

26/SN-316/ME
Stellungnahme (geschnittenes Original)

KARL-FRANZENS-UNIVERSITÄT GRAZ
 Dekanat
 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
 und der Civil- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
 Eingel. am 18. MAI 1990
 Zahl R 1064 mit
 Graz, am 18.5.1990

INSTITUT FÜR BÜRGERLICHES RECHT

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Karl-Franzens-Universität Graz

A-8010 Graz, Heinrichstraße 22

Tel.: 380 - 33 10 / 33 11

Univ.-Prof.Dr. Viktor Steininger

Gesehen
Der Dekan:

Funk

Gesehen:
Der Rektor:

Klauer

An das
Präsidium des Nationalrates

Dr. Karl-Renner-Ring 3
A-1017 W I E N

im Wege des Rektorates

KARL-FRANZENS-UNIVERSITÄT GRAZ
 UNIVERSITÄTSDIREKTION
 Eingel. 23. MAI 1990
 Zl. 39/637 ex. 19/90

Betriebsrat
 Datum: 31. MAI 1990
 31. Mai 1990
 Verteilt. *Friedrich*

Betrifft: Stellungnahme zum NamRÄG-Entwurf
JNZ 4.408/21-I 1/90

J. Berger

Auf Ersuchen des Bundesministeriums für Justiz, dem mit gleicher Post eine Stellungnahme im Umfang von 23 Seiten (2 Seiten Inhaltsübersicht, 21 Seiten Text) vorgelegt wurde, werden 25 Ausfertigungen dieser im Betreff genannten Stellungnahme des Unterzeichneten übersendet.

Viktor Steininger

25 Beilagen

INSTITUT FÜR BÜRGERLICHES RECHT**Rechtswissenschaftliche Fakultät****Karl-Franzens-Universität Graz****A-8010 Graz, Heinrichstraße 22****Tel.: 380 - 33 10 / 33 11**

Univ.-Prof.Dr. Viktor Steininger

STELLUNGNAHME ZUM NamRÄG-ENTWURF

JMZ 4408/21-I 1/90

I n h a l t s ü b e r s i c h t

| | |
|--|------------------------|
| A) EINIGE THESENHAFTER SKIZZIERUNGEN ZUR WESENTLICHSTEN ENTWURFREGELUNG: KEINE VERPFLICHTUNG ZUR FÜHRUNG EINES GEMEINSAMEN EHENAMENS, § 93a ABGB | Seite 1 - 4 |
|--|------------------------|

Unsere Tradition des gemeinsamen Ehenamens steht im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen (1), sie erfordert daher eine Begründungspflicht (2), der aber nur bei Zugrundelegung eines patriarchalischen Ehemodells schlüssig entsprochen werden könnte, wie auch Äußerungen von Parlamentariern zeigen (3). Die Familienrechtsreform verwirklichte aber ein partnerschaftliches Ehemodell (4), mit welchem ein gesetzlicher Zwang zum gemeinsamen Ehenamen nicht mehr schlüssig vereinbar ist (5). Daraus folgt der Grundsatz der Beibehaltung des bisherigen Namens (6) und die Möglichkeit der freiwilligen Führung eines gemeinsamen Ehenamens (7) unter Beifügung des bisherigen Namens (8). Das läßt sich aus § 16 ABGB iVm Art 8 MRK begründen (9). Nach einem Hinweis auf die Situation in der BRD (10) folgt ein Hinweis auf die verwendete Terminologie (11).

| | |
|---|--------|
| B) KRITIK AN EINZELHEITEN DES ENTWURFES UND VORSCHLÄGE FÜR ERGÄNZUNGEN DES ENTWURFES | 4 - 17 |
| I) Zu den leitenden Grundsätzen des Entwurfes (1 - 5) | 4 - 5 |
| II) Doppelname von Ehegatten (1 - 6) | 5 - 7 |

| | |
|---|---------|
| III) Ergänzungsbedürftigkeit der vorgesehenen Ersichtlichmachung von Eheschließungen (1 - 2) | 8 |
| IV) Probleme des Namens geschiedener und verwitweter Gatten (1 - 4) | 8 - 11 |
| V) Probleme des Namens ehelicher Kinder (1 - 9) | 11 - 16 |
| VI) Ergänzungsbedürftige Übergangsregelungen für Ehe- und Kindesname (1 - 2) | 16 - 17 |
| C) WEITERE GESETZESÄNDERUNGEN, DIE AUS ANLASS DES ENTWURFES ERWOGEN WERDEN SOLLTEN | 17 - 21 |
| I) Namensgebungs-Konsequenzen für eheliche Kinder (1 - 5) | 17 - 19 |
| II) Fragwürdigkeiten der Legitimation durch den Bundespräsidenten (1 - 3) | 19 - 20 |
| III) Beseitigung von Inkonsequenzen des Namensrechts mündiger Minderjähriger (1 - 5) | 20 - 21 |

A) EINIGE THESENHAFTE SKIZZIERUNGEN ZUR WESENTLICHSTEN ENTWURF-
REGELUNG: KEINE VERPFLICHTUNG ZUR FÜHRUNG EINES GEMEINSAMEN
EHENAMENS, § 93a ABGB

- 1) Die bisherige Regelung einer Verpflichtung zum gemeinsamen Ehenamen entspricht einer bei uns weithin als selbstverständlich empfundenen Tradition. Sie stellt jedoch keineswegs eine Selbstverständlichkeit dar. Das zeigt allein schon das Fehlen eines gesetzlichen Zwanges zur Führung eines gemeinsamen Ehenamens im skandinavischen, englisch-schottischen und romanischen Rechtskreis (insgesamt sollen über einhundert Staaten keinen solchen Zwang kennen). Es kann daher angesichts dieser ausländischen Rechtssituation nicht behauptet werden, daß der gesetzliche Zwang zu einem gemeinsamen Ehenamen einen fraglosen Bestandteil des christlich-abendländischen oder auch nur des bürgerlich-europäischen Eheideals darstelle und allein schon deshalb auch von unserem gegenwärtigen Gesetzgeber jedenfalls akzeptiert werden müßte. Ferner kann angesichts dieser ausländischen Rechtssituation auch nicht behauptet werden, daß der gesetzliche Zwang zu einem gemeinsamen Ehenamen ein pragmatisch-praktisches Erfordernis einer geordneten Verwaltung darstelle.
- 2) Daraus folgt die Begründungspflicht desjenigen, der einen gesetzlichen Zwang zum gemeinsamen Ehenamen heute noch in unserer Rechtsordnung aufrecht erhalten möchte. Ihr könnte nur unter Zugrundelegung eines patriarchalischen Ehemodells entsprechen werden.
- 3) Der Name soll Ausdruck der prinzipiellen unverwechselbaren individuellen Einmaligkeit seines Trägers sein. Die patriarchalische Tradition, wonach die Frau bei der Eheschließung zwingend den Namen des Mannes erwerben mußte, bedeutete daher, daß die Frau durch die Eheschließung ihr bisheriges Leben zugunsten ihrer neuen Aufgabe aufzugeben, ihre bisherige Individualität zurückzustellen hatte, um ganz

in die Sippe des Mannes einzutreten, seiner Familie zu dienen, ihm untergeordnet zu sein.

Wie sehr diese eben skizzierte Begründung mit repräsentativen Auffassungen österreichischer Parlamentarier übereinstimmt, zeigte sich etwa in der 54. Sitzung des NR am 22.3.1988, Protokolle S 6309, linke Spalte: Die Abg. Freda Meissner-Blau (die im NR offiziell als "Blau-Meissner" geführt wurde) erklärte damals "...Der Name hat eine tiefe Bedeutung im Leben eines Menschen, und wenn man 20, 30, 40 Jahre lang einen Namen getragen hat und ihn dann ändern soll, dann bedeutet das einen Verlust der eigenen Identität (Abg. Dr. Kohlmaier: Auch für den Mann!)...".

Es sollte aber heute nicht mehr bestritten werden, daß Eheschließung für keinen der Gatten mit drohendem Identitätsverlust verbunden werden muß.

- 4) Im Rahmen des patriarchalischen Ehemodells war daher die Verpflichtung zur gemeinsamen Führung des Mannesnamens als gemeinsamen Ehenamen noch schlüssig begründbar. Dieses Ehemodell wurde aber durch die nach dem Zweiten Weltkrieg durchgeführte Familienrechtsreform zugunsten eines partnerschaftlichen Ehemodells aufgegeben, das auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter fußt.
- 5) Im neuen partnerschaftlichen Ehemodell wird daher der gesetzliche Zwang zum gemeinsamen Ehenamen unbegründbar, und zwar auch in der abgeschwächten Form, daß die Brautleute wählen können, ob sie den Mannes- oder den Frauennamen als gemeinsamen Ehenamen wählen.
- 6) Neuer gesetzlicher Grundsatz hat demgemäß zu sein, daß die Gatten trotz der Eheschließung ihren bisherigen Namen beibehalten können. Ein besonderes Problem stellt dabei allerdings die Regelung für den Namen der Kinder aus dieser Ehe dar. Vgl hiezu unten B/V/6-9.

- 7) Gesetzlich zulässig soll es aber (aus Rücksicht auf die bei uns und im vergleichbaren Ausland immer noch wirksame und achtenswerte Tradition, die Gemeinsamkeit der Ehe und Familie auch durch einen gemeinsamen Namen zum Ausdruck zu bringen) sein, daß die Brautleute einen gemeinsamen Ehenamen freiwillig wählen können. Naheliegend ist, daß dies so wie bisher nur der Mannes- oder der Frauename sein kann. Dieser gemeinsame Ehe-name hätte dann natürlich auch für die Kinder dieser Ehe zu gelten. Vgl hiezu unten B/V/1-5.
- 8) Gesetzlich zulässig könnte aber auch die Führung eines Doppelnamens aus Anlaß der Eheschließung sein, und zwar sowohl dann, wenn ein gemeinsamer Ehe-name gewählt wurde (oben 7), als auch eventuell sogar dann, wenn die Gatten ihren bisherigen Namen trotz der Eheschließung beibehalten (oben 6). Vgl hiezu unten B/II.
- 9) Die gesetzliche Begründung für die vorstehend skizzierten grundsätzlichen Thesen läßt sich für das österreichische Recht daraus ableiten, daß das Recht am eigenen Namen als ein wesentliches Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) gesetzlichen Schutz verdient und dieser Schutz durch den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK) abgesichert ist, der auch das Recht auf namensrechtliche Wahrung des Zusammenhangs mit der Herkunftsfamilie umfaßt.
- 10) Für das bundesdeutsche Recht hat zwar das BVerfG am 8.3.1988 die Pflicht zur Führung eines gemeinsamen Familiennamens als verfassungsgemäß bezeichnet. Diese Entscheidung wurde jedoch sofort in der Literatur bekämpft (vgl etwa EuGRZ 1988, 179 und 595), wobei meines Erachtens die angeführten Gegengründe deutlich stärker sind als die vom BVerfG angeführten Gründe.
- 11) Zur Terminologie des gemeinsamen Gattennamens ist noch auf folgendes hinzuweisen: § 1355 BGB verwendet für den

gemeinsamen Familiennamen der Ehegatten den Begriff "Ehe-name". Dieser Begriff ist auch dem österreichischen Recht nicht fremd (§ 63 Abs 2 EheG), wird aber vom ABGB vermieden, obwohl er zweckmäßiger wäre als die komplizierte Umschreibung, die sich etwa im geltenden § 93 ABGB oder in den Formulierungen des Entwurfes (§§ 93, 93a, 139, 162a, Art II Z 4, Art III § 5) findet. Natürlich müßten bei Einführung der einfacheren Terminologie auch die anderen einschlägigen Bestimmungen, insbesondere des PStG, entsprechend geändert werden.

In der vorliegenden Stellungnahme wird der Einfachheit halber grundsätzlich der Begriff "Ehe-name" im Sinne von "gemeinsamer Familienname der Ehegatten" verwendet. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird aber mitunter auch verdeutlichend darauf hingewiesen, daß vom "gemeinsamen Ehenamen" die Rede ist. Niemals aber werden in der Stellungnahme bereits gesetzesreife Formulierungen vorgeschlagen.

B) KRITIK AN EINZELHEITEN DES ENTWURFES UND VORSCHLÄGE FÜR ERGÄNZUNGEN DES ENTWURFES.

I) Die leitenden Grundsätze, §§ 93 und 93a des Entwurfes.

- 1) § 93 Abs 1 Satz 1 des Entwurfs (Die Ehegatten führen den gleichen Familiennamen) enthält eine unhaltbare Irreführung. Der Satz müßte zumindest ergänzt werden durch eine Anfügung, die etwa lauten könnte "sofern sich nicht aus § 93a etwas anderes ergibt".
- 2) Besser aber wäre es, den neuen Grundsatz, der sich derzeit in § 93a findet, in geänderter Formulierung voranzustellen. Dies könnte in Form eines neuen § 93 Abs 1 geschehen.
- 3) Anschließend wäre erst zu normieren, daß die Verlobten vor oder bei der Eheschließung den bisherigen Namen eines von

ihnen als gemeinsamen Familiennamen (= Eheame) bestimmen können. Das könnte in einem neuen § 93 Abs 2 geschehen.

- 4) Schließlich könnte normiert werden, daß der Familiename des Mannes gemeinsamer Familiename (= Eheame) wird, wenn die für Abs 1 (oben 2) oder Abs 2 (oben 3) aufzustellenden Erfordernisse nicht vorliegen. Das könnte in einem § 93 Abs 3 geschehen.
- 5) Einfacher und konsequenter wäre allerdings die Verwirklichung des folgenden Grundsatzes: Die Ehegatten behalten trotz der Eheschließung ihren bisherigen Familiennamen, es sei denn, sie hätten vor oder bei der Eheschließung vereinbart, den Familiennamen des Mannes oder der Frau als Eheame zu führen. Durch diesen Grundsatz könnte die hilfsweise Regelung bezüglich des Mannesnamens (§ 93 Abs 1 letzter Satz ABGB und Entwurf) ersatzlos entfallen.

II) Das Problem des Doppelnamens von Ehegatten, § 93 Abs 2 des Entwurfes.

- 1) Die Wahl zwischen Voran- oder Nachstellung des bisherigen Namens bei Schaffung eines Eheamens als gemeinsamen Familiennamen ist grundsätzlich durchaus sinnvoll. Insbesondere wäre es mit Rücksicht auf die bisher geltende Regelung der bloßen Nachstellungsmöglichkeit nicht ratsam, nunmehr etwa mittels einer neuen Regelung nur mehr eine Voranstellung zuzulassen.
- 2) Der Entwurf schafft aber eine unnötige Unklarheit durch Entfall der Erwähnung der Höchstpersönlichkeit dieses "Beifügungsrechtes" durch Voran- bzw Nachstellung des bisherigen Namens.

Der neue Doppelname wird nämlich in der Übergangsbestimmung des Art III § 5 deutlich vom gemeinsamen Familiennamen unterschieden und letzterer als bloßer Bestandteil des Doppelnamens bezeichnet.

Daher droht, daß der Entfall der Erwähnung der Höchstpersönlichkeit dieses Beifügungsrechtes zu der Ansicht führen könnte, eine Witwe mit Doppelnamen müßte etwa im Falle der Adoption ihrem Wahlkind in Zukunft diesen Doppelnamen als ihren "Familiennamen" gemäß § 183 Abs 1 Satz 1 ABGB übertragen. Das aber dürfte kaum die Absicht des Entwurfes gewesen sein. Zumindest wäre die Absicht einer derartigen Änderung der bisherigen Rechtslage begründungsbedürftig gewesen. Es fehlt jedoch jede derartige Begründung in den Erläuterungen des Entwurfes.

Die bisherige Erwähnung der Höchstpersönlichkeit des Namens-Beifügungsrechtes sollte daher weiterhin im Gesetzeswortlaut enthalten sein.

- 3) Warum aber soll die Führung eines Doppelnamens, sobald eine entsprechende Erklärung abgegeben wurde, verpflichtend werden? Die Erläuterungen des Entwurfes verweisen diesbezüglich bloß auf das Vorbild der BRD. Dieser Verweis vermag jedoch das Fehlen einer sachlichen Begründung nicht zu ersetzen.

Immerhin haben wir in Österreich seit Jahren die Möglichkeit der jederzeitigen freiwilligen Nachstellung des bisherigen Namens, die auch jederzeit wieder aufgegeben und sodann wieder neu vorgenommen werden kann. Diese Regelung soll nach der Übergangsvorschrift des Art III § 2 iVm § 4 für bereits geschlossene Ehen weiterhin aufrecht bleiben.

Bei Eheschließung nach Inkrafttreten des Entwurfes müßte jedoch ein Ehegatte, der sich entschließt, seinen bisherigen Namen dem neuen Ehenamen nachzustellen, diesen Doppelnamen sodann ständig führen.

Das Nebeneinander dieser verschiedenen Regelungen wäre aber sachlich nicht befriedigend zu rechtfertigen, was sogar verfassungsrechtlich bedeutsam werden könnte (vgl VfGH 5397).

Jedenfalls gibt es für den Erfahrungsbereich des österreichischen Rechts aufgrund der bisherigen freiheitsfreundlichen Regelung des geltenden § 93 Abs 2 keinen sachlich zwingenden Grund, in Zukunft die vorgesehene Wahlmöglichkeit in eine gesetzliche Verpflichtung zur Führung des gewählten Doppelnamens münden zu lassen. Das muß daher sinngemäß nicht nur für die bisherige Nachstellungs-, sondern auch für die künftige zusätzliche Voranstellungsmöglichkeit gelten.

- 4) Bejaht man die dauernde Freiwilligkeit der Führung eines Doppelnamens nach der Wahl eines gemeinsamen Ehenamens, dann müßte diese Tendenz zu einer freiheitsfreundlichen Regelung aber auch nicht vor der Situation halt machen, daß die Ehegatten keinen gemeinsamen Ehenamen wählen, sondern ihren bisherigen Namen trotz der Eheschließung beibehalten (oben A/6 iVm B/I/2).

In diesen Fällen wäre daher zu erwägen, den Gatten das Recht zu geben, den Namen ihres Ehepartners dem eigenen Namen voran- oder nachzustellen. Dies könnte insbesondere auch im Hinblick auf die Namen der ehelichen Kinder von Bedeutung sein. Darüber unten B/V/6-9.

- 5) Eine entsprechende Regelung über die freiwillige höchstpersönliche Führung eines Doppelnamens der Ehegatten könnte als neuer § 93 Abs 4 oder als neuer § 93a vorgesehen werden.
- 6) Selbstverständlich gehen die Vorschläge zu B/II davon aus, daß sich bei Vorhandensein eines gemeinsamen Ehenamens an der Verpflichtung zur ständigen Führung desselben gegenüber dem bisherigen Recht nichts ändert; freiwillig soll nur die Führung eines Doppelnamens sein. Entsprechendes hätte für die Führung des Familiennamens zu gelten, wenn kein gemeinsamer Ehename zustande kommt. Auch hier müßte der bisherige Familienname jedes Gatten weitergeführt werden. Freiwillig wäre nur die jeweilige Hinzufügung des Familiennamens des anderen Gatten.

III) Die vorgesehene Ersichtlichmachung der Eheschließung in diversen Urkunden ist ergänzungsbedürftig.

- 1) Art III § 5 des Entwurfes sieht nur vor, daß in den dort genannten Urkunden anzuführen ist, welcher Bestandteil des Doppelnamens der gemeinsame Familienname ist. Diese Bestimmung paßt jedoch nicht für den vom Entwurf vorgesehenen neuen § 93a, demzufolge beide Gatten ihren bisherigen Namen trotz der Eheschließung beibehalten können, (vgl hiezu in dieser Stellungnahme A/6 und B/I/2).

Für diese Fälle wäre anzuordnen, in welchen Urkunden einzu-
tragen ist, daß und mit wem die betreffende Person verheiratet
ist.

- 2) Wenn der Vorschlag aufgegriffen wird, daß auch Ehegatten, die keinen gemeinsamen Ehenamen haben, einen Doppelnamen führen dürfen (oben B/II/4), dann wäre eine den Art III § 5 ergänzende Bestimmung ratsam, die eine Klarstellung ermöglicht, welcher Name des Doppelnamens der Familienname des Namensträgers ist, sodaß sich daraus zugleich ergibt, welcher Name der Familienname des anderen Ehegatten ist.

IV) Das Problem des Namens geschiedener und verwitweter Gatten bedarf ebenfalls genauerer Erwägungen.

- 1) Die Erläuterungen des Entwurfes haben zwar bezüglich der Eröffnung der Ermöglichung der Voranstellung des bisherigen Namens vor den neuen gemeinsamen Ehenamen das Vorbild der BRD erwähnt, im übrigen aber das naheliegende weitere Vorbild des § 1355 BGB bezüglich des Namens geschiedener und verwitweter Ehegatten völlig unerwähnt gelassen.
- 2) Das ist umso auffallender, als das geltende österreichische Recht diesbezüglich zu beträchtlichen Wertungswidersprüchen führt.

- a) Der geschiedene Gatte kann gemäß § 63 EheG den früheren Familiennamen wieder annehmen. Der verwitwete Gatte kann dies nicht. Frau A hat Herrn B geheiratet; Ehefrau wurde B. Die Frau klagt wegen Eheverfehlungen auf Scheidung; die Klage hätte sicher Erfolg; der Mann stirbt jedoch während des Verfahrens. Die Frau gilt nunmehr als Witwe; sie heißt weiterhin B und kann ihren früheren Namen nicht wieder annehmen, obwohl sie nach dem Erfolg der Scheidungsklage sicher von § 63 EheG Gebrauch gemacht hätte.
- b) Gemäß § 65 EheG ist nach der Scheidung die Untersagung der Namensführung sogar noch nach dem Tode des betroffenen Gatten möglich; nahe Angehörige des Verstorbenen haben ein diesbezügliches Antragsrecht. Gegenüber einem verwitweten Gatten besteht keine vergleichbare gesetzliche Möglichkeit, selbst wenn sich dieser verwitwete Gatte, der den Namen des Verstorbenen führt, nach Beendigung der Ehe schwerste Verfehlungen von der in § 65 EheG erwähnten Art zuschulden kommen ließe.
- c) Dem allein oder überwiegend schuldig geschiedenen Gatten kann der andere Gatte, dessen Name zum Ehenamen geworden war, gemäß § 64 EheG die weitere Namensführung untersagen; dadurch erhält der schuldige Gatte seinen früheren Familiennamen wieder. Wenn der auf Scheidung klagende Gatte jedoch während des Scheidungsverfahrens stirbt, besteht (entgegen der für nahe Angehörige in § 65 EheG vorgesehenen Regelung) keine Möglichkeit mehr, die Weiterführung des Namens zu untersagen.
- d) § 64 EheG ist überdies in sich problematisch, weil er das Untersagungsrecht nicht befristet und weil der Unterschied im Verhalten zwischen dem allein oder überwiegend schuldigen Gatten und dem anderen Gatten im konkreten Fall mitunter so gering sein kann, daß die Anwendung des § 64 rechtspolitisch nicht mehr zu rechtfertigen wäre.

- 3) Bei dieser unbefriedigenden österreichischen Rechtslage lohnt es sich daher, den neuen § 1355 Abs 4 BGB genauer anzusehen.
- a) Diese Bestimmung geht von der in der BRD derzeit noch geltenden Verpflichtung zur Führung eines gemeinsamen Familiennamens aus und lautet: "Der verwitwete oder geschiedene Ehegatte behält den Ehenamen. Er kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten seinen Geburtsnamen oder den Namen wieder annehmen, den er zur Zeit der Eheschließung geführt hat; die Erklärung bedarf der öffentlichen Beglaubigung."
- b) Die Möglichkeiten, die in Österreich derzeit noch durch die §§ 64 und 65 EheG bestehen, wurden somit in der BRD abgeschafft.
- c) In der bundesdeutschen Literatur wird jedoch für besonders schwere Mißbrauchsfälle (zB versuchter Gattenmord, Ausnutzung des Ehenamens zu betrügerischen Aktionen) die Ansicht vertreten, daß ein Untersagungsrecht zur Weiterführung des früheren Ehenamens aus dem allgemeinen Namensschutzrecht und aus allgemeinen Verwirkungsregelungen ableitbar wäre (Diederichsen in Palandt⁴⁹ Anm 4 zu § 1355).
- d) Im übrigen kommt die BRD ohne eine dem geltenden § 93 Abs 3 ABGB entsprechende Regelung aus. Diese letztgenannte Bestimmung wird jedoch vom Entwurf in § 93 Abs 3 beibehalten und auf § 93a Abs 2 sowie auf die Bestimmungen über den Kindesnamen erstreckt (§§ 139, 162a Abs 1, 183 Abs 2).
- 4) Die vorzuschlagenden Konsequenzen für das künftige österreichische Recht hätten bei angemessener Berücksichtigung des Vorhin zu B/IV/2 und 3 Ausgeführten wahrscheinlich zu lauten:
- a) Für den Fall der Führung eines gemeinsamen Ehenamens ist § 1355 Abs 4 BGB zu übernehmen (entweder als neuer § 93 Abs

5 oder als § 93b, wenn man gemäß dem zu B/II/5 Gesagten einen neuen § 93a schaffen will).

- b) Für diesen zu a) erwähnten Fall des gemeinsamen Ehenamens wäre aber eine dem derzeitigen § 65 EheG entsprechende Regelung zu erwägen, derzufolge geschiedenen oder verwitweten Gatten, die sich vor oder nach Ehebeendigung besonders schwerer Verfehlungen schuldig gemacht haben, die Weiterführung des vom Namen des anderen Gatten abgeleiteten seinerzeitigen gemeinsamen Ehenamens untersagt werden könnte.
- c) Auf eine dem geltenden § 93 Abs 3 ABGB entsprechende Regelung (vgl hiezu die vorhin in 3 d zitierten Entwurfbestimmungen) könnte und sollte auch im österreichischen Recht wohl ohne weiteres verzichtet werden.
- V) Zum Problem des Namens ehelicher Kinder sollten ebenfalls ergänzende Erwägungen angestellt werden.
- 1) Als naheliegender Grundsatz sollte gelten: Alle Kinder aus einer bestimmten Ehe tragen denselben Namen. Dieser Grundsatz ist einfach durchzuführen, wenn die Eltern einen gemeinsamen Ehenamen führen (unten V/2-5); er ist jedoch viel schwieriger durchzuführen, wenn die Eltern von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, keinen gemeinsamen Ehenamen zu führen (unten V/6-9).
- 2) Dieser Grundsatz ließe sich bei einem gemeinsamen Ehenamen der Eltern besonders einfach durchführen. Leider tut dies das geltende österreichische Recht nicht, sondern es führt eventuell sogar zu einer geradezu absurden Konsequenz des unnötig kompliziert formulierten § 139 ABGB:
- "Das eheliche Kind erhält den gemeinsamen Familiennamen der Eltern. Stimmen die Familiennamen des Vaters und der Mutter nicht überein, so erhält das Kind den letzten gemeinsamen Familiennamen der Eltern, sofern ihn ein Elternteil im Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch führt; sonst oder in Ermangelung eines früheren gemeinsamen Familiennamens den Familiennamen des Vaters."

- 3) Aufgrund dieser Formulierung kann sich etwa folgende Situation ergeben: Frau A heiratet Herrn B. Der Mannesname wird gemeinsamer Ehename. Wegen eines Ehebruchs zwischen B und Frau C, der besonders unerfreuliche Umstände aufweist, läßt sich die Gattin scheiden und nimmt ihren früheren Namen A wieder an. Dann erst bemerkt sie, daß sie schwanger ist. Bevor das Kind geboren wird, heiratet Herr B Frau C. Der Name der Gattin wird gemeinsamer Ehename. Das aus der Ehe B stammende Kind der Frau A muß daher kraft Gesetzes den Namen des "Scheidungsgrundes" C führen!
- 4) Das BGB, das in der Regel umfangreichere Normierungen als das ABGB enthält, kommt bei der Regelung des Namens ehelicher Kinder in § 1616 im Gegensatz zum geltenden § 139 ABGB mit dem vorbildlich kurzen Satz aus: "Das eheliche Kind erhält den Ehenamen seiner Eltern".
- 5) Dementsprechend würde es völlig genügen, einen neuen § 139 Abs 1 ABGB (vgl unten V/7d) entsprechend zu formulieren.
- 6) Viel problematischer wird die Frage des Kindesnamens, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Ehenamen zu führen hatten. Für diese Fälle sind vor allem drei Situationen genauer zu untersuchen:
- a) Das Gesetz eröffnet den ehelichen Eltern bezüglich der Bestimmung des Namens ihrer ehelichen Kinder ein Wahlrecht zwischen Vater- oder Muttername (unten V/7).
- b) Bei Unterbleiben einer derartigen Namensbestimmung durch die Eltern wird eine vom Gesetz getroffene Bestimmung wirksam, wobei das Gesetz entweder den Vater- oder den Mutternamen für maßgebend erklären könnte. Hiebei entstehen aber offensichtlich verfassungsrechtlich bedeutsame Regelungsprobleme (unten V/8).

c) Das Gesetz könnte jedoch auch Doppelnamen für die ehelichen Kinder vorsehen und zwar entweder immer, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Ehenamen führen, oder nur in dem vorhin erwähnten Fall b). Auch beim Doppelnamen entstehen zusätzliche Regelungsprobleme (unten V/9).

7) Eheliche Eltern, die keinen gemeinsamen Ehenamen führen wollen, sollen gemäß § 93a Abs 2 des Entwurfes bestimmen können, welchen ihrer Familiennamen die aus ihrer Ehe stammenden Kinder erhalten werden. Das ist grundsätzlich eine naheliegende gesetzgeberische Möglichkeit, gegen die wohl kaum prinzipielle schwerwiegende Bedenken geltend gemacht werden könnten.

a) Aber warum muß diese Bestimmung schon von den Verlobten, also vor oder bei der Eheschließung vorgenommen werden, wie die Erläuterungen des Entwurfes in S 9 noch besonders zur Verdeutlichung der in § 93a Abs 2 vorgesehenen Formulierung betonen? Man denke etwa daran, daß die Verlobten von medizinischen Kapazitäten versichert erhalten haben, nach menschlichem Ermessen würden sie keine gemeinsamen Kinder bekommen können. Dennoch stellt sich wider aller Erwartung Nachwuchs ein. Warum sollen diese Ehegatten nicht erst jetzt eine Bestimmung für den Namen ihrer ehelichen Kinder treffen können? Gegen diese letztgenannte Möglichkeit bestehen doch überhaupt keine zwingenden sachlichen Bedenken, insbesondere wenn man auch beachtet, daß der Entwurf in § 93 Abs 2 das Namensbeifügungsrecht eines Ehegatten irgendeinmal nach der Eheschließung ausüben lassen will.

b) Die konsequentere Lösung hätte daher zu lauten: Die Ehegatten, die keinen gemeinsamen Ehenamen zu führen haben, können bis zur Geburt ihres ersten ehelichen Kindes (oder etwa in Anlehnung an § 18 Abs 4 PStG längstens bis zum Ablauf eines Monats nach der Geburt dieses Kindes) eine gemeinsame Bestimmung darüber treffen, ob ihre Kinder den Vater- oder den Mutternamen führen sollen. Eine solche Bestimmung kann natür-

lich auch schon vor oder bei der Eheschließung getroffen werden und eine einmal getroffene Bestimmung müßte auch ohne weiteres bis zu dem vorhin in Satz 1 dieses Unterabschnittes b) umschriebenen Zeitpunkt einvernehmlich geändert werden können.

- c) Zu erwägen wäre überdies, ob bis zu dem vorhin in Satz 1 des Unterabschnitts b) umschriebenen Zeitpunkt auch eine einseitige Rücknahme der gemeinsamen Namensbestimmung wirksam vorgenommen werden könnte. Daran könnte etwa ein schutzwürdiges Interesse bestehen, wenn die Ehe bereits in eine schwere Krise geraten ist.
- d) Eine entsprechende Regelung (V/7b und c) könnte etwa in einen neuen § 139 Abs 2 ABGB aufgenommen werden (vgl oben V/5).
- 8) Falls eheliche Eltern keinen gemeinsamen Ehenamen führen und keine wirksame Namensbestimmung für ihre Kinder vorgenommen haben, sieht der Entwurf im neuen § 139 vorletzter Satz ABGB vor, daß die Kinder den Familiennamen der Mutter erhalten.
- a) Dieser Vorschlag hat gewiß den Vorteil einfacher Handhabung für sich. Kann er jedoch auch dem Erfordernis der Verfassungskonformität genügen? Das ist zweifelhaft.
- b) Die Erläuterungen des Entwurfes (S 16 f) führen zur Begründung dieses "Muttervorranges" nur an, daß Kinder in der Regel in einem engeren Naheverhältnis zur Mutter als zum Vater stünden; die vorzuschlagende Regelung erweise sich daher als Ausprägung des Grundsatzes der möglichststen Wahrung des Kindeswohles. Diese Begründung dürfte verfassungsrechtlichen Erfordernissen kaum genügen.
- c) Die Bevorzugung des Mannesnamens im geltenden § 93 Abs 1 letzter Satz ABGB steht für sich allein genommen offensichtlich im Verdacht, gegen die in Art 7 B-VG angeordnete Gleichberechtigung der Geschlechter zu verstoßen. Sie wurde vom

VfGH zwar derzeit noch für unbedenklich gehalten, aber nur aus gewissermaßen pragmatischen technischen Gründen, weil nur bei etwa 1,6 % Eheschließungen der Frauennamen als gemeinsamer Familienname vereinbart wird. Daher wollte der Gerichtshof nur für die derzeitige Situation sagen, daß es sich bei der zitierten Regelung nicht um eine Bevorzugung des Mannes, sondern um die "technisch einfachste Form" handelt, "die von den Verlobten regelmäßig gewünschte Rechtsfolge eintreten zu lassen". Diese Ansicht des VfGH wird von den Erläuterungen in S 2 ohnehin ausdrücklich zitiert.

- d) Vergleichbares läßt sich aber für die vorgeschlagene Neuregelung der Bedeutung des Mutternamens in § 139 vorletzter Satz des Entwurfes nicht behaupten. Offensichtlich haben viele eheliche Väter nicht nur ein faktisches, sondern auch ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, daß ihre ehelichen Kinder auch den Namen ihres Vaters tragen können. Wenn dieses Ziel nicht erreichbar ist, weil die Gatten keinen gemeinsamen Ehenamen führen und keine einvernehmliche Bestimmung des Namens ihrer ehelichen Kinder herbeigeführt haben, dann stellt die gesetzliche Regelung "Die ehelichen Kinder erhalten den Namen der Mutter" keineswegs die technisch einfachste Form dar, die von den Eltern regelmäßig gewünschte Rechtsfolge eintreten zu lassen.
- e) Wenn es nicht gelingt, überzeugende zusätzliche Gründe zur Rechtfertigung des in Rede stehenden Vorschlages des Entwurfes zu finden, die unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung der Geschlechter unbedenklich sind, dann droht dieser Vorschlag des Entwurfes an den Erfordernissen des B-VG zu scheitern. Man muß daher nach einer gleichheitskonformen Lösung für diese Kindesnamen suchen.
- 9) Wenn die keinen gemeinsamen Ehenamen besitzenden ehelichen Eltern keine Namensbestimmung vorgenommen haben, kann diese sicher gleichheitskonforme Lösung wohl nur in einem Doppelnamen dieser ehelichen Kinder bestehen.

- a) Dieser Doppelname setzt sich aus den Namen des Vaters und der Mutter zusammen, den diese trotz ihrer Eheschließung beibehalten haben. Um verfassungsrechtlich unbedenklich vorzugehen, hätte bei der Führung dieser beiden Namen der alphabetisch erste Name vorangestellt zu werden.
- b) Mit Rücksicht auf das Interesse an der Führung des bisherigen Namens läßt sich nur aus Anlaß einer Eheschließung die gesetzliche Verpflichtung rechtfertigen, einen der beiden bisher geführten Namen ablegen zu müssen. Die Rechtfertigung hierfür kann in verwaltungsrechtlichen Erfordernissen der Vermeidung von kaum zu handhabenden "Namensketten" erblickt werden, die innerhalb weniger Generationen ansonsten entstehen würden.
- c) Eine freiwillige Beschränkung auf die Führung nur eines Namens oder eine freiwillige Umstellung der Reihenfolge der Namen müßte aber unabhängig von einer Eheschließung zumindest dem volljährigen Kind gestattet werden.
- d) Dieser gesetzlich vorzusehende Doppelname wäre zwar bei weitem nicht so einfach handhabbar, wie der Vorschlag des Entwurfes über die Bevorzugung des Mutternamens. Wahrscheinlich aber muß man der Prüfung der Einführung eines solchen Doppelnamens aber dennoch näher treten, wenn man die verfassungsrechtlichen Erfordernisse genauer nimmt, als der vorliegende Entwurf dies getan hat.
- VI) Die Übergangsregelungen des Entwurfes erweisen sich ebenfalls als ergänzungsbedürftig.
- 1) Es müßte ernstlich erwogen werden, nach Inkrafttreten des neuen Rechts den Ehegatten, die nach altem Recht geheiratet haben und daher einen gemeinsamen Ehenamen führen mußten, auch die Möglichkeit zu geben, auf den bisherigen Ehenamen zu verzichten und ihren vorehelichen Familiennamen zu führen

(gegebenenfalls mit Doppelnamen gemäß dem oben zu B/II/4 Dargelegten).

- 2) Eine derartige Regelung müßte aber auch entsprechende Konsequenzen für den Namen der Kinder aus solchen Ehen vorsehen.
- C) WEITERE GESETZESÄNDERUNGEN, DIE AUS ANLASS DES ENTWURFES ERWOGEN WERDEN SOLLTEN.

Aus Anlaß der Prüfung des vorliegenden Entwurfes treten Wertungswidersprüche des geltenden Rechts in den Blick, die in so engem Zusammenhang mit dem Entwurf stehen, daß sie zugleich mit ihm bedacht werden sollten. Es handelt sich um die Namensgebung für das uneheliche Kind (unten C/I), um die Legitimation durch den Bundespräsidenten (unten C/II) und um die Beseitigung einiger anderer Wertungswidersprüche im Namensrecht (unten C/III).

- I) Die sogenannte Namensgebung (§§ 165a - 165c ABGB) ist im Abschnitt über die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und unehelichen Kindern geregelt.
 - 1) Gemäß § 165 ABGB erhält das uneheliche Kind vorerst jedenfalls den Geschlechtsnamen der Mutter. Dann aber kann der Ehemann der Mutter eines unehelichen Kindes, der nicht dessen Vater ist, aber auch der Vater des unehelichen Kindes dem minderjährigen Kind seinen Namen geben. Eine solche Namensgebung, die keine weiteren rechtlichen Konsequenzen zwischen dem betreffenden Mann und dem Kind zur Folge hat, kann auch mehrmals erfolgen, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Niemals aber darf die Namensgebung gegen den Willen des bereits mündigen Kindes erfolgen.
 - 2) Die Betonung des Kindeswohles müßte eigentlich zu Konsequenzen für eheliche Kinder führen. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Eine schwangere Frau A will den Kindesvater B heiraten. Kurz vor dem fixierten Trauungstermin stirbt B. Dann kommt das Kind

als uneheliches auf die Welt. Später heiratet die Kindesmutter einen Herrn C und erhält den Ehenamen C. Das Kind wächst im gemeinsamen Haushalt mit den Ehegatten auf. C kann dem minderjährigen Kind seinen Namen geben, weil dies nach Meinung des Gesetzgebers grundsätzlich dem Kindeswohl dienlich sein kann.

Wenn das vorstehende Beispiel variiert wird und zwar dadurch, daß die Ehe zwischen A und B zustande kommt, B der Ehename wird und der Ehemann kurz nach der Trauung, aber noch vor der Geburt des gemeinsamen Kindes stirbt, dann kommt das Kind als eheliches auf die Welt. Wenn die Witwe einige Zeit später Herrn C heiratet, dessen Name gemeinsamer Ehename wird und das Kind im gemeinsamen Haushalt dieser Ehegatten aufwächst, müßte eine Namensgebung durch Herrn C dem Wohl dieses Kindes genauso entsprechen können wie in der ersten Variante des Beispiels.

- 3) Die Beschränkung der Namensgebung auf uneheliche Kinder erklärt sich demnach nur aus der Fortwirkung eines überholten patriarchalischen Ehemodells, bei welchem das eheliche Kind selbstverständlich nur den Namen seines ehelichen Vaters, der ja auch ursprünglich zwingend der gemeinsame Ehename war, erhalten konnte, dieses Kind auch nur unter der "väterlichen Gewalt" des Vaters stand und die eheliche Mutter nicht einmal nach dem Tode des Vaters ohne weiters gesetzliche Vertreterin ihres Kindes werden konnte. Damals mag es noch als dem ehelichen Vater unzumutbar angesehen worden sein, daß sein Kind seinen nur von ihm ableitbaren Namen verlieren könnte.
- 4) Aufgrund der derzeit herrschenden gesetzlichen Wertungen wurde jedoch das patriarchalische Ehemodell längst zugunsten der Gleichberechtigung der Geschlechter aufgegeben und die Rechtsstellung der unehelichen Kinder in mehreren Schritten jener der ehelichen Kinder immer mehr angenähert; dies hat ab 1.1.1991 schließlich auch noch im gesetzlichen Erbrecht zur grundsätzlich vollen Gleichstellung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern geführt. Demgemäß erscheint daher die derzeitige Regelung der Namensgebung für uneheliche Kinder als

eine gleichheitswidrige Beschränkung zu Lasten der ehelichen Kinder! Ein Eingreifen des Gesetzgebers ist daher erforderlich.

- 5) Überdies müßten Konsequenzen für § 167 ABGB bedacht werden. Wenn das uneheliche Kind mit seinen Eltern in dauernder häuslicher Gemeinschaft lebt und beiden Eltern die Obsorge wie gegenüber einem ehelichen Kind zukommt, dann kann auch ein schutzwürdiges Bedürfnis entstehen, dem Kind die Führung eines Doppelnamens zu ermöglichen, wie wenn es eheliche Eltern hätte, die keinen gemeinsamen Ehenamen führen (oben B/V/9).

II) Die Legitimation unehelicher Kinder durch den Bundespräsidenten ist immer noch geltendes Recht, obwohl sie inzwischen durch die Rechtsentwicklung überaus fraglich geworden ist.

- 1) Immer noch heißt es im geltenden § 182 ABGB, nur die Eltern können um eine Legitimierung durch den Bundespräsidenten ansuchen, "wenn sie das Kind gleich einem ehelichen der Standesvorzüge oder des Rechtes an dem frei vererblichen Vermögen teilhaft machen wollen". Die Standesvorzüge des Adels sind längst abgeschafft. Ab 1.1.1991 sind uneheliche Kinder aber auch im gesetzlichen Erbrecht (das heute dem freivererblichen Vermögen des alten Gesetzestextes entspricht) den ehelichen Kindern grundsätzlich gleichgestellt. (Auf die Bedenklichkeiten, die sich aus dem neuen § 730 Abs 2 ABGB ergeben können, wonach die Abstammung grundsätzlich zu Lebzeiten des Erblassers zumindest geltend gemacht worden sein muß, ist in diesem Zusammenhang nicht einzugehen.)

Die Eltern haben daher heute überhaupt kein vom § 162 ABGB anerkanntes Motiv mehr, um eine Legitimation durch den Bundespräsidenten zu beantragen. (Abgesehen davon war es - gemessen an § 162 ABGB - auch schon bisher eine gesetzliche Merkwürdigkeit, daß der derzeit noch geltende § 753 Abs 1 ABGB eine Legitimation mit oder ohne erbrechtliche Auswirkung zuließ.)

- 2) Es bleiben daher anscheinend nur noch namensrechtliche Wirkungen der Reskriptlegitimation übrig. Bei minderjährigen Kindern besteht hierfür aber wegen der Namensgebungsmöglichkeit wohl kein ausreichendes Bedürfnis. Überdies ist für minderjährige und volljährige Kinder zu bedenken, daß eine Adoption, die nur wegen der namensrechtlichen Wirkungen durchgeführt würde, sogar von Amts wegen rückwirkend widerrufen werden könnte (§ 184 Abs 1 Z 4 ABGB). Diese Regelung verträgt sich wohl kaum mit einer auf bloße Namensfolgen beschränkten Reskriptlegitimation.
- 3) Selbst wenn man meinen sollte, für diese eben aufgezeigte Diskrepanz zur Adoption sei noch eine sachliche Begründung auffindbar, wäre es jedoch keineswegs rechtfertigbar, die derzeitige gesetzliche Situation (§ 162 ABGB iVm der Neuregelung des gesetzlichen Erbrechts) unverändert bestehen zu lassen.

III) Erfordernisse einer konsequenteren Ausgestaltung des Namensrechts mündiger Minderjähriger.

- 1) Mit 1.1.1984 trat mit dem neuen Personenstandsgesetz (BGBl 1983/60) auch eine Novellierung der Legitimationsbestimmungen in Gestalt der §§ 162a - 162d ABGB (BGBl 1983/566) in Kraft.
- 2) Von den neuen Legitimationsbestimmungen wurden - wie schon vorher bei der Namensgebung, § 165a Abs 2 iVm § 165b Abs 2 ABGB - das Namensrecht der mündigen Minderjährigen dadurch geschützt, daß eine durch die Legitimation ausgelöste Namensänderung nur mit persönlicher Zustimmung dieser Kinder möglich ist (§ 162a Abs 2, 162c Abs 2).
- 3) Gemäß § 11 Abs 5 PStG wirkt jedoch die auf Antrag vorgenommene Änderung der Schreibweise des Personennamens auch auf die minderjährigen Kinder, die ihren Familiennamen vom Antragsteller ableiten. Hier wird also keine Zustimmung mündiger

Minderjähriger gefordert. Das steht im auffallenden Widerspruch zu den vorhin zu 2) zitierten Legitimationsregelungen.

- 4) Ferner wurde aus Anlaß der zu 1) zitierten Novellierung der Legitimationsbestimmungen § 183a Abs 1 ABGB unverändert gelassen, wonach der durch die Adoption erworbene Name des Wahlkindes auch auf ein minderjähriges Kind dieses Wahlkindes überzugehen hat. Dadurch entstand ein offensichtlicher gleichheitswidriger Wertungswiderspruch zu § 162c Abs 2. Die auf Abstammung beruhende Legitimation durch nachfolgende Ehe hat viel weiterreichende Wirkungen als eine Adoption; sie ist daher das stärkere Rechtsverhältnis. Wenn dennoch das mündige minderjährige Kind eines legitimierten Kindes die Namensfolge der Legitimation nicht akzeptieren muß, hat dies selbstverständlich umso mehr auch für das mündige minderjährige Kind eines Wahlkindes in Bezug auf die Namensfolge der Adoption zu gelten.
- 5) Die soeben zu 3) und 4) erwähnten Wertungswidersprüche wären zwar theoretisch vielleicht durch eine einschränkende verfassungskonforme Interpretation zu beseitigen. Jedenfalls aber erscheint es äußerst ungewiß, ob alle mit diesen Fragen befaßten Stellen gleichermaßen zu einer solchen Interpretation bereit wären. Daher ist das Eingreifen des Gesetzgebers zur Beseitigung dieser fehlerhaften gesetzlichen Regelungen erforderlich.

Graz, am 18.5.1990

