Anhörungs- und Informationsrechte des Ehepartners bei Feststellung einer Geschlechtsänderung

KARIN HOCHL

PENELOPE NÜNLIST

Anlass zu diesem Aufsatz gab ein Entscheid eines zürcherischen Bezirksgerichtes, welches eine Geschlechtsänderung feststellte, ohne die Ehepartnerin des Gesuchstellers darüber zu informieren. Die Feststellung einer Geschlechtsänderung bei bestehender Ehe ist in der Schweiz trotz fehlender gesetzlicher Grundlage anerkannt. Die rechtliche Stellung des Ehepartners bei solchen Verfahren ist in der Rechtsprechung und Lehre bislang jedoch kaum beleuchtet worden. Aus der Höchstpersönlichkeit der Ehe sollte sich ein Anhörungs- und Informationsrecht des Ehepartners bei einer Personenstandsänderung analog dem Anhörungsrecht des Kindes bei eherechtlichen Verfahren ergeben. Dieses Recht ist Voraussetzung, dass der Ehepartner selbstbestimmt entscheiden kann, ob er die Ehe im neuen rechtlichen Rahmen (verheiratet sein mit einer gleichgeschlechtlichen Person) weiterführen möchte.

L'idée de cet essai est venue d'une décision d'un tribunal de première instance du canton de Zurich, qui constatait un changement de sexe sans en informer l'épouse du requérant. La constatation du changement de sexe d'une personne mariée est admise en Suisse, malgré l'absence de base légale. Le statut juridique de l'autre conjoint dans de telles procédures n'a guère été abordé jusqu'à présent dans la jurisprudence et la doctrine. Le caractère hautement personnel du mariage devrait conférer au conjoint un droit d'être entendu et d'information en cas de modification survenant dans l'état civil, analogue au droit d'être entendu de l'enfant en procédure de droit du mariage. Ce droit constitue la condition pour que le conjoint puisse décider de manière autonome s'il souhaite ou non poursuivre le mariage dans le nouveau cadre juridique (être marié avec une personne de même sexe).

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Geschlechtsänderung und deren Feststellung bei Bestehen einer Ehe
III. Informationsrecht des Ehepartners
IV. Lösungsvorschlag

I. Einleitung

Der verheiratete Gesuchsteller stellte im Jahr 2011 ein Begehren um Änderung seines Vornamens, Feststellung, dass er neu dem weiblichen Geschlecht zugehörig sei sowie Eintragung der Personenstandsänderung in das Zivilstandsregister. Die geschlechtsangleichende Operation[1] war kurz zuvor vollzogen worden. Das zuständige Bezirksgericht hiess das Gesuch im summarischen Verfahren gestützt auf Art. 248 lit. e ZPO gut und stellte fest, dass der Gesuchsteller dem weiblichen Geschlecht angehöre, bewilligte die Änderung des Vornamens und veranlasste das Zivilstandsamt die Eintragungen vorzunehmen. Die Ehefrau wurde über die Namens- und Personenstandsänderung weder vom Gesuchsteller noch vom Gericht informiert. Erst aufgrund eines Schreibens der kommunalen Steuerverwaltung, welche den Gesuchsteller mit weiblichem Vornamen anschrieb, erfuhr die Ehefrau von der Namensänderung und infolge dessen von der Feststellung der Geschlechtsänderung ihres Ehemanns. Die Konsequenz für sie war, dass sie nun mit einer Frau verheiratet ist.

Nachdem die Ehefrau von der rechtlichen Feststellung des geänderten Geschlechts ihres Ehemanns erfahren hatte, war sie konsterniert darüber, dass sie nicht vom Gericht über die Personenstandsänderung informiert worden war und sich dazu nicht hatte äussern können. Sie teilte ihre Betroffenheit und Fragen dem Gericht brieflich mit. Dieses liess verlauten, dass es sich beim Verfahren um Feststellung des geänderten Geschlechts um ein Einparteienverfahren handle und eine Anhörung des anderen Ehepartners nicht im Gesetz vorgesehen sei. Weiter hielt es fest, dass die Ehe bestehen bleibe und sie mittels Scheidung aufgelöst werden könne. Erst nachdem die Ehefrau mittels Rechtsvertreterin erneut intervenierte, wurde ihr das Urteil über die Änderung des Personenstandes des Ehemanns zugestellt und das Gericht entschuldigte sich, die Ehefrau nicht informiert zu haben. Es erklärte, der Gesuchsteller habe das Gericht nicht über die bestehende Ehe unterrichtet. Das Gericht könne sich vorstellen, dass die Ehefrau angehört worden wäre, wenn es gewusst hätte, dass der Gesuchsteller verheiratet ist.

II. Geschlechtsänderung und deren Feststellung bei Bestehen einer Ehe

Die schweizerische Rechtsordnung enthält keine gesetzliche Regelung betreffend Änderung des Status eines

KARIN HOCHL, lic. iur., Rechtsanwältin, Winterthur.
PENELOPE NÜNLIST, MLaw, Universität Luzern.

[1] Eine Operation zur Geschlechtsumwandlung wird korrekterweise als geschlechtsangleichende oder geschlechtsanpassende Operation bezeichnet.

Individuums infolge Geschlechtsänderung. Trotzdem ist die Änderung des Geschlechts im schweizerischen Zivilstandsregister (Infostar) nach einer geschlechtsangleichenden Operation möglich[2]. Die Änderung des Personenstandes wird in Lehre und Rechtsprechung als nichtstreitige Statusklage sui generis mit Wirkung ex nunc qualifiziert[3].

Im Jahr 1996 hat das Bezirksgericht St. Gallen und im Jahr 2005 der Appellationshof des Kantons Bern entschieden, dass eine Eintragung des geänderten Geschlechts in das Zivilstandsregister auch dann möglich sei, wenn die betroffene Person verheiratet ist und die Ehe nach der Geschlechtsänderung und dem geänderten Registereintrag fortbesteht[4]. Diese Beurteilung war neu und nicht selbstverständlich, da in der Schweiz die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten notwendiges Element der Ehe ist[5]. Bei Fortführung der Ehe nach Geschlechtsänderung eines Ehegatten entsteht eine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern. Bis zu den beiden vorgenannten Entscheiden wurde in Lehre und Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass eine Feststellung und Eintragung des geänderten Geschlechts im Zivilstandsregister bei verheirateten Personen nicht möglich sei und für eine Eintragung die Ehe vorgängig aufgelöst werden müsse[6].

Das St. Galler Bezirksgericht und der Appellationshof des Kantons Bern argumentierten in der Begründung der gutheissenden Entscheide unterschiedlich. Das Bezirksgericht St. Gallen befand, die Frage, wie bei einer Feststellung der Geschlechtsänderung bei bestehender Ehe vorzugehen sei, sei noch offen. Es kam zum Schluss, dass diese in Weiterführung der gerichtlichen Lückenfüllung gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB zu beantworten sei. Es nahm deshalb eine Abwägung der massgebenden Interessen vor[7]. Das Recht des gesuchstellenden Ehepartners an geschlechtlicher Identität, sein Recht auf Anerkennung des neuen Geschlechts sowie sein Interesse am Fortbestand der Ehe wurden als Interessen qualifiziert, die für eine Feststellung der Geschlechtsänderung während bestehender Ehe sprechen[8]. Auch das Interesse der Ehefrau am Weiterbestehen der Ehe wurde berücksichtigt. Diese hatte im betreffenden Fall die Umwandlung ihres Ehepartners von Anfang an unterstützt[9]. Ebenfalls wurde das öffentliche Interesse an funktionierenden Lebensgemeinschaften bei der Interessenabwägung miteinbezogen. Diesen Interessen gegenüber stand alleine das öffentliche Interesse am Schutz der Ehe in ihrer traditionellen Form. Das Gericht kam zum Schluss, dass die individuellen Interessen an der Feststellung der Geschlechtsänderung und Aufrechterhaltung der Ehe höher zu gewichten seien als das entgegenstehende öffentliche Interesse am Schutz der Ehe im Sinn einer ausschliesslichen Verbindung zwischen Mann und Frau[10].

Das Berner Appellationshof kam zwar zum gleichen Ergebnis, begründete sein Urteil jedoch mit dem Umstand, dass eine Ehe nach Geschlechtsänderung nicht ohne weiteres dahinfalle. Er führte aus, dass es wohl zutreffe, dass keine Ehe zustande kommt, wenn sich gleichgeschlechtliche Partner trauen lassen, die Ehe aber bei nachträglicher Gleichgeschlechtlichkeit der Partner nicht nichtig werde. Eine Zwangsscheidung komme nicht in Betracht, da für einen solchen Eingriff keine gesetzliche Grundlage bestehe und auch nicht auf dem Weg der Lückenfüllung erreicht werden könne. Es sei mit der schweizerischen Rechtsordnung und insbesondere mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn die Feststellung einer Geschlechtsänderung eine Ehe automatisch dahinfallen lasse. Tatsachen, die nach Eheschluss eintreten, gäben höchstens Anlass zur Scheidung, jedoch würde die Ehe nicht automatisch ungültig. Auch eine Nicht-Ehe komme nicht in Betracht, da hiefür auf die tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt der Eheschliessung abzustellen sei[11].

Das Resultat der Entscheide und insbesondere die Argumentation des Berner Entscheides wurden in Fachkreisen befürwortend aufgenommen[12]. Heute ist der An-

---

2 BGE 119 II 264 E. 6.c; Andrea Büchler/Michelle Cottier, Transsexualität und Recht Oder: Das falsche Geschlecht, Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierung, FamPra 2002, 34 f.; Marie-Laure Papaux van Delden, Le droit au mariage et à la famille, Analyse critique des restricitons (Deuxième partie), FamPra 2011, 626 f.

3 BGE 92 II 132 E. 3, BGE 119 II 264 E. 6; Urs Peter Cavelti, Berechtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung, ZZW 1980, 69; Papaux van Delden (FN 2), 627.

4 Urteil des Bezirksgericht St. Gallen vom 26.11.1996, AJP/PJA 1997, 340 ff.; Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 29. Juli 2005, FamPra 2006, 112 ff.

5 Büchler/Cottier (FN 2), 23; Marie-Laure Papaux van Delden, Le droit au mariage et à la famille – Contours et implications en droit civil (Première partie), FamPra 2011, 326.

6 Cyril Hegnauer/Peter Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000, N 7.05; Rudolf Meroni, Dogmatik und praktische Bedeutung des schweizerischen Eheungültigkeitsrechts, Diss. Zürich 1984, 9.

7 Urteil BG St. Gallen (FN 4), E. 4.b.

8 Urteil BG St. Gallen (FN 4), E. 6.d.-f.

9 Urteil BG St. Gallen (FN 4), Sachverhalt 2.b.

10 Urteil BG St. Gallen (FN 4), E. 6.g.

11 Urteil Appellationshof Bern (FN 4), E. 10.

12 Andrea Büchler, Bemerkungen zum Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 29. Juli 2005, FamPra 2006, 120 f.; vgl. Büchler/Cottier (FN 2), 42 ff.; vgl. Ivo Schwander, Bemer-

spruch auf Eintragung des geänderten Geschlechts trotz bestehender Ehe anerkannt. Jedoch wurde in Lehre und Rechtsprechung die Position des Ehegatten der gesuchstellenden Person bislang kaum diskutiert.

III. Informationsrecht des Ehepartners

Im geschilderten Fall empfand es die Ehefrau des gesuchstellenden Ehepartners als stossend, dass sie von behördlicher Seite (Gericht oder Zivilstandsbehörde) nicht über das Begehren ihres Ehemanns informiert und ihr das Feststellungsurteil nicht zugestellt worden war. Sie befand sich im Ungewissen darüber, ob ihre Ehe nach Feststellung und Eintragung der Geschlechtsänderung ihres Ehepartners weiter bestehen würde und welche Auswirkungen der Registereintrag auf den Personenstand der gemeinsamen Kinder haben würde. Gerade diese Fragen hätten im Rahmen einer vorgängigen Anhörung der Ehefrau geklärt werden können. Das zuständige Bezirksgericht liess auf die Anfrage der Ehefrau zunächst verlauten, es handle sich bei der Feststellung der Geschlechtsänderung um ein Einparteienverfahren, weshalb sie keinen Anspruch auf Anhörung habe. Das Gericht korrigierte sich in einer zweiten Stellungnahme dahingehend, dass es vom Bestehen einer Ehe nichts gewusst habe, sich bei Kenntnis einer solchen eine Anhörung der Ehefrau durchaus hätte vorstellen können, obwohl ihre Aussagen nichts am Entscheid geändert hätten.

Bei der Feststellung der Geschlechtsänderung handelt es sich um ein nichtstreitiges Verfahren, bei welchem ausser der gesuchstellenden Person keine weiteren Personen unmittelbar in ihren Rechten betroffen sind[13]. Formell gesehen ist der Ehepartner durch die Feststellung der Geschlechtsänderung des anderen Ehepartners nicht in seinen Rechten betroffen: An seinem Personenstand, am Bestand der Ehe und den damit verbundenen ehelichen Rechten und Pflichten ändert sich nichts. Geht man von einem gewöhnlichen Einparteienverfahren aus, stehen dem Ehepartner die aus Art. 29 ff. BV fliessenden Verfahrensrechte nicht zu.

Trotzdem greift die Tatsache, dass ein Ehepartner plötzlich mit einer gleichgeschlechtlichen Person verheiratet ist, in dessen Persönlichkeitsrechte ein: Das Recht an der Ehe ist ein höchstpersönliches Recht. Es zeichnet sich durch den hohen persönlichkeitsbezogenen Gehalt aus[14]. Daraus ergibt sich das Recht, den Ehegatten frei zu wählen und zu wissen, welchem Geschlecht er zugehörig ist. Wer die Ehe mit einer Person des anderen Geschlechts eingeht (was gemäss schweizerischer Rechtsordnung Voraussetzung für die Ehe ist), darf darauf vertrauen, dass dem so bleibt. Wenn eine Person während der Ehe ein geändertes Geschlecht feststellen und in das Zivilstandsregister eintragen lässt, hat der Ehepartner ein Recht, dies zu erfahren. Die Kenntnis um das Geschlecht des Ehepartners ist von fundamentaler Bedeutung.

Vorliegend wird die Meinung vertreten, dass in Weiterentwicklung der bisherigen Praxis, gestützt auf Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB eine Anhörung des betroffenen Ehepartners durchzuführen und dieser über das Urteil zu informieren ist. Als Vorbild für die Anhörung und Information des Ehepartners kann das Anhörungs- und Informationsrecht des Kindes im eherechtlichen Verfahren seiner Eltern dienen. Mit Art. 298 ZPO wird dem Kind das Recht auf Anhörung eingeräumt und gemäss Art. 301 lit. b ZPO ist ihm der Entscheid zu eröffnen. Auch das Anhörungsrecht des Kindes wird mit seinen Persönlichkeitsrechten begründet[15]. Ein Miteinbezug in das Verfahren drängt sich deshalb auf, weil das Kind durch das eherechtliche Verfahren seiner Eltern direkt betroffen ist und nur durch eine Anhörung in seiner Persönlichkeit ernst genommen werden kann[16]. Zweck des Anhörungsrechts ist, dass das Gericht sich über die Wünsche des Kindes ein Bild machen und es über seine Rechte und die Folgen der Scheidung aufklären kann[17]. Auf die Scheidung kann das Kind mit seinen Aussagen indes keinen Einfluss nehmen. All das kann in analoger Weise auf die Anhörung und Information des Ehepartners in Verfahren betreffend Feststellung der Geschlechtsänderung übertragen werden.

Ein Anhörungs- und Informationsrecht des Ehepartners bedeutet nicht, dass dieser Einfluss auf den Entscheid betreffend Personenstandsänderung nehmen kann. Die Interessen des gesuchstellenden Ehepartners an seinem

kungen zum Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, AJP/PJA 1997, 345.

13 BGE 92 II 132.

14 Vgl. Margrith Bigler-Eggenberger, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. A., Basel 2010, Art. 19 N 33; Alexandra Rumo-Jungo/Jörg Schmid/Bernhard Schnyder/Peter Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 9 N 43.

15 Peter Breitschmid, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. A., Basel 2010, Art. 144 N 1; Jonas Schweighauser, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2011, Art. 298 N 8.

16 Schweighauser (FN 15), Art. 298 ZPO N 7.

17 Breitschmid (FN 15), Art. 144 N 2; Schweighauser (FN 15), Art. 298 N 11, N 13.

Recht an geschlechtlicher Identität sowie auf Anerkennung des neuen Geschlechts überwiegen das Interesse des Ehepartners, mit einer Person des anderen Geschlechts verheiratet zu sein. Jedoch sollen dem Ehepartner die Konsequenzen der neuen rechtlichen Situation aufgezeigt werden. Nur auf diese Weise kann er selbstbestimmt entscheiden, ob er die Ehe weiterführen oder als finalen Schritt die Scheidung anstreben möchte.

IV. Lösungsvorschlag

Damit das Gericht den Ehepartner anhören und informieren kann, muss es Kenntnis vom allfälligen Bestand einer Ehe haben. Dass die gesuchstellende Person verheiratet war, wusste das zürcherische Bezirksgericht im geschilderten Fall gemäss seinen Angaben nicht. Es ist deshalb unumgänglich, dass die Gerichte in Verfahren betreffend Feststellung einer Geschlechtsänderung von der gesuchstellenden Person jeweils einen Personenstandsausweis anfordern.

Die vorgängige Anhörung kann entweder schriftlich oder mündlich erfolgen. Auf jeden Fall sollte das Gericht dem Ehepartner das Gesuch um Feststellung der Geschlechtsänderung anzeigen, die etablierte Rechtsprechung zur Feststellung der Geschlechtsänderung bei bestehender Ehe erläutern und ihn zu einer mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme zum Gesuch seines Ehepartners einladen.