

1. Allgemeines – Généralités

Nr. 2 Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer Entscheid vom 29. Juli 2005 i. S. Appellat 1 gegen Appellat 2 – APH 05 303

Art. 42 ZGB , Art. 104 ff. ZGB: Zivilstandsregisterberichtigung; aussergesetzlicher Eheungültigkeitsgrund; die Beurteilung des Bestandes der Ehe hat in einem ordentlichen Verfahren zu erfolgen. Erfolgt eine Geschlechtsumwandlung des einen Ehegatten während einer Ehe, stellt sich die Frage, ob die Ehe zu einer Nichtehe geworden ist. Eine zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern geschlossene Ehe gilt als Nichtehe. Für das Vorhandensein der begriffsnotwendigen Merkmale einer Ehe gelten die Umstände zum Zeitpunkt der Eheschliessung. Nachträglich eingetretene Tatsachen führen nach schweizerischem Recht weder zur Nichtigkeit noch zur Ungültigkeit der Ehe.

Art. 42 CC, art. 104 ss. CC: Action en rectification des registres d'état civil; cause extra-légale d'annulation du mariage; l'examen de l'existence du mariage doit s'effectuer en procédure ordinaire. Lorsque l'un des conjoints mariés procède à un changement de sexe, il se pose la question de savoir si le mariage est devenu inexistant. Le mariage conclu par des partenaires de même sexe est inexistant. Les éléments constitutifs du mariage doivent être réalisés lors de sa conclusion. Selon l'ordre juridique suisse, les faits survenus postérieurement à sa conclusion ne conduisent pas à la nullité ni à l'annulabilité du mariage.

Art. 42 CC, art. 104 segg. CC: Rettificazione dei registri di stato civile; motivo di nullità del matrimonio non previsto dalla legge; Il giudizio in merito alla prosecuzione del matrimonio deve avvenire nell'ambito di una procedura ordinaria. Se uno dei coniugi si sottopone a un intervento per il cambiamento di sesso durante il matrimonio, si pone la questione di determinare se il matrimonio è divenuto tratta di nullità. Un matrimonio celebrato fra persone dello stesso sesso è trattato come un caso di nullità di matrimonio. Per determinare l'esistenza dei segni distintivi necessari concettualmente per un matrimonio, occorre fondarsi sulla situazione al momento della sua celebrazione. Secondo l'ordinamento giuridico svizzero circostanze di fatto intervenute posteriormente non comportano né la nullità né l'annulabilità del matrimonio celebrato a suo tempo.

Sachverhalt:

Das Verfahren war durch Gesuch des Amtes für Migration und Personenstand als zuständige kantonale Behörde beim erstinstanzlichen Richter eingeleitet worden. Dieser hatte den Antrag der Behörde abgewiesen, dass das Nichtbestehen des Ehebandes zwischen den Ehegatten in geeigneter Weise in deren Familienregister zu vermerken sei. Gegen dieses Urteil appellierte

das Amt für Migration und Personenstand, die Appellaten beantragten Nichteintreten, eventualiter Abweisung. Der Appellationshof weist das Gesuch zurück.

Aus den Erwägungen:

1. – 4. [...]

5. Die vorliegende Streitsache beruht im Wesentlichen auf dem folgenden Sachverhalt, der an dieser Stelle zum besseren Verständnis in der gebotenen Kürze zusammengefasst wird.

Die Appellaten hatten 1990 [...] geheiratet. Im Jahre 2002 unterzog sich die Ehefrau, der heutige Appellat 1, einer chirurgischen Geschlechtsumwandlung (weiblich in männlich). Mit Urteil vom 12. Februar 2003 stellte das damals zuständige Gericht fest, dass der heutige Appellat 1 fortan männlichen Geschlechts und demzufolge berechtigt sei, den Vornamen in Y. abzuändern. Des weiteren wies es die zuständigen Zivilstandsämter an, entsprechende Eintragungen vorzunehmen. Nachdem sich das Zivilstandsamt Kreis X. geweigert hatte, diese Eintragungen vorzunehmen und die Polizei- und Militärdirektion eine Beschwerde des Appellaten 1 abgewiesen hatte, wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern das Zivilstandsamt X. resp. die zuständige Zivilstandsbehörde mit Urteil vom 25. August 2004 an, die Geschlechts- und Vornamensänderung im Zivilstandsregister anzumerken.

Mit Schreiben vom 22. November 2004 teilte die Appellantin den Appellaten mit, aufgrund des (rechtskräftigen) Urteils des Verwaltungsgerichts stehe einer Eintragung der Geschlechts- und Vornamensänderung nichts mehr im Wege. Indessen müsse festgestellt werden, dass mit der Beurkundung der Geschlechtsänderung des Appellaten 1 dessen Ehe mit dem Appellaten 2 am 25. Februar 2003 ende und

FamPra.ch-2006-114

seither als aufgelöst zu betrachten sei. Nachdem die Appellaten mit Schreiben vom 2. Dezember 2004 dieser Auffassung widersprochen hatten, leitete die Appellantin das vorliegende Verfahren ein.

6. Die Vorinstanz hatte in ihrem Entscheid im Wesentlichen erwogen, das Bundesgericht habe bezüglich Verfahren, die sich auf den registerrechtlichen Nachvollzug einer Geschlechtsumwandlung (Namensänderung, Geschlechtsbezeichnung) beziehen, entschieden, es handle sich hierbei um eine Statusklage sui generis mit Wirkung ex nunc, die sich grundsätzlich mit einer Feststellungsklage vergleichen lasse. Nichts anderes gelte für den vergleichbaren Fall, wo aufgrund einer Geschlechtsumwandlung zu prüfen sei, ob eine davor gültig eingegangene Ehe weiterhin vor der Rechtsordnung bestand habe. Es gelte auch hier, den Status einer Person, ob nämlich verheiratet oder nicht, in einem förmlichen gerichtlichen Verfahren festzustellen. Da eine gleichgeschlechtliche Ehe dem schweizerischen Recht unbekannt sei und gegen den ordre public verstosse, ergebe sich, dass aufgrund der Geschlechtsumwandlung die Voraussetzungen für den Eheschluss nachträglich dahingefallen seien. Für einen solchen Fall enthalte das ZGB

keine Regelung. Es nenne in Art. 104 ff. ZGB lediglich die Gründe, welche zur ursprünglichen Ungültigkeit der Ehe führten. Eine solche Lücke im Gesetz sei vom Richter nach der Regel zu füllen, die der Gesetzgeber aufgestellt hätte, wäre er sich der planwidrigen Unvollständigkeit bewusst gewesen. Wie diese Lücke jedoch in casu zu füllen sei, brauche vorliegend nicht entschieden zu werden.

Zum Einen sei ein Summarverfahren für die verbindliche Feststellung, ob eine Ehe nach erfolgter Geschlechtsumwandlung vor der Rechtsordnung noch Bestand habe, zum vornherein ungeeignet, da Entscheide im Summarverfahren keine umfassende Rechtskraftwirkung hätten. Der Entscheid über Bestand oder Nichtbestand einer Ehe bedürfe aber einer definitiven Regelung. Zum Anderen müsse – sollte dem Standpunkt der Appellantin gefolgt werden – unweigerlich auch über die Nebenfolgen der Eheungültigkeit, namentlich über allfällige Unterhaltsansprüche, Güter- und Vorsorgerecht, entschieden werden. Auch die allfällige Feststellung der Ungültigkeit der Ehe würde die bisherigen Wirkungen der Ehe und die daraus abgeleiteten gegenseitigen Ansprüche nicht beseitigen, sondern lediglich in die Zukunft wirken. Dies sei für die ursprünglichen Eheungültigkeitsgründe gemäss Art. 105 ff. ZGB in Art. 109 ZGB ausdrücklich so geregelt und es sei nicht einzusehen, weshalb für einen aussergesetzlichen Eheungültigkeitsgrund etwas anderes gelten sollte. Dass über diese Nebenfolgen aber ebenfalls ein Entscheid mit voller Rechtskraftwirkung zu ergehen habe, verstehe sich von selbst.

Zusammenfassend ergebe sich, dass sich vor der allfälligen Berichtigung des Zivilstandsregisters Fragen materiell-rechtlicher Natur stellen würden, über die im ordentlichen Verfahren zu entscheiden sei. Solange über das rechtliche Schicksal der Ehe selber nicht entschieden sei, sei ein Gesuch um Berichtigung des Zivilstandsregisters entsprechend abzuweisen.

FamPra.ch-2006-115

7. Hiergegen wandte die Appellantin zusammengefasst ein, Art. 2 Abs. 2 EGzZGB besage, dass Berichtigungen von Eintragungen im Zivilstandsregister im summarischen Verfahren zu behandeln seien. Es könne nicht nachvollzogen werden, wieso die Vorinstanz auf ein ordentliches Verfahren verweise. Durch eine vorgängige materielle Beurteilung der Berichtigung würde das anschliessende Summarverfahren überflüssig. Die Zivilstandsbehörden müssten das im ordentlichen Verfahren ergangene Urteil ohnehin eintragen. Im weiteren stehe in casu gar kein ordentliches Verfahren zur Verfügung. Das Verfahren auf Ungültigerklärung der Ehe gemäss Art. 104 ff. ZGB könne im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangen. Die Ungültigkeitsgründe seien abschliessend und vorliegend nicht gegeben. Zudem seien sie auf die anfängliche Ungültigkeit der Ehe gerichtet und nicht wie im vorliegenden Fall auf eine nachträgliche.

Eine Ehe könne laut Lehre und Rechtsprechung nichtig sein, wenn sie an so grundlegenden Mängeln leide, dass eine Nicht-Ehe vorliege. Als Nichtigkeitgrund gelte auch der Eheschluss zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts. Konsequenterweise müsse die Ehe automatisch nichtig werden, wenn einer der Ehegatten sein Geschlecht ändere. Da die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten sei und keiner gerichtlichen Feststellung bedürfe, sei es nicht notwendig,

im Falle einer Geschlechtsumwandlung die Ehe durch ein Gerichtsurteil aufzulösen. Sie werde automatisch zu einer Nicht-Ehe (so auch die Regelung im italienischen und im türkischen Recht). Es sei somit nicht erforderlich, als Voraussetzung für die Feststellung oder Registereintragung der Geschlechtsumwandlung die Ehe aufzulösen. Im Gegenteil ergebe sich die Nichtexistenz der Ehe als Folge der gerichtlich und registerrechtlich anerkannten Geschlechtsumwandlung. Erforderlich sei vorliegend einzig und allein eine Berichtigung der Eintragung in den entsprechenden Registern gestützt auf Art. 42 ZGB.

Da sich die Appellaten der administrativen Registerbereinigung widersetzt hätten, sei deren Zivilstand seit dem 25. Februar 2003 streitig. Deshalb sei gestützt auf Art. 42 ZGB gerichtlich festzustellen, dass zwischen den beiden Personen infolge Geschlechtsumwandlung des Appellaten 1 kein Eheband mehr bestehe.

8. Wer ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, kann beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB). Die kantonalen Aufsichtsbehörden sind ebenfalls klageberechtigt (Art. 42 Abs. 2 ZGB).

a. Unter der Regelung von Art. 45 Abs. 1 aZGB, welche vor dem 1. Januar 2000 galt, wurde zumindest im Grundsatz klar zwischen Statusklagen und dem Verfahren auf Berichtigung des Zivilstandsregisters unterschieden. Eine Registeränderung konnte nur dann auf dem Wege der Berichtigung erfolgen, wenn die Unrichtigkeit auf einen Fehler bei der Eintragung zurückzuführen war. Im Übrigen wurde der

FamPra.ch-2006-116

Kläger auf den Statusprozess verwiesen. Eine Umgehung der Statusklage auf dem Wege der Berichtigung hat das Bundesgericht ausdrücklich ausgeschlossen (MÜLLER/WIRTH, Gerichtsstandsgesetz, 1. Auflage 2001, N. 173 ff. zu Art. 14 GestG).

b. Mit dem neuen Art. 42 ZGB wurde die Bestimmung laut Botschaft des Bundesrats (Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des ZGB., BBL 1996 I 52) zu einer umfassenden Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand ausgebaut, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Je nachdem, ob die Anwendung der Regeln über die Beurkundung des Personenstandes oder eigentliche Statusfragen streitig seien, stehe letztinstanzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder die Berufung an das Bundesgericht offen.

c. Der «Ausbau» der Berichtigungsklage zu dieser umfassenden Gestaltungsklage wird in der Lehre, insbesondere von BUCHER (Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Basel/Genf/München 1999, N. 329a), kritisiert, da damit die Natur der Berichtigungsklage missverstanden werde. Diese strebe ja nur eine Eintragung deklaratorischer Wirkung an. Die Statusklage habe demgegenüber das materielle Recht zum Gegenstand und nicht die Frage der Eintragung; diese stelle die blosser Wirkung des Urteils dar. Art. 42 ZGB sei deshalb auf

Gestaltungsklagen nicht anwendbar. Als Konsequenz ergäbe sich, dass Art. 42 ZGB lediglich anwendbar wäre auf Berichtigungen von Eintragungen, die bereits im Zeitpunkt der Verurkundung unrichtig waren, Ergänzungen von lückenhaften Eintragungen (z.B. Fehlen der Staatsangehörigkeit) oder die Löschung von Eintragungen (z.B. Löschung der Eintragung eines ausländischen Scheidungsurteils, dass trotz Verstoss gegen den ordre public eingetragen wurde). Auf einen Nachtrag wäre Art. 42 ZGB ausserdem nur anwendbar, wenn sich dieser auf eine Tatsache – und nicht auf ein Rechtsgeschäft oder ein Urteil – beziehe (vgl. zum Ganzen BUCHER, a.a.O., N. 316 ff.).

d. MÜLLER/WIRTH (a.a.O., N. 20 ff. zu Art. 14) scheinen die Kritik von Bucher zu teilen, sind jedoch aufgrund des klaren Willens des Gesetzgebers der Auffassung, dass unter dem neuen Recht sämtliche Statusklagen, für die eine gesetzliche Regelung nicht bestehe, in den Anwendungsbereich von Art. 42 ZGB fielen, sofern damit zumindest (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt werde. In Frage kämen grundsätzlich Statusgestaltungsklagen, die auf die Begründung, Abänderung und Aufhebung des den Zivilstand berührenden materiellen Rechts abzielten. Die Rechtsprechung qualifiziere auch die Klage auf Feststellung der Änderung des Geschlechts nach einer Geschlechtsumwandlung als Statusgestaltungsklage. In gewissen Fällen sei die Statusklage ausserdem auf die blosser Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines den Zivilstand betreffenden Rechts gerichtet. Solche Statusfeststellungsklagen seien zu ergreifen, wenn die materielle Rechtslage bestritten sei.

e. Die Art. 2 Abs. 2 EGzZGB i.V.m. Art. 322 ZPO verweisen das Verfahren betreffend Berichtigung von Eintragungen im Zivilstandsregister nach dem alten

FamPra.ch-2006-117

Art. 45 Abs. 1 ZGB ins Summarverfahren. Zur neuen Bestimmung von Art. 42 ZGB führt HEUSSLER (in: HONSELL/VOGT/GEISER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N. 4 zu Art. 42 ZGB) aus, das Gericht werde im summarischen Verfahren entscheiden und den Sachverhalt im Interesse der Vollständigkeit und Richtigkeit der Eintragungen in den Zivilstandsregistern von Amtes wegen feststellen. Nach LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N. 3b zu Art. 322) sind auch Verfahren des neuen Art. 42 ZGB der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen. Hinsichtlich der vom Bundesrecht umschriebenen Voraussetzungen der Gutheissung eines Begehrens sei voller Beweis zu führen, wobei sich ein definitiver Entscheid ergebe. Zur Rechtsprechung nach der alten Fassung von Art. 45 ZGB wird als Beispiel ausgeführt, wenn ein Begehren auf endgültige Feststellung des umstrittenen Familiennamens eines Kindes ziele, liege eine nicht vermögensrechtliche Zivilstreitigkeit i. S. von Art. 44 OG und nicht ein blosses Begehren um Berichtigung des Zivilstandsregisters vor; die Sache gehöre in ein ordentliches Verfahren. Im summarischen Verfahren sei dagegen ein Begehren um Abänderung des eingetragenen Geschlechts zu behandeln.

9. Gestützt auf die obigen rechtlichen Erwägungen ist festzustellen, dass die Rechtsnatur der Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB (zumindest) in der Lehre umstritten ist. Indessen wird zum Teil und nach Ansicht der Kammer zu Recht darauf hingewiesen, dass nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nun auch Statusklagen, für welche kein eigenes Verfahren gegeben ist, in den Anwendungsbereich von Art. 42 ZGB fallen müssen. Wie genau, in welcher Verfahrensart und mit welcher Kognition ein solches Verfahren durchzuführen ist, dazu äussert sich jedoch soweit ersichtlich niemand. Zwar scheint man sich darin einig zu sein, dass Begehren gemäss Art. 42 ZGB (grundsätzlich) der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen und im Summarverfahren zu beurteilen sind. Dies vermag aber in eben diesen Fällen von Statusgestaltungs- oder Statusfeststellungsklagen nicht zu überzeugen, wird hier doch definitiv über den Status einer Person entschieden, was unbeschränkter Kognition resp. eines ordentlichen Verfahrens bedarf. Die Botschaft weist denn wie erwähnt auch darauf hin, dass unter Umständen die eidgenössische Berufung als Rechtsmittel zur Verfügung steht. Daraus ergibt sich nach Ansicht der Kammer, dass auch die kantonalen Instanzen mit voller Kognition zu entscheiden haben.

Im vorliegenden Fall will die Appellantin feststellen lassen, dass zwischen den Appellaten ab dem 25. Februar 2003 kein Eheband mehr bestehe. Die Appellantin beruft sich darauf, dass die Ehe der Appellaten mit der Geschlechtsumwandlung des Appellaten 1 zu einer Nicht-Ehe geworden sei. Bei der vorliegend strittigen richterlichen Berichtigung geht es aufgrund der Rechtsbegehren der Appellantin somit um die Frage der Nichtigkeit der Ehe zwischen den Appellaten oder anders betrachtet um deren Zivilstand. Damit steht ohne jeden Zweifel eine Statusfrage zur

FamPra.ch-2006-118

Beurteilung, wobei vorliegend offen bleiben kann, ob diese Gegenstand einer Statusgestaltungs- oder einer Statusfeststellungsklage sein müsste. Die Frage der Registerberichtigung steht jedenfalls im Hintergrund und wäre lediglich die Folge des Statusurteils. Nun kann festgestellt werden, dass das Gesetz für die Beurteilung dieser Statusfrage kein eigenes Verfahren zur Verfügung stellt, womit die Klage dennoch unter Art. 42 ZGB fällt. Eine Beurteilung im Summarverfahren erscheint in Hinblick darauf, dass ein solches Statusurteil berufungsfähig sein müsste, jedoch als ausgeschlossen. Die Prüfung der materiellen Frage des Bestandes der Ehe der Appellaten hat somit – wie es auch die Vorinstanz befunden hat – in einem ordentlichen Verfahren zu erfolgen.

Dies führt jedoch nach Ansicht der Kammer nicht zur Abweisung des Gesuchs der Appellantin, sondern zu dessen Rückweisung.

10. Ergänzend kann ausgeführt werden, dass das Gesuch der Appellantin aber selbst dann abzuweisen wäre, wenn darauf eingetreten werden könnte. Auf das Gesuch könnte allenfalls dann eingetreten werden, wenn man der Argumentation der Appellantin folgt und annimmt, die Geschlechtsumwandlung des Appellaten 1 hätte die Ehe der Appellaten automatisch beendet. Damit könnte eine Berichtigung analog derjenigen bei ursprünglich fehlerhafter Beurkundung möglicherweise zur Diskussion stehen. Die Nichtigkeit der Ehe wäre jederzeit von Amtes wegen

zu beachten. Diesfalls erschiene die Beurteilung im Summarverfahren und das Feststellungsbegehren der Appellantin wohl korrekt, zumal sich die Appellaten gegen die rein registerliche Korrektur ja zur Wehr gesetzt haben.

Die Kammer kommt wie erwähnt allerdings zum Schluss, dass im vorliegenden Fall nicht von der Nichtigkeit der Ehe resp. nicht vom Vorliegen einer Nicht-Ehe ausgegangen werden kann.

Wohl trifft es zu, dass laut Rechtsprechung (BGE 119 II 266 f. E. 3b und 4b) und herrschender Lehre dann keine Ehe zustande kommt resp. eine Nicht-Ehe vorliegt, wenn gleichgeschlechtliche Partner getraut worden sind (GEISER/LÜCHINGER, in: HONSELL/VOGT/GEISER, a.a.O., N. 5 zu Art. 104 ZGB; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern 2000, N. 7.05). Aus dieser Feststellung zieht jedoch soweit ersichtlich die überwiegende Mehrheit der Autoren, die sich zu diesem Thema geäußert haben, nicht automatisch den Schluss, dass eine Ehe auch nichtig wird, wenn einer der Ehegatten sein Geschlecht ändert.

GEISER/LÜCHINGER (a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 104 ZGB) äussern ausdrücklich die Auffassung, dass die Ehe mit der Geschlechtsänderung weder automatisch dahin falle noch an einem Ungültigkeitsgrund leide. Eine Zwangsscheidung oder die Ungültigerklärung der Ehe falle mangels einer entsprechenden Gesetzesgrundlage ausser Betracht und könne auch auf dem Weg der Lückenfüllung nicht eingeführt werden. Ebenso sei es für schweizerische Verhältnisse undenkbar, dass eine bestehende Ehe mit der Geschlechtsänderung automatisch dahinfalle. Dies widerspräche

FamPra.ch-2006-119

den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung. Insbesondere wäre es mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, eine ursprünglich gültige Ehe nach der Eintragung der Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister als nicht mehr existent zu betrachten. Tatsachen, die erst nach der Heirat eintreten würden, führten nach unserer Rechtsordnung nicht zur Ungültigkeit der Ehe, sondern gäben höchstens Anlass zu einer Scheidung. Eine Nicht-Ehe wegen Wegfalls des unterschiedlichen Geschlechts der Ehegatten könne ebenfalls nicht angenommen werden, da es für das Vorhandensein der begriffswesentlichen Merkmale einer Ehe auf den Zeitpunkt der Eheschliessung ankomme.

Im gleichen Sinne äussern sich SCHWANDER (AJP 3/97, S. 345) in seinem Kommentar zum Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, das entsprechend entschieden hat (AJP 3/97, S. 340 ff.), sowie BÜCHLER/COTTIER (Transsexualität und Recht, in: FamPra.ch 1/2002, S. 41 ff.).

Anderer Meinung scheinen HEGNAUER/BREITSCHMID (a.a.O., N. 7.05) zu sein, wobei festzustellen ist, dass sie lediglich die Auffassung vertreten, eine verheiratete Person, deren Geschlecht nachträglich verändert worden sei, könne die Berichtigung in den Zivilstandsregistern erst nach Auflösung der Ehe verlangen. Zum Schicksal der Ehe für den Fall, dass die Eintragung

des neuen Geschlechts trotz noch bestehender Ehe bereits erfolgt ist, äussern sie sich jedoch nicht explizit.

Die Kammer kann sich den Ausführungen der oben zitierten Autoren, welche davon ausgehen, dass die Ehe nach der Geschlechtsumwandlung nicht ohne weiteres dahin fällt, in jeder Hinsicht anschliessen. Zur Begründung kann vollumfänglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Daran vermag der Hinweis der Appellantin auf das italienische und das türkische Recht nichts zu ändern, ebenso wenig derjenige auf das deutsche Transsexuellengesetz. Letzteres bestimmt in § 16, dass gleichgeschlechtliche Ehen, welche nach einer Geschlechtsumwandlung entstanden sind, mit Inkrafttreten des Gesetzes als aufgelöst gelten. Offenbar wurden diese Ehen aber somit vor Erlass des neuen Gesetzes auch nicht als Nicht-Ehen betrachtet.

Insgesamt ist damit davon auszugehen, dass die Ehe der Appellaten mit dem Geschlechtswechsel des Appellaten 1 jedenfalls nicht nichtig geworden ist. Nicht zu prüfen ist mangels Geltendmachung, ob allenfalls eine Lücke im Gesetz vorliegen könnte und damit eine Art aussergesetzlicher Ungültigkeitsgrund zu schaffen wäre. Zu bemerken ist lediglich, dass sich die zitierten Autoren soweit ersichtlich auch dagegen aussprechen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Revision der altrechtlichen Ungültigkeits- und Nichtigkeitsgründe noch keine zehn Jahre alt ist.

11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auch der erstinstanzliche Kostenspruch zu bestätigen. Die Appellantin ist auch in oberer Instanz unterlegen und wird somit kostenpflichtig (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Sie hat daher auch die oberinstanzlichen Gerichtskosten zu bezahlen sowie den Appellaten eine angemessene

FamPra.ch-2006-120

Parteientschädigung für das oberinstanzliche Verfahren auszurichten, welche in Anwendung von Art. 10 lit. d des Dekrets über die Anwaltsgebühren festgesetzt wird.

[...]

(eingereicht von Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin, Bern)

Bemerkungen:

Das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern ist sehr zu begrüessen und bestätigt im Grundsatz eine Haltung, die bereits in einem Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996 (SJZ 1997, 442 ff.) Ausdruck fand.

Im Ergebnis richtig ist sicher die Feststellung, dass die Beurteilung des Bestandes und mithin die Auflösung der Ehe nicht in einem Summarverfahren erfolgen kann, unabhängig davon, welche Rechtsnatur man der Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB nun zuschreiben mag.

Von grosser Bedeutung sind aber vor allem die ergänzenden Ausführungen des Gerichts, wonach die registerrechtlich nachvollzogene operative Geschlechtsumwandlung allein keinen Einfluss auf den Bestand einer rechtsgültig zustande gekommenen ehelichen Verbindung hat. Weil der Katalog von Eheungültigkeitsgründen in den Art. 105 und 107 ZGB abschliessender Natur ist (Art. 104 ZGB), sind aussergesetzliche Eheungültigkeitsgründe nicht denkbar. Die Fälle von nichtigen Ehen sind zwar im Gesetz nicht aufgeführt, sowohl die in der Literatur genannten Beispiele wie auch die Konzeption der Nichtigkeit verdeutlichen aber, dass der Nichtigkeitsgrund bereits zum Zeitpunkt der Eheschliessung vorliegen muss. Im konkreten Fall war im Zeitpunkt der Eheschliessung die Voraussetzung der Geschlechterverschiedenheit zweifellos erfüllt.

Verändern sich die Umstände im Verlauf der Ehe, so finden in der schweizerischen Rechtsordnung regelmässig nicht die Ungültigkeitsregeln, sondern die Regeln der Scheidung Anwendung. Dem schweizerischen Recht ist die Zwangsscheidung oder die Scheidung von Gesetzes wegen allerdings gänzlich fremd. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage, wie sie für die Auflösung der Verbindung notwendig wäre – was auch ausländische Rechtsordnungen verdeutlichen –, fehlt.

Weiter hat der Gesetzgeber es versäumt, im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare eine Bestimmung aufzunehmen, wonach das Paar nach der registerrechtlich vollzogenen Geschlechtsumwandlung eines Partners oder einer Partnerin nicht mehr dem Eherecht, sondern dem Recht der eingetragenen Partnerschaft unterstehen soll.

Schliesslich ist schwer einzusehen, weshalb das Ehepaar diesen beschwerlichen Weg durch die Instanzen auf sich nehmen musste, nur um die seit vielen Jahren bestehende rechtliche Beziehung zu verteidigen. Es stellt sich unweigerlich die Frage, welche Interessen diejenigen, die die Ehe aufgelöst sehen wollen, zu schützen gedenken. Das Amt für Migration und Personenstand spricht davon, die gleichgeschlechtliche Ehe würde gegen den ordre public verstossen. Ob dies tatsächlich noch so vertreten werden kann,

FamPra.ch-2006-121

nachdem immer mehr europäische Länder die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet haben, ist zumindest fraglich. Aber selbst dann, wenn man in einem solchen Fall öffentliche Interessen an der Geschlechterverschiedenheit zu erkennen vermag, stehen ihnen gegenüber die Interessen von zwei Menschen, ihre eheliche Verbindung, deren Tragfähigkeit sie zweifellos unter Beweis gestellt haben, aufrechtzuerhalten. Die Abwägung führt zu einem eindeutigen Ergebnis.

Prof. Dr. Andrea Bächler, Zürich