

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. Januar 2022

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Bürki, Verwaltungsrichterin Herzog,
Verwaltungsrichter Rolli, Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiber Trummer

A. _____
zzt. unbekanntem Aufenthalts in der Schweiz
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____, AsyLex
Gotthardstrasse 52, 8002 Zürich

Beschwerdeführer

gegen

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

und

Kantonales Zwangsmassnahmengericht
Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

betreffend Ausschaffungshaft im Rahmen des Dublin-Verfahrens
(Entscheidung des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom
23. Dezember 2021; KZM 21 1444)



Sachverhalt:

A.

Der afghanische Staatsangehörige A._____ (Jg. 1992) ersuchte am 14. Juli 2021 in der Schweiz um Asyl. Abklärungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) ergaben, dass er bereits am 25. Januar 2017 in Griechenland und am 19. April 2021 in Rumänien je ein Asylgesuch gestellt hatte. In der Folge entsprachen die rumänischen Behörden im Rahmen des Dublin-Verfahrens dem Ersuchen des SEM um Übernahme von A._____. Mit Verfügung vom 30. August 2021 trat das SEM auf das Asylgesuch von A._____ nicht ein, wies ihn aus der Schweiz nach Rumänien weg und beauftragte den Kanton Bern mit dem Vollzug der Wegweisung. Die dagegen von A._____ erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 16. September 2021 ab. Ein auf den 7. Oktober 2021 angesetztes Ausreisegespräch mit dem Amt für Bevölkerungsdienste (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), nahm A._____ nicht wahr. Am 29. Oktober 2021 ordnete das ABEV die Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens an für die Dauer von (höchstens) sechs Wochen. Am 3. November 2021 wurde A._____ im Bundesasylzentrum (BAZ) Kappelen-Lyss polizeilich angehalten und in Dublin-Haft versetzt. Mit Entscheidung vom 15. November 2021 bestätigte das kantonale Zwangsmassnahmengericht (ZMG) die angeordnete Haft als rechtmässig und angemessen und bestätigte sie bis zum 14. Dezember 2021. Am 21. November 2021 verweigerte A._____ einen Covid-19-PCR-Test, weshalb ein für ihn gebuchtes Flugticket nach Bukarest für den 23. November 2021 annulliert werden musste. Eine gegen den Entscheid des ZMG am 29. November 2021 erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht am 13. Dezember 2021 ab (Verfahren 100.2021.348).

Am 13. Dezember 2021 ordnete das ABEV die Verlängerung der Dublin-Haft an.

B.

Mit Eingabe vom 18. Dezember 2021 beantragte A. _____ beim ZMG seine Haftentlassung. Mit Entscheid vom 23. Dezember 2021 bestätigte das ZMG die Haftverlängerung im Rahmen des Dublin-Verfahrens als rechtmässig und angemessen und bestätigte sie bis zum 23. Januar 2022. Das Gesuch von A. _____ um amtliche Beiordnung seiner Rechtsvertreterin wies das ZMG ab.

C.

Gegen den Entscheid des ZMG vom 23. Dezember 2021 hat A. _____ am 30. Dezember 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und er sei unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Eventuell sei festzustellen, dass die Haft rechtswidrig war. Er rügt zudem, ihm sei im vorinstanzlichen Verfahren zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege unter amtlicher Beiordnung seiner Rechtsvertreterin verweigert worden. Gleichzeitig hat er auch für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin ersucht.

Das ZMG hat mit Eingabe vom 3. Januar 2022 auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das ABEV beantragt mit Eingabe vom 4. Januar 2022 sinngemäss, die Beschwerde sei abzuweisen.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Januar 2022 hat der Instruktionsrichter die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung der Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin bewilligt und den Beizug des im gleich gelagerten Verfahren 100.2021.377 beim SEM einverlangten Amtsberichts in Aussicht gestellt. Mit Replik/Schlussbemerkungen vom 13. Januar 2022 hält A. _____ an seinen Rechtsbegehren fest. Das ZMG und das ABEV haben auf Schlussbemerkungen verzichtet.

Am 18. Januar 2022 hat das ABEV dem ZMG beantragt, der Verlängerung der Haft um weitere sechs Wochen zuzustimmen, da der für Ende Januar 2022 geplante Flug nach Rumänien aus Kapazitätsgründen nicht stattfinden

könne; nun sei die Überstellung konkret und definitiv im Februar 2022 absehbar. Mit Entscheid vom gleichen Tag hat das ZMG eine weitere Verlängerung als rechtswidrig beurteilt, weil die neuerliche Verzögerung nicht im Verhalten des Inhaftierten liege, und A. _____ umgehend zuhanden des MIDI aus der Haft entlassen.

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).

1.2 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist schriftlich und unter Beachtung der Formvorschriften von Art. 32 VRPG zu erheben (Art. 31 Abs. 3 EG AIG und AsylG i.V.m. Art. 81 Abs. 1 VRPG). Die Eingabe muss danach unter anderem eine Unterschrift enthalten (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Sie muss mithin eigenhändig oder durch eine zur Vertretung bevollmächtigte Person unterschrieben werden (Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 32 N. 28). Nach Art. 15 Abs. 4 VRPG sind vor den Verwaltungsjustizbehörden ausser auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts und vorbehältlich anderslautender Gesetzgebung zur Prozessvertretung nur Anwältinnen und Anwälte zugelassen; diese müssen nach der Anwaltsgesetzgebung zur Parteivertretung im Kanton Bern berechtigt sein. Zur Parteivertretung berechtigt ist nach Art. 7 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11), wer im An-

waltsregister des Kantons Bern eingetragen ist oder Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) genießt (sog. Anwaltsmonopol). Eine Ausnahme vom Anwaltsmonopol ist für das Beschwerdeverfahren gegen ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen nicht vorgesehen (vgl. Art. 73 ff. des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20]; Erlassstitel bis 31.12.2018: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [Ausländergesetz, AuG]; Art. 31 Abs. 3 EG AIG und AsylG; vgl. zum Ganzen VGE 2021/292 vom 15.10.2021 E. 1.2). Der Registereintrag setzt als persönliche Voraussetzung unter anderem voraus, dass die Anwältinnen und Anwälte in der Lage sind, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA). Im Sinn einer Ausnahme vom Unabhängigkeitserfordernis können sich Anwältinnen und Anwälte, die bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen angestellt sind, ins Register eintragen lassen, sofern die übrigen persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und sich die Tätigkeit der Parteivertretung strikte auf Mandate im Rahmen des von der betroffenen Organisation verfolgten Zwecks beschränkt (Art. 8 Abs. 2 BGFA).

1.3 Der Beschwerdeführer hat laut Vollmacht vom 27. September 2021 (act. 1C) «sämtliche bei AsyLex mitarbeitende Rechtsvertreter, insbesondere Rechtsanwältin B._____» und damit sinngemäss den Verein AsyLex mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt (zu den Vertragsbedingungen von AsyLex vgl. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Stand 10.12.2019, einsehbar unter <www.asylex.ch>, Rubrik «Impressum»). Der Vereinszweck von AsyLex besteht unter anderem darin, Flüchtlingen Zugang zu Rechtsberatung in asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren zu gewähren und sie darin zu unterstützen, ihre Rechte wahrzunehmen (Art. 2 der Statuten vom 22.9.2019). Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre ist es anwaltsrechtlich grundsätzlich zulässig, eine juristische Person zu mandatieren (grundlegend betreffend Anwaltskörperschaften: BGE 138 II 440; Walter Fellmann, Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2017, S. 651 ff., insb. 666 ff.; Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, S. 309 ff., insb. 314 f.). So-

weit hier interessierend ist demnach davon auszugehen, dass die Mandatserteilung an AsyLex rechtens ist.

1.4 Vom privatrechtlichen Mandatsverhältnis zu unterscheiden ist die verfahrensrechtliche Frage, wer zur Prozessvertretung befugt und bevollmächtigt ist, im vorliegenden Verfahren für die Partei zu handeln und insbesondere Rechtsschriften formgültig zu unterzeichnen (vorne E. 1.2): Besteht – wie hier – ein Mandat zu einer im Monopolbereich prozessrechtlich nicht postulationsfähigen juristischen Person, muss diese zur Auftragserfüllung eine im Anwaltsregister eingetragene Anwältin bzw. einen eingetragenen Anwalt beziehen. Diese sind bei ihrer anwaltlichen Tätigkeit – wie freiberuflich tätige Anwältinnen und Anwälte – den Berufspflichten des BGFA unterworfen (insb. disziplinarische Verantwortlichkeit [Art. 12 Bst. b BGFA]); ihre Handlungen im Rahmen der Mandatsführung gelten aber auftragsrechtlich als Erfüllungshandlungen der juristischen Person (Walter Fellmann, a.a.O., S. 681 f.; Kaspar Schiller, a.a.O., S. 314 ff.). Dabei spielt es keine Rolle, ob die prozessführende Anwältin bzw. der prozessführende Anwalt ansonsten freiberuflich praktiziert und nach Art. 8 Abs. 1 BGFA im Anwaltsregister eingetragen ist, oder ob die juristische Person bei ihr angestellte und nach Art. 8 Abs. 2 BGFA eingetragene Anwältinnen bzw. Anwälte mit der Prozessführung betraut (zum Unterschied zwischen Art. 8 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 BGFA vgl. vorne E. 1.2).

1.5 Rechtsanwältin B. _____ ist im Zürcher Anwaltsregister nach Art. 8 Abs. 1 BGFA eingetragen. Damit sind die Bestimmungen über die Parteivertretung und Form eingehalten. Im Übrigen wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde fristgerecht eingereicht (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst. a EG AIG und AsylG).

1.6 Auf die Beschwerde ist einzutreten. Dies gilt auch in Bezug auf das (Eventual-)Begehren, die Unrechtmässigkeit der Haft festzustellen (vgl. vorne Bst. C): Obwohl der Beschwerdeführer während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aus der Haft entlassen worden ist (vgl. vorne Bst. C), und deshalb das aktuelle, praktische Interesse an der Beschwerdeführung weggefallen ist, bleibt seine Beschwerde gegen die haftrichterliche Genehmigung der ausländerrechtlichen Festhaltung zulässig und materiell zu prüfen, da er darin ausreichend begründet und inhaltlich in vertretbarer Weise

(«griefs défendables») rügt, unter Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) in Haft gesetzt worden zu sein (vgl. Beschwerde S. 5 f. Rz. 11 und 13; BGE 147 II 49 E. 1.2, 139 I 206 E. 1.2.1; BVR 2016 S. 529 E. 1.2.2; vgl. allgemein auch BVR 2018 S. 310 E. 7.3).

1.7 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG). Da die Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung ist, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

Strittig ist die Rechtmässigkeit der gegenüber dem Beschwerdeführer angeordneten Haft(-verlängerung) im Rahmen des Dublin-Verfahrens.

2.1 Die sog. Dublin-Haft ist unionsrechtlich in der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 geregelt (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist [Dublin III-Verordnung; ABl. L 180 vom 29.6.2013 S. 31 ff.]). Die Inhaftierung einer Person im Rahmen eines Dublin-Verfahrens ist zulässig, wenn sie die Sicherstellung des Überstellungsverfahrens in den zuständigen Dublin-Staat bezweckt (vgl. Art. 28 Abs. 2 Dublin III-Verordnung). In diesem Rahmen können die Mitgliedstaaten nach einer Einzelfallprüfung eine gesuchstellende Person festhalten, wenn eine erhebliche Fluchtgefahr besteht, die freiheitsentziehende Massnahme sich als verhältnismässig erweist und weniger einschneidende Massnahmen unwirksam erscheinen (Art. 28 Abs. 2 Dublin III-Verordnung). Kein zulässiger Haftgrund bildet für sich allein der Umstand, dass sich die antragstellende Person in einem Dublin-Verfahren befindet (Art. 28 Abs. 1 Dublin III-Verordnung). Art. 28 Dublin III-Verordnung sieht zwei Möglichkeiten der Inhaftierung zur Sicherung der Überstellung vor: Einerseits die Haft vor bzw. wäh-

rend der Zuständigkeitsbestimmung (also vor der positiven oder negativen Antwort des angefragten Staates) – diese wird vom SEM als «Dublin-Haft für die Vorbereitung und Durchführung des Überstellungsverfahrens (Vorbereitungshaft im Rahmen des Dublin-Verfahrens)» bezeichnet (Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich des SEM vom Oktober 2013 [Stand: 15.12.2021; Weisungen AIG] Ziff. 9.9.2, einsehbar unter: <www.sem.admin.ch>, Rubriken «Publikationen & Service/Weisungen und Kreisschreiben/I. Ausländerbereich»); und andererseits die Haft zur Sicherung der Überstellung, nachdem der angefragte Staat seine Zuständigkeit ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat. Die Haft in dieser zweiten Phase wird vom SEM als «Dublin-Haft zur Sicherstellung des Übernahmeverfahrens (Ausschaffungshaft im Rahmen des Dublin-Verfahrens)» bezeichnet (Weisungen AIG Ziff. 9.9.3). Befindet sich der Antragsteller in Haft, so erfolgt die Überstellung aus dem ersuchenden in den zuständigen Mitgliedstaat, sobald diese praktisch durchführbar ist und spätestens innerhalb von sechs Wochen nach der stillschweigenden oder ausdrücklichen Annahme des Gesuchs auf Aufnahme oder Wiederaufnahme der betreffenden Person durch einen anderen Mitgliedstaat oder vom Zeitpunkt an, ab dem der Rechtsbehelf oder die Überprüfung nach Art. 27 Abs. 3 Dublin III-Verordnung keine aufschiebende Wirkung mehr hat (Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin III-Verordnung). Wird diese sechswöchige Frist nicht eingehalten, wird die Person nicht länger in Haft gehalten (Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 4 Dublin III-Verordnung; vgl. zum Ganzen BGer 2C_199/2018 vom 9.7.2018 E. 3).

2.2 Die Schweiz hat die Dublin III-Haftregeln in Art. 76a (materielles Recht) bzw. Art. 80a (Verfahren) AIG umgesetzt. Nach Art. 76a AIG kann die zuständige Behörde eine betroffene ausländische Person in Haft nehmen, wenn im Einzelfall konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will (Abs. 1 Bst. a). Die entsprechenden Anzeichen sind – in Ausführung von Art. 2 Bst. n Dublin III-Verordnung – in Art. 76a Abs. 2 AIG abschliessend aufgeführt (vgl. BGE 142 I 135 E. 4.1 mit Hinweisen). Art. 76a Abs. 3 AIG konkretisiert die zeitlichen Vorgaben von Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin III-Verordnung. Danach kann die betroffene Person in Haft genommen werden ab Haftanordnung für die Dauer von höchstens sechs Wochen zur Sicherstellung des Vollzugs zwischen der Eröffnung des Weg- oder Ausweisungsentscheids

bzw. nach Beendigung der aufschiebenden Wirkung eines allfällig eingereichten Rechtsmittels gegen einen erstinstanzlich ergangenen Weg- oder Ausweisungsentscheid und der Überstellung der betroffenen Person an den zuständigen Dublin-Staat (Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG). Eine Verlängerung dieser Haft ist nicht möglich (Weisungen AIG Ziff. 9.9.3). Weiter sieht Art. 76a Abs. 4 AIG eine Haft bei unkooperativem Verhalten (Renitenz) vor (Weisungen AIG Ziff. 9.9.3.1): Nach den Sätzen 1 und 2 kann eine ausländische Person zwecks Sicherstellung der Überstellung für höchstens sechs Wochen in Haft genommen werden, wenn sie sich weigert, ein Transportmittel zur Durchführung der Überstellung in den zuständigen Dublin-Staat zu besteigen, oder wenn sie auf eine andere Art und Weise durch ihr persönliches Verhalten die Überstellung verhindert; vorausgesetzt ist, dass die Anordnung der Haft nach Abs. 3 Bst. c nicht mehr möglich ist und eine weniger einschneidende Massnahme nicht zum Ziel führt. Diese Haft kann nach den Sätzen 3 und 4 mit Zustimmung der richterlichen Behörde bis zu einer Höchstdauer von drei Monaten verlängert werden, wenn die betroffene Person weiterhin nicht bereit ist, ihr Verhalten zu ändern.

2.3 Der Beschwerdeführer befand sich seit dem 3. November 2021 in Dublin-Ausschaffungshaft gestützt auf Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG. Diese wurde richterlich bis zum 14. Dezember 2021 als rechtmässig und angemessen beurteilt (rund sechs Wochen). Am 13. Dezember 2021 ordnete das ABEV die hier strittige Haftverlängerung gestützt auf Art. 76a Abs. 4 AIG um weitere sechs Wochen an, welche das ZMG mit dem angefochtenen Entscheid bis zum 23. Januar 2022 bestätigt hat (vorne Bst. A und B). Am 18. Januar 2022, nach einer Haftdauer von insgesamt rund elf Wochen, wurde der Beschwerdeführer aus der Haft entlassen, nachdem der für Ende Januar 2022 geplante Flug nach Rumänien aus Kapazitätsgründen nicht stattfinden kann (vorne Bst. C).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Haft gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG sei völkerrechtswidrig, soweit sie die in Art. 28 Dublin III-Verordnung vorgesehene maximal zulässige Haftdauer von sechs Wochen über-

steige und entgegen dieser Verordnungsbestimmung keine erhebliche Fluchtgefahr voraussetze. Die Dublin III-Verordnung regle die Gründe und die Dauer der Inhaftierung abschliessend, weshalb eine nationale Regelung nicht darüber hinausgehen dürfe. Ein «Abweichen von Art. 28 Dublin III-Verordnung» stelle zudem eine Verletzung von Art. 5 EMRK dar, der eine Inhaftierung nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise zulasse. Art. 28 Dublin III-Verordnung gehe als Völkerrecht der abweichenden innerstaatlichen Regelung von Art. 76a Abs. 4 AIG vor. Dies gelte umso mehr, als Art. 28 Dublin III-Verordnung und Art. 5 EMRK dem Schutz der Menschenrechte diene (Beschwerde S. 4 ff. Rz. 9 ff.). Die Vorinstanz ist demgegenüber der Auffassung, Renitenz der betroffenen Person bzw. andere nicht den Behörden zuzurechnende Verzögerungen im Dublin-Überstellungsverfahren würden nicht Gegenstand von Art. 28 Dublin III-Verordnung bilden. Es bestehe deshalb kein Normenkonflikt zwischen dieser Bestimmung und Art. 76a Abs. 4 AIG, der zugunsten der Anwendung von Art. 28 Dublin III-Verordnung zu lösen wäre (angefochtener Entscheid S. 4).

3.2 Art. 76a AIG wurde zur Erfüllung der in Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 des Abkommens vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA; SR 0.142.392.68] eingegangenen Verpflichtungen zur Übernahme und Umsetzung der Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands erlassen (Botschaft des Bundesrats über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen [EU] Nr. 603/2013 und [EU] Nr. 604/2013 [Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands; nachfolgend: Botschaft Dublin III-Verordnung], in BBl 2014 S. 2675 ff., 2681 Ziff. 1.1). Art. 76a AIG ist grundsätzlich in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Sinn des zu übernehmenden Sekundärrechts der Europäischen Union auszulegen (BGE 143 I 437 E. 3.1).

3.3 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes (grammatikalisches Element). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann,

wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), auf den Zweck der Norm (teleologisches Element), auf die ihr zugrunde liegenden Wertungen und auf ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) abzustellen (BGE 145 II 153 E. 4.3.1, 142 I 135 E. 1.1.1, 139 II 404 E. 4.2). Unter mehreren vertretbaren Lesarten ist der landesrechtlichen Bestimmung jene Bedeutung beizulegen, die dem Sinn der völkerrechtlichen Norm am nächsten kommt (vgl. Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, N. 441). Allerdings findet – wie beim verfassungskonformen Element – auch eine völkerrechtskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (vgl. BGE 146 V 271 E. 5.1, 145 II 270 E. 4.1, 141 II 338 E. 3.1 [Pra 105/2016 Nr. 45], 133 I 77 E. 2; vgl. auch etwa BVR 2015 S. 3 E. 2.2 mit Hinweisen). Mithin kann die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung zwar den Ausschlag darüber geben, welche von mehreren vertretbaren Normsinnhypothesen vorzuziehen ist, sie darf aber nicht zu einer «klar korrigierenden Interpretation contra legem (genauer: contra rationem legis) führen» (Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 117 ff. [Zitat: S. 118]; weiterführend etwa Martin E. Looser, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen 2011, S. 1051 ff.).

3.3.1 Gemäss seinem Wortlaut setzt Art. 76a Abs. 4 AIG u.a. voraus, dass «die Anordnung der Haft nach [Artikel 76a] Absatz 3 Buchstabe c [AIG] nicht mehr möglich ist». Der Gesetzeswortlaut sieht weiter vor, dass die Haft bei erstmaliger Anordnung höchstens sechs Wochen dauern darf und bei Verlängerung(en) auf eine Höchstdauer von drei Monaten begrenzt ist. Die grammatikalische Auslegung und der im Wortlaut zum Ausdruck kommende Bezug zu Absatz 3 Buchstabe c führt eindeutig zum Ergebnis, dass die Haft nach Art. 76a Abs. 4 AIG es erlauben soll, die höchstens sechswöchige Haft nach Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG im Fall von Renitenz der betroffenen Person

gegebenenfalls entsprechend zu verlängern, sodass die zeitlichen Vorgaben nach Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 und 4 Dublin III-Verordnung überschritten werden.

3.3.2 Zum gleichen Ergebnis führen die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und von Sinn und Zweck der Norm: Das Eidgenössische Polizei- und Justizdepartement (EJPD), Bundesamt für Migration (heute: SEM), hielt in seinem Erläuternden Bericht vom August 2013 S. 19 zur höchstens sechswöchigen Haftdauer nach Art. 76a Abs. 2 E-AuG (vgl. heute Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG) noch fest, eine Verlängerung der Ausschaffungshaft sei wie bereits im Rahmen der geltenden Vorschriften *nicht* möglich (Hervorhebung durch das Gericht); es verweist dabei auf Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 4 Dublin III-Verordnung (nachfolgend: Erläuternder Bericht EJPD; einsehbar unter <www.sem.admin.ch>, Rubriken «Das SEM»/«Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte»/«Schengen/Dublin»/«Übernahme und Umsetzung der Dublin III- und Eurodac-Verordnung»). Aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens nahm der Bundesrat die Haft bei Renitenz gemäss dem heutigen Art. 76a Abs. 4 AIG in die Vorlage auf (vgl. AB S 2014 S. 833 [Votum Bundesrätin Sommaruga]). Im erstberatenden Nationalrat stellte Nationalrätin John-Calame den Minderheitsantrag auf Streichung von Abs. 4, den sie damit begründete, dass diese vom Bundesrat formulierte «Ausnahme» die in der Dublin III-Verordnung vorgeschriebene maximale Haftdauer verlängere, was nicht zulässig sei. Sie stellte die Frage, wie die Schweiz diese Abweichung rechtfertigen wolle (AB N 2014 S. 1317); die SP-Fraktion unterstützte den Antrag, da eine solche Haft nach der Dublin III-Verordnung «auch nicht so vorgesehen» sei (AB N 2014 S. 1317 [Votum Nationalrätin Friedl]). Bundesrätin Sommaruga hatte bereits in der Eintretensdebatte namens des Bundesrats empfohlen, diesen Minderheitsantrag abzulehnen, da die Haft wegen unkooperativen Verhaltens notwendig sei, um einen effizienten Vollzug des Dublin-Wegweisungsentscheids zu gewährleisten (AB N 2014 S. 1252). Im weiteren Verlauf der nationalrätlichen Debatte hielt Bundesrätin Sommaruga fest (AB N 2014 S. 1320):

«Für den Bundesrat und vor allem auch für die Kantone ist diese Haft die Kompensation für die Verkürzung und die Verschärfung bei den Haftvoraussetzungen, die mit Dublin III eingeführt werden. Wir halten sie für nötig. Es kann ja nicht sein, dass jemand ausgerechnet mit unkooperativem Verhalten eine Ausschaffung verhindern kann. Das ist nicht Sinn und Zweck dieser Vorlage. Deshalb haben wir die Haft bei unkooperati-

vem Verhalten eingeführt. Wir sind der Meinung, dass sie sich mit Dublin III vereinbaren lässt, auch wenn sie in genau dieser Form nicht vorgesehen ist und ein gewisses, allerdings vertretbares Risiko besteht, dass wir hier von der Dublin III-Verordnung abweichen.»

Nationalrat Pfister führte darauf als Kommissionssprecher aus (AB N 2014 S. 1320):

«Zum Minderheitsantrag John-Calame zu Artikel 76a [...]. Sie möchte Absatz 4 streichen. Dieser Absatz [...] geht über die Dublin III-Verordnung hinaus, aber dies ist nötig, um einen effizienten Vollzug zu sichern. Ohne diese Regelung könnte eine Person durch renitentes Verhalten das Verfahren vollständig unterlaufen, ohne dass der betroffene Staat Gegenmassnahmen ergreifen könnte. Die maximal drei Monate sind erfahrungsgemäss nötig, um eine neue Überstellung zu organisieren. In den meisten Fällen ist die Überstellung früher durchführbar. Wenn man diesen Absatz streichen würde, würde das ganze Dublin-System unterhöhlt. Deshalb entschied sich die Kommission mit 15 zu 6 Stimmen gegen den Antrag, der nun als Antrag der Minderheit John-Calame vorliegt.»

Der Nationalrat lehnte den Minderheitsantrag schliesslich ab und stimmte dem Entwurf des Bundesrats zu (AB N 2014 S. 1321). Im zweitberatenden Ständerat lagen keine Anträge mehr zu Art. 76a Abs. 4 AIG bzw. AuG vor. Zur darin vorgesehenen Haft hielt Bundesrätin Sommaruga in der dortigen Eintretensdebatte fest, der Bundesrat sei sich bewusst, dass mit dieser Haft, verlängerbar bis maximal drei Monate, «eine gewisse Abweichung» zur Dublin III-Verordnung bestehe und damit auch ein «gewisses Risiko» eingegangen werde, dass es hier «eine Reaktion» gebe (AB S 2014 S. 833). Der Ständerat schloss sich in der Folge in Kenntnis der Debatte im Nationalrat der dort beschlossenen Lösung an. Insgesamt ergibt sich aus den Materialien der unzweideutige Zweck von Art. 76a Abs. 4 AIG, im Interesse der Effizienz des Überführungssystems eine jedenfalls in zeitlicher Hinsicht über die Vorgaben der Dublin III-Verordnung hinausgehende Haft zu schaffen für Personen, die nicht kooperieren (vgl. zu den parlamentarischen Beratungen auch Constantin Hruschka, Die rechtliche Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben für die Haft in Schengen- und Dublin-Fällen in der Schweiz, in Breitenmoser/Gless/Lagodny [Hrsg.], Schengen und Dublin in der Praxis – aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 341 ff., 350).

3.3.3 Jedes der voranstehenden Auslegungselemente führt somit zum (gleichen) klaren Schluss, dass es Art. 76a Abs. 4 AIG erlaubt, eine Person

im Rahmen des Dublin-Verfahrens über die in Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG bzw. Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 und 4 Dublin III-Verordnung vorgesehene Höchstdauer von sechs Wochen hinaus zu inhaftieren, sofern auch die übrigen Voraussetzungen dieser landesrechtlichen Norm erfüllt sind. Bei diesem klaren Auslegungsergebnis bleibt für eine verfassungs- oder völkerrechtskonforme Auslegung kein Raum (vgl. zu den Grenzen der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung vorne E. 3.3 einleitend).

3.3.4 Fraglich bleibt, ob Art. 76a Abs. 4 AIG – in Übereinstimmung mit Art. 28 Abs. 2 Dublin III-Verordnung bzw. Art. 76a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 AIG (vgl. BGE 142 I 135 E. 4.2) – eine *erhebliche* Flucht- bzw. Untertauchensgefahr voraussetzt. Der Beschwerdeführer verneint dies und erblickt darin einen (weiteren) Verstoss gegen das Völkerrecht (vorne E. 3.1; die Frage ebenfalls verneinend VGer TG VG.2021/56/77 vom 30.6.2021 E. 7.4 [act. 12A]). Ob dies zutrifft, ist im systematischen Zusammenhang von Abs. 4 mit Abs. 1 und 2 und mangels entstehungsgeschichtlicher Anhaltspunkte fraglich. Einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 76a Abs. 4 AIG steht insoweit jedenfalls nichts offensichtlich im Weg. Wie es sich damit verhält, kann letztlich aber offenbleiben, da hier eine erhebliche Fluchtgefahr – wie zu zeigen ist (vgl. hinten E. 4.2) – vorliegt.

3.4 Es bleibt die kritisierte Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht zu prüfen.

3.4.1 Art. 66 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) verpflichtet die Justizbehörden, die dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegenden *kantonalen* Erlasse auf ihre Rechts- und Verfassungskonformität zu überprüfen (sog. konkrete [auch: akzessorische, inzidente oder vorfrageweise] Normenkontrolle). Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass die fraglichen kantonalen Erlasse höherrangigem Recht widersprechen, sind sie nicht anzuwenden und der gestützt auf sie ergangene Entscheid (Anwendungsakt) ist aufzuheben (BVR 2018 S. 289 E. 4.4, 2014 S. 535 E. 2.1, 2014 S. 14 E. 3.1; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 66 N. 48 ff., Art. 80 N. 39). Auf die Frage, ob und inwieweit kantonale Behörden *bundesrechtliche* Erlasse auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Bundesrecht überprüfen dürfen, gibt die Kantonsverfassung nicht ausdrücklich Antwort. Bundesrechtlich ist dies, vor-

behältlich von Art. 190 der Bundesverfassung (BV; SR 101), nicht untersagt (Zimmerli/Kiener, Justizverfassung, in Kälin/Bolz [Hrsg.], Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, S. 175 ff., 194; Pierre Tschannen, a.a.O., N. 503). Jedenfalls auf Rüge hin ist somit grundsätzlich auch Bundesrecht auf seine Übereinstimmung mit höherrangigem Recht zu überprüfen; das Hierarchieprinzip steht dem nicht entgegen, weil es nur innerhalb ein und desselben Gemeinwesens spielt. Bundesgesetze und Völkerrecht sind allerdings für alle rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV; vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 50; zum Ganzen BVR 2008 S. 284 E. 5.2).

3.4.2 Für die Frage der Vereinbarkeit von Art. 76a Abs. 4 AIG mit Art. 28 Dublin III-Verordnung ist entscheidend, ob die Dublin III-Regelung abschliessend ist, oder ob in Bezug auf eine Haft, wie sie in Art. 76a Abs. 4 AIG vorgesehen ist, eine echte Lücke vorliegt. Die Literatur geht soweit ersichtlich einhellig (undiskutiert) von einer abschliessenden Regelung aus (vgl. Hruschka/Maiani, in Hailbronner/Thym [Hrsg.], EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl. 2016, Art. 28 Dublin III-Verordnung N. 6; Filzwieser/Sprung, Dublin III-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 2014, K1 zu Art. 28 Dublin III-Verordnung; Chatton/Merz, in Amarelle/Nguyen [Hrsg.], Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, Art. 76a N. 30; Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2014, S. 137; Uebersax/Petry/Hruschka/Frei/Errass, Migrationsrecht in a nutshell, 2021, S. 219). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) scheint in seinem Urteil vom 13. September 2017 C-60/16 i.S. Khir Amayry ebenfalls von einer grundsätzlich abschliessenden Regelung auszugehen, nachdem er eine unregelmässige Konstellation ermittelt und durch Lückenfüllung im Interesse der Wirksamkeit des Überstellungssystems richterlich korrigiert hat (Rz. 37 ff.; vgl. zur Berücksichtigung des teleologischen Elements bei der Auslegung einer Unionsvorschrift durch den EuGH Rz. 29). Zwar ist festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber die Haftdauer im AIG weiter fassen wollte, als dies in Art. 28 Dublin III-Verordnung ausdrücklich vorgesehen ist. Umgekehrt scheint aber zumindest fraglich, ob nicht die Sicherstellung des «effet utile» zum Auslegungsergebnis führen muss, dass Art. 28 Dublin III-Verordnung durchaus Raum für eine nationale Umsetzungsgesetzgebung im Sinn von Art. 76a Abs. 4 AIG belässt (vgl. zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen nach

Art. 31 f. des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111], das insoweit kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht darstellt, statt vieler BGE 147 II 13 E. 3.3). Jedenfalls impliziert das Ziel, die Wirksamkeit des Überstellungssystems sicherzustellen (vgl. Art. 28 Abs. 2 Dublin III-Verordnung), den Erlass einer Regelung, die – wie Art. 76a Abs. 4 AIG – verhindert, dass eine betroffene Person allein durch renitentes Verhalten das Dublin-Verfahren gleichsam unterwandern und missbräuchlich eine Änderung der bereits geklärten internationalen Zuständigkeit für die Prüfung ihrer Asylgründe oder sogar eine mehrfache Prüfung derselben Gründe bewirken kann (vgl. hinten E. 3.6.1). Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, muss die Frage der Vereinbarkeit von Art. 76a Abs. 4 AIG mit Art. 28 Dublin III-Verordnung aber nicht abschliessend geklärt werden: Selbst wenn eine akzessorische Normenkontrolle von Art. 76a Abs. 4 AIG einen echten Normenkonflikt mit Art. 28 Dublin III-Verordnung erkennen lassen sollte, bleibt Art. 76a Abs. 4 AIG für das Verwaltungsgericht massgebend (hiernach E. 3.5 f.), zumal kein Verstoss gegen Art. 5 EMRK oder zwingendes Völkerrecht erkennbar ist (hinten E. 3.7 f.).

3.5 Bei unvermeidbarem Normenkonflikt geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor und das Bundesgesetz darf regelmässig nicht angewendet werden (BGE 144 I 126 E. 3, 139 I 16 E. 5.1); das gilt auch dann, wenn das Landesrecht nach der fraglichen Völkerrechtsnorm in Kraft getreten ist (BGE 138 II 524 E. 5.1). Dieser Grundsatz hat lediglich insofern eine Ausnahme erfahren, als der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern auch die politische Verantwortung dafür bewusst tragen wollte (sog. «Schubert»-Praxis; benannt nach BGE 99 Ib 39 E. 3 f.). Das setzt voraus, dass die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen bzw. der mögliche Normenkonflikt thematisiert worden sind (BGE 138 II 524 E. 5.3). Das Bundesgericht lässt es mithin regelmässig genügen, dass der Gesetzgeber das Gesetz im Bewusstsein um mögliche Konflikte mit dem Völkerrecht verabschiedet hat (vgl. Tschumi/Schindler, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 79 mit Verweis auf Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, in AJP 2010, S. 1009 ff., 1018 f.). Diese «Ausnahme» gilt allerdings nicht, wenn menschenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage stehen (sog. «PKK»-Praxis, benannt nach BGE 125 II 417; daran anknüpfend BGE 139 I 16 E. 5.1, 142 II 35

E. 3.2; zum Ganzen Pierre Tschannen, a.a.O., N. 436 ff.; s. auch Michel Daum, a.a.O., Art. 1 N. 21).

3.6 Entgegen dem Beschwerdeführer (Replik S. 2 Rz. 4 [act. 13]) ist bei der hier interessierenden Norm mit Blick auf die parlamentarischen Beratungen (vgl. vorne E. 3.4.2) zu schliessen, dass der Gesetzgeber bewusst im Sinn der «Schubert»-Praxis vom Völkerrecht abgewichen ist (in diesem Sinn auch Amtsbericht SEM vom 7.1.2022 S. 2 [act. 7A]; gl.M. Constantin Hruschka, a.a.O., S. 351):

3.6.1 Wie der Erläuternde Bericht EJPD zeigt, wussten der Bundesrat bzw. die EJPD-Vorsteherin sehr wohl, dass nach Meinung des damals zuständigen Bundesamts für Migration ein Verstoss gegen die Dublin III-Verordnung vorliegt. Zwar führte der Bundesrat in seiner Botschaft zur gesamten Vorlage allgemein aus, «die Übernahme dieser Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands [sei] mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar» (Botschaft Dublin III-Verordnung, in BBI 2014 S. 2675 ff., 2724). In der Erläuterung der Norm selbst hält er aber fest, dass die vorgeschlagene Regelung «über die Vorgaben der Dublin III-Verordnung [hinausgehe]»; sie sei aber notwendig, um einen effizienten Vollzug des Dublin-Wegweisungsentscheids zu gewährleisten, weil ohne sie die betroffene Person durch renitentes Verhalten das Dublin-Verfahren vollständig unterlaufen könnte (BBI 2014 S. 2675 ff., 2704). Angesichts des Erläuternden Berichts hat der Bundesrat folglich eine Abweichung von der europarechtlichen Vorgabe zumindest in Kauf genommen. Zu sagen, der Bundesrat bzw. die eidgenössischen Räte seien in der Frage der Haftdauer von der Vereinbarkeit mit der Dublin III-Verordnung ausgegangen (so VGer ZH VB.2021.00485 vom 11.8.2021 E. 4.3), ist vor diesem Hintergrund namentlich gestützt auf die Äusserungen von Bundesrätin Sommaruga in der parlamentarischen Debatte im Kontext der seitens der Minderheit in der Dublin III-Widrigkeit begründeten Ablehnung von Art. 76a Abs. 4 AIG nicht haltbar. Bundesrätin Sommaruga räumte denn auch ein, dass der Bundesgesetzgeber ein Risiko eingehe und möglicherweise mit «Reaktionen» gerechnet werden müsse (vorne E. 3.3.2), was nicht anders gedeutet werden kann, als dass dafür die politische Verantwortung übernommen wird. Im Übrigen hat der Bundesgesetzgeber die Bestimmung auch nach dem Urteil des EuGH vom 13. September

2017 C-60/16 i.S. Khir Amayry (vgl. vorne E. 3.4.2) weder aufgehoben noch angepasst, obwohl er hierzu namentlich im Zusammenhang mit der am 14. Dezember 2018 beschlossenen Revision des AIG (Verfahrensregelungen und Informationssysteme; AS 2019 S. 1413 sowie dazugehörige Botschaft, in BBI 2018 S. 1685 ff.) Gelegenheit gehabt hätte.

3.6.2 Anders als vorgebracht ist (Beschwerde S. 5 f. Rz. 12 f.; Replik S. 2 Rz. 4 [act. 13]), bleibt die «Schubert»-Praxis auch mit Blick auf BGE 142 II 35 massgebend (vgl. zu diesem Urteil etwa Glaser/Brunner, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, in Jusletter 18. April 2016). Zwar hat die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in E. 3.2 f. dieses Urteils mit Mehrheitsentscheid erkannt, dass die «Schubert»-Praxis im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht gelte. Es steht aber nicht durch gefestigte (und unter den Abteilungen koordinierte) Rechtsprechung fest, dass diese Praxis nicht weiterhin Bestand hat. Es blieb namentlich offen, ob der mit dem Urteil statuierte Vorrang auch gegenüber direkt anwendbarem Verfassungsrecht wirkt; derartige Bestimmungen standen konkret nicht zur Diskussion (vgl. Glaser/Brunner, a.a.O., Rz. 13 ff.; Matthias Oesch, Kommentar zu BGE 142 II 35, in ZBI 2016 S. 208 ff., 211). Zudem ist nicht geklärt, ob sich der Vorrang auch auf weitere bilaterale Abkommen wie das DAA erstreckt. Ob dieses Abkommen ähnlich wie das Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) eine sektoriell weitgehende Integration in den unionalen Rechtsraum anstrebt, scheint fraglich; anders als das FZA visiert es aber auf jeden Fall «keine Rechtsangleichung qua Grundfreiheiten» an (Matthias Oesch, a.a.O., S. 211). Schliesslich steht bis heute die Frage im Raum, ob die Erkenntnis als obiter dictum (so etwa Glaser/Brunner, a.a.O., Rz. 15, 35 ff.; Matthias Oesch, a.a.O., S. 209) oder primär an die politischen Behörden gerichteter Warnhinweis für die übrigen Justizbehörden überhaupt anwendbar ist (vgl. Giovanni Biaggini, in ZBI 2016 S. 169 f.). Vor diesem Hintergrund ist es funktionell und kompetenziell nicht Sache des Verwaltungsgerichts, dem unmittelbar anwendbaren Art. 76a Abs. 4 AIG, der nach Art. 190 BV «massgebend» ist, aufgrund eines möglichen Konflikts mit Art. 28 Dublin III-Verordnung die Anwendung zu versagen. Auch kann dahingestellt bleiben, ob in BGE 146 III 25, wo die Frage der ge-

nerellen Anwendbarkeit der «Schubert»-Praxis bei einem Konflikt zwischen Landesrecht und Art. 6 Ziff. 1 EMRK offengelassen wurde (Regeste), eine Distanzierung zu dieser Praxis zu sehen ist oder nicht (vgl. Pierre Tschanen, a.a.O., N. 439).

3.7 Zur gerügten Verletzung von Art. 5 EMRK ergibt sich Folgendes: Zwar fallen Bestimmungen über die ausländerrechtliche Administrativhaft zu dem mit Art. 76a AIG angestrebten Zweck ohne weiteres in den Anwendungsbereich von Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK (vgl. BGE 143 I 437 E. 3.3.1; Europäischer Menschenrechtshof [EGMR] 4691/06 vom 2.12.2010, Jusic gegen Schweiz, Ziff. 68 ff.). Die Anwendung von Art. 76a Abs. 4 AIG führt aber nicht zu einem Konflikt mit dem Beurteilungsspielraum, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Asyl- und Ausländerpolitik zugesteht (vgl. zu diesem Kriterium BGE 139 I 16 E. 5.3). Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK verlangt einzig, dass gegen die betroffene Person ein Ausweisungsverfahren läuft. Zudem muss die Inhaftnahme mit dem Gesamtzweck von Art. 5 EMRK vereinbar sein, der vor willkürlichem Freiheitsentzug schützt (vgl. EGMR 4691/06 vom 2.12.2010, Jusic gegen Schweiz, Ziff. 70 f.; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 3. Aufl. 2020, N. 421 und 423). Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung darf die Freiheit «nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden». Gemäss dem EGMR muss jede Freiheitsentziehung rechtmässig sein, und zwar nicht nur insofern, als sie eine Rechtsgrundlage im innerstaatlichen Recht haben muss; die Rechtmässigkeit betrifft auch die Qualität des Gesetzes und setzt voraus, dass eine nationale Rechtsvorschrift, die eine Freiheitsentziehung gestattet, hinreichend zugänglich, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbar ist, um jede Gefahr von Willkür zu vermeiden (vgl. EGMR 42750/09 vom 21.10.2013, del Rio Prada gegen Spanien, Ziff. 125). Mit Art. 76a Abs. 4 AIG besteht eine formellgesetzliche Grundlage für eine sechs Wochen überschreitende Haft, weshalb sich der mit einer solchen Haft verbundene Eingriff in die Freiheit hier – wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen – gemäss den in Art. 76a Abs. 2 AIG vorgegebenen Kriterien als zulässig erweist, soweit eine erhebliche Fluchtgefahr im Anwendungsbereich von Abs. 4 überhaupt vorausgesetzt ist (vgl. vorne E. 3.3.4). Ein Verstoss gegen Art. 5 EMRK ist mithin nicht erkennbar (die EMRK-Widrigkeit von Art. 76a Abs. 4 AIG hingegen bejahend Constantin

Hruschka, a.a.O., S. 346 ff. und 351; ebenso Hruschka/Nufer, Erste Erfahrungen mit der neuen Dublin-Haft, in Jusletter 22. Mai 2017, Rz. 6). Gleiches gilt in Bezug auf materiell vergleichbare Verpflichtungen, welche der EuGH in Art. 28 Abs. 2 Dublin III-Verordnung i.V.m. Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechte-Charta; ABl. C 364 vom 18.12.2000 S. 1 ff.) sieht (vgl. Urteil vom 13.9.2017 C-60/16 i.S. Khir Amayry, Rz. 43; zum Gehalt von Art. 6 Grundrechte-Charta Urteil EuGH vom 15.3.2017 C-528-15 i.S. Al Chodor, Rz. 37). Die «PKK»-Praxis ist hier nach dem Gesagten nicht anwendbar. Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich im Übrigen insoweit von jener, die dem «PKK»-Urteil zugrunde lag, als dort der direkte Konflikt mit Art. 6 EMRK offensichtlich war (vgl. BGE 125 II 417 E. 4c; der Zusammenhang mit der EMRK hingegen eher unscharf formuliert in BGE 133 V 367 E. 11.3 [Pra 97/2008 Nr. 71]).

3.8 Schliesslich steht auch kein Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht zur Diskussion. Als solches werden diejenigen fundamentalen Normen des Völkerrechts bezeichnet, die für alle Völkerrechtssubjekte gelten und von denen auch im gegenseitigen Einverständnis nicht abgewichen werden darf (vgl. BGE 133 II 450 E. 7.1). Darunter fallen elementare Menschenrechte wie das Recht auf Leben, der Schutz vor Folter und erniedrigender Behandlung, die Freiheit von Sklaverei und Menschenhandel, das Verbot von Kollektivstrafen, der Grundsatz der persönlichen Verantwortung in der Strafverfolgung sowie das *non-refoulement*-Gebot. Weitergehend wird zum Teil auch der Schutz vor willkürlicher Inhaftierung und gewisse, damit zusammenhängende Verfahrensgarantien zum zwingenden Völkerrecht gezählt (vgl. BGE 133 II 450 E. 7.3 mit Hinweisen). Darüber hinaus betrachtet die Schweiz auch die notstandsfesten Garantien der EMRK als Teil des zwingenden Völkerrechts (vgl. Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung, in BBl 1997 I 1 ff., 446). Als «notstandsfest» werden jene menschenrechtlichen Garantien bezeichnet, von denen selbst im Fall von Krieg oder eines anderen öffentlichen Notstands nicht abgewichen werden darf (vgl. Art. 15 Ziff. 2 EMRK; Art. 4 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt II; SR 0.103.2]; BGer 2C_750/2020 vom 25.3.2021 E. 6.7.2 mit Hinweisen). Die so umschriebenen Normen des zwingenden Völkerrechts sind hier nicht berührt, zumal jedenfalls keine willkürliche Inhaftierung vorliegt.

3.9 Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht Art. 76a Abs. 4 AIG ungeachtet eines möglichen Konflikts mit Art. 28 Dublin III-Verordnung anzuwenden hat (Art. 190 BV). Die Dublin-Haft ist mithin nicht (schon) deshalb rechtswidrig, weil und soweit sie sechs Wochen ab Inhaftnahme übersteigt.

4.

4.1 Das ZMG hat erwogen, der Beschwerdeführer habe seine Überstellung verhindert, indem er am 21. November 2021 einen Covid-19-Test verweigert habe, obschon er gemäss Art. 72 AIG verpflichtet sei, sich einem solchen Test zu unterziehen. Für die Untertauchensgefahr sowie (unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit) die angemessene medizinische Betreuung könne auf die Erwägungen im Urteil des Verwaltungsgerichts 2021/348 vom 13. Dezember 2021 verwiesen werden (E. 3 bzw. 4.3 ff.), zumal seither keine wesentlichen Änderungen eingetreten seien. Der Beschwerdeführer habe somit zunächst den Haftgrund nach Art. 76a Abs. 2 Bst. b AIG gesetzt und später im Haftvollzug jenen nach Art. 76a Abs. 4 AIG. Damit habe er klar zu erkennen gegeben, dass er selbst bei Anordnung derjenigen Zwangsmassnahme, die am deutlichsten in seine Rechte eingreife, nicht bereit sei, den Vollzug der Wegweisung zu akzeptieren. Die gestützt auf Art. 76a Abs. 4 AIG angeordnete Haftverlängerung erweise sich insgesamt als verhältnismässig und angemessen; insbesondere könnten mildere Mittel die Wegweisung nicht in genügender Weise sicherstellen. Zudem lägen keine Haftbeendigungsgründe nach Art. 80a Abs. 7 AIG vor (vgl. angefochtener Entscheid S. 4 f.). – Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer kaum auseinander. Er macht im Wesentlichen geltend, das Verweigern eines Covid-19-Tests stelle keinen Haftgrund gemäss Art. 28 Dublin III-Verordnung dar (Beschwerde S. 6 f. Rz. 17).

4.2 Nach dem Erwogenen beurteilt sich die Rechtmässigkeit der Haft in erster Linie nach Art. 76a Abs. 4 AIG (vorne E. 3). Danach setzt einen Haftgrund, wer durch sein persönliches Verhalten die Überstellung verhindert. Dies ist hier der Fall: Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer derzeit nur mit einem negativen Covid-19-PCR-Testresultat nach Rumänien über-

stellt werden kann. Dem Beschwerdeführer wurde bereits im Urteil 2021/348 vom 13. November 2021 aufgezeigt (E. 3.5), dass die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 90 Bst. c AIG bzw. Art. 8 Abs. 4 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) *alle* Vorkehrungen umfasst, die der Heimatstaat bzw. der zuständige Dublin-Staat für die Einreise voraussetzt. Um seiner Ausreiseverpflichtung nachzukommen muss der Beschwerdeführer, soweit dies von ihm abhängt, zur Erfüllung der Einreisebedingungen beitragen. Dazu gehört auch, dass er sich einem Covid-19-PCR-Test unterzieht (zur Mitwirkungspflicht beim Covid-19-Test vgl. Art. 72 Abs. 1 AIG [Änderung vom 1.10.2021, in Kraft vom 2.10.2021 bis 31.12.2022; AS 2021 S. 587]; davor BGer 2C_35/2021 vom 10.2.2021 E. 3.1, 2C_280/2021 vom 22.4.2021 E. 2.2.3, 2C_549/2021 vom 3.9.2021 E. 4.2.1, jeweils mit Hinweis auf die allgemeine Mitwirkungspflicht nach Art. 90 Abs. 1 Bst. c AIG). Diese Verpflichtung, sich einem Covid-19-Test zu unterziehen, ist verhältnismässig. Der Eingriff in die körperliche Integrität und Privatsphäre des Beschwerdeführers ist selbst bei einem Nasen-/Rachenabstrich – und erst recht bei einer Speichelprobe – nicht von schwerer Natur (vgl. BGer 2C_549/2021 vom 3.9.2021 E. 4.2.2, 2C_35/2021 vom 10.2.2021 E. 3.1 ff.). Seit dem 2. Oktober 2021 können die zuständigen Behörden Personen, die sich dem Covid-19-Test nicht freiwillig unterziehen, auch gegen ihren Willen einem Test zuführen, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht durch andere, mildere Mittel sichergestellt werden kann (Art. 72 Abs. 3 AIG). Davon wurde hier (noch) kein Gebrauch gemacht.

4.3 Indem der Beschwerdeführer am 21. November 2021 den PCR-Test aus freien Stücken verweigert hat, hat er dafür gesorgt, dass der für ihn gebuchte Flug vom 23. November 2021 annulliert werden musste. Er hat sich damit einer behördlichen Anordnung aktiv widersetzt. Dies ist als konkrete Handlung zu werten, um die Überstellung zu unterlaufen (vgl. BGer 2C_620/2021 vom 14.9.2021 E. 4, 2C_549/2021 vom 3.9.2021 E. 4.3), womit eine erhebliche Fluchtgefahr konkret erfüllt ist (vgl. Art. 76a Abs. 2 Bst. b AIG). Der Haftgrund von Art. 76a Abs. 4 AIG ist somit zu bejahen.

4.4 Die Verlängerung der Haft ist zudem verhältnismässig: Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es gebe mildere Mittel zur Erlangung eines Covid-Testresultats als einen Freiheitsentzug «über mehrere Monate»

(Beschwerde S. 7 Rz. 17), verkennt er, dass die Haft nach Art. 76a Abs. 4 AIG – wie jene nach Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG – der Sicherstellung der Überstellung im Dublin-Verfahren dient, und nicht der Erlangung eines Covid-Testresultats (vgl. auch Amtsbericht SEM vom 7.1.2022 S. 2 [act. 7A]). Für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Haftverlängerung ist mithin nicht ausschlaggebend, auf welche Weise der Beschwerdeführer allenfalls zu einem Covid-19-Test bewogen oder gar gezwungen werden könnte und ob darin gegebenenfalls eine «mildere Massnahme» zu erblicken wäre. Die Verhältnismässigkeit einer (zwangsweisen) Durchsetzung der Testpflicht einerseits und die Verhältnismässigkeit der Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs andererseits sind unabhängig voneinander zu beurteilen und entsprechende Massnahmen nicht alternativ, sondern (falls erforderlich) ergänzend anzuordnen. Bestehen – wie hier – hinreichende Anhaltspunkte im Sinn von Art. 76a Abs. 2 AIG, dass sich der Beschwerdeführer für eine behördliche Durchsetzung seiner Überstellung nach Rumänien nicht zur Verfügung halten wird, kommt einzig die Haft als geeignete Massnahme zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs in Frage. – Im Übrigen setzt der Beschwerdeführer der vorinstanzlichen Beurteilung, dass die Haftverlängerung von sechs Wochen nach Art. 76a Abs. 4 AIG verhältnismässig ist, nichts entgegen. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden Erwägungen im Urteil 2021/348 vom 13. Dezember 2021 verwiesen werden (E. 4). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass sich an dieser Einschätzung in der Zwischenzeit etwas geändert hätte.

5.

Zu prüfen bleibt, ob das ZMG dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege und die Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin zu Unrecht verweigert hat.

5.1 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 Vo-

raussetzungen kann einer Partei überdies eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG). Hinsichtlich der Garantien für in Dublin-Haft befindliche Personen verweist Art. 28 Abs. 4 Dublin III-Verordnung auf die Art. 9, Art. 10 und Art. 11 der Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (ABl. L 180/96), womit die Regelung, auf die verwiesen wird, durch Inkorporation Teil der Dublin III-Verordnung und als solcher Teil des *acquis* auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar ist (BGE 143 II 361 E. 3.3; Botschaft Dublin III-Verordnung S. 2707). Gemäss Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 2013/33/EU sorgen die Mitgliedstaaten bei der *erstmaligen* richterlichen Prüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft dafür, dass die Antragsteller unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen können, wobei die Rechtsberatung und -vertretung zumindest die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente und die Teilnahme an der Verhandlung im Namen der inhaftierten Person vor den Justizbehörden umfasst. Das Recht auf unentgeltliche Verbeiständung anlässlich der erstmaligen richterlichen Überprüfung der Dublin-Haft ist somit nicht von den Erfolgsaussichten in der Sache selbst abhängig und entsteht – anders als bei ausländerrechtlicher Haft üblich – auch nicht erst nach einem bestimmten Zeitablauf (BGE 143 II 361 E. 3.3).

5.2 Fraglich ist, ob das ZMG zu Recht davon ausgegangen ist, die Haft nach Art. 76a Abs. 4 AIG stelle eine Fortsetzung der Haft nach Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG dar, weshalb die richterliche Überprüfung der Haft nicht mehr «erstmalig» und Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 2013/33/EU somit nicht anwendbar sei (angefochtener Entscheid S. 6). Der Beschwerdeführer bestreitet dies (Beschwerde S. 7 f. Rz. 21 ff.). Wie es sich damit verhält, kann jedoch offenbleiben. Denn entgegen dem ZMG (vgl. angefochtener Entscheid S. 6) war die Beschwerdeführung vor der Vorinstanz mit Blick auf die auch in jenem Verfahren gerügte Völkerrechtswidrigkeit jedenfalls nicht aussichtslos. Die Prozessarmut, zu der sich das ZMG nicht geäussert hat, ergibt sich aus den Akten. Die Verhältnisse rechtfertigten überdies den Beizug einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts.

5.3 Das ZMG hat demnach das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu Unrecht abgewiesen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet und ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist insoweit aufzuheben (Dispositiv-Ziff. 3). Dem Beschwerdeführer ist für das Verfahren vor dem ZMG die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und seine Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin beizuordnen.

5.4 Wie beim Parteikostenersatz setzt auch die amtliche Entschädigung grundsätzlich voraus, dass der Partei aufgrund der Prozessführung durch eine berufsmässige Parteivertretung ein finanzieller Aufwand entstanden ist (Konzept des Aufwandersatzes; vgl. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 VRPG; BVR 2020 S. 476 E. 3.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 7; zur Ausnahme vom Konzept des Aufwandersatzes bei kostenloser Rechtsvertretung im sozialrechtlichen Bereich durch eine bei einer gemeinnützigen Organisation angestellte Rechtsanwältin vgl. BVR 2012 S. 424 E. 5.2.1 ff.). Gemäss Ziff. 4 der «AsyLex Internal Regulation on Mandate Management» vom 21. Februar 2020 stellt AsyLex der Klientschaft die *Rechtsvertretung* in Rechnung (Stundenansatz Fr. 110.-- bis Fr. 220.--), wenn das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege und amtliche Beordnung der Rechtsvertreterin bzw. des Rechtsvertreters verweigert hat. Ist die Klientschaft nicht zahlungsfähig, werden «special forms of payment» vereinbart. Es ist somit davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer aus der Vertretung ein entsprechender Aufwand entstanden ist. Die beigeordnete Anwältin hat somit Anspruch auf eine amtliche Entschädigung.

5.5 Es bleibt zu prüfen, wie diese zu bemessen ist: Das Verwaltungsgericht hat bisher bei Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertretern, die Mandate für AsyLex geführt haben, den Parteikostenersatz und die amtliche Entschädigung jeweils unpräjudiziell wie bei freiberuflich tätigen Anwältinnen und Anwälten nach Massgabe der kantonalen Anwaltsgesetzgebung festgesetzt, dazu aber eine Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz in Aussicht gestellt (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a des Organisationsreglements des Verwaltungsgerichts vom 22. September 2010 [OrR VG; BSG 162.621]). Diese hat am 11. Januar 2022 beschlossen, den Parteikostenersatz und die amtliche Entschädigung bei einer Vertretung durch Rechtsanwältinnen und -anwälte, die für AsyLex tätig sind, nach dem für gemeinnützige Organisa-

tionen geltenden einheitlichen Stundenansatz von Fr. 130.-- festzusetzen. Sie liess sich dabei von folgenden Überlegungen leiten:

5.5.1 Die Bevollmächtigten führen den Prozess nicht als direkt mandatierte, freiberuflich tätige Anwältin oder Anwalt, sondern als Erfüllungsgehilfin bzw. Erfüllungsgehilfe des mandatierten Vereins AsyLex (vorne E. 1.3 f.). AsyLex ist gemäss Art. 1 und 4 der Statuten vom 22. September 2019 ein nichtgewinnorientierter Verein ohne kommerziellen Zweck. Er verfolgt ausschliesslich gemeinnützige Zwecke und ist deshalb steuerbefreit (vgl. Verzeichnis steuerbefreiter Institutionen des Kantons Zürich, einsehbar unter: <www.zh.ch>, Rubriken «Steuern & Finanzen/Steuern/Juristische Personen/Steuerwissen»). Nach Art. 6 der Vereinsstatuten bestehen die Mittel des Vereins aus den ordentlichen oder ausserordentlichen Mitgliederbeiträgen, Zuwendungen oder Vermächtnissen, dem Erlös aus den Vereinsaktivitäten und gegebenenfalls aus Subventionen von öffentlichen Stellen. Ausserdem hat Rechtsanwältin B. _____, die auch Präsidentin des Vereins AsyLex ist, dem Verwaltungsgericht auf Nachfrage hin mitgeteilt, dass in Gerichtsverfahren zugesprochene Entschädigungen (Parteikostenersatz und amtliche Entschädigungen) als weitere Mittel «vollumfänglich an den Verein» fliessen (E-Mail Rechtsanwältin B. _____ vom 13.4.2021).

5.5.2 Mit Urteil vom 20. Januar 2012 (BVR 2012 S. 424) hat das Verwaltungsgericht in einem sozialhilferechtlichen Streit, in welchem sich der Beschwerdeführer durch eine bei einer gemeinnützigen Organisation angestellte Rechtsanwältin vertreten liess, Folgendes erwogen: Es gibt sachliche Gründe, bei derartigen Vertretungsverhältnissen den für den Parteikostenersatz und die amtliche Entschädigung massgeblichen Stundenansatz tiefer anzusetzen als bei Anwältinnen und Anwälten, die ein Mandat in freiberuflicher Tätigkeit führen. Gemeinnützige Organisationen haben keine Gewinnabsicht und müssen darauf bedacht sein, die Selbstkosten gering zu halten. Ausserdem finanzieren sie sich zu einem massgeblichen Teil über Mitgliederbeiträge und Spenden und teilweise aus öffentlichen Geldern, tragen also kein volles unternehmerisches Risiko. Diese Faktoren sprechen gegen eine generelle entschädigungsrechtliche Gleichstellung mit freiberuflich tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, was bei der Bemessung des Parteikostenersatzes und der amtlichen Entschädigung zu berücksichtigen ist.

Das Verwaltungsgericht hat daher im genannten Fall einen reduzierten Stundenansatz von Fr. 130.-- sowohl für die Festsetzung des Parteikostenersatzes, als auch für die amtliche Entschädigung als sachgerecht erachtet (BVR 2012 S. 424 E. 5.3.2 ff. mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

5.5.3 Diese Überlegungen gelten hier gleichermassen. Insbesondere spielt es entschädigungsrechtlich keine Rolle, ob *AsyLex* das Mandat durch angestellte und nach Art. 8 Abs. 2 BGFA im Register eingetragene Anwältinnen und Anwälte führen lässt, oder ob der Verein als Erfüllungsgehilfinnen und -gehilfen ansonsten freiberuflich tätige Anwältinnen oder Anwälte beizieht. So oder anders gründet der den Beschwerdeführenden anfallende finanzielle Aufwand im Auftragsverhältnis zu *AsyLex*; in beiden Fällen fliessen die zugesprochenen Entschädigungen vollumfänglich an den Verein (vorne E. 5.5.1). Weiter gibt es keinen Grund, die Rechtsprechung zu den reduzierten Entschädigungsansätzen bei gemeinnützigen Organisationen einzig auf kostenlose Rechtsvertretungen (so der Fall in BVR 2012 S. 424) zu beschränken. Die Qualifikation einer Organisation als «gemeinnützig» schliesst nicht aus, dass im Einzelfall Leistungen in Rechnung gestellt werden. Dies ändert nichts daran, dass solche Mandatsverhältnisse wegen der genannten Faktoren (geringe Selbstkosten, keine Gewinnabsicht, kein volles unternehmerisches Risiko) entschädigungsrechtlich anders zu behandeln sind als Mandatsverhältnisse zu freiberuflich tätigen Rechtsanwältinnen und -anwälten.

5.6 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B._____ hier in Anwendung eines pauschalen Stundenansatzes von Fr. 130.-- festzusetzen ist. Der veranschlagte Zeitaufwand von 7 Stunden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass (vgl. Kostennote vom 23.12.2021, in unpag. Haftakten ZMG). Die amtliche Entschädigung für das Verfahren vor dem ZMG ist dementsprechend auf Fr. 910.--, zuzüglich Fr. 16.30 Auslagen, ausmachend insgesamt Fr. 926.30, festzusetzen (vgl. Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 KAG). Die Rechtsvertreterin ist vorerst durch den Kanton Bern (kantonales Zwangsmassnahmengericht) zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist gegenüber dem Kanton zur Nachzah-

lung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 KAG und Art. 123 ZPO).

6.

6.1 Nach dem Erwogenen ist die Beschwerde in Bezug auf das vorinstanzlich verweigerte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen. Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

6.2 Es rechtfertigt sich, von einem Obsiegen zu einem Fünftel auszugehen. In diesem Umfang sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG) und hat der Beschwerdeführer Anspruch auf vollen Ersatz seiner Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG; BVR 2002 S. 526 E. 5b). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird insoweit gegenstandslos (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

6.3 Grundsätzlich richtet sich die Bemessung des Parteikostenersatzes nach der kantonalen Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 VRPG). Gemäss Art. 41 KAG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar im Rahmen von Beschwerdeverfahren in Verwaltungsrechtssachen Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz. Besondere in der PKV umschriebene Umstände erlauben Zuschläge oder Reduktionen auf dem Honorar. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Diese Ordnung ist, wie sich aus dem Geltungsbereich des KAG, der Systematik und den Materialien ergibt, auf die berufsmässige Parteivertretung durch freiberuflich tätige, patentierte und registrierte Anwältinnen und Anwälte und damit auf die Kostenstruktur und Finanzierung normaler Anwaltskanzleien zugeschnitten (BVR 2012 S. 424 E. 5.3.1 mit Hinweisen).

6.4 Aufgrund der unveränderten Rechtsvertretung im Verfahren vor Verwaltungsgericht kann für den Parteikostenersatz im Übrigen auf das zur amtlichen Entschädigung Erwogene verwiesen werden (vorne E. 5.4 f.). Die

Kostennote der Rechtsvertreterin vom 16. Januar 2022 (act. 15), die einen Zeitaufwand von 7,7 Stunden ausweist, gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der tarifmässige Parteikostenersatz ist demnach auf Fr. 1'001.--, zuzüglich Fr. 42.60 Auslagen, insgesamt Fr. 1'043.60, festzusetzen. Davon hat der Kanton Bern dem Beschwerdeführer einen Fünftel, ausmachend Fr. 208.70, zu ersetzen.

6.5 Im Umfang seines Unterliegens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten und seine Parteikosten grundsätzlich selber zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Dem Beschwerdeführer ist jedoch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin gewährt worden (vorne Bst. C). Die dem Beschwerdeführer zu vier Fünfteln aufzuerlegenden Verfahrenskosten sind demnach vorläufig vom Kanton Bern zu tragen. Bei einem massgebenden Zeitaufwand von 7,7 Stunden entspricht die amtliche Entschädigung dem tarifmässigen Parteikostenersatz. Die Entschädigung ist der Rechtsvertreterin zu vier Fünfteln, ausmachend Fr. 834.90 (inkl. Auslagen), zu vergüten. Die Rechtsvertreterin ist vorerst aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist gegenüber dem Kanton zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 KAG und Art. 123 ZPO).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 3 des Entscheids des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 23. Dezember 2021 wird aufgehoben. Dem Beschwerdeführer wird für das Verfahren vor dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwältin B._____, Zürich, als amtliche Anwältin beigeordnet. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Der Kanton Bern (kantonales Zwangsmassnahmengericht) hat Rechtsanwältin B._____ für das Verfahren vor dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht eine auf Fr. 926.30 festgesetzte Entschädigung zu vergüten. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers.
3. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden dem Beschwerdeführer zu vier Fünfteln, ausmachend Fr. 2'400.--, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
b) Die dem Beschwerdeführer auferlegten Verfahrenskosten trägt vorerst der Kanton Bern. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers.
4. a) Der Kanton Bern (kantonales Zwangsmassnahmengericht) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 1'043.60 (inkl. Auslagen), zu einem Fünftel, ausmachend Fr. 208.70 (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
b) Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird der amtlich beigeordneten Rechtsanwältin B._____, Zürich, aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 834.90 (inkl. Auslagen) vergütet. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers.

5. Zu eröffnen:

- Beschwerdeführer
- Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern
- kantonales Zwangsmassnahmengericht
- Staatssekretariat für Migration

Der Abteilungspräsident:

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.