

100.2018.320U  
HAT/SBE/KIB

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 3. Oktober 2018**

Verwaltungsrichter Häberli  
Gerichtsschreiberin Streun

**A.** \_\_\_\_\_  
Regionalgefängnis Moutier, Rue du Château 30b, 2740 Moutier  
vertreten durch Advokat ...  
Beschwerdeführer

gegen

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

und

**Kantonales Zwangsmassnahmengericht**  
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

betreffend Anordnung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen  
Zwangsmassnahmengerichts vom 21. September 2018; KZM 18 1290)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der aus Kamerun stammende A.\_\_\_\_\_ (geb. ... 1983) stellte am 5. Januar 2018 ein Asylgesuch in der Schweiz. Dieses Gesuch wies das Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Entscheid vom 21. März 2018 ab und ordnete die Wegweisung von A.\_\_\_\_\_ aus der Schweiz an. Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht am 24. Mai 2018 nicht ein. Ab dem 21. Juni 2018 war A.\_\_\_\_\_ untergetaucht und wurde deshalb im Fahndungssystem RIPOL zur Verhaftung ausgeschrieben. Am 20. September 2018 hinderte ihn die Grenzwachpolizei am Grenzübergang Basel-Lysbüchel an der Ausreise nach Frankreich und nahm ihn fest. Noch gleichentags versetzte ihn das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), in Ausschaffungshaft.

### **B.**

Mit Entscheid vom 21. September 2018 bestätigte das kantonale Zwangsmassnahmengericht (ZMG) nach mündlicher Verhandlung die Ausschaffungshaft bis zum 19. Dezember 2018.

### **C.**

Hiergegen hat A.\_\_\_\_\_ am 27. September 2018 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und er sei aus der Haft zu entlassen. Gleichzeitig hat er um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt ersucht.

Mit Verfügung vom 28. September 2018 hat der Instruktionsrichter die Beschwerde den übrigen Verfahrensbeteiligten 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 Bst. a und b 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.**

**2.1** 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 dürfen keine Haftbeendigungsgründe vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AuG) und es ist die maximal zulässige Haftdauer zu beachten (Art. 79 AuG). Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen.

**2.2** Der Beschwerdeführer wurde am 20. September 2018 um 03:00 Uhr bei der Ausreise nach Frankreich von der Grenzwaache angehalten und in der Folge festgenommen. Noch gleichentags wurde er nach Bern überführt, wo ihn das MIP umgehend in Ausschaffungshaft versetzte (Anordnung der Ausschaffungshaft vom 20.9.2018, unpag. Haftakten ZMG). Am folgenden Tag, dem 21. September 2018, führte das ZMG um 10:14 Uhr die mündliche Haftverhandlung durch und bestätigte die Ausschaffungshaft bis zum 19. Dezember 2018 (Protokoll ZMG vom 21.9.2018 [Protokoll ZMG], unpag. Haftakten ZMG, S. 1 und 5). Damit wurde die gesetzliche Frist von Art. 80 Abs. 2 AuG eingehalten.

### **3.**

**3.1** Das SEM hat den Beschwerdeführer mit (negativem) Asylentscheid vom 21. März 2018 aus der Schweiz weggewiesen und das Bundesverwaltungsgericht ist am 24. Mai 2018 nicht auf das hiergegen erhobene Rechtsmittel eingetreten. Mithin liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor, dessen Vollzug mit der Ausschaffungshaft sichergestellt werden kann.

**3.2** Unbehelflich ist, wenn sich der Beschwerdeführer hinsichtlich seiner Wegweisung auf das bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM) anhängig gemachte Rechtsmittelverfahren betreffend die Nichtanhandnahme seines Gesuchs vom 9. August 2018 um Erteilung einer Aufenthaltbewilligung durch das MIP (Entscheid vom 20.9.2018) beruft. Aus der Regelung von Art. 17 AuG erhellt, dass auch ein laufendes Bewilligungsverfahren der Wegweisung grundsätzlich nicht entgegenstehen würde (vgl. BGer 2C\_218/2013 vom 26.3.2013 E. 3.2.3; Martin Businger,

Ausländerrechtliche Haft – Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, 2015, S. 63 f.). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer, soweit er sich auf das Verhältnis zu seiner Schweizer Tochter bzw. den konventionsrechtlich und verfassungsmässig garantierten Schutz des Familienlebens beruft, seine Anwesenheit als solche zum Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens machen will, was grundsätzlich nicht zulässig ist (vgl. BGer 2C\_756/2009 vom 15.12.2009 E. 2.2; VGE 2013/190 vom 27.6.2013 E. 5.2). Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens bildet regelmässig bloss die Rechtmässigkeit der Haft (BGE 130 II 377 E. 1, 130 II 56 E. 2; BGer 2C\_218/2013 vom 26.3.2013 E. 3.2.2).

#### 4.

Das ZMG hat den Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AuG der (tatsächlichen) Untertauchensgefahr als gegeben erachtet.

**4.1** Eine 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 und Art. 8 Abs. 1 Bst. a oder Abs. 4 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) 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 Vollzugsbemühungen 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 [Pra 103/2014 Nr. 34], 130 II 56 E. 3.1; BVR 2016 S. 529 E. 5.2).

**4.2** Der Beschwerdeführer ist seinen eigenen Angaben zufolge im Juni 2015 illegal in die Schweiz eingereist. Am 2. Dezember 2015 wurde er von der Grenzpolizei in Vendlincourt (JU) aufgegriffen, wobei er die Behörden über seine Identität zu täuschen versuchte, indem er gefälschte oder ihm nicht zustehende Dokumente verwendete. In der Folge kam er der Aufforderung nicht nach, sich zwecks Einreichung eines Asylgesuchs in Basel im Empfangszentrum für Asylsuchende einzufinden, sondern hielt sich über zwei Jahre illegal in der Schweiz auf, bis er schliesslich am 5. Januar 2018 doch noch ein Asylgesuch stellte. Nach dessen Abweisung liess er die ihm bis 15. Juni 2018 angesetzte Ausreisefrist ungenutzt verstreichen. Er unternahm auch nichts, um seine Ausreisepapiere zu beschaffen, die sich angeblich bei einem Freund befanden (Befragungsprotokoll SEM vom 30.1.2018, unpag. Haftakten ZMG S. 6 f.; Haftanordnung S. 2). Weiter kam er der Vorladung des MIDI zu einem Ausreisegespräch am 19. Juni 2018 nicht nach, verschwand am 21. Juni 2018 aus der Kollektivunterkunft Bärgsunne in Hondrich (Meldung vom 21.6.2018, unpag. Haftakten ZMG) und tauchte unbestrittenermassen unter (Beschwerde S. 4). Aufgrund dieses Verhaltens des Beschwerdeführers, der behördliche Termine missachtet und sich seiner Ausreisepflicht bewusst entzogen hat und auch bereits einmal untergetaucht ist, ist von einer erheblichen Gefahr auszugehen, dass er sich – in Freiheit belassen – den behördlichen Anordnungen für den Wegweisungsvollzug (weiterhin) widersetzen könnte. Das ZMG hat deshalb die Untertauchensgefahr gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AuG zu Recht bejaht.

## **5.**

**5.1** Die Zulässigkeit der Ausschaffungshaft setzt ferner deren Verhältnismässigkeit voraus, wobei namentlich den familiären Verhältnissen der inhaftierten Person und den Umständen des Haftvollzugs Rechnung zu tragen ist (Art. 80 Abs. 4 AuG). Es ist zudem zu prüfen, ob die ausländische Person hafterstehungsfähig ist (vgl. BVR 2010 S. 541 E. 4.5.1).

**5.2** Der Beschwerdeführer hat am 8. Juni 2018 die Vaterschaft über die am ... 2017 geborene B.\_\_\_\_\_ anerkannt, die aus der (beendeten)

Beziehung zu einer Schweizer Bürgerin stammt. Dieser Umstand macht seine Inhaftierung indes nicht unverhältnismässig: B.\_\_\_\_\_ lebt bei ihrer Mutter, sodass Betreuung und Pflege ohne weiteres sichergestellt sind. Zudem hat der Beschwerdeführer seine Vaterschaft erst vor kurzem anerkannt, wobei nichts über eine Besuchsrechtsregelung oder eine gemeinsame elterliche Sorge bekannt ist. Hinzu kommt, dass Mutter und Kind in ... im Jura wohnen, während der Beschwerdeführer angibt, im Fall seiner Freilassung in ... eine Anstellung als Coiffeur antreten zu können («Einstellungszusage» vom 4.7.2018, unpag. Haftakten ZMG). Abgesehen von einer Cousine, die in ... lebt, verfügt der Beschwerdeführer über keine weiteren Verwandten in der Schweiz (vgl. Protokoll ZMG S. 3; Befragungsprotokoll SEM S. 6). Nach dem Gesagten stehen die familiären Verhältnisse des Beschwerdeführers und insbesondere das Kindeswohl seiner Schweizer Tochter der Haftanordnung nicht entgegen. Mit Blick auf die Bemühungen des Beschwerdeführers, gestützt auf das Recht auf Familienleben eine Aufenthaltsbewilligung zu erlangen (vgl. vorne E. 3.2), ist nicht davon auszugehen, dass eine Bewilligungserteilung unmittelbar bevorstehen würde. Mithin ist ausgeschlossen, dass eine Ausnahmesituation vorliegt, die den Vollzug der Wegweisung und die zu dessen Sicherung angeordnete Haft als unverhältnismässig erscheinen lassen würden (vgl. BGer 2C\_731/2014 vom 28.8.2014 E. 2.2, 2C\_218/2013 vom 26.3.2013 E. 5.2, vgl. zu Art. 17 AuG auch BGE 139 I 37 E. 2.2). Weitere Gründe, welche die Inhaftierung als unverhältnismässig erscheinen liessen, sind weder geltend gemacht noch ersichtlich. Vor dem ZMG sagte der Beschwerdeführer aus, es gehe ihm gesundheitlich gut, und beanstandete die Haftbedingungen nicht (Protokoll ZMG S. 3 f.).

**5.3** Demnach erweist sich die Ausschaffungshaft zur Sicherung des Vollzugs der Wegweisung als geeignet, erforderlich und zumutbar. Insbesondere ist angesichts des bisherigen Verhaltens des Beschwerdeführers keine mildere taugliche Massnahme als die Inhaftierung ersichtlich. Mit Blick auf dessen Untertauchen nur kurze Zeit nachdem er seine Tochter anerkannt hat (vorne E. 4.2), fällt auch eine regelmässige Meldepflicht bei den Migrationsbehörden nach Art. 64e Bst. a AuG ausser Betracht (vgl. dazu BGer 2C\_722/2015 vom 29.10.2015 E. 3.2, 2C\_787/2014 vom 29.9.2014 E. 2.2; VGE 2017/85 vom 30.3.2017 E. 5.1, je 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.]). Bei einer Haftentlassung des Beschwerdeführers wäre angesichts dessen bisherigen Verhaltens nicht zu erwarten, dass er sich den Behörden zur Verfügung halten würde.

**5.4** Des Weiteren überschreitet die Ausschaffungshaft die Dauer von sechs Monaten nicht (vgl. Art. 79 Abs. 1 AuG). Haftbeendigungsgründe sind weder geltend gemacht noch erkennbar (Art. 80 Abs. 6 AuG). Es gibt sodann keine Anhaltspunkte dafür, dass die Rückführung des Beschwerdeführers nach Kamerun nicht in absehbarer Zeit möglich sein wird, zumal die Behörden davon ausgehen, dass dieser – sollte er nicht zum Abfassen eines «Motivationsschreiben» bereit sein – innert nützlicher Frist einer Delegation aus Kamerun vorgeführt werden kann (Haftanordnung, unpag. Haftakten ZMG). Es gibt demnach keine Anzeichen dafür, dass die Behörden den Wegweisungsvollzug nicht mit dem nötigen Nachdruck verfolgen würden (Beschleunigungsgebot, Art. 76 Abs. 4 AuG).

## **6.**

**6.1** 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). Für den Fall seines Unterliegens hat er indessen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt gestellt.

**6.2** 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 Ver-

hältnisse 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; zum Ganzen VGE 2016/188 vom 11.7.2016 E. 8.2, 2015/266 vom 11.9.2015 E. 5.2; vgl. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 111 N. 12).

**6.3** Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte – in einer den Umständen angemessenen, wirksamen Weise – geltend zu machen (Art. 31 Abs. 2 BV; Art. 25 Abs. 2 und 4 KV). Im Hinblick hierauf ist das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit für die amtliche Verbeiständung bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer jeweils sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der Erfolgsaussichten differenziert zu handhaben. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht festgestellt, dass der ausländischen Person in Administrativhaft bei der Haftverlängerung nach drei Monaten bzw. bei einer Haftanordnung von mehr als 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 ihr in solchen Situationen selbst in «einfachen Fällen» kaum möglich, das administrative Haft(verlängerungs)verfahren ohne anwaltliche Hilfe zu verstehen. Die wirksame Geltendmachung ihrer 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). Entsprechendes gilt nicht nur für die erstinstanzli-

che obligatorische richterliche Haftprüfung, 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, Art. 26 Abs. 3 KV 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 (vgl. BGer 2C\_526/2016 vom 30.6.2016 E. 2.1; VGE 2016/179 vom 27.6.2016 E. 6.3, 2015/290 vom 6.10.2015 E. 7.3).

**6.4** 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 Frage stellen könnte. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut des Beschwerdeführers noch zu prüfen wäre. Da über das Gesuch erst im Rahmen des Sachentscheids befunden wird und der Beschwerdeführer keine Gelegenheit hatte, die Beschwerde nach Abweisung seines Gesuchs zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese praxismässig bloss in der Höhe der üblichen Abschreibungsgebühr zu erheben (BVR 2014 S. 437 E. 7.9).

#### **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 reduzierte Pauschalgebühr von Fr. 500.--, 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 Migration

und mitzuteilen:

- dem Regionalgefängnis Moutier

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.