

Kein Rechtsanspruch, aber immer
mehr Vorgaben:

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur ordentlichen Einbürgerung

Seminararbeit

vom 4. Dezember 2020

überarbeitet am 12. Februar 2021

Elias Studer

Bachelor of Arts Geschlechterforschung und Rechtswissenschaften, 11. Semester
(7. Semester Rechtswissenschaften)

Seminar: Migrationsrecht

Dozenten:

Prof. Dr. iur. Peter Uebersax

Prof. Dr. iur. Stephan Breitenmoser

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Urteilsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XII
1. Einleitung.....	1
2. Grundlagen zur Einbürgerung.....	2
2.1. Verfassungs- und völkerrechtlicher Rahmen	2
2.2. Ordentliche oder erleichterte Einbürgerung?.....	3
2.3. Entwicklung: Gesetzliche Grundlagen und Statistik.....	3
3. Ordentliche Einbürgerung: Voraussetzungen und Verfahren	5
3.1. Nach Bundesrecht	6
3.2. Nach kantonalem und kommunalem Recht.....	7
4. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	9
4.1. Tabubruch: Begründungspflicht und Verbot von Urnenentscheiden	10
4.1.1. Sachverhalte	10
4.1.2. Entscheide	11
4.1.3. Würdigung – mehr oder weniger Demokratie?	12
4.1.4. Auswirkungen auf Politik und Gesetzgebung.....	15
4.2. Zulassung der Willkürklagen.....	16
4.3. Beschwerden durch Gemeinden und Kantone, Gemeindeautonomie	18
4.4. Verfahrensrechtliches	19
4.4.1. Präzisierung der Begründungspflicht	19
4.4.2. Recht auf Beurteilung innert angemessener Frist.....	20
4.4.3. Kognition im kantonalen Gerichtsverfahren: Freie Sachverhalts- und Rechtskontrolle aber keine Ermessenskontrolle verlangt	21
4.4.4. Mindestanforderungen an die Ermittlung der Sprachkenntnisse.....	21
4.4.5. Treu und Glauben und Fairness im Verfahren	21
4.5. Diskriminierungsverbot.....	22
4.5.1. Aufgrund von religiöser, weltanschaulicher oder politischer Überzeugung.....	22
4.5.2. Aufgrund einer Behinderung.....	23
4.5.3. Aufgrund von Armut.....	23
4.6. Beurteilung der Integration.....	26
4.7. Zur Flüchtlingseigenschaft.....	28
5. Auf dem Weg zu mehr Demokratie	29

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Die nachstehenden Werke werden mit den Nachnamen der Autor_innen sowie mit den Seitenzahlen oder den Randnoten zitiert.

ACHERMANN ALBERTO/VON RÜTTE BARBARA in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 38, S. 778 ff.

AMARELLE CESLA La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des étrangers et de la nationalité, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2010/2011, Bern 2011, S. 147 ff.

ARRIGHI JEAN-THOMAS/PICCOLI LORENZO Index zu den Bürgerrechtsgesetzen in den Schweizer Kantonen. Neuchâtel, «nccr – on the move», 2018, abrufbar unter <https://indicators.nccr-onthemove.ch/wie-inklusiv-sind-die-burgerrechtsgesetze-in-den-26-schweizer-kantonen/?lang=de> (zuletzt besucht am 11.08.2020)

BLATTER JOACHIM/SCHMID SAMUEL D./BLÄTTLER ANDREA C. WP 8: The Immigrant Inclusion Index (IMIX): A Tool for Assessing the Electoral Inclusiveness of Democracies with Respect to Immigrants, Working Paper Series «global Governance and Democracy», Zenodo 2015.

BIAGGINI GIOVANNI Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht, ZBl 2010, S. 1 ff.

BIANCHI DORIS Paradigmenwechsel im Einbürgerungsrecht, ZBl 2004, S. 401 ff.

BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main 1991

BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE Legal Gender Studies – Rechtliche Geschlechterstudien – eine kommentierte Quellensammlung, Zürich/St. Gallen 2012

CARONI MARTINA/SCHIEBER NICOLE/PREISIG CHRISTA/ZOETEWEIF MARGARITE Migrationsrecht, 4. Aufl., Bern 2018 (zit. CARONI et al.)

CRENSHAW KIMBERLE	Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, in: Maschke Karen J. (Hrsg.), Feminist Legal Theories, New York/London 1997, S. 23 ff.
DERRIDA JACQUES	Schurken – Zwei Essays über die Vernunft, Frankfurt am Main 2003
DE WECK FANNY	in: Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin/De Weck Fanny (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, BüG, S. 1284 ff.
FATEH-MOGHADAM	Dresscodes: Verhüllungsverbote im liberalen Rechtsstaat, recht 2017, S. 225 ff.
FELBER MARKUS	Das Bundesgericht zwischen Recht und Macht, Jusletter vom 11. August 2003
FELLER RETO/MÜLLER MARKUS	Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung – Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, ZBl 2009, S. 442 ff.
FÖLLMI RETO/MARTÍNEZ ISABEL	Die Verteilung von Einkommen und Vermögen in der Schweiz, Zürich 2017
GUTZWILLER CÉLINE	Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, Genf 2008 (zit. 2008)
GUTZWILLER CÉLINE	Droit de la nationalité suisse – Acquisition, perte et perspectives, Zürich 2016 (zit. 2016)
HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX	Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
HAINMUELLER JENS/HANGARTNER DOMINIK/PIETRANTUONO GIUSEPPE	Naturalization fosters the long-term political integration of immigrants, PNAS 2015, S. 12'651 ff.
HANGARTNER YVO	Neupositionierung des Einbürgerungsrechts, AJP 2004, S. 3 ff. (zit. 2004)

- HANGARTNER YVO Entscheidungen – 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – 1.10. Staatsangehörigkeit, Bürgerrecht, AJP 2006, S. 1596 ff. (zit. 2006)
- HANGARTNER YVO Entscheidungen – 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – 1.10. Staatsangehörigkeit, Bürgerrecht, AJP 2009, S. 1621 ff. (zit. 2009)
- HANGARTNER YVO Entscheidungen – 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – 1.10. Staatsangehörigkeit, Bürgerrecht, AJP 2011, S. 269 ff. (zit. 2011)
- HANGARTNER YVO Entscheidungen – 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – 1.10. Staatsangehörigkeit, Bürgerrecht, AJP 2012, S. 1813 ff. (zit. 2012)
- HÜMBELIN OLIVER/FRITSCHI TOBIAS Ausschluss aus dem Arbeitsmarkt. Eine Längsschnittstudie mit Administrativdaten der Sozialen Sicherheit der Schweiz, Bern 2016
- KÄLIN WALTER Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009 – III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot, ZBJV 2009, S. 725 ff. (zit. 2009)
- KÄLIN WALTER Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011 – III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot, ZBJV 2011, S. 751 ff. (zit. 2011)
- KIENER REGINA Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [...] – Staatsrecht – Verfahrensgarantien, ZBJV 2006, S. 813 ff.
- MÜLLER GEORG Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung Rechtskontrolle, in: Eichenberger Kurt (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge – Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109 ff.
- NAGUIB TAREK Einbürgerung verweigert wegen Kopftuch, dRSK vom 13. März 2008 (zit. 2008)
- NAGUIB TAREK Diskriminierungsschutz im Einbürgerungsrecht, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht – Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 362 ff. (zit. 2014)

nccr – on the move	Migration-Mobility Indicators, Neuchâtel 2019, Zahlen zur Einbürgerungsquote abrufbar unter https://indicators.nccr-onthemove.ch/wo-in-der-schweiz-werden-die-meisten-migrantinnen-eingeburgert/?lang=de (zuletzt besucht am 11.08.2020)
NGUYEN MINH SON	in: Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations – Volume V : Loi sur la nationalité (LN), Bern 2014, Art. 50, S. 195 ff.
PLOZZA MONIKA	Verletzung des Willkürverbots im Entscheid über die ordentliche Einbürgerung, sui generis 2020, S. 243 ff.
RASELLI NICCOLÒ	Die Einbürgerung zwischen Politik und Justiz – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 2011, S. 577 ff.
RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER	Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
ROUSSEAU JEAN-JACQUES	Gesellschaftsvertrag, Stuttgart 1983 [1762]
RUTZ GREGOR	Richterstaat contra Demokratie, Jusletter vom 11. August 2003
SCHAUB MARTIN	Ausländerstimmrecht – Hintergründe und Argumente zum Memorialsantrag an die Glarner Landsgemeinde 2010, Glarus 2010
SCHEIBER NICOLE/PEDRETTI RAMONA	Willkürklagen vor Bundesgericht – nur in Einbürgerungsangelegenheiten?, Jusletter vom 4. Februar 2013
SPESCHA MARC	in: Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin/De Weck Fanny (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 83 BGG, S. 994 ff.
SPESCHA MARC/BOLZLI PETER/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO	Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020 (zit. SPESCHA et al.)
THÜRER DANIEL/FREI MICHAEL	Einbürgerungen im Spannungsfeld zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, ZSR 2004, S. 205 ff.

- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI UL-
RICH/MÜLLER MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- UEBERSAX PETER Das Bundesgericht und das Bürgerrechtsgesetz, mit einem Blick auf das neue Recht, BJM 2016, S. 169 ff.
- VON RÜTTE BARBARA Willkürverbot und Rechtsgleichheitsgebot in Einbürgerungsangelegenheiten, dRSK vom 28. November 2012 (zit. 2012)
- VON RÜTTE BARBARA Das neue Bürgerrechtsgesetz, Anwaltsrevue 2017, S. 202 ff. (zit. 2017)
- VON RÜTTE BARBARA Das neue Bürgerrechtsgesetz und dessen Umsetzung in den Kantonen, in: Achermann Alberto/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Künzli Jörg/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Bern 2018, S. 67 ff. (zit. 2018)
- WALDMANN BERNHARD in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 8, S. 174 ff.
- WANNER PHILIPP/STEINER ILKA Einbürgerungslandschaft Schweiz – Entwicklungen 1992-2010, EKM, Bern 2012
- WENGER DAVID R. Einbürgerung einrichten – Probleme und Kritik eines hybriden Verfahrens, ZBJV 2005, S. 153 ff.
- WIEDERKEHR RENÉ Strukturelle Individualgerechtigkeit – eine Skizze, AJP 2004, S. 23 ff.
- WEHRLI CHRISTOPH Rekursrecht bei Einbürgerungen nicht neu, Jusletter vom 11. August 2003
- WYSSMANN URSULA Einbürgerungen an der Urne sind verfassungswidrig, Ius.full 2003, S. 266 ff.
- ZELLWEGER TOBIAS Direkt-demokratische Einbürgerungsverfahren im modernen Rechtsstaat – eine Quadratur des Kreises?, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie – Festschrift für Andreas Auer, Bern 2013, S. 483 ff.

ZIMMERLI ULRICH

Die vom Volk erlassene Verfassung gilt auch für den Souverän,
Jusletter vom 28. Juli 2003

Urteilsverzeichnis

Nachfolgend findet sich eine zeitlich sortierte Auflistung mit allen zitierten Urteilen mit einer unvollständigen Zusammenfassung der wichtigsten Aussagen – in Klammern jeweils das Kapitel, in dem das Urteil besprochen wird.

BGE 129 I 217	<i>Emmen</i>	2003	Zulässigkeit staatsrechtliche Beschwerde (<i>Emmen</i>); Begründungspflicht; Verbot von Urnenentscheiden (4.1.).
BGE 129 I 232	<i>Zürich</i>		
BGer 1P.214/2003		2003	Gemeindeautonomie durch unzulässige Angemessenheitsprüfung verletzt (4.3.).
BGE 130 I 140	<i>Kt. Schwyz</i>	2004	Handlungsbedarf des Regierungsrats als Aufsichtsbehörde im Anschluss an das Urnenverbot (Fn. 85); Begründung kann sich aus den Diskussionsvoten ergeben (4.4.1.).
BGE 131 I 18	<i>Oberrohrdorf-Staretschwil</i>	2005	Anspruch auf individuelle Begründung; Begründung bei Gemeindeversammlungsbeschluss ergibt sich – ohne abweichende Voten – aus ablehnendem Antrag des Gemeinderats (4.4.1.).
BGE 132 I 167	<i>Kt. Basel-Landschaft - Diskriminierung</i>	2006	Begründung bei Landratsbeschluss ergibt sich aus ablehnendem Antrag der vorberatenden Kommission und den diesen unterstützenden Voten im Parlament (4.4.1.); Diskriminierung aufgrund der Religion im konkreten Fall nicht erwiesen (4.5.1.).
BGE 132 I 196	<i>Burg</i>	2006	Begründung bei Gemeindeversammlungsbeschlüssen: Es braucht einen klaren Antrag mit gegen Einbürgerung sprechende Motive, persönliche negative Einschätzungen sind keine hinreichende Begründung (4.4.1.).
BGer 1D_5/2007		2007	Unzulässigkeit Willkürzüge (4.2, überholt); indirekte Diskriminierung aufgrund des Alters bei Abstellen auf die wirtschaftliche Lage von jugendlichen Bewerbern verneint (Fn. 183).
BGer 1P.786/2006		2007	Begründung darf nicht nachgeschoben werden (4.4.1.).
BGE 133 I 185, BGer 2D_24/2007, 2C_642/2017		2007/ 2017	Definition Rechtsanspruch (Fn. 35), Ausschluss der Willkürzüge bei Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung (Fn. 126).
BGE 134 I 49	<i>Buchs</i>	2008	Nichteinbürgerung wegen Tragens eines Kopftuchs ist diskriminierend, gibt es allerdings zusätzlich legitime Gründe, dann bleibt die Nichteinbürgerung bestehen (4.5.1.).
BGE 134 I 56	<i>Birr</i>		

BGE 135 I 49	<i>Gem. A. ZH</i>	2008	Nichteinbürgerung wegen Sozialhilfeabhängigkeit ist bei Behinderten eine indirekte Diskriminierung und lässt sich nicht rechtfertigen (4.5.2.).
BGE 135 I 265	<i>Rheineck</i>	2009	Recht auf Beurteilung innert angemessener Frist: weigert sich eine Bürgergemeinde zweimal grundlos bzw. mit verfassungswidrigen Gründen nicht einzubürgern, so muss die Rechtsmittelinstanz direkt einbürgern (4.4.2.).
BGE 136 I 309	<i>Wetzikon</i>	2010	Nichteinbürgerung wegen Sozialhilfeabhängigkeit bei junger Person in Ausbildung ist nicht diskriminierend (4.5.3.).
BGer 1D_8/2010		2011	Unterstützung einer antidemokratischen Organisation ist ein zulässiger Ablehnungsgrund und nicht diskriminierend (4.5.1.).
BGE 137 I 235	<i>Erlinsbach</i>	2011	Letztinstanzliches kantonales Gericht muss Sachverhalt und Rechtsanwendung frei überprüfen, volle Kognition wird nicht verlangt (4.4.3.); Mindestanforderungen an Ermittlung der Sprachkenntnisse (4.4.4.); Integrationsbeurteilung bei einer Hausfrau (4.6.); Gemeindeautonomie nicht verletzt (4.3.).
BGE 138 I 242	<i>Oberriet – Vereinsentscheid</i>	2012	Integration: Vereinsmitgliedschaft darf nicht Killerkriterium sein (4.6.).
BGE 138 I 305	<i>Oberriet – Willkürüge</i>	2012	Willkürüge bei ordentlicher Einbürgerung ist zulässig (4.2.).
BGE 139 I 169	<i>Amriswil</i>	2013	Nichteinbürgerung wegen fehlendem Einbürgerungswillen von Behinderten ist diskriminierend (4.5.2.); Gemeindeautonomie nicht verletzt (4.3.).
BGE 140 I 99	<i>Weiningen</i>	2014	Prüfungen müssen angekündigt werden (4.4.5.).
BGE 141 I 60	<i>Trimmis</i>	2015	Aktenführungspflicht; Würdigung von Vorbringen der Bewerber_innen; Verhältnis Untersuchungsgrundsatz – Mitwirkungspflicht (4.4.5.).
BGer 1D_3/2014		2015	Voraussetzung der Niederlassungsbewilligung ist mit Art. 34 FK vereinbar (4.7.).
BGer 1D_1/2015		2015	Bestätigung BGE 137 I 235 (Fn. 155).
BGer 1D_7/2015		2016	Integration: durchschnittliche_r Schweizer_in ist Massstab (4.6.).
BGer 1D_4/2016		2017	Kantone können Einbürgerungsvoraussetzungen verschärfen (Fn. 54) und Rechtsanspruch einführen (Fn. 44).
BGer 1D_7/2017		2018	Fehlendes Grüssen auf der Strasse beeinträchtigt Integration nicht (4.6.); nach Art. 34 FK müssen Einbürgerungsvoraussetzungen bei Flüchtlingen weniger streng beurteilt werden (4.7.).
BGer 1D_4/2018		2019	Anforderungen an die Ermittlung der Sprachkenntnisse im Kanton Schwyz (Fn. 159).

BGE 146 I 83	<i>Bürgergemeinden BS</i>	2019	Prozessuale Vermutung verletzt durch Kantonsverfassung garantierte Gemeindeautonomie nicht (4.3.).
BGE 146 I 49	<i>Arth</i>	2019	Gesamtwürdigung bei der Integrationsbeurteilung, Manko in einem Punkt lässt sich durch Stärke in anderem Punkt aufwiegen (4.6.).
BGer 1D_7/2019	<i>Kt. Basel-Landschaft - Integration</i>	2019	Leumund und finanzielle Verhältnisse sind zwingend Integrationskriterien und kommen darum in die Gesamtwürdigung – sie dürfen keine Mindestvoraussetzung darstellen (4.6.).
BGE 146 I 195	<i>Kt. Genf</i>	2020	Kanton ist nicht zur subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen die ordentliche Einbürgerung zugelassen (4.3.).

Abkürzungsverzeichnis

A.	anonymisierter Gemeindename
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
aBüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (Bürgerrechtsgesetz, SR 141.0; nicht in Kraft)
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt, deutsche Ausgabe
BfS	Bundesamt für Statistik
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BS	Kanton Basel-Stadt
BüG	Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 20. Juni 2014 (Bürgerrechtsgesetz, SR 141.0)
BüV	Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (Bürgerrechtsverordnung, SR 141.01)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
D.C.	District of Columbia
d.h.	das heisst
Dr. iur.	Doktor_in des Rechts
dRSK	Digitaler Rechtsprechungskommentar (Bern)
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
et al.	et alia (und andere)
f.	und die folgende
FDP	Freisinnig-demokratische Partei
ff.	und die folgenden
FF	Feuille Fédérale, französische Ausgabe
FK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (SR 0.142.30), in Kraft getreten für die Schweiz am 21. April 1955
Fn.	Fussnote

Gem.	Gemeinde
Hrsg.	Herausgeber_innen
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
kBüG/SZ	Bürgerrechtsgesetz des Kantons Schwyz vom 20. April 2011 (SRSZ 110.100)
kBüV/SZ	Bürgerrechtsverordnung des Kantons Schwyz vom 5. Juni 2012 (SRSZ 110.111)
Kt.	Kanton
lit.	littera
N.	Randnote
nccr	National Center [sic!] of Competence in Research
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110; nicht in Kraft)
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (Washington, D.C.)
Prof.	Professor_in
publ.	publiziert
RRB	Regierungsratsbeschluss
S.	Seite
SEM	Staatssekretariat für Migration
SNF	Schweizerischer Nationalfonds (Bern)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRSZ	Systematische Gesetzsammlung des Kantons Schwyz
SVP	Schweizerische Volkspartei
SZ	Kanton Schwyz
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021)
WP	working paper
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
Ziff.	Ziffer
ZH	Kanton Zürich
zit.	zitiert als
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

*«Dass Einbürgerungswillige bessere oder [...] angepas-
tere de facto-Schweizer sein müssen als Schweizer Bür-
ger, fällt offenbar nur den Betroffenen selbst [...] auf.»¹*

1. Einleitung

In einer SNF-Studie wurden Bürgerrechtsbewerber_innen,² die an einer Gemeindeversammlung knapp angenommen oder abgelehnt wurden, verglichen. Die Studie belegt, dass Einbürgerungen die Integration fördern.³ Inzwischen sind Entscheide an Gemeindeversammlungen zwar immer noch zulässig, aber es gibt sie nur noch in wenigen Gemeinden, da ablehnende Einbürgerungsentscheide begründet sein müssen und nicht willkürlich sein dürfen.⁴

Für die einen ist es das demokratische Recht einer Bevölkerung, bestimmen zu können, wer Teil «ihres» Volkes werden kann. Für die anderen ist es demokratisch fragwürdig, dass die Insider frei über die Zugehörigkeit der Outsider entscheiden können sollen. Klar ist: Für die Betroffenen fühlt sich das Schweizer Einbürgerungsverfahren häufig unfair an.⁵ Sie wehren sich dementsprechend oft vor Gericht, um zu ihrem – von ihnen angenommenen – Recht zu kommen.

Zu ihrem Recht? Auf die ordentliche Einbürgerung gibt es keinen Rechtsanspruch. Trotzdem kann man sich gegen einen negativen Entscheid bis vor Bundesgericht wehren, wenn mit dem Entscheid verfassungsmässige Rechte verletzt werden. Doch seit wann ist es überhaupt möglich, sich mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde selbst dann, wenn «nur» Willkür gerügt wird, gegen einen negativen Einbürgerungsentscheid zu wehren?

Der Fokus dieser Arbeit liegt auf der Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur ordentlichen Einbürgerung und deren Entwicklung in den letzten 17 Jahren. Dazu wird in Kapitel 2 zuerst ein Überblick über das Bürgerrecht und die Einbürgerung in der Schweiz gegeben. Anschliessend wird in Kapitel 3 die ordentliche Einbürgerung betrachtet. Schliesslich werden die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die einzelnen Neuerungen, die sie brachte, in Kapitel 4 detailliert diskutiert. In Kapitel 4.1 wird dabei ausführlich auf die demokratiethoretischen Probleme des Einbürgerungsverfahrens eingegangen und aufgezeigt, dass es aus demokratischer Sicht nicht unbedingt als problematisch betrachtet werden muss, sondern im Gegenteil auch als Fortschritt betrachtet werden kann, die politische Komponente und damit insbesondere Mehrheitsentscheide aus dem Einbürgerungsverfahren zu streichen.

¹ HANGARTNER (2006), S. 1597.

² Geschlechtergerechte Schreibweise: In dieser Arbeit wird der Gender_Gap verwendet. Bei im Gesetz etablierten, nicht direkt personenbezogenen Begriffen wie «Bürgerrecht» wird diese etablierte Form benutzt.

³ HAINMUELLER/HANGARTNER/PIETRANTUONO.

⁴ Siehe Kapitel 4.1. und 4.2.

⁵ Vgl. für einen Überblick z.B. <http://einbürgerungsgeschichten.ch/medien> (zuletzt besucht am 21.11.2020).

2. Grundlagen zur Einbürgerung

Das Schweizer Bürgerrecht ist dreistufig: Jede_r Schweizer_in ist immer auch Bürger_in einer Gemeinde und damit eines Kantons.⁶ Wer Bürger_in ist, ist Teil des Staatsvolks.⁷ Das Schweizer Bürgerrecht beinhaltet insbesondere das Recht, wählen und abstimmen zu können, und es schützt davor, das Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu verlieren – gleichzeitig beinhaltet es auch Pflichten, insbesondere für Männer die Pflicht, Militärdienst zu leisten.⁸

In der Schweiz gilt das Prinzip des *ius sanguinis*. Das heisst, entscheidend ist nicht, wo jemand geboren wurde und aufwächst, sondern welche Vorfahren jemand hat. Ist ein Elternteil Schweizer_in, so wird auch das Kind automatisch Schweizer_in.⁹

Im Folgenden wird kurz auf den verfassungsrechtlichen Rahmen eingegangen, dann der Unterschied zwischen erleichterter und ordentlicher Einbürgerung erläutert und schliesslich die jüngere Entwicklung des Einbürgerungsrechts in der Schweiz betrachtet.

2.1. Verfassungs- und völkerrechtlicher Rahmen

Der Bund hat im Bereich der Einbürgerung eine umfassende Kompetenz für die erleichterte Einbürgerung, die Wiedereinbürgerung, den Erwerb des Bürgerrechts durch Abstammung und Adoption sowie für den Verlust des Bürgerrechts.¹⁰ Für die ordentliche Einbürgerung verfügt er aber nur – immerhin aber, entgegen dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 BV, der von «Mindestvorschriften» spricht – über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz.¹¹

Im Völkerrecht werden nahezu keine Erwartungen an die Einbürgerung aufgestellt – die Staaten entscheiden souverän.¹² Nur in Bezug auf Kinder, Staatenlose und Flüchtlinge¹³ existieren Bestimmungen, die eine Erleichterung des Zugangs zum Bürgerrecht verlangen.¹⁴ Auch die BV sieht kein Recht auf Einbürgerung vor.¹⁵

⁶ Art. 37 Abs. 1 BV; GUTZWILLER (2016), S. 7; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 292; THÜRER/FREI, S. 206.

⁷ ACHERMANN/VON RÜTTE, N. 11.

⁸ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 277 f.; SPESCHA et al., S. 458.

⁹ Art. 1 BÜG; GUTZWILLER (2016), S. 9 f., SPESCHA et al., S. 458 f.

¹⁰ Art. 38 Abs. 1 BV.

¹¹ ACHERMANN/VON RÜTTE, N. 43; CARONI et al., S. 93 f.; GUTZWILLER (2016), S. 20 f., 99; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 297; VON RÜTTE (2018), S. 69 f.

¹² ACHERMANN/VON RÜTTE, N. 11; UEBERSAX, S. 173.

¹³ Siehe Kapitel 4.7.

¹⁴ GUTZWILLER (2016), S. 5 f.; UEBERSAX, S. 173; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 301a.

¹⁵ UEBERSAX, S. 173; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 301a.

2.2. Ordentliche oder erleichterte Einbürgerung?

Ausländer_innen können durch die Einbürgerung Schweizer_innen werden. Dabei unterscheidet Art. 38 BV zwischen der ordentlichen und der erleichterten Einbürgerung. Der Unterschied liegt dabei vor allem darin, dass bei der erleichterten Einbürgerung das SEM allein entscheidet.¹⁶ Die Voraussetzungen durch Bundesrecht sind zwar nicht viel schwächer. Bedeutend ist hingegen – je nach Wohnort –, dass die Verschärfungen und zusätzlichen Voraussetzungen der Kantone wegfallen.¹⁷

Wer sich einbürgern lassen will, sollte also zuerst prüfen, ob sie oder er die Voraussetzungen der erleichterten Einbürgerung erfüllt, um sich das aufwändigere Verfahren der ordentlichen Einbürgerung ersparen zu können. Erfüllt werden können diese Voraussetzungen von Ehegatt_innen und Kindern von Schweizer_innen sowie von staatenlosen Minderjährigen und – seit 2018 – von Personen der dritten Ausländergeneration.¹⁸

2.3. Entwicklung: Gesetzliche Grundlagen und Statistik¹⁹

Im Jahr 2014 hatten ungefähr 12 % der ausländischen Wohnbevölkerung in der Schweiz ein Einbürgerungsgesuch eingereicht. Von den restlichen 87 % hatte rund die Hälfte die Absicht, sich einbürgern zu lassen, rund ein Drittel hatte bewusst keine solche Absicht.²⁰ Obwohl die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Bürgerrechtsbewerber_innen immer stärker schützt, wie diese Arbeit aufzeigen wird, wird es für sie nicht unbedingt einfacher. Die rohe Einbürgerungsquote²¹ stagniert seit 2011 bei rund 2 %.²² Die Einbürgerungsquote bei der ordentlichen Einbürgerung stieg von 1992 (0.5 %)²³ bis 2006 (2.5 %)²⁴ stark an, und sank dann bis 2017 wieder auf 1.7 %.²⁵

Mit der auf den 1. Januar 2018 in Kraft gesetzten Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes wurden die Voraussetzungen für die ordentliche Einbürgerung unter dem Strich verschärft.²⁶ So müssen seit 2018

¹⁶ Art. 25 Abs. 1 BÜG; vgl. BIANCHI, S. 404.

¹⁷ GUTZWILLER (2008), N. 857; SPESCHA et al., S. 477.

¹⁸ Art. 38 Abs. 1 und 2 BV; Art. 20 ff. BÜG; SPESCHA et al., S. 477 ff.

¹⁹ Einzelne Formulierungen hier und in Kapitel 3.2 sind übernommen vom ebenfalls von mir verfassten Text: Wer hier lebt gehört zu uns – Konzept – einbürgerungsgeschichten.ch, online abrufbar unter <http://www.einbürgerungsgeschichten.ch/Konzept> (zuletzt besucht am 03.11.2020).

²⁰ Bundesamt für Statistik: Antrag und Absicht, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/buergerschaft/antrag-absicht.html> (zuletzt besucht am 04.12.2020).

²¹ Mit der Einbürgerungsquote wird angegeben, wie viel Prozent der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung eines bestimmten Gebiets pro Jahr eingebürgert werden.

²² Bundesamt für Statistik: Rohe Einbürgerungsziffer, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/integrationindikatoren/indikatoren/rohe-einbuergierungsziffer.html> (zuletzt besucht am 11.08.2020).

²³ WANNER/STEINER, S. 31.

²⁴ nccr – on the move.

²⁵ Ebd.

²⁶ AS 2016 S. 2574; GUTZWILLER (2016), S. 96 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 329; UEBERSAX, S. 193; VON RÜTTE (2017), S. 214.; siehe auch WANNER/STEINER, S. 51 ff., wobei nun in der Endfassung des revidierten BÜG die Wohnsitzfrist sogar nur auf 10 Jahre gesenkt wurde (Art. 9 Abs. 1 lit. b BÜG).

Bürgerrechtsbewerber_innen neu über die Niederlassungsbewilligung verfügen, was insbesondere in Kantonen, die bei dieser Ermessensentscheid nicht gerade wohlwollend sind oder sich sogar über die bundesrechtlichen Vorgaben hinwegsetzen,²⁷ ein Problem darstellen kann.²⁸ Praktisch zeitgleich, auf den 15. Februar 2018, wurde aber auch die erleichterte Einbürgerung für die dritte Generation eingeführt.²⁹ Unabhängig von der Frage nach der Verschärfung oder Erleichterung brachte das neue BÜG eine Harmonisierung mit sich. Einerseits in Bezug auf das gesamte Migrationsrecht des Bundes, insbesondere in Bezug auf den Integrationsbegriff – die Einbürgerung soll die «ultime étape d’une intégration réussie»³⁰ darstellen. Andererseits in Bezug auf die Kantone, insbesondere durch die Vorgabe bezüglich Wohnsitzfrist in Art. 18 BÜG.³¹

Im internationalen Vergleich ist das Schweizer Einbürgerungsrecht streng.³² Entsprechend ist der Ausländer_innenanteil mit rund 25 % hoch.³³ Dazu BIANCHI:

«Ein demokratischer Staat soll das Ziel haben, eine Kongruenz zwischen den Inhaberinnen und Inhabern der politischen Rechte und den dauerhaft der staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen.»³⁴

Solange rund ein Viertel der Schweizer Bevölkerung von der politischen Mitsprache ausgeschlossen ist, besteht die von BIANCHI problematisierte Inkongruenz zwischen jenen, die Regeln aufstellen und jenen, die ihnen unterworfen sind. Das muss demokratietheoretisch diskutiert werden. Dazu mehr in Kapitel 4.1.3.

²⁷ SPESCHA et al., S. 171; vgl. z.B. auch das Merkblatt Niederlassungsbewilligung des Amtes für Migration SZ (abrufbar unter <https://www.sz.ch/public/upload/assets/39422/2019.01%20Merkblatt%20Niederlassungsbewilligung.pdf> (zuletzt besucht am 11.08.2020)), in dem entgegen Art. 58a Abs. 1 lit. d AIG und entgegen den entsprechenden «Weisungen AIG» des SEM (S. 48) auch von Personen in Ausbildung der Nachweis der Teilnahme am Wirtschaftsleben verlangt wird.

²⁸ SPESCHA et al., S. 70 f.

²⁹ Art. 38 Abs. 3 lit. a BV; Art. 24a BÜG; AS 2018 S. 532.

³⁰ FF 2011 2639, S. 2643.

³¹ GUTZWILLER (2016), S. 95 f.

³² BLATTER/SCHMID/BLÄTTLER, S. 41; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 329.

³³ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 288a.

³⁴ BIANCHI, S. 426.

3. Ordentliche Einbürgerung: Voraussetzungen und Verfahren

Auf die ordentliche Einbürgerung besteht kein Rechtsanspruch. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fehlt es an einem Rechtsanspruch, wenn die Erteilung eines besseren Rechtsstatus nicht mit klaren Voraussetzungen in einer Rechtsnorm geregelt ist.³⁵ Da entsprechende Formulierungen im Bürgerrechtsgesetz fehlen, besteht kein Rechtsanspruch auf die ordentliche Einbürgerung.³⁶ Der Unterschied zwischen Rechtsanspruch und Ermessen ist allerdings kein harter.³⁷ Er besteht vor allem darin, wie ein Gericht Beschwerden von Bürgerrechtsbewerber_innen zu beurteilen hat. Steht der Behörde ein Ermessen zu, so muss das Gericht im Normalfall³⁸ zurückhaltend beurteilen und es darf nur bei qualifizierten Ermessenfehlern, beispielsweise bei einer Verletzung des Willkür- oder des Diskriminierungsverbots, den Entscheid der zuständigen Behörde kippen – besteht ein Rechtsanspruch, kann es hingegen direkt beurteilen, wie der infrage stehende Entscheid gefällt werden muss.³⁹

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass eine reine Willkürklage bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde nur möglich ist, wenn ein Rechtsanspruch gegeben ist oder sonst ein Rechtssatz verletzt wurde, der dem Schutz der Interessen der Beschwerdeführer_innen dient.⁴⁰ Seit dem Fall *Oberriet – Willkürklage*⁴¹ fällt die ordentliche Einbürgerung unter die zweite Kategorie. Damit steht sie irgendwo zwischen Rechtsanspruch und Ermessen. Zum Teil wird deswegen auch von einem indirekten Rechtsanspruch gesprochen.⁴²

Die Bürgerrechtsbewerber_innen sind durch das Ermessen im Verfahren in einem gewissen Masse auf das Wohlwollen der Behörden angewiesen.⁴³ Die Kantone können allerdings einen Rechtsanspruch einführen,⁴⁴ was zum Beispiel der Kanton Zürich getan hat.⁴⁵

³⁵ BGE 133 I 185 E. 6.1, S. 198; die Formulierung ist jedoch alles andere als deutlich – es ist aber davon auszugehen, dass ein Rechtsanspruch grundsätzlich nur besteht, wenn im Gesetz auch von einem Anspruch die Rede ist.

³⁶ Siehe z.B. BGE 129 I 217 E. 1.3, S. 221 f.

³⁷ Vgl. auch das Votum des damaligen SVP-Nationalrats Ueli Maurer während einer Debatte über das Bürgerrechtsgesetz, der feststellte: «Die Schaffung eines Beschwerderechtes führt faktisch zum Recht auf Einbürgerung»; AB 2003 Nationalrat, S. 1468 f.

³⁸ Die Prüfung von einfachen Ermessensfehlern (Unangemessenheit) ist jedoch in den wenigen Fällen möglich, in denen es das Gesetz vorsieht; siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 26 N. 20 ff. Im Kanton Schwyz beispielsweise können bei Verwaltungsgerichtsverfahren zur ordentlichen Einbürgerung nach § 55 Abs. 2 lit. a i.V.m. § 13 kBüG/SZ auch einfache Ermessensfehler überprüft werden, da das Verwaltungsgericht die erste Rechtsmittelinstanz ist. Zu den zwingenden Anforderungen an die kantonalen Rechtsmittelinstanzen siehe Kapitel 4.4.3.

³⁹ SPESCHA et al., S. 118 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 26 N. 19 ff.

⁴⁰ BGE 129 I 217 E. 1.3, S. 221; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1985.

⁴¹ Siehe Kapitel 4.2.

⁴² Siehe ACHERMANN/VON RÜTTE, Art. 38 N. 35; DE WECK, Art. 12 BÜG N. 3; UEBERSAX, S. 181.

⁴³ SPESCHA et al., S. 118.

⁴⁴ Urteil des BGer 1D_4/2016 vom 4. April 2017, E. 4.4.

⁴⁵ § 21 des Gesetzes über das Bürgerrecht ZH vom 6. Juni 1926 (Gesetzessammlung ZH 141.1).

Im Gegensatz zum erleichterten Einbürgerungsverfahren ist das ordentliche Einbürgerungsverfahren meist dreistufig.⁴⁶ Das Gesuch geht in den meisten Kantonen⁴⁷ von einer kommunalen Einbürgerungsbehörde über den Kanton zum Bund und dann, wenn dieser die Einbürgerungsbewilligung erteilt hat, wieder zurück zum Kanton.⁴⁸ Die Gemeinde muss aber nicht zwingend einbezogen sein. Die Kantone können frei entscheiden, ob und wie stark sie den Gemeinden Kompetenzen einräumen wollen.⁴⁹ Im Folgenden wird ein kurzer, unvollständiger Überblick über die Voraussetzungen bei Bund und Kantonen gegeben.

3.1. Nach Bundesrecht

Nach Art. 9 BüG müssen Bürgerrechtsbewerber_innen für die Erfüllung der formellen Voraussetzungen über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und mindestens 10 Jahre in der Schweiz gelebt haben, 3 Jahre davon müssen innerhalb der letzten 5 Jahre vor Gesuchseinreichung liegen. Die Lebensjahre zwischen 8 und 18 werden dabei doppelt gezählt⁵⁰ – nur zur Hälfte gezählt werden die Jahre mit dem Status der vorläufigen Aufnahme.^{51,52}

Materiell müssen die Bewerber_innen nach Art. 11 BüG erfolgreich integriert sein (lit. a), mit den schweizerischen Lebensverhältnissen vertraut sein (lit. b) und sie dürfen keine Gefährdung der Sicherheit darstellen (lit. c). Wann man erfolgreich integriert ist, wird in Art. 12 Abs. 1 BüG genauer definiert. Entscheidend sind insbesondere die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung (lit. d) und die genügende Beherrschung der Landessprache (lit. c). Ausführlich erläutert werden die materiellen Voraussetzungen in den Art. 2-9 der Bürgerrechtsverordnung. Geprüft wird die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen grundsätzlich von den Kantonen, beziehungsweise den Gemeinden.⁵³

⁴⁶ SPESCHA et al., S. 459.

⁴⁷ BGE 146 I 83 E. 2.3, S. 87 f.

⁴⁸ Art. 13 BüG; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 315; THÜRER/FREI, S. 206; UEBERSAX, S. 178 f.; exemplarisch § 7 und 12 kBüG/SZ.

⁴⁹ Art. 13 Abs. 2 BüG; BGE 146 I 83 E. 2.3, S. 88.

⁵⁰ Art. 9 Abs. 2 BüG.

⁵¹ Art. 33 Abs. 1 lit. b.

⁵² Vgl. SPESCHA et al., S. 459 ff.

⁵³ Ebd., S. 463 f.

3.2. Nach kantonalem und kommunalem Recht

Die Voraussetzungen des Bundesrechts können von den Kantonen noch erweitert und damit auch verschärft werden.⁵⁴ Zudem können die Kantone festlegen, wie hoch die Mindestaufenthaltsdauer in Kanton und Gemeinden sein soll, sie sind dabei jedoch auf mindestens 2 Jahre und höchstens 5 Jahre beschränkt.⁵⁵ So muss man beispielsweise im Kanton Schwyz Deutsch auf dem mündlichen Niveau B2 und dem schriftlichen Niveau B1 beherrschen⁵⁶ und man darf in den letzten 5 Jahren vor der Einreichung des Gesuchs keine Sozialhilfe bezogen haben und muss allfällig bezogene Sozialhilfe der vorangehenden 5 Jahre – also insgesamt 10 Jahre vor Gesuch – zurückbezahlt haben.⁵⁷ Zudem muss man seit mindestens 5 Jahren ununterbrochen nicht nur im Kanton, sondern auch in der Gemeinde wohnhaft sein.⁵⁸ Im Gegensatz dazu werden zum Beispiel in den Kantonen Zürich oder Jura die entsprechenden Integrationskriterien kaum oder gar nicht verschärft und die Wohnsitzfrist auf die Minimalanforderung des Bundesrechts von 2 Jahren festgelegt.⁵⁹

In einem Inklusivitäts-Index der Universität Neuenburg, bei dem die verschiedenen Faktoren, die in den Einbürgerungsverfahren in den Kantonen eine unterschiedliche Rolle spielen, ausgewertet wurden, belegen die Kantone Neuenburg und Jura die vordersten und die Kantone Aargau und Schwyz die hintersten Plätze.⁶⁰ Die Einbürgerungsquote ist allerdings gleichzeitig in Neuenburg (2.5 %) und Genf (2.7 %) am höchsten und in Appenzell Ausserrhoden (0.7 %) und Graubünden (0.8 %) am tiefsten.⁶¹

Entsprechend unterschiedlich sind auch die Kosten. In Vorderthal im Kanton Schwyz sind bereits allein die kommunalen Gebühren für eine Einzelperson 4'300 CHF.⁶² In der Stadt Zürich liegen diese bei 250-1'200 CHF.⁶³ Hinzu kommen Kosten für die Beschaffung von Nachweisen und anderen Dokumenten und Gebühren bei Bund und Kanton.⁶⁴

Für das Verfahren werden normalerweise Dokumente wie Strafregister-, Betreibungsregister- oder Fürsorgebehördenauszüge verlangt und es findet ein Gespräch zur Überprüfung der Integrationskriterien statt. Auch das Ablegen einer schriftlichen Prüfung kann verlangt werden.⁶⁵ Trotz des grossen

⁵⁴ Art. 12 Abs. 3 BÜG, Art. 38 Abs. 2 BV; Urteil des BGer 1D_4/2016 vom 4. Mai 2017, E. 4.4.

⁵⁵ Art. 18 Abs. 1 BÜG.

⁵⁶ § 5 Abs. 1 kBÜV/SZ.

⁵⁷ § 7 Abs. 1 lit. c kBÜV/SZ.

⁵⁸ § 3 Abs. 1 kBÜG/SZ.

⁵⁹ Einen – leider bei beiden nicht ganz fehlerfreien – Überblick bieten: ARRIGHI/PICCOLI; VON RÜTTE (2018), S. 81 ff.

⁶⁰ ARRIGHI/PICCOLI.

⁶¹ nccr – on the move.

⁶² Regierungsratsbeschluss Nr. 612/2017 vom 16. August 2017, Regierungsrat SZ, Beantwortung der Interpellation I 4/17 – Wie wird im Kanton Schwyz eingebürgert?, S. 6.

⁶³ Art. 3 ff. der Verordnung über die Gebühren für die Aufnahme in das Bürgerrecht der Stadt Zürich.

⁶⁴ Vgl. auch «Gebührenhölle: Intransparenz bei Kosten für Einbürgerung», Comparis, abrufbar unter <https://www.comparis.ch/information/neu-in-der-schweiz/analyse/gebuehren-einbuengerungen-schweiz> (zuletzt besucht am 23.09.2020).

⁶⁵ SPESCHA et al., S. 468.

Gestaltungsspielraums können die Kantone und die Gemeinden aber nicht tun und lassen, was sie wollen, sondern sind an gewisse Grundsätze gebunden, wie in Kapitel 4 noch dargelegt wird.

4. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Im Ausnahmenkatalog von Art. 83 BGG wird in lit. b festgehalten, dass gegen Entscheide über die ordentliche Einbürgerung keine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden kann. Möglich ist darum nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide.⁶⁶ In Art. 46 BÜG ist festgehalten, dass die Kantone ein Gericht als letzte kantonale Instanz bei Beschwerden gegen negative Einbürgerungsentscheide einsetzen müssen.⁶⁷ Zur Beschwerde zugelassen sind aber nicht nur die Bürgerrechtsbewerber_innen, sondern auch die Gemeinden.⁶⁸

Das Bundesgericht hat seit 2003 insgesamt 20 Entscheide zur ordentlichen Einbürgerung gefällt, welche in die Sammlung der Leitentscheide aufgenommen wurden. Diese behandeln teils verfahrensrechtliche und teils materielle Fragen des Einbürgerungsverfahrens, teils behandeln sie die Frage der formellen Zulässigkeit von Beschwerden ans Bundesgericht.

In den Fällen *Emmen/Zürich* in Kapitel 4.1 spielen alle drei Faktoren eine Rolle. Die Entscheide gegen die Gemeinde Emmen und die SVP der Stadt Zürich stellten einen Tabubruch dar und eröffneten einen langwierigen Prozess. In diesem Prozess stellt das Bundesgericht immer klarere Vorgaben dazu auf, unter welchen Bedingungen ein Einbürgerungsgesuch nicht abgelehnt werden darf. Langwierig ist der Prozess aber auch darum, weil gewisse Einbürgerungsbehörden und Bürgergemeinden sehr lange zu brauchen scheinen, um sich daran zu gewöhnen, dass das Einbürgerungsverfahren kein rechtsfreier Vorgang ist.⁶⁹

Anschliessend an diesen Einstieg geht es zuerst um die Frage der formellen Zulässigkeit: In Kapitel 4.2 geht es um das Urteil, mit dem die Willkürklage für die ordentliche Einbürgerung zugelassen wurde.⁷⁰

In Kapitel 4.3 geht es um die Zulässigkeit der Beschwerden von Kantonen und Gemeinden und um die Bedeutung der Gemeindeautonomie im Einbürgerungsverfahren. Die weitere Rechtsprechung zur

⁶⁶ Art. 113 BGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 BÜG; vgl. UEBERSAX, S. 180. Umstritten ist, ob die Verweigerung der Einbürgerungsbewilligung durch das SEM auch unter Art. 83 lit. b BGG fällt oder nicht. Dazu gibt es keine Bundesgerichtsrechtsprechung. Ob das daran liegt, dass das SEM seltener als die kommunalen Einbürgerungsbehörden rechtswidrig handelt oder daran, dass die Anwält_innen der Auffassung, dass Art. 83 lit. b auch für die Verweigerung der Einbürgerungsbewilligung gilt, folgen, muss ich offenlassen – nicht zulässig ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 113 BGG); vgl. UEBERSAX, S. 176 ff.; DE WECK, Art. 47 BÜG N. 1.

⁶⁷ Zu den Anforderungen an dessen Kognition siehe Kapitel 4.4.3.

⁶⁸ Art. 47 Abs. 2 BÜG i.V.m. Art. 115 und Art. 116 BGG und Art. 50 BV. Die Kantone sind zwar generell auch zur Beschwerde zugelassen, jedoch nicht zur subsidiären Verfassungsbeschwerde, siehe Kapitel 4.3.

⁶⁹ BGE 135 I 265, dazu HANGARTNER (2009), S. 1622; Urteil des BGer 1D_7/2017 vom 13. Juli 2018, E. 6.7 – in beiden Fällen weigert sich die Bürgerversammlung mehrmals, sich ans geltende Recht zu halten.

⁷⁰ Alle davor in die Sammlung aufgenommenen Urteile befassen sich entweder mit einem Fall mit Rechtsanspruch oder sie stützten sich formell auf das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV), die Verfahrensgarantien (Art. 29 BV) oder auf die Gemeindeautonomie (Art. 50 BV), nachdem die letzte kantonale Instanz den Bürgerrechtsbewerber_innen Recht gegeben hatte. Diese drei verfassungsmässigen Rechte lassen im Gegensatz zur Willkürklage auch ohne (indirekten) Rechtsanspruch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu; vgl. Kapitel 3 Ingress.

verfahrensrechtlichen Seite des Einbürgerungsverfahrens – inklusive der Anforderung an die Kognition des letztinstanzlichen kantonalen Gerichts – wird in Kapitel 4.4 behandelt. Die weitere Rechtsprechung zu materiellen Aspekten des Einbürgerungsverfahrens in Kapitel 4.5 – bezüglich Diskriminierung – und 4.6 – bezüglich der Integrationsbeurteilung. In Kapitel 4.7 schliesslich geht es um die Bedeutung der Flüchtlingseigenschaft im Einbürgerungsverfahren.

In dieser Arbeit wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung ab 2003 behandelt. Der Grund dafür ist einfach: Zuvor gab es keine relevante Rechtsprechung. Die ordentliche Einbürgerung galt lange als «Reservat staatlicher Willkür»⁷¹ – sie wurde weitgehend als politischer Entscheid mit freiem Ermessen betrachtet. Erst mit den Urteilen *Emmen/Zürich* hielt das Bundesgericht zum ersten Mal fest, dass die ordentliche Einbürgerung ein individuell-konkreter Hoheitsakt ist, der rechtsstaatlich-prozessualen Anforderungen genügen muss und gerichtlich kontrolliert werden kann. Damit öffnete es den Prozess für die weitere bundesgerichtliche Rechtsprechung.⁷²

4.1. Tabubruch: Begründungspflicht und Verbot von Urnenentscheiden

Die Entscheide *Emmen* und *Zürich*⁷³ wurden gleichzeitig veröffentlicht und behandeln beide die gleiche Frage: Ist es zulässig, über Einbürgerungen an der Urne zu entscheiden? Grundsätzlich brachten die beiden Entscheide drei Neuerungen: Erstens die generelle Zulässigkeit der damaligen staatsrechtlichen Beschwerde⁷⁴ gegen negative Entscheide über die ordentliche Einbürgerung, zweitens eine Begründungspflicht für negative Entscheide und drittens, aus der Begründungspflicht folgend, ein Verbot von Urnenentscheiden.

4.1.1. Sachverhalte

Im Fall *Emmen* waren zu diesem Zeitpunkt Urnenabstimmungen über Einbürgerungen bereits Realität und der Fall kam vor das Bundesgericht, weil abgelehnte Bürgerrechtsbewerber_innen den Entscheid nicht akzeptierten. Beim entsprechenden Urnengang wurden alle Bewerber_innen aus Ex-Jugoslawien abgelehnt, gleichzeitig aber jene aus Mittel- und Westeuropa mehrheitlich angenommen.

Im Fall *Zürich* handelte es sich hingegen um eine Stimmrechtsbeschwerde. Die SVP der Stadt Zürich verlangte mit einer Volksinitiative die Einführung der Urnenabstimmung über Einbürgerungen. Die Initiative wurde jedoch vom Gemeinderat für ungültig erklärt, was auch der Regierungsrat als letzte kantonale Instanz stützte, woraufhin die SVP der Stadt Zürich mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangte.

⁷¹ MÜLLER, S. 119 f.

⁷² BGE 129 I 232 E. 3.3, S. 237 ff.; RASELLI, S. 578 ff.; UEBERSAX, S. 183 ff.; vgl. GUTZWILLER (2008), N. 865 f.

⁷³ *Emmen*: BGE 129 I 217; *Zürich*: BGE 129 I 232.

⁷⁴ Art. 84 Abs. 1 lit. a OG; entspricht ungefähr der heutigen subsidiären Verfassungsbeschwerde.

4.1.2. Entscheide

Im Fall *Emmen* hielt das Bundesgericht fest, dass abgelehnte Bürgerrechtsbewerber_innen zur staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht legitimiert sind: Erstens, weil aus dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV ein rechtlich geschütztes Interesse bestehe und darum gegen eine diskriminierende Ablehnung der Einbürgerung Beschwerde geführt werden kann.⁷⁵ Und zweitens, weil auch die Verletzung von verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien als formelle Rechtsverweigerung zur Beschwerde legitimiere.⁷⁶ Darauf aufbauend hielt das Bundesgericht im Fall *Emmen* weiter fest, dass die ablehnenden Entscheide diskriminierend waren.⁷⁷ Daran ändere auch die Tatsache, dass der Entscheid an der Urne gefällt wurde, nichts.⁷⁸

Ausgeführt wurde die Begründungspflicht im Fall *Zürich*. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Behörden aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 29 Abs. 2 BV verpflichtet sind, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Diese Pflicht bestehe auch dann, wenn ein Parlament oder das Stimmvolk entscheide, da es nicht auf die verfügende Behörde, sondern auf den rechtsanwendenden Charakter des Verfahrens ankomme.⁷⁹

Der Knackpunkt bei den Entscheiden liegt in der Frage, ob es sich bei der Einbürgerung um einen politischen oder um einen Verwaltungsakt handelt.⁸⁰ Das Bundesgericht brach dabei mit der zuvor herrschenden Meinung, bei der Einbürgerung habe das zuständige Organ freies Ermessen. Es begründete das damit, dass bei der Einbürgerung über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden wird, womit es sich um eine individuell-konkrete Anordnung handle, die alle Merkmale einer Verfügung erfülle. Dieses Verfahren könne kein Vorgang in einem rechtsfreien Raum sein – auch ohne Anspruch auf Einbürgerung müssten Verfahrensrechte gewahrt werden, denn diese Rechte stünden allen, unabhängig ihrer Berechtigung in der Sache, zu. Materiell sei ein Akt der Rechtsanwendung gegeben.⁸¹

Da Begründungen bei Urnenabstimmungen systembedingt nicht möglich sind,⁸² könne eine Urnenabstimmung über Einbürgerungen nicht verfassungsmässig sein.⁸³ Schliesslich stehe eine Urnenab-

⁷⁵ BGE 129 I 217 E. 1.1, S. 220.

⁷⁶ Ebd. E. 1.4, S. 222.

⁷⁷ Ebd. E. 2.4, S. 230.

⁷⁸ Ebd., E. 2.2.2, S. 225 f.

⁷⁹ BGE 129 I 232 E. 3.2, S. 236 f.

⁸⁰ Ebd. E. 3, S. 234.

⁸¹ Ebd. E. 3.3, S. 237 ff.

⁸² BGE 129 I 217 E. 3.6, S. 231.

⁸³ BGE 129 I 232 E. 3.5 ff., S. 241 ff.

stimmung auch dem Recht auf Schutz der Privatsphäre aus Art. 13 BV entgegen.⁸⁴ Damit verbot das Bundesgericht Urnenabstimmungen über die ordentliche Einbürgerung.⁸⁵

4.1.3. Würdigung – mehr oder weniger Demokratie?

Die beiden Entscheide führten in Teilen von Lehre und Politik zu einem Aufschrei und wurden in der Lehre intensiv diskutiert. Entscheidend ist dabei vor allem, dass Einbürgerungen mit diesen Urteilen nicht mehr als politischer Akt gesehen werden können, sondern stattdessen als verwaltungsrechtlicher Akt – ein Akt der Rechtsanwendung⁸⁶ – betrachtet werden müssen,⁸⁷ wenn auch immer noch mit einer politischen Komponente.⁸⁸ Das Bundesgericht stellte nicht auf die zuständige Behörde, sondern auf die funktionelle Natur des Rechtsakts ab, um zu entscheiden, ob ein Verwaltungsakt oder ein politischer Akt vorliegt.⁸⁹

Die beiden Entscheide stellen eine völlige Neuausrichtung der Rechtsprechung, eine erhebliche Erweiterung der justiziellen Kontrolle und damit einen Paradigmenwechsel dar.⁹⁰ BIAGGINI hält lobend fest, das Bundesgericht habe «(Verfassungs-)Geschichte geschrieben».⁹¹

WENGER sah in der damaligen Diskussion über das Einbürgerungsverfahren einen Gegensatz zwischen Progressivismus und Populismus beziehungsweise Rechtsstaat und Demokratie.⁹² Mit dem Entscheid habe das Bundesgericht Partei ergriffen für die Seite, die dem Prinzip des Rechtsstaates verpflichtet sei, und damit einen Tabubruch begangen.⁹³

WENGER sah folglich die Entscheide kritisch. Er sah die Einbürgerung als ein vom Gesetzgeber gewollter rechtsetzender und damit politischer Akt und sprach von «fingierte[r] Rechtsanwendung beim Bundesgericht».⁹⁴ RUTZ betitelte seinen Beitrag im Jusletter im Einklang damit «Richterstaat contra Demokratie», sah in den Urteilen eine Verletzung der Gewaltenteilung, da das Bundesgericht Politik – das

⁸⁴ Ebd. E. 4.4 ff., S. 246 ff.

⁸⁵ In BGE 130 I 140 äusserte sich das Bundesgericht rund ein Jahr später zur Frage von Entscheiden an Gemeindeversammlungen. Der Schwyzer Regierungsrat schrieb in einer Verordnung vor, dass nur begründete Ablehnungsanträge gestellt werden dürfen und ohne solche keine Ablehnung stattfinden könne – diese Vorgabe wurde vom Bundesgericht geschützt.

⁸⁶ BGE 129 I 232 E. 3.3, S. 238.

⁸⁷ NGUYEN, N. 7; WYSSMANN, S. 266.

⁸⁸ UEBERSAX, S. 184; ähnlich GUTZWILLER (2008), N. 865 ff., die sich jedoch für eine vollständige Qualifikation als administrativer Akt ausspricht.

⁸⁹ Vgl. GUTZWILLER (2008), N. 862 ff.

⁹⁰ UEBERSAX, S. 170, 184.

⁹¹ BIAGGINI, S. 12; von «Jahrhundertentscheiden» spricht HANGARTNER (2004), S. 3; «mutig» findet die Urteile FELBER, N. 1.

⁹² WENGER, S. 154 f.; THÜRER/FREI, S. 207 sprechen von «Kollisionen zwischen traditionell-genossenschaftlichen Formen des Demokratieprinzips und dem modernen [...] Rechtsstaatsprinzip»; HANGARTNER (2004), S. 5, vom «Demokratieargument einerseits und [...] Rechtsstaatsargument andererseits»; FELBER, N. 4, von einem «Muskelspiel zwischen Rechtsstaat und Demokratie».

⁹³ WENGER, S. 162.

⁹⁴ WENGER, S. 168.

heisst Rechtsetzung – betrieben habe und sprach von «Rechtsfortbildung in einem nicht mehr akzeptablen Ausmass».⁹⁵

Auffallend ist, dass sowohl WENGER wie auch RUTZ den Begriff der Demokratie einigermaßen undifferenziert benutzen, wenn sie die Position vertreten, dass die bisherigen Bürger_innen frei über die Aufnahme neuer Bürger_innen entscheiden können sollen und das als die (einzig mögliche) demokratische Position verstehen.⁹⁶ Erstens sind auch die verfassungsmässigen Rechte – Verfahrensrechte, Schutz der Privatsphäre, Diskriminierungsverbot – demokratisch beschlossen worden⁹⁷ und sie gelten nicht nur für gebürtige Schweizer_innen.⁹⁸ Damit kann man die Urteile selbst mittels positiven – mit Mehrheitsentscheid der Stimmberechtigten beschlossenen – Rechts ausgezeichnet rechtfertigen.⁹⁹

Zweitens gibt es für eine Demokratie Grundvoraussetzungen die nicht vom Gesetzgeber, nicht per Mehrheitsentscheid und auch nicht per Gerichtsbeschluss garantiert werden können – oder verletzt werden dürfen.¹⁰⁰ Voraussetzungen also, die vor oder über dem positiven Recht bestehen. Wenn RUTZ feststellt, dass «die Befürchtung der Bundesrichter, das Volk könnte ‘falsch’ entscheiden, [...] gefährlich [ist]»,¹⁰¹ stimmt das zwar im Grundsatz – es zeigt aber nur den grundlegenden Widerspruch – die

⁹⁵ RUTZ, N. 1; auch HANGARTNER (2004), S. 17, weist darauf hin, dass das Bundesgericht die Praxis der Bundesversammlung, entsprechende Regelungen in Kantonsverfassungen zu gewährleisten, kommentarlos übergang. Anders ZIMMERLI, N. 2, der darauf hinweist, dass es völlig normal ist, dass das Bundesgericht kantonale Gesetze überprüft und kommunale und kantonale Entscheide immer vom Bundesgericht auf ihre Konformität mit Bundesrecht überprüft werden können.

⁹⁶ Differenzierter hingegen HANGARTNER (2004), S. 17, der in der Sichtweise von beiden Seiten «radikal demokratische Wurzeln» sieht; vgl. auch THÜRER/FREI, S. 206 f., die auf Probleme des Machtmissbrauchs und Privilegienerhalts durch Mehrheitsentscheid über die Einbürgerung hinweisen.

⁹⁷ THÜRER/FREI (S. 228 f.) sprechen in diesem Zusammenhang von Minderheitenschutz in einer konstitutionellen Demokratie.

⁹⁸ So hält denn auch RUTZ fest: «Die Menschenrechte sind auch für Nichtbürger vollumfänglich gewährleistet» (N. 5) – ohne zu bemerken, dass er gerade für das Gegenteil plädiert.

⁹⁹ So ZIMMERLI, N. 4, «Grundrechte sind entweder als Erscheinungsformen der Menschenwürde ohnehin nicht verhandelbar oder aber selber durch Verfassungsentscheide von Volk und Ständen demokratisch legitimiert, damit zum festen Bestandteil des Rechtsstaates geworden und vom Bundesgericht zu gewährleisten».

¹⁰⁰ Siehe Fn. 99, erster Teilsatz.

¹⁰¹ RUTZ, N. 3.

Aporie¹⁰² – der Demokratie: Was passiert, wenn die Demokratie per Mehrheitsentscheid angegriffen wird?¹⁰³

Definiert man die Teilhabenden einer Demokratie nicht über ihre Ethnie oder Abstammung,¹⁰⁴ sondern betrachtet man Demokratie als das richtige und anstrebenswerte politische System, weil sie grösstmögliche individuelle Freiheit garantiert¹⁰⁵ und allen Beteiligten – ohne Privilegien¹⁰⁶ – ermöglicht, ihre Uneinigkeiten friedlich auszutragen, dann verträgt es keinen Ausschluss von Minderheiten innerhalb eines Staates; Demokratie und Zweiklassengesellschaft können nicht gleichzeitig existieren.¹⁰⁷ Individuelle Freiheit und Gleichheit bei der Mitsprachemöglichkeit sind für eine Demokratie zwingende Voraussetzung und stehen darum – falls man denn eine umfassende, nicht ethnisch definierte Demokratie als Prämisse annehmen will – über dem positiven Recht.

Würde man einen Demokratiebegriff akzeptieren, der über Ethnie oder Abstammung funktioniert,¹⁰⁸ dann würde man akzeptieren, dass es eine Inkongruenz gibt «zwischen den Inhaberinnen und Inhabern

¹⁰² Stellen wir uns zum Beispiel vor, eine Volksinitiative mit Inhalt, der gegen das zwingende Völkerrecht verstösst, wird lanciert, Umfragen zeigen, dass eine Mehrheit dafür ist (vgl. Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV). Darf die Parlamentsmehrheit diese wirklich für ungültig erklären? Was passiert, wenn das Volk als Reaktion auf eine Ungültigerklärung der Partei, die das zwingende Völkerrecht verletzen will, eine absolute Mehrheit gibt? Was, wenn eine Volksinitiative die Abschaffung der Demokratie und die Errichtung einer Diktatur verlangt und eine Mehrheit erhält? Dazu DERRIDA, S. 55 f.: «Wer kann dann [...] beanspruchen, der einen wie der anderen Seite gegenüber von Demokratie *selbst*, von *echter* Demokratie *im eigentlichen Sinne* zu sprechen, während doch gerade der Begriff der Demokratie selbst, in seinem eindeutigen und eigentlichen Sinne, gegenwärtig und für immer fehlt» und auf S. 59: «das bedeutet, dass sich die Demokratie schützt und erhält, indem sie sich beschränkt und damit sich selbst bedroht.»

Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn der Entscheid der durch positives Recht bisher zur Entscheidung berechtigten nötig ist, um das politische System demokratischer zu gestalten. Waren die Abstimmungen der Schweizer Männer über die Einführung des Frauenstimmrechts demokratisch? Oder ganz aktuell: Kann man für die Abschaffung des Ständemehrs wirklich die Erreichung des Ständemehrs verlangen? Meines Erachtens gibt es bei solchen Fragen aus demokratischer Sicht keinen anderen Ausweg, als dass sich alle Gewalten über das positive Recht hinwegsetzen – vorausgesetzt, die Neuerung hat unter den neuen demokratischen Spielregeln eine Mehrheit.

¹⁰³ Vgl. DERRIDA, S. 50 ff., insbesondere auf S. 54 f. zur Aussetzung der Wahlen durch die regierende demokratische Mehrheit in Algerien, nachdem absehbar ist, dass es neu eine islamistische (und damit antidemokratische) Mehrheit gibt: «Sie haben ihr [der Demokratie] daher lieber selbst ein Ende gesetzt. Sie haben souverän entschieden, *im ureigensten Interesse* der Demokratie, aus Sorge um sie und in der Absicht, sie vor dem schlimmsten [...] Angriff zu schützen, zumindest vorläufig die Demokratie aufzuheben». Die Machtergreifung der antidemokratischen Mehrheit käme einer «Art Selbstmord der Demokratie» gleich und weiter: «muss eine Demokratie diejenigen in Freiheit lassen und ihnen die Möglichkeit der Machtausübung belassen, die im Namen der Demokratie und der Mehrheit, die sie voraussichtlich dafür zusammenbringen werden, die demokratischen Freiheiten anzutasten und der demokratischen Freiheit ein Ende zu setzen drohen?» - und schliesslich dann auf S. 57 dazu, dass auch das Nichtzulassen der Machtergreifung die Demokratie beendet: «es blieb ihr [der Regierung] scheinbar keine andere Wahl als die zwischen Mord und Selbstmord».

¹⁰⁴ Vgl. die Übersicht zu Volksdefinitionen und Demokratiemodellen bei SCHAUB, S. 27 ff.

¹⁰⁵ Oder wie ZIMMERLI, N. 3, darin, «die Menschenwürde zu wahren und die Freiheiten des Individuums zu gewährleisten»; vgl. DERRIDA, S. 42 f., zum Demokratieverständnis der alten Griechen.

¹⁰⁶ ROUSSEAU, S. 73, verlangt sogar «weitgehende Gleichheit der gesellschaftlichen Stellung und der Vermögen, ohne welche die Gleichheit von Recht und Einfluss nicht lange bestehen kann».

¹⁰⁷ Vgl. HANGARTNER (2004), S. 18.

¹⁰⁸ Vgl. SCHAUB, S. 27 f. und 32 f.

der politischen Rechte und den dauerhaft der staatlichen Herrschaft Unterworfenen».¹⁰⁹ Damit würde der Sinn der Demokratie untergraben, weil weder individuelle Freiheit noch Gleichheit in der Mitsprache für alle Beteiligten garantiert wären und damit auch die friedliche Konfliktlösung unter Druck stünde. Diese Position kann somit unmöglich die demokratischere Position darstellen.¹¹⁰

In diesem Sinne wäre es aber die progressive, den Rechtsstaat fordernde Seite, die tatsächlich demokratisch orientiert ist – während jene Seite, die sich auf das Recht der Insider, über die Zugehörigkeit der Outsider entscheiden zu können, beruft, die Grundidee der Demokratie faktisch untergräbt, indem sie die Herrschaft der einen über die anderen fordert. Wie auch bei anderen Entscheidungen darüber, ob und für wen alles Grundrechte gelten sollen, liegt in dieser Frage ein grundlegender Widerspruch der Demokratie: Soll die Mehrheit die Demokratie per Mehrheitsentscheid aushebeln können, oder soll stattdessen die Minderheit geschützt werden, womit die demokratische Beschlussfassung und damit die Demokratie genauso ausgehebelt wird? Nimmt man eine radikaldemokratische Position ein, so sind die Bundesgerichtsentscheide nicht demokratiefeindlich, sondern sie stärken die Demokratie, da sie den Ausschluss einer Minderheit abschwächen und stattdessen deren Teilhabe fördern. Dieses demokratiethoretische Verständnis kann eine gewisse Missachtung des positiven Rechts¹¹¹ rechtfertigen. Trotzdem kann der bestehende Widerspruch aber nur durch eine damit verträgliche Setzung des positiven Rechts durch den Souverän – oder besser gesagt: durch dessen Einsicht – aufgelöst werden.

4.1.4. Auswirkungen auf Politik und Gesetzgebung

Ob der Bundesgerichtsentscheid bedeutet, dass es nun generell ein Beschwerderecht gegen negative Einbürgerungsentscheide geben sollte, sorgte anschliessend im Nationalrat für Unsicherheit.¹¹² Das Beschwerderecht wurde schliesslich nicht ins neue Bürgerrechtsgesetz geschrieben.¹¹³ Das heisst aber nicht, dass es nicht gelten sollte – exemplarisch für die Beweggründe kann das Votum von FDP-Nationalrätin Dorle Vallender zitiert werden:

«Ziel der Vorlage ist es, dass auch Einbürgerungsentscheide auf die Respektierung des Diskriminierungsverbotes hin geprüft werden können. (...) Mit dem Entscheid des Bundesgerichtes wurde dieses Ziel sachgerecht und erst noch viel schneller erreicht.»¹¹⁴

¹⁰⁹ BIANCHI, S. 426, siehe Kapitel 2.3 *in fine*.

¹¹⁰ Vgl. SCHAUB, S. 23: «Die ursprünglich alle Bewohner umschliessende Demokratie wird [...] zu einem Privileg der Alteingesessenen, das gegenüber Neuankömmlingen wie ein Besitz verteidigt wird. Massgebend für den Volksbegriff ist nicht mehr das 'Demos', sondern der 'Ethnos'.»

¹¹¹ Vgl. HANGARTNER (2004), S. 18.

¹¹² Siehe z.B. das Votum von Ulrich Fischer: «Mitten in diese Gesetzgebung platzte das Bundesgericht mit einem Entscheid. Dessen Interpretation ist nach wie vor völlig unklar; es herrscht Verwirrung, auch bei den Sachverständigen. Besteht nun ein solches Beschwerderecht bereits von Verfassung wegen? Ist es sinnvoll, trotzdem ein solches Recht in die Bürgerrechtsgesetzgebung aufzunehmen? Und was bedeutet der ausdrückliche Verzicht auf eine solche Gesetzesbestimmung, wie dies der Ständerat beschlossen hat?», AB 2003 Nationalrat, S. 1468.

¹¹³ Ebd., S. 1474 f.

¹¹⁴ Ebd., S. 1470; gleich auch Bundesrätin Ruth Metzler: «Die Frage der Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde ist jetzt also geklärt; d.h., es gibt keine Dringlichkeit mehr, die staatsrechtliche Beschwerde über die Einbürgerungsvorlage einzuführen, weil es sie eben gibt», S. 1473.

Tatsächlich bedeutete der Bundesgerichtsentscheid, dass es zwar ein Beschwerderecht gibt – aber eben nur sehr beschränkt; insbesondere wurde damals kritisiert, dass eine Beschwerde nur Erfolg hat, wenn man eine rassistische Diskriminierung nachweisen kann.¹¹⁵ Obwohl zusätzlich auch die Verletzung von Verfahrensrechten zur Beschwerde legitimierte, ist diese Kritik berechtigt. Erweitert wurde die Beschwerdemöglichkeit erst 2012. Seitdem ist die Willkürklage bei der ordentlichen Einbürgerung möglich.¹¹⁶

Anders sieht es bei der Begründungspflicht aus. Diese wurde 2008 ins Bürgerrechtsgesetz aufgenommen und stellt heute dessen Art. 16 dar. Gleichzeitig wurde auch das Beschwerderecht auf kantonaler Ebene mit dem heutigen Art. 46 geregelt.¹¹⁷ Auch im Jahre 2008 wurde die Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen», mit der die Bundesgerichtsurteile rückgängig gemacht worden wären, deutlich abgelehnt.¹¹⁸ Mit all diesen legislativen Entscheiden wurde die Rechtsprechung des Bundesgerichts ins positive Recht übernommen und damit die Unklarheit über das Bestehen eines Widerspruchs zwischen positivem Recht des Gesetzgebers auf der einen und grund- und damit je nach Auffassung naturrechtlich begründeter Rechtsprechung auf der anderen Seite aufgelöst.

4.2. Zulassung der Willkürklage¹¹⁹

Bereits im Abs. 2 des Ingresses von Kapitel 3 habe ich darauf hingewiesen, dass die Willkürklage bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde nur mit Rechtsanspruch oder schutzverleihendem Rechtsatz möglich ist. Im Fall *Emmen* konnte das Bundesgericht die Frage nach der Zulässigkeit von Willkürklagen bei der ordentlichen Einbürgerung offenlassen.¹²⁰ Trotzdem stellt der Fall *Oberriet – Willkürklage* eine Praxisänderung dar, da in der Zwischenzeit deren Zulässigkeit verneint wurde.¹²¹

Das Bundesgericht begründet die Überprüfung seiner Praxis im Fall *Oberriet – Willkürklage* damit, dass seit seinem letzten verneinenden Entscheid eine Revision des BÜG stattgefunden habe – die Begründungspflicht und die gerichtliche letzte kantonale Instanz wurde mit dieser Revision ins BÜG aufgenommen.¹²² Zur Einleitung wies das Gericht darauf hin, dass in der dazugehörigen Parlamentsdebatte aus den Voten zum Ausdruck kam, dass der Gesetzgeber davon ausgehe, dass mit der Revision Willkür nicht mehr möglich sein sollte. Vor diesem Hintergrund müsse Art. 14 aBÜG, der die Einbürgerungsvoraussetzungen regelte, auf die Frage hin überprüft werden, ob er eine hinreichend klar umschriebene

¹¹⁵ FELBER, N. 6 f.; WIEDERKEHR, S. 24.

¹¹⁶ Siehe Kapitel 4.2.

¹¹⁷ AS 2008 S. 5911 f.; GUTZWILLER (2016), S. 98.

¹¹⁸ BBl 2008 S. 6161 zum Abstimmungsergebnis; BBl 2006 S. 8957 zum Wortlaut der Initiative; vgl. BIAGGINI, S. 12; RASELLI, S. 583 f.; WEHRLI, N. 3 ff.

¹¹⁹ Das Gleiche gilt für die Berufung auf die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV, diese wird im Folgenden aber der Einfachheit halber weggelassen – ist jedoch immer mitgemeint.

¹²⁰ BGE 219 I 217 E. 1.3, S. 221 f.

¹²¹ Urteil des BGer 1D_5/2007 vom 30. August 2007, E. 1; UEBERSAX, S. 184 und 186.

¹²² BGE 138 I 305 E. 1.4.1, S. 309; siehe Kapitel 4.1.4.

Rechtsposition schafft.¹²³ Bei der systematischen Auslegung machte das Bundesgericht dabei einen Zirkelschluss: Art. 14 aBüG müsse auch in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV ausgelegt werden.¹²⁴ Das ist zwar erfreulich, nur müsste das Bundesgericht bei diesem Verständnis Willkürklagen generell zulassen. Auch die Ausführungen des Bundesgerichts dazu, dass es willkürlich wäre, eine Person trotz Erfüllung aller Kriterien nicht einzubürgern, erscheinen sinnvoll.¹²⁵ Nur: Warum sollte das für die Einbürgerung trotz des Entscheids, keine Willkürklagen zu behandeln, relevant sein, aber beispielsweise für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung¹²⁶ nicht?¹²⁷ Die einzige überzeugende Argumentation im Urteil ist die teleologische Ausführung – auf diese hätte sich das Bundesgericht denn auch beschränken können. Gewahrt worden wäre die Kohärenz auch durch das gänzliche Aufheben der Unzulässigkeit der Willkürklagen. Nichtsdestotrotz kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Willkürklagen im Fall von ordentlichen Einbürgerungen neu zugelassen werden können, da Art. 14 aBüG aufgrund der neu im Gesetz festgehaltenen Begründungspflicht¹²⁸ eine hinreichend klar umschriebene Rechtsposition schaffe.¹²⁹ Trotz fehlender Kohärenz des Urteils stellt das eine deutliche Verbesserung für den Rechtsschutz dar.¹³⁰

Der Fall *Oberriet – Willkürklagen* gelangte gleichzeitig mit dem Fall *Oberriet – Vereinsentscheid* vor das Bundesgericht. Da beim ersten Fall der Einbürgerungswillige beim Verwaltungsgericht unterlag, beim letzten aber die Gemeinde, wäre es stossend gewesen, hätte nur die Gemeinde weiterziehen können, der Einbürgerungswillige aber nicht. Auch dieser Umstand könnte die Praxisänderung begünstigt haben.

¹²³ Ebd. E. 1.4.2, S. 309 f.

¹²⁴ Ebd. E. 1.4.4, S. 311 f.

¹²⁵ Ebd. E. 1.4.5, S. 312 f.

¹²⁶ Urteil des BGer 2D_24/2007 vom 2. August 2007 und BGE 133 I 185; bestätigt auch nach BGE 138 I 305 im Urteil des BGer 2C_642/2017 vom 21. Juli 2017, E. 2.3.

¹²⁷ Vgl. HANGARTNER (2012), S. 1815; SCHEIBER/PEDRETTI, N. 22 ff., SPESCHA, N. 7.; SPESCHA et al., S. 409.

¹²⁸ Die allerdings schon vorher galt. Treffend ZELLWEGER, S. 490: «Dies macht die Rechtsprechung zur Willkürklagen nicht leichter nachvollziehbar.» A.M. HANGARTNER (2012), S. 1814.

¹²⁹ BGE 138 I 305 E. 1.4.6, S. 313.

¹³⁰ Vgl. HANGARTNER (2012), S. 1814; VON RÜTTE (2012), N. 13; ZELLWEGER, S. 489 f.

4.3. Beschwerden durch Gemeinden und Kantone, Gemeindeautonomie

Unterliegt eine Gemeinde vor der letzten kantonalen Instanz, so kann sie vor Bundesgericht die Verletzung ihrer Gemeindeautonomie rügen.¹³¹ Diese ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet.¹³² Nicht verletzt ist die Gemeindeautonomie, wenn die Rechtsmittelinstanz lediglich verlangt, dass die Gemeinde verfassungsmässige Verfahrensstandards einhält¹³³ oder wenn sie andere Grundrechte schützt.¹³⁴ Bejaht wurde die Verletzung der Gemeindeautonomie hingegen in einem Fall, wo der Rechtsmittelinstanz nach kantonalem Recht keine Angemessenheitsüberprüfung zustand und diese trotzdem den innerhalb des Ermessens liegenden strengen Massstab der Gemeinde bei der Beurteilung der Sprachkenntnisse korrigierte.¹³⁵

Im Fall *Bürgergemeinden BS* wehrten sich die Bürgergemeinden gegen eine vom Grossen Rat beschlossene Regel, die vorsieht, dass Bürgerrechtsbewerber_innen, die ihre Schulzeit in der Schweiz verbracht haben, Grundkenntnisse zu Bund, Kanton und Gemeinde nicht nachweisen müssen. Da die Gemeindeautonomie nur nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet ist, kann der Grosse Rat nach Belieben Vorgaben erlassen. Der Kanton muss Gemeinden oder Bürgergemeinden überhaupt keine Kompetenzen übertragen.¹³⁶ Im konkreten Fall musste er nur beachten, dass er nicht die durch die Kantonsverfassung vorgegebene Zuständigkeit der Bürgergemeinden bei der Verleihung des Gemeindebürgerrechts untergräbt.¹³⁷ Das ist mit einer prozessualen Vermutung noch nicht gegeben.¹³⁸

Im neusten Leitentscheid *Kt. Genf* geht es um die Frage, ob der Kanton subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen einen Entscheid über die ordentliche Einbürgerung des letztinstanzlichen kantonalen Gerichts ans Bundesgericht führen kann. Das Bundesgericht verneint, da der Kanton sich im Gegensatz zu den Gemeinden nicht auf die Gemeindeautonomie berufen kann und es darum keine verfassungsmässigen Rechte gibt, die er rügen könnte – was aber nach Art. 116 BGG Voraussetzung wäre. Ihm fehle demnach auch das rechtlich geschützte Interesse nach Art. 115 lit. b BGG. Auch Art. 47 Abs. 2 BÜG, der den Kantonen grundsätzlich eine Beschwerdeberechtigung in Einbürgerungsverfahren einräumt, ändere daran nichts.¹³⁹

¹³¹ Art. 47 Abs. 2 BÜG i.V.m. Art. 115 und Art. 116 BGG und Art. 50 BV.

¹³² Art. 50 Abs. 1 BV; BGE 139 I 169 E. 6.1, S. 172, mit weiteren Ausführungen.

¹³³ BGE 137 I 235 E. 3.5, S. 245 f.

¹³⁴ BGE 139 I 169 E. 7.4, S. 178.

¹³⁵ Urteil des BGer 1P.214/2003 vom 12. Dezember 2003, E. 3.

¹³⁶ BGE 146 I 83 E. 4.4, S. 92.

¹³⁷ Ebd. E. 2.4, S. 88 f.

¹³⁸ Ebd. E. 4.3, S. 92.

¹³⁹ BGE 146 I 195 E. 1.2, S. 198 ff.

4.4. Verfahrensrechtliches

Das Bundesgericht präzierte in mehreren Urteilen die Vorgaben zur verfahrensrechtlichen Seite des Einbürgerungsverfahrens. Insbesondere machte es Präzisierungen zur Begründungspflicht – Kapitel 4.4.1 –, äusserte sich zur reformatorischen Natur einer Beschwerde, wenn es um die Wahrung der angemessenen Frist nach Art. 29 Abs. 1 BV geht – Kapitel 4.4.2 –, zur Kognition der kantonalen Verwaltungsgerichte – Kapitel 4.4.3 –, zu den Anforderungen an die Ermittlung der Sprachkenntnisse – Kapitel 4.4.4 – und zu zwei Fällen, in denen Treu und Glauben beziehungsweise die Fairness im Verfahren verletzt wurde – Kapitel 4.4.5.

4.4.1. Präzisierung der Begründungspflicht

Im Fall *Oberrohrdorf-Staretschwil* wurde die Einbürgerung eines Ehepaars abgelehnt, obwohl in der Begründung nur Gründe für die Ablehnung des Ehemannes genannt wurden – entsprechend zog die Ehefrau den Entscheid vor das Bundesgericht. Das Bundesgericht gab der Beschwerdeführerin Recht: Diese habe Anspruch auf eine individuelle Beurteilung ihres Gesuchs und damit auch auf eine individuelle Begründung.¹⁴⁰

Im gleichen Fall hielt das Bundesgericht ausserdem fest, dass die Begründung einer Ablehnung aus der Begründung des ablehnenden Antrags des Gemeinderats an die Gemeindeversammlung entnommen werden könne, sofern keine abweichenden Voten andere Gründe in den Vordergrund stellen.¹⁴¹ Präzisiert wurde dies im Fall *Kt. Basel-Landschaft – Diskriminierung*: Bei einem ablehnenden Landratsbeschluss sei zwar in erster Linie auf die Antragsbegründung der vorbereitenden Kommission abzustellen. Die die Ablehnung unterstützenden Diskussionsvoten im Parlament müssten aber gleichermassen mitberücksichtigt werden.¹⁴² Lehnt eine Gemeindeversammlung entgegen einem gutheissenden Antrag des Gemeinderats die Einbürgerung ab, dann ergibt sich die Begründung aus den ablehnenden Voten.¹⁴³ Nicht erlaubt ist es, Gründe nachzuschieben. Entscheidend sind die tatsächlich an einer Versammlung geäusserten Gründe – oder eben das dortige Fehlen einer Begründung.¹⁴⁴

Zur Anforderung an die Begründung von Anträgen an einer Gemeindeversammlung hielt das Bundesgericht im Fall *Burg* fest, dass Wortmeldungen mit persönlichen negativen Erfahrungen oder Einschätzungen nicht als hinreichende Begründung betrachtet werden können. Vielmehr braucht es für die

¹⁴⁰ BGE 131 I 18. E. 3.4, S. 22 f.; «in die Mottenkiste gehört das *obiter dictum* des Bundesgerichts, eine Begründung einzig des Gesuchs des Ehemanns wäre 'verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn tatsächlich ein gemeinsames Einbürgerungsgesuch der Eheleute A. vorgelegen hätte, das nur gesamthaft gutgeheissen oder abgelehnt werden konnte' (E. 3.3 S. 22)», so KIENER, S. 820, – und dort bleibt es auch bis heute.

¹⁴¹ Ebd. E. 3.1, S. 20 f.

¹⁴² BGE 132 I 167 E. 4.1, S. 170 f.

¹⁴³ BGE 130 I 140 E. 5.3.6, S. 154.

¹⁴⁴ Urteil des BGer 1P.786/2006 vom 22. März 2007, E. 5.2 f.

Begründung «eigentliche gegen eine Einbürgerung sprechende Motive»¹⁴⁵ und einen expliziten Ablehnungsantrag.¹⁴⁶

4.4.2. Recht auf Beurteilung innert angemessener Frist

Im Fall *Rheineck*¹⁴⁷ ging es um eine besonders renitente Gemeinde. Zweimal – das zweite Mal wurden die Gesuche wegen einer erfolgreichen Beschwerde ans Departement des Innern des Kantons St. Gallen erneut behandelt – lehnte deren Bürgerversammlung, entgegen dem Antrag des Gemeinderates, dieselben Einbürgerungsgesuche ab, wobei auf unterschiedliche Weise Verfassungsrecht verletzt wurde. Der zweite ablehnende Entscheid wurde im März 2007 gefällt – die Einbürgerungsgesuche waren 2003 und 2004 eingereicht worden. In der Folge führten einige der Bewerber_innen zum zweiten Mal Beschwerde, dieses Mal mit dem zusätzlichen Antrag, dass das Bundesgericht – nachdem die Vorinstanzen diesen zusätzlichen Antrag ablehnten – direkt einbürgern soll.

Das Bundesgericht hielt zuerst fest, dass dieser Antrag als «reformatorischer Beschwerdeantrag»¹⁴⁸ grundsätzlich zulässig sei und von den Vorinstanzen nicht als blosse Aufsichtsangelegenheit eingestuft werden dürfe,¹⁴⁹ schloss aber seine eigene Zuständigkeit zur direkten Einbürgerung aufgrund der nötigen materiellen Abklärungen aus.¹⁵⁰ Trotzdem ergäbe sich aus Art. 35 Abs. 2 BV eine Pflicht, unter gewissen Umständen verfassungswidrige Entscheide nicht nur zu kassieren, sondern auch Ersatzregelungen zu schaffen.¹⁵¹ Zusammen mit dem Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist aus Art. 29 Abs. 1 BV ergebe sich somit, dass in einem Fall, wo sich eine Gemeinde weigert, die Einbürgerung zu erteilen, die Rechtsmittelinstanz verpflichtet sei, selbst in der Sache zu entscheiden.¹⁵²

Präzisiert wurde im Fall *Amriswil*, wo die Exekutive ihre eigene Gemeindeversammlung fürchtete und darum beantragte, dass im Falle einer Niederlage nicht an sie zurückgewiesen werden soll. Das Bundesgericht lehnte diesen Antrag ab: Wurde erst einmal zu Unrecht abgelehnt und könnten bei der Neubeurteilung andere Ablehnungsgründe in Frage kommen, dann müsse an die Gemeinde zurückgewiesen werden.¹⁵³

¹⁴⁵ BGE 132 I 196 E. 3.3, S. 199.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ BGE 135 I 265.

¹⁴⁸ Ebd. E. 3.4, S. 274.

¹⁴⁹ Ebd., S. 273 f.

¹⁵⁰ Ebd. E. 4.1, S. 274 f.

¹⁵¹ Ebd. E. 4.2, S. 275.

¹⁵² Ebd. E. 4.5, S. 277 f.

¹⁵³ BGE 139 I 169 E. 8.2 f., S. 179.

4.4.3. Kognition im kantonalen Gerichtsverfahren: Freie Sachverhalts- und Rechtskontrolle aber keine Ermessenskontrolle verlangt

Im Fall *Erlinsbach* rügte die Gemeinde, dass das Verwaltungsgericht ihre Gemeindeautonomie verletzt habe. Das Bundesgericht hielt fest, dass die – gerichtlichen – letzten kantonalen Instanzen nach Art. 50 aBüG¹⁵⁴ aufgrund der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV verpflichtet sind, Sachverhalt und Anwendung von kantonalem und Bundesrecht frei zu überprüfen. Nicht zwingend überprüft werden muss die Angemessenheit.¹⁵⁵ Verlangt werden also eine freie Sachverhalts- und Rechtskontrolle aber keine Ermessenskontrolle.¹⁵⁶

Wenn man bedenkt, wie unprofessionell kommunale Milizbehörden beziehungsweise Gemeinde- oder Bürgerversammlungen teilweise entscheiden, wäre eine Diskussion über eine Verbesserung des Rechtsschutzes wünschenswert.¹⁵⁷

4.4.4. Mindestanforderungen an die Ermittlung der Sprachkenntnisse

Im gleichen Fall ging es weiter um die Frage, wie die Gemeinde die Sprachkenntnisse ermitteln muss. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Verwaltungsgericht zu Recht von der Gemeinde verlangte, dass die Anforderungen an die Sprachkenntnisse nicht höher als beim Niveau B2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens liegen.¹⁵⁸ Zu Recht habe das Verwaltungsgericht auch verlangt, dass die Gemeinde klare Anforderungen an die Bewerber_innen stellt und diese auch kommuniziert. Weiter habe das Evaluationsverfahren qualitativ zu sein und es sei eine Dokumentation nötig.¹⁵⁹

4.4.5. Treu und Glauben und Fairness im Verfahren

Im Fall *Weiningen* ging es um ein Einbürgerungsgespräch, bei dem die Behörde vorgängig ausdrücklich kommunizierte, es gehe um ein Kennenlernen – dann aber unangekündigt eine Prüfung durchführte. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Grundsätze von Treu und Glauben sowie Fairness im Verfahren – Art. 5 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 1 BV – einen Anspruch darauf gewähren, über entscheidende Verfahrensschritte vorgängig orientiert zu werden.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Entspricht Art. 46 BüG.

¹⁵⁵ BGE 137 I 235 E. 2.5, S. 239. Dass damit mindestens auch das überprüft werden können muss, was mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde geprüft werden kann, ist selbstverständlich, siehe Urteil des BGer 1D_1/2015 vom 1. Juli 2015, E. 2.3.

¹⁵⁶ Zum Kognitionsbegriff vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1146 ff.

¹⁵⁷ Dass eine Angemessenheitsprüfung nicht zwingend verlangt wird, bedeutet aber nicht, dass diese in den Kantonen nicht gegeben wäre. Im Kanton Schwyz beispielsweise existiert eine gerichtliche Angemessenheitsüberprüfung, siehe Fn. 38; in fast allen neueren, hier behandelten Urteilen ging der ablehnende Entscheid durch die Einbürgerungsbehörde mit dem ersten Rechtsmittel an eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz beim Kanton oder Bezirk, wo es gewöhnlicherweise eine Angemessenheitsüberprüfung gibt (vgl. FELLER/MÜLLER, S. 447).

¹⁵⁸ BGE 137 I 235 E. 3.4, S. 243 ff.

¹⁵⁹ Ebd. E. 3.5, S. 245; präzisiert wird im Urteil des BGer 1D_4/2018 vom 11. Juli 2019, E. 4.5, wo eine «fachspezifische Beurteilung» verlangt wird – allerdings auch hier unter Berücksichtigung der spezifischen kantonalen Situation.

¹⁶⁰ BGE 140 I 99 E. 3.5 f.

Im Fall *Trimmis* wurde die Gemeinde dafür gerügt, dass sie keine Akten führte und keine ernsthafte Prüfung der Integration vornahm – zu beidem wäre sie verpflichtet gewesen.¹⁶¹ Zudem verpflichtet der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV die Einbürgerungsbehörde zur Würdigung von Vorbringen der Bürgerrechtsbewerber_innen, was ebenfalls nicht geschah.¹⁶² Zum Verhältnis von Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht hielt das Bundesgericht fest, dass Bürgerrechtsbewerber_innen zwar trotz Untersuchungsgrundsatz verpflichtet seien, «bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, soweit sie besser als die Behörden in der Lage sind, bestimmte Tatsachen darzulegen und zu beweisen»¹⁶³ – bezüglich der Integration in Nachbarschaft und Gemeinde müsse aber die Behörde von sich aus Befragungen machen, wenn sie die Behauptung des Bewerbers, er sei integriert, nicht glauben wolle. Das gelte umso mehr, wenn die Behörde ihre ablehnende Haltung bereits deutlich gezeigt hat.¹⁶⁴

4.5. Diskriminierungsverbot

In Bezug auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV gibt es Leitentscheide zur Diskriminierung¹⁶⁵ aufgrund der Überzeugung – überwiegend geht es um Religion –, aufgrund von Armut und aufgrund von Behinderung.

4.5.1. Aufgrund von religiöser, weltanschaulicher oder politischer Überzeugung

In drei Fällen, in denen Diskriminierung aufgrund der Religion gerügt wurde, ging es um muslimische Frauen mit Kopftüchern. Dabei handelt es sich um Fälle von intersektionaler Diskriminierung, da nur muslimische Frauen, nicht aber alle Muslim_innen oder alle Frauen betroffen sind.¹⁶⁶ Relativiert wird das durch den Fall *Birr*, wo dem Mann ein Vorwurf für das Verhalten seiner Frau gemacht wurde – hier liegt eine Assoziationsdiskriminierung vor.¹⁶⁷

Im Fall *Kt. Basel-Landschaft – Diskriminierung* wurde eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin verneint, da in der Begründung¹⁶⁸ nicht auf ihre Religion oder ihr Kopftuch abgestellt wurde und die Beschwerdeführerin nicht geltend machte, die Begründung sei unzutreffend.¹⁶⁹ Man kann zwar nicht wissen, was in den Köpfen der Landrät_innen vorging, aber der Nachweis der Diskriminierung misslang damit.

Anders ist der Sachverhalt in den beiden gleichzeitig veröffentlichten Fällen *Buchs* und *Birr*. In beiden Fällen begründete die Gemeinde die Ablehnung mit dem Kopftuch, insbesondere da dieses zeige, dass

¹⁶¹ BGE 141 I 60 E. 4.3 f., S. 66 f.

¹⁶² Ebd. E. 3.3, S. 64.

¹⁶³ Ebd. E. 5.1, S. 68.

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ Zu deren Definition siehe BGE 129 I 217 E. 2.1, S. 223 f.

¹⁶⁶ Vgl. CRENSHAW, S. 33; thematisiert wurde diese jedoch nicht, vgl. BÜCHLER/COTTIER, S. 288.

¹⁶⁷ Vgl. NAGUIB (2014), N. 1032 ff.

¹⁶⁸ Siehe Kapitel 4.4.1.

¹⁶⁹ BGE 132 I 167 E. 4.3, S. 172 f.

die Gleichstellung von Mann und Frau nicht respektiert würde, womit die Integration nicht gegeben sei. Das Bundesgericht hielt fest, dass damit eindeutig eine Diskriminierung aufgrund der Religion gegeben ist. Insbesondere sei nicht erwiesen, dass man mit dem Tragen des Kopftuchs die Gleichstellung der Geschlechter missachte.¹⁷⁰ Da im Fall *Birr* der Frau aber zusätzlich mangelnde Deutsch- und Staatskundekenntnisse vorgeworfen wurden, blieb bei ihr die Ablehnung trotz des diskriminierenden Teils der Begründung zulässig und der negative Entscheid wurde nur in Bezug auf den Mann aufgehoben.¹⁷¹ Verneint wurde eine Diskriminierung aufgrund der Überzeugung bei einem Bürgerrechtsbewerber, der eine antidemokratische Organisation unterstützte.¹⁷²

4.5.2. Aufgrund einer Behinderung

Im Fall *Gem. A. ZH* ging es um eine Beschwerdeführerin, die wegen ihrer Behinderung von Sozialhilfe abhängig war, womit das kantonale Erfordernis der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit nicht erfüllt wurde. Das Bundesgericht liess die Frage danach, ob Fürsorgeabhängige nach Art. 8 Abs. 2 BV diskriminiert werden können, offen.¹⁷³ Stattdessen bejahte es eine indirekte Diskriminierung, da durch das Erfordernis der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit Behinderte besonders stark betroffen seien und ihnen die Einbürgerung dauerhaft verunmöglicht werde.¹⁷⁴ Eine Rechtfertigung dieses Grundrechtseingriffs aufgrund von öffentlichem Interesse verneinte das Bundesgericht.¹⁷⁵

Auch diskriminierend ist es, eine geistig behinderte Person wegen Fehlens eines eigenen Einbürgerungswillens nicht einzubürgern.¹⁷⁶

4.5.3. Aufgrund von Armut

Im Fall *Wetzikon* ging es um eine 18-jährige Beschwerdeführerin, die sich noch in Ausbildung befand, deren Eltern Sozialhilfe bezogen und die darum selbst auch auf Sozialhilfe angewiesen war – was zur Ablehnung ihres Gesuchs wegen fehlender wirtschaftlicher Selbsterhaltungsfähigkeit führte. Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass sie als Kind von armen Eltern diskriminiert würde. Fraglich ist damit, ob sie unter dem Begriff der «sozialen Stellung» diskriminiert wurde. Vor allem weil die Sozialhilfeabhängigkeit – mutmasslich – nur ein vorübergehendes Merkmal ist und damit nicht schwer

¹⁷⁰ *Buchs*: BGE 134 I 49 E. 3.2, S. 53 ff.; *Birr*: BGE 134 I 56 E. 5.2, S. 62 ff.

¹⁷¹ BGE 134 I 56 E. 3, S. 59.

¹⁷² Urteil des BGer 1D_8/2010 vom 25. Januar 2011; vgl. DE WECK, Art. 12 BÜG N. 8 f. Zur Konformität mit der Demokratie von Voraussetzungen, die eine Assimilierung verlangen wieder – der mehr neue Fragen aufwerfende als beantwortende – DERRIDA, S. 59: «Man könnte – etwa an der Frage, ob die Integration von Einwanderern Assimilation voraussetzt oder nicht – konkret nachweisen, dass diese beiden widersprüchlichen Gesten des Verweisens einander keine Ruhe lassen und sich selbst abwechselnd gegeneinander immunisieren»; vgl. BÖCKENFÖRDE, S. 112 f.; FATEH-MOGHADAM, S. 229 f.; KÄLIN (2009), S. 731 f. – alle vertreten die Haltung, dass man die Menschen nicht dazu zwingen kann, Grundrechte und Demokratie gut zu finden, wohl aber dazu, sie zu respektieren.

¹⁷³ BGE 135 I 49 E. 5, S. 56 ff.

¹⁷⁴ Ebd. E. 6.1, S. 58 f.

¹⁷⁵ Ebd. E. 6.3, S. 60 ff.

¹⁷⁶ BGE 139 I 169 E. 7, S. 174 ff. (*Amriswil*).

aufgebar sei und auch nicht eine soziale Gruppe definiere, lehnte das Bundesgericht eine Diskriminierung ab.¹⁷⁷

Fragwürdig scheint die vom Bundesgericht verlangte Voraussetzung, dass die fragliche Eigenschaft nicht nur vorübergehend bestehen muss, sondern dauernd. Intuitiv würde man meinen, wenn jemand arm ist, hat das einiges mit sozialer Stellung zu tun. Lebensform, Religion, und politische Überzeugung sind theoretisch auch vorübergehend, das Alter ist sogar per se vorübergehend und wird trotzdem explizit in Art. 8 Abs. 2 BV genannt.¹⁷⁸ Statt auf die Dauerhaftigkeit abzustellen, wäre es einleuchtender, auf das Selbstverschulden bei der Sozialhilfeabhängigkeit abzustellen,¹⁷⁹ um zu überprüfen, ob das Persönlichkeitsmerkmal aufgebar ist oder nicht. Doch selbst wenn man die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit akzeptiert, ist die Rechtsprechung nicht kohärent. Während beim Fall *Gem. A. ZH* eine indirekte Diskriminierung von Behinderten bejaht wurde, wurde diese hier verneint, obwohl Sozialhilfeabhängigkeit nicht nur viel mit Behinderung, sondern auch sehr viel sowohl mit geografischer¹⁸⁰ wie auch mit schichtenspezifischer¹⁸¹ Herkunft¹⁸² zu tun hat und in diesem Fall auch mit dem Alter.¹⁸³ Damit wären genügend Anknüpfungspunkte vorhanden gewesen, um eine indirekte Diskriminierung zu bejahen.

Trotz fehlender Willkürzüge hielt das Bundesgericht in einem *obiter dictum* fest, dass auch dieser nicht stattgegeben worden wäre.¹⁸⁴ Zu Recht kritisiert AMARELLE, dass das Gericht mit seinem Urteil zulässt, dass sich die kantonalen Behörden bei der Beurteilung der Integration nicht auf die tatsächliche Integration und die Bemühungen der Bewerberin beziehen, sondern stattdessen – indirekt, aber konsequent zu Ende gedacht doch eindeutig – auf deren Herkunft aus der Unterschicht.¹⁸⁵ Hoffnung macht jedoch die neuere Rechtsprechung, die insbesondere auch finanzielle Kriterien in die Gesamtwürdigung bei der Integrationsbeurteilung einschliesst – damit sollte Sozialhilfeunabhängigkeit in Zukunft keine Mindestvoraussetzung mehr darstellen dürfen.¹⁸⁶

Im Urteil machte das Bundesgericht auch kleinere Fehler: Nicht schlüssig ist die nicht begründete Feststellung des Bundesgerichts, ob die Sozialhilfeabhängigkeit für sich genommen einen Diskriminierungstatbestand darstellen könnte, könne offengelassen werden. Würde das Gericht die

¹⁷⁷ BGE 136 I 309 E. 4.3, S. 314.

¹⁷⁸ Vgl. HANGARTNER (2011), S. 270.

¹⁷⁹ Entsprechend schlägt UEBERSAX, S. 204, vor, Prinzip und Ausnahme nach Art. 7 Abs. 3 und Art. 9 lit c. Ziff. 4 BÜV umgekehrt zu gestalten – Sozialhilfe soll kein Ablehnungsgrund sein, ausser sie ist selbstverschuldet.

¹⁸⁰ HÜMBELIN/FRITSCHI, insb. S. 13.

¹⁸¹ FÖLLMI/MARTÍNEZ, S. 20 ff.

¹⁸² Ersteres explizit in Art. 8 Abs. 2 BV, letzteres nach WALDMANN, N. 75, ein Teilgehalt der «sozialen Stellung».

¹⁸³ Letzteres wird jedoch im Urteil des BGer 1D_5/2007 vom 30. August 2007, E. 4, in ähnlichem Zusammenhang verneint; meines Erachtens zu Unrecht, gleich NAGUIB (2014), N. 1014.

¹⁸⁴ BGE 136 I 309 E. 4.4, S. 314 f.

¹⁸⁵ AMARELLE, S. 175.

¹⁸⁶ Siehe Kapitel 4.6.

Sozialhilfeabhängigkeit als Diskriminierungsmerkmal tatsächlich in Betracht ziehen, hätte es das in diesem Fall explizit diskutieren müssen – denn Fragen können nur offengelassen werden, wenn sie für das Ergebnis nicht relevant sind. Dementsprechend verneinte das Gericht mit seinem Urteil implizit diese Möglichkeit.¹⁸⁷ Auch die Aussage, Schweizer, die sich für ein Gemeindebürgerrecht bewerben würden, seien in der gleichen Situation wie die Bürgerrechtsbewerberin, ist nutzlos, ging es doch gar nicht um die geografische Herkunft beziehungsweise ging es höchstens insofern um diese, als eine indirekte Diskriminierung diskutiert hätte werden können, für deren Vorliegen wiederum eine formale Gleichheit – wie im Fall *Gem. A. ZH*, wo dieser Umstand vom Bundesgericht zu Recht nicht thematisiert wurde – nicht relevant ist.¹⁸⁸

Der Ausschluss von Armen stellt für eine Demokratie ein grosses Manko dar. Viele kantonale Bürgerrechtsgesetze richten sich mit ihren Bestimmungen zur Sozialhilfe gegen Arme.¹⁸⁹ So konsequent wie Armen damit – insbesondere politische – Rechte vorenthalten werden, müsste man sich fragen, ob man die Rechtsprechung zur Diskriminierung nicht anpassen müsste,¹⁹⁰ sofern das Problem nicht über die Willkürrechtsprechung zur Integrationsbeurteilung gelöst wird.

Immerhin auf Bundesebene wurde inzwischen mit Art. 9 lit. c. Ziff. 4 BÜV die Möglichkeit von Ausnahmen immerhin für Personen in Ausbildung geschaffen.¹⁹¹ Inwiefern diese Ausnahme aber auch für kantonale Gesetze, die schärfer als Art. 7 Abs. 3 BÜV sind, gilt, ist fraglich. Da es sich bei kantonalen Verschärfungen bezüglich Sozialhilfe aber nicht um ein zusätzliches Kriterium, sondern um eine Verschärfung vom explizit genannten Art. 7 Abs. 3 BÜV handelt, kann davon ausgegangen werden, dass die Behörden verpflichtet sind, auch bei kantonalen Verschärfungen die persönlichen Umstände zu berücksichtigen. Für Personen, die nicht in die Sozialhilfe «hineingeboren» wurden, – zum Beispiel ausgesteuerte Arbeitslose – bleibt aber der Zugang zur Einbürgerung weiterhin verwehrt und damit bleibt auf jeden Fall ein Demokratiedefizit bestehen – sofern, siehe oben, sich die Rechtsprechung zur Integrationsbeurteilung nicht konsequent weiterentwickelt.

¹⁸⁷ Ebd. E. 4.2, S. 313; vgl. RASELLI, S. 598 – nicht schlüssig ist allerdings seine Argumentation, dass diese Möglichkeit im Fall *Gem. A. ZH* implizit bejaht worden sei, da er damit die Natur der indirekten Diskriminierung verkennt.

¹⁸⁸ Ebd. E. 4.3, S. 314.

¹⁸⁹ Siehe Fn. 60; exemplarisch § 7 Abs. 1 lit. c kBÜV/SZ – im Kanton Schwyz müssen Personen wie die Beschwerdeführerin aus *Wetzikon* mindestens 10 Jahre warten mit dem neuen Gesuch, wenn sie nicht mehrere Tausend bis mehrere Zehntausend Franken übrighaben, um die Sozialhilfe zurückzuzahlen.

¹⁹⁰ Vgl. HANGARTNER (2011), S. 272; NAGUIB (2014), N. 1010; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 355a; SPESCHA et al., S. 476; a.M. KÄLIN (2011), S. 760 f.

¹⁹¹ Vgl. DE WECK, Art. 12 BÜG N. 18; SPESCHA et al., S. 476.

4.6. Beurteilung der Integration

Das Bundesgericht versteht unter Integration einen «Prozess gegenseitiger Annäherung zwischen der einheimischen und der ausländischen Bevölkerung».¹⁹² Im Fall *Oberriet – Vereinsentscheid* ging es um eine Bürgerrechtsbewerberin, der bezüglich ihrer Integration von der Gemeinde nichts vorgeworfen werden konnte, ausser, dass sie in keinem Verein Mitglied war. Das Bundesgericht hielt fest, dass zwar eine «gewisse lokale Integration» verlangt werden könne, die Mitgliedschaft in Vereinen aber nicht ein Killerkriterium darstellen dürfe. Insbesondere müssten die speziellen Umstände – die Bewerberin hatte einen behinderten Sohn zu betreuen – berücksichtigt werden. Das Gericht fügte an: «Im Übrigen gibt es auch viele Schweizerinnen und Schweizer, die [...] zurückgezogen leben und nicht aktiv auf Gemeindeebene mitwirken.»¹⁹³ Generell hielt das Bundesgericht auch fest, dass der Umstand einer zurückgezogenen Lebensführung nicht für die Verneinung der Integration reicht.¹⁹⁴ Im Fall *Erlinsbach* hielt das Bundesgericht fest, dass einer Hausfrau nicht fehlende Erwerbstätigkeit vorgeworfen werden kann.¹⁹⁵ Weiter wies das Bundesgericht darauf hin, dass fehlendes Grüssen auf der Strasse etwas über Anstand und Charakter aussagen könne, aber nicht über die Integration.¹⁹⁶

Zum ersten Mal ausführlich behandelte das Bundesgericht die Gewichtung der Integrationskriterien im Fall *Arth*.¹⁹⁷ Bereits vor diesem Fall hatte das Bundesgericht festgehalten, dass von Bürgerrechtsbewerber_innen nicht mehr – aber immerhin so viel – verlangt werden dürfe als von durchschnittlichen Schweizer_innen¹⁹⁸ und dass die Integration «nach den gesamten Umständen des Einzelfalls»¹⁹⁹ beurteilt werden müsse. Im Fall *Arth* wurde dies präzisiert. Die Einbürgerungsbehörde hatte den Bürgerrechtsbewerber mit der Begründung abgelehnt,²⁰⁰ die Eingliederung in die lokalen Verhältnisse wäre nicht gegeben, da er nicht genügend Kontakte zu Schweizer_innen habe und die mündlichen Fragen zu den kulturellen und geografischen Verhältnissen ungenügend beantwortete.²⁰¹

Ausgangspunkt für den Entscheid des Bundesgerichts bot die Feststellung, dass eine Nichteinbürgerung trotz Erfüllung der Voraussetzungen willkürlich wäre und damit das Ermessen der Behörde nicht

¹⁹² Für eine ausführliche Definition siehe BGE 141 I 60 E. 3.5, S. 65, und BGE 146 I 49 E. 4.3, S. 57.

¹⁹³ BGE 138 I 242 E. 5.3, S. 245.

¹⁹⁴ Urteil des BGer 1D_7/2017 vom 13. Juli 2018, E. 6.7.

¹⁹⁵ BGE 137 I 235 E. 3.6, S. 246.

¹⁹⁶ Urteil des BGer 1D_7/2017 vom 13. Juli 2018, E. 6.5.

¹⁹⁷ Vgl. PLOZZA, S. 245.

¹⁹⁸ Urteil des BGer 1D_7/2015 vom 14. Juli 2016, E. 4.3.

¹⁹⁹ BGE 141 I 60 E. 3.5, S. 65.

²⁰⁰ Zuvor hielt bereits das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz im gleichen Fall fest, dass der tadellose Leumund (§ 8 kBüV/SZ) nicht wegen unhaltbaren Verdächtigungen seitens der Einbürgerungsbehörde verneint werden kann, wenn alle für die Verdächtigungen zuständigen kantonalen Behörden trotz Anzeige kein Verfahren aufgenommen beziehungsweise ein solches mangels fehlenden strafbaren Verhaltens eingestellt haben; siehe Urteil des Schwyzer Verwaltungsgerichts III 2017 192.

²⁰¹ BGE 146 I 49 E. 4.1 f., S. 56.

so weit gehe.²⁰² Ob die Fragen und die Erwartungen an die Antworten im konkreten Fall tendenziell zu spitzfindig waren und die Einschätzung der Arther Behörde darum falsch war – was das Bundesgericht nahelegte – wurde im Urteil offengelassen.²⁰³ Stattdessen wies das Bundesgericht darauf hin, dass man einer Person, die seit mehreren Jahren ein Gipsergeschäft in der Gemeinde führt, nicht vorwerfen könne, sie habe zu wenig Kontakte zur einheimischen Bevölkerung.²⁰⁴ Bezüglich dem möglicherweise verbleibenden Manko beim geografischen und kulturellen Wissen müsse die Behörde bei der Beurteilung ausgewogen bleiben und eine Gesamtwürdigung machen – ein Manko in einem Punkt könne durch Stärken bei anderen Kriterien ausgeglichen werden.²⁰⁵ Im Ergebnis wären alle Integrationskriterien ausser der geografischen und kulturellen Eingliederung gut erfüllt und es wäre aufgrund einer Gesamtwürdigung willkürlich, nicht einzubürgern.²⁰⁶

Im gleichentags gefällten Urteil *Kt. Basel-Landschaft – Integration* hielt das Bundesgericht fest, dass der gute Leumund und damit auch finanzielle Kriterien wie Betreibungen zwingend als Integrationskriterien betrachtet werden müssen, da es sich «von Zweck und Gehalt her um eine zusätzliche kantonale Integrationsvoraussetzung handelt».²⁰⁷ Damit kommen sie in die Gesamtwürdigung. Der Kanton darf also keine Mindestvoraussetzung – anders gesagt: ein Killerkriterium – daraus machen.²⁰⁸ Es fragt sich, ob mit dieser neueren Rechtsprechung auch die Vorschriften zum strafrechtlichen Leumund,²⁰⁹ die in der Praxis zumindest zum Teil immer noch als Mindestvoraussetzung behandelt werden, genauso in die Gesamtwürdigung kommen müssen. Eine konsequente Anwendung der Argumentation des Bundesgerichts spricht dafür – es ist nicht einsehbar, warum bei einer Gesamtbetrachtung ein kleineres Vergehen zur zwingenden Verneinung der Integration führen sollte.²¹⁰

Erwähnenswert scheint noch ein *obiter dictum* im Fall *Bürgergemeinden BS*. Das Bundesgericht stellte die Frage, ob es rechtlich zulässig sein kann, dass hier aufgewachsene Ausländer_innen bei der Einbürgerung an Staatskundekenntnissen scheitern, obwohl die Ursache dafür nicht individuell sondern in einem mangelhaften Bildungswesen zu suchen wäre und obwohl das gleiche Bildungsmanko für die gleichaltrigen Schweizer_innen keine rechtliche Konsequenzen hat.²¹¹ Vor diesem Hintergrund wäre

²⁰² BGE 146 I 49 E. 2.7, S. 54 f.

²⁰³ BGE 146 I 49 E. 4.5.3, S. 59 f.

²⁰⁴ BGE 146 I 49 E. 4.5.1, S. 58.

²⁰⁵ Ebd. E. 4.4, S. 57 f.

²⁰⁶ Ebd. E. 4.6, S. 60.

²⁰⁷ Urteil des BGer 1D_7/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 3.3.

²⁰⁸ Ebd. E. 3.3 f.

²⁰⁹ Art. 12 Abs. 1 lit. a BÜG und Art. 4 BÜV; exemplarisch § 4 Abs. 2 lit. c kBÜG/SZ und § 8 kBÜV/SZ.

²¹⁰ Ein nicht ausgleichbares Manko wären dann aber weiterhin die Mindestvoraussetzungen aus Art. 4 Abs. 1 BÜV.

²¹¹ BGE 146 I 83 E. 5.2, S. 93; GUTZWILLER (2016), S.103 ff. äussert ausführlich Kritik an den hohen Anforderungen an die 2. Generation und gibt einen Überblick über erreichte, versuchte und diskutierte Erleichterungen – «que rien ne distingue, mis à part leur nationalité, de leurs camarades [sic] suisses du même âge» (S. 103).

es spannend gewesen, hätte auch der zweite Sohn der Familie aus *Arth* die Ablehnung nicht akzeptiert und prozessiert statt sein Gesuch zurückzuziehen.²¹²

4.7. Zur Flüchtlingseigenschaft

Die Schweiz ist aufgrund von Art. 34 FK verpflichtet, die Einbürgerung für Flüchtlinge zu erleichtern. In einem zweiten Urteil bezüglich des Bürgerrechtsbewerbers aus *Trimmis* hielt das Bundesgericht fest, dass die Einbürgerungsvoraussetzungen bei Flüchtlingen weniger streng beurteilt werden müssen, gerade weil es keine im Gesetz vorgesehenen Erleichterungen gibt.²¹³ Hingegen hielt das Bundesgericht die formale Voraussetzung der Niederlassungsbewilligung für die Einbürgerung als mit Art. 34 FK vereinbar.²¹⁴ Das ist problematisch, da Flüchtlinge oft erst sehr spät die Niederlassungsbewilligung erhalten können, wenn sie zuvor lange nur den Aufenthalt als vorläufig Aufgenommene hatten.²¹⁵

²¹² BGE 146 I 49 E. A.b., S. 51.

²¹³ Urteil des BGer 1D_7/2017 vom 13. Juli 2018, E. 4.2 und 6.7; Bestätigung in Urteil des BGer 1D_7/2019 vom 18. Dezember 2019.

²¹⁴ Urteil des BGer 1D_3/2014 vom 11. März 2015, E. 4.

²¹⁵ Zwar liesse sich auch argumentieren, dass vorläufig Aufgenommene gar keine Flüchtlinge im Sinne der Konvention sind (Art. 1 lit. A FK), das Bundesgericht bestreitet die Anwendbarkeit von Art. 34 FK auch auf vorläufig Aufgenommene jedoch nicht. Zur Problematik der Voraussetzung der Niederlassungsbewilligung vgl. die Hinweise in Fn. 26.

5. Auf dem Weg zu mehr Demokratie

Auch wenn kein Rechtsanspruch auf die ordentliche Einbürgerung besteht, so ging die justizielle Überprüfung in den letzten 17 Jahren doch immer weiter und die Vorgaben des Bundesgerichts an die Einbürgerungsbehörden wurden immer konkreter. Das Bundesgericht sorgte vor allem für die Verfassungsmässigkeit der Verfahren über die ordentliche Einbürgerung in Bezug auf die Verfahrensrechte und das Diskriminierungsverbot. Insbesondere mit der neuen Rechtsprechung zur Beurteilung der Integration macht das Bundesgericht wieder einen grossen Schritt nach vorne, vor allem da es neu kantonale Mindestvoraussetzungen nicht mehr als solche akzeptiert. Vor diesem Hintergrund ist es überraschend, haben die neueren Urteile bisher keine negativen Reaktionen provoziert – erklärt werden kann das damit, dass einerseits weder in der Politik noch in der Lehre angekommen zu sein scheint, was für weitreichende Konsequenzen diese Urteile haben könnten – die mediale Berichterstattung fokussierte auf die für das Urteil nicht entscheidenden mündlichen Testfragen – und andererseits noch nicht abschliessend geklärt ist, wie konsequent das Bundesgericht bereit ist, seine Argumentation anzuwenden.

Im Kapitel 4.1.3 ging es um einen angeblichen Konflikt zwischen Rechtsstaat und Demokratie. Tatsächlich besteht der Konflikt aber zwischen einem umfassenden Verständnis von Demokratie mit Rechtsstaatlichkeit und Minderheitenschutz auf der einen Seite und einem ethnisch-kulturellen Verständnis von Demokratie, das Ausschluss zulässt, auf der anderen Seite. Für die erste Seite beinhaltet Demokratie den Rechtsstaat und damit die allgemeine Gültigkeit von Grundrechten und sie hält es für zentral, dass in einer Demokratie niemand ausgeschlossen ist – stattdessen sollen möglichst alle den Regeln Unterworfenen auch an der Aufstellung der Regeln beteiligt sein. Die zweite Seite ist nicht nur der Ansicht, Demokratie lasse zu, dass die Mehrheit über die Minderheit bestimmen kann, sie verlangt es sogar aktiv und unterstützt damit zumindest implizit eine Zweiklassengesellschaft.

Hält man sich diesen Gegensatz vor Augen, dann ist es aus einem umfassenden Demokratieverständnis heraus nicht nur erfreulich, sorgt das Bundesgericht – wenn auch nicht immer genügend konsequent – für rechtsstaatlich besser abgesicherte Einbürgerungsverfahren, es ist auf dem Weg hin zu einer echten Demokratie²¹⁶ zwingend notwendig. Insofern wäre es wünschenswert, dass die politische Komponente gänzlich aus dem Verfahren verschwindet,²¹⁷ noch mehr aber, dass einige Voraussetzungen – vor allem auf kantonaler Ebene – ersatzlos gestrichen werden.²¹⁸ Die Kompetenz zur ordentlichen

²¹⁶ Aber zu Recht ROUSSEAU, S. 72: «Nimmt man den Begriff in der ganzen Schärfe seiner Bedeutung, dann hat es niemals eine echte Demokratie gegeben, und es wird sie niemals geben.»

²¹⁷ Vgl. NAGUIB (2008), N. 5; RASELLI, S. 600 f.

²¹⁸ Vgl. HANGARTNER (2006), S. 1597, der die Tatsache problematisiert, dass mit den Integrationserfordernissen Freiheitsrechte tangiert werden; vgl. auch: ACHERMANN/VON RÜTTE, N. 41; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 351, 355a.

Einbürgerung könnte auch, gleich wie bei der erleichterten, gänzlich dem Bund übertragen werden.²¹⁹ Schliesslich wäre auch die Schaffung eines Rechtsanspruchs notwendig, damit es eine vollständige justizielle Kontrolle geben kann.²²⁰

Denn wie rechtfertigt es sich, dass Bewerber_innen von der demokratischen Mitsprache ausgeschlossen werden, weil sie arm sind? Wie rechtfertigt es sich, dass ein Bürgerrechtsbewerber 5 Jahre mehr warten muss, weil er von Seewen ins 10 Kilometer entfernte Goldau umgezogen ist?²²¹ Warum wird der Sohn im Fall *Arth* von den Bürgerrechten ausgeschlossen, während die Mängel unseres Bildungswesens für seine Schweizer Mitschüler_innen keine Konsequenzen haben? Ein kohärentes Einbürgerungsverfahren könnte auch etwas verlangen und damit berechtigterweise Integration fordern, ohne dabei diskriminierend oder sonst willkürlich zu sein – wie es das in diesen drei Fällen leider ist. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

Gleichzeitig ist zu hoffen, dass das Bundesgericht weiterhin den Prozess zu mehr Demokratie dank grundrechtskonformerem Einbürgerungsverfahren vorantreibt – bisher wurde die Hoffnung, «das Farnal aus Lausanne könnte eine positive Entwicklung auslösen und neue Einsichten mehrheitsfähig werden lassen»,²²² nicht enttäuscht.

²¹⁹ Vgl. RHINOW/SHEFER/UEBERSAX, N. 351.

²²⁰ Vgl. Kapitel 3 Ingress und Kapitel 4.4.3; vgl. UEBERSAX, S. 187.

²²¹ SCHNIDER MELANIE: «Ich wurde drei Mal abgelehnt. Dann nahm ich einen Anwalt.», Bote der Urschweiz vom 10. September 2020, S. 3.

²²² FELBER, N. 4.

Eigenständigkeitserklärung

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass ich meine Arbeit selbständig ohne fremde Hilfe verfasst habe und meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Quellen in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Alle Quellen, die wörtlich oder sinngemäss übernommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate – unter Einsatz entsprechender Software – darf vorgenommen werden. Ich habe zur Kenntnis genommen, dass unlauteres Verhalten zum Ausschluss vom Studium der Rechtswissenschaften führen kann.



Elias Studer, 4. Dezember 2020