

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 361 vom 21. Januar 2022

BE Verwaltungsgericht, 2022-01-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2021_361

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 361 du 21 janvier 2022

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 361 del 21 gennaio 2022

Regeste

Anordnung und Verlängerung der Ausschaffungshaft im Rahmen des Dublin-Verfahrens (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 9. Dezember 2021; KZM 21 1385) | 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. 31 Abs. 2 des Einführungsgesetzes vom 9. Dezember 2019 zum Ausländer- und Integrationsgesetz sowie zum Asylgesetz [EG AIG und AsylG; BSG 122.20]).

E. 1.2

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt (Art. 79 Abs. 1 Bst. a und b VRPG). Seine Beschwerdebefugnis setzt weiter ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids voraus (Art. 79 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein solches vermag im Allgemeinen nur eine Partei darzutun, die ein aktuelles und praktisches

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 5 Interesse an der Beurteilung des Rechtsmittels hat (statt vieler BVR 2019 S. 93 E. 5.1; BGE 142 II 451 E. 3.4.1). – Der Beschwerdeführer wurde am 14. Dezember 2021 nach Italien überstellt (vorne Bst. C). Soweit er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und seine Entlassung aus der Haft verlangt (Rechtsbegehren 1 und 2), hat er folglich kein aktuelles und praktisches Interesse an der Behandlung seiner Beschwerde mehr (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 mit Hinweisen; BVR 2016 S. 529 E. 1.2). In diesem Umfang ist das Verfahren gegenstandslos geworden und abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG). Der Beschwerdeführer macht allerdings ausreichend begründet und in vertretbarer Weise («griefs défendables») geltend, unter Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 Bst. f der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) in Haft genommen und belassen worden zu sein. Unter diesen Umständen tritt das Verwaltungsgericht entsprechend gefestigter Praxis trotz Wegfalls des aktuellen und praktischen Interesses regelmässig auf die Beschwerde ein (vgl. BGE 147 II 49 E. 1.2.2, 139 I 206 E. 1.2.1; BVR 2016 S. 529 E. 1.2; vgl. allgemein auch BVR 2018 S. 310 E. 7.3). In diesem Sinn ist die vom Beschwerdeführer im Eventualstandpunkt beantragte Feststellung der Unrechtmässigkeit der Haft (Rechtsbegehren 6) zu prüfen (vgl. zuletzt VGE 2021/348 vom 13.12.2021 E. 1.1, 2021/351 vom 14.12.2021 E. 1.2.2 [beide nicht rechtskräftig]).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer stellt neben diesem Eventualantrag weitere Feststellungsbegehren (vgl. vorne Bst. C). Solche sind gegenüber Leistungs- und Gestaltungsbegehren subsidiär und damit im Allgemeinen nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der um Feststellung ersuchen- den Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann (BVR 2018 S. 310 E. 7.3; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 f.). Im Einzelnen ergibt sich Folgendes:

E. 1.3.1

Begehren um Feststellung der Gehörsverletzung (Rechtsbegehren 3) kommt grundsätzlich keine selbständige Bedeutung zu, wenn sie der Begründung der Hauptbegehren auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Haftentlassung dienen (vgl. VGE 2021/345 vom 9.12.2021 E. 1.2 [nicht rechtskräftig]). Da der Beschwerdeführer aber mittlerweile aus der Haft entlassen und nach Italien überstellt worden ist, ist das Begehren

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 6 dennoch zulässig (vgl. BGer 2C_548/2011 vom 26.7.2011 E. 1.2 f., 4.3.3; BVR 2016 S. 529 E. 1.2.2, 2.6).

E. 1.3.2

Dem Begehren, es sei die Widerrechtlichkeit der Haftbedingungen und der unzureichenden medizinischen (psychologischen) Versorgung festzustellen (Rechtsbegehren 4), kann im Rahmen der Prüfung der Unrechtmässigkeit der Haft gemäss dem vorne in E. 1.2 Ausgeführten Rechnung getragen werden. Ein darüber hinausgehendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse (vgl. hierzu allgemein Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 74) ist weder dargetan noch ersichtlich. Auf das Rechtsbegehren 4 ist deshalb nicht einzutreten.

E. 1.3.3

Der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsbegehren (vorne E. 1.3 einleitend) gilt auch im Verhältnis zu Leistungsbegehren im Staatshaftungsverfahren (BVR 2008 S. 569 E. 3.3; Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 73). Wer um Rechtsschutz gegen einen (schädigenden) Realakt nachsuchen will, muss deshalb nach dem Konzept der bernischen Verwaltungsrechtspflege in erster Linie den Weg über ein Staatshaftungsverfahren beschreiten. Auf ein Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist demzufolge nicht einzutreten, wenn damit bezweckt wird, die Widerrechtlichkeit im Hinblick auf einen späteren Staatshaftungsprozess feststellen zu lassen (vgl. BVR 2007 E. 441 E. 4.1 mit Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Zwangsmedikation (Covid-19-Impfung) beantragt (Rechtsbegehren 5), steht eine solche Absicht soweit ersichtlich aber nicht im Vordergrund. Angesichts dieser besonderen Konstellation und mit Blick auf den relativ schwerwiegenden Grundrechtseingriff, der mit einer Zwangsimpfung einhergeht, ist dieses Feststellungsbegehren daher als zulässig zu betrachten und auf die Beschwerde auch insoweit einzutreten (vgl. BVR 2007 S. 441 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 128 II 156 E. 4a).

E. 1.4

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 unter anderem eine Unterschrift enthalten (Art.

32 Abs. 2 VRPG). Sie muss mithin einhändig oder durch eine zur Vertretung bevollmächtigte Person unterschrieben werden (Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 7 bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 32 N. 28). Dazu ist im vorliegenden Fall Folgendes zu erwägen:

E. 1.4.1

Nach Art. 15 Abs. 4 VRPG sind vor den Verwaltungsjustizbehörden ausser auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts und vorbehaltlich 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 Anwaltsregister 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. AIG sowie 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).

E. 1.4.2

Der Beschwerdeführer hat 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 grundsätz-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 8 lich 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.). Soweit hier interessierend ist demnach davon auszugehen, dass die Mandatserteilung an AsyLex rech-

E. 1.4.3

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. 1.4 einleitend): 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 beiziehen. 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. 1.4.1).

E. 1.4.4

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). Soweit das Verfahren nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (vorne E. 1.2) und unter Vorbehalt von E. 1.3.2 ist somit auf die Beschwerde einzutreten.

E. 1.5

Der Entscheid über die ausländerrechtliche Haft fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. e des Gesetzes vom 11. Juni 2009

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 9 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Im vorliegenden Verfahren sind zwei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung: Zum einen die umstrittene Rechtsfrage, ob Art. 76a Abs. 4 AIG im Licht von Art. 28 Dublin III-Verordnung anwendbar ist (hinten E. 4). Zum andern die von Amtes wegen zu klärende Frage, wie die für den mandatierten Verein AsyLex tätige Rechtsvertreterin nach Massgabe des einschlägigen kantonalen Verfahrensrechts zu entschädigen ist (hinten E. 8.2-8.4). Über beide Fragen hat das Verwaltungsgericht am heutigen Tag gestützt auf Art. 56 Abs. 2 Bst. a GSOG in Fünferbesetzung im insoweit gleich gelagerten Verfahren 100.2021.387 entschieden (die zweite Frage im Anschluss an eine Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 11.1.2021). Dieser Leitentscheid ist massgebend, weshalb sich hier die Überweisung an das Kollegialgericht erübrigt.

E. 1.6

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

E. 2

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Das ABEV (MIDI) habe ihm weder zur (ursprünglichen) Haftanordnung vom 25. August 2021 noch zur Haftverlängerung vom 8. November 2021 das rechtliche Gehör gewährt (Beschwerde S. 9 f.).

E. 2.1

Das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 21 ff. VRPG) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Verfahrensbeteiligten beim Erlass von Verfügungen dar, die ihre Rechtsstellung betreffen. Der Anspruch umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 144 II 427 E. 3.1, 143 V 71 E. 4.1; BVR 2018 S. 281 E. 3.1). Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines ihre Rechte betreffenden Entscheids zur Sache zu äussern (Art. 21 Abs. 1 VRPG). Voraussetzung für die Wahrnehmung des Äusse-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 10 rungs- und Anhörungsrechts ist, dass die Behörden die Betroffenen über die wesentlichen Aspekte des Verfahrens orientieren (BGE 144 I 11 E. 5.3 mit Hinweisen).

E. 2.2

Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, unter anderem Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Für die Anordnung der ausländerrechtlichen Haft heisst dies, dass der rechtsunkundigen ausländischen Person spezifisch darzulegen ist, weshalb sie inhaftiert wird. Die rechtliche Beurteilung und die zugrundeliegenden Tatsachen sind ihr verständlich und untechnisch mitzuteilen (BGER 2C_549/2021 vom 3.9.2021 E. 3.3.4 mit Hinweis auf Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Diss. Zürich 2015, S. 223). Zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs genügt, wenn sich die betroffene Person zum Zeitpunkt der Haftanordnung zu dieser äussern kann. Eine vorgängige Anhörung dürfte in der Praxis meist nicht möglich sein (vgl. BGER 2C_620/2021 vom 14.9.2021 E. 3.2.1, 2C_549/2021 vom 3.9.2021 E. 3.4.6; Martin Businger, a.a.O., S. 225).

E. 2.3

Zur Haftanordnung vom 25. August 2021 ergibt sich Folgendes:

E. 2.3.1

Mit Schreiben vom 25. August 2021, adressiert an die Kantonspolizei Bern, Ausländer- und Bürgerrechtsdienst (ABD), ordnete das ABEV gegenüber dem Beschwerdeführer die Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens an und beauftragte den ABD, die Überstellung nach Italien «zu organisieren» (Akten MIDI pag. 61 ff., in Haftakten ZMG). Am 29. September 2021 hielt die Kantonspolizei Bern den Beschwerdeführer im Rückkehrzentrum Worb an, gewährte ihm «das rechtliche Gehör betreffend eine allfällige Verhängung eines Einreiseverbots» und verbrachte ihn zunächst auf die Polizeiwache Worb für die «Erledigung der Formalitäten» und anschliessend ins RG Bern (Berichtsrapport vom 29.9.2021 [act. 7C]). Gleichentags wurde ihm die Haftanordnung vom 25. August 2021 ausgehändigt (vgl. Empfangsbestätigung vom 25.8.2021 mit Vermerk «Unterschrift verweigert» [act. 7A]), zusammen mit den Merkblättern «Vollzug von Zwangsmassnahmen im Schweizerischen AIG» und «Dublin-Haft Art. 80a AIG», je in ihm verständlicher Sprache (bei act. 7D; deutsche Version des Merkblatts «Zwangsmassnahmen» act. 7B). Das Merkblatt «Zwangsmassnahmen» enthält unter an-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 11 derem eigens Hinweise zur Dublin-Haft nach Art. 80a AIG und zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung in diesem Verfahren. Das Merkblatt «Dublin-Haft» enthält nochmals spezifisch die Information, als in- haftierte Person unentgeltlich Rechtsberatung und -vertretung in Anspruch nehmen zu können.

E. 2.3.2

Entgegen dem Beschwerdeführer (vgl. Eingabe vom 28.12.2021 S. 2 Rz. 3 [act. 10]) setzt der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht voraus, dass er vor der Haftanordnung anzuhören ist. Vielmehr genügt es, wenn er nach der Verhaftung sofort über die Gründe der Haft und seine Rechte informiert wird (vgl. vorne E. 2.2; in diesem Sinn auch Stellungnahme des ABEV vom 21.12.2021 S. 1 [act. 7] mit Verweis auf Art. 30 Abs. 2 EG AIG und AsylG). Auf dem ihm ausgehändigten Merkblatt «Zwangsmassnahmen» war (einzig) die «Haftanordnung im Rahmen des Dublin-Verfahrens (Art. 80a Abs. 3 AIG)» angekreuzt. Aufgrund des Ausreisegesprächs Mitte August 2021 war ihm die Möglichkeit der Ausschaffungshaft bekannt, falls er nicht freiwillig nach Italien zurückkehren sollte (vgl. hinten E. 4.2); an diesem Gespräch wurde ihm zudem das «Dublin-Abkommen», das er nach eigenen Angaben bereits kannte, nochmals erläutert (vgl. Gesprächsprotokoll S. 1, Akten MIDI pag. 48, in Haftakten ZMG). Er war also im Zeitpunkt der Verhaftung jedenfalls in den Grundzügen darüber orientiert, weshalb er inhaftiert wurde. Insofern hat das ABEV das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt.

E. 2.3.3

Soweit der Beschwerdeführer eine Gehörsverletzung in angeblichen Fehlinformationen des Merkblatts «Zwangsmassnahmen» sehen wollte (vgl. Eingaben vom 28.12.2021 [S. 2 Rz. 4; act. 10] und vom 18.1.2022 [S. 2 Rz. 2; act. 19]), kann ihm nicht gefolgt werden: Auf diesem Merkblatt ist der Abschnitt «Haftanordnung im Rahmen des Dublin-Verfahrens (Art. 80a Abs. 3 AIG)» individuell markiert (vgl. E. 2.3.2 hiervoor). Dort steht geschrieben, dass die inhaftierte Person jederzeit die richterliche Haftüberprüfung beantragen und auch jederzeit ein Haftentlassungsgesuch einreichen kann (act. 7B [deutsche Version des Merkblatts]). Der Beschwerdeführer rügt nicht, dass ihm in der Übersetzung ausgehändigte Merkblatt enthalte diesen Passus nicht. Es trifft zu, dass das Merkblatt nicht allzu glücklich gestaltet ist, wenn es weiter unten in einem letzten Abschnitt unter dem Titel «Ihre

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 12 Rechte» unter anderem festhält, «die Haftanordnung [sei] nicht anfechtbar» und es könne «1 Monat nach der Haftüberprüfung bei der richterlichen Behörde ein Haftentlassungsgesuch [gestellt werden]». Da die Rechte des Beschwerdeführers gemäss Art. 80a Abs. 3 (und 4) AIG aber wie erwähnt speziell markiert waren, hatte er hiervon – namentlich von der Möglichkeit, jederzeit eine richterliche Haftüberprüfung zu beantragen – Kenntnis. Der Abschnitt «Ihre Rechte» hält im Übrigen als erstes fest, dass Inhaftierte mit ihrer Rechtsvertretung Kontakt aufnehmen können. Bei Unklarheiten hätte der Beschwerdeführer sich ausserdem bei der Polizei bzw. beim Gefängnispersonal melden können. – Ungeachtet dieser Beurteilung im konkreten Fall tut das ABEV (MIDI) aber gut daran, sein Merkblatt über den Vollzug von AIG-Zwangsmassnahmen zu überdenken und die Information über die Rechte und Verfahrensregeln in den verschiedenen Zwangsmassnahmen- bzw. Haft-Verfahren stringent zu gliedern.

E. 2.3.4

Eine Gehörsverletzung ist mit dem Beschwerdeführer (vgl. Eingabe vom 28.12.2021 S. 2 Rz. 5 [act. 10]) jedoch darin zu erblicken, dass das ABEV wesentliche Akten (insb. Empfangsbestätigung zur Haftanordnung, polizeilicher Berichtsrapport vom 29.9.2021 und ausgehändigte Merkblätter [act. 7A-7D]) erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beigebracht hat (vgl. vorne Bst. C). Dies obwohl diese Dokumente teilweise in der Haftanordnung als Beilagen aufgeführt sind (Akten MIDI pag. 63, in Haftakten ZMG). Das ABEV ist damit seiner aus dem Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 23 Abs. 1 VRPG abgeleiteten behördlichen Aktenführungspflicht (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.2 mit Hinweisen; BVR 2009 S. 49 E. 4.3.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 23 N. 5) nicht nachgekommen. Diese dient namentlich dazu, über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften Auskunft geben zu können. Diese Gehörsverletzung wiegt jedoch nicht besonders schwer, weil der Beschwerdeführer die Gründe für die Haftanordnung kannte und über seine Rechte rechtsgenügend informiert wurde (vorne E. 2.3.2 f.). Er hat sich sodann vor Verwaltungsgericht im Licht der ergänzten Akten äussern und damit seine Rechte vollumfänglich wahren können. Die Gehörsverletzung ist deshalb im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geheilt worden (vgl. BGE 145 I 167 E. 4.4 [Pra 108/2019 Nr. 119]; BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5, je mit Hinweisen). Dem Verfahrensmangel ist jedoch bei der Kostenverlegung Rechnung zu tragen (vgl. hinten E. 8.1).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 13

E. 2.4

Hinsichtlich der Haftverlängerung ab dem 8. November 2021 ist aktenkundig, dass die diesbezügliche Haftanordnung dem Beschwerdeführer gleichentags ausgehändigt wurde, wobei er die Unterschrift auf der Empfangsbestätigung wiederum verweigerte (Akten MIDI pag. 158 ff., in Haftakten ZMG; vgl. auch Stellungnahme des ABEV vom 17.12.2021 S. 2 [act. 5]). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass ihm der Grund für die weitere Haft (Weigerung, zwecks Antritts des Ausschaffungsflugs in das Transportfahrzeug einzusteigen; vgl. hinten E. 5.4) nicht in einer ihm verständlichen Sprache mitgeteilt worden wäre, wie dies in Art. 30 Abs. 2 EG AIG und AsylG vorgesehen ist. Dass er jederzeit die richterliche Haftüberprüfung beantragen konnte, war ihm bereits bekannt (vgl. vorne E. 2.3.3), sollte er hierüber nicht nochmals belehrt worden sein (dies macht er nicht geltend). Eine Gehörsverletzung im Zusammenhang mit der Haftverlängerung vom 8. November 2021 ist nicht erkennbar.

E. 3

In der Sache strittig ist die Rechtmässigkeit der gegen den Beschwerdeführer angeordneten Haft(-verlängerung) im Rahmen des Dublin-Verfahrens.

E. 3.1

Die Voraussetzungen der Haft im sog. Dublin-Verfahren richten sich im Rahmen von Art. 28 Dublin III-Verordnung nach Art. 76a AIG. Art. 28 Dublin III-Verordnung sieht zwei Möglichkeiten der Inhaftierung zur Sicherung der Überstellung vor: Einerseits die Haft vor bzw. während 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. Ausländerbe- reich»); und andererseits – wie hier – die Haft zur Sicherung der Überstel- lung, 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 (<Aus- Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 14 schaffungshaft» im Rahmen des Dublin-Verfahrens)» bezeichnet (Weisun- gen AIG Ziff. 9.9.3; vgl. BGer 2C_199/2018 vom 9.7.2018 E. 3.3).

E. 3.2

Die Schweiz hat die Dublin III-Haftregeln in Art. 76a (materielles Recht) bzw. Art. 80a (Verfahren) AIG umgesetzt. Nach Art. 76a Abs. 1 AIG kann die zuständige Behörde die betroffene ausländische Person zur Sicher- stellung der Wegweisung in den für das Asylverfahren zuständigen Dublin- Staat in Haft nehmen, wenn im Einzelfall konkrete Anzeichen befürchten las- sen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will (Bst. a), die Haft verhältnismässig ist (Bst. b) und sich weniger einschnei- dende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen (Bst. c; Art. 28 Abs. 2 Dublin III-Verordnung). Die konkreten Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich die Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will, sind in Art. 76a Abs. 2 AIG abschliessend aufgeführt (vgl. BGE 143 I 437 E. 3.2, 142 I 135 E. 4.1; vgl. auch Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Bst. n Dublin III-Ver- ordnung; Botschaft des Bundesrats über die Genehmigung und die Umset- zung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] Nr. 603/2013 und [EU] Nr. 604/2016 vom 7.3.2014 [BB1 2014 S. 2675 ff., 2701 f.; nachfolgend: Botschaft Dublin III- Verordnung]). Solche konkreten Anzeichen liegen unter anderem vor, wenn das Verhalten der betroffenen Person in der Schweiz oder im Ausland darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Art. 76a Abs. 2 Bst. b AIG). Demgegenüber ist allein der Umstand, dass sich eine Person in einem Dublin-Verfahren befindet, kein zulässiger Grund für deren Inhaftierung (BGE 142 I 135 E. 4.1; Botschaft Dublin III-Verordnung S. 2689).

E. 3.3

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes (grammatikalisches Element). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahms- weise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wort- laut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entste- hungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammen- hang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretatio- nen 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 bei- zulegen, die dem Sinn der völkerrechtlichen Norm am nächsten kommt (vgl. Pierre Tschan- nen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, N. 441). Allerdings findet – wie beim verfassungskonformen Element – auch eine völkerrechtskonforme Ausle- gung 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.).

E. 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.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 18

E. 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-Wegweisungsentscheid 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 unkooperativem 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 19 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).

E. 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).

E. 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.

E. 3.4

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

E. 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, vorbehaltlich 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).

E. 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/Er-rass, 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 Kon-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 20 stellung ermittelt und durch Lückenfüllung im Interesse der Wirksamkeit des Überstellungs- systems richterlich korrigiert hat (Rz. 37 ff.; vgl. zur Berücksichtigung des teleologischen Ele- ments bei der Auslegung einer Unionsvorschrift durch den EuGH Rz. 29). Zwar ist festzuhal- ten, 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 frag- lich, 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 Überstellungssys- tems 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 nach- folgenden 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 ak- zessorische 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 Verwaltungs- gericht massgebend (hiernach E. 3.5 f.), zumal kein Verstoß gegen Art. 5 EMRK oder zwin- gendes Völkerrecht erkennbar ist (hinten E. 3.7 f.).

E. 3.5

Bei unvermeidbarem Normenkonflikt geht grundsätzlich die völkerrechtliche Ver- pflichtung 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 völkerrecht- liche 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 the- matisiert 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-Pra- xis, in AJP 2010, S. 1009 ff., 1018 f.). Diese <Ausnahme> gilt allerdings nicht, wenn men- schenrechtliche 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).

E. 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):

E. 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 BBl 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 (BBl 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 21 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 Ministerheit 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 BBl 2018 S. 1685 ff.) Gelegenheit gehabt hätte.

E. 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 ZBl 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 ZBl 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 generellen 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 Tschannen, a.a.O., N. 439).

E. 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 22 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 vor- gegebenen Kriterien als zulässig erweist, soweit eine erhebliche Fluchtgefahr im Anwen- dungsbereich von Abs. 4 überhaupt vorausgesetzt ist (vgl. vorne E. 3.3.4). Ein Verstoss ge- gen 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 offen- sichtlich 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]).

E. 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 Menschen- rechte 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 not- standsfesten 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 um- schriebenen Normen des zwingenden Völkerrechts sind hier nicht berührt, zumal jedenfalls keine willkürliche Inhaftierung vorliegt.

E. 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 anzuwen- den hat (Art. 190 BV). Die Dublin-Haft ist mithin nicht (schon) deshalb rechtswidrig, weil und soweit sie sechs Wochen ab Inhaftnahme übersteigt.»

E. 4

Vorab gerügt ist die Völkerrechtswidrigkeit von Art. 76a Abs. 4 AIG.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Haft gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG sei völkerrechtswidrig, soweit sie die in Art. 28 Dublin III-Verord- nung vorgesehene maximal

zulässige Haftdauer von sechs Wochen übersteige und entgegen dieser Verordnungsbestimmung keine erhebliche Fluchtgefahr voraussetze. Hinsichtlich der Höchstdauer der Haft liege in der Dublin III-Verordnung keine Lücke vor, die Raum für nationale Regeln lasse. Aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit Art. 28 Dublin III-Verordnung verstosse Art. 76a Abs. 4 AIG auch gegen Art. 5 EMRK, welcher vorsehe, dass eine Haft nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise angeordnet werden dürfe. Art. 76a Abs. 4 AIG dürfe deshalb nicht angewendet werden (Beschwerde S. 4 f. Rz. 10 f.). 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 sei deshalb kein Normenkonflikt zwischen dieser Bestimmung und Art. 76a Abs. 4 AIG zu erkennen, der zugunsten der Anwendung von Art. 28 Dublin III-Verordnung zu lösen wäre (angefochtener Entscheid S. 4).

E. 4.2

Dieselben Rügen hat die im vorliegenden Verfahren auftretende Rechtsvertreterin in zwei insoweit gleich gelagerten Verfahren erhoben (Verfahren 100.2021.377 und 100.2021.387). Das Verwaltungsgericht hat mit heutigem Leitentscheid im Verfahren 100.2021.387 erkannt (vgl. vorne E. 1.5), dass es Art. 76a Abs. 4 AIG ungeachtet eines möglichen Konflikts

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 17 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 (VGE 2021/387 vom 21.1.2022 E. 3). Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht in E. 3.2-3.9 Folgendes erwo- gen (Zitat): «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 Krite- rien 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: Bot- schaft Dublin III-Verordnung], in BBl 2014 S. 2675 ff., 2681 Ziff. 1.1). Art. 76a AIG ist grund- sätzlich 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).

E. 4.3

Demgemäss ist hier von der Anwendbarkeit von Art. 76a Abs. 4 AIG auszugehen und davon, dass die gegen den Beschwerdeführer verhängte Dublin-Haft nicht deshalb rechtswidrig ist, weil und soweit sie sechs Wochen ab Inhaftnahme übersteigt (vgl. vorne E. 3.5). Nicht abschliessend geklärt werden muss auch hier die in E. 3.3.4 des Leitentscheids aufgeworfene Frage, ob Art. 76a Abs. 4 AIG zumindest dahingehend völkerrechtskonform ausgelegt werden kann, dass auch in seinem Anwendungsbereich eine er- hebliche Flucht- bzw. Untertauchensgefahr im Sinn von Art. 28 Abs. 2 Dub- lin III-Verordnung bzw. Art.

76a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 AIG vorausgesetzt ist. Eine derartige Fluchtgefahr liegt hier vor, wie zu zeigen ist (vgl. E. 5 hiernach).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 23

E. 5

Weiter liegt im Streit, ob das ZMG einen Haftgrund nach Art. 76a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 Bst. b bzw. Abs. 4 AIG zu Recht bejaht hat.

E. 5.1

Das ZMG hat zur Haftanordnung vom 25. August 2021 erwogen, es hätten konkrete Anzeichen bestanden, dass der Beschwerdeführer sich dem Wegweisungsvollzug entziehen werde. So habe er am Ausreisegespräch vom 16. August 2021 erklärt, er sei nicht zu einer Rückkehr nach Italien bereit und werde im Fall einer Ausschaffung wieder in die Schweiz zurückkehren. Sein Verhalten in der Schweiz habe darauf schliessen lassen, dass er sich behördlichen Anordnungen widersetze. Damit habe in Bezug auf die ursprüngliche Dublin-Haft der Haftgrund nach Art. 76a Abs. 2 Bst. b AIG vorgelegen (angefochtener Entscheid S. 5). Zur Haftverlängerung vom 8. November 2021 hat das ZMG erwogen, indem sich der Beschwerdeführer geweigert habe, den Transport für den bevorstehenden Ausschaffungsflug anzutreten, habe er den Haftgrund gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG erfüllt (angefochtener Entscheid S. 5).

E. 5.2

Im Asylverfahren gab der Beschwerdeführer gegenüber dem SEM an, er könne nicht nach Italien zurückkehren, weil er dort kein Asylgesuch eingereicht habe, er sich in der Schweiz ausbilden lassen möchte und sein Bruder sich hier aufhalte. Er werde sich etwas antun, falls er nach Italien «zurückgeschickt» werde (Akten MIDI pag. 18, in Haftakten ZMG). Im August 2021 äusserte er anlässlich des Ausreisegesprächs gegenüber dem MIDI, er wolle nicht nach Italien zurück. Wenn er zur Rückkehr gezwungen werde, komme er wieder zurück. Einen gegebenenfalls behördlich für ihn organisierten Flug nach Italien würde er nicht antreten. Im Rahmen der an diesem Gespräch auch gebotenen Gelegenheit, sich zu einem Einreiseverbot zu äussern, erklärte er, er sei damit nicht einverstanden, lieber würde er sterben. Er bestätigte verstanden zu haben, dass er im Fall einer erneuten Einreise in Missachtung eines Einreiseverbots umgehend in Administrativhaft versetzt würde, weil dies einen Haftgrund darstelle, und hielt fest, er werde aber sowieso wieder zurückkommen (Akten MIDI pag. 48 f., in Haftakten ZMG). Den Akten lassen sich dagegen keine Hinweise entnehmen, dass

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 24 der Beschwerdeführer in der Schweiz je untergetaucht ist. Seine Angaben, wonach er sich «stets» in der ihm zugewiesenen Asylunterkunft aufgehalten habe (Beschwerde S. 6), sind unbestritten geblieben. Er wurde denn auch am 29. September 2021 im Rückkehrzentrum Worb durch die Kantonspolizei angehalten und verhielt sich dabei soweit ersichtlich anständig und kooperativ (vgl. Berichtsrapport vom 29.9.2021 [act. 7C]).

E. 5.3

Die dargelegten Umstände sind wie folgt zu würdigen: Der Beschwerdeführer hat mehrmals klar zum Ausdruck gebracht, dass er unter keinen Umständen bereit ist, nach Italien zurückzukehren. Diese Haltung, die er bereits im Asylverfahren kundgetan hatte,

machte er insbesondere am Ausreisegespräch vom 16. August 2021 deutlich, indem er eine freiwillige Rückkehr der Sache nach klar ausschloss, den Nichtantritt eines allfälligen behördlich organisierten Flugs nach Italien in Aussicht stellte und im Fall einer zwangsweisen Überstellung seine Wiedereinreise in die Schweiz – wenn nötig unter Missachtung eines Einreiseverbots und unter Inkaufnahme erneuter Ausschaffungshaft – ankündigte. Seine Aussagen, er werde sich bei einer Abschiebung nach Italien etwas antun oder er würde lieber sterben als ein Einreiseverbot zu erhalten, zeigen seine Bereitschaft, seine Überstellung mit allen Mitteln zu verhindern. Angesichts dieser unmissverständlichen Haltung ist es auch im Licht der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. vorne E. 3.3) nicht zu beanstanden, wenn das ZMG aus dem Verhalten des Beschwerdeführers geschlossen hat, dieser werde sich dem Wegweisungs-vollzug nach Italien entziehen und würde sich damit im Sinn von Art. 76a Abs. 2 Bst. b AIG behördlichen Anordnungen widersetzen. Ins Leere geht der Einwand (Beschwerde S. 7 Rz. 18), das SEM habe im Zeitpunkt seines Nichteintretensentscheids das Vorliegen von Haftgründen verneint (vgl. Schreiben «Überstellungsmodalitäten», Akten MIDI pag. 31, in Haftakten ZMG). Wie das ZMG zu Recht erwogen hat, hat der Beschwerdeführer seine haftrelevanten Aussagen hauptsächlich im Rahmen des Ausreisegesprächs vom 16. August 2021 gemacht (vgl. angefochtener Entscheid S. 5). Der Einschätzung des SEM von Anfang Juli 2021 kommt deshalb kein entscheidendes Gewicht zu. Mit Blick auf den im November 2021 verweigerten Ausschaffungsflug (vgl. E. 5.4 hiernach) hilft dem Beschwerdeführer in der Rückschau auch nicht, dass er nach dem Ausreisegespräch nicht untertauchte, sondern sich (weiterhin) mehrheitlich im Rückkehrzentrum aufhielt, bevor er dort gut

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 25 einen Monat nach der Haftanordnung festgenommen wurde (vgl. vorne Bst. A). Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass das ZMG bezüglich der ursprünglich angeordneten Ausschaffungshaft im Rahmen des Dublin-Verfahrens (Haftanordnung vom 25.8.2021) eine erhebliche Fluchtgefahr und damit einen genügenden Haftgrund (Art. 76a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 Bst. b AIG) bejaht hat.

E. 5.4

Zur Haftverlängerung nach Art. 76a Abs. 4 AIG (Haftanordnung vom 8.11.2021) macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, diese Bestimmung sei völkerrechtswidrig und daher nicht anwendbar. Wie aufgezeigt (vorne E. 4), kann dem nicht gefolgt werden. Im Übrigen streitet der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Erkenntnis nicht ab, wonach er den Haftgrund nach Art. 76a Abs. 4 AIG erfüllt habe. Zu Recht: Am Vortag des für ihn auf den 9. November 2021 organisierten Ausschaffungsflugs hat er den Transport ab dem RG Moutier verweigert (Akten MIDI pag. 149 ff., in Haftakten ZMG). Durch sein Verhalten hat er dafür gesorgt, dass das für ihn gebuchte Flugticket annulliert werden musste. Der Beschwerdeführer hat sich damit im Sinn des ersten Teilsatzes von Art. 76a Abs. 4 AIG einer behördlichen Anordnung aktiv widersetzt. Dies ist als konkrete Handlung zu werten, um die Überstellung zu unterlaufen (vgl. auch BGer 2C_620/2021 vom 14.9.2021 E. 4, 2C_549/2021 vom 3.9.2021 E. 4.3), womit eine erhebliche Fluchtgefahr fortbestand und konkret erfüllt war (vgl. Art. 76a Abs. 2 Bst. b AIG). Der Haftgrund von Art. 76a Abs. 4 AIG ist somit zu bejahen.

E. 6

Strittig ist sodann die Verhältnismässigkeit der Haft.

E. 6.1

Die Inhaftierung muss sich insgesamt als verhältnismässig erweisen (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 28 Abs. 3 KV; Art. 76a Abs. 1 Bst. b AIG), weshalb zu prüfen ist, ob nicht eine weniger einschneidende Massnahme hinreichend wirksam wäre (Art. 76a Abs. 1 Bst. c AIG). Die Haft muss aufgrund sämtlicher Umstände geeignet und erforderlich erscheinen, um die Überstellung an den zuständigen Dublin-Staat zu gewährleisten; zudem hat sie in einem sachgerechten und zumutbaren Verhältnis zum angestrebten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 26 Zweck zu stehen (BGE 142 I 135 E. 4.1; BGer 2C_199/2018 vom 9.7.2018 E. 4.2). Dabei ist auch den familiären Verhältnissen der inhaftierten Person und den Umständen des Haftvollzugs Rechnung zu tragen (vgl. Art. 80a Abs. 8 AIG). Zu beachten ist insbesondere, ob die betroffene Person hafterstehungsfähig ist (vgl. BVR 2010 S. 541 E. 4.5.1).

E. 6.2

Der Beschwerdeführer bringt vor, der MIDI und das ZMG hätten es unterlassen, Haftalternativen ernsthaft zu prüfen. Seine Anwesenheit im Zeitpunkt des Rückflugs hätte beispielsweise mit einer Eingrenzung oder Meldepflicht sichergestellt werden können. Zudem sei die Haft auch aufgrund seiner schlechten psychischen Verfassung und der fehlenden psychologischen Unterstützung im RG Moutier unverhältnismässig gewesen (Beschwerde S. 7 f. Rz. 20 ff.).

E. 6.2.1

Mit Blick auf die festgestellte erhebliche Untertauchens- bzw. Fluchtgefahr (vorne E. 5.3 f.) ist nicht ersichtlich, dass eine mildere taugliche Massnahme als die Inhaftierung bestanden hat. Gestützt auf das Verhalten des Beschwerdeführers, namentlich seine mehrfach deziidiert geäusserte und später in die Tat umgesetzte Weigerung, freiwillig nach Italien zurückzukehren, war begründetermassen davon auszugehen, dass er sich einer Ausschaffung entziehen würde. Wie das ZMG zutreffend erwogen hat, machte der Beschwerdeführer damit deutlich, dass er selbst bei Anordnung der schwersten Zwangsmassnahme im Dublin-Verfahren nicht bereit ist, eine Überstellung nach Italien zu akzeptieren (angefochtener Entscheid S. 8 f.). Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände vermochten mildere Mittel als die Haft, insbesondere eine Eingrenzung (Art. 74 Abs. 1 Bst. b AIG) oder eine Meldepflicht (Art. 64e Bst. a AIG), die Wegweisung des Beschwerdeführers nicht in genügender Weise sicherzustellen (vgl. auch VGE 2021/165 vom 11.6.2021 E. 4.4, 2021/73 vom 15.3.2021 E. 4.3; BVGer D-2483/2016 vom 4.5.2016 E. 6.4).

E. 6.2.2

Zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers geht aus den Akten hervor, dass bei ihm eine posttraumatische Belastungsstörung, anamnestisch infolge 10-tägiger angstbedingter Schlaflosigkeit während der Überfahrt mit dem Schiff, und eine Sehschwäche am rechten Auge diagnostiziert wurden (vgl. ärztliche Kurzberichte vom 9.4. und 8.6.2021 sowie Bericht der Universitätsklinik für Augenheilkunde des Inselspitals vom 16.8.2021, Akten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 27 MIDI pag. 7, 11, 93 f., in Haftakten ZMG). Im Rahmen einer migrationsmedizinischen Befragung im April 2021 gab er an, er habe, abgesehen von seiner Sehschwäche, keine Beschwerden oder Schmerzen; zudem bejahte er die Frage, ob er gut schlafe (Akten

MIDI pag. 8, in Haftakten ZMG). Bei seiner Verhaftung Ende September 2021 deponierte er, er leide unter psychischen Problemen, Augenbeschwerden, Angst und Stress (vgl. Gesundheitsabklärung vom 29.9.2021 [bei act. 7D]). – Inwiefern die von ihm geltend gemachten psychischen Probleme die Haft als unverhältnismässig hätten erscheinen lassen sollen, legt er indes nicht substantiiert dar. Wohl trifft zu, dass er am 17. September 2021, zwölf Tage vor seiner Inhaftierung, einen Arzt zum zweiten Mal wegen psychischer Probleme konsultierte. Gemäss Auskunft der medizinischen Praxisassistentin vom 1. Oktober 2021 war die Behandlung nach dieser Konsultation jedoch abgeschlossen (Akten MIDI pag. 132 f., in Haftakten ZMG). Da die posttraumatische Belastungsstörung des Beschwerdeführers bekannt war, ist sodann davon auszugehen, dass eine angemessene medizinische Betreuung während der Dublin-Haft und insbesondere im RG Moutier gewährleistet war, auch wenn es in diesem Regionalgefängnis noch keine ständige psychologische Betreuung gibt, sondern psychiatrische Visiten (bloss) jeden Dienstagmorgen stattfinden (als Beschwerdebeilage 3 eingereichte E-Mail des Co-Direktors des RG Moutier vom 3.12.2021, die sich jedoch nicht auf den Beschwerdeführer bezieht). Gegenteiliges tut der Beschwerdeführer nicht dar; insbesondere bringt er nicht vor, dass er in dieser Zeit konkret einer psychiatrischen Betreuung bedürft hätte, die ihm verweigert worden sei. Dem Antrag, es sei die Unrechtmässigkeit der Haft wegen unzureichender medizinischer bzw. psychologischer Versorgung im RG Moutier festzustellen (vgl. vorne E. 1.3.2), kann deshalb nicht stattgegeben werden. Schliesslich stand gemäss dem «Medical Information Form» des SEM vom 6. Oktober 2021 einer unbegleiteten Ausreise des Beschwerdeführers aus medizinischer Sicht nichts entgegen (Akten MIDI pag. 139 f., in Haftakten ZMG). Insgesamt ist weder vorgebracht noch zu erkennen, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers seine Transport- oder seine Hafterstehungsfähigkeit in Frage stellten oder in Italien nicht angemessen behandelt werden können (vgl. auch BGer 2C_620/2021 vom 14.9.2021 E. 4 betreffend Österreich).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 28

E. 6.2.3

Auch wenn sich der angefochtene Entscheid nur knapp zur Erforderlichkeit der Haft bzw. zu deren Verhältnismässigkeit insgesamt äussert, lässt sich ihm doch hinreichend entnehmen, weshalb das ZMG diese Massnahme als geeignet und notwendig erachtet und aus diesem Grund mildere Mittel ausgeschlossen hat. Das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers wurde insoweit jedenfalls nicht verletzt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nur berührt, wenn das Haftgericht schematisch und ohne weitere Begründung davon ausgeht, es bestehe von vornherein keine mildere Massnahme als die Inhaftierung, bzw. wenn aus dem Haftentscheid nicht ersichtlich wird, ob und welche anderen Massnahmen geprüft und aus welchem Grund sie verworfen wurden (vgl. BGer 2C_466/2018 vom 21.6.2018 E. 5.2.2 mit Hinweis auf BGE 142 I 135 E. 2.2). Dies ist hier nach dem Gesagten nicht der Fall.

E. 6.3

Sodann hat der Beschwerdeführer im Asylverfahren zwar geäussert, sein Bruder halte sich in der Schweiz auf (vorne E. 5.2). Auch wenn dies zutreffen sollte, stehen die familiären Verhältnisse einer Ausschaffungshaft jedoch nicht entgegen, was der Beschwerdeführer selber nicht bestreitet. Die gemäss den Haftanordnungen vom 25. August und 8. November

2021 voll- zogene Haft erweist sich somit insgesamt als verhältnismässig. Die Feststel- lung des ZMG, dass keine Haftbeendigungsgründe im Sinn von Art. 80a Abs. 7 AIG vorgelegen haben (angefochtener Entscheid S. 8), ist zu Recht unbestritten geblieben. Insbesondere war der Wegweisungsvollzug des Be- schwerdeführers, der über ein «Laissez-Passer [LP] Dublin» verfügte (vgl. Haftanordnung vom 25.8.2021 S. 1, Akten MIDI pag. 61, in Haftakten ZMG), nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar. Im Übri- gen wurde auch die jeweilige maximale Haftdauer nach Art. 76a Abs. 3 Bst. c bzw. Abs. 4 AIG eingehalten (vgl. vorne E. 3.5).

E. 7

Im Streit liegt schliesslich, ob die im RG Bern statt in der speziell dafür vor- gesehenen Einrichtung in Moutier verbrachte Haftzeit rechtswidrig war und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 29 ob der Beschwerdeführer in dieser Zeit zwangsweise gegen Covid-19 ge- impft worden ist.

E. 7.1

Zweck der Dublin-Haft ist einzig die Sicherstellung des Überstel- lungsverfahrens in den zuständigen Dublin-Staat (vgl. Art. 28 Abs. 2 Dub- lin III-Verordnung; BGer 2C_199/2018 vom 9.7.2018 E. 3.1). Das Vollzugs- regime muss sich daher wesentlich von jenem der strafrechtlichen Untersu- chungshaft oder des Strafvollzugs unterscheiden. Die Beschränkung der Freiheitsrechte von aus administrativen Gründen inhaftierten Personen darf nicht über das hinausgehen, was zur Gewährleistung des Haftzwecks und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebs erforder- lich ist (sog. Trennungsgebot; vgl. BGE 146 II 201 E. 2.2, 122 II 299 E. 3b; BVR 2020 S. 324 E. 3.3, 2010 S. 541 E. 5.1, 2010 S. 529 E. 6.1). Gemäss Art. 81 Abs. 2 AIG ist die ausländerrechtliche Administrativhaft in Hafteinrich- tungen zu vollziehen, die dem Vollzug der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft dienen (Satz 1). Ist dies insbesondere aus Kapazi- tätsgründen nicht möglich, so sind die inhaftierten Ausländerinnen und Aus- länder gesondert von Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug unterzubringen (Satz 2). Die Bestimmung ist in Übereinstimmung mit der auch für die Schweiz verbindlichen sog. «Rückführungsrichtlinie» auszule- gen (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger [ABl. L 348 vom 24.12.2008 S. 98 ff.]). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine separate Festhaltung in einem besonderen Trakt eines Regionalgefängnisses wie das RG Bern höchstens für wenige Stun- den oder Tage zulässig; im Übrigen ist die inhaftierte Person in speziell hier- für konzipierten Einrichtungen festzuhalten, deren Haftbedingungen und baulichen Elemente generell unterstreichen, dass die Festhaltung admini- strativer Natur ist und in keinem Zusammenhang mit einem Strafvollzug oder einer Untersuchungshaft steht. Es wird damit betont, dass es sich um eine eng auszulegende Ausnahme vom Grundsatz der getrennten Unterbringung in speziellen, hierfür konzipierten und für freiere Festhaltungsbedingungen geeigneteren Gebäuden handelt, die auch äusserlich erkennen lassen, dass es sich um den Vollzug einer administrativen Massnahme von sich illegal im Land aufhaltenden Drittstaatsangehörigen und um keine Sanktion für eine

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 30 Straftat handelt. Gemäss dem System des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie muss zudem ein administrativ anderweitig nicht bewältigbarer wichtiger Grund vorliegen, wenn die Haft ausnahmsweise nicht in einer speziellen Hafteinrichtung erfolgen und dennoch mit den schengenrechtlichen Vorgaben übereinstimmen soll. Der Grund für die Unterbringung in einer separaten Abteilung eines normalen Gefängnisses und nicht in einer speziellen Einrichtung ist in der Haftverfügung sachgerecht zu begründen, damit das Haftgericht die angegebenen Gründe im Hinblick auf die Zulässigkeit der Haft und der nach Art. 16 der Rückführungsrichtlinie erforderlichen Haftbedingungen überprüfen kann (vgl. Art. 80a Abs. 8 AIG). Die wichtigen Gründe und die konkreten Abklärungen bezüglich der Unterbringung der ausreisepflichtigen Person sind in der Haftverfügung nachvollziehbar darzutun und zu belegen (BGE 146 II 201 E. 6.2.2, 7 und 8).

E. 7.2

Der Beschwerdeführer hat die Haft vom 29. September bis 6. Oktober 2021 und vom 10. bis 14. Dezember 2021 im RG Bern verbracht. Laut dem Beschwerdeführer hat das ABEV die Haftzeit im RG Bern nicht begründen können. Dieses Gefängnis werde den Anforderungen an das Haftregime in der Administrativhaft nicht gerecht. Aus den Akten ergäben sich keine hinreichenden (administrativen) Gründe für seine dortige Inhaftierung vom 29. September bis 6. Oktober 2021 und vom 10. bis 14. Dezember 2021. Insbesondere stelle die ihm am 5. Oktober 2021 auf der Bewachungsstation des Inselspitals Bern (nachfolgend: BEWA) verabreichte zweite Covid-19-Impfung keinen solchen Grund dar (Beschwerde S. 10 f. Rz. 28-31; Stellungnahme vom 28.12.2021 S. 3 f. Rz. 12-13 [act. 10]).

E. 7.3

Gemäss dem ABEV ist die «lange Aufenthaltsdauer» im RG Bern (29.9.-6.10.2021) auf die Impfung des Beschwerdeführers auf der BEWA zurückzuführen. Es verweist dazu auf eine beim Gesundheitsdienst des RG Bern eingeholte Auskunft vom 16. Dezember 2021 (Stellungnahme vom 17.12.2021 S. 2 f. [act. 5] und Auskunft [act. 5A]). Gemäss dieser Auskunft werden die Impfungen jeweils einmal monatlich durch das Amt für Justizvollzug (AJV) durchgeführt. Der Gesundheitsdienst habe zusätzlich die Möglichkeit, für Patienten, die zwischen diesen Terminen eine Impfung benötigen, einen Impftermin bei der BEWA zu organisieren. Im Fall des Beschwerdeführers sei der nächste Impftermin im RG Moutier erst am 5. November 2021

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 31 geplant gewesen; der vorangegangene sei am 25. September 2021 gewesen. Weil nach den Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) die zweite (Covid-19-)Impfung präzise nach 28 Tagen erfolgen sollte, sei für den Beschwerdeführer mit dessen Zustimmung die zweite Impfung auf der BEWA organisiert und dort am 5. Oktober 2021 durchgeführt worden (Stellungnahme vom 17.12.2021 S. 2 f. und Auskunft des Gesundheitsdiensts).

E. 7.4

Diese Erklärung leuchtet ein und ist von berechtigten Gründen getragen: Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer am 25. August 2021 die erste Covid-19-Impfung erhielt und der zweite Impftermin für den 23. September 2021 vorgesehen war (Akten MIDI pag. 97 f., in

Haftakten ZMG). Weshalb er den zweiten Impftermin nicht wahrnahm, ist nicht bekannt. Im Zeitpunkt der Inhaftierung am 29. September 2021 war aufgrund der allgemeinen Impfpflicht eine zeitnahe zweite Covid-19-Impfung angezeigt. Aus einer vom Haftrichter bei der Gefängnisleitung des RG Bern eingeholten Auskunft geht sodann hervor, dass dessen Gesundheitsdienst den Beschwerdeführer am Freitag 1. Oktober 2021 bei der BEWA für die Zweitimpfung anmeldete und die BEWA den Termin vom 5. Oktober 2021 erst am Montag 4. Oktober 2021 definitiv bestätigen konnte (vgl. E-Mail des stellvertretenden Direktors des RG Bern vom 8.12.2021, in Haftakten ZMG). Am Tag nach dem Impftermin wurde der Beschwerdeführer ins RG Moutier verlegt. Bei diesen Gegebenheiten ist nachvollziehbar, dass eine frühere Verlegung des Beschwerdeführers mit Blick auf die medizinische Vorsorge keinen Sinn machte und er deshalb (und wohl auch aus logistischen Gründen) bis zum 6. Oktober 2021 im RG Bern inhaftiert blieb, wo er im Trakt für Administrativhaften untergebracht war (vgl. E-Mail des stellvertretenden Direktors des RG Bern vom 8.12.2021, in unpag. Haftakten ZMG). Im Übrigen war für das ABEV im Zeitpunkt der Haftanordnung vom 25. August 2021 die Sache mit dem zweiten Impftermin noch nicht absehbar. Diese Behörde konnte sich deshalb in der Haftverfügung noch nicht zur ausserordentlichen, mehrtägigen Inhaftierung des Beschwerdeführers im RG Bern äussern, weshalb ihr insoweit keine Verletzung ihrer Begründungspflicht vorgeworfen werden kann. Nach dem Erwogenen bestand vorübergehend ein wesentlicher Grund, den Beschwerdeführer vom 29. September (ca. 18.00 Uhr) bis 6. Oktober 2021 (ca. 7.00 Uhr), darunter das Wochenende vom 2./3. Oktober 2021, im abgetrennten Trakt des RG Bern unterzubringen. Hinsichtlich ihrer

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 32 Dauer erweist sich die dort vollzogene Dublin-Haft gerade noch als mit dem Trennungsgebot vereinbar. Insgesamt ist sie damit mit dem ZMG als rechtmässig zu beurteilen (vgl. angefochtener Entscheid S. 7).

E. 7.5

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die zweite Covid-19-Impfung sei ihm gegen seinen Willen und unter Zwang verabreicht worden (vgl. Beschwerde S. 12 f. Rz. 36 ff.; Eingabe vom 28.12.2021 S. 2 f. Rz. 6 ff.), vermag er dies nicht glaubhaft darzulegen. Er unterlässt es namentlich, Näheres zum Ablauf dieser angeblichen Zwangsmedikation zu schildern, obwohl er sie selbst erlebt haben will, und bleibt eine Erklärung schuldig, weshalb er sich der ersten Impfung unterzog, die zweite aber abgelehnt haben soll. Für eine Zwangsmedikation gibt es denn auch keine konkreten Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Der Beschwerdeführer wurde im Rahmen des Asylverfahrens gefragt, ob er geimpft werden will, was er bejahte. Am 8. Juni und am 8. Juli 2021 erhielt er verschiedene Impfungen (Akten MIDI pag. 3 ff., 8, in Haftakten ZMG). Am 25. August 2021, noch vor seiner Haft, liess er sich die erste Covid-19-Impfung verabreichen (vgl. E. 7.4 hier vor). Der Gesundheitsdienst des RG Bern erklärte sodann, dass Impfungen und Therapien nie gegen den Willen der Patienten stattfänden und dies beim Beschwerdeführer nicht anders gewesen sei (vgl. E-Mail vom 16.12.2021 [act. 5A]). Weshalb der Wahrheitsgehalt dieser behördlichen Auskunft angezweifelt werden sollte, ist nicht ersichtlich. Der pauschale Einwand, der Gesundheitsdienst werde sich «selbstredend nicht selbst der Zwangsmedikation [...] bezichtigen», ist unbehelflich, nachdem der Beschwerdeführer den angeblichen Zwang gegen seine Person nicht ansatzweise plausibilisieren kann. Schliesslich ist unter diesen Umständen entgegen dem Vorgebrachten weder in der (offenbar) fehlenden

schriftlichen Einwilligungserklärung ein ernsthafter Anhaltspunkt für eine Zwangsmedikation zu erblicken, noch in der Äusserung des stellvertretenden Direktors des RG Bern, wonach das Gefängnispersonal «vom ABD über die Notwendigkeit der zweiten Impfung für das weitere Vorgehen ihrerseits informiert» worden sei (vgl. E-Mail vom 8.12.2021, in unpag. Haftakten ZMG). Die behördeninterne Kommunikation kann nicht anders als dahin gedeutet werden, dass es um das (fürsorgliche) Anliegen ging, dass der Beschwerdeführer (auch) die zweite Covid-19-Impfung erhält.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 33

E. 7.6

Zur Rüge des Beschwerdeführers, wonach (auch) die unmittelbar vor der Ausschaffung im RG Bern verbrachte Haftzeit rechtswidrig gewesen sei, hat sich das ABEV nicht geäussert. Gemäss den Akten war der Beschwerdeführer vom 10. Dezember 2021, 16.20 Uhr, bis am 14. Dezember 2021, 3.40 Uhr, erneut im RG Bern inhaftiert (vgl. Austritt Stammbblatt vom 14.12.2021 [act. 5C]). Es ist gerichtsnotorisch, dass die Transporte der im Ausschaffungsgefängnis Moutier inhaftierten ausländischen Personen zum Flughafen Zürich via RG Bern durchgeführt werden und deshalb aus administrativen und logistischen Gründen jeweils eine vorgängige Verlegung nach Bern stattfindet. Vor diesem Hintergrund ist die vor der Ausschaffung im abgetrennten Trakt des RG Bern verbrachte Haftzeit von rund dreieinhalb Tagen (darunter das Wochenende vom 11./12.12.2021) ohne weiteres als rechtmässig zu beurteilen (vgl. auch BGE 146 II 201 E. 7.1).

E. 8.1

Zusammenfassend ist das Verfahren hinsichtlich des Antrags auf Haftentlassung als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vorne E. 1.2). Im Übrigen erweist sich die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist (vgl. vorne E. 1.3.2), als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig und hat seine Parteikosten selber zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Spezielle prozessuale Verhältnisse können nach diesen Vorschriften jedoch eine vom Unterliegerprinzip abweichende, dem Einzelfall angemessene Kostenverlegung rechtfertigen (Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 18 und 35). Besondere Umstände, die praxismässig kostenmässig beachtlich sind, liegen namentlich in behördlichen Fehlleistungen in Form von Gehörsverletzungen, die zwar vor oberer Instanz geheilt werden können, für die Partei aber keine Nachteile zeitigen dürfen und daher kostenmässig angemessen zu berücksichtigen sind (vgl. statt vieler BVR 2008 S. 97 E. 4; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 21 und 39 mit Hinweis auf weitere Kasuistik). Im vorliegenden Fall hat das ABEV das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, weil es wesentliche Aktenstücke erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beigebracht hat und damit seiner Aktenführungspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen ist (vorne E. 2.3.4). Es rechtfertigt sich da-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 34 her, dem Beschwerdeführer im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Verfahrenskosten lediglich zur Hälfte aufzuerlegen; die restlichen Verfahrenskosten sind nicht zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Aus denselben Gründen hat der Kanton Bern (ABEV) dem Beschwerdeführer die Parteikosten zur Hälfte zu ersetzen (vgl. Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

E. 8.2

Zum Parteikostenersatz ist Folgendes festzuhalten:

E. 8.2.1

Nach dem hier massgeblichen kantonalen Verfahrensrecht entschädigt der Parteikostenersatz im Sinn von Art. 104 Abs. 1 Satz 1 VRPG die Partei für einen durch die berufsmässige Vertretung «anfallenden Aufwand» und setzt damit grundsätzlich ein entgeltliches Vertretungsverhältnis voraus (Konzept des Aufwandersatzes; 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 angestellten und entsprechend registrierten 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 Beiordnung 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. Er ist daher grundsätzlich parteikostenberechtigt (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

E. 8.2.2

Es bleibt zu prüfen, wie der Parteikostenersatz zu bemessen ist: Grundsätzlich richtet sich die Bemessung des Parteikostenersatzes nach der kantonalen Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 VRPG). Gemäss Art. 41 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 (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 Parteikos-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 35 tenersatz 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).

E. 8.2.3

Das Verwaltungsgericht hat bisher bei Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertretern, die Mandate für AsyLex geführt haben, den Parteikostenersatz unpräjudiziell 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 bei einer Vertretung durch Rechtsanwältinnen und -anwälte, die für AsyLex tätig sind, nach dem für gemeinnützige Organisationen geltenden Stundenansatz von Fr. 130.-- festzusetzen (urteilsmässig bestätigt mit dem Leitentscheid [E. 5.4 und 5.5] des Verwaltungsgerichts

vom heutigen Tag im insoweit gleich gelagerten Verfahren 100.2021.387; vgl. vorne E. 1.5). Sie liess sich dabei von folgenden Überlegungen leiten: – 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. 1.5 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 36 auch Präsidentin des Vereins AsyLex ist, dem Verwaltungsgericht auf Nachfrage hin mitgeteilt, dass vom Gericht zugesprochene Entschädigungen (Parteikostenersatz und amtliche Entschädigungen) als weitere Mittel «vollumfänglich an den Verein» fliessen (E-Mail Rechtsanwältin B. _____ vom 13.4.2021). – 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 erkannt: Es gibt sachliche Gründe, in solchen Fällen den für den Parteikostenersatz 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 zu berücksichtigen ist. Das Verwaltungsgericht hat daher im genannten Fall einen reduzierten Stundenansatz von Fr. 130.-- auch im kantonalrechtlichen Entschädigungsrahmen von Art. 104 Abs. 1 Satz 2 VRPG als sachgerecht erachtet (BVR 2012 S. 424 E. 5.3.2 f. mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). – Diese Überlegungen gelten auch hier. 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 bezieht. In beiden Fällen gründet der den Beschwerdeführenden anfallende finanzielle Aufwand im Auftragsverhältnis zu AsyLex; in beiden Fällen fliessen die zugesprochenen Entschädigungen vollumfänglich an den Verein (vorne E. 8.4.1). Weiter gibt es keinen Grund, die Rechtsprechung zu den reduzierten Entschädigungsansätzen bei gemeinnützigen Organisationen einzig auf kostenlose Rechtsvertretungen (so der Fall in

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 37 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.

E. 8.2.4

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Parteikostenersatz hier wie folgt festzusetzen ist: Die Kostennote der Rechtsvertreterin vom 18. Januar 2022 (act. 19A), die einen Zeitaufwand von 14,6 Stunden ausweist, gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der tarifmässige Parteikostenersatz ist demnach auf Fr. 1'898.--, zuzüglich Fr. 54.90 Auslagen, insgesamt Fr. 1'952.90, festzusetzen. Davon hat der Kanton Bern (ABEV) dem Beschwerdeführer die Hälfte, ausmachend Fr. 976.45, zu ersetzen (vorne E. 8.1).

E. 8.3

Die restlichen Parteikosten und die hälftigen Verfahrenskosten (vorne E. 8.1) hat der Beschwerdeführer grundsätzlich selber zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Ihm ist jedoch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin bewilligt worden (vorne Bst. C). Die dem Beschwerdeführer aufzuerlegenden hälftigen Verfahrenskosten sind demnach vorläufig vom Kanton Bern zu tragen. 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). Für die amtliche Entschädigung kann daher auf das in E. 8.2 Ausgeführte verwiesen werden. Bei einem massgebenden Zeitaufwand von 14,6 Stunden entspricht die amtliche Entschädigung somit dem tarifmässigen Parteikostenersatz. Die Entschädigung ist der Rechtsvertreterin zur Hälfte, ausmachend Fr. 976.45 (inkl. Auslagen), zu vergüten. Die Rechtsvertreterin ist vorerst aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist hinsichtlich der ihm auferlegten Verfahrenskosten und der amtlichen Entschädigung 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).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.01.2022, Nr. 100.2021.361U, Seite 38 Demnach entscheidet die Einzelrichterin:

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