

## **BGE 129 I 302**

Bundesgericht (BGE), 2003-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_129 I 302](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_129_I_302)

FR: ATF 129 I 302

IT: DTF 129 I 302

### **Regeste**

Regeste Art. 31 Abs. 1 und Art. 11 ZGB, Art. 84 ff. OG; postmortaler Persönlichkeitsschutz, Anfechtung einer Obduktionsverfügung, Parteifähigkeit. Ein Toter ist nicht parteifähig. Niemand kann in dessen Namen staatsrechtliche Beschwerde erheben (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 1.2).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob auf eine staatsrechtliche Beschwerde einzutreten ist ( BGE 127 III 41 E. 2a mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerin 3 war am kantonalen Verfahren nicht beteiligt. Rechtsanwalt Minelli hat den Rekurs an die Staatsanwaltschaft ausschliesslich im Namen der Beschwerdeführer 1 und 2 erhoben. Die Beschwerdeführerin 3 ist somit im Rekursverfahren mit keinen Anträgen unterlegen und insoweit durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert. Eine Beschwer käme höchstens insoweit in Betracht, als der angefochtene Entscheid die Kosten des Rekursverfahrens dem Nachlass der Beschwerdeführer 1 und 2 auferlegt hat. Die Beschwerdeführerin 3 macht dazu jedoch keine näheren Ausführungen. Sie belegt ihre Erbenstellung in keiner Weise; sie behauptet nicht einmal, Erbin zu sein und damit für die Schulden des Nachlasses zu haften. Zwar ist es möglich, dass ihr Erbenstellung zukommt. Zwingend ist das aber nicht. Denkbar ist insbesondere, dass auch in Frankreich eine dem schweizerischen Recht entsprechende Möglichkeit der Ausschlagung der Erbschaft besteht und die Beschwerdeführerin 3 davon Gebrauch gemacht hat. Für die Überschuldung der Nachlasse spricht, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 Sozialhilfeempfänger waren. Dazu die erforderlichen Abklärungen zu treffen, ist nicht Sache des Bundesgerichtes. Hätte BGE 129 I 302 S. 306 die Beschwerdeführerin 3 eine Beschwer unter dem Gesichtspunkt der Kosten geltend machen wollen, hätte sie dazu substantiiert Ausführungen machen und dem Bundesgericht die notwendigen Entscheidungsgrundlagen unterbreiten müssen. Da sie das nicht getan hat, ist sie insoweit ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen ( Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ). Von der Beschwerdeführerin 3 liegt überdies keine Vollmacht vor. Rechtsanwalt Minelli legt in der Beschwerdeschrift vom 12. Juli 2002 dar, die Beschwerdeführerin 3 habe von ihm noch nicht kontaktiert werden können; es werde versucht, ihre Vollmacht nachzubringen. In der Zwischenzeit hat Rechtsanwalt Minelli dem Bundesgericht verschiedene Schreiben zugesandt. Diesen hat er die angekündigte Vollmacht der Beschwerdeführerin 3 nicht beigelegt. Bis heute ist die Vollmacht beim Bundesgericht nicht eingegangen. Die Beschwerdeführerin 3 wohnt an der gleichen Adresse wie früher auch die Beschwerdeführer 1 und 2, mit denen Rechtsanwalt Minelli einen Briefwechsel

geführt hat. Rechtsanwalt Minelli macht nicht geltend, die Beschwerdeführerin 3 sei an ihrem Wohnort unerreichbar. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 3 - die während des Geschehens, das zu den Suiziden geführt hat, nicht in Erscheinung getreten ist - am Verfahren kein Interesse hat. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 kann deshalb nicht eingetreten werden.

## **E. 1.2**

Das Bundesgericht hat Rechtsanwalt Minelli im Urteil vom 2. April 2002, wie dargelegt, bereits darauf aufmerksam gemacht, es sei zweifelhaft, ob er namens der Verstorbenen staatsrechtliche Beschwerde gegen den Rekursentscheid erheben könne.

### **E. 1.2.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB endet die Persönlichkeit mit dem Tod. Nach der Rechtsprechung versagt die Rechtsordnung dem Verstorbenen jede Rechtsfähigkeit und damit zwangsläufig auch die Klagelegitimation. Es ist daher aufgrund des geltenden Rechts ausgeschlossen, dass jemand als Vertreter eines Verstorbenen in dessen Namen eine Klage gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB anhebt ( BGE 127 I 115 E. 6a S. 122 f.; BGE 109 II 353 E. 4a S. 359; BGE 104 II 225 E. 5b S. 234 ff.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 ff.; BGE 70 II 127 E. 2). Im Lichte dieser Rechtsprechung kann auch auf die Beschwerde der Beschwerdeführer 1 und 2 nicht eingetreten werden. Sie sind als Verstorbene nicht mehr rechtsfähig und können daher nicht in eigenem Namen Beschwerde erheben. Rechtsanwalt Minelli bestreitet dies nicht. Er verweist jedoch auf die vom deutschen Bundesgerichtshof vertretene Theorie des postmortalen BGE 129 I 302 S. 307 Persönlichkeitsschutzes, wonach das Persönlichkeitsrecht in bestimmten Bereichen über den Tod seines Trägers hinaus Rechtsschutz findet und es auch nach dem Tod einer Person zulässig ist, in ihrem Namen gegen eine Verfälschung ihres Lebensbildes in einem zeitkritischen Roman Klage zu erheben (vgl. BGHZ 50, 133 ff., sog. Mephisto-Urteil). Rechtsanwalt Minelli legt dar, die Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes werde in einem neuen wissenschaftlichen Beitrag verteidigt und auch für die Schweiz zur Übernahme empfohlen (WALTER OTT/THOMAS GRIEDER, Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz, AJP 2001 S. 627 ff.); ausserdem gebe es verschiedene Urteile des Bundesgerichtes, die für diese Theorie sprächen. Die Frage bedürfe einer grundsätzlichen Überprüfung.

### **E. 1.2.2**

Die angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung folgt der Lehre des so genannten Andenkensschutzes. Danach kann zwar niemand als Vertreter eines Verstorbenen in dessen Namen Klage erheben. Hingegen ist es zulässig, dass nahe Angehörige für den Schutz der den Tod überdauernden Persönlichkeitsgüter sorgen, indem sie sich hierfür auf ihr eigenes Persönlichkeitsrecht stützen, das mindestens in einem gewissen Umfang auch die Wahrung des Ansehens naher Verwandter oder Freunde mitumfassen kann ( BGE 109 II 353 E. 4a S. 359; BGE 104 II 225 E. 5b S. 234 ff.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 ff.; BGE 70 II 127 E. 2). OTT/GRIEDER (a.a.O., S. 628 ff.) führen aus, das Problem des Andenkensschutzes liege darin, dass die Persönlichkeit des Verstorbenen ungenügend geschützt werde. In gewissen Fällen versage der Schutz sogar gänzlich. Wenn ein Angehöriger selber in die Persönlichkeit des Verstorbenen eingreife, so tangiere er gleichzeitig die eigene Persönlichkeit. Er müsste eine in sich widersprechende Interessenabwägung innerhalb seiner Persönlichkeit vornehmen. Der Andenkensschutz könne in diesem Fall die Persönlichkeit des Verstorbenen nicht schützen. Ferner versage der Schutz, wenn der

Verstorbene keine Angehörigen habe oder diese nichts unternehmen wollten. Die Angehörigen hätten es in der Hand, ob sie die Persönlichkeit des Verstorbenen schützen wollten. Der Andenkensschutz sei nicht in der Lage einen von den Angehörigen unabhängigen Schutz zu verschaffen. Schliesslich werde die Persönlichkeit des Verstorbenen durch den indirekten Schutz ungenügend geschützt. Denn der Schutzbereich der Persönlichkeit des Verstorbenen gehe weiter, als die Pietätsgefühle der Angehörigen erfassen könnten. Auch nach dem Prinzip des postmortalen Persönlichkeitsschutzes verliere der Mensch mit dem Tod grundsätzlich seine Rechtsfähigkeit. BGE 129 I 302 S. 308 Soweit aber noch schutzwürdige Nachwirkungen der Persönlichkeit bestünden, sei das Persönlichkeitsrecht mit Beendigung des Lebens noch nicht erloschen. Das Persönlichkeitsrecht daure nach dem Tod in beschränktem Umfang weiter. Schutzobjekt sei das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen. Diesem werde im Verletzungsfalle ein eigener Abwehranspruch zuerkannt. Der Schutz hänge nicht davon ab, ob der Verstorbene Angehörige hinterlasse oder diese etwas unternehmen wollten. Lediglich zur Geltendmachung der gegebenen Ansprüche müsse auf die Hinterbliebenen zurückgegriffen werden. Das Persönlichkeitsrecht schütze den Menschen auch in seinem Vertrauen, dass seine Persönlichkeit nach dem Tod nicht verletzt werde. Erst dieses Vertrauen in den postmortalen Schutz gewährleiste, dass sich der Mensch zu Lebzeiten frei entfalten könne. Es gehe somit um die postmortale Vervollkommnung der Persönlichkeit zu Lebzeiten. Der Verstorbene könne sich bei einer Verletzung seiner Persönlichkeit nicht mehr wehren. Es müsse daher bestimmt werden, wer berechtigt sein solle, die Rechte des Verstorbenen wahrzunehmen. Grundsätzlich sei der vom Verstorbenen zu Lebzeiten Berufene als Wahrnehmungsberechtigter anzusehen. Ansonsten folge eine gesetzliche Ermächtigung, wie sie sich aus analoger Anwendung der Vertretungsbeistandschaft ergebe ( Art. 392 ZGB ). Der Vertretungsbeistand werde auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen von der Vormundschaftsbehörde ernannt. Folgte man dem, wäre die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer 1 und 2 zu bejahen. Die Obduktionsverfügung könnte in deren Namen angefochten werden. Aufgrund der von den Verstorbenen Rechtsanwalt Minelli am Todestag ausgestellten Vollmacht wäre dieser als Wahrnehmungsberechtigter anzusehen.

### **E. 1.2.3**

In BGE 97 I 221 erwog das Bundesgericht, es rechtfertige sich, vom Standpunkt der Bundesverfassung aus anzunehmen, dass ein mit der Gestaltung der Bestattung zusammenhängendes Persönlichkeitsrecht den Tod des Bürgers überdauern könne. Nach der Verfassung hätten die staatlichen Behörden dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden könne, und in der Rechtslehre sei mit überzeugenden Gründen dargetan worden, dass damit ein vom Verfassungsgeber anerkanntes subjektives öffentliches Recht bestehe. Enthalte das in Art. 53 Abs. 2 aBV angeführte Gebot schicklicher Beerdigung ein seiner Natur nach über den Tod hinaus wirkendes verfassungsmässiges Recht, so stehe an sich nichts entgegen, auch andere mit der Bestattung im Zusammenhang stehende Rechte als mit dem Tod nicht erlöschend zu betrachten (E. 4b S. 228 f.). BGE 129 I 302 S. 309 In BGE 127 I 115 führte das Bundesgericht aus, die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 BV beschränke sich nicht auf die Dauer des Lebens eines Menschen. Sie erstrecke sich über den Tod hinaus und erlaube es jedem, zu Lebzeiten das Schicksal seines Leichnams festzulegen und jeden unzulässigen Eingriff zu untersagen, ob es sich um eine Organentnahme handle oder eine Autopsie (E. 4a S. 119 mit Hinweisen). In BGE 129 I 173 bemerkte es, das Selbstbestimmungsrecht eines Menschen, über seinen toten Körper zu verfügen und die Modalitäten seiner Bestattung

festzulegen, habe grundsätzlich Vorrang vor dem Bestimmungsrecht der hinterbliebenen Angehörigen, welches nur subsidiär zum Zuge komme, wenn keine entsprechenden schriftlichen oder mündlichen Anordnungen des Verstorbenen vorlägen. Die Einschränkung der persönlichen Freiheit der Angehörigen, die im zu beurteilenden Fall weit von dem von der Verstorbenen gewünschten Bestattungsort entfernt wohnten, sei durch das gegenläufige Interesse am postmortalen Schutz des Persönlichkeitsrechts der Verstorbenen grundsätzlich gerechtfertigt (E. 4). In BGE 118 IV 319 entschied das Bundesgericht, der Tote bleibe unter strafrechtlichen Gesichtspunkten noch während einer gewissen Zeit seit dem Eintritt des physischen Todes, normalerweise bis zur Bestattung, Inhaber von höchstpersönlichen Rechten (E. 2). Der soeben Verstorbene könne noch Opfer von strafbaren Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich und von Hausfriedensbruch sein (E. 3). Im Urteil 2P.339/1994 vom 26. April 1995 (publ. in: Pra 85/1996 Nr. 94 S. 289 ff.) erkannte das Bundesgericht, auch wenn die Persönlichkeit mit dem Tod ende, seien die in einem Patientendossier enthaltenen Angaben auch nach dem Tod durch das Arztgeheimnis geschützt (E. 3b). Es ist einzuräumen, dass das Bundesgericht damit in bestimmten Bereichen Wirkungen des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus sowie eine strafrechtliche Tabuzone für soeben Verstorbene bejaht hat. Die von den Anhängern der Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes vertretene Auffassung, wonach es zulässig ist, für einen Verstorbenen in dessen Namen Klage zu erheben, hat das Bundesgericht jedoch nie anerkannt. Es hat diese Ansicht in BGE 104 II 225 mit Hinweis auf Art. 31 Abs. 1 ZGB vielmehr abgelehnt und erwogen, obwohl einzuräumen sei, dass gewisse persönliche Güter wie z.B. das Ansehen einer Person auch nach deren Tod verletzt werden könnten, versage unsere Rechtsordnung dem Verstorbenen jede Rechtsfähigkeit und damit zwangsläufig auch die Klagelegitimation BGE 129 I 302 S. 310 (E. 5b S. 235/236). Diese Rechtsprechung hat es in der Folge bestätigt ( BGE 109 II 353 E. 4a; BGE 127 I 115 E. 6a; vgl. auch BGE 127 I 145 E. 5c/cc S. 161). Darauf zurückzukommen besteht auch im Lichte der Ausführungen von OTT/GRIEDER kein Anlass.

#### **E. 1.2.4**

Die Auffassung, die Beschwerdeführer 1 und 2 könnten nach ihrem Tod noch in eigenem Namen Beschwerde führen, lässt sich mit dem geltenden Recht nicht vereinbaren. Gemäss Art. 31 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 11 ZGB endet mit dem Tod die Rechtsfähigkeit. Ein Toter ist damit nicht parteifähig und kann weder Klage erheben noch Beschwerde führen. Im Schrifttum zu Art. 31 ZGB wird denn auch anerkannt, dass niemand als Vertreter eines Verstorbenen einen Prozess führen kann (PIERA BERETTA, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2002, N. 39 zu Art. 31 ZGB ). In diesem Sinne hat sich auch die Rechtsprechung im Kanton Zürich geäußert (Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 18. November 1998, Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 1998, Nr. 41 E. 1; Urteil des Kassationsgerichtes vom 10. Juli 1997, ZR 97/1998 S. 74). Dass die deutsche Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes mit Blick auf Art. 31 Abs. 1 ZGB de lege lata schwerlich übernommen werden kann, räumt auch ROBERT KEHL ein, der nebst OTT/GRIEDER im jüngeren schweizerischen Schrifttum - soweit ersichtlich - diese Theorie als Einziger jener des Andenkensschutzes vorzieht (Die Rechte der Toten, Zürich 1991, S. 53 f.). Die Anwendung der Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, so wie sie in der deutschen Rechtsprechung vertreten wird, bedürfte nach dem Gesagten einer Änderung von Art. 31 ZGB und damit eines Entscheids des Gesetzgebers.

#### **E. 1.2.5**

Anzumerken ist allerdings, dass die Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes von der herrschenden schweizerischen Lehre nach wie vor abgelehnt wird (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N. 651 ff.; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001, N. 475 f., insb. Fn. 33, und N. 536 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002, N. 133 f.; JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, N. 723; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, S. 7 N. 02.22 und S. 88 N. 10.27; ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999, N. 219 ff., 474, 510 und 562; ANDREA BÜCHLER, Die Kommerzialisierung Verstorbener, AJP 2003 S. 6/7; ESTHER KNELLWOLF, Postmortaler Persönlichkeitsschutz - BGE 129 I 302 S. 311 Andenkensschutz der Hinterbliebenen, Diss. Zürich 1991, S. 80 f. und 146; THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, S. 91). Gegen die Übernahme der Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes werden insbesondere folgende Gesichtspunkte angeführt: Sie führt zu schwer lösbaren dogmatischen Problemen bei der Bestimmung des Rechtsträgers. So anerkennen manche deutsche Autoren dem Verstorbenen eine Rechtssubjektivität als Minus zur Rechtsfähigkeit zu. Andere nehmen beim postmortalen Schutz ein subjektloses Recht an, wobei allerdings unklar bleibt, wie man sich ein Recht ohne Träger vorzustellen hat. Wieder andere schlagen vor, von einer postmortalen Teilrechtsfähigkeit ohne Handlungsfähigkeit auszugehen oder das Recht treuhänderisch den Angehörigen bzw. den vom Toten zu seinen Lebzeiten Berufenen zuzuordnen (vgl. dazu JOHANNES HAGER, in: von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearbeitung, Berlin 1999, § 823 N. C 38 mit Hinweisen). Wie ANDREA BÜCHLER (a.a.O., S. 8 Fn. 48) angesichts der Vielzahl von Lösungsansätzen bemerkt, steht die positiv-rechtliche Begründung für den postmortalen Persönlichkeitsschutz noch aus. Zwar kann der Schutz des Verstorbenen nach der Theorie des Andenkensschutzes beeinträchtigt sein, wenn keine Angehörigen vorhanden sind oder diese nichts unternehmen; ebenso wenn die Angehörigen selber das Andenken des Verstorbenen in Mitleidenschaft ziehen. Auch die Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes bietet dem Toten jedoch keinen umfassenden Schutz. Der mit eigenen Rechten ausgestattete Verstorbene ist faktisch ebenfalls darauf angewiesen, dass Überlebende seine Ansprüche geltend machen (KNELLWOLF, a.a.O., S. 80 und 124). Im Übrigen ist es nicht so, dass ein Verstorbener, der keine Angehörigen hinterlässt, völlig schutzlos wäre. Sowohl das öffentliche Recht als auch das Strafrecht schützen die Würde des Verstorbenen (KNELLWOLF, a.a.O., S. 82 ff.). Die Verfassung gewährleistet jedem Toten eine schickliche Bestattung. Dies sagte Art. 53 Abs. 2 aBV ausdrücklich; das Recht auf eine schickliche Bestattung ergibt sich heute aus Art. 7 BV (Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 141). Art. 262 StGB stellt sodann die Störung des Totenfriedens unter Strafe. Diese Bestimmung schützt den toten Menschenkörper, seine letzte Ruhestätte sowie die Leichenfeier gegen grobe Beeinträchtigungen und Störungen (vgl. BGE 129 IV 172 E. 2 S. 173). Art. 262 BGE 129 I 302 S. 312 StGB stellt ein Officialdelikt dar; ein Strafantrag von Hinterbliebenen ist also nicht erforderlich. Ferner enthält das kantonale und kommunale Friedhofs- und Bestattungsrecht Bestimmungen darüber, wie mit einem Leichnam zu verfahren ist. Diese schützen den toten Menschenkörper und seine letzte Ruhestätte noch weiter gehend als das Strafrecht und verhindern nicht nur krasse Verstösse gegen die Pietät.

Das Friedhofs- und Bestattungsrecht verhindert weitgehend ein unschickliches Verhalten einem verstorbenen Menschen gegenüber. Beim postmortalen Persönlichkeitsschutz stellt sich zudem - wie auch OTT/GRIEDER (a.a.O., S. 629) einräumen - das Problem der Befristung. Ein unbefristeter postmortaler Persönlichkeitsschutz ist unrealistisch. Jede Befristung hat aber etwas Willkürliches. Die Lehre zum deutschen Recht zeigt, dass es nahezu gleichviel Lösungsvorschläge wie Autoren gibt, die sich mit der Frage befassen (GEISER, a.a.O., S. 89 f.).

#### **E. 1.2.6**

Nach dem Gesagten kann Rechtsanwalt Minelli nicht im Namen der Beschwerdeführer 1 und 2 staatsrechtliche Beschwerde erheben.

#### **E. 1.2.7**

Die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer 1 und 2 ergibt sich entgegen einer Bemerkung in der Beschwerdeschrift auch nicht daraus, dass der angefochtene Entscheid ihrem Nachlass die Kosten auferlegt hat. Dies ändert nichts daran, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht parteifähig sind und deshalb nicht Beschwerde erheben können. Die Kostenregelung im angefochtenen Entscheid betrifft im Übrigen nicht die Beschwerdeführer 1 und 2, sondern die Erben.

#### **E. 1.3**

Auf die Beschwerde kann nicht eingetreten werden.

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführerin 3 können keine Kosten auferlegt werden; sie übt nicht rechtsgenügend Parteirechte aus. Ebenso wenig kann der Nachlass der Beschwerdeführer 1 und 2 zur Tragung der Kosten verpflichtet werden, weil damit die Erben belastet würden, die sich am Verfahren nicht beteiligt haben und dazu offenbar auch keine Zustimmung gegeben haben. Das bundesgerichtliche Verfahren veranlasst hat Rechtsanwalt Minelli. Er trägt deshalb die Kosten ( Art. 156 OG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.