Urteilskopf

105 Ib 225

36. Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 23. November 1979 i.S. Spada gegen Appellationsgericht (als Verwaltungsgericht) des Kantons Basel-Stadt (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Erwerb des Schweizer Bürgerrechts (Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG).

Die Eltern müssen zur Zeit der Geburt des Kindes den zivilrechtlichen (nicht den bürgerrechtlichen) Wohnsitz in der Schweiz haben.

Regeste (fr):
Acquisition de la nationalité suisse (art. 5 al. 1 let. a et art. 57 al. 6 LN).

Les parents doivent avoir leur domicile en Suisse lors de la naissance de l'enfant; la notion du domicile est celle du droit civil et non celle du droit de cité.

Regesto (it):
Acquisto della cittadinanza svizzera (art. 5 cpv. 1 lett. a, art. 57 cpv. 6 LCit).

I genitori devono avere il loro domicilio in Svizzera al momento della nascita del figlio; la nozione di domicilio è quella del diritto civile e non quella di residenza ai sensi dell'art. 36 LCit.

Sachverhalt ab Seite 225

BGE 105 Ib 225 S. 225

Katharina Elisabeth Pfister, heimatberechtigt in Basel und Uetikon (ZH), wurde am 31. Januar 1948 geboren. Am 4. April 1972 heiratete sie in Basel den am 17. August 1945 geborenen italienischen Staatsangehörigen Venanzio Narcisio Francesco Spada. Sie erklärte, das Schweizer Bürgerrecht beibehalten zu wollen. Am 16. Juni 1973 brachte Katharina Elisabeth Spada in Basel die Tochter Anna Pascale zur Welt. Das Ehepaar Spada wohnt in Basel. Vom 30. November 1972 bis 10. März 1974 leistete der Ehemann in Como (Italien) seinen obligatorischen Militärdienst. In Übereinstimmung mit den fremdenpolizeilichen Vorschriften (Art. 9 Abs. 1 lit. c ANAG und Art. 10 Abs. 4 ANAV) meldete er ich bei der Fremdenpolizei für diese Zeitdauer ab und kehrte anschliessend wieder in die Schweiz zurück.

BGE 105 Ib 225 S. 226

Mit Entscheid vom 7. November 1978 lehnte es das Zivilstandsamt von Basel-Stadt ab, Anna Pascale Spada gemäss Art. 57 Abs. 6 BüG als Schweizerbürgerin anzuerkennen. Die beim Regierungsrat und anschliessend beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht eingereichten Beschwerden blieben ohne Erfolg. Das Bundesgericht heisst die gegen das Urteil des Appellationsgerichts gerichtete Beschwerde gut aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

1. Gemäss Art. 57 Abs. 6 BüG kann das noch nicht 22jährige Kind eines ausländischen Vaters und einer Mutter, die von Abstammung Schweizerbürgerin ist, bis Ende 1978 (AS 1977, S. 237, 264; die Frist wird verlängert: AS 1980 I 330/1) die Anerkennung als Schweizerbürger beantragen, wenn seine Eltern zur Zeit der Geburt ihren "Wohnsitz" ("domicile", "domiciliati") in der Schweiz hatten. Diese Übergangsbestimmung entspricht inhaltlich dem am 25. Juni 1976 neu eingeführten Art. 5 Abs. 1 lit. a BüG, der bestimmt, dass das Kind einer schweizerischen Mutter und ihres ausländischen Ehemannes von Geburt an das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Mutter und damit das Schweizer Bürgerrecht erwirbt, wenn die Mutter von Abstammung Schweizerbürgerin ist und die Eltern zur Zeit der Geburt in der Schweiz ihren "Wohnsitz" ("domicile", "domiciliati") haben. Im vorliegenden Verfahren ist einzig das Wohnsitzerfordernis des Vaters streitig. Die übrigen Voraussetzungen für die Anerkennung der Beschwerdeführerin als Schweizerbürgerin sind erfüllt. Das Bundesgericht überprüft diese Frage mit freier Kognition (Art. 104 lit. a OG); an die Begründung der Begehren ist es nicht gebunden (Art. 114 Abs. 1 OG).

2. In BGE 105
Ib 63 f. hat das Bundesgericht erkannt, dass nach dem Gesetz sowohl die Mutter als auch der Vater zur Zeit der Geburt ihren Wohnsitz in der Schweiz haben müssen. Es hat damit die in der Lehre geäusserte Meinung verworfen, wonach das Wohnsitzerfordernis nur für die Mutter gelte (vgl. HEGNAUER, Wann haben Eltern zur Zeit der Geburt des Kindes ihren Wohnsitz in der Schweiz? in ZBl 1978, S. 490). Diese Rechtsprechung wurde bisher nicht der Kritik unterzogen; das Bundesgericht hat keine Veranlassung, darauf

zurückzukommen. In diesem Entscheid (105 Ib 65 E. 3) liess das Bundesgericht die weitere Frage offen, welche Bedeutung dem Wohnsitzerfordernis gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG zukomme. Sowohl die kantonalen Behörden als auch (grundsätzlich) die Beschwerdeführerin gehen von der Annahme aus, dass Art. 36 BüG den Begriff des Wohnsitzes auch für Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG verbindlich umschreibe. Diese Frage soll im folgenden geprüft werden.

3. a) Art. 36 BüG lautet:
"Wohnsitz der Ausländer (résidence de l'étranger; residenza dello straniero). 1 Als Wohnsitz (résidence; residenza) im Sinne dieses Gesetzes gilt für Ausländer Anwesenheit in der Schweiz in Übereinstimmung mit den fremdenpolizeilichen Vorschriften. 2 Kurzfristiger Aufenthalt im Ausland mit der Absicht auf Rückkehr unterbricht den Wohnsitz nicht. 3 Dagegen gilt der Wohnsitz (résidence; residenza) als bei der Abreise ins Ausland aufgegeben, wenn der Ausländer sich polizeilich abmeldet oder während mehr als 6 Monaten tatsächlich im Ausland weilt." Beim Vergleich des Wortlautes von Art. 36 BüG einerseits und Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG andererseits fällt auf, dass lediglich der deutsche Text übereinstimmend in allen Bestimmungen vom "Wohnsitz" spricht, während der französische und der italienische Text in Art. 36 BüG den Begriff "résidence" bzw. "residenza" und in Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG den Begriff "domicile" bzw. "domiciliati" verwenden. Der italienische und französische Wortlaut von Art. 36 BüG legen die Annahme nahe, dass in dieser Bestimmung nicht der zivilrechtliche "Wohnsitz" gemäss Art. 23 ZGB gemeint ist. Das ergibt sich auch aus der in Art. 36 BüG gegebenen Definition, die in erster Linie "Anwesenheit" ("présence"; "presenza") in der Schweiz verlangt. Tatsächlich verwenden die Bestimmungen, auf welche sich Art. 36 BüG bezieht,

auch in der deutschen Fassung nicht den Begriff des "Wohnsitzes", sondern sie sprechen lediglich von "wohnen" (Art. 15 Abs. 1, 20 Abs. 1, 22, 23, 27 Abs. 1, 28 Abs. 1 lit. a und 30 Abs. 1 BüG), was dem französischen "réside" und dem italienischen "risiedere" entspricht. Aus dem Wortlaut von Art. 36 BüG ergibt sich daher, dass der bürgerrechtliche Wohnsitz in erster Linie die objektive Seite des zivilrechtlichen Wohnsitzes, also den tatsächlichen

BGE 105 Ib 225 S. 228

Aufenthalt in der Schweiz erfasst, während eine Absicht dauernden Verbleibens nicht gefordert wird. Dieser Sinn kommt im französischen und im italienischen Text deutlicher zum Ausdruck als im deutschen, so dass jenen der Vorzug zu geben ist. Welches der genaue Sinn von Art. 36 BüG ist, braucht indessen im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geprüft zu werden. Von Bedeutung ist lediglich, dass in Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG alle drei Texte gleichermassen den Begriff des "Wohnsitzes" ("domicile"; "domiciliati") verwenden.
Beim Vergleich der beiden Bestimmungen fällt zudem auf, dass Art. 36 BüG ausschliesslich vom "Wohnsitz der Ausländer" handelt, während Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG das Wohnsitzerfordernis nicht nur für den ausländischen Vater, sondern auch für die schweizerische Mutter aufstellt. Nach dem Wortlaut von Art. 36 BüG könnte die dort enthaltene Begriffsbestimmung ohnehin nur für den Wohnsitz des Vaters massgebend sein, während der Wohnsitz der Mutter auf andere Weise bestimmt werden müsste.
Der Vergleich des Wortlautes dieser Bestimmungen legt daher bereits die Annahme nahe, dass der Wohnsitz (résidence;, residenza) der Ausländer gemäss Art. 36 BüG nicht gleichbedeutend ist mit dem Wohnsitz (domicile; domiciliati) von Ausländern und Schweizern gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG. b) Eine systematische Betrachtung des Bürgerrechtsgesetzes ergibt, dass es unter I. den "Erwerb und Verlust (des Schweizer Bürgerrechts) von Gesetzes wegen" und unter II. den "Erwerb und Verlust durch behördlichen Beschluss" regelt. II.A. trägt den Titel: "Erwerb durch Einbürgerung". Unter diesem Titel werden in den Art. 12 bis 41 die folgenden Materien behandelt: "a. Ordentliche Einbürgerung" (Art. 12-17), "b. Wiedereinbürgerung" (Art. 18-25), "c. Erleichterte Einbürgerung" (Art. 26-31) und "d. Gemeinsame Bestimmungen" (Art. 32-41). Beim Art. 36 BüG handelt es sich demnach um eine gemeinsame Bestimmung des Erwerbs durch Einbürgerung. Aufgrund ihrer Stellung im Gesetz kann diese Bestimmung daher lediglich auf die ordentliche Einbürgerung, die Wiedereinbürgerung und die erleichterte Einbürgerung Anwendung finden, nicht aber auf den Erwerb und Verlust des Bürgerrechts von Gesetzes wegen (so auch OSWALD/STEINER, Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts, Zürich 1953, S. 35; BURGER, Die erleichterte Einbürgerung, Diss. Bern 1971, S. 60).

BGE 105 Ib 225 S. 229

Anders verhielte es sich, wenn sich diese Bestimmung am Anfang oder an Schluss des Gesetzes unter dem Titel "Gemeinsame Bestimmungen" befinden würde. Eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber mit der in Art. 36 BüG verwendeten Formulierung "als Wohnsitz im Sinne dieses Gesetzes gilt..." die Bedeutung der Bestimmung weiter fassen wollte, als es deren Stellung im Gesetz nahelegen würde; diese Frage kann indessen nicht mit der systematischen Auslegungsmethode beantwortet werden. c) Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschriften deutet darauf hin, dass zur Bestimmung des Wohnsitzes gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG nicht Art. 36 BüG massgebend ist. Art. 36 BüG wurde im Jahre 1952 erlassen und seither nicht mehr geändert. In seiner Botschaft vom 9. August 1951 führte der Bundesrat zu den "Gemeinsamen Bestimmungen" aus, diese würden die ordentliche Einbürgerung, die Wiedereinbürgerung und die erleichterte Einbürgerung betreffen (BBl 1959 II 701). Bereits daraus ist zu schliessen, dass die "Gemeinsamen Bestimmungen" auf

den Erwerb des Bürgerrechts von Gesetzes wegen keine Anwendung finden. Der Bundesrat begründete seinen Vorschlag zu Art. 36 (damals Art. 34) BüG wie folgt: "Alle Bewerber um das Bürgerrecht sind Ausländer, unterstehen also der Fremdenpolizeigesetzgebung. Deshalb stellt Art. 34 für die Bestimmung des Wohnsitzes auf die fremdenpolizeilichen Vorschriften ab. Das bringt Klarheit ohne neuen "Wohnsitzbegriff" (BBl 1951 II 702). Im Gegensatz zu Art. 36 BüG wurden die Art. 5 Abs. 1 lit. a und 57 Abs. 6 BüG erst im Jahre 1976 erlassen. Wie das Bundesgericht in BGE 105 Ib 55 E. 3d ausgeführt hat, stützt sich Art. 5 Abs. 1 lit. a und ebenso die Übergangsbestimmung in Art. 57 Abs. 6 BüG auf die in Art. 44 Abs. 3 BV enthaltene Gesetzgebungskompentenz, welche der Gesetzgeber so weit als möglich ausschöpfen wollte. Es ist daher anzunehmen, dass der neu erlassenen Gesetzesbestimmung die gleiche Bedeutung zukommt wie der ihr zugrunde liegenden Verfassungsbestimmung. Der im Jahre 1928 erlassene Art. 44 Abs. 3 BV lautet: "(Die Bundesgesetzgebung) kann bestimmen, dass das Kind ausländischer Eltern von Geburt an Schweizerbürger ist, wenn seine Mutter

von Abstammung Schweizerbürgerin war und die Eltern zur Zeit der Geburt in der Schweiz ihren Wohnsitz haben. Die Einbürgerung erfolgt in der früheren Heimatgemeinde der Mutter." Die Entstehungsgeschichte von Art. 44 Abs. 3 BV (vgl. dazu VON SALIS/BURCKHARDT, Schweizerisches Bundesrecht I, Nr. 326) weist darauf hin, dass der Begriff des "Wohnsitzes" ("domicile"; "domicilio") absichtlich dem Begriff des "Aufenthaltes" ("résidence"; "residenza") vorgezogen wurde. In seiner Botschaft von 1920 schlug der Bundesrat vor, Art. 44 BV in der Weise zu ändern, dass das Kind ausländischer Eltern, die in der Schweiz wohnen, kraft Gebietshoheit Schweizerbürger wird, wenn seine Mutter von Geburt Schweizerin war, oder wenn der Vater oder die Mutter in der Schweiz geboren ist. Das Kind sollte nach diesem Vorschlag von Geburt an das Bürgerrecht der Gemeinde erwerben, in der die Eltern zur Zeit seiner Geburt ihren Wohnsitz haben (BBl 1920 V 1 f.). In einer auf Wunsch des Ständerates erarbeiteten Ergänzungsbotschaft von 1922 änderte der Bundesrat seinen Vorschlag in zwei Punkten: Er ersetzte das Wohnsitzerfordernis der Eltern in der Schweiz zur Zeit der Geburt des Kindes durch das Erfordernis der Geburt des Kindes in der Schweiz und sah für das eingebürgerte Kind nicht mehr das Bürgerrecht der Wohnsitzgemeinde der Eltern vor, sondern das Bürgerrecht der Gemeinde, wo die Mutter durch Abstammung heimatberechtigt war (BBl 1922 III 661). Zur Begründung dieser Änderungen führte der Bundesrat unter anderem aus, die Frage des Domizils sei nicht in allen Fällen derartig liquid und abgeklärt, um eine so wichtige Rechtsfolge wie die Staatsangehörigkeit daran zu knüpfen; müssten solche Fragen später geprüft werden, so fehlten dafür sehr leicht wichtige und sichere Belege. Stelle man dagegen auf den Geburtsort ab, so handle es sich um eine Tatsache, über welche die Zivilstandsregister formgültig Aufschluss geben (BBl 1922 III 672). Im Jahre 1923 entschied sich die Ständeratskommission gemäss dem bundesrätlichen Vorschlag für den Geburtsort Schweiz und gegen das Wohnsitzerfordernis der Eltern in der Schweiz. Auch der Nationalrat zog im Jahre 1925 das Erfordernis des schweizerischen Geburtsortes demjenigen des Wohnsitzes der Eltern vor. In einem der verschiedenen Gegenanträge im Nationalrat wurde auch vorgeschlagen, das Schweizer Bürgerrecht an die zehnjährige ununterbrochene Niederlassung beider Eltern im

Zeitpunkt der Geburt des Kindes zu knüpfen. Dieser Antrag wurde indessen abgelehnt. Der Ständerat genehmigte im Herbst 1925 eine Fassung, welche neben dem Geburtsort des Kindes in der Schweiz zusätzlich verlangte, dass die Eltern zur Zeit der Geburt in der Schweiz niedergelassen sind. Nachdem diese Fassung auch vom Nationalrat genehmigt war, kehrte der Ständerat im Herbst 1926 auf eine Fassung zurück, welche vorsah, dass die Eltern zur Zeit der Geburt des Kindes in der Schweiz ihren Wohnsitz haben müssen. Der Nationalrat

schloss sich dieser Formulierung an. Der Berichterstatter im Ständerat führte zu dieser letzten Änderung aus, man habe auf das Erfordernis des Geburtsortes in der Schweiz verzichtet und durch dasjenige des Wohnsitzes der Eltern in der Schweiz ersetzt, um auch denjenigen Kindern das Schweizer Bürgerrecht geben zu können, deren Eltern die Schweiz lediglich im Hinblick auf die Geburt des Kindes verliessen, ihren Wohnsitz aber nicht aufgaben. Er bezog sich dabei auf den Bericht des Bundesrates vom 9. November 1920. Dieser Vorschlag wurde ohne Diskussion genehmigt (Sten. Bull. SR 1926, S. 285). Der Berichterstatter im Nationalrat bezog sich seinerseits auf den Ergänzungsbericht des Bundesrates von 1922 (BBl 1922 III 672) und wies darauf hin, dass man seinerzeit das Wohnsitzerfordernis der Eltern zugunsten des Erfordernisses der Geburt des Kindes in der Schweiz aufgegeben habe, weil der Wohnsitz nicht immer leicht zu bestimmen sei. Dennoch beantragte er, dem Vorschlag des Ständerates zu folgen. Der französischsprachige Berichterstatter unterstrich, dass das Wohnsitzerfordernis der Eltern besser dem Zweck der Revision entspreche, "c'est-à-dire la réalisation de la qualité de citoyen suisse au moyen de la naissance de parents étrangers domiciliés en Suisse". Dieser Vorschlag wurde angenommen (Sten. Bull. NR 1926, S. 798 f.). Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 44 Abs. 3 BV ist daher zu entnehmen, dass man das Erfordernis des "Wohnsitzes" in der Schweiz demjenigen der "Niederlassung" und auch demjenigen des Geburtsortes in der Schweiz vorzog und dass man sich der Schwierigkeiten bewusst war, welche dieses Kriterium in einzelnen Fällen bereiten kann. d) Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG und auch der diesen Bestimmungen zugrunde liegende Art. 44 Abs. 3 BV wollen dem Kind eines ausländischen Vaters und einer Schweizerin

von Abstammung nur dann von Gesetzes wegen das Schweizer Bürgerrecht geben, wenn dessen Bindung zur Schweiz offensichtlich andere Bindungen überwiegt, was nach diesen Bestimmungen dann der Fall ist, wenn beide Eltern im Zeitpunkt der Geburt ihren Wohnsitz in der Schweiz haben (BGE 105 Ib 66). Es handelt sich bei diesem Bürgerrechtserwerb um eine Verbindung des Erwerbes "iure sanguinis", indem die Mutter von Abstammung Schweizerin sein muss und "iure soli", indem beide Eltern in der Schweiz ihren Wohnsitz haben müssen. Dass die Bindung der Eltern - und damit wohl auch des Kindes - zur Schweiz eng ist, erscheint nur dann als gewährleistet, wenn sich die Eltern nicht nur in der Schweiz aufhalten (objektives Element), sondern zusätzlich auch die Absicht haben, dauernd in der Schweiz zu bleiben (subjektives Element). Würde die Absicht dauernden Verbleibens nicht verlangt, könnte dies zur Folge haben, dass ein Kind, dessen Mutter von Abstammung Schweizerin ist, schon dann das Schweizer Bürgerrecht erhielte, wenn die Eltern lediglich im Hinblick auf die Geburt des Kindes für kurze Zeit in die Schweiz einreisen und diese nach der Geburt wieder verlassen würden. Auf der andern Seite könnte das Kind einer Mutter, welche von Abstammung Schweizerin ist, das Bürgerrecht nicht erwerben, wenn einer der Elternteile im Zeitpunkt der Geburt im Sinne von Art. 36 BüG landesabwesend wäre, obwohl beide Eltern ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz haben. Diese Folgen entsprechen Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht. e) Sowohl der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 57 Abs. 6 BüG als auch der Vergleich mit andern Bestimmungen, die Systematik des Gesetzes, die Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Bestimmungen weisen also darauf hin, dass der Wohnsitzbegriff grundsätzlich zivilrechtskonform anzuwenden ist (vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I, S. 159). Es finden daher die Art. 23 f. ZGB Anwendung. Das bedeutet, dass sich die Eltern zur Zeit der Geburt nicht nur in der Schweiz aufhalten, sondern auch beabsichtigen müssen, dauernd in der Schweiz zu verbleiben. Auf der andern Seite bleibt der einmal begründete Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen (Art. 24 ZGB) und er geht z.B. bei einem Aufenthalt an einem Orte zum Zwecke des Besuches einer Lehranstalt

nicht verloren (Art. 26 ZGB). Freilich ist nicht zu übersehen, dass es sich beim Vater des Kindes stets um einen Ausländer handelt, der den fremdenpolizeilichen Bestimmungen unterworfen ist, und es ist anzunehmen, dass ein Ausländer, der sich in Übereinstimmung mit den fremdenpolizeilichen Vorschriften in der Schweiz aufhält und daher den bürgerrechtlichen Wohnsitz gemäss Art. 36 BüG begründet hat, auch den zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz besitzt. Das ändert indessen nichts am Grundsatz, dass dann, wenn der bürgerrechtliche und der zivilrechtliche Wohnsitz auseinanderfallen, dem zivilrechtlichen Wohnsitz die entscheidende Bedeutung zukommt.

4. Im vorliegenden Fall hat der Vater der Beschwerdeführerin, der seit Jahren in der Schweiz wohnt und hier auch verheiratet ist, die Schweiz lediglich zur Leistung des obligatorischen Militärdienstes verlassen; er konnte sich dem eineinhalbjährigen Aufenthalt in Italien nicht entziehen und meldete sich auch bei der Fremdenpolizei lediglich ab, um seinen gesetzlichen Pflichten nachzukommen. Stets hatte er die Absicht, nach dem Militärdienst in die Schweiz zurückzukehren. Tatsächlich reiste er unmittelbar nach Vollendung des Dienstes zu seiner Frau und seinem Kind zurück. Da der Vater der Beschwerdeführerin seinen Wohnsitz demnach in der Schweiz begründete (Art. 23 ZGB) und während seines Italienaufenthaltes zur Leistung des obligatorischen Militärdienstes nicht aufgab (Art. 24 ZGB), ist das Wohnsitzerfordernis des Vaters im Zeitpunkt der Geburt des Kindes erfüllt. Die Beschwerdeführerin muss daher als Schweizerbürgerin anerkannt werden.