

100.2020.145U
BDE/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil der Einzelrichterin vom 30. Juni 2020

a.o. Verwaltungsrichterin Baerfuss Klossner
Gerichtsschreiberin Schnyder Niedermann

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführer

gegen

Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Wegweisung; Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege
(Verfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 30. April 2020;
2020.SIDGS.219)



Sachverhalt und Erwägungen:

1.

1.1 A._____ (Jg. 1988), Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegovina, reiste am 29. Januar 2020 visumsfrei in die Schweiz ein. Am 19. Februar 2020 wurden er und eine weitere Person von der Polizei wegen Verdachts, Gerüstmaterial gestohlen zu haben, vorläufig festgenommen. Gleichentags wurde gegen ihn ein Strafverfahren wegen Diebstahls, Hausfriedensbruchs und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung eröffnet. A._____ befand sich bis am 26. Februar 2020 in Untersuchungshaft. Mit Verfügung vom 26. Februar 2020 wies ihn das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), aus der Schweiz sowie aus dem Schengen-Raum bzw. aus der Europäischen Union weg, weil er über unzureichende Finanzmittel verfüge und eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Das ABEV, MIDI, erklärte die Wegweisung für sofort vollstreckbar und hielt A._____ an, die Schweiz sowie den Schengen-Raum und die Europäische Union bis zum 28. Februar 2020 zu verlassen. Mit Verfügung vom 26. Februar 2020 sprach das Staatssekretariat für Migration (SEM) gegen A._____ ein Einreiseverbot aus, gültig vom 28. Februar 2020 bis 27. Februar 2023 für den ganzen Schengenraum. A._____ reiste unmittelbar nach seiner Entlassung aus dem Regionalgefängnis Bern in sein Heimatland zurück.

1.2 Gegen die Wegweisungsverfügung erhob A._____ am 2. März 2020 Beschwerde bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID). Der instruierende Rechtsdienst verfügte am 20. März 2020, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt werde. Am 20. April 2020 stellte A._____ rückwirkend auf den 26. Februar 2020 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt. Mit Verfügung vom 30. April 2020 wies der instruierende Rechtsdienst der SID das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab. In der Rechtsmittelbelehrung verwies er auf die fünfjährige Rechtsmittelfrist nach Art. 64 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20).

1.3 Dagegen hat A. _____ am 6. Mai 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Anträgen:

«I. Hauptbegehren

- 1.1 Die Verfügung der Vorinstanz vom 30. April 2020 sei vollumfänglich aufzuheben und die Beschwerde sei gutzuheissen.
- 1.2 Es sei gerichtlich unverzüglich und vorfrageweise festzustellen, dass die Rechtsmittelfrist der Vorinstanz rechtswidrig verfügt wurde und die Vorinstanz sei unverzüglich anzuweisen, die Verfügung nach den Voraussetzungen von Art. 52 Abs. 1 VRPG rechtskonform unter Ansetzung einer rechtskonformen Rechtsmittelfrist von 30 Tagen gemäss Art. 67 VRPG neu zu eröffnen.
- 1.3 Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 30. April 2020 dem Beschwerdeführer das Recht sich zu verteidigen verweigert.
- 1.4 Es sei dem Beschwerdeführer allenfalls, bei Abweisung von Ziffer 1.2. vorne, gerichtlich unverzüglich eine angemessene Nachfrist zu Nachbesserung dieser Beschwerde zu erteilen.
- 1.5 Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

II. Eventualbegehren

- 2.1 Die Verfügung der Vorinstanz vom 30. April 2020 sei vollumfänglich aufzuheben und die Beschwerde sei gutzuheissen.
- 2.2 Der Beschwerdeführer sei im hängigen Verwaltungsverfahren betreffend seine Wegweisung aus der Schweiz von allen Verfahrenskosten, Vorschuss- und Sicherstellungspflichten zu befreien, mithin sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die unentgeltliche Rechtspflege sei rückwirkend auf die Eröffnung des Verfahrens durch den MIDI am 26. Februar 2020 zu erteilen.
- 2.3 Der Unterzeichnende sei als Armenanwalt dem Beschwerdeführer amtlich beizuordnen und die Parteikosten des Beschwerdeführers seien vom Kanton Bern zu tragen.
- 2.4 Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.»

Mit Verfügung vom 7. Mai 2020 hat der Abteilungspräsident bezüglich des Rechtsbegehren 2.4 darauf hingewiesen, dass die aufschiebende Wirkung nur bei positiven Verfügungen zum Tragen komme. Er hat es dem Beschwerdeführer zudem freigestellt, innert der allenfalls noch laufenden Beschwerdefrist gemäss Art. 81 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) weitere Ausführungen zur Sache zu machen. Der Beschwerdeführer hat sich in der Folge nicht mehr vernehmen lassen.

2.

2.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Verfügung vom 30. April 2020 betreffend die unentgeltliche Rechtspflege als letzte kantonale Instanz zuständig (Art. 112 Abs. 3 i.V.m. Art. 74 ff. VRPG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt von E. 2.2 f. hiernach einzutreten.

2.2 Strittig ist, ob für die Beschwerde ans Verwaltungsgericht die dreissigtägige Beschwerdefrist gemäss Art. 81 Abs. 1 VRPG gilt oder die Frist von fünf Arbeitstagen nach Art. 64 Abs. 3 AIG. – Der Entscheid über die Verweigerung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selber (Art. 112 Abs. 3 VRPG). Gemäss Art. 64 Abs. 3 AIG ist eine Beschwerde gegen Wegweisungsverfügungen gemäss Art. 64 Abs. 1 Bst. a und b AIG innerhalb von fünf Arbeitstagen nach deren Eröffnung einzureichen. Wie der Abteilungspräsident mit Verfügung vom 7. Mai 2020 erwogen hat, ist ungeklärt, ob sich Art. 64 Abs. 3 AIG nur auf das Rechtsmittel an die SID als erste Beschwerdeinstanz bezieht oder auch das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht als zweite Beschwerdeinstanz erfasst (vgl. hierzu auch BGer 2D_9/2017 vom 3.10.2017 E. 3.2). Diese Frage kann auch vorliegend offenbleiben: Der Beschwerdeführer hat seine Verwaltungsgerichtsbeschwerde formgerecht innert fünf Arbeitstagen nach Eröffnung der vorinstanzlichen Verfügung erhoben. Es wurde ihm freigestellt, innert der allenfalls noch laufenden Beschwerdefrist gemäss Art. 81 Abs. 1 VRPG weitere Ausführungen zur Sache zu machen. Von dieser Möglichkeit hat er keinen Gebrauch gemacht. Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass er seinen Rügen und Argumenten in der Beschwerde vom 6. Mai 2020 nichts hinzuzufügen hat und er sich trotz der angeblich fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung angemessen hat verteidigen können. Auf seine Begehren, die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung neu zu eröffnen, allenfalls sei ihm eine angemessene Nachfrist zu Verbesserung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzuräumen (Rechtsbegehren 1.2 und 1.4, vorne

E. 1.3), ist demnach mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

2.3 Der Beschwerdeführer beantragt weiter, es sei festzustellen, dass die Vorinstanz die Rechtsmittelfrist rechtswidrig verfügt habe und ihm das Recht sich zu verteidigen, verweigert habe (Rechtsbegehren 1.2 und 1.3; vorne E. 1.3). – Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses und sind gegenüber rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann (statt vieler BVR 2018 S. 310 E. 7.3 mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 19 ff.). Soweit die Begehren im Zusammenhang mit der gerügten Rechtsmittelfrist nicht ohnehin hinfällig geworden sind (vorne E. 2.2), fehlt es dem Beschwerdeführer an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse. Auch insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.4 Entscheide über Beschwerden gegen Zwischenverfügungen, einschliesslich solcher betreffend die unentgeltliche Rechtspflege, fallen in die einzelrichterliche Zuständigkeit (vgl. Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.5 Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

3.

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

3.1 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, 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 berechtigte Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen, d.h. wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Als aussichtslos sind demgegenüber Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist dabei, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb austragen können, weil er sie nichts kostet (BVR 2019 S. 128 E. 4.1; BGE 142 III 138 E. 5.1). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich in objektiver Weise aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wie sie sich im Zeitpunkt des Gesuchs darstellen (BVR 2016 S. 369 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen).

3.2 In der Sache ist vor der Vorinstanz die Wegweisung des Beschwerdeführers nach Art. 64 AIG strittig. – Gemäss Art. 64 Abs. 1 Bst. b AIG erlassen die zuständigen Behörden u.a. eine ordentliche Wegweisungsverfügung, wenn eine Ausländerin oder ein Ausländer die Einreisevoraussetzungen (Art. 5) nicht oder nicht mehr erfüllt. Die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 AIG sind erfüllt, wenn die Ausländerinnen und Ausländer über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und über ein Visum verfügen, sofern dieses erforderlich ist (Bst. a), die für den Aufenthalt notwendigen finanziellen Mittel besitzen (Bst. b), keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz darstellen (Bst. c) und nicht von einer Fernhaltungsmassnahme oder einer Landesverweisung betroffen sind (Bst. d). Von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist insbesondere auszugehen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die betroffene Person während ihres Aufenthalts in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet oder öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtungen mutwillig nicht erfüllt (Art. 77a Abs. 1 Bst. a und b i.V.m. Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und

Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]; vgl. VGE 2019/230 vom 6.8.2019 E. 3.2). Mit der Wegweisungsverfügung ist grundsätzlich eine angemessene Ausreisefrist zwischen sieben und dreissig Tagen anzusetzen (Art. 64d Abs. 1 AIG). Die Wegweisung ist unter anderem sofort vollstreckbar oder es kann eine Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen angesetzt werden, wenn die betroffene Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die innere oder die äussere Sicherheit darstellt (Art. 64d Abs. 2 Bst. a AIG).

3.3 Wie die Vorinstanz richtig erwogen hat (E. 12), handelt es sich bei der Wegweisung um eine reine Entfernungsmassnahme. Sie verpflichtet die ausländische Person das Land sofort bzw. bis zum Ablauf der angesetzten Ausreisefrist zu verlassen. Andere Folgen – etwa eine Fernhaltung – sind damit nicht verbunden (vgl. BGer 2C_9/2012 vom 22.3.2012 E. 2.2). Der Beschwerdeführer hat die Schweiz bereits Ende Februar 2020 verlassen und ist in sein Heimatland zurückgekehrt. Es ist daher fraglich, ob er an der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Wegweisung überhaupt noch ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse hat (vgl. BGer 2C_9/2012 vom 22.3.2012 E. 2.2; VGE 2017/76 vom 22.3.2017). Zwar macht der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang geltend, die Wegweisung habe Auswirkungen auf die Beurteilung des durch das SEM verhängten Einreiseverbots. Dies überzeugt aber nicht: Der Beschwerdeführer kann losgelöst von der Wegweisung um Aufhebung des Einreiseverbots ersuchen, sollte das gegen ihn angehobene Strafverfahren eingestellt werden oder mit einem Freispruch enden (vgl. Art. 67 Abs. 5 AIG).

3.4 Eine Wegweisung kann auch dann ergehen, wenn wie im vorliegenden Fall ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren (noch) nicht eröffnet bzw. eingestellt wurde oder noch hängig ist (vgl. BVGer C-7068/2013 vom 19.5.2015 E. 5.5 mit Hinweisen). Die Behörde ist insbesondere nicht gehalten, den rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens abzuwarten, sofern das strafbare Verhalten aufgrund der Akten, insbesondere eines polizeilichen Einvernahmeprotokolls, als hinreichend erstellt betrachtet werden kann (vgl. BVGer C-3576/2012 vom 9.8.2013 E. 4.1). Die Wegweisung knüpft nicht an die Erfüllung einer Strafnorm, sondern an das Vorliegen einer Polizeigefahr an. Ob eine solche be-

steht und wie sie zu gewichten ist, hat die Verwaltungsbehörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung der einschlägigen ausländerrechtlichen Kriterien zu beurteilen. Wenn eine beschuldigte Person in der Regel bis zur Rechtskraft eines Strafentscheids in der Schweiz bleiben dürfte, würde der präventivpolizeiliche Zweck von Art. 64 Abs. 1 Bst. b AIG vereitelt (zum Ganzen VGE 2019/230 vom 6.8.2019 E. 3.5.3).

3.5 In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer einen Lieferwagen mietete und diesen am frühen Morgen des 19. Februars 2020 von Basel nach ... lenkte. Dort holte er gemeinsam mit einem Bekannten um ca. 3.30 Uhr aus einem umzäunten und mit einem abgeschlossenen Tor versehenen Lager Aluminiumtafeln im Wert von Fr. 8'000.-- heraus. Dabei mussten sie bei Dunkelheit über den Zaun bzw. das Tor des Lagers klettern und die Aluminiumtafeln durch bzw. über das Tor heben (vgl. angefochtener Entscheid E. 12; Akten SID pag. 7 f.; Akten MIDI pag. 4 ff., 70 ff.). Damit bestehen konkrete Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer an einem Diebstahl und Hausfriedensbruch beteiligt war. Aufgrund der Gegebenheiten musste sich ihm die Illegalität seines Tuns geradezu aufdrängen. Sein Vorbringen, er sei von seinem Bekannten instrumentalisiert und in die Irre geleitet worden, ist wenig glaubhaft. Mit der Vorinstanz ist daher von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszugehen ist (vgl. BVGer F-5785/2019 vom 30.4.2020 E. 6, F-7049/2017 vom 23.5.2019 E. 3.3, je mit Hinweisen), womit der Wegweisungsgrund nach Art. 64 Abs. 1 Bst. b AIG gegeben ist und die Voraussetzungen für den sofortigen Vollzug der Wegweisung erfüllt sind.

3.6 Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Beschwerde gegen die Wegweisungsverfügung im Rahmen einer bloss summarischen Prüfung der Prozessaussichten als aussichtslos bewertet hat. Die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Auf den Schriftenwechsel konnte bei dieser Sachlage verzichtet werden (Art. 83 i.V.m. Art. 69 Abs. 1 VRPG).

4.

Für das Beschwerdeverfahren betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 112 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O. Art. 112 N. 6). Der Beschwerdeführer beantragt auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren unentgeltliche Rechtspflege. Soweit er damit um Befreiung von Verfahrenskosten ersucht, ist auf das Gesuch aufgrund des kostenlosen Verfahrens mangels eines schutzwürdigen Interesses nicht einzutreten. Soweit es um die Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt geht, ist das Gesuch abzuweisen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde muss als zum vornherein aussichtslos bezeichnet werden, was sich ohne weiteres aus den vorangehenden Erwägungen ergibt. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut zu prüfen wäre.

5.

Gegen das vorliegende Urteil steht grundsätzlich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) offen (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG), steht doch in der Hauptsache ebenfalls dieses Rechtsmittel zur Verfügung (Grundsatz der Einheit des Verfahrens; vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3 mit Hinweisen). Zu beachten sind die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG.

Demnach entscheidet die Einzelrichterin:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.

4. Zu eröffnen:

- Beschwerdeführer
- Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
- Staatssekretariat für Migration

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.