

# **BGer 2A.249/2001 vom 3. April 2002**

Bundesgericht, 2002-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.249\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.249_2001)

FR: TF 2A.249/2001 du 3 avril 2002

IT: TF 2A.249/2001 del 3 aprile 2002

## **Regeste**

Bürgerrecht und Ausländerrecht

## **Erwägungen**

### **E. 2**

a) Gemäss Art. 7 Abs. 2 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers keinen Anspruch auf Erteilung der ihm nach Absatz 1 grundsätzlich zustehenden Aufenthaltsbewilligung, 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. Erfasst wird davon die sog. Scheinehe bzw. Ausländerrechtsehe, bei der die Ehegatten von vornherein keine echte eheliche Gemeinschaft beabsichtigen ( BGE 127 II 49 E. 4a S. 55, mit Hinweisen). Auch wenn die Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen worden ist, heisst dies jedoch nicht zwingend, dass dem ausländischen Ehepartner der Aufenthalt ungeachtet der weiteren Entwicklung gestattet werden muss. Zu prüfen ist diesfalls, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht anderweitig als rechtsmissbräuchlich erweist ( BGE 127 II 49 E. 5a S. 56, mit Hinweisen).

b) Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will ( BGE 121 I 367 E. 3b S. 375; 121 II 97 E. 4 S. 103). Im Zusammenhang mit Art. 7 ANAG ist dies der Fall, wenn der Ausländer sich im fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur noch formell besteht oder aufrechterhalten wird mit dem alleinigen Ziel, dem Ausländer eine Anwesenheitsbewilligung zu ermöglichen. Dieses Ziel wird von Art. 7 ANAG nicht geschützt ( BGE 127 II 49 E. 5a S. 56; 123 II 49 E. 4 und 5 S. 50 ff.; 121 II 97 E. 2 und 4 S. 100 f. bzw. 103 ff.). Ein Rechtsmissbrauch darf aber nicht leichtthin angenommen werden, namentlich nicht schon deshalb, weil die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet worden ist. Gerade darum, weil der ausländische Ehegatte nicht der Willkür des schweizerischen ausgeliefert sein soll, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom ehelichen Zusammenleben abhängig zu machen (ausführlich: BGE 118 Ib 145 E. 3 S. 149 ff.). Erforderlich sind konkrete Hinweise darauf, dass die Ehegatten nicht (mehr) eine eigentliche Lebensgemeinschaft führen wollen, sondern die Ehe nur aus fremdenpolizeilichen Überlegungen aufrechterhalten wird ( BGE 127 II 49 E. 5a S. 56 f., mit Hinweisen). Ist dies erstellt, 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. zum Rechtsmissbrauch nach neuem Scheidungsrecht das Urteil des Bundesgerichts 5C.242/2001 vom 11. Dezember 2001, E. 2b/bb). Dies muss

schon deshalb gelten, weil der an der Ehe festhaltende Partner nicht verpflichtet ist, die Verweigerung der Scheidung zu begründen (E. 4b des zitierten Urteils), und er sich mithin in diesem Entschluss allenfalls auch allein von ausländerrechtlichen Überlegungen leiten lassen kann. Dass der Scheidungsrichter die rechtliche Aufrechterhaltung dieser Ehe während der Dauer der Vierjahresfrist als für den klagenden Ehegatten nicht unzumutbar im Sinne von Art. 115 ZGB erachtet, schliesst aber nicht aus, dass die Berufung auf eine solche, nur noch formell bestehende Ehe als Grundlage für eine Aufenthaltsbewilligung ausländerrechtlich einen Rechtsmissbrauch darstellen kann. c) Dass die Ehe nur (noch) aus fremdenpolizeilichen Überlegungen aufrechterhalten wird, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis und ist oft bloss durch Indizien zu erstellen ( BGE 127 II 49 E. 5a S. 57). Feststellungen über das Bestehen von solchen Hinweisen können äussere Gegebenheiten, aber auch innere psychische Vorgänge betreffen (Wille der Ehegatten). In beiden Fällen handelt es sich um tatsächliche Feststellungen ( BGE 98 II 1 E. 2a S. 6; vgl. auch BGE 119 IV 242 E. 2c S. 248), welche für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich sind (oben E. 1b/aa). Frei zu prüfen ist dagegen die Rechtsfrage, ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) darauf schliessen lassen, das Aufrechterhalten der Ehe bezwecke allein die Umgehung fremdenpolizeilicher Vorschriften.

### **E. 3**

a) Die Vorinstanz gibt an, es beständen gewisse Indizien dafür, dass seitens der Beschwerdeführerin das mit der Ehe verbundene Aufenthaltsrecht bereits bei Eheschliessung im Vordergrund gestanden haben könnte, ohne diese im Einzelnen zu benennen, und lässt die Frage offen, ob es sich bei der Ehe um eine bloss Scheinehe handelt. Um auf das Vorliegen einer Ausländerrechtsehe zu schliessen und die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung aus diesem Grunde zu verweigern, bedürfte es indessen konkreter Hinweise, welche vorliegend nicht in der erforderlichen Klarheit ersichtlich sind. Anzumerken bleibt allerdings, dass der von der Beschwerdeführerin erhobene Einwand, ihr Ehegatte habe sie "um jeden Preis" ehelichen und in die Schweiz bringen wollen bzw. er sei die treibende Kraft für die Eheschliessung gewesen, nicht geeignet wäre, um das Vorliegen einer Scheinehe zu widerlegen, ist doch in diesem Zusammenhang nicht die Sicht des schweizerischen, sondern jene des ausländischen Ehegatten (primär) massgebend (Urteil des Bundesgerichts 2A.424/2000 vom 13. Februar 2001, E. 3c, mit Hinweisen). Reichen somit die Indizien nicht aus, um auf das Vorliegen einer Scheinehe zu schliessen, ist zu untersuchen, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht als rechtsmissbräuchlich erweist (oben E. 2b). b) Der Ehemann der Beschwerdeführerin verliess anfangs Mai 1999 nach weniger als einem Jahr ehelichen Zusammenlebens den gemeinsamen Haushalt, nachdem bereits während längerer Zeit Spannungen zwischen den Ehegatten aufgetreten waren. Den von der Vorinstanz beigezogenen Akten aus dem Scheidungsverfahren kann entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin nach der Heirat zu trinken angefangen hatte und gelegentlich Marihuana konsumierte. Im Weiteren ist erstellt, dass sie sich mit ihrem Ehegatten bisweilen lautstark gestritten hatte, es zu handgreiflichen Auseinandersetzungen gekommen war und die Beschwerdeführerin (im Dezember 1998) Hausrat und Inventar in der ehelichen Wohnung demolierte. Als es anfangs Mai 1999 endgültig zum Bruch zwischen den Ehegatten gekommen war, beauftragte der Bezirksrichter auf Ersuchen des Ehemanns die Polizei, diesen zur Beschwerdeführerin zu begleiten, um unbehelligt seine Effekten aus der gemeinsamen Wohnung abholen zu können, da er tätliche Übergriffe seitens seiner Ehefrau befürchtete. Seither wurde die eheliche Gemeinschaft nicht wieder aufgenommen. Am 25. Mai 1999

erhob der Ehemann der Beschwerdeführerin die Scheidungsklage, welche im September 2000 abgewiesen wurde. Gegen dieses Urteil legte er in der Folge Berufung ein, womit er erneut seinen Scheidungswillen unterstrich. Der Ehemann hat damit klar zum Ausdruck gebracht, dass für ihn eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr in Frage kommt. Widersprüchlich erscheint demgegenüber das Verhalten der Beschwerdeführerin: Mit Widerklage vom 4. Oktober 1999 verlangte sie zunächst selbst die Scheidung, wobei sie eine Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse geltend machte. Dass dieses Rechtsbegehren aufgrund eines Missverständnisses von ihrem Anwalt fälschlicherweise gestellt worden sei, wie die Beschwerdeführerin später behauptete, erscheint schon deshalb unglaubwürdig, weil der Scheidungsantrag auch in ihrem Beisein an der gerichtlichen Vorverhandlung vom 4. November 1999 erneut (und unwidersprochen) aufrecht erhalten wurde. Am 14. Dezember 1999 änderte die Beschwerdeführerin ihre Widerklage, ersuchte um Trennung der Ehe und widersetzte sich damit der Scheidung. Dazu gab sie an, ihren Mann nach wie vor zu lieben, und bekundete die Bereitschaft, zu ihm zurückzukehren, woran sie auch heute noch festhält. Dieses Ansinnen hinderte die Beschwerdeführerin allerdings nicht daran, nach Beendigung des ehelichen Zusammenlebens zweimal intime aussereheliche Kontakte zu unterhalten, wobei umstritten ist, ob sie dafür ein Entgelt entgegengenommen hat. Zweifel an der Bereitschaft der Beschwerdeführerin, zu ihrem Ehemann zurückzukehren, entstehen aber vor allem mit Blick auf ihr Verhalten im Scheidungsverfahren: Auch wenn sie das widerklageweise geltend gemachte Scheidungsbegehren zurückgezogen hat, hat sie sich nicht bloss (passiv) der Scheidung widersetzt, sondern ihrerseits auf Trennung geklagt und an diesem Rechtsbegehren auch festgehalten, nachdem der zuständige Richter sie auf das anwendbare neue Scheidungsrecht aufmerksam gemacht hatte. Dieses setzt für die Trennung das Vorliegen eines Scheidungsgrundes voraus ( Art. 117 Abs. 1 ZGB ), wobei hier - in Anbetracht dessen, dass sich der Ehemann seinerseits der Trennung widersetzte - nur Art. 115 ZGB in Frage kommen konnte. Stellte sich die Beschwerdeführerin im Scheidungsverfahren somit auf den Standpunkt, ihr könne die Fortsetzung der Ehe aus schwerwiegenden Gründen nicht mehr zugemutet werden, weshalb die Ehe zu trennen sei, so kann sie im vorliegenden Verfahren nicht glaubwürdig die Auffassung vertreten, sie verschlüsse sich einer Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft nicht. Daher und in Würdigung der gesamten Umstände (bloss einjähriges Zusammenleben, Verlauf des Ehelebens, welches durch zunehmende Auseinandersetzungen gekennzeichnet war, Verhalten der Beschwerdeführerin) ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, die eheliche Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehegatten sei aus der Sicht beider Parteien unwiderruflich zerstört und bestehe nur noch formell. Davon, dass die Beschwerdeführerin der Willkür des schweizerischen Ehegatten ausgesetzt sei bzw. der Ehemann sich ihrer auf diese Weise rasch und einfach entledigen wolle, kann schon deswegen nicht die Rede sein, weil die Beschwerdeführerin am Scheitern der Ehe - wie sie selbst unter Hinweis auf das Scheidungsurteil darlegt - zumindest ein etwa gleich grosses Verschulden trifft wie ihren Gatten selbst. Infolgedessen ist aus fremdenpolizeilicher Sicht unerheblich, ob die Initiative zur Heirat - wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht - einseitig vom Ehemann ausgegangen ist bzw. ob dieser bei Eheschliessung über den Grund für die vormals bestehende Einreisesperre (illegaler Aufenthalt, Ausübung der Prostitution) informiert gewesen ist. c) Zu prüfen ist, ob sich die Berufung auf die nur noch formell bestehende Ehe als rechtsmissbräuchlich erweist. aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, solange die Ehe nicht rechtskräftig geschieden sei,

bestehe gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Anspruch auf Verbleib in der Schweiz, um unter anderem im Rahmen weiterer Verfahren die Rechte wahrnehmen zu können. Im Übrigen habe vorliegend der Scheidungsrichter die Frage des Rechtsmissbrauchs geprüft und klar verneint, weshalb er auch eine Berufung auf Art. 115 ZGB abgelehnt habe. Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, es sei davon auszugehen, dass die Ehe der Beschwerdeführerin auch während der vierjährigen Frist des Art. 115 ZGB (recte: Art. 114 ZGB) nur noch auf dem Papier bestehe. Der Beschwerdeführerin könne zwar nicht vorgeworfen werden, sie wersetze sich rechtsmissbräuchlich der Scheidung, nachdem ihr der Gesetzgeber ein solches Verhalten zugestehe; der Rechtsmissbrauch liege aber darin, dass sie sich auf eine solche Ehe berufe, um weiterhin einen Anspruch auf die Aufenthaltsbewilligung geltend zu machen. Unter diesen Umständen könne die Beschwerdeführerin auch nichts zu ihren Gunsten aus der Tatsache ableiten, dass der Scheidungsrichter die Klage ihres Mannes abgewiesen habe, zumal sich das Urteil nicht über die Qualität der ehelichen Beziehung und die Aussicht auf Wiedervereinigung ausspreche. Im Übrigen sei die Beschwerdeführerin zur Wahrnehmung ihrer Parteirechte im Scheidungsprozess nicht darauf angewiesen, in der Schweiz zu bleiben. bb) Die Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 7 ANAG hängt zwar weder vom gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten noch davon ab, dass die Ehe noch intakt ist, womit dem ausländischen Ehegatten nicht zuletzt auch ermöglicht werden soll, selbst Eheschutzmassnahmen und dabei die Regelung des Getrenntlebens zu beantragen, ohne die fremdenpolizeiliche Wegweisung befürchten zu müssen (vgl. BGE 121 II 97 E. 4a S. 103 f.; 118 Ib 145 E. 3c S. 150 f.). Haben sich die Eheleute indessen nach dem Stand der Dinge ohne jegliche Aussicht auf Wiedervereinigung getrennt und richtet sich der ausländische Ehegatte darauf ein, die nur noch formell bestehende Ehe aufrecht zu erhalten, um sich den Verbleib in der Schweiz bis zum Erwerb eines eigenständigen Bewilligungsanspruches zu sichern, so erweist sich die Berufung auf Art. 7 ANAG als rechtsmissbräuchlich (BGE 127 II 49 E. 5d S. 59). Vorliegend kann - nach dem oben Gesagten (E. 3b) - auch aus Sicht der Beschwerdeführerin kein Zweifel am definitiven Scheitern der Ehe bestehen. Berufte sie sich im fremdenpolizeilichen Verfahren trotzdem darauf, so erscheint dies unter dem Blickwinkel von Art. 7 ANAG als rechtsmissbräuchlich. Dass das Bezirksgericht die Scheidungsklage ihres Ehemannes bzw. ihre Trennungsklage wegen der nach Art. 114 ZGB einzuhaltenden Vierjahresfrist abgewiesen und die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung der Ehe im Sinne von Art. 115 ZGB verneint hat, ändert an dieser fremdenpolizeilichen Beurteilung nichts (vgl. oben E. 2b). Massgebend ist nicht, ob und wie weit dem Ehemann aufgrund seines eigenen Verhaltens die Einhaltung dieser Vierjahresfrist zuzumuten ist, sondern ob die Berufung auf die nur noch formell bestehende Ehe für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung unter den gegebenen konkreten Umständen noch durch den Zweck der fremdenpolizeilichen Regelung von Art. 7 ANAG - die Führung des Familienlebens in der Schweiz zu ermöglichen und abzusichern - gedeckt ist. Dies dürfte die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht verneinen. Im Übrigen ist (mit der Vorinstanz) davon auszugehen, dass die dauernde Anwesenheit der Beschwerdeführerin in der Schweiz zur Wahrung der Parteirechte in einem (dereinstigen) Scheidungsverfahren nicht erforderlich ist. Soweit die entsprechenden prozessualen Schritte nicht vom Ausland aus vorgenommen werden können, steht die (blosse) Wegweisung einer allfälligen kurzzeitigen Anwesenheit zu diesem Zweck nicht entgegen (vgl. Andreas Zünd, Beendigung der ausländerrechtlichen Anwesenheitsberechtigung, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, St. Gallen 2001, S. 184). cc) Das im Laufe des

bundesgerichtlichen Verfahrens ergangene Urteil des Zivilgerichtshofes I des Kantonsgerichts Wallis vom 21. September 2001, mit dem die Berufung des Ehemannes der Beschwerdeführerin gegen die Abweisung seiner Scheidungsklage abgewiesen wurde, ist als nachträglich eingetretene Tatsache an sich unbeachtlich (E. 1b/aa). An der obigen Beurteilung würde sich aber auch bei Berücksichtigung dieses Entscheids nichts ändern, zumal sich die darin enthaltenen detaillierten Sachverhaltsfeststellungen über die Vorgeschichte und den Verlauf der Ehe bereits aus den Beweiserhebungen im Verfahren vor Bezirksgericht ergaben, welche der Vorinstanz bei Erlass des angefochtenen Urteils bekannt waren. Der Umstand, dass die Berufungsinstanz den Widerstand der Beschwerdeführerin gegen die verlangte Scheidung ausdrücklich nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnete, nützt der Beschwerdeführerin nichts. Diese Feststellung bezieht sich auf den Anspruch auf Einhaltung der Vierjahresfrist gemäss Art. 114 ZGB ; sie kann aber für die Handhabung von Art. 7 ANAG , wo sich die Frage des Rechtsmissbrauchs anders stellt, nicht verbindlich sein (vgl. oben E. 2b).

#### **E. 4**

a) Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet abzuweisen.  
b) Die Beschwerdeführerin hat um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Verbeiständung für das Verfahren vor Bundesgericht ersucht. Die von ihr gestellten Rechtsbegehren können nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden; die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist - nachdem sie arbeitslos geworden ist - ebenfalls zu bejahen ( Art. 152 Abs. 1 OG ). Zudem rechtfertigt sich mit Blick auf die besonderen Schwierigkeiten des vorliegenden Falles - namentlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Scheidungsprozess und fremdenpolizeilichem Verfahren - der Beizug eines Rechtsanwaltes ( Art. 152 Abs. 2 OG ). Dem Gesuch ist daher zu entsprechen. Damit sind keine Kosten zu erheben ( Art. 152 Abs. 1 OG ) und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 152 Abs. 2 OG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.