

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 436 vom 22. Juli 2020**

BE Verwaltungsgericht, 2020-07-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2020\\_436](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_436)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 436 du 22 juillet 2020

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 436 del 22 luglio 2020

## **Regeste**

Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung EU / EFTA und Wegweisung; Nicht eintreten (Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 28. Oktober 2020; 2020.SIDGS.667) | Ausländerrecht

## **Erwägungen**

### **E. 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 Nichteintretensentscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; BVR 2013 S. 536 E. 1.1 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Die Verfahrensbeteiligten sind sich uneinig, ob die Beschwerde einen vollständigen Antrag enthält, weil der Beschwerdeführer in der Sache nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids auf Nichteintreten beantragt (vorne Bst. C; Vernehmlassung S. 1 Ziff. 1; Replik S. 1 f. Rz. 1-3; Duplik S. 1). Es ist indes allseits anerkannt, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens einzig die Frage bildet, ob die Vorinstanz zu Recht oder zu Unrecht keinen Sachentscheid gefällt hat (BVR 2017 S. 459 E. 2.3). Hält das Nichteintreten der Rechtskontrolle nicht stand und ist die Angelegenheit daher materiell zu beurteilen, weist das Verwaltungsgericht die Sache grundsätzlich an die Vorinstanz zurück (vgl. Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 84 N. 7 f. und 13). Die Bestimmungen nicht nur über die Frist, sondern auch über die Form sind mithin eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.3**

Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide sind einzelrichterlich zu beurteilen (Art. 57 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

### **E. 1.4**

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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U,  
Seite 4

### **E. 2.1**

Die instruierende Sachbearbeiterin des Rechtsdiensts der SID eröffnete nach Eingang der Beschwerde vom 27. Juli 2020 den Schriftenwechsel. Der Beschwerdeführer erhielt bei dieser Gelegenheit das «Merkblatt für das Beschwerdeverfahren vor der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern» (Ziff. 2 der Verfügung vom 11.8.2020). Mit Verfügung vom 2. September 2020 ersuchte sie den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 105 Abs. 1 VRPG, bis am 25. September 2020 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'600.-- zu bezahlen. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2020 stellte sie fest, dass der Vorschuss nicht einbezahlt worden war. Sie setzte dem Beschwerdeführer daher eine Nachfrist bis am 17. Oktober 2020, um den Kostenvorschuss zu bezahlen; andernfalls werde auf die Beschwerde nicht eingetreten. Nachdem auch die Nachfrist unbenutzt verstrichen war, trat die SID am 28. Oktober 2020 androhungsgemäss auf die Beschwerde nicht ein (vorne Bst. B).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer hat im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Schreiben an die SID (Rechtsdienst) ins Recht gelegt, datiert auf den 12. September 2020. Die mit «Antrag für unentgeltliche Rechtspflege» überschriebene Eingabe hat folgenden Inhalt: «Hiermit beantrage ich unentgeltliche Rechtspflege. Grund für meinen Antrag ist meine finanzielle Situation, die es mir nicht ermöglicht, einen Anwalt zu bezahlen» (Beilage 5 zur Beschwerde; act. 1C). Weiter legt der Beschwerdeführer Bildschirmfotos seines Mobiltelefons vor (Beilage 4 zur Beschwerde; act. 1C), mit denen er nachweisen will, dass er sich mehrmals bei der SID telefonisch wegen des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege erkundigt habe (ein Anruf am 17.8.2020, drei Anrufe am 22.9.2020). Er habe aber keine klare Auskunft erhalten und sein Anliegen sei nicht ernst genommen worden (Beschwerde S. 6 Ziff. 8). Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, beim Rechtsdienst sei kein Gesuch eingegangen; ob es überhaupt der Post übergeben worden sei, müsse bezweifelt werden, bleibe aber unklar. Die zuständige Sachbearbeiterin des Rechtsdiensts habe – soweit erinnerlich am 17. August 2020 – lediglich ein einziges Mal mit dem Beschwerdeführer telefoniert und ihn darauf hingewiesen, das Verfahren sei schriftlich; hinsichtlich der Verfahrenskosten könne ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden, das ebenfalls schriftlich einzureichen sei (Vernehmlassung S. 2 f. Ziff. 6).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U,  
Seite 5

### **E. 2.3**

Zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 12. September 2020 ergibt sich beweisrechtlich Folgendes:

#### **E. 2.3.1**

In den amtlichen Akten des vorinstanzlichen Verfahrens ist das Gesuch nicht enthalten. Der Beschwerdeführer kann nicht belegen, dass das besagte Schreiben der Post tatsächlich aufgegeben wurde bzw. ein solches Gesuch beim Rechtsdienst der SID eingegangen ist. Insbesondere hat er seine Eingabe nach eigener Darstellung nicht mit eingeschriebener Post versandt (Beschwerde S. 6 Ziff. 8). Beweismassnahmen, die hier nachträglich Klarheit schaffen könnten und welche die Behörde im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes von

Art. 18 VRPG von Amtes wegen anzuordnen hätte, kommen nicht in Betracht. Der Beschwerdeführer hat denn auch keine ent- sprechenden Beweisanträge gestellt.

### **E. 2.3.2**

Können bei Parteieingaben Tatsache und Zeitpunkt der Zustellung nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der Gewissheit nachgewiesen wer- den (Regelbeweismass), trägt nach der Rechtsprechung grundsätzlich die Absenderin oder der Absender die Folgen der Beweislosigkeit (sog. objek- tive Beweislast; vgl. zu den Begriffen etwa Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 19 N. 19 und Art. 18 N. 11, je mit Hinweisen). Anders kann es sich ausnahmsweise ver- halten, wenn eine Partei den Beweis aus Gründen nicht erbringen kann, die nicht von ihr, sondern von der Behörde zu verantworten sind (z.B. Verletzung der Aktenführungspflicht; BGE 138 V 218 E. 8.1.1); in diesem Fall kommt es zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der Behörde (vgl. zum Ganzen BVR 2017 S. 413 E. 4.1; BGE 142 V 389 E. 2.2; ferner Michel Daum, a.a.O., Art. 42 N. 7 [Beweislast bei fristgebundenen Eingaben] und Art. 19 N. 32 [Beweislastumkehr]). Eine solche Ausnahmesituation wird im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

### **E. 2.3.3**

Gestützt auf die Regeln zur Beweislast muss somit davon ausgegan- gen werden, dass der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren kein schriftliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt hat.

### **E. 2.4**

Was die Telefonate angeht, hat zumindest ein Gespräch mit der zu- ständigen Sachbearbeiterin des Rechtsdiensts stattgefunden. Der Be- schwerdeführer stellt dies zwar als «reine Parteibehauptung» dar, zumal sich

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 6 in den amtlichen Akten keine Telefonnotiz finde (Replik S. 5 Ziff. 12). Indes- sen ist nicht einzusehen, weshalb dieses Gespräch entgegen den Ausfüh- rungen der SID nicht geführt worden sein soll. Der Beschwerdeführer selber will mit den eingereichten Bildschirmfotos belegen, dass er mehrfach telefo- nischen Kontakt mit der SID aufgenommen habe. Ein Anruf ist dabei am 17. August 2020 und damit am Tag dokumentiert, den auch die Sachbear- beiterin der SID als mutmassliches Datum der Unterhaltung angibt. Was den Gesprächsinhalt betrifft, stellt der Beschwerdeführer die Darstellung der Vor- instanz, die Sachbearbeiterin habe im Verfahrenskostenpunkt auf die Mög- lichkeit eines schriftlichen Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege hinge- wiesen, nicht substantiiert in Frage. Im Gegenteil geht er selber davon aus, bei seinen Anrufen sei es «mit hoher Wahrscheinlichkeit» um die unentgelt- liche Rechtspflege gegangen. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass es sich beim Gespräch mit der Sachbearbeiterin anders verhalten sollte (der Beschwerdeführer bezieht sich «insbesondere» auf die Anrufe vom 22.9.2020; vgl. Replik S. 5 Rz. 13). Da das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auf den 12. September 2020 datiert ist und am 2. September 2020 die (erste) Vorschussverfügung ergangen war, liegt vielmehr nahe, dass er von der Sachbearbeiterin über das Recht zur unentgeltliche Rechts- pflege aufgeklärt worden ist. Der Beschwerdeführer erläutert denn auch nicht, inwiefern er anderweitig von der Möglichkeit eines schriftlichen Ge- suchs erfahren haben will. Zudem ist es nicht ungewöhnlich, dass sich Laien telefonisch bei der Behörde über die Kostenpflicht von Verfahren erkundi- gen. Der Hinweis auf die

Regelungen zur unentgeltlichen Rechtspflege und zur Schriftlichkeit des Verfahrens drängt sich in solchen Fällen geradezu auf. Beweiswürdigend ist deshalb davon auszugehen, dass die Sachbearbeiterin des Rechtsdiensts den Beschwerdeführer – wie in Vernehmlassung der SID dargestellt – telefonisch über das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege und namentlich auch die Schriftform des Gesuchs orientiert hat.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die SID habe mit dem Erheben eines Kostenvorschusses Art. 105 Abs. 1 VRPG verletzt. Er beziehe wirtschaftliche Sozialhilfe und sei folglich mittellos; einer Arbeit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 7 könne er aus gesundheitlichen Gründen nicht nachgehen, was er mit mehreren ärztlichen Zeugnissen belegt habe. Die Vorinstanz habe mithin verkannt, dass er unentgeltliche Rechtspflege hätte beanspruchen können. Von einer Vorschussleistung sei in einer solchen Situation abzusehen (Beschwerde S. 5 Rz. 7).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 105 Abs. 1 VRPG besteht im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren grundsätzlich keine Pflicht, die Verfahrenskosten vorzuschüssen; hat jedoch die gesuchstellende Person keinen Wohnsitz in der Schweiz oder ist ihre Zahlungsunfähigkeit nachgewiesen, so kann die instruierende Behörde einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen. Die Behörde trifft ihren Entscheid nach pflichtgemäßem Ermessen (Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 10). Für den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit ist sinngemäss auf Art. 99 Abs. 1 Bst. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) abzustellen (Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 7). Danach ist die Zahlungsunfähigkeit der gesuchstellenden Person namentlich belegt, wenn gegen sie ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Die Aufzählung ist nicht abschliessend («namentlich»). Allgemein gesprochen ist eine Person zahlungsunfähig, die weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (BGE 111 II 206 E. 1). Das ist grundsätzlich der Fall, wenn die Voraussetzung der Mittellosigkeit für die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt ist (sog. Prozessarmut, Art. 111 Abs. 1 Bst. a VRPG; vgl. Suter/von Holzen, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 99 N. 25).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer kritisiert angesichts seiner langjährigen Sozialhilfeabhängigkeit und der dokumentierten Arbeitsunfähigkeit zu Recht nicht, dass seine Zahlungsunfähigkeit im vorinstanzlichen Verfahren bejaht wurde. Zudem sind im Betreibungsregister Verlustscheine verzeichnet (Stand 16.12.2019; Akten MIDI pag. 77). Wohl trifft zu, dass die Behörde im Rahmen ihres Ermessens auf einen Vorschuss verzichten kann, wenn die gesuchstellende Partei die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 8 könnte (Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 10; vgl. auch Kaspar Plüss, in Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, § 15 N. 35). Ausgeschlossen ist das Einverlangen eines Vorschusses auch in diesem

Fall jedoch nicht, deutet Prozessarmut doch gerade auf Zahlungsunfähigkeit hin, die eine mögliche Voraussetzung für die Vorschusspflicht im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren ist (E. 3.2 hiervor). Die Argumentation des Beschwerdeführers läuft darauf hin- aus, dass die Behörde keine Vorschussleistung verlangen dürfte, obwohl mutmasslich Zahlungsunfähigkeit gegeben ist, was nicht mit der gesetzli- chen Regelung über den Kostenvorschuss vereinbar ist. Hinzu kommt, dass die Prozessführung nach Ansicht der SID aufgrund der Aktenlage von vorn- herein aussichtslos war und ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege demnach ohnehin nicht hätte bewilligt werden können (Art. 111 Abs. 1 Bst. b VRPG; vgl. Vernehmlassung S. 2 Ziff. 4). Das ist eine sachbezogene Über- legung bei der Ermessensbetätigung, auch wenn die Aussichtslosigkeit in der verfahrensleitenden Verfügung nicht ausdrücklich angesprochen wird (vgl. Replik S. 3 Ziff. 7). Im Verhältnis zwischen der Vorschusspflicht nach Art. 105 Abs. 1 VRPG und dem Armenrecht gemäss Art. 111 ff. VRPG ist allemal entscheidend, dass zuerst über ein allfälliges Gesuch um unentgelt- liche Rechtspflege zu befinden ist, bevor ein (definitiver) Vorschuss verlangt wird (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 29 mit Hinweisen). Bei der SID war kein solches Gesuch hängig (vgl. vorne E. 2.3). Das Armenrecht wird praxismässig auch nicht von Amtes wegen erteilt (BVR 2014 S. 180 E. 7.1; Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 111 N. 15). Der Vorinstanz kann bei der Ausübung ihres Ermessens, das sie für das Einverlangen eines Vorschusses hat, dem- zufolge kein Rechtsfehler vorgeworfen werden.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer stört sich sodann an verschiedenen Rahmen- bedingungen, unter denen die Vorschusspflicht in seinem Fall gehandhabt wurde. Zum einen sei er von der SID nicht über die Möglich- keit der unent- geltlichen Rechtspflege aufgeklärt worden (Beschwerde S. 6 Rz. 9). Der an- gefochtene Entscheid verstosse daher gegen die allgemeinen Verfahrens-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 9 garantien von Art. 29 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und gegen die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV (Beschwerde S. 6 f. Rz. 10). Zudem habe die SID im angefochtenen Nichteintretensentscheid eine fal- sche Rechtsgrundlage für die Vorschusspflicht genannt. Weiter habe die in- struierende Sachbearbeiterin den Vorschuss erst verlangt, nachdem sie die Vernehmlassung des MIP eingeholt hatte. Insofern sei der angefochtene Entscheid willkürlich, treuwidrig und widersprüchlich, demzufolge mit Art. 9 BV nicht vereinbar (Beschwerde S. 7 Rz. 11 f.).

#### **E. 4.2**

Zur angeblich unzureichenden behördlichen Aufklärung über das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege ergibt sich Folgendes:

##### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 97 ZPO klärt das Gericht die nicht anwaltlich vertretene Partei über die mutmassliche Höhe der Prozesskosten sowie über die unent- geltliche Rechtspflege auf. Anders als der Beschwerdeführer annimmt, ist diese zivilprozessuale Bestimmung in Verfahren der bernischen Verwal- tungsrechtspflege weder direkt noch sinngemäss anwendbar (Lucie von Bü- ren, a.a.O., Art. 111 N. 15). Verfassungsrechtlich verlangt die Garantie von Art. 29 Abs. 3 BV, die den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege veran- kert, ebenfalls keine derartige Aufklärung. Grundsätzlich kann auch von ei- nem Laien, der

zur Bezahlung eines Kostenvorschusses aufgefordert wird, erwartet werden, einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege zu stellen; besondere juristische Kenntnisse sind hierzu nicht erforderlich (BGer 2C\_870/2015 vom 29.10.2015 E. 2.1, 1C\_6/2010 vom 25.2.2010 E. 2.3). Ausnahmsweise kann es allerdings die behördliche Fürsorge- und Aufklärungspflicht gebieten, besonders unbedarfte, nicht anwaltlich vertretene Parteien auf ihre Verfahrensrechte hinzuweisen (Art. 29 Abs. 1 BV; BGer 2C\_341/2010 vom 14.10.2010 E. 3.2.3; allgemein zu dieser Pflicht Reto Feller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 16 N. 9 mit Hinweisen). Das gilt auch für den Hinweis, dass alternativ zum Vorschuss ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden kann (so für den Fall der Nachfristansetzung bei Laieneingaben Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 29).

#### **E. 4.2.2**

Ob hier eine derartige Ausnahmesituation gegeben ist, wie der Beschwerdeführer geltend macht (vgl. Replik S. 5 Rz. 14), steht nicht ohne weiteres fest. Als deutscher Staatsangehöriger hat er keine Schwierigkeiten mit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 10 der Verfahrenssprache. Seine Beschwerdeschrift an die SID vom 27. Juli 2020 zeigt zudem, dass er sich – jedenfalls mit Unterstützung einer Drittperson – in einem juristischen Verfahren sehr wohl verständlich machen und seine Anliegen sachbezogen formulieren kann. Wie es sich damit verhält, muss freilich nicht abschliessend geklärt werden. Denn der Beschwerdeführer wurde von der zuständigen Sachbearbeiterin der SID telefonisch über das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege orientiert und hat auch ein entsprechendes schriftliches Gesuch verfasst (zum Grundsatz der Schriftlichkeit vgl. Art. 31 VRPG und Lucie von Büren, a.a.O., Art. 111 N. 15). Die Vorinstanz ist ihrer Aufklärungspflicht damit hinreichend nachgekommen (vorne E. 2.4). Dass das Gesuch nicht bei der Behörde eingegangen ist, kann nicht ihr angelastet werden, sondern liegt in der Verantwortung des Beschwerdeführers.

#### **E. 4.3**

Zutreffend ist, dass im angefochtenen Entscheid für die Vorschusspflicht auf Art. 5 der Einführungsverordnung vom 20. Mai 2020 zum Ausländer- und Integrationsgesetz sowie zum Asylgesetz (EV AIG und AsylG; BSG 122.201) statt auf Art. 105 Abs. 1 VRPG hingewiesen wird. Diese Vorschrift bezieht sich zwar (auch) auf das Beschwerdeverfahren vor der SID, regelt die Vorschusspflicht aber für den hier nicht interessierenden Fall, dass die beschwerdeführende Partei keine ordentliche Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz besitzt oder diese abgelaufen ist. Dabei handelt es sich indes um ein offensichtliches Versehen (vgl. Vernehmlassung S. 1 Ziff. 2). Inwiefern sich die Vorinstanz damit rechtswidrig verhalten haben soll, ist nicht erkennbar, zumal der Beschwerdeführer selber anerkennt, dass in den vorangegangenen verfahrensleitenden Verfügungen richtigerweise auf Art. 105 VRPG Bezug genommen wurde (Beschwerde S. 7 Rz. 12). Das Versehen hat den Beschwerdeführer insbesondere auch nicht daran gehindert, den Nichteintretensentscheid der SID sachgerecht anzufechten.

#### **E. 4.4**

Anders als der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, schliesst Art. 105 VRPG nicht aus, einen Kostenvorschuss erst nach Eröffnung des Schriftenwechsels zu erheben. Die Vorinstanz hat ihr Vorgehen zudem nachvollziehbar begründet, ergab sich doch erst aus

den Vorakten, dass der Beschwerdeführer mit Verlustscheinen im Bertreibungsregister verzeichnet

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 11 ist; diese Information ist von Bedeutung im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit im Sinn von Art. 105 Abs. 1 VRPG (vorne E. 3.2 f.).

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz hat den Kostenvorschuss somit korrekt erhoben. Namentlich hat sie dem Beschwerdeführer mit der verfahrensleitenden Verfügung vom 6. Oktober 2020 auch eine Nachfrist zur Leistung des Vorschusses gesetzt und ihn auf die Nichteintretensfolge hingewiesen, wenn die Nachfrist unbenutzt verstreicht (vgl. Art. 105 Abs. 4 VRPG und dazu Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 28; Akten SID pag. 15 f.; vorne E. 2.1). Bei dieser Sachlage verstösst die Vorschusspflicht nicht gegen die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien. Die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV ist im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren nicht anwendbar. Bei der SID handelt es nicht um eine richterliche Behörde. Im Übrigen wird der effektive Zugang zum Gericht im Sinn von Art. 29a BV mit einem korrekt erhobenen Kostenvorschuss anerkanntermassen nicht übermässig erschwert (vgl. BGE 143 I 227 E. 5.1 [Pra 107/2018 Nr. 25]; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 3, je mit weiteren Nachweisen).

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer bemängelt weiter, dass die verfahrensleitenden Verfügungen vom 2. September und 6. Oktober 2020, mit denen die Vorinstanz den Kostenvorschuss einverlangt hat, nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen waren (Beschwerde S. 5 f. Rz. 8). Der angefochtene Entscheid stütze sich damit auf mangelhaft eröffnete Verfügungen und sei auch aus diesem Grund aufzuheben (Beschwerde S. 8 Rz. 14).

#### **E. 5.2**

Die instruierende Behörde fordert den Kostenvorschuss, gegebenenfalls unter Ansetzung einer Nachfrist, mit einer Zwischenverfügung im Sinn von Art. 61 Abs. 1 VRPG ein (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 Abs. 11 und 30). Solche Zwischenverfügungen sind nach Art. 61 Abs. 3 VRPG selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 12 Anfechtbare (Zwischen-)Verfügungen sind mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 61 Abs. 5 VRPG). Unterbleibt die Belehrung zu Unrecht, ist die Eröffnung der Zwischenverfügung mangelhaft, was sich nicht um Nachteil der Betroffenen auswirken darf (Art. 44 Abs. 6 VRPG; vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 61 N. 51 und Art. 44 N. 54).

#### **E. 5.3**

Die selbständige Anfechtbarkeit richtet sich nach dem Gesagten danach, ob die Vorschussverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG bewirken kann; Bst. b fällt sachlogisch ausser Betracht. Ein solcher Nachteil droht nicht bereits mit dem erstmaligen Einverlangen des Vorschusses. Er könnte aber zur Diskussion stehen, wenn der betroffenen Partei eine Nachfrist unter Androhung des Nichteintretens im Fall der Nichtzahlung angedroht wird. Für das bundesgerichtliche

Verfahren wird ein nicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) bejaht, sofern die Zahlungsaufforderung mit der Androhung verbunden ist, im Säumnisfall auf die Klage oder das Rechtsmittel nicht einzutreten, und die betroffene Person zudem nachweist, dass ihr dieser Nachteil tatsächlich droht, weil sie finanziell nicht in der Lage ist, den Kostenvorschuss oder die Sicherheit zu leisten; dabei sind die Anforderungen an den Nachweis der Mittellosigkeit weniger streng als jene an den Nachweis der Prozessarmut, welche für die unentgeltliche Rechtspflege vorausgesetzt ist (grundlegend BGE 142 III 798 E. 2.3 [Pra 107/2018 Nr. 28]). Welche Anforderungen an den Nachteil im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG zu stellen sind, der weniger restriktiv ausgelegt wird als derjenige nach der Parallelbestimmung des BGG, ist in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht restlos geklärt (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 61 N. 43; zum Ganzen Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 31). Wie es sich damit verhält, muss angesichts der nachfolgenden Überlegungen im vorliegenden Fall nicht beurteilt werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 13

#### **E. 5.4**

Es ist ein allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Prozessrechts, dass aus mangelhafter Eröffnung niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf (Art. 44 Abs. 6 VRPG). Verfassungsrechtlich ergibt er sich aus dem Prinzip der Fairness (Art. 29 Abs. 1 BV) und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Dabei ist jeweils zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (BGE 144 II 401 E. 3.1; BVR 2018 S. 79 E. 3.3). Eine Partei, die sich grob unsorgfältig verhält, kann sich ihrerseits nicht mit Erfolg auf den Mangel berufen (vgl. BGE 138 I 49 E. 8.3.2 [Pra 101/2012 Nr. 72]; BVR 2017 S. 437 E. 1.6; zum Ganzen Michel Daum, a.a.O., Art. 44 N. 50).

#### **E. 5.5**

Der Beschwerdeführer äussert sich nicht näher zur Frage, inwiefern er durch die fehlende Rechtsmittelbelehrung einen Nachteil erfahren hat. Der Nachteil besteht hier jedenfalls nicht darin, dass er den Vorschuss doch noch hätte bezahlen können (vgl. für eine solche Konstellation BGer 2C\_596/2014 vom 6.3.2015 E. 3.3.3), verweist er doch auf seine Mittellosigkeit und sein Recht, unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen zu können (vgl. Replik S. 4 Rz. 11 und Beschwerde S. 5 f. Rz. 8). Der geltend gemachte Mangel der unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung könnte daher nur ausgeglichen werden, wenn der Beschwerdeführer Gelegenheit für ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bekäme. Indessen ist erstellt, dass er über diese Möglichkeit Bescheid wusste und auch ein entsprechendes schriftliches Gesuch verfasst hat (vorne E. 2.3; vgl. auch Vernehmlassung S. 2 Ziff. 6). Der Beschwerde kann nicht angelastet werden, dass das Gesuch nicht bei ihr eingegangen ist. Vielmehr wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, das Erforderliche vorzukehren, um der SID seinen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege zu unterbreiten. So wäre es ihm beispielsweise ohne weiteres auch noch möglich gewesen, sein Gesuch innert der mit Verfügung vom

#### **E. 6**

Oktober 2020 angesetzten Nachfrist erneut einzureichen, musste ihm doch aufgefallen sein, dass die instruierende Sachbearbeiterin es in ihrer Verfügung mit keinem Wort erwähnt.

Indem er keine weiteren Schritte in diesem Zusammenhang unternommen hat, hat er sich in prozessualer Hinsicht grob unsorgfältig verhalten. Aus der fehlenden Rechtsmittelbelehrung, sollte eine solche zwingend sein, kann der Beschwerdeführer bei diesen Gegebenheiten nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 14

### **E. 6.1**

Eher am Rand verlangt der Beschwerdeführer schliesslich, die verlässliche Frist zur Leistung des Kostenvorschusses sei wiederherzustellen (Beschwerde S. 6 Rz. 8 am Ende). Er scheint dabei allerdings zu übersehen, dass die (angeblich) mangelhafte Eröffnung einer Verfügung in der bernischen Verwaltungsrechtspflege nicht zur Fristwiederherstellung nach Art. 43 Abs. 2 VRPG führt («durch einen anderen Grund als die mangelhafte Eröffnung»); die Rechtsfolgen bestimmen sich in einem solchen Fall vielmehr nach dem Grundsatz, wonach aus einer mangelhaften Eröffnung niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf (dazu E. 5 hiervor; vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 43 N. 15). Die Wiederherstellung setzt objektive oder subjektive Gründe von einigem Gewicht voraus, welche die Partei oder ihre Vertretung daran gehindert haben, fristgerecht zu handeln. Solche Gründe nennt der Beschwerdeführer keine. Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften («Laie»), fehlende Vertrautheit mit verfahrensrechtlichen Gepflogenheiten; Beschwerde S. 5 Rz. 6) rechtfertigt jedenfalls keine Wiedereinsetzung (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 43 N. 14 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 6.2**

Der angefochtene Entscheid hält somit der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen. Da die SID keine neue Ausreisefrist angesetzt hat (so auch die Praxis des Verwaltungsgerichts bei eigenen Nichteintretensentscheiden; vgl. etwa VGE 2019/352 vom 7.4.2020), ist darauf zu verzichten, eine solche festzulegen. Es bleibt der Migrationsbehörde überlassen, dies wenn nötig zu tun.

### **E. 7.1**

Bei diesem Prozessausgang hat der Beschwerdeführer an sich die Verfahrenskosten und seine eigenen Parteikosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Er hat jedoch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege unter amtlicher Beiordnung seiner Rechtsvertreterin ersucht (vorne Bst. C).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 15

### **E. 7.2**

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 ZPO). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies 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

bundesgerichtlichen Praxis 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; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 111 N. 29 ff.).

### **E. 7.3**

Die Prozessarmut des Beschwerdeführers ist ausgewiesen (vgl. auch vorne E. 3.2 f.). Angesichts der aufgeworfenen Verfahrensfragen kann die Beschwerde zudem nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden, zumal wesentliche Aspekte der Begründung für das angefochtene Nichteintreten erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingebracht werden konnten (zweiter Schriftenwechsel; vorne Bst. C). Der Beizug einer Anwältin war ebenfalls gerechtfertigt. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gutzuheissen, und dem Beschwerdeführer ist für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren seine Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin beizuordnen.

### **E. 7.4**

Mit Blick auf den in der Sache gebotenen Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses gibt die Kostennote der Rechtsvertreterin zu keinen Bemerkungen Anlass (art. 11A). Der tarifmässige Parteikostenersatz ist entsprechend auf Fr. 2'625.--, zuzüglich Fr. 114.40 Auslagen und Fr. 210.95 MWSt (7,7 % von Fr. 2'739.40), insge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29.07.2021, Nr. 100.2020.436U, Seite 16 samt Fr. 2'950.35, festzusetzen (vgl. Art. 41 Abs. 3 i.V.m. Art. 42a Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11]).

### **E. 7.5**

Die amtliche Entschädigung bestimmt sich nach Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 KAG. Demnach bezahlt der Kanton den amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälten eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz entspricht (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 KAG). Der Stundenansatz beträgt Fr. 200.-- (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]). Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG). Bei einem massgeblichen Zeitaufwand von 10 Stunden und 30 Minuten ist die amtliche Entschädigung auf Fr. 2'100.-- (10,5 x Fr. 200.--), zuzüglich Fr. 114.40 Auslagen und Fr. 170.50 MWSt (7,7 % von Fr. 2'214.40), insgesamt Fr. 2'384.90, festzusetzen.

### **E. 7.6**

Die Rechtsvertreterin ist vorerst aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist gegenüber dem Kanton bzw. der Rechtsvertreterin zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 KAG und Art. 123 ZPO). Für den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sind keine Kosten zu erheben (Art. 112 Abs. 1 VRPG). Demnach entscheidet der

Einzelrichter:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.