Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.79/2003 /leb

Urteil vom 5. März 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Feller.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
Daniel Vonesch, Sempacherstrasse 6, Postfach 2070, 6002 Luzern,

gegen

Amt für Migration des Kantons Luzern, Hallwilerweg 7, 6002 Luzern,
Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Obergrundstrasse 46, 6002 Luzern.

Gegenstand
Ausländerrecht,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, vom 28. Januar 2003.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
A._____ reiste 1994 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Dieses wurde abgewiesen, ebenso die gegen die Verfügung des Bundesamtes für Flüchtlinge erhobene Beschwerde. Noch vor Ablauf der im Asylverfahren angesetzten Ausreisefrist (31. August 1997) heiratete A._____ am 9. Juni 1997 eine Schweizer Bürgerin. Die Ehe blieb kinderlos; die Ehegatten leben seit August 1999 getrennt. Am 20. Juli 2000 reichte die Ehefrau die Scheidungsklage ein; A._____ widersetzte sich bisher der Scheidung. Am 7. Oktober 2002 anerkannte A._____, Vater der am 6. August 2002 geborenen Tochter einer ausländischen Frau mit Niederlassungsbewilligung zu sein.

Am 11. September 2002 lehnte das Amt für Migration des Kantons Luzern ein Gesuch von A._____ um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab und ordnete seine Wegweisung an. Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern wies die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde am 28. Januar 2003 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 26. Februar 2003 beantragt A._____, das Urteil des Verwaltungsgericht aufzuheben und ihm eine B-Bewilligung, eventuell ihm irgend eine Bewilligung für den Aufenthalt in der Schweiz für längere Zeit zu erteilen.

Es ist weder ein Schriftenwechsel angeordnet, noch sind die kantonalen Akten eingeholt worden.
2.
2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Satz 1). Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat er Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung (Satz 2). Art. 7 Abs. 2 ANAG

hält fest, dass kein Anspruch besteht, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen.
2.1.1 Art. 7 Abs. 2 ANAG bezieht sich auf die so genannte Scheinehe. Ein Bewilligungsanspruch soll nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift dann nicht bestehen, wenn zum Vornherein nie der Wille bestand, eine Ehe einzugehen, und der einzige Zweck der Heirat darin besteht, dem Ausländer zu einer fremdenpolizeirechtlichen Bewilligung zu verhelfen. Das Verwaltungsgericht nimmt an, dass der Beschwerdeführer im Jahr 1997 keine Scheinehe eingegangen war. Es erachtet die Bewilligungsverweigerung indessen darum für rechtmässig, weil die Berufung auf die Ehe, selbst wenn diese ursprünglich nicht aus ausländerrechtlichen Gründen eingegangen worden ist, unter den gegebenen Umständen rechtsmissbräuchlich sei.
2.1.2 Nach feststehender bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn der Ausländer sich im fremdenpolizeirechtlichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur (noch) formell besteht oder aufrecht erhalten wird, ohne dass Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht, mit dem alleinigen Ziel, ihm eine Anwesenheitsbewilligung zu ermöglichen; dieses Ziel wird von Art. 7 ANAG nicht geschützt (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151; 127 II 49 E. 5a S. 56, mit Hinweisen). So verhält es sich dann, wenn der schweizerische Ehegatte des um Bewilligung ersuchenden Ausländers seit Jahren von diesem getrennt lebt und mit einer Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft offensichtlich nicht mehr zu rechnen ist, wobei es auf die Ursache der Trennung der Ehegatten nicht ankommt. Die Berufung auf die Ehe läuft in einem solchen Fall darauf hinaus, dem Ausländer völlig losgelöst von der Aussicht auf ein irgendwie geartetes Zusammenleben mit dem schweizerischen Ehegatten den Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen; auf eine derartige Beanspruchung des Aufenthaltsrechts des ausländischen Ehegatten in der Schweiz ist Art. 7 ANAG nicht ausgerichtet (BGE 127 II 49 E. 5b-d S. 57 ff., mit Hinweisen auf nicht veröffentlichte Urteile des Bundesgerichts).

Liegen klare Hinweise darauf vor, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist, so kann es für die ausländerrechtliche Würdigung keine Rolle spielen, dass der ausländische Ehegatte, der sich vor Ablauf der Vierjahresfrist des Getrenntlebens (Art. 114 ZGB) der Scheidungsklage des schweizerischen Ehegatten widersetzt, sich damit in der Regel zivilrechtlich nicht rechtsmissbräuchlich verhält (vgl. BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151 f., mit Hinweisen).

Da der mit einer Schweizer Bürgerin verheiratete Ausländer nach fünf Jahren ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalts einen Anspruch auf Niederlassungsbewilligung erwirbt und dieser, einmal erworben, selbst durch eine Scheidung nicht mehr untergeht, kann der Bewilligungsanspruch nur dann wegen Rechtsmissbrauchs erlöschen, wenn die Voraussetzungen hiefür sich vor Ablauf von fünf Jahren seit der Heirat verwirklicht haben.
2.1.3 Dass die Ehe nur noch formell und ohne Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht, entzieht sich in der Regel dem direkten Beweis und ist oft bloss durch Indizien zu erstellen (BGE 128 II 145 E. 2.3 S. 152; 127 II 49 E. 5a S. 57). Feststellungen über das Bestehen solcher Indizien können äussere Gegebenheiten, aber auch innere, psychische Vorgänge betreffen (Wille der Ehegatten); es handelt sich so oder anders um tatsächliche Gegebenheiten, und diesbezügliche Feststellungen binden das Bundesgericht, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Frei zu prüfen ist nur die Rechtsfrage, ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) darauf schliessen lassen, die Berufung auf die Ehe sei rechtsmissbräuchlich und bezwecke die Umgehung fremdenpolizeilicher Vorschriften (BGE 128 II 145 E. 2.3 S. 152).
2.2
2.2.1 Das Verwaltungsgericht hat in E. 2b seines Urteils die vorstehend dargestellten, von der Rechtsprechung zur Frage der missbräuchlichen Berufung auf Art. 7 ANAG entwickelten Kriterien zutreffend wiedergegeben und seine Entscheidung darauf gestützt. Die Ausführungen des Beschwerdeführers geben keinen Anlass, von der insofern gefestigten Praxis abzuweichen.
2.2.2 In tatsächlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass der Beschwerdeführer sich im August von seiner Ehefrau getrennt hat und seit zirka Ende 1999 keine Kontakte zwischen den Ehegatten mehr bestehen. Dennoch hat er sich der von seiner Ehefrau seit Juli 2000 angestrebten Scheidung widersetzt. Erstmals

vor wenigen Wochen, während der Hängigkeit des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, hat der Beschwerdeführer erklärt, er habe die Absicht, die Mutter seiner im August 2002 geborenen Tochter zu heiraten und sich von seiner heutigen Ehefrau zu scheiden. Es ist nicht erkennbar, dass diese tatsächlichen Feststellungen offensichtlich falsch oder in Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen getroffen worden wären (Art. 105 Abs. 2 OG). Die Zweifel, die der Beschwerdeführer in Bezug auf die Weiterführung der Ehe gehegt haben will, ändern nichts daran, dass er jedenfalls seit Ende 1999 überhaupt keine Kontakte zu seiner Ehefrau mehr hatte. Es hätte an ihm gelegen, Umstände zu nennen, die auf einen anderen Sachverhalt schliessen lassen könnten; dem Verwaltungsgericht, welches zu Recht auf die Mitwirkungspflicht der Partei insbesondere gemäss §§ 55 und 133 des Luzerner Gesetzes vom 3. Juli 1972 über die
Verwaltungsrechtspflege (VRG) hinweist, kann nicht vorgeworfen werden, es habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Für das Bundesgericht steht jedenfalls verbindlich fest, dass seit Ende 1999 weder Vorkehrungen getroffen wurden noch Aussicht bestand, dass das eheliche Leben wieder aufgenommen würde. Vielmehr pflegt der Beschwerdeführer offensichtlich zumindest seit Herbst 2001 Beziehungen zu einer anderen Frau, mit welcher er ein Kind gezeugt hat und die er nunmehr auch heiraten will.

Beruft ein Ausländer sich bei einem solchen Sachverhalt auf die Ehe, um die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (oder die Erteilung der Niederlassungsbewilligung zu erwirken), handelt er rechtsmissbräuchlich. Der Beschwerdeführer kann aus Art. 7 ANAG keinen Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung ableiten, und das angefochtene Urteil verletzt diese bundesrechtliche Norm nicht.
2.3 Der Beschwerdeführer beruft sich weiter auf Art. 8 EMRK. Auf diese Konventionsnorm kann sich der Ausländer im ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren berufen, wenn er nahe Familienangehörige mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat und die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird (vgl. BGE 109 Ib 183; 127 II 60 E. 1d/aa S. 64/65; 126 II 377 E. 2b/aa S. 382; 124 II 361 E. 1b S. 364).
Der Beschwerdeführer ist Vater eines Kindes mit Niederlassungsbewilligung. Insofern kann er sich im Hinblick auf das Bewilligungsverfahren auf Art. 8 EMRK berufen. Hingegen gibt es keine Anzeichen dafür, dass er die Beziehung zu seiner Tochter pflegt. Da er sich in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht über die Ausgestaltung seiner familiären Zukunft nicht geäussert hatte, gab ihm das Verwaltungsgericht Gelegenheit, ergänzend hiezu Stellung zu nehmen. Er teilte daraufhin mit, dass er beabsichtige, die Kindsmutter zu heiraten, wofür Voraussetzung sei, dass das hängige Scheidungsverfahren rasch abgeschlossen werde. Er unterliess es, Ausführungen darüber zu machen, ob und wie bzw. wie oft er von Luzern aus den Kontakt zur im Kanton Freiburg lebenden Tochter pflegt, ob er Unterhaltszahlungen leistet usw. Selbst in der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde, also nach Kenntnisnahme der Erwägungen des Verwaltungsgerichts, welche ihm die Bedeutung von konkreten diesbezüglichen Angaben klar machten (vorab E. 4), begnügt er sich mit der Erklärung, die Mutter seiner Tochter heiraten und mit seinem Kind und der neuen Ehefrau eine Familie gründen und Ruhe finden zu wollen, wofür aber die Scheidung von seiner heutigen Ehefrau notwendig
sei. Nicht ein einziges Treffen mit seiner Tochter wird auch nur behauptet. Unter diesen Voraussetzungen lässt sich die tatsächliche Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichts, dass die Beziehung zur Tochter nicht gelebt werde, unter dem Gesichtspunkt von Art. 105 Abs. 2 OG nicht beanstanden. Damit tangiert die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung (oder einer anderen Bewilligung) Art. 8 EMRK nicht. Das angefochtene Urteil verletzt diese Konventionsnorm nicht.
2.4 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als in jeder Hinsicht offensichtlich unbegründet, und sie ist im vereinfachten Verfahren (Art. 36a OG) abzuweisen.

Mit diesem Urteil wird das in der Beschwerdeschrift gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.
2.5 Der Beschwerdeführer ersucht für das bundesgerichtliche Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde als aussichtslos betrachtet werden muss; das Gesuch ist daher abzuweisen (Art. 152 OG).
Damit sind dem Beschwerdeführer entsprechend dem Verfahrensausgang die bundesgerichtlichen Kosten aufzuerlegen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht
im Verfahren nach Art. 36a OG:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 500.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Migration und dem Verwaltungsgericht, Verwaltungsrechtliche Abteilung, des Kantons Luzern sowie dem Bundesamt für Ausländerfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. März 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: