

# Die Lücke im Gesetz

Autor(en): **Jent-Sørensen, Ingrid**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Rosa : die Zeitschrift für Geschlechterforschung**

Band (Jahr): - **(2011)**

Heft 43

PDF erstellt am: **20.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-631589>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Die Lücke im Gesetz

von *Ingrid Jent Sørensen*

**Transsexualität geht über die einfache Zuordenbarkeit zu einem von zwei Geschlechtern hinaus. Vielleicht gibt es in der Schweiz gerade deswegen keine gesetzliche Regelung, die sich mit der Frage beschäftigt, ob und wie es für Transsexuelle möglich ist, das ursprünglich eingetragene Geschlecht im Zivilstandsregister umregistrieren zu lassen. Möchten Transsexuelle eine Umregistrierung des Geschlechts vornehmen, müssen die Richter\_innen – wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlage – zu Gesetzgeber\_innen werden. Dabei müssen sie entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Umregistrierung möglich ist. Es zeigt sich, dass sie dabei auf Kriterien zurückgreifen, welche die bipolare Geschlechternorm wiederherstellen.**

Das am 1. Januar 1912 in Kraft getretene Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) enthält im Teil über das Personenrecht die Grundregeln der Beurkundung des Personenstandes. In der heute geltenden Fassung ist vorgesehen, dass ein Register geführt wird, in das die Zivilstandstatsachen wie Geburt, Heirat, Tod, personen- und familienrechtliche Stellung, Namen sowie Bürgerrechte eingetragen werden müssen (Art. 39 ZGB). Zudem sieht Art. 42 ZGB vor, dass – wer ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht – beim Gericht auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen kann. Geschlechtsänderungen sind auf Gesetzesstufe jedoch nirgends besonders erwähnt. Lediglich auf der untergeordneten Ebene der Ausführungsbestimmung, der Zivilstandsverordnung, ist seit 2004 in Art. 7 die «Geschlechtsänderung» als Gegenstand der Beurkundung genannt. Auf der technischen Ebene ist somit festgehalten, dass das Zivilstandsregister als Folge von Geschlechtsänderungen angepasst werden kann.

Betrachtet man die Entscheide von schweizerischen Gerichten, die in Sachen Geschlechtsumwandlungen seit den 1930er Jahren gefällt wurden, so können zwei Kategorien unterschieden werden. Versicherungsrechtlich wurde 1988 ent-

schieden, dass die Entfernung der Geschlechtsorgane zur Pflichtleistung der obligatorischen Krankenversicherung gehört (BGE 114 V 157 E. 4; BGE 114 V 162) und seit 1994 müssen Krankenversicherungen auch die Massnahmen der plastischen und rekonstruktiven Chirurgie übernehmen (BGE 120 V 469 E. 5). Die anderen hier behandelten Fälle betreffen die Umregistrierung der Geschlechtszugehörigkeit im Zivilstandsregister. Diesbezüglich publiziert wurden häufig Entscheidungen unterer Instanzen. Weil Umregistrierungen offenbar in aller Regel bewilligt wurden, erübrigte sich der Weiterzug an höhere Gerichte. Im Folgenden soll anhand ausgewählter Beispiele aufgezeigt werden, nach welchen Kriterien registerrechtliche Geschlechtsänderungen gutgeheissen wurden.

## 1946: Medizinische Expertise<sup>1</sup>

Das Neuenburger Kantonsgericht beurteilte das Gesuch eines 1912 geborenen Mannes, der an einem Widerspruch zwischen seinem physischen und psychischen Geschlecht leide, und nach durchgeführter Operation die Umregistrierung zur Frau verlangte. In der Begründung seines Urteils zitierte das Gericht die Meinungen zweier psychiatrisch-medizinischer Experten, bei denen es je ein Gutachten eingeholt hatte. Ausschliesslich

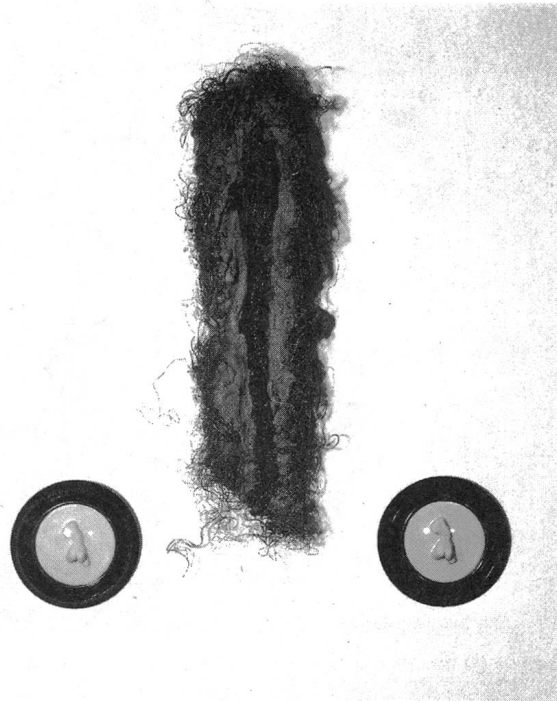


Hat Gerechtigkeit ein Geschlecht?

auf Grund der Meinungen dieser Gutachter kam es zum Schluss, dass das Interesse des Gesuchstellers an einer Umregistrierung überwiege und weder der öffentlichen Ordnung noch den guten Sitten widerspreche. Es gestattete deshalb die registerrechtliche Geschlechtsänderung. Das Gericht hat das juristische Problem der fehlenden Rechtsgrundlagen nicht explizit angesprochen und hat diese der Autorität der psychiatrisch-medizinischen Gutachten vollkommen untergeordnet.

### 1964: Doch ein juristisches Problem<sup>2</sup>

In späteren Fällen hingegen wurde die Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister auch als juristisches Problem explizit angesprochen. Dies zeigt zum Beispiel der Fall eines als Frau registrierten Transsexuellen, welcher sich 1946 die Brust wegoperieren liess, männliche Hormone einnahm und schliesslich auch die Gebärmutter und die Keimdrüsen entfernen liess. Diese Massnahmen reichten dem Bezirksgericht Zürich noch nicht für die Umregistrierung, weil für die Geschlechtsänderung die tatsächlich vorhandenen körperlichen Geschlechtsmerkmale von Bedeutung seien. Im Urteil hält das Bezirksgericht fest, dass eine andere Lösung unweigerlich zu Unsicherheiten führe. Wer sich auf das Register stütze, müsse die Gewissheit haben, dass die unter einem bestimmten Geschlecht eingetragene Person auch die entsprechenden äusseren Geschlechtsmerkmale aufweise. Anders entschied das Obergericht des Kantons Zürich den Fall der gleichen Person in zweiter Instanz: Das Gesetz sage nicht, wer als Frau und wer als Mann gelte und welche körperlichen Merkmale für die Bestimmung des Geschlechtes entscheidend seien. So sei es inzwischen wissenschaftlich erwiesen, dass die körperlichen und psychischen Merkmale auseinander fallen könnten. Das ZGB enthalte für solche Besonderheiten keine Bestimmung, so dass von einer Lücke im Gesetz auszugehen sei. Die Richter des Obergerichts mussten den Fall dieses Transsexuellen also – mit Hinweis auf das Fehlen einer registerrechtlichen Geschlechtsumwandlung im ZGB – durch Lückenfüllung entscheiden. Bei Lücken muss der Richter gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Die Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit allerdings sei eine Frage für psychiatrisch-medizinische Sachverständige. Auf Grund des eingereichten medizinischen Gutachtens sowie auf Grund des persönlichen Eindrucks kam das Gericht zum Schluss, dass der Gesuchsteller seiner gesamten Persön-

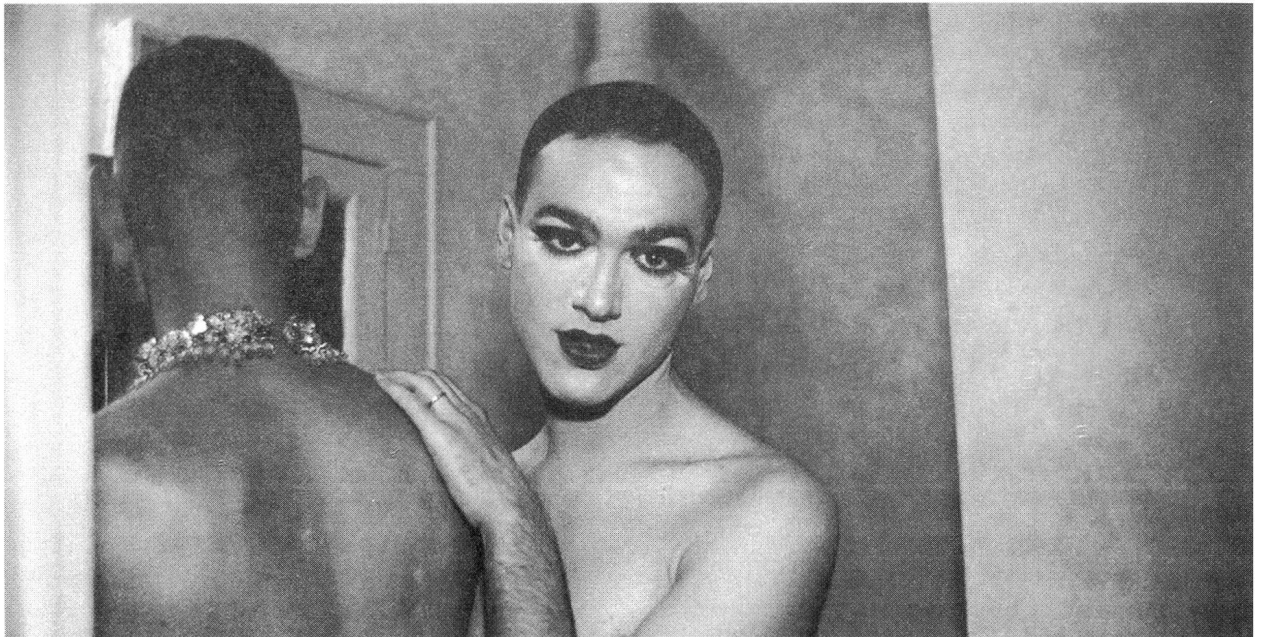


Geschlechtsmerkmal\_e.

lichkeit nach als Mann zu betrachten sei. Das Gericht hiess deshalb das Gesuch um registerrechtliche Geschlechtsänderung gut.

### 2011: Ohne Operation<sup>3</sup>

P., ein registrierter Mann, verlangte die Umregistrierung zur Frau, obwohl sie sich keiner operativen Entfernung der männlichen Geschlechtssteile unterzogen hatte. Das Obergericht des Kantons Zürich ging davon aus, dass bisher – ausdrücklich oder implizit – immer eine geschlechtsumwandelnde Operation mit Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit vorausgesetzt worden sei. Die wahrnehmbare Angleichung an das Wunschgeschlecht und die Fortpflanzungsunfähigkeit könne allerdings nicht nur durch chirurgische Massnahmen erzielt werden. Eine Operation sei also keine zwingende Voraussetzung für eine erfolgreiche Geschlechtsänderung. Zwar könne eine Geschlechtsänderung nach Lehre und Rechtsprechung nur bewilligt werden, wenn die körperlichen Merkmale des ursprünglichen Geschlechtes soweit beseitigt seien, dass der zunächst männliche Gesuchsteller nicht mehr Vater bzw. die zunächst weibliche Gesuchstellerin nicht mehr Mutter eines Kindes werden könne. Von P., die über 20 Jahre konstant antiandrogene Hormone eingenommen hatte, könne allerdings erwartet werden, dass sie dies auch in Zukunft tun werde. In diesem Sinne rechtfertigte sich die Annahme der Zeugungsunfähigkeit, selbst wenn sie bei Absetzung der



Im Gesetz gibt es kein gespieltes oder verspieltes Geschlecht.

Hormoneinnahme nicht irreversibel sein sollte. Damit sind operative Massnahmen keine Voraussetzung mehr für eine Geschlechtsänderung. Das Gericht blieb hingegen dabei, dass die betroffene Person zeugungsunfähig sein und dem äusseren Erscheinungsbild einer Frau entsprechen muss. Diesbezüglich bleibt es bei den in der Gerichtspraxis und in der Rechtsliteratur entwickelten Kriterien.

Die eigene Meinung untermauerte das Obergericht mit einem Hinweis auf den Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 11. Januar 2011 und zog dabei auch die Rechtsvergleichung als anerkanntes Mittel zur Lückenfüllung heran. Das höchste Gericht Deutschlands hatte nämlich das Insistieren auf der operativen Lösung (inklusive Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit) als verfassungswidrig erklärt.

### **Gerichtliche Lückenfüllung**

Eine Lücke im Gesetz liegt vor, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie eine sich stellende Rechtsfrage nicht beantwortet. Die Richter des Falles von 1946 – die sich nicht einmal auf die Anweisung in der Zivilstandsverordnung berufen konnten – behandelten die registerrechtliche Geschlechtsänderung vor allem als psychiatrisch-medizinischen Fall. Sie gingen das Problem der fehlenden Regelung im ZGB nur implizit an. Der Entscheid zur registerrechtlichen Geschlechtsänderung kam nur auf Grund der Autorität der medizinischen Gutachten zustande. Demgegenüber wurde das Problem der Lückenfüllung in der Mehrzahl

der späteren Entscheidungen angesprochen; soweit ersichtlich, wird allgemein angenommen, dass das Alter des Zivilgesetzbuches und der damalige Stand der medizinischen Möglichkeiten die Frage der Geschlechtsänderung schlichtweg nicht aufkommen liessen, was die Lückenfüllung durch das Gericht zulässt. Dabei haben sich – ausgehend vom als grundlegend angesehenen Erfordernis der Zuordnung zu einem von zwei Geschlechtern – zwei Voraussetzungen etabliert: die äusserliche Annäherung an das Wunschgeschlecht und die Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit.

### **Dimorphismus & Zeugungsunfähigkeit**

Seit 2004 – mit der Erwähnung der «Geschlechtsänderung» in der Zivilstandsverordnung – steht fest, dass die Änderung des Geschlechts als Grund für die Änderung der Beurkundung des Personenstandes gilt. Allerdings ist die Rechtsgrundlage lediglich eine Verordnung und damit eine vereinfachte Erlassform. Diese Erlassform kann somit die Registrierung der Geschlechtsänderung regeln, als Verordnung kann sie allerdings nicht definieren, was eine Geschlechtsänderung ist und welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssen. Um dies festzulegen, wäre ein Bundesgesetz nötig (Art. 164 Abs. 1 BV). So lange ein solches Gesetz nicht besteht, bleibt die auf Gesetzeslücken bezogene «Rechtsetzungspflicht» bei den Gerichten. Im Fall von 2011 existierten hinsichtlich Umregistrierung von Geschlechtsänderungen bereits eine, wenn auch nicht besonders umfangreiche Rechtsliteratur sowie eine Anzahl von Gerichts-

entscheiden (Lehre und Überlieferung gemäss Art. 1 Abs. 3 ZGB). Beides musste das Obergericht zur Kenntnis nehmen und sich damit auseinandersetzen, denn von den sogenannten Präjudizien (besonders den höchstrichterlichen Entscheiden) sollte nicht ohne überzeugende Gründe abgewichen werden. Unverbindlich sind Entscheidungen ausländischer Gerichte, diese können jedoch aus rechtsvergleichender Sicht herangezogen werden. Besonders interessant sind sie dort, wo sie sich auf eine gemeinsame Rechtsquelle, z.B. auf die Europäische Menschenrechtskonvention stützen, die auch in der Schweiz gilt.

Auch wenn das Obergericht operative Massnahmen im Entscheid von 2011 für verzichtbar hält, geht es weiterhin davon aus, dass das Aussehen dem Wunschgeschlecht zu entsprechen hat und dass grundsätzlich Zeugungsunfähigkeit vorliegen muss. Registerrechtliche Geschlechtsänderung wird damit weiterhin unter Kriterien vorgenommen, welche die bipolare Geschlechterordnung wiederherstellen.

### Anmerkungen

<sup>1</sup>publiziert in SJZ 42/1946 S. 23 ff.

<sup>2</sup>publiziert in ZR 64/1965 Nr. 60.

<sup>3</sup>auszugsweise publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/NC090012](http://www.gerichte-zh.ch/NC090012).

<sup>4</sup>BVerfG, 1BvR3295/07.

### Autorin

Ingrid Jent-Sørensen ist Juristin. Ihr Spezialgebiet ist das Zivilverfahrens- und das Schuldbeitrags- und Konkursrecht, das sie als Titularprofessorin an der Universität Zürich unterrichtet. Rechtsprobleme verschiedenster Art begegnen ihr im Gerichtsalltag an der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich.

[ingrid.jent@gerichte-zh.ch](mailto:ingrid.jent@gerichte-zh.ch)

### Anzeigen



Deine  
Bachelor-/Master-Arbeit  
flugs, präzise & professionell  
lektoriert!

Gerne stelle ich dir meine Lust an  
stilistischen & orthographischen  
Spitzfindigkeiten und meinen akademisch  
geschulten Blick für inhaltliche Konsistenz  
zur Verfügung!

Probelektorat möglich, Ausbildungstarif für  
Studierende.

[www.kathrinberger.ch](http://www.kathrinberger.ch)  
[kathrin.berger@bluewin.ch](mailto:kathrin.berger@bluewin.ch)  
043 300 42 28



## WIDERSPRUCH

Beiträge zu  
sozialistischer Politik

60

### Demokratie und Macht

Volksaufstand und Frauenrechte in Ägypten;  
Wirtschaftsdemokratie; Links-grüne Perspektiven vs.  
Nationalkonservatismus; Feminismus, Frauenstreik;  
Sans-Papiers und Care-Ökonomie; Emanzipatorisches  
Subjekt; Kapitalismuskritik und Gerechtigkeit

S. Amin, N. Abu El Komsan, W. Spieler, R. Graf, G. Notz,  
D. Vischer, T. Wüthrich, A. Lanz, A. Krovoza, U. Marti

### Energiewende nach Fukushima

H. Scheer: Scheinkonsens 'Erneuerbare Energie'  
O. Fahrni: Atomlobby macht weiter  
E. Altwater: Mit Green New Deal weiterwachsen?  
N. Scherr: Stromversorgung als Service public  
R. Zimmermann: Gewerkschaften zur Energiepolitik  
B. Glättli: Suffizienz und die Verteilungsfrage  
P.M.: Auswege aus der Wachstumsfalle  
C. v. Werlhof: Atomare Katastrophen-Technologie

224 Seiten, Fr. 25.- (Abonnement Fr. 40.-)  
zu beziehen im Buchhandel oder bei  
WIDERSPRUCH, Postfach, 8031 Zürich  
Tel./Fax 044 273 03 02

[vertrieb@widerspruch.ch](mailto:vertrieb@widerspruch.ch) [www.widerspruch.ch](http://www.widerspruch.ch)