

**Prof. Dr. Jörg Paul Müller**

**Grundrechtliche Probleme, die sich bei der Anwendung der neuen gesetzlichen Bestimmungen betr. Ehe ergeben.**

Auf dem Territorium der Schweiz garantieren die Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention die Ehefreiheit für alle Menschen, auch für Ausländer und Staatenlose. Wie für andere Grundrechte gilt die Ehefreiheit nicht schrankenlos, sondern sie ist innerhalb der Rechtsordnung auszuüben. Zu den Schranken gehört das Verbot des Missbrauchs etwa durch eine Heirat, die nicht aufs Zusammenleben ausgerichtet ist, sondern einzig dazu dient, ein Bleiberecht zu erwirken. Solchem Missbrauch sollte bereits durch die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Änderung des Zivilgesetzbuches begegnet werden. Sie lautet:

*Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte tritt auf das (Heirats-)Gesuch nicht ein, wenn die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will. (Art. 97a, eingefügt durch BG vom 16. Dez. 2005 über Ausländerinnen und Ausländer, in Kraft seit 1. Jan. 2008).*

Diese Bestimmung schien ausländerskeptischen Kreisen noch ungenügend, und Nationalrat Toni Brunner war im Jahre 2009 erfolgreich mit einer parlamentarischen Einzelinitiative, die das ZGB nochmals ergänzt, und zwar mit folgenden zwei Bestimmungen:

- Verlobte, die nicht Schweizerbürgerinnen oder Schweizerbürger sind, müssen vor dem Zivilstandsamt ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen.
- Das Zivilstandsamt teilt der zuständigen Behörde die Identität von Verlobten mit, die ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nicht nachgewiesen haben.

(ZGB Art. 98 Abs. 4 und Art. 99 Abs. 4; die Referendumsfrist für die von den beiden Räten beschlossene Änderung ist am 1. Oktober 2009 unbenutzt abgelaufen.)

Was bewirken die beiden neuen Artikel? Die eigentliche Intention des Initianten Toni Brunner kommt im neuen Gesetzestext nicht zum Ausdruck: Es ging ihm darum, die kantonalen Zivilstandsämter zu verpflichten, dass sie bei Ausländerinnen und Ausländern vor der Zulassung zur Trauung beim entsprechenden Bundesamt in Bern nachfragen, ob eine heiratswillige Person allenfalls abgewiesener Asylbewerber sei.<sup>1</sup> Offenbar sollte dadurch

---

<sup>1</sup> Als Kommissionssprecher führte Toni Brunner im NR aus: „Durch diese zwei neuen Regelungen möchten wir sicherstellen, dass eine Heirat nur dann stattfindet, wenn sich die zwei Beteiligten auch wirklich rechtmässig in der Schweiz befinden. Insbesondere rechtmässig abgewiesene Asylsuchende und auch illegal hier anwesende Ausländer, die in ihre Heimat zurückkehren müssten, sollen sich dank dieser neuen Bestimmungen künftig nicht mehr durch die Einleitung eines Vorbereitungsverfahrens einer Ausreise entziehen können, wie dies leider in der Vergangenheit öfters der Fall war und wie das leider auch heute immer noch ab und zu der Fall ist. Amtl. Bulletin 2009 N 80/BO 2009 N 80

nicht nur die Eheschliessung verunmöglicht, sondern auch eine Identifikation/Aufspürung illegal Anwesender, also z.B. sog. untergetauchter Ausländerinnen und Ausländer ermöglicht werden. Es war also nicht nur ein verfahrensmässiges Hindernis für illegal Anwesende bei der Heirat vorgesehen, sondern die Zivilstandsämter sollten auch eingespannt werden, um „sans-papiers“ ausfindig zu machen, zu identifizieren und nach Bern zu melden. Nicht nur ein Hindernis für das Eheschlussverfahren sollte ausgebaut, sondern auch eine Abschreckungswirkung erzielt werden<sup>2</sup>. Im jetzt beschlossenen Gesetzestext kommt diese Absicht des Gesetzgebers nur undeutlich zum Ausdruck<sup>3</sup>. Hat der Gesetzgeber übersehen, dass auch Asylsuchende während des Verfahrens oder Abgewiesene, denen der vorübergehende Aufenthalt bewilligt wurde, rechtmässig anwesend sind? Nach dem Wortlaut deckt die neue Bestimmung nicht den Wirkungsbereich ab, für den sie offensichtlich gedacht war.<sup>4</sup> Und sie führt zum eigenartigen Ergebnis, dass nur formell abgewiesene Asylsuchende, nicht aber solche, deren Verfahren noch hängig ist, von der neuen Norm erfasst werden<sup>5</sup>. Müsste man demnach zur Heirat Entschlossenen raten, möglichst vor dem Asylentscheid das Eheverfahren durchzuführen?

Aus Sicht der Grundrechte kann bei zu weiter Auslegung des Missbrauchstatbestands eine ähnliche Problematik auftreten, wie sie dann entsteht, wenn „sans-papiers“ den Ausweisungsbehörden gemeldet würden, die ärztliche Hilfe suchen oder die für ihre Kinder den obligatorischen Schulbesuch beanspruchen. In allen Fällen geht es darum, dass mit der Ausübung anerkannter Grundrechte das Risiko eingegangen werden muss, allenfalls als illegal Anwesende entlarvt zu werden.

Wie immer der Wortlaut der neuen Bestimmungen gedeutet wird, so besteht jedenfalls kein Zweifel darüber, dass auch sie verfassungskonform ausgelegt werden müssen. Das heisst

---

<sup>2</sup> Bereits in der SPK NR vom 28. Juni 2007 beantragte eine Minderheit der Kommission, auf die Vorlage nicht einzutreten. Die vorgeschlagene Revision des ZGB und des PartG sei eine Scheinlösung, da sie nur bei einem kleinen Teil der effektiv geschlossenen Scheinehen wirksam werde. (Der Entscheid gegen die Minderheit erfolgte mit 13 zu 8 Stimmen).

<sup>3</sup> Im Vorentwurf und erläuternden Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 28. Juni 2007 heisst es unter Ziffer 1.1:

„Die von Nationalrat Toni Brunner am 16. Dezember 2005 eingereichte Initiative fordert, Artikel 98 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) vom 10. Dezember 1971 so zu ergänzen, dass Verlobte ohne Schweizerische Staatsbürgerschaft bei der Eröffnung des Vorbereitungsverfahrens im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis oder eines gültigen Visums sein müssen. Dadurch will die Initiative sicherstellen, dass rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende und illegal anwesende ausländische Staatsangehörige, welche die Schweiz verlassen müssen, sich nicht durch ein Ehevorbereitungsverfahren der Ausreise entziehen können.“

<sup>4</sup> In den parlamentarischen Beratungen kam immer wieder zum Ausdruck, dass mit den neuen Bestimmungen höchstens ein kleiner Teil der heutigen Scheinehen erfasst werde. Es wurde insbesondere auf die Missstände im Sexgewerbe hingewiesen, die nicht angepackt werden. Siehe etwa [Heim](#) Bea (S, SO), Amtl. Bulletin NR 2009 N 81 vom 04.03.2009

<sup>5</sup> Toni Brunner führte als Kommissionssprecher im NR aus: „... alle, die ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen können - und gemäss dem Ausländer- und dem Asylgesetz sind das all jene, die die entsprechenden Ausweise vorlegen können, selbst Asylsuchende, deren Gesuch nicht abgelehnt wurde -, fallen nicht darunter.“ (gemeint ist unter die neue Ausschlussbestimmung). Amtl. Bulletin NR vom 04.03.09

konkret, dass im Einzelfall abgewogen werden muss, ob das gesetzliche Ehehindernis des illegalen Aufenthalts konkret so gewichtig ist, dass es gegenüber den Anforderungen des Grund- und Menschenrechts auf Heirat überwiegt. Das heisst etwa, dass die Eheschliessung auch aufgrund der neuen Bestimmungen des ZGB nicht generell und ohne Prüfung des Einzelfalls verweigert werden darf<sup>6</sup>. Wie verhält es sich etwa, wenn zwar der nicht rechtmässige Aufenthalt einer Partei vorliegt, aber ein offensichtlicher Missbrauch des Instituts Ehe nicht feststeht: Als Beispiel seien zwei abgewiesene Asylsuchende aus dem Nahen Osten genannt, die seit Jahren zusammenleben, denen aber trotz abgewiesenem Asylgesuch (und Nichtgewährung der vorläufigen Aufnahme) die Rückkehr in ihre Heimat zu bedrohlich erscheint. Es ist hier nicht Raum für eine ausführliche Schilderung möglicher Sachverhalte. Als Regel gilt jedenfalls: die Freiheit zum Eheschluss muss gewährleistet sein, wenn sich die Anwendung der neuen Ausschlussbestimmung (Fehlen eines rechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz) als unverhältnismässige Härte gegenüber den Grundrechtsträgern erweist.

Juristisch stützt sich diese Auslegung der neuen Bestimmungen insbesondere auf die Garantien der Freiheit zum Eheschluss, wie sie in internationalen, von der Schweiz ratifizierten Konventionen enthalten sind, namentlich in Art. 12 EMRK oder Art. 23 UNO Pakt II. Es handelt sich um Individualrechte, die nicht dem Paar, sondern jeder Person einzeln zustehen und von dieser geltend gemacht werden können. Die Praxis des Bundesgerichts kann heute als gesichert gelten, dass nicht nur kantonales Recht, sondern auch Bundesgesetze nicht anwendbar sind, wenn sie menschenrechtlichen Garantien des Völkerrechts zuwiderlaufen (BGE 125 II 417). Als juristisches Gegenargument kann im vorliegenden Fall sicher nicht auf ein älteres Präjudiz des Bundesgerichts verwiesen werden, wonach ein Bundesgesetz dann Vorrang vor Völkerrecht genießt, wenn der Gesetzgeber bewusst einen Bruch des internationalen Rechts in Kauf nahm (BGE 99 Ib 39 E.4.). Das kann für das hier in Frage stehende Gesetzgebungsverfahren klar ausgeschlossen werden, da schon im Bericht des *Bundesrates* zur Parlamentarischen Initiative Toni Brunners ausgeführt wurde, „dass das verfassungsmässig garantierte Recht auf Ehe und Familie sowie das Recht auf Schutz der Privatsphäre gewahrt bleiben.“<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Im Bericht der SPK vom 28. Juni 2007 wurde unter Ziffer 1.4 ausgeführt: „Der illegale Aufenthalt kann nämlich ein Missbrauchsindiz sein, das zusammen mit anderen Tatbeständen (finanzielle Abgeltung als Gegenleistung für die Eheschliessung, Drogenhandel usw.) das Zivilstandsamt veranlassen kann, die Eheschliessung zu verweigern.“ Ziel der Gesetzesänderung war, dieses INDIZ in jedem Fall sichtbar werden zu lassen.“

<sup>7</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 14. März 2008 zum Bericht der SPK NR vom 31. Jan. 2008. Der ganze Text lautet: „Die Vorlage ist verfassungs- und EMRK-konform (SR 0.101). Wie der Bericht der Kommission festhält, wird bei der Anwendung der vorgeschlagenen Massnahmen im Einzelfall darauf zu achten sein, dass [Hiltpold](#) Hugues (das verfassungsmässig garantierte Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV; Art. 12 EMRK) sowie das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK) gewahrt bleiben und dass keine unüberwindbaren Hindernisse für das Eingehen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft eingeführt werden.“

Aus Art. 12 EMRK und der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgt deutlich, dass nationale Einschränkungen der Ehefreiheit möglich sind, wenn sie die allgemeinen Voraussetzungen zulässiger Grundrechtsbeschränkungen<sup>8</sup> erfüllen: die beschränkende Massnahme in dem allenfalls vom europäischen Gericht zu prüfenden Fall muss sich insbesondere als verhältnismässig erweisen.

Das bedeutet etwa, dass das allgemeine Ziel des Kampfs gegen Scheinehen trotz der neuen Bestimmungen des ZGB nicht geltend gemacht werden kann gegenüber Heiratswilligen, die klar (auch)<sup>9</sup> andere Motive verfolgen als die Umgehung der Ausländergesetzgebung. Dies trifft für jedes Paar zu, das glaubhaft macht, dass ein wirklicher Ehebund erstrebt wird, weil z.B. eine beständige Liebesbeziehung vorliegt oder erwarteten oder lebenden gemeinsamen Kindern eine Familienheimat geboten werden soll. Es darf auch nicht übersehen werden, dass bei einer Verweigerung der Trauung nicht nur die Ehefreiheit eines Ausländers, sondern auch die entsprechende Freiheit des andern, legal anwesenden Partners (sei er oder sie schweizerischer Nationalität oder nicht) zentral betroffen ist. Die Erfahrung zeigt, dass auf Seiten der legal Anwesenden die Motive des Eheschlusses auch nicht immer so eindeutig sind, wie es die Theorie haben möchte: Gerade gegenüber asylsuchenden Partnern ist die Motivation zur Ehe oft eine Mischung von Erbarmen, Zuneigung, echter Liebe, vielleicht auch Gleichgültigkeit. In der Rechtslehre wird vertreten, dass keine Scheinehe vorliegen kann, wenn auch nur *einer* der Beteiligten aus legitimen Gründen den Eheabschluss sucht (Thomas Geiser, Gutachten vom 25. März 2008 unter Ziffern 2.13 und 2.15). Der Staat muss sich so weit wie möglich von der Beurteilung solcher subjektiver psychischer Zustände fern halten, wie sie bei der Ausübung jeder grundrechtlichen Freiheit als menschliches Faktum präsent sein können. Schliesslich ist bei der Frage der verfassungs- und konventionskonformen Handhabung des Trauungsvorverfahrens zu würdigen, dass die zivile Ehe nach wie vor

---

<sup>8</sup> Zu den Schranken der Ehefreiheit im Sinne von Art. 36 BV äussert sich ausführlich und im einzelnen Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf im Ständerat: "(Es müssen) drei Voraussetzungen gegeben sein, damit ein solches Grundrecht eingeschränkt werden kann - es gibt ja keinen absoluten Schutz der Grundrechte, auch nicht in unserem Land -: Es muss eine gesetzliche Grundlage bestehen, es muss ein öffentliches Interesse gegeben sein und es muss die Verhältnismässigkeit eingehalten sein. Dadurch, dass wir hier eine gesetzliche Grundlage schaffen, haben wir dem formellen Erfordernis Rechnung getragen. Wir sind auch der Auffassung, dass das öffentliche Interesse an einer solchen Einschränkung gegeben ist, indem diese Einschränkung hilft, die illegale Migration zu bekämpfen, indem sie die Rechtssicherheit erhöht und auch die Kohärenz staatlichen Handelns der involvierten Behörden verbessern kann. Es soll ja dann bei der Anwendung im Einzelfall auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werden, damit nicht faktisch unüberwindbare Hindernisse für das Eingehen einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft geschaffen werden. Die vorgesehenen Änderungen respektieren auch das Rechtsgleichheitsgebot und somit auch das Recht auf Eheschliessung von Artikel 12 und das Diskriminierungsverbot von Artikel 14 der EMRK. Nach der Rechtsprechung verletzt ja ein Erlass das Rechtsgleichheitsgebot nur dann, wenn er Gleiches nicht gleich und Ungleiches nicht ungleich behandelt; dem ist ja hier auch Rechnung getragen worden. Es wird vorausgesetzt, dass sich die ungerechtfertigte Gleichbehandlung bzw. die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung auf wesentliche Tatsachen bezieht." AB 2009 S 304

<sup>9</sup> Bundesrätin Widmer-Schlumpf führte in der Schlussdiskussion im NR aus: „Wir sind der Auffassung, dass es nicht gerechtfertigt ist, eine Ehe alleine zum Zwecke der Legalisierung eines Aufenthaltes einzugehen. Eine Ehe sollte zum überwiegenden Teil andere Zwecke haben.“

Voraussetzung jedes religiösen Ritus zur Eheschliessung ist (ZGB Art. 97 Abs.3). In Frage steht in zweiter Linie also auch die Religions- oder Kultusfreiheit. Das staatliche Recht, das sich so klar vor das geistliche Recht stellt, muss seinerseits gerade wegen der betroffenen Grundrechte sensibel gehandhabt werden.

Festzuhalten bleibt, dass die neu formulierten Ehehindernisse des ZGB verfassungs- und konventionskonform ausgelegt werden müssen. Der Wortlaut des neuen Gesetzestextes ist nicht allein massgeblich. Der Europäische Gerichtshof hat dies schon mehrfach bezüglich anderer Bestimmungen des ZGB entschieden. Zu den Anforderungen von Art. 12 EMRK für die Zulässigkeit eines Ehehindernisses gehört, dass dieses nicht nur im Gesetz vorgesehen, sondern im konkreten Fall auch verhältnismässig ist<sup>10</sup>.

Wie nun im Rahmen der neuesten Gesetzesänderung die Ehefreiheit tatsächlich realisiert werden kann, wenn sie vor der Missbrauchsgesetzgebung den Vorrang hat, kann hier nicht abschliessend beantwortet werden. Jedenfalls aus der Perspektive des internationalen Menschenrechtsschutzes ist die Schweiz als Konventionsstaat in der Pflicht, und es ist bei gegebenen Voraussetzungen (z.B. fehlender Verhältnismässigkeit der Hinderung des Eheschlusses) nicht entscheidend, ob dem Anliegen der Ehefreiheit auf der Ebene des Zivilstandsamts oder im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs und der damit folgenden

---

<sup>10</sup> Dies gilt auch bereits aufgrund der BV von 1999. Im Bericht der SPK vom 28. Juni 2007 wird denn auch richtigerweise unter Ziffer 6 (Verfassungsmässigkeit) ausgeführt: „Die vorgeschlagene Regelung bildet insofern eine Einschränkung des in Artikel 14 BV gewährleisteten Rechts auf Ehe, als sie eine zusätzliche Formalität einführt. Ihre Verfassungsmässigkeit ist somit den Erfordernissen von Artikel 36 BV unterstellt. Die vorgeschlagene Bestimmung ist zwar verfassungskonform; allerdings muss zur Erfüllung der damit einhergehenden Erfordernisse, insbesondere desjenigen der Verhältnismässigkeit, auch dafür gesorgt werden, dass die Bestimmung auf eine Weise umgesetzt wird, dass das verfassungsmässig garantierte Eherecht gewahrt bleibt.“  
In der nationalrätlichen Beratung hat etwa [Hiltbold](#) Hugues als welscher Kommissionssprecher ohne auf Widerspruch zu stossen geäussert: „Je tiens à vous répondre de deux façons: premièrement, ce projet ne concerne que les personnes qui résident illégalement en Suisse. Deuxièmement, il est spécifié dans l'avis du Conseil fédéral - que vous avez certainement consulté - que l'on ne contrevient pas à la Constitution qui prévoit que toute personne qui souhaite procéder à un mariage puisse le faire et que, dans ce cadre, le Conseil fédéral agira avec parcimonie et proportionnalité.“  
In der Eintretensdebatte im NR äusserte Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf: „Die Vorlage ist mit der Bundesverfassung und auch mit der EMRK vereinbar. Selbstverständlich ist bei der Anwendung im Einzelfall darauf zu achten, dass die verfassungsmässigen Rechte gewahrt bleiben und keine unüberwindbaren Hindernisse für das Eingehen einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft eingeführt werden.“ *AB 2009 N 86 und im folgenden Votum bestätigt sie erneut:* „Was wir verhindern wollen, ist, dass in unserem Recht Ehen allein zum Zweck der Legalisierung eines illegalen Aufenthalts geschlossen werden.“ *AB 2009 N 86*  
Besonders dezidiert äusserte sich SR Dick Marty in der ständerätlichen Eintretensdebatte: „Quant à la constitutionnalité, qu'il me soit permis de faire au moins la remarque que la situation est très douteuse. Il y a un excellent article de Madame Marie-Laure Papaux Van Delden, professeur à l'Université de Genève, qui a été publié dans "Jusletter", que nombre d'entre vous reçoivent. Dans cet article la constitutionnalité de cette mesure est très sérieusement mise en doute. Il y a aussi une citation qui est fort intéressante: "Toute discrimination fondée sur l'origine nationale est présumée inconstitutionnelle." C'est une citation extraite du traité "Droit constitutionnel suisse" d'Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier - Giorgio Malinverni est le juge suisse à la Cour européenne des droits de l'homme.“ *AB 2009 S 303*

neuen Interessenabwägung bei den Einwanderungs- bzw. Polizeibehörden oder erst aufgrund gerichtlicher Überprüfung Rechnung getragen wird.

Prof. Dr. Jörg Paul Müller 7.09.2009

Der Text ist die Stellungnahme zur Anfrage der Berner Beratungsstelle für Sans-Papiers betreffend ‚Grundrechtliche Probleme, die sich bei der Anwendung der neuen gesetzlichen Bestimmungen betr. Ehe ergeben‘. – Er erscheint auch in der Zeitschrift ASYL der Schweizerischen Flüchtlingshilfe.