

Andreas R. Ziegler

Hat der Bund die Kompetenz die erleichterte Einbürgerung aufgrund einer eingetragenen Partnerschaft zu regeln?

Ausländische Personen in einer eingetragenen Partnerschaft mit Schweizer Staatsangehörigen sollen bei der Einbürgerung gegenüber ausländischen Ehepartnerinnen und Ehepartnern nicht länger benachteiligt werden. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK) hat zu einer entsprechenden Verfassungs- und Gesetzesänderung Ende März 2015 die Vernehmlassung eröffnet. Der Beitrag basiert auf einem Kurzgutachten zur Frage, ob dies einer Verfassungsänderung bedarf oder aufgrund der bestehenden Bundeskompetenzen ohne weiteres durch eine blosse Änderung der Bundesgesetzgebung geschehen könnte.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Staatsangehörigkeit. Bürgerrecht; Gleichheit aller Menschen;

Familienrecht. Eherecht

Zitiervorschlag: Andreas R. Ziegler, Hat der Bund die Kompetenz die erleichterte Einbürgerung aufgrund einer eingetragenen Partnerschaft zu regeln?, in: Jusletter 13. April 2015

Inhaltsübersicht

- 1 Ausgangslage
- 2 Zusammenfassung meiner eigenen Schlussfolgerungen
- 3 Gutachten des Bundesamtes für Justiz
- 4 Verfassungsgeschichtlicher Rückblick
- 5 Auslegung von Art. 38 Abs. 1 BV
 - 5.1 Ausgangslage
 - 5.2 Grammatikalische Auslegung
 - 5.3 Historische Auslegung
 - 5.4 Systematische Auslegung
 - 5.5 Teleologisches Element
 - 5.6 Zwischenergebnis
- 6 Die Funktion von Art. 122 BV bzgl. öffentlich-rechtlicher Regelungen zu den Familienrechtsverhältnissen

1 Ausgangslage

[Rz 1] Im Rahmen der Behandlung der parlamentarischen Initiativen 13.418 sowie 13.422¹ stellt sich die Frage, ob Art. 38 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) eine genügende Verfassungsgrundlage darstellt, um die Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft mit der Ehe in Bezug auf die erleichterte Einbürgerung (Änderung des Bürgerrechtsgesetzes [SR 142.0]) durch den Bundesgesetzgeber zu begründen². Diese Frage wurde bereits bei der Einführung des Partnerschaftsgesetzes (2003/2004) diskutiert. Da damals aber vorerst aus abstimmungstechnischen Gründen auf eine Anpassung der Regelung verzichtet wurde, kam es zu keiner vertieften und abschliessenden Diskussion in Parlament, Verwaltung und Öffentlichkeit. Der nachfolgende Beitrag gibt im Wesentlichen das vom Autor im Auftrag der SPK erstellte Kurzgutachten dar. Seine Publikation an dieser Stelle soll der Debatte zu dieser Frage dienlich sein.

2 Zusammenfassung meiner eigenen Schlussfolgerungen

[Rz 2] Die Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BV lässt insbesondere unter Berücksichtigung der Bundesverfassung als Ganzem (ganzheitliche Verfassungsbetrachtung) und der ihr zu Grunde liegenden Wertungen und Aufgabenverteilungen ohne Weiteres den Schluss zu, dass zum heutigen Zeitpunkt der Bund auch für die Regelungen über den Erwerb und Verlust der Bürgerrechte im Rahmen der eingetragenen Partnerschaft zuständig ist. Dies wird besonders deutlich, wenn man dem Sinn und Zweck der Bestimmung Rechnung trägt (sowohl heute als auch bei Einführung der zugrundeliegenden Bestimmung der alten Bundesverfassung im Jahre 1983), die familienrechtlich begründeten Aspekte des Bürgerrechts zu regeln (so wie es seit 1898 aufgrund der allgemeinen Kompetenz für das Zivilrecht der Fall ist) ohne auf die allgemeine Kompetenz zur Regelung des Zivilrechts (Art. 122 BV) angewiesen zu sein. Ausserdem wird bei einer ganzheitlichen Betrachtung der Verfassung klar, dass das 1999 eingeführte Diskriminierungsverbot auf Grund der Lebensform (Art. 8 Abs. 2 BV) nur diese Leseart des Art. 38 Abs. 1 BV zulässt. Diese Auffassung

¹ Vgl. die Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 30. März 2015.

² ANDREAS R. ZIEGLER, Kurzgutachten zur Tragweite von Art. 38 Abs. 1 BV in Bezug auf die eingetragene Partnerschaft vom 15. Oktober 2014, einsehbar unter <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/13-418/Seiten/default.aspx> (alle Internetquellen wurden zuletzt besucht am 9. April 2015).

entspricht der einheitlich von der Lehre zu dieser Frage vertretenen Meinung.

[Rz 3] Wenn man dennoch zum Schluss kommen sollte, dass Art. 38 Abs. 1 BV hierfür (allein) nicht ausreichend ist, drängt sich ausnahmsweise die Annahme auf, dass Art. 122 BV (Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Zivilrechts) auch heute noch die dann sonst entstehende Lücke füllen und als Verfassungsgrundlage für die Regelung des Bürgerrechts im Zusammenhang mit der eingetragenen Partnerschaft dienen kann. Dies entspricht dem Willen des Verfassungsgebers von 1898, 1983 und 1999. Anzunehmen, dass durch die damalige Formulierung (vor Einführung der eingetragenen Partnerschaft in der Schweiz und weltweit) Art. 38 Abs. 1 BV abschliessend und Art. 122 BV nicht mehr anwendbar sei, verkennt nicht nur den Willen des Verfassungsgebers, dem Bund die familienrechtlich relevanten Bereiche der Regelung des Bürgerrechts zu übertragen, sondern auch die Tragweite von Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot bezüglich der Lebensform) für die Bundesverfassung als Ganzes.

3 Gutachten des Bundesamtes für Justiz

[Rz 4] In seinem mir vorliegenden Gutachten vom 28. April 2014³ kommt das Bundesamt für Justiz für die vorliegende Frage zum Schluss, Art. 38 Abs. 1 BV selbst stelle keine genügende Verfassungsgrundlage für eine solche Gesetzesänderung dar, wobei das Anliegen der Einführung der erleichterten Einbürgerung für in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Ausländer und die Korrektur der daraus gegenüber verheirateten Paaren bestehenden Diskriminierung nicht in Frage gestellt werden. Die in Art. 38 Abs. 1 BV enthaltene Aufzählung sei abschliessend und der Text könne nicht so interpretiert werden, dass die Bundeskompetenz zur Regelung des Bürgerrechts die eingetragene Partnerschaft einschliesse. Daneben wird auch Art. 122 Abs. 1 BV als alternative Verfassungsgrundlage für eine solche Kompetenz ausgeschlossen, so dass auf jeden Fall eine Verfassungsänderung notwendig sei. Diese Meinung wurde vom Bundesrat ohne umfassende Erläuterungen bereits bei der Behandlung des Partnerschaftsgesetzes im Jahre 2003 vertreten (Botschaft vom 29. November 2002 zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, BBl 2003 1288, S. 1315).

4 Verfassungsgeschichtlicher Rückblick

[Rz 5] Die Kompetenz des Bundes zur Regelung des Bürgerrechts hat sich seit der Schaffung des Bundesstaates immer wieder verändert. Entsprechend wurden die diesbezüglichen Bestimmungen in der Bundesverfassung mehrmals revidiert.⁴

[Rz 6] Für die hier zu klärende Frage steht im Vordergrund, dass mit der Einführung der Bundeskompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts im Jahre 1898 bewusst auch eine Kompetenz übertragen werden sollte, den Erwerb und Verlust des Bürgerrechts aus familienrechtlichen Gründen zu regeln.⁵ Der Verfassungsgeber wollte dabei das Zivilrecht als Sachbe-

³ Im Internet ebenfalls einsehbar unter <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/13-418/Seiten/default.aspx>.

⁴ Vgl. anstelle vieler FELIX HAFNER/DENISE BUSER, St. Galler Kommentar zu Art. 38 BV (2. Aufl., 2008), Rz. 2f.

⁵ Vgl. Botschaft über die Revision der Bürgerrechtsregelung in der Bundesverfassung vom 7. April 1982, BBl 1982 II 125, 127 und HAFNER/BUSER, a.a.O., Rz. 2f.

reich verstehen, «in dem Gesetzgebungsziele verwirklicht werden dürfen, unabhängig davon, ob die Regelung als öffentlich-rechtlich oder als privatrechtlich zu qualifizieren ist.»⁶

[Rz 7] Der rein gesetzgebungstechnischen Idee, die zivilrechtlichen Aspekte redaktionell von den öffentlich-rechtlichen Aspekten klarer zu trennen, trug erst eine Revision von Art. 44 aBV, dem Vorläufer des heutigen Art. 38 Abs. 1 BV Rechnung, die dem Bund im Jahre 1983 konkret u.a. die Regelung des Erwerbs oder des Verlustes des Bürgerrechts durch Abstammung, Heirat und Adoption in einer selbständigen Bestimmung zuwies. Daneben wurden der Verlust des Schweizer Bürgerrechts und die Wiedereinbürgerung dem Bund zur Regelung übertragen. Dennoch blieb die Möglichkeit bestehen, dass das Bürgerrecht (in Fällen die ohne Eingehung eines familienrechtlichen Verhältnisses) auch in den Kantonen erworben werden konnte (Art. 44 Abs. 2 aBV).

[Rz 8] Art. 44 aBV⁷ lautete:

¹ Der Bund regelt den Erwerb und den Verlust der Bürgerrechte durch Abstammung, Heirat und Adoption sowie den Verlust des Schweizer Bürgerrechts und die Wiedereinbürgerung.

[Rz 9] Damit wurde im Text eine selbständige Grundlage für diese im Zusammenhang mit den familienrechtlichen Kompetenzen zu sehenden, vom Charakter her eher verwaltungs- oder allgemein öffentlich-rechtlichen Bürgerrechtsfragen geschaffen, ohne weiterhin allgemein auf die zivilrechtlichen Kompetenzen (heute Art. 122 Abs. 1 BV, damals Art. 64 Abs. 2 aBV) abstellen zu müssen. So konnte eine einheitliche Regelung der familienrechtlichen Verhältnisse durch den Bund fortgeführt werden, ohne die die Regelung des öffentlich-rechtlich geprägten Bürgerrechts mit der Kompetenz zur Regelung des Zivilrechts zu vermischen bzw. begründen zu müssen.⁸

[Rz 10] Der Wortlaut des Art. 44aBV wurde 1999 (mit einigen ausschliesslich redaktionellen Änderungen ohne Relevanz für die familienrechtlich begründeten Kompetenzen) als Art. 38 Abs.1 BV in die nachgeführte Bundesverfassung übernommen.

[Rz 11] Art. 38 Abs. 1 BV lautet heute:

¹ Der Bund regelt Erwerb und Verlust der Bürgerrechte durch Abstammung, Heirat und Adoption. Er regelt zudem den Verlust des Schweizer Bürgerrechts aus anderen Gründen sowie die Wiedereinbürgerung. ^{2a}La Confédération règle l'acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, par mariage ou par adoption. Elle règle également la perte de la nationalité suisse pour d'autres motifs ainsi que

⁶ Vgl. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 122 BV (2. Aufl., 2008), Rz. 7 mit weiteren Hinweisen.

⁷ Angenommen in der Volksabstimmung vom 4. Dez. 1983 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 29. Februar 1984 — AS 1984 290 — und BB vom 24. Juni 1983 — BBl 1983 II 703, BBl 1982 II 125, BBl 1984 I 614).

⁸ Der Bundesrat formuliert diese Absicht wie folgt: «Für den Bürgerrechtserwerb durch Heirat kann der Bund auf die Heirat allein abstellen oder den Erwerb von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. Es wird damit — in Zusammenhang mit der Aufhebung von Artikel 54 Absatz 4 BV — eine offene Lösung geschaffen: der Gesetzgeber kann der Heirat bürgerrechtliche Wirkung zusprechen — zum Beispiel einen erleichterten Erwerb oder die Übertragung des Bürgerrechtes durch Heirat vorsehen — oder überhaupt auf solche Wirkungen verzichten. Er hat auch die Möglichkeit, für national gemischte Ehen eine andere Lösung als für Ehen unter Schweizer Bürgern zu treffen. So steht es ihm beispielsweise frei, einerseits für national gemischte Ehen eine erleichterte Einbürgerung der ausländischen Ehepartner vorzusehen und andererseits der Heirat zwischen Schweizerinnen und Schweizern jede bürgerrechtliche Wirkung abzuspochen oder vorzusehen, dass wie bisher das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes durch Heirat auf die Ehefrau übertragen wird. Die Zuständigkeit des Bundes, Erwerb und Verlust des Bürgerrechts aus familienrechtlichen Gründen zu regeln, muss nicht mehr aus seiner Befugnis zur Gesetzgebung über das Zivilrecht (Art. 64 BV) abgeleitet werden. Diese Neuerung trägt dem eigenständigen öffentlichrechtlichen Charakter des Bürgerrechts Rechnung. Der geltende Artikel 44 Absatz 3 BV wird gegenstandslos. Gemäss Absatz 1 ist der Bund nicht nur für den Verlust der Bürgerrechte aus familienrechtlichen Gründen zuständig; er kann den Verlust des Schweizer Bürgerrechts generell und auch die Wiedereinbürgerung regeln. Das entspricht der geltenden Rechtslage (Art. 44 Abs. 2 und 4 BV) und bedeutet keine neue Bundeskompetenz.» BBl 1997 I 1, S. 223.

a réintégration dans cette dernière.^{3a}La Confederazione disciplina l'acquisizione e la perdita della cittadinanza per origine, matrimonio e adozione. Disciplina inoltre la perdita della cittadinanza svizzera per altri motivi e la reintegrazione nella medesima.

[Rz 12] Damit darf man sagen, dass der heutige Art. 38 Abs. 1 BV bezüglich der hier interessierenden familienrechtlich begründeten Kompetenzen zur Regelung des Bürgerrechts auf einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1898 und einer redaktionellen Formulierung aus dem Jahre 1983 beruht, die bei der Nachführung der Bundesverfassung 1999 ohne grundsätzliche Änderung so übernommen wurden.

5 Auslegung von Art. 38 Abs. 1 BV

5.1 Ausgangslage

[Rz 13] Art. 38 Abs. 1 BV enthält offensichtlich keine explizite Erwähnung des Begriffs der eingetragenen Partnerschaft, wie sie in der Schweiz seit der Einführung auf Gesetzesstufe im Rahmen des Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18. Juni 2004 (SR 211.231) besteht. Eine dazu bereits 2003 und 2004 geführte Diskussion blieb vorderhand aufgrund der vom Bundesrat geäußerten Bedenken, v.a. aber wohl aus abstimmungspolitischen Gründen ergebnislos.⁹

[Rz 14] Damit muss entweder einer der in dieser Bestimmung vorzufindenden Begriffe bzw. ihre Gesamtheit als die eingetragene Partnerschaft mit einschliessend ausgelegt¹⁰ werden oder es muss eine echte Lücke¹¹ vorliegen, wenn man begründen will, dass Art. 38 Abs. 1 BV die Kompetenz des Bundes zur Regelung des Bürgerrechts im Zusammenhang mit der eingetragene Partnerschaft umfasst.

[Rz 15] Es gilt als anerkannt, dass praktisch jede Norm auslegungsbedürftig ist. Gemäss ständiger, höchstrichterlicher Rechtsprechung in der Schweiz bildet der Wortlaut der Bestimmung den Ausgangspunkt jeder Auslegung. Ist der Wortlaut nicht ganz klar und führt er zu verschiedenen Interpretationsergebnissen, so muss unter Berücksichtigung aller klassischen Auslegungsmethoden seine wahre Tragweite geprüft werden. Wesentlich sind dabei vier Elemente, namentlich die Entstehungsgeschichte der Norm und ihr Zweck, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Auch die Vorarbeiten können herangezogen werden. Sie sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, können aber als Hilfsmittel dienen, um den Sinn der Norm zu erkennen. Gerade bei jüngeren Normtexten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets an einem «pragmatischen Methodenpluralismus» orientiert und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus

⁹ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, 29. November 2002, BBl 2003 1288, S. 1315 und Prot RK NR 25./26. August 2003, 24 f. und Berichterstatterin Menétrey-Savary, AmtlBull NR 2003, 1828; dazu MARTIN BERTSCH, Bürgerrechtsgesetz vom 29. September 1952, in: Bächler (Hrsg.), Eingetragene Partnerschaft (FamKomm), 2006, Rz 7 ff. und BERNHARD PULVER, Art. 15 BÜG, in: Geiser/Gremper (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, 2007, Rz. 8.

¹⁰ Vgl. etwa an Stelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. 2008, Rz. 75ff.

¹¹ Vgl. etwa an Stelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 137ff.

seiner Meinung nach zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab.¹² Daraus kann man gleichzeitig ableiten, dass bei eher älteren Texten, der zeitgemässen Auslegung im Lichte der zu Grunde liegenden Absicht des Verfassungs- bzw. Gesetzgebers grösseres Gewicht zukommen muss. Sollten zudem einzelne Bestimmungen eines Gesetzestextes oder damit in Zusammenhang stehende Gesetzestexte angepasst worden sein, muss dies in der Betrachtungsweise eines Textes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes einfließen.

5.2 Grammatikalische Auslegung

[Rz 16] Da die Begriffe der «Abstammung» und der «Adoption» in Art. 38 Abs. 1 BV allein auf das Kindsverhältnis¹³ abzielen, kommt (abgesehen von der Annahme einer Lücke) lediglich eine Auslegung des Begriffs der «Ehe» in Frage, um die eingetragene Partnerschaft als eingeschlossen anzusehen. Daneben kann man auch den Wortlaut der ganzen Formulierung «Abstammung, Heirat und Adoption» auslegen, was aber hier in der systematischen Auslegung näher zu prüfen sein wird.

[Rz 17] Der in Art. 38 Abs. 1 BV verwendete Begriff der Heirat knüpft wohl an die Eheschliessung an. Anderswo in der Bundesverfassung ist der Begriff der Ehe in Art. 14 BV erwähnt¹⁴, der das Recht auf Ehe und Familie gewährleistet. Infolgedessen ist der im deutschsprachigen Verfassungstext verwendete Heiratsbegriff wohl zumindest ursprünglich als Synonym für die Ehe zu verstehen. Entsprechend ist in den französischen und italienischen Sprachversionen in diesen Bestimmungen immer von «mariage» bzw. «matrimonio» die Rede.

[Rz 18] Der Bundesrat und die Mehrheit der Lehre legt dem Ehebegriff ein traditionelles Verständnis der Ehe «als einer umfassenden, auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft zwischen zwei Menschen unterschiedlichen Geschlechts» zugrunde (dies allerdings regelmässig im Zusammenhang mit Art. 14 BV).¹⁵ Hierbei wird der Begriff der Ehe primär auf das Eherecht des ZGB gestützt (Art. 94 Abs. 1 sowie Art. 102 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB]). Dieser interpretative Ansatz ist an sich naheliegend, wird die Ehe doch von der Mehrheitsmeinung als eine institutionell abgesicherte Freiheit erachtet, d.h. als eine Freiheit, welche nach den Massgaben des Gesetzes auszulegen und anzuwenden ist.¹⁶

[Rz 19] Allerdings birgt dieser Ansatz auch klar den Nachteil, dass die flankierende Wirkung der auf Verfassungsstufe stehenden Grundrechte zuweilen relativiert wird, wenn diese mittels der bestehenden Gesetzgebung interpretativ ausgefüllt werden. Die Rechtsordnung ist derart zu gestalten, dass Normen einer niedrigen Hierarchiestufe Grundsätzen der höheren Hierarchiestufe

¹² BGE 135 V 153 E. 4.1.

¹³ Als Ausfluss des im schweizerischen (wie den meisten europäischen Rechtsordnungen) traditionell besonders verankerten «ius sanguinis»-Prinzips (Bürgerrecht aufgrund familiärer Bande - im Gegensatz zum «ius soli», dem Bürgerrecht aufgrund des Orts der Geburt, wie es traditionell eher in der neuen Welt zur Anwendung kam). Zum Ganzen ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 2. Aufl. 2011, Rz. 580.

¹⁴ «Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. — Le droit au mariage et à la famille est garanti. — Il diritto al matrimonio e alla famiglia è garantito.»

¹⁵ Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Erläuternder Bericht und Vorentwurf, November 2001, 50.

¹⁶ CÉLINE GUTZWILER, Le partenariat enregistré sous l'angle du droit de la nationalité: considérations sur une réforme timorée, AJP/PJA 2005 1373ff, 1377 mit weiteren Hinweisen; CHARLOTTE SCHODER, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, in: AJP/PJA 2002, 1287 ff., 1289 f.

entsprechen. Infolgedessen müssen sich Gesetze an den Gehalten der höherrangigen Grundrechten orientieren und nicht umgekehrt. Der Begriff der Ehe ist folglich als eigenständiger Verfassungsbegriff autonom, d.h. aus sich selbst heraus, auszulegen. Wird der Wortlaut von Art. 14 BV untersucht, so kann ersehen werden, dass der Ehebegriff nicht weiter präzisiert ist. Ganz allgemein kann zunächst angenommen werden, dass unter dem Begriff eine rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft zweier Menschen zu verstehen ist. Es bleibt offen, ob die Menschen unterschiedlichen Geschlechts sein müssen, denn es scheint, dass der Verfassungsgeber der Vorschrift kein bestimmtes Modell zugrunde gelegt hat. Eine explizite Bezugnahme zur von der Mehrheit der Lehre vertretenen Ansicht, Ehe sei eine rechtlich ausgestaltete Verbindung zwischen Mann und Frau, fehlt somit.¹⁷

[Rz 20] Allerdings betrifft diese Frage lediglich die Frage ob, die Ehe oder Heirat auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen stehen sollte. Im vorliegenden geht es aber um die Frage, ob der Begriff der Heirat in Art. 38 Abs. 1 BV auch die eingetragene Partnerschaft umfasst. Zwar hat sich der Zivilgesetzgeber im Jahre 2004 vorderhand dafür entschieden zwei unterschiedliche Rechtsinstitute zu schaffen.¹⁸ Dabei wurde darauf verzichtet, Art. 38 Abs. 1 BV anzupassen (vgl. oben). Bei der Formulierung des Artikels 38 Abs. 1 BV im Jahre 1983 bzw. 1999 stand die eingetragene Partnerschaft aber noch nicht zur Debatte, so dass der Wortlaut auch keinen expliziten Ausschluss dieses der Ehe extrem angenäherten Rechtsinstituts nahelegt. Wir können dem Begriff der Heirat in Art. 38 Abs. 1 BV heute in Abgrenzung zum 2004 geschaffenen Institut der eingetragenen Partnerschaft keine abschliessende inhaltliche Tragweite geben, die 1983 bzw. 1999 in der Schweiz noch nicht existierte und daher eine grammatikalische Auslegung eher wenig sinnvoll erscheinen lässt. Angesichts dieser Feststellung und der ebenfalls offenen sprachlichen Formulierung von Art. 14 BV zur Ehe ist in Bezug von Art. 38 Abs. 1 BV darauf zu schliessen, dass der Wortlaut im Unklaren verbleibt und entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mittels der weiteren Elemente der Auslegung fortzufahren ist.¹⁹ Dies ist ein für dem stark technologischen und sozialen Wandel unterliegende Rechtsgebiete häufiges Ergebnis.

5.3 Historische Auslegung

[Rz 21] Als die neue Bundesverfassung vom Volk und von den Ständen angenommen wurde, bestanden in der Schweiz keine gesetzlichen Regelungen zur eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, entsprechend finden sich keine historischen Angaben zur Absicht des Verfassungsgebers die eingetragene Partnerschaft in Art. 38 Abs. 1 BV zu regeln.²⁰ Allerdings kann

¹⁷ Im Gegensatz hierzu schlägt die CVP in einer an ihrem Parteitag vom 7. Mai 2011 lancierten Volksinitiative («Für Ehe und Familie — gegen die Heiratsstrafe») eben jenes vor (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 [neu]: «Die Ehe ist die auf Dauer angelegte und gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau.»).

¹⁸ Hinzuweisen sei immerhin darauf, dass in vielen Staaten in den letzten Jahren die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare erlaubt wurde — sei es auf dem Weg der Gesetzgebung oder der Auslegung bestehender Gesetze. Diese Debatte wird in der Schweiz wohl später geführt werden, immerhin hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil vom 24. Juni 2010, *Schalk and Kopf v Austria* (Application no. 30141/04), §61 in einem *obiter dictum* festgehalten: «[...] therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex.»

¹⁹ Zur Geschichte der gleichgeschlechtlichen Ehe siehe International Commission of Jurists, SOGI Legislative Database, einsehbar online unter: <http://www.icj.org/sogi-legislative-database/>.

²⁰ Vgl. auch IVO HANGARTNER, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, AJP/PJA 2001, 252ff, 260.

hieraus keineswegs geschlossen werden, dass der Verfassungsgeber 1999 die eingetragene Partnerschaft im Rahmen des nachgeführten Art. 38 Abs. 1 BV ausschliessen wollte.²¹ Im Gegenteil kann nämlich auch nicht nachgewiesen werden, dass der Verfassungsgeber den Begriff ausschliessen wollte. Wie bereits eingangs im verfassungsgeschichtlichen Abschnitt erwähnt, wurde Art. 38 Abs. 1 BV anlässlich der Totalrevision lediglich einer redaktionellen Überarbeitung unterzogen; der Wille des Verfassungsgebers der aBV währt in materiell-rechtlicher Hinsicht somit fort und ist deshalb immer noch von einer gewissen Massgeblichkeit. Dieser wollte 1898 und 1983 an die vom Bund geregelten familienrechtlich begründeten Ereignisse bürgerrechtliche Konsequenzen anknüpfen.²² Da der Bund heute zuständig ist, die eingetragene Partnerschaft im Rahmen dieser familienrechtlichen Kompetenz zu regeln, erscheint es geradezu zwingend, auch die Bürgerrechtsfolgen der eingetragenen Partnerschaft dem Bund zur Regelung zu belassen. Dies scheint von den Kantonen auch nie bestritten worden zu sein und findet auch im von der Lehre dazu publizierten Schrifttum keine Erwähnung.²³

[Rz 22] Bereits aus den Materialien zur Bundesverfassung von 1999 kann ersehen werden, dass der Personenstand gleichgeschlechtlicher Paare in Art. 38 Abs. 1 BV wohl ohne Absicht nicht erwähnt wurde. Dem jüngeren Verfassungsgeber war dieser Punkt zu jenem Zeitpunkt gar nicht bewusst. Die teilweise im Rahmen der Nachführung geäusserte Meinung, dass die Aufzählung in Art. 38 Abs. 1 BV abschliessend sei, war in erster Linie darauf zurückzuführen, dass man damals keine weiteren relevanten familienrechtlichen Tatbestände kannte.²⁴ Dazu kam die Vorgabe, nur dort sprachliche Änderungen vorzunehmen, wo dies (aufgrund redaktioneller oder inhaltlicher Anliegen) unbedingt notwendig erschien. Ausserdem wurde die Rechtsstellung von homosexuellen Personen im Wesentlichen im Rahmen des Art. 8 Abs. 2 BV diskutiert (Lebensform) und auf den Gesetzgeber vertraut, die entsprechenden verfassungskonformen Anpassungen in der Zukunft vorzunehmen. Dem widerspricht auch nicht, dies in einer gestaffelten Form mit unterschiedlicher Priorität und Zeit zur Reflexion zu tun.

[Rz 23] Bei der historischen Auslegung darf nicht erneut auf die historische Bedeutung des Begriffs «Heirat» allein abgestellt werden, sondern wir müssen uns fragen, was der historische Verfassungsgeber 1983 bzw. 1999 anstrebte (vgl. dazu auch unten die Ergebnisse der teleologischen Auslegung). Wie gezeigt wollte der Verfassungsgeber die familienrechtlich begründeten Aspekte des Bürgerrechts dem Bund übertragen und tat dies durch eine im historischen Kontext verständliche Aufzählung der bekannten familienrechtlichen Situationen, die der damaligen Vorstellung davon entsprach — ohne aber andere Formen bzw. zukünftige Entwicklungen ausschliessen zu wollen. Genauso wenig kann aus der bereits 2003 und 2004 bei der Einführung des Partnerschaftsgesetzes geführten Diskussion um die allfällige Notwendigkeit einer Anpassung von Art. 38 Abs. 1 BV rückwirkend auf die Beweggründe des historischen Verfassungsgebers geschlossen werden. Zwar wurde bereits 2002/2003 von der Bundesverwaltung die heute noch vertretene Meinung propagiert (und daher auch im Parlament teilweise aufgenommen — allerdings ohne vertiefte juristische Analyse), aber letztendlich wurde die Diskussion auf später verschoben, oh-

²¹ Vgl. auch BERTSCHI, a.a.O., Rz. 8 mit weiteren Hinweisen auf die Materialien und Protokolle der Parlamentskommissionen und -subkommissionen.

²² Vgl. auch BERTSCHI, a.a.O., Rz. 8 mit weiteren Hinweisen.

²³ Vgl. HANGARTNER, a.a.O., 260; FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, 2003, Art. 38, Rz. 7 und Rz. 11; BERTSCHI, a.a.O. Rz. 8f.; PULVER, a.a.O., Art. 15, Rz.8.

²⁴ Vgl. auch BERTSCHI, a.a.O., Rz 8 mit weiteren Hinweisen und Pulver, a.a.O., Rz 9.

ne dass die damaligen (wohl erster Linie abstimmungspolitischen) Beweggründe²⁵ dafür heute einen Einfluss auf die Auslegung von Art. 38 Abs. 1 BV haben können.²⁶ Die Lehre vertrat schon damals die hier vertretene Meinung.²⁷

[Rz 24] Es ist daher nach wie vor davon auszugehen, dass der ursprüngliche Verfassungsgeber 1983 und 1999 allen damaligen familienrechtlichen Tatbeständen²⁸, die rechtlich vom Gesetzgeber normierten Verbindungen von Menschen vorsahen, mit einer besonderen bürgerrechtlichen Lösung versehen wollte und dies auch bei der Nachführung beibehalten werden sollte. Diese Annahme führt klar dazu, dass bei der Einführung von neuen familienrechtlichen Rechtsinstituten, insbesondere wenn sie — wie dies 2004 der Fall sein sollte —, extrem an die Ehe angenähert sein sollten, davon ausgegangen werden muss, dass es dem Willen des historischen Verfassungsgebers am ehesten entspricht, anzunehmen, dass er solche eheähnlichen Institute in Art. 38 Abs. 1 BV mit einbeziehen wollte. Der Meinung, dass die eingetragene Partnerschaft gar kein familienrechtliches Institut darstelle, mag man aus rein zivilistisch-dogmatischen Überlegungen gewisse Sympathien entgegen bringen, aber sie entspricht weder der allgemeinen Debatte bei ihrer Einführung als Alternative zur Öffnung der Ehe noch der Absicht, ein Institut zu schaffen, das so nahe wie möglich bei der Ehe steht, ohne diese als Institution in Frage zu stellen.²⁹ Zwar wurde die eingetragene Partnerschaft in der Schweiz in einem Spezialgesetz und nicht im ZGB geregelt, aber es handelt sich doch wie bei der Ehe um einen Personenstand, den der Bund gestützt auf seine Kompetenz im Zivilrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) regelt.³⁰ Im Ingress zum PartG wird denn u.a. auch ausdrücklich auf diese Kompetenz des Bundes Bezug genommen.³¹ Auch bei der Einführung des Partnerschaftsgesetzes wurde von einer überwältigenden Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer die Ansicht geäußert, es handle sich bei der eingetragenen Partnerschaft um ein neues Rechtsinstitut des Familienrechts.³² Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vertritt heute die Meinung, dass das Zusammenleben von zwei Personen als Familie zu betrachten ist, unabhängig davon welches Geschlecht sie haben und ob sie Kinder haben.³³ Dies führt dazu, dass der Verfassungsgeber von 1898 und 1983 zwar objektiv das Institut der eingetragenen Partnerschaft noch nicht kannte, aber es als ein vom Bund zu regelndes familienrechtliches

²⁵ Vgl. auch BERTSCHI, a.a.O., Rz 9. Er weist v.a. auf die Notwendigkeit einer raschen Einführung der eingetragenen Partnerschaft hin, welche auf einen vorläufigen Verzicht der Regelung der Folgen für das Bürgerschaftsgesetz führte.

²⁶ Vgl. oben.

²⁷ Vgl. HANGARTNER, a.a.O., 260; AUBERT/ MAHON, a.a.O., Art. 38, Rz. 7 und Rz. 11; BERTSCHI, a.a.O. Rz. 8 f.; PULVER, a.a.O., Art. 15, Rz.8.

²⁸ Zur Frage, ob die eingetragene Partnerschaft wie ein familienrechtlicher Tatbestand behandelt werden sollte, siehe unten.

²⁹ Vgl. im Detail MICHEL MONTINI, Die eingetragene Partnerschaft: Abschluss, Auflösung und allgemeine Wirkung, in Andreas R. Ziegler et al. (Hrsg.), Rechte der Lesben und Schwulen in der Schweiz, 2007, 107ff.

³⁰ Vgl. auch BERTSCHI, a.a.O., Rz 8. Daher der unmittelbare Zusammenhang mit der durch Art. 38 Abs.1 und Art. 122 BV normierten Kompetenzlage.

³¹ Der dort ebenfalls vorhandene Hinweis auf Art. 38 Abs. 2 BV betraf allein die damals angegangenen Änderungen und muss zudem als Ausdruck der damals bereits vom Bundesrat vertretenen Haltung angesehen werden.

³² Vgl. GUTZWILER, a.a.O. Fn 74 mit den entsprechenden Hinweisen. Vgl. auch PULVER, a.a.O., Rz 11.

³³ EGMR, Urteil *Schalk and Kopf v Austria* (Application no. 30141/04) vom 24. Juni 2010, §§89—94 «The Court notes that [...] a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples [...]. Certain provisions of EU law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of family [...]. In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy family life for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of family life, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.»

Institut der Zukunft eingeschlossen hat, was einer zeitgemässen Auslegung entspricht.³⁴ Diese ist heute von vorrangiger Bedeutung, insbesondere in einem starken Wandel unterzogenen Bereichen wie den technischen und sozialen Gegebenheiten.³⁵ Dies gilt umso mehr, wenn diese von Gesetz- und Verfassungsgeber bereits eindeutig anerkannt wurden, wie es bei der eingetragenen Partnerschaft aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BV (dazu unten) und des Partnerschaftsgesetzes von 2004 bereits der Fall ist. Entsprechend ist die zivilrechtliche Normierung der eingetragenen Partnerschaft mit Rechten und Pflichten als familienrechtliche Regelung des Bundes anzusehen, die vom historischen Verfassungsgeber in Art. 38 Abs. 1 BV eingeschlossen wurde.

5.4 Systematische Auslegung

[Rz 25] Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung bildet die Verfassung «keine Einheit, sondern oft eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge.»³⁶ Ist einer Verfassungsnorm vom Verfassungsgeber kein ausdrücklicher Vorrang verliehen worden, so ist von einer Gleichwertigkeit von verfassungsmässigen Bestimmungen auszugehen. In Anwendung des Methodenpluralismus ist die Verfassung als eine minimale Einheit auszulegen. Allgemein bedeutet dieser Ansatz, dass mittels einer ganzheitlichen Betrachtungsweise ein Mindestmass an Widerspruchsfreiheit angestrebt werden soll.³⁷

[Rz 26] Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die aktuelle Formulierung des Art. 38 Abs. 1 BV im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Kompetenz des Bundes (heute Art. 122 BV) und der damals gewünschten Kohärenz zwischen zivilrechtlich bzw. familienrechtlicher Regelung und der Regelung des Bürgerrechts zu sehen ist.³⁸

[Rz 27] Aus systematischer Sicht ist für die Auslegung einer Verfassungsbestimmung auch die Verfassung als Ganzes zu betrachten (ganzheitliches Verfassungsverständnis)³⁹, für die Frage von Ungleichbehandlungen vergleichbarer familienrechtlicher Situationen insbesondere das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV.⁴⁰ Dieser ganz am Anfang der Bundesverfassung stehende wichtige Grundsatz beeinflusst die Verfassungsordnung und damit die schweizerische Rechtsordnung in ganz besonderem Masse. Unter Diskriminierung ist jede Unterscheidung, Beschränkung oder Bevorzugung aufgrund verpönter Merkmale zu verstehen und die den grundrechtlichen Schutz oder die Gleichbehandlung gefährden oder ganz versagen.⁴¹ Jede Ungleichbehandlung mit der Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal, dazu gehört auch die sexuelle Orientierung, begründet eine Pflicht, diese in qualifizierter Weise zu rechtfertigen.⁴² Der in Art. 38 Abs. 1 BV

³⁴ Vgl. auch BERTSCHI, a.a.O., Rz. 8.

³⁵ Vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 119 in fine.

³⁶ BGE 139 I 16 E. 4.2.1.

³⁷ BGE 139 I 16 E. 4.2.1.

³⁸ Vgl. die Hinweise zur Entstehung oben.

³⁹ Vgl. dazu allgemein BGE 116 Ia 359 ff., 367 ff. und an Stelle vieler PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2004, 67.

⁴⁰ Vgl. zum Folgenden BERTSCHI, a.a.O., Rz. 9 und HANGARTNER, a.a.O., 260; insbesondere auch AUBERT/ MAHON, a.a. O., Art. 38, Rz. 7 und Rz. 11; GUTZWILER, a.a.O., 1378 f. So auch PULVER, a.a.O., Rz. 10 und 11.

⁴¹ RAINER SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 43.

⁴² SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 44.

aufgeführte Begriff der Heirat, bzw. die für die vom Bund geregelten familienrechtlichen Situationen «Abstammung, Heirat und Adoption» sind somit in besonderem Masse im Lichte Art. 8 Abs. 2 BV auszulegen.

[Rz 28] Zwar wird heute in der Schweiz auf Gesetzesebene die eingetragene Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Partner von der Ehe (die allein gemischtgeschlechtlichen Paaren offen steht) unterschieden, allerdings wirkt sich der Zivilstand in mancherlei Hinsicht für die Betroffenen in gleicher Weise aus. Wird dem ausländischen gleichgeschlechtlichen Partner oder der ausländischen gleichgeschlechtlichen Partnerin die Möglichkeit der erleichterten Einbürgerung, wie für den Ehegatten eines Schweizer Staatsangehörigen gemäss Art. 27 und 28 Bürgerrechtsgesetz, verwehrt, ist dieser Ausschluss als Diskriminierung aufgrund der Lebensform zu sehen, weshalb Art. 38 Abs. 1 im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV verstanden werden und das familienrechtliche Institut der eingetragenen Partnerschaft umfassend angesehen werden muss. In diesem Zusammenhang kann darauf hingewiesen werden, dass auch die Expertengruppe des Europarates zu Fragen der Staatsangehörigkeit, die Meinung vertritt, dass die Mitgliedstaaten, die eine rechtliche Regelung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft vorsehen, dabei auch bei der Staatsbürgerschaft jede Diskriminierung vermeiden sollten.⁴³ Ziel und Zweck der erleichterten Einbürgerung ist es zudem, die Einheit des Bürgerrechts eines Paares im Hinblick auf deren Zukunft zu fördern.⁴⁴ Es besteht kein Grund, diese Leitidee nicht auch auf gleichgeschlechtliche Paare anzuwenden, die in einer rechtlich normierten eingetragenen Partnerschaft leben.⁴⁵

[Rz 29] Man kann dabei auch auf das in Art. 41 Abs. 1 Bst. c BV verankerte Ziel des Schutzes von Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern hinweisen, der eben auch durch die erleichterte Einbürgerung gefördert werden kann, und dies sowohl bei gleichgeschlechtlichen Paaren als auch bei gemischt geschlechtlichen Paaren. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber Beschränkungen bei der Möglichkeit zur Adoption und beim Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren vorsieht, die bei eingetragenen Partnerschaften weiter gehen als bei Ehepaaren, darf dabei keinesfalls als Indiz dafür gewertet werden, dass die Qualität der familiären Beziehung oder die Schutzwürdigkeit der betroffenen Kinder unterschiedlich gewertet würden. Entsprechend unterstreichen Lehre und Rechtsprechung auch zunehmend die primäre Beachtung des Schutzes der Kindsinteressen.⁴⁶

[Rz 30] Keineswegs darf man die gewählte Unterscheidung zwischen Ehe und (in der Verfassung gar nicht erwähnter) eingetragener Partnerschaft als systematisch darauf ausgerichtet erachten, den Art. 38 Abs. 1 BV allein für die Heirat anwendbar zu machen. Vielmehr muss diese Bestimmung in erster Linie als damit begründet betrachtet werden, vorderhand das historisch und traditionell gefestigte Institut der Ehe zwar nur gemischt-geschlechtlichen Paaren zuzugestehen — aber eben unter gleichzeitiger Verhinderung aller nicht qualifiziert begründbaren Ungleichbehandlungen für eingetragene Paare — etwa im Bereich des Bürgerrechts. Der Anlass zur aktuellen Gesetzesrevision ist ja gerade, die bestehende Diskriminierung in diesem Bereich zu beheben,

⁴³ Dazu insbesondere GUTZWILER, a.a.O., Fn. 193 mit Hinweis auf den Rapport sur les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité du Comité d'experts sur la nationalité, du 14 janvier 2003, CJ-NA (2002) 1, 10 f.

⁴⁴ BGE 128 II 97, 99.

⁴⁵ So explizit auch PULVER, a.a.O., Rz 11.

⁴⁶ Vgl. etwa CHARLOTTE SCHODER, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, AJP/PJA 2002, 1287 ff., 1295. Dazu auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil vom 26. Februar 2002, *Fretté v France* (Application no. 36515/97) und im Urteil vom 22. Januar 2008, *E.B. v France* (Application no. 43546/02).

sowie es Art. 8 Abs. 2 BV dem Gesetzgeber aufträgt. Dazu muss keine neue Bundeskompetenz geschaffen werden. Es muss lediglich die bestehende Kompetenz in Art. 38 Abs. 1 BV richtig ausgelegt werden. Entsprechend sind die Argumente, dass aus den Grundrechten keine neuen Bundeskompetenzen abgeleitet werden können, vorliegend vollkommen irrelevant.

5.5 Teleologisches Element

[Rz 31] Der historische Verfassungsgeber der aBV wollte an familienrechtliche Ereignisse bürgerrechtliche Konsequenzen anknüpfen. Es besteht kein Hinweis darauf, dass der jüngere Verfassungsgeber seinen Willen geändert hätte, wurden doch mit der Annahme der Bundesverfassung lediglich Modifikationen redaktioneller Natur durchgeführt. Entsprechend sieht Art. 38 Abs. 1 BV vor, dass es dem Bundesgesetzgeber obliegt, zu bestimmen, welche bürgerrechtlichen Wirkungen die erfassten familienrechtlichen Tatbestände zeitigen.

[Rz 32] Zweck der Bestimmung ist es somit immer noch, an familienrechtliche Ereignisse, die eine Verbindung von Menschen vorsehen, bürgerrechtliche Konsequenzen anzuknüpfen. Wie bereits mehrfach erwähnt, kann eine zeitgemässe Lesart des Art. 38 Abs. 1 BV nur den Schluss zulassen, dass es der Wille des Verfassungsgebers war, eine Einheit zwischen zivilrechtlichen familienrelevanten Regelungskompetenzen des Bundes und den Kompetenzen im Rahmen des Bürgerrechts herzustellen.⁴⁷ Dieser Sinn und Zweck wurde bei den verschiedenen Umformulierungen der heutigen Bestimmung des Art. 38 Abs. 1 nie aufgegeben und wird heute zusätzlich durch das verfassungsmässige Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform gemäss Art. 8 Abs. 2 BV ergänzt. Eine widerspruchsfreie Auslegung der Verfassung als Ganzes im Hinblick auf bereits vom Verfassungsgeber anerkannte gesellschaftspolitische Veränderungen lässt nur die Schlussfolgerung zu, dass es die Absicht des Verfassungsgebers ist, dem Bund die diskriminierungsfreie Regelung des Bürgerrechts für Ehepartner und in einer eingetragenen Partnerschaft lebende Partner zu übertragen.

5.6 Zwischenergebnis

[Rz 33] Der Wortlaut bzw. die Formulierung des Art. 38 Abs. 1 BV können wenig zur aktuellen Frage der Regelungskompetenz des Bundes bezüglich der eingetragenen Partnerschaft beitragen. Weder war das Rechtsinstitut bei der Schaffung der betroffenen Bundeskompetenz bekannt noch wurde damals die Frage der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch nur in Ansätzen öffentlich diskutiert. Hingegen können sowohl der Wille des historischen Gesetzgebers (historische Auslegung), vollkommene Kohärenz zwischen familienrechtlichen und bürgerrechtsrelevanten Kompetenzen des Bundes zu schaffen, als auch der heute weiterbestehende Sinn und Zweck der Bestimmung in Art. 38 Abs. 1 BV (teleologische Auslegung) sowie die Gesamtheit der Rechtsordnung bzw. der Verfassung (systematische Auslegung) bezüglich der Tragweite von Art. 38 Abs. 1 BV im Hinblick auf die zivilrechtliche Kompetenz des Bundes (Art. 122 BV) und im Licht von Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot aufgrund der Lebensform) und 41 Abs. 1 Bst. c BV (Schutz der Familie) nur den Schluss zulassen, dass die bestehende Kompetenz des Bundes zur Regelung des Bürgerrechts auch die eingetragene Partnerschaft erfasst.

⁴⁷ So auch BERTSCHLI, a.a.O., Rz. 8.

6 Die Funktion von Art. 122 BV bzgl. öffentlich-rechtlicher Regelungen zu den Familienrechtsverhältnissen

[Rz 34] Wenn man dennoch zum Schluss kommen sollte, dass Art. 38 Abs. 1 BV hierfür (allein) nicht ausreichend ist, drängt sich ausnahmsweise die Annahme auf, dass Art. 122 BV (Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Zivilrechts) in einem solchen Fall auch heute noch die dann bestehende Lücke füllen und als Verfassungsgrundlage für die Regelung des Bürgerrechts im Zusammenhang mit der eingetragenen Partnerschaft dienen kann. Dies entspricht dem Willen des Verfassungsgebers von 1898 und 1983.⁴⁸

[Rz 35] Wie bereits erwähnt, muss Art. 38 Abs. 1 BV (Art. 44 aBV) vom Willen des Verfassungsgebers her als eine Art. 122 (Art. 64 Abs. 2 aBV) ergänzende Bestimmung angesehen werden, die die bürgerrechtsrelevanten Bestimmungen der Regelung im Familienrecht auf eine eigene Verfassungsgrundlage stellen soll.⁴⁹ Auch wenn der heutige Art. 38 Abs. 1 BV dabei eine redaktionelle Bereinigung erfahren hat, war es nicht die Absicht des Verfassungsgebers von 1983 dessen Tragweite einzuengen. Die Bundeskompetenz ist dieselbe geblieben, so dass man sonst davon ausgehen müsste, dass die von der Formulierung in Art. 38 Abs. 1 BV nicht erfassten Sachverhalte in Art. 122 BV verblieben wären. Diese Lösung erscheint aus den oben erwähnten Gründen nicht sachgemäss, was eben für die Anwendbarkeit des Art. 38 Abs. 1 BV auf die eingetragene Partnerschaft von 2004 spricht.⁵⁰

[Rz 36] Wird angenommen, dass die damalige Formulierung (vor Einführung der eingetragenen Partnerschaft in der Schweiz und weltweit) von Art. 38 Abs. 1 BV abschliessend ist, dabei die eingetragene Partnerschaft nicht einschliesst und Art. 122 BV gleichzeitig nicht mehr anwendbar ist, führt dies zu einer geradezu paradoxen Falschinterpretation der aktuellen Verfassungsbestimmungen. Dabei würde nicht nur den Willen des Verfassungsgebers verkannt, dem Bund die familienrechtlich relevanten Bereiche der Regelung des Bürgerrechts zu übertragen, sondern auch die Tragweite von Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot bezüglich der Lebensform) für die Bundesverfassung als Ganzes unnötigerweise verletzt. Daher muss das Ergebnis der Auslegung von Art. 38 Abs. 1 BV und Art. 122 BV auf jeden Fall sein, dass der Bund berechtigt bleibt, die Bürgerrechtsfolgen der familienrechtlichen Sachverhalte inklusive der eingetragenen Partnerschaft zu regeln, was grundsätzlich auf Art. 38 Abs. 1 BV abgestützt werden sollte aber ausnahmsweise auch weiterhin aus Art. 122 BV in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 abgeleitet werden könnte.

Prof. Dr. rer. publ. et lic. iur. ANDREAS R. ZIEGLER, LL.M. (European University Institute) ist ordentlicher Professor und Direktor des LL.M.-Programmes in International and European Economic and Commercial Law — Master of Advanced Studies (www.unil.ch/llm) an der Universität Lausanne und Leiter des dort bestehenden Kompetenzzentrums zum LGBTI-Recht.

⁴⁸ Vgl. oben Rz. 12 und 21 ff.

⁴⁹ Vgl. oben Fn. 7.

⁵⁰ Vgl. oben Rz. 33.