

Zbb
RE
1

2016

1

BVR Bernische
Verwaltungsrechtsprechung



Entscheide
Abhandlungen
Gesetzgebung

Verwaltungsrecht & Staatsrecht

JAB Jurisprudence
administrative bernoise

Décisions
Etudes
Législation


Droit administratif & Droit constitutionnel

**REGISTER
INDEX**

**SACHREGISTER
INDEX DES MATIERES** V

**REGISTER LEITENTSCHEIDE
INDEX DES DECISIONS IMPORTANTES** XI

**GESETZESREGISTER
INDEX DES LOIS** XVI

**ALPHABETISCHES REGISTER
INDEX ALPHABETIQUE** XXXIX

Die BVR enthält die autorisierte Sammlung der Leitentscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern. In den übrigen Teilen ist die BVR vom Verwaltungsgericht unabhängig und gibt nicht dessen Auffassung wieder.

Herausgeber: Verein Bernische Verwaltungsrechtsprechung.

www.ebvr.ch

La JAB contient le recueil officiel des jugements importants du Tribunal administratif du canton de Berne. Dans ses autres parties, la JAB est indépendante du Tribunal administratif et ne reflète pas l'opinion de ce dernier.

Editeur: Association jurisprudence administrative bernoise.

www.ejab.ch

IMPRESSUM

Redaktion/Rédaction

Fürsprecherin Dr. Ruth Herzog, Verwaltungsrichterin
 Fürsprecher Michel Daum, Verwaltungsrichter
 Prof. Bernard Rolli, Juge au Tribunal administratif
 Fürsprecher Dr. Thomas Ackermann, Verwaltungsrichter
 Fürsprecher Dr. Christoph Auer, Staatsschreiber des Kantons Bern
 Dr. Andrea Greiner, Vorsteherin des Rechtsamts der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 Fürsprecher Dr. Res Nyffenegger, Präsident der Enteignungsschätzungskommission des Kantons Bern
 Prof. Dr. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht an der Universität Bern

Redaktionssekretariat/Secrétariat de rédaction

c/o Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern
 Tel. 031 634 37 11, bvr.redaktion@justice.be.ch

Druck und Administration/Impression et administration

Länggass Druck AG Bern, Länggassstrasse 65, 3000 Bern 9
 Tel. 031 307 75 75, www.ldb.ch, info@ldb.ch

Abonnemente/Abonnements

Zeitschrift ohne eBVR Fr. 145.–, Studierende Fr. 72.50
 Zeitschrift mit eBVR Fr. 172.–, Studierende Fr. 86.–
 Einzelheft Fr. 18.–, Jahres- und Mehrjahresregister
 Revue sans eJAB Fr. 145.–, étudiant(e)s Fr. 72.50
 Revue avec eJAB Fr. 172.–, étudiant(e)s Fr. 86.–
 Cahier séparé Fr. 18.–, registre annuel et pluriannuel

Bestellungen/Commandes

Länggass Druck AG Bern, Tel. +41 31 307 75 75, www.ebvr.ch

Erscheinen/Parution

10-12 x jährlich/par an

ISSN 2296-0074 (Print)

ISSN 2296-0082 (Online)

SACHREGISTER INDEX DES MATIERES

Editorial

Thomas Müller-Graf, Präsident des Verwaltungsgerichts 1

Leitentscheide – Décisions importantes

vgl. Register Leitentscheide / voir index des décisions importantes XI

Gesetzgebung - Législation

Neues Recht auf den 1.1.2016 – Eine Zusammenstellung ausgewählter Erlasse mit den wichtigsten Neuerungen 41

Rechtsprechungsberichte – Résumés de jurisprudence

Rechtsprechung der Direktionen und der Staatskanzlei im Jahresrückblick 131

Rechtsprechung der besonderen verwaltungsunabhängigen Justizbehörden im Jahresrückblick 184

Mitteilungen – Communications

Zusammensetzung des Verwaltungsgerichts ab 1. Januar 2016 49

Herausgabe Gesamtregister BVR 2006-2015 528

sen Rates 2008, Beilage 11, S. 12, 14), ist kantonsintern ein im Rahmen von Art. 55a KVG getroffener Entscheid der Direktion nach Art. 64 VRPG (erster Satz sowie die Ausnahmen e contrario) beim Regierungsrat anzufechten.

3.

Anfechtungsobjekt in der Hauptsache ist vorliegend die Verfügung des Kantonsarztamts vom 24. März 2015. Streitgegenstand ist dabei die Zulassung von Dr. med. A., zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abrechnen zu können. Die Zulassung war vom Kantonsarztamt unter Hinweis auf Art. 55a KVG abgelehnt worden. In der Hauptsache ist das Verwaltungsgericht damit nicht zuständig. Ist das Verwaltungsgericht in der Hauptsache sachlich nicht zuständig, so ist es auch nicht zuständig für die Beurteilung allfälliger Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen bzw. Zwischenentscheide (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 17). Unter diesen Umständen ist auf die Durchführung eines Schriftenwechsels vor dem Verwaltungsgericht zu verzichten (vgl. Art. 83 i.V.m. Art. 69 Abs. 1 VRPG).

4.

Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 VRPG ist die Sache nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die für den Entscheid zuständige Instanz, hier den Regierungsrat des Kantons Bern, weiterzuleiten.

VERFAHREN PROCEDURE

Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 11. Februar 2016 i.S. X. gegen POM (VGE 100.2014.193)

Unentgeltliche Rechtspflege; Ablehnung des Gesuchs im Endentscheid

1. Die Gewinnaussichten in der Sache müssen in objektiver ex ante-Perspektive als erheblich geringer beurteilt werden als die Verlustgefahren, dessen ungeachtet, dass die Beschwerdeinstanz rund ein Jahr später Instruktionsmassnahmen zur Ermittlung des aktuellen Sachverhalts aufgenommen hat (E. 3).
2. Voraussetzungen, unter denen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beiordnung einer Anwältin oder eines Anwalts im Endentscheid beurteilt werden darf (E. 4.2 f.). Hält die Beschwerdeinstanz nach dem ersten Schriftenwechsel weitere Beweismassnahmen für erforderlich, verletzt es die prozessuale Fairness (Art. 29 Abs. 1 BV), wenn sie nicht vorgängig über das hängige Gesuch entscheidet und dieses im Endentscheid ablehnt (E. 4.4 f.).
3. Als Rechtsfolge der Verletzung des Rechts auf Vorabentscheidung ist der anwaltliche Aufwand unabhängig von der Notwendigkeit der Vertretung in Form der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zu entschädigen (E. 5.1-5.3; Art. 29 Abs. 1 und 3 BV). Die amtliche Entschädigung umfasst die durch die Beweisanordnungen entstandenen zusätzlichen Aufwendungen und ist analog Art. 112 Abs. 1 VRPG festzusetzen; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht der Partei nach Art. 113 VRPG (E. 5.4).
4. Wurde eine Gebühr erhoben, die auch dann angefallen wäre, wenn das Gesuch vorab beurteilt worden wäre, bedarf es im Verfahrenskostenpunkt keiner Korrektur (E. 5.5).

Assistance judiciaire; refus de la requête dans le jugement final

1. Les chances de succès de la cause doivent être évaluées objectivement dans une perspective ex ante comme étant considérablement plus faibles que les risques de rejet, nonobstant le fait que l'instance de recours ait entrepris environ une année plus tard des mesures d'instruction pour établir l'état de fait actuel (c. 3).

2. Conditions permettant de juger dans le jugement final la requête d'assistance judiciaire et de désignation d'un avocat d'office (c. 4.2 s.). Si l'instance de recours estime, après un premier échange d'écritures, que d'autres mesures probatoires s'avèrent nécessaires, le fait de ne pas juger la requête d'assistance judiciaire incidemment avant de la rejeter dans le jugement final viole le principe d'une procédure équitable (art. 29 al. 1 Cst.; c. 4.4 s.).
3. La conséquence juridique d'une violation du droit à une décision incidente consiste à dédommager la partie concernée sous la forme d'une assistance judiciaire pour ses dépens, indépendamment de la question de la nécessité d'une représentation (c. 5.1-5.3; art. 29 al. 1 et 3 Cst.). L'indemnité comprend les frais supplémentaires issus des mesures probatoires et doit être fixée en application par analogie de l'art. 112 al. 1 LPJA; l'obligation de remboursement incombant à la partie concernée, au sens de l'art. 113 LPJA, reste réservée (c. 5.4).
4. Si des frais judiciaires ont été fixés, qui seraient également dus en cas de décision incidente quant à la requête d'assistance judiciaire, le point du dispositif relatif aux frais ne doit pas être corrigé (c. 5.5).

Sachverhalt (gekürzt):

A.- Der aus Polen stammende X. (geb. 1991) gelangte Anfang 2005 in die Schweiz, zusammen mit seiner Mutter, die einen hier niederlassungsberechtigten polnischen Staatsangehörigen geheiratet hatte. X. verfügte in der Folge über eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. 2009 wurde er volljährig. Da er keiner Erwerbstätigkeit nachging und Sozialhilfe bezog, verlängerte die Einwohnergemeinde (EG) Thun die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA letztmals für ein Jahr bis Februar 2012.

Mit Verfügung vom 4. Juli 2012 lehnte es die EG Thun ab, die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA von X. nochmals zu verlängern und wies ihn unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg.

B.- Gegen diese Verfügung erhob X. am 6. August 2012 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM). Gleichzeitig ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung seiner Rechtsvertreterin A. als amtliche Anwältin. Diese beantragte mit Eingabe

vom 24. Dezember 2013, sie sei «als amtliche Anwältin zu entlassen» und X. sei per 1. Januar 2014 Rechtsanwalt B. als amtlicher Anwalt beizuordnen.

Mit Entscheid vom 16. Juni 2014 wies die POM die Beschwerde ab und setzte X. eine neue Ausreisefrist an. Gleichzeitig lehnte sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab (Dispositiv-Ziff. 3) und auferlegte X. Verfahrenskosten von Fr. 400.– (Dispositiv-Ziff. 4).

C.- Am 15. Juli 2014 hat X. gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Auferlegung von Verfahrenskosten Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, es sei ihm in Aufhebung von Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Entscheids für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung seines Anwalts zu gewähren.

Aus den Erwägungen:

3.

Strittig ist zunächst, ob die Vorinstanz zu Recht auf Aussichtslosigkeit der Begehren geschlossen hat.

3.1 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsbehörde oder die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn sie ihre Prozessbedürftigkeit nachweist und das Verfahren nicht von vornherein aussichtslos ist (Art. 111 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]); 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, das heisst 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 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 2015 S. 487 E. 7.1, 2008 S. 97 E. 5.2; BGE 139 III 475 E. 2.2, 129 I 129 E. 2.3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 111 N. 12). Art. 111 VRPG konkretisiert Art. 26 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1). Der kantonalrechtliche Anspruch geht insoweit nicht über das in Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV; SR 101) Gewährleistete hinaus (BVR 2015 S. 437 E. 7.1 mit Hinweisen). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich in objektivierter Weise aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wie sie sich im Zeitpunkt des Gesuchs darstellen (vgl. BVR 2015 S. 487 E. 7.2; BGE 133 III 614 E. 5 [Pra 97/2008 Nr. 140], 129 I 129 E. 2.3.1 mit Hinweisen; BGE 139 III 475 E. 2.2, 138 III 217 E. 2.2.4 betreffend Art. 117 Bst. b ZPO; ferner BGE 140 I 521 E. 9.1 betreffend sozialversicherungsrechtliche Verfahren; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 111 N. 13; Daniel Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, N. 366 ff.; Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Diss. Basel 2008, S. 99 ff.).

3.2 Die Vorinstanz hat die unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung verweigert, die Beschwerde habe sich von vornherein als aussichtslos erwiesen. Der Beschwerdeführer habe sich im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung weder auf ein bestehendes oder konkret in Aussicht stehendes Arbeitsverhältnis noch auf ausreichende finanzielle Mittel für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit berufen können. Ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gestützt auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) habe nicht bestanden. Ob wichtige Gründe im Sinn von Art. 20 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs (VEP; SR 142.203) die erneute Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gebieten, habe bereits die EG Thun untersucht und mit dem Hinweis verneint, dass der Beschwerdeführer die in der letzten Bewilligungsverlängerung erteilten Auflagen nicht erfüllte, sondern vielmehr Aktivitäten entwickelte, welche zu längerer Untersuchungshaft führten. Angesichts der erheblichen Delinquenz im Winter 2011/12, der ergebnislosen beruflichen Integrationsbemühungen und der fortbestehenden Sozialhilfeabhängigkeit seien die Erfolgsaussichten der

Beschwerde von Beginn weg beträchtlich geringer als die Verlustgefahren gewesen. – Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, der vorinstanzlich gestellte Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 20 VEP sei nicht geradezu aussichtslos gewesen. Es habe aufgrund seiner Vorgeschichte und seines damaligen Aufenthalts in der Institution des Jugendprojekts die Möglichkeit bestanden, ihm die Aufenthaltsbewilligung aus wichtigen Gründen zu verlängern. Als seine Mutter nach Polen zurückgekehrt sei, habe er den Halt verloren und Anschluss in einer Gruppierung gefunden, mit welcher er die meisten Delikte verübt habe. Diese Verbindung habe mit der Teilnahme am Jugendprojekt unterbunden werden können. Zur Zeit der Gesuchseinreichung habe er sich an einem Scheideweg in seinem Leben befunden. Erst der weitere Verlauf habe gezeigt, ob er fähig sei, sein Leben in den Griff zu bekommen. Der Anfang im Jugendprojekt sei vielversprechend gewesen und habe eine positive Prognose erlaubt. Die Abwägung im Rahmen von Art. 20 VEP hätte auch zu seinen Gunsten ausfallen können.

3.3 Der nicht erwerbstätige Beschwerdeführer erfüllte im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vor der POM und des gleichzeitig gestellten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die Voraussetzungen für eine Zulassung von EU/EFTA-Angehörigen zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit unstrittig nicht. Auch machte er nicht geltend, dass ein anderer Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung oder -verlängerung in Betracht falle. In Frage stand deshalb nur die ermessensweise Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gestützt auf Art. 20 VEP. Seine Rüge, die Erfolgchancen seines Rechtsmittels seien rechtsfehlerhaft beurteilt worden, bezieht sich denn auch ausschliesslich auf diesen Punkt (E. 3.2 hiavor). – Sind die freizügigkeitsrechtlichen Voraussetzungen für eine Zulassung zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nicht erfüllt, können nach Art. 20 VEP Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA erteilt werden, wenn wichtige Gründe es gebieten. Hierbei handelt es sich, was im massgebenden Zeitpunkt feststand, analog der allgemeinen Härtefallbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) um einen Ermessensentscheid, der ausnahmsweise in Härtefällen greift (vgl. VGE 2011/344 vom 2.5.2012, E. 5.1 u.a. mit Hinweis auf die damaligen Weisungen des Bundesamts für Migration über die schrittweise Einführung des Personenverkehrs vom 1.5.2011, Ziff. 8.2.7, sowie Marc Spescha, in Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], Migrationsrecht, 2. Aufl. 2009,

Art. 24 FZA N. 6; s. auch VGE 2014/350 vom 5.6.2015, E. 4; BGE 140 II 1 [BGer 2C_195/2014 vom 12.1.2015], nicht publ. E. 1.2; BGer 2C_243/2015 vom 2.11.2015, E. 1.2). Mithin sind insbesondere die Integration, die Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse, die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheitszustand und die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat zu berücksichtigen (Art. 31 Abs. 1 Bst. a-g der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]). Ein Härtefall im Sinn von Art. 30 AuG liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn sich die betreffende ausländische Person in einer persönlichen Notlage befindet bzw. ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen in einer vergleichbaren Situation, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind und die Verweigerung einer Ausnahme für sie schwere Nachteile zur Folge hätte. Die Ausländerbehörden dürfen diese Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls in Anbetracht des öffentlichen Interesses an einer restriktiven Einwanderungspolitik streng handhaben. Insbesondere begründen selbst eine langdauernde Anwesenheit und eine gute Integration sowie klagloses Verhalten für sich allein noch keinen Härtefall (vgl. BGE 137 II 1 E. 4.1, 130 II 30 E. 3 [Pra 93/2004 Nr. 140]; BVR 2015 S. 391 E. 8.1, 2013 S. 73 E. 3.4; VGE 2014/350 vom 5.6.2015, E. 4.1). Der Vorinstanz bzw. der Bewilligungsbehörde kommt mit Blick auf die Ermessensausübung ein grosser Spielraum zu. Sie hat das Ermessen aber pflichtgemäss auszuüben (BVR 2013 S. 73 E. 3.1 mit Hinweisen).

3.4 Die summarische Prüfung der Prozessaussichten beurteilt sich namentlich gestützt auf die zur Zeit des Gesuchs vorliegenden Akten und die Vorbringen der Partei; beantragte oder andere mögliche Beweise dürfen grundsätzlich antizipiert gewürdigt werden (vorne E. 3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 111 N. 13; BGE 105 Ia 113 E. 2b; BGer 4A_189/2010 vom 10.1.2011, E. 6.1; vgl. auch Daniel Wuffli, a.a.O., N. 363 und 368). Der Umstand, dass die Gemeinde Thun im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens theoretisch jedes Gesuch um Aufenthaltsbewilligung bzw. die Vorinstanz im Rahmen ihrer vollen Kognition (Art. 66 VRPG) jede Beschwerde gutheissen kann (soweit nicht bundesrechtliche Vorschriften entgegenstehen), bedeutet nicht, dass jeder Beschwerde in diesem Bereich Aussicht auf Erfolg zuerkannt werden müsste (BGE 122 I 267 E. 3c; VGE 23489 vom 2.6.2009,

E. 2.4.4). – Im Gesuchszeitpunkt (6.8.2012) befand sich der Beschwerdeführer seit knapp zwei Monaten in einer über die Sozialhilfe finanzierten Anschlusslösung nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft. Er war, was die Vorinstanz berücksichtigen durfte, hinsichtlich der begangenen Straftaten geständig und musste mit einer längerfristigen Freiheitsstrafe rechnen. Zu seinem sozialen Umfeld war bekannt, dass seine Mutter nach Scheitern ihrer Beziehung im Jahr 2011 mit der damals 7-jährigen Halbschwester des Beschwerdeführers nach Polen zurückgekehrt war, worauf er zunächst kurzfristig bei einer in Thun wohnhaften Tante und in der Folge bis zur Verhaftung allein in einer vom Sozialdienst finanzierten Wohnung lebte. Die berufliche und wirtschaftliche Integration des Beschwerdeführers konnte nicht als geglückt bezeichnet werden. Er hatte in der Vergangenheit mehrere Ausbildungs-, Integrations- und Unterstützungsmassnahmen beansprucht, welche zu Beginn positiv verliefen, letztlich aber scheiterten. Im Jahr 2010 wurde ihm in Aussicht gestellt, dass die Aufenthaltsbewilligung nicht weiter verlängert werde, sollte er weiterhin Leistungen der Sozialhilfe oder der Arbeitslosenversicherung beziehen; die anlässlich der Bewilligungsverlängerung im Jahr 2011 gestellten Bedingungen der Gemeinde Thun (Nachweis einer Lehrstelle oder Arbeit) erfüllte er nicht. Dass der Beschwerdeführer sich im Jugendprojekt bemühe und regelmässig zu den Arbeitsplätzen erscheine, was die zuständige Betreuerin bestätigen könne, durfte angesichts aller anderen Umstände in Bezug auf die Prozesschancen als nicht ausschlaggebend betrachtet werden. Dasselbe galt für sein Vorbringen, er könne nach Beendigung des Jugendprojekts möglicherweise in der Arbeitswelt Fuss fassen, sich von der Sozialhilfe lösen bzw. die erhaltenen Leistungen zurückzahlen. Der Beschwerdeführer hielt sich im Gesuchszeitpunkt zwar seit siebeneinhalb Jahren in der Schweiz auf, beherrschte die deutsche Sprache und hatte hier einen Teil der obligatorischen Schule absolviert. Ihn verband mit seiner Heimat, in der er aufgewachsen war, aber nach wie vor Vieles. Namentlich war aktenkundig, dass er seit seiner Einreise in die Schweiz in Polen Ferien verbracht hatte und seine Mutter und Halbschwester wieder dort lebten. Eine Verwurzelung in Thun war zwar vorgebracht; die angeführten Beziehungen zu Verwandten blieben aber unsubstanziert und andere Umstände, welche auf eine Verbundenheit mit der hiesigen Gesellschaft deuten könnten, waren weder dargelegt noch aufgrund der Akten erkennbar. Gemessen an den Anforderungen an die Ermessensbewilligung nach Art. 30 AuG i.V.m. Art. 20 VEP (vgl. E. 3.3 hiervor) und unter Berücksichtigung der konkreten Verhält-

nisse müssen in der gebotenen objektivierten ex ante-Perspektive die Gewinnaussichten im Beschwerdeverfahren als erheblich geringer beurteilt werden als die Verlustgefahren. Wenn die POM rund ein Jahr später Instruktionsmassnahmen zur Ermittlung des aktuellen Sachverhalts aufgenommen hat (vgl. hierzu sogleich E. 4), kann daraus nicht abgeleitet werden, dass sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren im Gesuchszeitpunkt ungefähr die Waage hielten oder jene nur wenig geringer waren als diese. Es bestand demnach mangels genügender Aussicht, den Prozess zu gewinnen, kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand.

4.

Gerügt ist allerdings auch, die Vorinstanz habe über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht rechtzeitig entschieden und damit Art. 29 Abs. 3 BV verletzt. Die unentgeltliche Rechtspflege sei daher für das vorinstanzliche Verfahren unabhängig von den Prozesschancen zu gewähren.

4.1 Der Beschwerdeführer hält es für unzulässig, die Partei mehrfach zu Rechtshandlungen aufzufordern, ohne darauf hinzuweisen, dass die Rechtsbegehren aussichtslos seien. Die POM sei damit zum Grossteil für verschiedene Anwaltskosten verursachende Bemühungen verantwortlich. Nach dem bundesgerichtlichen Urteil 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004 hätte sie bereits im Vorfeld über das Gesuch entscheiden müssen. – Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass der Beschwerdeführer sich von Anfang an habe bewusst sein müssen, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege mit hoher Wahrscheinlichkeit verweigert würde. Auf eine Vergütung der Anwaltskosten habe er nur im Fall des Obsiegens in der Sache hoffen dürfen. Der Prozesserverfolg habe entscheidend davon abgehungen, ob es ihm gelingen werde, einen Anspruch auf eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA bzw. gar eine fünfjährige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA durch Bewährung als (potentieller) Arbeitnehmer zu erwerben. Die Verfahrensinstruktion sei entsprechend darauf ausgerichtet gewesen, die aktuelle Situation unter seiner Mitwirkung abzuklären. Dass der Beschwerdeführer im Anschluss an die Instruktionsverfügung vom 14. August 2013 an der Beschwerde festgehalten, im März 2014 dann aber durch eigenes Verhalten die fristlose Kündigung seines Lehrvertrags herbeigeführt habe, habe er selbst zu vertreten.

4.2 Art. 29 Abs. 1 BV garantiert ein gerechtes Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden und die Beurteilung innert angemessener Frist (vgl. auch Art. 26 Abs. 2 KV). Dieser Anspruch bildet für sämtliche Verfahrensorten ein offenes Grundprinzip zur Sicherung rechtsstaatlicher Verfahren. Art. 29 Abs. 1 BV ist grundlegender Ausdruck des prozessualen Fairnessgrundsatzes und damit auch Auffangtatbestand für Konstellationen, die nicht spezifisch einem Teilgehalt zugeordnet werden können (Gerold Steinmann, in St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 39; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N. 67 und 169 ff., je mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 142 III 153 E. 6.3).

4.3 Der allgemeine Fairnessgrundsatz schliesst eine differenzierte Beantwortung der Frage, wann über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden ist, nicht aus:

4.3.1 Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist es grundsätzlich zulässig, erst zusammen mit dem Sachentscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu befinden. Das Verwaltungsgericht geht unter anderem in ausländerrechtlichen Verfahren selbst so vor (z.B. BVR 2014 S. 437 E. 7, 2015 S. 487 E. 7). Dieses Vorgehen ist dann nicht zu beanstanden, wenn – was in der öffentlich-rechtlichen Rechtspflege die Regel macht – das Gesuch mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden wird und keine weiteren Vorkehren der Rechtsvertreterin oder des Rechtsvertreters erforderlich sind. Das Risiko, für anwaltlichen Aufwand im Zusammenhang mit den Rechtschriften eventuell nicht entschädigt zu werden, tragen diesfalls Partei und Anwältin bzw. Anwalt (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 111 N. 26; BGE 120 Ia 14 E. 3f; BGer 2D_3/2011 vom 20.4.2011, E. 2.4). Hinsichtlich der Verfahrenskosten trägt die bernische Verwaltungsrechtspflegepraxis der Beurteilung des Gesuchs im Endentscheid dadurch Rechnung, dass nur eine Abschreibungsgebühr erhoben wird, wie sie auch angefallen wäre, wenn die Partei nach Abweisung des Gesuchs das Rechtsmittel zurückgezogen hätte (vgl. BVR 2014 S. 437 E. 7.9). Eine Verletzung des Fairnessgebots oder Verzögerungsverbots ist in diesem Vorgehen nicht erkennbar. Davon geht auch das Bundesgericht aus (vgl. BGer 1P.345/2004 vom 1.10.2004, E. 4.3, 2D_3/2011 vom 20.4.2011, E. 2.4, 4A_20/2011 vom 11.4.2011, E. 7.2.2). Anders verhält es sich dann, wenn die Anwältin oder der

Anwalt nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen. In diesen Fällen ist es gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV im Hinblick auf das in Art. 29 Abs. 1 BV enthaltene Fairnessgebot grundsätzlich unabdingbar, dass die Behörden über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung umgehend entscheiden, damit die Partei und ihre Rechtsvertreterin bzw. ihr Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können (vgl. BGer 1P.345/2004 vom 1.10.2004, E. 4.3, bestätigt etwa in BGer 2D_3/2011 vom 20.4.2011, E. 4.2, 5A_587/2014 vom 5.9.2014, E. 2.4.3; vgl. auch BGE 101 Ia 34 E. 2 zum Problem des Zuwartens bis zum Vorliegen des Beweisergebnisses). Die dargelegten Grundsätze finden in der Prozessrechtsliteratur Zustimmung (vgl. Daniel Wuffli, a.a.O., N. 373 und N. 823; Alfred Bühler, Berner Kommentar, Band I, 2012, Art. 117 ZPO N. 55 f., 257 f.; Frank Emmel, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, Art. 119 N. 14; Martin Kayser, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 65 N. 34; Kaspar Plüss, in Alain Griffel [Hrsg.] Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, § 16 N. 118).

4.3.2 Die Pflicht der Behörde, über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter anwaltlicher Verbeiständung vorab zu entscheiden, besteht demnach dann, wenn Gesuchstellerinnen oder Gesuchsteller weitere Schritte unternehmen müssen, die mit erheblichen Kosten verbunden sind (vgl. BGer 1P.345/2004 vom 1.10.2004: Sitzung und Aufwand im Zusammenhang mit der Einholung eines Gutachtens; BGer 8C_911/2011 vom 4.7.2012, E. 6.1: Aufgebot zu einer mündlichen Verhandlung). Namentlich angemahnte oder spontane Nachbesserungen des Gesuchs selbst stellen dagegen regelmässig keine solchen Schritte dar (vgl. auch BGer 8C_996/2012 vom 28.3.2013, E. 3.2 und 4.3.3). Wer unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen will, ist gehalten, das Gesuch zu begründen; bei der Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse obliegt der Gesuchstellerin bzw. dem Gesuchsteller eine weitreichende Mitwirkungspflicht (Art. 112 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 119 Abs. 2 ZPO; BVR 2016 S. 65 E. 3.2.4; BGer 1C_408/2015 vom 14.10.2015, E. 2.2 [zu VGE 2015/112 vom 10.6.2015]; BGE 125 IV 161 E. 4a, 120 Ia 179 E. 3a; BGer 7.11.1997, in BVR 1998 S. 472 E. 2d; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 111 N. 10; Daniel Wuffli, a.a.O., N. 680 ff.; Stefan Meichssner, a.a.O., S. 77 f.). Behördliche Instruktionsmassnahmen dienen hier allein dem

Zweck, der Partei in ihrem Interesse Gelegenheit zur Verbesserung des ungenügenden Gesuchs zu geben (vgl. Art. 33 VRPG).

4.4 Vorliegend führte der das Beschwerdeverfahren instruierende Rechtsdienst der POM zunächst den Schriftenwechsel durch. Im weiteren Verlauf des Verfahrens erliess er sechs Instruktionsverfügungen, in welchen er den Beschwerdeführer um Mitwirkung anhielt (Verfügungen vom 14.8., 11.10., 22.10., 1.11. und 13.12.2013 sowie vom 14.5.2014). Mit der ersten Instruktionsverfügung vom 14. August 2013 – ein Jahr nach Beschwerde- und Gesuchseingang – forderte er den Beschwerdeführer auf, «im Rahmen der Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts» einen umfangreichen Fragenkatalog zu beantworten und sachdienliche Unterlagen einzureichen (u.a. Berichte zum Aufenthalt im Jugendprojekt, Sozialhilfebezug seit Beschwerdeeingang, Straf- und Betreibungsregisterauszug, Angaben zu sozialen und familiären Beziehungen sowie Perspektiven bei einer Rückkehr nach Polen). Mit Eingabe vom 7. Oktober 2013 äusserte sich der Beschwerdeführer zu den Fragen und reichte die verlangten Unterlagen ein. Da sein Arbeitsvertrag noch ausstehend bzw. in der Folge ein unvollständiges Exemplar eingereicht worden war, ergingen bis zum 1. November 2013 drei weitere Instruktionsverfügungen (darunter eine Fristerstreckung). Am 13. Dezember 2013 hielt der Rechtsdienst der POM den Beschwerdeführer dazu an, eine Bestätigung des Arbeitgebers zum (Weiter-)Bestand des Arbeitsverhältnisses einzureichen sowie Fragen zur aktuellen Wohnsituation und Alltagsbewältigung zu beantworten. Gleichzeitig ersuchte er ihn, sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit geeigneten Beweismitteln zu seiner aktuellen Einkommens- und Vermögenssituation zu ergänzen. Die verlangten Angaben und Dokumente liess der Beschwerdeführer der POM mit Eingaben vom 30. Januar und 21. Februar 2014 zukommen.

4.5 Verwaltungsbehörden und Verwaltungsjustizbehörden obliegt die Verfahrensinstruktion von Amtes wegen; die instruierende Behörde muss von sich aus alles Erforderliche vorkehren (Amtsbetrieb), um das vom Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen und vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Verfahren der Erledigung zuzuführen (Art. 20a Abs. 1, Art. 18 Abs. 1 und 2 VRPG; BVR 2012 S. 252 E. 3.3.1; vgl. auch BVR 2013 S. 311 E. 5.4). Dies gilt auch in ausländerrechtlichen Verfahren (vgl. Ruth Herzog, Verfahrensgarantien im Ausländerrecht, in Jahrbuch für Migrationsrecht

2008/2009, S. 3 ff., 34 f.). Die Partei ist dabei verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 20 Abs. 1 VRPG und Art. 90 AuG; vgl. BVR 2010 S. 541 E. 4.2.3; BGE 138 II 229 E. 3.2.3). – Der Rechtsdienst der POM war offenbar zur Auffassung gelangt, dass je nachdem, wie sich der Beschwerdeführer im Jugendprojekt (dieses war auf ein Jahr angelegt) weiterentwickelt hatte, sich gleichwohl die Möglichkeit der Bewilligung seines Verbleibs in der Schweiz ergeben könnte (vgl. vorne E. 4.1). Entsprechend nahm er umfangreiche Beweismassnahmen vor, bei denen der Beschwerdeführer zur Mitwirkung aufgefordert war. Dem kam dieser mit Eingaben vom 7. Oktober 2013, 6. November 2013, 30. Januar 2014, 21. Februar 2014 und 2. Juni 2014 nach, was die Beschaffung etlicher Unterlagen nötig machte (vgl. E. 4.4 hiervor). Dass die Instruktionsmassnahmen mit erheblichen Kosten verbunden sein würden, lag angesichts der anwaltlichen Vertretung des Beschwerdeführers auf der Hand. Wenn die instruierende Behörde weitere Instruktionsmassnahmen für erforderlich hielt, hätte die prozessuale Fairness (vorne E. 4.3) es daher geboten, dass sie über das hängige Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung vor Einleitung der Verfahrensinstruktion ab August 2013 entscheidet.

5.

Zu klären bleibt, welche Rechtsfolgen das Unterlassen der hier gebotenen Vorabentscheidung über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nach sich zieht.

5.1 Das Verwaltungsgericht hatte sich hierzu soweit ersichtlich noch nie zu äussern. Aufgeworfen ist damit wie bei festgestellter Rechtsverzögerung in anderen Zusammenhängen die Frage, welches die adäquaten Folgen des pflichtwidrigen prozessualen Verhaltens der mit dem Gesuch befassten Behörde sind. Grundsätzlich sind der Kompensation von Rechtsverzögerungen Grenzen gesetzt. Rechtsfolge kann in vielen Fällen nicht der materielle Anspruch selbst sein (vgl. dazu Gerold Steinmann, a.a.O., Art. 29 N. 26 mit Praxismaximen, z.B. BGE 138 II 513 E. 6.5: kein Anspruch auf Asyl, aber Kompensation mit einer vorteilhaften Kostenregelung; BGE 129 V 411 E. 3.4: keine Zusprechung positiver Leistungen der Sozialversicherung).

5.2 Einzelnen bundesgerichtlichen Urteilen lassen sich im hier interessierenden Zusammenhang folgende Überlegungen entnehmen: Mit Urteil 5P.44/2004

vom 8. Juli 2004 wurde erwogen, dass selbst im Fall, dass das Gesuch verspätet beurteilt worden wäre (wurde offengelassen), dies nicht zu dessen Gutheissung führen würde; ein allfälliger Schaden aus der verspäteten Gesuchsbehandlung müsste in einem Staatshaftungsverfahren gegen den Kanton geltend gemacht werden (E. 2). Mit Urteil 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004 gewährte das Bundesgericht auf Beschwerde hin hinsichtlich eines Gesuchsverfahrens betreffend Urlaub im Strafvollzug den Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung unabhängig von den übrigen Voraussetzungen (insb. sachliche Notwendigkeit) für das gesamte Verfahren (E. 5). Dem wurde mit Urteil 8C_911/2011 vom 4. Juli 2012 hinsichtlich eines Rechtsmittelverfahrens vor dem kantonalen Sozialversicherungsgericht gefolgt mit der Präzisierung, dass der auf eigenes Risiko erbrachte Aufwand für die mit dem Gesuch verbundene Eingabe in der Hauptsache davon ausgenommen ist (E. 6.1; in diesem Fall hatte das kantonale Gericht die unentgeltliche Rechtspflege zu Recht, wenn auch zu spät, mangels Bedürftigkeit verweigert). In diesem Sinn hat auch das Kantonsgericht Freiburg mit Urteil Nr. 601 2015 64 vom 24. September 2015 entschieden.

5.3 Zutreffend erscheint vor diesem Hintergrund die in Teilen der Literatur vertretene Meinung, dass die Verletzung des Rechts auf Vorausbeurteilung keinen von den materiellen Anspruchsvoraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege unabhängigen und selbständigen Anspruch auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege als positive Leistung des Staates begründet (Alfred Bühler, a.a.O., Art. 119 ZPO N. 56a; Daniel Wuffli, a.a.O., Rz. 826). Dem Beschwerdeführer kann daher nicht gefolgt werden, soweit er wegen der verspäteten Gesuchsbehandlung die unentgeltliche Rechtspflege unter Beordnung seines Anwalts nachträglich bewilligt haben will (vorne Bst. C). Abgeleitet aus dem allgemeinen Fairnessgrundsatz (vorne E. 4.2) kommt als Rechtsfolge der Verletzung des Rechts auf Vorausbeurteilung, wäre die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei zeitgerechter Beurteilung wie hier zu verweigern gewesen (vorne E. 3), hingegen eine Entschädigung des anwaltlichen Aufwands in Betracht. Dabei erscheint sachgerecht, diese Entschädigung auf dem Beschwerdeweg losgelöst von der Voraussetzung der Notwendigkeit der Rechtsvertretung im Sinn von Art. 111 Abs. 2 VRPG gestützt auf Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BV in Form der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zuzusprechen. Es werden damit als Ausgleich der Prozessrechtsverletzung jene anwaltlichen Aufwendungen ersetzt, welche aufgrund

behördlicher Instruktionsmassnahmen in der Sache verursacht worden sind, ohne dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vorab beurteilt wurde. Unverständlich ist namentlich der Einwand der Vorinstanz, der Anwältin bzw. dem Anwalt habe klar sein müssen, dass die unentgeltliche Verbeiständung nicht bewilligt werden würde, auf eine Vergütung des Anwaltsaufwands habe nur bei Obsiegen in der Sache gehofft werden dürfen (vgl. vorne E. 4.1). Angesichts des hängigen Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege unter Verbeiständung durften die Anwältin und der Anwalt bzw. die Partei vernünftigerweise davon ausgehen, dass die aufgrund der behördlichen Instruktionsmassnahmen getätigten Aufwendungen entschädigt werden.

5.4 Hinsichtlich des Umfangs der Entschädigung ist es folgerichtig, dass die unentgeltliche Verbeiständung erst ab den zusätzlichen Aufwendungen, die durch die behördlich angeordneten Verfahrenshandlungen entstanden sind, bewilligt wird (vgl. vorne E. 5.2). Würde die Verbeiständung auch für Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Rechtsmittel angeordnet, obschon im Gesuchszeitpunkt kein Anspruch bestanden hat, so würden der Beschwerdeführer (damaliger Gesuchsteller) und seine Rechtsvertretung besser gestellt als Parteien in jenen Fällen, in denen keine weiteren Verfahrenshandlungen ergehen und eine Abweisung des Gesuchs im Endentscheid zulässig ist. Insoweit gingen der Beschwerdeführer und seine damalige Anwältin – wie bei jedem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege – das Risiko ein, diese nicht zu erhalten (vgl. vorne E. 4.3.1). Es ist demnach der aufgrund der Instruktion ab der verfahrensleitenden Verfügung vom 14. August 2013 entstandene Aufwand analog Art. 112 Abs. 1 VRPG nach den besonderen Bestimmungen der Anwaltsgesetzgebung zu entschädigen. Hierfür ist die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren. Vorbehalten bleibt auch in diesem Fall die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11] und Art. 123 ZPO).

5.5 Der Beschwerdeführer ersucht auch um Aufhebung der Verfahrenskostenaufgabe von Fr. 400.– durch die Vorinstanz. Für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen wird eine Pauschalgebühr von 200 bis 4'000 Taxpunkten erhoben, wobei der Wert eines Taxpunkts einen Franken beträgt (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung [Gebührenverordnung, GebV;

BSG 154.21]). Bei der auferlegten Gebühr handelt es sich um eine reduzierte Pauschalgebühr (vgl. angefochtener Entscheid E. 6d; Art. 21 Abs. 1 GebV). Die Vorinstanz hat demnach dem Umstand Rechnung getragen, dass der Beschwerdeführer nicht die Gelegenheit erhielt, die Beschwerde zurückzuziehen und Kosten zu sparen (vgl. vorne E. 4.3.1). Diese Gebühr wäre demnach auch angefallen, wenn der Rechtsdienst der POM das Gesuch vorab beurteilt hätte. Die Verletzung des Rechts auf Vorausbeurteilung zeitigt in Bezug auf die Verfahrenskosten also keine Wirkung, welcher Rechnung zu tragen wäre. Die Beschwerde erweist sich insoweit als unbegründet.

6.

Nach dem Erwogenen waren die Gewinnaussichten im Beschwerdeverfahren vor der POM gering, ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bestand im massgebenden Zeitpunkt nicht. Die Vorinstanz sah allerdings davon ab, das Gesuch vorab zu beurteilen und ordnete rund ein Jahr nach Gesuchseingang unter mehreren Malen Rechtshandlungen des Beschwerdeführers bzw. seiner Rechtsvertretung an. Der Beschwerdeführer oder seine Rechtsvertretung durften unter den gegebenen Umständen davon ausgehen, dass die unentgeltliche Rechtspflege mit Endentscheid gewährt würde. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist daher Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben, die unentgeltliche Verbeiständung für die im Anschluss an die erste Instruktionsverfügung in der Sache (14.8.2013) angefallenen Aufwendungen zu gewähren und die Sache zur Festlegung der amtlichen Entschädigungen für die beiden beizuordnenden Rechtsvertretungen (unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

Bemerkungen

Dass das vorliegende Urteil Fragen von grundsätzlicher Bedeutung behandelt, zeigt sich schon daran, dass die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung über die unentgeltliche Prozessführung nicht einzelrichterlich beurteilt wird, sondern das Verwaltungsgericht in Fünferbesetzung entscheidet.

Allein die Beantwortung der Frage, ob die Vorinstanzen zu Recht von der Aussichtslosigkeit des Verfahrens ausgegangen waren, hätte wohl noch keinen Anlass für den erhöhten Verfahrensaufwand geboten. Erst das anschlies-

send diskutierte Problem weist auf die grundsätzliche Bedeutung des Urteils hin und rechtfertigt die besondere Besetzung des Spruchkörpers. Es geht darum, welches die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn eine Beschwerdeinstanz (hier die POM) das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung nicht sofort, sondern erst zusammen mit der Hauptsache entscheidet, vorgängig aber aufwändige Instruktionmassnahmen angeordnet hat. In einer solchen Konstellation kann die spätere Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Auferlegung eben jener Kosten führen, deren Tragung der Gesuchsteller gerade vermeiden wollte – und dies, ohne dass er die Möglichkeit gehabt hätte, diese Konsequenzen durch einen Rückzug abzuwenden. Die Nähe zum verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) im Allgemeinen und zum verfahrensrechtlichen Fairnessprinzip (Art. 29 Abs. 1 BV) im Besonderen liegt auf der Hand.

Das Verwaltungsgericht prüft die aufgeworfene Frage mit der angesichts ihres Grundsatzcharakters gebotenen Differenziertheit. Aufgrund der uneinheitlichen und wenig kohärenten Praxis des Bundesgerichts wichtig ist die hier nun erfolgte Klarstellung, wonach es zwei Fälle zu unterscheiden gilt: Wird (1) das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden und gibt das Verfahren zu keinen weiteren Vorkehrungen Anlass, ist es zulässig, über das Gesuch erst zusammen mit der Hauptsache zu entscheiden. Anders verhält es sich, wenn (2) der Gesuchsteller bzw. sein Rechtsvertreter nach Gesuchseinreichung zu weiteren Verfahrensschritten angehalten ist, die zudem mit erheblichen Kosten verbunden sind; hier – so die Grundregel – muss die Behörde das Gesuch *umgehend* beurteilen, damit sich Partei und Rechtsvertreter über das Kostenrisiko im Klaren sind und entsprechend disponieren können. Nicht einfach zu beantworten ist die damit unmittelbar zusammenhängende Frage, in wessen *Verantwortung* diese «weiteren Verfahrensschritte» und damit auch die daraus folgenden Kosten liegen. Indirekt angesprochen ist damit das Verhältnis zwischen dem Grundsatz des Amtsbetriebs, dem Anspruch der Parteien auf faire Behandlung und – vom Gericht nicht ausdrücklich thematisiert – den anwaltlichen Sorgfaltspflichten. Zu Recht hält das Verwaltungsgericht zunächst und in allgemeiner Weise fest, dass die Kosten, die mit der rechtsgenügenden Begründung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege allgemein verbunden sind, ebenso wie ein allfälliger (Mehr-)Aufwand für die nachträgliche Verbesserung ungenügender Gesuche grundsätzlich keine «weiteren Verfahrensschritte» darstellen, welche den Vertrauensschutz zu aktivieren vermögen, und dies auch

dann nicht, wenn sie auf entsprechende behördliche Instruktionmassnahmen hin ergehen.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst entschieden, nachdem sie mehrere Instruktionverfügungen erlassen hatte; die zusätzlichen und umfangreichen Beweismassnahmen waren im Ergebnis mit erheblichen Kosten verbunden und gingen über die blosse, dem Gesuchsteller anlastbare Nachbesserung hinaus. In dieser besonderen Konstellation rechnet das Verwaltungsgericht den prozeduralen Mehraufwand nicht dem Beschwerdeführer, sondern der Behörde zu; es legt damit die Prozessmaxime (Amtsbetrieb) im Licht der grundrechtlichen Verpflichtung (Beachtung von Vertrauensschutz und prozeduraler Fairness) aus.

Damit stellt sich die Frage, welche *Rechtsfolgen* die Unterlassung der Vorabentscheidung und die damit verbundene Fairnessverletzung haben. Mangels entsprechender Präjudize stellt das Verwaltungsgericht sinngemäss (und naheliegend) auf die Rechtsprechung zu den Konsequenzen einer Rechtsverzögerung ab. Hier wie dort kann die Rechtsfolge der Grundrechtsverletzung nicht in der automatischen Gutheissung des Antrags in der Sache liegen. Ebenso wenig führt der Formfehler zu einer automatischen Gutheissung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, und dies im konkreten Fall umso weniger, als das Gesuch auch bei rechtzeitiger Beurteilung abzuweisen gewesen wäre. Dem Verwaltungsgericht ist darin zuzustimmen, dass in solchen Konstellationen nach der im Einzelfall sachgerechten Lösung zu suchen ist; das Gericht sieht diese – zu Recht – in der kompensatorisch wirkenden Massnahme, den Anwalt (nur) für jene Kosten zu entschädigen, welche durch die *zusätzlichen*, behördlich angeordneten Verfahrenshandlungen entstanden sind. Im Ergebnis werden damit nur jene anwaltlichen Handlungen entschädigt, welche durch den Vertrauensgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 BV) gedeckt sind und dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) entsprechen.

Das Urteil ist schlüssig begründet und verdient im Ergebnis Zustimmung. In einer Frage, die zum verfahrensrechtlichen Alltag gehört, hat das Verwaltungsgericht nicht nur die gewünschte Rechtssicherheit geschaffen, sondern darüber hinaus auch den Anspruch auf prozeduralen Vertrauensschutz um eine weitere Facette ergänzt. Nicht falsch gewesen wäre in diesem Zusammenhang ein Hinweis auf die anwaltlichen Sorgfaltspflichten; ordnet eine Behörde aufwändige Beweismassnahmen an, während ein bei ihr hängiges Gesuch um unentgeltliche Prozessführung noch nicht entschieden ist, darf

von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie vorgängig um Klärung der offenen Rechtsfrage ersucht – der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz bindet nämlich nicht nur den Staat, sondern auch die Privaten (Art. 5 Abs. 3 BV).

Prof. Dr. Regina Kiener, Zürich

LEITENTSCHEIDE DECISIONS IMPORTANTES

EXAMENS PRÜFUNGEN

Jugement du Tribunal administratif (Cour des affaires de langue française) du 15 mars 2016 en la cause X. contre la Commission des examens d'avocat du canton de Berne (JTA 100.2015.218)

Echec à l'examen écrit du brevet d'avocat; erreur de traduction dans la donnée, réparation du vice

1. Egalité de traitement. Droit à une épreuve équivalente sur le plan matériel. En l'espèce, les erreurs de traduction qui ont entaché l'épreuve écrite de droit privé rédigée en français (c. 3.2) ont entraîné une inégalité de traitement entre candidats alémaniques et francophones (c. 5.2 et 6).
2. Réparation du vice. La modification des critères d'évaluation arrêtée par la commission des examens n'était pas propre à rétablir une égalité des chances entre les candidats alémaniques et francophones (c. 7).
3. Conditions auxquelles les vices constatés sont susceptibles de conduire à l'admission du recours (c. 8.1). En l'espèce, les erreurs en cause étaient de nature à influencer les résultats de l'épreuve de telle façon que le résultat global de l'examen puisse en être modifié (c. 8.2 et 8.3).
4. Conséquences de l'admission du recours. La recourante doit être mise en mesure d'effectuer à nouveau l'épreuve de droit privé en première tentative et sans frais, les notes des autres écrits étant acquises (c. 9).

Nichtbestehen der schriftlichen Anwaltsprüfung; Übersetzungsfehler in der Aufgabenstellung, Behebung des Mangels

1. Gleichbehandlung. Recht auf eine Prüfung mit gleichwertigen Bedingungen. Im vorliegenden Fall haben die in der schriftlichen Privatrechtsprüfung enthaltenen Übersetzungsfehler in der französischen Version (E. 3.2) eine Ungleichbehandlung zwischen den deutsch- und französischsprachigen Kandidatinnen und Kandidaten bewirkt (E. 5.2 und 6).