

100.2020.85U  
HER/BDE/KIB

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 2. Februar 2021

Verwaltungsrichterin Herzog, präsidierendes Mitglied  
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiberin Baerfuss Klossner

A. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Advokat B. \_\_\_\_\_

**Beschwerdeführer**

gegen

**Sicherheitsdirektion des Kantons Bern**  
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung  
infolge Auflösung der Ehegemeinschaft (Entscheid der Sicherheits-  
direktion des Kantons Bern vom 4. Februar 2020; 2019.POMGS.591)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der türkische Staatsangehörige A.\_\_\_\_\_ (Jg. 1978) reiste am 9. November 2015 mit einem türkischen Dienstpass in die Schweiz ein. Am 20. Januar 2016 heiratete er die Schweizer Bürgerin C.\_\_\_\_\_ (Jg. 1982) und erhielt gestützt auf die Ehe eine Aufenthaltsbewilligung, welche letztmals bis am 19. Januar 2019 verlängert wurde. Die Ehe ist kinderlos geblieben. Das Ehepaar lebt seit dem 9. Dezember 2018 getrennt. Am 19. August 2019 verweigerte das Amt für Migration und Personenstand (MIP; heute: Amt für Bevölkerungsdienste [ABEV]), Migrationsdienst (MIDI), die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von A.\_\_\_\_\_ und wies ihn unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg.

### **B.**

Gegen diese Verfügung erhob A.\_\_\_\_\_ am 19. September 2019 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM; heute: Sicherheitsdirektion [SID]). Diese wies die Beschwerde mit Entscheid vom 4. Februar 2020 ab und setzte A.\_\_\_\_\_ eine neue Ausreisefrist auf den 17. März 2020 an.

### **C.**

Am 9. März 2020 hat A.\_\_\_\_\_ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung der Aufenthaltsbewilligung im Sinne der Erwägungen an das ABEV, MIDI, zurückzuweisen.

Die SID beantragt mit Vernehmlassung vom 15. Juni 2020 die Abweisung der Beschwerde. Gleichzeitig hat sie ein Schreiben von C.\_\_\_\_\_ vom 21. Januar 2019 zu den Akten gereicht, welches der MIDI aus den Akten entfernt hatte (damalige Aktenseiten 118 und 119).

Mit Replik vom 10. Juli 2020 hat A. \_\_\_\_\_ sein Rechtsbegehren bestätigt und sich zum Schreiben seiner Ehefrau vom 21. Januar 2019 geäußert. Die SID hält mit Duplik vom 4. August 2020 am Antrag auf Beschwerdeabweisung fest. Von der Gelegenheit zu Schlussbemerkungen hat A. \_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 21. August 2020 Gebrauch gemacht.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.2** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

#### **2.**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist Folgendes zu erwägen:

**2.1** Die Ehefrau des Beschwerdeführers beantwortete mit Schreiben vom 21. Januar 2019 den Fragenkatalog des MIDI vom 10. Januar 2019 zur Trennung des Ehepaars. Sie bat darum, ihre Aussagen vertraulich zu behandeln und nicht zur Einsichtnahme freizugeben (Akten MIDI pag. 114 f.; act. 7A). Nachdem der MIDI das Antwortschreiben aus Gründen der Vertraulichkeit gemäss Mitteilung an die damalige Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers «aus den Akten entfernt» (Akten MIDI pag. 149) und die Vorinstanz die-

ses Vorgehen im Beschwerdeverfahren geschützt hatte (vgl. angefochtenen Entscheid E. 2.3), ist sie im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren darauf zurückgekommen und hat das Schreiben der Ehefrau vom 21. Januar 2019 mit Vernehmlassung zu den Akten gereicht. Sie führt an, dass sie das Schreiben beim MIDI ediert habe und nach Einsicht keine überwiegenden privaten Interessen der Ehefrau erkennbar seien, die das Zurückhalten des Dokuments rechtfertigen würden, zumal sich das Schreiben inhaltlich weitgehend mit der aktenkundigen E-Mail der Ehefrau vom 14. Dezember 2018 decke (Vernehmlassung S. 1).

**2.2** Lügen überwiegende private Interessen an der Geheimhaltung einer Stellungnahme (oder Teilen davon) wie jener vom 21. Januar 2019 im Sinn von Art. 23 Abs. 1 VRPG vor, hätte die Behörde nach Abs. 2 dieser Vorschrift zu verfahren und der Verfahrenspartei den wesentlichen Inhalt des fraglichen Aktenstücks zur Kenntnis zu bringen, ansonsten das rechtliche Gehör verletzt ist (vgl. BVR 2008 S. 97 E. 2.2.2). Nimmt die Behörde eine derartige Stellungnahme hingegen zu den Akten, um sie später wieder daraus zu entfernen, besteht das Risiko, dass daraus ohne weiteres auf eine Gehörsverletzung geschlossen wird (in diesem Sinn BGer 2C\_779/2019 vom 29.1.2020 E. 3.3 f.). Vorliegend ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Entfernung des Schreibens vom 21. Januar 2019 aus den Akten unzulässig war und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat. Angesichts der aktenkundigen Äusserung der Ehefrau vom 14. Dezember 2018 (Akten MIDI pag. 110) kann sodann entsprechend der Einschätzung der Vorinstanz nicht auf überwiegende private Geheimhaltungsinteressen der Ehefrau geschlossen werden, welche eine (teilweise) Geheimhaltung rechtfertigen, weshalb das fragliche Aktenstück integral Teil der verwaltungsgerichtlichen Akten bildet (art. 7A). Die Gehörsverletzung kann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geheilt werden (vgl. Vernehmlassung S. 1 und BVR 2008 S. 97 E. 2.2.3; zur Heilung allgemein BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5), was der Beschwerdeführer nicht bestreitet: Das Verwaltungsgericht hat das Schreiben zu den Akten genommen und der Beschwerdeführer hat sich zur Sache im Licht der ergänzten Akten im Rahmen eines zweiten Schriftwechsels und Schlussbemerkungen äussern und damit seine Rechte vollumfänglich wahrnehmen können (vorne Bst. C). Der Verletzung des rechtlichen Gehörs in den Verfahren vor den Vorinstanzen ist bei der Verlegung

der Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht angemessen Rechnung zu tragen (vgl. hinten E. 7).

### 3.

Auf den 1. Januar 2019 ist eine Teilrevision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20) in Kraft getreten, die auch den Gesetzestitel und die offizielle Abkürzung ändert. Der Erlass heisst neu Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG). Das vorliegende Verfahren wurde mit dem Verlängerungsgesuch vom 27. November 2018 vor Inkrafttreten dieser Teilrevision eingeleitet (Akten MIDI pag. 104 f.), weswegen das alte Recht (AuG und Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201] je in der bis zum 31.12.2018 gültigen Fassung [AS 2007 S. 5437 bzw. AS 2007 S. 5497]) anwendbar bleibt (Art. 126 Abs. 1 AIG analog; BGer 2C\_496/2019 vom 13.11.2019 E. 4; BVR 2020 S. 231 E. 4) Die im vorliegenden Verfahren anzuwendenden Bestimmungen des AuG sind jedoch soweit hier interessierend inhaltlich unverändert geblieben bzw. wirken sich nicht zugunsten des Beschwerdeführers aus, weshalb durchgehend vom AIG gesprochen wird.

### 4.

Strittig sind die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz.

**4.1** Gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. a AIG besteht der Bewilligungsanspruch trotz Auflösens bzw. definitiven Scheiterns der Ehe verselbständigt weiter, wenn das Zusammenleben mindestens drei Jahre gedauert und (kumulativ) die betroffene ausländische Person sich hier erfolgreich integriert hat (vgl. BGE 140 II 289 E. 3.8; BGer 2C\_683/2017 vom 18.7.2018 E. 2.1). Für die Berechnung der Dreijahresfrist ist auf die in der Schweiz gelebte Ehegemeinschaft abzustellen. Nicht angerechnet wird eine voreheliche Gemeinschaft.

Massgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der Dauer der ehelichen Gemeinschaft ist in der Regel die Aufgabe der Haushaltsgemeinschaft (vgl. BGE 140 II 345 E. 4.1 [Pra 104/2015 Nr. 75], 140 II 289 E. 3.5.1; BGer 2C\_375/2020 vom 24.7.2020 E. 2.1.2). Eine (relevante) Ehegemeinschaft liegt vor, solange die eheliche Beziehung tatsächlich gelebt wird und ein gegenseitiger Ehewille besteht (BGE 138 II 229 E. 2). Die Frist nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a AIG gilt absolut; bereits das Fehlen weniger Wochen oder Tage schliesst den Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung aus (BGer 2C\_375/2020 vom 24.7.2020 E. 2.1.2). Vom Erfordernis des dreijährigen Zusammenlebens nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a AIG kann nach Art. 49 AIG abgesehen werden, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden können und die Familiengemeinschaft weiterbesteht. Wichtige Gründe für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenwohnens können insbesondere durch berufliche Verpflichtungen oder durch eine vorübergehende Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme entstehen (Art. 76 VZAE; vgl. BGE 140 II 289 E. 3.5.1; BGer 2C\_351/2020 vom 13.7.2020 E. 4.1; VGE 2019/80 vom 6.2.2020 E. 3.2). Eine Ehe muss namentlich dann als fortbestehend im Sinn von Art. 49 AIG gelten, wenn die Ehegemeinschaft während der Trennung nachgewiesenermassen weiterhin bestanden hat, das Ehepaar trotz getrennter Haushalte (und späterem Scheitern der Ehe) beispielsweise weiterhin regelmässigen engen Kontakt gepflegt oder eine Egetherapie besucht hat (vgl. BGer 2C\_375/2020 vom 24.7.2020 E. 2.2.4; Marc Spescha, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 49 AIG N. 3 f.). Bei getrennt wohnenden Eheleuten genügen rein freundschaftliche Kontakte für die Annahme einer gelebten Ehegemeinschaft allerdings nicht, selbst wenn solche zwei oder drei Mal die Woche stattfinden (BGer 2C\_375/2020 vom 24.7.2020 E. 2.2.4).

**4.2** Unbestritten ist, dass der Beginn der relevanten Ehegemeinschaft auf den Zeitpunkt der Eheschliessung in der Schweiz am 20. Januar 2016 festzusetzen ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.5; Beschwerde S. 3). Es steht zudem fest, dass der Beschwerdeführer Anfang Dezember 2018 die gemeinsame Wohnung verlassen und per 9. Dezember 2018 Wohnsitz in einer anderen Gemeinde genommen hat; die Eheleute haben das Zusammenleben seither nicht wiederaufgenommen (Replik Ziff. 4; Akten MIDI pag. 118, 141). Der gemeinsame Haushalt wurde damit vor Ablauf der Drei-

jahresfrist aufgehoben. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, dass er auch nach der Trennung Kontakt zu seiner Ehefrau gehabt habe. Er verweist auf seine Stellungnahme vom 22. Januar 2019 (Akten MIDI pag. 118 f.), wonach er damals von einer bloss vorübergehenden Trennung ausgegangen sei und er wieder mit ihr habe zusammenkommen wollen (Beschwerde S. 4). Vor Verwaltungsgericht bringt er vor, mit der Äusserung der Ehefrau vom 14. Dezember 2018 sei der Nachweis nicht erbracht, dass deren Ehwille bereits im Dezember 2018 erloschen sei (Beschwerde S. 4 ff.). Gestützt auf die neu aktenkundige Stellungnahme der Ehefrau vom 21. Januar 2019 folgert er, dass ihr Ehwille beweismässig frühestens seit 21. Januar 2019 als erloschen gelten kann; hierfür spreche auch, dass sie erst im Sommer 2019 die Scheidung verlangt und bis im Herbst 2019 mit dem Eheschutzgesuch zugewartet habe (Replik Ziff. 5, 11, 15 f.).

**4.3** Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 4, 7) liegt es grundsätzlich an der ausländischen Person, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG die massgeblichen sachverhaltlichen Umstände nicht nur zu behaupten, sondern auch zu belegen (BGer 2C\_377/2020 vom 15.7.2020 E. 3.4.2, 2C\_436/2020 vom 2.7.2020 E. 4.3.2). Es wäre somit am Beschwerdeführer gewesen, substantiiert darzulegen, dass oder inwieweit er und seine Ehefrau nach der Trennung Anfang Dezember 2018 das Eheleben fortgeführt haben (Kontakte, gemeinsame Aktivitäten etc.). Dies gelingt ihm jedoch nicht: Er macht zwar geltend, dass es in der Zeit nach seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung bis zu seiner Stellungnahme vom 22. Januar 2019 zu zwei Treffen gekommen sei und er mit seiner Ehefrau über SMS sowie gelegentlich telefonisch kommuniziert habe (Beschwerde S. 4; Replik S. 4 f.; Akten MIDI pag. 118). Selbst wenn es dem Beschwerdeführer möglich gewesen wäre, die vorgebrachten vereinzelten Kontakte nachzuweisen (vgl. Replik Ziff. 9 f.), würden diese im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vorne E. 4.1) nicht genügen, um den Weiterbestand der Ehegemeinschaft trotz getrennter Haushalte zu belegen. Nichts anderes ergibt sich aus den Angaben seiner Ehefrau: Diese informierte den MIDI mit E-Mail vom 14. Dezember 2018 unaufgefordert über die erfolgte Trennung und schilderte unter Hinweis auf den unmittelbar bevorstehenden Ablauf der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers ihre Sicht der Dinge. Unter anderem führte sie an, dass das Verhalten des Be-

schwerdeführers zur Trennung geführt habe und er von ihr und ihrer Familie keine Hilfe mehr erwarten könne (Akten MIDI pag. 110). Mit Schreiben vom 21. Januar 2019 beantwortete die Ehefrau verschiedene Fragen des MIDI zur Trennung und zur Integration des Beschwerdeführers (act. 7A; Akten MIDI pag. 114 f.). Dabei hielt sie fest, dass sie sich eine gemeinsame Zukunft nicht mehr vorstellen könne; eine Scheidung sei unumgänglich. Seit seinem Auszug Anfang Dezember 2018 hätten sie nur noch gelegentlich per SMS Kontakt gehabt. Sie hätten bereits im Sommer 2018 über die Scheidung gesprochen. Ihr Mann habe aber damals versprochen, sich zu ändern und sich um Integration zu bemühen. Da es nur bei Versprechungen geblieben sei, habe sie sich in der Folge trotzdem getrennt. Dass die Ehefrau ihre frühere Trennungsabsicht erst auf konkrete Frage des MIDI hin erwähnte und nicht bereits in der E-Mail vom 14. Dezember 2018, widerspricht dieser Mitteilung nicht und lässt insbesondere nicht den Schluss zu, sie habe bis zum 21. Januar 2019 noch einen Ehemillen gehabt. Vielmehr muss aus ihrer Mitteilung vom 14. Dezember 2018, in der sie sich gegen eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers aussprach, geschlossen werden, dass sie die Ehe zu jenem Zeitpunkt als definitiv gescheitert betrachtete. Der Beschwerdeführer vermag dies nicht mit dem Einwand zu entkräften, seine Ehefrau bzw. deren Aussagen seien unglaubwürdig (Beschwerde S. 5; Replik Ziff. 8): Der Zeitpunkt der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts Anfang Dezember 2018 ist unbestritten. Zudem deutet wie dargelegt nichts darauf hin, dass das Ehepaar danach noch enge Kontakte gepflegt hätte oder es zu einer Wiederannäherung gekommen wäre. Der Beschwerdeführer kann daher auch nichts für sich aus dem Umstand ableiten, dass seine Ehefrau «erst» im Sommer 2019 erste Vorkehren im Hinblick auf die Scheidung getroffen hat (Beschwerde S. 4; Replik Ziff. 15).

**4.4** Nach dem Gesagten ist das Erfordernis der dreijährigen Ehegemeinschaft nicht erfüllt. Die Vorinstanz hat damit zu Recht einen Anspruch gestützt auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a AIG verneint. Ob sich der Beschwerdeführer erfolgreich integrieren können, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben (vgl. vorne E. 4.1). Wichtige persönliche Gründe nach Art. 50 Abs. 1 Bst. b AIG, die einen nachehelichen Härtefall begründen könnten, sind weder geltend gemacht noch ersichtlich.

**5.**

Fehlt es an einem Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz, entscheidet die zuständige Behörde nach pflichtgemäsem Ermessen über die Bewilligungsverlängerung (Art. 3, Art. 33 Abs. 3 sowie Art. 96 AIG). Die Vorinstanz hat auch eine ermessensweise Bewilligungsverlängerung verweigert (angefochtener Entscheid E. 5). Dabei hat sie die massgebenden Gesichtspunkte und Interessen in Einklang mit der publizierten Praxis des Verwaltungsgerichts vollständig einbezogen und zutreffend gewichtet, eingeschlossen die Aufenthaltsdauer, die Integration und allfällige Gründe, welche eine Wiedereingliederung im Herkunftsland als gefährdet erscheinen lassen könnten. Es ist weder geltend gemacht noch erkennbar, dass die Vorinstanz das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hätte (vgl. BVR 2015 S. 105 E. 2.2, 2013 S. 73 E. 3.3 f.).

**6.**

Nach dem Gesagten hält der angefochtene Entscheid der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Da die von der Vorinstanz angesetzte Ausreisefrist abgelaufen ist, ist eine neue anzusetzen (vgl. BVR 2019 S. 314 E. 7). Sie beträgt nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in der Regel sechs Wochen, wobei bei der Bemessung besondere Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 64d Abs. 1 AIG). Die gegenwärtige besondere Lage aufgrund des Coronavirus rechtfertigt eine längere Frist bis Ende März 2021. Sollte die Ausreise bis zu diesem Zeitpunkt aufgrund von Reisebeschränkungen nicht möglich sein, ist es Sache der Migrationsbehörde, eine neue Frist anzusetzen.

**7.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig und hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Spezielle prozessuale Verhältnisse können nach die-

sen Vorschriften jedoch eine vom Unterliegerprinzip abweichende, dem Einzelfall angemessene Kostenverlegung rechtfertigen (Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 18 und 35). Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass sowohl der MIDI als auch die SID das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt haben (vgl. vorne E. 2). Erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat sich der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Entscheidung gestützt auf die vollständigen Akten erfüllt. Es rechtfertigt sich daher, ihm im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und die Parteikosten zulasten des Kantons Bern zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG; vgl. BVR 2008 S. 97 E. 4; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 21 und 39). Verfahrenskosten sind demnach keine zu erheben (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die Kostennote (act. 9A) gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

#### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Dem Beschwerdeführer wird eine neue Ausreisefrist gesetzt auf den **31. März 2021**.
2. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (Sicherheitsdirektion) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 3'742.10 (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführer
  - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
  - Staatssekretariat für Migration

Das präsidierende Mitglied:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.