

BGE 89 I 92

Bundesgericht (BGE), 1963-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_89_I_92

FR: ATF 89 I 92

IT: DTF 89 I 92

Regeste

Regeste Persönliche Freiheit. Blutuntersuchung im Ehelichkeitsanfechtungs- und im Vaterschaftsprozess. 1. Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde gegen den Beweisbeschluss, durch den die Blutuntersuchung angeordnet wird (Erw. 1). 2. Legitimation des dem Kind im Ehelichkeitsanfechtungsprozess bestellten Beistands, sich der Blutentnahme beim Kind zu widersetzen (Erw. 2). Rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Beistands? (Erw.5). 3. Die persönliche Freiheit wird durch das ungeschriebene Verfassungsrecht des Bundes gewährleistet (Erw. 3). 4. Die Blutentnahme für eine Untersuchung stellt einen Eingriff in die durch die persönliche Freiheit geschützte körperliche Unversehrtheit dar. Die Pflicht zur Hergabe von Blut in einem Zivilprozess darf daher nur beim Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, nicht in Ausfüllung einer Gesetzeslücke angenommen werden (Bestätigung der Rechtsprechung) (Erw. 4).

Regeste Liberté individuelle. Expertise du sang dans le procès en désaveu et en recherche de paternité. 1. Recevabilité du recours de droit public contre la décision sur preuve ordonnant une expertise du sang (consid. 1). 2. Qualité du curateur désigné à l'enfant dans le procès en désaveu pour s'opposer à la prise de sang sur l'enfant (consid. 2). Abus de droit de la part du curateur? (consid. 5). 3. La liberté individuelle est garantie par le droit constitutionnel non écrit de la Confédération (consid. 3). 4. La prise de sang en vue d'expertise constitue une atteinte à l'intégrité corporelle garantie par la liberté individuelle. L'obligation de donner du sang au cours d'un procès civil ne saurait donc être admise que s'il existe une base légale mais non si, à cet effet, le juge doit combler une lacune de la loi (confirmation de jurisprudence) (consid. 4).

Regesto Libertà personale. Prova del sangue nel processo di contestazione della paternità e di paternità. 1. Ricevibilità del ricorso di diritto pubblico contro la decisione sulle prove, con la quale vien ordinata una perizia del sangue (consid. 1). 2. Qualità del curatore designato all'infante nel processo di contestazione della paternità per opporsi alla presa del sangue sul medesimo (consid. 2). Abuso di diritto da parte del curatore? (consid. 5). 3. La libertà personale è garantita dal diritto costituzionale non scritto della Confederazione (consid. 3). 4. La presa del sangue ai fini di una perizia costituisce una lesione dell'integrità corporea garantita come libertà personale. L'obbligo di fornire sangue nel corso di un processo civile può quindi essere imposto dal giudice solo se questi può fondarsi su una base legale ma non anche colmando una lacuna della legge (conferma della giurisprudenza) (consid. 4).

Erwägungen

E. 1

In dem vom Beschwerdegegner beim Zivilgericht Basel-Stadt angehobenen Ehelichkeitsanfechtungsprozess hat der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 1. März 1962 die Durchführung einer Blutgruppenuntersuchung (bei den Parteien) angeordnet und die Mutter des heutigen Beschwerdeführers aufgefordert, der Einladung des Experten, den Beschwerdeführer zur Blutentnahme zu bringen, Folge zu leisten. Der angefochtene Entscheid, mit dem das Zivilgericht diese Beweisverfügung bestätigt hat, ist ein blosser Zwischenentscheid. Das steht jedoch dem Eintreten auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht entgegen. Die Anfechtung von Zwischenentscheiden ist nur beschränkt, soweit eine Verletzung des Art. 4 BV, nicht aber soweit eine solche anderer verfassungsmässiger Rechte gerügt wird (Art. 87 OG ; BGE 87 I 368 mit Verweisungen), weshalb der vorliegende Zwischenentscheid wegen Verletzung der verfassungsmässig gewährleisteten persönlichen Freiheit angefochten werden kann. Die Rüge der Verletzung von Art. 4 BV aber ist zulässig, weil der Zwischenentscheid für den Beschwerdeführer einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 87 OG zur Folge hat (BGE 84 I 219 Erw. 1 mit Verweisungen).

E. 2

Der Beschwerdegegner teilt die im angefochtenen Entscheid dargelegte Auffassung des Zivilgerichtspräsidenten, dass die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt über den Beschwerdeführer und nicht dessen Beistand die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers zu wahren und die Zustimmung zur Blutentnahme bei ihm zu erteilen habe. Sollte damit bestritten werden, dass der Beistand befugt sei, gegen die durch den angefochtenen Entscheid geschützte Anordnung der Blutuntersuchung namens des Beschwerdeführers staatsrechtliche Beschwerde zu führen, so wäre dieser Einwand unbegründet. Inbezug auf die Aberkennung seiner Ehelichkeit hat das Kind eigene Interessen, die mit denjenigen der Mutter und des Vaters nicht übereinzustimmen brauchen. Das Kind ist daher befugt, allein gegen das die Anfechtungsklage gutheissende Urteil Berufung einzulegen (BGE 82 II 2, BGE 87 II 284 Erw. 1), und hat nach der neueren Rechtsprechung unter gewissen Voraussetzungen sogar das Recht, selber seine Ehelichkeit durch Klage gegen Vater und Mutter anzufechten (BGE 88 II 479 ff.). Da die Interessen des Kindes auch denjenigen der Mutter widersprechen können, ist ihm nicht nur dann, wenn die elterliche Gewalt auch dem Vater zusteht, gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB ein Beistand zur Wahrung seiner Interessen im Ehelichkeitsanfechtungsprozess zu bestellen, sondern auch dann, wenn wie hier die Mutter alleinige Inhaberin der elterlichen Gewalt ist. Der im Falle der Interessenkollision nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB zu ernennende Beistand hat in der betreffenden Angelegenheit den gesetzlichen Vertreter zu ersetzen und an dessen Stelle alle Interessen und Rechte des Verbeiständeten zu wahren (EGGER N. 23 und 25 zu Art. 392 ZGB). Der Beistand des Kindes für den Ehelichkeitsanfechtungsprozess ist daher befugt, sich in diesem Prozess auch gegen den Willen der Mutter der Anordnung der Blutuntersuchung und der dazu erforderlichen Blutentnahme beim Kind zu widersetzen und in dessen Namen staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der persönlichen Freiheit zu erheben.

E. 3

Während die meisten Kantonsverfassungen diese Freiheit umfassend gewährleisten und anschliessend besondere BGE 89 I 92 S. 98 Vorschriften vorwiegend prozessualer Art aufstellen, nennt die Kantonsverfassung von Basel-Stadt die persönliche Freiheit als solche nicht, sondern bestimmt in § 3 lediglich, dass Verhaftungen und Hausdurchsuchungen nur

in den durch das Gesetz zugelassenen Fällen und in den durch dasselbe vorgeschriebenen Formen erfolgen dürfen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die persönliche Freiheit im Kanton Basel-Stadt nur in diesem beschränkten Umfange gewährleistet ist. Die persönliche Freiheit im Sinne der physischen Freiheit, d.h. der Freiheit über den eigenen Körper (BGE 82 I 238 mit Zitaten), ist die Voraussetzung für die Ausübung aller andern Freiheitsrechte und bildet damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes. Nach der heute herrschenden Auffassung gehört die Garantie der persönlichen Freiheit daher wie die Eigentumsгарantie dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an (GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone S. 170, GIACOMETTI-FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 241/42, SPOENDLIN, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit S. 52 ff., HANS HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, ZBJV Bd. 91 bis S. 103/5; vgl. auch MARTI, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, ZSR 1962 II S. 20/22). Dieser Auffassung zu folgen bestehen umso weniger Bedenken, als das Bundesgericht sie in bezug auf die Eigentumsгарantie schon längst zur eigenen gemacht und daran festgehalten hat (BGE 35 I 571 sowie das Urteil vom 11. Mai 1960 i.S. Keller, abgedruckt in ZBl 62 S. 69 ff. Erw. 2 mit Zitaten). Gehört aber die persönliche Freiheit dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an, so braucht nicht geprüft zu werden, ob sie, wie der Beschwerdeführer weiter geltend macht, auch durch die baselstädtische Kantonsverfassung stillschweigend gewährleistet wird.

E. 4

In BGE 82 I 236 ff. hat das Bundesgericht mit eingehender Begründung entschieden, dass die Garantie der persönlichen Freiheit Schutz gegen jeden Eingriff in die BGE 89 I 92 S. 99 körperliche Unversehrtheit bietet, dass ein solcher Eingriff auch in der Entnahme von Blut für eine Blutuntersuchung liege und dass der Zivilrichter diese Entnahme nur beim Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, nicht in Ausfüllung einer Gesetzeslücke erzwingen dürfe. Das muss, wie nach den grundsätzlich gefassten Erwägungen des Urteils keinem Zweifel unterliegen kann, nicht nur für die dort streitige Blutentnahme beim Zeugen im Vaterschaftsprozess, sondern auch für diejenige bei den Parteien in diesem oder einem andern familienrechtlichen Prozesse gelten. Trotzdem hält sich das Zivilgericht Basel-Stadt im angefochtenen Entscheid für befugt, die Parteien im Ehelichkeitsanfechtungsprozess in Ausfüllung einer Lücke der basel-städtischen ZPO zur Hergabe von Blut für eine Blutuntersuchung zu verhalten. Obwohl das Gericht sich dabei mit den Erwägungen des erwähnten Urteils des Bundesgerichts nicht auseinandersetzt, ja dieses Urteil nicht einmal erwähnt, erscheint eine nochmalige Überprüfung der darin entschiedenen Fragen als angezeigt. Sie führt jedoch zu keinem andern Ergebnis. Dass die Entnahme von Blut für eine Untersuchung, obwohl verhältnismässig harmlos und wenig schmerzhaft, einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt, ist nicht zu bestreiten. Dieser Eingriff bedarf daher, wie jeder andere Eingriff in die durch die persönliche Freiheit geschützten Rechtsgüter, einer gesetzlichen Grundlage. Die basel-städtische ZPO enthält indes keine Bestimmung, aus der sich ableiten liesse, dass eine Partei zur Hergabe von Blut für eine Untersuchung verpflichtet sei. Das Zivilgericht gibt zu, dass die ZPO in dieser Beziehung eine Lücke aufweist. Es glaubt aber, diese Lücke könne vom Richter in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB in dem Sinne ausgefüllt werden, dass eine solche Pflicht der Parteien bestehe. Die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch richterliche Rechtsschöpfung ist zwar im Zivilprozessrecht nicht schlechthin ausgeschlossen (BGE 74 I 108 /9). Sie ist aber, BGE 89 I 92 S. 100 wie in BGE 82 I 239 Erw. 4 dargelegt wurde,

jedenfalls dann unzulässig, wenn ein Eingriff in die persönliche Freiheit in Frage steht. Hier gilt für den Richter so gut wie für die Verwaltung (vgl. BGE 83 I 113 Erw. 1) der Grundsatz der Gesetzmässigkeit. Auch der Richter darf zivilprozessuale Massnahmen, welche in die persönliche Freiheit eingreifen, nur anordnen und vollstrecken lassen, wenn und soweit das Gesetz sie vorsieht. Mit der richterlichen Feststellung, dass die Beklagten im Ehelichkeitsanfechtungsprozess zur Hergabe von Blut für eine Untersuchung verpflichtet seien, ist es übrigens nicht getan, da im Falle der Weigerung der Beklagten, die Blutentnahme zu dulden, nicht einfach angenommen werden darf, die Untersuchung hätte, wenn durchgeführt, die Vaterschaft des Klägers ausgeschlossen (BGE 82 II 511 Erw. 6; zur Rechtslage im Vaterschaftsprozess vgl. BGE 86 II 312). Die Anordnung der Blutuntersuchung macht, was das Zivilgericht zu übersehen scheint, zu ihrer Wirksamkeit die Androhung und allfällige Anwendung mittelbaren oder unmittelbaren Zwangs gegen die widerspenstige Partei notwendig. Die dafür in Betracht kommenden Massnahmen (Ungehorsamsstrafen, zwangsweise Durchführung der Blutentnahme) bedürfen aber als Strafen und Eingriffe in die persönliche Freiheit wiederum der gesetzlichen Grundlage. Ob, wie in BGE 82 I 239 Erw. 4 angenommen wurde, schon die analoge Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen unzulässig ist, wenn ein Eingriff in die persönliche Freiheit in Frage steht, mag zweifelhaft sein, nachdem es in BGE 87 III 87 ff. als zulässig erachtet wurde, den für das Konkursverfahren aufgestellten Art. 229 Abs. 1 SchKG, was die polizeiliche Vorführung des Schuldners betrifft, im Pfändungsverfahren analog anzuwenden. Die Frage kann offen bleiben, da die basel-städtische ZPO keine Bestimmung enthält, aus deren analoger Anwendung sich ergeben würde, dass die Parteien im Ehelichkeitsanfechtungsprozess zur Hergabe von Blut für eine Untersuchung verpflichtet seien. Die ZPO weist in dieser Beziehung eine Lücke auf, deren Ausfüllung durch richterliche BGE 89 I 92 S. 101 Rechtsschöpfung nach dem Gesagten unzulässig ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Durchführung der Blutuntersuchung im Vaterschafts- und Ehelichkeitsanfechtungsprozess im öffentlichen Interesse der Wahrheitserforschung liegt. Ob dieses Interesse oder das keineswegs nur private (vgl. BGE 88 I 267) Interesse am Schutz der persönlichen Freiheit den Vorzug verdient, hat nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber abzuwägen. Ihm liegt es ob, zu bestimmen, welche Personen und unter welchen Voraussetzungen sie verpflichtet und mit welchen Mitteln sie gezwungen werden können, in einem Zivilprozess die Entnahme von Blut zum Zwecke der Untersuchung zu dulden. Die im Anschluss an BGE 82 I 236 ff. erhobene Kritik richtet sich im Grunde nicht gegen dieses Urteil und widerlegt es nicht. STREBEL (Zur exceptio plurium, SJZ 1959 S. 65 ff.) befasst sich zur Hauptsache mit der Haltung und Würdigung des Zeugen im Vaterschaftsprozess, der Geschlechtsverkehr mit der Mutter zugibt, es jedoch ablehnt, sich einer Blutuntersuchung zu unterziehen, die seine Vaterschaft ausschliessen könnte; dagegen wird das Ergebnis, zu dem BGE 82 I 236 ff. gelangte, nämlich dass die Verpflichtung des Zeugen zur Hergabe von Blut einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, von Strebel nicht bestritten. GROSSEN, der das Urteil zunächst in einer Besprechung (JdT 1957 I 290ff.) begrüsst und als unanfechtbar bezeichnet hat, machte später in seinem dem Juristentag 1960 erstatteten Referat über den privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit (ZSR 1960 S. 65/67a) gewisse Vorbehalte; er schlägt dort für den Fall der Weigerung der Hergabe von Blut soweit möglich zivilrechtliche Sanktionen (Verlust des Prozesses, Schadenersatzpflicht) vor, stimmt aber, was das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für mittelbaren Zwang betrifft, dem Bundesgericht weiterhin zu und erachtet unmittelbaren Zwang unter allen Umständen als unzulässig. Es wurde bereits in BGE 82 I

241 wie auch in BGE 82 II 512 BGE 89 I 92 S. 102 und 86 II 316 zum Ausdruck gebracht, dass es höchst unbefriedigend ist, wenn das kantonale Recht keine Handhabe bietet, um Parteien oder Zeugen zur Hergabe von Blut zu verhalten für eine Untersuchung, auf deren Durchführung eine Prozesspartei einen bundesrechtlichen Anspruch hat. Einige Kantone (Schaffhausen, Neuenburg, Luzern und Wallis) haben denn auch bereits ihre Zivilprozessordnungen revidiert durch Aufnahme von Bestimmungen über das Beweismittel der Blutprobe (vgl. hierzu WEBER SJZ 1958 S. 305 ff. und BRAND SJZ 1960 S. 288 ff.). Es ist zu wünschen, dass die übrigen Kantone diesem Beispiel folgen und die gesetzliche Grundlage für die Anwendung eines so schlüssigen Beweismittels wie die Blutuntersuchung schaffen.

E. 5

Der Beschwerdegegner macht schliesslich noch geltend, dass das Vorgehen des Beistands des Beschwerdeführers deshalb missbräuchlich und die Beschwerde abzuweisen sei, weil das Interesse des Beschwerdeführers auf Feststellung seines wirklichen Vaters gehe. Der Einwand ist unbehelflich. Das nicht vom Ehemann der Mutter gezeugte Kind kann zwar in gewissen Fällen ein Interesse daran haben, die wahre Abstammung zur Geltung zu bringen, ist aber in der Regel daran interessiert, den ehelichen Stand beizubehalten (BGE 88 II 484). Hier widersetzt sich der Beistand, wie er vor Zivilgericht ausführte, der Klage, weil der angebliche Erzeuger verheiratet ist, mehrere Kinder hat, nicht zu scheiden beabsichtigt und den Beschwerdeführer nicht legitimieren kann. Ob diese Haltung des Beistands im wohlverstandenen Interesse des Beschwerdeführers liegt, ist hier nicht zu prüfen, da er jedenfalls in Ausübung des ihm übertragenen Amtes und im Rahmen seiner Vollmacht handelt und von offenbarem Rechtsmissbrauch nicht die Rede sein kann. Sollte der Beistand die Interessen des Beschwerdeführers nicht richtig wahren, so wäre es Sache der Vormundschaftsbehörde, von sich aus oder auf Beschwerde einer andern Prozesspartei oder des Gerichts einzuschreiten und dem BGE 89 I 92 S. 103 Beistand entsprechende Weisungen zu erteilen (vgl. BGE 82 II 510 unten und WEBER SJZ 1958 S. 309 Ziff. 6).
Dispositiv

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