

100.2023.168U  
STN/CHS

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 28. März 2024**

Verwaltungsrichter Stohner  
Gerichtsschreiberin Reichelt

Rechtsanwältin A. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

**Kanton Bern**  
handelnd durch die Sicherheitsdirektion, Kramgasse 20, 3011 Bern  
Beschwerdegegner

betreffend unentgeltliche Rechtspflege; Beiordnung als amtliche Anwältin  
und Entschädigung (Abschreibungsverfügung der Sicherheitsdirektion des  
Kantons Bern vom 19. Mai 2023; 2023.SIDGS.247)



## **Prozessgeschichte und Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** B.\_\_\_\_\_ (Jg. 1980), Staatsangehöriger von Pakistan, reiste im Januar 2012 zusammen mit seiner britischen Ehefrau und den beiden gemeinsamen Kindern (geb. 2008 und 2011) in die Schweiz ein. B.\_\_\_\_\_ erhielt abgeleitet von seiner Ehefrau eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Am ... 2013 wurde das dritte gemeinsame Kind geboren, welches wie seine älteren Geschwister über die Staatsangehörigkeit von Grossbritannien verfügt. Im Jahr 2016 trennte sich das Paar. Am 28. Mai 2019 wurde die Ehe geschieden.

Mit Verfügung vom 22. Januar 2020 verlängerte das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA von B.\_\_\_\_\_ nicht mehr und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz an. Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Der Ausreiseverpflichtung kam B.\_\_\_\_\_ indes nicht nach.

**1.2** B.\_\_\_\_\_ reichte am 4. September 2020, vertreten durch Rechtsanwältin A.\_\_\_\_\_, beim MIDI ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) i.V.m. Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) ein. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2020 wies der MIDI das Gesuch ab und ordnete abermals die Wegweisung von B.\_\_\_\_\_ unter Ansetzung einer Ausreisefrist an. Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID) am 9. Februar 2022 ab (Beschwerdeentscheid 2020.POMGS.904). Die SID verzichtete auf das Ansetzen einer Ausreisefrist, weil B.\_\_\_\_\_ sich damals im Strafvollzug befand. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**1.3** B.\_\_\_\_\_ reichte am 17. Februar 2023 – kurz vor seiner Entlassung aus dem Strafvollzug – ein neues Gesuch um Erteilung einer Auf-

enthaltensbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls beim MIDI ein. Dieser trat am 28. Februar 2023 auf das Gesuch nicht ein.

Gegen den Nichteintretensentscheid des MIDI erhob B.\_\_\_\_\_ am 14. März 2023 Beschwerde bei der SID. In prozessualer Hinsicht beantragte er, es sei für die Dauer des Verfahrens ein Vollzugsstopp betreffend seine Wegweisung aus der Schweiz anzuordnen und die Vorinstanz sei anzuweisen, alle Vollzugsvorkehrungen zu unterlassen. Mit prozessleitender Verfügung vom 20. März 2023 sah die SID davon ab, den beantragten «sofortigen Vollzugsstopp» anzuordnen und den MIDI zu einem Verzicht auf jegliche Vollzugsvorkehrungen anzuhalten. Am 22. März 2023 kehrte B.\_\_\_\_\_ in sein Heimatland Pakistan zurück. Am ... 2023 verstarb B.\_\_\_\_\_ in einem Krankenhaus in Islamabad (Pakistan) an einem akuten Nierenversagen und einer schweren stoffwechselbedingten Übersäuerung des Blutes infolge einer Alkoholvergiftung.

**1.4** Mit Verfügung vom 19. Mai 2023 schrieb die SID das Beschwerdeverfahren sowie das Verfahren vor dem MIDI als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis ab (Dispositiv-Ziff. 1). Den Tod des Beschwerdeführers wertete die SID als besonderen Umstand, der den Verzicht auf das Erheben von Verfahrenskosten rechtfertigt. Insoweit schrieb sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos ab. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, soweit die Beiordnung der Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin betreffend, wies sie wegen Aussichtslosigkeit ab (Dispositiv-Ziff. 2). Für das Gesuchsverfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege erhob die SID (ebenfalls) keine Verfahrenskosten (vgl. Dispositiv-Ziff. 3).

**1.5** Gegen diese Abschreibungsverfügung hat Rechtsanwältin A.\_\_\_\_\_ am 21. Juni 2023 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt sinngemäss, Dispositiv-Ziff. 2 der Abschreibungsverfügung vom 19. Mai 2023 sei insoweit aufzuheben, als das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung abgewiesen worden sei; sie sei im Verfahren vor der SID als amtliche Anwältin beizuordnen und angemessen zu entschädigen. Die SID beantragt mit Vernehmlassung vom 6. Juli 2023, die Beschwerde sei abzuweisen.

## **2.**

**2.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 112 Abs. 3 i.V.m. Art. 74 ff. des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Bei amtlicher Beiordnung steht die Entschädigung nicht der Partei, sondern der Anwältin oder dem Anwalt zu (Art. 112 Abs. 1 Satz 1 VRPG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die verweigernde Beiordnung als amtliche Anwältin besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. auch BVR 2019 S. 128 E. 4.2). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.2** Der Entscheid über Beschwerden betreffend die unentgeltliche Rechtspflege fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 119 VRPG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im vorliegenden Fall nicht vorgängig, sondern im Endentscheid beurteilt hat, da die Anordnung auch in diesem Fall als Zwischenverfügung gilt (Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 119 N. 35; BVR 2016 S. 369 [VGE 2014/193 vom 11.2.2016] nicht publ. E. 1.2; VGE 2020/231 vom 8.5.2023 E. 1.2).

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

**2.4** Streitgegenstand bildet die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege, soweit die Beiordnung der Beschwerdeführerin als amtliche Anwältin betreffend. Strittig ist, ob die SID die Beschwerde zu Recht als aussichtslos beurteilt hat.

### 3.

**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]). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG). Ein Prozess ist nicht aussichtslos, wenn berechtigte Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen, das heisst, wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Als aussichtslos sind nach der Rechtsprechung 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 (statt vieler BVR 2019 S. 128 E. 4.1; BGE 142 III 138 E. 5.1; zum Ganzen Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 111 N. 29 ff.). 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. Abzustellen ist vorab auf die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Akten und die Vorbringen der Partei; beantragte oder andere mögliche Beweise dürfen grundsätzlich antizipiert gewürdigt werden (vgl. BVR 2016 S. 369 E. 3.1; BGE 142 III 138 E. 5.1; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 111 N. 32 m.w.H.; Daniel Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, N. 363, 366-368).

**3.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe eine wesentlich veränderte Sachlage vorgelegen, welche eine Neuurteilung gerechtfertigt hätte. B.\_\_\_\_\_ habe sich während

des Strafvollzugs wohlverhalten, seine Deutschkenntnisse verbessert, mit fachlicher Unterstützung an seiner Alkoholerkrankung gearbeitet, seinen Wiedereinstieg ins Arbeitsleben vorbereitet und die Beziehung zu seinen Kindern gepflegt. Weiter wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vor (Beschwerde S. 6 f.).

**3.3** Ist eine früher bestehende Bewilligung widerrufen oder nicht mehr verlängert worden, so kann zwar grundsätzlich jederzeit ein Gesuch um eine neue Bewilligung gestellt werden. Ein neues Gesuch darf aber nicht dazu dienen, rechtskräftige Entscheide immer wieder infrage zu stellen. Die Verwaltungsbehörde ist (abgesehen von Revisionsgründen) nur verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben und diese Änderungen geeignet sind, zu einem anderen Resultat zu führen oder wenn seither eine angemessene Zeitdauer - in der Regel fünf Jahre - verstrichen ist.

Wer einer rechtskräftigen Ausreiseanordnung nicht nachkommt, sondern im Lande verbleibt und einfach ein neues Gesuch stellt, kann nur ausnahmsweise einen Anspruch auf Neubeurteilung geltend machen. Neue Sachumstände, die sich nur dadurch ergeben haben, dass die betroffene Person einer rechtskräftigen Wegweisung nicht Folge geleistet hat, haben entsprechend weniger Gewicht als Veränderungen, die während eines Aufenthalts mit Bewilligung oder vorläufiger Aufnahme oder während eines Verfahrens mit prozeduralem Bleiberecht (vorsorgliche Massnahme oder aufschiebende Wirkung) eingetreten sind (vgl. BGer 2C\_663/2020 vom 2.3.2021 E. 3.4 ff. mit Hinweisen).

**3.4** Der MIDI verweigerte mit Verfügung vom 22. Januar 2020 die ermessensweise Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von B. \_\_\_\_\_ unter dem Titel des schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 VZAE) und ordnete die Wegweisung von B. \_\_\_\_\_ aus der Schweiz an. Dieser focht die Verfügung nicht an, kam jedoch der Wegweisungsanordnung nicht nach, sondern verblieb rechtswidrig im Land und stellte in der Folge am 4. September 2020 beim MIDI ein neues Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Art. 30

Abs. 1 Bst. b AIG. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2020 wies der MIDI das Gesuch ab.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies die SID am 9. Februar 2022 ab (Beschwerdeentscheid 2020.POMGS.904; Akten MIDI pag. 554 ff.). Die SID erwog, dass der MIDI mit Verfügung vom 22. Januar 2020 rechtskräftig über die ermessensweise Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von B.\_\_\_\_\_ unter dem Titel des schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 VZAE entschieden hatte; zudem habe der MIDI die in Art. 31 Abs. 1 VZAE genannten Aspekte (Integration, Familienverhältnisse, finanzielle Verhältnisse, Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, Gesundheitszustand, Möglichkeiten der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat) bereits in die Prüfung von Art. 50 Abs. 1 Bst. a sowie Bst. b und Abs. 2 AIG einfließen lassen (vgl. Beschwerdeentscheid 2020.POMGS.904 E. 2.3). Weiter kam die SID zum Schluss, dass der MIDI das Härtefallgesuch vom 4. September 2020 nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 der Bundesverfassung (BV; SR 101) gar nicht hätte materiell prüfen müssen, da seit der rechtskräftigen Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung keine wesentlich veränderte Sachlage vorgelegen hatte (vgl. Beschwerdeentscheid 2020.POMGS.904 E. 3.7; siehe auch E. 3.3 hiervor). Dieser Entscheid der SID vom 9. Februar 2022 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen (vgl. vorne E. 1.2).

**3.5** Nicht anders zeigen sich mit der Vorinstanz (angefochtene Abschreibungsverfügung vom 19.5.2023 E. 11) die Verhältnisse im letzten eingeleiteten Verfahren auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG i.V.m. Art. 31 VZAE (Gesuch vom 17.2.2023 an den MIDI). Eine deutliche und potenziell entscheidende Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten im Vergleich zur Situation bei Erlass des Beschwerdeentscheids der SID vom 9. Februar 2022 liegt bei summarischer Prüfung nicht vor. Dass sich B.\_\_\_\_\_ während des Strafvollzugs wohl verhalten, seine Sprachkenntnisse verbessert, sich um seinen beruflichen Wiedereinstieg bemüht und die Beziehung zu seinen Kindern gepflegt hat, genügt dazu nicht. Für die Beurteilung der Fähigkeit und Bereitschaft zum Erfüllen des Integrationskriteriums der Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 31 Abs. 1 Bst. a VZAE i.V.m. Art. 58a Abs. 1 Bst. a AIG)

erlaubt das Verhalten im Strafvollzug zudem nicht dieselben verlässlichen Schlüsse wie das Verhalten in Freiheit.

**3.6** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz zudem insbesondere unter Hinweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung begründet, weshalb B.\_\_\_\_\_ ihres Erachtens keinen Anspruch auf Neuurteilung hatte (angefochtene Abschreibungsverfügung vom 19.5.2023 E. 11). Eine Verletzung der Begründungspflicht ist nicht ersichtlich.

**3.7** Zusammengefasst waren die Prozessaussichten zum Gesuchszeitpunkt objektiv gesehen nicht günstig. Die Vorinstanz ist bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zu Recht davon ausgegangen, dass die Gewinnaussichten erheblich geringer waren als die Verlustgefahren. Die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege durch die Vorinstanz verletzt kein Recht.

#### **4.**

Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen.

Für das Beschwerdeverfahren betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege sind keine Verfahrenskosten zu erheben und keine Parteikosten zu sprechen (vgl. Art. 112 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VRPG; Praxisnachweise bei Lucie von Büren, a.a.O., Art. 112 N. 8).

#### **5.**

Nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens steht gegen Entscheide betreffend die unentgeltliche Rechtspflege dasselbe Rechtsmittel offen wie in der Hauptsache (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3, 138 II 501 E. 1.1). Für das vorliegende Urteil ist demnach davon auszugehen, dass dagegen gemäss Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben

werden kann (Art. 39 ff. und 113 ff. BGG), da in der Hauptsache ebenfalls nur dieses Rechtsmittel zur Verfügung stand (Ermessensbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls). Das Urteil wird daher mit dieser Rechtsmittelbelehrung eröffnet.

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
3. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführerin
  - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
  - Staatssekretariat für Migration

Der Einzelrichter:

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. BGG geführt werden.