

100.2021.309U  
KEP/ZUD/SPR

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 11. November 2021**

Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiber Zürcher

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

Beschwerdeführer

gegen

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

und

**Kantonales Zwangsmassnahmengericht**  
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

betreffend Ausschaffungshaft; Haftentlassungsgesuch und Verlängerung  
der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmen-  
gerichts vom 8. Oktober 2021; KZM 21 1112)



## Sachverhalt:

### A.

A.\_\_\_\_\_, Staatsangehöriger des Kosovo, wurde als Sohn vorläufig Aufgenommener in der Schweiz geboren. In den Jahren 2013/14 ergingen gegen A.\_\_\_\_\_ Strafbefehle wegen Tötlichkeit, Erwerbs, Besitzes und Tragens einer verbotenen Waffe sowie fahrlässiger einfacher Körperverletzung. Am 17. Oktober 2019 eröffnete die Bundesanwaltschaft ein Strafverfahren gegen A.\_\_\_\_\_ wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen (SR 122) sowie Unterstützung bzw. Beteiligung an einer kriminellen Organisation. Später wurde das Verfahren ausgedehnt auf Vorwürfe des Diebstahls, der Sachbeschädigung, des Hausfriedensbruchs, der Gewaltdarstellungen, des Fahrens eines Motorfahrzeugs ohne Führerausweis sowie der Widerhandlung gegen das Waffengesetz.

Mit Verfügung vom 22. März 2021 hob das Staatssekretariat für Migration (SEM) A.\_\_\_\_\_s vorläufige Aufnahme auf, wies ihn aus der Schweiz weg und entzog einer allfälligen dagegen gerichteten Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Am 28. April 2021 focht A.\_\_\_\_\_ die Verfügung des SEM beim Bundesverwaltungsgericht an (Verfahren D-1984/2021); dieses ordnete am 10. Mai 2021 als superprovisorische Massnahme einen Vollzugsstopp an und setzte die Wegweisung einstweilen aus. Am 18. Mai 2021 verfügte es die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und dass A.\_\_\_\_\_ den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könne.

Am 22. Juli 2021 verfügte das Bundesamt für Polizei (fedpol) Folgendes:

- «1. Gegen A.\_\_\_\_\_, [...], wird die Ausweisung (Art. 68 AIG) verfügt;
2. Die Ausweisung ist sofort nach Aufhebung der vorläufigen Aufnahme in den Kosovo zu vollziehen;
- [...]
4. Dem Staatssekretariat für Migration SEM wird [...] die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme beantragt;
- [...]
9. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen;

[...]»

Dagegen erhob A. \_\_\_\_\_ am 23. August 2021 Beschwerde beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD). Am 26. Oktober 2021 verfügte dieses, der Beschwerde gegen die Verfügung des fedpol komme keine aufschiebende Wirkung zu.

Im Zeitraum vom 23. April bis zum 22. Juli 2021 befand sich A. \_\_\_\_\_ in Untersuchungshaft. Am 22. Juli 2021 wurde er aus der Untersuchungshaft entlassen und gleichentags in Ausschaffungshaft genommen, welche der MIDI für die Dauer von drei Monaten anordnete. Mit Entscheid vom 23. Juli 2021 bestätigte das kantonale Zwangsmassnahmengericht (ZMG) die Haft bis zum 21. Oktober 2021.

#### **B.**

Am 29. September 2021 stellte A. \_\_\_\_\_ beim ZMG ein Gesuch um Haftentlassung. Der MIDI beantragte am 1. Oktober 2021, A. \_\_\_\_\_ sei nicht aus der Haft zu entlassen und die Ausschaffungshaft sei um drei Monate zu verlängern. Am 5. Oktober 2021 ersuchte er das ZMG um Prüfung und Gutheissung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haftverlängerung. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wies das ZMG mit Entscheid vom 8. Oktober 2021 A. \_\_\_\_\_s Haftentlassungsgesuch ab, hiess den Antrag des MIDI gut und bestätigte die Ausschaffungshaft bis zum 21. Januar 2022.

#### **C.**

Gegen den Entscheid des ZMG hat A. \_\_\_\_\_ am 21. Oktober 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und er sei umgehend aus der Ausschaffungshaft zu entlassen, eventuell unter Anordnung von Auflagen. Weiter ersucht er für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin.

Das ZMG hat sich am 25. Oktober 2021 zur Sache vernehmen lassen; es schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2021 beantragt der MIDI ebenfalls, die Beschwerde sei abzuweisen. A. \_\_\_\_\_ hat mit Eingabe vom 8. November 2021 an seinen Rechtsbegehren festgehalten.

## **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 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** Der Beschwerdeführer rügt zunächst, die Vorinstanz habe seinen Gehörsanspruch verletzt: Es sei bei der Beurteilung eines Haftentlassungs-

gesuchs zu prüfen, ob der Haftgrund nach wie vor besteht bzw. tatsächlich je bestanden hat. Das richterliche Prüfprogramm bei einem Haftentlassungsgesuch sei mit jenem bei der Haftanordnung identisch. Es seien erneut sämtliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Festhaltung zu prüfen. Die Vorinstanz habe diese Prüfung verweigert, indem sie auf ihren Entscheid vom 23. Juli 2021 (KZM 21 853) verwiesen habe (Beschwerde S. 7).

**2.2** Im Rahmen eines Haftverlängerungsverfahrens sind erneut alle Haftvoraussetzungen zu überprüfen, da die erste Haftgenehmigung nicht in dem Sinn in materielle Rechtskraft erwächst, als einzelne Aspekte nicht mehr Verfahrensgegenstand bildeten und unabänderlich entschieden wären. Bei der Beurteilung der Haftverlängerung ist daher – selbst wenn die ausländische Person den ursprünglichen Haftgenehmigungsentscheid nicht angefochten hat – auch zu prüfen, ob der Haftgrund nach wie vor besteht bzw. tatsächlich gegeben ist; es kann dabei indessen auf die Begründung im Haftgenehmigungsentscheid Bezug genommen werden (BGE 122 I 275 E. 3b; VGE 2021/238 vom 23.8.2021 E. 3.2, 2021/73 vom 15.3.2021 E. 2.1; Andreas Zünd, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 80 AIG N. 7; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, N. 10.33).

**2.3** Das ZMG hat im angefochtenen Entscheid – wie vom Beschwerdeführer gefordert – das ganze Haftprüfungsprogramm durchgeführt und sämtliche Voraussetzungen der Rechtmässigkeit der Haft erneut beurteilt, insbesondere auch ob die Haftgründe weiterhin bestehen. Es darf dabei auf den Haftgenehmigungsentscheid Bezug nehmen (E. 2.2 hiervor). Eine Gehörsverletzung ist nicht zu erblicken.

### **3.**

Zu prüfen ist weiter die Rechtmässigkeit der bis zum 21. Januar 2022 verlängerten Haft.

**3.1** Wurde ein erstinstanzlicher (nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger) Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet, kann die zuständige Behörde zur Sicherstellung des Vollzugs die ausländische Person in Ausschaf-

fungshaft 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]) und es dürfen keine Haftbeendigungsgründe vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AIG). Gemäss Art. 79 AIG darf die maximale Haftdauer zusammen mit einer Vorbereitungs- und Durchsetzungshaft insgesamt sechs Monate nicht überschreiten (Abs. 1), doch kann die Dauer unter bestimmten Voraussetzungen um höchstens zwölf Monate verlängert werden (Abs. 2).

**3.2** Mit Verfügung des SEM vom 22. März 2021 wurde der Beschwerdeführer aus der Schweiz weggewiesen. Am 22. Juli 2021 verfügte das fedpol die Ausweisung des Beschwerdeführers (vorne Bst. A). Es liegen damit erstinstanzliche Wegweisungsentscheide im Sinn von Art. 76 Abs. 1 AIG vor, deren Vollzug mit Ausschaffungshaft gesichert werden kann. Soweit der Beschwerdeführer rügen sollte, die gegen die Verfügungen gerichteten Beschwerdeverfahren seien weiterhin hängig, ist ihm zu entgegnen, dass die Ausschaffungshaft keinen rechtskräftigen Entscheid über die Weg- oder Ausweisung voraussetzt (VGE 2020/179 vom 8.6.2020 E. 2.2, 2019/166 vom 24.5.2019 E. 3.1; BGE 140 II 74 E. 2.1; BGer 2C\_263/2019 vom 27.6.2019 E. 2.3).

#### **4.**

**4.1** Das ZMG hat den Haftgrund der (tatsächlichen) Untertauchungsgefahr gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AIG als gegeben erachtet. Eine Untertauchungsgefahr 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 AIG sowie 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, 125 II 369 E. 3b/aa; BVR 2016 S. 529 E. 5.2).

**4.2** Die Untertauchensgefahr ist laut Beschwerdeführer nicht gegeben; dies habe auch die Bundesanwaltschaft so gesehen, da sie im Strafverfahren gegen ihn nach erstandener Untersuchungshaft kein Haftverlängerungsgesuch stellte und er in der Folge aus der Untersuchungshaft entlassen wurde. Eine abweichende Einschätzung durch das ZMG sei nicht zulässig. Der Beschwerdeführer habe sich weiter stets an behördliche Anordnungen gehalten und sei den zuständigen Stellen immer zur Verfügung gestanden. Zudem sei der Beschwerdeführer in der Schweiz aufgewachsen, spreche perfekt Berndeutsch und habe engen Kontakt zu seiner Familie. Er sei gewillt, sein berufliches Fortkommen anzugehen und hätte auch schon eine Stelle in Aussicht (gehabt). Bei dieser Sachlage habe er kein Interesse unterzutauchen (Beschwerde S. 8 f.). – Der Beschwerdeführer hat ausgesagt, er sei eigentlich nicht bereit, die Schweiz zu verlassen, da er im Ausland keine Unterkunft «und nichts» habe. Sollte es so weit kommen, dass er ausreisen müsse, würde er sich aber nicht dagegen auflehnen (Protokoll Ausreisegespräch vom 14.4.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Gemäss seiner Aussage würde es ihm schwerfallen, die Schweiz freiwillig zu verlassen, er würde dies aber tun und einen Ausschaffungsflug antreten (Protokoll Ausreisegespräch vom 21.4.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Der Beschwerdeführer ist wiederholt straffällig geworden (vorne Bst. A), was als Indiz für die Untertauchensgefahr gewertet werden darf. Denn bei einem straffällig gewordenen Ausländer darf praxismässig eher als bei einem un-

bescholtenen angenommen werden, dass er sich behördlichen Anordnungen widersetzt und sich für die Ausschaffung nicht zur Verfügung halten wird (VGE 2021/165 vom 11.6.2021 E. 3.2.3, 2020/179 vom 8.6.2020 E. 3.3 mit Hinweisen). Beruflich ist der Beschwerdeführer in der Schweiz nicht verankert: Aus dem Schreiben der B. \_\_\_\_\_ GmbH, wonach sie das Dossier des Beschwerdeführers erneut prüfen werde, wenn dieser über eine Arbeitsbewilligung verfügt (Schreiben vom 27.4.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 1112), kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Schliesslich ist der Beschwerdeführer mittellos und bezieht Sozialhilfeleistungen. Am 22. Juli 2021 verfügte das fedpol die Ausweisung des Beschwerdeführers; er wurde in der Folge – unter Koordination der betroffenen Behörden – nahtlos von der Untersuchungs- in die Ausschaffungshaft überführt (vorne Bst. A; Vernehmlassung ZMG S. 1, act. 4). Es mag zutreffen, dass die Entlassung aus der Untersuchungshaft bedeutet, dass deren Voraussetzungen gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) nicht mehr gegeben waren (act. 7 S. 2). Daraus folgt aber nicht, dass die Bundesanwaltschaft mit dem Verzicht auf ein Gesuch zur Verlängerung der Untersuchungshaft das Fehlen einer (hier im Rahmen der Ausschaffungshaft relevanten) Untertauchungsgefahr ausdrücken wollte. Insgesamt liegen unter den genannten Umständen hinreichend konkrete Anhaltspunkte vor, dass der Beschwerdeführer, in Freiheit belassen, für den Vollzug der Wegweisung den Vollzugsbehörden nicht zur Verfügung stehen würde. Der Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AIG ist mithin erfüllt und das ZMG hat die Untertauchungsgefahr zu Recht bejaht.

**4.3** Das ZMG hat weiter den Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. g AIG als gegeben erachtet. Danach kann in Haft genommen werden, wer Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist. Der Haftgrund dient sicherheitspolizeilichen Zwecken. Die Erheblichkeit der Gefährdung muss im Einzelfall geprüft werden; Delikte mit Bagatelldarakter genügen nicht. Für das Vorliegen einer strafrechtlichen Verfolgung muss zumindest das Untersuchungsverfahren eröffnet worden sein; der blosser Tatverdacht oder die Einleitung eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens genügt für sich allein nicht. Der Haftgrund setzt voraus, dass

das Risiko (weiterer) gefährdender Handlungen nicht ausgeschlossen werden kann (BGer 2C\_304/2012 vom 1.5.2012 E. 2.2.1). Er entfällt mithin, wenn klare Anhaltspunkte für künftiges Wohlverhalten der ausländischen Person vorliegen (BGer 2C\_65/2020 vom 18.2.2020 E. 2.4; zum Ganzen Andreas Zünd, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 75 AIG N. 11; Thomas Hugi Yar, a.a.O., N. 10.71).

**4.4** Hierzu macht der Beschwerdeführer wiederum geltend, dass die Bundesanwaltschaft im Strafverfahren gegen ihn nach erstandener Untersuchungshaft kein Haftverlängerungsgesuch stellte und er in der Folge aus der Untersuchungshaft entlassen wurde. Aus Sicht der Bundesanwaltschaft sei er also nicht gefährlich. Es bleibe kein Raum für die Vorinstanz, die vom Beschwerdeführer ausgehende Gefährdung abweichend einzuschätzen (Beschwerde S. 7 f.). – Wie schon bei der Untertauchungsgefahr (vorne E. 4.2) verfängt das Argument auch in diesem Zusammenhang nicht. Vielmehr erachten die involvierten Behörden den Beschwerdeführer als Gefahr für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz: Gegen ihn läuft ein Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, Unterstützung bzw. Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Diebstahls, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, Gewaltdarstellungen, Fahrens eines Motorfahrzeugs ohne Führerausweis sowie Widerhandlung gegen das Waffengesetz. Im Zeitraum vom 23. April bis zum 22. Juli 2021 befand sich der Beschwerdeführer deswegen in Untersuchungshaft (vorne Bst. A). Ab Dezember 2016 besuchte er offenbar regelmässig eine Moschee in ..., wo ein salafistischer Imam wirkte. Er habe sich laut Behördenangaben in der Folge zusehends radikalisiert (Verfügung fedpol vom 22.7.2021 Ziff. I.E, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Bei einer Hausdurchsuchung wurde beim Beschwerdeführer militärische Outdoor- und Tarnkleidung sichergestellt; auf elektronischen Geräten fanden sich Gewaltdarstellungen mit klarem Bezug zur Terrororganisation «Islamischer Staat» (IS; Verfügung fedpol vom 22.7.2021 Ziff. I.I und J, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Der Beschwerdeführer hatte über die elektronischen Medien offenbar Kontakt zu Exponenten des dschihadistischen, salafistischen Milieus (Verfügung fedpol vom 22.7.2021 Ziff. I.N, O und U, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Aus Sicht des fedpol bestünden Anhaltspunkte, die den Schluss auf eine schwerwie-

gende Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz – und damit für Leib und Leben von zahlreichen Personen und den Bestand der freiheitlich-demokratischen Gesellschaft – zulassen (Verfügung fedpol vom 22.7.2021 Ziff. III.2.9, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Mit Blick auf das gewichtige Interesse am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz verfügte das fedpol gegenüber dem Beschwerdeführer die Ausweisung aus der Schweiz (Verfügung fedpol vom 22.7.2021 Ziff. III.3.4 f., in unpag. Haftakten KZM 21 853). Mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2021 erwog das EJPD, dass das öffentliche Interesse an der Vermeidung der vom fedpol geltend gemachten Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit durch mögliche terroristische Umtriebe das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz während des hängigen Beschwerdeverfahrens überwiege (act. 5A Ziff. 22). Die Kantonspolizei erachtet den Beschwerdeführer als «unberechenbare und gefährliche Person, bei welcher damit gerechnet werden muss, dass sie aus ihrer religiösen Gesinnung heraus einen terroristischen Anschlag oder Angriff vorbereiten und ausführen könnte». Er weise Radikalisierungsmerkmale auf und habe Verbindungen zu radikalen Islamisten und Jihad-Reisenden. Weiter habe der Beschwerdeführer versucht, paramilitärisches Material über das Internet zu bestellen. Ein rascher Vollzug der Wegweisung sei zum Schutz der inneren Sicherheit des Kantons Bern und der Schweiz unabdingbar (Amtsbericht der Kantonspolizei vom 9.7.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Bei dieser Sachlage hat das ZMG den Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. g AIG zu Recht als gegeben erachtet.

**4.5** Das ZMG hat demnach sowohl den Haftgrund der Untertauchensgefahr (vorne E. 4.2) als auch denjenigen der erheblichen Gefährdung an Leib und Leben (E. 4.4 hiervor) 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 AIG). Es ist zudem zu prüfen, ob die ausländische Person hafterstehungsfähig ist (vgl. BVR 2010 S. 541 E. 4.5.1). Weiter ist das Beschleunigungsgebot (Art. 76 Abs. 4 AIG) zu beachten und es dürfen keine Haftbeendigungsgründe vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AIG).

**5.2** Der Beschwerdeführer führt an, es bestehe keine Untertauchungsgefahr und er habe sich nie behördlichen Anordnungen widersetzt. Er habe ein «elementares Interesse am positiven Ausgang der gegen ihn hängigen Verfahren» und daran, sich den Behörden zur Verfügung zu halten. Als mildere Massnahmen zur Haft hätten deshalb eine Meldepflicht oder die Hinterlegung von Reisedokumenten in Betracht gezogen werden müssen (Beschwerde S. 11). – Mit Blick auf die gegebenen Haftgründe (vorne E. 4) ist keine mildere gleich geeignete Massnahme als die Inhaftierung ersichtlich. Haftalternativen wie eine regelmässige Meldepflicht bei den Migrationsbehörden (Art. 64e Bst. a AIG) oder die Hinterlegung von Reisedokumenten (Art. 64e Bst. c AIG) kommen gestützt auf die dargelegten Umstände nicht in Betracht (vgl. dazu BGer 2C\_722/2015 vom 29.10.2015 E. 3.2; ferner BGer 2C\_787/2014 vom 29.9.2014 E. 2.2; VGE 2017/85 vom 30.3.2017 E. 5.1 [bestätigt durch BGer 2C\_400/2017 vom 3.5.2017], 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.]).

**5.3** Nach Art. 76 Abs. 4 AIG sind die für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend zu treffen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt das Beschleunigungsgebot als verletzt, wenn während mehr als zwei Monaten keinerlei Vorkehren mehr im Hinblick auf die Ausschaffung getroffen wurden (Untätigkeit der Behörden), ohne dass die Verzögerung in erster Linie auf das Verhalten ausländischer Behörden oder der betroffenen Person selber zurückgeht (BGE 139 I 206 E. 2.1, 124 II 49 E. 3a, je mit Hinweisen). Auch darf der Vollzug der Wegweisung nicht undurchführbar sein (Art. 80 Abs. 6 Bst. a AIG). Wie es sich mit der Durchführbarkeit im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässen Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit

möglich sein wird oder nicht. Nur falls keine oder bloss eine höchst unwahrscheinliche, rein theoretische Möglichkeit besteht, die Wegweisung zu vollziehen, ist die Haft aufzuheben, nicht indessen bei einer ernsthaften, wenn auch allenfalls (noch) geringen Aussicht hierauf (BGE 130 II 56 E. 4.1.3, 127 II 168 E. 2c, 125 II 217 E. 2; BGer 2C\_955/2020 vom 10.12.2020 E. 5.1).

**5.4** Der Beschwerdeführer sieht das Beschleunigungsgebot verletzt im Umstand, dass in der vorliegenden Sache «seit über zwei Monaten gar nichts mehr passiert» sei (Beschwerde S. 11). Er bringt zudem vor, das Bundesverwaltungsgericht habe der Beschwerde gegen die Verfügung des SEM vom 22. März 2021 die aufschiebende Wirkung zuerkannt und Vollzugs-handlungen untersagt. Mit Blick auf die bisherige Verfahrensdauer und die Arbeitslast am Bundesverwaltungsgericht sei nicht mit einem baldigen Entscheid zu rechnen und der Vollzug der Wegweisung daher nicht in absehbarer Zeit möglich (Beschwerde S. 10).

**5.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Beschwerdeverfahren betreffend die Wegweisungsverfügung des SEM am 10. Mai 2021 als superprovisorische Massnahme einen Vollzugsstopp angeordnet und die Wegweisung des Beschwerdeführers einstweilen ausgesetzt (Verfügung vom 10.5.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Am 18. Mai 2021 hat es die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt (Zwischenverfügung vom 18.5.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist nun seit etwas mehr als sechs Monaten hängig. Von seinem Ausgang hängt auch die Ausweisung durch das fedpol ab (vorne Bst. A; Verfügung fedpol vom 22.7.2021 Ziff. VIII.2, in unpag. Haftakten KZM 21 853). Die Fortsetzung der Ausschaffungshaft ist – unter Rückgriff auf die entsprechende Praxis bei einem hängigen Asylverfahren – trotz des laufenden Beschwerdeverfahrens als zulässig zu erachten, wenn mit dessen Abschluss und dem Vollzug der Wegweisung «alsbald» gerechnet werden kann (BGE 140 II 409 E. 2.3.3, 125 II 377 E. 2b; BGer 2C\_268/2018 vom 11.4.2018 E. 2.1.1, 2C\_709/2016 vom 13.9.2016 E. 4.2.2; VGE 2021/238 vom 23.8.2021 E. 4.3, 2020/379 vom 23.10.2020 E. 4.1). Nicht mit einem baldigen Abschluss des Verfahrens könne laut Bundesgericht gerechnet werden, wenn von «einigen wenigen, höchstens un-

gefähr acht Monaten» ausgegangen werde, welche das Verfahren beanspruchen wird (BGE 140 II 409 E. 2.3.5). Der Umstand allein, dass ein Beschwerdeverfahren hängig ist, und es keine Hinweise darauf gibt, wann entschieden wird, macht den Vollzug der Wegweisung aber noch nicht undurchführbar (BGE 125 II 377 E. 5b). – Die bisherige (noch nicht übermässig lange) Verfahrensdauer von sechs Monaten ist in erster Linie zu erklären mit der hohen Fallbelastung des Bundesverwaltungsgerichts: So hat dieses mit Schreiben vom 3. August 2021 darüber informiert, dass in den Asylabteilungen nach wie vor beträchtliche Pendenzen vorhanden und daher keine verbindlichen Angaben zum voraussichtlichen Erledigungszeitpunkt möglich seien (unpag. Haftakten KZM 21 1112). Es gibt demgegenüber keine Hinweise darauf, dass in der Sache noch umfangreiche Abklärungen nötig wären oder sie sonst besondere Schwierigkeiten birgt. Erst vor wenigen Wochen hat das Bundesverwaltungsgericht (erneut) instruiert und den Beschwerdeführer aufgefordert, über den aktuellen Stand des Strafverfahrens der Bundesanwaltschaft sowie des Ausweisungsverfahrens zu informieren und mitzuteilen, ob gegen ihn bereits Anklage erhoben wurde, ob er sich weiterhin in Untersuchungshaft befindet und ob er gegen die Ausweisungsverfügung Beschwerde erhoben hat (Verfügung vom 20.9.2021, in unpag. Haftakten KZM 21 1112). Es ist nicht damit zu rechnen, dass das Beschwerdeverfahren noch mehrere Monate in Anspruch nehmen wird; wahrscheinlicher ist dessen baldiger Abschluss. Dem anschliessenden zeitnahen Vollzug der Wegweisung steht nichts im Weg und es bestehen realistische Aussichten auf eine Ausschaffung innert der bis zum 21. Januar 2022 verlängerten Haft. Demnach steht das hängige Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht der Fortsetzung der Ausschaffungshaft (jedenfalls derzeit) nicht entgegen und diese erweist sich als zulässig. Auch bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Behörden den Vollzug der Wegweisung nicht mit dem nötigen Nachdruck verfolgen würden. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots ist ebenso wenig erkennbar.

## 6.

Nach dem Gesagten besteht kein Anspruch auf Haftentlassung; die Haft wurde zu Recht bis zum 21. Januar 2022 verlängert. Der angefochtene Ent-

scheid hält der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

## **7.**

Bei diesem Verfahrensausgang wird der unterliegende Beschwerdeführer an sich kostenpflichtig; Anspruch auf Parteikostenersatz hat er nicht (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Er hat indes um unentgeltliche Rechtspflege unter Beordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin ersucht (vorne Bst. C).

**7.1** Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn die Partei 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 die 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 (statt vieler BVR 2019 S. 128 E. 4.1; BGE 142 III 138 E. 5.1; zum Ganzen Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 111 N. 29 ff.).

**7.2** Die bedürftige Partei hat gestützt auf Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV einen Anspruch darauf, dass ihr auf Gesuch hin eine unentgeltliche Rechtsvertre-

tung 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 ihr in dieser Situation selbst in «einfachen» Fällen kaum möglich, das administrative Haftverlängerungsverfahren 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). 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; VGE 2016/179 vom 27.6.2016 E. 6.3, 2015/290 vom 6.10.2015 E. 7.3).

**7.3** Nach einer erstmaligen Anordnung von drei Monaten Haft soll diese um drei Monate verlängert werden, wobei der Beschwerdeführer bereits vor dem ZMG anwaltlich vertreten war. Vor Verwaltungsgericht muss folglich die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt werden, wenn die Beschwerde nicht als aussichtslos erscheint (VGE 2018/41 vom 7.3.2018 E. 4.4, 2014/55 vom 21.3.2014 E. 7.4). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde muss als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer bringt kein Argument vor, das den Entscheid des ZMG und dessen Begründung ernsthaft in Frage stellt. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit abzuweisen.

**7.4** Da über das Gesuch erst im Rahmen des Endentscheids befunden wird und der Beschwerdeführer keine Gelegenheit hatte, die Beschwerde nach Abweisung des Gesuchs zurückzuziehen und damit Verfahrenskosten zu sparen, ist praxisgemäss bloss eine reduzierte Pauschalgebühr zu erheben (vgl. BVR 2014 S. 437 E. 7.9).

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine reduzierte Pauschalgebühr von Fr. 300.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführer
  - Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern
  - Kantonales Zwangsmassnahmengericht
  - Staatssekretariat für Migration

und mitzuteilen:

- Regionalgefängnis Moutier

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.