

100.2019.112U  
KEP/TST/ROS

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 29. Mai 2019**

Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiber Tschumi

**Staatssekretariat für Migration**  
Quellenweg 6, 3003 Bern  
Beschwerdeführer

gegen

**A.**\_\_\_\_\_, alias **B.**\_\_\_\_\_  
Kollektivunterkunft ...  
vertreten durch Fürsprecher ...  
Beschwerdegegner

und

**Kantonales Zwangsmassnahmengericht**  
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

sowie

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

betreffend Verlängerung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen  
Zwangsmassnahmengerichts vom 31. Januar 2019; KZM 19 93)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der irakische Staatsangehörige A.\_\_\_\_\_, geboren am ... 1990, alias B.\_\_\_\_\_, ersuchte am 2. Oktober 2009 in der Schweiz um Asyl. Mit Verfügung vom 30. März 2010 trat das Bundesamt für Migration (BFM; heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) auf das Asylgesuch nicht ein, wies A.\_\_\_\_\_ nach Griechenland weg und ordnete den Vollzug an. Dagegen erhob A.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 14. April 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Während des hängigen Beschwerdeverfahrens hob das BFM die angefochtene Verfügung wiedererwägungsweise auf und nahm das nationale Asylverfahren wieder auf. Daraufhin lehnte das BFM das Asylgesuch vom 2. Oktober 2009 wegen Unglaubhaftigkeit der Vorbringen ab und ordnete erneut die Wegweisung sowie deren Vollzug an. Gegen diese Verfügung erhob A.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 19. Oktober 2011 Beschwerde, welche das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 14. Dezember 2012 abwies. Am 27. Dezember 2012 setzte das BFM A.\_\_\_\_\_ eine neue Ausreisefrist bis 16. Januar 2013 an. A.\_\_\_\_\_ reichte am 5. September 2013 und am 12. Februar 2016 erfolglos weitere Wiedererwägungsgesuche ein.

Während seines Aufenthalts in der Schweiz wurde A.\_\_\_\_\_ wiederholt straffällig und befand sich ab dem 11. Juni 2018 im Kanton Zürich im Strafvollzug zur Verbüßung einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen. Im Hinblick auf seine (bedingte) Entlassung ordnete das Amt für Migration (MIP) des Kantons Bern, Migrationsdienst (MIDI), am 7. September 2018 die Ausschaffungshaft an und ersuchte das kantonale Zwangsmassnahmengericht (ZMG) um Überprüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit derselben für die Dauer von drei Monaten. Am 10. September 2018 wurde A.\_\_\_\_\_ dem Migrationsamt des Kantons Bern zugeführt und in Ausschaffungshaft versetzt. Gleichentags entsprach das ZMG dem Antrag des MIDI und bestätigte die Ausschaffungshaft bis zum 8. Dezember 2018.

Am 30. November 2018 verlängerte der MIDI die Ausschaffungshaft für weitere sechs Monate und ersuchte das ZMG um Prüfung und Gutheissung. Dieses hiess den Antrag nach Durchführung einer mündlichen

Verhandlung teilweise gut und bestätigte die Verlängerung der Ausschaffungshaft bis am 31. Januar 2019.

**B.**

Am 22. Januar 2019 ersuchte der MIDI das ZMG erneut um Prüfung und Gutheissung einer Verlängerung der Ausschaffungshaft um weitere sechs Monate. Abermals hiess das ZMG den Antrag nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung nur teilweise gut und bestätigte die Verlängerung der Ausschaffungshaft bis am 8. März 2019.

**C.**

Dagegen hat das SEM am 22. März 2019 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Es beantragt, der Entscheid sei aufzuheben und dem Antrag des MIDI vom 22. Januar 2019 sei vollumfänglich zu entsprechen.

Das ZMG verzichtet in seiner Vernehmlassung vom 27. März 2019 auf das Stellen von Anträgen. Der MIDI beantragt mit Vernehmlassung vom 25. April 2019 Gutheissung der Beschwerde.

Mit Verfügung vom 4. April 2019 hat der Instruktionsrichter das am 1. April 2019 gestellte Gesuch von A. \_\_\_\_\_ um unentgeltliche Rechtspflege gutgeheissen und diesem Fürsprecher ... als amtlicher Rechtsvertreter beigeordnet. A. \_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerdeantwort vom 25. April 2019, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventuell sei die Beschwerde abzuweisen.

Der MIDI hat am 6. Mai 2019 auf Aufforderung des Instruktionsrichters hin unter anderem mitgeteilt, A. \_\_\_\_\_ sei wegen aktueller Schwierigkeiten beim Ausschaffungsvollzug am 8. März 2019 aus der Haft entlassen worden. Seither wohne er in der Kollektivunterkunft .... Zu diesen Ausführungen des MIDI äusserten sich das SEM und A. \_\_\_\_\_ mit Eingaben vom 17. bzw. 16. Mai 2019, während das ZMG auf eine Stellungnahme verzichtete.

## **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 Asylgesetz [EG AuG und AsylG; BSG 122.20]).

**1.2** Nach Art. 79 Abs. 2 VRPG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter anderen jede Behörde befugt, die durch Gesetz oder Dekret dazu ermächtigt ist. Die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen sind zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann (Art. 89 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Die Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1) überträgt in Art. 14 Abs. 2 die Beschwerdeberechtigung in den Bereichen des Ausländer- und Bürgerrechts gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide dem SEM. Gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG können Bundesbehörden, die zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt sind, die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen, wenn sie dies beantragen. Anders als der Beschwerdegegner meint, gilt das Behördenbeschwerderecht somit nicht nur in Bezug auf letztinstanzliche kantonale Entscheide.

**1.3** Die Beschwerdebefugnis des SEM ist gestützt auf Art. 111 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 OV-EJPD ein abstraktes Beschwerderecht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt das Beschwerderecht der Bundesbehörden kein darüber hinausgehendes spezifisches schutzwürdiges (öffentliches) Interesse voraus. Immerhin muss ein mit Blick auf die einheitliche Anwendung des Bundesrechts in vergleichbaren Fällen zureichendes Interesse an der Be-

urteilung der aufgeworfenen Probleme bestehen. Dies ist praxisgemäss (insbesondere) dann der Fall, wenn dem Gericht eine neue Rechtsfrage unterbreitet oder eine konkret drohende und nicht anders abwendbare bundesrechtswidrige Rechtsentwicklung verhindert werden soll. Die Behördenbeschwerde darf aber nicht (bloss) der Behandlung einer vom konkreten Fall losgelösten abstrakten Frage des objektiven Rechts dienen. Sie hat sich vielmehr auf konkrete Probleme eines tatsächlich bestehenden Einzelfalls mit Auswirkungen über diesen hinaus zu beziehen. Sie muss zudem auch für diesen noch von einer gewissen Aktualität und (wenigstens potentiellen) Relevanz sein (BGE 135 II 338 E. 1.2.1, 134 II 201 E. 1.1, 129 II 1 E. 1.1 mit Hinweisen; BVR 2018 S. 189 E. 3.1). Mit Blick auf das Behördenbeschwerderecht des SEM hat das Bundesgericht weiter festgehalten, es verzichte ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGer 2C\_770/2017 vom 11.9.2018 E. 2 mit Hinweisen).

**1.4** Das SEM macht dem ZMG im Wesentlichen zum Vorwurf, es habe Bundesrecht verletzt, indem es trotz entsprechenden Antrags nicht geprüft hat, ob eine Verlängerung der Ausschaffungshaft über die in Art. 79 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) vorgesehene maximale Dauer von sechs Monaten hinaus zulässig ist, und stattdessen festgehalten hat, im Fall eines weiteren Verlängerungsantrags wäre schriftlich nachzuweisen, dass und weshalb die Voraussetzungen von Art. 79 Abs. 2 AIG erfüllt seien. – An der Beurteilung dieser Frage besteht im vorliegenden Fall kein aktuelles und konkretes Rechtsschutzbedürfnis mehr, nachdem der Beschwerdegegner am 8. März 2019 aus der Ausschaffungshaft entlassen worden ist (act. 11A). Zu prüfen bleibt somit, ob die vom Bundesgericht geforderte «gewisse Aktualität und potentielle Relevanz» der vom SEM aufgeworfenen Frage für den vorliegenden Fall noch gegeben ist bzw. ob davon auszugehen ist, dass eine rechtzeitige Überprüfung kaum je möglich wäre.

**1.5** Der Beschwerdegegner hält sich nach Angaben des MIDI immer noch in der Schweiz auf (act. 11; vorne Bst. C). Insofern ist denkbar, dass er im Rahmen des Vollzugs der noch bestehenden Wegweisung erneut in Ausschaffungshaft versetzt wird. Allerdings kann sich dabei die vom SEM aufgeworfene Frage nicht mehr stellen, da sich der Beschwerdegegner schon während einer Dauer von sechs Monaten in Ausschaffungshaft befunden hat. Sie ist daher für die hier interessierende Wegweisung nicht mehr relevant.

**1.6** Mit Blick auf die Frage, ob eine rechtzeitige Überprüfung der vom SEM aufgeworfenen Rechtsfrage kaum je möglich wäre, macht dieses geltend, der vorliegende Fall zeige auf, dass die Haftentlassung eine Vorbedingung sei zur Klärung der Frage, ob die Vorinstanz Art. 79 Abs. 2 AIG korrekt angewendet habe (Stellungnahme vom 17. Mai 2019 [act. 15] S. 2). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Der hier angefochtene Entscheid erging am 31. Januar 2019. Diesen Entscheid brachte der MIDI dem SEM am 12. März 2019 zur Kenntnis, d.h. rund 6 Wochen nach dessen Ergehen und zu einem Zeitpunkt, als sich der Beschwerdegegner bereits nicht mehr in Ausschaffungshaft befand (act. 1C [Beilage 2]). Das SEM reichte schliesslich am 22. März 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Aus diesen Umständen erhellt, dass eine Behandlung der Behördenbeschwerde noch vor der Haftentlassung nicht undenkbar gewesen wäre, wenn der MIDI dem SEM den angefochtenen Entscheid nach dessen Ergehen zeitnah mitgeteilt hätte. Jedenfalls erscheint es für die Zukunft durchaus möglich, dass die vom SEM aufgeworfene Rechtsfrage bei entsprechender Organisation noch während andauernder Ausschaffungshaft beurteilt werden kann, indem das SEM etwa den MIDI anweist, künftige Entscheide, die sich auf die kritisierte Praxis abstützen, rasch mitzuteilen. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, dass eine rechtzeitige Überprüfung der vom SEM aufgeworfenen Rechtsfrage, ob die Vorinstanz Art. 79 Abs. 2 AIG korrekt angewendet habe, im Einzelfall kaum je möglich wäre.

## 2.

**2.1** Zusammenfassend liegt damit kein im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zureichendes Interesse an der Beurteilung der vom SEM aufgeworfenen Rechtsfrage vor. Auf die vorliegende Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

**2.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und trägt grundsätzlich die Verfahrenskosten (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Gemäss Art. 108 Abs. 2 VRPG haben kantonale Behörden, Anstalten und Körperschaften keine Verfahrenskosten zu bezahlen. Anderen unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind. Unter «andere Behörden» fallen auch eidgenössische Behörden (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 108 N. 11; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 245; vgl. BVR 2001 S. 533 [VGE 21077 vom 7.2.2001] nicht publ. E. 4). Die Beschwerdeführerin wahrt im vorliegenden Verfahren nicht überwiegend vermögensrechtliche Interessen, weshalb keine Verfahrenskosten erhoben werden können. Sie hat dem Beschwerdegegner jedoch die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

### **Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Schweizerische Eidgenossenschaft (Staatssekretariat für Migration) hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 1'366.05 (inkl. MWSt und Auslagen), zu ersetzen.

4. Zu eröffnen:

- dem Beschwerdeführer
- dem Beschwerdegegner
- dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht
- dem Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern

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.