

100.2018.322U  
HAT/SRE

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

### Urteil des Einzelrichters vom 8. Oktober 2018

Verwaltungsrichter Häberli  
Gerichtsschreiber Röthlisberger Brandenburg

**A.** \_\_\_\_\_  
zzt. Regionalgefängnis Bern, Genfergasse 22, 3011 Bern  
vertreten durch Rechtsanwältin ...  
Beschwerdeführer

gegen

**Einwohnergemeinde Bern**  
Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei,  
Predigergasse 5, Postfach, 3001 Bern

und

**Kantonales Zwangsmassnahmengericht**  
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

betreffend Anordnung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen  
Zwangsmassnahmengerichts vom 21. September 2018; KZM 18 1284)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ (geb. ...1971) ist türkischer Staatsbürger und traf am 18. September 2018 mit dem Zug von Mailand kommend in Bern ein. Noch auf dem Bahnsteig unterzogen ihn Beamte des Eidgenössischen Grenzwachkorps um 14:30 Uhr einer Personenkontrolle. Dabei stellten sie fest, dass er ohne Visum und in Verletzung eines in Griechenland für den gesamten Schengenraum verhängten Einreiseverbots in die Schweiz gelangt ist. A.\_\_\_\_\_ wurde festgehalten und polizeilichen einvernommen, wobei er erklärte, nach Bern gekommen zu sein, um hier ein Asylgesuch zu stellen. Er sei in der Türkei gefährdet, weil er beschuldigt werde, ein Anhänger von Fethullah Gülen zu sein. Unmittelbar nach Beendigung seiner Einvernahme wurde A.\_\_\_\_\_ von der Einwohnergemeinde (EG) Bern, Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (EMF), aus der Schweiz weggewiesen und in Ausschaffungshaft versetzt.

### **B.**

Mit Entscheid vom 21. September 2018 bestätigte das kantonale Zwangsmassnahmengericht (ZMG) nach mündlicher Verhandlung die Ausschaffungshaft bis zum 17. Dezember 2018. Am 27. September 2018 hat A.\_\_\_\_\_, nunmehr anwaltlich vertreten, beim Staatssekretariat für Migration (SEM) ein schriftliches Asylgesuch eingereicht. Gestützt hierauf setzte das SEM die für den 28. September 2018 vorgesehene Rückschaffung von A.\_\_\_\_\_ in die Türkei antragsgemäss aus.

### **C.**

Am 1. Oktober 2018 hat A.\_\_\_\_\_ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der Entscheid des ZMG vom 21. September 2018 sei aufzuheben und er unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Weiter ver-

langt A. \_\_\_\_\_, dass ihm für die erstandene Haft eine angemessene Entschädigung ausgerichtet wird. Gleichzeitig hat er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin ersucht.

Die EG Bern schliesst mit Vernehmlassung vom 5. Oktober 2018 auf Abweisung der Beschwerde, während das ZMG am 4. Oktober 2018 auf Stellungnahme verzichtet hat.

### **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 grundsätzlich einzutreten. Nicht einzutreten ist jedoch auf den Antrag, dem Beschwerdeführer sei wegen unrechtmässig erlittener Haft eine angemessene Entschädigung auszurichten (Rechtsbegehren 2). Soweit diesem für die verhältnismässig kurze Haftdauer überhaupt ein Entschädigungsanspruch zusteht (vgl. BGE 129 I 139 E. 4.4), bildet er nicht Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens (BGE 137 I 296 E. 6; 129 I 139 E. 3; BGer 2C\_575/2016 vom 12.7.2016 E. 1.2, 2C\_539/2015 vom 20.7.2015 E. 2.3). Es steht dem Beschwerdeführer aber frei, einen allfälligen Anspruch in einem Staatshaftungsverfahren geltend zu machen (vgl. Art. 84 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 [GG; BSG 170.11] i.V.m. Art. 100 ff. des Personalgesetzes vom 16. Sep-

tember 2004 [PG; BSG 153.01]; Art. 57 des Polizeigesetzes vom 8. Juni 1997 [PolG; BSG 551.1]).

**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** In Griechenland ist am 8. August 2018 ein Einreiseverbot gegen den Beschwerdeführer verhängt worden (SIS-Vollauskunft, unpag. Haftakten ZMG 18 1284 [act. 2A]). Mithin ist dessen Einreise in die Schweiz illegal erfolgt und er konnte von der EG Bern grundsätzlich mit «Standardformular» weggewiesen werden (Art. 64b AuG). Der Beschwerdeführer hat die

dahingehende Verfügung vom 18. September 2018 nicht angefochten, so dass an sich ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vorliegt. Er beanstandet die Wegweisung jedoch heute als rechtsfehlerhaft, weil er sich als Asylsuchender gestützt auf Art. 42 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) in der Schweiz aufhalten dürfe. – Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens bildet regelmässig bloss die Rechtmässigkeit der Haft und nicht auch die Frage der Rechtmässigkeit der Wegweisung (BGE 130 II 377 E. 1, 130 II 56 E. 2). Die Massgeblichkeit der Wegweisung kann der Haftrichter nur in eng begrenztem Rahmen erörtern, wenn sie augenfällig unzulässig bzw. derart offensichtlich falsch sind, dass sie sich letztlich als nichtig erweist (BGE 128 II 193 E. 2.2.2). Einwendungen gegen die Wegweisung sind grundsätzlich im dafür vorgesehenen Verfahren vorzutragen, nötigenfalls mit einem Wiedererwägungs- oder Revisionsgesuch (BGE 125 II 217 E. 2), wobei gegebenenfalls vorsorglich auch ein prozeduraler Aufenthalt erwirkt werden kann. Eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Wegweisung bzw. der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Stadium der Haftprüfung aufgrund von Art. 80 Abs. 6 Bst. a AuG setzt voraus, dass in konkreter Weise und auf den Einzelfall bezogen Unzumutbarkeitsgründe vorliegen, welche einer Wegweisung entgegenstehen. In solchen Fällen hat der Haftrichter die Haftgenehmigung zu verweigern, da der Vollzug einer in diesem Sinn nicht (mehr) rechtmässigen Anordnung nicht mit einem ausländerrechtlichen Freiheitsentzug sichergestellt werden darf (BGer 2C\_312/2018 vom 11.5.2018 E. 4.2.1 f. mit Hinweis auf Chatton/Merz, in: Nguyen/Amarelle [Hrsg.], Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, Art. 80 AuG N. 63 a.E.; Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft – Die Haft nach Art. 75 ff., AuG, 2015, S. 99 ff.; Thomas Hugli Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in Uebersax et al. [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, Rz. 10.28).

**2.3** Hier stellt sich die Frage, ob die Wegweisungsverfügung vom 18. September 2018 an einem derart schwerwiegenden Mangel leidet, dass ihre Sicherstellung durch Freiheitsentzug unzulässig erscheint: Mit Blick auf Art. 42 AsylG war eine altrechtliche formlose Wegweisung dann unzulässig, wenn die ausländische Person bereits ein Asylgesuch gestellt hatte (BGer 2A.721/2005 vom 16.12.2005 E. 2.3.2 f., 2A.458/2005 vom

29.7.2005 E. 2; Thomas Hugi Yar, a.a.O. Rz. 10.87). Bei der Wegweisung gemäss Art. 64b AuG nach geltendem Recht kann es sich grundsätzlich nicht anders verhalten, selbst wenn diese nicht mehr (gänzlich) formlos, sondern gestützt auf ein «Standardformular» erfolgt. Das Einreiseverbot als solches stellt noch keine Entfernungsmassnahme dar, sondern dient bloss der Fernhaltung der ausländischen Person und bildet, wenn das Verbot im Einzelfall nicht fruchtet, Grundlage für die sofortige Wegweisung der illegal eingereisten Person unmittelbar durch die kantonalen Migrationsbehörden (vgl. BGer 2C\_1223/2013 vom 21.1.2014 E. 1.2). Wird also sofort nach einer illegalen Einreise in die Schweiz, bei der ein Einreiseverbot missachtet wurde, ein Asylgesuch gestellt, kann keine Wegweisung nach Art. 64b AuG mehr erfolgen. Entgegen der Auffassung der EG Bern ist hier von einer solchen Situation und nicht von einem nachträglich gestellten Asylgesuch auszugehen: Der Beschwerdeführer hat nicht erst am 27. September 2018 mit der schriftlichen Eingabe seiner Rechtsvertreterin ein Asylgesuch gestellt. Vielmehr hat er bereits anlässlich seiner Befragung durch die Beamten der Grenzwaache erklärt, er wolle in Bern um Asyl ersuchen, da er in der Türkei gefährdet sei (vorne Bst. A; Einvernahmeprotokoll Grenzwachkorps vom 18.9.2018 S. 3 in act. 2A). Nach Art. 18 AsylG gilt jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht, als Asylgesuch, wobei von einem weiten Verfolgungsbegriff auszugehen ist (vgl. BGE 121 II 59 E. 3c). Der Beschwerdeführer hätte deshalb im Anschluss an seine Befragung nicht in Ausschaffungshaft versetzt, sondern an das nächstgelegene Empfangszentrum verwiesen werden müssen (Art. 8 Abs. 1 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 [Asylverordnung 1, AsylV 1; SR 142.311]; BGer 2A.458/2005 vom 29.7.2005 E. 2.3). Dies gilt auch dann, wenn der Beschwerdeführer noch vor der eigentlichen Befragung gegenüber dem zuständigen Mitarbeiter des EMF angab, nach Deutschland weiterreisen zu wollen, und bei dieser Gelegenheit auf die bevorstehende Verhaftung hingewiesen wurde. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Wegweisungsverfügung vom 18. September 2018 gegen Art. 42 AsylG verstösst und deshalb rechtsfehlerhaft ist. Indes wäre es dem Beschwerdeführer möglich gewesen, innert Frist mit einem Rechtsmittel gegen die Wegweisung vorzugehen. Ob dennoch ausnahmsweise der Wegweisungstitel im

Haftverfahren für unverbindlich zu erklären ist, kann jedoch offenbleiben, da sich die Ausschaffungshaft so oder anders als unverhältnismässig erweist.

### **3.**

**3.1** Die Zulässigkeit der Ausschaffungshaft setzt nicht nur einen Wegweisungstitel und einen Haftgrund nach Art. 76 Abs. 1 AuG, sondern auch die Verhältnismässigkeit der Haft voraus (vorne E. 2.1). Unter diesem Titel ist gemäss Rechtsprechung auch dem Fortgang eines allfälligen Asylverfahrens Rechnung zu tragen und sind nötigenfalls die gebotenen haftrechtlichen Konsequenzen zu ziehen (vgl. BGer 2A.75/2003 vom 14.3.2003, E. 2.4.1, 2A.322/2000 vom 26.7.2000, E. 2a/bb; VGE 2018/167 vom 19.6.2018 E. 4.2.2), wobei das Einreichen eines Asylgesuchs einen ursprünglichen Wegweisungsentscheid nicht ohne weiteres dahinfallen lässt. So bleibt eine Ausschaffungshaft zur Sicherung des ursprünglichen Wegweisungsentscheids zulässig, wenn mit einer baldigen Beurteilung des Asylgesuchs und dem Wegweisungsvollzug in absehbarer Zeit gerechnet werden kann (BGE 140 II 409 E. 2.3.3, 125 II 377 E. 2b; BGer 2C\_403/2008 vom 29.5.2008, E. 2, 2C\_270/2008 vom 11.4.2008 E. 2.2). Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, erweist sich die Ausschaffungshaft als unzulässig, da sie nicht ernsthaft geeignet ist, den Vollzug der Wegweisung sicherzustellen (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.1; BGer 2C\_749/2012 vom 28.8.2012 E. 3.1.1; VGE 2018/167 vom 19.6.2018 E. 4.2.2).

**3.2** Hier hat der Beschwerdeführer erstmals in der Schweiz um Asyl ersucht; es liegt kein wiederholtes Asylgesuch vor, mit dessen baldiger Abweisung nach der abschlägigen Beurteilung früherer Gesuche ohne weiteres zu rechnen ist (vgl. etwa VGE 2018/167 vom 19.6.2018 E. 4.2.4, 2016/188 vom 17.6.2016 E. 2.2). Im Gegenteil hat sein Gesuch bereits zur Aussetzung der ursprünglich für den 28. September 2018 geplanten Rückschaffung in die Türkei geführt (vorne Bst. B). Da keine Abweisung seines Asylgesuchs bzw. kein Wegweisungsvollzug in absehbarer Zeit bevorsteht, ist die vom ZMG bestätigte Ausschaffungshaft unverhältnismässig.

**4.**

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet; sie ist gutzuheissen, soweit auf sie einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben und dem Beschwerdeführer sind die Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Das teilweise Nichteintreten auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vorne E. 1.2) rechtfertigt keine anteilmässige Kostenausscheidung. Die Kostennote der Rechtsvertreterin, vorab per Fax eingegangen, gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Angesichts der Gutheissung der Beschwerde wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit auf sie eingetreten wird, und der Entscheid des Kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 21. September 2018 wird aufgehoben. Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Einwohnergemeinde Bern hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 2'133.20 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwältin ..., Bern, als amtliche Anwältin wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
5. Zu eröffnen:

- dem Beschwerdeführer (vorab per Fax)
- der Einwohnergemeinde Bern, Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (mit Beilage, vorab per Mail)
- dem Kantonalen Zwangsmassnahmengericht (mit Beilage, vorab per Fax)
- dem Staatssekretariat für Migration (mit Beilage)

und mitzuteilen:

- dem Regionalgefängnis Bern (vorab per Fax)

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

#### **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.