

100.2017.216U  
BUR/CES

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 29. August 2017**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Gerichtsschreiberin Schnyder Niedermann

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdeführer

gegen

**Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern**  
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Rechtsverweigerung; unentgeltliche Rechtspflege (Verfügung  
der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 6. Juli 2017;  
2017.POM.463)



## **Sachverhalt und Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** A.\_\_\_\_\_, philippinischer Staatsangehöriger, wurde am 31. Januar 2014 vom Regionalgericht Bern-Mittelland zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt. Daraufhin widerrief das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), die Niederlassungsbewilligung und wies A.\_\_\_\_\_ auf den Tag der Entlassung aus dem Strafvollzug aus der Schweiz weg. Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM) am 15. Dezember 2015 ab. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 27. Juli 2016 (VGE 2016/17). Das beim Bundesgericht eingereichte Rechtsmittel blieb ebenso ohne Erfolg (BGer 2C\_681/2016 vom 5.1.2017).

**1.2** In der Zwischenzeit wurde A.\_\_\_\_\_ aus dem Strafvollzug entlassen. Am 23. Januar 2017 ersuchte er, weiterhin vertreten durch seinen Rechtsanwalt, das MIP, die Wegweisung nicht zu vollziehen und die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20) «auszusprechen». Aufgrund seiner Verurteilung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz sei er in seinem Heimatstaat erheblich gefährdet, da der philippinische Präsident Drogendealern mit dem Tod drohe und solche Personen auch habe töten lassen. Mit Schreiben vom 8. Juni 2017 informierte das MIP, dass gemäss Amtsbericht des Staatssekretariats für Migration (SEM) keine Gründe gegen die Zulässigkeit des Vollzugs der Wegweisung von A.\_\_\_\_\_ in die Philippinen sprechen würden, weshalb es beim SEM auch keinen Antrag auf vorläufige Aufnahme in der Schweiz stellen werde. Mit einem zweiten Schreiben vom 13. Juni 2017 verweigerte das MIP den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

**1.3** A.\_\_\_\_\_ gelangte am 21. Juni 2017 mit einer als «Rechtsverweigerungsbeschwerde/Gesuch vorsorgliche Massnahme» be-

zeichneten Eingabe an die POM. Er verlangte, dass das MIP anzuweisen sei, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, und mit einer vorsorglichen Massnahme sei dem MIP bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu untersagen, ihn aus der Schweiz «auszuschaffen». Überdies stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt. Mit Verfügung vom 6. Juli 2017 wies die POM das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab, da sie die Begehren als aussichtslos erachtete (Art. 111 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) und erhob einen Verfahrenskostenvorschuss von Fr. 1'400.-- (Dispositiv Ziff. 2 und 3); das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme wies es ab (Dispositiv Ziff. 4).

**1.4** Dagegen hat A.\_\_\_\_\_ am 20. Juli 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben mit den Rechtsbegehren, Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und ihm sei für das vorinstanzliche Verfahren das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsanwalts zu erteilen; Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung sei dahingehend abzuändern, dass das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben sei; aus Billigkeitsgründen seien in diesem Punkt die Verfahrenskosten dem Kanton Bern aufzuerlegen und A.\_\_\_\_\_ sei eine angemessenen Parteientschädigung auszurichten. Im Weiteren verlangt A.\_\_\_\_\_ auch für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt. In seiner Beschwerde weist er u.a. darauf hin, dass er am 8. Juli 2017 Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingereicht habe, welcher mit «Decision on interim measure» am 19. Juli 2017 die Schweizerische Eidgenossenschaft angewiesen habe, die Wegweisung während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht zu vollziehen. – Die POM beantragt mit Vernehmlassung vom 14. August 2017, die Beschwerde sei abzuweisen.

## 2.

Umstritten ist, ob die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege zu Recht verweigert hat.

**2.1** Gemäss Art. 111 Abs. 1 VRPG befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Kosten- und allfälligen Vorschusspflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Bst. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Bst. b). Unter den gleichen Voraussetzungen kann überdies einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Abs. 2). – Die Vorinstanz ist der Auffassung, die Beschwerde erweise sich zum vornherein als aussichtslos. Die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels ist aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten zu beurteilen, wie sie sich im Zeitpunkt des Gesuchs darstellen (vgl. im Einzelnen BVR 2016 S. 369 E. 3.1).

**2.2** In der Sache ist vor der Vorinstanz strittig, ob das MIP betreffend das Begehren um vorläufige Aufnahme zu Recht keine Verfügung erlassen hat. Der Beschwerdeführer wirft der Ausländerbehörde diesbezüglich Rechtsverweigerung vor. Gemäss Art. 83 Abs. 1 AuG verfügt das SEM die vorläufige Aufnahme, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Vollzugshindernisse, die zur vorläufigen Aufnahme führen, können zwar jeder wegweisenden Behörde gegenüber vorgebracht werden; der Gesetzgeber hat aber den direkten Zugang der ausländischen Person zu diesem Verfahren bewusst ausgeschlossen und in Art. 83 Abs. 6 AuG festgelegt, dass nur die kantonale Behörde die vorläufige Aufnahme beim dafür ausschliesslich zuständigen SEM beantragen kann (BGE 141 49 E. 3.5.3 [Pra 104/2015 Nr. 82], 137 II 305 E. 3.2; BVR 2013 S. 543 E. 7.1; VGE 2011/266 vom 7.3.2012 E. 1.2; Ruedi Illes, in Handkommentar AuG, 2010, Art. 83 N. 48). Da dem Beschwerdeführer nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts kein Antragsrecht zukommt, ist es im Rahmen einer bloss summarischen Prüfung der Prozessaussichten nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Rechtsverweigerungsbeschwerde als aussichtslos bewertet hat. An dieser Prognose der Prozessaussichten ändert entgegen der Meinung des Beschwerdeführers

nichts, dass der EGMR in seinem Verfahren eine «interim measure» getroffen hat. Im hier interessierenden Verfahren geht es einzig um eine Ersatzmassnahme für einen angeblich undurchführbaren Wegweisungs Vollzug, wobei nach Gesetz andere Regeln hinsichtlich der Parteistellung gelten als in den Verfahren betreffend die Erteilung oder den Entzug bzw. Widerruf einer ausländerrechtlichen Bewilligung. Warum der Ausschluss des individuellen Antragsrechts hinsichtlich der vorläufigen Aufnahme gegen die EMRK verstossen soll, legt der Beschwerdeführer nicht näher dar. Allfällige Vollzugshindernisse im Zusammenhang mit seiner strafrechtlichen Verurteilung als Drogenhändler hätte der Beschwerdeführer im Verfahren betreffend den Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung geltend machen müssen, was er nicht getan hat. Es bleibt daher grundsätzlich die Möglichkeit, ein neues Bewilligungsgesuch einzureichen (zu den Voraussetzungen vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1); dies ist hier aber nicht Streitgegenstand. Zu prüfen ist einzig, ob die Vorinstanz die im Zusammenhang mit der angestrebten vorläufigen Aufnahme erhobene Rechtsverweigerungsbeschwerde als zum vornherein aussichtslos bezeichnen durfte. Dies ist wie ausgeführt ohne weiteres der Fall. Die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erweist sich damit als offensichtlich unbegründet.

### 3.

Der Beschwerdeführer ist sodann der Meinung, infolge der «interim measure» des EGMR sei sein Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme durch die POM gegenstandslos geworden. Es ist unbestritten, dass aufgrund dieser Anordnung die Wegweisung des Beschwerdeführers während der Dauer des Verfahrens vor dem EGMR nicht vollzogen wird (vgl. Beschwerdevernehmlassung vom 14.7.2017). Allerdings übersieht der Beschwerdeführer, dass die POM den Erlass einer solchen Massnahme schon am 6. Juli 2017 (vgl. Dispositiv Ziff. 4 des angefochtenen Entscheids) und damit vor Erlass der Anordnung des EGMR verweigert hat. Ist das Interesse des Beschwerdeführers am Erlass einer solchen Massnahme durch die POM nachträglich dahingefallen, führt dies nicht zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens, wenn die POM wie hier über das Gesuch

bereits befunden hat. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt offensichtlich unbegründet.

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerde ist somit vollumfänglich abzuweisen. Damit wird der Beschwerdeführer als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Für das Beschwerdeverfahren betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege können keine Verfahrenskosten erhoben werden (Art. 112 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VRPG). Der Beschwerdeführer verlangt auch für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt. Nach dem Gesagten muss die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zum vornherein als aussichtslos bezeichnet werden. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut zu prüfen wäre. Da über das Gesuch erst im Endentscheid befunden wird und der Beschwerdeführer deshalb keine Gelegenheit hatte, sind Rechtsmittel nach Abweisung dieses Begehrens zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese – soweit die vorsorgliche Massnahme betreffend (E. 3 hiervor) – praxisgemäss bloss im Rahmen der üblichen Abschreibungsgebühren zu erheben (BVR 2014 S. 437 E. 7.9).

**4.2** Die Behandlung des Rechtsmittels fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine reduzierte Pauschalgebühr von Fr. 500.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
  - dem Beschwerdeführer
  - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons
  - dem Staatssekretariat für Migration

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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.