



5A_73/2019

Urteil vom 21. November 2019
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter von Werdt, Schöbi,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

1. **A.-B.** _____,
2. **A.B.** _____,
3. **C.** _____ **X**,
c/o A.-B.._____ und A.B._____

Beschwerdeführer,

gegen

Zivilstandsamt Zollikon, Bergstrasse 20, 8702 Zollikon.

Gegenstand

Eintragung im Personenstandsregister
(Name des Kindes verheirateter Eltern),

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts
des Kantons Zürich, 4. Abteilung, vom 19. Dezember
2018 (VB.2018.00414).

Sachverhalt:

A.

A.a A._____ (Schweizerbürgerin) und B._____ (Bürger von Trinidad und Tobago) haben im August 2010 in Neuseeland geheiratet. Sie zogen kurz darauf in die Schweiz. Die Ehefrau wählte den Doppelnamen A.B._____. Am 27. März 2012 änderte der Ehemann in London/England seine Vor- und Nachnamen auf "A.-B._____". Diese Namensänderung wurde in der Schweiz anerkannt.

A.b Am 5. Januar 2018 kam die gemeinsame Tochter C._____ auf die Welt. Die Eltern meldeten das Kind mit dem Nachnamen "A.-B._____" an. Das Zivilstandsamt der Gemeinde Zollikon lehnte diesen Nachnamen ab und forderte die Eltern auf, einen gesetzmässigen Namen zu bestimmen (Entscheid vom 16. Februar 2018).

B.

Das Gemeindeamt des Kantons Zürich wie auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wiesen die jeweils ergriffenen Rechtsmittel ab (Entscheide vom 12. Juni 2018 und 19. Dezember 2018, letzterer zugestellt am 28. Dezember 2018).

C.

Mit Eingaben vom 26. und 27. Januar 2019 sowie 10. Februar 2019 wenden sich die Eltern und die Tochter (fortan: Beschwerdeführer) an das Bundesgericht. Sie beantragen, die Tochter C._____ sei mit dem Namen "A.-B._____" in das Personenstandsregister einzutragen. Ausserdem verlangen sie, dass die zuständige Behörde angewiesen werde, den Geburtsschein der Tochter auszustellen und ihnen diesen ohne weitere Verzögerung zur Verfügung zu stellen.

Die Beschwerdeführer ersuchen um unentgeltliche Rechtspflege für die Verfahrenskosten. Sie haben den Kostenvorschuss bezahlt.

Das Bundesamt für Justiz (BJ) hat auf Einladung des Bundesgerichts am 19. August 2019 zur Beschwerde Stellung genommen. Die Beschwerdeführer haben mit Eingaben vom 26. August 2019, 12. September 2019, 13. September 2019 und 6. Oktober 2019 repliziert.

Erwägungen:

1.

1.1 Angefochten ist ein Entscheid über die (verweigerte) Eintragung eines Namens im Personenstandsregister, welcher der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 3 BGG). Die Beschwerde gegen den letztinstanzlichen kantonalen und verfahrensabschliessenden Rechtsmittelentscheid (Art. 75, Art. 90 BGG) in einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist grundsätzlich zulässig. Die Beschwerdeführer haben ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung des angefochtenen Entscheides (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG).

1.2 Mit vorliegender Beschwerde kann die Verletzung von u.a. Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG).

1.3 Das Bundesamt für Justiz ist am Verfahren zu beteiligen, da es eine zur Beschwerde berechnigte Behörde ist (Art. 102 Abs. 1 BGG; vgl. Art. 90 Abs. 4 und 5 ZStV).

2.

Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen erwogen, das Gesetz sehe für die vorliegende Konstellation, da die beiden Eltern unterschiedliche Namen trügen, lediglich die Möglichkeit vor, den Ledignamen des Vaters oder jenen der Mutter als Namen des Kindes einzutragen. Ledig habe der Vater "B._____" geheissen und die Mutter "A._____". Folglich entspreche der von den Eltern gewünschte Name "A.-B._____" nicht den gesetzlichen Vorgaben.

3.

3.1 Der Personenstand wird in einem elektronischen Register beurkundet (Personenstandsregister; Art. 39 Abs. 1 ZGB). Eine Person wird mit der Beurkundung ihrer Geburt in das Personenstandsregister aufgenommen (Art. 39 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; Art. 15a Abs. 1 ZStV). Die (Vor- und Nach-) Namen gehören zum Personenstand (Art. 39 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB); sie sind Bestandteil der Daten, die im Personenstandsregister geführt werden (Art. 8 Bst. c ZStV). Soweit sich der Name eines Kindes nicht bereits aus der bei der Eheschliessung abgegebenen Erklärung ergibt (Art. 270 Abs. 1 ZGB), obliegt es miteinander verheirateten Eltern, der Zivilstandsbehörde den Namen des Kindes mitzuteilen (Art. 37 ZStV).

3.2 Die kantonalen Instanzen haben bei ihrem Entscheid gestützt auf Art. 12 SchIT ZGB auf die seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 30. September 2011 (Name und Bürgerrecht; AS 2012 2569) am 1. Januar 2013 geltenden Gesetzesbestimmungen abgestellt.

3.2.1 Hinsichtlich des (Nach-)Namens des Kindes unterscheidet das Gesetz, ob die verheirateten Eltern einen gemeinsamen Familiennamen tragen oder nicht. Tragen die Eltern verschiedene Namen, erhält das Kind denjenigen ihrer Ledignamen, den sie bei der Eheschliessung zum Namen ihrer gemeinsamen Kinder bestimmt haben (Art. 160 Abs. 3 und Art. 270 Abs. 1 ZGB). Haben die Eltern – wie hier – bei der Eheschliessung nicht erklärt, welchen Namen ihre Kinder tragen sollen, so erklären sie mit der Geburtsmeldung des ersten Kindes schriftlich gegenüber dem Zivilstandsamt, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen (Art. 37 ZStV).

3.2.2 Als Ledigname einer Person gilt der Name, den diese unmittelbar vor ihrer ersten Eheschliessung oder Begründung einer eingetragenen Partnerschaft geführt oder gestützt auf einen Namensänderungsentscheid als neuen Ledignamen erworben hat (Art. 24 Abs. 2 ZStV; in der ab 1. Januar 2013 geltenden Fassung).

3.2.3 Im Kontext der Namensänderung unterscheidet der Verordnungsgeber zwischen einer Änderung "des aktuell geführten Namens" und einer Änderung des Ledignamens (s. auch GEISER, Das neue Namensrecht, Referat zuhanden der Konferenz der Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen vom 27. April 2012, Ziff. 3.7, www.kaz-zivilstandswesen.ch > Publikationen > Namensrecht > Das neue Namensrecht, Prof. Dr. Thomas Geiser, zuletzt besucht am 21. November 2019, und DERS., Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, ZKE 67/2012 S. 363 f. Ziff. 3.7). Letzteres muss sich explizit aus dem Namensänderungsentscheid ergeben (Kommentar zur Revision der Zivilstandsverordnung, September 2012; www.eazw.admin.ch > Rechtliche Grundlagen > Änderungen der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV) > Änderungen per 1. Januar 2013, S. 14 zu Art. 24, zuletzt besucht am 21. November 2019). In seiner Stellungnahme merkt das Bundesamt für Justiz präzisierend an, der Ledigname gelte nur dann als geändert, wenn die Änderung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt erfolge.

3.2.4 Unbestrittenermassen trug die Mutter vor dem (ersten) Eheschluss den Namen "A._____" und der Vater den Namen "B._____". Nun beantragen die Eltern den Eintrag ihrer Tochter auf

den Namen "A.-B._____", den Namen also, den der Vater seit der im Ausland erfolgten, in der Schweiz aber anerkannten Namensänderung trägt. Dies ist indes nur möglich, wenn die Änderung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt erfolgt ist, was vorliegend nicht der Fall ist und von den Beschwerdeführern auch nicht behauptet wird. In der Tat steht in der von den Beschwerdeführern zu den Akten gelegten Übersetzung der einseitigen Erklärung zur Namensänderung vom 27. März 2012 Folgendes (Hervorhebung beigelegt):

"1. Ich verzichte ABSOLUT und vollständig auf die Verwendung meines früheren Namens B._____, den ich gänzlich aufgeben, und nehme ab dem Datum dieser Erklärung den Namen A.-B._____ als Ersatz für meinen ehemaligen Namen B._____ an."

Aus dieser Formulierung geht klar hervor, dass die Namensänderung *ex nunc* und *pro futuro* gelten sollte. Folglich hat sie nicht zur Änderung des Ledignamens des Vaters geführt. Dieser lautet nach wie vor auf "B._____". Entsprechend haben die Zivilstandsbehörden die ausländische Namensänderung zwar anerkannt, gleichzeitig aber als Ledignamen „B._____“ eingetragen. Soweit die Beschwerdeführer behaupten, dass dieser Eintrag unrichtig sei, wäre eine allfällige Korrektur nur im Registerklageverfahren möglich, aber nicht vorfrageweise im vorliegenden Verfahren (vgl. BGE 144 III 1 E. 4.2), denn im Bereich des Namensrechts hat der Gesetzgeber die Kompetenzen wie folgt aufgeteilt: Die *Zivilstandsbehörden* sind für die Führung des Personenstandsregisters zuständig (Art. 44 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB); sie beheben von Amtes wegen Fehler, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen (Art. 43 ZGB; sog. administrative Berichtigung). Für Einzelfragen liegt die Kompetenz bei den *kantonalen Aufsichtsbehörden* (Art. 41 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber entscheidet *das Gericht* auf Klage hin über die Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand sowie über die Berichtigung oder Löschung einer Eintragung (Art. 42 Abs. 1 ZGB). Schliesslich ist *die Regierung des Wohnsitzkantons* für die Bewilligung einer Namensänderung zuständig (Art. 30 Abs. 1 ZGB). Im Übrigen machen die Beschwerdeführer nicht geltend, der Registereintrag sei nichtig; eine amtswegig zu beachtende Nichtigkeit liegt auch nicht geradezu auf der Hand.

3.3 Die Anwendung des seit dem 1. Januar 2013 geltenden Rechts führt zum Ergebnis, dass das Kind – nach Wahl der Eltern – entweder "A._____" oder "B._____" als Nachnamen trägt.

4.

Was die Beschwerdeführer vorbringen, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

4.1 Sie machen geltend, die Ehegatten hätten einen gemeinsamen Familiennamen. Dieser laute auf "A.-B._____", denn die Behörden hätten beim Namen der Ehefrau den Bindestrich ohne deren Zustimmung weggelassen.

Die Eltern haben unter der Herrschaft des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1984 (AS 1986 122; AS 1986 153 Art. 1; BBl 1979 II 1191) geheiratet. Im Zeitpunkt des Eheschlusses der Eltern galt der Name des Ehemannes als Familienname der Ehegatten (Art. 160 Abs. 1 aZGB). Die Braut konnte jedoch gegenüber dem Zivilstandsamt erklären, sie wolle ihren bisherigen Namen – verstanden als jenen Namen, den sie unmittelbar vor der Trauung führte, unabhängig davon, ob sie diesen durch Abstammung, Heirat oder Namensänderung erworben hat (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, 1999, N. 18 zu Art. 160 ZGB) – dem Familiennamen voranstellen (Art. 160 Abs. 2 aZGB). Alternativ konnten die Brautleute darum ersuchen, von der Trauung an den Namen der Ehefrau als Familiennamen zu führen (Art. 30 Abs. 2 aZGB), und dem Ehemann stand das Wahlrecht im Sinn von Art. 160 Abs. 2 aZGB zu. Der wählende Ehegatte erhielt damit einen amtlichen Nachnamen (zusammengesetzt aus dem Familiennamen und dem vor Eheschluss getragenen Namen; BGE 119 II 307 E. 3b). A._____ hat von der Möglichkeit, ihren vor der Heirat geführten (Nach-)Namen ("A._____") dem Familiennamen (jedenfalls zu diesem Zeitpunkt "B._____") voranzustellen, Gebrauch gemacht.

In seiner bis am 31. Dezember 2012 gültigen Fassung bestimmte das ZGB nicht, ob und wie die beiden Teile des Doppelnamens miteinander zu verbinden waren. Hingegen hatte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, dem die Oberaufsicht über das Zivilstandswesen obliegt, in dem von ihm herausgegebenen "Handbuch für das Zivilstandswesen" angeordnet, dass der Doppelname in den Zivilstandsregistern ohne Bindestrich geschrieben wird (JÄGER/SIEGENTHALER, Das Zivilstandswesen in der Schweiz, 1998, Rz. 11.46). Der Verzicht auf den Bindestrich hatte den Vorzug, eine Verwechslung mit dem Allianznamen zu vermeiden. Schliesslich hat sich diese Schreibweise in der Praxis derart durchgesetzt, dass sie als durch Gewohnheitsrecht geboten erscheint (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N. 21 zu Art. 160 ZGB). Es ist mithin in keiner Art und Weise

so, dass die Behörden beim Namen der Ehefrau den Bindestrich ohne deren Zustimmung weggelassen hätten. Damit bleibt es bei der Erkenntnis, dass der (Nach)Name von A._____ "A.B._____" lautet und die Eltern keinen gemeinsamen Familiennamen tragen.

4.2 Sodann wenden die Beschwerdeführer ein, aus Art. 12 SchIT ZGB folge, dass der Familienname, der nach bisherigem Recht erworben wurde, erhalten bleibe, und dass der Familienname altrechtlich auf "A.-B._____" laute.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 SchIT ZGB stehen Entstehung und Wirkungen des Kindesverhältnisses unter dem neuen Recht, sobald dieses in Kraft getreten ist. Demgegenüber bleiben der Familienname und das Bürgerrecht, die nach bisherigem Recht erworben wurden, erhalten. Das Kind wurde den beschwerdeführenden Eltern am 5. Januar 2018 und damit fünf Jahre nach Inkrafttreten der ZGB-Revision 2011/2013 betreffend Name und Bürgerrecht (AS 2012 2569) geboren. Es liegt somit kein übergangsrechtlicher Fall im Sinn von Art. 12 Abs. 1 SchIT ZGB vor, der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes lebende Kinder erfasst (HEGNAUER, Das Übergangsrecht, in: Das neue Kindesrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1977, 1978, S. 122 Ziff. 2). Daher gilt der Grundsatz "neue Tatsache neues Recht" (Art. 1 Abs. 3 SchIT ZGB) bzw. der Grundsatz, dass keine neuen Sachverhalte nach altem Recht mehr geschaffen werden können. Gesetzliche Ausnahmen können in Art. 8a SchIT ZGB (Rückkehr zum Ledignamen) und damit verbunden Art. 13d SchIT ZGB (im Fall der Rückkehr zum Ledignamen dessen befristete Übertragung auf das Kind) gesehen werden. Beide Ausnahmetatbestände sind hier nicht erfüllt.

Was die beschwerdeführenden Eltern postulieren, ist eine Rückkehr zum alten Recht gestützt auf eine Übergangsbestimmung, die nicht anwendbar ist, weil gar kein übergangsrechtlicher Fall vorliegt. Eine derartige Auslegung des Übergangsrechts verstiesse zudem gegen die Absichten, die der Gesetzgeber mit der Revision des Namensrechts verfolgt hat, nämlich insbesondere die Geschlechtergleichheit und Geschlechterunabhängigkeit. Damit zielen sämtliche Ausführungen der Beschwerdeführer, anhand derer sie den (Nach)Namen des Kindes aus dem alten Recht ableiten wollen, an der Sache vorbei und das Bundesgericht braucht sich nicht weiter dazu zu äussern.

Das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Namensrecht knüpft hinsichtlich der Kinder verheirateter Eltern an den Ledignamen des Vaters oder der Mutter an, sofern sich die Eltern nicht auf einen

Familiennamen einigen. Dies kann anerkanntermassen dazu führen, dass ein Kind anders heisst als seine beiden Eltern. Es ist indessen nicht Aufgabe des Bundesgerichts, auf dem Weg der Gesetzesauslegung einzugreifen. Schliesslich wäre der vorliegende Fall hierfür auch nicht geeignet, denn der Beschwerdeführer selber hat eine Namensänderung *ex nunc* und *pro futuro* erwirkt statt *ex tunc* (E. 3.2.4 oben). Es liegt damit kein Sachverhalt vor, der in der Lehre als stossend empfunden wird und nach einer ausdehnenden Auslegung des Begriffs "Ledigname" ruft (vgl. SABRINA BURGAT, in: Bohnet/Guillod [Hrsg.], *Droit matrimonial*, 2016, N. 6 und N. 17 zu Art. 160 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 6. Aufl. 2018, N. 07.16).

4.3 Schliesslich machen die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 8 EMRK sowie Art. 3 Abs. 1 bzw. Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) geltend. Sie begründen den Vorwurf der Konventionswidrigkeit mit dem Argument, das ab dem 1. Januar 2013 geltende Recht sei für sie nicht anwendbar, weshalb eine gesetzliche Grundlage fehle, welche die Weigerung, dem Kind den Namen "A.-B._____" zu geben, rechtfertige. In E. 4.2 wurde ausführlich dargetan, weshalb für die Namensgebung das ab dem 1. Januar 2013 geltende Recht massgebend ist; das dort Ausgeführte zu wiederholen erübrigt sich. Was die Kinderrechtskonvention angeht, statuiert Art. 3 Abs. 1 KRK den Grundsatz, dass das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt sei, der vorrangig zu berücksichtigen ist, und Art. 7 Abs. 1 KRK schreibt den Vertragsstaaten vor, das Kind unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen und räumt dem Kind das Recht auf einen Namen von Geburt an ein. Weder Art. 3 noch Art. 7 KRK schreiben den Vertragsstaaten vor, dass der (Nach)Name eines Kindes mit jenem der Eltern oder zumindest einer der Eltern identisch sein muss. Es kann auch nicht gesagt werden, das Kindeswohl erfordere dies unbedingt, denn es gibt keinen allgemein gültigen Grundsatz für die Namensgebung eines Kindes, namentlich nicht die Regel, dass ein Kind den Nachnamen eines seiner beiden Eltern muss tragen können. An dieser Stelle sei auf die in Staaten des romanischen Rechtskreises zu findende Lösung verwiesen, gemäss welcher sich der Nachname eines Kindes jeweils aus Teilen des Nachnamens der (verheirateten) Eltern zusammensetzt und folglich weder die Eltern noch die Kinder denselben Nachnamen tragen (vgl. SCHWENZER, *Namensrecht im Überblick, Entwicklung-Rechtsvergleich-Analyse*, FamRZ 1991 S. 393). Ebenso kann die namentlich in muslimischen Ländern verbreitete Regelung erwähnt werden, bei

welcher der Nachname eines Kindes aus dem Vornamen des Vaters abgeleitet wird und folglich auch in solchen Fällen das Kind keinen der Nachnamen seiner Eltern trägt (vgl. BGE 136 III 168 und Urteil 5A_824/2014 vom 2. Juli 2015). Im Übrigen erhält das Kind im vorliegenden Fall unabhängig von der Wahl der Eltern einen Namen, der im Namen der Eltern enthalten und mithin ein Identifizierungsmerkmal gegeben ist.

Eine andere, hier aber nicht zu beantwortende Frage ist, ob ein im Sinn von Art. 30 Abs. 1 ZGB achtenswerter Grund vorliegt, wenn die Eltern die Herstellung der Namensidentität zu einem der Elternteile anstreben. Dies zu beurteilen steht der Zivilstandsbehörde nicht zu; vielmehr wäre der Weg des Namensänderungsverfahrens einzuschlagen (vgl. E. 3.2.4 oben).

5.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet, und die Beschwerde ist abzuweisen. Die im angefochtenen Urteil den Eltern angesetzte Frist, dem zuständigen Zivilstandsamt mitzuteilen, welchen Ledignamen das Kind tragen soll, ist zwischenzeitlich abgelaufen. Daher drängt sich die Ansetzung einer neuerlichen Frist auf. Als unterliegende Partei werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Bundesamt für Justiz ist keine Parteientschädigung geschuldet, zumal es im Rahmen seines amtlichen Wirkungskreises gehandelt hat (Art. 68 Abs. 3 BGG). Das Gesuch der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege für die Verfahrenskosten ist mit der Bezahlung des Kostenvorschusses gegenstandslos geworden, hätte aber auch wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abgewiesen werden müssen, wie die vorstehenden Erwägungen belegen (Art. 64 Abs. 1 BGG; vgl. POUURET/SANNOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, V, 1992, N. 6 zu Art. 152 OG, S. 124).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Den beschwerdeführenden Eltern wird eine neue Frist bis 31. Januar 2020 angesetzt, um zu bestimmen, welchen ihrer Ledignamen ("A._____" bzw. "B._____") das Kind C._____ tragen soll. Die Wahl ist dem Zivilstandsamt Zollikon bekannt zu geben.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdeführern auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Zivilstandsamt Zollikon, dem Bundesamt für Justiz und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. November 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

von Roten