

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 5. September 2017

Verwaltungsrichter Müller
Gerichtsschreiberin Marti

1. **A.** _____
2. **B.** _____
beide vertreten durch Rechtsanwalt C. _____
Beschwerdeführende

gegen

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

sowie

Einwohnergemeinde Bern
Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei, Predigergasse 5,
Postfach, 3001 Bern

betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung / Nichtverlängerung der
Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung infolge Verstossens gegen die
öffentliche Ordnung bzw. Sozialhilfeabhängigkeit (Entscheid der Polizei-
und Militärdirektion des Kantons Bern vom 31. Januar 2017;
2016.POM.207)



Sachverhalt und Erwägungen:

1.

1.1 Der aus Sri Lanka stammende A._____ (geb. ... 1966) reiste am 22. August 1985 im Alter von 19 Jahren in die Schweiz ein und ersuchte hier erfolglos um Asyl. Dem negativen Asylentscheid und der Wegweisung leistete er keine Folge. Am 17. November 1989 heiratete er die Schweizer Bürgerin D._____, worauf ihm die Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Aus dieser Ehe, die am 23. Januar 2004 geschieden wurde, stammen drei heute erwachsene Kinder mit Schweizer Staatsangehörigkeit. Seit dem Jahr 1998 ist A._____ im Besitz der Niederlassungsbewilligung. Am 21. Oktober 2006 heiratete er in .../Sri Lanka B._____ (geb. ... 1968), welche am 23. August 2007 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz einreiste. Sie erhielt in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung, die zuletzt bis am 6. November 2015 verlängert worden war. Am ... 2008 kam der gemeinsame Sohn E._____ zur Welt; er ist ebenfalls im Besitz der Niederlassungsbewilligung. Am 17. Februar 2015 verwarnte die Einwohnergemeinde (EG) Bern, Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (EMF) das Ehepaar wegen Schuldenwirtschaft und Straffälligkeit. Damals wies A._____ eine Verschuldung mit 17 offenen Betreibungen von insgesamt Fr. 42'584.20 und 105 offenen Verlustscheinen von insgesamt Fr. 230'157.15 auf (Akten EMF, pag. 28 f.). Die Schuldenwirtschaft nahm – ungeachtet der ausländerrechtlichen Verwarnung – weiter zu (Akten EMF, pag. 108-118). Mit Verfügung vom 26. Februar 2016 widerrief die EG Bern die Niederlassungsbewilligungen von A._____ und E._____ und verweigerte die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von B._____. Weiter wies sie die Betroffenen – ohne Ansetzung einer Ausreisefrist – aus der Schweiz weg.

1.2 Hiergegen erhoben A._____ und B._____ am 30. März 2016 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM). Am 31. Januar 2017 hiess die POM die Beschwerde dahin gut, dass sie die Verfügung vom 26. Februar 2016 soweit den Widerruf der Niederlassungsbewilligung von E._____ und seine Wegweisung aus der Schweiz betreffend aufhob. Im Übrigen wurde die Beschwerde

abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (Dispositivziffer 1). A._____ und B._____ wurde eine Ausreisefrist angesetzt auf den 31. März 2017 (Dispositivziffer 2). In Gutheissung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege wurde ihnen Fürsprecher F._____ als amtlicher Anwalt beigeordnet (Dispositivziffer 3).

1.3 Am 25. Februar 2017 wandte sich der Rechtsvertreter an die EG Bern und ersuchte um Erstreckung der Ausreisefrist. Er erklärte Folgendes (vgl. Beschwerdebeilage [BB] 3):

«Nach eingehender Besprechung der Lage mit meinen Mandanten und auch mit der Bewähru[ngs]helferin, Frau G._____, sind wir zum Ergebnis gelangt, den Entscheid zu akzeptieren. Da es aber nach langjährigem Auf[...]enthalt in der Schweiz viele Dinge vor der Abreise zu regeln gilt (Kündigungen, AHV, Pensionskasse etc.), ersuchen wir Sie höflich, die Ausreisefrist um einen Monat zu verlängern. Die[s] lässt uns auf eine Beschwerdeerhebung zum Zeitgewinn verzichten und garantiert auch eine freiwillige Ausreise der Familie.

Ich bit[t]e Sie höflich, Ihre Zustimmung bal[d]möglichst abzugeben und die gesetzte Ausreisefrist bis zum 30.4.2017 zu verlängern.»

Gleichentags brachte er das Gesuch um Erstreckung der Ausreisefrist der POM zur Kenntnis und ersuchte um Ausrichtung der zugesprochenen amtlichen Entschädigung (BB 4). A._____ und B._____ erhielten eine Kopie der beiden Eingaben (vgl. BB 3 und 4). Die EG Bern entsprach dem Ersuchen am 28. Februar 2017 und setzte die Ausreisefrist auf den 30. April 2017 an (BB 5).

1.4 Am 3. März 2017 haben A._____ und B._____, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt C._____, gegen den Entscheid der POM vom 31. Januar 2017 (eröffnet am 1.2.2017) Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, A._____ sei die Niederlassungsbewilligung zu belassen und die Aufenthaltsbewilligung von B._____ sei zu verlängern. Weiter ersuchen sie um unentgeltliche Rechtspflege und um Beiordnung ihres Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt.

Mit Vernehmlassung vom 3. April 2017 hat die POM beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Zum Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat sie

sich eines Antrags enthalten. Die EG Bern hat gleichentags die Beschwerdeabweisung beantragt. Mit Replik vom 24. Mai 2017 halten A. _____ und B. _____ an den gestellten Begehren fest.

2.

2.1 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.

2.2 Angefochten ist der Entscheid der POM vom 31. Januar 2017. Die POM beantragt Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung bringt sie vor, dass der vormalige Rechtsvertreter am 25. Februar 2017 den Rechtsmittelverzicht erklärt habe (vgl. Vernehmlassung S. 1 f.). – Hat eine Partei gültig auf ein Rechtsmittel verzichtet, ist diese Erklärung dem unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist gleichzustellen, so dass die Verfügung oder der Entscheid in formelle Rechtskraft erwächst (VGE 2013/45 vom 14.3.2013 E. 2 mit Hinweis auf Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 114 N. 3; Eidgenössisches Versicherungsgericht [EVG] U 304/04 vom 23.5.2006 E. 2.2, U 139/02 vom 20.11.2002 E. 2.3). Das in einer formell rechtskräftigen Verfügung bzw. in einem formell rechtskräftigen Entscheid geregelte Rechtsverhältnis kann – unter Vorbehalt bestimmter Ausnahmen – nicht erneut zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht werden (res iudicata). Somit ist zunächst zu prüfen, ob ein gültiger Rechtsmittelverzicht vorliegt.

2.3 Die Parteien eines Verfahrens haben es aufgrund der sog. Dispositionsmaxime in der Hand, das Rechtsmittelverfahren durch die Erhebung eines Rechtsmittels einzuleiten, durch die Rechtsbegehren den Streitgegenstand zu bestimmen und das Verfahren durch Anerkennung, Verzicht oder Rückzug zu beenden (vgl. BVR 2011 S. 391 E. 2.1). Allerdings ist ein verbindlicher Verzicht in aller Regel erst während laufender Rechtsmittelfrist möglich, nachdem die Verfügung oder der Entscheid zugestellt und von der Begründung Kenntnis genommen worden ist. Ein Verzicht, der zum

Voraus, also noch bevor die begründete Verfügung oder der begründete Entscheid ergangen ist, erklärt wird, ist grundsätzlich unverbindlich, denn es kann diesfalls nicht vorausgesetzt werden, dass die Partei in voller Sachkenntnis gehandelt hat (vgl. BGE 143 III 157 E. 1.2.1 mit Hinweisen auf die straf-, verwaltungs- und privatrechtliche Praxis, 86 I 150 E. 2; VGE 2013/45 vom 14.3.2013 E. 2 bestätigt durch BGer 2C_277/2013 vom 7.5.2013 E. 1.4; EVG U 304/04 vom 23.5.2006 E. 2.1, U 139/02 vom 20.11.2002 E. 2.3; Martin Bertschi, in Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N. 59; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 59 f.). Wurde während laufender Rechtsmittelfrist durch ausdrückliche Erklärung auf ein Rechtsmittel verzichtet, so ist dieser Verzicht nicht frei widerrufbar. Die Einlegung eines Rechtsmittels bzw. der Widerruf des Verzichts ist diesfalls nur zulässig, wenn Letzterer unter Willensmängeln, insbesondere wegen irreführenden Angaben der Behörde, zustande gekommen ist (VGE 2013/45 vom 14.3.2013 E. 2, bestätigt durch BGer 2C_277/2013 vom 7.5.2013 E. 1.4; EVG U 304/04 vom 23.5.2006 E. 2.2, U 139/02 vom 20.11.2002 E. 2.3; Martin Bertschi, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N. 60; Oliver Zibung, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 50 N. 16).

2.4 Der damalige Rechtsvertreter hat am 25. Februar 2017 namens der Beschwerdeführenden erklärt, den Entscheid zu akzeptieren. Zu diesem Zeitpunkt haben der Rechtsvertreter und die Beschwerdeführenden über jene Sachkenntnis verfügt, die für einen gültigen Rechtsmittelverzicht erforderlich ist. Diese Erklärung wurde zunächst gegenüber der für den Vollzug zuständigen EG Bern abgegeben, verbunden mit dem Gesuch, die Ausreisefrist bis zum 30. April 2017 zu erstrecken (vgl. vorne E. 1.3). Der Rechtsmittelverzicht wurde gleichzeitig auch gegenüber der POM erklärt, die den hier angefochtenen Entscheid gefällt hat (vorne E. 1.3). Der Rechtsmittelverzicht ist demnach grundsätzlich verbindlich, zumal die Gültigkeit des Rechtsmittelverzichts nicht die Mitteilung an die Rechtsmittelinstanz voraussetzt (EVG U 139/02 vom 20.11.2002 E. 2.4; Martin Bertschi, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N. 59).

2.5 Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, dass es zwischen ihnen und ihrem vormaligen Rechtsvertreter ein «Missverständnis» gegeben habe. Sie seien mit dem angefochtenen Entscheid nie einverstanden gewesen. Der Rechtsvertreter habe in «Eigenregie einen Rechtsmittelverzicht» angemeldet. Wie es zu diesem Missverständnis gekommen sei, könne dahingestellt bleiben, habe der Verzicht doch ohnehin keinen Bestand, da die Beschwerde innert Frist erhoben worden sei (Beschwerde S. 3). Zudem habe im Anschluss an die im Schreiben vom 25. Februar 2017 erwähnte Besprechung kein Vertretungsverhältnis mehr bestanden, welches dem vormaligen Rechtsvertreter erlaubt hätte, den Rechtsmittelverzicht einzulegen (Replik S. 1).

2.5.1 Die Beschwerdeführenden übersehen, dass ein gültiger Rechtsmittelverzicht nicht frei widerrufbar ist, auch nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist. Ein solcher Widerruf des Verzichts ist nach dem Gesagten nur zulässig, wenn er unter Willensmängeln zustande gekommen ist (vgl. vorne E. 2.3). Ein Willensmangel wird weder geltend gemacht noch ist ein solcher ersichtlich. Vielmehr wurde die Erklärung vom 25. Februar 2017 nach eingehender Besprechung zwischen den Beschwerdeführenden und ihrem damaligen Rechtsvertreter einerseits und der Bewährungshelferin andererseits verfasst (vgl. vorne E. 1.3).

2.5.2 Soweit die Beschwerdeführenden vorbringen, der damalige Rechtsvertreter habe den Rechtsmittelverzicht in «Eigenregie» erklärt, ergibt sich was folgt: Prozesshandlungen der Vertreterin oder des Vertreters wirken für und gegen die vertretene Partei als deren eigene, d.h. wie wenn sie selber gehandelt hätte. Kenntnisse der Vertreterin oder des Vertreters gelten als der vertretenen Partei bekannt und werden ihr zugerechnet (vgl. statt vieler Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 11 N. 16). Gerichte und Behörden können sich darauf verlassen, dass die Vertreterin oder der Vertreter den Willen der Partei zum Ausdruck bringt; sie müssen sich insbesondere nicht wegen eines von der Vertreterin oder vom Vertreter erklärten Rückzugs der Beschwerde bei der Partei persönlich vergewissern, ob diese dem Vorgehen zustimmt (vgl. Art. 33 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]; Laurent Merz, in Basler Kommentar, 2. Aufl.

2011, Art. 40 BGG N. 11). Eine generelle Erkundigungs- und Nachforschungspflicht besteht nicht (BGer 9C_460/2016 vom 10.1.2017 E. 2.3 mit Hinweis), auch nicht bei einem Rechtsmittelverzicht. – Laut den aktenkundigen Vollmachten haben die Beschwerdeführenden ihren damaligen Rechtsvertreter in Sachen «Verlängerung C. Bewilligung» und «Erneuerung Aufenthalt» zur Vertretung ermächtigt. In diesem Rahmen war der Rechtsvertreter zu allen Verfahrenshandlungen namens der Beschwerdeführenden befugt (Vollmachten vom 11.12.2015 und 29.11.2014, Akten POM [act. 3A1], Beilage 2 und 3). Letztere müssen sich somit den vom damaligen Rechtsvertreter erklärten Rechtsmittelverzicht anrechnen lassen. Zudem finden sich in den Akten Hinweise, die dafür sprechen, dass der Rechtsmittelverzicht im Zeitpunkt der Erklärung im Interesse der Beschwerdeführenden gelegen ist: Der E-Mail vom 10. März 2017 der Bewährungshelferin G._____ an eine Mitarbeiterin der EG Bern ist zu entnehmen, dass «alles klar» erschien, weshalb mit der Ausreiseplanung begonnen worden sei. Insbesondere der Beschwerdeführer «sah die Situation akzeptiert und verstanden» zu haben. Die Beschwerdeführerin habe sich demgegenüber «unter keinen Umständen mit der Ausreise befassen» wollen (act. 4A). Ob der damalige Rechtsvertreter tatsächlich eigenmächtig gehandelt hat, ist somit zweifelhaft, kann nach dem Gesagten aber dahingestellt bleiben.

2.5.3 Schliesslich findet die Behauptung der Beschwerdeführenden, es habe am 25. Februar 2017 kein Vertretungsverhältnis mehr bestanden, welches den damaligen Rechtsvertreter zum Rechtsmittelverzicht ermächtigt hätte, in den Akten keine Stütze. Das Vertretungsverhältnis bleibt grundsätzlich bestehen, bis der Widerruf der Vollmacht mitgeteilt wird. Es ist an den Beschwerdeführenden, den Behörden bzw. dem Gericht den Widerruf hinreichend klar bekannt zu geben (vgl. Art. 34 Abs. 3 OR; Laurent Merz, a.a.O., Art. 40 BGG N. 12). Die Beschwerdeführenden haben aber weder den Widerruf der Vollmacht angezeigt noch sind sie nach erklärtem Rechtsmittelverzicht tätig geworden.

2.6 Nach dem Gesagten steht fest, dass der damalige Rechtsvertreter namens der Beschwerdeführenden den Rechtsmittelverzicht in verbindlicher Weise erklärt hat. Der Entscheid der POM vom 31. Januar 2017 ist

damit formell in Rechtskraft erwachsen, weshalb auf die Beschwerde offensichtlich nicht eingetreten werden kann.

2.7 Die Beurteilung solcher Beschwerden fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

3.

3.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführenden an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Sie haben aber ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Die Verwaltungsjustizbehörde befreit eine Partei auf Gesuch hin von den Kostenpflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 111 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Ein Prozess ist nicht aussichtslos, wenn berechnete Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen (BVR 2015 S. 487 E. 7.1; BGE 139 III 475 E. 2.2, 129 I 129 E. 2.3.1).

3.2 Die Beschwerdeführenden haben am 3. März 2017 gegen den Entscheid der POM vom 31. Januar 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben, obschon ihr damaliger Rechtsvertreter am 25. Februar 2017 namens der Beschwerdeführenden den Rechtsmittelverzicht erklärt hat. Dass eine solche Beschwerde aussichtslos ist, musste für den neu mandatierten Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden insbesondere mit Blick auf Rechtsprechung und Literatur erkennbar sein (vgl. vorne E. 2.3). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist deshalb abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut noch zu prüfen wäre. Es bleibt somit dabei, dass die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen haben. Sie haften dafür solidarisch (vgl. Art. 106 VRPG).

Da über das Gesuch erst im Endentscheid befunden wird und sie deshalb keine Gelegenheit hatten, ihr Rechtsmittel nach Abweisung des Begehrens

um unentgeltliche Rechtspflege zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese praxisgemäss bloss im Rahmen der üblichen Abschreibungsgebühren zu erheben. Parteikosten sind keine zu sprechen (vgl. Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
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 den Beschwerdeführenden auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführenden
 - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
 - der Einwohnergemeinde Bern
 - 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.