsorgt bzw. als Restmüll hätte verkauft werden sollen.

Die Argumentation des Landgerichts in dem angegriffenen Urteil geht unzulässigerweise davon aus, dass sich ein (unterstelltes) Verwahrungsverhältnis an der Leiche an dem Zahngold gleichsam als Surrogat fortsetzt.

Bei dieser Argumentation wird verkannt, dass durch den Verbrennungsvorgang eine vollkommen neue Substanz geschaffen wird, an welcher sich nicht ohne weiteres ein bestehendes Verwahrungsverhältnis fortsetzt. Zwar wäre es denkbar, dass auch an der Asche ein konkretes Verwahrungsverhältnis begründet wird. Gerade dies ist hier – mangels aktueller Kenntnis der Verantwortlichen von den Abläufen der Kremation – jedoch nicht erfolgt.

Eine Fortsetzung eines eventuellen Verwahrungsverhältnisses kann auch deshalb nicht angenommen werden, da die Leichen individualisiert waren und eine konkrete Beziehung zwischen dem einzelnen Toten und den Erben bzw. den Angehörigen bestand. Das Zahngold, welches sich in dem Sammelbehälter befand, ließ sich keinem der Toten mehr zuordnen, da sich im Laufe des Tages die Rückstände mehrerer Verbrennungsvorgänge angesammelt hatten. Es hatte auch keiner der Erben oder Angehörigen ein Aneignungsrecht an

dem (herrenlosen) Zahngold ausgeübt. Nach der Vermischung der Zahngoldreste in dem Sammelbehälter wäre eine Aneignung auch kaum noch möglich gewesen.

In der Sache unterstellt das Landgericht der Stadt als Betreiberin des Krematoriums eine Art „generellen Verwahrungswillen“ an allen Gegenständen, die sich in ihrem Einflussbereich befinden. Der Ausdruck „genereller Verwahrungswille“ ist jedoch ein Widerspruch in sich (*contradictio in adiecto*). Denn „Verwahrung“ impliziert immer etwas Konkretes, Individualisierbares. Hier liegt auch der Unterschied zum Begriff des „Gewahrsams“, wie es sich beispielsweise bei der Auslegung des § 242 StGB (Diebstahl) herauskristallisiert hat. § 242 StGB bezweckt den Schutz des Eigentums. § 133 StGB soll hingegen das Vertrauen in die Zuverlässigkeit amtlicher Verwahrung schützen (Fischer, § 133, Rn. 2). Die besondere Sicherheit und Zuverlässigkeit amtlicher Verwahrung kann nur geschützt werden, wenn sie tatsächlich besteht. Eine potenzielle Verwahrung bzw. ein potenzieller Verwahrungswille genügt nicht.

Der vorliegende Fall ist auch nicht mit demjenigen vergleichbar, bei dem ein Gegenstand, der sich in amtlicher Verwahrung befindet, sich kurzfristig an einem anderen Ort befindet, als der Verantwortliche glaubt, als beispielsweise wenn eine Akte versehentlich in den Papierkorb fällt. In einem solchen Fall fehlt zwar kurzfristig das Bewusstsein, wo genau sich ein zu verwahrender Gegenstand befindet. Der Verantwortliche bleibt sich jedoch stets bewusst, dass der Gegenstand sich in einer ganz bestimmten stofflichen Form in seinem räumlichen Herrschaftsbereich befindet. Der Gegenstand bleibt auch individualisierbar. All dies war vorliegend nicht der Fall.

c) Irrelevant ist es, wenn das LG ausführt, dass die Verantwortlichen das Zahngold in Verwahrung genommen hätten, wäre ihnen dessen Existenz bewusst gewesen. Bei dieser Argumentation wird unzulässigerweise ein Sein mit einem Sollen verwechselt. Ein potenzielles Verwahrungsverhältnis genügt jedoch für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 133 StGB genauso wenig wie ein potenzieller Verwahrungswille dessen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen genügt.

Die Tatsache, dass das Gold sich faktisch *nicht* in Verwahrung der Stadt Nürnberg befand, und auch kein aktueller Verwahrungswille bestand, beruhte letztlich auf einem Irrtum. Das

LG führt insoweit aus, die Angeklagten „machten sich diese Fehleinschätzung und die mangelnde technische Kenntnis der Verantwortlichen über den Umstand, das das Zahngold in den Sammelbehälter fiel, bewusst zunutze, um selbst das Gold entnehmen zu können. Ihnen war klar, dass bei Offenbarung des wahren technischen Ablaufs der Stadt Nürnberg die Entnahme des Goldes aus dem Sammelbehälter verhindert hätte.“

Im Ergebnis knüpft das LG seinen Schuldvorwurf nicht daran an, dass die Angeklagten ein tatsächliches Verwahrungsverhältnis gebrochen hätten, sondern daran, dass sie selbst dafür sorgten, dass es ein solches niemals gegeben hat.

Eine solche Konstellation wird als *actio illicita in causa* (d.h. eine in ihrer Ursache rechtswidrige Handlung) bezeichnet. Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Schuldvorwurf ist nicht das in dem Tatbestand selbst umschriebene strafbare Verhalten, sondern ein Verhalten, das im Vorfeld des Tatbestandes liegt.

Während auf der Ebene der Schuld die Rechtsfigur der *actio libera in causa* in den letzten Jahren in die Diskussion gekommen ist (vgl. dazu Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 20 StGB; Rn. 33 ff.), ist für die *actio illicita in causa* – zumindest auf Tatbestandsebene (zur Rechtfertigungsebene vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff. StGB; Rn. 23) – schon seit langem anerkannt, dass eine solche nicht zur Strafbarkeit führt.

Maurach hat in der 4. Auflage des Lehrbuchs „Deutsches Strafrecht“ von 1971 (S. 441) die These aufgestellt, dass „taugliches Bezugsobjekt der *actio libera in causa*“ „jedes verbrechenskonstitutive Merkmal“ sei. Deshalb seien die sog. „Regeln der *actio libera in causa*“ auf *alle* Fälle auszudehnen, bei denen der Täter die Verantwortung dafür trägt, dass bei seiner Tat ein konstitutives Merkmal des Verbrechensbegriffs nicht erfüllt ist. Nach Maurach ist es dabei gleichgültig, ob es „an der Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Zurechenbarkeit“ fehlt. Diese These hat sich nicht durchsetzen können. Heutzutage werden Fälle der *actio libera in causa* bzw. *actio illicita in causa* auf Tatbestandsebene nur noch sehr selten diskutiert und es besteht eine einhellige Meinung, dass diese Fälle nicht zur Strafbarkeit führen (vgl. dazu Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 274 ff. und 351 ff.).

Jemand, der eine Sache erwirbt, um sie dann zu zerstören, macht sich nicht deshalb einer Sachbeschädigung strafbar, weil er selbst dafür gesorgt hat, dass die Sache nicht mehr in fremdem Eigentum steht und folglich der Tatbestand des § 303 StGB nicht erfüllt ist.

Genauso wenig machten sich vorliegend die Angeklagten dadurch strafbar, dass sie selbst geflissentlich dafür sorgen, dass der Irrtum der Verantwortlichen über den Verbleib des Zahngoldes perpetuiert wurde und folglich kein Verwahrungsverhältnis an dem Gold begründet wurde. Die Tatsache, dass das Verhalten der Angeklagten eventuell gegen arbeitsrechtliche Obliegenheiten verstieß (die auch entsprechende sanktioniert wurden), vermag daran nichts zu ändern.

d) Für den Fall, dass das Revisionsgericht davon ausgehen sollte, dass der Tatbestand des Verwahrungsbruchs erfüllt ist, hat gemäß § 121 II GVG eine Vorlage an den BGH zu erfolgen.

Das OLG Bamberg hat in seiner Parallelentscheidung den Tatbestand des § 133 StGB verneint, obwohl nach den in dem ... Fall getroffenen Feststellungen die Annahme eines amtlichen Verwahrungsverhältnisses wesentlich näher gelegen hätte, als dies bei dem vorliegend zu entscheidenden Sachverhalt der Fall ist.

Dr. Tobias Rudolph

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht