

100.2015.266U
KEP/BII/RAP

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 11. September 2015

Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiber Bischof

A. _____, **alias B.** _____
zzt. Regionalgefängnis Bern, Genfergasse 22, 3011 Bern
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführer

gegen

Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern
Migrationsdienst, Eigerstrasse 73, 3011 Bern

und

Kantonales Zwangsmassnahmengericht
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

betreffend Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen Zwangsmass-
nahmengerichts vom 25. August 2015; KZM 15 1138)



Sachverhalt:

A.

Der aus der Bundesrepublik Nigeria stammende A._____ (geb. am1992 bzw.1985) reiste eigenen Angaben zufolge am 5. Juli 2012 in die Schweiz ein, wo er gleichentags ein Asylgesuch stellte. Dieses wies das Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Verfügung vom 16. Januar 2015 ab unter Wegweisung von A._____ aus der Schweiz.

Die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland verurteilte A._____ am 4. Dezember 2013 wegen Hehlerei zu einer bedingten Geldstrafe und einer Busse. Vom 22. Januar bis zum 24. Februar 2015 galt A._____ als vermisst.

B.

Am 21. August 2015 wurde A._____ von der Kantonspolizei Bern im Rahmen einer gezielten Aktion gegen den Betäubungsmittelhandel in Bern vorläufig festgenommen und polizeilich befragt. Am 22. August 2015 versetzte ihn das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), in Ausschaffungshaft und beantragte am 23. August 2015 die Überprüfung der Haftanordnung für drei Monate beim kantonalen Zwangsmassnahmengericht (ZMG). Mit Entscheid vom 25. August 2015 bestätigte das ZMG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschaffungshaft bis zum 21. November 2015.

C.

Gegen den Entscheid des ZMG hat A._____ am 3. September 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit den Rechtsbegehren, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und er sei unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen. Gleichzeitig hat er ein Gesuch um unent-

geltliche Rechtspflege rückwirkend auf den 27. August 2015 unter Beiordnung von Rechtsanwalt ... als amtlicher Rechtsbeistand gestellt.

Mit Verfügung vom 4. September 2015 hat der Instruktionsrichter die Beschwerde und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zugestellt.

Erwägungen:

1.

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 (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 des Einführungsgesetzes vom 20. Januar 2009 zum Ausländer- und zum Asylgesetz [EG AuG und AsylG; BSG 122.20]). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

1.3 Der vorliegende Entscheid fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. e des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

Wurde ein erstinstanzlicher (nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger) Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet, kann die zuständige Behörde zur Sicherstellung des Vollzugs die ausländische Person in Ausschaffungshaft nehmen, wenn die Voraussetzungen von Art. 76 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) erfüllt sind. Dabei muss einer der in Art. 76 Abs. 1 AuG genannten Haftgründe bestehen und der Vollzug der Wegweisung mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Beschleunigungsgebot; Art. 76 Abs. 4 AuG). Die Administrativhaft hat insgesamt den sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergebenden Erfordernissen zu genügen (Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 28 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]), es darf kein Haftbeendigungsgrund vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AuG) und es ist die maximal zulässige Haftdauer zu beachten (Art. 79 AuG).

3.

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass ein Grund für seine Inhaftierung gegeben sei.

3.1 Das ZMG hat zunächst den Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AuG der (tatsächlichen) Untertauchensgefahr als gegeben erachtet. Eine solche Untertauchensgefahr liegt nach dem Gesetzestext vor, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die betroffene Person sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sie der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG sowie Art. 8 Abs. 1 Bst. a oder Abs. 4 AsylG nicht nachkommt (Ziff. 3) oder wenn ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Ziff. 4). Ob eine derartige Untertauchensgefahr vorliegt, muss aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Neben den ausdrücklich genannten Fällen der Mitwirkungspflichtverletzung ist sie auch dann zu bejahen, wenn die betroffene Person bereits einmal untergetaucht ist, durch unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollzugs-

bemühungen zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass sie nicht bereit ist, in ihre Heimat zurückzukehren bzw. auszureisen. Für eine Untertauchensgefahr spricht sodann, wenn die betroffene Person straffällig geworden ist, keinen festen Aufenthaltsort hat oder mittellos ist (BGE 140 II 1 E. 5.3, 130 II 56 E. 3.1; BVR 2010 S. 529 E. 4.2, 2009 S. 531 E. 3.3).

3.2 Das ZMG hat die Untertauchensgefahr damit begründet, dass der Beschwerdeführer im Asylverfahren behauptet habe, aus Uganda zu stammen, im ausländerrechtlichen Verfahren indes ausgesagt habe, nigerianischer Staatsangehöriger zu sein. Folglich habe er in einem der beiden Verfahren unrichtige Angaben zu seiner Person gemacht, womit er seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei (angefochtener Entscheid, S. 2). – Wie der Verfügung des SEM vom 16. Januar 2015 zu entnehmen ist, hat sich der Beschwerdeführer im Asylverfahren als ugandischer Staatsangehöriger ausgegeben, vermochte diese Behauptung indes nicht glaubhaft zu machen, weshalb das SEM sein Asylgesuch abgewiesen hat (unpag. Haftakten, S. 2 f.). In der Folge gab der Beschwerdeführer zu, aus Nigeria zu stammen. Zudem gab er seinen tatsächlichen Namen sowie sein tatsächliches Geburtsdatum bekannt (vgl. Protokoll Ausreisegespräch MIDI vom 9.3.2015, S. 1; Protokoll der polizeilichen Einvernahme nach AuG vom 21.8.2015, S. 2 ff.; Protokoll der Haftverhandlung vom 25.8.2015, S. 2, je unpag. Haftakten). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer im Asylverfahren falsche Angaben zu seiner Identität gemacht und somit seine Mitwirkungspflicht im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. a AsylG verletzt hat. Dass dieses Verhalten im Haftverfahren nicht berücksichtigt werden dürfte, wie der Beschwerdeführer meint (Beschwerde, Ziff. 6), ist nicht ersichtlich, wird es doch in Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AuG ausdrücklich als konkretes Anzeichen für die Untertauchensgefahr aufgeführt. Es stellt denn auch kein passives Verhalten dar, das nach der (älteren) Rechtsprechung des Bundesgerichts für sich alleine regelmässig nicht zur Annahme einer Untertauchensgefahr genügt (BGE 129 I 139 E. 4.2.1; vgl. zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 130 II 377 E. 3.2.3; BGer 2C_871/2012 vom 28.1.2013, E. 4.5; eingehend zum Ganzen Martin Businger, *Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG*, Diss. Zürich 2014, S. 119 ff.). Vielmehr ist es als Täuschungsmanöver zur

(rechtsmissbräuchlichen) Erlangung des Asylrechts zu qualifizieren, was der Beschwerdeführer selber einräumt (Beschwerde, Ziff. 6).

3.3 Hinzu kommt Folgendes: Der Beschwerdeführer hätte die Schweiz spätestens am 13. März 2015 verlassen müssen (Verfügung des SEM vom 16.1.2015, unpag. Haftakten, Ziff. 4), was er bis zum Zeitpunkt seiner Inhaftierung nicht getan hat. Zwar ist er am 10. März 2015 zwecks Ausstellung eines «Laissez-passer» bei der nigerianischen Botschaft vorstellig geworden («Visitor's Request» vom 10.03.2015, unpag. Haftakten). Auch hat er zur Regelung der Rückkehrhilfe mit der Kirchlichen Kontaktstelle für Flüchtlingsfragen (KKF) Kontakt aufgenommen (Beschwerde, Ziff. 7 f.; Deckblatt Case Management der Rückkehrberatung KKF, Beilage 5 zur Beschwerde). Diese Vorkehren alleine vermögen das Bestehen einer Untertauchensgefahr jedoch nicht auszuräumen. So ist der Beschwerdeführer in der Schweiz bereits straffällig geworden (vorne Bst. A), wobei die strafbare Handlung entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht derart weit zurückliegt, dass sie bei der Beurteilung der Untertauchensgefahr nicht mehr zu berücksichtigen wäre (Beschwerde, Ziff. 16). Offenbleiben kann in diesem Zusammenhang die Frage, ob die im Anschluss an die polizeiliche Festnahme des Beschwerdeführers vom 21. August 2015 ergangene strafrechtliche Anzeige wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121) aufgrund der Unschuldsvermutung im Haftverfahren berücksichtigt werden darf (vgl. polizeilicher Anzeigerapport vom 22.8.2015, unpag. Haftakten; Beschwerde, Ziff. 17; vgl. zur Problematik *Matin Businger*, a.a.O., S. 118 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Weiter verfügt der Beschwerdeführer eigenen Angaben zufolge über keine nennenswerten finanziellen Mittel und bezieht Nothilfe (Protokoll der polizeilichen Einvernahme nach AuG vom 21.8.2015, S. 3; Erhebungsformular wirtschaftliche Verhältnisse vom 21.8.2015, je unpag. Haftakten; Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, Ziff. 2). Schliesslich mag zwar zutreffen, dass der Beschwerdeführer sich den Behörden seit längerer Zeit zur Verfügung hält und sein Aufenthaltsort bekannt ist (Beschwerde, Ziff. 11). Anfang Jahr galt er indes während gut eines Monats als vermisst, was nach dem in E. 3.1 Gesagten ebenfalls für das Vorliegen einer Untertauchensgefahr spricht.

3.4 Zusammenfassend ist das ZMG zu Recht zum Schluss gekommen, dass beim Beschwerdeführer eine Untertauchensgefahr besteht. Der Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 liegt demnach vor. Ob aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers (vorne Bst. A) zusätzlich der Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. h AuG gegeben wäre, braucht deshalb nicht geprüft zu werden. Folglich kann auch offenbleiben, ob das ZMG ohne entsprechenden Antrag des MIDI überprüfen durfte, ob dieser Haftgrund einschlägig ist (angefochtener Entscheid, S. 2 f.; Beschwerde, Ziff. 13 ff.; vgl. zur Problematik Martin Businger, a.a.O., S. 280 f.).

4.

Die Haft erweist sich auch als verhältnismässig: Der Beschwerdeführer kritisiert zwar, die Inhaftierung halte ihn davon ab, zusammen mit der KKF ein Projekt zur Gewinnung von Wasser (Bohrunternehmung) zu erarbeiten, das seine Existenz in Nigeria sichern soll (Beschwerde, Ziff. 9 und 18 f.). Das Interesse des Beschwerdeführers, für das nicht näher erläuterte Projekt allenfalls (finanzielle) Hilfe zu erhalten, vermag das öffentliche Interesse an seiner Wegweisung – insbesondere mit Blick auf die festgestellte Untertauchensgefahr – jedoch nicht zu überwiegen. Mildere (Zwangs-)Massnahmen – wie beispielsweise eine Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 Bst. a AuG oder eine regelmässige Meldepflicht bei den Migrationsbehörden nach Art. 64e Bst. a AuG – kommen angesichts der Untertauchensgefahr nicht in Betracht (vgl. dazu BGer 2C_168/2013 vom 7.3.2013, E. 3.2; VGE 2015/190 vom 2.7.2015, E. 6.2, 2014/287 vom 21.10.2014, E. 5.1; jeweils mit Hinweis auf die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger [sog. «Rückführungsrichtlinie»; ABl. L 348 vom 24.12.2008 S. 98 ff.]). Sodann hat der Beschwerdeführer weder Familienangehörige in der Schweiz noch beanstandet er die Haftbedingungen oder macht gesundheitliche Probleme geltend (vgl. Protokoll der Haftverhandlung vom 25.8.2015, unpag. Haftakten, S. 3). Die Haft überschreitet die Dauer von sechs Monaten nicht

(vgl. Art. 79 Abs. 1 AuG), weshalb die Voraussetzungen nach Art. 79 Abs. 2 AuG nicht zu prüfen sind. Die angeordnete Haftdauer von drei Monaten ist nicht zu beanstanden. Schliesslich gibt es keine Anzeichen dafür, dass die Behörden den Wegweisungsvollzug nicht mit dem nötigen Nachdruck verfolgen würden (Beschleunigungsgebot; Art. 76 Abs. 4 AuG).

5.

5.1 Damit hält der angefochtene Entscheid der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen und hat er keinen Anspruch auf Ersatz seiner Parteikosten (vgl. Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Er hat indessen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beiordnung seines Rechtsvertreters gestellt.

5.2 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn sie 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 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 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 (BGE 129 I 129 E. 2.3.1, 128 I 225

E. 2.5.3, 125 II 265 E. 4b, 124 I 304 E. 2c; vgl. zum Ganzen auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 111 N. 12).

5.3 Die bedürftige Partei hat gestützt auf Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV einen Anspruch darauf, dass ihr auf Gesuch hin ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt wird, falls dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint; nach Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV muss jede Person, welcher die Freiheit entzogen wird, die Möglichkeit haben, ihre Rechte – in einer den Umständen angemessenen, wirksamen Weise – geltend zu machen. Das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit ist bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer im Hinblick hierauf jeweils sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der Erfolgsaussichten differenziert zu handhaben. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass der ausländischen Person bei der Haftverlängerung nach drei Monaten bzw. einer Haftanordnung von über drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung droht, die für sie mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen sie – auf sich selber gestellt – mangels Kenntnis der Sprache und der hiesigen Verhältnisse nicht gewachsen erscheint. Es ist ihm in dieser Situation selbst in «einfachen» Fällen kaum möglich, das administrative Haftverlängerungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe zu verstehen. Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung entsprochen wird (zum Ganzen BGE 139 I 206 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Dies hat nicht nur für die erstinstanzliche obligatorische richterliche Haftprüfung zu gelten, sondern auch für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren, falls die betroffene Person vor dem Haftgericht ohne ihr Verschulden nicht bereits anwaltlich vertreten war. Die bedürftige inhaftierte ausländische Person hat gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) einen Anspruch darauf, bei der Haftverlängerung losgelöst von den Erfolgsaussichten ihrer Argumente mindestens einmal vor einer richterlichen Behörde auf ihr Gesuch hin anwaltlich beraten bzw. vertreten zu werden (BGer 2C_332/2012 vom 3.5.2012, E. 2.3.1).

5.4 Das ZMG hat die Ausschaffungshaft erstmals für drei Monate angeordnet. Die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege unabhängig von den Erfolgsaussichten der Beschwerde sind somit nicht gegeben. Vor Verwaltungsgericht muss folglich die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt werden, wenn die Beschwerde nicht als aussichtslos erscheint. Dies ist indes nicht der Fall, bringt der Beschwerdeführer doch kein Argument vor, das den Entscheid des ZMG und dessen Begründung ernsthaft in Zweifel ziehen könnte. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem ZMG auf sein Recht hingewiesen worden ist, eine Anwältin oder einen Anwalt beizuziehen. Von diesem Recht hat er indes nicht Gebrauch gemacht (Protokoll der Haftverhandlung vom 25.8.2015, unpag. Haftakten, S. 2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die inhaftierte Person im kantonalen Rechtsmittelverfahren dann Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn sie vor dem Haftgericht *unverschuldet* nicht anwaltlich vertreten war (vorne E. 5.3). Es fragt sich deshalb, ob dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch mit der Begründung verwehrt werden dürfte, er hätte im vorinstanzlichen Verfahren die Möglichkeit gehabt, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Die Frage braucht jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden, da die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege wie ausgeführt bereits aus anderen Gründen nicht gegeben sind. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut des Beschwerdeführers noch zu prüfen wäre. Da über das Gesuch erst im Sachentscheid befunden wird und der Beschwerdeführer keine Gelegenheit hatte, die Beschwerde nach Abweisung des Gesuchs zurückzuziehen und damit Verfahrenskosten zu sparen, ist eine reduzierte Pauschalgebühr zu erheben.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 300.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - dem Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern
 - dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht
 - dem Staatssekretariat für Migrationund mitzuteilen:
 - dem Regionalgefängnis Bern

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.