OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-750394/4/MB

Datum:
Linz, 8. Februar 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Dr. Brandstetter über die Beschwerde der M K, vertreten durch M G Rechtsanwälte, x, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Statutarstadt Linz vom 8.8.2016 GZ. BAS-3/14,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der Bescheid der belangten Behörde bestätigt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung vom 8. August 2016, GZ. BAS-3/14 wurde dem Antrag des geschiedenen Ex-Ehegatten der Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf), Herrn H G, auf Berichtigung der Eintragung im Geburtenbuch Folge gegeben und der Familienname der gemeinsamen Tochter E E auf G berichtigt.

Begründend führte die belangte Behörde darin wie folgt aus:
„Dem Antrag von Herrn H G, vertreten durch Herrn RA Dr. J L auf Berichtigung der Eintragung im Geburtenbuch des Standesamtes Linz Nr. x bzw. des entsprechenden Datensatzes des Personenstandsregisters wird stattgegeben.

Begründung
Frau K M hat nach Scheidung ihrer Ehe ihren früheren Familiennamen wieder angenommen und für ihre mj. Tochter E E, geb. am x in L, eine Namenserklärung auf den Namen K abgegeben.
Die Namensbestimmung ist zwar in bestimmten Fällen zulässig, so auch in Anlassfällen, wenn sich etwa der Name eines Elternteiles geändert hat (§ 155 Abs. 2 ABGB). Im Zuge der Eheauflösung ist im familienrechtlichen Vergleich jedoch konkret festgehalten worden, dass die Obsorge der mj. Tochter E E von den Antragstellern hinkünftig gemeinsam ausgeübt wird.
§ 156 ABGB normiert: Den Familiennamen des Kindes bestimmt die mit der Pflege und Erziehung betraute Person. Mehrere damit betraute Personen haben das Einvernehmen herzustellen; es genügt aber die Erklärung einer von ihnen, sofern sie versichert, dass der andere damit einverstanden ist oder das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann.
Frau K hat dieses Einvernehmen jedoch nicht hergestellt, sondern bei der alleinigen Abgabe der kindesnamensrechtlichen Erklärung unrichtig angegeben, dass der andere Elternteil damit einverstanden sei. Damit liegt eine unrichtige Eintragung vor, die
in Entsprechung der Bestimmungen des Personenstandsgesetzes (§ 42 PStG) wie folgt zu berichtigen ist:

Familienname:	G
Vornamen:	E E
Geschlecht:	weiblich
Zeitpunkt und Ort der Geburt:	x, 14:50 Uhr, S 2

[Hervorhebungen nicht übernommen]“

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die gegenständliche Beschwerde der rechtsfreundlich vertretenen Bf vom 7. September 2016.

Darin führt diese Nachstehendes aus:

„Der angefochtene Bescheid wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten.

1. Relevanter Sachverhalt:
Das angerufene Landesverwaltungsgericht hat in dieser Rechtssache bereits im ersten Rechtsgang mit Beschluss vom 02.05.2016, LVwG-750329/2/MB/MSCH, entschieden, auf welche Entscheidung verwiesen wird.

Unstrittig ist, dass die Ehe der Kindeseltern mit Beschluss des BG Traun vom 01.07.2014, 6 Farn 12/14h-3, geschieden wurde. Unstrittig ist auch, dass die Kindeseltern am 01.07.2014 vor dem BG Traun eine Scheidungsfolgenvereinbarung abgeschlossen haben, nach deren Inhalt gemäß Punkt II die Obsorge hinsichtlich der minderjährigen E E G, geb. x, hinkünftig weiterhin von den Kindeseltern gemeinsam ausgeübt wird.

Unstrittig ist ebenfalls, dass die Beschwerdeführerin nach der Scheidung ihren früheren Familiennamen K wieder angenommen hat und für die minderjährige Tochter E E eine Namenserklärung auf den Namen K abgegeben wurde.

Unrichtig ist allerdings die Annahme im angefochtenen Bescheid, wonach die Beschwerdeführerin unrichtig angegeben habe, dass der andere Elternteil damit einverstanden sei. Das ist schlichtweg falsch und ergibt sich aus dem Verwaltungsakt auch nicht.

2. Begründung:
Geltend gemacht wird Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz, unrichtige Sachverhaltsfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, Aktenwidrigkeit und unrichtige rechtliche Beurteilung.

Im angefochtenen Bescheid wird festgestellt, die Beschwerdeführerin hätte anlässlich der Abgabe der kindesnamensrechtlichen Erklärung unrichtig angegeben, dass der andere Elternteil damit einverstanden sei. Diese Feststellung wird ausdrücklich angefochten, begehrt wird die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin angegeben hat, dass das „Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann".

Dazu wird wie folgt ausgeführt:

Im Zeitpunkt der Antragstellung auf Namensbestimmung war das Verhältnis der Kindeseltern derart schlecht, dass ein normales sachliches Gespräch unmöglich war. Es bestand zwischen den Kindeseltern bereits anlässlich deren Eheschließung Einvernehmen darüber, dass die Kinder einen einheitlichen Familiennamen haben sollten. Dazu ist näher auszuführen, dass der Kindesvater bereits aus einer vorhergehenden Beziehung zwei Kinder hat, die bei ihm leben. Auch die Kindesmutter hatte aus einer vorhergehenden Ehe ein Kind. Alle Kinder sollten nach dem übereinstimmenden Willen der Kindeseltern den gleichen Familiennamen haben, wenn sie in einem Familienverband aufwachsen, weshalb das Kind der Beschwerdeführerin aus ihrer ersten Ehe ebenfalls den Namen G bekam, wogegen die beiden Kinder des Kindesvaters dies nicht wollten. Nach der Scheidung und nachdem die Kindesmutter wieder ihren früheren Namen angenommen hatte, sollten die bei ihr lebenden Kinder wiederum den gleichen Familiennamen haben, das war schlichtweg im Interesse der Kinder so gewünscht. Anlässlich ihrer Vorsprache

beim Standesamt wurde der Beschwerdeführerin betreffend den Namen der Tochter E ein Formular übergeben, auf dem es zwei Möglichkeiten anzukreuzen gab, nämlich einerseits Einverständnis der anderen mit der Erziehung betrauten Person oder dass das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann. Aufgrund der damaligen Situation zwischen den Kindeseltern war die Beschwerdeführerin der Meinung, dass letzterer Fall zutrifft und hat sie dies angekreuzt.

Schlichtweg falsch ist allerdings die Feststellung im angefochtenen Bescheid, dass sie angegeben hätte, der Kindesvater sei damit einverstanden.

Worauf sich diese Feststellung gründet, ist überhaupt nicht ersichtlich und aktenwidrig. Die Beschwerdeführerin hat am 16.08.2016 Einsicht in den gegenständlichen Verwaltungsstrafakt genommen und befindet sich darin der entsprechende Antrag der Kindesmutter nicht, warum dieser Antrag nicht im Akt ist, ist unerklärlich, ebenso wenig, auf welches Ermittlungsergebnis sich dann die angefochtene Feststellung stützt.

Im Ermittlungsverfahren nach dem Beschluss des LVWG vom 02.05.2016 wurde die Beschwerdeführerin nicht zu diesem Sachverhalt befragt, was ausdrücklich als Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz geltend gemacht wird. Die Behörde erster Instanz wäre gerade im Hinblick auf das Fehlen des Antrages der Beschwerdeführerin im Akt verpflichtet gewesen, die Behauptung des Kindesvaters in seinem Antrag durch Einvernahme der Kindesmutter, zu überprüfen. Keinesfalls aber hätte die angefochtene Entscheidung alleine aufgrund der Behauptung des Kindesvaters getroffen werden dürfen.

Rechtlich relevant ist diese Sachverhaltsfeststellung, zumal die angefochtene Entscheidung auf § 42 PStG gestützt wird. Demnach ist eine Eintragung zu berichtigen, wenn sie bereits zur Zeit der Eintragung unrichtig gewesen ist. Die Unrichtigkeit muss sich dabei auf eine unrichtige Sachverhaltsannahme beziehen. Unrichtige rechtliche Beurteilung dagegen ist nicht Gegenstand einer Berichtigung gemäß § 42 Abs 1 PStG. Ob das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann, unterliegt der rechtlichen Beurteilung. Wenn der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz damals diesen Sachverhalt rechtlich so beurteilt hat, dass das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann, so unterliegt diese rechtliche Beurteilung nicht einer Berichtigung nach § 42 PStG. Es existiert auch keine ständige Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage. Ein klassischer Fall dazu wäre sicherlich, wenn etwa der Kindesvater unbekannten Aufenthaltes ist, ebenso ist die Rechtsmeinung vertretbar, dass dann, wenn - wie im gegenständlichen Fall - das Einverständnis nur über einen allfälligen jahrelangen Rechtsstreit geklärt werden könnte, die Namensbestimmung aber im Interesse des Kindeswohles vorgenommen werden soll. Die der Entscheidung zugrunde liegende rechtliche Beurteilung kann nicht über eine Berichtigung gemäß § 42 PStG geändert werden.

4. Angemerkt wird noch, dass zwischenzeitig zwischen den Kindeseltern Gespräche über eine vom Kindesvater möglicherweise doch noch zu erteilende Zustimmung geführt werden.

Aus all diesen Gründen stellt die Beschwerdeführerin nachfolgende

ANTRÄGE:

Das Landesverwaltungsgericht möge der Beschwerde Folge geben, den angefochtenen Bescheid aufheben und den Antrag des Kindesvaters auf Berichtigung abweisen,

in eventu

die angefochtene Entscheidung aufheben und zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an die erste Instanz zurückverweisen,

in jedem Falle wolle eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Weiters wolle der Beschwerde gemäß § 22 Abs 1 VwGVG aufschiebende Wirkung zuerkannt werden. Dieser Antrag wird damit begründet, dass die minderjährige E nunmehr seit 28.10.2014 den Familiennamen K trägt und eine neuerliche Änderung des Familiennamens vor rechtskräftiger Entscheidung dem Kindeswohl abträglich wäre. Es wäre für das Kind unzumutbar, jetzt wieder den Namen G zu tragen und nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens möglicherweise wieder den Namen K. Das Kindeswohl wäre insoweit gefährdet. Dem gegenüber steht das Interesse des Kindesvaters, der immerhin den Berichtigungsantrag erst am 01.12.2015, sohin rund 1 Jahr nach Änderung des Familiennamens gestellt hat und der bereits unmittelbar nach Namensänderung Kenntnis davon erlangt hatte.
[Hervorhebungen nicht übernommen]“

3. Mit Schreiben vom 3. Februar 2016 wurde die gegenständliche Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt. Auf Grundlage der im Akt enthaltenen Unterlagen konnte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 24 Abs. 2 Z 2 VwGVG entfallen, da der zuständige Einzelrichter diese nicht für erforderlich hält.

2. Aufgrund des Akteninhalts steht in Ergänzung zu den sich aus Pkt I ergebenden unstrittigen Sachverhaltselementen zusätzlich fest:

Mit Beschluss vom 1. Juli 2015 des Bezirksgerichtes Traun wurde die Ehe des Bf und der Kindesmutter geschieden, wobei im Scheidungsvergleich vereinbart wurde, dass die Obsorge betreffend der gemeinsamen Tochter gemeinsam ausgeübt wird (Scheidungsbeschluss des und Scheidungsvergleich vor dem BG Traun vom 1. Juli 2014).

Am 28. Oktober 2014 ließ die Kindesmutter ihren Familiennamen von „G“ durch Wiederannahme auf ihren vorehelichen Namen „K“ ändern. Am selben Tag wurde auch der Familienname des Kindes „durch Bestimmung“ von „G“ auf „K“ geändert (Auszug aus dem Geburtenbuch).

Ein tatsächliches Einvernehmen über diese Bestimmung des Namens des Kindes wurde von den Elternteilen nie erzielt, zumal die Bf selbst angibt, dass zwischenzeitig zwischen den Kindeseltern Gespräche über eine möglicherweise vom Kindesvater noch zu erteilende Zustimmung geführt werden. Ebenso ist hieraus zu schließen, dass eine Gesprächsbasis gegeben ist (Beschwerde S 4 aE, Bestätigend die Antwort auf die Anfrage vom 7.7.2016 durch den Bf [ON 13]).

III.

1. Die für die gegenständliche Entscheidung wesentlichen Rechtsgrundlagen des ABGB lauten auszugsweise wie folgt:

§ 156. (1) Den Familiennamen des Kindes bestimmt die mit der Pflege und Erziehung betraute Person. Mehrere damit betraute Personen haben das Einvernehmen herzustellen; es genügt aber die Erklärung einer von ihnen, sofern sie versichert, dass die andere damit einverstanden ist oder das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann.

[...]

§ 157. [...]

(2) Ändert sich der Familienname der Eltern oder eines Elternteils oder heiraten die Eltern einander, so kann der Familienname des Kindes erneut bestimmt werden. Das Gleiche gilt bei Änderungen in der Person eines Elternteils, etwa bei einer Annahme an Kindesstatt oder bei einer Begründung oder Änderung der Abstammung des Kindes.

§ 167. (1) Sind beide Eltern mit der Obsorge betraut, so ist jeder Elternteil für sich allein berechtigt und verpflichtet, das Kind zu vertreten; seine Vertretungshandlung ist selbst dann rechtswirksam, wenn der andere Elternteil mit ihr nicht einverstanden ist.

(2) Vertretungshandlungen und Einwilligungen eines Elternteils, die die Änderung des Vornamens oder des Familiennamens, den Eintritt in eine Kirche oder Religionsgesellschaft und den Austritt aus einer solchen, die Übergabe in fremde Pflege, den Erwerb einer Staatsangehörigkeit oder den Verzicht auf eine solche, die vorzeitige Lösung eines Lehr-, Ausbildungs- oder Dienstvertrags und die

Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind betreffen, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des anderen obsorgebetrauten Elternteils. Dies gilt nicht für die Entgegennahme von Willenserklärungen und Zustellstücken.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter über die zulässige und rechtzeitige Beschwerde erwogen:

3. Dem gegenständlichen Fall geht eine Namensbestimmung gem. § 156 ABGB durch die zur gemeinsamen Obsorge mit dem Bf bestimmte Kindesmutter voraus. Eine solche Namensbestimmung war dem Grunde nach möglich, da sich der Familienname der Mutter geändert hatte.

In einem solchen Fall kann gem. § 157 Abs. 2 ABGB der Name des Kindes neu bestimmt werden.

4. Gem. § 156 ABGB ist über die Namensbestimmung das Einverständnis der mit der Obsorge betrauten Personen herzustellen. Es genügt zur Durchführung der Bestimmung, wenn eine der zur gemeinsamen Obsorge berechtigten Personen diese vornimmt und versichert, dass die andere Person damit einverstanden ist oder das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann.

Eine spezielle Form des Nachweises des Einverständnisses wird nicht gefordert, insb. hat dieses nicht z.B. in Schriftform vorzuliegen. Nicht festgelegt wurden im Gesetz die Folgen, sollte das Einverständnis zur Namensherstellung nicht vorliegen, die die Namensbestimmung durchführende zur gemeinsamen Obsorge berechtigte Person jedoch anderes vor dem Standesamt angeben.

Nicht zuletzt aufgrund der Parallele in den Folgen einer solchen Namensbestimmung zur Namensänderung wirkt das Zustimmungserfordernis bei mit der gemeinsamen Obsorge betrauten Personen auch auf das Außenverhältnis durch. Das heißt, eine mit der gemeinsamen Obsorge betraute Person kann zwar alleine eine Namensbestimmung durchführen ohne beweisen zu müssen, dass über die Bestimmung das Einverständnis hergestellt wurde, wobei auch die Behörde – solange kein Grund besteht, an der Richtigkeit der Angaben zu zweifeln – dies nicht näher zu überprüfen hat. Voraussetzung zur Richtigkeit der darauf folgenden Eintragung ist allerdings, dass tatsächlich das Einverständnis der mit der gemeinsamen Obsorge betrauten Personen vorliegt. Ist dies nicht der Fall, liegt eine falsche Eintragung vor, die den Berichtigungsmechanismen des Personenstandgesetzes (§ 42) zugänglich ist (vgl. *Wagner*, Neuerungen im Namensrecht, in *Deixler-Hübner/Ulrich* [Hg.] Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 33 [53]; *Böhsner* in *Kletecka/Schauer*, AGBG-ON 1.03, § 156 Rz 2; darauf verweisend *Fischer-Czermak* in

Kletecka/Schauer, AGBG-ON 1.03, § 167 Rz 9; *Hopf* in KBB[4], §§ 155- 157 ABGB Rz 11; aA jedoch *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Das neue Kindschaftsrecht, 59, die das vorliegende Problem über eine Namensänderung gem. § 2 NÄG und im Streitfall durch Anrufung des Pflegschaftsgerichtes in den Griff bekommen will; *Pesendorfer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 88; *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht, § 156 ABGB Rz 3).

4.1. Unstrittig ist zunächst anzunehmen, dass kein Einverständnis zur Neubestimmung vorlag und liegt.

4.2. Im Hinblick auf die nun in der Beschwerde vorgebrachte 2. Tatbestandsvariante (...dass das Einvernehmen nicht mit zumutbarem Aufwand erreicht werden kann...) ist zunächst auszuführen, dass diese dann anzunehmen sein wird, wenn der andere Elternteil etwa längere Zeit unbekannten Aufenthalts oder eine Kommunikation in absehbarer Zeit nicht möglich ist (s dazu etwa *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013) zu § 156 ABGB, 58). Dergleichen wird kein Vorbringen erstattet.

Die Bf behauptet an dieser Stelle ohne jedwede weitere Begründung und Beweismittel vielmehr, dass das Verhältnis derart schlecht gewesen sei, sodass ein normales sachliches Gespräch nicht möglich war. Insofern muss zunächst erkannt werden, dass das Landesverwaltungsgericht nicht dazu angehalten ist, Erkundungsbeweise aufzunehmen.

Die Rechtsansicht, wonach ein Einverständnis nur nach jahrelangem Rechtsstreit erzielt werden könne, vermag das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch nicht zu teilen, da dies im Ergebnis zu einer Sinnentleerung der Funktion des Einverständnisses führen würde.

Unabhängig davon ergibt sich schon aus dem Akt, dass im Jahr 2014 ein Scheidungsfolgenvergleich zwischen der Bf und ihrem Gatten geschlossen wurde. Insofern konnten sehr wohl konstruktive Gespräche – und sogar mit Erfolg (Vergleich) – geführt werden. Weiters fand auch konkret im Hinblick auf die Namensbestimmung Kommunikation statt. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Schreiben des Rechtsvertreters des Bf vom 14.9.2015 und wird von der Bf dahingehend nicht bestritten. Dass hier kein Einvernehmen im Ergebnis erreicht wurde, schadet im Hinblick auf § 156 Abs. 1 ABGB nicht. Bestätigung finden diese Annahmen auch dadurch, dass die Bf nunmehr selbst mitteilt, dass zwischenzeitig Gespräche zwischen den Eltern über die Namensbestimmung geführt werden.

Ein Hindernisgrund im Sinne des § 156 Abs. 1 2. Variante ABGB kann sohin vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht erkannt werden.

4.3. Insofern war von der belangten Behörde ein Berichtigung gem. § 42 PStG durchzuführen und der Bescheid der belangten Behörde nicht mit Rechtswidrigkeit behaftet.

IV.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da zur Wirkung der im gegenständlichen Fall vorliegenden Konstruktion (Namensbestimmung durch nur eine der zur gemeinsamen Obsorge berechtigten Personen) und den daraus resultierenden Problemen – wie sie auch im gegenständlichen Fall zu Tage treten – noch keine Judikatur der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts existiert.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

B r a n d s t e t t e r