

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 166 vom 7. Mai 2019**

BE Verwaltungsgericht, 2019-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2019\\_166](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2019_166)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 166 du 7 mai 2019

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 166 del 7 maggio 2019

## **Regeste**

Anordnung der Ausschaffungshaft (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 7. Mai 2019; KZM 19 556) | 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);

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 4 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]). 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). Mit seiner (anwaltlich verfassten) Stellungnahme vom 21. Mai 2019 (Rechtsbegehren 1 und 2) verlangt er nicht mehr oder etwas anderes als mit dem sinngemäss gestellten Antrag in der Beschwerde. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt von E. 1.2 hiernach einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist auf den Streitgegenstand beschränkt. Ausgangspunkt für dessen Bestimmung bildet der angefochtene Entscheid als Anfechtungsobjekt. Dieses gibt insoweit den Rahmen des Streitgegenstands vor, als Letzterer nicht über das hinausgehen kann, was die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid geregelt hat (statt vieler BVR 2017 S. 514 E. 1.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 f.). – Anfechtungsobjekt ist der Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 7. Mai 2019 betreffend Anordnung der Ausschaffungshaft. Das Rechtsbegehren 3 der Stellungnahme vom 21. Mai 2019, mit dem der Beschwerdeführer eine Genugtuung und eine Entschädigung für jeden Hafttag seit dem 5. Mai 2019 verlangt (vorne Bst. C), geht somit über das Anfechtungsobjekt bzw. den Streitgegenstand hinaus. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. auch VGE 2018/41 vom 7.3.2018 E. 3.6).

### **E. 1.3**

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

### **E. 1.4**

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]).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 5

### **E. 2.1**

Wurde ein erstinstanzlicher (nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger) Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet oder eine erstinstanzliche Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a bis 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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) erfüllt sind. Dabei muss einer der in Art. 76 Abs. 1 AIG genannten Haftgründe bestehen und der Vollzug der Wegweisung mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Beschleunigungsgebot; Art. 76 Abs. 4 AIG). Die Administrativhaft hat insgesamt den sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergebenden Erfordernissen zu genügen (Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 28 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]), es dürfen keine Haftbeendigungsgründe vorliegen (Art. 80 Abs. 6 AIG) und es ist die maximal zulässige Haftdauer zu beachten (Art. 79 AIG).

### **E. 2.2**

Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind gemäss Art. 80 Abs. 2 AIG spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen. – Der Beschwerdeführer wurde am 5. Mai 2019 angehalten und in Ausschaffungshaft versetzt (Anordnung der Ausschaffungshaft vom 6.5.2019, unpag. Haftakten, S. 1). Das ZMG bestätigte die Massnahme nach mündlicher Verhandlung vom 7. Mai 2019 (Protokoll ZMG vom 7.5.2019, unpag. Haftakten [nachfolgend: Protokoll ZMG]). Die gesetzliche Frist von 96 Stunden ist damit eingehalten.

### **E. 3.1**

Mit Verfügung vom 16. November 2018 widerrief die EG Bern die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers und wies ihn aus der Schweiz weg (unpag. Haftakten; vorne Bst. A). Die Gemeinde vertritt

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 6 die Ansicht, dass die Verfügung dem Beschwerdeführer am 9. März 2019 eröffnet wurde und am 10. April 2019 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist (Anordnung der Ausschaffungshaft vom 6.5.2019, unpag. Haftakten, S. 1; Stellungnahme vom 16.5.2019, act. 6, S. 2). Der Beschwerdeführer macht hingegen geltend, die Widerrufs- und Wegweisungsverfügung sei ihm erst am 7. Mai 2019 eröffnet worden, so dass die Rechtsmittelfrist dagegen noch laufe. Da der Wegweisungstitel noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei, könne gestützt darauf keine Ausschaffungshaft angeordnet werden (Stellungnahme vom 21.5.2019, act. 12, S. 3 f.). – Anders als der Beschwerdeführer meint, setzt die Ausschaffungshaft keinen rechtskräftigen Entscheid über die Weg- oder Ausweisung voraus (vorne E. 2.1; vgl. BGE 140 II 74 E. 2.1, 122 II 148 E. 2b/bb; BGer 2C\_218/2013 vom 26.3.2013 E. 2.2; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in

Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, N. 10.79). Es kann daher dahingestellt bleiben, wann die Verfügung vom 16. November 2018 dem Beschwerdeführer eröffnet wurde.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, wegen der Beziehung zu seiner Tochter in der Schweiz verbleiben zu wollen. Zudem habe er eine Arbeitsstelle und bezahle Steuern (Beschwerde S. 2; Eingabe vom 15.5.2019, act. 3, S. 3 ff.; Stellungnahme vom 21.5.2019, act. 12, S. 6; Arbeitsvertrag vom 29.3.2019, act. 3A; Lohnabrechnung vom April 2019, act. 3A). – Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens bildet regelmässig bloss die Rechtmässigkeit der Administrativhaft und nicht auch der Wegweisung. Nur wenn ein Wegweisungsentscheid geradezu willkürlich bzw. nichtig erscheint, kann die Haftgenehmigung wegen dessen Mangelhaftigkeit verweigert werden, da der Vollzug einer in diesem Sinn rechtswidrigen Anordnung nicht mit einer ausländerrechtlichen Zwangsmassnahme sichergestellt werden darf (vgl. etwa BGE 130 II 377 E. 1, 128 II 193 E. 2.2; VGE 2015/281 vom 7.10.2015 E. 3.2). Solche Mängel des Wegweisungsverfahrens sind hier weder ersichtlich noch dargetan. Aus den Akten geht hervor, dass die Tochter des Beschwerdeführers und die Kindsmutter die Schweiz ebenfalls verlassen müssen (Journaleintrag der Polizei vom 9.3.2019, unpag. Haftakten). Da der Beschwerdeführer am 16. November 2018 – wenn auch allenfalls nicht rechtskräftig – aus der Schweiz wegge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 7 wiesen wurde, verhilft ihm der Abschluss eines Arbeitsvertrags vor rund zwei Monaten zudem nicht automatisch zu einem (neuen) Bleiberecht.

### **E. 3.3**

Nach dem Gesagten liegt ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid im Sinn von Art. 76 Abs. 1 AIG vor, dessen Vollzug mit der Ausschaffungshaft sichergestellt werden kann.

### **E. 4.1**

Streitig ist weiter die Frage, ob ein Haftgrund nach Art. 76 Abs. 1 AIG besteht. – Das ZMG hat erwogen, der Beschwerdeführer habe mehrere Vorladungen der EG Bern nicht befolgt und mehrere Ausreisefristen verstreichen lassen. Weiter sei er wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte strafrechtlich rechtskräftig verurteilt worden. An der mündlichen Verhandlung habe er zudem ausgesagt, nicht nach Schweden zurückkehren zu wollen. Vor diesem Hintergrund sei der Haftgrund der (tatsächlichen) Untertauchungsgefahr gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AIG gegeben (angefochtener Entscheid S. 2 f.).

### **E. 4.2**

Eine Untertauchungsgefahr liegt nach dem Gesetzestext vor, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die betroffene Person sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sie der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG und Art. 8 Abs. 1 Bst. a oder Abs. 4 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) nicht nachkommt (Ziff. 3) oder wenn ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Ziff. 4). Ob eine derartige Untertauchungsgefahr 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

unglaubliche 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 8 oder mittellos ist (BGE 140 II 1 E. 5.3 [Pra 103/2014 Nr. 34], 130 II 56 E. 3.1; BVR 2016 S. 529 E. 5.2).

### **E. 4.3**

Im vorliegenden Fall sind die rechtserheblichen Umstände wie folgt zu würdigen:

#### **E. 4.3.1**

Zunächst ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass durchaus gewisse Anzeichen dafür bestehen, dass der Beschwerdeführer untertauchen könnte. So hat er gemäss den Ausführungen der Gemeinde in der Zeitspanne vom Oktober 2017 bis Februar 2018 mehrere Vorladungen «zwecks Abklärung des Aufenthalts» nicht wahrgenommen (Wegweisungsverfügung vom 16.11.2018, unpag. Haftakten, S. 2). Dies wird vom Beschwerdeführer allerdings bestritten und ist aktenmässig nicht belegt (Stellungnahme vom 21.5.2019, act. 12, S. 5). Weiter trifft zu, dass die Behörden am 7. Mai 2019 am Domizil des Beschwerdeführers eine Hausdurchsuchung durchgeführt haben aus den Gründen «Vollzug der Ausschaffung, Wegweisungsauftrag durch die Kantonspolizei Bern, Ausländer- und Bürgerrechtsdienst»; dabei stellten sie den Ausländerausweis des Beschwerdeführers sicher (Verfügung des ZMG vom 6.5.2019, act. 6A; Formular «Sicherstellung/Beschlagnahme» vom 7.5.2019, act. 6A). Ob und inwiefern das Verhalten des (am Termin der Hausdurchsuchung bereits inhaftierten) Beschwerdeführers zu dieser Massnahme Anlass gegeben hat, ist in den Akten aber nicht dokumentiert.

#### **E. 4.3.2**

Erwiesen ist, dass der Beschwerdeführer wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, Beschimpfung und Widerhandlung gegen das Personenbeförderungsgesetz von der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je Fr. 100.-- verurteilt wurde, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren. Gemäss Strafbefehl kam es im Zug von Aarau nach Zürich zu einer verbalen Auseinandersetzung mit einer Zugbegleiterin, nachdem der Beschwerdeführer lediglich ein Billett für die 2. Klasse gelöst, sich aber in die 1. Klasse gesetzt hatte und sich weigerte, seine Personalien bekannt zu geben (Strafbefehl vom 24.1.2018, unpag. Haftakten). – Das strafrechtliche Verhalten des Beschwerdeführers ist nicht von einer Schwere oder mit Strafe von einer Höhe verbunden, die ein Untertauchen sehr wahrscheinlich machen (vgl. für diese Würdigung etwa BGer 2C\_576/2018 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 9 16.11.2018 E. 3.2.4). Daran ändert der Umstand nichts, dass die Polizei wegen Streitereien insgesamt 18 Mal intervenieren musste, wie die Gemeinde geltend macht (Stellungnahme vom 22.5.2019, act. 14, S. 1). Zum einen sind diese Polizeieinsätze aktenmässig nicht restlos belegt; zum anderen wurde deswegen – soweit ersichtlich – kein Strafverfahren eröffnet. Eine Anzeige wegen häuslicher Gewalt, auf die sich die Gemeinde bezieht (Stellungnahme vom 16.5.2019, act. 6, S. 2), ist ebenfalls nicht aktenkundig.

#### **E. 4.3.3**

Weiter trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer die nachträglich angesetzten Ausreisefristen bis zum 8. April bzw. 21. April 2019 hat verstreichen lassen (Ausreisemeldekarten vom 18.3.2019 und 14.4.2019, unpag. Haftakten). Dabei ist aber sein Einwand zu berücksichtigen, er habe die Wegweisungsverfügung vom 16. November 2018 nicht am 9. März 2019 erhalten, wie die Gemeinde vorbringe, sondern erst am 7. Mai 2019 (Stellungnahme vom 21.5.2019, act. 12, S. 3; vgl. auch vorne E. 3.1). – Die Beantwortung der Frage, wann dem Beschwerdeführer die Wegweisungsverfügung vom 16. November 2018 eröffnet wurde, bedarf einer genaueren Prüfung und gegebenenfalls der Erhebung weiterer Beweise, was den Rahmen des Haftprüfungsverfahrens sprengen würde. Der Beschwerdeführer gibt denn auch an, gegen die erwähnte Verfügung der Gemeinde Beschwerde führen zu wollen (Stellungnahme vom 21.5.2019, act. 12, S. 4). Bei dieser Ausgangslage darf ihm nicht vorgehalten werden, er habe in der mündlichen Verhandlung angegeben, nicht nach Schweden zurückkehren zu wollen (Protokoll ZMG, S. 4; vgl. Thomas Hugi Yar, a.a.O., N. 10.92; Chatton/Merz, in Amarelle/Nguyen [Hrsg.], Code annoté de droit des migrations, vol. II: loi fédérale sur les étrangers [LEtr], 2017, Art. 76 N. 23). Unabhängig vom Widerruf des bestehenden Aufenthaltstitels erscheint die Aussicht auf eine (neue) Aufenthaltsbewilligung nach dem Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) zudem nicht als zum Vorneherein aussichtslos: Gemäss dem aktenkundigen Arbeitsvertrag ist der Beschwerdeführer befristet vom 1. April bis zum 13. Oktober 2019 beim ... als Mitarbeiter in der ... angestellt (act. 3A). Der ebenfalls eingereichten Lohnabrechnung für den April 2019 nach zu schliessen, hat er die Stelle auch angetreten (act. 3A). Die Gemeinde bestreitet weder die Echtheit des Vertrags noch dass der Beschwerdeführer dort gearbeitet hat. Dass er ab

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 10 dem 13. April 2019 für einige Zeit krankgeschrieben war, lässt das Arbeitsverhältnis jedenfalls nicht dahinfallen (Arztzeugnis vom 26.4.2019, act. 3A; vgl. Stellungnahme der EG Bern vom 22.5.2019, act. 14, S. 2). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer den Behörden zur Verfügung halten wird, um die Durchführung dieses Verfahrens nicht zu gefährden (vgl. BGer 2C\_218/2013 vom 26.3.2013 E. 5.2). Sein Wohnort ist den Behörden zudem bekannt.

#### **E. 4.4**

Nach dem Erwogenen ist der Haftgrund der (tatsächlichen) Untertauchungsgefahr gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AIG nicht gegeben. Der Beschwerdeführer ist daher unverzüglich aus der Haft zu entlassen, zumal ein anderer Haftgrund nicht zur Diskussion steht. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Verhältnismässigkeit der Haft, insbesondere zur gesundheitlichen und familiären Situation des Beschwerdeführers.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerde erweist sich im Ergebnis als begründet. Sie ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2), und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben; die Gemeinde hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG). Für das Nichteintreten in einem untergeordneten Punkt rechtfertigt sich keine Kostenausscheidung.

#### **E. 5.2**

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 Beschwer- deverfahren (Verwaltungsrechtssachen) Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 PKV. Inner- halb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.05.2019, Nr. 100.2019.166U, Seite 11 der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). – Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht ein Honorar von Fr. 2'605.-- geltend, zuzüg- lich Auslagen von Fr. 98.50 und MWSt (act. 12A). Dies erscheint ange- sichts der massgeblichen Kriterien überhöht; der gebotene Zeitaufwand sowie die Schwierigkeit des Prozesses waren unterdurchschnittlich, die Bedeutung der Streitsache höchstens durchschnittlich. Ein Honorar von insgesamt Fr. 1'800.-- ist angemessen, zuzüglich Auslagen und MWSt. Demnach entscheidet der Einzelrichter:

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