

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 130 vom 6. Februar 2007**

BE Verwaltungsgericht, 2007-02-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2020\\_130](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_130)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 130 du 6 février 2007

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 130 del 6 febbraio 2007

## **Regeste**

Ausschaffungshaft; Haftentlassungsgesuch (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 14. April 2020; KZM 20 402) | 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 4 AsylG; BSG 122.20]). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

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**

Die inhaftierte Person kann frühestens einen Monat nach der Haftüberprüfung ein Haftentlassungsgesuch einreichen, wobei diese Sperrfrist ab dem richterlichen Entscheid zu laufen beginnt (Art. 80 Abs. 5 Satz 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20]). Über das Gesuch hat die richterliche Behörde innert acht Arbeitstagen aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden (Art. 80 Abs. 5 Satz 2 AIG). Der Anspruch auf rechtzeitige richterliche Prüfung der Ausschaffungshaft in einer mündlichen Verhandlung stellt die zentrale prozessuale Garantie dar, welche vor willkürlichem Entzug der Freiheit schützen soll (BGE 128 II 241 E. 3.5, 122 II 154 E. 2b, 121 II 110 E. 2b, auch

zum Folgenden). Die Verfahrensbestimmungen zu den Zwangsmassnahmen sind zwingender Natur und stellen nicht bloss Ordnungsvorschriften dar. Dies gilt grundsätzlich auch für die Behandlung von Haftentlassungsgesuchen: Die gesetzlichen Verfahrensregeln sind von Amtes wegen zu beachten und verbindlich, auch wenn von der Einhaltung der gesetzlichen Frist von acht Arbeitstagen, innert der die Verhandlung durchzuführen ist, unter engen Voraussetzungen abgesehen werden kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 5 Die Durchführung der Haftrichterverhandlung als solche ist jedoch unverzichtbar (BGE 128 II 241 E. 3.5; BGer 2C\_399/2007 vom 3.9.2007 E. 3.1 f.; Tarkan Göksu, in Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar AuG, 2010, Art. 80 N. 10; Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2014, S. 251 und S. 238 ff.; Felix Ziltener, Neues aus der Praxis zur Ausschaffungshaft, AJP 2001 S. 499 ff., 501; vgl. auch Andreas Zünd, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 80 AIG N. 6 und N. 8). Die ausländische Person kann mithin nicht rechtswirksam auf eine mündliche Verhandlung verzichten. Von einer solchen kann höchstens abgesehen werden, wenn die betroffene Person beispielsweise aus gesundheitlichen Gründen verhandlungsunfähig ist (BGer 2A.490/2004 vom 16.9.2004 E. 3.5; Tarkan Göksu, a.a.O., Art. 80 N. 13; Martin Businger, a.a.O., S. 240; Felix Ziltener, a.a.O., S. 501). Diesfalls ist die mündliche Verhandlung jedoch von Amtes wegen unverzüglich nachzuholen, sobald das Verhandlungshindernis wegfällt (BGer 2A.490/2004 vom 16.9.2004 E. 3.6; Tarkan Göksu, a.a.O., Art. 80 N. 13).

## **E. 2.2**

Das ZMG hat die Ausschaffungshaft des Beschwerdeführers am 20. Januar 2020 bis am 15. Mai 2020 bestätigt (Entscheid des ZMG vom 20.1.2020 in unpag. Vorakten ZMG 20 49; vorne Bst. A). Der Beschwerdeführer hat damit die gesetzliche Sperrfrist von einem Monat mit seinem Haftentlassungsgesuch vom 1. April 2020 beachtet (unpag. Vorakten ZMG 20 402). Der Entscheid des ZMG über das am 2. April 2020 eingegangene Gesuch ist am 14. April 2020 und damit unter Beachtung der Osterfeiertage innerhalb von acht Arbeitstagen ergangen. Jedoch ist unbestrittenermassen keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden. Der Beschwerdeführer hatte im Haftentlassungsgesuch beantragt, es sei ein schriftliches Verfahren durchzuführen, ohne diesen Verfahrens Antrag zu begründen (Haftentlassungsgesuch vom 1.4.2020 in unpag. Vorakten ZMG 20 402). Das ZMG hat darauf am 2. April 2020 verfügt, es werde ein schriftliches Verfahren durchgeführt (in unpag. Vorakten ZMG 20 402). Im Entscheid vom 14. April 2020 hat es dazu ausgeführt, die mündliche Verhandlung diene der Gewährung des rechtlichen Gehörs, wobei es der betroffenen Person freistehe, dieses Recht wahrzunehmen. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör sei mit der Durchführung des

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 6 Schriftenwechsels ausreichend gewahrt worden, dies insbesondere mit Blick auf die bestehende ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) und den angesichts der Corona-Pandemie verhängten Massnahmen (angefochtener Entscheid S. 3 f.).

## **E. 2.3**

Gemäss Art. 7 EpG kann der Bundesrat, wenn es eine ausser- ordentliche Lage erfordert, für das ganze Land oder für einzelne Landes- teile die notwendigen Massnahmen anordnen. Aufgrund der Corona-Pan- demie hat der Bundesrat gestützt auf Art. 7 EpG die Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) erlassen und am 16. März 2020 für die Schweiz die ausserordentliche Lage erklärt (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 16.3.2020, abrufbar unter: <www.admin.ch>, Rubriken «Dokumentation/Medienmitteilungen/Medienmitteilungen des Bundes- rats»). Seit dem 20. April 2020 ist die Verordnung vom 16. April 2020 über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht; SR 272.81) in Kraft. Gemäss Art. 1 der Verordnung haben Gerichte und Behörden bei der Durchführung von Verfahrenshandlungen mit Teilnahme von Parteien, Zeuginnen und Zeugen oder Dritten, wie Verhandlungen und Einvernahmen, die angesichts der Empfehlungen des Bundesamts für Ge- sundheit angezeigten Massnahmen betreffend Hygiene und soziale Distanz einzuhalten. Der Bundesrat hat jedoch auf besondere Massnahmen im Ver- waltungs- und Strafverfahrensrecht verzichtet; vielmehr sind Gerichte und andere Behörden unverändert weiterhin gehalten, Einvernahmen und Ver- handlungen gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht durchzuführen (vgl. Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht vom 16.4.2020 Ziff. 1 und 2.2). Im Übrigen war zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids bereits beschlossen, dass auch im erstinstanzlichen Asyl- und Wegweisungsverfahren weiterhin Be- fragungen durchgeführt werden (vgl. Art. 4-6 der Verordnung vom 1. April 2020 über Massnahmen im Asylbereich im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19-Verordnung Asyl; SR 142.318]). Mit Blick auf die ausserordentliche Lage in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 7 konnte demnach nicht auf eine mündliche Verhandlung gemäss Art. 80 Abs. 5 Satz 2 AIG verzichtet werden, denn es liegt kein Verhandlungs- hindernis vor. Der Schriftenwechsel vermag die Durchführung der gesetz- lich vorgeschriebenen mündlichen Verhandlung nicht zu ersetzen. Trotz Verfahrensantrag der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers auf Durch- führung eines schriftlichen Verfahrens wäre das ZMG demnach zwingend gehalten gewesen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Mit seinem Verzicht hat es Art. 80 Abs. 5 AIG sowie den Anspruch des Beschwerde- führers auf rechtliches Gehör verletzt.

#### **E. 2.4**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts führt nicht jede Ver- letzung von Verfahrensvorschriften bei der Haftprüfung auch zur Haft- entlassung. Vielmehr kommt es jeweils darauf an, welche Bedeutung einer- seits den verletzten Vorschriften für die Wahrung der Rechte der be- troffenen Person und andererseits dem Interesse an einer reibungslosen Durchsetzung der Ausschaffung zukommt. Wenn etwa die ausländische Person die öffentliche Sicherheit gefährden könnte, besteht die Sanktion allein in einer Wiederholung der Haftrichterverhandlung unter Beizug der Rechtsvertreterin oder des Rechtsvertreters. Voraussetzung für die Auf- rechterhaltung der Haft ist in jedem Fall, dass sich den Akten zumindest gewisse Hinweise für das Vorliegen eines Haftgrunds entnehmen lassen (vgl. BGE 122 II 154 E. 3, 121 II 110 E. 2; BVR 2010 S. 541 E. 3.4). Die Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft ist daher im Folgenden summa- risch zu prüfen

(vgl. VGE 2010/185 vom 12.5.2010 S. 5). Die inhaftierte Person ist aus der Haft zu entlassen, wenn der Haftgrund entfällt oder sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist (Art. 80 Abs. 6 Bst. a AIG; vgl. VGE 2011/297 vom 9.8.2011 E. 3).

### **E. 2.5**

Ein Haftgrund liegt unter anderem vor, wenn eine weggewiesene ausländische Person wegen eines Verbrechens verurteilt worden ist (Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. h AIG), gegen eine Ein- oder Ausgrenzung verstossen hat (Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. b AIG) oder eine tatsächliche Untertauchungsgefahr besteht (Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AIG). – Der Beschwerdeführer ist insbesondere mehrfach wegen Diebstahls (Art. 139 des Schweizerischen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 8 Strafgesetzbuches [StGB; SR 311.0]) und wegen Raubes (Art. 140 StGB) und damit wegen Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB) verurteilt worden. Zuletzt wurde er mit Urteil vom 30. August 2017 des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland unter anderem wegen Raubes, mehrfachen Diebstahls und Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung zu einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten verurteilt (vgl. Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 1.3.2019 in unpag. Vorakten ZMG 19 263). Folglich ist davon auszugehen, dass die Haftgründe von Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 Bst. b und h AIG gegeben sind, was vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird. Da er mutmasslich bereits früher mehrfach unter- getaucht ist (angefochtener Entscheid S. 1 und 3), mehrere Flüge nach Algerien an seinem Widerstand gescheitert sind (angefochtener Entscheid S. 5) und er nach wie vor obdach- und mittellos ist, bestehen auch konkrete Anzeichen für den Haftgrund der Untertauchungsgefahr (vgl. dazu aus- führend etwa 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. 2.6**

Sodann darf der Vollzug der Wegweisung nicht offensichtlich un- durchführbar sein (vorne E. 2.4). Wie es sich mit der Durchführbarkeit im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässen Er- messen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich sein wird oder nicht. Nur falls keine oder bloss eine höchst unwahrscheinliche, rein theoretische Möglichkeit besteht, die Wegweisung zu vollziehen, ist die Haft aufzuheben, nicht indessen bei einer ernsthaften, wenn auch allenfalls (noch) geringen Aussicht hierauf (BGE 130 II 56 E. 4.1, 127 II 168 E. 2c, 125 II 217 E. 2, 122 II 148 E. 3). – Der Beschwerdeführer macht geltend, der Vollzug der Wegweisung sei aufgrund der Corona-Pandemie und dem damit einhergehenden Erliegen des weltweiten Flugverkehrs offensichtlich nicht in absehbarer Zeit durchführbar (Beschwerde Rz. 10 f. und 13). Auf- grund einer summarischen Prüfung ist dem zu entgegen, dass trotz der vom Bundesrat am 16. März 2020 infolge der Ausbreitung des Coronavirus verhängten ausserordentlichen Lage kein absoluter Ausschaffungsstopp erlassen wurde; die COVID-19-Verordnung 2 schliesst Rückführungen nicht grundsätzlich aus. Die Kommission der Europäischen Union hat mit Blick auf Art. 15 Abs. 4 der auch für die Schweiz verbindlichen Richtlinie

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 9 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezem- ber 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal

aufhältiger Drittstaatsangehöriger (sog. «Rückführungsrichtlinie»; ABl. L 348 vom 24.12.2008 S. 98 ff.) festgehalten, dass die von den Ländern ergriffenen Massnahmen nicht so ausgelegt werden sollten, dass automatisch in allen Fällen keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung mehr bestehe (vgl. Mitteilung der Kommission, COVID-19: Hinweise zur Umsetzung der einschlägigen Bestimmungen im Bereich der Asyl- und Rückführungsverfahren und zur Neuansiedlung; ABl. C 126 vom 17.4.2020 S. 12 ff., S. 26). Für den Beschwerdeführer besteht eine DEPA- Flugbuchung für Juni 2020 (vgl. Flugbestätigung des SEM in unpag. Vorakten ZMG 20 402). Die zuständige Fluggesellschaft «Air Algérie» hat bestehende Flugbuchungen für die Monate Juni und Juli 2020 bisher nicht annulliert und wird über die Durchführung der Flüge für Juni 2020 frühestens Ende Mai 2020 entscheiden (Stellungnahme des MIDI vom 30.4.2020 [act. 7] S. 2). Nach dem Gesagten liegt es im Bereich des Möglichen, dass der Flug durchgeführt werden kann, womit der Wegweisungs- vollzug prima facie innert absehbarer Zeit durchführbar erscheint.

### **E. 2.7**

Überdies ist in Bezug auf den Beschwerdeführer zu berücksichtigen, dass er rechtskräftig unter anderem wegen Raubes und mehrfachen Diebstahls zu mehreren Freiheitsstrafen von insgesamt mehr als sechs Jahren verurteilt wurde (vgl. Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 1.3.2019 in unpag. Vorakten ZMG 19 263). Unter diesen Umständen überwiegt das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft das private Interesse des Beschwerdeführers an einer (sofortigen) Haftentlassung.

### **E. 2.8**

Da der Verfahrensmangel der unterlassenen mündlichen Verhandlung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden kann, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur unverzüglichen Durchführung einer mündlichen Verhandlung an das ZMG zurückzuweisen (vgl. BGE 122 II 154 E. 2d; BVR 2016 S. 529 E. 2.6; VGE 2011/297 vom 9.8.2011 E. 2.2.3, 2010/185 vom 12.5.2010 S. 5, 2009/453 vom 22.12.2009 E. 2.4; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 10 N. 10.44). Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers einzugehen.

### **E. 3.1**

Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Die Sache wird zur unverzüglichen Durchführung einer mündlichen Verhandlung an das ZMG zurückgewiesen; im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. Der Beschwerdeführer ist bis zum erneuten Entscheid in Haft zu belassen.

### **E. 3.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittel nur teilweise durch. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist indes im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Ob-siegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neu Beurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen

Gutheissung des Begehrens führen kann (BVR 2016 S. 222 E. 4.1). Demnach ist der Beschwerdeführer für die Kostenverlegung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als vollständig obsiegend zu betrachten und sind für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keine Kosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Der Kanton Bern hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vorne Bst. C) ist damit als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG). Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens hat das Verwaltungsgericht im Rahmen des Rückweisungsentscheids nicht neu zu liquidieren. Darüber zu entscheiden, ist Sache des ZMG (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 5).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.05.2020, Nr. 100.2020.130U, Seite 11 Demnach entscheidet der Einzelrichter:

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