

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 99 vom 27. Mai 2016**

BE Verwaltungsgericht, 2016-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2016\\_99](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2016_99)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 99 du 27 mai 2016

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 99 del 27 maggio 2016

## **Regeste**

Anordnung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 24. März 2016 - KZM 16 172 bzw. 405) | Zwangsmassnahmen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 des Einführungsgesetzes vom 20. Januar 2009 zum Ausländer- und zum Asylgesetz [EG AuG und AsylG; BSG 122.20]).

### **E. 1.2**

Nach Art. 79 Abs. 1 VRPG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c). Letzteres setzt grundsätzlich voraus, dass die beschwerdeführende Person ein aktuelles Interesse an der Behandlung ihres Rechtsmittels hat und ein günstiger Entscheid für sie von praktischem Nutzen wäre (vgl. BVR 2015 S. 350 E. 4.1, 2014 S. 105 E. 1.2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 79 N. 8, Art. 65 N. 25 f. und Art. 39 N. 1). – Der Beschwerdeführer wurde am 31. März 2016 nach Kosovo überstellt (vorne Bst. B). Mit der Beendigung der Haft fällt das schutzwürdige Interesse an deren Prüfung regelmässig dahin. Es fragt sich deshalb, ob das aktuelle und praktische Interesse bereits bei Beschwerdeerhebung fehlte, so dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

### **E. 1.2.1**

Trotz Fehlens oder Wegfalls des aktuellen und praktischen Interesses ist ausnahmsweise auf ein Rechtsmittel einzutreten, wenn eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung zu beantworten ist, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen und die wegen der Dauer des Verfahrens kaum je rechtzeitig einer endgültigen Beurteilung zugeführt werden kann (BVR 2014 S. 105 E. 1.2.2, 2012 S. 225 E. 3.2, je mit Hinweisen). Im Bereich der ausländerrechtlichen Administrativhaft tritt das Bundesgericht trotz Ausschaffung oder Haftentlassung auf Beschwerden gegen die Genehmigung der Festhaltung durch das Haftgericht bzw.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 5 den entsprechenden Rechtsmittelentscheid ein, wenn die betroffene Person im Sinn von

Art. 42 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) rechtsgenügend begründet und in vertretbarer Weise («griefs défendables») die Verletzung einer Garantie der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) geltend macht (BGE 139 I 206 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Es knüpft damit an frühere Urteile an, wonach im Anwendungsbereich von Art. 13 EMRK dann auf das Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses zu verzichten ist, wenn in vertretbarer Weise eine Konventionsverletzung gerügt wird und keine anderweitige wirksame Beschwerdemöglichkeit besteht (vgl. dazu betreffend polizeiliche Fernhaltung auch BVR 2012 S. 225 E. 4, insb. E. 4.2 a.E. und E. 5), gewährt freilich im Ergebnis über Art. 13 EMRK hinausgehend (bundes-)gerichtlichen Rechtsschutz. Diese Grundsätze sind auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren massgebend (vgl. zum Ganzen BVR 2014 S. 105 E. 1.2.3).

### **E. 1.2.2**

Der Beschwerdeführer beanstandet die Haft sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht. Er macht mit seinen Vorbringen hinreichend begründet und inhaltlich in vertretbarer Weise geltend, unter Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit gemäss Art. 5 EMRK inhaftiert worden zu sein. An der Beurteilung der Konventionskonformität seiner Haft hat er nach dem Gesagten ein fortbestehendes Feststellungsinteresse (vgl. BGer 2C\_548/2011 vom 26.7.2011, E. 1.3).

### **E. 1.3**

Die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 12 Abs. 3 Bst. a EG AuG und AsylG hat am 1. April 2016 zu laufen begonnen, da der Entscheid des ZMG vom 24. März 2016 dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers gemäss Zustellcouvert am 31. März 2016 eröffnet wurde (Beschwerdebeilage [BB] 8; vgl. Art. 41 Abs. 1 VRPG). Sie hat unter Berücksichtigung des Fristenlaufs über das Wochenende am Montag, 11. April 2016, geendet (Art. 41 Abs. 2 VRPG). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. April 2016 wurde noch gleichentags der schweizerischen Post übergeben. Die Beschwerdefrist ist damit gewahrt (Art. 42 Abs. 2 VRPG). Dass der angefochtene Entscheid dem Beschwerdeführer bereits am 29. März 2016 (auch) persönlich zugegangen war, schadet hier nicht (vgl. Uhlmann/Schilling-Schwank, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 6 VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 38 N. 12 mit Hinweisen). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 1.4**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

### **E. 1.5**

Der vorliegende Entscheid fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. e des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht geltend, sein Anspruch auf wirksame Vertretung sei im hafrichterlichen Verfahren verletzt worden. Sein Rechtsvertreter sei nicht rechtzeitig über den Termin der mündlichen Verhandlung informiert worden, weshalb er nicht daran habe teilnehmen können (Beschwerde S. 2 ff. Ziff. 2 ff.).

### **E. 2.2**

Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind gemäss Art. 80 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen. Die inhaftierte (ausländische) Person hat Anspruch darauf, mit der von ihr bezeichneten Rechtsvertreterin oder dem von ihr bezeichneten Rechtsvertreter mündlich und schriftlich zu verkehren (vgl. Art. 81 Abs. 1 AuG). Ist sie im Verfahren vor dem Haftgericht nicht vertreten, weil die Behörden nichts unternommen haben, um ihr den Kontakt zu ermöglichen, bzw. weil sie ihre Anwältin oder ihren Anwalt nicht über die Festhaltung oder den Hafttermin informiert haben, verletzt dies ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BGE 139 I 206 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine wirksame Vertretung setzt voraus, dass die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter auch die Möglichkeit erhält, die Verhandlung vorzubereiten (vgl. BGE 139 I 206 E. 3.2 mit Hinweisen). Eine Haftverhandlung ist demnach so anzusetzen, dass der Rechtsvertretung genügend Zeit bleibt, um die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, sich

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 7 mit der aktuellen Sachlage vertraut zu machen und sich mit der inhaftierten Person zu besprechen (VGE 2010/185 vom 12.5.2010, S. 4). Es ist im Verfahren der Haftprüfung trotz Zeitdrucks Aufgabe der Haftrichterin oder des Haftrichters sicherzustellen, dass die Rechte der oder des Inhaftierten gewahrt bleiben (BGE 139 I 206 E. 3.2; BGer 2C\_168/2013 vom 7.3.2013, E. 2.2).

### **E. 2.3**

Das ZMG hat mit Verfügung vom 24. März 2016 angeordnet, die mündliche Verhandlung zur Prüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Ausschaffungshaft finde gleichentags um 16.00 Uhr statt (vgl. unpag. Haftakten ZMG). Diese Verfügung versuchte das ZMG dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, um 14.10, 14.27 und 14.46 Uhr per Fax zu übermitteln (vgl. Fax-Journal vom 24.3.2016; act. 4, Beilage). Da aber eine Zustellung per Fax nicht möglich war, stellte die Vorinstanz ihm die Verfügung sowie den Haftprüfungsantrag der EMF vom 24. (datiert: 23.) März 2016 um 14.35 Uhr per E-Mail zu (vgl. unpag. Haftakten ZMG). Das ZMG führte in der Folge die Verhandlung ohne Beisein des Rechtsvertreters durch und bestätigte die Ausschaffungshaft bis am 21. April 2016. Dem Protokoll ist zu entnehmen, dass der Haftrichter dem Beschwerdeführer mitgeteilt hat, er habe seinen Rechtsvertreter per Fax über die Verhandlung informiert (vgl. S. 1 des Protokolls; unpag. Haftakten ZMG). Weiter hat sich der Haftrichter beim Beschwerdeführer erkundigt, ob es zutrefte, dass er durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ vertreten werde. Der Beschwerdeführer bestätigte dies («Ja. Ich habe ihn privat mandatiert.»). Die Frage, ob Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ mit dem Protokoll und dem Entscheid bedient werden solle, bejahte er ebenfalls (vgl. Protokoll S. 2). Im Anschluss an die Haftverhandlung wurde dem Rechtsvertreter das Protokoll der Verhandlung um 16.52 Uhr per E-Mail zugestellt (vgl. unpag. Haftakten ZMG).

#### **E. 2.4**

Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, die zuständige Mitarbeiterin der EMF habe es unterlassen, ihn über die Durchführung der Verhandlung zu informieren (vgl. Beschwerde S. 4 Ziff. 2.1.5), übersieht er, dass nicht die Gemeinde, sondern das ZMG die mündliche Verhandlung gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG anzuordnen hat. Die richterliche Behörde hat auch dafür zu sorgen, dass der Rechtsvertreter über den Verhandlungs-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 8 termin informiert wird und die Rechte des Beschwerdeführers gewahrt bleiben.

#### **E. 2.5**

Der Haftrichter setzte die Verhandlung am Donnerstag, 24. März 2016 um 16.00 Uhr an. Ein erster Versuch, die Vorladung dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers per Fax zu übermitteln, fand um 14.10 Uhr und damit weniger als zwei Stunden vor der Verhandlung statt. Selbst wenn dieser Zustellungsversuch geglückt wäre, erschiene dies mit Blick auf die vorstehend in E. 2.2 dargelegten Grundsätze nicht als ausreichend, um eine wirksame Vertretung des Beschwerdeführers in der Verhandlung zu ermöglichen. Wie das Verwaltungsgericht bei anderer Gelegenheit festgehalten hat, genügt es nicht, wenn die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter erst etwa zwei Stunden vor der Verhandlung von deren Durchführung erfährt (vgl. VGE 2010/185 vom 12.5.2010, S. 4). Vor diesem Hintergrund kann dahingestellt bleiben, ob die Faxübermittlung aus Gründen, die der Rechtsvertreter zu verantworten hat, nicht möglich war (Stromausfall). Die 96-Stunden-Frist gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG hat ab dem Zeitpunkt der kurzfristigen Festhaltung am 22. März 2016 (13.30 Uhr) zu laufen begonnen und endete am 26. März 2016 (13.30 Uhr). Der Haftrichter hätte daher in zeitlicher Hinsicht über Spielraum verfügt, der ihm erlaubt hätte, die mündliche Verhandlung so anzusetzen, dass die Rechte des Beschwerdeführers gewahrt bleiben. Hieran ändert auch nichts, dass es sich beim 24. März 2016 um Gründonnerstag handelte. Auf Wochenenden und Feiertage kann aufgrund der 96-Stunden-Frist ohnehin nur beschränkt Rücksicht genommen werden (vgl. BGer 2C\_395/2007 vom 3.9.2007, E. 3.2). Ebenso wenig durfte der Haftrichter – ohne Rücksprache mit dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu nehmen – «in guten Treuen» davon ausgehen (vgl. Vernehmlassung S. 2), es werde keine Rechtsvertretung am Verhandlungstermin gewünscht. Dass der Beschwerdeführer auf das Beisein seines Rechtsvertreters verzichtet hätte, ist – entgegen der Auffassung des Haftrichters (vgl. Vernehmlassung S. 3) – dem Protokoll der Verhandlung vom 24. März 2016 nicht zu entnehmen. Der Beschwerdeführer hat die Abwesenheit seines Rechtsvertreters lediglich nicht thematisiert. Führt das Haftgericht die mündliche Verhandlung ohne den von der inhaftierten Person mandatierten Rechtsvertreter durch, obschon es vom Vertretungsverhältnis Kenntnis hatte, verletzt es die Gehörsansprüche

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 9 der inhaftierten Person, selbst wenn diese nicht gegen die Abwesenheit ihrer Rechtsvertretung protestiert (VGE 2009/316 vom 9.10.2009, E. 3.2.2).

#### **E. 2.6**

Dem Beschwerdeführer wurde somit nicht ermöglicht, sich an der mündlichen Verhandlung vor dem ZMG wirksam vertreten zu lassen. Daraus schliesst er auf Nichtigkeit des Haftentscheids und beantragt, der angefochtene Entscheid bzw. die Ausschaffungshaft seien «aufzuheben und ersatzlos zu streichen» (vgl. vorne Bst. C). – Eine Gehörsverletzung

wie die vorliegende führt in der Regel dazu, dass der Entscheid des ZMG aufgehoben und die Sache zur unverzüglichen Durchführung einer neuen mündlichen Verhandlung an dieses zurückgewiesen wird (vgl. statt vieler VGE 2010/185 vom 12.5.2010, S. 5). Da der Beschwerdeführer inzwischen nach Kosovo verbracht wurde, muss es aber bei der Feststellung der Gehörsverletzung sein Bewenden haben (vgl. vorne E. 1.2.2; BGer 2C\_548/2011 vom 26.7.2011, E. 4.3.3 a.E.). Auf Nichtigkeit und damit absolute Unwirksamkeit des angefochtenen Entscheids ist deswegen hingegen nicht zu schliessen (vgl. Beschwerde S. 5 Ziff. 2.3). Der Beschwerdeführer folgert zu Unrecht, dass er wegen der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör unzulässigerweise inhaftiert war bzw. aus der Haft zu entlassen gewesen wäre. Nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften bei der Haftprüfung führt ohne weiteres auch zur Haftentlassung. Praxismässig kommt es vielmehr darauf an, welche Bedeutung den verletzten Vorschriften zur Wahrung der Rechte der betroffenen Person zukommt; diese ist im Einzelfall gegen das öffentliche Interesse an einer reibungslosen Durchsetzung des Wegweisungsvollzugs abzuwägen (BGE 121 II 105 E. 2c; BGer 2C\_57/2013 vom 20.2.2013, E. 2; BVR 2010 S. 541 E. 3.4 mit Hinweisen). Eine Haftentlassung bzw. hier die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Haft könnte in Betracht kommen, wenn die weiteren Haftvoraussetzungen nicht gegeben wären (insb. Vorliegen eines Wegweisungsentscheids und eines Haftgrunds). Dies macht der Beschwerdeführer ebenfalls geltend und ist nachfolgend zu prüfen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 10

### **E. 3**

Wurde ein erstinstanzlicher (nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger) Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet, kann die zuständige Behörde zur Sicherstellung des Vollzugs die ausländische Person in Ausschaffungshaft nehmen, wenn die Voraussetzungen von Art. 76 AuG erfüllt sind. Dabei muss einer der in Art. 76 Abs. 1 AuG genannten Haftgründe bestehen und der Vollzug der Wegweisung mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Beschleunigungsgebot; Art. 76 Abs. 4 AuG). Die Administrativhaft hat insgesamt den sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergebenden Erfordernissen zu genügen (Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 28 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]), es darf kein Haftbeendigungsgrund vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AuG) und es ist die maximal zulässige Haftdauer zu beachten (Art. 79 AuG).

#### **E. 4.1**

Die EMF haben den Beschwerdeführer am 24. März 2016 gestützt auf Art. 64 und 64d AuG weggewiesen und angeordnet, die Wegweisung sei sofort zu vollstrecken (vgl. vorne Bst. A). – Der Beschwerdeführer bringt vor, die Wegweisungsverfügung dürfe ihm nicht entgegen gehalten werden. Die EMF hätten an den Einvernahmen vom 23. und 24. März 2016 weder einen Dolmetscher beigezogen noch ein Protokoll erstellt (Beschwerde S. 6 Ziff. 3.1). Weiter habe es die Gemeinde auch unterlassen, auf sämtliche Einwände und Argumente von ihm einzugehen (Beschwerde S. 8 f. Ziff. 3.1.8 und 3.2).

#### **E. 4.2**

Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens bildet regelmässig bloss die Rechtmässigkeit der Haft. Das Haftgericht hat sich grundsätzlich nur zu vergewissern, ob (überhaupt) ein Weg-

oder Ausweisungsentscheid vor- liegt; dessen Rechtmässigkeit bildet nicht Gegenstand seines Verfahrens. Diesbezügliche Einwände sind im Asyl-, Bewilligungs- oder Wegweisungs- verfahren durch die jeweils zuständigen Behörden zu prüfen, nicht (erstinstanzlich) durch das Haftgericht (vgl. BGE 130 II 377 E. 1, 130 II 56 E. 2

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 11 a.E.; BGer 2C\_749/2012 vom 28.8.2012, E. 2.3, 2C\_455/2009 vom 5.8.2009, E. 2.3). Nur wenn der Wegweisungsentscheid offensichtlich un- zulässig, d.h. geradezu willkürlich bzw. nichtig erscheint, darf bzw. muss die Haftgenehmigung verweigert werden, da der Vollzug einer in diesem Sinn rechtswidrigen Anordnung nicht mit einer ausländerrechtlichen Zwangsmassnahme sichergestellt werden kann (BGE 128 II 193 E. 2.2.2 mit Hinweisen; jüngst etwa VGE 2016/78 vom 31.3.2016, E. 4.2).

### **E. 4.3**

Mit Blick auf diese Grundsätze übersieht der Beschwerdeführer, dass es nicht in der Kompetenz des Verwaltungsgerichts liegt, die Wegwei- sungsverfügung der EMF vom 24. März 2016 (in formeller und materieller Hinsicht) zu überprüfen. Anhaltspunkte dafür, dass die angeordnete Weg- weisung offensichtlich unzulässig ist und deshalb nicht mit einer Ausschaf- fungshaft sichergestellt werden kann, bestehen nicht: Aktenkundig ist, dass die EMF den Beschwerdeführer am 22. März 2016 zum Vorwurf der Täu- schung der Behörden (Erschleichen einer Aufenthaltsbewilligung mittels gefälschter slowenischer ID) unter Beizug eines Dolmetschers einver- nehmen wollten; der Beschwerdeführer machte von seinem Aussagever- weigerungsrecht Gebrauch (Einvernahmeprotokoll vom 22.3.2016; unpag. Haftakten ZMG). Am 23. März 2016 hörten sie ihn in Anwesenheit seines Rechtsvertreters zu den beabsichtigten Entfernungs- und Fernhalte- massnahmen an. Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ übernahm die Übersetzung. Am 24. März 2016 setzten die EMF die Anhörung des Beschwerdeführers im Beisein seines Rechtsvertreters fort und eröffneten anschliessend die Wegweisungsverfügung und die Anordnung der Ausschaffungshaft. Die Übersetzung ins Albanische wurde vom Bereichsleiter Aufnahme/Loge des Regionalgefängnisses Bern übernommen (vgl. rechtliches Gehör vom 23.3.2016 S. 2; unpag. Haftakten ZMG). – Somit ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer über sämtliche Verfahrensschritte in einer ihm verständlichen Sprache (französisch, albanisch) informiert war. Zudem hat Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ – abgesehen von der Einvernahme vom 22. März 2016 – an allen Terminen (Anhörung, Eröffnung) teilgenommen. Inwiefern die beanstandete Aktenführung (insb. Protokoll) die Nichtigkeit des Wegweisungsentscheids begründen könnte, ist weder dargetan noch ersichtlich. Festzuhalten ist schliesslich, dass die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitete Begründungspflicht nicht bedeutet, dass sich

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 12 die Behörde ausdrücklich mit sämtlichen Behauptungen und Einwänden auseinandersetzen muss (statt vieler BGE 130 II 530 E. 4.3; BVR 2012 S. 109 E. 2.3.3). Eine Verletzung der in Art. 29 BV verankerten Verfahrens- garantien, welche die Wegweisungsverfügung der EMF vom 24. März 2016 als geradezu nichtig erscheinen liesse, ist damit nicht erkennbar. Es liegt somit ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid im Sinn von Art. 76 Abs. 1 AuG vor, dessen Vollzug bei Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen durch Ausschaffungshaft sichergestellt werden kann.

### **E. 5.1**

Das ZMG hat den Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AuG der (tatsächlichen) Untertauchensgefahr als gegeben erachtet.

### **E. 5.2**

Eine Untertauchensgefahr 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 AuG sowie Art. 8 Abs. 1 Bst. a oder Abs. 4 AsylG 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; BVR 2010 S. 529 E. 4.2, 2009 S. 531 E. 3.3).

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer bringt vor, nicht er, sondern sein damaliger slowenischer Arbeitgeber habe die Fälschung der ID zu verantworten. Ihm sei nicht bewusst gewesen, dass sein «Arbeitgeber mit der slowenischen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 13 Behörde zusammen etwas [I]llegales» gemacht habe (Beschwerde S. 10 Ziff. 4.3.1).

### **E. 5.4**

Selbst wenn es sich beim Beschwerdeführer – wie ihn sein Rechtsvertreter beschreibt (Beschwerde S. 10 Ziff. 4.3.2) – um einen «wenig intelligenten», «leichtgläubigen» und «einfachen Bürger» handelt, muss diesem bewusst gewesen sein, dass sein Arbeitgeber ihm als Staatsangehörigen von Kosovo bei einer offiziellen Behörde keine echte slowenische ID beschaffen konnte (vgl. BGer 6B\_212/2011 vom 1.6.2011, E. 2). Mit dem Haftrichter ist somit darin einig zu gehen, dass der Beschwerdeführer um die Fälschung seiner ID wissen musste. Mit der gefälschten slowenischen ID wollte er sodann eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Erwerbstätigkeit in der Schweiz erlangen (vgl. vorne Bst. A). Durch dieses Verhalten hat der Beschwerdeführer aktiv versucht, die EMF über seine Identität zu täuschen. Bei diesen Gegebenheiten ist beim Beschwerdeführer auf eine konkrete Untertauchensgefahr zu schliessen, stellt doch die Anschaffung einer (gefälschten) ID und deren Einsatz zwecks Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung ein aktives Täuschungsmanöver im Sinn der höchstrichterlichen Rechtsprechung dar (BGE 122 II 49 E. 2a; vgl. auch VGE 2015/362 vom 30.12.2015, E. 4.2). Zwar ist der Beschwerdeführer – wie er vorbringt (Beschwerde S. 10 Ziff. 4.3) – wegen Täuschung der Behörden (Art. 118 AuG) (noch) nicht strafrechtlich verurteilt worden, haben die EMF doch erst das Einreichen der Strafanzeige in Aussicht gestellt (vgl. Antrag zur Prüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft vom 23.3.2016, S. 3; unpag. Haftakten ZMG). Am Vorliegen der Untertauchensgefahr vermag dieser Aspekt aber nichts zu ändern. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Beschwerdeführer nach Aufdeckung seines Täuschungsmanövers gegenüber dem Haftrichter geäussert hat, freiwillig in sein Heimatland zurückkehren zu

wollen (vgl. BGer 2A.35/2003 vom 6.2.2003, E. 3.1.2). Der Beschwerdeführer muss sich zusätzlich vorwerfen lassen, ohne gültiges Ausweispapier sowie – soweit aktenkundig – auch ohne erforderliches Visum in die Schweiz eingereist zu sein und sich gemäss eigenen Angaben während mindestens drei Monaten hier illegal aufgehalten zu haben (vgl. vorne Bst. A). Ausserdem ist er mittellos (vgl. Beschwerde S. 12 Ziff. 6.1, Verzeichnis der Effekten; unpag. Haftakten ZMG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 14 Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn das ZMG den Haftgrund der konkreten Untertauchensgefahr bejaht hat.

## **E. 6**

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 AuG). – Mit der Administrativhaft galt es sicherzustellen, dass sich der Beschwerdeführer dem Wegweisungsvollzug nicht entzieht. Aufgrund der bestehenden Untertauchensgefahr (vgl. E. 5 hiavor) fiel insbesondere ausser Betracht, dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, die Schweiz freiwillig zu verlassen (Beschwerde S. 11 Ziff. 4.4). Der Beschwerdeführer gibt an, in Lausanne Verwandte zu haben und in der Schweiz «viele Leute» zu kennen. Ferner beabsichtige er, seine in [der Schweiz] lebende Freundin zu heiraten (Protokoll S. 2; unpag. Haftakten ZMG). Seine Heiratspläne standen einer Festhaltung nicht entgegen. Der Vollzug einer Wegweisung bzw. eine zu dessen Sicherung angeordnete Haft ist nur dann unverhältnismässig, wenn sämtliche für die Eheschliessung notwendigen Papiere bereits vorliegen, ein konkreter Heiratstermin feststeht und binnen Kurzem mit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerechnet werden kann (vgl. BGer 2C\_218/2013 vom 26.3.2013, E. 5.2, 2C\_756/2009 vom 15.12.2009, E. 2.3.2, je mit Hinweisen). Ferner stand auch sein Gesundheitszustand der Haft nicht entgegen. Es ist weder vorgebracht noch erkennbar, dass die Haftbedingungen den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprochen hätten oder der Haftvollzug aus anderen Gründen unverhältnismässig gewesen wäre.

## **E. 7.1**

Somit ergibt sich, dass die haftrichterliche Verhandlung gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG unter Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör abgehalten wurde (vgl. vorne E. 2). Die Beschwerde ist somit in dem Sinn teilweise gutzuheissen, als festzustellen ist,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 15 dass das ZMG den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt hat (vgl. hierzu BGer 2C\_548/2011 vom 26.7.2011, E. 4.3.3 a.E. und 5.1).

## **E. 7.2**

Soweit weitergehend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, wobei der massgebliche Sachverhalt erstellt ist (vgl. vorne E. 3 bis 6). Die gestellten Beweisanträge (Zeugeneinvernahme, Amtsbericht, Parteiverhör) könnten keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen, die geeignet wären, zu andern Schlüssen zu führen. Die Beweisanträge werden daher in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt (vgl. statt vieler BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3).

## **E. 8.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt der Beschwerdeführer mit seinen Rechtsbegehren teilweise durch (Feststellung der Gehörsverletzung); er ist als hälftig obsiegend zu betrachten. Insoweit sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Der Beschwerdeführer hat im Umfang seines Obsiegens Anspruch auf vollen Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

## **E. 8.2**

Gemäss Art. 41 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Partei-kostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 PKV. Innerhalb dieses 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). – Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht in seiner Kostennote vom 28. April 2016 für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 4'830.-- zuzüglich Fr. 39.50 Auslagen und Fr. 389.55 MWSt geltend (act. 7A1). Das beantragte Honorar erscheint überhöht. Weder liegt eine komplexe Rechtsstreitigkeit vor, noch verursachte das Verfahren besonderen Aufwand. Der Rechtsvertreter war zudem bereits eingehend mit dem Verfahrensgegen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 16 stand vertraut, nahm er zwar nicht an der Haftverhandlung teil, doch war er am Verfahren vor den EMF beteiligt (vgl. vorne E. 4.3). Dies verringerte den gebotenen Aufwand für das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtfertigt es sich, den Parteikostenersatz auf Fr. 3'000.-- zuzüglich Fr. 39.50 Auslagen und Fr. 243.15 MWSt festzusetzen.

## **E. 8.3**

Soweit der Beschwerdeführer unterliegt, wird er an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG) und hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Er hat indessen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege unter amtlicher Beiordnung seines Rechtsvertreters ersucht.

### **E. 8.3.1**

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 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 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 aus- tragen können, weil er sie nichts kostet (BVR 2015 S. 487 E. 7.1; BGE 139 III 475 E. 2.2). Es ist grundsätzlich zulässig, die Aussichtslosigkeit eines Prozesses hinsichtlich einzelner Begehren gesondert zu beurteilen, wenn sie unabhängig voneinander beurteilt werden können (vgl. VGE 2013/163 vom 13.11.2013, E. 3.3, 23486 vom 9.6.2009, E. 6.2.2 mit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 17 Hinweisen; ebenso BGE 139 III 396 E. 4.1 für das bundesgerichtliche Verfahren; ferner Art. 118 Abs. 2 ZPO und dazu BGE 4D\_62/2015 vom 9.3.2016, E. 5 mit Hinweisen).

### **E. 8.3.2**

Soweit der Beschwerdeführer den Antrag stellt, der Haftentscheid bzw. die Ausschaffungshaft seien «ersatzlos zu streichen» und die Sache sei wegen Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. vorne Bst. C), ist der vorliegende Prozess mit Blick auf die beim Rechtsvertreter als bekannt vorauszusetzende höchstgerichtliche Rechtsprechung bereits bei summarischer Prüfung als aussichtslos zu bezeichnen: Da der Beschwerdeführer seit dem 31. März 2016 nicht mehr inhaftiert ist, fiel die beantragte Rückweisung an das ZMG bereits im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung ausser Betracht. Der Beschwerdeführer verfügt – soweit er wie hier eine Verletzung einer Konventionsgarantie geltend macht – lediglich noch über ein Feststellungsinteresse an der Beurteilung der Konventionskonformität seiner Haft (vgl. vorne E. 1.2). Weiter musste dem Rechtsvertreter klar sein, dass die beanstandete Gehörsverletzung nicht zur Nichtigkeit des Haftentscheids führt. Solches ergibt sich praxisgemäss auch nicht aus den kritisierten Unzulänglichkeiten des Wegweisungsverfahrens (vorne E. 4.3). Der Beschwerdeführer beanstandet sodann zwar auch die materiellen Haftvoraussetzungen (Haftgrund); insoweit richtet sich sein Begehren nicht nur auf Feststellung der Gehörsverletzung, sondern auch auf Feststellung der materiellen Widerrechtlichkeit der Haft (vgl. vorne Bst. C und E. 2.6). Der Haftrichter hat die Untertaugensgefahr in erster Linie mit dem vom Beschwerdeführer an den Tag gelegten Täuschungsverhalten begründet. Dass eigentliche Täuschungsmanöver (Verwendung gefälschter Papiere) eine solche Gefahr begründen, entspricht bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Der Beschwerdeführer stellt dies nicht in Frage, sondern bringt nur vor, dass ihm aufgrund seines Bildungsstands nicht vorgeworfen werden könne, um die Fälschung seiner ID gewusst zu haben (vgl. vorne E. 5.3 f.). Ernsthafte Erfolgsaussichten können diesem Standpunkt nicht zugebilligt werden.

### **E. 8.4**

Soweit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zufolge Obsiegen nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (Art. 39 Abs. 1 VRPG; vorne E. 8.1), ist es wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Es bleibt

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.05.2016, Nr. 100.2016.99U, Seite 18 somit dabei, dass der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten im Umfang seines Unterliegens zu tragen hat. Da über das Gesuch erst im Endentscheid befunden wird und der Beschwerdeführer deshalb keine Gelegenheit hatte, sein Rechtsmittel nach Abweisung des Begehrens um unentgeltliche Rechtspflege zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese praxisgemäss bloss im Rahmen der üblichen Abschreibungsgebühren zu erheben (BVR 2014 S. 437 E. 7.9). Demnach entscheidet der Einzelrichter:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.