

100.2021.259U
STN/BTA/SPR

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 31. August 2021

Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Bader-Gnägi

A. _____
zzt. Regionalgefängnis Moutier, Rue du Château 30b, 2740 Moutier
vertreten durch Fürsprecher ...

gegen

Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern
Migrationsdienst, Ostermundigenstrasse 99B, 3006 Bern

und

Kantonales Zwangsmassnahmengericht
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

betreffend Anordnung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen
Zwangsmassnahmengerichts vom 12. August 2021; KZM 21 913)



Sachverhalt:

A.

A._____ (Jg. 1984), Staatangehöriger der Türkei, ersuchte am 31. Oktober 2018 in der Schweiz um Asyl. Abklärungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) ergaben, dass Griechenland ihn als Flüchtling anerkannt hatte, weshalb das SEM das Dublin-Verfahren am 16. November 2018 beendete. In der Folge ersuchte das SEM am 21. November 2018 die griechischen Behörden gestützt auf das Abkommen vom 28. August 2006 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung der hellenischen Republik über die Rückübernahme von Personen mit irregulärem Aufenthalt (SR 0.142.113.729) und der 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.) um Rückübernahme von A._____. Diesem Ersuchen stimmten die griechischen Behörden am 28. November 2018 zu. Mit Verfügung vom 12. Juli 2019 trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) auf das Asylgesuch nicht ein und wies ihn aus der Schweiz weg. Die dagegen von A._____ am 22. Juli 2019 erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid E-3728/2019 vom 29. Juli 2019 ab, soweit es darauf eintrat.

Am 16. Januar 2020 verhängte das SEM gegen A._____ ein Einreiseverbot mit Gültigkeitsdauer vom 22. Januar 2020 bis 21. Januar 2023. Am 11. Februar 2020 hielt die Kantonspolizei Bern A._____ an. Am selben Tag versetzte ihn das Amt für Bevölkerungsdienste (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), umgehend in Ausschaffungshaft. Das kantonale Zwangsmassnahmengericht (ZMG) bestätigte die Ausschaffungshaft mit Entscheid vom 13. Februar 2020 bis am 10. März 2020. Am 19. Februar 2020 wurde A._____ mit einem Sonderflug nach Griechenland ausgeschafft.

B.

Am 10. August 2021 hielt die Kantonspolizei Bern A. _____ im Bundesasylzentrum Bern an und verbrachte ihn ins Regionalgefängnis Bern zwecks Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag. Gleichentags ordnete das ABEV, MIDI, die Ausschaffungshaft ab 11. August 2021 für die Dauer von zwei Monaten an. Mit Entscheid vom 12. August 2021 hiess das ZMG nach mündlicher Verhandlung den Antrag des ABEV, MIDI, vom 10. August 2021 auf Überprüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft gut und bestätigte die Ausschaffungshaft bis zum 10. Oktober 2021.

C.

Hiergegen hat A. _____ am 20. August 2021 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 amtlicher Beiordnung seines Rechtsvertreters ersucht. Das ZMG verzichtet auf eine Stellungnahme. Das ABEV, MIDI, beantragt mit Eingabe vom 26. August 2021, an der Ausschaffungshaft sei festzuhalten; eventuell sei die Ausschaffungshaft in eine Vorbereitungshaft umzuwandeln. Mit Eingabe vom 30. August 2021 hält der Beschwerdeführer an seinem Antrag fest.

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. 31 Abs. 2 des Einführungsgesetzes vom 9. Dezember 2019 zum Ausländer- und Integrationsgesetz sowie zum Asylgesetz [EG

AIG 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). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 i.V.m. Art. 32 VRPG sowie Art. 31 Abs. 3 Bst. a EG AIG und AsylG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2 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]).

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

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 und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) erfüllt sind. Dabei muss einer der in Art. 76 Abs. 1 AIG genannten Haftgründe bestehen und der Vollzug der Wegweisung mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Beschleunigungsgebot; Art. 76 Abs. 4 AIG). 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 AIG) und es ist die maximal zulässige Haftdauer zu beachten (Art. 79 AIG).

2.2 Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind gemäss Art. 80 Abs. 2 AIG spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen. – Das ZMG

fürhte eine mündliche Verhandlung durch und die gesetzliche Frist von 96 Stunden ist unbestrittenermassen eingehalten (vgl. Sachverhalt Bst. B).

3.

Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid mit dem Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. c AIG. Nach diesen Bestimmungen kann die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs in Haft genommen werden, wenn sie trotz Einreiseverbot das Gebiet der Schweiz betritt und nicht sofort weggewiesen werden kann. Grundvoraussetzung für die Anordnung von Ausschaffungshaft ist indes das Vorliegen eines erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids, dessen Vollzug mit der entsprechenden Festhaltung sichergesellt werden soll (Art. 76 Abs. 1 AIG; vorne E. 2.1).

3.1 Der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung des SEM vom 12. Juli 2019 und anschliessendem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juli 2019 rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen. Am 19. Februar 2020 wurde er nach Griechenland ausgeschafft (vgl. Erledigungsmeldung vom 26.2.2020, unpag. Haftakten ZMG 21 913; vgl. Sachverhalt Bst. A). Der Wegweisungsentscheid wurde somit vollzogen und das Wegweisungsverfahren ist abgeschlossen. Ein bereits vollzogener Weg- oder Ausweisungsentscheid kann nicht mehr mit einer Ausschaffungshaft sichergestellt werden (vgl. BGer 2C_1223/2013 vom 21.1.2014 E. 1.1, 2C_1095/2013 vom 13.12.2013 E. 3.2.1; VGE 2015/190 vom 2.7.2015 E. 5, 2012/312 vom 12.9.2012 E. 3.2.1). Hat die betroffene Person das Land für eine gewisse Zeit verlassen und reist sie erneut in die Schweiz ein, muss sie wiederum weggewiesen werden, bevor sie administrativ festgenommen werden darf (vgl. Thomas Hugi Yar in Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, N.10.86; Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2014, S. 100).

3.2 Eine neue Entfernungsmassnahme ist seit der erneuten Einreise des Beschwerdeführers nicht ergangen. Das vom SEM gegen den Beschwerdeführer am 16. Januar 2020 verhängte Einreiseverbot mit Gültigkeitsdauer

vom 22. Januar 2020 bis 21. Januar 2023 (unpag. Haftakten ZMG 21 913) stellt eine Fernhalte- und keine Entfernungsmassnahme dar. Entfernungsmassnahmen sind behördliche Vorkehrungen, um ausländische Personen, die sich ohne Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz befinden, aus der Schweiz wegzuweisen (Wegweisung nach den Art. 64 ff. AIG). Fernhalte-massnahmen hingegen sind behördliche Vorkehrungen, um ausländische Personen im Ausland davon abzuhalten, in die Schweiz zu gelangen (Einreiseverbot nach Art. 67 AIG; vgl. zum Ganzen Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich des SEM vom Oktober 2013 [Stand: 1.1.2021; Weisungen AIG] Ziff. 8.5, einsehbar unter: <www.sem.admin.ch>, Rubriken «Publikationen & Service/Weisungen und Kreisschreiben/I. Ausländerbereich» [nachfolgend Weisungen SEM Ausländerbereich]). Ein Einreiseverbot kann nicht die Funktion eines Wegweisungsentscheids übernehmen (Martin Businger, a.a.O., S. 98; vgl. BGer 2C_1223/2013 vom 21.1.2014 E. 1.2, 2C_1095/2013 vom 13.12.2013 E. 3.2.2).

3.3 Fraglich ist, ob der Beschwerdeführer formlos weggewiesen werden konnte (vgl. Beschwerde S. 4 ff.). Die formlose Wegweisung nach Art. 64c Abs. 1 AIG fällt von vorneherein ausser Betracht. Weder wird der Beschwerdeführer von einem der in Art. 64c Abs. 1 Bst. a AIG aufgelisteten Länder aufgrund eines Rückübernahmeabkommens wieder aufgenommen, noch wurde ihm zuvor die Einreise nach Art. 14 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen (Schengener Grenzkodex) verweigert (Art. 64c Abs. 1 Bst. b AIG). Zu prüfen ist weiter die Möglichkeit der formlosen Wegweisung nach Art. 64 Abs. 2 AIG: Verfügen die Ausländerinnen und Ausländer, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, über einen gültigen Aufenthaltstitel eines anderen Staates, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen gebunden ist (Schengen-Staat), so sind sie formlos aufzufordern, sich unverzüglich in diesen Staat zu begeben. Kommen sie dieser Aufforderung nicht nach, so ist eine Verfügung nach Art. 64 Abs. 1 AIG zu erlassen (Art. 64 Abs. 2 Sätze 1 und 2). Die Ausreisefrist beträgt in der Regel einen Tag (Art. 26c der Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen [VVWAL; SR 142.281]; vgl. Weisungen SEM Ausländerbereich Ziff. 8.6.2.1). Ist die so-

fortige Ausreise aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit angezeigt, so ist ohne vorgängige Aufforderung eine Wegweisungsverfügung zu erlassen (Art. 64 Abs. 2 Satz 3 AIG). – Aufgrund seines Flüchtlingsstatus in Griechenland ist von einem gültigen Aufenthaltstitel in diesem Schengen-Staat auszugehen. Der Beschwerdeführer wurde ohne vorgängige Aufforderung, das Land zu verlassen, direkt in Ausschaffungshaft versetzt, ohne dass zuvor eine Wegweisungsverfügung nach Art. 64 Abs. 1 AIG erlassen worden wäre. Dieses Vorgehen missachtet die Vorgaben von Art. 64 Abs. 2 AIG.

3.4 Es fehlt folglich an einem erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheid, dessen Vollzug mit Ausschaffungshaft sichergesellt werden kann (Art. 76 Abs. 1 AIG). Die Ausschaffungshaft erweist sich als unrechtmässig.

4.

4.1 Zu prüfen ist, ob die angeordnete Haft, wie vom ABEV, MIDI, in seiner Stellungnahme vom 26. August 2021 eventualiter beantragt, bis zu einer rechtsgenügenden Eröffnung eines Wegweisungsentscheids als Vorbereitungshaft zu genehmigen ist.

4.2 Sind die Voraussetzungen der Ausschaffungshaft nicht gegeben (vorne E. 3.4), ist es den Behörden unbenommen, die Haft als Vorbereitungshaft zu genehmigen bzw. die Ausschaffungshaft in eine solche umzuwandeln, wenn sämtliche Voraussetzungen der Vorbereitungshaft – namentlich der Haftgrund – im Zeitpunkt der Haftanordnung vorlagen. Geht es nur darum, bei gleichen Haftvoraussetzungen der unter falschem Titel verfügten Haft die richtige Bezeichnung zu geben und bestehen ansonsten keine Verfahrens- oder Abgrenzungsprobleme, so kann es nicht auf die Bezeichnung der Haftart durch die antragstellende Behörde, sondern einzig darauf ankommen, ob die Haftvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. zum Ganzen VGE 2013/75 vom 15.3.2013 E. 3.1; BGE 129 II 1 E. 4, 125 II 377 E. 2c). Eine Umwandlung ist damit grundsätzlich möglich.

4.3 Gemäss Art. 75 Abs. 1 AIG kann die zuständige kantonale Behörde eine Person, die keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungs-

bewilligung besitzt, während der Vorbereitung des Entscheids über ihre Aufenthaltsberechtigung für höchstens sechs Monate in Haft nehmen, um die Durchführung eines Wegweisungsverfahrens sicherzustellen (vgl. Andreas Zünd, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 75 N. 1). Nach Art. 75 Abs. 1 Bst. c AIG kann eine ausländische Person in Vorbereitungshaft genommen werden, wenn sie trotz Einreiseverbots das Gebiet der Schweiz betritt und nicht sofort weggewiesen werden kann.

4.4 Die Vorbereitungshaft sichert die Zeitspanne zwischen der Einleitung des Wegweisungsverfahrens und dem erstinstanzlichen Wegweisungsentscheid. Voraussetzung zur Anordnung der Vorbereitungshaft ist ein penden-tes Wegweisungsverfahren (Martin Businger, a.a.O., S. 146); ebenso setzt Art. 15 Abs. 1 EU-Rückführungsrichtlinie bei der Haft voraus, dass gegen die ausländische Person ein Rückkehrverfahren hängig ist (Martin Businger, a.a.O., S. 150). Fallen die Einleitung des Verfahrens und der Entscheid zeitlich zusammen, weil die Wegweisung ohne weitere Abklärungen unverzüglich verfügt werden kann, bedarf es der Vorbereitungshaft nicht und die betroffene Person kann sogleich in Ausschaffungshaft genommen werden (Martin Businger, a.a.O., S. 147 und S. 164 Fn. 1081; VGE 2015/190 vom 2.7.2015 E. 5). Im zu beurteilenden Fall ist kein Wegweisungsverfahren hängig, womit die Anordnung von Vorbereitungshaft nicht in Frage kommt. Einer solchen bedarf es auch nicht. Es hätte direkt die Wegweisung verfügt und der Beschwerdeführer in Ausschaffungshaft genommen werden können. Eine Umwandlung der angeordneten Ausschaffungshaft in eine Vorbereitungshaft ist damit nicht möglich.

5.

Die Beschwerde erweist sich als begründet, sie ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Dem Beschwerdeführer sind die Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters vom 30. August 2021 gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

kungen 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 und der Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 12. August 2021 wird aufgehoben. Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern, Migrationsdienst) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 1'693.70 (inkl. Auslagen und MWSt) zu ersetzen.
4. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
5. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführer (vorab per SecureMail)
 - Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (vorab per SecureMail; mit Eingabe des Beschwerdeführers vom 30.8.2021)
 - Kantonales Zwangsmassnahmengericht (vorab per Fax; mit Eingabe des Beschwerdeführers vom 30.8.2021)
 - Staatssekretariat für Migration

und mitzuteilen:

- Regionalgefängnis Moutier (vorab per Fax)

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.