

Rumpelstilzchen einmal umgekehrt: Wie aus Gold Asche wird

Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 StR 71/15*

Von Prof. Dr. Stephan Stübinger, Hagen

Seit nunmehr einem Jahrzehnt bietet die „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ (ZIS) ein willkommenes Forum für das, was Juristen – Strafrechtler zumal – am liebsten tun: das Streiten um dogmatische Probleme und Problemchen. Die Meinungsverschiedenheit liegt dem Juristenstand und macht ihn so beliebt bei den Mitmenschen. Dieser Umstand wird nicht selten mit dem bekannten Spruch: „Zwei Juristen – drei Meinungen“ quittiert. Der Gegenstand der meisten Streitigkeiten ist leicht einzusehen und auch für Laien gut nachvollziehbar. Die Gründe für viele dieser Meinungsstreite sind bis zu ihren Wurzeln zu verfolgen; sie liegen nicht selten in den unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Grundansichten der Juristen. Auch wenn die Rede von (straf-)rechtlichen „Schulen“ heute eher verpönt ist, so sind doch einige differierende Annahmen über die Grundlagen des (Straf-)Rechts auszumachen, die so manchen Streit veranlassen, aber auch verständlich machen. Zumindest in einigen der Standardkontroversen scheint es um das Große und Ganze des eigenen Rechtsverständnisses zu gehen.

Einige Streitgegenstände muten hingegen kleinkariert und beinahe etwas skurril an; sie dürften bei Nicht-Juristen zumindest auf den ersten Blick eher auf Unverständnis stoßen. So ist es beispielsweise nicht ganz einfach, jemandem begreiflich zu machen, dass für Juristen die Gleichung „Gold = Asche“ gelten soll. Auch Gold könne unter Umständen Asche sein oder als solche bezeichnet werden. Wie soll das möglich sein? Zunächst klingt dies nach einer märchenhaften Umwandlung oder nach typisch juristischer Auslegungskunst, die so manch Selbstverständliches in kaum Begreifbares umzuwandeln vermag. Es erinnert jedenfalls ein wenig an die Umkehrung eines berühmten Märchens: Die bekannte Märchenfigur Rumpelstilzchen verfügte bekanntlich über die wundersame Fähigkeit, aus Stroh Gold zu spinnen. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat sich nun in seinem Beschluss vom 30.6.2015 an einer umgekehrten Operation versucht; darin lässt er Gold zu Asche werden. Zugegeben: ganz so simpel wie die Formel hier eingeführt wurde, drückt sich der BGH natürlich nicht aus. Es geht nicht um eine einfache oder gar generelle Gleichsetzung von Gold und Asche. Dabei handelt es sich nicht um Hexenwerk oder verunglückte Alchemie, sondern um die Subsumtion des Goldes unter das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „Asche“, das sich seit 1953 in § 168 StGB findet. Dieser in Theorie und Praxis (der BGH-Rechtsprechung) eher selten vorkommende Straftatbestand hat die „Störung der Totenruhe“ zum Gegenstand. Die Gleichung „Gold = Asche“ muss daher weiter entfaltet werden, um sie irgendwie verständlich machen zu können.

* BGH NJW 2015, 2901. Soweit nichts anderes angegeben wird beziehen sich die im Text zitierten Seitenzahlen auf diese Fundstelle.

I. Der Weg zum bisherigen Meinungsstand

Mit der besagten Gleichsetzung von Gold und Asche steht der BGH keineswegs allein; er setzt sich vielmehr an die Spitze der bislang schon in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung. Dem BGH-Beschluss sind insbesondere drei Entscheidungen diverser Oberlandesgerichte vorausgegangen, die in dieser Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind und seitdem auch die rechtswissenschaftliche Literatur zu diesem Thema spalten. Den Anfang machte 2008 das Urteil des OLG Bamberg, das – entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung des Amtsgerichts Hof – wohl zuerst zu dem rechtskräftigen Ergebnis kam, dass zur „Asche eines verstorbenen Menschen“ auch dessen vormals implantiertes Zahngold gehöre.¹ Zur Unterstützung verweisen die Bamberger Richter u.a. auf die eigenen Lese Früchte, die sie der Lektüre von „Meyers Enzyklopädisches Lexikon sowie Duden, Wörterbuch der deutschen Sprache, jew. Stichwort: Asche“² verdanken. Daraus ergebe sich, dass der „Begriff ‚Asche‘ schon nach seinem allgemeinen sprachlichen Verständnis generell die bei einer Verbrennung verbleibenden Rückstände und damit grundsätzlich alles, was von verbranntem Material übrig bleibt“³, umfasse. Außerdem beruft sich das OLG Bamberg auf Stimmen aus der damaligen Kommentarliteratur; zitiert werden: „Dippel, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 168 Rdnr. 28; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 168 Rdnr. 4; Hörnle, in: MünchKommStGB, § 168 Rdnr. 11“⁴. Tatsächlich findet sich jedoch nur bei Lenckner ein ausdrücklicher Hinweis auf das Zahngold, denn zur Asche sollen „auch die mit einem Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, die nicht verbrennbar sind (zB Goldzähne)“ gehören.⁵ Demgegenüber stimmt Dippel zwar einerseits der Kommentierung von Lenckner zu, andererseits behauptet er aber auch, dass sich die Tathandlung „der Sache nach gegen die aschegefüllte Urne richten“ dürfte,⁶ in die das Zahngold aber nicht notwendig bzw. sogar regelmäßig gerade nicht gelangt (dazu unten III. 1.). Tatjana Hörnle hat sich inzwischen sogar ausdrücklich zu der entgegengesetzten Ansicht bekannt; sie meldet darüber hinaus

¹ OLG Bamberg, Urt. v. 29.1.2008 – 2 Ss 125/07 = NJW 2008, 1543 (1544); siehe auch die Darstellung und Erläuterung der Entscheidung von Jahn, JuS 2008, 457, sowie die zustimmende Wiedergabe von Kudlich, JA 2008, 391 (393).

² OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1544), Hervorhebung im Original.

³ OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1544).

⁴ OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1544), Hervorhebung im Original.

⁵ Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 168 StGB Rn. 3 (dieser Hinweis findet sich seit der 23. Aufl. 1988 an dieser Stelle).

⁶ Dippel, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 168 Rn. 28.

sogar Zweifel an, ob „die Menschenwürde des Verstorbenen auch nach der Verbrennung des Körpers im Umgang mit der Asche noch zu beachten ist“, weshalb die diesbezügliche „Ergänzung von § 168 um das Tatbestandsmerkmal ‚Asche‘ [...] nicht zum Schutz der Menschenwürde geboten“ gewesen sei.⁷

Die Einschätzung des Bamberger OLG hat dann 2009 aber auch das LG Nürnberg-Fürth geteilt,⁸ das indes noch im gleichen Jahr vom OLG in Nürnberg in diesem Punkt berichtet worden ist. Die Nürnberger Oberlandesrichter kamen nämlich zu dem entgegengesetzten Ergebnis und urteilten, dass das Zahngold keine Asche im Sinne des § 168 StGB sei; dabei legten sie insbesondere ein anderes „allgemeines Sprachverständnis“ zu Grunde, nach dem Asche nur „einen pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand“ bezeichne.⁹ Dem ist – zumindest im Ergebnis – ein Teil der (Kommentar-)Literatur gefolgt.¹⁰ Widerspruch hat diese Rechtsansicht hingegen nicht nur von der Mehrheitsmeinung im Schrifttum¹¹ sondern auch vom Hanseatischen Oberlandesgericht¹² und nun schließlich auch vom BGH erfahren. Bevor die von den benannten Meinungen vorgebrachten Pro- und Contra-Argumente diskutiert werden (unten IV.), sollen zunächst einmal der dem BGH-Beschluss zu Grunde liegende Sachverhalt (II.) und sodann einige (auch außerstraf-)rechtliche Aspekte der vorliegenden Problematik dargestellt werden (III.).

II. Sachverhalt¹³

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um mehrere Angestellte eines Krematoriums, die für die Bedienung der Einäscherungsanlage zuständig waren. Zu deren Aufgaben zählte auch, die Verbrennungsrückstände mit Hilfe einer kleinen Handgardenharke nach Metallteilen, insbesondere künstlichen Gelenken, aber auch Zahngold, Schmuckresten und sonstigen Wertmetallen, zu durchsuchen. Diese Gegenstände sollten aus der Asche sortiert und in einem Behälter gesammelt werden, um später von den Friedhof-Betreibern zu karitativen Zwecken veräußert werden zu können. Stattdessen entnahmen die Angeklagten jedoch wiederholt (das vorinstanzliche Landgericht ging bei einer Angeklagten von 110 Fällen aus) Zahngold aus den Verbrennungsrückständen und veräußerten es selbst. Dabei wurden insgesamt Vermögensvorteile in Höhe von mehr als 300.000 € erlangt. Der BGH sieht in dem Entwenden von Zahngold den Tatbestand der Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) erfüllt. Zur Begründung heißt es u.a.: „Insbesondere handelt es sich bei Zahngold um ‚Asche‘ im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB“ (S. 2902).

III. Rechtliche Vorfragen

Bevor die vom BGH angenommene Strafbarkeit gem. § 168 StGB näher geprüft werden kann, sollen zunächst andere Rechtsfragen gestellt und beantwortet werden.

1. Warum eigentlich nicht Diebstahl?

Bei der geschilderten Entnahme von Zahngold aus den Verbrennungsrückständen, die bei der Einäscherung von Leichen entstehen, dürfte eine „Störung der Totenruhe“ nicht der erste Tatbestand sein, der einem einfällt. Wenn es um eine womöglich unbefugte Ansichnahme von Gegenständen geht, wird sonst wohl auch eher selten von einer Art „Ruhestörung“ gesprochen. Nach einem allgemeinen – noch ganz umgangssprachlich genommenen – Verständnis kommt wohl eher ein „Diebstahl“ in Betracht, da hier jemand etwas an sich nimmt, was ihm nicht gehört. Strafbar ist ein Diebstahl gem. § 242 StGB aber nur, wenn es sich um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache handelt. Das Zahngold besitzt als festes Implantat zu Lebzeiten seines Trägers nach h.M. keine Sacheigenschaft. Es wird vielmehr mit der Implantierung zu einem Körperbestandteil; der lebende menschliche Körper und seine Teile sollen indes – nach heute fast einhelliger Auffassung – nicht als Sachen gelten, da es ganz unangemessen ist, ein (Rechts-)Subjekt als Sache und damit als Objekt zu bezeichnen. Mit dem Tod wird die Leiche, d.h. der Körper des verstorbenen Menschen, nach vorherrschender Ansicht jedoch zu einer – herrenlosen¹⁴ – Sache;¹⁵ das implantierte

⁷ Hörnle, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 168 Rn. 11.

⁸ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.2.2009 – 10 Ns 802 Js 21506/2006 (juris), Rn. 442 ff.

⁹ OLG Nürnberg, Beschl. v. 20.11.2009 – 1 St OLG Ss 163/09 = NJW 2010, 2071 (2073).

¹⁰ Hörnle (Fn. 7), § 168 Rn. 11; Tag, in: Dölling/Dutge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 168 Rn. 6; Stübinger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2016 (im Erscheinen), § 168 Rn. 7; gegen den BGH jetzt auch Groß, jurisPR-StrafR 17/2015 Anm. 4.

¹¹ Stoffers, NJW 2012, 1607 f.; Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 168 StGB Rn. 3; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 168 StGB Rn. 2; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 168 Rn. 7; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, § 168 Rn. 2; Kuhli, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 168 Rn. 7; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 168 Rn. 7; ders., in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 44 Rn. 56.

¹² OLG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2011 – 2 Ws 123/11 = NJW 2012, 1601.

¹³ Vgl. außer der Darstellung in NJW 2015, 2901 f. noch die etwas ausführlichere Sachverhaltswiedergabe bei juris. Er findet sich nunmehr auch didaktisch aufbereitet bei Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2. Aufl. 2016 (im Erscheinen), Fall 22.

¹⁴ A.A. aber z.B. Peuster, Eigentumsverhältnisse an Leichen und ihre transplantationsrechtliche Relevanz, 1971, S. 70 ff.

Zahngold bleibt ein Teil davon, wie auch der BGH betont (S. 2903 Rn. 11 m.N.).¹⁶ Mit der Kremierung wird der vormals feste Zusammenhang zwischen den Implantaten und dem verbrannten Körper jedoch gelöst. Auf diese Weise wird das Zahngold als eigenständiger körperlicher Gegenstand eine bewegliche Sache im Sinne der genannten Strafvorschrift. Fremd wäre das Zahngold jedoch nur, wenn es (zumindest auch) im Eigentum eines anderen stünde.¹⁷ Daher stellt sich die Frage, ob jemand Eigentümer des Zahngolds ist. Teilweise wird vertreten, dass künstliche Körperteile durch die – rechtmäßige oder rechtswidrige – Trennung vom Leichnam in das Eigentum der Erben übergehen.¹⁸ Dies dürfte dann wohl auch im Fall einer Entnahme von Zahngold aus der Asche gelten.¹⁹ Dann würde das Zahngold gleichsam im Moment der Wegnahme zum Erbeigentum. Damit wäre das Zahngold zugleich eine fremde bewegliche Sache. Dafür spricht vordergründig das „Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes“,²⁰ der im vorliegenden Fall etwa zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 StGB führen könnte und das Ausweichen auf andere Tatbestände wohl etwas unwahrscheinlicher oder gar entbehrlich machen würde. Immerhin wäre der goldene Ehering oder eine Goldkette, die sich am Körper des Toten befunden haben, aber nicht als Körperteile angesehen werden können, sondern als Teil des

Erbes im Eigentum der Erben stehen, durchaus taugliches Diebstahlsubjekt.²¹

Gegen die genannte quasi-erbrechtliche Lösung spricht jedoch die Überlegung, dass hier lediglich interessehalber aus einem – mitunter sogar rechtswidrigen – Akt eine zuvor noch nicht bestehende Rechtsposition quasi ex nihilo konstruiert wird; aus einem Unrecht des einen ein Recht eines anderen (der Erben) entstehen zu lassen, ist indes ein fragwürdiges Unterfangen. Mangels Rechtsfähigkeit des Toten besteht vor bzw. ohne eine entsprechende Trennungshandlung nämlich kein Eigentum an dessen Implantaten; ohne eine Entnahme aus der Asche würden sie als herrenlose Sachen gegebenfalls mit dieser beigesetzt werden können. Da die (natürlichen und künstlichen) Körperteile eines Menschen auf Grund der fehlenden Sachqualität zu dessen Lebzeiten nicht als dessen Eigentum angesehen werden, können die Implantate auch nicht zu der Erbmasse gerechnet werden. Daher lehnt die h.M. die skizzierte Konstruktion zu Recht ab und geht stattdessen davon aus, dass es sich bei den durch die Verbrennung freigesetzten Wertstoffen, namentlich also dem Zahngold, um herrenlose Sachen handelt, an denen lediglich ein Aneignungsrecht (der Erben oder der Totenfürsorgeberechtigten) besteht.²² Nach dieser zutreffenden Ansicht stellt das Zahngold im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Entnahme daher keine fremde Sache dar, weshalb ein vollendeter Diebstahl gem. § 242 StGB aus diesem Grund ausscheiden muss. Die Frage, ob ein (untauglicher) Versuch eines Diebstahls²³ oder ein strafloses Wahndelikt²⁴ bei bestimmten Fehlvorstellungen über die Eigentumslage vorliegen könnte, kann und soll hier ebenso wenig behandelt werden wie die eventuelle Strafbarkeit wegen Verwahrungsbruchs gem. § 133 StGB, da beides auch nicht Gegenstand der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung gewesen ist und daher keine hinreichenden Angaben für eine entsprechende Prüfung vorliegen.

2. Umgang mit der Asche: im „rechtsfreien Raum“?

Eine weitere Frage zur Vorklärung betrifft den generellen Umgang mit den Verbrennungsrückständen. Dies lenkt den Blick auf das Bestattungsrecht, das in Deutschland – mit Ausnahme der Regelungen über „Kriegsgräber und Gräber anderer Opfer des Krieges und Opfer von Gewaltherrschaft“,

m.w.N., der die Leiche ohne weiteres für (beschränkt) eigen-tumsfähig hält (S. 90 ff.).

¹⁵ Vgl. statt vieler nur *Kretschmer*, Der Grab- und Leichen-frevel als strafwürdige Missetat, 2002, S. 364 ff.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 242 Rn. 13/12 jeweils m.N. auch zu Gegenmeinungen.

¹⁶ Insofern ausdrücklich a.A. aber *Kesel*, Die Religionsdelikte und ihre Behandlung im künftigen Strafrecht, 1968, S. 113; *Rudolphi/Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 58. Lfg., Stand: September 2003, § 168 Rn. 5 (der von ihnen zur Unterstützung zitierte *Stentenbach* möchte in seiner Kölner Dissertation [Der strafrechtliche Schutz der Leiche, 1992, S. 14 ff., 83 ff.] zwar einige Implantate – namentlich Herzschrittmacher – nicht als Körperteile anerkennen, nimmt davon aber ausdrücklich „Goldzähne“ aus: a.a.O., S. 16); wohl auch *Heger* (Fn. 11), § 168 Rn. 2, der jedoch Zahngold nicht als Beispiel nennt; siehe auch *Gropp*, JR 1985, 182 m.N. in Fn. 26, der die Ansicht, Implantate seien keine „Leichenteile“ im Sinne des § 168 StGB a.F. sogar als (damals) „h.M.“ bezeichnet.

¹⁷ Zu dieser Standarddefinition für die „Fremdheit“ einer Sache siehe z.B. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 2 Rn. 9.

¹⁸ So etwa *Stresemann*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 90 Rn. 32.

¹⁹ *Leipold*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 6. Aufl. 2013, § 1922 Rn. 113.

²⁰ So ausdrücklich *Leipold* (Fn. 19), § 1922 Rn. 113.

²¹ Siehe dazu ebenso *Groß*, jurisPR-StrafR 17/2015 Anm. 4.

²² Vgl. OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1603); *Gottwald*, NJW 2012, 2231 (2232); *Roth*, NJW-Spezial 2015, 231; *Hönings*, in: Spranger/Pasic/Kriebel (Hrsg.), Handbuch des Feuerbestattungswesens, 2014, S. 314 jeweils m.w.N.; siehe auch schon *Dotterweich*, JR 1953, 174 f.; *Weimar*, JR 1979, 363 f.; *Görgens*, JR 1980, 141.

²³ Vgl. dazu OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1604), bzgl. der möglichen Fehlvorstellung, das entwendete Zahngold stehe im Eigentum des Friedhofsbetreibers.

²⁴ Siehe etwa die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.2.2009 – 10 Ns 802 Js 21506/2006 (juris), insb. Rn. 418 ff. im Fall der irrigen Annahme, das Zahngold gehöre noch dem Toten; siehe zur Abgrenzung zwischen Wahndelikt und untauglichem Versuch in solchen Konstellationen auch die Andeutungen von *Jahn*, JuS 2008, 457 (458).

die gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes gehören – Sache der Bundesländer ist.²⁵ In den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen der Länder finden sich allerlei Vorschriften, wie im Fall einer Feuerbestattung mit der Asche zu verfahren ist. Dabei geht es jedoch meist nur um den Umgang mit der Asche, soweit sie bereits in eine Urne gefüllt worden ist. So ist z.B. gem. § 20 Abs. 3 S. 1 Friedhofs- und Bestattungsgesetz/Hessen geregelt, dass die „Aschenreste“ grundsätzlich in ein „amtlich zu verschließendes Behältnis aufzunehmen und in einer Urnenhalle, einem Urnenhain, einer Urnenwand, einer Urnengrabstelle oder in einem Grab beizusetzen“ sind.²⁶ Bislang ungeregt ist hingegen das Verfahren bis zur Urnenbefüllung geblieben. In das beizusetzende Behältnis gelangt keineswegs alles, was nach dem Feuer übrig bleibt. Da die Verbrennungsrückstände zunächst noch recht grob sind, müssen sie vor der Aufnahme in eine Urne noch in einer sog. „Knochen- oder Aschemühle“ zerkleinert werden.²⁷ Vor diesem Mahlvorgang werden die metallischen Gegenstände aussortiert. Dabei bleibt es meist den Betreibern der Feuerbestattungsanlagen überlassen, wie mit jenen (künstlichen) Körperbestandteilen umgegangen wird, die – wie das Zahngold oder auch künstliche Gelenke – beim Einäscherungsvorgang nicht verbrennen, da die Verbrennungstemperatur in den Öfen (ca. 850-900°C) nicht den Schmelzpunkt von Gold (1.064°C) erreicht. So hat sich vielerorts eine Praxis etabliert, wonach die werthaltigen Gegenstände (manuell und/oder mit Hilfe von Abscheidevorrichtungen) aussortiert und nicht in die Urne beigegeben werden.²⁸ Die aussortierten Wertstoffe werden vielmehr veräußert. Die dadurch erzielten Erlöse, die bundesweit auf „etwa 35 Millionen Euro im Jahr“ geschätzt werden,²⁹ sollen dann z.B. karitativen Zwecken oder der Senkung der Betriebskosten dienen bzw. in die Erhaltung der Friedhofsanlagen investiert werden, was wiederum zur Mäßigung der Friedhofsgebühren genutzt werden könne. Dies hat vor einigen Jahren zu einigem „Rauschen im Blätterwald“ gesorgt, nachdem diese Praxis publik geworden ist.³⁰ Zuvor scheint

sich kaum jemand dafür interessiert zu haben. Auch die Entscheidung des BGH lässt nicht erkennen, dass sie zur Kenntnis der Richter genommen worden ist. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass die „Verbrennungsreste in ihrer Gesamtheit [...] grundsätzlich vollständig in einer amtlich zu verschließenden und entsprechend zu kennzeichnenden Urne zu sammeln sind“, obwohl in dem oben wiedergegebenen Sachverhalt, der dem Beschluss zu Grunde liegt, ausdrücklich erwähnt wird, dass das Zahngold von den Bediensteten planmäßig „in einen Sammelbehälter einzuwerfen“ war und „durch das Krematorium veräußert“ werden sollte (S. 2903 Rn. 13).

Diese Praxis birgt freilich einige rechtliche Probleme: falls die nicht verbrannten Körperbestandteile bestattungsrechtlich als Asche angesehen werden sollten, so müssten sie als solche auch dem generell bestehenden Bestattungszwang unterliegen, d.h. sie müssten in die Urne gegeben und beigegeben werden. Ein solches Vorgehen wird in manchen Städten durchaus praktiziert.³¹ Teilweise wird dies – u.a. auch im Hinblick auf die Gleichbehandlung mit Erdbestattungen, bei denen die Leichen ohne vorherige Entnahme von Implantaten bestattet werden müssen, aber auch aus allgemeinen (ethischen) Überlegungen heraus – von einigen auch postuliert.³² Demgegenüber wird nicht zuletzt unter Verweis auf ökonomische Belange und dem Aspekt der Rohstoffknappheit für eine Rückführung werthafter Gegenstände in den Wirtschaftskreislauf plädiert.³³ Falls der Verstorbene diesbezüglich eine entsprechende Verfügung getroffen hat, muss diesem Wunsch jedenfalls entsprochen werden. Solange die Beigabe von Zahngold und anderen durch die Kremierung nicht tangierter Wertstoffe bestattungsrechtlich aber nicht ausdrücklich gesetzlich geboten ist, muss die Aussortierung aus der Asche insofern als zulässig angesehen werden. Das Bestattungsrecht lässt insofern die Unterscheidung zwischen beisetzungspflichtiger Asche und den – veräußerungsfähigen – (Wert-)Gegenständen zu, die aussortiert werden können und nicht dem Beisetzungszwang unterliegen.

Zivilrechtlich wird zumindest nach der oben skizzierten (herrschenden) Meinung ebenfalls zwischen der Asche und den darin befindlichen Metallresten unterschieden werden müssen. Danach werden durch die Einäscherung gerade die vormals fest mit dem Körper verbundenen Implantate wieder

²⁵ Dazu Spranger, in: Spranger/Pasic/Kriebel (Fn. 22), S. 90 ff.

²⁶ Zu trendigen Beisetzungsalternativen vgl. etwa Spranger, GewArch Beilage WiVerw Nr. 01/2015, 19.

²⁷ Zum Ablauf einer Kremation und Urnenbefüllung vgl. die Beiträge von Pasic/Kriebel und Thimet/Hannemann-Heiter, in: Spranger/Pasic/Kriebel (Fn. 22), S. 70, S. 221.

²⁸ Siehe dazu und zum Folgenden Hönings (Fn. 22), S. 308 ff.; Hönings/Spranger, in: Preuß/Hönings/Spranger (Hrsg.), Facetten der Pietät, 2015, S. 403 ff.

²⁹ Weber, FAZ v. 21.5.2012, im Internet abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/krematorien-am-ende-bleiben-rauch-asche-und-zahngold-11759161.html> (28.3.2016).

³⁰ Vgl. etwa den Artikel im Focus v. 30.6.2012 unter: http://www.focus.de/panorama/welt/gesellschaft-staedte-nutz-en-zahngold-von-toten-als-einnahmequelle_aid_775191.html (28.3.2016) und die Berichte von Willner, Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 5.7.2012, im Internet abrufbar unter:

<http://www.derwesten.de/staedte/dortmund/dortmund-verdient-geld-mit-dem-zahngold-von-verstorbenen-id6842617.html> (28.3.2016) und Fischer, Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 12.7.2012, im Internet abrufbar unter:

<http://www.derwesten.de/region/rhein-ruhr/staedte-verkaufen-das-zahngold-von-toten-id6875504.html> (28.3.2016).

³¹ Vgl. Schröder, Frankfurter Rundschau v. 18.9.2012, unter: <http://www.fr-online.de/mainz/altmetall-bei-bestattungen-in-mainz-wird-alles-beerdigt,11181020,17281736.html> (28.3.2016); siehe auch den in Fn. 30 genannten Focus-Artikel.

³² Vgl. etwa Preuß, in: Preuß/Hönings/Spranger (Fn. 28), S. 292 ff.

³³ Siehe zu dieser Diskussion Hönings/Spranger (Fn. 28), S. 411 f.

freigesetzt und zu eigenständigen – herrenlosen – Sachen, die – grundsätzlich im Unterschied zur Asche – auch verkehrsfähig werden. Prinzipiell kann an herrenlosen Sachen gem. § 958 Abs. 1 BGB durch Eigenbesitznahme (im Sinne von § 872 BGB) Eigentum erworben werden. Tatsächlich mögen auch einige Betreiber von Krematorien der Ansicht gewesen sein, durch die von ihnen betriebene Aussortierung und bloße Inbesitznahme der Implantate Eigentum daran zu erwerben.³⁴ Da jedoch wie bereits erwähnt, vorrangige Aneignungsrechte (der Erben³⁵ oder der Totenfürsorgeberechtigten³⁶) an diesen Gegenständen bestehen, so ist dieser „Jedermanns-Erwerb“ nach § 958 Abs. 2 BGB gesperrt.³⁷ Einige (kommunale) Feuerbestattungsbetriebe stellen daher die Einäscherung unter die fragwürdige Bedingung einer vorherigen Abtretung des Aneignungsrechts, um sich das Zahngold und die anderen unverbrannten Wertstoffe aneignen zu können.³⁸ Das Aussortieren des Zahngoldes aus der Asche kann zivilrechtlich daher jedenfalls auch dazu dienen, die Aneignungsrechte der daran Berechtigten zu befriedigen.

IV. Strafrechtliche Bewertung – § 168 StGB

Sowohl das Bestattungsrecht als auch das Zivilrecht setzen somit die Unterscheidbarkeit von Asche und Zahngold voraus. Auch die Bediensteten in dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatten offenbar wenig Mühe, das Zahngold von der Asche zu unterscheiden. Sie haben es vielmehr aus derselben entnommen, um es später – Achtung: *Wortspiel!* – zu „Asche“ (umgangssprachlich für Geld) machen zu können. Es fragt sich daher, weshalb die BGH-Richter keinen Unterschied zu erkennen vermögen und stattdessen Gold zur Asche erklären. Der *Senat* macht es sich dabei keineswegs einfach und ist um eine ausführliche Begründung seiner Ansicht bemüht. Hierfür zieht er beinahe alle Register der juristischen Interpretationskunst.

³⁴ Vgl. etwa die in der Entscheidung des OLG Hamburg (NJW 2012, 1601 [1603 f.]) wiedergegebene Einlassung der „Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts“.

³⁵ Görgens, JR 1980, 141 f.; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 38 f.; Ellenberger, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Vor § 90 Rn. 11; ebenso LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.2.2009 – 10 Ns 802 Js 21506/2006 – (juris), Rn. 415 ff.

³⁶ So etwa Gottwald, NJW 2012, 2231 (2232 f.); Roth, NJW-Spezial 2015, 231; Oechsler, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 958 Rn. 12.

³⁷ OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1603 f. m.w.N.); vgl. dazu auch die Entscheidung des BAG v. 21.8.2014 – 8 AZR 655/13 = NJW 2015, 429 (432 Rn. 34).

³⁸ Siehe dazu Bericht von Willner, Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 5.7.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.derwesten.de/staedte/dortmund/dortmund-verdient-geld-mit-dem-zahngold-von-verstorbenen-id6842617.html> (28.3.2016); treffend kritisch dazu Hönings (Fn. 22), S. 316 f.; Hönings/Spranger (Fn. 28), S. 417 f.

1. Zum Wortlaut: Was ist Asche?

Am Anfang steht dabei die passende Deutung des Merkmals „Asche“ im Sinne des § 168 StGB. Zunächst prüft der BGH im Wege der grammatischen Auslegung, ob gegen die Subsumtion von Zahngold unter das Merkmal „Asche“ der allgemeine Sprachgebrauch sprechen könnte. Da sich nach Durchsicht von vier ausgewählten Wörterbüchern bzw. Lexika erweise, dass der Asche-„Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch nicht eindeutig definiert“ sei, könne insofern keine fixe Wortlautgrenze ausgemacht werden. Daher dürfe auch ein weites Begriffsverständnis zu Grunde gelegt werden, wonach „kremiertes Zahngold durch das Tatbestandsmerkmal umfasst“ werde (S. 2902 Rn. 5). Insofern wendet sich der BGH ausdrücklich gegen die Argumentation des OLG Nürnberg, das nach Einsicht in andere (und zahlenmäßig sogar mehr) Wörterbücher durchaus einen „allgemeinen Sprachgebrauch der Gegenwart“ für das Wort „Asche“ ausfindig gemacht zu haben glaubte; danach handele es sich stets um einen „pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand“, weshalb „Gegenstände, die das Feuer unversehrt überstanden haben und zusammen mit den Resten des verbrannten Materials am Ort der Verbrennung zurückgeblieben sind, keine Asche“ seien. Eine darüber hinausgehende Verwendung des Wortes „Asche“ überschreite die Grenze grammatischer Auslegungsmöglichkeiten und könne nach Ansicht der Nürnberger Richter letztlich zu einem Verstoß gegen das Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG führen.³⁹ Dies mag womöglich ein etwas großkalibriger Schuss mit normativen Kanonen auf grammatische bzw. semantische Spatzen gewesen sein. Wer den Bedeutungsumfang eines einzelnen Wortes bemessen möchte, kann wohl nie ganz sicher sein, dass andere dasselbe Wort nicht anders verwenden. Nach dem allgemeinen Credo der allgemeinen Sprachwissenschaft herrscht insoweit die Arbitrarität des Zeichens;⁴⁰ Asche ist, was als Asche bezeichnet wird. Einer entsprechenden Etikettierung sind dann keine Grenzen gesetzt. Schon zur Rechtslage des § 168 RStGB in seiner Fassung von 1871, in der noch nicht von Asche die Rede war, hielt namentlich *Josef Kohler* „eine extensive Interpretation“ für „nicht ausgeschlossen“, die „unter Leichen [...] auch die Leichenasche versteht“.⁴¹ Demnach sollten schon damals die Ausdrücke „Leiche“ und „Asche“ so flexibel gehandhabt werden können, dass sie gleichsam synonym gesetzt werden und zum Gesetzestext passen können. Es werden mit der konkreten Verwendung eines Begriffes aber nicht nur Grammatik und Semantik auf-

³⁹ OLG Nürnberg NJW 2010, 2071 (2073 f.); kritisch gegen einen solchen „Zugriff der Gerichte auf Wörterbücher“ Kudlich/Christensen, JR 2011, 146 (147).

⁴⁰ Vgl. dazu Stübinger, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozeß im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 49 m.N.

⁴¹ Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, 1890, S. 222; siehe auch Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, 1890, S. 33, 75, der – kritisch – auf die damals vereinzelt geäußerte Meinung hinweist, nach der die Aschenreste „schon durch das geltende Recht geschützt seien“ (S. 75 Fn. 2).

gerufen, sondern zudem noch die (Sprach-)Pragmatik, mit der entscheidend auf den Kontext abgestellt wird, in dem ein Wort konkret verwendet wird.

Hier bleibt insbesondere fraglich, warum es trotz einer tatsächlichen (von den Angeklagten ja faktisch gehandhabten) Differenzierungsmöglichkeit zwischen dem entnommenen Zahngold und der Asche dennoch zu einer semantischen Verschmelzung von beidem kommen soll. Das Wort „Asche“ mag in mancher Hinsicht als Einheit für alles stehen, was an einem bestimmten Ort nach einem Verbrennungsvorgang übrig bleibt; wer wollte jemanden daran hindern, dies zu behaupten. Ob damit freilich das gemeint ist, was von dem Tatbestandsmerkmal „Asche“ im Sinne des § 168 StGB bezeichnet wird, ist damit jedoch noch nicht entschieden. Ganz konsequent lässt sich die vorgeschlagene Worteinheit von Gold und Asche denn auch nicht durchhalten. Schließlich muss auch der BGH davon sprechen, dass die Angeklagten das Zahngold und andere Wertmetalle „aus den Verbrennungsrückständen“ entnommen haben. Dies lässt sich aber wohl kaum in die an sich vorgeschlagene Diktion übersetzen, nach der es eigentlich heißen müsste, sie haben Asche *aus* der Asche entnommen. Wenn sämtliche Verbrennungsrückstände die Gesamtheit des mit dem Wort „Asche“ zu bezeichnenden Gegenstandes bilden sollen, dann müsste nämlich davon die Rede sein, dass die Angeklagten durch die Entnahme des Zahngoldes lediglich eine kleine Teilmenge der Asche weggenommen haben. § 168 Abs. 1 StGB nennt jedoch nur *die* „Asche eines verstorbenen Menschen“ als Tatobjekt; während bzgl. nicht kremierter Toter neben der „Körper“ auch die „Teile der Körper“ benannt werden, kann im Hinblick auf die Asche letztlich der Sache nach nur der Schutz der aschegefüllten Urne, die beigesetzt werden soll, gemeint sein.⁴² Solange der (bestattungs-)rechtlich nicht abschließend geregelte Vorgang der Urnenbefüllung noch nicht abgeschlossen ist (dazu oben III. 2.), kann die völlig amorphe und unsortiert daliegende Masse der Verbrennungsrückstände, zu der z.B. auch die metallischen Haltegriffe des Sarges gehören können, zumindest nicht vor einer (Teil-)Wegnahme (eventuell aber vor der zweiten Tathandlung, dem „beschimpfenden Unfug“⁴³) geschützt sein. In die letztlich beigesetzte Urne gelangen nie wirklich alle Verbrennungsrückstände. Die „vom Winde verwehten“ oder mit anderer (Leichen-)Asche vermischten Teile, sowie die vom Verbrennungstisch gefegten oder an der Knochenmühle haften gebliebenen Aschereste können ebenso wenig unter den strafrechtlichen Schutz des § 168 StGB fallen, wie die aussortierten Metallgegenstände, soweit sie nicht in die Urne gelangen. Die oben geschilderte Praxis der Aussortierung dient u.a. gerade dazu, eine beisetzungsfähige Form von Asche zu bereiten. Insofern geht es

nicht nur um Worte, sondern um eine realistische Beschreibung realer Vorgänge: Die Verbrennung verwandelt zu Asche, was zuvor getrennt war (Sarg und Leichnam), und was zuvor verbunden war, wird wieder getrennt; der menschliche Körper wird Asche, das Gold bleibt Gold und kommt nach der Einäscherung des Körpers wieder als solches, d.h. als eigene Substanz zum Vorschein. Während der skizzierten Prozedur des u.U. mehrmaligen Sortierens und Zermahlens der Verbrennungsrückstände erlebt der zu Asche gewordene Mensch noch einmal ganz unruhige Zeiten. Ehe dies nicht geschehen ist, ist der Tote gleichsam noch nicht „zur Ruhe“ gekommen und von einer „Störung der Totenruhe“ kann insofern noch nicht die Rede sein.

2. Historische Auslegung

Der Streit ums Wort scheint freilich ohnehin eher müßig. Es fragt sich allerdings, weshalb bei der vom BGH konstatierten Vagheit, einer weiten Auslegung der Vorzug gegeben werden soll. Der BGH benutzt das Wortlautargument primär nur zur Abwehr des vom OLG Nürnberg angedeuteten Vorwurfs der möglichen Verfassungswidrigkeit einer weiten Auslegung. Tragfähiger sollen andere Interpretationsmethoden sein. Daher wendet sich der *Senat* sogleich dem „Wille[n] des historischen Gesetzgebers“ zu (S. 2902 Rn. 6). Explizit findet jedoch der BGH nichts Genaueres über die hier zu beurteilende Fallkonstellation; sie wurde vom Gesetzgeber wohl nicht ausdrücklich bedacht. Daher muss sich das Gericht mit recht allgemeinen Ausführungen zur Gesetzgebungsgeschichte begnügen. Die Aufnahme der Asche als Tatobjekt des § 168 StGB erfolgte – in Anlehnung an frühere Forderungen im Schrifttum und einiger Reformentwürfe – schließlich erst im Jahr 1953 und sollte die Asche dem Leichnam gleichstellen. Aus den spärlichen Informationen zur Gesetzgebungsgeschichte folge immerhin, dass die „Verbrennungsreste eines menschlichen Körpers [...] historisch in ihrer Gesamtheit als schützenswert anerkannt“ seien (S. 2903 Rn. 8). Dabei wird dem historischen Gesetzgeber lediglich jene Auffassung untergeschoben, die durch Berufung auf dessen „Willen“ erst begründet werden soll.

Soweit es bei der genannten Reform tatsächlich nur um eine Gleichstellung des strafrechtlichen Schutzes von Asche und Körper(teile)n gehen sollte, so schießt die vom BGH favorisierte Ansicht sogar über dieses Ziel hinaus. Von dem alles umfassenden Begriff der Asche müssten nämlich auch jene Gegenstände geschluckt werden, die – wie z.B. goldene Ehe- oder Ohrringe bzw. andere nicht verbrannte Schmuckstücke – nicht als Körperteile angesehen werden, sondern u.U. als Erbstücke längst im Eigentum der Erben sind und von den Krematorien i.d.R. an die Hinterbliebenen zurückgegeben werden.⁴⁴ Nach Maßgabe der BGH-Entscheidung könnte „die Asche eines verstorbenen Menschen“ dann zum Teil auch aus dem Eigentum eines anderen bestehen. Wenn

⁴² Vgl. Stübinger (Fn. 10), § 168 Rn. 7; ebenso bereits Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 168 Rn. 7; im Grundsatz zustimmend Dippel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 168 Rn. 40.

⁴³ Siehe zu dieser nicht unproblematischen Tathandlung Stübinger (Fn. 10), § 168 Rn. 12 ff.

⁴⁴ Siehe etwa den Bericht von Willner, Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 5.7.2012, im Internet abrufbar unter: <http://www.derwesten.de/staedte/dortmund/dortmund-verdient-geld-mit-dem-zahngold-von-verstorbenen-id6842617.html> (28.3.2016).

die genannten Schmuckstücke etwa nach der Kremierung ebenfalls in die Masse der Verbrennungsrückstände eingehen sollten, dann könnte deren Wegnahme nicht nur ggf. als Diebstahl (da sie fremde Sachen sind), sondern zudem noch als Störung der Totenruhe gem. § 168 StGB bestraft werden. Nimmt ein Krematoriums-Bediensteter die genannten Gegenstände hingegen vor der Einäscherung weg, dann scheidet der letztgenannte Tatbestand aus, weil es sich dann nicht um „Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen“ handelt, die weggenommen werden.

3. Systematik und Teleologie

Ob eine vermeintliche Unrechtsvermehrung geboten erscheint oder vom Tatbestand gemeint sein kann, lässt sich nur im Hinblick auf den Sinn und Zweck dieser Strafvorschrift beurteilen. Auch der BGH schwenkt in seiner Argumentation alsbald auf „systematische und teleologische Erwägungen für eine Einbeziehung kremierten Zahngoldes in den Begriff der Asche iSd § 168 StGB“ über (S. 2903 Rn. 9). Dazu zählt zunächst die Schutzgutbestimmung. Der BGH belässt es insofern bei der Bestätigung der seit der „Kannibalen-Entscheidung“ (BGHSt 50, 80) von ihm geteilten Meinung: „Schutzgüter des § 168 I StGB sind jedenfalls das Pietätsgefühl der Allgemeinheit sowie der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten“ (S. 2903 Rn. 10). Jedenfalls mit dem Wort „jedenfalls“ scheint sich der *Senat* eine vermeintlich kritikfreie Rechtsgutsbehauptung erschleichen und eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen Gegenmeinungen ersparen zu wollen. Insbesondere ein allgemeines Pietätsempfinden, das außer für § 168 StGB auch noch für § 167a StGB geltend gemacht wird, kann keineswegs als von allen anerkanntes Schutzgut gelten. Es steht vielmehr seit langem in der Kritik.⁴⁵ Auch im Übrigen ist die Benennung eines Rechtsguts im Rahmen des § 168 StGB umstritten. Wahlweise (oder: wahllos) werden neben den vom BGH genannten Schutzaspekten oder auch an deren Stelle auch noch das Pietätsgefühl der Angehörigen,⁴⁶ der „Schutz des Gefühls der individuellen Unvergänglichkeit“⁴⁷, das postmortal weiter wirkende Selbstbestimmungsrecht und damit die Würde und Rechtssubjektivität der Person⁴⁸ und schließlich auch der im 11. Abschnitt des StGB auch sonst sehr beliebte „öffentliche

Frieden“⁴⁹ gehandelt. Andere sehen überhaupt keine hinreichende Begründungsmöglichkeit.⁵⁰

Aber selbst wenn man einmal probeweise annimmt, dass es so etwas wie das „Pietätsgefühl der Allgemeinheit“ geben könnte und dies dazu führen würde, es auch als strafrechtlich schutzwürdiges Interesse zu akzeptieren, ist damit noch längst nicht ausgemacht, dass es durch die Wegnahme von Zahngold aus der Asche eines verstorbenen Menschen tatsächlich strafrechtsrelevant betroffen ist. Zur Klärung dieser Frage muss etwas genauer nach dem Regelungsinhalt der Strafnorm geschaut werden: Die Asche soll ebenso wie die anderen in § 168 Abs. 1 StGB genannten Tatobjekte („Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen“) vor der unbefugten Wegnahme aus dem „Gewahrsam des Berechtigten“ geschützt werden; außerdem ist durch die zweite Tathandlungsvariante noch ein Schutz vor der Verübung von „beschimpfendem Unfug“ an den genannten Objekten intendiert (was hier nicht weiter thematisiert werden soll). Die Rede von dem „Gewahrsam des Berechtigten“ suggeriert, dass es um eine eigenständige Rechtsposition einer oder mehrerer berechtigter Personen geht. Im Grunde handelt es sich dabei aber nicht um deren Schutz. Es soll nicht der Gewahrsam an den genannten Objekten vor einem Wechsel in die Hände Unberechtigter geschützt werden, es geht vielmehr um ein vom (Selbstbestimmungs-)Recht des Verstorbenen abgeleitetes Recht auf würdevolle Behandlung nach dem Tod. Berechtig im Sinne dieser Norm sind diejenigen Personen, die dafür zu sorgen haben, dass der verstorbene Mensch im Rahmen der individuell verfügten und/oder bestattungsrechtlich vorgeschriebenen Bestimmungen seine „letzte Ruhe“ findet. Das Recht zur Totenfürsorge ist daher eigentlich eine (ablehnbare) Pflicht,⁵¹ die in der Regel⁵² den Angehörigen obliegt (vgl. z.B. § 13 Friedhofs- und Bestattungsgesetz/Hessen). Den Totenfürsorgeberechtigten wird dabei neben den Betreibern eines Krematoriums (Mit-)Gewahrsam zugeschrieben,⁵³ obwohl sie nach der Übergabe des Leichnams an die „indust-

⁴⁵ Vgl. dazu *Stübinger* (Fn. 10), § 167a Rn. 1 m.w.N.; siehe auch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 367 f.; *Spranger* (Fn. 25), S. 304 f.; *Hönings/Spranger* (Fn. 28), S. 350 f.

⁴⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.11.1974 – 2 Ws 239/74 = NJW 1975, 271 (272), das den Schutz des „Pietätgefühls der Hinterbliebenen“ sogar zu einem „ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal“ erklärt; OLG München, Beschl. v. 31.5.1976 – 1 Ws 1540/75 = NJW 1976, 1805 (1806); *Roxin*, JuS 1976, 506.

⁴⁷ So mit großem Begründungsaufwand *Kretschmer* (Fn. 15), S. 278 ff., 299 ff.

⁴⁸ *Stübinger* (Fn. 10), § 168 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁹ *Rudolphi/Rogall* (Fn. 16), § 168 Rn. 2; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 64 Rn. 1; *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung §§ 166-168, 1982, S. 105 ff; *Hilgendorf* (Fn. 11 – BT), § 44 Rn. 51, 55; siehe auch *Fischer* (Fn. 11), § 168 Rn. 2.

⁵⁰ Siehe etwa die skeptischen Überlegungen von *Hörnle* (Fn. 45), S. 367 ff.

⁵¹ Dazu schon *Blume*, AcP 112 (1914), 367 (396); *Glaser*, ZStW 33 (1912), 844; vgl. zu der „Pflicht zur Totenfürsorge“ allgemein *Bieler*, JR 1976, 224 (226 f.); *Spranger*, MedR 1999, 210 (211 f.); *ders.*, NVwZ 1999, 856 (858).

⁵² Zu möglichen Ausnahmen siehe z.B. *Stübinger* (Fn. 10), § 168 Rn. 8 ff. m.w.N.

⁵³ Vgl. OLG Bamberg NJW 2008, 1543; OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1606). Dies müsste im Übrigen dazu führen, dass sich nach Ansicht der h.M. auch die Betreiber der Krematorien nach § 168 Abs. 1 StGB strafbar machen können, wenn sie gegen den Willen der (mit-)berechtigten Angehörigen, das Zahngold entnehmen, um es zu veräußern, da sie dann den Mit-Gewahrsam von anderen Berechtigten brechen.

rieartigen Einrichtungen“⁵⁴ zur Feuerbestattung faktisch keinen Zugriff mehr darauf haben. Im Unterschied zum Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB ist der des § 168 StGB nämlich stärker normativ geprägt und wird eher als Obhutsverhältnis verstanden und nicht als primär faktische Sachherrschaft.⁵⁵ Der Schutz vor Wegnahme der in § 168 Abs. 1 StGB genannten Überreste eines verstorbenen Menschen dient daher dazu, deren Zuführung zu der von dem Verstorbenen selbst oder den Totenfürsorgeberechtigten verfügten Bestattung bzw. Beisetzung zu gewährleisten. Nach einer Feuerbestattung beigesetzt wird nur das mit den Ascheresten befüllte Behältnis. In den vom BGH und von dem Oberlandesgericht in Hamburg entschiedenen Fällen war die Beigabe des Zahngoldes in die Urne überhaupt nicht vorgesehen, dessen Aussortierung vielmehr durch die (satzungsgemäßen) Verfügungen der Betreiber der Krematorien geboten. Der Entnahme-Akt als solcher sollte insoweit sowieso – weisungsgemäß – erfolgen.

Die Entnahme von Metallgegenständen als solche scheint das allgemeine Pietätsempfinden dabei ebenso wenig zu scheren wie der im Übrigen wenig zimperliche Umgang mit den Verbrennungsrückständen. Das entsprechende Hantieren an der Asche muss daher als sozialadäquat angesehen werden, auch wenn sich die Sozialadäquanz wohl nicht zuletzt aus einer verbreiteten Unkenntnis der genauen Vorgänge in einem Krematorium speisen mag.⁵⁶ In seinen rein objektiven Erscheinungsformen werden die geschilderten Handlungsweisen des Aussortierens und Zermahlens als Praxis der Aschenaufbereitung in einem Krematorium jedenfalls nur selten beanstandet. Die Separierung von Zahngold und Asche wird insofern nicht als pietätlos bezeichnet werden können. Die Entnahme von unverbrannten Wertgegenständen kann schließlich sogar zivilrechtlich geboten sein, wenn es der Befriedigung der daran bestehenden Aneignungsrechte der Erben oder Totenfürsorgeberechtigten dient; anders als durch eine solche Aussortierung lässt sich ihr – von der h.M. zugestandenes – Recht, sich die durch die Verbrennung freigegebenen Gegenstände anzueignen, überhaupt nicht realisieren (vgl. dazu oben III. 2.).

Ein im Hinblick auf ein als allgemein unterstelltes Pietätsempfinden möglicherweise unrechtsbegründendes Moment kann insofern nicht in einer unangemessenen und vermeintlich pietätlosen Behandlung selbst liegen. Der Wechsel

des Gewahrsams von den Berechtigten (Totenfürsorgeberechtigten und Krematorienbetreibern als Mit-Gewahrsams-Inhaber) zu Unberechtigten (Mitarbeitern des Krematoriums) kann ebenfalls nicht als entscheidendes Unrechtsmoment gesehen werden, da der pietätsrelevante Schutzzweck nicht dem Gewahrsam als solchem dient. Daher könnte ein unrechtsbegründendes Moment allenfalls in der subjektiven Ausrichtung der Entnahme gesehen werden können. Es ist jedoch fraglich, ob sich der subjektive Handlungssinn auf die „Störung der Totenruhe“ beziehen lässt. Das eigentliche Ziel der Zahngoldentnahme dürfte allein die widerrechtliche Aneignung von Wertgegenständen sein. Dass dies mangels Fremdheit der Sache nicht unter den Straftatbestand eines (vollendeten) Diebstahls fällt, wird den meisten Laien unbekannt sein. Wie oben (Fn. 22, 23) bereits erwähnt, sind die Angeklagten in einigen Fällen tatsächlich von der Fremdheit des Zahngoldes ausgegangen. Dass sie durch die Entnahme des Zahngoldes aus den Verbrennungsrückständen zugleich die Totenruhe stören könnten, dürfte für sie ferngelegen haben, da sie insofern objektiv taten, was ihnen an sich vom Arbeitgeber geboten wurde, nur eben mit anderer Zielrichtung.

Das eine solche (zivil-)rechtswidrige Aneignung herrenloser Sachen – auch über eine mögliche Strafbarkeit wegen Verwahrungsbruchs oder u.U. wegen eines untauglichen Diebstahlsversuchs hinaus – strafwürdig ist, lässt sich sicher leicht nachlegen und dürfte plausibel gemacht werden können. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, ein entsprechendes Verhalten aus offenbar kriminalpolitischen Motiven heraus als Wegnahme von Asche unter den Tatbestand des § 168 Abs. 1 StGB zu subsumieren. Es ist allein die Aufgabe des Gesetzgebers, die Strafbarkeit einer Handlungsweise in eine Strafbarkeit zu wandeln.⁵⁷

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH, wonach die Entnahme von Zahngold als Wegnahme von Asche im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB anzusehen sei, erweist sich als nicht haltbar. Das verkehrte „Rumpelstilzchen“-Kunststück, aus Gold Asche zu spinnen, kann als (Wort-)Zaubertrick entlarvt werden. Die Auffassung des BGH passt schon nicht zu der zwar durchaus nicht unproblematischen, aber bestattungsrechtlich bislang zumindest zulässigen Praxis der Aussonderung und Verwertung des Zahngoldes, die eine Differenzierung von Gold und Asche gerade voraussetzt. Sie passt ebenso wenig zu der zivilrechtlich notwendigen Unterscheidung von Asche und aneignungsfähigem Zahngold. Ein Begriff von Asche, der entgegen der sowohl tatsächlich leicht möglichen als auch (zivil- und bestattungs-)rechtlich durchführbaren Unterscheidung auch das in ihr liegende Zahngold umfassen soll, ist darüber hinaus auch nicht mit der Zwecksetzung des § 168 StGB zu begründen. Selbst wenn man mit dem BGH das „Pietätsempfinden der Allgemeinheit“ als Schutzgut dieser Norm annehmen möchte, so kann die Entnahme von Wertgegenständen, die nicht der Bestattungspflicht unterliegen und auch nicht der Urne zur Beisetzung hinzugefügt werden,

⁵⁴ Kretschmer (Fn. 15), S. 334.

⁵⁵ Vgl. Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 761 f. Näher dazu *Stellpflug*, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams, 1996, S. 13 ff.; *Steffen*, Zur Strafbarkeit der klinischen Sektion gem. § 168 StGB, 1996, S. 52 ff.

⁵⁶ In dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall hatten die „für den Betrieb des Krematoriums verantwortlichen Amtsträger der Stadt“ nicht einmal Kenntnis über den genauen Ablauf der Aschesortierung und gingen irrig davon aus, „dass das Zahngold entweder ‚verdampft‘ oder sich so intensiv mit der Schlacke verbindet, dass es letztlich an dem Metallabscheider vorbei in die Urne gelangt.“ (vgl. die Sachverhaltsdarstellung NJW 2010, 2071).

⁵⁷ Ebenso *Groß*, jurisPR-StrafR 17/2015 Anm. 4.

objektiv nicht als pietätlos gelten. Die Wegnahme des Zahngoldes stört als solches nicht die Totenruhe und offenbart nur durch die Aneignungsabsicht ein subjektives Unrechtsmoment, das durchaus strafwürdig erscheint, aber nicht von § 168 Abs. 1 StGB erfasst wird. Es bedürfte einer eigenen Strafnorm für die Aneignung von nicht-fremden, aber aneignungsfähigen Sachen.