

Befristetes Wiederverheiratsverbot für Frauen und Verbot der Führung getrennter Nachnamen für Ehepartner

Zu zwei neuen verfassungsrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Japan

*Gabriele Koziol**

- I. Einleitung
- II. Entscheidung zum Wiederverheiratsverbot
 - 1. Regelung des Wiederverheiratsverbots und der Ehelichkeitsvermutung im ZG
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Entscheidungsgründe
 - 4. Einige kurze Anmerkungen
 - 5. Gesetzesreform und Ausblick
- III. Entscheidung zum Familiennamen der Ehepartner
 - 1. Regelung im ZG und in der Praxis
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Entscheidungsgründe
 - 4. Einige kurze Anmerkungen
- IV. Schlussbemerkung

I. EINLEITUNG

Am 16. Dezember 2015 ergingen zwei vielbeachtete Urteile des japanischen Obersten Gerichtshofs (OGH) zur Verfassungsmäßigkeit zweier familienrechtlicher Bestimmungen des japanischen Zivilgesetzes (ZG).¹ Die erste Entscheidung betraf das sogenannte Wiederverheiratsverbot, eine Wartezeit nach Auflösung einer Ehe, während der keine neue Ehe eingegangen werden darf, wie sie etwa auch bis 1998 im deutschen Recht (§ 8 EheG) vorgesehen war. Das zweite Urteil behandelte die Frage der Führung unterschiedlicher Nachnamen durch Ehepartner.

* Associate Professor, Graduate School of Law, Kyōto University.

Der Beitrag ist die erweiterte und aktualisierte Fassung eines Vortrags, den die Verfasserin am 21. März 2016 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im Rahmen des Symposiums „Space Activity Law, aktuelle Entwicklungen im internationalen Familienrecht und verfassungswidriges Wiederverheiratsverbot für Frauen in Japan“ gehalten hat.

1 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896 und 9/1898 i.d.F. des Gesetzes Nr. 71/2016.

In Japan gibt es keine eigenständige Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern nach US-amerikanischem Modell obliegt die verfassungsrechtliche Überprüfung den ordentlichen Gerichten mit dem OGH als letzter Instanz (Art. 81 JV).² Die Gerichte sind allerdings nicht zu einer abstrakten Normenkontrolle befugt, sondern können die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Normen nur im jeweiligen konkreten Fall prüfen, soweit dies für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist.³

Auch in den beiden hier behandelten Fällen erfolgte daher die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit im Rahmen eines konkreten Anspruchs, nämlich einer Klage auf Schadensersatz nach Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz.⁴ Die Kläger brachten jeweils vor, dass der Gesetzgeber eine verfassungswidrige Bestimmung des Zivilgesetzes nicht aufgehoben habe und daher gesetzgeberisches Unterlassen vorliege, durch das ihnen in rechtswidriger Weise ein Schaden verursacht worden sei. In beiden Fällen war daher die Frage, ob die jeweiligen Bestimmungen des Zivilgesetzes verfassungswidrig sind oder nicht, eine Vorfrage für die Beurteilung des Bestehens des Schadensersatzanspruchs.

Dass gesetzliche Normen für verfassungswidrig erklärt werden, kommt tatsächlich allerdings selten vor. Bis zu den hier besprochenen Entscheidungen sprach der OGH seit dem Inkrafttreten der Japanischen Verfassung 1947 nur in insgesamt zehn Fällen aus, dass eine gesetzliche Bestimmung verfassungswidrig sei.⁵ Erklärt der OGH eine gesetzliche Norm für verfassungswidrig, so kommt dem über den konkreten Fall hinaus Wirkung zu; die betreffende Bestimmung ist unwirksam.⁶ Meist wird im Parlament daraufhin umgehend eine Gesetzesänderung beschlossen.⁷

2 Japanische Verfassung (*Nihon-koku kenpō*) v. 3.1.1946.

3 Siehe nur etwa K. SATŌ, *Nihon-koku kenpō-ron* [Theorie der japanischen Verfassung] (Tōkyō 2011) 622 ff.

4 *Kokka baishō-hō*, Gesetz Nr. 125/1947.

5 Siehe eine Auflistung der bis 2011 ergangenen Urteile bei SATŌ (Fn. 3) 657, hinzu kommt noch die Entscheidung des OGH, 4.9.2013, Minshū 67-6, 1320 zum gesetzlichen Erbteil nichtehelicher Kinder.

6 Siehe SATŌ (Fn. 3) 666 ff., 669, dort auch zu der im Einzelnen strittigen Wirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung. Einen Sonderfall stellen die Urteile zur Verfassungsmäßigkeit des Wahlrechts dar, da hier der OGH – um Probleme durch die Aufhebung der bereits erfolgten Wahlen zu vermeiden – entschied, dass keine Verfassungswidrigkeit, sondern nur ein sogenannter „verfassungswidriger Zustand“ vorliege. Siehe dazu SATŌ (Fn. 3) 406 ff., 660; Y. SHIMAMOTO, Stimmungleichgewicht und Wahlrecht in Japan, ZJapanR 37 (2014) 251 ff., insbes. 257.

7 Vgl. SATŌ (Fn. 3) 669.

II. ENTSCHEIDUNG ZUM WIEDERVERHEIRATUNGSVERBOT⁸1. *Regelung des Wiederverheiratungsverbots und der Ehelichkeitsvermutung im ZG*

Gegenstand der Entscheidung des OGH vom 16.12.2015 war Art. 733 Abs. 1 ZG a.F., der bestimmt:

Eine Frau darf nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab dem Tag der Auflösung oder Anfechtung der vorigen Ehe eine neue Ehe eingehen.

Dies ist in Zusammenhang mit den Regelungen zur Vermutung der ehelichen Abstammung bzw. zur Bestimmung des Vaters zu sehen. Art. 772 ZG⁹ enthält eine zweistufige Vermutung: Nach Abs. 1 wird vermutet, dass ein von der Frau während der Ehe empfangenes Kind das Kind des Ehemannes der Mutter ist. Abs. 2 enthält eine Vermutung hinsichtlich des Empfängniszeitpunkts.

Die Ehelichkeitsvermutung nach Abs. 1 kann nicht einfach widerlegt werden.¹⁰ Es besteht ausschließlich die Möglichkeit, die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter im Wege einer Klage zu bestreiten, was jedoch nur innerhalb enger Grenzen möglich ist. So ist allein der (vermutete) Vater klageberechtigt (Art. 774 ZG). Die Klage muss darüber hinaus auch innerhalb eines Jahres ab Kenntnis der Geburt des Kindes eingebracht werden (Art. 777 ZG).

Da also die Ehelichkeitsvermutung nach Art. 772 Abs. 1 ZG nur mehr schwer zu beseitigen ist, wenn sie einmal greift, kommt der Frage umso größere Bedeutung zu, innerhalb welchen zeitlichen Rahmens sie überhaupt zum Tragen kommt. Dies wird durch Art. 772 Abs. 2 ZG bestimmt, der eine Vermutung in Bezug auf den Empfängniszeitpunkt enthält. So wird hinsichtlich eines Kindes, das ab 200 Tagen nach der Eheschließung und bis zu 300 Tage nach der Auflösung der Ehe geboren wird, vermutet, dass es während der Ehe gezeugt wurde.

8 OGH, 16.12.2015, in: Hanrei Jihō 2284 (2016) 25 ff.; der Text der Entscheidung ist auch online abrufbar unter http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/547/085547_hanrei.pdf.

9 Art. 772 Vermutung der Ehelichkeit:

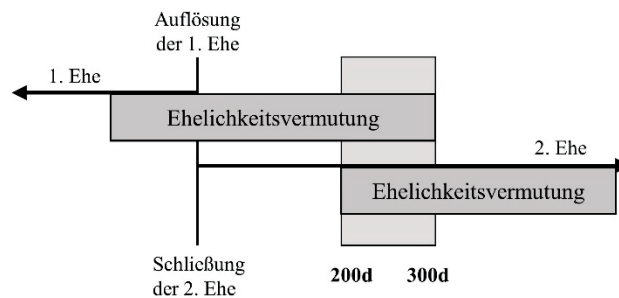
„(1) Es wird vermutet, dass ein von der Frau während der Ehe empfangenes Kind das Kind des Ehemannes ist.

(2) Wird ein Kind nach Ablauf von 200 Tagen ab dem Tag der Eheschließung oder innerhalb von 300 Tagen ab dem Tag der Auflösung oder Anfechtung der Ehe geboren, so wird vermutet, dass es während der Ehe empfangen wurde.“

10 Siehe A. KUBOTA, *Kazoku-hō* [Familien- und Erbrecht] (2. Aufl., Tōkyō 2013) 160 ff.

Schließt die Mutter nun gleich nach Auflösung der Ehe eine neue Ehe und bringt innerhalb von 300 Tagen ein Kind zur Welt, so kann es dazu kommen, dass einerseits die Vermutung der Vaterschaft zugunsten des früheren Ehemannes der Mutter, andererseits aber auch gleichzeitig eine Vermutung der Vaterschaft zugunsten des neuen Ehemannes eingreift. Genau diese Situation einer doppelten Vaterschaftsvermutung soll durch das Wiederverheiratsverbot vermieden werden: die Frau soll erst dann wieder heiraten dürfen, wenn die Ehelichkeitsvermutung zugunsten des früheren Ehemannes nicht mehr greift.

Allerdings wird bei einem Blick auf die in Art. 772 Abs. 2 ZG bestimmten Fristen sofort deutlich, dass die bisherige Regelung eines sechsmonatigen Wiederverheiratsverbots überschießend ist (siehe Grafik). Die nach Auflösung der ersten Ehe noch 300 Tage lang fortwirkende Ehelichkeitsvermutung zugunsten des ersten Ehemannes überschneidet sich nämlich nur in den letzten 100 Tagen mit der Ehelichkeitsvermutung zugunsten des zweiten Ehemannes. Denn für die zweite Ehe beginnt die Ehelichkeitsvermutung ja erst 200 Tage nach der Eheschließung zu laufen. Zur Vermeidung einer doppelten Vaterschaftsvermutung würde es daher ausreichen, das Wiederverheiratsverbot auf einen Zeitraum von 100 Tagen ab Auflösung der früheren Ehe zu beschränken. Wird die neue Ehe nämlich erst 100 Tage nach Auflösung der früheren Ehe geschlossen, greift die Ehelichkeitsvermutung zugunsten des neuen Ehemannes nach Art. 772 Abs. 2 ZG erst nach 200 Tagen, das sind 300 Tage nach Auflösung der früheren Ehe, also genau der Zeitpunkt, in dem die Ehelichkeitsvermutung zugunsten des früheren Ehemannes endet.



Bereits 1996 wurde im Zuge eines umfassenden Reformentwurfs für das Familienrecht eine Verkürzung des Wiederverheiratsverbotes auf eine Frist von 100 Tagen vorgeschlagen.¹¹ Der von der Legislativkommission des Justizministeriums (*Hōsei shingi-kai*) erstellte Entwurf wurde aber aufgrund politischer Widerstände – insbesondere auch bei der Frage der Führung unterschiedlicher Nachnamen durch Ehepartner – vom Kabinett letzt-

lich nie als Gesetzesentwurf im Parlament eingebracht. Das Wiederverheiratsverbot von sechs Monaten galt daher – ebenso wie die Vorschriften zur Ehelichkeitsvermutung – im Zeitpunkt des Urteils unverändert seit der Einführung des ZG im Jahre 1898.

1. Sachverhalt

Im gegenständlichen Fall war die Klägerin im März 2008 von ihrem ersten Mann geschieden worden. Sie brachte vor, dass sich aufgrund des Wiederverheiratsverbots die Eheschließung mit ihrem zweiten Mann bis Oktober 2008 verzögert habe. Dadurch habe sie seelische Schäden erlitten, für die sie Schadensersatz in Höhe von 1.650.000 Yen nach Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz wegen gesetzgeberischen Unterlassens forderte.

Die Klägerin machte geltend, dass das einseitig nur für Frauen bestimmte Wiederverheiratsverbots verfassungswidrig sei, da es gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 14 Abs. 1 JV) verstoße und die Würde des Einzelnen und die Gleichheit der Geschlechter als Grundlage der Familiengesetzgebung (Art. 24 Abs. 2 JV) verletze. Da die Feststellung der Vaterschaft mittlerweile durch DNA-Tests einfach möglich sei, wäre es ausreichend, die Möglichkeiten zur Bestreitung der Vaterschaft zu erweitern. Daher sei die Beschränkung der Eheschließungsfreiheit der Frau nicht gerechtfertigt. In jedem Fall sei aber zumindest der 100 Tage übersteigende Teil der vorgesehenen gesetzlichen Frist verfassungswidrig, da sie zu einer übermäßigen Einschränkung der Eheschließungsfreiheit der Frau führe. Das Unterlassen des Gesetzgebers, der diese verfassungswidrige Bestimmung nicht aufgehoben habe, stelle eine Rechtswidrigkeit im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz dar.

Die erste und zweite Instanz¹² wiesen die Klage ab, da das gesetzgeberische Unterlassen nicht als rechtswidrig im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz angesehen werden könne, ohne dabei ausdrücklich auf die Frage der Verfassungswidrigkeit einzugehen. Darin ähneln die unterinstanzlichen Urteile einer früheren Entscheidung des OGH. Dieser hatte nämlich bereits 1995 über eine ganz ähnliche Klage auf Schadensersatz wegen gesetzgeberischen Unterlassens in Bezug auf die Aufhebung des Art. 733 ZG zu entscheiden, bei der ebenfalls im Gewand eines Staatshaftungsanspruch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz behauptet wurde.¹³ Damals ging der OGH jedoch nicht ausdrücklich auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des

11 HOSEI SHINGI-KAI, *Minpō no ichibu o kaisei suru hōritsu-an yōkō* [Entwurf eines Gesetzes zur teilweisen Änderung des Zivilgesetzes] in japanischer Sprache online abrufbar unter http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_960226-1.html.

12 DG Okayama, 18.10.2012; OG Hiroshima (Zweigstelle Okayama), 26.4.2013.

13 OGH, 5.12.1995, in: Hanrei Jihō 1563 (1996) 81.

Art. 733 ZG ein, sondern stellte nur fest, dass der Zweck der Vorschrift sachgerecht sei. Den Anspruch der Klägerin wies er ab, da keine Rechtswidrigkeit im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz gegeben sei.

Diesmal hingegen prüfte der OGH ausdrücklich die Verfassungsmäßigkeit als Vorfrage des Schadensersatzanspruchs, wohl auch weil eine Klärung dieser Frage aufgrund ihrer gesellschaftlichen Bedeutung als erforderlich angesehen wurde.¹⁴ Der OGH kam dabei zu einem differenzierten Ergebnis: im Ausmaß von 100 Tagen sei das Wiederverheiratsverbot verfassungskonform, während der 100 Tage übersteigende Teil des sechsmonatigen Wiederverheiratsverbots gegen Art. 14 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 JV verstoße. Den Schadensersatzanspruch der Klägerin wies er letztendlich aber dennoch ab, da kein rechtswidriges Unterlassen des Gesetzgebers im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz vorliege.

2. Entscheidungsgründe

In Hinblick auf einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 14 Abs. 1 JV prüfte der OGH zunächst, ob der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen bei der Wiederheirat ein sachgerechter Zweck zugrunde liegt, und in einem zweiten Schritt, ob auch das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, also die Festsetzung eines Wiederverheiratsverbots von sechs Monaten, angemessen ist.¹⁵ Dabei sei jedoch auch die Eheschließungsfreiheit nach Art. 24 Abs. 2 JV, d.h. die Freiheit zu entscheiden, ob und mit wem man eine Ehe eingehen möchte, zu berücksichtigen, die von Art. 733 ZG unmittelbar berührt werde.¹⁶

Was den Zweck der Festlegung eines Wiederverheiratsverbots betreffe, so liege dieser darin, eine Überschneidung der Vaterschaftsvermutungen zugunsten früherem und neuem Ehemann zu vermeiden und so Streitigkei-

14 Vgl. M. KAMOTO, *Hanrei hyōshaku (Saikō-sai heisei 27-nen 12-gatsu 16-nichi daihōtei hanketsu)* [Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats des OGH v. 16.12.2015], in: *Jurisuto* 1490 (2016) 95.

15 Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 14 Abs. 1 JV, vgl. A. KAMOTO (Fn. 14) 90. Eine Ausnahme hierzu bildet allerdings die Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2013 zum Erbteil nichtehelicher Kinder (OGH, 4.9.2013, *Minshū* 67-6, 1320), siehe dazu etwa A. KIMURA/G. KOZIOL, *Der gesetzliche Erbteil nichtehelicher Kinder*, *ZJapanR* 39 (2015) 243 ff.

16 Anders als etwa bei der Frage eines unterschiedlichen Pensionsalters für Männer und Frauen handelt es sich hier zwar auch um eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechtes, die aber auf einem biologischen Unterschied beruht. Daher ist weniger auf die Unterscheidung an sich, sondern auf die Rechte und Interessen, die Gegenstand der Verschiedenbehandlung sind, abzustellen, also insbesondere auf die Beschränkung der Ehe wie sie in Art. 24 JV geregelt ist. Vgl. KAMOTO (Fn. 14) 90.

ten über die Vaterschaft vorzubeugen. Dies zeige sich u.a. auch an Art. 733 Abs. 2 ZG,¹⁷ der die Geltung des Wiederverheiratsverbots für einen Fall ausschließe, wo es von vornherein zu keiner Überschneidung kommen könne. Der Zweck der Regelung sei sachgerecht, da im Interesse des Kindes die Vaterschaft möglichst rasch zu bestimmen sei. Zwar sei es heute durch DNA-Tests einfach und kostengünstig möglich, die Vaterschaft mit sehr großer Wahrscheinlichkeit festzustellen. Würde man aber in Fällen einer doppelten Vaterschaftsvermutung die Vaterschaft auf der Grundlage eines DNA-Tests bestimmen, so würde das bedeuten, dass auf jeden Fall ein gerichtliches Verfahren zur Bestimmung der Vaterschaft nötig wäre und erst bei Abschluss des Verfahrens der Vater des Kindes feststünde. Damit bestünde aber über einen gewissen Zeitraum eine Ungewissheit bezüglich der Vaterschaft; dies wäre nicht im Interesse des Kindes.¹⁸ Daher sei es sachgerecht, mittels eines Wiederverheiratsverbots schon von vornherein Unklarheiten über die Vaterschaft zu vermeiden.

Als nächstes prüfte der OGH, ob ein Wiederverheiratsverbot für Frauen für einen Zeitraum von sechs Monaten ein adäquates Mittel ist, um den genannten Zweck zu verwirklichen. In Zusammenschau mit Art. 772 Abs. 2 ZG ergebe sich, dass ein Wiederverheiratsverbot für einen Zeitraum von 100 Tagen ab Auflösung der früheren Ehe tatsächlich zu einer Vermeidung der Überschneidung der Vaterschaftsvermutung führe. Dies sei im Sinne einer raschen Bestimmung der Vaterschaft. Die Ehelichkeitsvermutung sei eine wichtige Ehwirkung, ferner komme einer möglichst frühzeitigen Feststellung der Vaterschaft in Hinblick auf die Rechtssicherheit große Bedeutung zu. Deshalb stehe eine Einschränkung der Eheschließungsfreiheit der Frau durch ein Wiederverheiratsverbot im Ermessen des Gesetzgebers.¹⁹ Ein 100-tägiges Wiederverheiratsverbot sei daher sachgerecht und verstoße weder gegen Art. 14 noch gegen Art. 24 Abs. 2 JV.

Hingegen diene der 100 Tage übersteigende Teil des Wiederverheiratsverbots nicht dazu, eine Überschneidung der Vaterschaftsvermutungen zu vermeiden. Der OGH prüfte, welche Gründe Ende des 19. Jahrhun-

17 Art. 733 Abs. 2 ZG:

„Wurde die Frau vor der Auflösung oder Anfechtung der vorigen Ehe schwanger, so findet die Bestimmung des Abs. 1 vom Tag der Geburt an keine Anwendung.“

18 Die Richter *Katsumi Chiba* und *Michiyoshi Kiuchi* weisen in ihren ergänzenden Voten auf weitere praktische Schwierigkeiten bei alleinigem Abstellen auf DNA-Tests hin. So könne es etwa vorkommen, dass keiner der vermuteten Väter ein Klage auf Bestreitung der Vaterschaft erhebt.

19 Das gemeinsame ergänzende Votum der Richter *Ryūko Sakurai*, *Katsumi Chiba*, *Takehiko Ōtani*, *Yoshinobu Onuki*, *Tsuneyuki Yamamoto* und *Naoto Ōtani* weist diesbezüglich darauf hin, dass die Beschränkungen der Eheschließungsfreiheit durch die Regelung von Ausnahmetatbeständen möglichst gering zu halten seien.

derts zur Einführung eines sechsmonatigen Wiederverheiratsverbots²⁰ im ZG geführt haben. Nach damaligem Stand von Medizin und Wissenschaft habe eine Schwangerschaft vor dem Ablauf von sechs Monaten nicht mit Sicherheit festgestellt werden können. Daher habe man vermeiden wollte, dass in der neuen Ehe ein Kind des früheren Ehemanns geboren werde und es dadurch zu Unfrieden innerhalb der Familie komme.²¹ Ferner sollte das Risiko, dass es zu falschen Vaterschaftsfeststellungen kommt, möglichst ausgeschlossen werden, indem man Streitigkeiten über die Vaterschaft von vornherein vorzubeugen versuchte. Zum Zeitpunkt des Erlasses des ZG sei aus den genannten Gründen ein Wiederverheiratsverbot für einen längeren Zeitraum als zur Vermeidung einer Überlappung der Vaterschaftsvermutungen erforderlich durchaus sachgerecht gewesen. Das gelte auch für das Jahr 1947, als trotz einer grundlegenden Reform des Familienrechts die Regelung zum Wiederverheiratsverbot zusammen mit der Ehelichkeitsvermutung unverändert übernommen wurde. Seither hätten sich Medizin und Wissenschaft jedoch weiterentwickelt. Ein sechsmonatiges Wiederverheiratsverbot sei daher nicht länger gerechtfertigt. Auch hätten die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen seither das Verständnis von Ehe und Familie beeinflusst. Es komme heute zu mehr Scheidungen und dadurch auch zu einer größeren Zahl von Wiederverheirungen, weshalb gesellschaftlich verstärkt der Anspruch bestehe, dass Wiederverheirungen möglichst wenig beschränkt werden. Der OGH verwies ferner auch auf internationale Entwicklungen, die eine eindeutige Tendenz zur Beseitigung von Wiederverheiratsverboten zeigten, wie etwa die Abschaffung der Wartezeit im deutschen Recht. Darüber hinaus lasse sich unter Berücksichtigung der in Art. 24 Abs. 1 JV verankerten Freiheit der Eheschließung²² ein Wiederverheiratsverbot, das den Zeitraum, der für die Vermeidung der Überschneidung der Vaterschaftsvermutungen erforderlich ist, überschreitet, kaum mehr rechtfertigen. Der 100 Tage übersteigende Teil des Wiederverheiratsverbots sei daher spätestens im Jahr 2008, also zum Zeitpunkt der Wiederverheirung der Klägerin, nicht mehr sachgerecht gewesen und verstoße sowohl gegen Art. 14 Abs. 1 JV als auch gegen Art. 24 Abs. 2 JV.

20 Dieses war bis zur Reform 1947 in Art. 767 Abs. 1 ZG geregelt.

21 Nach S. NINOMIYA, *Kazoku-hō* [Familien- und Erbrecht] (4. Aufl., Tōkyō 2013) 44 diene die Vorschrift hingegen vor allem dem Schutz des neuen Ehemannes, indem ausgeschlossen werden sollte, dass ihm ohne sein Wissen das Kind des früheren Ehemannes untergeschoben wird.

22 Nach H. TATEISHI, *Minpō 733-jō 1-kō, 750-jō no kenpō tekigō-sei handan* [Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Art. 733 Abs. 1, Art. 750 ZG] *Hanrei Jihō* 2284 (2016) 54, 55, ist bemerkenswert, dass der OGH hier die Schutzwürdigkeit der Freiheit der Ehe ausdrücklich aus dem Zweck des Art. 24 JV ableitet.

Nach Klärung der Vorfrage der Verfassungswidrigkeit hatte der OGH abschließend über das Bestehen des Staatshaftungsanspruchs wegen gesetzgeberischen Unterlassens zu befinden. Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz bestimmt:

Fügt ein mit der Ausübung öffentlicher Gewalt des Staates oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts befasster Staatsbediensteter bei Ausübung seines Amtes einem anderen aufgrund von Fahrlässigkeit oder Vorsatz rechtswidrig einen Schaden zu, so ist der Staat oder die Körperschaft öffentlichen Rechts zu dessen Ersatz verpflichtet.

Für das Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens des Gesetzgebers genügt allerdings nicht allein, dass dieser eine verfassungswidrige gesetzliche Norm nicht aufhebt. Nur in Ausnahmefällen ist nach der Rechtsprechung ein gesetzgeberisches Unterlassen als rechtswidrig anzusehen.²³ Auch in der vorliegenden Entscheidung bestätigte der OGH, dass das Verhalten der Abgeordneten im Gesetzgebungsprozess eine Verletzung der Pflichten, die ihnen aufgrund ihres Amtes gegenüber den einzelnen Bürgern obliegen, darstellen könne, wenn das Parlament im Fall, dass gesetzliche Vorschriften durch die Verfassung geschützte Rechte und Interessen ohne sachgerechten Grund einschränkten und das Vorliegen eines Verstoß gegen Verfassungsvorschriften offensichtlich sei, ohne gerechtfertigten Grund über einen langen Zeitraum Gesetzgebungsmaßnahmen wie die Abschaffung der betreffenden gesetzlichen Vorschriften unterlasse. Ein solches Untätigbleiben des Gesetzgebers könne ausnahmsweise als rechtswidrig im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz angesehen werden.²⁴

Maßgeblich für die Beurteilung des Anspruches war daher vor allem, ob die Verfassungswidrigkeit der beanstandeten Bestimmung offenkundig war. Der OGH verneinte, dass die Verfassungswidrigkeit des 100 Tage übersteigenden Teils des Wiederverheiratsverbots in Art. 733 ZG für den Gesetzgeber im maßgeblichen Zeitpunkt (d.h. 2008) eindeutig erkennbar gewesen sei. Dazu verwies er auf das Urteil von 1995 sowie das Fehlen weiterer Urteile seither ebenso wie darauf, dass die Verfassungswidrigkeit erst auf die medizinischen und gesellschaftlichen Entwicklungen seit der Reform des Familienrechts 1947 zurückzuführen sei. Auch hätte weder der Reformentwurf von 1996 noch die internationalen Entwicklungen als Anhaltspunkt dienen können, da ersterer sich nicht auf die Verfassungswidrigkeit der geltenden Bestimmung stützte und letztere von den jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten abhingen.²⁵ Es bestehe daher kein Anspruch auf Schadensersatz nach dem Staatshaftungsgesetz.²⁶

23 Die beiden Leitentscheidungen hierzu sind OGH, 21.11.1985, Minshū 39, 1512, und OGH, 14.9.2005, Minshū 59, 2087.

24 Siehe hierzu KAMOTO (Fn. 14) 93 ff., TATEISHI (Fn. 22) 55.

25 Siehe hierzu auch KAMOTO (Fn. 14) 95.

3. Einige kurze Anmerkungen

Zwar gibt es auch Stimmen,²⁷ die das Wiederverheiratsverbot an sich als verfassungswidrig ansehen, so etwa auch zwei der 15 Richter des Großen Senats des OGH in ihren von der Mehrheitsentscheidung abweichenden Voten. Sie begründeten dies u.a. damit, dass es tatsächlich nur sehr wenige Fälle seien, in denen durch das sofortige Eingehen einer neuen Ehe nach Auflösung der früheren Ehe Unklarheiten bezüglich der Vaterschaft eines Kindes entstehen. Durch die Vorschrift des Art. 733 ZG werde aber ganz pauschal eine große Zahl von Frauen bei einer neuerlichen Eheschließung Beschränkungen unterworfen, obwohl – sofern wirklich ein Problem auftrete – dieses durch DNA-Tests einfach zu lösen wäre.²⁸ Die überwiegende Ansicht geht allerdings davon aus, dass das Wiederverheiratsverbot nur in seinem 100 Tage übersteigenden Teil verfassungswidrig ist.²⁹ Dass der OGH ebenfalls zum Schluss kommen werde, dass der 100 Tage übersteigende Teil des Wiederverheiratsverbotes verfassungswidrig ist, war in Rechtswissenschaft und -praxis ganz allgemein erwartet worden.³⁰

Bemerkenswert ist die Entscheidung nach Ansicht mancher Kommentatoren vielmehr vor allem deshalb, weil sie den Schluss zulässt, dass auch für den Zeitraum von 100 Tagen das Wiederverheiratsverbot nicht unbeschränkte Geltung hat, sondern Ausnahmen zu gelten haben.³¹ Dies ergibt sich einerseits aus der verfassungsrechtlich verankerten Freiheit der Eheschließung, die nicht weitergehend als für die Vermeidung doppelter Vaterschaftsvermutungen erforderlich beschränkt werden darf.³² Andererseits ist dies auch durch das Zusammenspiel mit der Ehelichkeitsvermutung nach Art. 772 ZG begründet.³³ Da das Wiederverheiratsverbot seine Rechtfertigung daraus bezieht, dass ein Überlappen zweier Ehelichkeitsvermutungen vermieden werden soll, kann es umgekehrt auch nur soweit zum Tragen kommen, als es tatsächlich zu einer doppelten Vermutung kommt. Während Art. 772 Abs. 1 ZG normativen Charakter hat und eine Bestreitung der Ehelichkeit nur innerhalb sehr enger Grenzen möglich ist,

26 Richter *Yoshiki Yamaura* hingegen sah in seinem Sondervotum die Verfassungswidrigkeit als offenkundig an und bejahte den Schadensersatzanspruch

27 Vgl. die Nachweise bei A. ŌMURA, *Kazoku-hō* [Familien- und Erbrecht] (3. Aufl., Tōkyō 2010) 137. In diese Richtung wohl auch NINOMIYA (Fn. 21) 45.

28 Eigenvotum von Richterin *Kaoru Onimaru* und Sondervotum von Richter *Yoshiki Yamaura*.

29 Siehe etwa ŌMURA (Fn. 27) 136; KUBOTA (Fn. 10) 35.

30 A. KUBOTA, *Futatsu no saikō-sai dai-hōtei hanketsu* [Die zwei Entscheidungen des Großen Senats des Obersten Gerichtshofs], in: *Hanrei Jihō* 2284 (2016) 57.

31 TATEISHI (Fn. 22) 55, KUBOTA (Fn. 30) 58.

32 Vgl. dazu oben Fn. 19 sowie TATEISHI (Fn. 22) 55.

33 KUBOTA (Fn. 30) 59.

ist die Vermutung des Art. 772 Abs. 2 ZG zum Empfängniszeitpunkt widerleglich.³⁴ Dies wird auch in der Praxis so gehandhabt, insbesondere im Zusammenhang mit der sogenannten „300-Tage-Problematik“. Die strikte Ehelichkeitsvermutung nach Art. 772 ZG mit der nur äußerst beschränkt möglichen Bestreitung der Vaterschaft führte nämlich dazu, dass Mütter, die innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe ein Kind des neuen Partners zur Welt brachten, ihre Kinder – mit weitreichenden Nachteilen für das Kind – nicht in das Familienregister eintragen ließen, um zu vermeiden, dass unrichtigerweise der frühere Ehemann als Vater des Kindes im Familienregister eingetragen wird.³⁵ In der Praxis versucht man dadurch Abhilfe zu schaffen, dass aufgrund eines Erlasses des Justizministeriums von 2007 nunmehr in solchen Fällen das Kind nicht als eheliches Kind des früheren Ehemannes, sondern als nichteheliches Kind oder als Kind des neuen Ehemannes eingetragen wird, sofern medizinisch bewiesen ist, dass das Kind nach Auflösung der früheren Ehe gezeugt wurde.³⁶

Vor diesem Hintergrund zeigt die vorliegende Entscheidung die Notwendigkeit einer Normierung von Ausnahmetatbeständen auf, die über den bisherigen Art. 733 Abs. 2 ZG hinausgehen. In ihrem ergänzenden Votum³⁷ arbeiteten sechs Richter die verschiedenen Situationen, die nicht vom Wiederverheiratsverbot erfasst sein sollten, heraus. Teilweise entspricht dies der bereits heute üblichen Handhabung in der Praxis. Demnach sollten Ausnahmen vom Wiederverheiratsverbot bestehen, wenn eine Schwangerschaft von vornherein überhaupt ausgeschlossen ist, etwa weil die Frau keine Kinder bekommen kann oder nicht mehr im gebärfähigen Alter ist; ferner wenn eine Zeugung durch den früheren Ehemann ausgeschlossen ist, etwa weil dieser seit mehr als drei Jahren verschollen ist, oder wenn durch die mehrfache Vaterschaftsvermutung tatsächlich keine Probleme auftreten, etwa weil die eben geschiedenen Ehepartner einander wieder geheiratet haben.

Im Zusammenhang damit erscheint jedoch auch eine Ausnahmeregelung für Art. 772 Abs. 2 ZG erforderlich,³⁸ und zwar einerseits um eine entsprechende Situation zum Wiederverheiratsverbot zu schaffen, andererseits um die langjährig bestehende Praxis auf eine klare gesetzliche Grundlage zu stellen.³⁹

34 KUBOTA (Fn. 30) 59.

35 Siehe dazu auch Y. MATSUSHIMA, Protecting the Rights of Children – The Post-Divorce 300-Day Issue and Children Left Outside the Family Register, in: Helms u.a. (Hrsg.), Lebendiges Familienrecht, Festschrift für Rainer Frank (Frankfurt/Main 2008) 261 ff.

36 Erlass des Justizministeriums, Abteilung Zivilrecht 7.5.2007 Min'ichi 1007. Siehe auch <http://www.moj.go.jp/MINJI/minji137.html>.

37 Siehe oben Fn. 19.

38 Siehe dazu auch NINOMIYA (Fn. 21) 45, der für eine weitgehende Reform eintritt.

4. Gesetzesreform und Ausblick

Der Gesetzgeber hat auf die vorliegende Entscheidung des OGH bereits reagiert: Am 7. Juni 2016 wurde Art. 733 ZG geändert.⁴⁰ Erwartungsgemäß erfolgte eine Verkürzung des Wiederverheiratsverbots auf 100 Tage und somit keine völlige Abschaffung.⁴¹ Auch die Ausnahmetatbestände wurden reformiert. So sieht Art. 733 Abs. 2 ZG n.F. neben der schon bisher bestehenden Ausnahme vor, dass, wenn die Frau vor Auflösung der Ehe schwanger wurde, das Wiederverheiratsverbot ab dem Tag der Geburt keine Anwendung findet, sowie dass das Wiederverheiratsverbot auch dann nicht anzuwenden ist, wenn die Frau nachweist, dass sie im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe nicht schwanger war. Dies ist in Hinblick auf das oben Gesagte positiv zu werten. Praktisch könnte allerdings die Erbringung des Nachweises, zu einem bestimmten Zeitpunkt *nicht* schwanger zu sein, Schwierigkeiten hervorrufen. Das Justizministerium hat daher mit einem an die die Familienregister führenden Ämter gerichteten Erlass reagiert.⁴² Grundlage für die Beurteilung des Vorliegens einer Ausnahme nach Art. 733 Abs. 2 ZG n.F. ist eine ärztliche Bescheinigung. Bei dieser hat der Arzt anzugeben, ob die Empfängnis nach dem Tag der Auflösung der vorigen Ehe stattgefunden hat, oder ob innerhalb eines bestimmten Zeitraums ab dem Tag der Auflösung der Ehe keine Schwangerschaft bestanden hat.⁴³ Sofern aufgrund dieser ärztlichen Bescheinigung ein Fall des Art. 733

39 Vgl. KUBOTA (Fn. 30) 59, der die Einfügung einer Ausnahme in Art. 772 Abs. 2 ZG vorschlägt, wonach Kinder, die innerhalb von 300 Tagen ab Auflösung der Ehe geboren werden, dann nicht als während der Ehe gezeugt gelten, wenn offenkundig ist, dass das Kind erst nach der Auflösung der Ehe gezeugt wurde.

40 *Minpō no ichibu o kaisei suru hōritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderung des Zivilgesetzes], Gesetz Nr. 71/2016. Das Gesetz trat mit sofortiger Wirkung in Kraft. <http://kanpou.npb.go.jp/20160607/20160607g00126/20160607g001260007f.html>. Der japanische Text in Gegenüberstellung zur bisherigen Fassung ist online abrufbar unter www.moj.go.jp/content/001184601.pdf. Neben Art. 733 wurde auch Art. 746 ZG (Anfechtung einer während des Wiederverheiratsverbotes geschlossenen Ehe) geändert.

41 Art. 733 n.F.:

„(1) Eine Frau darf nicht vor Ablauf von 100 Tagen ab dem Tag der Auflösung oder Anfechtung der vorigen Ehe eine neue Ehe eingehen.

(2) Die Vorschrift des Abs. 1 gilt nicht, wenn

1. die Frau im Zeitpunkt der Auflösung oder Anfechtung der vorigen Ehe nicht schwanger war, oder

2. die Frau nach Auflösung oder Anfechtung der vorigen Ehe ein Kind geboren hat.“

42 Siehe http://www.moj.go.jp/MINJI/minji04_00059.html.

43 Siehe <http://www.moj.go.jp/content/001184562.pdf>. Es wird dabei offensichtlich auf einen Zeitraum von mehr als vier Wochen nach der Auflösung der früheren Ehe abgestellt.

Abs. 2 ZG n.F. anzuerkennen ist, wird eine Anmeldung zur Eheschließung auch innerhalb von 100 Tagen nach Auflösung der vorigen Ehe der Frau angenommen. Die Anwendung des Ausnahmetatbestandes nach Art. 733 Abs. 2 ZG wird im Familienregister angemerkt.

Eine Reform der Ehelichkeitsvermutung, die nach dem oben Ausgeführten wünschenswert wäre, ist diesmal nicht erfolgt. Wie *Kubota*⁴⁴ anmerkt, hat sich der Reformbedarf durch die diesmalige Gesetzesänderung jedoch möglicherweise noch verstärkt.

III. ENTSCHEIDUNG ZUM FAMILIENNAMEN DER EhePARTNER⁴⁵

1. *Regelung im ZG und in der Praxis*

Art. 750 ZG⁴⁶ sieht vor, dass die Ehepartner bei der Eheschließung entweder den Namen des Mannes oder den Namen der Frau als Ehenamen zu wählen haben. Das japanische Zivilgesetz kennt also nur einen gemeinsamen Ehenamen für die Ehepartner. Die Führung eines Doppelnamens, auch nur für einen Ehepartner, indem er seinen Geburtsnamen dem gemeinsamen Ehenamen vor- oder nachstellt, ist nicht vorgesehen. Ebenso besteht auch nicht die Möglichkeit, dass die Ehepartner ihren jeweiligen Familiennamen behalten und somit unterschiedliche Familiennamen führen.

Die Eheschließung erfolgt in Japan durch Anmeldung zum Familienregister. Auf dem Formular ist dabei anzukreuzen, welcher Name als gemeinsamer Ehename gewählt wird. Wird keine Wahl getroffen, so ist die Anmeldung nicht anzunehmen (Art. 74 Nr. 1 Familienregistergesetz⁴⁷). Können sich die Partner daher nicht auf einen Namen einigen, ist keine Eheschließung möglich, denn das ZG sieht keine Zweifelsregel vor. Die einmal getroffene Wahl kann während einer bestehenden Ehe auch nicht mehr geändert werden.⁴⁸

Art. 750 ZG wurde im Zuge der umfassenden Reform des Familienrechts 1947 eingeführt, mit der u.a. das sogenannte Haussystem abgeschafft wur-

44 KUBOTA (Fn. 30) 62.

45 OGH, 16.12.2015, in: Hanrei Jihō 2284 (2016) 43 ff.; der Text der Entscheidung ist auch online abrufbar unter www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/546/085546_hanrei.pdf.

46 Art. 750 Ehename:

„Die Ehegatten tragen entsprechend der bei Eheschließung getroffenen Entscheidung den Familiennamen des Mannes oder der Frau.“

47 *Koseki-hō*, Gesetz Nr. 224/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 69/2014.

48 Vgl. auch A. ŌMURA, *Minpō dokkai shinzoku-hen* [Das Zivilgesetz verstehen: Familienrecht] (Tōkyō 2015) 53.

de.⁴⁹ Wenngleich die Möglichkeit unterschiedlicher Familiennamen nicht in das Gesetz Eingang fand, so wurde ausdrücklich darauf geachtet, dass durch die Wahl des Namens entweder des Mannes oder der Frau Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern hergestellt wird.⁵⁰ Dennoch ist die Bestimmung nicht unumstritten. Immer wieder wurde über die Möglichkeit der Beibehaltung des jeweils eigenen Namens bei der Eheschließung diskutiert.⁵¹ Auch der oben erwähnte Reformentwurf für das Familienrecht von 1996⁵² sah die Möglichkeit der Führung getrennter Namen vor,⁵³ wurde allerdings aufgrund des heftigen Widerstandes nie als Gesetzesentwurf im Parlament eingebracht.⁵⁴ Auch in der Bevölkerung sind die Ansichten durchaus geteilt. Nach einer von der Regierung in Auftrag gegebenen Umfrage von 2012 würde eine solche Reform von 35,5 Prozent befürwortet, während 36,4 Prozent sich dagegen aussprechen.⁵⁵

Auch wenn die gegenwärtige Regelung die Wahl des Namens der Frau ebenso wie jenen des Mannes ermöglicht, wählen tatsächlich mehr als 96 Prozent der Paare den Familiennamen des Mannes als Ehenamen.⁵⁶ Im beruflichen Kontext verwenden allerdings immer mehr Frauen ihren Mädchennamen als sogenannten Gebrauchsnamen (*tsūshō*) weiter ähnlich einem Künstlernamen. Die staatlichen Verwaltungsorgane und auch die Selbstverwaltungsorgane ebenso wie viele Unternehmen haben die Verwendung

49 Das Meiji-ZG sah nur vor, dass der Hausvorstand und alle Mitglieder des Hauses den Namen des Hauses tragen, sowie dass die Frau mit der Eheschließung in das Haus des Mannes eintritt (Art. 746, 788 Abs. 1 Meiji-ZG).

50 ŌMURA (Fn. 48) 54.

51 Siehe dazu TATEISHI (Fn. 22) 55 sowie ŌMURA (Fn. 48) 54 ff.

52 Siehe dazu oben Fn. 11.

53 Dessen Art. 3 sah vor:

„Name der Ehepartner

(1) Die Ehepartner führen entsprechend dem bei Eheschließung Bestimmten den Familiennamen des Mannes oder der Frau oder ihren jeweiligen Familiennamen vor Eheschließung.

(2) Haben die Ehepartner bestimmt, dass sie ihre jeweiligen Familiennamen vor Eheschließung führen, so haben die Ehepartner bei der Eheschließung den Familiennamen des Mannes oder der Frau als Familiennamen des Kindes zu bestimmen.“

54 Siehe dazu auch ŌMURA (Fn. 48) 55.

55 Weitere 24 Prozent sprachen sich dafür aus, dass die Verwendung des Gebrauchsnamens (unter grundsätzlicher Beibehaltung des gemeinsamen Familiennamens) gesetzlich geregelt werden solle. Siehe <http://survey.gov-online.go.jp/h24/h24-kazoku/zh/z17.html>. Ein Vergleich mit früheren Umfrageergebnissen findet sich bei ŌMURA (Fn. 48) 57.

56 Siehe ADMINISTRATIVE MANAGEMENT BUREAU, MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS AND COMMUNICATIONS http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/GL08020103.do?_csvDownload_&fileId=000007464501&releaseCount=1 (Stand 2014).

des Gebrauchsnamens für ihre Angestellten 2001 anerkannt.⁵⁷ Außerhalb des Arbeitsplatzes etwa für Steuer- oder Versicherungsbelange sowie im Reisepass muss aber der „offizielle“ Name, also der im Familienregister eingetragene Familienname (des Mannes), verwendet werden.

2. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall klagten drei Frauen, die nach der Eheschließung den Namen ihres Mannes angenommen hatten, aber faktisch ihren Geburtsnamen weiterführten, sowie ein Paar, das bei der Anmeldung der Eheschließung die Spalte mit der Wahl des Ehenamens frei gelassen hatten, weshalb die Anmeldung vom zuständigen Amt zurückgewiesen wurde. Die Klägerinnen brachten vor, dass Art. 750 ZG gegen Art. 13 JV (Achtung als Individuum), Art. 14 Abs. 1 JV (Gleichbehandlungsgrundsatz) sowie Art. 24 Abs. 1 und 2 JV (Freiheit der Eheschließung und Würde des Einzelnen und Gleichheit der Geschlechter als Grundlage der Familiengesetzgebung) sowie die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau verstoße, und verlangten Schadensersatz in Höhe von 1 Mio. Yen für erlittene seelische Schäden nach Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz wegen gesetzgeberischen Unterlassens, da keine Wahlmöglichkeit zur Beibehaltung des jeweiligen eigenen Nachnamens eingeführt worden sei. Der OGH wies die Klage ebenso wie die Vorinstanzen⁵⁸ ab.

3. Entscheidungsgründe

Im Einzelnen begründete der OGH seine Entscheidung wie folgt.

a) Art. 13 JV

Art. 13 JV lautet:

Jeder Staatsbürger wird als Individuum geachtet. Dem Recht der Staatsbürger auf Leben, Freiheit und Streben nach Glück ist, soweit es nicht dem öffentlichen Wohl entgegensteht, die höchste Achtung bei der Gesetzgebung sowie anderem staatlichen Handeln entgegenzubringen.

Die Klägerinnen brachten vor, dass auch die Freiheit, nicht zu einer Änderung des Familiennamens gezwungen zu werden, Teil des durch die Verfassung, insbesondere Art. 13 JV, geschützten Persönlichkeitsrechts sei, und Art. 750 ZG dieses verletze.

⁵⁷ Ausführlich zu den rechtlichen Grundlagen und der Praxis des Gebrauchsnamens NINOMIYA (Fn. 21) 261 m.w.N.

⁵⁸ DG Tōkyō, 29.5.2013, in: Hanrei Jihō 2196 (2013) 67; OG Tōkyō, 28.3.2014.

Der OGH erkannte zwar an, dass der Familienname als Symbol der individuellen Persönlichkeit Teil des Persönlichkeitsrechts sei. Jedoch bestimme sich – anders als bei angeborenen Rechten – der konkrete Inhalt dieses Persönlichkeitsrecht erst durch die Regelungen des Ehe- und Familienrechts. Nur im Kontext dieser konkreten Bestimmungen könne die Verfassungsmäßigkeit geprüft werden. Aus diesen Regelungen⁵⁹ ergebe sich, dass der Familienname zwar einerseits zusammen mit dem Vornamen Ausdruck der individuellen Persönlichkeit sei, andererseits habe er aber losgelöst vom Vornamen auch noch die Funktion, die Familie als Einheit in der Gesellschaft zu bezeichnen, indem die Ehepartner und ihre noch unverheirateten Kinder und Adoptivkinder denselben Familiennamen führen.

Da die Änderung des Familiennamens bei der Eheschließung im Zuge des freiwilligen Eingehens der Ehe und der damit verbundenen Änderung des Personenstands erfolge, bestehe kein vom eigenen Willen völlig losgelöster Zwang zur Namensänderung. Überdies seien bestimmte Regeln darüber erforderlich, wer welchen Namen trage, und aus welchen Gründe es zu einer Namensänderung komme, da der Familienname zusammen mit dem Vornamen auch dazu diene, eine individuelle Person von einer anderen zu unterscheiden. Wenn jeder frei seinen Nachnamen wählen und ändern könnte, könnte diese Funktion nicht mehr gewährleistet werden. Da der Familienname überdies zur Bezeichnung der Familie als gesellschaftlicher Einheit diene, sei es sachgerecht, dass sich der Familienname, der ja von der Eltern-Kind-Beziehung angefangen die personenstandsrechtlichen Verhältnisse widerspiegele, sich bei Änderung dieser Verhältnisse – etwa durch Eheschließung – ändere.

Der OGH anerkannte, dass durch die Namensänderung Nachteile, wie etwa das Gefühl eines Identitätsverlusts, die Beeinträchtigung der Funktion des bisherigen Namens als Unterscheidungsmerkmal oder Auswirkungen auf Ruf und Ehrgefühl des Einzelnen, entstehen könnten, und dass diese immer mehr Leute betreffen, da das Heiratsalter zunehmend steige. Allerdings seien die davon betroffenen Interessen nicht als verfassungsrechtliche geschützte Rechte anzusehen. Insgesamt ergebe sich daher, dass die Freiheit, nicht zu einer Änderung des Familiennamens gezwungen zu werden,

59 Diese sähen etwa vor, dass das eheliche Kind bei Geburt den Nachnamen der Eltern, das nichteheliche Kind den Nachnamen der Mutter erhalte, bei der Eheschließung ein Ehepartner den Nachnamen des anderen annehme und bei der Ehescheidung derjenige Ehepartner, der den Namen des anderen angenommen habe, seinen früheren Namen zurückerhalte, und dass bei der Adoption das Adoptivkind den Nachnamen der Adoptiveltern erhalte und bei der Auflösung der Adoption wieder seinen früheren Namen annehme.

nicht als Teil des Persönlichkeitsrechts geschützt sei. Art. 750 ZG verstoße daher nicht gegen Art. 13 JV.

b) Art. 14 Abs. 1 JV

Art. 14 Abs. 1 JV (Gleichheit vor dem Gesetz) lautet:

Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich, und niemand wird aufgrund seiner Rasse, seiner Religion, seines Geschlechts, seiner gesellschaftlichen Stellung oder seiner Herkunft in politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Belangen diskriminiert.

Die Klägerinnen brachten vor, dass Art. 750 ZG zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führe, da von mehr als 96 % der Ehepaare der Name des Mannes gewählt werde und damit fast ausschließlich nur Frauen Nachteile auferlegt würden. Deshalb liege ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 JV vor.

Der OGH sprach dagegen aus, dass der Wortlaut des Art. 750 ZG keine Unterscheidung nach dem Geschlecht treffe, sondern vielmehr neutral sei. Formal sei daher keine Ungleichbehandlung gegeben. In einem nächsten Schritt prüfte der OGH aber weiter, ob es nicht mittelbar zu einer Diskriminierung komme, d.h. ob es auf die Vorschrift des Art. 750 ZG zurückzuführen sei, dass die ganz überwiegende Mehrheit den Namen des Mannes wähle und es so zu Nachteilen vor allem für Frauen komme. Der OGH kam jedoch zu dem Schluss, dass die Wahl des Ehenamens durch Vereinbarung zwischen den Parteien erfolge. Auch wenn die Mehrheit den Namen des Mannes wähle, könne dies nur auf die einzelnen individuellen Vereinbarungen zwischen den Parteien zurückgeführt werden, nicht aber auf die Vorschrift des Art. 750 ZG an sich. Daher sei kein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 JV gegeben.

Der OGH fügte jedoch noch an, dass sicherzustellen sei, dass die Wahl des Nachnamens auf dem freien Willen beider Partner beruhe. Falls die überwiegende Wahl des Namen des Mannes auf diskriminierende Überzeugungen und Gewohnheiten in der Gesellschaft zurückzuführen sei, erfordere Art. 14 Abs. 1 JV die Herstellung der faktisch Gleichheit zwischen den Geschlechtern durch Beseitigung derartiger Einflüsse. Dies sei im Zusammenhang mit Art. 24 JV zu berücksichtigen, da dies ein Aspekt bei der Bewertung der Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts, einschließlich der Regelungen zum Familiennamen, im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens sei.

c) Art. 24 JV

Der erste Absatz von Art. 24 JV (Familienleben und Würde des Einzelnen, Gleichheit der Geschlechter etc.) lautet:

Die Ehe wird allein durch den übereinstimmenden Willen von Mann und Frau geschlossen und ist auf der Grundlage, dass Mann und Frau die gleichen Rechte haben, durch gegenseitige Unterstützung aufrechtzuerhalten.

Die Klägerinnen brachten vor, dass es faktisch zu einer Verletzung der Freiheit der Eheschließung (Art. 24 Abs. 1 JV) komme, wenn die Änderung des Familiennamens eines der Ehepartner Voraussetzung für die Eheschließung sei.

Der OGH hingegen argumentierte, Art. 24 Abs. 1 JV schütze das Recht der Parteien, durch ihren freien und gleichberechtigten Willen zu bestimmen, ob, wann und mit wem sie die Ehe eingehen möchten. Dies werde nicht durch Art. 750 ZG berührt. Denn die Vorschrift regle nur eine der Wirkungen der Ehe, stelle aber keinerlei unmittelbare Beschränkung für die Eheschließung selbst auf.

Allein aus der Tatsache, dass es Personen geben möge, die sich gegen eine Eheschließung entscheiden, weil sie mit dem Inhalt von Bestimmungen des Ehe- und Familienrechts nicht einverstanden sind, sei nicht abzuleiten, dass die Eheschließung in einer Weise beschränkt werde, die gegen Art. 24 Abs. 1 JV verstoße. Dies sei vielmehr ein rechtspolitisches Problem, das bei der Frage, ob der Gesetzgeber sein Ermessen bei der Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts überschritten habe, zu berücksichtigen sei.

Der OGH prüfte ferner, ob Art. 750 ZG gegen Art. 24 Abs. 2 JV verstößt. Dieser lautet:

(2) Gesetze in Bezug auf die Wahl des Ehepartners, Vermögensrechte, das Erbrecht, die Wahl des Wohnorts, Ehescheidung sowie alle anderen Angelegenheiten im Zusammenhang mit Ehe und Familie sind auf Grundlage der Würde des Einzelnen und der wesensmäßigen Gleichheit beider Geschlechter zu erlassen.

Damit werden dem Ermessen des Gesetzgebers Grenzen gesetzt. Der OGH verwies weiterhin darauf, dass hier auch die bereits im Zusammenhang mit Art. 13 JV angesprochenen Persönlichkeitsinteressen sowie die Notwendigkeit einer auch faktischen Gleichheit der Geschlechter, wie in Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 JV ausgeführt, zu berücksichtigen seien.⁶⁰ Selbst wenn kein formaler Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 14 JV) und keine Verletzung der Persönlichkeitsrechte (Art. 13 JV) vorliege, könne es zu einer Verletzung von Art. 24 Abs. 2 JV kommen. Der OGH prüfte daher, ob die Regelung des Art. 750 ZG unter Berücksichtigung der Würde des Einzelnen und der Gleichheit der Geschlechter sachgerecht sei. Er bejahte

⁶⁰ Zum Verhältnis zwischen Art. 13, Art. 14 Abs. 1 und Art. 24 JV siehe auch H. YOSHIHIDE, *Hanrei hyōshaku (Saikō-sai heisei 27-nen 12-gatsu 16-nichi dai-hōtei hanketsu)* [Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats des OGH, 16.12.2015], in: *Jurisuto* 1490 (2016) 101 f.

dies, da der Grundsatz des gemeinsamen Familiennamens seit seiner Einführung im Jahre 1898 in der Gesellschaft fest verankert sei. Ferner sei ein gemeinsamer Familienname als Bezeichnung für die Familie als natürliche und elementare Einheit in der Gesellschaft sachgerecht. Dem gemeinsamen Namen der Ehepartner sowie deren ehelicher Kinder komme überdies Bedeutung zu, und zwar sowohl als Identifikation des Einzelnen als Mitglied der Familie nach außen als auch für die Selbstwahrnehmung des einzelnen Familienmitglieds. Die Ehepartner können außerdem durch Vereinbarung frei zwischen dem Namen des Mannes und dem der Frau wählen. Nachteile durch die Namensänderung können schließlich durch die Verwendung des Gebrauchsnamens ausgeglichen werden. Daher liege kein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 2 JV vor.

Der OGH fügte jedoch hinzu, dass dies aber nicht umgekehrt bedeute, dass die Einführung einer Wahlmöglichkeit, unterschiedliche Nachnamen zu führen, nicht sachgerecht sei. Die Regelung des Familiennamens beruhe letztlich auf dem gesellschaftlichen Verständnis des Konzepts der Ehe, der ehelichen Abstammung und des Familiennamens. Darüber sei jedoch im Parlament zu beraten und zu entscheiden.

Fünf der 15 Richter des OGH sahen in ihren von der Mehrheitsmeinung abweichenden Voten allerdings einen Verstoß gegen Art. 24 JV als gegeben an, darunter auch die drei weiblichen Richter des OGH.⁶¹ Als Gründe für die Verfassungswidrigkeit wurden dabei etwa die aufgrund des gesellschaftlichen Wandels deutlich verstärkten Nachteile der Namensänderung,⁶² die gestiegene Bedeutung des Namens als individuelles Unterscheidungsmerkmal sowie ein faktisch bestehendes Kräfteungleichgewicht bei der Wahl des Namens angeführt.⁶³ Ferner wurde u.a. darauf verwiesen, dass es keine Anzeichen dafür gebe, dass ohne einendes Band des gemeinsamen Familiennamens Familien eher auseinanderbrechen würden, sowie dass der als Erleichterung angeführte Gebrauchsname nirgendwo rechtlich verankert sei.⁶⁴

61 Neben der von zehn Richtern gestützten Mehrheitsentscheidung (ergänzt durch ein ergänzendes Votum [*hosoku iken*]) gaben vier Richter Eigenvoten (*iken*) ab, die zwar im Ergebnis, d.h. der Abweisung des Staatshaftungsanspruchs, mit der Mehrheitsentscheidung übereinstimmten, aber in der Begründung abwichen, nämlich insofern, als sie von der Verfassungswidrigkeit des Art. 750 ZG ausgingen. Ein weiterer Richter gab ferner ein Sondervotum (*hantai iken*) ab, das sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung von der Mehrheitsentscheidung abwich, also sowohl die Verfassungswidrigkeit des Art. 750 ZG als auch den Staatshaftungsanspruch bejahte.

62 Sondervotum von Richter *Yoshiki Yamaura*.

63 Eigenvotum der Richterinnen *Kiyoko Okabe*, *Ryūko Sakurai* und *Kaoru Onimaru*. Dadurch werde die Eheschließungsfreiheit beschränkt und überdies die Würde des Einzelnen und die Gleichheit der Geschlechter nicht ausreichend verwirklicht.

64 Eigenvotum von Richter *Michiyoshi Kiuchi*.

4. Einige kurze Anmerkungen

Trotz mancher sehr formalistischer Argumente ist der Mehrheitsentscheidung des OGH wohl zuzustimmen.⁶⁵ Auch von den zahlreichen Befürwortern⁶⁶ der Einführung einer Wahlmöglichkeit zwischen gemeinsamem Familiennamen und Beibehaltung des jeweiligen Namens in der Literatur stimmen viele letztlich mit der Ansicht des OGH überein. Die vorliegende Entscheidung ist auch nicht als Absage an eine mögliche künftige Einführung der Möglichkeit der Führung getrennter Nachnamen an sich zu verstehen. Im Gegenteil merkt der OGH, wie oben ausgeführt, sogar ausdrücklich an, dass das Urteil nicht als Aussage über die mangelnde Sachgerechtigkeit einer solchen Regelung zu verstehen sei. Eine solche Diskussion habe aber im Parlament stattzufinden. Nun wurde allerdings bereits 1996 ein Reformentwurf vorgelegt, der vorsah, dass Ehepartnern neben der Wahl eines gemeinsamen Familiennamens auch die Möglichkeit der Beibehaltung ihrer jeweiligen Nachnamen eingeräumt werden sollte. Eine Diskussion und Entscheidung darüber im Parlament ist jedoch bis heute unterblieben.⁶⁷ Auch für neuerliche Reformbestrebungen sind zurzeit keine Anzeichen zu erkennen.

Neben den nach wie vor bestehenden politischen Schwierigkeiten mag praktisch auch das japanische Familienregister eine Hürde für eine solche Reform darstellen.⁶⁸ Die Eintragung in das Familienregister erfolgt nämlich auf der Basis des gemeinsamen Familiennamens. Ehepartner sowie deren (unverheiratete) Kinder, die den gemeinsamen Familiennamen tragen, werden gemeinsam in ein Register eingetragen (Art. 6 Familienregistergesetz), wobei derjenige Ehepartner, dessen ursprünglicher Familienname der gemeinsame Familienname aller ist, an erster Stelle eingetragen wird. Dies scheint nahezu legen, dass der Familiennamen vor allem eine Bezeichnung der Familie und weniger eine des Individuums ist. Damit würde aber ein gewisser Widerspruch zu der Tatsache bestehen, dass seit der Abschaffung des Haussystems⁶⁹ der Namen allein Ausdruck der persönlichen Identität

65 KUBOTA (Fn. 30) 60 verweist auch darauf, dass es den Gegnern des Art. 750 ZG in seiner gegenwärtigen Form nicht um eine Abschaffung der Möglichkeit eines gemeinsamen Familiennamens gehe, sondern um die Einführung getrennter Familiennamen als zusätzliche Wahlmöglichkeit. Eine Verfassungswidrigkeitserklärung hätte aber bedeutet, dass – zumindest bis zu einer Gesetzesreform – die Wahl eines gemeinsamen Familiennamens nicht möglich gewesen wäre, so dass umgekehrt ein Zwang zur Führung getrennter Familiennamen eingetreten sowie fraglich gewesen wäre, welchen Namen eheliche Kinder erhalten.

66 Siehe etwa KUBOTA (Fn. 10) 51 f., NINOMIYA (Fn. 21) 49.

67 Scharfe Kritik hieran bei KUBOTA (Fn. 30) 61 f.

68 Vgl. auch ŌMURA (Fn. 48) 57 f.

69 Siehe dazu oben Fn. 49.

ist.⁷⁰ Insofern scheint *de lege ferenda* noch eine weitere Diskussion darüber erforderlich, welche Bedeutung dem Familiennamen im japanischen Zivilrecht zukommen soll.⁷¹ Zu Recht wird in diesem Zusammenhang jedoch darauf verwiesen, dass dabei das Familienregistergesetz als bloß formales Verfahrensgesetz nicht ausschlaggebend sein könne, sondern dies allein auf Grund des materiellen Rechts, also des Zivilgesetzes, zu bestimmen sei.⁷²

Die weitere Diskussion um die Notwendigkeit der Führung eines gemeinsamen Familiennamens wird auch zu berücksichtigen haben, dass in jüngerer Zeit die Institution der Ehe an sich vermehrt abgelehnt wird, wofür auch der Zwang zur Namensänderung als Grund angeführt wird. Insofern wird darauf verwiesen, dass möglicherweise die Einführung der Möglichkeit getrennter Nachnamen gerade zum Erhalt der Ehe beitragen könnte.⁷³

Widersprüchlich ist schließlich die Argumentation der Befürworter eines gemeinsamen Familiennamens aufgrund dessen Wirkung als einendes Band der Familie, wenn sie die Möglichkeit der Weiterführung des Mädchennamens als Gebrauchsnamen als Argument dafür anführen, dass die Nachteile durch den gemeinsamen Familiennamen sich praktisch ohnehin in Grenzen hielten, und daraus schließen, dass eine Änderung der gesetzlichen Regelung daher nicht erforderlich sei. Wenn aber in der Praxis ohnehin schon vielfach nach außen hin kein gemeinsamer Name verwendet wird, stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Namen als Ausdruck der Einheit der Familie tatsächlich noch zukommt.⁷⁴ *Ōmura* andererseits weist – auch aus rechtsvergleichender Perspektive – darauf hin, dass bei Einführung der Möglichkeit der Führung unterschiedlicher Nachnamen das Bedürfnis zur Führung eines gemeinsamen Familiennamens als „Gebrauchsname“ entstehen könnte.⁷⁵

IV. SCHLUSSBEMERKUNG

Die beiden vorgestellten Entscheidungen folgen einem Urteil des OGH von 2013, das Art. 900 Nr. 4 S. 2 Hs. 1 ZG a.F., der den gesetzlichen Erbteil nichtehelicher Kinder auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ehelicher Kinder festsetzte, für verfassungswidrig erklärte. Innerhalb kurzer Zeit waren daher nicht nur drei Bestimmungen aus dem Bereich des Familien-

70 Vgl. dazu auch NINOMIYA (Fn. 21) 257.

71 Siehe dazu auch ŌMURA (Fn. 27) 52 f. Für eine Reform des Familienregisters NINOMIYA (Fn. 21) 269, der sich für die Eintragung jedes Einzelnen in ein eigenes Register und gegen die geltende Eintragung auf Grundlage der Familie ausspricht.

72 KUBOTA (Fn. 30) 60.

73 KUBOTA (Fn. 10) 52, DERS. (Fn. 30) 61.

74 KUBOTA (Fn. 10) 51, DERS. (Fn. 30) 61.

75 ŌMURA (Fn. 27) 53.

und Erbrechts Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Überprüfung, sondern es wurden überdies zwei davon auch wirklich für verfassungswidrig erklärt. Angesichts der Tatsache, dass Entscheidungen, mit denen gesetzliche Bestimmungen für verfassungswidrig erklärt werden, in Japan selten sind,⁷⁶ ist dies allein schon bemerkenswert. Darüber hinaus kann man die Urteile aber wohl auch als Ausdruck eines gesellschaftlichen Wandels ansehen. Sowohl der Entscheidung zum Wiederverheiratsverbot als auch jener zum gesetzlichen Erbteil nichtehelicher Kinder gingen Urteile des OGH im Jahr 1995 voraus, in denen er noch keine Verfassungswidrigkeit feststellte. Beide neuerlichen Entscheidungen weisen ferner ausdrücklich darauf hin, dass die jeweilige Bestimmung im Zeitpunkt ihres Erlasses verfassungsgemäß gewesen sei, aufgrund einer Änderung der Umstände nunmehr aber verfassungswidrig geworden sei.⁷⁷ Die Vielfalt der Meinungen, insbesondere bei der Entscheidung zur Führung eines gemeinsamen Ehenamens, bei der sich viele Richter für die Verfassungswidrigkeit von Art. 750 ZG ausgesprochen haben, ist vielleicht ein Zeichen dafür, dass dieser Wandel auch noch weiterhin im Gange ist und auch in Zukunft noch weitere spannende Entscheidungen zu erwarten sind.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Dezember 2015 ergingen Urteile des OGH zur Verfassungsmäßigkeit des sechsmonatigen Wiederverheiratsverbot (Art. 733 Abs. 1 ZG) sowie von Art. 750 ZG, der zwingend einen gemeinsamen Nachnamen für Ehepartner vorsieht. In der ersten Entscheidung kam der OGH erwartungsgemäß zu dem Schluss, dass der 100 Tage übersteigende Teil des Wiederverheiratsverbots verfassungswidrig sei. Das Wiederverheiratsverbot bezwecke eine Vermeidung doppelter Vaterschaftsvermutungen zugunsten des früheren wie auch des neuen Ehemannes der Mutter. Dies sei zwar sachgerecht, könne aber aufgrund der Ehelichkeitsvermutung des Art. 772 ZG schon mit einem Wiederverheiratsverbot von 100 Tagen erreicht werden. Der 100 Tage übersteigende Teil führe hingegen zu einer nicht mehr gerechtfertigten Einschränkung der Eheschließungsfreiheit. Der japanische Gesetzgeber hat auf dieses Urteil jüngst mit einer Reform von Art. 733 ZG reagiert, die das Wiederverheiratsverbot auf 100 Tage begrenzt und die Ausnahmetatbestände erweitert.

76 Siehe oben Fn. 5.

77 Beurteilt wird dabei die Verfassungsmäßigkeit im Zeitpunkt des jeweiligen der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhaltes.

In dem zweiten Urteil sprach der OGH aus, dass Art. 750 ZG, der zwingend einen gemeinsamen Familiennamen für Ehepartner vorsieht, nicht verfassungswidrig sei. Die Freiheit, nicht zu einer Änderung des Familiennamens gezwungen zu werden, sei nicht als Teil des Persönlichkeitsrechts (Art. 13 JV) geschützt. Auch wenn tatsächlich mehr als 96 % der Ehepaare den Namen des Mannes wählten, liege keine gegen Art. 14 Abs. 1 JV verstoßende Ungleichbehandlung von Mann und Frau vor, da die Vorschrift des Art. 750 ZG neutral sei und die Wahl des Familiennamens überdies auf einer Vereinbarung zwischen den Parteien beruhe. Schließlich sehe Art. 750 ZG, der allein eine Regelung über eine Ehwirkung treffe, keine Beschränkungen hinsichtlich der Eheschließung vor, so dass kein Verstoß gegen die Eheschließungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 JV) vorliege. Art. 750 ZG sei daher nicht verfassungswidrig. Dennoch lässt die Entscheidung Raum für eine Diskussion über die Möglichkeiten einer zukünftigen Gestaltung des Namensrechts.

SUMMARY

In December 2015 the Japanese Supreme Court rendered two decisions on the consistency of provisions of family law with the Japanese Constitution. One was about Art. 733(1) CC, which provides for a six-month-period during which remarriage is prohibited, while the other dealt with Art. 750 CC, which requires spouses to choose a common surname. In the first case, the Supreme Court concluded that as far as the period exceeded 100 days the provision was unconstitutional. The aim of prohibiting remarriage during a certain period is to avoid a twofold marital paternity presumptions under Art. 772 CC in favour of the prior husband of the mother as well as in favour of the second husband of the mother. While this aim was justified, it was sufficient to prohibit remarriage for a period of 100 days in view of the time limits set out in Art. 772 CC. The part exceeding 100 days, however, gave rise to an unjustified infringement of the freedom of marriage. In reaction to this judgment, Art. 733 CC was recently amended reducing the period to 100 days and providing for further exceptions to the prohibition of remarriage.

In the second decision, the Supreme Court held that Art. 750 CC did not violate the constitution. The Supreme Court argued that, first, the freedom not to be forced to change one's surname was not protected as part of the personality right under Art. 13 Japanese Constitution. Secondly, even though more than 96 per cent of married couples choose the man's surname, Art. 750 was not to be seen as unjustly discriminating between men and women (cf. Art. 14(1) Japanese Constitution) as the provision itself was neutral. Further, the choice of a surname is based on an agreement between the spouses. Thirdly, Art. 750 CC only provides for a specific effect of marriage but did not stipulate any limitations on the con-

clusion of marriage as such. Therefore, there was no violation of freedom of marriage as provided for in Art. 24(1) Japanese Constitution. While Art. 750 CC was therefore not held to be unconstitutional, it still leaves room for discussion on how future rules on the surname of spouses could look like.