



Gutachten zur Tragweite der Bundeskompetenz nach Art. 38 Abs. 2 BV

EJPD, Bundesamt für Justiz
Gutachten vom 2. Dezember 2024

Stichwörter:

Ordentliche Einbürgerung; Bürgerrecht; Bundeskompetenz

Regeste:

1. Bei Artikel 38 Absatz 2 BV handelt es sich um eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz sui generis. Der Bundesgesetzgeber muss sich bei der Festlegung von Mindestvorschriften ausserhalb der Normierung der Einbürgerungsbewilligung des Bundes grosse Zurückhaltung auferlegen. Es muss den unteren Staatsebenen möglich sein, für ihre Einbürgerungsentscheide zusätzliche Voraussetzungen vorzusehen. Ferner erlaubt es Artikel 38 Absatz 2 BV grundsätzlich nicht, dass der Bund einen oberen Rahmen für die materiellen Voraussetzungen, die die Kantone und Gemeinden an Einbürgerungsgesuche stellen, vorgibt.
2. Der Bund darf gestützt auf Artikel 38 Absatz 2 BV detaillierte Mindestvorschriften erlassen, auch wenn sie es den Kantonen punktuell nicht ermöglichen, strenger zu sein. Der Begriff der «Mindestvorschriften» nach Artikel 38 Absatz 2 BV bezieht sich auf das Total der Vorschriften. Nur insgesamt müssen sich die Bundesvorgaben als steigerungsfähiges Minimum darstellen.
3. Besondere Zurückhaltung auferlegen muss sich der Bund, wenn er im Bereich der materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen nicht steigerungsfähige Vorgaben erlässt. Artikel 38 Absatz 2 BV soll nämlich hauptsächlich verhindern, dass die Kantone die Einbürgerungsschranken zu sehr absenken.



Gutachten z.H. SEM zur Tragweite von Art. 38 Abs. 2 BV

4. Der Bund kann gestützt auf Artikel 38 Absatz 2 BV Vorschriften zur einheitlichen Wahrung der bundesverfassungsrechtlichen Grundrechte und Abgabeprinzipien erlassen. Bei der Dichte beziehungsweise dem Detaillierungsgrad solcher Vorschriften sollte er sich jedoch auf das verfassungsrechtlich Notwendige beschränken, um den Kantonen den grösstmöglichen Spielraum zu belassen.
-

Rechtliche Grundlagen:

Artikel 29, 29a, 38, 46, 49 BV; BÜG

Inhaltsverzeichnis

1	Fragestellung	4
2	Auslegung von Artikel 38 Absatz 2 BV.....	4
2.1	Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Zweck und Systematik	4
2.1.1	Wortlaut.....	4
2.1.2	Entstehungsgeschichte	4
2.1.3	Sinn und Zweck.....	7
2.1.4	Verfassungssystematik	7
2.1.5	Zwischenergebnis	7
2.2	Gesetzgebungspraxis	8
2.2.1	Regel: Vorgaben zur Anwendung und Durchsetzung des Bundesrechts ...	8
2.2.2	Ausnahme: Obergrenze für die Mindestaufenthaltsdauer	10
2.2.3	Zwischenergebnis	10
2.3	Aktuelles Verständnis der Bundesbehörden	11
2.3.1	Bundesversammlung.....	11
2.3.2	Bundesrat.....	11
2.3.3	Bundesgericht	11
2.4	Stand der Lehre	12
3	Beurteilung.....	12
4	Schlussfolgerung	14

1 Fragestellung

Dieses Gutachten, erstellt auf Antrag des SEM, behandelt die Frage, wie weit die Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV reicht.

Wir erörtern diese Frage bereits in einem Gutachten vom 3. Mai 2013 z.H. der Staatspolitischen Kommission des Ständerates.¹ Wie wir aufzeigen werden, hat sich die Rechtslage in den vergangenen ca. 10 Jahren kaum verändert, weshalb wir an unserer verfassungsrechtlichen Beurteilung aus dem Jahr 2013, wonach es sich bei der Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV um eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz *sui generis* handelt, festhalten. Wir begründen diese Rechtsauffassung im Folgenden eingehend.

2 Auslegung von Artikel 38 Absatz 2 BV

Nach Artikel 38 Absatz 2 BV «erlässt [der Bund] Mindestvorschriften über die Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern durch die Kantone und erteilt die Einbürgerungsbewilligung». Unklarheit besteht darüber, ob der Bund im Bereich der Einbürgerung durch die Kantone befugt ist zur Grundsatzgesetzgebung oder nur zur Vorgabe von Mindestvoraussetzungen, die die kantonalen Bürgerrechtsgesetze nicht unterschreiten dürfen. Gestützt auf die üblichen Elemente der juristischen Auslegung und die Praxis der Bundesbehörden sowie die Lehre berücksichtigend versuchen wir nachfolgend, diese Unklarheit zu klären.

2.1 Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Zweck und Systematik

2.1.1 Wortlaut

Gemäss Artikel 38 Absatz 2 BV erlässt der Bund «Mindestvorschriften» über die Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern durch die Kantone und erteilt die Einbürgerungsbewilligung. Der Wortlaut dieser Bestimmung deutet, insbesondere angesichts zahlreicher Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes, die explizit als solche benannt werden,² darauf hin, dass der Bund den kantonalen und kommunalen Bürgerrechtsgesetzgebungen keinen Rahmen, sondern bloss Minimalstandards vorgeben darf. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, stimmt dieses wörtliche Verständnis von Artikel 38 Absatz 2 BV im Wesentlichen mit seiner Entwicklung (Ziff. 2.1.2) und ratio legis (Ziff. 2.1.3), der verfassungsrechtlichen Systematik (Ziff.2.1.4) sowie der überwiegenden Gesetzgebungspraxis (Ziff. 2.2) überein.

2.1.2 Entwicklungsgeschichte

Ursprünglich war das Bürgerrecht fast vollständig in kantonaler und kommunaler Hand.³ Erst als gewisse Gemeinden damit begannen, das Bürgerrecht insbesondere an Käufer, die damit ihrer Wehrpflicht zu entgehen suchten, zu «verschachern», sah sich der Bund – aufgrund ausländischer Repressalien – genötigt, einzugreifen. Anlässlich der Verfassungsrevision von 1874 wurde Artikel 44 Absatz 2 aBV wie folgt umformuliert: «Die Bedingungen für die Erteilung des Bürgerrechts ... werden durch die Bundesgesetzgebung geordnet».⁴ Diese Formulierung widerspiegelte die Regelungsabsicht indes kaum adäquat. Die neue Bundeskompetenz knüpfte nämlich an der Aussenkompetenz des Bundes an und sollte im Wesentlichen darauf beschränkt sein, sicherzustellen, dass niemand eingebürgert wird, ohne sich zuvor

¹ BJ, Revision des Bürgerrechtsgesetzes; Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen, Gutachten z.H. der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 3. Mai 2013 (unveröffentlicht).

² Siehe allgemein dazu Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 227.

³ Gutzwiller, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, 2008, Rz. 237–241 m.w.H.

⁴ Siehe Botschaft zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 9. August 1951, BBl 1951 II 669, S. 670; Botschaft betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 665, S. 681.

Gutachten z.H. SEM zur Tragweite von Art. 38 Abs. 2 BV

«der Beziehungen zu seinem bisherigen Heimatstaate zu entledigen».⁵ In dieser Periode durften die Kantone und Gemeinden also erst über die kantonal- und kommunalrechtliche Genehmigung oder Ablehnung von Einbürgerungsgesuchen entscheiden, nachdem der Bund gestützt auf die Prüfung «der internationalen Rechtsverhältnisse der Einbürgerungskandidaten»⁶ die Einbürgerungen bewilligte hatte.⁷

Zur «wirksamen Bekämpfung der Überfremdung» wurde Artikel 44 Absatz 2 aBV im Jahr 1928 revidiert.⁸ Neu lautete die Bestimmung: «Die Bedingungen für die Erteilung und den Verlust des Schweizerbürgerrechtes werden durch die Bundesgesetzgebung aufgestellt».⁹ Zwar erhielt der Bund diesem Wortlaut zufolge eine umfassende Kompetenz im Bereich der Einbürgerung, doch war damit – entgegen der Semantik – keine materielle Kompetenzverschiebung beabsichtigt. Der Bund wollte weiterhin bloss die Kompetenz beanspruchen, eine «Kontrolle der Kandidaten» der kantonal- und kommunalrechtlich geregelten Einbürgerung vorzunehmen¹⁰ und insofern Mindestvoraussetzungen für die ordentliche Einbürgerung vorzugeben.¹¹ Namentlich betonte der Bundesrat, dass das Bundesrecht keine «Gewährung eines Rechtes auf Einbürgerung» vorschreiben solle; diese Frage müsse den Kantonen überlassen bleiben.¹²

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Bund gemäss dem allgemeinen Verständnis der (offen) formulierten Bestimmung von Artikel 44 Absatz 2 aBV in den Fassungen von 1874 und 1928 nur über eng begrenzte Kompetenzen im Bereich der ordentlichen Einbürgerung verfügte: Er erteilte die Einbürgerungsbewilligung, insbesondere um zwischenstaatliche Probleme zu verhindern, bevor die Kantone und die Gemeinden nach ihrem Recht über Einbürgerungsgesuche entschieden, und setzte damit Mindestanforderungen voraus, ohne deren Erfüllung die Einbürgerung einer Person durch den Kanton und die Gemeinde nicht zulässig war.¹³

Im Jahr 1983 wurde die Bundeskompetenz gemäss Artikel 44 Absatz 2 aBV sprachlich neu formuliert, und zwar enger als bis anhin, nämlich dem soeben zusammengefassten, tradierten Verständnis dieser Kompetenz entsprechend. Die Bestimmung lautete fortan: «Die Einbürgerung erfolgt durch die Kantone, nachdem der Bund die Einbürgerungsbewilligung erteilt hat. Der Bund erlässt Mindestvorschriften».¹⁴ Obwohl der Begriff «Mindestvorschriften» erst mit dieser Verfassungsänderung in die Bundesverfassung eingeführt wurde, sollte sich damit

⁵ So Botschaft betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 9. November 1920, BBl 1920 V 1, S. 33.

⁶ Botschaft betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 9. November 1920, BBl 1920 V 1, S. 33.

⁷ Botschaft betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 665, S. 682–683; Gutzwiller, op. cit., Rz. 252–253; Botschaft betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 9. November 1920, BBl 1920 V 1, S. 33.

⁸ Botschaft betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 9. November 1920, BBl 1920 V 1, S. 35.

⁹ BBl 1928 II 153 (Erwahrungsbeschluss).

¹⁰ Botschaft betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 9. November 1920, BBl 1920 V 1, S. 49.

¹¹ Siehe Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, supplément 1967–1982, 1982, Rz. 945; Burckhardt, BV-Kommentar, 1. Aufl., 1914, S. 392; Gutzwiller, op. cit., Rz. 247 ff., 307 ff.

¹² Botschaft betreffend Revision des Art. 44 der Bundesverfassung (Massnahmen gegen die Überfremdung) vom 9. November 1920, BBl 1920 V 1, S. 51; siehe auch Gutzwiller, op. cit., Rz. 309.

¹³ Siehe eingehend Gutzwiller, op. cit., Rz. 237 ff. m.w.H.

¹⁴ BBl 1983 II 703 (Bundesbeschluss).

Gutachten z.H. SEM zur Tragweite von Art. 38 Abs. 2 BV

materiell nichts Grundlegendes an der Bundeskompetenz ändern.¹⁵ Die Botschaft des Bundesrats erläuterte die Kompetenzausscheidung wie folgt: «Der Bund erlässt Mindestvorschriften und sorgt für deren Vollzug, indem er Einbürgerungen von Ausländern von seiner vorherigen Zustimmung abhängig macht. Kantone und Gemeinden können jedoch Bedingungen aufstellen, die über diejenigen des Bundes hinausgehen».¹⁶ Die Botschaft bekräftigte überdies explizit: «Diese Regelung stimmt mit dem geltenden Recht überein».¹⁷

Anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung führte die Kompetenzaufteilung im Bereich der ordentlichen Einbürgerung, die neu in Artikel 38 Absatz 2 BV platziert wurde, kaum zu Diskussionen.¹⁸ Die Bestimmung wurde redaktionell nur auf der Ebene des Satzbaus revidiert.¹⁹ Sie lautet seither: «Er [der Bund] erlässt Mindestvorschriften über die Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern durch die Kantone und erteilt die Einbürgerungsbewilligung».²⁰ Sprachlich wurde an der Wortwahl «Mindestvorschriften» nichts geändert; die Botschaft bestätigte die tradierte Kompetenzausscheidung. Demnach erlaube sie es dem Bund, «Mindestvorschriften zu erlassen, die eine minimale Gleichbehandlung garantieren sollen. Wie im geltenden Recht [sei] es Sache des Bundes, die Einbürgerungsbewilligung zu erteilen. Damit [könne] der Bund verhindern, dass die örtlichen Behörden eine Einbürgerungspolitik betreiben, die den gesamtschweizerischen Interessen abträglich ist».²¹

Im Jahr 2001 versuchten der Bundesrat und das Parlament, den Begriff der «Mindestvorschriften» in Artikel 38 Absatz 2 BV durch denjenigen der «Grundsätze» zu ersetzen.²² Der Bundesrat erinnerte damals daran, dass «die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Mindestvorschriften im Bereich der Einbürgerung [traditionell] restriktiv interpretiert [worden sei]», erörterte aber, dass die Bundeskompetenz nunmehr weiter reichen und auch die Kompetenz, «gewisse grundsätzliche Leitlinien» zu erlassen, umfassen könnte.²³ Er ging letztlich jedoch grundsätzlich vom herkömmlichen (eng begrenzten) Verständnis der Bundeskompetenz aus, doch nahm er an, dass «die Kompetenz des Bundes auch den Erlass der Mindestvorschriften umfasst, die zur Sicherstellung der Wahrung der Grundrechte unerlässlich sind».²⁴ In Anbetracht dieser Diskussion schlug er vor, den Wortlaut von Artikel 38 Absatz 2 BV «im Sinne der Klarheit» zu ändern.²⁵ Das Parlament stimmte diesem Vorschlag zu, aber die Vorlage scheiterte in der Volksabstimmung (2003).²⁶

Insgesamt lässt sich der Verfassungsgeschichte seit 1874 keine nennenswerte Fortentwicklung der Bundeskompetenz im Bereich der ordentlichen Einbürgerung entnehmen. Im Wesentlichen haben Volk und Stände den Entscheid, die Bundeskompetenz in diesem Bereich

¹⁵ Siehe auch Gutzwiller, op. cit., Rz. 396.

¹⁶ Botschaft über die Revision der Bürgerrechtsregelung in der Bundesverfassung vom 7. April 1982, BBl 1982 II 125, S. 143.

¹⁷ Botschaft über die Revision der Bürgerrechtsregelung in der Bundesverfassung vom 7. April 1982, BBl 1982 II 125, S. 143.

¹⁸ Die Ratsdebatten konzentrierten sich auf Fragen der Einbürgerung Staatenloser. Siehe insb. AB N Separatdruck, S. 267 ff.

¹⁹ Vgl. Art. 44 Abs. 2 aBV und Art. 38 Abs. 2 BV in der Fassung vom 18. April 1999; siehe auch Gutzwiller, op. cit., Rz. 409 f.

²⁰ AS 1999 2556.

²¹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 223.

²² BBl 2003 6559 (Bundesbeschluss).

²³ Botschaft zum Bürgerrecht für junge Ausländerinnen und Ausländer und zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes, BBl 2002 1911, S. 1927.

²⁴ Botschaft zum Bürgerrecht für junge Ausländerinnen und Ausländer und zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes, BBl 2002 1911, S. 1975.

²⁵ Botschaft zum Bürgerrecht für junge Ausländerinnen und Ausländer und zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes, BBl 2002 1911, S. 1927.

²⁶ BBl 2004 6641 (Erwahrungsbeschluss).

auf den Erlass von Mindestvorschriften zu beschränken, nie revidiert. Gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass sich diese Kompetenz zu einer normalen Grundsatzgesetzgebungskompetenz entwickelt haben könnte, fehlen (siehe auch Ziff. 2.2).

2.1.3 Sinn und Zweck

Der Entwicklungsgeschichte von Artikel 38 Absatz 2 BV lässt sich entnehmen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Bundeskompetenz ursprünglich darauf zurückging, dass die kantonalen und kommunalen Einbürgerungspraktiken der Schweiz zwischenstaatliche Probleme verursachten. Ursprünglich sah sich der Bund also deshalb gezwungen, Voraussetzungen an die ordentliche Einbürgerung durch Kantone und Gemeinden zu stellen, weil er zwischenstaatliche Konflikte vermeiden wollte. Später wurde diese Begründung der Bundeskompetenz mit der «Bekämpfung der Überfremdung» ergänzt. Insgesamt wurde die Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV also stets primär mit dem Zweck begründet, sicherzustellen, dass die Kantone und Gemeinden die Erteilung des Bürgerrechts auf dem Weg der ordentlichen Einbürgerung nicht von zu wenigen oder zu wenig strengen Voraussetzungen abhängig machen, und so zu verhindern, dass die Kantone und Gemeinden eine Einbürgerungspraxis verfolgen, die den gesamtschweizerischen Interessen abträglich ist.

2.1.4 Verfassungssystematik

Gestützt auf Artikel 38 Absatz 2 BV erlässt der Bund nicht nur Mindestvorschriften für die ordentliche Einbürgerung, von der er die Erteilung seiner Einbürgerungsbewilligung abhängig macht (Art. 38 Abs. 2 Teilsatz 2 BV; Art. 9 ff. Bürgerrechtsgesetz [BüG], SR 141.0), sondern er macht den Kantonen auch Vorgaben, die ihre Einbürgerungsgesetzgebungen wahren beziehungsweise nicht unterschreiten dürfen (Art. 38 Abs. 2 Teilsatz 1 BV; Art. 15–18, 30–36, 46 BüG). Letztere dienen grösstenteils der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts und der Wahrung der Grundrechte der Bundesverfassung (siehe Ziff. 2.2). Aus dieser strukturellen Parallelität von Mindestvorschriften betreffend die kantonalrechtliche Einbürgerung (Art. 38 Abs. 2 Teilsatz 1 BV) und Voraussetzungen der bundesrechtlichen Einbürgerungsbewilligung (Art. 38 Abs. 2 Teilsatz 2 BV) ergibt sich, dass es den Kantonen erlaubt sein muss, ihren Einbürgerungsentscheid an eigene Voraussetzungen zu knüpfen, die über diejenigen für die Erteilung der Einbürgerungsbewilligung des Bundes hinausgehen beziehungsweise zusätzlich zu ihnen gelten. Sonst wäre die Kompetenz des Bundes, Mindestvorgaben betreffend die Einbürgerungsvoraussetzungen der Kantone zu erlassen, zwecklos. Das heisst, die Bundesverfassung will es den Kantonen erlauben, an einen positiven Einbürgerungsentscheid weitere Anforderungen zu stellen, als es die bundesrechtliche Einbürgerungsbewilligung erfordert (siehe auch Art. 12 Abs. 3 BüG weitere kantonale Integrationskriterien erlaubend). Dies stimmt mit der historischen Entwicklung und der ratio legis von Artikel 38 Absatz 2 BV überein (siehe Ziff. 2.1.2, 2.1.3).

2.1.5 Zwischenergebnis

Die Elemente der Auslegung von Artikel 38 Absatz 2 BV sind insgesamt schlüssig. Die Entwicklungsgeschichte zeigt, dass es bei der Begründung der Bundeskompetenz darum ging, zu verhindern, dass die Kantone und Gemeinden das Bürgerrecht «verschachern» oder – allgemeiner ausgedrückt – aus Sicht der gesamtschweizerischen Interessen zu leichtfertig vergeben. Diese Begründung der Bundeskompetenz hat der Verfassungsgeber nie revidiert. Sie stimmt überdies mit dem Wortlaut der Bestimmung überein; der Begriff «Mindestvorschriften» wurde bis heute nicht durch den der «Grundsätze» ersetzt. Dass eine entsprechende Revision von Artikel 38 Absatz 2 BV als nötig erachtet wurde, um aus der heutigen Bundeskompetenz eine (unstrittige) Grundsatzgesetzgebungskompetenz zu machen, deutet erst recht darauf hin, dass Artikel 38 Absatz 2 BV heute – nach dem Scheitern dieses Versuchs – eben

keine normale Grundsatzgesetzgebungskompetenz begründet. Schliesslich bestätigt auch die Systematik von Artikel 38 Absatz 2 BV, dass es den Kantonen grundsätzlich freistehen soll, ihre eigenen Voraussetzungen für die Erteilung des Bürgerrechts auf dem Weg der ordentlichen Einbürgerung vorzusehen, ohne dass der Bund Maximalvoraussetzungen festlegt.

2.2 Gesetzgebungspraxis

Die Auslegung von Artikel 38 Absatz 2 BV nach den üblichen juristischen Methoden der Gesetzesinterpretation spricht dafür, dass die Bestimmung den Bund zum Erlass von Mindestvorschriften und nicht zur Grundsatzgesetzgebung ermächtigt. Wie die folgende Darstellung der Gesetzgebungspraxis zeigt, hat sich auch der Bundesgesetzgeber bis anhin grösstenteils an dieses Verständnis der Bundeskompetenz gehalten.

2.2.1 Regel: Vorgaben zur Anwendung und Durchsetzung des Bundesrechts

Das Bürgerrechtsgesetz von 2014 enthält wie bereits sein Vorgänger einzelne (Verfahrens-)Bestimmungen, die sowohl auf die bundesrechtlich geregelte erleichterte Einbürgerung (Art. 38 Abs. 1 BV) als auch auf die in die bundesstaatlich geteilte Kompetenz fallende ordentliche Einbürgerung (Art. 38 Abs. 2 BV) anwendbar sind. Diese gemeinsamen Bestimmungen (Art. 30 ff. BüG) bezwecken primär die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Bundesrechts (siehe Art. 46 Abs. 1, Art. 49 BV), insbesondere der Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit.²⁷ Konkret geht es um

- Fragen im Zusammenhang mit der Vertretung Minderjähriger, deren Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit (Art. 31–32 BüG) sich nach dem Zivilrecht richten, bei dem es sich um eine ausschliessliche Bundeszuständigkeit handelt (Art. 122 Abs. 1 BV),
- die Berechnung der Aufenthaltsdauer, die sich auch zwecks Ermittlung der kantonalrechtlichen Einbürgerungsvoraussetzungen an den bundesrechtlichen Aufenthaltstiteln orientieren muss (Art. 33 BüG), da das Aufenthalts-, Niederlassungs- und Asylrecht eine ausschliessliche Bundeskompetenz darstellt (Art. 121 Abs. 1 BV),
- Bestimmungen über Erhebungen für die Beurteilung der Einbürgerungsvoraussetzungen (Art. 34), die dem Vollzug des Bundesrechts dienen und
- das Kostendeckungsprinzip (Art. 35 Abs. 2 BüG), das als Surrogat für die für Abgaben erforderliche formell-gesetzliche Grundlage mit hoher Normdichte dient²⁸ (politisch rechtfertigte es der Bundesrat allerdings damit, dass sich die Einbürgerung integrierter Ausländerinnen und Ausländer nicht aufgrund einer «Einkaufssumme» rechtfertige, sondern weil sie dem Interesse der Schweiz entspreche²⁹).

Zusätzlich hat der Bundesgesetzgeber, veranlasst durch die Parlamentarische Initiative 03.454³⁰, die als Reaktion auf bundesgerichtliche Leitentscheide eingereicht wurde,³¹ den

²⁷ Vgl. Auer/von Arx, Direkte Demokratie ohne Grenzen? Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Einbürgerungsbeschlüssen durch das Volk, AJP 2000 923 ff., S. 934.

²⁸ Art. 5 Abs. 1, Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV. Dieses abgaberechtliche Legalitätsprinzip wird als selbstständiges verfassungsmässiges Individualrecht anerkannt. Es wird ergänzt durch das Äquivalenzprinzip, das als abgaberechtliche Ausprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips ebenfalls Verfassungsrang genießt (Art. 5 Abs. 2 BV) und dessen Verletzung in Verbindung mit dem abgaberechtlichen Legalitätsprinzip ebenfalls gerichtlich gerügt werden kann. Siehe bspw. BGE 145 I 52, E. 5.2; 140 I 176, E. 5.2; Bovey, LTF-Commentaire, 2020, Art. 95 BGG, N 22.

²⁹ Botschaft zum Bürgerrecht für junge Ausländerinnen und Ausländer und zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes, BBl 2002 1911, S. 1926.

³⁰ Siehe Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Oktober 2005 zur Parlamentarischen Initiative 03.454 Bürgerrechtsgesetz. Änderung, BBl 2005 6941.

³¹ Siehe BGE 129 I 232, E. 3; 129 I 217, E. 3; später BGE 134 I 56, E. 2.

Gutachten z.H. SEM zur Tragweite von Art. 38 Abs. 2 BV

Kantone und Gemeinden im Jahr 2007 punktuell Verfahrensvorschriften zum Schutz der Grundrechte vorgegeben.³² Konkret sieht der heutige Artikel 16 Absatz 1 BÜG entsprechend dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) eine Begründungspflicht aller Ablehnungen von Einbürgerungsgesuchen vor. Daraus folgt, dass Einbürgerungsgesuche an Gemeindeversammlungen nur gestützt auf einen begründeten Antrag abgelehnt werden dürfen (Art. 16 Abs. 2 BÜG).³³ Ebenfalls dem Ziel dienend, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu vereinen, regelt der aktuelle Artikel 17 BÜG den Schutz der Privatsphäre bei Einbürgerungen, insbesondere wenn darüber an Gemeindeversammlungen entschieden wird. Um Artikel 13 BV zu wahren,³⁴ haben die Behörden mindestens «von einer Verbreitung detaillierter Informationen über die Lebensverhältnisse von Einbürgerungsbewerbern, woraus sich ein präzises Persönlichkeitsprofil ableiten liesse», abzusehen.³⁵

Die Reichweite der Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV war anlässlich der Parlamentarischen Initiative 03.454 kein Thema. Der Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerats stützte den Regelungsentwurf auf Artikel 38 Absatz 2 BV, ohne die Tragweite des Begriffs der Mindestvorschriften zu erörtern.³⁶ Der Urheber der parlamentarischen Initiative, die der Revision zugrunde lag, hielt fest: «Der Gesetzgeber darf seine Kompetenz nutzen, um Grundrechte, Aufgaben und Organisation «in praktischer Konkordanz» einander zuzuordnen».³⁷ Die diesbezügliche Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers wurde in den parlamentarischen Beratungen nicht bestritten. Soweit die verfassungsrechtliche Reichweite der Bundeskompetenz überhaupt debattiert wurde, drehte sich die Diskussion um die Frage, ob bestimmte Datenschutzvorschriften noch als Mindestvorschriften verstanden werden können oder ob es sich dabei bereits um Detailvorgaben handelt.³⁸

Abgesehen von den soeben besprochenen Artikeln 16 und 17 BÜG gilt, dass das Verfahren der ordentlichen Einbürgerung in den Kantonen und Gemeinden grundsätzlich dem kantonalen Recht folgt (Art. 15 Abs. 1 BÜG). Dieses hat jedoch die Vorgaben des Bundesverfahrensrechts zu wahren. Deshalb gibt Artikel 46 BÜG in Konkretisierung der massgebenden Bestimmungen der Bundesverfassung den Kantonen vor, dass ein Gericht als letzte kantonale Instanz über Beschwerden gegen ablehnende Einbürgerungsentscheide entscheiden muss.³⁹ Beim Erlass dieser Bestimmung ging es darum, die Einhaltung des Bundesverfassungsrechts, insbesondere der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), zu gewährleisten.⁴⁰

³² AS 2008 5911.

³³ Siehe BGE 134 I 56, E. 2; 129 I 232, E. 3; 129 I 217, E. 3.

³⁴ Siehe Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Oktober 2005 zur Parlamentarischen Initiative 03.454 Bürgerrechtsgesetz. Änderung, BBl 2005 6941, S. 6951.

³⁵ Siehe Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Oktober 2005 zur Parlamentarischen Initiative 03.454 Bürgerrechtsgesetz. Änderung, BBl 2005 6941, S. 6954.

³⁶ Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Oktober 2005 zur Parlamentarischen Initiative 03.454 Bürgerrechtsgesetz. Änderung, BBl 2005 6941, S. 6955; siehe auch Stellungnahme des Bundesrats vom 2. Dezember 2005 zum Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Oktober 2005 zur Parlamentarischen Initiative 03.454 Bürgerrechtsgesetz. Änderung, BBl 2005 7125, S. 7126.

³⁷ AB 2005 S 1138.

³⁸ Votum NR Fluri, für die Kommission, AB 2007 N 1574.

³⁹ Der Bundesgesetzgeber regelt den Zugang zum Bundesgericht, einschliesslich seiner Vorinstanzen, (Art. 189 BV) und gewährleistet die Rechtsweggarantie (Art. 29a, 191b BV). Vgl. Botschaft zum Bürgerrecht für junge Ausländerinnen und Ausländer und zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes vom 21. November 2001, BBl 2002 1911, S. 1975 f.

⁴⁰ Siehe Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Oktober 2005 zur Parlamentarischen Initiative 03.454 Bürgerrechtsgesetz. Änderung, BBl 2005 6941, S. 6951, 6953.

2.2.2 Ausnahme: Obergrenze für die Mindestaufenthaltsdauer

In einem Punkt ist der Bundesgesetzgeber bei der Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes im Jahr 2014 allerdings weiter gegangen als früher beziehungsweise in anderen Regelungsbereichen. In Artikel 18 Absatz 1 BÜG gibt das Bundesrecht den Kantonen sowohl eine Unter-, als auch eine Obergrenze für die Mindestaufenthaltsdauer vor, die die Kantone für Einbürgerungen verlangen müssen und dürfen.⁴¹ Bei dieser Bestimmung handelt es sich offenkundig weder um eine Mindestvorschrift noch um eine Bestimmung, die der Umsetzung anderer bundesrechtlicher Vorgaben dient.

2.2.3 Zwischenergebnis

Wie die dargestellte Gesetzgebungspraxis zeigt, lassen sich die Voraussetzungen an die ordentliche Einbürgerung in Übereinstimmung mit der Systematik von Artikel 38 Absatz 2 BV (siehe Ziff. 2.1.4) wie folgt kategorisieren: Erstens muss eine Person die Voraussetzungen für die Erteilung der Einbürgerungsbewilligung des Bundes erfüllen, wobei es sich primär um persönliche (Art. 9 f. BÜG) und materielle (Art. 11 f. BÜG) Anforderungen handelt; zweitens macht der Bundesgesetzgeber gewisse Vorgaben, die im Einbürgerungsverfahren der unteren Staatsebenen zu berücksichtigen sind, wobei es primär darum geht, die korrekte und einheitliche Anwendung des Bundesrechts, insbesondere der Grundrechte der Bundesverfassung, sicherzustellen (Art. 15–18, 30–36, 46 BÜG; siehe Ziff. 2.2); drittens kommen die Einbürgerungsvoraussetzungen des kantonalen und kommunalen Rechts zur Anwendung (vgl. Art. 12 Abs. 3, Art. 15, 18 BÜG).

Diese Kaskade verdeutlicht, dass es Artikel 38 Absatz 2 BV dem Bund erlaubt, einerseits seine Einbürgerungsbewilligung zu regeln und andererseits Minimalvorgaben festzulegen, die die kantonalen und kommunalen Bürgerrechtsgesetzgebungen wahren müssen. Dafür, dass es Artikel 38 Absatz 2 BV dem Bundesgesetzgeber erlauben möchte, einen Rahmen nach oben wie nach unten zu bestimmen, worin sich die kantonalen und kommunalen Bürgerrechtsgesetzgebungen bewegen müssen, liefert sie hingegen keine Anhaltspunkte.

Zusammenfassend lässt sich Folgendes feststellen: Der Bundesgesetzgeber hat sich bei der Umsetzung von Artikel 38 Absatz 2 BV bis anhin grösstenteils darauf beschränkt, den Kantonen Mindestvorgaben zu machen. Soweit diese Vorgaben nicht als steigerungsfähig und daher nicht als *Mindestvorgaben* in einem engeren Sinn erscheinen, handelt es sich bei ihnen um Verfahrensstandards, die naturgemäss nicht steigerungsfähig sind (bspw. Art. 16 BÜG), oder um bundesrechtliche Vorgaben, die in einem weiteren verfassungsrechtlichen Zusammenhang stehen (insb. Art. 17, 30 ff., 46 BÜG). Die Zurückhaltung, die sich der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung von Artikel 38 Absatz 2 BV grundsätzlich auferlegt hat, erscheint daher gross: Die Vorgaben, die das Bürgerrechtsgesetz den Kantonen und Gemeinden macht, ergeben sich grösstenteils aus der Bundesverfassung selbst, namentlich ihrer Grundrechtsbestimmungen,⁴² oder dienen der Anwendung und Durchsetzung von ohnehin geltendem Bundesrecht im Bereich der ordentlichen Einbürgerung. Das heisst, der Bundesgesetzgeber hat seine Kompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV in der Praxis primär als Zuständigkeit zum Erlass von (rechtsstaatlichen) *Mindestvorschriften* verstanden und diese zurückhaltend ausgeübt. Davon gibt es allerdings eine wesentliche Ausnahme: Artikel 18 Ab-

⁴¹ Vgl. Art. 15 ff. aBÜG in der Fassung vom 1. Januar 2013.

⁴² Vgl. Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., 2020, Rz. 1335a.

satz 1 BüG, der eine Obergrenze für die kantonalen Mindestaufenthaltsdauern für Einbürgerungen vorsieht. Hierbei handelt es sich nicht um eine Mindestvorschrift, sondern um eine Obergrenze.

2.3 Aktuelles Verständnis der Bundesbehörden

2.3.1 Bundesversammlung

In den Ratsdebatten zur Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes von 2014, mit der insbesondere die Obergrenze von Artikel 18 Absatz 1 BüG eingeführt wurde, finden sich nur vereinzelte Voten zur vorliegenden Grundsatzfrage darüber, wie weit die Bundesgesetzgebungskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV reicht. Nur wenige Mitglieder der Bundesversammlung wollten Artikel 38 Absatz 2 BV klar als Grundsatzgesetzgebungskompetenz verstanden wissen.⁴³ Zwar äusserten sich weitere Votanten im Grundsatz ähnlich, aber ohne sich abschliessend über die strittige Frage auszusprechen.⁴⁴ Eine dritte Gruppe vertrat hingegen dezidiert die Meinung, dass Artikel 38 Absatz 2 BV dem Bund bloss den Erlass von Mindestvorschriften erlaube.⁴⁵ Zu einer eigentlichen Debatte über die sich stellende Grundsatzfrage kam es jedoch nicht, obschon sich der Bundesrat in seiner Botschaft zu dieser Grundsatzfrage geäussert hatte (siehe Ziff. 2.3.2). Aus den vereinzelt einschlägigen Voten lässt sich daher kaum etwas ableiten und schon gar nicht eine Fortentwicklung des allgemeinen Verfassungsverständnisses.

2.3.2 Bundesrat

Im Unterschied zum Bundesparlament vertrat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes aus dem Jahr 2011 – anders als in den Jahren 1996 und 2001⁴⁶ – entschieden die Ansicht, dass Artikel 38 Absatz 2 BV als Grundsatzgesetzgebungskompetenz und nicht bloss als Kompetenz, Minimalstandards vorzugeben, zu verstehen sei.⁴⁷ Er begründete seine im Vergleich zu den Vorjahren geänderte Auffassung mit den vorhin besprochenen Vorgaben von Artikel 15a-15c und 38 Absatz 2 aBüG (siehe Ziff. 2.2.1).⁴⁸

2.3.3 Bundesgericht

Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, nie zur Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Artikel 38 Absatz 2 BV geäussert. Es stellt jeweils nur den Umfang des Handlungsspielraums fest, den das Bundesrecht den Kantonen im fraglichen Zeitpunkt lässt.⁴⁹ Zudem betont es, dass sich die Kantone bei der Ausübung der ihnen vorbehaltenen Kompetenzen stets innerhalb der bundesverfassungsrechtlichen Schranken bewegen sowie Ziel und Zweck der eidgenössischen Bürgerrechtsgesetzgebung beachten müssen.⁵⁰ Letzteres gilt allerdings aufgrund der Artikel 46 und 49 BV grundsätzlich, sodass daraus nichts für die Beantwortung der vorliegenden Frage abgeleitet werden kann.

⁴³ Voten NR Fluri, AB 2013 N 252; SR Stöckli, AB 2013 S 739, 833.

⁴⁴ Vgl. Voten BR Sommaruga, AB 2013 N 250 («Mindestvorgaben»), AB 2013 S 833 («Grundsätze»); NR Rutz, AB 2013 N 1826 («Mindestvorschriften»); SR Bischof, AB 2013 S 742.

⁴⁵ Voten SR Engler, AB 2013 S 734, 832; SR Cramer (für die Kommission), AB 2013 S 742, 750; NR Rutz, AB 2013 N 1826.

⁴⁶ Botschaft zum Bürgerrecht für junge Ausländerinnen und Ausländer und zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes vom 21. November 2001, BBl 2002 1911, S. 1975; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 223.

⁴⁷ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht vom 4. März 2011, BBl 2011 2825, S. 2870 f.

⁴⁸ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht vom 4. März 2011, BBl 2011 2825, S. 2870 f.

⁴⁹ Siehe bspw. BGE 146 I 83, E. 2.3. Diese Herangehensweise des Bundesgerichts erklärt sich mit Artikel 190 BV.

⁵⁰ Z.B. BGE 138 I 305, E. 1.4.3.

2.4 Stand der Lehre

Die herrschende Lehre versteht Artikel 38 Absatz 2 BV als Grundsatzgesetzgebungskompetenz (zur Tragweite der Grundsatzgesetzgebungskompetenz siehe Ziff. 3).⁵¹ Für einen anderen Teil der Lehre ist es angesichts der Rechtsentwicklung und -praxis unklar, wie es zu der Kompetenzverschiebung von den Kantonen zum Bund gekommen sein sollte, die mit der Qualifikation von Artikel 38 Absatz 2 BV als Kompetenz zum Erlass einer ordentlichen Grundsatzgesetzgebung statt nur von Mindestvorschriften einhergehen würde. Diese Lehrmeinung hält am historischen Verständnis von Artikel 38 Absatz 2 BV fest (siehe Ziff. 0). Ihr zufolge kann der Bund im Bereich von Artikel 38 Absatz 2 BV generell – d.h. weitergehend als dies normalerweise bei Grundsatzgesetzgebungskompetenzen zulässig ist – detaillierte Vorschriften machen, soweit es sich um *Mindestvorschriften* handelt; hingegen räume Artikel 38 Absatz 2 BV dem Bund neben der Kompetenz, (detaillierte) Mindestvorschriften zu erlassen, keine normale Grundsatzgesetzgebungskompetenz ein. Dieser Auffassung zufolge dürfte der Bund den Kantonen gestützt auf Artikel 38 Absatz 2 BV also nur Mindestvorgaben (historisch zur Verhinderung eines «Einbürgerungsdumping» gedacht, wie bspw. die Vorgabe einer Mindestaufenthaltsdauer für Einbürgerungskandidierende) auferlegen, diesbezüglich aber – anders als beim Vorliegen einer normalen Grundsatzgesetzgebungskompetenz – generell detaillierte Vorgaben machen.⁵²

3 Beurteilung

Hätte der Bund nach Artikel 38 Absatz 2 BV eine normale Grundsatzgesetzgebungskompetenz, wäre er befugt, die ordentliche Einbürgerung in ihren Grundzügen zu regeln. Den Kantonen müsste innerhalb dieser Grundsatzregelung des Bundes ein wesentlicher Gestaltungsspielraum verbleiben. Eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz würde es dem Bund namentlich erlauben, die zulässigen Einbürgerungsvoraussetzungen zu bestimmen, auch wenn ihre Konkretisierung grundsätzlich den Kantonen zu überlassen wäre. Allgemein könnte der Bund den Kantonen gestützt auf eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz die Ziele, Prinzipien, Regelungsrahmen (z.B. für die Ausgestaltung bestimmter variabler Einbürgerungsvoraussetzungen wie Fristen) und Richtlinien vorgeben, die er als erforderlich erachtet, um den Sinn und Zweck der bundesverfassungsrechtlichen Regelung der ordentlichen Einbürgerung zu wahren. Die Details, Umsetzung und Zielerreichung wäre aber, wie bereits bemerkt, grundsätzlich den Kantonen zu überlassen. Diese wären ihrerseits dazu verpflichtet, die nötigen Konkretisierungen der Bundesgrundsatzgesetzgebung vorzunehmen. Nur soweit der einheitlichen Regelung von Einzelfragen angesichts des Sinns und Zwecks der Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV landesweit zentrale Bedeutung zukommt, könnte der Bund detailliertere Bestimmungen erlassen.⁵³

Sähe Artikel 38 Absatz 2 BV eine normale Grundsatzgesetzgebungskompetenz vor, wäre es dem Bund mithin erlaubt, den gegenwärtig bestehenden Spielraum für unterschiedliche kantonale und kommunale Einbürgerungsvoraussetzungen erheblich zu beschränken. Trotzdem

⁵¹ Siehe Achermann/von Rütte, BSK, Art. 38 BV, N 33 f.; Hafner/Buser, SGK, Art. 38 BV, N 13; so wohl auch Malinverni et al., *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I, 4. Aufl. Bern 2021, Rz. 400; ferner Gutzwiller, CR, Art. 38 BV, N 31.

⁵² Biaggini, OFK, Art. 38 BV, N 13; Gutzwiller, op. cit., Rz. 514 f.; siehe auch Achermann, *Migrationsverfassung*, in: VdCH, 2020, Rz. 43; Auer/von Arx, op. cit., S. 934; Schaffhauser, *Bürgerrechte*, in: VdCH, 2001, Rz. 8, 13.

⁵³ Allgemein zur Tragweite von Grundsatzgesetzgebungskompetenzen siehe Belser et al., *Staatsorganisationsrecht*, 2017, S. 162; Gonin, *Droit constitutionnel suisse*, 2021, Rz. 1216–1217; Häfelin et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., 2020, Rz. 1087–1088; Knapp, *La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons*, in: VdCH, 2001, Rz. 18; Malinverni et al., *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I, 4. Aufl., 2021, Rz. 1085; Martenet, CR, Art. 3 BV, N 46; Müller et al., *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 4. Aufl., 2024, S. 222; Reich, *Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, in: Biaggini et al. (Hrsg.), *Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich, Rz. 32; Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., 2021, Rz. 769–771.

Gutachten z.H. SEM zur Tragweite von Art. 38 Abs. 2 BV

müsste die Bundesgesetzgebung gesamthaft betrachtet weiterhin verschiedene Detailregelungen erlauben.

Indessen lässt sich ein Verständnis der Rechtsetzungskompetenz des Bundes nach Artikel 38 Absatz 2 BV, das ihm die abschliessende Aufzählung zulässiger Voraussetzungen und – im Bereich steigerungsfähiger Voraussetzungen – die Festlegung von Maximalvorgaben erlauben würde, nicht mit dem Begriff der Mindestvorschriften von Artikel 38 Absatz 2 BV vereinbaren. Die Auslegung von Artikel 38 Absatz 2 BV spricht insgesamt eindeutig gegen diese Interpretation von Artikel 38 Absatz 2 BV. Die verschiedenen Auslegungselemente stimmen allesamt dahingehend überein (siehe Ziff. 2.1.5), dass der Bund die Einbürgerungsvoraussetzungen nicht abschliessend nennen und steigerungsfähige Voraussetzungen nicht nach oben hin begrenzen darf. Diesem engen Verständnis der Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV ist auch der Gesetzgeber weitgehend gefolgt. Die Vorgaben, die das Bürgerrechtsgesetz den Kantonen macht, stellen grösstenteils (rechtsstaatliche) Mindeststandards dar, die durch die Kantone und Gemeinden aufgrund des geltenden Bundesrechts grundsätzlich ohnehin zu achten wären.

Das Verständnis von Artikel 38 Absatz 2 BV als Grundsatzgesetzgebungskompetenz, das der Bundesrat seiner Botschaft zur Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes aus dem Jahr 2011 zugrunde gelegt hat, ist rechtlich daher nicht alternativlos. Insbesondere ergibt es sich nicht zwingendermassen aus der einschlägigen Gesetzgebungspraxis, die sich weitgehend in Übereinstimmung mit dem Wortsinn und der historischen ratio legis des Begriffs der «Mindestvorschriften» von Artikel 38 Absatz 2 BV interpretieren lässt. Erst und einzig beim Erlass von Artikel 18 Absatz 1 BÜG im Jahr 2014 ist der Bundesgesetzgeber klar über die Festlegung von Mindestvorschriften hinausgegangen (siehe Ziff. 2.2). Eine einzelne verfassungsrechtlich heikle Bestimmung des Bundesgesetzesrechts führt aber noch nicht zu einer Verfassungsänderung auf dem Weg der Fortentwicklung des Rechts, sofern dies überhaupt in dem Ausmass, das hier zur Debatte stünde, als möglich erachtet wird.

Das nach Artikel 38 Absatz 2 BV geltende Verfassungsrecht lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- 1) Es handelt sich bei Artikel 38 Absatz 2 BV nicht um eine normale Grundsatzgesetzgebungskompetenz, im Rahmen deren gesetzgeberischer Umsetzung sich das kantonale Recht nach oben wie nach unten bewegen muss. Wie wir in unserem Rechtsgutachten vom 3. Mai 2013 gezeigt haben, muss sich der Bundesgesetzgeber bei der Festlegung von Mindestvorschriften ausserhalb der Normierung der Einbürgerungsbewilligung des Bundes grosse Zurückhaltung auferlegen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich materieller Einbürgerungsvoraussetzungen, wie etwa der Eignungs- und Wohnsitzvoraussetzungen (Art. 11 bzw. 18 BÜG). Nach Artikel 38 Absatz 2 BV muss es den unteren Staatsebenen möglich sein, für ihre Einbürgerungsentscheide weitere Voraussetzungen vorzusehen als diejenigen, die der Bund für die Einbürgerungsbewilligung verlangt. Dies ergibt sich insbesondere aus der Zusammenschau der Bundeszuständigkeit für die Einbürgerungsbewilligung (Art. 38 Abs. 2 Teilsatz 2 BV) einerseits und die Mindestvorschriften für die kantonale Einbürgerung (Art. 38 Abs. 1 Teilsatz 1 BV) andererseits. Artikel 38 Absatz 2 BV erlaubt es daher grundsätzlich nicht, dass der Bund einen oberen Rahmen für die materiellen Voraussetzungen, die die Kantone und Gemeinden an Einbürgerungsgesuche stellen, vorgibt.

- 2) Der Bundesgesetzgeber darf detaillierte Mindestvorschriften erlassen, auch wenn sie es den Kantonen nicht ermöglichen, strenger zu sein. Gewisse Einbürgerungsvoraussetzungen und Verfahrensvorgaben sind per definitionem nicht oder kaum steigerungsfähig (z.B. die Begründungspflicht nach Art. 16 BÜG; vgl. auch Art. 11 Bst. c BÜG: keine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz darstellen). In diesem Sinn muss sich der Begriff der «Mindestvorschriften» nach Artikel 38 Absatz 2 BV daher auf das Total der Vorschriften beziehen. Nicht jede Vorschrift muss für sich genommen steigerungsfähig sein, aber insgesamt müssen sich die Bundesvorgaben als steigerungsfähiges Minimum darstellen, das den Kantonen einen erheblichen Regelungsspielraum belässt.
- 3) Es ist heute unbestritten, dass der Bund gestützt auf Artikel 38 Absatz 2 BV Vorschriften erlassen kann, die gewährleisten, dass die bundesverfassungsrechtlichen Grundrechte und Abgabeprinzipien im Verfahren der ordentlichen Einbürgerung einheitlich gewahrt werden. Bei der Dichte beziehungsweise dem Detaillierungsgrad solcher Vorschriften sollte sich der Bundesgesetzgeber aber auf das verfassungsrechtlich Notwendige beschränken, um den Kantonen den grösstmöglichen Spielraum zu belassen.
- 4) Bei materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen sollte sich der Bund hinsichtlich nicht steigerungsfähiger Vorgaben besondere Zurückhaltung auferlegen (siehe Punkt 1). Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck von Artikel 38 Absatz 2 BV. Diese Bestimmung, wie sie seit Langem gilt, soll verhindern, dass die Kantone die Einbürgerungsschranken zu sehr absenken; insbesondere hinsichtlich materieller Einbürgerungsvoraussetzungen fokussiert sie mithin klarerweise auf grundsätzlich steigerungsfähige Mindestvorgaben.

4 Schlussfolgerung

In unserem Gutachten aus dem Jahr 2013 sind wir zum Schluss gekommen, dass es sich bei Artikel 38 Absatz 2 BV um eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz *sui generis* handelt, weil sie gewährleisten soll, dass die Kantone weitere Voraussetzungen als diejenigen, die der Bund für die Einbürgerungsbewilligung verlangt, für ihre Einbürgerungsentscheide vorsehen können. Gestützt auf die vorangehenden Überlegungen können wir heute zu keiner anderen Schlussfolgerung gelangen, denn seit dem Jahr 2013 hat sich keine Rechtsentwicklung zugegetragen, die gewichtig genug wäre, um die Natur der Bundeskompetenz nach Artikel 38 Absatz 2 BV zu ändern. Nach dem Gesagten ist Biaggini zu folgen, wenn er feststellt, dass die «verbreitete These eines stillen Verfassungswandels von der «Mindestkompetenz» hin zu einer Grundsatzgesetzgebungskompetenz ... nicht zu überzeugen» vermag.⁵⁴

⁵⁴ Biaggini, OFK, Art. 38 BV, N 13.