

# «Auf unehrliche Weise in unseren Staatsverband eingeschlichen» – Die Nichtigkeitsklärung der Einbürgerung

DANIEL MOECKLI\*

Schlagwörter: Bürgerrecht, Bürgerrechtsgesetz, Einbürgerung, Nichtigkeit, Widerruf, Entzug des Bürgerrechts, Staatenlosigkeit, Rechtsschutz

## A. Einleitung

Medienberichte<sup>1</sup>, politische Vorstösse<sup>2</sup>, Gutachten<sup>3</sup>, wissenschaftliche Publikationen<sup>4</sup> – der *Entzug* des Bürgerrechts ist im Kontext der Terrorismusbekämpfung in jüngster Zeit in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Die grosse Aufmerksamkeit, die dem Instrument des Entzugs zukommt, kontrastiert stark mit seiner geringen praktischen Bedeutung: Seit 1947 sind gemäss dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zwei Verfahren eingeleitet worden, tatsächlich zu einem Entzug gekommen ist es noch nie.<sup>5</sup>

---

\* Professor für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung an der Universität Zürich. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung eines am 14. Mai 2018 an der Universität Basel gehaltenen Vortrags. Der Stil des mündlichen Referats wurde weitgehend beibehalten.

- 1 ROMAN ZELLER, Darf man Terroristen ausbürgern?, Die Weltwoche, 28. Februar 2019; GUIDO FELDER, Schweiz soll Dschihadisten ausbürgern!, Blick, 22. Februar 2019; MARIO STÄUBLE, Brisanter Ausbürgerungsplan der Schweiz, Tages-Anzeiger, 27. Juli 2016; SIMON GEMPERLI, Neue Regeln für die Ausbürgerung, Neue Zürcher Zeitung, 28. Juni 2016; DAVID HESSE, Vom Staat verstossen, Tages-Anzeiger, 20. Mai 2016.
- 2 Parlamentarische Initiative 14.450: Entzug des Schweizer Bürgerrechts für Söldner (Toni Brunner); Motion 14.3705: Aberkennung des Schweizer Bürgerrechts bei Dschihadisten mit Doppelbürgerschaft (Marco Romano).
- 3 ALBERTO ACHERMANN, Kurzgutachten zum Entzug des Bürgerrechts nach Artikel 48 BÜG – Zuhanden des Staatssekretariates für Migration, Juli 2015.
- 4 RAINER J. SCHWEIZER, Entzug von Grundrechten durch Verwaltungsentscheide?, ZBl 2016, S. 397 f.; JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, Ausbürgerung terroristischer Kämpfer, AJP 2017, S. 73 ff.; BARBARA VON RÜTTE, Das neue Bürgerrechtsgesetz, Anwaltsrevue 2017 S. 202 ff., 211 f.
- 5 Siehe ROMAN ZELLER, Darf man Terroristen ausbürgern?, Die Weltwoche, 28. Februar 2019.

Demgegenüber hat der andere Tatbestand des zwangsweisen Verlusts des Bürgerrechts – die Nichtigerklärung der Einbürgerung – bislang kaum Interesse geweckt. Dies ist aus drei Gründen erstaunlich. Erstens kommt der Nichtigerklärung grosse praktische Bedeutung zu: Pro Jahr werden etwa 150 Verfahren eingeleitet, die in rund 50 Fällen zu einer Nichtigerklärung der Einbürgerung führen. Zweitens sind die Konsequenzen der Nichtigerklärung schwerwiegender als jene des Entzugs: Sie kann Staatenlosigkeit nach sich ziehen. Drittens sind zahlreiche Fragen rund um dieses Instrument, angefangen mit seiner rechtlichen Natur, offen.

Der vorliegende Beitrag soll zur Klärung einiger dieser Fragen beitragen. Er vermittelt zunächst einen Überblick der relevanten gesetzlichen Bestimmungen und zeichnet deren Entstehungsgeschichte nach (B.). Das ist erforderlich, um die Rechtsnatur (C.) und damit auch die Rechtsfolgen (D.) der Nichtigerklärung der Einbürgerung verstehen zu können. Zum Schluss werden die Voraussetzungen der Nichtigerklärung (E.) und die Frage der gerichtlichen Kontrolle (F.) diskutiert.

## B. Entstehungsgeschichte und praktische Bedeutung

Das heute geltende Bürgerrechtsgesetz (BüG)<sup>6</sup> bestimmt in Art. 36 Abs. 1, dass die Einbürgerung nichtig erklärt werden kann, «wenn sie durch falsche Angaben oder Verheimlichung erheblicher Tatsachen erschlichen worden ist». Zuständig für die Nichtigerklärung ist das SEM, die ordentliche Einbürgerung kann nach Art. 36 Abs. 3 BüG auch von der zuständigen kantonalen Behörde nichtig erklärt werden. Gemäss Art. 36 Abs. 2 BüG muss die Nichtigerklärung innert zwei Jahren, nachdem das SEM vom rechtserheblichen Sachverhalt Kenntnis erhalten hat (relative Frist), spätestens aber innert acht Jahren nach der Einbürgerung (absolute Frist) erfolgen. Die gesetzliche Grundlage für den *Entzug* des Bürgerrechts findet sich demgegenüber in Art. 42 BüG. Danach kann das SEM einer Person – falls es sich bei ihr um eine Doppelbürgerin oder einen Doppelbürger handelt – das Bürgerrecht entziehen, «wenn ihr [...] Verhalten den Interessen oder dem Ansehen der Schweiz erheblich nachteilig ist».

Wie ist es zu diesen beiden Bestimmungen gekommen? Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 beruhen auf dem Grundsatz der «Unverlierbarkeit» des Schweizer Bürgerrechts: Um Heimatlosigkeit zu vermeiden, bestimmten sie, dass kein Kanton einen Bürger des Bürgerrechts verlustig erklären darf.<sup>7</sup>

---

6 Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 20. Juni 2014 (Bürgerrechtsgesetz, BüG; SR 141.0).

7 Art. 43 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (AS AF 1 3 ff.) («Kein Kanton darf einen Bürger des Bürgerrechtes verlustig erklären.»); Art. 44 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom

Dementsprechend fand sich im ersten Bürgerrechtsgesetz von 1876<sup>8</sup> keine Bestimmung betreffend Nichtigerklärung oder Entzug.

Dieser Grundsatz wurde erstmals durchbrochen mit dem Bürgerrechtsgesetz von 1903<sup>9</sup>. Gemäss dessen Art. 12 konnte die Einbürgerung innert fünf Jahren nichtig erklärt werden, wenn es sich herausstellte, dass ihre Voraussetzungen nicht erfüllt waren. War die Einbürgerung auf betrügerische Weise erlangt worden, galt keine Verwirkungsfrist. Die Nichtigerklärung wurde zunächst aber kaum angewandt, einzig von 1915 bis 1926 gab es 16 Fälle.<sup>10</sup>

1928 wurde das Unverlierbarkeitsprinzip als Teil der sogenannten «Massnahmen gegen die Überfremdung» aus der Bundesverfassung gestrichen.<sup>11</sup> Aus diesem Jahr stammt auch das Zitat, auf das der Titel des Beitrags Bezug nimmt. In einem internen Dokument der Polizeibehörde des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) hiess es:

Die Nichtigerklärung soll uns in die Möglichkeit versetzen, uns eines Individuums zu entledigen, das sich auf unehrliche Weise in unseren Staatsverband eingeschlichen hat; wir sollen derartige Leute wieder in ihre früheren Heimatstaaten abschieben können.<sup>12</sup>

Allerdings wurde darin auch darauf hingewiesen, dass mit der Nichtigerklärung nichts erreicht wird, wenn Staatenlosigkeit resultiert.

Während dem Zweiten Weltkrieg wurde das Arsenal rechtlicher Instrumente zur Aberkennung des Bürgerrechts erheblich ausgebaut. Auf den «Vollmachtenbeschluss» der Bundesversammlung<sup>13</sup> gestützte Beschlüsse des Bundesrats aus den Jahren 1940 und 1941 sahen vor, dass die Nichtigerklärung der Einbürgerung im Fall von Erschleichung oder «offenkundig unschweizerischer Gesinnung» innert zehn Jahren, im Fall einer Umgehungshehe innert fünf Jahren erfolgen kann.<sup>14</sup> Zudem wurde die Möglichkeit des Entzugs des Bürgerrechts von

---

19. Mai 1874 (AS NF 1 1 ff.) («Kein Kanton darf einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete verbannen (verweisen) oder ihn des Bürgerrechtes verlustig erklären.»); siehe dazu ZACCARIA GIACOMETTI/FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 204.

8 Bundesgesetz [sic] betreffend die Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe vom 3. Juli 1876 (AS 2 510 ff.).

9 Bundesgesetz betreffend die Erwerbung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe vom 25. Juni 1903 (AS 19 690 ff.; BS Bd. I 101 ff.).

10 NICOLE SCHWALBACH, Ein Staat kann nicht nur gute Bürger haben, er muss auch mit den schlechten fertig werden – Die politische Aberkennung des Bürgerrechts, Basel 2017, S. 43.

11 Bundesbeschluss betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 30. Juli 1927, BBl 1927 II 269 ff., angenommen in der Volksabstimmung vom 20. Mai 1928 (siehe BBl 1928 II 154); siehe GIACOMETTI/FLEINER (Fn. 7), S. 180 f., 204

12 Polizeibehörde EJPD, Internes Schreiben vom 10. November 1928, Verfasser und Empfänger unbekannt, BAR E 4260 (C) 1974/34, Bd. 51a, zitiert nach SCHWALBACH (Fn. 10), S. 60.

13 Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939 (AS 55 769 f.).

14 Art. 2 des Bundesratsbeschlusses über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechtes vom 20. Dezember 1940 (AS 56 2027); Art. 2 des Bundesratsbeschlusses über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechtes vom 11. November 1941 (AS 57 1257).

Doppelbürgern eingeführt, deren Verhalten «den Interessen oder dem Ansehen der Schweiz erheblich nachteilig ist».<sup>15</sup> Diese Formulierung findet sich noch heute in Art. 42 BüG. Ein weiterer Bundesratsbeschluss von 1943 bestimmte, dass auch sich im Ausland aufhaltenden Schweizern, die sich «schwer gegen die Sicherheit oder die politische Unabhängigkeit des Landes vergangen und sich dadurch des Schweizerbürgerrechts unwürdig erwiesen» haben, das Bürgerrecht entzogen werden kann.<sup>16</sup> Insgesamt wurde gestützt auf die Bundesratsbeschlüsse 136 Menschen das Schweizer Bürgerrecht aberkannt.<sup>17</sup>

Das Bürgerrechtsgesetz von 1952 übernahm aus den Bundesratsbeschlüssen die Nichtigerklärung der Einbürgerung wegen Erschleichung – wobei die absolute Verwirkungsfrist auf fünf Jahre reduziert wurde – sowie den Entzug des Bürgerrechts von Doppelbürgern, deren Verhalten «den Interessen oder dem Ansehen der Schweiz erheblich nachteilig ist».<sup>18</sup> 2009 wurde die Verwirkungsfrist für die Nichtigerklärung wieder ausgedehnt, und zwar auf acht Jahre.<sup>19</sup> Zur Begründung wurde ausgeführt, eine längere Verwirkungsfrist erlaube eine bessere Bekämpfung von Missbräuchen.<sup>20</sup> Mit Ausnahme dieser Anpassung und einer Ergänzung von Art. 36 BüG um die Absätze 4 bis 7, welche die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung regeln, entsprechen die heutigen Bestimmungen betreffend Nichtigerklärung und Entzug jenen von 1952.

Abgesehen von der Zeit des Zweiten Weltkriegs spielte das Instrument der Nichtigerklärung – wie jenes des Entzugs – in der Praxis lange keine wichtige Rolle. Die Trendwende erfolgte mit der Jahrtausendwende. Die untenstehende Statistik zeigt die Zahlen der in den letzten 22 Jahren durch das SEM eingeleiteten Verfahren auf Nichtigerklärung der Einbürgerung und der tatsächlich erfolgten Nichtigerklärungen. Hinzu kommen die Nichtigerklärungen von ordentlichen Einbürgerungen durch die Kantone, für die es keine bundesweiten Zahlen gibt. Der deutliche Anstieg der Verfahren Ende der 1990er Jahre ist augenfällig. Im Schnitt wurden in den letzten zwanzig Jahren jährlich 135 Verfahren eingeleitet, in 43 Fällen erfolgte eine Nichtigerklärung. Nimmt man die letzten zehn Jahre als Massstab, kommt man gar auf 151 eingeleitete Verfahren und 54 Nichtigerklärungen pro Jahr.

15 Art. 3 des Bundesratsbeschlusses über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 20. Dezember 1940 (AS 56 2027); Art. 3 des Bundesratsbeschlusses über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 11. November 1941 (AS 57 1257).

16 Art. 1 des Bundesratsbeschlusses über Ausbürgerung vom 18. Mai 1943 (AS 59 398).

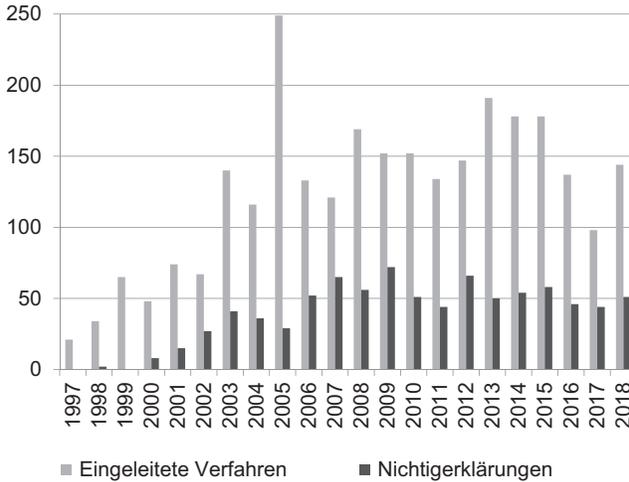
17 SCHWALBACH (Fn. 10), S. 234, 255.

18 Art. 41 und Art. 48 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 29. September 1952 (AS 1952 1087 ff.).

19 Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Fristausdehnung für die Nichtigerklärung), Änderung vom 25. September 2009 (AS 2011 347).

20 Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 30. November 2007, Parlamentarische Initiative Änderung Bürgerrechtsgesetz. Nichtigerklärung. Fristausdehnung, BBl 2008 1277 ff., 1284; vgl. auch Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG) vom 4. März 2011, BBl 2011 2825 ff., 2863.

## Statistik Nichtigerklärungen 1997–2018



Quelle: SEM, Abteilung Bürgerrecht (Mitteilung an den Autor vom 8. März 2019)

### C. Rechtsnatur

Wie das Bundesgericht hervorgehoben hat, ist die Rechtsnatur der Nichtigerklärung der Einbürgerung unklar.<sup>21</sup> Dies ist nicht zuletzt auf die uneinheitliche Terminologie in den verschiedenen Gesetzestexten zurückzuführen. Im deutschen Text von Art. 36 BüG wird der Begriff «Nichtigerklärung» verwendet, was auf eine ursprüngliche Ungültigkeit hinweist. Im französischen Text ist demgegenüber von «annulation», im italienischen von «annullamento» die Rede, was ein nachträgliches Dahinfallen des Bürgerrechts vermuten lässt. Spricht Art. 36 BüG mit «Nichtigerklärung» bzw. «annulation» also die Nichtigkeit oder die Widerrufbarkeit an? Wie zu zeigen sein wird, hat das Bundesgericht leider nicht zur Klärung dieser Frage beigetragen – sondern im Gegenteil zusätzliche Verwirrung gestiftet.

Die rechtliche Qualifikation ist einerseits für die Bestimmung der Rechtsfolgen von Bedeutung (siehe dazu unten D.). Andererseits – und darum soll es in diesem Abschnitt gehen – stellt sich die Frage, ob Art. 36 BüG weitere Nichtigkeits- bzw. Widerrufsgründe ausschliesst. Zur Beantwortung dieser Frage sind zunächst die wichtigsten Grundsätze betreffend fehlerhafte Verfügungen in Erinnerung zu rufen.

<sup>21</sup> BGE 135 II 1 E. 3.4 S. 7.

Eine Verfügung kann ursprünglich fehlerhaft sein, wenn sie bereits bei ihrem Erlass dem objektiven Recht widerspricht. Eine Dauerverfügung kann infolge veränderter Tatsachen oder Rechtsgrundlagen auch nachträglich fehlerhaft werden.<sup>22</sup> Bei *ursprünglicher Fehlerhaftigkeit* kommen als Rechtsfolgen die Nichtigkeit, die Anfechtbarkeit, die Widerrufbarkeit und die Wiedererwägung in Frage. Bei *Nichtigkeit* ist die Verfügung von Anfang an (*ex tunc*) ungültig und damit nicht wirksam. Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden und ist von Amtes wegen zu beachten. Bei *Anfechtbarkeit* ist die Verfügung gültig, kann aber innert einer bestimmten Frist bei einer Rechtsmittelinstanz angefochten werden. Diese kann die Verfügung mit Wirkung *ex nunc* aufheben. *Widerruf* bedeutet, dass die Behörde die fehlerhafte Verfügung von Amtes wegen aufhebt oder ändert. Das ist unabhängig davon möglich, ob die Verfügung noch mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann oder nicht, d.h. formell rechtskräftig ist oder nicht. Mit der *Wiedererwägung* schliesslich ersucht die betroffene Private die verfügende Behörde, auf ihre rechtskräftige Verfügung zurückzukommen und sie abzuändern.<sup>23</sup> Bei *nachträglicher Fehlerhaftigkeit* kommen nur noch Widerruf und Wiedererwägung in Frage.<sup>24</sup>

Uns interessiert hier die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Widerrufbarkeit: Handelt es sich bei der Nichtigerklärung der Einbürgerung um einen Fall der Nichtigkeit oder einen solchen des Widerrufs?

Der *Widerruf* einer fehlerhaften Verfügung hängt von einer Interessenabwägung im Einzelfall ab. Gegeneinander abzuwägen sind, auf der einen Seite, das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts (d.h. das Legalitätsprinzip) und, auf der anderen Seite, das Interesse am Vertrauensschutz und an der Rechtssicherheit. Das Legalitätsprinzip strebt nach einem Widerruf einer fehlerhaften Verfügung, der Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit streben nach deren Aufrechterhaltung, insbesondere bei begünstigenden Verfügungen wie der Einbürgerung.<sup>25</sup>

Anders als für den Widerruf einer Verfügung wird für ihre *Nichtigkeit* eine *qualifizierte Fehlerhaftigkeit* vorausgesetzt: Es muss, erstens, ein besonders schwerer Mangel vorliegen. Zweitens muss dieser Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein. Schliesslich darf, drittens, die Feststellung der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen.<sup>26</sup> Auch hier geht es also im Endeffekt um eine Interessenabwägung zwi-

22 Statt vieler ALAIN GRIFFEL, *Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, Zürich 2017, Rz. 208 f.

23 Zum Ganzen statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1086 f., 1214.

24 GRIFFEL (Fn. 22), Rz. 211.

25 GRIFFEL (Fn. 22), Rz. 222; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 23), Rz. 1227.

26 BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; GRIFFEL (Fn. 22), Rz. 214; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 23), Rz. 1098; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*. Volume II: Les actes

schen dem Legalitätsprinzip einerseits und dem Vertrauensschutz bzw. der Rechtssicherheit andererseits.<sup>27</sup> Die Praxis nimmt fast ausschliesslich im Fall von schweren Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Formfehlern die Nichtigkeit einer Verfügung an. Inhaltliche Mängel haben demgegenüber «nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge».<sup>28</sup>

Unter welchen Voraussetzungen kann vor diesem Hintergrund eine fehlerhaft erfolgte Einbürgerung abgeändert werden?

*Vor Eintritt der formellen Rechtskraft* ist die Schwelle tief. Solange eine Verfügung von den Betroffenen noch mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann, kommt dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit bloss ein geringes Gewicht zu.<sup>29</sup> Das Bundesgericht hat kürzlich mit Verweis auf Art. 58 Abs. 1 VwVG<sup>30</sup> (der es der Behörde erlaubt, eine angefochtene Verfügung selbst vor der Rechtsmittelinstanz noch in Wiedererwägung zu ziehen) festgehalten, für die Rücknahme eines formell noch nicht rechtskräftigen Einbürgerungsentscheidungs müssten keine besonderen Voraussetzungen erfüllt sein.<sup>31</sup> In solchen Fällen greift die Beschränkung auf den von Art. 36 BÜG (Nichtigerklärung) genannten Grund somit nicht: Einbürgerungsverfügungen, für welche die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist, können wegen blossen Fehlens der Voraussetzungen widerrufen werden, es bedarf keines Nachweises des Erschleichens.

*Nach Eintritt der formellen Rechtskraft* kommt klarerweise Art. 36 BÜG zur Anwendung. Umstritten ist aber, ob Art. 36 BÜG (nur) die *Nichtigkeit* regelt, sodass ein Widerruf nach den allgemeinen Grundsätzen weiterhin möglich ist, oder eine abschliessende spezialgesetzliche Regelung der *Widerrufbarkeit* darstellt. FELIX UHLMANN hat sich auf den Standpunkt gestellt, die allgemeinen Widerrufsregeln müssten weiterhin anwendbar sein.<sup>32</sup> Dies würde bedeuten, dass für einen Widerruf nicht unbedingt ein Erschleichen nachgewiesen werden muss.

Jedoch zeigt die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zur Nichtigerklärung, dass der Gesetzgeber damit nicht die Nichtigkeit, sondern die Wider-

---

administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011, S. 366 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 31 N. 15.

27 PETER SALADIN, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 539 ff., 549, 552.

28 BGE 132 II 21 E. 3.1 S. 27. Siehe auch BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; BGE 129 I 361 E. 2.1 S. 363 f.; BGE 122 I 97 E. 3a/aa S. 99; GRIFFEL (Fn. 22), Rz. 216 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 23), Rz. 1128; PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 2018, S. 213; MOOR/POLTIER (Fn. 26), S. 376 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 26), § 31 N. 16.

29 BGE 134 V 257 E. 2.2 S. 261 f. (mit Hinweisen).

30 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

31 BGer 1C\_651/2015 vom 15. Februar 2017, E. 3.3; so auch das Bundesverwaltungsgericht: BVGE 2007/29, E. 8.

32 FELIX UHLMANN, Die Schweizermacher – Widerruf und Nichtigkeit einer Verwaltungsverfügung, recht 1995, S. 203 ff., 209 f.

rufbarkeit regeln – und zwar abschliessend regeln – wollte. Gemäss dem Bürgerrechtsgesetz von 1903 reichte es für eine «Nichtigerklärung», dass die Einbürgerungsvoraussetzungen nicht erfüllt waren.<sup>33</sup> Es wurde keine *qualifizierte* Fehlerhaftigkeit vorausgesetzt. Gemeint war nicht Nichtigkeit, sondern Widerrufbarkeit. Das Gleiche gilt für die Bundesratsbeschlüsse von 1940/41. Sie ermöglichten es, eine Einbürgerung «nichtig zu erklären», wenn sich der Eingebürgerte als von «unschweizerischer Gesinnung» erwies.<sup>34</sup> Angesprochen ist damit nicht eine *qualifizierte* Fehlerhaftigkeit, ja nicht einmal unbedingt eine *ursprüngliche* Fehlerhaftigkeit.<sup>35</sup> Auch hier wurde der Begriff der «Nichtigerklärung» also nicht in einem rechtstechnischen Sinn verwendet, gemeint war eigentlich der Widerruf. Das Gesetz von 1952 stützte sich auf diese früheren Bestimmungen, übernahm dabei den Begriff der «Nichtigerklärung», verschärfte aber die Voraussetzungen für den Widerruf eines Einbürgerungsentscheids: Nun wurde ein Erschleichen vorausgesetzt.<sup>36</sup> Zudem wird der Widerruf bestimmten Behörden vorbehalten, die dafür gesetzlich festgelegte Fristen einhalten müssen. Beides passt ebenfalls nicht zur Nichtigkeit.

Das Bundesgericht geht deshalb zu Recht davon aus, dass Art. 36 BÜG die Anwendung der allgemeinen Widerrufsprinzipien ausschliesst. BGE 120 Ib 193 betraf den Ehegatten einer Schweizerin, der erleichtert eingebürgert wurde, obwohl er im Laufe des Verfahrens die Behörde darauf hingewiesen hatte, dass seine Frau eine Scheidungsklage eingereicht habe. Die Behörde widerrief die Einbürgerung, obwohl von einem Erschleichen keine Rede sein konnte. Das Bundesgericht hob den Entscheid auf und hielt dabei fest, der Widerruf einer Einbürgerung richte sich ausschliesslich nach (dem heutigen) Art. 36 BÜG, die allgemeinen Widerrufsprinzipien kämen nicht zur Anwendung.<sup>37</sup>

Als Resultat kann somit festgehalten werden, dass Art. 36 BÜG nicht die Nichtigerklärung, sondern den Widerruf meint und diesen abschliessend regelt. Konsequenterweise zu Ende gedacht, muss dies meines Erachtens bedeuten, dass Art. 36 BÜG umgekehrt keine abschliessende Regelung der Nichtigkeit darstellt, dass also die allgemeinen Nichtigkeitsgründe weiterhin anwendbar sind. Trotzdem hält das Bundesgericht im erwähnten Entscheid fest, der deutsche Gesetzestext gebe den Sinn mit Nichtigerklärung genauer wieder als die Begriffe «annulation» bzw. «annullamento». Es existiere neben Art. 36 BÜG nicht noch eine Nichtigkeit.<sup>38</sup> Diesen Schluss kann ich nicht nachvollziehen. Erstens

33 Art. 12 des Bundesgesetzes betreffend die Erwerbung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe vom 25. Juni 1903 (AS 19 690 ff.; BS Bd. I 101 ff.).

34 Art. 2 des Bundesratsbeschlusses über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechtes vom 20. Dezember 1940 (AS 56 2027); Art. 2 des Bundesratsbeschlusses über Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechtes vom 11. November 1941 (AS 57 1257).

35 Siehe OSKAR ETTER, Der Verlust des Schweizerbürgerrechtes, Bern 1945, S. 118.

36 Siehe BGE 120 Ib 193 E. 3d S. 196 f.

37 BGE 120 Ib 193 E. 4 S. 198; so auch BGE 140 II 65 E. 3.4.3 S. 71.

38 BGE 120 Ib 193 E. 3d S. 197.

scheint er im Widerspruch zu den übrigen Ausführungen des Bundesgerichts zu stehen, wonach die Bestimmung den Widerruf betrifft. Zweitens kann er zu stossenden Resultaten führen. Soll Art. 36 BÜG wirklich alle ungeschriebenen Nichtigkeitstatbestände, wie etwa Unzuständigkeit der erlassenden Behörde oder schwere Form- oder Eröffnungsfehler, ausschliessen? Liegt auch dann keine Nichtigkeit vor, wenn anstatt dem dafür zuständigen SEM eine Gemeinde oder ein Kanton eine erleichterte Einbürgerung vorgenommen hat? Ist eine Einbürgerung sogar dann gültig, wenn das SEM anstelle des Gesuchstellers irrtümlicherweise einen ausländischen Namensvetter eingebürgert hat?<sup>39</sup> Diese Fälle sind nicht durch Art. 36 BÜG gedeckt. Trotzdem scheint mir klar, dass hier das Legalitätsprinzip höher zu gewichten ist als der Vertrauensschutz bzw. die Rechtssicherheit.

Somit ist folgendes Fazit zu ziehen: Art. 36 BÜG regelt den *Widerruf* der Einbürgerung, beschränkt ihn auf einen eng definierten Fall der ursprünglichen Fehlerhaftigkeit – wer die Einbürgerung erschlichen hat, kann sich nicht auf Vertrauensschutz berufen – und knüpft ihn aus Gründen der Rechtssicherheit an Fristen. Hingegen deckt Art. 36 BÜG nicht alle Nichtigkeitsfälle ab.

Wie ist die Nichtigerklärung bzw. eben der Widerruf nach Art. 36 BÜG in Bezug auf die Rechtsnatur vom *Entzug* nach Art. 42 BÜG abzugrenzen? Soweit eingebürgerten Schweizerinnen und Schweizern das Bürgerrecht gemäss Art. 42 BÜG entzogen wird, weil ihr «Verhalten den Interessen oder dem Ansehen der Schweiz erheblich nachteilig ist», handelt es sich um den Widerruf einer Verfügung, die nicht fehlerbehaftet ist. Vielmehr geht es hier – wie etwa beim Führerausweisentzug zu Warnungszwecken<sup>40</sup> – um eine verwaltungsrechtliche Sanktionierung,<sup>41</sup> genauer um die Zufügung eines administrativen Rechtsnachteils.

## D. Rechtsfolgen

Eng im Zusammenhang mit der Rechtsnatur der «Nichtigerklärung» gemäss Art. 36 BÜG stehen ihre nachstehend dargestellten Rechtsfolgen. Nicht behandelt werden hier die Auswirkungen der Nichtigerklärung auf die ausländerrechtliche Stellung der betroffenen Person, über die nach Rechtskraft der Nichtigerklärung in einem separaten Verfahren zu entscheiden ist.<sup>42</sup>

---

39 Siehe für diese Beispiele UHLMANN (Fn. 32), S. 208.

40 Art. 16 Abs. 2, Art. 16a ff. des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01).

41 Siehe Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Erläuternder Bericht: Entwurf zur Verordnung zum Bürgerrechtsgesetz, April 2016, S. 33.

42 BGE 140 II 65 E. 4.2.2 S. 73; BGE 135 II 1 E. 3.2 S. 5 f.; Art. 62 Abs. 1 lit. f und Art. 63 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (AIG; SR 142.20) sehen vor, dass ausländerrechtliche Bewilligungen wider-

## I. Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc*?

Wer die Meinung vertritt, Art. 36 BÜG betreffe die Nichtigkeit, wird annehmen, die Einbürgerung sei von Anfang an ungültig gewesen. Sowohl das SEM als auch die Staatspolitische Kommission des Nationalrates gehen von einer Wirkung *ex tunc* aus; die betroffene Person sei so zu behandeln, als ob sie gar nie eingebürgert worden wäre.<sup>43</sup> Falls man sich hingegen auf den hier vertretenen Standpunkt stellt, Art. 36 BÜG betreffe die Widerrufbarkeit, wird man eher von einem *ex nunc*-Dahinfallen der Einbürgerung ausgehen.

Eine Wirkung *ex tunc* ist bereits aus rein praktischen Gründen nicht denkbar, weil die Ausübung von Rechten und Pflichten, die vom Bürgerrecht abhängen, nicht rückgängig gemacht werden kann. Die eingebürgerte Person hat vielleicht – um nur ein paar Beispiele zu nennen – an Abstimmungen oder Wahlen teilgenommen, die Rekrutenschule absolviert oder Dienst als Beamtin geleistet.<sup>44</sup>

Zudem war und ist eine Wirkung *ex tunc* vom Gesetzgeber nicht gewollt. Wenn von einer anfänglichen Ungültigkeit auszugehen wäre, müsste sich die Nichtigkeitsklärung zwingend auf alle Kinder erstrecken, deren Schweizer Bürgerrecht auf der nichtig erklärten Einbürgerung beruht. Das Bundesgericht hielt schon 2009 fest, dass dies nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.<sup>45</sup> Dieser hat mit der Ergänzung von Art. 36 des Bürgerrechtsgesetzes von 2014 um Abs. 4 bestätigt, dass er nicht eine so extensive Wirkung der Nichtigkeitsklärung beabsichtigt: Art. 36 Abs. 4 BÜG nimmt die miteingebürgerten Kinder unter bestimmten Voraussetzungen von der Nichtigkeitsklärung aus.

Während das Bundesgericht sich früher nicht eindeutig zur Frage der *ex tunc*- bzw. *ex nunc*-Wirkung geäußert hatte,<sup>46</sup> hat es nun in zwei 2018 bzw. 2019 ergangenen Urteilen klar Position bezogen: Gemäss dem höchsten Gericht entfaltet die Nichtigkeitsklärung der Einbürgerung ihre Wirkung erst ab dem Zeitpunkt der Nichtigkeitsklärung, also *ex nunc*.<sup>47</sup>

---

rufen werden können, wenn eine Nichtigkeitsklärung der Einbürgerung gemäss Art. 36 BÜG erfolgt ist.

43 SEM, Handbuch Bürgerrecht für Gesuche ab 1.1.2018, § 832/51, <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/buergerrecht.html#Handbuch%20Bürgerrecht%20für%20Gesuche%20ab%201.1.2018>> (besucht am 15. April 2019); Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 30. November 2007, Parlamentarische Initiative Änderung Bürgerrechtsgesetz, Nichtigkeitsklärung, Fristausdehnung, BBl 2008 1277 ff., 1283.

44 ETTER (Fn. 35), S. 119 f.

45 BGE 135 II 161 E. 5.3 S. 170 f.

46 Siehe BGE 135 II 1 E. 3.4 ff. S. 6 ff.

47 BGer 2C\_482/2017 vom 24. Mai 2018, E. 2.4; BGer 2C\_857/2017, 2C\_862/2017 vom 21. Januar 2019, E. 2.1, 4.2.

## II. Staatenlosigkeit

Auch in Bezug auf die Rechtsfolge der Staatenlosigkeit zeigt sich, dass eine *ex tunc*-Wirkung bereits aus praktischen Gründen unmöglich ist. Falls die Einbürgerung tatsächlich von Anfang an ungültig wäre, müsste die betroffene Person ihre frühere Staatsangehörigkeit wiedererlangen, die sie durch die Einbürgerung verloren hat – es könnte überhaupt keine Staatenlosigkeit resultieren. Davon ging die Staatspolitische Kommission des Nationalrates aus, als sie die 2009 eingeführte Ausdehnung der absoluten Verwirkungsfrist auf acht Jahre vorschlug.<sup>48</sup> Ob und wie eine frühere Staatsbürgerschaft wiedererlangt werden kann, liegt aber nicht in der Macht der schweizerischen Gesetzgebung oder Behörden, sondern hängt von der Rechtsordnung des Herkunftsstaats ab.<sup>49</sup>

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, die Nichtigerklärung einer Einbürgerung sei selbst bei drohender Staatenlosigkeit zulässig.<sup>50</sup> Verhielte es sich anders, wären potentiell Staatenlose vor einer Nichtigerklärung absolut geschützt.<sup>51</sup> Ein absoluter Schutz entspreche aber nicht der Absicht des Gesetzgebers, dem es vor allem um die Unterbindung von Umgehungen gegangen sei.<sup>52</sup>

Diese Praxis ist zwar nicht völkerrechtswidrig: Aus dem in zahlreichen – auch die Schweiz bindenden – Menschenrechtsverträgen enthaltenen Recht auf eine Staatsangehörigkeit<sup>53</sup> folgt nur ein Verbot der *willkürlichen* Aberkennung der Staatsangehörigkeit.<sup>54</sup> Auch die zur Bekämpfung der Staatenlosigkeit abgeschlossenen Staatsverträge (insbesondere das UN-Übereinkommen zur Verminderung von Staatenlosigkeit im späteren Leben sowie das Europäische Übereinkommen über Staatsangehörigkeit, die beide von der Schweiz nicht

---

48 Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 30. November 2007, Parlamentarische Initiative Änderung Bürgerrechtsgesetz, Nichtigerklärung, Fristausdehnung, BBI 2008 1277 ff., 1283.

49 ETTER (Fn. 35), S. 119, 125.

50 BGE 140 II 65 E. 4.2.1 S. 72 f.; BGer 1C\_390/2011 vom 22. August 2012, E. 7; BGer 1C\_340/2008 vom 18. November 2008, E. 3; BGer 5A.18/2003 vom 19. November 2003, E. 3.3, in: ZBI 105/2004, S. 454 ff.

51 BGE 140 II 65 E. 4.2.1 S. 72 f.; BGer 1C\_390/2011 vom 22. August 2012, E. 7.1; BGer 5A.18/2003 vom 19. November 2003, E. 3.3, in: ZBI 105/2004, S. 454 ff.

52 BGer 5A.18/2003 vom 19. November 2003, E. 3.3, in: ZBI 105/2004, S. 454 ff.

53 Art. 24 Abs. 3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2); Art. 7 und Art. 8 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107); Art. 5(d)(iii) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104); Art. 9 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (SR 0.108).

54 Siehe z.B. UN Human Rights Council, Resolution 32/5 vom 30. Juni 2016, UN Doc. A/HRC/RES/32/5; der Wortlaut von Art. 15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 ist illustrativ für die relative Natur dieses Rechts: «(1) Jeder hat das Recht auf eine Staatsangehörigkeit. (2) Niemandem darf seine Staatsangehörigkeit willkürlich entzogen noch das Recht versagt werden, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln.»

ratifiziert worden sind) sehen Ausnahmen vom Schutz vor Staatenlosigkeit für den Fall vor, dass die Staatsangehörigkeit erschlichen worden ist.<sup>55</sup> Jedoch lässt sich die bundesgerichtliche Praxis nur schwer mit dem Mantra vereinbaren, die Vermeidung der Staatenlosigkeit stelle einen Grundpfeiler des schweizerischen Staatsangehörigkeitsrechts dar.<sup>56</sup> Vor allem aber erscheint sie mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 BV, wonach jedes staatliche Handeln verhältnismässig sein muss, äusserst problematisch. Der Verlust jeglicher Staatsangehörigkeit zieht für die betroffenen Personen mannigfaltige, teils schwerwiegende Probleme nach sich.<sup>57</sup> Das private Interesse, nicht staatenlos zu werden, ist deshalb sehr hoch zu gewichten.<sup>58</sup> Auf der anderen Seite soll die Nichtigerklärung ja regelmässig die Abschiebung in den Ursprungsstaat ermöglichen. Falls die Nichtigerklärung Staatenlosigkeit nach sich zieht, kann dieses Ziel – wie bereits 1928 erkannt wurde – normalerweise nicht erreicht werden. Anders als das Bundesgericht kann ich mir deshalb kaum einen Fall vorstellen, in dem es verhältnismässig wäre, jemanden staatenlos zu machen.

### III. Wartefrist

Der mit der Totalrevision von 2014 eingefügte Abs. 5 von Art. 36 BüG sieht vor, dass nach der Nichtigerklärung einer Einbürgerung erst nach zwei Jahren ein neues Einbürgerungsgesuch gestellt werden kann. Diese neue Bestimmung zielt offenbar auf eine Bestrafung der eingebürgerten Person ab; das EJPD spricht in seinem erläuternden Bericht ausdrücklich von einer «Strafwartefrist»<sup>59</sup>, und auch gemäss SEM soll damit das missbräuchliche Verhalten der

55 Art. 8 des Übereinkommens zur Verminderung von Staatenlosigkeit vom 30. August 1961; Art. 7 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit vom 6. November 1997; siehe UNHCR, Staatenlosigkeit in der Schweiz, November 2018, S. 127 ff.

56 So schon die Botschaft zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 9. August 1951, BBl 1951 II 669 ff., 676: «Seit der Gründung des Bundesstaates hat sich das schweizerische Recht bemüht, Staatenlosigkeit als Folge des schweizerischen Rechts zu vermeiden. [...] Der Entwurf hält sich an diese herkömmliche Auffassung. Keine seiner Bestimmungen soll Staatenlosigkeit zur Folge haben.» Siehe auch PABLO ARNAIZ, Staatenlose im internationalen und schweizerischen Recht, in: Véronique Boillet/Pablo Arnaiz/Minh Son Nguyen, *Actualité du droit des étrangers: Les apatrides – Staatenlose*, Bern 2016, S. 146 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich 2016, N. 1321.

57 Botschaft über die Revision der Bürgerrechtsregelung in der Bundesverfassung vom 7. April 1982, BBl 1982 II 125 ff., 136; für eine umfassende Analyse aus der Sicht des Völkerrechts siehe ALISON KESBY, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford 2012.

58 ETTER (Fn. 35), S. 102 ff., 125; CHRISTIAN R. TAPPENBECK, *Das Bürgerrecht in der Schweiz und seine persönlichkeitsrechtliche Dimension*, Zürich 2011, S. 238 ff., 452 ff.

59 EJPD, *Erläuternder Bericht zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG)*, S. 25, <[https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/gesetzgebung/archiv/totalrev\\_bueg.html](https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/gesetzgebung/archiv/totalrev_bueg.html)> (besucht am 15. April 2019).

betroffenen Person «bestraft werden»<sup>60</sup>. Die Neuerung läuft der Rechtsnatur von Art. 36 BüG zuwider, der nach den unter C. gemachten Ausführungen die Widerrufbarkeit wegen ursprünglicher Fehlerhaftigkeit regelt und diese dabei auf einen spezifischen Fall beschränkt. Anders als der Entzug nach Art. 42 BüG verfolgt die Nichtigerklärung nach Art. 36 BüG nicht einen pönalen Zweck.

## E. Voraussetzungen

Art. 36 BüG beschränkt nach dem oben Gesagten die Widerrufbarkeit der Einbürgerung auf *einen* – und zwar einen eng definierten – Grund. In den Worten des Bundesgerichts:

Das blosse Fehlen der Einbürgerungsvoraussetzungen genügt nicht. Die Nichtigerklärung der Einbürgerung setzt vielmehr voraus, dass diese «erschlichen», d.h. mit einem unlauteren und täuschenden Verhalten erwirkt worden ist.<sup>61</sup>

In der Praxis haben sich zwei Hauptanwendungsfälle herauskristallisiert: Die grosse Mehrzahl der Fälle betrifft das Vortäuschen einer intakten Ehe bei der erleichterten Einbürgerung.<sup>62</sup> Ebenfalls eine grosse Rolle spielt das Verschweigen strafbarer Handlungen.<sup>63</sup>

Es ist nicht Ziel dieses Beitrags, die Praxis zur Nichtigerklärung von Einbürgerungen umfassend nachzuzeichnen und im Hinblick auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung des Erschleichens zu untersuchen. Hier sollen bloss zwei Elemente hervorgehoben werden, die aus meiner Sicht die Praxis besonders prägen: die streng verstandene Mitwirkungspflicht und die geringen Anforderungen an den Nachweis einer Täuschung über den Bestand einer intakten ehelichen Gemeinschaft.

Zum ersten Element: Die Behörden gehen davon aus, dass die einbürgerungswillige Person im Einbürgerungsverfahren eine *Mitwirkungspflicht* trifft. Sie muss vollständige Angaben über die für die Einbürgerung wesentlichen Tatsachen machen und die Behörde über nachträgliche Änderungen der Verhältnisse informieren. Diese Pflicht ergibt sich laut Bundesgericht bereits

---

60 SEM, Handbuch Bürgerrecht für Gesuche ab 1.1.2018, § 834, <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/buergerrecht.html#Handbuch%20Bürgerrecht%20für%20Gesuche%20ab%201.1.2018>> (besucht am 15. April 2019).

61 BGE 132 II 113 E. 3.1 S. 115.

62 SEM, Handbuch Bürgerrecht für Gesuche ab 1.1.2018, § 831/22, <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/buergerrecht.html#Handbuch%20Bürgerrecht%20für%20Gesuche%20ab%201.1.2018>> (besucht am 15. April 2019); für einen Überblick der Rechtsprechung siehe CESLA AMARELLE, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations – Volume V: Loi sur la nationalité (LN), Bern 2014, Art. 41 N. 6.

63 Siehe z.B. BGE 140 II 65; BGer 1C\_543/2014 vom 10. Februar 2015; BGer 1C\_578/2008 vom 11. November 2009; BVGer F-3803/2015 vom 17. November 2017.

aus dem in Art. 5 Abs. 3 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben und aus Art. 13 Abs. 1 lit. a VwVG, wonach eine Partei in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts verpflichtet ist.<sup>64</sup> Die Bürgerrechtsverordnung von 2016<sup>65</sup> hält die Pflicht zur Mitwirkung im Einbürgerungsverfahren nun explizit fest und konkretisiert sie: Gemäss Art. 21 BüV müssen die Parteien insbesondere zutreffende und vollständige Angaben über die wesentlichen Tatsachen machen und die zuständige Behörde über eine nachträgliche, der Einbürgerung entgegenstehende Änderung der Verhältnisse unverzüglich informieren.<sup>66</sup> In der Praxis wird deshalb von der einbürgerungswilligen Person eine schriftliche Bestätigung verlangt, dass keine Strafverfahren gegen sie hängig sind und sie keine strafbaren Handlungen begangen hat.<sup>67</sup> Bei der erleichterten Einbürgerung müssen die Ehegatten erklären, dass sie in funktionierender Ehe leben und keine Trennungsabsichten hegen.<sup>68</sup> Erweist sich die Bestätigung als wahrheitswidrig, kann die Einbürgerung für nichtig erklärt werden.

Gerade vor dem Hintergrund, dass über Art. 36 BüG hinaus kein Widerruf der Einbürgerung wegen Fehlens der Einbürgerungsvoraussetzungen möglich ist, ist die so verstandene Mitwirkungspflicht als gerechtfertigt einzustufen. Insbesondere erscheint es als zulässig und naheliegend, von der einbürgerungswilligen Person zu verlangen, dass sie allfällige noch unentdeckte Straftaten bekanntgibt.

Problematisch ist hingegen das zweite die Praxis kennzeichnende Element: die geringen Anforderungen an den *Nachweis einer vorgetäuschten Ehe*. Bei der Nichtigerklärung von erleichterten Einbürgerungen wegen Täuschung über den Bestand einer funktionierenden ehelichen Gemeinschaft wird nicht nur mit Verletzungen der Mitwirkungspflicht argumentiert, sondern mit Vermutungen operiert.

Gemäss Art. 21 BüG können ausländische Ehepartner von Schweizerinnen oder Schweizern unter vereinfachten Voraussetzungen eingebürgert werden. Erforderlich ist, dass die einbürgerungswillige Person sei drei Jahren in ehelicher Gemeinschaft mit dem Ehemann oder der Ehefrau lebt und sich insgesamt fünf Jahre – anstatt der für die ordentliche Einbürgerung gemäss Art. 9 BüG verlangten zehn Jahre – in der Schweiz aufgehalten hat, wovon ein Jahr

64 BGE 140 II 65 E. 2.2 S. 67 f.; BGE 132 II 113 E. 3.2 S. 115 f.

65 Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (Bürgerrechtsverordnung, BüV; SR 141.01).

66 Laut dem erläuternden Bericht geht Art. 21 BüV nicht über die Mitwirkungspflicht von Art. 13 VwVG hinaus: EJPD, Erläuternder Bericht: Entwurf zur Verordnung zum Bürgerrechtsgesetz, April 2016, S. 29.

67 Siehe z.B. BGE 140 II 165 E. 3.3 S. 68; BGE 1C\_543/2014 vom 10. Februar 2015, Sachverhalt A.; BVGer F-3803/2015 vom 17. November 2017, Sachverhalt B.

68 SEM, Handbuch Bürgerrecht für Gesuche ab 1.1.2018, § 421/1, 831/22, <<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/buergerrecht.html#Handbuch%20Buergerrecht%20für%20Gesuche%20ab%201.1.2018>> (besucht am 15. April 2019).

unmittelbar vor Einreichung des Gesuchs. Eine eheliche Gemeinschaft setzt nach Art. 10 Abs. 1 BÜV das formelle Bestehen einer Ehe sowie eine tatsächliche Lebensgemeinschaft voraus, in welcher der gemeinsame Wille zu einer stabilen ehelichen Gemeinschaft intakt ist. Für eine Nichtigerklärung muss das SEM nachweisen, dass es bei der Einbürgerung über den Bestand einer tatsächlich gelebten Ehe getäuscht worden ist.<sup>69</sup>

Anders als beim Verschweigen strafbarer Handlungen geht es hier im Wesentlichen um innere Vorgänge. Deshalb darf das SEM gemäss Bundesgericht von bekannten auf unbekannte Tatsachen schliessen:

Da es dabei im Wesentlichen um innere Vorgänge geht, die der Verwaltung oft nicht bekannt und schwierig zu beweisen sind, darf sie von bekannten Tatsachen (Vermutungsbasis) auf unbekannte (Vermutungsfolge) schliessen. Es handelt sich dabei um Wahrscheinlichkeitsfolgerungen, die aufgrund der Lebenserfahrung gezogen werden.<sup>70</sup>

Die praktisch bedeutsamste Vermutungsbasis ist die Trennung oder Scheidung der Ehe weniger als 20 Monate nach der Einbürgerung. Kommt es zu einer solchen, wird vermutet, dass bereits im Zeitpunkt der Einbürgerung keine stabile eheliche Gemeinschaft mehr bestand, die Einbürgerung somit erschlichen wurde.<sup>71</sup> Weitere Umstände, die zur Vermutung des Fehlens einer intakten Ehe führen können, sind etwa Eheschluss während eines hängigen Asylverfahrens<sup>72</sup>, Aufnahme einer ausserehelichen Beziehung<sup>73</sup>, Zeugung eines ausserehelichen Kindes<sup>74</sup> oder rasche Wiederverheiratung nach der Scheidung<sup>75</sup>. In diesen Konstellationen obliegt es der betroffenen Person, Tatsachen vorzubringen, welche die Vermutung umstossen.<sup>76</sup>

Liegt eine solche Vermutungsbasis vor oder entspricht eine Ehe aus anderen Gründen nicht den gängigen Vorstellungen, blenden die Behörden Tatsachen, die für das Vorliegen einer tatsächlich gelebten Ehe sprechen, häufig grosszügig aus. So bestand in einem Fall, der einen aus Senegal stammenden Mann betraf, der einzige Hinweis auf eine instabile Ehe darin, dass dieser drei vor- bzw. ausserehelich geborene Kinder verschwiegen hatte.<sup>77</sup> Obwohl er und seine Schwei-

---

69 Siehe z.B. BVGer F-2375/2016 vom 29. März 2018, E. 7.1.

70 BGE 135 II 161 E. 3 S. 166.

71 BGE 135 II 161 E. 4.3 S. 168; BGE 130 II 482 E. 3.3 S. 486 f.; BGer 1C\_377/2017 vom 12. Oktober 2017, E. 2.1.2; BGer 1C\_796/2013 vom 13. März 2014, E. 3.2; BGer 1C\_172/2012 vom 11. Mai 2012, E. 2.2.f.; BGer 1C\_472/2011 vom 22. Dezember 2011, E. 2.1.3; BGer 1C\_158/2011 vom 26. August 2011, E. 4.3; BGer 5A.18/2004 vom 7. September 2004, E. 3.3; BVGer F-5342/2015 vom 5. Dezember 2018, E. 11.1 f.

72 BGer 5A.36/2004 vom 6. Dezember 2004, E. 2.3.

73 BGer 1C\_167/2010 vom 21. Juni 2010, E. 4.

74 BGer 1C\_244/2016 vom 3. August 2016, E. 4.3.3; BGer 1C\_570/2012 vom 27. Februar 2013, E. 2.8; BGer 1C\_178/2010 vom 10. Juni 2010, E. 3.3.3.

75 BVGer C-6165/2008 vom 6. September 2010, E. 6.2 f.

76 Siehe z.B. BGE 130 II 482 E. 3.2, 3.3 S. 486 f.; BGer 1C\_167/2010 vom 21. Juni 2010, E. 4; BGer 5A.36/2004 vom 6. Dezember 2004, E. 2.2.

77 Siehe BVGer F-2375/2016 vom 29. März 2018, Sachverhalt F. und E. 9.3.

zer Ehefrau seit über 13 Jahren verheiratet waren, sie zwei gemeinsame Kinder hatten, die Ehefrau die vor- bzw. ausserehelichen Kinder adoptiert hatte, die Familie zusammen im gemeinsam erworbenen Eigenheim lebte und der Mann beruflich und gesellschaftlich gut integriert war, ging das SEM von einer vorgetäuschten Ehe aus.<sup>78</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hob die Nichtigerklärung auf.<sup>79</sup>

Aber auch das Bundesverwaltungsgericht selbst stellt teilweise sehr geringe Anforderungen an den Nachweis einer Täuschung über den Bestand einer tatsächlich gelebten Ehe. So hat es wiederholt festgehalten, Zweifel an einer intakten ehelichen Gemeinschaft seien namentlich dann angebracht, wenn einer der Ehegatten der Prostitution nachgehe. Denn das Leitbild einer Ehe, an dem sich der Gesetzgeber orientiere, beinhalte trotz gewandelter Moralvorstellungen eine ungeteilte Geschlechtsgemeinschaft.<sup>80</sup> In einer solchen Konstellation obliegt es gemäss Bundesverwaltungsgericht der eingebürgerten Person, «die durch die Prostitution begründete Tatsachenvermutung des Fehlens einer ehelichen Gemeinschaft im beschriebenen Sinne im Einzelfall umzustossen»<sup>81</sup> – eine Hürde, die sich in der Praxis als fast unüberwindbar erweist.<sup>82</sup> In einem einen eingebürgerten Ägypter betreffenden Urteil reichte dem Gericht gar, dass die Schweizer Ehefrau deutlich älter war, ihr Profil damit nicht dem «profil type de l'épouse égyptienne» entsprach und der Kinderwunsch des Paares von Anfang an unrealistisch erschien.<sup>83</sup> Das Bundesgericht hob das Urteil auf.<sup>84</sup>

## F. Gerichtliche Kontrolle

Die oben geschilderten Fälle zeigen, dass die gerichtliche Kontrolle von Nichtigerklärungen der Einbürgerung zentral ist. Der Rechtsweg in diesem Bereich gestaltet sich wie folgt: Gegen die Nichtigerklärung einer *erleichterten* Einbürgerung durch das SEM kann Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden (Art. 47 Abs. 1 BÜG i. V.m. Art. 31, Art. 33 lit. d VGG<sup>85</sup>), danach steht der Gang ans Bundesgericht offen (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a

78 Siehe BVGer F-2375/2016 vom 29. März 2018, E. 9.2 f.

79 BVGer F-2375/2016 vom 29. März 2018, E. 10.

80 BVGer F-2182/2015 vom 18. Oktober 2016, E. 3.2; BVGer C-1687/2008 vom 7. Juli 2010, E. 6.1.1; BVGer C-3912/2008 vom 8. Juni 2009, E. 3.2; BVGer C-1171/2006 vom 3. März 2009, E. 6.2; BVGer C-7487/2006 vom 28. Mai 2008, E. 3.2.

81 BVGer C-7487/2006 vom 28. Mai 2008, E. 3.2.

82 Siehe z.B. BVGer C-1687/2008 vom 7. Juli 2010; BVGer C-3912/2008 vom 8. Juni 2009; BVGer C-1171/2006 vom 3. März 2009; BVGer C-7487/2006 vom 28. Mai 2008.

83 BVGer F-8122/2015 vom 1. Juni 2017, E. 5.2.2 f.

84 BGE 1C\_377/2017 vom 12. Oktober 2017, E. 2.2.3 f.

85 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

BGG<sup>86</sup>). Die Nichtigerklärung einer *ordentlichen* Einbürgerung durch die zuständige kantonale Behörde muss vor einem kantonalen Gericht angefochten werden können (Art. 86 Abs. 2 BGG), danach kann auch in diesem Fall die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ergriffen werden (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG): Zwar nimmt Art. 83 lit. b BGG Entscheide über die ordentliche Einbürgerung von der Beschwerde aus, doch laut Bundesgericht erstreckt sich diese Ausnahme nicht auf die *Nichtigerklärung* einer ordentlichen Einbürgerung.<sup>87</sup>

Nun soll aber gemäss dem Entwurf zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes der Ausnahmekatalog abgeändert werden. Neu sollen sämtliche Entscheide über die Einbürgerung – einschliesslich ihrer Nichtigerklärung – von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen werden.<sup>88</sup> Die Beschwerde könnte gemäss Art. 89a Abs. 1 und Abs. 3 E-BGG nur noch gegen Nichtigerklärungen durch das SEM erhoben werden – und auch dies nur dann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 89b Abs. 1 E-BGG stellte oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall im Sinne von Art. 89b Abs. 2 E-BGG vorläge.<sup>89</sup> Es kann nur darüber spekuliert werden, wie häufig das Bundesgericht Nichtigerklärungen als «besonders bedeutend» einstufen würde, zumal ihm in dieser Hinsicht zweifellos ein weiter Ermessensspielraum zustünde.<sup>90</sup>

Diese Einschränkung des Rechtswegs könnte nach den oben unter E. gemachten Ausführungen für die Betroffenen fatale Auswirkungen haben: Das Bundesgericht hat wiederholt korrigierend eingreifen müssen, um eine zu extensive Anwendung von Art. 36 BÜG zu verhindern. Darüber hinaus schiene es mir widersprüchlich, gegen den Entzug des Bürgerrechts nach Art. 42 BÜG die Beschwerde ans Bundesgericht zuzulassen, gegen die Nichtigerklärung der Einbürgerung, die Staatenlosigkeit nach sich ziehen kann, hingegen nicht.

---

86 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

87 BGer 1C\_578/2008 vom 11. November 2009, E. 1.1; siehe dazu THOMAS HÄBERLI, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 83, N. 52.

88 Art. 83 Abs. 1 lit. a E-BGG; siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 15. Juni 2018, BBl 2018 4605 ff., 4613 f., 4637.

89 Siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 15. Juni 2018, BBl 2018 4605 ff., 4611, 4641, 4643 f.

90 Vgl. für das heutige Verständnis eines «besonders bedeutenden Falles» nach Art. 84 BGG MARC FORSTER, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 84 N. 29 ff.

## G. Schluss

Das Absprechen des Bürgerrechts ist eine radikale Massnahme, die für die Betroffenen äusserst schwerwiegende Auswirkungen haben kann. Der Gesetzgeber wollte deshalb bei Einbürgerungen die allgemeinen Widerrufsgründe ausschliessen und den Widerruf auf jene Personen beschränken, die sich «auf unehrliche Weise in unseren Staatsverband eingeschlichen» haben. Auch sollte vermieden werden, Menschen staatenlos zu machen.

Es darf nicht sein, dass alle sogenannten «Papierlichweizer» die ersten acht Jahre nach ihrer Einbürgerung als Probezeit empfinden, während der sie ständig befürchten müssen, aufgrund einer Nichtigklärung die Staatsbürgerschaft – und die damit verbundenen Rechte – wieder zu verlieren. Um dies zu verhindern, bedarf es einer zurückhaltenden Anwendung der Vermutung des Erschleichens der Einbürgerung und einer sorgfältigen Kontrolle der entsprechenden Praxis durch die Gerichte – auch durch das Bundesgericht.

### *Zusammenfassung*

Der Nichtigklärung der Einbürgerung nach Art. 36 BüG kommt – anders als dem Entzug des Bürgerrechts nach Art. 42 BüG – in der Praxis eine grosse Bedeutung zu. Trotzdem sind zahlreiche Rechtsfragen rund um dieses Instrument offen. Der Beitrag soll zur Klärung dieser Fragen beitragen. Er zeigt, dass Art. 36 BüG nicht etwa die Nichtigkeit, sondern die Widerrufbarkeit der Einbürgerung regelt, diese auf einen eng definierten Grund – nämlich das Erschleichen der Einbürgerung – begrenzt und sie aus Gründen der Rechtssicherheit an Fristen knüpft. Die «Nichtigklärung» hat nicht eine anfängliche Ungültigkeit der Einbürgerung zur Folge, sondern wirkt *ex nunc*. Sie kann laut Bundesgericht Staatenlosigkeit nach sich ziehen und damit für die Betroffenen äusserst schwerwiegende Auswirkungen haben. Insbesondere im Zusammenhang mit angeblich vorgetäuschten Ehen wird die Messlatte für den Nachweis eines Erschleichens der Einbürgerung sehr tief angesetzt, indem mit Vermutungen operiert wird. Umso wichtiger erscheint eine sorgfältige Kontrolle der entsprechenden Praxis durch die Gerichte. Die geplante Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit von Nichtigklärungen beim Bundesgericht ist vor diesem Hintergrund kritisch zu beurteilen.

*Résumé*

Contrairement au retrait de la nationalité selon l'art. 42 LN, l'annulation de la naturalisation selon l'art. 36 LN revêt une grande importance dans la pratique. Néanmoins, de nombreuses questions juridiques concernant cet instrument restent en suspens. La présente contribution vise à clarifier ces questions. Elle montre que l'art. 36 LN ne règle pas la nullité, mais l'annulabilité de la naturalisation, la subordonne à une condition étroitement définie – à savoir l'obtention frauduleuse de la naturalisation – et la soumet à des délais pour des motifs de sécurité du droit. L'annulation de la naturalisation n'a pas d'effet rétroactif, mais entraîne un effet *ex nunc*. Selon le Tribunal fédéral, le risque d'apatridie n'est pas un obstacle à l'annulation de la naturalisation. Par conséquent, elle peut avoir de très graves conséquences pour les personnes concernées. Notamment pour établir que le conjoint naturalisé a menti lorsqu'il a déclaré vouloir maintenir une union stable avec son conjoint, la jurisprudence admet que l'autorité peut se fonder sur des présomptions. Cela conduit à un abaissement du standard de preuve. Le contrôle de la pratique administrative par les tribunaux devient donc d'autant plus important. Dans ce contexte, la proposition de limiter l'accès au Tribunal fédéral en ce qui concerne les annulations de la naturalisation doit être critiquée.