



dingungen, unter denen über die Probleme von FBM in den Einrichtungen offen diskutiert werden kann, und setzt entsprechende Anreize, die gängige Praxis zu verändern. Beides leistet das HeimAufG. Es schafft durch die klare Definition von FBM und die Festlegung der Bedingungen, unter denen sie rechtmäßig sind, das Forum für die Diskussion über dieses Thema, und es setzt mit der Möglichkeit, strittige Fälle

einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, einen **Anreiz zur Umsetzung von Alternativen**, die eine solche Überprüfung vermeiden. Insofern dürfte das HeimAufG die Erwartungen des Gesetzgebers erfüllen, wenn auch auf Umwegen, die eine Veränderung der Kontextbedingungen der Pflegepraxis befördern und so den Menschenrechten der Bewohner indirekt zur Geltung verhelfen.

Transsexualität und das Wesen der Ehe

Zum rechtlichen Schicksal der Ehe nach Geschlechtsumwandlung

Der folgende Beitrag untersucht die Frage, welche Auswirkungen eine Geschlechtsumwandlung auf den rechtlichen Bestand einer früher geschlossenen Ehe hat.

UNIV.-PROF. DDR. CHRISTIAN KOPETZKI*

I. Ausgangslage

Gem § 44 ABGB kann eine Ehe nur von „zwei Personen verschiedenen Geschlechts“ geschlossen werden.¹ Eine Eheschließung durch gleichgeschlechtliche Personen ist unmöglich und unwirksam („Nichtehe“). Ob zwei Personen „verschiedenen Geschlechts“ sind oder nicht, ist zumeist evident und wirft so lange keine rechtlichen Probleme auf, als das Geschlecht im sozialen Alltag als stabile biologische Kategorie wahrgenommen wird.² In der älteren Literatur wurden Grenzfälle der Geschlechtszuordnung daher nur am Rande diskutiert – etwa wenn die Gleichgeschlechtlichkeit zwar von Anfang an vorlag, aber zunächst nicht erkennbar war, oder wenn sie nicht eindeutig festgestellt werden konnte.³

Mit den medizinischen Möglichkeiten der **Geschlechtsumwandlung** bei Transsexuellen⁴ – also bei Personen, die sich einem anderen als ihrem genetischen Geschlecht zugehörig fühlen – entstanden neuartige familien-, personenstands- und verfassungsrechtliche Fragen: Eine davon betrifft die rechtliche Zuordnung Transsexueller nach medizinischer Anpassung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts. Hier hat sich – nach vielen Jahren der

ausschließlich an biologisch-genetischen Kriterien orientierten Anknüpfung an das (unveränderliche) chromosomale Geschlecht⁵ – der Standpunkt durchgesetzt, dass die Rechtsordnung die neue geschlechtliche Identität von Transsexuellen unter bestimmten Voraussetzungen auch in personenstands- und eherechtlicher Hinsicht anerkennen muss, und zwar trotz des biologischen Befundes, dass solche Personen genetisch weiterhin ihrem „alten“ Geschlecht angehören: Wegbereiter waren in Österreich einerseits der VfGH,⁶ andererseits die Verwaltungspraxis, die die Voraussetzungen der Eintragung des neuen Geschlechts im Geburtenbuch im Erlassweg festlegte.⁷ Konsequenterweise haben diese Personen daher das Recht, nach der Geschlechtsumwandlung eine Ehe mit einem Partner jenes Geschlechts einzugehen, dem sie vor der Geschlechtsumwandlung angehörten. Aus der Perspektive der neuen sozialen und rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit ist dies eine Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl – biologisch betrachtet – eine Ehe zwischen genetisch gleichgeschlechtlichen Personen vorliegt. Nach langem Zögern wurde dieses **Recht auf Eheschließung** Transsexueller vom EGMR auch als Grundrecht gem Art 8 und 12 EMRK anerkannt.⁸ Daran anschließend

* Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Medizinrecht, an der Universität Wien.

¹ Der VfGH hatte dagegen keine Bedenken: 12. 12. 2003, B 777/03.

² Zum Schwinden dieser Gewissheiten Holzleithner, *Geschlecht als Anerkennungsverhältnis*, juridikum 2002, 170.

³ Vgl. *Ehrenzweig*, System des österreichischen Privatrechts² II/2 (1937) 15; *Lenhoff* in *Klang* I/1 (1933) 388.

⁴ Zum Diskussionsstand mwN *Steinmetzer/Groß/Duncker*, Ethische Fragen im Umgang mit transidenten Personen – Limitierende Faktoren des gegenwärtigen Konzepts von „Transsexualität“, *Ethik Med* 2007/1, 39; *Groß/Steinmetzer*, Transidentität zwischen Medizin, Recht und Ethik, *JB für Recht und Ethik* 15 (2007) 580.

⁵ Statt aller *Hoyer*, *Geschlecht und Familienrecht*, FS Schwind

(1978) 91 (99): Im Hinblick auf die Fähigkeit zur Fortpflanzung sei das chromosomale Geschlecht maßgeblich.

⁶ Nach VfGH 30. 9. 1997, 95/01/0061, ist eine transsexuelle Person nach medizinischen geschlechtskorrigierenden Maßnahmen rechtlich jenem Geschlecht zuzuordnen, das ihrem neuen äußeren Erscheinungsbild entspricht. § 44 ABGB steht daher einer Heirat mit einer Person des Geschlechts, dem der/die Transsexuelle früher angehörte, nicht entgegen, weil es sich dabei um zwei Personen verschiedenen Geschlechts handelt.

⁷ Vgl. den Erlass des BMI v 27. 11. 1996, Z 36.250/66-IV/4/96, der den vorangehenden Erlass 18. 7. 1983, Z 10.582/24-IV/4/83 („Transsexuellen-Erlass 1983“) modifizierte.

⁸ Zuletzt EGMR 11. 7. 2002, Appl 28957/95, Fall *Goodwin*, Z 70 ff, 97 ff (mwN zur abweichenden älteren Rsp): Wenn es einem Transsexuellen nicht möglich ist, eine Person des Geschlechts zu heiraten, dem er vor der Geschlechtsumwandlung angehört



hat der EuGH sozialrechtliche Benachteiligungen, die sich aus der mangelnden Anerkennung der neuen rechtlichen sexuellen Identität bzw dem neuen familienrechtlichen Status ergeben können, als unzulässige „Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“ qualifiziert.⁹

II. Das Schicksal der „alten“ Ehe

Eine andere Frage betrifft das rechtliche **Schicksal einer früher geschlossenen Ehe nach erfolgreicher Geschlechtsumwandlung** eines Partners. Während einige Autoren zunächst eine „nachträglich entstandene Nichtehe“ annehmen,¹⁰ setzte sich die Auffassung durch, dass die Geschlechtsumwandlung für sich genommen keine Auswirkung auf den rechtlichen Bestand der Ehe hat: Die Änderung des Geschlechts kann Scheidungsgrund (unter bestimmten Voraussetzungen auch Aufhebungsgrund¹¹) sein; sie führt aber weder zur Nichtigkeit noch zur Unwirksamkeit der Ehe.¹² Eine Folge davon ist, dass die Ehepartner ihre Ehe fortsetzen können, wenn sie dies wollen, obwohl es sich in dieser Konstellation nun um eine Ehe zwischen – rechtlich betrachtet – gleichgeschlechtlichen Partnern handelt.

Große praktische Relevanz hatte diese Rechtsansicht zunächst nicht: Da der sog **Transsexuellen-Erlass** des BMI die Eintragung der Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch an die Voraussetzung knüpfte, dass die antragstellende Person nicht (mehr) verheiratet war, wurde die Ehe zumeist noch vor der Geschlechtsänderung gelöst. Nach der Aufhebung der normativen Teile dieses Erlasses durch den VfGH¹³ ist damit zu rechnen, dass die Rechtsfrage nach dem weiteren Schicksal der Ehe künftig relevant werden kann. Der VfGH sprach zwar aus, dass das von den Personenstandsbehörden wahrzunehmende rechtlich geschützte Interesse auf Änderung des (rechtlichen) Geschlechts unabhängig vom Bestehen einer Ehe zu beurteilen ist; er konnte die eherechtlichen Folgen der Geschlechtsänderung aber offenlassen.

Wenngleich sich durch die Aufhebung des Transsexuellen-Erlasses und den Wegfall des Hindernisses einer aufrechten Ehe für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung gar nichts an der zivilrechtlichen Frage-

stellung nach dem Schicksal der bisher bestehenden Ehe geändert hat, scheint die bislang hA nun wieder in Diskussion zu geraten: Als Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH wurde die Auffassung vertreten, die Eintragung der Geschlechtsänderung führe zu einer **Ex-lege-Aufhebung der Ehe**, also zu ihrer rechtlichen Vernichtung ex nunc. Als Begründung wurde angeführt, es widerspreche „dem Wesen der Ehe, wenn eine operierte transsexuelle Person weiterhin mit einem Partner verheiratet ist, der nunmehr dem gleichen Geschlecht angehört“.¹⁴ Die Ungleichgeschlechtlichkeit der Ehepartner sei wegen § 44 ABGB „ein essentielles Wesensmerkmal der Ehe, das nicht vom Willen der Eheleute abhängt und das, weil die Ehe ein Dauerschuldverhältnis ist, während ihres gesamten Bestandes vorliegen muss“. Sobald diese Ungleichgeschlechtlichkeit nachträglich weg falle, liege „keine Ehe mehr vor, diese wird vielmehr durch die Geschlechtsumwandlung eines Partners ex lege beendet“.¹⁵ Diese Wirkung trete als Folge der Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch mit Wirkung ex nunc ein.

III. Keine Ex-lege-Aufhebung der Ehe durch Geschlechtsumwandlung

Diese – von der These der „nachträglichen Nichtehe“ lediglich durch Nuancen wie den Wirkungseintritt unterscheidbare – Ansicht steht nicht nur im Widerspruch zur bisherigen hA; sie entspricht auch nicht dem Gesetz:¹⁶

Die Berufung auf das „Wesen“ der Dinge verschleiert oft nur einen Mangel an tragfähigen Begründungen.¹⁷ Das ist auch hier nicht anders: Wer eine Ex-lege-Beendigung eines rechtswirksam zustande gekommenen (Ehe-)Vertrags behauptet, muss sich auf einen tauglichen Aufhebungstatbestand stützen. Es bedürfte des Nachweises, dass (1) die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner nicht bloß Abschlussvoraussetzung, sondern auch begleitende Bestandsbedingung der Ehe ist, und (2) dass der nachträgliche Entfall dieser Voraussetzung von der Rechtsordnung als ex lege wirksamer Vernichtungstatbestand konstruiert ist.

Beides trifft nicht zu: Denn zum einen nennt § 44 ABGB die Verschiedengeschlechtlichkeit nur als Voraussetzung für

hat, so liegt darin eine Verweigerung der Anerkennung seiner neuen sexuellen Identität und damit eine Verletzung der Art 8 und 12 EMRK.

⁹ ZB EuGH 7. 1. 2004, Rs C-117/04, *K. B.*, Slg 2004, I-00541 (kein Ausschluss Transsexueller von Witwenrente); EuGH 27. 4. 2006, Rs C-423/04, *Richards*, Slg 2006, I-3585 (keine Versagung einer Ruhestandsrente nach Geschlechtsumwandlung vom Mann zur Frau, weil sie noch nicht das 65. Lebensjahr erreicht hat, während diese Person mit 60 Jahren Anspruch auf eine solche Rente gehabt hätte, wenn sie nach dem nationalen Recht als Frau anzusehen gewesen wäre).

¹⁰ Mit unterschiedlich akzentuierten Begründungen zB *Schwind*, Kommentar zum österreichischen Eherecht² (1980) 3; *Edlbacher*, Die Transsexualität im Zivil- und im Personenstandsrecht, ÖJZ 1981, 173 (insb 180). Für *Hoyer* stellt sich die Frage vornehmlich nicht, weil er wegen der Konstanz der „Erbmasse“ keine rechtliche Änderung des Geschlechts akzeptiert (FS *Schwind* 99 f).

¹¹ Dazu *Hopf/Kathrein*, Eherecht² (2005) 4.

¹² Statt vieler *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³, § 44 Rz 2; *Hopf/Kathrein*, Eherecht² 3; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB I³, § 44 Rz 1; *Hinteregger* in *Klang*³, § 44 Rz 6.

¹³ VfGH 8. 6. 2006, V 4/06, RdM 2007/40 mit Anm *Kopetzki*.

¹⁴ *Jaksch-Ratajczak*, Gibt es in Österreich eine Ehe unter Gleichgeschlechtlichen? EF-Z 2006/64, 111 (114); das Ergebnis offenlassend *Faffelberger*, Der Transsexuellerlass. Über die rechtliche Stellung Transsexueller in Österreich, JAP 2006/2007/13. Zu diesem „Wesensargument“ schon *Edlbacher*, ÖJZ 1981, 180.

¹⁵ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2006/64, 114.

¹⁶ Zu Recht kritisch nun *Koch* in *KBB*² (2007) § 44 Rz 2 („abwegig“).

¹⁷ Zu solchen Scheinbegründungen und – dahinterstehende rechtspolitische Zielsetzungen eher verschleiern – Argumentationsmustern wie „Wesensargumenten“ oder den Rekurs auf „rechtsethische Prinzipien“ vgl zB *Rüthers*, Rechtstheorie (1999) Rz 913 ff.



den Abschluss des Ehevertrages (arg „erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts“).¹⁸ Das mag aus dem Umstand erklärbar sein, dass die nachträgliche Veränderung der – scheinbar unabänderlichen „natürlichen“ Konstante der – Geschlechtszugehörigkeit außerhalb der Vorstellungswelt des historischen Gesetzgebers lag; gerade der auch sonst eher programmatische Inhalt des § 44 ABGB sollte aber Vorsicht bei der Ableitung zwingender „Dauermerkmale“ der Ehe nahelegen.

Zum anderen wäre auch mit der Annahme einer „permanenten“ Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit noch nichts über die Rechtswirkungen bei Nichterfüllung dieser Voraussetzung ausgesagt. Aus den für sich genommen zutreffenden Hinweisen auf die in § 44 ABGB verankerte Geschlechtsverschiedenheit und auf den Charakter der Ehe als **Dauerrechtsverhältnis** folgt noch nicht, dass jeder nachträgliche Wegfall dieses „Wesensmerkmals“ ex lege die rechtliche Beendigung des Rechtsverhältnisses „Ehe“ nach sich zieht. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach Dauerrechtsverhältnisse immer dann ex lege aufgelöst werden, sobald eine – und sei es eine „essenzielle“ – Voraussetzung ihres rechtlichen Zustandekommens im Nachhinein wegfällt (und der Vertrag somit zu diesem späteren Zeitpunkt nicht mehr gültig geschlossen werden könnte). Für die Annahme einer solchen Rechtsfolge bedürfte es einer zusätzlichen Norm, welche diese „Ex-lege-Aufhebung“ begründet. Diese Funktion erfüllt üblicherweise die Nichtigkeitsdrohung des § 879 ABGB. Daraus ist hier aber nichts zu gewinnen, da nach ganz überwiegender Auffassung die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts auf den Ehevertrag nicht anzuwenden sind¹⁹ und durch besondere eherechtliche Bestimmungen ersetzt werden. Die spezifischen Regelungen des ABGB oder des EheG enthalten aber gerade keine allgemeine Nichtigkeitsfolge für allfällige rechtliche Fehler des Ehevertrages, sondern spezielle und **taxative Gründe für die Nichtigkeit** einer Ehe.²⁰ Einen Nichtigkeitsgrund der Geschlechtsumwandlung kennt das Gesetz nicht. Dazu kommt, dass die Nichtigkeitsgründe des EheG keine Ex-lege-Vernichtung, sondern nur „**Vernichtbarkeit**“ durch richterliches Gestaltungsurteil bedeuten (§ 27 EheG).²¹

Durch die Kombination taxativer Nichtigkeitsgründe und eines Richtervorbehalts nimmt das Eherecht – aus plausiblen Motiven der Rechtssicherheit – in Kauf, dass bestimmte Gesetzswidrigkeiten von der Nichtigkeitssanktion ausgenommen bleiben (sei es, weil sie keine Nichtigkeitsgründe sind, sei es, weil die prozessualen Voraussetzungen für die gerichtliche „Vernichtung“ – namentlich: die Antragstellung

durch eine hierzu legitimierte Person – nicht erfüllt sind). Es kann somit auch im Eherecht Rechtsbeziehungen geben, die **zwar gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen, von der Rechtsordnung aber dennoch in ihrem rechtlichen Bestand geschützt** werden. Wenn das EheG die Nichtigkeitsfolge derart differenziert und zurückhaltend regelt, dann kann es nicht zulässig sein, im Interpretationsweg oder durch Analogie neue Vernichtungstatbestände zu erfinden, die zwar nicht zu den „Nichtigkeitsgründen“ gehören, aber über weite Strecken dieselben Rechtswirkungen nach sich ziehen.²²

Schließlich würde die Schaffung eines solchen impliziten Auflösungsstatbestands der nachträglichen Geschlechtsänderung auch gravierende **Unsicherheiten** nach sich ziehen, die mit den Zielsetzungen der eherechtlichen Bestimmungen in Konflikt gerieten. Wenn es richtig wäre, dass der – zur Auflösung der Ehe führende – Verstoß gegen das „Wesen“ der Ehe gerade im Verlust der Verschiedengeschlechtlichkeit liegt, dann müsste diese Rechtsfolge zur Vermeidung zwischenzeitlicher „Wesensverstöße“ unmittelbar durch den Wandel der Geschlechtsidentität eintreten, und nicht erst – wie postuliert – durch die Änderung der Eintragung ins Geburtenbuch. Allfällige Unklarheiten darüber, ob und wann dieser Wandel genau eingetreten ist, würden damit auch auf den rechtlichen Bestand der Ehe durchschlagen. Diese Unsicherheit mag zwar durch die Anknüpfung an die – rechtlich leicht feststellbare – Änderung im Geburtenbuch wieder beseitigt werden; damit gelangt man aber zum Ergebnis, dass die Entscheidung über die Vernichtung der Ehe in der Hand der Personenstandsbehörde liegt, und nicht – wie dies § 27 EheG vorsieht und im Hinblick auf die zivilrechtlichen Folgen wegen Art 6 Abs 1 EMRK auch vorgesehen muss – bei einem Gericht.

IV. Gleichheitssatz

Die Befürchtung, aus der Zulassung einer – dann gleichgeschlechtlichen – Ehe würde sich ein verfassungsrechtlicher Druck zugunsten der Zulassung einer **Eheschließung unter gleichgeschlechtlichen Personen** ergeben, ist nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon, dass eine solche Folgewirkung – wäre sie verfassungsrechtlich begründbar – eher für die Zulassung der gleichgeschlechtlichen als gegen die Vernichtung der Transsexuellen-Ehe spräche, sind diese Konstellationen in keiner Weise vergleichbar: Erstens steht hier nicht die Zulässigkeit der Eheschließung unter Personen des gleichen Geschlechts zur Debatte, sondern der Fortbestand einer (zwischen verschiedengeschlechtlichen Partnern) be-

¹⁸ Wentzel in Klang² I/1, 313, spricht im Kontext des Ehevertrages vom „Tatbestandserfordernis seines Abschlusses durch zwei Personen verschiedenen Geschlechtes“.

¹⁹ Lenhoff in Klang I/1, 389; Wentzel in Klang² I/1, 314 f; Stabentheiner in Rummel, ABGB I³, § 44 Rz 2; Schwimann/Ferrari in Schwimann, ABGB I³, § 44 Rz 1.

²⁰ Dazu und zum taxativen Charakter der Nichtigkeitsgründe mwN Stabentheiner in Rummel, ABGB II/4³, § 20 EheG Rz 2;

Schwimann/Ferrari in Schwimann, ABGB I³, § 20 EheG Rz 1.

²¹ Gem § 27 EheG kann sich niemand „auf die Nichtigkeit einer Ehe berufen, solange nicht die Ehe durch gerichtliches Urteil für nichtig erklärt worden ist“; Stabentheiner in Rummel, ABGB II/4³, §§ 27, 28 EheG Rz 1.

²² Gegen eine Erweiterung durch Analogie oder ausdehnende Auslegung Hopf/Kathrein, Eherecht 223.

reits wirksam geschlossenen Ehe infolge einer nachträglichen Geschlechtsänderung. Und zweitens sind die Sachverhalte „Ehe nach Geschlechtsumwandlung wegen Transsexualität“ und „Ehe zwischen Homosexuellen“ in tatsächlicher Hinsicht so unterschiedlich gelagert, dass von einem Gebot gleicher Rechtsfolgen nicht gesprochen werden kann. Im letzten Fall geht es um den Abschluss einer Ehe zwischen sozial und genetisch gleichgeschlechtlichen Personen; hier hingegen um den Fortbestand einer Ehe, die zwischen genetisch und rechtlich verschiedengeschlechtlichen Personen zustande gekommen ist und die sich nun nach dem Wandel des rechtlichen Geschlechts als Ehe zwischen sozial gleichgeschlechtlichen Personen (bei weiterhin bestehender genetischer Verschiedengeschlechtlichkeit!) darstellt. Das spezifische Problem liegt ja gerade darin, dass sich die Beziehung eines Transsexuellen zu Personen beiderlei Geschlechts je nach Blickwinkel immer als „homosexuell“ einstufen lässt, je nachdem, ob man für die Geschlechtszuordnung eher biologische oder soziale Kriterien ins Visier nimmt.

Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz verbietet nur sachlich ungerechtfertigte Differenzierungen, er besagt aber nicht, dass die Zulassung einer gleichgeschlechtlichen Ehe im schicksalhaften und **völlig atypischen Ausnahmefall** einer rechtlichen Geschlechtsänderung eines – immerhin dem anderen genetischen Geschlecht angehörenden – Transsexuellen zur generellen gesetzlichen Anerkennung der „Homo-Ehe“ führen müsse. Die Tatsache, dass derartige Schlussfolgerungen in der öffentlichen Diskussion mitunter gezogen worden sind und dass die Auffassung von der „ipso iure entstandenen Nichtehe“ offenkundig vom Bestreben getragen war, die vermeintlich zwingende Konsequenz der Zulassung von homosexuellen Ehen „abwehren“ zu können,²³ macht aus solchen interessengeleiteten politischen Forderungen noch kein taugliches verfassungsrechtliches Argument. Das Gespenst der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Beziehungen²⁴ darf nicht dazu verwendet werden, die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte Transsexueller zu schmälern.

V. Grundrechte

Die These von der „Ex-lege-Auflösung“ hat auch grundlegende Relevanz, da diese Rechtsfolge auch ohne oder

gegen den Konsens der betroffenen Ehepartner eintreten soll. Es geht also um die Beendigung eines – wenn auch besonderen – zivilrechtlichen Vertrags gegen den Willen der Vertragspartner. Wenn es zutrifft, dass eine durch Art 8 EMRK geschützte „Familie“ als Inbegriff einer von wechselseitiger Zuneigung geprägten intimen Verbindung von Menschen sowohl durch rechtliche Bande als auch durch faktische Beziehungen konstituiert werden kann,²⁵ dann steht grundsätzlich auch ein gültig geschlossener Ehevertrag unter dem **Schutz des Art 8 EMRK**. Zwar genügt die rechtliche Beziehung allein noch nicht, um die Anwendbarkeit des Art 8 EMRK auszulösen.²⁶ Ist eine wirksam abgeschlossene Ehe aber einmal vom Schutzbereich des Art 8 EMRK erfasst worden, dann geht dieser Schutz nicht allein deshalb verloren, weil einer der Partner nachträglich sein Geschlecht ändert.²⁷ Dass sich gleichgeschlechtliche Partnerschaften nach (noch) hA weder auf den Schutz des Familienlebens gem Art 8 EMRK²⁸ noch auf das Recht zur Eheschließung gem Art 12 EMRK berufen können,²⁹ ändert daran nichts, weil es hier nicht um das Recht zum Abschluss einer Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern, sondern um den Schutz vor der Auflösung einer (zwischen verschiedengeschlechtlichen Partnern) bereits geschlossenen Ehe geht. Der Schutz des Art 8 EMRK ist jedenfalls nicht auf Ehen beschränkt, die einem bestimmten traditionellen Familienbild entsprechen.³⁰

Die Rechtsfolge der Ex-lege-Auflösung der Ehe greift somit in das Recht der Ehepartner nach Art 8 EMRK – und im Hinblick auf vermögensrechtliche Rechtsfolgen³¹ auch in das Recht auf **Eigentum** – ein. Sie bedarf daher einer hinreichenden Rechtfertigung im Lichte der Eingriffsschranken des Art 8 Abs 2 EMRK. Dazu gehört zunächst eine ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die postulierte Auflösung der Ehe nach Geschlechtsumwandlung, die das österreichische Recht nicht enthält. Doch auch bei einer materiellen Betrachtung wäre die Rechtfertigung eines solchen Auflösungsstatbestands – eine entsprechende gesetzliche Regelung vorausgesetzt – fraglich: Obwohl der EGMR von einem Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers bei der rechtlichen Behandlung früherer Ehen Transsexueller auszugehen scheint,³² bleibt unklar, welches der in Art 8 Abs 2 EMRK geschützten Rechtsgüter durch den Fortbestand einer Ehe nach Geschlechtsumwandlung bedroht

²³ Dieses Motiv stand schon bei *Edlbacher*, ÖJZ 1981, 180, Pate.

²⁴ Dazu *Holzleithner*, *juridikum* 2002, 107. Vgl auch *Moog*, Das „Gespenst“ der Gleichgeschlechtlichkeit – Transsexuelle zwischen Anerkennung und Diskriminierung, Master Thesis, Wien Juli 2005.

²⁵ Näher *Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Art 8 EMRK Rz 73.

²⁶ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Verfassungsrecht, Art 8 EMRK Rz 75.

²⁷ Auch wenn dieser Umstand dazu führen kann, dass sich der Schutz des Familienlebens nach einer Geschlechtsumwandlung auch auf die Beziehung des (nunmehr andersgeschlechtlichen) Partners mit einem neuen Partner des (nunmehr) anderen Geschlechts erstreckt: vgl EGMR, Fall X, Y, RJD 1997-II, 619, Z 37.

²⁸ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Verfassungsrecht, Art 8

EMRK Rz 75; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2007) 198, § 22 Rz 16.

²⁹ Art 12 EMRK behält das Recht, „eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen“, ausdrücklich „Männern und Frauen“ vor; mwN *Grabenwarter*, EMRK³ 226, § 22 Rz 60. Art 9 der Grundrechte-Charta der EU enthält das Kriterium der Ungleichgeschlechtlichkeit nicht mehr (endgültiger Text in EuGRZ 2007, 747).

³⁰ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Verfassungsrecht, Art 8 EMRK Rz 75 Anm 377.

³¹ Man denke nur an den Verlust sozial- oder erbrechtlicher Rechtspositionen, die unter den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff und den Schutz der Privatautonomie fallen; *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁷ (2007) Rz 868.

³² EGMR 11. 7. 2002, Fall *Goodwin*, Appl 28957/95, Z 103: „... it is



wird bzw. ob diese Bedrohung hinreichend gewichtig wäre, um den Eingriff in bestehende Eheverträge zu rechtfertigen. Bei verfassungskonformer Auslegung sollte ein derartiger Auflösungsstatbestand im Zweifel nicht unterstellt werden. Der Schutz des „Wesens“ der Ehe – ist eines abstrakten Schutzes der „Reinheit“ der Institution – begründet noch **kein ausreichendes öffentliches Interesse**, zumal von den Befürwortern der „Auflösungsthese“ nicht klargemacht wird, welche Rechts- und Interessenpositionen durch die Zulassung solcher „wesenswidriger“ Rechtsbeziehungen eigentlich gestört werden.

VI. Ergebnis

Für die Ex-lege-Auflösung einer Ehe nach Geschlechtsumwandlung eines Partners bestehen keine Anhaltspunkte. Eine derartige – vom Willen der Beteiligten unabhängige – Rechtsfolge wäre auch aus verfassungsrechtlicher Sicht zweifelhaft.

Einen rechtspolitischen Handlungsbedarf löst dieser Befund nicht aus. Er bedeutet auch keine politische (und schon gar keine verfassungsrechtlich beachtliche) Weichenstellung in Richtung der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen jenseits des untypischen Sonderfalls der Trans-

sexualität.³³ Man sollte die politische Auseinandersetzung um die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften nicht auf dem Rücken jener Menschen austragen, die durch ihr Problem mit der geschlechtlichen Identität und den sozialen Konsequenzen der Geschlechtsänderung ohnehin schon belastet sind. Sie brauchen nicht auch noch die Störung ihrer durch die Ehe vermittelten Rechtsbeziehungen durch den Staat. Wenn sie ihre Ehe – als Folge der Verschiebung ihrer geschlechtlichen Identität – nicht aufrechterhalten wollen, dann bleibt es ihre Entscheidung, diese Rechtsbeziehung zu beenden. Wenn sie die Ehe aber – aus welchen Gründen immer – aufrechterhalten möchten, dann sind weder eine Rechtsgrundlage noch ein öffentliches Interesse zu erkennen, ihnen dies von „hoher Hand“ des Gesetzgebers zu verwehren.

for the Contracting State to determine ... the conditions ... under which past marriages cease to be valid“. Da sich dieses *obiter dictum* aber nur auf Art 12 EMRK bezog (der ohnehin nur den Abschluss der Ehe und nicht deren Bestandsschutz regelt), dürfen daraus keine voreiligen Schlussfolgerungen für Art 8 EMRK gezogen werden.

³³ Folglich ist auch die Aufhebung des Transsexuellen-Erlasses durch den VfGH kein – auch kein „kleiner“ – Schritt in Richtung der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen; so aber *Faffelberger*, JAP 2006/2007/13.

RECHTSPRECHUNG Ehe- und Partnerschaftsrecht

Astrid Deixler-Hübner

§ 97 EheG

OGH 22. 10. 2007, 1 Ob 122/07h iFamZ 43/08

Kein Wohnrecht sui generis der Lebensgefährtin und auch kein vom allein betreuten Kind abgeleitetes Wohnrecht an der bisher mit dem Partner gemeinsam benützten Wohnung

Mit Aufnahme einer Lebensgemeinschaft allein entstehen weder dingliche bzw. obligatorische noch familienrechtliche Beziehungen. Daher kann der Lebensgefährte, der Eigentümer oder Mieter der gemeinsam benützten Wohnung ist, von seinem Partner jederzeit, jedenfalls aber nach Aufhebung der Gemeinschaft, die Räumung verlangen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der ehemalige Lebensgefährte einen von der Lebensgemeinschaft unabhängigen

Rechtstitel besitzt. Es gibt daher kein aus der Lebensgemeinschaft erfließendes Wohnrecht sui generis. Da auch das im gemeinsamen Haushalt lebende Kind kein Wohnrecht an der Benutzung einer bestimmten Wohnung besitzt, besteht kein vom Kind abgeleitetes Benutzungsrecht des allein betreuenden Elternteils an der bislang gemeinsam bewohnten Mietwohnung.

§ 94 ABGB

OGH 6. 11. 2007, 10 Ob 93/07k iFamZ 44/08

Ertragloses Vermögen des Unterhaltsberechtigten ist ohne Bedeutung, sämtliche Erträge daraus mindern allerdings dessen Unterhaltsanspruch

Der Ehegattenunterhalt richtet sich grundsätzlich nach der autonomen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Ertragloses Vermögen des unterhaltsberechtigten Ehegatten mindert nicht seinen Unterhaltsanspruch, weil der Haushaltsführer seinen Vermögensstamm nicht anzugreifen braucht, außer die Ehegatten hätten vereinbart, einen

Vermögensteil zu veräußern und den Erlös für den Unterhalt zu verwenden. Als Einkommen zu veranschlagen sind jedoch Erträge von Vermögen – wie Zinsen, Dividenden, Gewinnausschüttungen, Ausschüttungen aus einer Privatstiftung, Miet- und Pächterlöse sowie Leibrentenzahlungen.