

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 441 vom 5. Dezember 2018**

BE Verwaltungsgericht, 2018-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2018\\_441](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2018_441)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 441 du 5 décembre 2018

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 441 del 5 dicembre 2018

## **Regeste**

Anordnung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 5. Dezember 2018; KZM 18 1624 P02) | Zwangsmassnahmen

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Wurde ein erstinstanzlicher (nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger) Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet oder eine erstinstanzliche Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) ausgesprochen, 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 dürfen keine Haftbeendigungsgründe vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AuG) und es ist die maximal zulässige Haftdauer zu beachten (Art. 79 AuG). Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen.

### **E. 3.1**

Der MIDI hat den Beschwerdeführer am 3. Dezember 2018 aus der Schweiz weggewiesen und angeordnet, die Wegweisung sei sofort zu vollstrecken (Wegweisungsverfügung vom 3.12.2018, unpag. Haftakten ZMG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.12.2018, Nr. 100.2018.441U, Seite 6 Der Haftrichter hat hierin einen Wegweisungsentscheid im Sinn von Art. 76 Abs. 1 AuG erblickt, dessen Vollzug mit der Ausschaffungshaft sichergestellt werden kann. Auch die weiteren Voraussetzungen hat er als gegeben erachtet. – Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens bildet regelmässig bloss die Rechtmässigkeit der Haft. Das Haftgericht hat sich grundsätzlich nur zu vergewissern, ob (überhaupt) ein Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt; dessen Rechtmässigkeit bildet nicht Gegenstand seines Verfahrens. Diesbezügliche Einwände sind im Asyl-, Bewilligungs- oder Wegweisungsverfahren durch die jeweils zuständigen Behörden zu prüfen, nicht (erstinstanzlich) durch das Haftgericht (vgl. BGE 130 II 377 E. 1, 130 II 56 E. 2 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 unzu- lässig, 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 Zwangs- massnahme sichergestellt werden kann (BGE 128 II 193 E. 2.2.2 mit Hin- weisen; vgl. zum Ganzen BVR 2016 S. 529 E. 4.2).

### **E. 3.2**

Ein nachträgliches oder neues Asylgesuch und ebenso ein Wieder- erwägungsgesuch eines ablehnenden Asylentscheids lassen einen ur- sprünglichen Wegweisungsentscheid an sich nicht dahinfallen, weshalb eine Ausschaffungshaft zu dessen Sicherung zulässig bleibt. Die Fort- setzung der Ausschaffungshaft ist aber nur zulässig, wenn mit dem Ab- schluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung «alsbald» gerechnet werden kann (BGE 140 II 409 E. 2.3.3, 125 II 377 E. 2b; BGer 2C\_403/2008 vom 29.5.2008 E. 2, 2C\_270/2008 vom 11.4.2008 E. 2.2). Die Ausschaffungshaft soll den Vollzug der Entfernungsmass- nahme sicherstellen und muss ernsthaft geeignet sein, diesen Zweck zu er- reichen, was nicht der Fall ist, wenn die Wegweisung nicht in einem dem konkreten Fall angemessenen Zeitraum vollzogen werden kann (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.1; BGer 2C\_749/2012 vom 28.8.2012 E. 3.1.1; vgl. auch Art. 80 Abs. 6 AuG). Sie muss mit anderen Worten auf eine «abseh- bare Ausschaffung» ausgerichtet sein (BGer 2C\_749/2012 vom 28.8.2012 E. 3.2.1). Während des Asylverfahrens kann die Wegweisung indes nicht vollzogen werden, da sich die betroffene Person gemäss Art. 42 des Asyl- gesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) bis zum Abschluss des

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.12.2018, Nr. 100.2018.441U, Seite 7 Verfahrens in der Schweiz aufhalten darf. Demgegenüber hemmt die Ein- reichung eines Wiedererwägungsgesuchs den Vollzug nicht. Die für die Be- handlung zuständige Behörde kann auf Ersuchen wegen einer konkreten Gefährdung der gesuchstellenden Person im Herkunfts- oder Heimatstaat die aufschiebende Wirkung herstellen (Art. 111b Abs. 3 AsylG). Im Haft- prüfungsverfahren ist demnach dem Fortgang des Asylverfahrens bzw. des Wiedererwägungsverfahrens Rechnung zu tragen und sind nötigenfalls die gebotenen haftrechtlichen Konsequenzen zu ziehen (BGer 2A.75/2003 vom 14.3.2003 E. 2.4.1, 2A.322/2000 vom 26.7.2000 E. 2a/bb; VGE 2016/188 vom 11.7.2016 E. 2.1, 2016/78 vom 31.3.2016 E. 4.3).

### **E. 3.3**

Der asylrechtlichen Situation ist demnach im Rahmen der Haft- prüfung Rechnung zu tragen, insbesondere mit Blick auf die Frage, ob der Vollzug der Wegweisung absehbar ist. Hierzu ergibt sich was folgt:

#### **E. 3.3.1**

Gemäss Art. 1 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) sind die Bestimmungen der Dublin-Verordnung und jene der Verordnung mit den Dublin-Durch- führungsbestimmungen für die Beziehungen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union anwendbar. Anders als bei Rückführungen in den Heimatstaat der betreffenden Person ist eine Rück- führung in einen Dublin-Staat gestützt auf die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 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. L180/31) nur innert bestimmten Fristen möglich. Die Rückführung hat sowohl im Rahmen von Aufnahmeverfahren (Art. 21 f.) als auch von Wiederaufnahmeverfahren (Art. 23 ff.), grundsätzlich innert sechs Monaten zu erfolgen. Diese Frist kann höchstens auf ein Jahr verlängert werden, wenn die Überstellung aufgrund der Inhaftierung der betreffenden Person nicht erfolgen konnte, oder höchstens auf achtzehn Monate, wenn die betreffende Person flüchtig ist

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.12.2018, Nr. 100.2018.441U, Seite 8 (Art. 29 Abs. 1 und 2). Überstellt die Schweiz – wie hier – die betroffene Person nicht innerhalb dieser Frist an den zuständigen Dublin-Staat, wird sie zuständig bzw. findet eine Überführung ins nationale Asylverfahren statt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 3 und Art. 29 Abs. 2 Dublin III-Verordnung; Art. 9 Abs. 2 der Durchführungsverordnung [EU] Nr. 118/2014 der Kommission vom 30. Januar 2014 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist [Dublin-Durchführungsverordnung; ABl. L 39/1]; zum Ganzen VGE 2016/78 vom 31.3.2016 E. 4.4.1, 2011/82 vom 10.3.2011 E. 4.2.1 f.).

### **E. 3.3.2**

Aufgrund der Akten ist erstellt, dass der Beschwerdeführer am 10. November 2014 in der Schweiz um Asyl ersuchte. Mit Entscheid vom

### **E. 3.3.3**

Den Akten ist dabei nicht zu entnehmen, ob das SEM gestützt auf die Dublin III-Verordnung ein nationales Asylverfahren eröffnet hat oder den Asylentscheid vom 8. Dezember 2014 in Wiedererwägung ziehen wird. Demnach ist die asylrechtliche Situation des Beschwerdeführers nicht geklärt. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Rechtmässigkeit der Haft mangels vollständiger Sachverhaltsabklärung nicht abschliessend beurteilen (vgl. dazu auch VGE 2012/286 vom 29.8.2012 E. 4 für die Haft vor Erlass der Wegweisungsverfügung vom 3.12.2018). Namentlich die Frage, ob die Wegweisungsverfügung vom 3. Dezember 2018 in absehbarer Zeit vollzogen werden kann, kann nicht geprüft werden. Somit ergibt sich, dass der massgebliche Sachverhalt nicht erstellt ist. Der Haftrichter hat damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt (vgl. Art. 18 Abs. 1 VRPG). Es ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, diese Sachverhaltslücke zu schliessen, um alsdann als erste (und einzige) kantonale Instanz über die Rechtmässigkeit der Haft zu befinden. Der angefochtene Entscheid ist demnach aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an das ZMG zurückzuweisen, es sei denn, der Beschwerdeführer sei nicht ohnehin aus der Haft zu entlassen (vgl. zum Ganzen VGE 2016/78 vom 31.3.2016 E. 4.4.2 f.). 4. Nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften bei der Haftprüfung führt indes auch zur Haftentlassung. Praxisgemäss 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 Wegweisungs-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.12.2018, Nr. 100.2018.441U, Seite 10 vollzugs 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). Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Haft ist in jedem Fall, dass sich den Akten zu- mindest gewisse Hinweise für das Vorliegen eines Haftgrunds entnehmen lassen (BGE 121 II 110 E. 2; BGer 2C\_334/2008 vom 30.5.2008 E. 4.3; BVR 2010 S. 541 E. 3.4 mit Hinweisen). – Die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes rechtfertigt hier die Haftentlassung nicht. So be- stehen Hinweise darauf, dass namentlich der Haftgrund nach Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. h AuG (Verurteilung wegen eines Verbrechens) gegeben sein könnte, wurde der Beschwerdeführer doch mit Urteil vom 4. Juli 2016 unter anderem der Vergewaltigung schuldig erklärt und damit wegen eines Delikts verurteilt, das mit mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 190 StGB). Ob dieser Haftgrund (oder andere) nach Klärung der asylrechtlichen Situation zur Begründung der Haft noch herangezogen werden kann, wird vom Haftrichter zu prüfen sein. In Würdi- gung sämtlicher Umstände ist das öffentliche Interesse an der Durch- setzung des Wegweisungsvollzugs derzeit stärker zu gewichten und der Beschwerdeführer deshalb nicht wegen der Verletzung der Verfahrensvor- schrift aus der Haft zu entlassen (vgl. VGE 2016/78 vom 31.3.2016 E. 5). 5. 5.1 Die Beschwerde ist nach dem Erwogenen dahin gutzuheissen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an das Haftgericht zurückzuweisen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerde- führer ist bis zum erneuten Entscheid in Haft zu belassen. 5.2 Die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind grundsätzlich nach Massgabe des Unterliegens zu verlegen. Obschon der Beschwerdeführer mit seinem sinn gemässen Antrag auf sofortige Frei- lassung nicht durchgedrungen ist, liegen hier – aufgrund der festgestellten Mängel im Verfahren (Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes) – be- sondere Umstände vor, die es rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.12.2018, Nr. 100.2018.441U, Seite 11 erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine angefallen (Art. 104 VPRG). Demnach entscheidet der Einzelrichter:

## **E. 8**

Dezember 2014 trat das BFM auf das Gesuch nicht ein und wies ihn aus der Schweiz nach Italien als zuständigen Dublin-Mitgliedsstaat weg, da er dort am 3. März 2014 bereits ein Asylgesuch gestellt hatte (Entscheid BFM vom 8.12.2014, unpag. Haftakten ZMG). Am 4. September 2017 wies das SEM den Beschwerdeführer erneut aus der Schweiz nach Italien weg (Wegweisungsverfügung vom 4.9.2017, unpag. Haftakten ZMG). Die Über- stellungsfrist ist indes am 2. September 2018 abgelaufen, sodass er nicht mehr nach Italien ausgeschafft werden kann (E-Mail SEM vom 1.11.2018, unpag. Haftakten ZMG; Anordnung Ausschaffungshaft/Ausschaffung und Antrag auf Überprüfung vom 3.12.2018, unpag. Haftakten ZMG, S. 2). Am 4. Juli 2016 verurteilte das Tribunal cantonal vaudois, Cour d'appel penale, den Beschwerdeführer wegen Vergewaltigung, Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und illegalen Aufenthalts zu einer Freiheits- strafe von 42 Monaten, unter Anrechnung von 311 Tagen Untersuchungs- haft (Urteil vom 4.7.2016, unpag. Haftakten ZMG). Seither befand sich der Beschwerdeführer im Strafvollzug, aus dem er am 2. Dezember 2018 ent- lassen wurde. Gleichentags versetzte der MIDI ihn in Ausschaffungshaft (Avis de détention vom 13.8.2018, unpag. Haftakten ZMG, S. 1; Anordnung Ausschaffungshaft/Ausschaffung und Antrag auf Überprüfung vom 3.12.2018,

unpag. Haftakten ZMG, S. 1 f.). Einen Tag später, am 3. Dezember 2018, verfügte der MIDI abermals die Wegweisung des Beschwer-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.12.2018, Nr. 100.2018.441U, Seite 9 deführers aus der Schweiz (Wegweisungsverfügung vom 3.12.2018, unpag. Haftakten ZMG) und beantragte beim ZMG die Überprüfung der für zwei Monate beantragten Ausschaffungshaft. Gemäss Ausführungen des MIDI ist geplant, den Beschwerdeführer im Januar 2019 mit einem Sonderflug nach Nigeria zu überstellen (Anordnung Ausschaffungshaft/Ausschaffung und Antrag auf Überprüfung vom 3.12.2018, unpag. Haftakten ZMG, S. 1 f.).

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