

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU230026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 7. Juli 2023

in Sachen

A. _____,

Antragsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

vertreten durch Landratsamt C. _____

betreffend **DNA-Entnahme / Vaterschaft**

Beschwerde gegen eine Verfügung der Rechtshilfe des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Mai 2023 (FR230228)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien stehen sich in Deutschland in einem Verfahren gegenüber, in welchem der Bestand eines Eltern-Kind-Verhältnisses festzustellen ist.

Dem Antragsgegner, Beschwerdeführer und mutmasslichen Vater von B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) wurde seitens des deutschen Familiengerichts die Antragsschrift vom 14. April 2022 und der Beschluss vom 18. Juli 2022 über die Verpflichtung, einen Zustellungsbevollmächtigten im Inland zu benennen (und über die Folgen der Nichtbenennung eines solchen), am 3. August 2022 an der im Rubrum aufgenommenen Adresse zugestellt. Zum auf den 14. Oktober 2022 anberaumten Anhörungstermin, zu dem ordnungsgemäss vorgeladen wurde, erschien der Beschwerdeführer nicht (vgl. act. 1 Rz. II./7 und 8).

1.2 Mit Schreiben vom 12. Dezember 2022 (act. 1), eingegangen bei der Rechtshilfe des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) am 9. März 2023, stellte das Amtsgericht D._____ (Deutschland) ein Ersuchen um internationale Rechtshilfe. Darin wurde um Durchführung einer DNA-Probe beim Beschwerdeführer zwecks Feststellung der Vaterschaft ersucht.

1.3 Mit Verfügung vom 8. Mai 2023 (act. 3) wies die Vorinstanz den Beschwerdeführer an, sich am Montag, 12. Juni 2023, 09:30 Uhr, im Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich (nachfolgend: IRM), zur Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs einzufinden (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1) und einen amtlichen Ausweis (ID oder Pass) mitzubringen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Für den Fall, dass der Beschwerdeführer dieser Aufforderung keine Folge leiste, drohte ihm die Vorinstanz an, gemäss Art. 292 StGB mit einer Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft werden zu können (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3). Weiter bat die Vorinstanz das IRM, den Wangenschleimhautabstrich (DNA-Material) unverzüglich an das Institut für Rechtsmedizin, Prof. Dr. E._____, F._____-strasse ..., D._____, Deutschland, zu schicken und ihr (der Vorinstanz) für die Entnahme des Wangenschleimhautabstrichs Rechnung zu stellen zur weiteren Verrechnung an das ersuchende Gericht

(a.a.O., Dispositiv-Ziffer 4) sowie ihr umgehend Meldung zu machen, sollte der Beschwerdeführer den Termin unentschuldigt nicht wahren (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 5). Als Rechtsmittel belehrte die Vorinstanz die Beschwerde innert 30 Tagen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 7).

1.4 Nach Erhalt der Verfügung vom 8. Mai 2023 kontaktierte der Beschwerdeführer die Vorinstanz. Er teilte ihr mit, er sei am 12. Juni 2023 auslandabwesend und bitte um die Ansetzung eines neuen Termins Ende Juni 2023 oder spätestens anfangs Juli 2023 (act. 5 und 6). Am 23. Mai 2023 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, er müsse ein schriftliches Verschiebungsgesuch einreichen. Der Beschwerdeführer stellte der Vorinstanz in Aussicht, bis zur Folgewoche (KW 22) Unterlagen betreffend seinen Verhinderungsgrund einzureichen, mit Terminvorschlägen für den Termin beim IRM (act. 8). Mit Eingabe vom 23. Mai 2023 legitimierte sich Rechtsanwalt X._____ als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers gegenüber der Vorinstanz und reichte eine Vollmacht ein (act. 9 und 10). Er erhielt in der Folge Akteneinsicht (vgl. act. 11 f.). Ein schriftliches Verschiebungsgesuch oder entsprechende Unterlagen ging bei der Vorinstanz in der Folge nicht ein. Vielmehr stellte er der Vorinstanz am 6. Juni 2023 eine Beschwerde in Aussicht, worauf diese den Termin beim IRM vorsorglich absagte (act. 13).

1.5 Mit Eingabe vom 7. Juni 2023 (Datum des Poststempels) erhebt der Beschwerdeführer Beschwerde mit folgenden Anträgen:

- "1. Die Verfügung vom 08.05.2023 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Der Antrag auf Entnahme einer DNA-Probe sei abzuweisen;
3. Es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt wurde;
4. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen;
5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
6. Dem Beschwerdeführer sei im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm sei in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben;
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST)."

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-13). Als diese noch nicht eingetroffen waren, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 9. Juni 2023 (act. 21) einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Beschwerdeführer die Vorladung zur Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs abgenommen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Gleichzeitig wurde ihm die Aktennotiz über das Telefonat mit Dr. G._____, Amtsgericht D._____ (D), zwecks Wahrung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Kenntnisnahme zugestellt (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Weitere Eingaben sind nicht eingegangen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1 Die Behandlung des Rechtshilfeersuchens fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 335 ff. ZPO (Vollstreckung von Entscheiden), wobei staatsvertragliche Regelungen vorgehen, namentlich das HBewUe70 (vgl. BGE 142 III 116, E. 3.3.1 = Pra 105 [2016] Nr. 82). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend darlegte (Verfügung E. I.), haben sich sowohl Deutschland als auch die Schweiz dem Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelsachen vom 18. März 1970 (HBewUe70 [SR 0.274.132]) angeschlossen, weshalb dieses zur Anwendung gelangt. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass beim Vollzug des Rechtshilfeersuchens das Recht des ersuchten Staates anzuwenden ist (vgl. Art. 9 Abs. 1 HBewUe70). Die ersuchte Schweizer Behörde entscheidet gestützt auf Art. 339 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) im summarischen Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO. Dabei handelt es sich gemäss Bundesgericht um ein atypisches Summarverfahren (“une procédure sommaire atypique”), zumal der Entscheid endgültig ist (vgl. BGE 142 III 116, E. 3.3.2). Der Entscheid, mit welchem einem Rechtshilfeersuchen stattgegeben oder ein solches verweigert wird, ist keine Beweisverfügung i.S.v. Art. 154 ZPO, gegen welche Beschwerde nur bei Drohen eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils geführt werden könnte (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO); vielmehr handelt es sich um eine Vollstreckungsmassnahme i.S.v. Art. 335 ff. ZPO bzw. um einen Endentscheid. Als solcher kann er ohne weitere Einschränkung gemäss Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. a ZPO mit Beschwerde angefochten

werden (vgl. BGE 142 III 116, E. 3.4.1; OGer ZH RU160058 vom 11. Oktober 2016, E. II./1; RU160010 vom 16. Juni 2016, E. III./1).

2.2 Die Parteien des im Ausland hängigen Hauptverfahrens können innert der Frist von 10 Tagen Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz einreichen (vgl. Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 339 Abs. 2 ZPO). Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz wurde dem Beschwerdeführer am 17. Mai 2023 am Schalter zugestellt (vgl. act. 7). Die Beschwerdefrist lief somit am 30. Mai 2023 ab. Die der schweizerischen Post am 7. Juni 2023 übergebene Beschwerde (vgl. act. 16 S. 1) erfolgte daher verspätet. Ob das Vertrauen des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers in die eine 30-tägige Frist enthaltende Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz zu schützen wäre, kann hier offen bleiben. Denn wie den nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen ist, ist die Beschwerde ohnehin abzuweisen, soweit darauf einzutreten wäre.

2.3 Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde einzig eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz geltend (vgl. act. 16 Rz. 3-6). Zur Begründung führt er aus, beim angefochtenen Entscheid der Vorinstanz handle es sich um eine Zwangsmassnahme, bezüglich welcher ihm vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme hätte gegeben werden müssen (a.a.O., Rz. 3). Gemäss dem Rechtshilfeersuchen des Amtsgerichts D._____ vom 12. Dezember 2022 sei eine mündliche Anhörung des festzustellenden Vaters nach deutschem Recht zwar nicht zwingend vorgeschrieben, eine schriftliche Anhörung genüge. Damit sehe auch das deutsche Recht die Gewährung des rechtlichen Gehörs zumindest auf schriftlichem Weg vor (a.a.O., Rz. 4; s. act. 1 Ziffer 8 Absatz 4). Ausserdem sei es der Vorinstanz ohne jegliche Verfahrensverzögerung möglich gewesen, seinen Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren (a.a.O., Rz. 5). Unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Gehörsverletzung anders ausgefallen wäre, sei dieser aufzuheben. Eine Heilung durch die Rechtsmittelinstanz sei aufgrund ihrer eingeschränkten Kognition (Art. 320) und des Novenverbotes im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (a.a.O., Rz. 6).

2.4 Vorab ist festzuhalten, dass das deutsche Recht vorliegend nicht zur Anwendung gelangt (vgl. oben E. 2.1). Soweit der Beschwerdeführer sich mit seinem

Hinweis, das deutsche Recht sehe die Gewährung des rechtlichen Gehörs zumindest auf schriftlichem Weg vor, auf Rechte berufen wollte, die er im Hauptverfahren im Ausland hätte geltend machen müssen, ist er damit im Rechtshilfeverfahren ausgeschlossen. Im Übrigen hätte er am Anhörungstermin vom 14. Oktober 2022 in Deutschland – an welchem er säumig war – Gelegenheit gehabt, seinen Anspruch auf rechtliches Gehör im Hauptverfahren wahrzunehmen.

2.5 Nach dem hier anwendbaren schweizerischen Recht (vgl. oben E. 2.1) haben die Parteien gemäss Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehört insbesondere auch das Recht des Bürgers, sich zu äussern, bevor ein Entscheid zu seinem Nachteil getroffen wird. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zwar formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (vgl. statt vieler BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 = Pra 2018 Nr. 61), wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt (vgl. BGE 142 II 218 E. 2.8.1 = Pra 2017 Nr. 2). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Gehörsanspruch formeller Natur ist, darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch dem Anspruch auf rechtliches Gehör keinen Selbstzweck zukommt. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern die Verletzung dieses Anspruchs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des Entscheids (vgl. BGE 143 IV 380 E. 1.4.1; BGer 4A_428/2020 vom 1. April 2021 E. 3.1; 4A_241/2020 vom 9. September 2020 E. 3.6 je m.w.H.). Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führt. Es wird deshalb für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich vorausgesetzt, dass die Beschwerde führende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie in das kantonale Verfahren bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. BGer 4A_162/2021 vom 12. Mai 2021, E. 5.2; 4A_241/2020 vom 9. September 2020 E. 3.6 m.w.H.).

Diesen Begründungsanforderungen genügt die Beschwerde nicht. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer begnügt sich damit, pauschal geltend zu machen, dass sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei und es der Vorinstanz möglich gewesen wäre, ihn anzuhören. Er verliert kein Wort dazu, welche Vorbringen er ins Verfahren bei Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können. Insoweit kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

Sollte der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer das Rechtsmittel einzig wegen seiner behaupteten Auslandsabwesenheit am 12. Juni 2023 ergriffen haben (vgl. oben E. 1.4), hätte ihm zur Behebung seiner Unpässlichkeit laut Vorinstanz im Übrigen auch die Möglichkeit des begründeten schriftlichen Verschiebungsgesuches offen gestanden.

2.6 Im Übrigen wurde in den Absätzen 4 und 5 von Ziffer 8 des Rechtshilfeersuchens vom 12. Dezember 2022 (auch) keine schriftliche Anhörung (und auch keine mündliche) als besondere Form im Sinne von Art. 9 Abs. 2 HBewUe70 beantragt, was Dr. G. _____ seitens des Amtsgerichts D. _____ klarstellte (vgl. act. 20). Eine Verletzung einer besonderen Form in diesem Sinne liegt daher ebenfalls nicht vor.

2.7 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Vorinstanz wird indes den in der angefochtenen Verfügung festgesetzten Termin im IRM neu festzusetzen haben.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Artikel 14 Abs. 1 HBewUe70, wonach für die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens die Erstattung von Gebühren und Auslagen irgendwelcher Art nicht verlangt werden dürfen, beschlägt lediglich das Verhältnis der Staaten untereinander, nicht aber das Verhältnis zwischen einer beschwerdeführenden Partei und den weiteren am Verfahren beteiligten Parteien (vgl. OGer ZH RU160010/Z01 vom 2. März 2016, RU160058/Z01 vom 23. August 2016, E. 5; RU120069 vom 23. März 2023 zu HUE54; s.a. OGer ZH NV030007 vom 4. De-

zember 2003). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2 Der Beschwerdeführer ersucht um unentgeltliche Rechtspflege (act. 16 S. 2). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist nach dem Gesagten (vgl. E. 2) aufgrund der Aussichtslosigkeit seiner Beschwerdeanträge abzuweisen. Auf die Ausführungen zu seiner Mittellosigkeit (act. 16 Rz. 9 f.) ist daher nicht weiter einzugehen.

3.3 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Beschwerdeführer nicht, weil er mit seiner Beschwerde unterliegt, und der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr von vornherein keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 16 auf dem Rechtshilfeweg, je ge-

gen Empfangsschein, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Rechtshilfe des Bezirksgerichtes Zürich.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
10. Juli 2023