

## 4. Andere familienrechtliche Beziehungen – Autres rapports familiaux

### 4.3 Eingetragene Partnerschaft – Partenariat enregistré

Nr. 58 Regionalgericht Bern-Mittelland, Entscheid vom 04. Dezember 2012 – CIV 12 4529 P53

**Art. 7 Abs. 2 lit. o Zivilstandsverordnung, Art. 14 BV, Art. 12 EMRK: Konversion einer gleichgeschlechtlichen Ehe in eine eingetragene Partnerschaft.** Ändert ein Ehegatte während der Ehe sein Geschlecht, so dass eine gleichgeschlechtliche Ehe resultieren würde, wird die bestehende Ehe in eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft umgewandelt. Den Auswirkungen für die Betroffenen, insbesondere im Vermögensrecht, kann durch entsprechende rechtsgeschäftliche Regelungen Rechnung getragen werden.

**Art. 7 al. 2 let. o Ordonnance sur l'état civil, art. 14 Cst., art. 12 CEDH : Conversion d'un mariage entre personnes de même sexe en partenariat enregistré.** Si un conjoint change de sexe pendant la durée du mariage, de sorte qu'il en résulterait un mariage entre personnes de même sexe, le mariage existant est converti en partenariat enregistré entre personnes du même sexe. Les personnes concernées peuvent régler les conséquences, en particulier s'agissant des droits patrimoniaux, dans des actes juridiques correspondants.

**Art. 7 cpv. 2 let. o Ordinanza sullo stato civile, art. 14 Cost. fed., Art. 12 CEDU: Conversione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso in un'unione domestica registrata.** Qualora un coniuge cambi sesso in pendenza di matrimonio, così che risulterebbe un matrimonio tra persone dello stesso sesso, il matrimonio esistente viene convertito in un'unione domestica registrata. È possibile tener conto delle conseguenze per le persone toccate, in particolar modo di quelle di diritto patrimoniale, con corrispondenti regolamentazioni contrattuali.

#### Aus den Erwägungen:

I. und II. [...]

III. Sachverhalt

1. Die Antragstellerin wurde am [Geburtsdatum] als E in Z geboren. Sie führte anlässlich ihrer Einvernahme aus, sie habe sich soweit ihre Erinnerung zurückreiche immer als Mädchen gefühlt und sich nie als Junge identifizieren können. Dieses Gefühl sei mit der Zeit immer stärker geworden und habe sich den Weg vom Unterbewusstsein ins Bewusstsein gebahnt. Nichtsdestotrotz habe sie über Jahre hinweg die Fassade aufrechterhalten und ihr Leben als Junge und später als Mann gelebt, da dies die Gesellschaft so von ihr erwartet habe. Seit Herbst 2006 habe sie dann faktisch ein Doppelleben geführt; privat sei sie eine Frau gewesen, im Beruf und für die Öffentlichkeit habe sie die Rolle als Mann gelebt. Als der Druck dann jedoch im Frühling 2011 zu gross geworden sei, habe sie den Entschluss gefasst, in sämtlichen Lebensbereichen dieselbe Identität anzunehmen und auch zu leben. Sie habe in der Folge eine Hormontherapie begonnen und sich entschieden, sich einer geschlechts-angleichenden Operation zu unterziehen.

2. Die Antragstellerin hat am [Datum] C geheiratet. Aufgrund der Anwesenheit der Ehefrau der Antragsstellerin wurde diese im Einverständnis mit der Antragsstellerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 17. Oktober 2012 als Zeugin befragt. Sie gab an, sie habe die gesamte Entwicklung der Antragstellerin, aber auch deren Zerrissenheit über die ganze Zeit hinweg miterlebt. Sie habe sie in ihrem Prozess begleitet und sie stets zu unterstützen versucht. In ihrer persönlichen Wahrnehmung sei die Antragstellerin in jeglicher Hinsicht eine Frau; sie sei einfach im falschen Körper geboren worden.

3. Am 21. Mai 2012 hat sich die Antragstellerin einer geschlechtsangleichenden Operation unterzogen. Seit sie operiert sei und ausschliesslich als Frau auftrete, sei endlich ihre innere Zerrissenheit weg.

5. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich die Antragsstellerin bereits seit ihrer frühen Jugend als Frau fühlt. Ein Coming-out erfolgte im Frühling des Jahres 2011. In der Folge hat sich die Antragstellerin am 21. Mai 2012 einer operativen Geschlechtsanpassung unterzogen. Seither lebt sie als Frau, trägt einen weiblichen Namen, weist ein weibliches Erscheinungsbild auf und wird von ihrer Umgebung als Frau wahrgenommen und akzeptiert.

#### IV. Rechtliches

1. Art. 7 Abs. 2 lit. o der Zivilstandsverordnung (ZStV) sieht als Gegenstand der Beurkundung des Personenstandes u. a. die Geschlechtsänderung vor. Insoweit hat die Transsexualität in der Rechtssetzung Aufnahme gefunden und verschafft der betroffenen Person einen Anspruch auf registerrechtlichen Nachvollzug der erfolgten Geschlechtsumwandlung. Bei der Klage zur Feststellung einer Geschlechtsänderung handelt es sich um eine mittels richterlicher Rechtsfortbildung geschaffenen

-----  
FamPra.ch-2013- 835

zivilstandsrechtlichen Klage sui generis (BGE 119 II 264 E. 6; Rechtsauskunft EAZW, a. a.O, S. 2).

2. Bei der Identifikation mit dem eigenen Geschlecht handelt es sich um einen der intimsten Aspekte des Privatlebens. Zu entscheiden, welchem Geschlecht man sich zugehörig fühlt, ist Teilgehalt des höchstpersönlichen Selbstbestimmungsrechts einer Person. Der Schutz der geschlechtlichen Identität und sexuellen Selbstbestimmung, d. h. das Recht auf Lebensgestaltung entsprechend der individuell empfundenen Geschlechtszugehörigkeit, ist Teilgehalt des Privatlebens i. S. v. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (nachfolgend EMRK), sowie Art. 10 und 13 der Schweizerischen Bundesverfassung (nachfolgend BV) (RECHER, a. a. O., S. 68 f.; Urteil [des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte {nachfolgend EGMR}] Schlumpf gegen Schweiz vom 8. 1. 2009 mit Hinweisen auf die EGMR-Rechtsprechung). Das informationelle Selbstbestimmungsrecht, worunter zweifelsohne auch die Geschlechtsidentität zu fassen ist, ist grundsätzlich auf Antrag der betroffenen Person hin durch Änderung der Registereinträge und durch das Ausstellen neuer Dokumente umfassend zu verwirklichen (RECHER, a. a. O., S. 72 f. mit weiteren Hinweisen, 109). Der Anspruch der Antragstellerin auf Berichtigung des Zivilstandsregistereintrages ist für das Gericht damit ausgewiesen.

3. Im vorliegenden Fall beantragt die Antragstellerin die Feststellung, dass ihr Geschlecht nicht mehr männlich sondern weiblich sei. Heisst das Gericht diesen Antrag gut, und weist in der Folge das zuständige Zivilstandsamt an, den Entscheid registerrechtlich zu vollziehen bzw. das Geschlecht der Antragstellerin im Zivilstandsregister entsprechend anzupassen, resultiert wegen dem bestehenden Lebensbund zwischen der Gesuchstellerin und C unweigerlich eine gleichgeschlechtliche Ehe.

4. Gleichgeschlechtliche Ehen sind dem schweizerischen Recht nicht bekannt. Mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (SR 211.231 Partnerschaftsgesetz [nachfolgend PartG]) hat der Gesetzgeber gleichgeschlechtlichen Paaren stattdessen das Institut der eingetragenen Partnerschaft eröffnet. Dabei wurde bereits in der Botschaft darauf hingewiesen, dass der Bund der Ehe nur heterosexuellen Paaren vorbehalten sein soll (vgl. dazu Botschaft vom 29. November 2002 zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare [nachfolgend Botschaft BBI 2003], BBI 2003 1329, sowie THOMAS GEISER, in: Zürcher Kommentar, PartG, 1. Aufl. 2007, N 4 zu Art. 1–2). Diese Auffassung wurde von den Räten geteilt. In der ständerätlichen Verfassungskommission wurde darauf hingewiesen, dass andere Lebensformen zwar frei gewählt werden dürfen und dem Diskriminierungsverbot von Art. 8 BV unterstehen, aber keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz wie die Ehe geniessen (Botschaft BBI 2003 1303). Es liegt somit ein expliziter und erst unlängst formulierter gesetzgeberischer Wille vor, wonach das Institut der Ehe gleichgeschlechtlichen Paaren nicht offensteht.

-----  
FamPra.ch–2013– 836

5. Art. 14 BV, welcher das Recht auf Ehe und Familie gewährleistet, enthält nicht nur eine Grundrechts-, sondern zugleich auch eine Institutsgarantie. Danach ist der Begriff der Ehe im bisherigen Sinne zu verstehen und meint ausschliesslich die monogame Verbindung zwischen Mann und Frau als auf Dauer angelegtes Zusammenleben in einer umfassenden Lebensgemeinschaft (BGE 119 II 264 E. 4b mit weiteren Hinweisen). Im Vernehmlassungsverfahren zum PartG hatten gewisse Stellungnahmen zwar vorgeschlagen, die Garantie auf andere Formen des Zusammenlebens auszudehnen; der Bundesrat bekräftigte jedoch in der Botschaft das traditionelle Verständnis der Ehe und wies darauf hin, dass dies auch der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 12 EMRK entspreche. Danach verstösst das innerstaatliche Recht nicht gegen die genannte Konventionsbestimmung, wenn es die Eheschliessung nur heterosexuellen Paaren ermöglicht (unlängst bestätigt im Urteil [des EGMR] Schalk und Kopf gegen Österreich vom 24. 6. 2010).

6. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehört die Ehe zum schweizerischen Ordre public und versagt u. a. die Anerkennung im Ausland geschlossener gleichgeschlechtlicher Ehen (BGE 119 II 264 mit weiteren Hinweisen). Mit Vollzug der von der Gesuchstellerin verlangten Änderung des Registereintrages, die wie ausgeführt zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe führen würde, ergäbe sich eine Rechtslage, die dem Ordre public widerspricht. Hierbei kollidieren Kernbereiche des Persönlichkeitsrechts mit dem klaren gesetzgeberischen Willen, ohne dass das Gesetz eine explizite Regel enthielte, zu wessen Gunsten diese gegenläufigen Interessen zu entscheiden sind. Denn weder das ZGB noch das PartG enthalten eine Regel für die Konstellation, wo die Voraussetzungen für den Eheschluss (und vice versa für die eingetragene Partnerschaft)

nachträglich dahinfallen. Art. 104 ZGB nennt lediglich die Gründe, welche zur ursprünglichen Ungültigkeit der Ehe führen.

7. Aus dem Schweigen des Gesetzes lässt sich auch nicht schliessen, der Gesetzgeber habe sich durch Nichterwähnen für die eine oder andere Lösung entschieden (sog. qualifiziertes Schweigen; ARTHUR MEIER-HAYOZ in; Berner Kommentar [nachfolgend BK], 3. Aufl. 1962, N 255 ff. zu Art. 1). Denn mit Schweigen lässt sich die Kollision zwischen dem privaten und höchstpersönlichen Interesse, eine erfolgte Geschlechtsumwandlung registerrechtlich nachvollziehen zu lassen, und dem zum Ordre public gehörenden Bestand der Ehe als heterosexuelle Lebensgemeinschaft, die der Eintragung entgegenstünde, nicht lösen.

8. Es liegt mit anderen Worten eine echte Lücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB vor, zumal das Gesetz die Frage, wie die Kollision der gegenläufigen Interessen aufzulösen ist, unbeantwortet lässt. Eine solche Lücke hat das Gericht nach jener Regel zu füllen, die der Gesetzgeber aufgestellt hätte, wäre er sich der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes bewusst gewesen; dabei folgt das Gericht bewährter Lehre und Überlieferung (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB; vgl. HEINRICH HONSELL in: BSK, ZGB I, 4. Aufl. 2010, N 27 ff. zu Art. 1; ARTHUR MEIER-HAYOZ in: BK, 3. Aufl. 1962, N 316 ff. zu Art. 1, je mit weiteren Hinweisen).

---

FamPra.ch–2013– 837

9. Ausgangspunkt jeder Lückenfüllung ist die Ermittlung der betroffenen Interessenlagen. Diese sind über den Einzelfall hinaus gegeneinander abzuwägen. Soweit sich ein Interessenausgleich finden lässt, gebührt diesem – hiesiger Tradition entsprechend – der Vorrang gegenüber einer Regel, die sich einseitig für das eine oder andere Interesse ausspricht. Die im Rahmen der Abwägung zu schöpfende Regel hat sich primär an den vorgefundenen gesetzlichen Regelungen und Wertungen in vergleichbaren Fällen zu orientieren und diese, soweit die Analogiefähigkeit reicht, auch dem konkreten Fall zugrunde zu legen (ARTHUR MEIER-HAYOZ in: BK, 3. Aufl. 1962, N 349 zu Art. 1). Lässt sich durch Analogie keine befriedigende Lösung finden, so sind ggfs. die tragenden Grundsätze aus anderen Rechtsgebieten heranzuziehen, damit sich die Lückenfüllung harmonisch in den bestehenden Rechtsstoff einfügt (ARTHUR MEIER-HAYOZ in: BK, 3. Aufl. 1962, N 352 zu Art. 1).

10. Die in der Schweiz bestehende Ehefreiheit umfasst auch den Schutz vor zwangsweiser Auflösung (RECHER, a. a. O., S. 77, mit weiteren Hinweisen). Deshalb muss zum Vornherein jede Lösung ausscheiden, die den registerrechtlichen Nachvollzug der Geschlechtsänderung von der vorgängigen Auflösung des Lebensbundes zwischen der Gesuchstellerin und C abhängig machen würde. Gleichermassen kann von der Gesuchstellerin auch nicht verlangt werden (wie es offenbar das Ansinnen des Zivilstands- und Bürgerrechtsdienstes des Kantons Bern ist; vgl. p. 15), dass sie sich vor der Eintragung der Geschlechtsänderung scheiden lässt, liefe dies doch im Ergebnis ebenfalls auf eine zwangsweise Auflösung der Ehe hinaus.

11. Im Vordergrund muss nach dem Gesagten vielmehr eine Lösung stehen, die der Gesuchstellerin erlaubt, ihre (neue) geschlechtliche Identifikation auch rechtlich anerkennen zu lassen, und die dem bestehenden Lebensbund mit C weiterhin jenen rechtlichen Bestand garantiert, der sich mit dem Ordre public vereinen lässt. Eine solche Lösung erlaubt die Konversion

der bestehenden Ehe in eine eingetragene Partnerschaft. Dabei erfolgt die Umwandlung (und nicht die Auflösung) der Ehe in derselben logischen Sekunde, wie die Eintragung der Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister vollzogen wird. Die vormals als Ehe gelebte Beziehung wird ab diesem Zeitpunkt ohne vorgängige Liquidation der vermögensrechtlichen Aspekte (Güterrecht, Vorsorgerecht) als eingetragene Partnerschaft fortgesetzt. Sämtliche das Vermögensrecht betreffenden Belange werden für die Zeit vor der Konversion vom Eherecht, für die Zeit danach vom Partnerschaftsrecht beherrscht.

12. Vorbilder für einen solchen Wechsel des Rechtskleides finden sich im Fusionsgesetz (SR 221.301, nachfolgend FusG). Die Umwandlung gem. Art. 53 ff. FusG ist nach einhelliger Auffassung als einfache rechtsformändernde Mutation und damit als Änderung des Rechtskleids konzipiert: Mit Ausnahme der rechtlichen Form bleibt die sich umwandelnde Gesellschaft somit wirtschaftlich und rechtlich gesehen die Gleiche. Es wird weder eine neue Gesellschaft gegründet, noch werden Rechte und Pflichten auf einen anderen Rechtsträger transferiert (MARKUS

-----  
FamPra.ch–2013– 838

GUGGENBÜHL, in: Zürcher Kommentar, FusG, 1. Aufl. 2004, N 7 zu Art. 53; Botschaft vom 13. Juni 2000 zum FusG, BBl 4337 4446). Vielmehr ändert sich lediglich die äussere rechtliche Form, in welcher die Gesellschaft bislang konzipiert war.

13. Trotz bloss geringer Analogie zur vorliegenden Frage lässt sich der hinter dem Rechtskleidwandel stehende Grundgedanke verallgemeinern: statt den umständlichen Weg über die Auflösung und Liquidation des bisherigen Regimes und Gründung des neuen Rechtsträgers wählen zu müssen, wird durch die Konversion die Möglichkeit eröffnet, direkt und ohne Unterbrechung des Gemeinschaftsverhältnisses die neue Rechtsform anzunehmen. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass einem Rechtskleidwechsel im vorliegenden Kontext nicht zum vornherein Einwände grundsätzlicher Natur entgegenstehen, etwa weil sich der Gesetzgeber in einem anderen Rechtsgebiet explizit gegen eine solche Lösung ausgesprochen hätte.

14. Mit Bezug auf die Auswirkungen, die die Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft zur Folge hat, ergibt sich aus dem Vergleich der massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen, dass die Institute einander in den meisten Bereichen gleichgestellt sind.

Die Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft entsprechen weitgehend denjenigen der Ehe. So schulden sich Ehegatten wie eingetragene Partner gegenseitig Beistand und Unterhalt (Art. 159 und 163 ZGB; Art. 12 f. PartG) und sind sich auskunftspflichtig (Art. 170 ZGB; Art. 16 PartG). Partner wie Ehegatten können die Gemeinschaft während des Zusammenlebens mit Bezug auf die laufenden Bedürfnisse vertreten (Art. 166 ZGB; Art. 15 PartG). Namensrechtlich hat die Eingehung der eingetragenen Partnerschaft keine Auswirkungen auf den (einmal erworbenen) Namen der Partner. Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht bleibt unberührt (Botschaft BBl 2003 1289).

Mit Bezug auf das Erb- und Sozialversicherungsrecht hat der Rechtskleidwandel ebenfalls keine Auswirkungen auf die Beteiligten, da Ehegatten und eingetragene Partner einander auch in diesem Punkt gleichgestellt sind (Art. 462 ZGB; Art. 13a ATSG).

Was den nachpartnerschaftlichen Unterhalt anbelangt, so verweist Art. 34 Abs. 4 PartG sinngemäss auf die Bestimmungen betreffend den nahehelichen Unterhalt (Art. 125 Abs. 3 und Art. 126–132 ZGB). Auch diesbezüglich ergeben sich also für eingetragene Partnerinnen und Partner im Vergleich zu Ehepaaren keine Unterschiede (DIETER FREIBURGHAN, in: Zürcher Kommentar, PartG, 1. Aufl. 2007, N 48 zu Art. 34).

Bestehende Kindsverhältnisse werden durch die Umwandlung einer Ehe in eine eingetragene Partnerschaft nicht tangiert werden, zumal der Zivilstand der Eltern auf das einmal begründete Kindsverhältnis keine Auswirkungen hat (Art. 27 Abs. 2 PartG). Bei Auflösung der eingetragenen Partnerschaft müsste über die elterliche Sorge und Obhut sinngemäss nach den Bestimmungen des Scheidungsrechts (Art. 133 f. ZGB) entschieden werden.

---

FamPra.ch–2013– 839

15. Unterscheide ergeben sich mit Bezug auf das Vermögens- resp. Güterrecht der Partner und Ehegatten. Während letztere dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gemäss Art. 196 bis 219 ZGB unterstehen, gilt für gleichgeschlechtliche Paare faktisch eine Gütertrennung (Art. 18 PartG). Den Partnerinnen oder Partnern ist es jedoch möglich, durch Abschluss eines sog. Vermögensvertrages (Art. 25 PartG) den gesetzlichen Güterstand des Eherechts unter sich zu vereinbaren (Botschaft BBI 2003 1289). Die Wahl des Güterstandes ist wie im Eherecht auch rückwirkend möglich. Im konkreten Fall steht es der Gesuchstellerin und ihrer Partnerin daher offen, im Nachgang zum Entscheid einen Vermögensvertrag abzuschliessen, der ihnen erlaubt, den bisherigen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nahtlos weiterzuführen.

16. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Umwandlung einer Ehe in eine eingetragene Partnerschaft für die Betroffenen kaum Auswirkungen hat und wo dies, wie im Vermögensrecht, gleichwohl der Fall ist, den Partnern die Möglichkeit offensteht, rechtsgeschäftlich eine korrespondierende Regelung zu treffen. Die anvisierte Lösung erweist sich daher als verhältnismässig.

17. Dass die hier ins Auge gefasste Konversion zu einer angemessenen Ergebnis führt, zeigt sich bei einem Blick auf ausländische Rechtsordnungen, namentlich auf diejenige des Vereinigten Königreichs, die ebenfalls eine rechtliche Unterscheidung zwischen homo- und heterosexuellen Partnerschaften kennen (Matrimonial Causes Act 1973; Entscheid des House of Lords i. S. Bellinger v Bellinger [2003], UKHL 21). Diese verlangt im sog. Gender Recognition Act 2004 die Auflösung der bestehenden Ehe, wenn eine Geschlechtsumwandlung rechtlich anerkannt werden soll. Diese Regelung, die die Kollision einseitig zu Gunsten des öffentlichen Interesses entscheidet und den Betroffenen faktisch zur Aufgabe der Ehe zwingt, sofern er auch rechtlich im neuen Geschlecht anerkannt werden will, wurde vom EGMR nicht beanstandet (Urteil [des EMGR] Parry gegen Vereinigtes Königreich vom 28. 11. 2006; Nr. 42971/05). Der EGMR begründete seinen Entscheid damit, dass Art. 12 EMRK explizit nur heterosexuellen Paaren das Recht zur Eheschliessung einräumt (bestätigt im Urteil [des EMGR] Schalk und Kopf gegen Österreich vom 24. 6. 2010). Innerstaatliches Recht, das die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung von der vorgängigen Auflösung der Ehe abhängig mache, sei nicht konventionswidrig, weil gleichgeschlechtliche Paare sich nicht auf die genannte Konventionsbestimmung berufen könnten (vgl. RECHER, a. a. O., S. 77). Die Verhältnismässigkeit

der innerstaatlichen Lösung sah der EGMR ausdrücklich darin, dass nach englischem Recht gleichgeschlechtlichen Paaren das Institut der eingetragenen Partnerschaft offen steht und dieses weitgehend dieselben Folgen zeitigt wie die Ehe (Urteil [des EMGR] Parry gegen Vereinigtes Königreich, vom 28. 11. 2006, S. 13). Daher könnten sich die Betroffenen, nach erfolgter Scheidung als Partner eintragen lassen und im wesentlichen an der bisherigen Rechtslage festhalten.

-----  
FamPra.ch–2013– 840

18. Zusammengefasst ergibt sich somit, dass im Falle der Geschlechtsumwandlung einer in Ehe lebenden Person die Konversion dieser Ehe in eine eingetragene Partnerschaft den privaten wie öffentlichen Interessen Rechnung trägt und die sich daraus ergebenden Auswirkungen verhältnismässig sind. Im Vergleich zum britischen Recht, dass dem betroffenen Paar quasi die Scheidung aufnötigt, hat die hier entwickelte Lösung der Konversion den Vorteil, dass die Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft ex lege erfolgt. Sie erweist sich nicht bloss als verhältnismässig, sondern im Vergleich zur britischen Regelung auch als praktikabler.

19. Das EAZW ist der Auffassung, dass dem anderen von der Konversion der Ehe betroffenen Ehegatten das rechtliche Gehör zu gewähren ist und ihm allenfalls Rechtsmittel offen stehen müssen. Auch verlange die Konversion der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft unbedingt einen dahingehenden ausdrücklichen Antrag des/der AntragstellerIn und des/der Ehegattin an das Gericht und könne insbesondere nicht gegen den Willen der Betroffenen durchgeführt werden (Rechtsauskunft EAZW, a. a.O, S. 8 ff.). Beide Fragen können vorliegend offen bleiben, zumal ein entsprechender Antrag seitens der Gesuchstellerin vorliegt und sich die Ehegattin im Rahmen ihrer Einvernahme ausdrücklich mit der Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft einverstanden erklärte. Sie wären im Entscheidfall aber wohl beide zu verneinen, zumal die Geschlechtsumwandlung (einschliesslich dem registerrechtlichen Nachvollzug) ein höchstpersönliches Recht der Gesuchstellerin betrifft, gegen das der Ehegatte ohnehin nicht opponieren könnte. Da die Konversion der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft ex lege erfolgt, braucht es auch keinen entsprechenden Antrag der Gesuchstellerin und ihrer Partnerin. Dem Aspekt, dass die Partnerin womöglich gegen ihren Willen in eine neue Rechtsform gezwungen wird, liesse sich ggfs. durch eine analoge Anwendung von Art. 115 ZGB Rechnung tragen.

20. Mit dem Geschlechtsumwandlungsprozess soll erreicht werden, dass die transsexuelle Person als Angehörige des Gegengeschlechts leben und sich in diesem sozial und beruflich integrieren kann, und dabei akzeptiert wird. Als erfolgreich gilt der Geschlechtswechsel dann, wenn die betroffene Person die konstante Erfahrung macht, im Wunschgeschlecht angekommen zu sein und in diesem anerkannt zu werden (MICHELLE COTTIER, Bemerkungen zum Urteil [des Tribunal administratif du canton de Vaud] vom 18. Oktober 2006 [GE. 2005.0219] in: FamPra 2/2007 S. 371). Dazu gehören namentlich die äussere Erscheinungsweise und das Auftreten der betroffenen Person mit einem Vornamen ihres Wunschgeschlechtes im privaten und beruflichen Leben (Urteil [des Obergerichts des Kantons Zürich] vom 1. Februar 2011, in: ZKE 2012 S. 55).

21. Das Gericht ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen davon überzeugt, dass die Antragstellerin in ihrem Wunschgeschlecht angekommen ist und von ihrem Umfeld sowohl als Frau wahrgenommen als auch anerkannt wird. Das Kriterium, dass ein Geschlechtswechsel dann

als gelungen zu betrachten ist, wenn die betroffene Person die konstante Erfahrung macht, in ihrem Wunschgeschlecht ange-

kommen zu sein und in diesem anerkannt zu werden, ist in Bezug auf die Antragstellerin erfüllt. Mit der Konversion der bestehenden Ehe in eine eingetragene Partnerschaft wird gleichzeitig dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Ehe als Institut für heterosexuelle Paare Rechnung getragen. Dem Antrag auf Änderung des Personenstandes von männlich auf weiblich ist demzufolge stattzugeben.

22. Die Ehe zwischen der Antragstellerin und C ist infolge Geschlechtsänderung per Rechtskraft dieses Entscheides umzuwandeln in eine eingetragene Partnerschaft zwischen der Antragstellerin und C.

(Eingereicht von Daniel Summermatter, Gerichtspräsident, Regionalgericht Bern-Mittelland)

### **Bemerkungen:**

#### *I. Begleitumstände und Lösungsversuche im konkreten Fall*

*Das Urteil des Regionalgerichtes Bern-Mittelland vom 4. 12. 2013 (CIV 12 4529 P53) bewilligt die Geschlechtsänderung der verheirateten Gesuchstellerin Y. von männlich in weiblich. Gleichzeitig wandelt das Gericht die bestehende Ehe von Y. mit der Ehefrau X. mit der Eintragung der Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister in eine Eingetragene Partnerschaft um. Die zuständige Zivilstandsbehörde wird angewiesen diese Eintragungen nach Eintritt der Rechtskraft vorzunehmen.*

*Die heute 50-, respektive 49-jährigen Partnerinnen haben 1993 geheiratet. Die Ehe blieb kinderlos. Haupterwerbstätige Ehepartei war Y., die eine kleine Unternehmung führt. X. war stets als Zuverdienerin erwerbstätig. Die Ehegatten hatten den Wunsch die Personenstandsänderung von Y. unter Auferhaltung ihrer langjährigen, bis am Schluss gut funktionierenden, Ehe zu beantragen. Nachdem die geschlechtsanpassende Operation ausgestanden war, ging Y. davon aus, dass ihr seitens des Gerichtes keine Schwierigkeiten gemacht und das Verfahren rasch und einfach zum Ziel führe. Vor dem erstinstanzlichen Richter zeigte sich aber, dass dieser den Antrag auf Personenstandsänderung ohne Auflösung der Ehe nicht gutheissen werde. Die Enttäuschung über die unerwarteten Schwierigkeiten kurz vor Erreichen des Ziels war sehr gross. Keinesfalls wollten die Ehegattinnen aber eine weitere Instanz riskieren und als der Richter am Verhandlungstermin den Weg der Konversion vorzeichnete, stimmte die Gesuchstellerin sofort zu. Die ausdrückliche Zustimmung der ebenfalls am Termin anwesenden Ehegattin wurde ins Protokoll aufgenommen.*

*Der «Konversionsentscheid» erfolgte einige Zeit nach der Verhandlung schriftlich. Die Partnerinnen nutzten die Zeit – und ihr gutes gegenseitiges Einverständnis –, die nach gut 20-jähriger Ehe bestehenden Ansprüche aus Güter- und Scheidungsrecht in einem Vermögensvertrag (Art. 25 PartG) zu regeln. Sie schlossen kurz vor Eintritt der Rechtskraft des Konversionsurteils einen Vermögensvertrag ab, der diese Ansprüche nach Möglichkeit zu erhalten sollte.*



Die Eheparteien lebten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Nebst den Ersparnissen der beruflichen Vorsorge bestand beidseits kaum eheliches Vermögen mit Ausnahme des von Y. geführten Kleinbetriebes, der ganz deren Errungenschaft angehörte. Im Vermögensvertrag übertrug Y. X. die Hälfte der Firma schenkungsweise, sodass diese je zur Hälfte als jeweiliges Eigengut der Partnerinnen in die Errungenschaftsbeteiligung der eingetragenen Partnerschaft eingebracht werden konnte. – Problematik: Die gesellschaftsrechtlichen Fragen bezüglich des Betriebs sind neu zu regeln. Es besteht abstrakt schenkungsrechtlich die Möglichkeit der Rückforderung der Gesellschaftsanteile gemäss Art. 249 OR. Bei Auflösung des Güterstandes haftet X. für ihren Teil auch für Schulden.

Zumal Y. selbständig erwerbstätig und nicht versichert war, verfügte nur X. über eine Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge. Die Ehegattinnen durften nicht damit rechnen, dass bei einer gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft das Splitting auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurückbezogen würde. Das Schenkungsversprechen von X., dass sie Y. die im Zeitpunkt der Wandlung der Ehe in eine Partnerschaft zu beanspruchende Austrittsleistung gemäss Art. 122 ZGB schenke, wird zwar im Vermögensvertrag aufgenommen und damit als Eigengutsanspruch verbrieft. – Zumal es ein Schenkungsversprechen ist, kann der Anspruch noch gefährdet werden durch die schenkungsrechtlich zusätzlich mögliche Verweigerung des Vollzuges gemäss Art. 250 OR (Grenzen der Tragbarkeit, Abs. 1, Insolvenz, Abs. 2). – Der sozialversicherungsrechtliche Anspruch von X. auf eine Witwenrente, der im konkreten Fall seine Wichtigkeit gehabt hätte, entfällt ganz. Eine private Absicherung käme die Partnerinnen teuer zu stehen.

Der Partnerin X. wäre nach 20 Jahren aufgabenteiliger Ehe und aufgrund ihres Alters im Scheidungsfall einen nachehelichen Unterhaltsanspruch zugestanden. Keineswegs kann sie sich darauf verlassen, dass ihr aus Art. 34 PartG dieselben Ansprüchen zuerkannt würden. Die Sicherung von Unterhaltsansprüchen «auf Vorrat» im Vermögensvertrag für den Fall der Auflösung der Partnerschaft oder sonstwie lässt sich bekanntlich nicht erreichen. Hier ist mit dem Verlust wesentlicher Ansprüche zu rechnen.<sup>1,2</sup>

## II. Bemerkungen

Das Urteil leidet sowohl materiellrechtlich wie auch prozessual an einem erheblichen Mangel.

### 1. Materieller Fehler

Die Umwandlung einer Ehe in eine eingetragene Partnerschaft wie auch für den umgekehrten Vorgang stellen Zivilstandsänderungen mit weitreichenden Folgen dar. Die Institute haben in vielerlei Bereichen nicht die gleichen Rechtswirkungen. Der vorliegende Fall zeigt die vermögensrechtlichen Wirkungen einer solchen Änderung auf. Zu beachten sind aber auch unterschiedliche Wirkungen in anderen Bereichen, wie beispielsweise dem Kindesrecht. Die Ehe bewirkt, dass der Ehegatte der Mutter von Gesetzes wegen Vater ihres Kindes wird, während diese Wirkung eine eingetragene Partnerschaft nicht zeitigt. Damit eine solche Änderung erfolgt, braucht es eine Rechtsgrundlage. Eine solche ist aber nirgends im Gesetz zu finden.

Hier hilft auch Art. 45 Abs. 3 IPRG nicht weiter. Die Bestimmung sieht nicht eine Umwandlung eines Rechtsinstitutes vor, sondern regelt die Frage, wie ein ausländisches Rechtsinstitut in

der Schweiz zu qualifizieren und damit anzuerkennen ist. Diese Regel entspricht dem im schweizerischen Recht anerkannten Grundsatz der kontrollierten Wirkungsübernahme.<sup>3</sup> Damit ist aber keine Änderung von Rechtswirkungen verbunden. Vielmehr handelt es sich nur um eine Anerkennung eines bestimmten Rechtsstatus. Welche Wirkungen dieser als eingetragene Partnerschaft anerkannten ausländischen Ehe beispielsweise bezüglich Unterhalt, Vermögen, Kinderfragen zukommen, ist nach dem einschlägigen Kollisionsrecht zu bestimmen. Dabei ist es ohne weiteres möglich, dass sich beispielsweise die vermögensrechtlichen Verhältnisse nach ausländischem Eherecht richten.<sup>4</sup>

Der Umstand, dass der Gesetzgeber mit Erlass des Partnerschaftsgesetzes im IPRG eine ausdrückliche Regelung für die Anerkennung geschaffen hat, verbietet es m. E. auch bezüglich der Folgen einer Geschlechtsumwandlung im Binnenverhältnis eine Lücke anzunehmen. Das Legiferieren im Kollisionsrecht zeigt, dass sich der Gesetzgeber des Problems bewusst war. hätte er eine Umwandlung des Rechtsinstituts ex lege als Folge einer Geschlechtsumwandlung gewollt, hätte er eine entsprechende Norm ins Gesetz aufgenommen. Es liegt folglich ein qualifiziertes Schweigen vor. Im zu besprechenden Entscheid hat sich das Gericht über diesen gesetzgeberischen Entscheid hinweggesetzt.

---

FamPra.ch–2013– 844

Von einer Ordre Public Widrigkeit einer im Zivilstandsregister eingetragenen Ehe kann ohnehin nicht gesprochen werden, da es schon mehrere solche Ehen gibt.<sup>5</sup>

## 2. Prozessrechtlicher Fehler

Schwerer als der materiellrechtliche Fehler wiegt bei diesem Urteil der prozessrechtliche Fehler. Grundsatz jedes Zivilprozesses ist, dass er seine Rechtswirkungen gegenüber den am Prozess beteiligten Parteien entfaltet und seine Rechtskraft sich nicht auch auf Dritte erstrecken kann, welche am Prozess in keiner Weise beteiligt wurden.

Vorliegend greift die Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft massiv in die Rechte der Ehefrau der die gerichtliche Feststellung der Umwandlung begehrenden Partei ein. Wie dargestellt verändern sich die Vermögensrechte des Ehegatten grundlegend. Dieser Eingriff ist für die Ehefrau aber nicht verbindlich, weil sie am Prozess nicht beteiligt war und das Urteil folglich ihr gegenüber gar keine Rechtskraft hat. Das hat zur Folge, dass die Ehefrau nach wie vor in gültiger Ehe mit ihrer Partnerin lebt.

Weil das Urteil nicht gegenüber der Ehefrau wirkt, kann es ihr nicht entgegengehalten werden und für sie ist auch die Änderung des Eintrages im Zivilstandsregister nicht verbindlich, sie kann jederzeit eine Berichtigung des Eintrages verlangen, weil er in einer nicht gültigen Weise erfolgt ist.

## 3. Folgerung

Der Entscheid ist rechtsstaatlich äusserst bedenklich. Wohl lässt sich der Fehler durch eine Berichtigung des Registereintrages korrigieren. Das Zivilstandsregister hätte auch mangels (formeller und materieller) Rechtskraft des Urteils gegenüber der Person, auf die sich der Registereintrag bezieht, den Vollzug verweigern können.

*Das nützt aber nicht sehr viel, weil die betroffenen Personen in der Regel sich nicht mit überflüssigem administrativem Aufwand belasten wollen. Sie werden es hinnehmen und sich damit arrangieren.*

*(Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin, Bern; Prof. Dr. Thomas Geiser, Universität St. Gallen)*

- 
- 1 Vgl. Geiser, Verbindlichkeit von Scheidungskonventionen, FS Schwenzer, Bern 2011, 559; Steck, Scheidungsvereinbarungen – Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarungen, FS Schwenzer, 1623–1636; Widmer, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, ZBJV 2009, 450; Bortolani-Slongo/Trachsel, «Scheidungsplanung auf Vorrat»: Taugliches Instrument familienrechtlichen Risikomanagements?, AJP 2009, 301; sowie BGE 121 III 393.
  - 2 Anmerkung: Der Gesuchstellerin liegt daran, auf eine für sie wesentliche Darstellung im Sachverhalte des Urteils hinzuweisen, die missverstanden werden kann: III. Ziff. 3 sowie ebenda Ziff. 5 der Urteilsbegründung könnte entnommen werden, die geschlechtsanpassende Operation sei kausal gewesen für die Tatsache, dass sie ausschliesslich als Frau in Erscheinung getreten und sich wirklich als Frau gefühlt habe. Diese Umstände seien also nach der Operation erst eingetreten, was natürlich in keiner Weise zutrefte.
  - 3 Vgl. Basler Komm IPRG/Courvoisier/Bopp, N 42 zu Art. 45 IPRG.
  - 4 Basler Komm IPRG/Courvoisier/Bopp, N 43 zu Art. 45 IPRG.
  - 5 Vgl. z. B. OGer BE, ZBJV 2005, 817; BezGer SG, AJP 1997, 340 ff. = SJZ 1997, 442 ff., Nr. 39 = ZZW 1997, 161 ff.