



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ

Direktionsbereich Privatrecht

Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen EAZW

Bericht

über die Tätigkeiten des Eidgenössischen Amtes für das
Zivilstandswesen EAZW

in den Jahren 2011 und 2012

auszugsweise vorgetragen in französischer und deutscher Sprache von Mario Massa, Fürsprecher und Notar, Vorsteher des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen EAZW, an der Jahresversammlung der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst KAZ vom 26./27. April 2012 in Luzern LU

Mario Massa, Vorsteher
Fürsprecher und Notar
Bundesrain 20, 3003 Bern
Tel. +41 31 325 51 44, Fax +41 31 324 26 55
mario.massa@bj.admin.ch
www.eazw.admin.ch

Inhaltsverzeichnis

1. Rechtsprechung zu Artikel 98 Absatz 4 ZGB

- 1.1 Einleitung
- 1.2 Entstehung
- 1.3 Anwendung durch Behörden und Gerichte
- 1.4 Beschwerden des BJ
- 1.5 Entscheide der oberen Instanzen
- 1.6 Zur „angemessenen Frist“
- 1.7 Ausblick

2. Rück Erfassung aus den papiernen Familienregistern ins Informatisierte Landesregister Infostar: Abschluss des Jahrhundertprojekts im Interesse und in Koordination aller Kantone – Strategische Ressourcenplanung in den Kantonen

- 2.1 Antrag der KAZ vom 18. September 2003
- 2.2 Systematische Rück Erfassung: Umsetzung der Empfehlungen der KAZ (2003)
- 2.3 Ereignisbezogene Rück Erfassung: Vorschriften des Bundes (2004)
- 2.4 Seitherige Entwicklung – Änderung der Vorschriften des Bundes per 2011?
- 2.5 Resultat der fachtechnischen Anhörung (2009/2010)
- 2.6 Neuere Entwicklungen
- 2.7 Empfehlung EAZW (2011)
- 2.8 Sensibilisierung und Strategische Ressourcenplanung innerhalb der Kantone
- 2.9 Ausblick
- 2.10 Nächste Schritte

3. Rechtsetzung

- 3.1 Gesetze und Verordnungen
- 3.2 Dokumentation
 - 3.2.1 Weisungen
 - 3.2.2 Kreisschreiben
 - 3.2.3 Amtliche Mitteilungen
 - 3.2.4 Fachprozesse

3.2.5 Programmhandbücher

3.2.6 Merkblätter

4. Parlamentarische Geschäfte – Auswahl

4.1 11.3265 n Interpellation Kiener Nellen – Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung

4.2 11.4099 n Interpellation Hodgers – Der Status „geschieden“ muss überdacht werden

4.3 12.3058 n Postulat Hodgers – Prüfung einer möglichen Änderung der Zivilstandsbezeichnungen

4.4 12.3170 Interpellation Freysinger – Polygamie in der Schweiz

5. Aufsicht

5.1 Inspektionen des EAZW

5.2 Weitere Aufsichtsmassnahmen

6. Ausbildungswesen (Meeting EAZW)

7. Personelle und organisatorische Änderungen

7.1 Internationale Ebene - CIEC

7.2 Bundesebene

7.2.1 EAZW

7.2.2 FKZ

8. Infostar

8.1 Projekte

8.2 Betrieb

9. Neuer Fachbereich Infostar FIS – Stand der „Bundeslösung Infostar“

9.1 Neuer Fachbereich Infostar FIS

9.2 Stand der „Bundeslösung Infostar“

10. Zum Abschied der Herren Michel Perret und Toni Siegenthaler aus der FKZ

11. Dank

Anhang: Version française du 1^{er} chapitre

1. Rechtsprechung zu Artikel 98 Absatz 4 ZGB

1.1 Einleitung

Die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Änderung des ZGB in dessen Artikel 98 Absatz 4 hat innert kurzer Zeit das Bundesgericht beschäftigt. Damit wurde eine Kontroverse beendet, die ihren Ursprung schon sehr früh hatte. An dieser Stelle soll ein kurzer Blick auf die Entstehung und Wirkung dieser Bestimmung bis hin zur aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung geworfen werden.

1.2 Entstehung

Am 16. September 2005 wurde eine parlamentarische Initiative mit dem Titel „Scheinehen unterbinden“ eingereicht (publ. unter www.parlament.ch). Die Initiative erachtete gewisse Regelungen im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer als ungenügend und wollte mit einer neu zu schaffenden gesetzlichen Grundlage sicherstellen, dass „sich rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende und Illegale, welche die Schweiz verlassen müssen, nicht durch Heirat der Ausreise entziehen können“.

Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates und deren ständerätliche Schwesterkommission gaben der parlamentarischen Initiative mit 13 zu 7 respektive 6 zu 4 Stimmen Folge.

Als sich die Vorlage noch in der Vernehmlassung befand, wurden bereits Bedenken geäussert. Papaux van Delden befürchtete, die Vorlage verweigere einer genau definierten Bevölkerungsgruppe das Recht auf Ehe und habe einschneidende Folgen für die Betroffenen, ohne das politisch gewünschte Ziel zu erreichen. Die Ungleichbehandlung von Brautleuten gestützt auf ihre Herkunft bezeichnete sie als „discrimination fondée sur l'origine nationale“, die sie als „aller Wahrscheinlichkeit nach verfassungswidrig“ beurteilte. Ferner wurde die Konzeption der Regelung kritisiert, da sich Zivilstandsbeamtinnen und -beamte plötzlich in einer quasi-fremdenpolizeilichen Rolle wiederfänden. Damit würden Regelungen im Bundeszivilrecht verankert, die dort nicht hinpassen (Marie-Laure Papaux van Delden, *Mariages fictifs*, in: Jusletter 22. Oktober 2007).

Der Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 31. Januar 2008 betonte die Absicht, mit der Regelung widersprüchliches Verhalten der Zivilstands- und Ausländerbehörden verhindern und damit die Kohärenz des staatlichen Handelns stärken zu wollen. Die Zivilstandsämter sollten sich ausschliesslich um Fragen rund um die Eheschliessung kümmern, während aufenthaltsrechtliche Fragen durch die zuständigen Migrationsbehörden zu regeln seien. Bei der Umsetzung hätten die Behörden das verfassungsmässige Recht auf Ehe (Art. 14 BV) und das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens (Art. 8 EMRK) zu wahren. Die Kommission kam zum Schluss, dass die Regelung eine zusätzliche Formalität, aber kein objektives Ehehindernis ist und bezeichnete die Reduktion von Scheinehen sinngemäss lediglich als sekundäres Ziel (Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 31. Januar 2008 [Nachfolgend „Bericht“], BBl 2008, 2467 ff.).

Entsprechend dem relativ knappen Ergebnis der Abstimmung in der Staatspolitischen Kommission sowie der publizierten Kritik am Projekt war die Debatte in den Räten umstritten. Eine Minderheit beantragte Nichteintreten. Die Gegner der Vorlage erblickten in der zu schaffenden Regelung ein objektives Heiratshindernis und kritisierten die Absicht, Probleme der Migrationspolitik im ZGB lösen zu wollen. Befürchtet wurde weiter, dass letztlich Kinder

unter dem Heiratsverbot leiden würden, da bereits gelebte Lebensgemeinschaften nicht nachträglich eherechtlich gesichert werden können. Gerügt wurde auch die Bestimmung, wonach die Zivilstandsämter Personen ohne geregelten Aufenthalt den Migrationsbehörden melden müssen. Sie wurde als „klassischer Denunziationsartikel“ und als Armutszeugnis für eine moderne, liberale Demokratie bezeichnet. Schliesslich wurde darauf hingewiesen, dass es schon griffige Bestimmungen gegen Scheinehen gebe. So sehe Artikel 118 Abs. 2 AuG für Umgehungstatbestände einen Strafrahmen von bis zu drei Jahren vor.

Die Befürworter demgegenüber betonten den Handlungsbedarf, die Notwendigkeit der Harmonisierung der Praxis und bezogen sich ebenfalls auf die Menschenwürde: Es gelte die Würde der Menschen, die durch eine Scheinehe in eine Notsituation gebracht werden, zu schützen (Wortprotokolle publ. unter www.parlament.ch).

In der Schlussabstimmung der Räte wurde die Initiative angenommen.

Die Artikel 98 Absatz 4 und Artikel 99 Absatz 4 ZGB, Artikel 5 Absatz 4 und Artikel 6 Absatz 4 PartG sowie die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in der Zivilstandsverordnung traten am 1. Januar 2011 in Kraft. Detailfragen wurden in der Weisung Nr. 10.11.01.02 des EAZW geregelt.

1.3 Anwendung durch Behörden und Gerichte

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern machte sich als erste Behörde mit Entscheid vom 23. Juni 2011 zum Themenkomplex rund um Artikel 98 Absatz 4 ZGB bemerkbar. Umstritten war ein Entscheid der Migrationsbehörden. Das Zivilstandsamt hatte zuvor die Eheschliessung verweigert und die Brautleute an die zuständige Migrationsbehörde verwiesen. Mit prozessleitender Verfügung hatte das Migrationsamt die betroffene Person angewiesen, den Entscheid im Ausland abzuwarten.

Das Verwaltungsgericht entschied auf Beschwerde des Betroffenen, dass eine Ausreise für die Dauer des Verfahrens nur angeordnet werden dürfe, wenn dadurch die Verhältnismässigkeit nicht verletzt werde. In der unvollständigen Interessenabwägung der Vorinstanz sah das Verwaltungsgericht die Verhältnismässigkeit verletzt und kam zum Schluss, dass das private Interesse auf Eheschliessung des Beschwerdeführenden höher zu gewichten sei als das öffentliche Interesse an der Ausweisung. Der Beschwerdeführer durfte damit den Entscheid betreffend den Aufenthalt zwecks Heirat in der Schweiz abwarten.

Dieses Urteil fand in Zivilstandskreisen Beachtung und warf die Frage auf, ob damit Artikel 98 Absatz 4 ZGB faktisch aufgehoben sei. Es wurde auch die Befürchtung geäussert, wonach als Folge des Urteils nun vermehrt gewisse Personen in den „heiratsfreundlichen“ Kanton Bern ziehen würden, um dort ein Ehevorbereitungsverfahren durchzuführen.

Das EAZW hielt fest, dass mit diesem Berner Entscheid die Praxis und die Rolle der Zivilstandsbeamtinnen und -beamten nicht in Frage gestellt sind. Brautleuten ohne geregelten Aufenthalt ist weiterhin die Eheschliessung zu verweigern und ihre Personalien den zuständigen Migrationsbehörden zu melden (Schreiben EAZW vom 4. Oktober 2011).

Ab dem September 2011 erliess das Tribunal Cantonal des Kantons Waadt eine Reihe von nahezu identischen Entscheiden betreffend die Artikel 98 Absatz 4 sowie 99 Absatz 4 ZGB. Angefochten waren Entscheidungen, worin die zuständigen Zivilstandsämter die Eheschlies-

sung mangels geregelten Aufenthalts verweigert und die betroffenen Personen der Migrationsbehörde gemeldet hatten.

Das Tribunal Cantonal kam zum Ergebnis, dass die umstrittenen Artikel die Verfassung und die EMRK verletzen und deshalb nicht mehr angewendet werden dürfen. In der Begründung hielt es im Wesentlichen fest, dass gemäss klarem Wortlaut des Artikels 98 Absatz 4 ZGB die Eheschliessung für Personen ohne geregelten Aufenthalt ausgeschlossen sei. Dieser klare und unzweideutige Wortlaut verbiete den Rückgriff auf die Materialien als Auslegungshilfe. Da im Gesetz selber (anders als in den Materialien) keine Ausnahme vom Grundsatz des „Heiratsverbotes“ vorgesehen sei, stelle die Regelung ein objektives Ehehindernis dar, das alle Personen ohne geregelten Aufenthalt in der Schweiz betreffe.

Mit dieser Begründung erklärte das Tribunal Cantonal Artikel 98 Absatz 4 ZGB für unanwendbar, hiess die Beschwerden gut und wies die betroffenen Zivilstandsämter an, das Eheschliessungsverfahren trotz ungeregeltem Aufenthalt zu eröffnen.

Im Kanton Zürich war das Gemeindeamt des Kantons Zürich ungefähr zur gleichen Zeit mit der Frage zur Anwendung von Artikel 98 Absatz 4 ZGB befasst.

Das Zivilstandsamt der Stadt Zürich hatte in zwei Fällen die Eheschliessung verweigert, weil es jeweils einem der Brautleute nicht innert Frist gelungen war, den Aufenthalt im Hinblick auf die Ehe zu regeln. Gestützt auf Artikel 99 Absatz 4 ZGB hatte das Zivilstandsamt zudem die Identität der betroffenen Personen der zuständigen Behörde mitgeteilt. Gegen diese Entscheide haben die Betroffenen Beschwerde geführt.

Im Gegensatz zum Tribunal Cantonal Waadt stellte das Gemeindeamt des Kantons Zürich nicht die Anwendung an sich in Frage. Das Gemeindeamt hielt fest, dass eine sinnvolle Auslegung von Artikel 98 Absatz 4 ZGB nur unter Berücksichtigung des Artikel 97a ZGB möglich sei. Die Auslegung der Artikel führe unerheblich von der Auslegungsmethode zum Ergebnis, dass damit Ehen, die primär der Umgehung des Ausländerrechts dienen, verhindert werden sollen. Damit habe der Gesetzgeber eine gesetzliche Vermutung geschaffen: Sobald eine Person im Hinblick auf die Eheschliessung keinen geregelten Aufenthalt vorweisen könne, muss von einer Scheinehe ausgegangen werden.

Gestützt auf diese Überlegungen erblickte das Gemeindeamt in Artikel 98 Absatz 4 ZGB eine gesetzliche Beweislastumkehr. Deshalb müssten die Brautleute im Ehevorbereitungsverfahren zum Gegenbeweis zugelassen werden. Dementsprechend wurde die Verweigerung der Eheschliessung und die Meldung an die zuständige Migrationsbehörde als unzulässig beurteilt. Würde den Brautleuten ohne geregelten Aufenthalt nämlich nicht die Möglichkeit eingeräumt, den Nachweis über das Nicht-Vorliegen einer Scheinehe im Ehevorbereitungsverfahren zu erbringen, sei das Recht auf Ehe verletzt. Die Beschwerden wurden gutgeheissen und an das Zivilstandsamt zur Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

1.4 Beschwerden des BJ

Gegen diese Entscheide führte das Bundesamt für Justiz BJ Beschwerde und erwähnte in einem ersten Schritt kurz die klaren und unzweideutig formulierten Grundlagen:

„Die Brautleute müssen im Eheschliessungsverfahren darlegen können, dass sie über einen geregelten Aufenthalt verfügen (Art. 98 Abs. 4 ZGB). Das verfassungsmässige Prinzip der

Verhältnismässigkeit gebietet, dass den Brautleuten hierfür eine angemessene Frist einzuräumen ist (Weisung Nummer 10.11.01.02 vom 1. Januar 2011 des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen, Ziff. 2.2, Lemma 6). Kann ein geregelter Aufenthalt nicht nachgewiesen werden, ist die Eheschliessung zu verweigern (Art. 67 Abs. 4 ZStV). Schliesslich ist das Zivilstandsamt verpflichtet, der zuständigen Ausländerbehörde die Identität der betroffenen Brautleute mitzuteilen (Art. 99 Abs. 4 ZGB i. V. m. Art. 67 Abs. 5 ZStV).“

In einem zweiten Schritt wurde dargelegt, dass die Materialien zu Art. 98 Abs. 4 ZGB im Wortlaut ebenfalls klar und unzweideutig sind:

„Durch die beiden Vorschriften soll sichergestellt werden, dass eine Heirat oder eine Eintragung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft nur dann stattfindet, wenn die Beteiligten sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten“ (Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 31. Januar 2008 [Nachfolgend „Bericht“], BBI 2008, 2468).

Und weiter:

„Durch die Verpflichtung des Zivilstandsbeamten, sich mit dem ausländerrechtlichen Status der Verlobten auseinanderzusetzen, wird die Übereinstimmung der Entscheide der Zivilstandsbehörden mit denjenigen der Ausländerbehörde gefördert und damit ein widersprüchliches Verhalten von Seiten des Staates verhindert“ (vgl. Bericht, BBI 2008, 2472).

Schliesslich wurde erläutert, dass eine verfassungs- und EMRK-konforme Anwendung der Norm möglich und damit zu bevorzugen ist. Im Ergebnis ist es Aufgabe der Migrationsbehörden – und nicht der Zivilstandsdienste –, das in Verfassung und EMRK garantierte Recht auf Ehe im Rahmen eines Aufenthaltsgesuchs in verschiedenen Fallkonstellationen zu beurteilen. Das BJ verwies auf die entsprechenden Ausführungen im Bericht (vgl. Bericht, BBI 2008, 2474) und gab an, dass keine Gründe ersichtlich seien, von dieser Sichtweise abzukommen.

1.5 Entscheide der oberen Instanzen

Das Bundesgericht hat sich schliesslich dreimal zur Anwendung von Artikel 98 Absatz 4 ZGB geäussert. Zwei davon betrafen Beschwerden des BJ.

Im ersten Entscheid vom 23. November 2011 (BGE 137 I 351) hat die II öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts folgenden Grundsatz festgehalten:

„Kann der Zivilstandsbeamte die Trauung eines ausländischen Verlobten mangels Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz nicht vollziehen (Art. 98 Abs. 4 ZGB und Art. 67 Abs. 3 ZStV), so ist die Migrationsbehörde gehalten, letzterem im Hinblick auf die Heirat einen provisorischen Aufenthaltstitel auszustellen, sofern keine Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch vorliegen und klar erscheint, dass der Betroffene – einmal verheiratet – aufgrund seiner persönlichen Situation die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz erfüllen wird (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG); diese Auslegung erlaubt die Beachtung von Art. 12 EMRK und Art. 14 BV in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers (E. 3.4 - 3.7) und steht mit dem Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. des Vorranges des Asylverfahrens im Einklang (E. 3. 8).“

In einem zweiten Entscheid vom 17. Januar 2012 (5A_814/2011), der ebenfalls zur Publikation vorgesehen ist, hat sich die II. zivilrechtliche Abteilung der Meinung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung angeschlossen und präzisiert, dass das Zivilstandsamt sich auch dann

nicht zu Fragen des Aufenthalts äussern darf, wenn die zuständige Migrationsbehörde gar nie beigezogen worden war. Um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren und überspitzten Formalismus zu vermeiden, muss der betroffenen Person durch das Zivilstandsamt eine ausreichende Frist angesetzt werden, innert derer sie an den zuständigen Migrationsdienst gelangen und die Fragen zum Aufenthalt klären kann.

Diese Rechtsprechung wurde in jüngster Entscheidung vom 27. Februar 2012 bestätigt (5A_16/2012).

Daraus folgt, dass Artikel 98 Absatz 4 ZGB anwendbar ist. Die Zivilstandsämter dürfen bei unregelmässigem Aufenthalt das Eheverfahren nicht durchführen, sondern müssen die Betroffenen an die zuständigen Migrationsbehörden verweisen. Das Bundesgericht hat sich aber nicht zur Frage geäussert, was unter einer angemessenen Frist zur Regelung des Aufenthaltes zu verstehen ist.

Die Verfahren vor Zürcher Verwaltungsgerichten haben im Grossen und Ganzen zum gleichen Ergebnis geführt und sind nicht angefochten worden.

1.6 Zur „angemessenen Frist“

Wie erwähnt (Ziff. 1.5 hievorig), hat sich das Bundesgericht nicht zur Frage der angemessenen Frist geäussert. In einem kürzlich vor dem Tribunal Cantonal des Kantons Waadt entschiedenen Fall (GE 2011.0110) kam das Gremium zum Schluss, dass das Zivilstandsamt nach Ablauf einer 60-tägigen Frist ein Gesuch zur Eröffnung eines Eheverfahrens nicht verweigern darf, wenn das Verfahren vor den Migrationsbehörden mehr Zeit beansprucht.

Die vorgenannte Frist von 60 Tagen, die im Kreisschreiben des EAZW vom 1. Januar 2011 vorgesehen ist, muss deshalb sistiert oder verlängert werden, wenn das Verfahren zur Klärung der Aufenthaltsfragen es erfordert. Gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sollte das Zivilstandsamt bei Zweifeln Kontakt mit den Migrationsbehörden aufnehmen und der betroffenen Person entsprechend der Verfahrensdauer genügend Zeit einräumen. Das Kreisschreiben wird entsprechend angepasst.

1.7 Ausblick

Gemäss Bundesgericht haben abgewiesene Asylbewerber und Sans-Papiers im Hinblick auf eine Ehe das Recht auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, wenn sie es nach erfolgter Eheschliessung auch hätten.

Damit sind Personen ohne Aufenthaltsbewilligung nicht grundsätzlich von der Ehe ausgeschlossen. Ihnen wird lediglich eine zusätzliche Verfahrensschleife vorgeschrieben. Das Bundesgericht hat damit die Kontroverse vorläufig beendet und den Kantonen den Weg zu einer einheitlichen Praxis gewiesen.

Ob damit alle praktischen Probleme gelöst sind, bleibt offen. Es ist kein Geheimnis, dass Aufenthaltsbewilligungsverfahren teilweise (zu) lange dauern. Komplexe Sachverhalte oder Dokumente, die geprüft werden müssen, erschweren eine Erledigung innert nützlicher Frist. Zieht sich ein solches Verfahren in die Länge, muss es ab einer gewissen Dauer als Ehehindernis beurteilt werden. Bisher gibt es keine Rechtsprechung zu dieser Frage.

Schliesslich bedeutet das höchstrichterliche Urteil aber auch, dass einer Person die Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine Ehe verweigert wird, wenn sie auch nach erfolgter Eheschliessung keinen Anspruch auf einen Aufenthalt in der Schweiz hätte. Damit wäre eine Heirat in der Schweiz nicht möglich. Man darf davon ausgehen, dass ein solches Urteil die Diskussion wieder entfachen würde, ob nicht doch ein objektives Ehehindernis vorliegt.

Anhang: Französische Fassung

2. Rück Erfassung aus den papiernen Familienregistern ins Informatisierte Standesregister Infostar: Abschluss des Jahrhundertprojekts im Interesse und in Koordination aller Kantone – Strategische Ressourcenplanung in den Kantonen

2.1 Antrag der KAZ vom 18. September 2003

Die Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst KAZ hat an ihrer Jahresversammlung vom 18. September 2003 erwogen und beantragt, dass "mit Infostar [...] der gesamtschweizerische Zivilstandsdienst [beginnt]. Sämtliche Zivilstandsämter müssen sobald als möglich Personendaten in die zentrale Datenbank eingeben, die ihr Familienregister enthält, sonst können ab Dezember 2004 die zivilstandsamtlichen Ereignisse nicht fristgerecht beurkundet werden und die Betriebskosten der zentralen Datenbank, die ab Sommer 2004 von den Kantonen zu bezahlen sind, bringen nicht den gewünschten Ertrag. Aus diesem Grunde ist es wichtig, dass alle Kantone ihre Zivilstandsämter verpflichten, neben der vom Bund vorgeschriebenen ereignisbezogenen Erfassung der Personendaten, diese Daten auch systematisch zu erfassen. Auf diese Weise kann zudem der Bearbeitungszeitpunkt selber bestimmt werden und es gibt weniger nur mit ausserordentlichen Mitteln zu bewältigende Bearbeitungsengpässe [...].

Die Jahresversammlung der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst vom 18. September 2003 beantragt den zuständigen Behörden aller Kantone im Sinne einer Empfehlung zur Beschlussfassung:

1. Neben der vom Bundesrat vorgeschriebenen ereignisbezogenen Rück erfassung erfolgt eine systematische Rück erfassung und Überführung von Personendaten in die zentrale Datenbank.
2. Die systematische Rück erfassung bezieht sich auf die seit dem 1. Januar 1988 neu angelegten Familienregisterblätter.
3. Diese systematische Rück erfassung soll nach Möglichkeit gegen Ende des Jahres 2008 abgeschlossen sein [...]"

(publiziert in: Zeitschrift für Zivilstandswesen ZZW, 2003, 359 ff.).

Gestützt auf die seit 2004 eingetretenen Entwicklungen und bald vier Jahre nach Ablauf der Frist gemäss Ziffer 3 der oben wiedergegebenen Empfehlung der KAZ gestatten wir uns, Ihnen gegenüber und zuhanden der Ihnen vorgesetzten sowie weiteren interessierten und betroffenen Stellen Ihres Kantons folgende Feststellungen und Empfehlungen auszuführen:

2.2. Systematische Rück erfassung: Umsetzung der Empfehlung der KAZ (2003)

Gemäss der oben wiedergegebenen Empfehlung der KAZ sollten, nach Möglichkeit, bis Ende 2008 alle seit Anfang 1988 eröffneten Familienregisterblätter systematisch ins elektronische Personenstandsregister übertragen werden (sogenannte systematische Rück erfassung). Diese Empfehlung hat seither, zusammen mit der vom Bundesrat verordneten Rück erfassung (sogenannte ereignisbezogene Rück erfassung; Art. 93 Abs. 1 Bst. a und b der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 [ZStV; SR 211.112.2] – vgl. Ziff. 2.3 hienach), eine bemerkenswert rasche Zunahme der Personendaten im Informatisierten Standesregister Infostar gezeitigt, so dass heute rund 8 Millionen Personen in Infostar erfasst sind. Nach einer Umfrage des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen EAZW vom 31. Mai 2011 (Stichtag 31.12.2010) haben 24 Kantone die Empfehlung der KAZ zur systematischen Rück erfassung umgesetzt.

2.3. Ereignisbezogene Rück erfassung: Vorschriften des Bundes (2004)

Mit den während der Einführung von Infostar ab 2004 gültigen Kriterien für das Auslösen der ereignisbezogenen Rück erfassung suchte der Bundesrat den angemessenen Zuwachs der Personendaten in der neuen Datenbank bei gleichzeitig hoher Datenqualität sicher zu stellen. Eine überspannte, umfassende Pflicht zur Überführung der Personendaten hätte demgegenüber für viele Zivilstandsämter einen zu hohen, kurzfristig nicht zu bewältigenden Arbeitsaufwand verursacht, der zu bedeutenden Pendenzen und Qualitätseinbussen geführt hätte. Deshalb wurde zu jenem Zeitpunkt auf den Erlass einer diesbezüglichen zwingenden Bundesvorschrift verzichtet.

2.4. Seitherige Entwicklung – Änderung der Vorschriften des Bundes per 2011?

Heute stellt sich die Situation anders dar, weil die Erfassung von rund 8 Millionen Personen in Infostar bereits Wirkungen zeitigt (hohe Effizienzsteigerungen auf den Zivilstandsämtern bei gleichzeitig hoher Qualität – Vorteile des Datenaustausches auch über das Zivilstandswesen hinaus, namentlich im Rahmen der Mechanismen der Registerharmonisierung).

Aus diesen Gründen hat das EAZW im Jahre 2009 in einem nächsten Schritt versucht, in der revidierten ZStV, welche auf den 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, den die ereignisbezogene Rück erfassung regelnden Art. 93 ZStV mit einem neuen Absatz 2 zu ergänzen, wonach "die Daten der Ehefrau oder des Ehemannes und aller Kinder der betroffenen Person übertragen und mit den Daten dieser Person verknüpft [werden]" (Vorlage der fachtechnischen Anhörung publiziert unter www.eazw.admin.ch).

2.5. Resultat der fachtechnischen Anhörung (2009/2010)

Der vom EAZW vorgeschlagene Art. 93 Abs. 2 nZStV hätte dazu beitragen sollen, dass möglichst rasch auch die ältere Bevölkerung (Familienregisterblätter, welche vor 1. Januar 1988 eröffnet worden sind) in Infostar überführt wird.

Die Bestimmung ist indessen im Rahmen der durchgeführten fachtechnischen Anhörung von einigen Kantonen abgelehnt worden (Auswertung der Anhörung ebenfalls publiziert unter www.eazw.admin.ch). Deshalb hat der Bundesrat in der Folge darauf verzichtet, in der ZStV eine strengere als die bisher geltende bundesrechtliche Rück erfassungsregel festzulegen.

Somit wird das ursprüngliche Ziel, das Familienregister so bald und so weitgehend wie möglich durch Infostar abzulösen, bis auf Weiteres nicht zwingend umgesetzt, wobei nicht unerwähnt bleibe, dass diverse Kantone dieses Ziel bereits auf freiwilliger Basis erreicht haben oder in Kürze erreichen werden.

2.6 Neuere Entwicklungen

Im Rahmen der Registerharmonisierung ist Infostar die Rolle des sogenannten Masterregisters zugeordnet. Das bedeutet, dass Infostar für die Zuteilung der neuen Sozialversicherungsnummer sowie das elektronische Meldewesen an die Einwohnerdienste massgebend ist. Eine weitere wichtige Funktion kommt Infostar im Bereich der Ausstellung von biometrischen Pässen zu: Bereits heute werden in vielen Kantonen die Pässe nur aufgrund eines Datenabgleichs mit Infostar ausgestellt; in diesen Kantonen muss ein noch nicht in Infostar erfasster Schweizer Bürger einen Personenstandsausweis bestellen (und bezahlen). Diese Herausforderungen, deren weitere Entwicklung heute noch nicht absehbar ist (weitere Mechanismen des Zusammenspiels von Infostar mit anderen Registern sind denkbar), können nur effektiv und effizient umgesetzt werden, wenn alle lebenden Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger im Sinne einer systematischen Rück Erfassung von den Familienregistern in Infostar überführt sind und zwar unabhängig vom Datum der Eröffnung des Familienblattes im herkömmlichen papiernen Register.

Soweit die eigenen, internen Interessen der kantonalen Zivilstandsdienste betreffend, erlaubt eine über die eingangs wiedergegebene Empfehlung der KAZ hinaus gehende systematische Rück Erfassung (d.h. Rück Erfassung auch von Personen, welche auf vor dem 1. Januar 1988 eröffneten Familienregisterblättern figurieren) eine optimale Nutzung der bestehenden Ressourcen (Personal, Finanzen, Beurkundung der Zivilstandsereignisse, Dokumentenausstellung etc.) und kann bei saisonal schwankendem Arbeitsanfall ohne Zeitdruck erfolgen. Dies hat den Vorteil, dass für die in Infostar erfassten Personen bei Eintritt eines Zivilstandsereignisses kein fristauslösender Rück Erfassungsauftrag mit dem damit zusammenhängenden administrativen Aufwand zwischen den verschiedenen Zivilstandsämtern mehr erfolgt.

2.7 Empfehlung EAZW (2011)

Mit der neuen Weisung Nr. 10.11.01.04 vom 1. Juni 2011 über die Rück Erfassung hat das EAZW empfohlen, gleichzeitig alle zur aufgenommenen Person gehörenden Kinder sowie deren Ehepartner, unabhängig vom Geburtsdatum, aufzunehmen und insbesondere miteinander zu verknüpfen (es wurden auch Mitteilungsregeln erlassen). Zudem ist im Zusammenhang mit der Ausstellung des Formulars 7.3 "Ausweis über den registrierten Familienstand" für diese Personen ebenfalls unabhängig vom Geburtsdatum eine Rück Erfassungspflicht vorgeschrieben worden. Gerade dieses wichtige Dokument für die Erbschaftsbehörden kann nach erfolgtem Abschluss der Rück Erfassung und der damit verbundenen Abschlusskontrolle, ohne weitere Rückfragen an alle erworbenen und verlorenen Heimatorte der betroffenen Person, mehrheitlich an Stelle der von Hand (Abschrift) auszustellenden Familienscheine, abgegeben werden.

2.8 Sensibilisierung und Strategische Ressourcenplanung innerhalb der Kantone

In Anbetracht dessen, dass heute 24 Kantone der Empfehlung der KAZ vom 18. September 2003 auf freiwilliger Ebene gefolgt sind und deren 20 die systematische Rück Erfassung in-

klusive Kontrolle der Familienbeziehungen bis Ende 2015 abschliessen werden, erachten wir es sowohl im übergeordneten Interesse der Registerharmonisierung wie insbesondere auch im zivilstandsinternen Interesse (Ziff. 2.6 hievor) sowohl für alle beteiligten Behörden als auch für die Bürgerin und den Bürger erstrebenswert, dass sämtliche Kantone die lückenlose Rückerfassung - auch der Familienregisterblätter, welche vor dem 1. Januar 1988 eröffnet worden sind - unterstützen.

Ziel unser aller Bemühungen muss sein, so schnell wie möglich, jedoch bis spätestens Ende 2015, alle lebenden Schweizer Bürgerinnen und Bürger aus den Familienregistern in Infostar zu übertragen und mit bereits aufgenommenen, mit ihnen in einer familienrechtlichen Beziehung stehenden, Personen zu verknüpfen (inklusive Kontrolle dieser Verknüpfungen). Nur so kann der Systemnutzen zu Gunsten der Bürgerinnen und Bürger sowie im Interesse der Zivilstandsbehörden und weiterer Dienste (insbesondere AHV, Pass, Einwohnerkontrolle – weitere werden wohl folgen) voll ausgeschöpft werden; nur so erreichen alle Kantone gemeinsam einen koordinierten Abschluss des Jahrhundertprojekts "Ablösung der papiernen Zivilstandsregister und Einführung der gemeinsamen, zentralen Datenbank Infostar mit Überführung der ganzen lebenden Bevölkerung ins neue System".

Bezweckt wird, Sie alle für diese Zusammenhänge zu sensibilisieren, damit Sie in Ihrem Kanton sicher stellen können, dass für diese Rückerfassungsarbeiten die personellen und finanziellen Ressourcen bereit gestellt werden. Der Bund wird diesbezüglich eine entsprechende Bestimmung, wonach die Rückerfassung und Kontrolle der Familienbeziehungen von allen Kantonen bis Ende 2015 zu erfolgen hat, in die Zivilstandsverordnung aufnehmen. Da dieses Ziel von 20 Kantonen bis zu diesem Zeitpunkt erreicht wird, dürfte eine solche Bestimmung nicht mehr wie 2009 (Ziff.. 2.5 hievor) auf substantielle Ablehnung stossen.

Bekanntermassen ist die Rückerfassung aus dem Familienregister in Infostar die Königsdisziplin der Zivilstandsbeamtin und des Zivilstandsbeamten. Sämtliche Kniffe des Familienregisters und seiner Interpretation, insbesondere die altrechtlichen Verhältnisse und Übergangsrechtlichen Spezialitäten, müssen in Perfektion beherrscht werden. Diese Aufgabe lässt sich, will man bei der Datenqualität und damit bei der Verlässlichkeit des Registers keine Langzeitriskiken eingehen, nur mit bestqualifiziertem Personal bewältigen, das sich über Jahre und Jahrzehnte in der Kunst der Registerführung und -interpretation bewährt hat. Andernfalls riskieren wir, dass bei der Rückerfassung begangene Fehler und Qualitätseinbusen dereinst nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand korrigiert werden können.

Das Zivilstandswesen und ein Funktionieren seines heute wichtigsten Arbeitsinstrumentes Infostar, insbesondere in seiner Eigenschaft als Nachfolger des herkömmlichen Familienregisters, sind in ihrem Wesenskern auf Langfristigkeit und generationenübergreifende Funktionalität ausgerichtet. Wer, wenn nicht das Zivilstandsregister (heute: Infostar) garantiert, dass wir alle heutigen und zukünftigen Generationen von Schweizerinnen und Schweizern wie auch der hier ansässigen ausländischen Mitbürgerinnen und Mitbürger mit grösstmöglicher Sorgfalt dokumentieren? Es ist unser Privileg, aber auch unsere Verpflichtung gegenüber der heutigen Bevölkerung und den kommenden Generationen, dieses Jahrhundertprojekt mit aller gebotenen Umsicht und Nachhaltigkeit zu realisieren.

2.9 Ausblick

Die Umsetzung all dieser Überlegungen beschlägt die Personal- und Finanzplanung sowie – Personal- und Finanzpolitik der Kantone. In diesen Fragen geniessen die Kantone bekanntlich Organisationsautonomie und -hoheit (Art. 44 f. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). Ein koordinierter Abschluss des Jahrhundertprojektes "Einführung Infostar" erfordert allerdings unabhängig von dieser Gegebenheit in einigen Kantonen noch einen gewissen Effort, worauf wir hingewiesen haben.

Deshalb danken wir bei dieser Gelegenheit im Gesamtinteresse des schweizerischen Zivilstandswesens, dass Sie alle mithelfen und dafür sorgen, dass für die Strategische Ressourcenplanung im Zivilstandsdienst die nötigen finanziellen, personellen und organisatorischen Massnahmen ergriffen werden. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die grossen Fortschritte, die das schweizerische Zivilstandswesen seit der Einführung von Infostar im Jahre 2004 feiern darf, in eine für uns alle erfolgreiche Zukunft weiter getragen werden können.

2.10 Nächste Schritte

Am 31. Mai 2011 haben wir den kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst einen Fragebogen zum Stand der rückerfassten Familienregisterblätter zugestellt. Nachdem alle Kantone geantwortet haben, konnten wir Ihnen am 21. Dezember 2011 eine Zusammenstellung zukommen lassen.

Die weiteren Schritte waren resp. werden sein:

Im März 2012 haben wir mit 8 Kantonen, die im Fragebogen vom 31. Mai 2011 keine Angaben zum Abschluss der Rückerfassung machen konnten, individuelle Gespräche geführt. Diese Gespräche sind allesamt positiv verlaufen und es wurden, gemeinsam mit den Aufsichtsbehörden von verbleibenden 6 Kantonen, Massnahmen erarbeitet.

Gestützt auf die Gespräche mit diesen 8 Kantonen und den Antworten der übrigen 18 Kantone im Fragebogen vom 31. Mai 2011 gehen wir davon aus, dass die Rückerfassung inklusive Abschlusskontrolle per 31. Dezember 2015 vollzogen werden kann.

Die meisten der 8 Kantone haben in den Gesprächen gewünscht, dass wir in einer der nächsten Änderungen der Zivilstandsverordnung eine diesbezügliche zwingende Vorschrift aufnehmen. Bei den übrigen 18 Kantonen gehen wir gestützt auf die Antworten im Fragebogen vom 31. Mai 2011 davon aus, dass diese ihren angegebenen Fristen zum Abschluss der Rückerfassung inklusive Abschlusskontrolle werden nachkommen können und daher einer entsprechenden, zwingenden Bestimmung in der Zivilstandsverordnung wohlgesinnt sind.

Uns schwebt zurzeit vor, dass den Kantonen nach Abschluss der Rückerfassung inklusive Abschlusskontrolle per 31. Dezember 2015 (neue Bestimmung in der ZStV gemäss Ziff. 3 hievor) noch ein weiteres Jahr für die definitive Sicherung der Familienregister in Form lesbarrer Mikrofilme zur Verfügung gestellt werden muss, was eine Verlängerung der Frist für die definitive Sicherung von heute 31. Dezember 2013 auf neu 31. Dezember 2016 bedeutet (Änderung des Art. 92c Abs. 1 ZStV).

Selbstverständlich werden Sie sich zu den rechtsetzenden Vorhaben zu gegebener Zeit äussern können. Die vorliegende Information im Rahmen des Jahresberichtes EAZW bezweckt vor allem, die 18 Kantone, die im März 2012 aufgrund ihrer Angaben im Fragebogen vom 31. Mai 2011 nicht zu Gesprächen eingeladen worden sind, kurz über den Stand der Diskussion und unserer vorläufigen Überlegungen zu orientieren.

3. Rechtsetzung

3.1 Gesetze und Verordnungen

Am 19. Januar 2012 ist die Referendumsfrist gegen die ZGB-Änderung vom 30. September 2011 (Name und Bürgerrecht) unbenutzt abgelaufen. Mit Präsidialentscheid vom 13. April 2012 wurde das Inkrafttreten auf den 1. Januar 2013 festgesetzt.

Das neue Erwachsenenschutzrecht wird ebenfalls am 1. Januar 2013 in Kraft treten; für das Zivilstandswesen ist das neue Instrument des Vorsorgeauftrages von besonderem Interesse.

Die Vorlage zu den Massnahmen gegen Zwangsheiraten befinden sich zurzeit in der parlamentarischen Beratung.

Das Inkrafttreten der ZGB-Vorlage zur gemeinsamen elterlichen Sorge ist noch nicht festgelegt.

Die Fortpflanzungsmedizinverordnung wird derzeit überarbeitet, damit es möglich wird, das Samenspender-Datenverzeichnis elektronisch zu führen.

3.2 Dokumentation

In der Berichtsperiode wurde die im Folgenden (Ziff. 3.2.1 ff. hiernach) aufgeführte Dokumentation neu erlassen. Sämtliche Weisungen, Kreisschreiben und Fachprozesse sind an die revidierte Zivilstandsverordnung angepasst worden. Die überarbeiteten Dokumente wurden fortlaufend, unter vorheriger Ankündigung an die Kantone, auf der Homepage des EAZW aufgeschaltet.

3.2.1 Weisungen

- **Übertragung von Personen aus dem Familienregister in das Personenstandsregister (Rückerofassung)**
(Weisungen Nr. Nr. 10.11.01.04 vom 1. Juni 2011)
Transfert de personnes du registre des familles au registre de l'état civil (ressaisie)
(Directives no 10.11.01.04 du 1er juin 2011)
Trascrizione di persone dal registro delle famiglie nel registro dello stato civile (rilevamento retroattivo)
(Direttive n. 10.11.01.04 del 1° giugno 2011)

3.2.2 Kreisschreiben

Keine.

3.2.3 Amtliche Mitteilungen

- **Unterdrückung der automatischen elektronischen Meldungen an die Einwohnerkontrolle (Art. 49 ZStV)**
(Amtliche Mitteilungen Nr. 140.10 vom 1. Juni 2011)
Blocage des communications électroniques automatiques au contrôle des habitants (art. 49 OEC)
(Communications officielles no 140.10 du 1^{er} juin 2011)
Blocco delle notificazioni elettroniche automatiche al controllo abitanti (art. 49 OSC)
(Comunicazioni ufficiali n. 140.10 del 1° giugno 2011)
- **Entfernung der aufgehobenen Broschüre "Ehe- und Erbrecht, Ein Leitfaden für Braut- und Eheleute"**
(Amtliche Mitteilungen Nr. 140.11 vom 15. November 2011)
Suppression de la brochure abrogée "Droit matrimonial et droit successoral, un guide à l'intention des fiancés et des époux"
(Communications officielles no 140.11 du 15 novembre 2011)
Ritiro dell'opuscolo «Diritto matrimoniale e diritto successorio. Piccola guida ad uso di fidanzati e coniugi»
(Comunicazioni ufficiali n. 140.11 del 15 novembre 2011)

3.2.4 Fachprozesse

Keine.

3.2.5 Programmhandbücher

Keine.

3.2.6 Merkblätter

- **Religiöse Eheschliessung durch Verantwortliche religiöser Gemeinschaften in der Schweiz**
(vom 1.2.2012)
Mariage religieux célébré par des responsables de communautés religieuses en Suisse
(du 1.2.2012)
Matrimoni religiosi celebrati da responsabili di comunità religiose in Svizzera
(del 1.2.2012)
- **Ausländische Vertretungen in der Schweiz**
Verbot der Ausübung zivilstandsamtlicher Befugnisse in der Schweiz
(vom 1.2.2012)
Représentations étrangères en Suisse
Interdiction d'exercer des fonctions d'officier de l'état civil en Suisse
(du 1.2.2012)
Rappresentanze estere in Svizzera
Divieto dell'esercizio di funzioni di stato civile in Svizzera
(del 1.2.2012)

4. Parlamentarische Geschäfte – Auswahl

4.1 11.3265 n Interpellation Kiener Nellen – Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung

Der Bundesrat hat verschiedene Fragen im Zusammenhang mit Trans- und Intersexualität und deren Verarbeitung im Zivilstandsregister beantwortet.

4.2 11.4099 n Interpellation Hodgers – Der Status „geschieden“ muss überdacht werden

Der Bundesrat hat in Aussicht gestellt, die heutigen Bezeichnungen der Zivilstände einer Überprüfung zu unterziehen.

4.3 12.3058 n Postulat Hodgers – Prüfung einer möglichen Änderung der Zivilstandsbezeichnungen

Die Antwort des Bundesrates steht zurzeit noch aus.

4.4 12.3170 n Interpellation Freysinger – Polygamie in der Schweiz

Die Antwort des Bundesrates steht zurzeit noch aus.

5. Aufsicht

5.1 Inspektionen des EAZW

In der Berichtsperiode haben keine Inspektionen des EAZW stattgefunden.

5.2 Weitere Aufsichtsmassnahmen

Bereits zum zweiten Mal (vgl. Ziff. 4.2 des Jahresberichtes EAZW 2010/2011, publ. auf www.eazw.admin.ch) haben wir in Ausführung unserer Weisungen Nr. 10.11.01.01 vom 1. Januar 2011 den kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst einen standardisierten Fragebogen zukommen lassen. Für die eingegangenen Antworten danken wir bestens, unsere Auswertung für die zweite Periode steht derzeit noch aus.

6. Ausbildungswesen (Meeting EAZW)

Am 6. März 2012 hat das mittlerweile traditionelle nationale EAZW-Meeting stattgefunden. Das rege Interesse und die hohe Besucherzahl freuen uns sehr und dokumentieren, dass solche Veranstaltungen geschätzt werden und für alle Beteiligten wertvoll sind

7. Personelle und organisatorische Änderungen

7.1 Internationale Ebene - CIEC

Für den traditionellen Bericht über die Tätigkeiten der CIEC sei auf den separaten Bericht vom heutigen Tage verwiesen (publ. auf www.eazw.admin.ch).

7.2 Bundesebene

7.2.1 EAZW

Das Berichtsjahr war im EAZW überschattet durch den Hinschied von Martin Jäger am 20. September 2011. Eine umfassende Würdigung seiner Vita findet sich im Jahresbericht EAZW 2009/2010, anlässlich seines Ausscheidens aus der Fachkommission für Zivilstandsfragen FKZ (publ. unter www.eazw.admin.ch, dortige Ziff. 8). Martin Jäger war uns Kollege, Freund, Mentor, Nestor und Doyen in Einem. Wir vermissen ihn sehr.

Vom 1. Mai bis zum 31. Oktober 2012 wurde unser Team durch Herrn Remo Müller, lic.iur., und zusätzlich vom 15. August bis zum 31. Dezember 2012 durch Herrn Maxime Darbellay, MLaw, verstärkt. Die beiden Herren haben bei uns juristisch-wissenschaftliche Praktika absolviert.

Am 1. Juli 2011 hat Herr Lukas Iseli, lic.iur., Fürsprecher, seine Arbeit als Jurist im EAZW aufgenommen. Er ersetzt Frau Eva-Cristina Duarte-Schauvelberger, die uns per 31. Dezember 2010 verlassen hat.

Am 1. August 2011 hat Herr Grégoire König ein 12-monatiges kaufmännisches Praktikum zum Erlangen der Berufsmatura angetreten.

Auf 31. Dezember 2011 hat uns Herr Stefan Wüthrich, Dr.phil.nat., Projektleiter der "Bundeslösung Infostar", verlassen, da das Projekt der Trennung von Oberaufsicht des EAZW über das schweizerische Zivilstandswesen einerseits und des Betriebes und der Weiterentwicklung von Infostar andererseits auf diesen Zeitpunkt hin beendet werden konnte: Dank seines grossen Einsatzes während anderthalb Jahren war es möglich, per 1. Januar 2012 den neuen Fachbereich Infostar FIS ins Leben zu rufen. Wir danken Herrn Wüthrich für seine wertvolle Arbeit und sein unermüdliches Engagement sehr.

7.2.2 FKZ

Mit Ablauf der zweijährigen Wahlperiode 2010/2011 haben uns die Kollegen Michel Perret und Toni Siegenthaler verlassen. Die grossen Verdienste dieser beiden Granden des schweizerischen Zivilstandswesens unter einer Ziff. 7.2.2 zu erwähnen, würde den Rahmen sprengen. Eine Würdigung findet sich deshalb in Ziff. 9 hienach.

Auf den Beginn der neuen Wahlperiode 2012/2013 hin konnten wir Frau Christine Neuschwander, Leiterin des Zivilstandsamtes Solothurn, gewinnen. Wir freuen uns sehr über die Verstärkung.

8. Infostar

8.1 Projekte

In der Berichtsperiode wurde an folgenden Projekten gearbeitet:

8.1.1 Erfolgte Einführung im März 2012 mit Release 7.0.0

- Verschiedene Programmanpassungen sowie Übertrag AHVN13 bei Löschung und Neuaufnahme einer Person in Infostar.

8.1.2 Projekte in Arbeit 2011 / 2012

- Namensrecht (I-8).
- Erwachsenenschutz.
- eMistar II:
Korrekturmeldungen an Einwohnerkontrollen (sedex).
Rückkanal AHVN13 (durch ZAS annullierte oder inaktive AHVN13).
- ausserprozessualer Zeugenschutz.
- Infostar 5 (I-5):
Projektstudie Data Warehouse.
- Infostar 7 (I-7):
ILM (information life cycle management).
- eMistar Botschaften:
Projektstudie Dokumentenbestellung und -austausch.

8.1.3 Ausblick: Projekte in Planung 2012 ff.

- elterliche Sorge.
- Gesamterneuerung Infostar („Infostar 2020“).

8.2 Betrieb

Der Betrieb bewegte sich in der Berichtsperiode in ungefähr demselben Rahmen wie in den Vorjahren.

9. Neuer Fachbereich Infostar FIS – Stand der „Bundeslösung Infostar“

9.1 Neuer Fachbereich Infostar FIS

Wie erwähnt (Ziff. 7.2.1 hievor), wurde per 1. Januar 2012 der neue Fachbereich Infostar FIS installiert. Die Aufgaben des Betriebes und der Weiterentwicklung von Infostar wurden aus dem EAZW herausgelöst und in einen eigenen Fachbereich überführt. Aus dem EAZW sind folgende Personen ausgeschieden und in den FIS übergetreten (in alphabetischer Reihen-

folge): Sandra Hösle, Cordula Ingold Bittel, Grégoire König, Anita Mathys, Susanne Nydegger, Sandra Racine, Liliane Saska, Anita Witschi und Claudia Krebs. Die Leitung des Teams wurde Herrn Oliver Geissbühler, vormals Finanzchef des BJ, anvertraut. Das EAZW wünscht Herrn Geissbühler und den ehemaligen Kolleginnen und dem ehemaligen Kollegen alles Gute und viel Erfolg.

Dass es dem Team des FIS an Elan und Schaffensfreude nicht mangelt, hat jede und jeder der bisherigen Kollegen bewiesen, als sie alle noch im EAZW waren. Wir sind überzeugt, dass unter der Leitung von Herrn Geissbühler dieser Elan und die Freude weiter gedeihen und zu neuem Schwung ansetzen werden. Wir im EAZW Verbliebenen werden die Entwicklungen im FIS, wenn auch aus einer gewissen Distanz, so doch nicht minder interessiert, weiter verfolgen, denn: Wie alle kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst, alle Zivilstandsämter und, soweit das Zivilstandswesen betreffend, alle schweizerischen Vertretungen im Ausland untersteht auch der FIS der Oberaufsicht des EAZW über das gesamte „Zivilstandswesen Schweiz“.

9.2 Stand der „Bundeslösung Infostar“

Am 26. März 2012 wurde die bundesinterne Ämterkonsultation zu den ZGB-Änderungen für die „Bundeslösung Infostar“ eröffnet. Die Frist lief am 16. April 2012 ab; die Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen steht derzeit noch aus. Im heutigen Zustand des Dossiers gehen wir davon aus, dass der Bundesrat noch vor der Sommerpause 2012 das Vernehmlassungsverfahren wird eröffnen können.

10. Zum Abschied der Herren Michel Perret und Toni Siegenthaler aus der FKZ

Wie erwähnt (Ziff. 7.2.2 hievov), sind die Herren Michel Perret und Toni Siegenthaler per Ende 2011 aus der Fachkommission für Zivilstandsfragen FKZ ausgeschieden. Der Schreibende erlaubt sich, aus den Zeilen des Protokollführers der FKZ, Herrn Paul Keller, zu zitieren (Protokoll der FKZ der Session vom 6./7. Dezember 2011, Seiten 4852 ff.):

„Michel Perret begann seine Arbeit im Zivilstandswesen 1970 bei der Aufsichtsbehörde in Zivilstandssachen des Kantons VD. Im Jahre 1978 wurde Michel Perret Zivilstandsbeamter des Zivilstandskreises Lausanne. 2001 kehrte er als wissenschaftlicher Adjunkt zur Aufsichtsbehörde des Kantons VD zurück. Von 2005-2010 war Michel mit der Schaffung und der Umsetzung einer gemeinsamen Ausbildung für die Zivilstandsbeamten sämtlicher romanischer Kantone befasst. Von 1987-2009 war Michel Redaktor der französischsprachigen Zeitschrift für das Zivilstandswesen. In den Jahren 2007-2011 nahm Michel in der Bildungskommission der Vereinigung Schweizerischer Zivilstandsbeamter Einsitz. In den Jahren 1987-1997 und 2007-2011 war Michel Mitglied der Fachkommission für Zivilstandsfragen (KZF bzw. FKZ).

Beim Studium dieser Daten und Taten fällt wohl jedem auf, dass Michel als Schwergewicht im Zivilstandswesen anzusehen ist. Seine Kenntnisse und seine praktischen Erfahrungen als Zivilstandsbeamter und als Mitglied der Aufsichtsbehörde waren auch für die KZF ein grosser Glücksfall.

Mit der Konzeption und der Umsetzung der Berufsbildung der Zivilstandsbeamten in der lateinischen Schweiz hat Michel an der Verwirklichung der Professionalität der Zivilstandsbeamten ganz entschieden erheblichen Anteil. Als Redaktor der französischsprachigen Zeitschrift für das Zivilstandswesen war es Michel ein Anliegen, die Zivilstandsbeamten auf dem Laufenden zu halten. Trotz seiner grossen Kompetenzen im Zivilstandswesen bleibt den Kommissionsmitgliedern Michel als bescheidener Kollege in Erinnerung, der in der FKZ von welschem Charme und welscher Liebenswürdigkeit ein schönes Zeugnis ablegte. Harmonie in der Kommission war Michel immer wichtig. Das hängt vermutlich mit Michels Hobby, der Musik, zusammen. Michel leitet einen Chor und es ist Michel zu wünschen, dass er sich noch lange an seinem Chor und an der Musik freuen kann.

Bei eidgenössischen Vorhaben, wie beispielsweise auch bei der Besetzung einer Expertenkommission, ist es ein gewichtiges Anliegen, auch den Kanton VD eingebunden zu wissen. Michel hat in der FKZ den Kanton VD, der zur Confoederatio Helvetica gerne ein eher distanziert föderalistisches Verhältnis pflegt, sehr überzeugend vertreten. Michel hat seinen Kanton sehr harmonisch und mit viel Fingerspitzengefühl in die FKZ eingebracht. Ganz bestimmt hat Michel aber auch Eidgenössischem Gedankengut auf dem Gebiet des Zivilstandswesens im Kanton VD zum Durchbruch verholfen. Die Mitarbeit Michels in der FKZ hat also auch einen staatsmännischen Parameter. Auch dafür gebührt ihm ein gesamteidgenössisches Merci, Grazie, Dankeschön.

Toni Siegenthaler, der ehemalige Chef der Aufsichtsbehörde in Zivilstandssachen des Kantons Bern war lange Jahre der Nestor unserer Fachkommission. Jedem von uns ist der Name Toni Siegenthaler ein Synonym für ein wandelndes Lexikon für Zivilstandsfragen. Martin Jäger hat Toni einmal als Ratzinger des Zivilstandswesens bezeichnet. Das heisst nichts mehr und nichts weniger, als dass Toni auf dem Gebiet des Zivilstandswesens nicht nur ein Urgestein, sondern eine absolute Autorität ist.

Nach der Primarschule absolvierte Toni eine KV-Lehre in einem Bürsten- und Korbwarengeschäft. Danach zog es Toni in die weite Welt hinaus. Seine ausgedehnten Reisen erinnern an Odysseus mit dem kleinen Unterschied, dass Toni, anders als der König von Ithaka, seine Reiseziele selbst bestimmte. Wissensdurst und Reiselust waren die Elemente, die Tonis Leben seit dem Lehrabschluss vorwiegend bestimmten. Nach Tonis eigenen Angaben kam er im Jahre 1970 völlig abgebrannt in die Schweiz zurück und trat als provisorischer Angestellter bei der Aufsichtsbehörde in Zivilstandssachen des Kantons BE in den Dienst. Damals gab es im Kanton Bern noch 248 Zivilstandsämter, wovon 52 französischsprachig waren. Der junge provisorisch Angestellte bei der Aufsichtsbehörde war bald einmal bei den Zivilstandsbeamten des Kantons, von denen noch sehr viele im Nebenamt arbeiteten, als Auskunftsstelle bekannt. Kam ein Berner Zivilstandsbeamter in seiner Arbeit nicht weiter, boten sich ihm zwei Möglichkeiten: entweder konsultierte er das Handbuch oder er rief Toni Siegenthaler bei der Aufsichtsbehörde an. Mit seiner geduldigen und verständigen Auskunftserteilung – an Toni war bei Schwierigkeiten der Zivilstandsbeamten bald kein Vorbeikommen mehr – hat Toni den Grundstock seiner Bekannt- und Beliebtheit und seines im Laufe der Jahre immensen Wissens in

Zivilstandssachen gelegt. Es war Tonis grosses Anliegen, dass die Zivilstandsbeamten lernen und in der Erledigung ihrer Arbeit selbständig wurden. Toni schrieb Arbeitshilfen, die wir heute als Checklisten bezeichnen würden. Bald wandten sich auch Zivilstandsbeamte, welche ihr Revier ausserhalb des Kantons Bern hatten, an Toni.

Ein weiteres Anliegen war Toni die kantonsüberschreitende Ausbildung der Zivilstandsbeamten. Ein erstes Etappenziel war die nordwestschweizerische Ausbildung der Zivilstandsbeamten. Der Anstoss zur gesamtschweizerischen Ausbildung, welche anfänglich sehr schleppend voranging, geht auf Toni zurück. Toni initiierte auch die Schweizerische Berufsprüfung. Zusammen mit Martin Jäger gab Toni ein Buch über das Zivilstandswesen heraus. Die Hälfte dieses Buches ist heute noch gültig. Toni präsierte die Prüfungs- und die Ausbildungskommission des Verbandes.

1989 wurde Toni Chef der Aufsichtsbehörde des Kantons BE. Toni hat sich also in neunzehn Jahren von der Pieke auf bis zuoberst in der Aufsichtsbehörde emporgearbeitet. Das Bild der Tellerwäscherkarriere drängt sich unweigerlich auf. Wenn Toni als Chef der Aufsichtsbehörde bis jetzt nicht Millionär geworden ist, so verhilft ihm dazu vielleicht sein neues Buch über das Zivilstandswesen, welches 2011 erschienen ist. Unverrückbar fest steht jedoch die Tatsache, dass Toni vom kleinen Angestellten der Aufsichtsbehörde des Kantons BE zum personifizierten modernen Zivilstandswesen Schweiz geworden ist. Ein solches Licht kann auch Bundesbern nicht verborgen bleiben. 1989 bat Martin Jäger Regierungsrat Hofstetter, den Chef der kantonalen Aufsichtsbehörde in der KZF mitarbeiten zu lassen. Dieses Werben um Toni wurde im Kanton BE als grosse Ehre angesehen und Toni konnte für seine Auserwähltsein Gratulationen entgegennehmen. Für die Mitarbeit in der Fachkommission wurde Toni vom Kanton BE jährlich 18 Tage freigestellt.

In Tonis beispiellose Karriere auf dem Gebiet des Zivilstandswesens fiel das neue Adoptionsrecht sowie die Revision des übrigen Kindesrechts, die Revision des Bürgerrechts und die Revision des Eherechts. Als nahrhaft für das Zivilstandswesen bezeichnet Toni das Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht am 1. Januar 1989.

Bei der Schaffung von Infostar, des zweiten Wunders von Bern, war Toni von allem Anfang an, also seit Mitte der neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts, dabei. Im Kanton Bern wurde man bald einmal rätig, in Infostar, und nicht in feuerfeste Schränke, zu investieren.

Zu Tonis grosser Arbeit als Chef der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern gehört auch die Reorganisation des Zivilstandswesens des Kantons BE. Die Tatsache, dass der Grosse Rat die Mittel kürzte, um die Reorganisation zu verhindern, hat Tonis Aufgabe auch nicht erleichtert.

Nach seiner Pensionierung wurde Toni mehrere Jahre vom EAZW im Mandatsverhältnis angestellt. Allen Mitgliedern der FKZ ist das Brüten über Tonis Weisungsentwürfe noch in lebhafter Erinnerung.

Die Erarbeitung von Prozessen als Hilfsmittel für Zivilstandsbeamte lag und liegt Toni nach wie vor am Herzen. Es ist Tonis Wunsch, dass die Prozesse gepflegt werden. Wer Prozesse niederschreibt und festhält, muss sich in die Haut des Zivilstandsbeamten versetzen können. Weisungen allein genügen nach Tonis Erfahrung nicht. Rein juristisches Wissen allein ist noch keine Arbeitshilfe für den Zivilstandsbeamten.

In der KZF hat Toni mit seinem immensen Wissen, seiner jahrzehntelangen Erfahrung sehr oft wertvolle Ansätze geliefert, ein Problem als überwindbar anzusehen. Dafür gebührt Toni Siegenthaler von uns allen grosse Anerkennung und herzlicher Dank.

Nicht jeder Millionär mit Tellerwäschervergangenheit hat es geschafft, in die Geschichte einzugehen. Toni Siegenthaler als personifizierter Bestandteil des modernen Zivilstandswesens Schweiz geht jedoch ganz gewiss in die Geschichte des Schweizerischen Zivilstandswesens um die vergangene Jahrtausendwende ein.

[...]

Beim Schreiben dieser Zeilen ist dem Protokollführer der gewaltige Wandel der Arbeitsweise des Zivilstandsbeamten während der Ära Perret und Siegenthaler bewusst geworden. Auf Grund verschiedener Fakten, wie beispielsweise die ausgebauten Ausbildung der Zivilstandsbeamten, die moderne Schulung, der Mindestbeschäftigungsgrad und Infostar, ist die Tätigkeit des Zivilstandsbeamten zu einer hochqualifizierten Facharbeit - und das idyllische Ankerbild vom Zivilstandsbeamten somit obsolet - geworden. Für alle Elemente, welche am unübersehbaren Wandel des Berufsbildes des Zivilstandsbeamten beteiligt sind, sind Michel Perret und Toni Siegenthaler entscheidend mitverantwortlich.

Die FKZ muss also heute von zwei Eckpfeilern des schweizerischen Zivilstandswesens Abschied nehmen. An der heutigen Sitzung war zu vernehmen, dass Zivilstandsregister als Kulturgüter eingestuft werden [...]. Somit nimmt auch die FKZ an der Kultur teil.

[...]

Von Aussenstehenden, der Neid hat dabei vermutlich Pate gestanden, ist die FKZ auch schon als Fressclub bezeichnet worden. Die schönen Jahre der wertvollen Zusammenarbeit und des geselligen Zusammenseins mit Michel und Toni wurden jedoch nicht mit einem Fressen, sondern mit einer würdigen Tafelrunde abgeschlossen [...]. Man mag dem Protokoll vorwerfen, dass der Umfang der Adnote im Missverhältnis zum Umfang des Protokolls steht. Es ist aber zu beachten, dass mit dem Ausscheiden Michels und Tonis eine Ära in der FKZ, vielleicht sogar eine Epoche des Schweizerischen Zivilstandswesens, zu Ende gegangen ist. Sicher wünscht jeder beim Lesen dieser Zeilen den scheidenden Mitgliedern alles Gute, freut sich von Herzen, dass er bei dieser würdigen Tafelrunde dabei war, oder bereut es, eben nicht dabei gewesen zu sein zu können.“

Den treffenden Worten unseres geschätzten Protokollführers ist nichts anzufügen. Danke Paul für die schöne Würdigung von Michels und Tonis Schaffen.

11. Dank

Infostar wurde per 1. Januar 2012 aus der direkten Obhut des EAZW entlassen und untersteht seither bloss noch der Oberaufsicht unseres Amtes. Mit der Ausgliederung des neuen Fachbereichs Infostar FIS aus dem EAZW ging eine für uns wichtige Pionier-Epoche zu Ende:

Infostar wurde ab den 1990-er Jahren konzipiert, anschliessend umgesetzt und ging 2004 in Produktion. Die Datenbank hat viele Mütter und Väter, Tanten und Onkel (die wir hier nicht alle namentlich aufzählen können), denen wir in grossem Dank verpflichtet und verbunden sind. Ohne das Engagement aller Mütter und Väter, Tanten und Onkel wäre Infostar nimmer die grösste Erfolgsgeschichte der schweizerischen Personen-Registerlandschaft geworden (statt vieler hier bloss drei Stichworte: zentrale Datenbank für alle Zivilstandsbehörden, Master-Register in der Registerharmonisierung; zukünftige Bedeutung in kommenden eGovernment-Entwicklungen aufgrund der zentralen Bedeutung von Infostar).

Dem Sprechenden ist es ein Herzensanliegen, an dieser bescheidenen Stelle all den Müttern, Vätern, Tanten und Onkel ganz herzlich für den Aufbau und die Weiterentwicklung von Infostar in den letzten anderthalb Jahrzehnten zu danken. Dass Infostar nun flügge geworden ist, vom EAZW abgenabelt und dem FIS anvertraut werden konnte, ist ein wichtiger und schöner Meilenstein in der Erfolgsgeschichte unseres gemeinsamen Jahrhundertvorhabens.

Anhang: Version française du 1^{er} chapitre

Sommaire

1. Jurisprudence liée à l'article 98 alinéa 4 CC
 - 1.1 Introduction
 - 1.2 Origine
 - 1.3 Application par les autorités et les tribunaux
 - 1.4 Recours de l'OFJ
 - 1.5 Décisions des instances supérieures
 - 1.6 « Délai raisonnable »
 - 1.7 Aperçu

1. Jurisprudence liée à l'article 98 alinéa 4 CC

1.1 Introduction

La modification de l'article 98 alinéa 4 du CC, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, a été abordée, dans un laps de temps restreint, par le Tribunal fédéral. Ainsi s'est terminée une controverse qui avait commencé il y a longtemps déjà. Il y a lieu de porter ici un bref regard sur l'origine et les conséquences de cette disposition jusqu'à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.

1.2 Origine

Une initiative parlementaire intitulée « Empêcher les mariages fictifs » a été déposée le 16 septembre 2005 (publ. sous www.parlement.ch). L'initiative considérait que certaines réglementations de la Loi fédérale sur les étrangers étaient insuffisantes et voulait garantir par la création d'une nouvelle base légale, que « les requérants d'asile définitivement déboutés et les personnes séjournant illégalement en Suisse ne puissent se soustraire par le mariage à l'obligation de quitter le pays ».

La Commission des institutions politiques du Conseil national et son homologue du Conseil des États avaient donné suite à l'initiative parlementaire par 13 voix contre 7 respectivement par 6 voix contre 4.

Des doutes avaient déjà été émis à l'égard du projet alors qu'il se trouvait encore en consultation. Papaux van Delden craignait que le projet constitue une interdiction de se marier à un groupe de population bien défini et ait des conséquences importantes pour les personnes concernées sans que le but politique visé ne soit atteint. Elle soulignait l'inégalité de traitement des fiancés en raison de leur origine en tant que « discrimination fondée sur l'origine nationale » qu'elle jugeait « selon toute probabilité contraire à la constitution ». Elle critiquait également la conception de la réglementation qui prévoit que les officiers de l'état civil reprennent tout à coup un rôle de quasi-collaborateur de la police des étrangers. Ainsi, des réglementations seraient ancrées dans le droit civil fédéral où elles n'auraient pas lieu d'être (Marie-Laure Papaux Van Delden, Mariages fictifs: Jusletter 22 octobre 2007).

Le rapport de la commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008 renforçait l'intention d'empêcher les autorités de l'état civil et l'autorité compétente en matière d'étrangers d'agir de manière contradictoire et de vouloir ainsi consolider la cohérence de l'activité étatique par la réglementation. Les offices de l'état civil devaient s'occuper exclusivement des demandes concernant le mariage alors que les questions concernant le droit de séjour étaient réglées par l'autorité compétente en matière de migration. Lors de la mise en œuvre, les autorités devaient garantir le droit constitutionnel au mariage (art. 14 Cst) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). La commission avait conclu que la réglementation était une formalité supplémentaire et non un empêchement au mariage objectif et définissait la réduction des mariages fictifs uniquement comme un objectif secondaire (Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 Janvier 2008 [ci-après «rapport»], FF 2008, 2247 et ss).

En raison du résultat relativement serré de la votation au sein de la Commission des institutions politiques et de la critique du projet qui avait été publiée, les débats au sein des conseils étaient controversés. Une minorité demandait une non-entrée en matière. Les adversaires du projet voyaient un empêchement au mariage objectif dans la réglementation à

créer et critiquaient l'intention de vouloir résoudre les problèmes de la politique migratoire dans le CC. En outre, il était appréhendé que les enfants souffrent de l'interdiction du mariage car la vie en commun vécue auparavant ne pourrait pas être convertie par la suite en tant que communauté de vie matrimoniale. La disposition selon laquelle les officiers de l'état civil doivent dénoncer à l'autorité compétente en matière de migration les personnes sans titre de séjour régulier avait également été critiquée. Elle avait été désignée comme un « article de dénonciation classique » et un certificat de pauvreté dans une démocratie moderne libérale. Pour terminer, il avait été souligné qu'il existe déjà des dispositions permettant de lutter efficacement contre les mariages fictifs. L'article 118 al. 2 LEtr prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus pour une infraction aux fins d'éluider les prescriptions de séjour.

Les adhérents avaient exprimé le besoin d'agir et la nécessité d'une harmonisation de la pratique et faisaient également référence à la dignité humaine: il s'agit de protéger la dignité des personnes qui se retrouveraient dans une situation de détresse à la suite d'un mariage blanc (compte rendu intégral publié sous www.parlament.ch).

Lors du vote final, les conseils ont approuvé l'initiative.

L'article 98 alinéa 4 et l'article 99 alinéa 4 CC, l'article 5 alinéa 4 et l'article 6 alinéa 4 LPart ainsi que les dispositions d'exécution correspondantes de l'Ordonnance sur l'état civil sont entrés en vigueur le 1er janvier 2011. Les questions de détails ont été réglées dans la directive no 10.11.01.02 de l'OFEC.

1.3 Application par les autorités et les tribunaux

Le Tribunal administratif du canton de Berne a été la première autorité à citer une décision du 23 juin 2011 qui démontrait la complexité du thème de l'article 98 alinéa 4 CC. Une décision de l'autorité compétente en matière de migration était contestée. L'office de l'état civil avait tout d'abord refusé le mariage et renvoyé les fiancés à l'autorité compétente en matière de migration. Par décision incidente, l'office des migrations avait ordonné à la personne concernée d'attendre la décision à l'étranger.

Suite au recours de la personne concernée, le Tribunal administratif avait conclu qu'un départ pour la durée de la procédure ne pouvait être ordonné que si cette mesure ne violait pas le principe de la proportionnalité. Dans l'évaluation partielle des intérêts effectuée par l'instance inférieure, le Tribunal administratif avait jugé que la proportionnalité n'avait pas été respectée et était arrivé à la conclusion que l'intérêt privé du recourant au mariage devait passer avant l'intérêt public de l'expulsion. Le recourant avait ainsi été autorisé à attendre en Suisse la décision concernant l'octroi d'une autorisation de séjour en vue du mariage.

Ce jugement avait retenu l'attention des autorités de l'état civil et soulevé la question à savoir si l'article 98 alinéa 4 CC serait abrogé de fait. La crainte que ce jugement provoque le démenagement de certaines personnes dans le canton de Berne, devenu ainsi « attrayant pour se marier », afin d'y effectuer la procédure préparatoire au mariage avait aussi été exprimée.

L'OFEC avait souligné que la pratique et les rôles des officières et des officiers de l'état civil ne sont pas remis en question à la suite de cette décision bernoise. Le mariage des fiancés sans titre de séjour régulier doit être refusé et leur identité doit être communiquée à l'autorité compétente en matière de migration (lettre OFEC du 4 octobre 2011).

En septembre 2011, le Tribunal cantonal du canton de Vaud avait rendu une série de décisions presque similaires en relation avec les articles 98 alinéa 4 et 99 alinéa 4 CC. Les recours se rapportaient aux décisions des offices de l'état civil compétents de refuser de célébrer le mariage en raison de l'absence d'un titre de séjour régulier et à l'annonce des personnes concernées aux autorités compétentes en matière de migration.

Le Tribunal cantonal était arrivé à la conclusion que les articles contestés violaient la Constitution et la CEDH et que, par conséquent, ils ne devaient plus être appliqués. Dans l'exposé de ses motifs il soulignait en particulier que le libellé de l'article 98 alinéa 4 CC indique clairement que le mariage est exclu pour les personnes sans titre de séjour irrégulier. Ce libellé clair et univoque interdit un recours à la matérialité comme notice interprétative. Etant donné qu'aucune exception au principe de « l'interdiction au mariage » n'est prévue dans la loi elle-même (autre que dans la matérialité), la réglementation représentait un empêchement au mariage objectif qui concernait toute les personnes sans titre de séjour régulier.

Pour les motifs énoncés, le Tribunal cantonal a déclaré l'article 98 alinéa 4 CC inapplicable, admis les recours et ordonné aux offices de l'état civil concernés d'ouvrir la procédure de mariage malgré le séjour irrégulier.

L'office communal du canton de Zurich se penchait à peu près en même temps sur la question de l'application de l'article 98 alinéa 4 CC.

L'office de l'état civil de la ville de Zurich avait refusé le mariage dans deux cas. Dans chacun des cas respectifs, l'un des deux fiancés n'avait pas pu établir la légalité de son séjour en vue du mariage dans le délai fixé. Conformément à l'article 99 alinéa 4 CC, l'office de l'état civil avait communiqué l'identité des personnes concernées à l'autorité compétente en matière de migration. Les intéressés ont fait recours contre cette décision.

Contrairement au Tribunal cantonal vaudois, l'office communal du canton de Zurich ne remettait pas en cause la question de l'application de l'article 98 alinéa 4. Il jugeait qu'une interprétation appropriée de l'article 98 alinéa 4 CC n'était possible qu'en prenant en compte l'article 97a CC. L'interprétation de l'article, indifféremment des méthodes d'interprétation, supposait empêcher les mariages qui servaient tout d'abord à éluder les dispositions de la loi sur les étrangers. Le législateur avait ainsi créé une présomption légale : une personne qui ne pouvait pas prouver la légalité de son séjour en vue du mariage voulait conclure un mariage de complaisance.

Sur la base de ces considérations, l'office communal voyait un renversement du fardeau de la preuve juridique à l'article 98 alinéa 4 CC. Par conséquent, les fiancés devaient pouvoir apporter la preuve du contraire au cours de la procédure de préparation au mariage. Ainsi, le refus du mariage et l'annonce à l'autorité compétente en matière de migration étaient jugées irrecevables. Le droit au mariage serait violé si la possibilité n'est pas donnée aux fiancés sans titre de séjour régulier de fournir la preuve de non existence d'un mariage de complaisance au cours de la procédure préparatoire au mariage. Les recours ont été admis et renvoyés à l'office de l'état civil pour jugement dans le sens des considérations.

1.4 Recours de l'OFJ

L'Office fédéral de la justice OFJ a fait recours contre ces décisions et mentionnait dans un premier temps les bases légales formulées de manière claire et univoque.

« Les fiancés doivent établir la légalité de leur séjour au cours de la procédure préparatoire (art. 98 al. 4 CC). Le principe constitutionnel de la proportionnalité demande qu'un délai raisonnable soit accordé aux fiancés (directive numéro 10.11.01.02 du 1er janvier 2011 de l'Office fédéral de l'état civil, ch. 2.2 paragraphe 6). Si les fiancés n'ont pas établi la légalité de leur séjour, l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage (art. 67 al. 4 OEC). L'office de l'état civil a l'obligation de communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui n'ont pas établi la légalité de leur séjour en Suisse (art. 99 al. 4 CC en relation avec art. 67 al. 5 OEC). »

Dans un deuxième temps, il a été précisé que les matérialités du texte de l'art. 98 al. 4 CC sont également claires et univoques :

« Ces deux nouvelles dispositions visent à garantir qu'un mariage ou un partenariat enregistré n'ait lieu que si les deux personnes résident légalement en Suisse » (Rapport de la commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008 [ci-après « Rapport »] FF 2008, 2247).

ainsi que :

« Avec l'obligation de vérifier le statut juridique des fiancés étrangers, l' Les autorités de l'état civil et les autorités compétentes en matière d'étrangers agiront ainsi de manière coordonnée et la cohérence de l'activité étatique s'en trouvera renforcée ». (comparaison avec FF 2008 2247).

Pour terminer, il a été établi qu'une application de la norme conforme à la constitution et à la CEDH est possible et doit même être privilégiée. Par conséquent, il incombe à l'autorité compétente en matière de migration - et non aux services de l'état civil - de juger dans différentes constellations le droit au mariage garanti dans la constitution et par la CEDH dans le cadre d'une demande de séjour. L'OFJ renvoie aux énoncés correspondants dans le rapport (voir Rapport, FF 2008, 2247) et précise qu'il n'y a pas de motifs valables pour ne pas adopter cette position.

1.5 Décisions des instances supérieures

Le Tribunal fédéral s'est finalement prononcé à trois reprises pour l'application de l'article 98 alinéa 4 CC. Deux prises de position concernaient des recours de l'OFJ.

Dans la première décision du 23 Novembre 2011 (ATF 137 I 351) II, la cour de droit public II du Tribunal fédéral a soutenu le principe suivant:

« L'officier d'état civil ne pouvant célébrer le mariage d'un fiancé étranger qui n'a pas établi la légalité de son séjour en Suisse (art. 98 al. 4 CC et art. 67 al. 3 OEC), l'autorité compétente en matière de migration est tenue de délivrer à ce dernier un titre de séjour temporaire en vue du mariage lorsqu'il n'existe pas d'indice d'abus de droit et qu'il apparaît clairement que, compte tenu de sa situation personnelle, l'intéressé remplira les conditions d'admission en Suisse une fois marié (application par analogie de l'art. 17 al. 2 LETr); cette interprétation

permet d'assurer le respect des art. 12 CEDH et 14 Cst. conformément à la volonté du législateur (consid. 3.4-3.7) et se concilie avec le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile (consid. 3.8) ».

Dans une deuxième décision du 15 janvier 2012 (5A_814/2011), qui sera également publiée, la division de droit civil II s'est ralliée à l'avis de la cours de droit public II et précise que l'office de l'état civil ne doit pas se prononcer sur la question du séjour si l'autorité compétente en matière de migration n'a pas été consultée. Afin de garantir le principe de la proportionnalité et d'éviter tout formalisme excessif, l'office de l'état civil doit accorder un délai suffisant à la personne concernée afin qu'elle puisse se présenter au service des migrations et clarifier les questions de son séjour.

Cette juridiction a été confirmée dans un arrêt plus récent du 27 février 2012 (5A_16/2012).

Il en résulte que l'article 98 alinéa 4 CC est applicable. Les officiers de l'état civil ne doivent pas exécuter la procédure préparatoire au mariage en cas de séjour irrégulier mais renvoyer les intéressés à l'autorité compétente en matière de migration. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question de savoir ce que l'on entend par un délai raisonnable pour régler le séjour.

Les procédures du Tribunal administratif de Zurich ont mené plus ou moins au même résultat et n'ont pas fait l'objet de recours.

1.6 « Délai raisonnable »

Comme mentionné ci-dessus (ch. 1.5), le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question du délai raisonnable. L'instance a conclu dans un cas (GE 2011.0110) porté récemment devant le Tribunal cantonal du canton de Vaud que l'officier de l'état civil ne doit pas refuser d'ouvrir la procédure de mariage après l'expiration d'un délai de 60 jours au cas où la procédure devant les autorités de migration nécessiterait plus de temps.

Le délai précité de 60 jours, prévu dans la circulaire de l'OFEC du 1er janvier 2011, doit être suspendu ou prolongé si la procédure pour clarifier les questions de séjour l'exige.

Sur la base du principe de la proportionnalité, l'office de l'état civil devrait en cas de doutes prendre contact avec les autorités de migration et accorder à la personne concernée le temps requis par la procédure. La circulaire sera adaptée en conséquence.

1.7 Aperçu

Selon le Tribunal fédéral, une autorisation de séjour peut être accordée aux requérants d'asile déboutés et aux sans-papiers si, à la suite du mariage, ils obtiendront le droit à une autorisation de séjour.

De ce fait, toutes les personnes sans autorisation de séjour ne sont pas exclues du mariage. Seule une procédure supplémentaire leur sera prescrite. Le Tribunal fédéral a provisoirement mis un terme à la controverse et trouvé une voie pour assurer une pratique uniforme dans tous les cantons.

On peut se poser la question de savoir si tous les problèmes pratiques sont résolus. Comme on le sait, les procédures d'autorisation de séjour durent en partie (trop) longtemps. Des faits

complexes ou des documents qui doivent être vérifiés rendent difficile un règlement dans un délai raisonnable. Si une telle procédure se prolonge, elle doit être considérée après un certain temps comme un empêchement au mariage. Jusqu'à présent, il n'existe pas de jurisprudence sur cette question.

Pour conclure, le jugement de l'autorité supérieure signifie aussi que l'autorisation de séjour sera refusée à toute personne qui n'aurait pas le droit à un séjour en Suisse après le mariage. Un mariage en Suisse ne serait ainsi pas possible. On peut supposer qu'un tel jugement relancerait le débat, à savoir s'il n'y a pas un empêchement au mariage objectif.