

Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und die Bedeutung des hierdurch geschützten Rechts auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität. Die besondere Belastung, die § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG mit sich bringt, liegt darin, dass sie zur Durchsetzung des gesetzgeberischen Willens die Realisierung des einen Grundrechts von der Aufgabe des anderen abhängig macht. § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG verlangt von verheirateten Transsexuellen, sich entweder für die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität oder die Aufrechterhaltung ihrer Ehe zu entscheiden. Dies zieht zudem die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Grundrechtsposition des anderen Ehegatten in Mitleidenschaft und führt die Betroffenen nicht nur in eine kaum zu lösende innere Konfliktlage, sondern auch zu einer unzumutbaren Grundrechtsbeeinträchtigung. § 8 TSG verletzt Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG, weil er einem verheirateten Transsexuellen nicht die Möglichkeit einräumt, die rechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erlangen, ohne seine Ehe beenden zu müssen, und ist deshalb verfassungswidrig.

Danach kann dahingestellt bleiben, ob § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

6. Es liegt in der Entscheidung des Gesetzgebers, auf welche Weise er es verheirateten Transsexuellen, die die sonstigen Voraussetzungen des § 8 TSG erfüllen und festgestellt bekommen wollen, dass sie dem anderen als dem im Geburtseintrag angegebenen Geschlecht zugehören, ermöglicht, diese Feststellung ohne Beendigung ihrer als Ehe abgesicherten Partnerschaft zu erlangen.

a) Will der Gesetzgeber zum Schutz des Instituts der Ehe als verschiedengeschlechtliche Partnerschaft daran festhalten, nicht zuzulassen, dass Paare in der Ehe verbleiben, bei denen es durch Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten zu einer personenstandsrechtlichen Gleichgeschlechtlichkeit kommt, ist ihm dies unbenommen, da sein Anliegen Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung trägt.

Er muss dabei aber Sorge tragen, dass die bisherige Ehe des Transsexuellen jedenfalls als rechtlich gesicherte Verantwortungsgemeinschaft fortbestehen kann.

Wandelt sich durch geschlechtsändernde operative Eingriffe und personenstandsrechtliche Anerkennung des geänderten Geschlechts eines Transsexuellen dessen Ehe in eine gleichgeschlechtliche, kann sie nicht mehr beanspruchen, als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu gelten. Der Schutz, den sie aus Art. 6 Abs. 1 GG auch weiterhin erfährt, bezieht sich dann auf die mit der Ehe eingegangene Verantwortungsgemeinschaft mit all ihren Rechten und Pflichten, die mit ihr verbunden sind. Das Vertrauen der Partner auf den Bestand dieser Gemeinschaft bleibt weiterhin geschützt. Insofern kann ihr zwar versagt werden, als Ehe weiterzubestehen, nicht jedoch als Verantwortungsgemeinschaft. Deren Beendigung mitsamt dem Verlust der aus der Ehe erwachsenden Rechte ist den Partnern, wie unter B. I. 5. c. cc) ausgeführt, unzumutbar. Dies hat der Gesetzgeber bei einer Neuregelung zu berücksichtigen.

Wie er sicherstellt, dass die Verantwortungsgemeinschaft eines verheirateten Transsexuellen mit seinem Ehegatten ohne Beendigung Fortsetzung findet, ist dem Gesetzgeber überlassen. So kann er sie mit Rechtskraft der Anerkennung der geänderten personenstandsrechtlichen Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten in eine Eingetragene Lebenspartnerschaft überführen, muss dabei aber Sorge dafür tragen, dass die erworbenen Rechte und auferlegten Pflichten aus der Ehe einem solchen Paar in der Eingetragene

nen Lebenspartnerschaft ungeschmälert erhalten bleiben. Er kann zu diesem Zweck aber auch eine rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft *sui generis* schaffen, die dem Paar die erworbenen Rechte und Pflichten aus der Ehe sichert, und die Ehe mit Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten in dieser Form fortbestehen lassen.

b) Angesichts der geringen Zahl der betroffenen verheirateten Transsexuellen, die erst während der Ehe ihre Transsexualität entdecken oder offenbaren und deren Ehe an dieser tiefgreifenden Veränderung der Paarbeziehung nicht zerbrochen ist, sondern nach dem Willen beider Ehegatten fortgesetzt werden soll, kann der Gesetzgeber sich aber auch dafür entscheiden, verheirateten Transsexuellen die Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung ihres geänderten Geschlechts bei Fortführung ihrer Ehe zu eröffnen und dafür § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG zu streichen. Wegen des Schutzes, der den bestehenden Ehen aus Art. 6 Abs. 1 GG zukommt, wäre dies auch angesichts dessen, dass die Ehe als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt ist, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

II. Die Verfassungswidrigkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG führt nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Unvereinbarkeit dieser Norm mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG. Denn der Gesetzgeber hat, wie aufgezeigt, mehrere Möglichkeiten, um den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen. Hierfür wird dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 1. 8. 2009 gesetzt.

Angesichts der Schwere der Beeinträchtigung, die ein verheirateter Transsexueller durch die Versagung der rechtlichen Anerkennung seiner empfundenen und gewandelten Geschlechtszugehörigkeit erfährt, wird § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung für nicht anwendbar erklärt.

Wählt der Gesetzgeber den Weg, die Ehe eines Transsexuellen mit dessen personenstandsrechtlicher Anerkennung in der geänderten Geschlechtszugehörigkeit in eine andere rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft zu überführen, kann er auch regeln, dass Ehen, in denen der transsexuelle Ehepartner wegen der zwischenzeitlichen Nichtanwendbarkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG bereits die personenstandsrechtliche Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit erlangt hat, ebenfalls kraft Gesetzes in die dafür vorgesehene rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft *ex nunc* überführt werden.

## Anmerkung

Dr. Stephan Stüber, Hamburg\*

Mit seinem Beschluss vom 27. 5. 2008 hat sich das *BVerfG* zum siebten Mal mit dem Thema Transsexualität beschäftigt und zum fünften Mal eine einzelne Vorschrift des Transsexuellengesetzes<sup>1</sup> für verfassungswidrig erklärt<sup>2</sup>. Der Gesetz-

\* Der Autor ist als Regierungsdirektor bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg tätig.

<sup>1</sup> Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen – Transsexuellengesetz (TSG) vom 10. 9. 1980 (BGBl. I S. 1654), zuletzt geändert am 20. 7. 2007 (BGBl. I S. 1566).

<sup>2</sup> Zuvor *BVerfGE* 49, 286 (grundrechtlicher Anspruch eines Transsexuellen auf Berichtigung des Geburtenbuchs); 60, 123 (Mindestalter von 25 Jahren bei sog. großer Lösung verfassungswidrig); 88, 87 (Mindestalter von 25 Jahren bei sog. kleiner Lösung verfassungswidrig); *BVerfG* NJW 1997,

geber wurde (erneut) und mit vergleichsweise kurzer Frist von etwa einem Jahr aufgefordert, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen<sup>3</sup>.

### I. Scheidung als Voraussetzung der personenstandsrechtlichen Anerkennung

Diese neuste Transsexuellentscheidung betrifft die Frage, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, die gerichtliche Feststellung und personenstandsrechtliche Anerkennung des durch operativen Eingriff geänderten Geschlechts eines Transsexuellen stets an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Betroffene nicht verheiratet ist. Das *BVerfG* hat dies verneint und wie bereits zuvor § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG<sup>4</sup> auch § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung für nicht anwendbar erklärt.

Das Gericht bleibt bei seiner Argumentation strikt auf der Linie der vorangegangenen Entscheidungen: Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG biete der engeren persönlichen Lebenssphäre Schutz, wozu auch die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung gehöre. In diese Sphäre, die zum intimsten Bereich der Persönlichkeit gehöre, dürfe nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange eingegriffen werden<sup>5</sup>. Dieses Grundrecht werde durch das Eheverbot des § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG unangemessen substantiell beschränkt. Zwar verfolge der Gesetzgeber mit der Norm ein Gemeinwohlziel, wenn er verhindern wolle, dass durch die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung eines verheirateten Transsexuellen Ehen entstehen, in denen die Ehegatten (nicht nur im Hinblick auf den Vornamen, sondern auch) rechtlich dem gleichen Geschlecht zugehören<sup>6</sup>. Auch sei die Regelung geeignet und erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen. Die Beeinträchtigung, die ein verheirateter Transsexueller dadurch erfahre, dass § 8 TSG die Feststellung seiner Zugehörigkeit zum empfundenen und gewandelten Geschlecht an die Voraussetzung knüpft, nicht verheiratet zu sein, sei aber unverhältnismäßig im engeren Sinne. Es sei einem verheirateten Transsexuellen, der sich zur Annäherung an sein empfundenen Geschlecht operativen Eingriffen unterzogen habe und die sonstigen Voraussetzungen des § 8 TSG erfülle, nicht zumutbar, dass seine rechtliche Anerkennung im neuen Geschlecht voraussetzt, dass er sich von seinem Ehegatten, mit dem er rechtlich verbunden ist und zusammenbleiben will, scheiden lässt, ohne dass ihm ermöglicht wird, seine ehelich begründete Lebensgemeinschaft in anderer, gleich gesicherter Form fortzusetzen. Zwar sei das Rechtsinstitut der Ehe, das der Gesetzgeber zu schützen gedenke, von hohem Gewicht. Demgegenüber wiege aber auch die Beeinträchtigung eines Transsexuellen schwer und überwiege schließlich, weil er vor eine Alternative gestellt werde, die, gleich, wie er sich entscheide, ihm aufzwingt, auf etwas zu verzichten, was für sein Leben existentiell ist. Es sei unzumutbar, wenn von ihm zur Wahrnehmung und

Durchsetzung seines auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gründenden Rechts auf personenstandsrechtliche Anerkennung seines empfundenen und durch operative Eingriffe gewandelten Geschlechts verlangt werde, dass er sich vorher von seinem Ehegatten scheiden lässt<sup>7</sup>. Dies gelte umso mehr, als die Ehe des Transsexuellen als Verantwortungsgemeinschaft selbst unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG stehe. Der Staat dürfe Ehepartnern keine Scheidung aufzwingen<sup>8</sup>. Hinzu trete, dass auch der Ehegatte des Transsexuellen in seinem Vertrauen, dass seine rechtmäßig zustande gekommene Ehe Bestand hat, solange er und sein Partner zusammenleben und füreinander Verantwortung tragen wollen, beeinträchtigt werde<sup>9</sup>.

### II. Konsequenzen der Entscheidung – insbesondere für das Lebenspartnerschaftsrecht

Das *BVerfG* zeigt dem Gesetzgeber nach der Entscheidung zu § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG erneut verschiedene Wege auf, wie es verheirateten Transsexuellen, die die sonstigen Voraussetzungen des § 8 TSG erfüllen und festgestellt bekommen wollen, dass sie dem anderen als dem im Geburtseintrag angegebenen Geschlecht zugehören, ermöglichen kann, diese Feststellung ohne Beendigung ihrer als Ehe abgesicherten Partnerschaft zu erlangen. So dürfe der Gesetzgeber daran festhalten, dass die Ehe verschiedengeschlechtlichen Partnern vorbehalten bleibt. Dann müsse er aber Sorge dafür tragen, dass die bisherige Ehe des Transsexuellen jedenfalls als rechtlich gesicherte Verantwortungsgemeinschaft fortbestehen kann. Der Verlust der aus der Ehe entstandenen Rechte sei den Partnern unzumutbar. Der Gesetzgeber könne sich aber entscheiden, wie die Absicherung gelingt. So sei denkbar, die Ehe in eine Lebenspartnerschaft umzuwandeln. Allerdings müssten dabei dem Paar die erworbenen Rechte und auferlegten Pflichten aus der Ehe in der Lebenspartnerschaft ungeschmälert erhalten bleiben. Die zweite Möglichkeit sei, zur Absicherung der Rechte und Pflichten eine rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft *sui generis* zu schaffen. Schließlich könne der Gesetzgeber § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG schlicht streichen und damit anerkennen, dass es Ehen gibt, in denen die Partner personenstandsrechtlich demselben Geschlecht angehören<sup>10</sup>.

Die verschiedenen Möglichkeiten führen die Gegner einer Gleichstellung von (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartnerschaften mit Ehen in ein Dilemma. Dies dürfte auch der Hauptgrund sein, warum der Gesetzgeber auf die Entscheidung des *BVerfG* zu § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG noch nicht reagiert hat und passiv hinnimmt, dass es Ehen mit Partnern gibt, die Vornamen desselben Geschlechts tragen. Denn entweder wird durch gesetzgeberischen Akt anerkannt, dass es nicht nur nach dem äußeren Eindruck einschließlich des Vornamens, sondern auch personenstandsrechtlich gleichgeschlechtliche Ehen gibt. Wählt der Gesetzgeber diese Möglichkeit, wird es aber immer schwerer zu begründen, warum die Ehe einfachgesetzlich für gleichgeschlechtliche Paare nicht geöffnet werden kann<sup>11</sup>. Auch der Lösungsdruck auf einer „anderen Baustelle“ nähme zu: Im Internationalen Privatrecht ist ausdrücklich lediglich der Fall geregelt, wie zwei Ausländer in Deutschland zu behandeln sind, die nach dem Recht ihres Heimatlandes eine Lebenspartnerschaft ge-

1632 (Anspruch einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen, als Gefängnisinsassin mit weiblichem Vornamen angesprochen zu werden); *BVerfGE* 115, 1 = JZ 2006, 513 (Unwirksamwerden der Vornamensänderung bei Heirat verfassungswidrig), hierzu *Grünberger* JZ 2006, 516; 116, 243 (Ausschluss ausländischer Transsexueller von der Antragsberechtigung zur Änderung des Vornamens und zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach Operation verfassungswidrig).

3 *BVerfG* JZ 2009, 45, 49 unter B.II.

4 *BVerfGE* 115, 1 (Unwirksamwerden der Vornamensänderung bei Heirat verfassungswidrig).

5 *BVerfG* JZ 2009, 45 f., B.I.1.

6 *BVerfG* JZ 2009, 45, 46 ff., B.I.5; zuvor bereits *BVerfGE* 115, 1, 22.

7 *BVerfG* JZ 2009, 45, 47, B.I.5.c)bb).

8 *BVerfG* JZ 2009, 45, 47 f., B.I.5.c)bb)(2)(a).

9 *BVerfG* JZ 2009, 45, 48, B.I.5.c)bb)(2)(c).

10 *BVerfG* JZ 2009, 45, 49, B.I.6).

11 *Möller* DÖV 2005, 64 ff. ist sogar der Auffassung, die gleichgeschlechtliche Ehe sei vom Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst.

geschlossen haben – nämlich gemäß Art. 17b Abs. 4 EGBGB nicht besser als nach LPartG und BGB<sup>12</sup>. Streitig ist deshalb der Umgang mit nach ausländischem Recht geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehen<sup>13</sup>. Die Rechtsprechung geht ohne nähere Begründung davon aus, dass auch für diese Art. 17b EGBGB gilt, behandelt sie in Deutschland also als Lebenspartnerschaften<sup>14</sup>. Nach anderer Auffassung ist Art. 13 EGBGB anzuwenden, also die Kollisionsnorm für Ehen<sup>15</sup>. Folgt man dieser zutreffenden Auffassung, könnte die Anerkennung als Ehe nur gegen grundlegende Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen des deutschen Rechts (*ordre public*, Art. 6 EGBGB) verstoßen. Dieser bisher schon wenig überzeugenden Auffassung<sup>16</sup> wäre mit einer aktiven Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen durch den TSG-Gesetzgeber der Boden endgültig entzogen.

Entscheidet sich der Gesetzgeber deshalb für die Lebenspartnerschaft als „Auffang-Verantwortungsgemeinschaft“<sup>17</sup>, steht er vor dem Problem, dass sie die Anforderung des *BVerfG* nicht erfüllt, den bisherigen Ehepartnern ihre Rechte und Pflichten zu erhalten, da Lebenspartnerschaften im Vergleich zu Ehen nach wie vor in vielen Fragen, insbesondere im Steuerrecht, schlechter behandelt werden<sup>18</sup>. Die Lebenspartnerschaft eignet sich also nur dann, wenn sie der Ehe vollständig gleichgestellt wird. Hierfür wäre nach wie vor die Änderung zahlreicher Bundes- und Landesgesetze erforderlich, so dass der Bundesgesetzgeber die Sicherung der Rechte mangels Gesetzgebungskompetenz nicht einmal sicherstellen könnte. Jedenfalls müsste er aber wohl alles tun, was in seinem Kompetenzbereich möglich ist, um Ehe und Lebenspartnerschaft gleichzustellen.

Bliebe schließlich die dritte Möglichkeit: Die Schaffung eines Rechtsinstituts *sui generis*, das wiederum der Ehe gleichgestellt sein müsste. Es würde aber für eine – wie das *BVerfG* zu Recht feststellt – sehr kleine Gruppe von Personen die Anpassung zahlreicher Gesetze auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene erfordern, wenn nicht der für homosexuelle Lebenspartner abgelehnte Weg gewählt werden soll, in einer Generalklausel festzustellen, dass Vorschriften, die an das Bestehen oder frühere Bestehen einer Ehe anknüpfen, auf dieses Rechtsinstitut entsprechend anzuwenden sind<sup>19</sup>. Auch hier bliebe das Problem, dass der Bundesgesetzgeber Länder und Kommunen mangels Gesetzeskompetenz nicht binden und damit keine Gleichstellung gewährleisten kann.

Endgültig erledigt haben dürften sich mit der Entscheidung des *BVerfG* auch Überlegungen im zuständigen Bundesministerium des Innern, wonach Transsexuelle ihren geänderten Vornamen wieder verlieren, wenn sie mit einer personenstandsrechtlich gleichgeschlechtlichen Person eine Lebenspartnerschaft begründen bzw. nicht in einer Lebens-

partnerschaft leben dürfen, wenn sie personenstandsrechtlich dem anderen Geschlecht als dem des Partners zugeordnet werden möchten<sup>20</sup>. Damit wird aber zunehmend die Frage virulent, wie rechtlich mit Paaren zu verfahren ist, die eine Lebenspartnerschaft begründet haben, bevor einer der Partner personenstandsrechtlich dem anderen Geschlecht zugeordnet worden ist, so dass nunmehr eine Ehe geschlossen werden könnte. Ist eine (erneute) Trauung erforderlich? Muss die Lebenspartnerschaft dafür zunächst aufgehoben werden? Oder wird die Lebenspartnerschaft durch die personenstandsrechtliche Zuordnung zum neuen Geschlecht qua Gesetz in eine Ehe umgewandelt<sup>21</sup>? Dieser Weg erscheint zunächst leichter als die Umwandlung einer Ehe in eine Lebenspartnerschaft. Aber der Teufel steckt im Detail: Die Pflichten der Ehegatten und der Lebenspartner sind im Unterschied zu den Rechten zwar schon weitgehend angeglichen, aber auch hier gibt es Ausnahmen, die hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit zu würdigen wären.

### III. Fazit

Der Bundesgesetzgeber konnte sich bisher nicht dazu durchringen, Ehen und Lebenspartnerschaften in Rechten und Pflichten einander vollständig gleichzustellen, obwohl ihm dies vom *BVerfG* erlaubt worden ist<sup>22</sup>. Stattdessen hat er den Weg beschritten, einzelne Regelungen für Ehen auf Lebenspartnerschaften zu übertragen, andere mehr oder weniger bewusst nicht. Dieser Weg ist sehr mühsam, zumal er voraussetzt, dass auch die Landesgesetzgeber und die Satzungsgeber zum Beispiel in Kommunen und bei den Kammern den eigenen Regelungskreis prüfen. Daraus ist eine in den Städten, Kreisen und Ländern sowie bei den Versorgungswerken der Kammern höchst unterschiedliche Rechtslage für Lebenspartner entstanden. Durch die Entscheidungen zum TSG wird es für die Gesetzgeber auf den unterschiedlichen Ebenen immer schwerer werden, noch verfassungskonforme Entscheidungen zu treffen. Der Bundesgesetzgeber sollte deshalb § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG und § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG ersatzlos streichen und damit Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Personen zulassen. Allerdings folgt daraus auch, dass sich die Gesetzgeber auf den verschiedenen Ebenen überwinden müssen, Lebenspartnerschaften – am einfachsten durch Generalklauseln – Ehen im jeweiligen Kompetenzbereich gleichzustellen. Denn eine Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaft und Ehen zwischen Menschen gleichen Geschlechts lassen sich vor dem Hintergrund von Art. 3 GG zunehmend schlechter begründen. Die bisher von den deutschen Gerichten überwiegend vertretene These, Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertige die Diskriminierung von Lebenspartnerschaften<sup>23</sup>, überzeugt nicht mehr, wenn gleich-

<sup>12</sup> Kritisch zu dieser sog. Kappungsgrenze Stüber, in: *Bruns/Kremper* (Hrsg.), Handkommentar Lebenspartnerschaftsrecht (Hk-LPartR), 2. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. 77.

<sup>13</sup> Ehen zwischen Partnern gleichen Geschlechts mit den gleichen Rechten und Pflichten wie Ehen zwischen Partnern verschiedenen Geschlechts können mittlerweile in Belgien, in den Niederlanden, in Spanien und Kanada geschlossen werden.

<sup>14</sup> Z. B. *BFH* BFH/NV 2005, 695 = *IPrax* 2006, 287;

<sup>15</sup> *Kiel*, in: Hk-LPartR (Fn. 12), Art. 17b EGBGB Rdnr. 75 m. w. Nachw. zu beiden Auffassungen.

<sup>16</sup> Vgl. *Stüber*, in: Hk-LPartR (Fn. 12), Einl. Rdnr. 76; *Kiel*, ebenda, Art. 17b EGBGB Rdnr. 75.

<sup>17</sup> Dafür *Windel* JR 2006, 265 (266).

<sup>18</sup> Vgl. die nach wie vor weitgehend aktuelle Übersicht bei *Stüber*, in: Hk-LPartR (Fn. 12), Einl. Rdnr. 67 ff., 78 ff. und 132 ff., sowie zu Einzelaspekten *Stüber* FamRZ 2005, 574 ff.; *ders.* NJW 2006, 1774 ff.; *ders.* NWVBl. 2007, 256; *ders.* NJW 2008, 750.

<sup>19</sup> Vgl. zu diesem Weg für Lebenspartnerschaften *Stüber*, in: Hk-LPartR (Fn. 12), Einl. Rdnr. 107.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 3 Nr. 5 des Entwurfes eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze (Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz – LPartGErgG), den das Bundesministerium der Justiz federführend Ende 2004/Anfang 2005 erstellt und den damaligen Regierungsfractionen von SPD und Bündnis90/Die Grünen zur Verfügung gestellt hat. Vgl. hierzu im Einzelnen *Stüber*, in: Hk-LPartR (Fn. 12), Einl. Rdnr. 79 ff.

<sup>21</sup> Die offene Frage, ob die Lebenspartnerschaft zunächst aufgehoben werden muss, stellt jedenfalls kein Ehehindernis dar, wenn nach personenstandsrechtlicher Änderung des Geschlechts einer der Lebenspartner die Ehe begründet werden soll; *LG Berlin* StAZ 2008, 146 f.; i. Erg. ebenso bereits *Everts* FPR 2004, 597 (598).

<sup>22</sup> Mit seiner Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz hatte das *BVerfG* die Idee eines „Abstands-“ oder „Benachteiligungsgebots“ als „verfassungsrechtlich nicht begründbar“ bezeichnet, vgl. *BVerfGE* 105, 313 (348) = NJW 2002, 2543 (2548).

<sup>23</sup> Zuletzt z. B. *BVerfG-K* NJW 2008, 209, 210; *BVerwG* NJW 2008, 246, 247.

geschlechtliche Paarverbindungen wie Lebenspartnerschaften wirken, rechtlich als Ehen gelten, den Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG aber mangels Verschiedengeschlechtlichkeit nicht genießen.

Im Unterschied zu den bisherigen Entscheidungen zum TSG hat das *BVerfG* dem Gesetzgeber dieses Mal eine Frist gesetzt: Bis zum 1.8.2009 muss er sich hinsichtlich § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG entscheiden, wie er vorgehen will<sup>24</sup>. Die Große Koalition hat also noch eine dicke Nuss zu knacken.

24 *BVerfG* JZ 2009, 45, 49, B.II.

## Bürgerliches Recht

Der BGH lehnt in seinem Urteil ein über die „Spiegelmiete“ hinausgehendes Erhöhungsrecht des Vermieters bei Unwirksamkeit der Schönheitsreparatur-Klausel ab, obwohl der Mietspiegel überwiegend Verträge berücksichtigt, nach denen Schönheitsreparaturen vom Mieter vorzunehmen sind. Peter Bydlinski (JZ 2009, 54) stimmt de lege lata weitestgehend zu, schlägt aber vor, durch Annahme bloßer Teilunwirksamkeit der Klausel zu einer auch die Vermieterinteressen berücksichtigenden Lösung zu gelangen.

BGB §§ 558 Abs. 1, 556, 535 Abs. 1, 306 Abs. 2, 307, 313.+

**Der Vermieter ist nicht berechtigt, im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel zur Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter von diesem eine Mieterhöhung in Form eines Zuschlages zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu verlangen.**

BGH, Urteil v. 9. 7. 2008 – VIII ZR 181/07 (LG Düsseldorf).

Der Beklagte ist seit 1990 Mieter einer Wohnung der Kläger. Der Formularmietvertrag enthält eine Klausel, die den Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen „regelmäßig“ innerhalb bestimmter Fristen vorzunehmen. Die Kläger boten dem Beklagten und seiner zwischenzeitlich verstorbenen Ehefrau wegen Unwirksamkeit dieser Verpflichtung vertraglich den Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung an, welche die Durchführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter anderweitig regeln sollte. Mit Schreiben vom 29. 11. 2004 verlangten die Kläger daraufhin die Zustimmung zu einer Mieterhöhung von 384,29 € auf 444,89 €. Der Beklagte stimmte mit Schreiben vom 24. 1. 2005 aufgrund der unstrittigen Einordnung der Wohnung in dem Mietspiegel einer Mieterhöhung auf 390,99 € zu, lehnte aber die weitergehende Zustimmung zu einem monatlichen Zuschlag von 0,71 € je Quadratmeter Wohnfläche für die von den Klägern zu erbringenden Schönheitsreparaturen ab.

Das AG hat der Klage auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung mit Wirkung ab dem 1. 2. 2005 von 390,99 € auf 444,89 € monatlich stattgegeben. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Beklagten die Entscheidung des AG abgeändert und den Beklagten verurteilt, einer Erhöhung der monatlichen Grundmiete mit Wirkung ab dem 1. 2. 2007 auf 406,17 € zuzustimmen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kläger ist unbegründet. Die Revision des Beklagten hat dagegen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Der Vermieter könne auf Grund des Rücksichtnahmegebots nach § 241 Abs. 2 BGB infolge der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete vom Mieter verlangen. Dies setze voraus, dass der Vermieter dem Mieter vor einer entsprechenden Zu-

stimmungsklage Verhandlungen über eine Vertragsänderung zur Übernahme von Schönheitsreparaturen anbiete. Darin müsse dem Mieter die Übernahme von Schönheitsreparaturen in der Form von § 7 des Mustermietvertrages des Bundesjustizministeriums aus dem Jahr 1976 und dem weichen Fristenplan gemäß der Fußnote zu § 7 des Mustermietvertrages angeboten werden. Dem seien die Kläger nachgekommen.

Der Zuschlag könne jedoch nicht in Anlehnung an § 28 Abs. 4 der Zweiten Berechnungsverordnung bemessen werden. Eine dem sozialen Wohnungsbau vergleichbare Situation liege schon deshalb nicht vor, weil für die Kalkulation der für die Schönheitsreparaturen erforderlichen Kosten nicht auf die Beträge abgestellt werden könne, die durch die Beauftragung eines Fachhandwerkers verursacht würden. Der Vermieter habe regelmäßig keinen Anspruch darauf, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen durch einen Fachhandwerker durchführen lasse. Der Mieter könne sie vielmehr selbst ausführen oder durch Verwandte und Bekannte ausführen lassen. Die Kosten würden sich dann nur nach den Materialkosten und einer geringen Entschädigung für die eigene Arbeit bemessen, wie dies in Fällen der nutzlosen Schönheitsreparaturen wegen Umbaus der Wohnung anerkannt sei. Der Vermieter könne danach lediglich einen deutlich reduzierten Zuschlag in Höhe von monatlich 0,20 € je Quadratmeter Wohnfläche beanspruchen.

II. Die Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Das Berufungsgericht hat die formularvertragliche Schönheitsreparaturenklausel wegen eines starren Fristenplans für unwirksam gehalten. Ob dieser Beurteilung, die in der Revisionsinstanz nicht angegriffen wird, zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben. Denn auch im Falle der Unwirksamkeit der Klausel steht den Klägern ein Anspruch gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Zustimmung zur Erhöhung der ortsüblichen Vergleichsmiete um einen – wie auch immer zu bemessenden – Zuschlag nicht zu.

Allerdings soll der Vermieter nach der vor allem in der Instanzrechtsprechung überwiegend vertretenen Auffassung einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen können, wenn entgegen der üblichen Vertragsgestaltung, wie sie den bestehenden Mietspiegeln mit der dort ausgewiesenen Nettomiete in aller Regel zugrunde liegt, die Schönheitsreparaturen nicht von dem Mieter übernommen werden, sondern bei dem Vermieter verbleiben (*OLG Koblenz* WuM 1985, 15; *OLG Frankfurt/M.* NJW-RR 2001, 945; *OLG Karlsruhe* NZM 2007, 481; *OLG Frankfurt/M.* WuM 2008, 82; *LG Hamburg* ZMR 2003, 491; *LG Frankfurt/M.* NJW-RR 2003, 1522; *LG München I* NZM 2002, 945; *LG Berlin* GE 1997, 48; *LG Wiesbaden* WuM 1987, 127; ebenso *Artz*, in: Münch-KommBGB, 5. Aufl., § 558a Rdnr. 20; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, Mietrecht, 9. Aufl., § 558a BGB Rdnr. 48 ff.; *Flintrop*, in: *Hannemann/Wiegner*, MAH Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 115). Hierfür könne es keinen Unterschied machen, ob sich die Parteien bewusst dafür entschieden hätten, dass der Vermieter die Schönheitsreparaturen tragen solle, oder ob sich dies allein daraus ergebe, dass der Vermieter hierzu wegen der Unwirksamkeit der formularmäßigen Überwälzung dieser Pflicht auf den Mieter verpflichtet sei. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.

a) Einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete, wie er den Klägern vorschwebt, sieht das Gesetz nicht vor. Nach § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter eine Mieterhöhung nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nicht darüber hinaus verlangen.

b) Einem weitergehenden Anspruch auf Erhöhung der Miete durch die Gewährung eines Zuschlages steht auch der