

nr 2/2014

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Körper im Recht

recht & gesellschaft

Haftung für Medikamententests
Unfreiwilliges Outing
Insolvenz-Entgelt
Recht und Soziale Arbeit

debatte strafrecht

Strafrechtsreform 2015 – Wohin geht die Reise?

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl
und Brian-Christopher Schmidt

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 137 Spanien: Ende der jurisdicción universal?
Brian-Christopher Schmidt

merk.würdig

- 141 Fleeing Homophobia
Ines Rössl
- 145 Völkerrechtliche Aspekte der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen
Angelika Adensamer
- 148 Meilenstein für die Freiheit
Aufstieg und Fall der Vorratsdatenspeicherung
Philipp Schmuck
- 153 Leben hinter Gittern
Alexia Stuefer

recht & gesellschaft

- 155 Haftung für Medikamententests in Indien
Carolijn Terwindt
- 166 Unfreiwilliges Outing der sexuellen Orientierung und die Ehre
Petra Smutny
- 172 Insolvenz-Entgelt für Ansprüche nach dem Stichtag unter besonderer Berücksichtigung der Austrittsobliegenheit nach § 3a Abs 2 Z 5 IESG
Jochen Schönberger
- 176 Das Verhältnis zweier Professionen: Recht und Soziale Arbeit
Nina Eckstein

debatte strafrecht

- 185 Strafrechtsreform 2015 – Wohin geht die Reise?
Alois Birklbauer

thema: Körper im Recht

- 197 Vorwort
Ilse Koza/Caroline Voithofer/Ronald Frühwirth
- 200 Unerwünschte Körper?
Zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik in Österreich im Lichte des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
Caroline Voithofer
- 208 Autonomie und das Körpersubjekt
Von der Problematik der Essentialisierung von Differenz
Nicole Zilberszac
- 218 Die strafrechtliche Regulierung von einvernehmlichen Sexualkontakten
Margarethe Flora
- 230 Körper der Utopie: Feministin, Nicht-Frau, Cyborg, Mestíza
Hanna Hacker
- 240 Legal protection of deceased: Why to protect and how to protect?
A reflection between law and medicine
Solvita Olsena

250 Tote Körper

Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosigkeit

Ines Rössl

nach.satz

260 Macht der Gewohnheit

Geschichten zur geschlechtergerechten Sprache

Ilse Koza

Impressum**juridikum**zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394**Herausgeber_innen:**

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl und Brian-Christopher Schmidt

Medieninhaber und Verleger:Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at**Preis:**Jahresabonnement: Euro 60,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich**Redaktion:**

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der

Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Alois Birklbauer, Nina Eckstein, Margarethe Flora, Ronald Frühwirth, Ilse Koza, Hanna Hacker, Solvita Olsena, Ines Rössl, Brian-Christopher Schmidt, Philipp Schmuck, Petra Smutny, Jochen Schönberger, Alexia Stuefer, Carolijn Terwindt, Caroline Voithofer, Nicole Zilberszac

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: Mag. Katharina Oppitz, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz: b+R satzstudio, graz

Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:Ronald Frühwirth: r.fuehwirth@kocher-bucher.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at

Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at

Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Tote Körper

Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosigkeit

Ines Rössl

*alguna vez
alguna vez tal vez
me iré sin quedarme
me iré como quien se va¹*
Alejandra Pizarnik

1. Die Ambivalenz des menschlichen Leichnams

Der Körper verfällt. Der Körper erkrankt. Der Körper verlebt sich im Laufe der Zeit und nutzt sich ab. Seine Materialität erweist sich nicht nur im Schmerz, in der Verletzlichkeit und dem Ausgeliefertsein in einer potentiell zerstörerischen Welt, in der Abhängigkeit von leiblicher Sorge und damit von anderen Menschen, sondern letztendlich auch in diesem unvermeidlichen, absoluten Aufhören der Körperfunktionen, welches am Ende und uns allen bevorsteht. Über den Körper nachzudenken bedeutet daher auch, über den Tod nachzudenken, und ich meine in diesem Beitrag nicht das Sterben, von dem es Zeugnisse gibt und das im Grunde dem Leben zuzuordnen ist, sondern tatsächlich den Tod, bei dem wir es nicht mehr mit einem lebendigen Körper zu tun haben, sondern mit einem toten Körper.

Kennzeichnend für den Umgang mit toten menschlichen Körpern ist eine Ambivalenz, die von dem „unbestimmten Status der Leiche zwischen Ding und Subjekt“² herrührt. Sie äußert sich bereits im alltäglichen Sprachgebrauch, der dazu neigt, die Leiche mit der verstorbenen Person zu identifizieren („Tante Hilde hatte ein schönes Begräbnis“, „die Tote schläft friedlich“ etc).³ An einem toten Körper irritiert, wie sehr er dem vormals lebendigen Menschen gleicht – und doch nicht lebendig ist, nicht in Interaktion treten kann. „Er ist ganz offensichtlich ein Mensch, verhält sich aber nicht so, weil er sich überhaupt nicht verhält.“⁴

1 „Irgendwann, irgendwann vielleicht, werde ich gehen, ohne zu bleiben, werde ich gehen, wie jemand, der geht.“ (Pizarnik, *Cenizas. Asche, Asche. 1956–1971*. Spanisch und Deutsch. Herausgegeben und übertragen von Juana und Tobias Burghardt (2002) 115).

2 Kahl, Der tote Körper als Transzendenzvermittler: Spiritualisierungstendenzen im gegenwärtigen Bestattungswesen, in *Groß/Glahn/Tag* (Hrsg), Die Leiche als Memento mori. Interdisziplinäre Perspektiven auf das Verhältnis von Tod und totem Körper (2010) 203 (209).

3 Vgl Esser, Leib und Leichnam als Gegenstand von Achtung und Würde, in *Groß ua* (Hrsg), Tod und toter Körper. Der Umgang mit dem Tod und der menschlichen Leiche am Beispiel der klinischen Obduktion (2007) 11 (14).

4 Kahl in *Groß/Glahn/Tag* 208.

Dieses Oszillieren zeigt sich auch im Recht. Der menschliche Leichnam gilt nicht als Person, ist jedoch Anknüpfungspunkt eines „postmortalen Persönlichkeitsrechts“⁵, das den toten Körper vor Zugriffen schützt und ihn in seiner Integrität aufzubewahren, ihm die sprichwörtliche ewige Ruhe zu gönnen sucht. Gleichzeitig weisen besondere Vorschriften den toten Körper sowohl als Objekt der Angst (zB in Hygienevorschriften) als auch der medizinischen und kriminologischen Neugier (zB in der Regelung von Obduktionen) aus. Weiters ist bedeutsam, dass ein allgemeines Interesse an menschlichen Organen, Zellen und Gewebe besteht, der Leichnam also auch verwertbare Versorgungsressource ist. Der vorliegende Beitrag soll, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, einige kurze Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit toten Körpern werfen.⁶

2. Das Spannungsverhältnis von Verwaltungs- und Zivilrecht

Das Leichen- und Bestattungswesen fällt bezüglich Gesetzgebung und Vollziehung in den Zuständigkeitsbereich der Länder.⁷ Die einschlägigen (öffentlich-rechtlichen) landesgesetzlichen Vorschriften regeln beispielsweise die Totenbeschau, den Leichentransport und die zulässige Art der Bestattung. Gleichzeitig hat das Totenrecht aber auch eine zivilrechtliche Dimension: Es geht um Fragen des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts (§ 16 ABGB) und der „Fürsorge“ für die Toten. Diese Materie fällt in die Zivilrechtskompetenz des Bundes.⁸ Wer darüber entscheiden darf, wie ein Leichnam bestattet werden soll, ist eine zivilrechtliche Frage. Dementsprechend bezweifelt *Aichhorn*, dass es der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung entspricht, wenn Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder Regelungen darüber enthalten, wer über die Bestattungsart entscheiden darf.⁹

3. Wenn jemand stirbt ...

Das Leichenrecht der Länder¹⁰ verwaltet die Toten. Sie werden in Bescheinigungen verzeichnet, allenfalls einer Obduktion zugeführt und so rasch wie möglich, nach einer allfälligen Trauerzeremonie und Aufbahrung, bestattet. Die folgenden skizzenhaften Ausführungen beziehen sich auf das Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz (WLBG)¹¹. Stirbt jemand, muss der Tod gegenüber dem Magistrat angezeigt werden. Die Leiche

5 *Binder*, Das rechtliche Fortleben des menschlichen Körpers nach dem Tode, JAP 1998/99, 228.

6 Für eine detailliertere Analyse, insb in Hinblick auf rechtsethische Fragen iZm Organtransplantationen und Gewebe- bzw Zellentnahmen, wird auf den Beitrag von *Solvita Olsena* in der vorliegenden Ausgabe des *juridikum* verwiesen.

7 Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen ist Bundessache mit Ausnahme des Leichen- und Bestattungswesens) iVm Art 15 B-VG.

8 Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.

9 *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften (2003) 370 ff.

10 Grundlegend dazu *E. Mayer*, Der Umgang mit der Leiche (Dissertation, 2010) 147–167.

11 LGBL 2004/38 idF LGBL 2013/29.

darf nicht bewegt werden, bis der/die totenbeschauende Arzt/Ärztin eintrifft.¹² Die Totenbeschau bezweckt die Feststellung des Todes sowie dessen Art und Ursache. Die Todesbescheinigung wird der zuständigen Personenstandsbehörde übermittelt;¹³ außerdem wird seitens des Magistrats ein Totenbeschauprotokoll erstellt, das zehn Jahre lang aufbewahrt wird.¹⁴

Nach der Totenbeschau muss die Leiche aus der Wohnstätte entfernt und in einer Leichenkammer untergebracht werden.¹⁵ Leichentransporte in ein anderes Bundesland oder auch in einen anderen Staat sind gesondert geregelt und bedürfen allerlei „Papierkram“ (ua braucht es für den internationalen Transport einen „Leichenpass“).¹⁶

Die Abwendung von gesundheitlichen Gefahren zieht sich motivisch durch das Gesetz und vermengt sich mit pietätsbezogenen Vorschriften. ZB darf die Leiche nur in „widerstandsfähigen und dicht schließenden“ Särgen transportiert werden und dürfen im Laderaum des Leichenwagens nur Trauer- und Aufbahrungsgegenstände mitgeführt werden.¹⁷

Nach der Trauerzeremonie ist die Leiche „unverzüglich“ zu bestatten. Zulässig sind Erd- oder Feuerbestattungen in einer vorschriftsmäßigen Bestattungsanlage (Friedhöfe, Urnenhaine) oder Privatbegräbnisstätte. Urnen können unter bestimmten Voraussetzungen auch zuhause aufbewahrt werden. Kleine symbolische Mengen Asche dürfen auch zu Schmuckstücken oder Ähnlichem verarbeitet werden; das Verstreuen von Asche in Luft, Wasser oder Erde ist hingegen grundsätzlich nicht erlaubt.¹⁸

Zuständig für die Veranlassung der Bestattung sind die „nahen Angehörigen“ (EhegattInnen bzw eingetragene PartnerInnen in aufrechter Ehe/Partnerschaft, Verwandte in gerader Linie, Geschwister). Wenn nach fünf Tagen ab Ausstellung der Todesbescheinigung niemand die Bestattung veranlasst hat, ist der Magistrat zuständig.¹⁹

Für die Wahl der Bestattungsart ist laut WLBG eine „letztwillige Verfügung oder sonstige Willenserklärung“ der verstorbenen Person maßgebend; wenn eine solche nicht vorliegt, entscheidet jene Person, welche die Bestattung beauftragt hat.²⁰ Dabei sind wohl die im Folgenden dargestellten Grundsätze des zivilrechtlichen „Totenfürsorge-rechts“ zu berücksichtigen.

12 §§ 2 f, 5 WLBG.

13 § 7 WLBG. Details zur Vornahme der Totenbeschau finden sich in der Durchführungsverordnung zum WLBG ABl 2006/51+52 idF ABl 2012/35.

14 § 8 WLBG.

15 § 6 Abs 3, § 10 Abs 1 WLBG.

16 §§ 15, 16, 17 WLBG. In diesem Zusammenhang relevant sind auch das Internationale Abkommen über Leichenbeförderung BGBl 1958/118 und das Übereinkommen über die Leichenbeförderung BGBl 1978/515.

17 § 14 WLBG.

18 §§ 10, 19, 20, 25a, 30 WLBG.

19 § 19 WLBG.

20 § 28 WLBG.

4. Postmortales Persönlichkeitsrecht und Recht der Totenfürsorge

Beim zivilrechtlichen „Totenrecht“ geht es in erster Linie um die Frage, wer das Recht hat, über den toten Körper zu verfügen. Daran entzünden sich bisweilen familiäre Konflikte, die sogar vor Gericht landen. Wie ist zu entscheiden, wo und wie eine Leiche zu bestatten ist? Da das „Totenrecht“ im ABGB nicht geregelt ist, greift die Rsp dazu auf „allgemein anerkannte Grundsätze“²¹ zurück:

Zunächst stellt sich die Frage, was der Leichnam eigentlich ist. Schließlich ist er keine Person (mehr). Aber ist er daher automatisch eine Sache? Im Gegensatz zu einem Teil der Lehre²² lehnt die Rsp die Sachkonzeption ab und behandelt den Leichnam „als fortgesetzte Persönlichkeit (...), solange er noch als Leib einer bestimmten verstorbenen Person anzusehen ist“²³.

Die Verfügung über den eigenen Leichnam ist ein höchstpersönliches Recht, das keiner Stellvertretung zugänglich ist²⁴ und über den Tod hinaus wirkt. Stirbt jemand, so kommt es darauf an, wie der oder die Verstorbene bestattet werden wollte. Hat er oder sie sich diesbezüglich nicht geäußert, so ist sein oder ihr mutmaßlicher Wille maßgeblich. Diesen Willen müssen die mit der Bestattung betrauten Angehörigen befolgen, soweit dies im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Leichenrechts möglich ist.²⁵ Vom Willen des oder der Verstorbenen hängen alle Elemente der sogenannten „Totenfürsorge“ ab: Die Art der Bestattung, der Ort der Bestattung (zB ob im Familiengrab²⁶), die Grabinschrift²⁷ oder auch die Bestimmung jener Person, die über den Leichnam entscheiden darf. Lässt sich nicht einmal ein mutmaßlicher Wille des oder der Verstorbenen ermitteln, so kommt die Entscheidungsbefugnis über den Umgang mit dem toten Körper den am nächsten stehenden Personen zu. Dabei kommt es weder auf den Verwandtschaftsgrad noch auf die Erbeneigenschaft an, sondern auf das tatsächliche Nahever-

21 OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k.

22 *Spielbüchler in Rummel*³ § 285 Rz 3 qualifiziert den Leichnam als Sache bzw als einer solchen gleichzuhalten; das Recht der Angehörigen zur Entscheidung darüber, wie mit dem Toten zu verfahren ist, argumentiert er gleichwohl nicht eigentums- sondern familienrechtlich (vgl in dieser Hinsicht auch *Blume*, Fragen des Totenrechts, Archiv für die civilistische Praxis 1914, 367); Verfügungen des oder der Toten über seinen/ihren Leichnam betrachtet auch *Spielbüchler* als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts der verstorbenen Person. Die Qualifikation als Sache scheint daher nicht zu anderen Ergebnissen zu führen als der Zugang der Rsp. Auch *Kopetzki* stellt fest, dass der Unterschied zwischen der Konzeption der Leiche als Sache oder als „Rückstand der Person“ letztendlich „symbolischer Natur“ sei; vgl *Kopetzki*, Der menschliche Leichnam im privaten und öffentlichen Recht Österreichs und der BRD, in *Stefenelli* (Hrsg), Körper ohne Leben (1998) 862 (862). Vgl zur Umstrittenheit der Qualifikation des Leichnams auch mwN *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 367f; sowie *Wilhelm*, Duell um eine Leiche, *ecolex* 1994, 73.

23 OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/72. Den Zugang der Rsp kommentiert *Wilhelm*: „Die [dogmatische, Anm IR] Konstruktion ist allerdings ungeschlacht, aber ihr Anliegen vernünftig.“ *Wilhelm*, Die Geschäfte der Krematorium Wien GmbH, *ecolex* 2013, 673.

24 Vgl OGH 13.12.2012, 1 Ob 222/12x.

25 Zudem führen die Gerichte manchmal an, dass das Persönlichkeitsrecht, über den Umgang mit der eigenen Leiche zu verfügen, nur „im Rahmen der guten Sitten“ gelte (OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k); vgl auch *Brandstetter*, Der Schutz des Leichnams im österreichischen Strafrecht, in *Stefenelli* (Hrsg), Körper ohne Leben (1998) 873 (874).

26 Vgl *Binder*, JAP 1998/99, 228.

27 Vgl OGH 17.12.2003, 7 Ob 285/03t.

hältnis.²⁸ Daneben führt der OGH immer wieder auch das Prinzip der „Totenruhe“ ins Treffen: Schwerwiegende Gründe müssen vorliegen, damit eine bereits bestattete Leiche wieder exhumiert werden darf.²⁹

Beispielhaft sei einer der wenigen OGH-Fälle erläutert:³⁰ Nachdem eine junge Frau tödlich verunglückt war, wurde ihre Leiche auf einem Friedhof begraben. Eineinhalb Jahre später besann sich ihre Mutter darauf, dass die Tochter immer gesagt hatte, sie wolle feuerbestattet werden, weil „sie Angst davor habe, von den Würmern zerfressen zu werden“, und leitete die Enterdigung der Leiche in die Wege. Der Vater der Toten war dagegen und klagte auf Unterlassung. Die verschiedenen Instanzen beschäftigten sich nun mit der Frage, was die Verstorbene in einer solchen Situation gewünscht hätte: Zu bedenken sei, dass der befürchtete Wurmfraß wohl schon in vollem Gange sei, was auch die Feuerbestattung nicht mehr beheben könne. Vielleicht wolle die Tote, wenn sie schon fälschlicherweise und gegen ihren Willen in der Erde lag, „lieber in Ruhe“ gelassen werden? Letztendlich hielt der OGH den mutmaßlichen Willen der Verstorbenen für zweifelhaft, stellte die Mutter als engste Bezugsperson und daher Totenfürsorge-Berechtigte fest und bewertete den Sachverhalt so, dass er den Eingriff in die Totenruhe rechtfertige. Schließlich beende die Mutter damit „einen Zustand (...), den die Tochter wiederholt als sie ängstigend bezeichnet hat“.

Die Formulierungen des Urteils spiegeln eine Identifikation der Leiche mit der verstorbenen Person wider: „Sie“ wird entgegen ihres Wunsches von den Würmern zerfressen, „sie“ möchte vielleicht lieber in Ruhe gelassen werden und „sie“ befindet sich in einem sie ängstigenden Zustand. Die zivilrechtliche Denkfigur des über den Tod hinaus wirkenden Persönlichkeitsrechts an der eigenen Leiche vermag die Ambivalenz des toten Körpers nicht aufzuheben, sondern bringt sie im Grunde genau zum Ausdruck: Dass nicht als gänzlich fühl- und willenlos gelten darf, was nach einhelliger Meinung fühl- und willenlos ist. Und dass rechtlich eine Person in ihrem Körper weiterwirkt, obwohl es die Person nicht mehr gibt. Da geraten die Gerichte auch sprachlich ins Schwimmen, greifen auf den diffusen Begriff der „Pietät“ zurück und setzen – wie aus der Alltagssprache bekannt – die Leiche mit der verstorbenen Person gleich.

5. Strafrechtlicher Schutz des toten Körpers³¹

Abgesehen von der zivilrechtlichen Berücksichtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist der menschliche tote Körper auch strafrechtlich geschützt. Einschlägig ist

28 Vgl grundlegend zum Recht der Totenfürsorge OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/77; 27.10.1999, 7 Ob 225/99k. Vgl auch *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 368f mwN.

29 OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/77.

30 OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k.

31 Zum Folgenden vgl *E. Meyer/Tipold*, in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum StGB, 25. Lfg (2011) § 190; *E. Meyer*, Umgang; *Bachner-Foregger* in *WK² StGB* § 190 (Stand November 2009, rdb); *Fabrizy*, StGB⁹ § 190; *Stellpflug*, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams (1996) 109–150.

§ 190 StGB (Störung der Totenruhe)³²: Strafbar ist (1.) wer einen Leichnam, Leichenteile oder Totenasche einem/r Verfügungsberechtigten entzieht; (2.) wer einen Leichnam, Leichenteile oder Totenasche aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte wegschafft; (3.) wer einen Leichnam misshandelt; und (4.) wer einen Leichnam, Totenasche oder eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte verunehrt. Als Strafsatz ist eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen normiert.³³

Als Leiche gilt jeder tote Körper, der (noch) als menschliche Gestalt erkennbar ist, weshalb auch ein Skelett als Leichnam gilt. Das Abgrenzungskriterium zwischen lebendigem und totem Körper ist der Hirntod. Zu den Leichenteilen zählen auch fest mit dem Körper verbundene Dinge wie zB Goldzähne, Zahnbrücken, Herzschrittmacher etc (nicht aber zB Prothesen).

Das geschützte Rechtsgut des § 190 StGB ist nach hM die „Pietät“. Die verschiedenen Tatbestände schützen jeweils die Verfügungsbefugnis über die Leiche („Entziehen“),³⁴ die Totenruhe als solche („Wegschaffen“), die körperliche Integrität des Leichnams („Misshandlung“) und die Ehre der verstorbenen Person sowie das Pietätsgefühl der Allgemeinheit („Verunehren“). Eingriffe in die körperliche Integrität des Leichnams sind nicht strafbar, wenn es sich um gesetzlich zulässige Organtransplantationen oder Obduktionen handelt.³⁵

6. Der Leichnam als Ressource – Organtransplantationen

Unter welchen Voraussetzungen Organtransplantationen und Gewebeentnahmen aus einem Leichnam zulässig sind, regeln das Organtransplantationsgesetz (OTPG)³⁶ bzw das Gewebesicherheitsgesetz (GSG)³⁷.

32 Siehe auch die Störung einer Bestattungsfeier (§ 191 StGB) und die einschlägige Tatvariante der schweren Sachbeschädigung (§ 126 Abs 1 StGB).

33 § 190 Abs 2 StGB stellt die Entfernung von Schmuck (zB Blumen) aus Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätten unter Strafe.

34 Und zwar unabhängig davon, ob das „Entziehen“ in pietätsverletzender Weise geschieht. Vgl *Brandstetter in Stefanelli* 874–877, referierend auf OGH 25.11.1986, 10 Os 104,106-112/86 (sog Hypophyseentscheidung).

35 Eine unter den gesetzlichen Voraussetzungen vorgenommene Organtransplantation stellt einen Rechtfertigungsgrund dar; vorschriftsmäßig vorgenommene Obduktionen können entweder analog zur Heilbehandlung an Lebenden als nicht tatbestandsmäßig oder als gerechtfertigt betrachtet werden. Vgl *E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* § 190 Rz 87.

36 BGBl I 2012/108. Das OTPG erging in Umsetzung der RL 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7.2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, ABl L 2010/207, 14 (berichtigter Titel durch ABl L 2010/243, 68). Das OTPG übernahm die bisherigen Regelungen des KAKuG. Vgl *Heissenberger*, Das Bundesgesetz über die Transplantation menschlicher Organe und dessen wesentliche Neuerungen, RdM 2013, 35; *Füszl*, Das neue Organtransplantationsgesetz, ÖZPR 2013/19.

37 BGBl I 2008/49 idF BGBl I 2013/162. Das GSG erging in Umsetzung der RL 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl L 2004/102, 48; sowie ihrer Durchführungsrichtlinien, RL 2006/17/EG, ABl L 2006/38, 40 und RL 2006/86/EG, ABl L 2006/294, 32. Vgl dazu *Joklik/Zivny*, Gewebesicherheitsgesetz – das Wesentliche auf einen Blick, RdM 2008, 4.

Zweck von Organentnahmen darf nur die lebensrettende bzw gesundheitswiederherstellende Transplantation in einen menschlichen Körper sein,³⁸ wobei auch die Konservierung in Organbanken mitumfasst ist.³⁹ Die Organentnahme darf nur durch gemeinnützige⁴⁰ Entnahmeeinheiten durchgeführt werden, und zwar unter folgenden Voraussetzungen (§ 5 OTPG): Es dürfen nur „einzelne“ Organe entnommen werden (es darf also keine „Ausschlachtung“ der Leiche erfolgen⁴¹); die Entnahme darf nicht „zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen“, und es darf kein Widerspruch des oder der Verstorbenen vorliegen. Die österreichische Rechtsordnung wählt also den Weg einer „Widerspruchslösung“, um dem Spannungsverhältnis zwischen dem Verfügungsrecht der verstorbenen Person und dem Organbedarf der Allgemeinheit zu begegnen. Ein allfälliger Widerspruch kann im sogenannten „Widerspruchsregister“ dokumentiert werden, welches vor einer Organentnahme jedenfalls abzufragen ist.⁴² Für die Entnahme von Zellen oder Gewebe gelten dieselben Regeln (§ 4 Abs 5 und 5a GSG).

7. Der Leichnam als Informationsquelle – Obduktionen

Bestimmungen, welche die Zulässigkeit von Obduktionen (= Öffnung einer Leiche) regeln, finden sich verstreut sowohl in verschiedenen Bundesgesetzen als auch in Landesgesetzen. Sie eröffnen einen durchaus weiten Spielraum, um allfällige öffentliche Interessen an der Erforschung der Leiche zu berücksichtigen.

Die „gerichtliche Obduktion“ gem § 125 Z 4 iVm § 128 StPO⁴³ dient der Aufklärung einer Straftat. Die „sanitätspolizeiliche Obduktion“ bezweckt den Schutz der Gesundheit: Sie ist zulässig für die Feststellung, ob eine anzeigepflichtige Krankheit iSd § 1 Epidemiegesetz⁴⁴ vorlag,⁴⁵ sowie in anderen Fällen der Gesundheitsgefährdung⁴⁶. Die „klinische Obduktion“, geregelt im Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG)⁴⁷, bezeichnet die Obduktion an in Krankenanstalten Verstorbenen. In öffentlichen Krankenanstalten⁴⁸ ist sie dann zulässig (und geboten), wenn sie zur Wahrung

38 § 2 OTPG.

39 E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer § 190 Rz 110.

40 Die Definition findet sich in § 16 Abs 1 KAKuG, wobei das OTPG auch solche Einheiten als gemeinnützig gelten lässt, welche die lit a des § 16 Abs 1 nicht erfüllen.

41 E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer § 190 Rz 108.

42 § 7 OTPG. Das Widerspruchsregister wird von der Gesundheit Österreich GmbH geführt und dient der Dokumentation von Widersprüchen gegen postmortale Organentnahmen (§ 6 OTPG).

43 Vgl auch die Verordnung zur Vornahme der gerichtlichen Totenschau RGBI 1855/26.

44 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2013/18.

45 Vgl E. Meyer, Umgang 109. Vgl auch die Verordnungsermächtigung in § 5 Epidemiegesetz sowie die Verordnung betreffend Leichen von mit anzeigepflichtigen Krankheiten behafteten Personen RGBI 1914/263.

46 Vgl E. Meyer, Umgang 110. Diese Variante der sanitätspolizeilichen Obduktion ist im Leichenrecht der Länder geregelt, siehe zB § 12 WLBG.

47 BGBl 1957/1 idF BGBl I 2002/65.

48 Für private Krankenanstalten gelten strengere Regeln, vgl § 40 KAKuG.

von öffentlichen oder wissenschaftlichen Interessen erforderlich ist.⁴⁹ Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, darf obduziert werden, wenn entweder eine Zustimmung der verstorbenen Person oder der „nächsten Angehörigen“ vorliegt (§ 25 KAKuG).⁵⁰ In anderen Fällen („Privatobduktion“) ist zB in Wien eine Obduktion dann zulässig, wenn der/die Verstorbene zugestimmt hat oder die Kernfamilie der verstorbenen Person einvernehmlich der Obduktion zustimmt (§ 13 WLBG). Andere Landesgesetze erweitern die Zugriffsmöglichkeiten auf den toten Körper über zusätzliche Bestimmungen zur Verwendung der Leiche in der medizinischen Forschung und Lehre in anatomischen Instituten.⁵¹

8. Gründe für den Schutz des toten Körpers

Wie dargelegt wurde, greifen beim Umgang mit toten Körpern Persönlichkeitsschutz, Angehörigeninteressen, Sittenempfindungen der Allgemeinheit, gesundheitliche Erwägungen und (medizinische) Verwertungsinteressen ineinander. Aber was ist der Grund für den rechtlichen Schutz der Toten, warum behandelt sie das Recht nicht einfach als die leblosen Objekte, die sie sind?

Der strafrechtliche Schutz der Totenruhe schützt nach hM die Pietät. *E. Meyer/Tipold* identifizieren eine „individuelle und eine allgemeine Komponente“ der Pietät, die einerseits das Pietätsgefühl der Angehörigen umschreibe und andererseits der „Ehrfurcht der Menschen vor ihrer Vergänglichkeit und der Unausweichlichkeit des Todes“ entspringe, weshalb § 190 StGB auch dann zum Tragen komme, wenn keine Angehörigen vorhanden sind.⁵² Der Rückgriff auf das Pietätsgefühl führt allerdings zu tautologisch anmutenden Aussagen: Die Bestimmung, dass man eine Leiche nicht verunehren darf, schützt das allgemeine Gefühl, dass man sie nicht verunehren darf.⁵³ Warum das gesellschaftliche Pietätsgefühl ein schützenswertes Gut ist, bleibt offen. Die Begründung von *Bachner-Foregger*, dass eine Gefährdung der Pietätsgefühle von Menschen „das Zusammenleben aller“ gefährden würde,⁵⁴ befriedigt nicht wirklich. Dasselbe gilt für die im zivilrechtlichen Totenrecht zentrale Denkfigur, dass im Umgang mit dem toten Körper ein fortwirkendes Persönlichkeitsrecht der verstorbenen Person zur Geltung zu bringen sei.⁵⁵ Denn

49 Laut *E. Meyer*, Umgang 113 mwN muss das Interesse im Zusammenhang mit dem konkreten Todesfall stehen. AA *Schwamberger*, Obduktion in Krankenanstalten, RdM 1998, 77, der auch die „Erforschung neuer Krankheitsformen“ als rechtfertigendes wissenschaftliches Interesse zulässt.

50 Es sind entsprechende landesgesetzliche Ausführungsbestimmungen ergangen, beispielsweise für Wien § 40 und § 62 Wiener Krankenanstaltengesetz (Wv KAG) LGBl 1987/23 idF LGBl 2014/5.

51 Vgl *E. Meyer*, Umgang 119 f.

52 Vgl *E. Meyer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* § 190 Rz 8.

53 Vgl *E. Meyer/Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* § 190 Rz 92.

54 *Bachner-Foregger* in WK² StGB Vor §§ 188–191 Rz 4 (Stand November 2009, rdb.at).

55 Zumindest solange die Leiche noch als Körper einer bestimmten Person erkennbar ist. Vgl OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/72. Vgl auch *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 285 Rz 3: Der „Sachcharakter“ des Leichnams trete in den Vordergrund, wenn „der Zeitablauf in Verbindung mit der Anonymität oder dem gänzl Zerfall des Körpers die Pietät und Achtung des Toten hinter anderen Interessen (zB der Archäologie) zurücktreten“ lässt.

der Grund, warum Leichen mit Persönlichkeitsschutz ausgestattet werden sollen, bleibt dunkel.

Diese Unschärfen verwundern allerdings nicht. Die (rechts-)ethische Debatte, worauf eine moralische Pflicht gegenüber den Toten beruhen könnte, ist nicht abgeschlossen. So wird beispielsweise die Überlegung angestellt, dass Leichen zwar nicht als „Personen“, jedoch als „Menschen“ zu begreifen sind, weil sie diesen hinreichend ähnlich sind: Sie bestehen aus demselben Material, gleichen einander äußerlich und sind genetisch identisch.⁵⁶ Ein anderer Ansatz⁵⁷ geht nicht von der Frage nach der ontischen Natur des Leichnams aus, sondern von der Frage nach der Qualität des sozialen Raums, der durch einen bestimmten Umgang mit den Toten entsteht: Inwiefern werde das Vertrauen der Lebenden auf Achtung ihrer eigenen Würde erschüttert, wenn tote Körper auf eine bestimmte, „demütigende“ Art behandelt werden? Die Menschenähnlichkeit der toten Körper spielt allerdings auch bei diesem Ansatz eine Rolle: Problematisch an einem „demütigenden“ Umgang mit den Toten sei, dass etwas, das prima facie als „menschlich“ erkannt wird, so behandelt wird, als wäre es nicht menschlich. Durch die „Fähigkeit [der Toten] Symbolisierungs- und Erinnerungsfläche und damit Identifikationsfläche“⁵⁸ zu sein, gewinnt der Umgang mit den Toten Aussagekraft und Bedeutung für das Verhältnis der Lebenden untereinander.

Die These, dass der Umgang mit den Toten letztendlich die Lebenden „meint“ bzw. Rückschlüsse auf die sozialen Verhältnisse zulässt, legen Beispiele aus Geschichte und Gegenwart durchaus nahe: Rassistisches „Ausstopfen“ und Ausstellen von Menschenkörpern⁵⁹, antisemitische und antimuslimische Grab- und Friedhofschändungen⁶⁰ oder auch die namenlosen, nur mit einer Nummer oder dem Sterbedatum versehenen, Gräber von MigrantInnen, die an den Außengrenzen der Europäischen Union ums Leben gekommen sind.⁶¹ In letzterem Fall wird keine gezielte Herabwürdigung der Toten be-

56 Vgl Wittwer, Der Leichnam aus der Sicht der Philosophie, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2008, 97 (106–117). Ein anderer Ansatz ist bestrebt, die gedankliche Dualität von Organismus und Person aufzuheben und auf dieser Basis die Menschenwürde auch auf den leblosen „Leib“ auszudehnen. Vgl Esser in *Groß ua*.

57 Vgl Glahn, Ob tot oder lebendig! Ein interaktionaler Menschenwürdebegriff, in *Groß/Glahn/Tag* (Hrsg.), Die Leiche als Memento mori (2010) 45.

58 Glahn in *Groß/Glahn/Tag* 68.

59 Vgl Wigger/Klein, „Bruder Mohr“. Angelo Soliman und der Rassismus der Aufklärung, in *Hund* (Hrsg.), Entfremdete Körper. Rassismus als Leichenschändung (2009) 81.

60 Beispielsweise berichtet der *Zentralrat der Juden in Deutschland*, unter Bezugnahme auf amtliche Statistiken, im Zeitraum von 2002–2008 von 267 antisemitischen Schändungen auf jüdischen Friedhöfen; vgl www.zentralratjuden.de/de/article/1702.innenministerium-legt-aktuelle-statistik-über-verwuestungen-vor.html. Vgl auch *DerStandard.at*, 43 jüdische Gräber am Zentralfriedhof geschändet, 29.6.2012, <http://derstandard.at/1339639367652/Wien-43-juedische-Graeber-am-Zentralfriedhof-geschaendet>. Beispielhaft für rechtsextreme Schändungen muslimischer Gräber vgl *Süddeutsche.at*, 500 muslimische Gräber geschändet, 17.5.2010, www.sueddeutsche.de/panorama/frankreich-muslimische-graeber-geschaendet-1.379749; *DerStandard.at*, Schändung islamischer Gräber in Graz: „Denken in alle Richtungen“, 8.2.2008, <http://derstandard.at/3216449> (alle abgerufen am 15.3.2014).

61 Vgl nur beispielhaft *Kurier.at*, Flüchtlinge als Nummer begraben, 20.10.2013, <http://kurier.at/politik/weltchronik/italien-lampedusa-fluechtlinge-als-nummer-begraben/31.798.122> (15.3.2014); auch *DiePresse.com*, Griechenland: Der Friedhof der Illegalen, 25.8.2010, http://diepresse.com/home/politik/aussenpolitik/590032/Griechenland_Der-Friedhof-der-Illegalen (15.3.2014).

trieben, sondern die Namenlosigkeit der Gräber ist eine Folge von Exklusion. Wem die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft verwehrt wird, trägt in dieser Gemeinschaft keinen Namen, ist als Person nicht vorhanden.⁶² In den namenlosen Gräbern manifestiert sich die verordnete Entsubjektivierung der Lebenden.

Mag.^a Ines Rössl ist Mitherausgeberin des *juridikum* und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies der JKU Linz; ines.roessler@jku.at

62 Zum Gedanken, dass das „Recht, Rechte zu haben,“ von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft abhängt, vgl. *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*¹³ (2009, 1. engl. Aufl. 1951) 601–625. Zur kritischen Ausdifferenzierung des Exklusionsbegriffs iZm dem europäischen Grenzregime vgl. zB *Cuttitta*, *Das europäische Grenzregime: Dynamiken und Wechselwirkungen*, in *Hess/Kasperek* (Hrsg.), *Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa* (2010) 23.