

Karlheinz Muscheler

DAS

RECHT

Grundlegung  
einer juristischen  
Thanatologie

DES

TODES

Duncker & Humblot

KARLHEINZ MUSCHELER

Das Recht des Todes



# Das Recht des Todes

Grundlegung  
einer juristischen Thanatologie

Von

Karlheinz Muscheler



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI Books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISBN 978-3-428-19333-2 (Print)

ISBN 978-3-428-59333-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Sei allem Abschied voran, als wäre er hinter  
dir, wie der Winter, der eben geht.  
Denn unter Wintern ist einer so endlos Winter,  
daß, überwinternd, dein Herz überhaupt übersteht.

Sei immer tot in Eurydike –, singender steige,  
preisender steige zurück in den reinen Bezug.  
Hier, unter Schwindenden, sei, im Reiche der Neige,  
sei ein klingendes Glas, das sich im Klang schon zerschlug.

*(Rainer Maria Rilke, Sonette an Orpheus, II, 13)*

Oft noch berühre du mich,  
Tod, wenn ich in mir zerrinne,  
Bis ich mich wieder gewinne  
Durch den Gedanken an dich!

*(Friedrich Hebbel, An den Tod)*

The time had come for him to set out on his journey westward. Yes, the newspapers were right: snow was general all over Ireland. It was falling on every part of the dark central plain, on the treeless hills, falling softly upon the Bog of Allen and, farther westward, softly falling into the dark mutinous Shannon waves. It was falling, too, upon every part of the lonely churchyard on the hill where Michael Furey lay buried. It lay thickly drifted on the crooked crosses and headstones, on the spears of the little gate, on the barren thorns. His soul swooned slowly as he heard the snow falling faintly through the universe and faintly falling, like the descent of their last end, upon all the living and the dead.

*(James Joyce, The Dead, in: Dubliners)*



## Vorwort

Dieses Buch versucht etwas Neues und damit etwas Schwieriges. Es sollen die Grenzen eines neuen und eigenständigen Rechtsgebiets abgesteckt und die innerhalb der Grenzen liegenden Gegenstände dargestellt werden. Es geht um den Tod, und nichts weniger wird erstrebt als die Grundlegung einer juristischen Thanatologie. Systematische Vorarbeiten für dieses Unternehmen existieren nicht.

Seit es den Menschen gibt, denkt er über seine Sterblichkeit und über den Tod nach. Die europäische Philosophie widmet sich diesen Themen von ihren Anfängen an. Ihrer Hilfe wird auch eine juristische Betrachtung des Todes nicht entraten können. Deshalb müsste dieses Buch, nähme man es genau, den Titel tragen „Recht und Philosophie des Todes“. Wir vermeiden diesen Titel nur, um seine Zielsetzung deutlicher zum Ausdruck zu bringen.

In der Soziologie und der Psychologie hat sich die Beschäftigung mit allen Aspekten des Sterbens und des Todes zu eigenen Spezialdisziplinen entwickelt. Man nennt sie Thanato-Soziologie und Thanato-Psychologie. Auch die Rechtswissenschaft muss Rechtsnormen, die das Sterben und den Tod regeln, interpretieren und systematisch verarbeiten. Bis heute geschieht dies jedoch isoliert in den herkömmlichen Teilgebieten des Rechts, in Strafrecht, Zivilrecht, Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht. Im vorliegenden Buch wird zum ersten Mal der Versuch unternommen, bei der Betrachtung des Todes die Fächergrenzen innerhalb der Rechtswissenschaft zu überwinden und die Rechtswissenschaft zugleich für ein fruchtbares Gespräch mit anderen Wissenschaften wie Medizin, Soziologie, Psychologie, Theologie und insbesondere der Philosophie zu öffnen. Ein solches Gespräch erscheint umso dringlicher, als Recht und Rechtswissenschaft sich zahlreichen neuen Entwicklungen in Medizin, Medizintechnik und Naturwissenschaft gegenübersehen, für die es bisher keine langjährig erprobten Lösungen gibt. Und was die Fächergrenzen innerhalb der Rechtswissenschaft angeht, so besitzen sie gewiss ihre Berechtigung darin, dass sie verschiedene Normenkomplexe sachgerecht voneinander abgrenzen und mit den ihnen gemäßen Methoden bearbeiten, sie verhindern aber zugleich, dass gemeinsame fächerübergrenzende Prinzipien erkennbar werden.

Das Buch gliedert sich der Sache nach in vier Teile. Es handelt sich um den erzwungenen Tod, den erstrebten Tod, den eintretenden Tod und den eingetretenen Tod.

Den Beginn macht der erzwungene Tod (B.). Wir nennen die Summe der Rechtsnormen, die sich mit ihm beschäftigen, das „Recht gegen den Tod“. Im Zentrum steht das uralte Tötungsverbot. Es wird nach dem Grundrecht auf Leben



(Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) gefragt und danach, wie das Strafrecht und das Zivilrecht auf die sei es vorsätzliche oder fahrlässige Tötung eines Menschen reagieren und inwiefern sie ihrem Zweck, solche Tötungen zu verhindern oder zumindest angemessen zu sanktionieren, gerecht werden.

Der zweite Teil dreht sich um den erstrebten Tod (C.). Wir nennen die Summe der Rechtsnormen, die sich mit ihm beschäftigen, das „Recht auf den Tod“. Im Zentrum steht das sehr junge, weil jetzt erst verfassungsrechtlich abgesicherte Recht, sterben zu dürfen. Es werden die verschiedenen Formen der Sterbehilfe, der Suizid, die organisierte und nicht organisierte Beihilfe zum Suizid sowie die Tötung auf Verlangen dargestellt, und dies, ebenso wie in allen anderen Teilen des Buches, sowohl nach gegenwärtiger Rechtslage wie auch historisch, rechtsvergleichend und rechtspolitisch.

Im dritten Teil behandeln wir den eintretenden Tod (D.). Wir nennen die Summe der Rechtsnormen, die sich mit ihm beschäftigen, das „Recht des Todes“. Im Zentrum steht das zwar uralte, jedoch in seiner Dringlichkeit relativ neue Problem der Todesdefinition. Es wird gefragt, was der Tod ist und wann genau der Tod des Menschen eintritt. Das Recht war an diesem Zeitpunkt schon immer interessiert, weil zahlreiche seiner Normen an ihn anknüpfen und Rechtsfolgen aus ihm ableiten. Aber an einer sozusagen sekundengenauen Fixierung dieses Zeitpunkts lag ihm so wenig, wie sie technisch auch nicht möglich war. Seit der Mensch nun überwiegend im Krankenhaus und an Apparate angeschlossen stirbt und seitdem die Medizin uns mit Hilfe des Hirntodkonzepts eine Punktualisierung des Todes vorgeben zu können glaubt, ist dies anders geworden. Gleichzeitig hat die Medizin auch selbst den Bedarf für eine möglichst exakte und möglichst frühe Bestimmung des Todeszeitpunkts geschaffen, weil die Fortschritte der Transplantationsmedizin sie notwendig machen. So schnell und kritiklos die Rechtswissenschaft sich ihm unterworfen hat, so umstritten ist das Hirntodkonzept international bis heute geblieben. Wir werden dieser vor allem in Philosophie und Theologie geführten Diskussion nachspüren.

Im vierten Teil geht es um den eingetretenen Tod, den Zustand des Tot-Seins. Wir nennen die Summe der Rechtsnormen, die sich mit ihm beschäftigen, das „Recht der Toten“. Wir zerlegen diesen vierten Teil formal in mehrere Abschnitte. In einem ersten Abschnitt (E.) wird es sich um das „Recht des Leichnams“ handeln, also darum, wie es mit der rein physischen Seite des Tot-Seins steht. Verhandelt werden der rechtliche Status des Leichnams und das Totenfürsorgerecht der Angehörigen, das gesamte Recht der Obduktion und der Transplantation, das Verhältnis von Tod und Fortpflanzung sowie das öffentliche Bestattungsrecht. Hier haben wir es, so sehr ein bloß Äußerliches in Rede zu stehen scheint, mit elementaren Fragen von Würde und Pietät zu tun, die einer philosophischen und verfassungsrechtlichen Grundlegung bedürfen. Nicht zuletzt muss der beklagenswerte Zustand unseres Bestattungswesens zur Sprache kommen. „Ein Volk wird danach beurteilt, wie es seine Toten bestattet“ – dieser vor 2500 Jahren gesprochene Satz des Perikles mag uns dabei in den Ohren klingen.

Der zweite Abschnitt des vierten Teils (F.) behandelt das „postmortale Persönlichkeitsrecht“, also die Frage, wie es sich mit der geistigen Seite des Tot-Seins verhält. Hier ist, auf der Grundlage von Rechtsvergleichung und Philosophie, der absolut unzulängliche Schutz dieses verfassungsrechtlich verbürgten Rechts durch die Normen des Strafrechts zu beklagen und die in weiten Teilen verfehlte zivilrechtliche Rechtsprechung des BGH einer fundamentalen Kritik zu unterziehen. Wo immer man hinschaut, überall stößt man hier auf eine regelrechte Entrechtung der Toten, eine Verletzung ihres Andenkens und ihrer geistigen Leistungen.

Geht es im zweiten Abschnitt des vierten Teils um Entrechtung, so im dritten und letzten Abschnitt um „Enteignung der Toten“ (G.). Es wird gezeigt, wie ihnen ein Teil ihrer zu Lebzeiten geschaffenen materiellen und geistigen Werte zu Unrecht wieder entzogen wird. Zu nennen sind die Beschränkungen des Urheberrechts, die Einschränkungen des materiellen Erbrechts und schließlich die schon im Grundsatz, erst recht aber in ihrer derzeitigen konkreten Ausgestaltung verfehlte Erbschaftsteuer.

Den Schluss (H.) bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse, doppelt wichtig bei einer Arbeit, die ein neues Rechtsgebiet zu begründen versucht und sich daher seiner Prinzipien zu vergewissern hat, aber auch doppelt vorläufig, weil jeder erste Anlauf notwendig unzulänglich bleiben muss. Wenn nicht schon zuvor, so wird spätestens in der Zusammenfassung der untergründige und zugleich für den Zustand unserer Gesellschaft so aussagekräftige Zusammenhang aller vier Teile unseres neuen Rechtsgebietes offenkundig werden.

Den Beginn macht unter A. eine Einleitung, in der zunächst (I.) aus einer rein soziologischen Perspektive nach der gegenwärtigen Realität von Sterben, Tod, Bestattungswesen und Trauer gefragt wird. Es schließt sich ein Überblick über die Philosophie des Todes an (II.), in dem es in einem ersten Teil um das geht, was uns nach dem Tod erwartet, sodann um den Tod selbst und schließlich um die Bedeutung von Tod und Sterblichkeit für unser Leben.

Oldenburg, im Sommer 2024

*Karlheinz Muscheler*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b>	21
I. Der zeitgenössische Tod	21
1. Privatisierung, Medikalisierung, Juridifizierung	21
2. Die sog. Individualisierung und der „gute Tod“	24
3. Die Todesfurcht	27
4. Die Domestizierung der Trauer	29
5. Das Bestattungs- und Friedhofswesen	30
6. Zusammenfassung	32
II. Philosophie des Todes	32
1. Einleitung	32
2. Die Unsterblichkeit der Seele	33
a) Platon	33
b) Neuzeit	40
aa) Die Befürworter	40
bb) David Hume	42
cc) Immanuel Kant	44
dd) Neuere Entwicklung	48
3. Ist der Tod ein Übel oder ein Gutes oder ein Gleichgültiges?	49
a) Einführung	49
b) Der Tod ein Gleichgültiges	51
c) Der Tod immer ein Gutes oder das höchste Gut	55
d) Der Tod immer ein Übel	61
e) Der Tod kann ein Übel sein, muss es aber nicht	64
f) Ergebnis	66
4. Die Bedeutung des Todes für das Leben	68
a) Allgemeines	68
b) Das Sein zum Tode	70
<b>B. Das Recht gegen den Tod</b>	77
I. Das Tötungsverbot	77
1. Geschichte	77

2. Grundgesetz	78
3. Das Grundrecht auf Leben im Einzelnen	79
4. Schwangerschaftsabbruch	82
II. Das Tötungsverbot im Strafrecht	85
1. Überblick	85
2. Systematik der strafrechtlichen Tötungstatbestände	86
3. Tötungsdelikte im weiteren Sinn	87
4. Ausnahmen vom Tötungsverbot	88
5. Das Notwehrrecht insbesondere	89
a) Allgemeines	89
b) Einschränkungen	90
c) Begründung des Notwehrrechts in Theologie und Philosophie	91
aa) Allgemeines	91
bb) Christentum	92
cc) Naturrecht	94
dd) Hegel	96
ee) Levita	97
d) Die Konzeption des geltenden Strafrechts	98
e) Eigene Ansicht	99
6. Rechtfertigender Notstand	102
7. Entschuldigender Notstand	104
a) Karneades	104
b) Geltendes Recht	106
c) Ratio legis	106
8. Mord	110
a) Allgemeines	110
b) Restriktion	112
aa) Der Heimtücke begriff	112
bb) Die feindliche Willensrichtung	113
cc) Die Rechtsfolgenlösung	114
dd) Das Ausnutzungsbewusstsein	118
ee) Die Normativierung der Arglosigkeit	121
9. Totschlag	125
10. Minder schwerer Fall des Totschlags	127
11. Fahrlässige Tötung	132
12. Zusammenfassung	136

13. Die Todesstrafe .....	137
a) Einleitung .....	137
b) Begriff .....	138
c) Verbreitung .....	138
d) Internationale Ächtung .....	139
e) Historischer Ursprung .....	140
aa) Ausgangspunkt im germanischen Recht .....	140
bb) Ursprung der Todesstrafe: Sakraltheorie contra Magietheorie ...	142
cc) Weitere Entwicklung .....	146
f) Die Haltung der Kirche .....	148
aa) Die Bibel .....	148
bb) Die mittelalterliche Kirche .....	149
cc) Die Kirche der Neuzeit .....	151
dd) Evangelische Kirche .....	153
g) Philosophische Diskussion .....	154
aa) Einleitung .....	154
bb) Überblick über die Argumente pro und contra .....	156
cc) Vergeltung (1): Ius talionis .....	159
dd) Vergeltung (2): Proportionalitätsprinzip .....	162
ee) Vergeltung (3): Negation der Negation und Einwilligung des Täters	163
ff) Vergeltung (4): Verwirkungstheorie .....	166
gg) Utilitarismus (1): Der klassische Utilitarismus .....	169
hh) Utilitarismus (2): Empirische Studien .....	171
ii) Utilitarismus (3): Common Sense und Best Bet .....	172
jj) Utilitarismus (4): Grundsätzliche Einwände .....	173
kk) Konsequentialismus .....	174
ll) Denunziationstheorie .....	176
mm) Theorie des Gesellschaftsvertrags .....	179
nn) Theorie der Notwehr .....	185
oo) Tod als Polizeimaßnahme .....	189
pp) Ergebnis .....	192
III. Das Tötungsverbot im Zivilrecht .....	192
1. Ausgangsfall .....	192
2. Rechte des Getöteten .....	194
a) Ansprüche des Getöteten wegen der Tötung .....	194
b) Ansprüche des Getöteten für die Zeit zwischen Verletzung und Tod ...	199
3. Rechte Dritter .....	201
a) Grundsatz der gesetzlichen Regelung .....	201

b) Materieller Schaden	201
c) Immaterieller Schaden	202
d) Materieller Schaden des Getöteten: Entrechtung	207
e) Materielle Schäden Dritter: Entrechtung (2)	209
f) Materielle Schäden der gesetzlich Unterhaltsberechtigten: Entrechtung (3)	213
aa) Kein Ersatz bei späterer Begründung des Statusverhältnisses	213
bb) Der Charakter des Anspruchs	215
cc) Vorteilsausgleichung	215
dd) Nachteile bei der Berechnung des Schadens	224
ee) Die Aushöhlung des § 845 BGB	227
4. Zusammenfassung	229
<b>C. Das Recht auf den Tod</b>	<b>232</b>
I. Die Selbsttötung	232
1. Terminologie	232
2. Definition	233
3. Fragestellung	233
4. Pflicht zur Unterlassung des Selbstmords	234
a) Thomas von Aquin	234
b) Das Unrecht gegen Gott	235
c) Das Unrecht gegen die Natur	238
d) Das Unrecht gegen die Gesellschaft	238
e) Das Unrecht gegen einzelne Menschen	241
f) Das Unrecht gegen sich selbst	242
aa) Die Irrationalität der Selbsttötung	242
bb) Das Unrecht gegen sich selbst im eigentlichen Sinne	248
5. Ergebnis	252
6. Das Recht	252
II. Die medizinische Suizidassistenz	256
1. Die Fragestellung	256
2. Grundsätzliche Zulässigkeit	257
3. Ausländische Regelungen	259
4. Empirische Daten und das Prinzip der Autonomie	260
5. Einwände gegen die Zulässigkeit der organisierten Suizidbeihilfe	264
6. Ergebnis	268

7.	Sonderproblem: Anspruch auf Erlaubnis für den Erwerb von Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung	269
a)	Das Grundsatzurteil von 2017	269
b)	Das Urteil von 2023	271
c)	Bewertung der Rechtsprechung	273
III.	Direkte aktive Sterbehilfe/Tötung auf Verlangen	275
1.	Formen der Sterbehilfe	275
a)	Begriffe	275
b)	Direkte passive Sterbehilfe	275
c)	Direkte aktive Sterbehilfe: Begriffe	276
2.	Unterschiede zwischen Beihilfe zur Selbsttötung und Euthanasie	277
3.	Moralische Zulässigkeit der Euthanasie	278
4.	Einwände	281
5.	Ergebnis	283
6.	Der § 216 StGB	284
a)	Inhalt und historische Entwicklung	284
b)	Grund der Privilegierung	285
c)	Ratio der Strafbarkeit	286
7.	Unsicherheiten bei der Anwendung des § 216 StGB	289
8.	Verfassungswidrigkeit des § 216 StGB	291
<b>D.</b>	<b>Das Recht des Todes: Bestimmung von Tod und Todeszeitpunkt</b>	<b>294</b>
I.	Das Recht und die Frage nach Tod und Todeszeitpunkt	294
1.	Der alte Tod und das alte Recht	294
2.	Der moderne Tod und das moderne Recht	297
II.	Entwicklung des Hirntod-Kriteriums	300
1.	Medizinischer Hintergrund	300
2.	Verfahren der Hirntodfeststellung	305
III.	Phänomenologie des Hirntodkriteriums	306
IV.	Kritik des Hirntodkonzepts	309
1.	Sterbende oder Tote?	309
2.	Das Ressourcenproblem	311
3.	Die These vom Gehirn als Integrator	312
4.	Konsequenzen aus dem Fehlschlagen der Integratorthese	313
5.	Ergebnis	317



V.	Die Bedeutung der Frage nach dem Tod .....	317
<b>E.</b>	<b>Das Recht und der Leichnam .....</b>	<b>320</b>
I.	Definitionen .....	320
II.	Leichenschau .....	321
III.	Pflichten in Bezug auf Leichen .....	323
1.	Die Lehren der Kirche .....	323
2.	Moralphilosophie .....	326
a)	Der ontische Status des Leichnams .....	326
b)	Die Begründung moralischer Pflichten .....	329
c)	Eigene Lösung .....	332
3.	Verfassungsrecht .....	335
a)	Die Rechtsprechung des BVerfG .....	335
b)	Unklarheit der Konzeption des BVerfG .....	337
4.	Der rechtliche Status des Leichnams .....	339
a)	Der Leichnam als Sache .....	339
b)	Eigentum am Leichnam .....	341
c)	Ein besonderes Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen am eigenen Körper? .....	346
5.	Das Totenfürsorgerecht .....	348
a)	Die gängige Ansicht .....	348
aa)	Grundlagen .....	348
bb)	Zivilrechtliche Pflicht zur Totensorge .....	351
cc)	Begründung des Totensorgerechts .....	352
dd)	Ausübungsgrenzen .....	353
ee)	Inhaber des Totensorgerechts .....	354
ff)	Die Bestimmung des Inhabers durch den Erblasser .....	355
gg)	Streit gleichberechtigter Inhaber .....	357
hh)	Bestattungsanordnungen des Erblassers .....	358
ii)	Voraussetzungen in der Person des Rechtsinhabers .....	360
jj)	Einzelne Fälle .....	361
b)	Sonderproblem: Umbettung .....	364
aa)	Verwaltungsrecht .....	364
bb)	Zivilrecht .....	368
c)	Sonderproblem: Obduktion .....	371
aa)	Begriffe .....	371
bb)	Häufigkeit .....	373

cc)	Zulässigkeitsmodelle	374
dd)	Regelungen der Bundesländer	376
ee)	Verfassungsrechtliche Grundlagen	382
ff)	Eigene Beurteilung der forensischen Obduktion	384
gg)	Eigene Beurteilung der klinischen Obduktion	386
hh)	Strafrechtlicher Schutz	390
ii)	Die Sektionsklausel	394
jj)	Rechtsfolgen der unzulässigen Obduktion	396
kk)	Versicherungsrechtliche Fragen	398
ll)	Ärztliche Fehlbehandlung und Verweigerung der Obduktion	400
d)	Sonderproblem: Transplantation	401
aa)	Begriffe	401
bb)	Zahlen	402
cc)	Das Transplantationsgesetz	402
dd)	Zulässigkeitsvoraussetzungen der postmortalen Spende	403
ee)	Insbesondere: die Erklärung des Spenders	405
ff)	Insbesondere: die Erklärung der Angehörigen	406
gg)	Die echte Widerspruchslösung	412
hh)	Zivilrechtliche Folgen einer willenswidrigen Explantation	419
e)	Sonderproblem: Tod und Fortpflanzung	419
aa)	Die hirntote Schwangere	419
bb)	Postmortale Befruchtung nach Tod des Mannes	423
cc)	Postmortale Befruchtung nach Tod der Frau	431
dd)	Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung?	434
f)	Das öffentliche Bestattungsrecht	435
aa)	Der Bestattungszwang	435
bb)	Der Friedhofszwang	438
cc)	Sarg- und Urnenzwang	445
dd)	Verfassungsrechtliche Vorgaben	451
ee)	Selbstvornahme oder Ersatzvornahme der Bestattung durch die Verwaltung	452
ff)	Bestattungsfeierlichkeiten	453
gg)	Grabgestaltung und Grabnutzungsrecht	454
hh)	Umbettung	458
ii)	Anatomie und Leichenversuche	459
jj)	Totenkonservierung und Ausstellung plastinierter Leichen	461
kk)	Ergebnis	465
6.	Kritik des angeblichen gewohnheitsrechtlichen Totenfürsorgerechts	466

a) Historische Entwicklung	466
b) Die Erben als Inhaber des Totenfürsorgerechts	469
c) Die Erben als letztendliche Träger der Bestattungskosten	472
<b>F. Das postmortale Persönlichkeitsrecht</b>	<b>474</b>
I. Allgemeines	474
II. Eine kurze Rechtsvergleichung	475
III. Kant und die Metaphysik der Sitten	480
IV. Strafrechtlicher Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts	482
1. Gesetzliche Grundlage	482
2. Das geschützte Rechtsgut des § 189 StGB und seine praktische Bedeutung	484
3. Rechtspolitische Bewertung	487
4. Das BVerfG und § 189 StGB	488
V. Unvererblichkeit des Geldentschädigungsanspruchs aus lebzeitiger Persönlichkeitsrechtsverletzung	490
VI. Unvererblichkeit des zu Lebzeiten bereits entstandenen Gegendarstellungsanspruchs	495
VII. Das postmortale Persönlichkeitsrecht im Zivilrecht	495
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Lebenden	495
2. Das postmortale Persönlichkeitsrecht in der Rechtsprechung	498
a) Begründung	498
b) Träger des postmortalen Persönlichkeitsrechts	500
c) Rechtsfolgen	503
d) Schutzobjekt und Schutzzumfang	504
e) Dauer des Schutzes	507
f) Die vermögenswerten Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts	508
aa) Grundlegung	508
bb) Nachlasszugehörigkeit	509
cc) Ansprüche	509
dd) Verhältnis zum ideellen postmortalen Persönlichkeitsschutz	512
ee) Schutzdauer	513
3. Kritik an der Rechtsprechung zum postmortalen Persönlichkeitsrecht	513
a) Rechtssicherheit/Verfassungsrechtliche Grundlage	513
b) Monistische Lösung versus Dualistische Lösung	517
c) Die ideellen Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts	518

aa)	Vererblichkeit .....	518
bb)	Geldentschädigung .....	519
cc)	Der benannte Wahrnehmungsberechtigte und die Angehörigen ..	524
dd)	Schutzdauer .....	526
d)	Die vermögenswerten Bestandteile des postmortalen Persönlichkeits- rechts .....	528
aa)	Bisherige Ergebnisse .....	528
bb)	Schutzdauer .....	529
cc)	Das Verhältnis zwischen den vermögenswerten und den ideellen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts .....	535
4.	Der digitale Nachlass .....	535
VIII.	Warum kann während des Totseins kein Vermögensschaden des Toten ent- stehen? .....	537
<b>G.</b>	<b>Die Enteignung der Toten .....</b>	<b>540</b>
I.	Das Urheberrecht .....	540
1.	Rechtslage und Kritik aus der falschen Richtung .....	540
2.	Kritik an der Begrenzung der Schutzdauer .....	541
a)	Sacheigentum und geistiges Eigentum .....	541
b)	Das Lotterieurargument .....	543
c)	Die verwaisten Werke .....	544
d)	Fair Use .....	546
e)	Das Wesen des Urheberrechts .....	547
3.	Das Urheberpersönlichkeitsrecht .....	548
4.	Der Goethetroschen .....	550
5.	Schluss .....	550
II.	Die 30-Jahres-Frist des deutschen Erbrechts .....	551
1.	Die einzelnen Regelungen .....	551
a)	Auseinandersetzungsverbot .....	551
b)	Nacherbfolge .....	552
c)	Aufschiebend bedingtes oder befristetes Vermächtnis .....	553
d)	Dauertestamentsvollstreckung .....	553
e)	Vergleich .....	554
2.	Fehlen einer gesetzlichen Befristung .....	555
a)	Abwicklungstestamentsvollstreckung und Auflage .....	555
b)	Genetischer Zusammenhang .....	556
3.	Ablehnung des § 2210 BGB .....	558

a) Verfehltheit der Gesetzesbegründung .....	558
b) Erbersatzsteuer und Zwang in Richtung Familienstiftung .....	559
c) Umgehung und Inkonsequenzen .....	561
4. Kritik der §§ 2109, 2162, 2163 BGB .....	564
a) Entstehungsgeschichte .....	564
b) Lösungsvorschlag .....	567
c) Beispiele für unsachgemäße Ergebnisse .....	569
5. Die Rule Against Perpetuities .....	571
a) Der Trust .....	571
b) Die Rule Against Perpetuities .....	572
c) Gesetzliche Reformen in England .....	575
d) Reformen in den USA .....	575
e) Andere Länder des Common Law .....	577
f) Gründe des Umschwungs .....	577
g) Besteuerung des Trusts in den USA .....	579
6. Die Angst vor der toten Hand .....	581
a) Begriffe .....	581
b) Die tote Hand des Nehmenden .....	582
c) Die tote Hand des Gebenden .....	585
III. Enteignung durch Erbschaftsteuer .....	586
1. Grundsätzliche Verfehltheit der Erbschaftsteuer .....	586
a) Ausgangspunkt .....	586
b) Gängige Rechtfertigungsversuche .....	586
c) Fehlende Überzeugungskraft der Rechtfertigungsversuche .....	587
d) Weitere Argumente gegen die Erbschaftsteuer .....	590
e) Ergebnis .....	591
2. Mängel der gegenwärtigen Ausgestaltung .....	592
a) Privilegierung von Unternehmenserben .....	592
b) Erbersatzsteuer .....	595
c) Stichtagsprinzip .....	596
d) Vor- und Nacherbfolge .....	597
e) Zugewinnngemeinschaft .....	598
f) Zusammenfassung .....	600
<b>H. Zusammenfassung .....</b>	<b>601</b>
<b>Personen- und Sachverzeichnis .....</b>	<b>607</b>

## A. Einleitung

### I. Der zeitgenössische Tod

#### 1. Privatisierung, Medikalisierung, Juridifizierung

Sterben und Tod gehören zum menschlichen Dasein. Aber die Art, wie sie sich vollziehen, kann sich ändern. Sie unterlag wahrscheinlich noch nie in der Geschichte einem so grundlegenden Wandel, wie er seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts sich vollzieht.

Früher war das Sterben ein öffentliches Ereignis, das die Gemeinschaft anging. Im Zimmer des Sterbenden schloss man die Vorhänge, man zündete Kerzen an, sprengte vielleicht Weihwasser aus, das Haus füllte sich mit Nachbarn, Angehörigen, Freunden, die im Flüsterton miteinander sprachen. Die Totenglocke läutete in der Kirche, der Priester setzte sich mit dem Viatikum in Bewegung, ihm schlossen sich andere an. In evangelischen Gegenden gab es die Aussegnung im Sterbezimmer. War der Tod eingetreten, wurden Verwandte und Freunde informiert. Man bahrte den Toten zu Hause auf, damit noch einmal alle Abschied nehmen konnten. Der Gottesdienst in der Kirche versammelte die ganze Gemeinde und nach dem langen Defilee der Kondolierenden geleitete ein langer und langsamer Trauerzug den Sarg zum Friedhof. In der Trauerzeit danach erfolgten Besuche der Angehörigen bei der Familie, Besuche der Familie auf dem Friedhof und regelmäßige Gedenkgottesdienste. Es gab differenzierende Regeln über die Tragezeit von Trauerkleidung, die auch eine soziale Funktion hatten, z. B. das Fehlen von Verheirathungsabsicht deutlich machen sollten. „Nicht nur starb jedermann öffentlich ..., der Tod eines jeden war auch ein öffentliches Ereignis, das die gesamte Gesellschaft im doppelten Sinne, wörtlich und übertragen, ‚bewegte‘: nicht nur ein einzelner war dahingegangen, sondern die Gesellschaft als ganze war getroffen und musste nun ihre Wunde heilen“<sup>1</sup>. Mochte es dabei auch immer schon gewisse Unterschiede zwischen Stadt und Land geben, so war doch auch in den Städten, jedenfalls den Stadtteilen, der Tod deutlich wahrnehmbar.

Heute sind Sterben und Tod eine rein *private* Angelegenheit. Die Gesellschaft hat den Tod ausgebürgert. Er geht sie nichts an, wird von ihr kaum wahrgenommen. Es stirbt nicht mehr ein Mitbürger oder ein Gemeindemitglied, sondern eine Privatperson. Der Tod des Einzelnen ist zum Tod eines Vereinzelten geworden. Nichts zeigt in den großen Städten mehr an, dass etwas geschehen ist: Selbst den

---

<sup>1</sup> Philippe Ariès, Geschichte des Todes (Übersetzung des französischen Originals „L’homme devant la mort“, Paris 1978), Koblenz 2019, S. 716.

Leichenwagen kann man als solchen nicht mehr erkennen. Die Friedhöfe liegen seit langem außerhalb der Städte und Gemeinden oder an ihrem Rand. Menschen, die längere Zeit Trauerkleidung tragen, sieht man nirgendwo mehr. Bestattungsfirmen pflegen in ihrem Geschäftslokal eine Dezenz, die Nichtvorhandensein inszeniert, als wäre ihre Existenz der Gesellschaft nicht zumutbar. „Das Leben der Großstadt wirkt, als ob niemand mehr stürbe“<sup>2</sup>. Es gibt Menschen, die mit 50 Jahren noch nie eine Leiche gesehen und noch nie an einer Bestattung teilgenommen haben. Öffentlich sichtbare und gemeinsam vollzogene Rituale des Todes sind im Rückzug begriffen, wenn es sie überhaupt noch gibt. Mit der Privatisierung gehen Entritualisierung und Entkirchlichung einher, denn auch Rituale und Kirche repräsentieren Öffentlichkeit.

Wir *sterben* heute meist nicht zu Hause im Kreis der Familie, sondern im Altenheim, im Pflegeheim, im Krankenhaus oder im Hospiz, allein unter Professionellen des Sterbens, in von der alltäglichen Umwelt abgetrennten Institutionen mit ihren eigenen Gesetzen. Die Sätze Montaignes sind für fast alle Menschen Wirklichkeit geworden: „Vivons et rions entre les nostres, allons mourir et rechigner entre les inconneus“<sup>3</sup>. Wir sterben auch im Alter nicht am Alter, sondern an einer letzten Krankheit, begleitet von Ärzten, Pflegern und Krankenschwestern. Wir sterben in einer hochtechnisierten Umwelt, in der sich die moderne Apparate- und Intensivmedizin auch des Todes bemächtigt hat, ja mit dem Hirntodkriterium sogar des Todesbegriffs. Die Möglichkeiten einer künstlichen Aufrechterhaltung und damit Verlängerung des Lebens sind Segen und Fluch zugleich, denn indem sie sich vom natürlichen Ende lösen, stellen sie Sterbende und ihre Angehörigen selbst am Lebensende vor schwierige existenzielle Entscheidungen. Der Tod ist nicht nur ein Ende mit Schrecken, sondern ein Schrecken ohne Ende geworden. Spenderausweise, Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen haben erhebliche Bedeutung erlangt. Genügte früher ein Testament für die Zeit nach dem Tod, benötigt man heute auch ein „Testament“ für die Zeit vor dem Tod, denn der geistige Tod tritt vielfach vor dem physischen ein. Durch vorhaltende Konservierung seines „gesunden“ Willens macht man sich für eine gewisse Zeit zum Erben seiner selbst. Suizid, Suizidbeihilfe, Sterbehilfe, Euthanasie gewinnen an Aktualität. Für die Bedürfnisse der Transplantationsmedizin muss man so tot wie nötig und so lebendig wie möglich sein. Die Grenze zwischen Leben und Tod wird fließend, deshalb ist sie so umstritten und wird sie trotz des Hirntodkriteriums, mit dem uns die Medizin punktualisierte Eindeutigkeit aufzuzwingen versucht, auch umstritten bleiben.

Der einsame, sozial isolierte, räumlich abgetrennte, im außeralltäglichen Umfeld stattfindende, institutionalisierte, nichtnatürliche, apparativ begleitete und kontrollierte, fremden Routinen und Standards unterworfenen, von rechtlich-bürokratischen Vorgaben reglementierte, kurz: der *ent-eignete Tod* ist unter die Herrschaft von

---

<sup>2</sup> Ariès, Geschichte des Todes, S. 716.

<sup>3</sup> Michel de Montaigne, Essais, III, 9.

Medizin, Technik und Recht geraten. Diese vermitteln den Eindruck, als hätte man den Tod im Griff. Je mehr jedoch der Mensch nach Mitteln sucht, um den Tod unter seine Herrschaft zu bringen, umso mehr gerät die Herrschaft über den Tod in die Gewalt der Mittel. In Wahrheit haben sich die Mittel längst selber der Herrschaft über den Tod bemächtigt. Mag man heute auch alle möglichen Gegenmaßnahmen gegen die Medikalisation des Todes diskutieren und propagieren, hinwegtäuschen lässt sich über diesen Sachverhalt nicht. Wissenschaft, Technik und Recht sind die Kommunikationsformen, in denen über den Tod verhandelt wird.

Der heutige Mensch stirbt im Grunde einen *dreifachen Tod*: den sozialen Tod, den Hirntod und den Tod des Gesamtorganismus. Seit das Altern, Leiden und Sterben in Altenheimen, Pflegeheimen, Krankenhäusern und Hospizen „verwaltet“ wird, erleben viele Menschen Formen des sozialen Todes, die das physische Ende vorwegnehmen. Die Wände der Einrichtung blocken die zuvor gestaltete Lebenswelt räumlich und psychologisch ab. Der notwendig distanzierte Habitus des mit Expertenwissen handelnden Personals und die räumlich-institutionelle Abtrennung führen zu einem doppelten Verlust des Patienten an sozialer Bedeutung und Interaktion. Sie zeitigen, wenn nachhaltig und durchdringend, den sozialen Tod, jenen Zustand der ungewollten Exklusion aus Alltagsvorgängen und Beziehungsgeflechten, der die Betroffenen aus der sozialen Welt heraushebt, wie es der physische Tod unter normalen Umständen täte.

Der Tod hinter den Mauern von Altenheim, Krankenhaus und Hospiz ist auch ein *unsichtbarer* Tod geworden. Gewiss lässt sich die früher oft mit kulturkritischem Unterton vorgetragene These von der Verdrängung des Todes in der Moderne in ihrer Allgemeinheit nicht aufrechterhalten. Es existiert vielmehr sogar eine „neue Sichtbarkeit des Todes“<sup>4</sup>, ja eine regelrechte „Geschwätzigkeit“ über den Tod<sup>5</sup>. Mehrere Wissenschaften beschäftigen sich mit ihm, es gibt mittlerweile eine eigene Thanato-Soziologie<sup>6</sup>, eine Thanato-Psychologie<sup>7</sup>. In Kino- und Fernsehfilmen, in den Nachrichten, in den Serien von Streamingdiensten, in Zeitungen und Journalen, in Krimis und Ratgeberbüchern, im Internet ist der Tod mittlerweile allgegenwärtig. Doch die primäre Todeserfahrung in Familie, Verwandtschaft, Nachbarschaft, Dorf,

---

<sup>4</sup> Thomas Macho/Kristin Marek (Hrsg.), *Die neue Sichtbarkeit des Todes*, 2007.

<sup>5</sup> Armin Nassehi, *Geschlossenheit und Offenheit, Studien zur Theorie der modernen Gesellschaft*, 2003, S. 309. Für die Verdrängungsthese dagegen noch Armin Nassehi/Georg Weber, *Tod, Modernität und Gesellschaft, Entwurf einer Theorie der Todesverdrängung*, 1989.

<sup>6</sup> Vgl. etwa Thorsten Benkel/Matthias Meitzler (Hrsg.), *Wissenssoziologie des Todes*, 2021; Claudia Wruck, *Neuere thanatosozilogische Theorien im Vergleich*, 2012; Bernd Herrmann, *Thanatologie, Eine historisch-anthropologische Orientierung*, 2021; Frank Thieme, *Sterben und Tod in Deutschland, Eine Einführung in die Thanatosozilogie*, 2019. Vgl. auch die neue Zeitschrift „Jahrbuch für Tod und Gesellschaft“, erstmals 2022 als Band 1.

<sup>7</sup> Randolph Ochsmann, *Angst vor Tod und Sterben: Beiträge zur Thanato-Psychologie*, 1993; Christoph Riedel, *Psychological Care am Lebensende*, 2017; Manuel Trachsel/Andreas Maercker, *Lebensende, Sterben und Tod, Fortschritte der Psychotherapie Bd. 61*, 2016; Joachim Wittkowski (Hrsg.), *Sterben, Tod und Trauer*, 2003; Joachim Wittkowski/Hans Strenge, *Warum der Tod kein Sterben kennt*, 2011.