

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 146 vom 1. Dezember 2023**

BE Verwaltungsgericht, 2023-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2023\\_146](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2023_146)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 146 du 1 décembre 2023

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 146 del 1 dicembre 2023

## **Regeste**

Überprüfung Anordnung Haft im Rahmen des Dublinverfahrens (Entscheidung des Kantonalen Zwangsmassnahmengericht) | 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]). Das KZM hat einen Nichteintretensentscheid gefällt, weshalb sich die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin un- mittelbar aus dem negativen Prozessentscheid ergibt (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. BVR 2017 S. 418 E. 1.1, 2005 S. 350 E. 1.1; Michael Pflüger, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 N. 2 i.V.m. Art. 65 N. 23). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 i.V.m. Art. 32 VRPG sowie Art. 31 Abs. 3 Bst. a EG AIG und AsylG; zur Vertretung der Beschwerdeführerin durch AsyLex BVR 2022 S. 226 E. 1.2). Auf die Beschwerde ist somit – unter Vorbehalt von E. 1.2 hiernach – einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist auf den Streitgegen- stand beschränkt. Dieser wird durch den angefochtenen Entscheid (sog. An- fechtungsobjekt) und innerhalb dieses Rahmens durch die Beschwerdean- träge, allenfalls unter Rückgriff auf deren Begründung, bestimmt (vgl. BVR 2020 S. 59 E. 2.2, 2017 S. 514 E. 1.2, 2011 S. 391 E. 2.1; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 f., Art. 84 N. 5). Das KZM ist im angefochtenen Entscheid zum einen auf die Feststellungsbegehren nicht eingetreten (Dispositiv-Ziff. 1) und hat zum anderen das Gesuch um Einsetzung ihrer Rechtsvertreterin als amt- liche Rechtsvertretung abgewiesen (Dispositiv-Ziff. 2). – Soweit sich die vor- liegende Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid richtet, be- schränkt sich das Prozessthema grundsätzlich auf die Frage, ob die Vo- rinstanz zu Recht oder zu Unrecht keinen Sachentscheid gefällt hat (BVR 2017 S. 459 E. 2.3; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20a N. 45). Soweit die Beschwer- deführerin zusätzlich beantragt, das Verwaltungsgericht habe festzustellen,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 5 dass sie sich am 21. März 2023 in Dublin-Haft befunden habe (erster Teil RB 3),

handelt es sich richtig besehen um eine materielle Rüge, die lediglich das Leistungsbegehren (Aufheben des vorinstanzlichen Entscheids) begründet. Dem Feststellungsbegehren kommt insoweit keine selbständige Bedeutung zu, weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (BVR 2016 S. 273 E. 2.2; VGE 2015/337 vom 20.12.2016 E. 1.4; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 73). Zudem geht ihr Begehren, wonach das Verwaltungsgericht festzustellen habe, dass die Haft rechtswidrig gewesen sei (RB 2), über den zulässigen Streitgegenstand hinaus. Insofern ist deshalb auf die Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten (vgl. auch BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 E. 1.2).

### **E. 1.3**

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

### **E. 1.4**

Der vorliegende Entscheid fällt grundsätzlich in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. c und e des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Die rechtlichen Verhältnisse rechtfertigen indes die Überweisung an die Kammer (Art. 57 Abs. 6 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 GSOG).

## **E. 2**

Der folgende Sachverhalt ist grundsätzlich unbestritten:

### **E. 2.1**

Am 13. November 2022, d.h. neun Tage nachdem das Bundesverwaltungsgericht den Stopp des Wegweisungsvollzugs im Urteil vom 4. November 2022 aufgehoben hatte (vgl. vorne Bst. A), begab sich die Beschwerdeführerin für knapp einen Monat in stationäre psychiatrische Behandlung ins Psychiatriezentrum Münsingen (PZM; Austrittsbericht PZM vom 15.12.2022, unpag. Vorakten MIDI). Am 17. November 2022 führte der MIDI mit ihrer Tochter ein Ausreisegespräch durch. Diese gab an, dass sie zusammen mit den Kindern und der Beschwerdeführerin der Ausreisepflicht nachkommen werde (Protokoll Ausreisegespräch vom 17.11.2022 S. 1 f., unpag. Vorakten KZM). Mit der Beschwerdeführerin wurde kein solches Ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 6 sprach geführt. Am 7. Dezember 2022 trat die Beschwerdeführerin aus der Klinik aus. Gleichentags begab sich ihre Tochter bei den Universitären Psychiatrischen Diensten Bern (UPD) in stationäre psychiatrische Behandlung, wobei sie die beiden Kinder der Obhut der Beschwerdeführerin überliess (Ausschaffungsanordnung vom 22.2.2023 S. 3, unpag. Vorakten KZM sowie Beschwerdebeilage [BB] 3 in act. 1C). Soweit aus den Akten ersichtlich ist, hielt sich die Beschwerdeführerin danach zusammen mit ihrem Enkel und ihrer Enkelin in der Kollektivunterkunft (KU) E.\_\_\_\_\_ in ... auf.

### **E. 2.2**

Am 22. Februar 2023 ordnete das ABEV die «Ausschaffung im Rahmen der Dublin-Verfahren nach Art. 76a AIG» der Beschwerdeführerin nach Spanien an. Diese Anordnung erfolgte per E-Mail und war an den Ausländer- und Bürgerrechtsdienst (ABD) der Kantonspolizei Bern adressiert. Sie besteht aus einer Titelseite (S. 1), einer

ausgefüllten Checkliste zur Prüfung der Voraussetzungen der Dublin-Haft (S. 2 f.) sowie einer Begründung («Ausführungen» S. 3). Unmittelbar unterhalb des Titels wurde unterstrichen «ohne Haft» vermerkt. Der Begründung ist u.a. zu entnehmen, dass durch die Kantonspolizei ein Flug nach Spanien zu buchen und die Beschwerdeführerin aus Sicherheitsgründen polizeilich und medizinisch zu begleiten sei. Zudem sei der Beschwerdeführerin eine Kopie der Anordnung auszuhändigen. Die Ausreisefrist laufe ab «sofort» und die Überstellfrist bis zum 5. Mai 2023. Weiter führt der MIDI aus, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Beschwerdeführerin den für sie gebuchten Flug selbständig und freiwillig antreten werde. Vielmehr sei die Aussage ihrer Tochter anlässlich des Ausreisegesprächs, die Familie wolle selbständig ausreisen, aufgrund der jeweiligen Klinikeintritte als Schutzbehauptung einzustufen. Nach Beendigung des Klinikaufenthalts hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt auszureisen. Die Tochter hätte sich zudem in Spanien in entsprechende Behandlung begeben können, anstatt in die UPD einzutreten. Die Anordnung zur Anhaltung am Tag des Fluges als mildeste Massnahme rechtfertige sich aufgrund der geltend gemachten und ärztlich attestierten gesundheitlichen Beschwerden. Sie werde aber «nicht in Haft genommen». Die Anordnung gelte «lediglich für den Transport und die Begleitung durch die Polizei von der Kollektivunterkunft bis in den Dublin Staat (Art. 73 Abs. 2 AIG)» und stelle «zum jetzigen Zeitpunkt die mildere Massnahme dar» (Ausschaffungsanordnung vom 22.2.2023 S. 3, BB 3 in act. 1C).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 7

### **E. 2.3**

Am 21. März 2023 wurde die Beschwerdeführerin um 3.10 Uhr mit ihren Enkelkindern in der KU E. \_\_\_\_\_ und ihre Tochter um 3.30 Uhr in den UPD von der Kantonspolizei angehalten und anschliessend zum Flughafen Zürich gebracht, wo die Familienmitglieder zusammengeführt wurden. In Zürich wurde der Beschwerdeführerin die Anordnung zur Ausschaffung bzw. das Dokument «Dublin Out Kat I (take back Asyl, Anordnung der Ausschaffung im Rahmen der Dublinverfahren nach Art. 76a AIG, ohne Haft)» übergeben. Sie weigerte sich, den Empfang des Dokuments unterschriftlich zu bestätigen. Zwischen 7.40 Uhr und 9.40 Uhr fand der polizeilich begleitete Ausschaffungsflug der zusammengeführten Familie nach Madrid statt (Linienflug). Um 9.50 Uhr wurde die Beschwerdeführerin schliesslich den spanischen Behörden übergeben (zum Ganzen vgl. Ausschaffungsanordnung vom 22.2.2023, BB 3 in act. 1C; Log zur Repatriierung vom 21.3.2023; unpag. Vorakten KZM).

### **E. 3**

Zur Ausschaffung und den Zwangsmassnahmen im Zusammenhang mit deren Sicherstellung und Durchführung ergibt sich allgemein was folgt:

#### **E. 3.1**

Nach Art. 69 Abs. 1 AIG schafft die zuständige kantonale Behörde Ausländerinnen und Ausländer aus, wenn diese die Frist, die ihnen zur Ausreise gesetzt worden ist, verstreichen lassen (Bst. a), deren Weg- oder Ausweisung sofort vollzogen werden kann (Bst. b) oder sich diese in Haft nach den Art. 76 und 77 befinden und ein rechtskräftiger Aus- oder Wegweisungsentscheid oder ein rechtskräftiger Entscheid über die strafrechtliche Landesverweisung vorliegt (Bst. c). Die Ausschaffung stellt die

zwangsweise Durch- setzung eines Weg- oder Ausweisungsentscheids bzw. exekutorische ver- waltungsrechtliche Sanktion dar (Gächter/Kradolfer, in Caroni/Gächter/ Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar AuG, 2010, Art. 69 N. 2 und 5). Sie hat subsidiären Charakter und kommt nur zur Anwendung, wenn jemand dem Weg- oder Ausweisungsentscheid nicht selbständig – d.h. ohne äusseren behördlichen Zwang – nachkommt und das Land verlässt (BGE 2C\_17/2017 vom 22.5.2017 E. 4.3.2). Weiter steht die Ausschaffung unter dem Vorbe- halt, dass kein Grund zur vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 AIG besteht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 8 (zum Ganzen Gächter/Kradolfer, a.a.O., Art. 69 N. 3 f.; Andreas Zünd, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 69 N. 2).

### **E. 3.2**

Für Zwangsmassnahmen im Zusammenhang mit der Sicherstellung und Durchführung von Ausschaffungen bestehen insbesondere folgende Rechtsgrundlagen:

#### **E. 3.2.1**

Das AIG sieht verschiedene Zwangsmassnahmen vor, welche dem Vollzug der eigentlichen Aus- und Wegweisung zeitlich vorangehen bzw. die Ausschaffung frühzeitig sicherstellen sollen (Martin Businger, Ausländer- rechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2014, S. 11). Da- bei handelt es sich um die Durchsuchung (Art. 70), die kurzfristige Festhal- tung (Art. 73), die Ein- oder Ausgrenzung (Art. 74) sowie die ausländerrecht- lichen Haftarten (Art. 75-78), zu denen auch die sog «Dublin-Haft» (Art. 76a) gehört. Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III-Verord- nung; ABl. L 180 vom 29.6.2013 S. 31 ff.) regelt die Voraussetzungen für die Inhaftnahme einer dem Dublin-Verfahren unterworfenen Person «[...] [z]wecks Sicherstellung von Überstellungsverfahren [...]». Die Bestimmung statuiert nach ihrem klaren Wortlaut die Inhaftnahme von Personen, die (al- lein) dem Zweck der Sicherstellung der Überführung in den zuständigen Dublin-Staat dient. Gemäss Bundesgericht sind nach Einleitung des Dublin- Verfahrens grundsätzlich nur noch die für dieses vorgesehenen Haftbestim- mungen anwendbar, unter Ausschluss allfälliger weiterer administrativer Haftarten (BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 E. 3.1 und 3.3.1, 2C\_199/2018 vom 9.7.2018 E. 4.2). Gemäss Art. 76a Abs. 1 AIG kann die zuständige Be- hörde eine ausreisepflichtige ausländische Person zur Sicherstellung der Wegweisung in den für das Asylverfahren zuständigen Dublin-Staat in Haft nehmen, wenn im Einzelfall konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will (Bst. a), die Haft verhältnismässig ist (Bst. b) und sich weniger einschneidende Mass- nahmen nicht wirksam anwenden lassen (Bst. c). Gemäss Art. 80a Abs. 3 AIG wird die Rechtmässigkeit und Angemessenheit einer Dublin-Haft auf An- trag der inhaftierten Person durch eine richterliche Behörde in einem schrift- lichen Verfahren überprüft. Diese Überprüfung kann jederzeit beantragt wer- den. Alle diese Massnahmen – ausgenommen die Durchsuchung – zielen darauf ab, die Bewegungsfreiheit der Betroffenen (Art. 10 Abs. 2 der Bun-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 9 desverfassung [BV; SR 101]) einzuschränken oder gänzlich aufzuheben (Martin Businger, a.a.O., S. 11). Das KZM überprüft die Rechtmässigkeit der Zwangsmassnahmen nach Art. 70 und 73 bis 81 AIG (vgl. Art. 31 Abs. 1 EG AIG und AsylG).

#### **E. 3.2.2**

Rechtsgrundlage für die Anwendung von polizeilichem Zwang bei der Durchführung der eigentlichen Ausschaffung bildet das Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG; SR 364; vgl. Art. 98a AIG; Gächter/Kradolfer, a.a.O., Art. 69 N. 9 f; BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 E. 3.2). Dieses gilt insbesondere für alle kantonalen Behörden, die im Bereich der Ausländer- und Asylgesetzgebung polizeilichen Zwang oder polizeiliche Massnahmen anwenden müssen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b ZAG). Im ZAG und der dazugehörigen Zwangsanwendungsverordnung (Verordnung vom 12.11.2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes [ZAV; SR 364.3]) sind die Arten von Zwangsmitteln, die zulässigen Hilfsmittel und die Grundsätze der Zwangsanwendung einheitlich normiert. Der zulässige polizeiliche Zwang richtet sich nach Art. 5 und 13 ff. ZAG; für allfällige weitere polizeiliche Massnahmen gelten die Art. 6 und 19 ff. ZAG. In Art. 26 ff. ZAG wird zudem der Transport von Personen, die Freiheitsbeschränkungen unterstehen, geregelt. Insbesondere enthalten Art. 27 und 28 ZAG Bestimmungen über die Rückführung von ausreisepflichtigen ausländischen Personen auf dem Luftweg. Art. 28 ZAV sieht hierfür vier verschiedene Vollzugsstufen vor (Vollzugsstufe 1: Polizeiliche Begleitung bis zum Flugzeug, Vollzugsstufen 2 und 3: Linienflug mit Polizeibegleitung bis in den Zielstaat; Vollzugsstufe 4: Sonderflug).

### **E. 3.2.3**

Ferner sieht das Polizeigesetz des Kantons Bern vom 10. Februar 2019 (PolG; BSG 551.1) in Art. 91 Bst. d vor, dass die Kantonspolizei eine Person in polizeilichen Gewahrsam nehmen kann, wenn dies zur Sicherstellung des Vollzugs einer durch die zuständige Behörde angeordneten Wegweisung, einer Vor-, Zu- oder Rückführung sowie einer Ausweisung, Auslieferung oder Landesverweisung erforderlich ist. Gemäss Art. 92 Abs. 1 PolG überprüft das regionale bzw. für die Gerichtsregion Bern-Mittelland das kan-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 10 tonale Zwangsmassnahmengericht (vgl. Art. 59 Abs. 3 GSOG) auf Gesuch hin die Rechtmässigkeit des angeordneten Gewahrsams.

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 46 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) sind die Kantone verpflichtet, Wegweisungsverfügungen von ihnen zugewiesenen Asylsuchenden zu vollziehen. Im Kanton Bern obliegt die Anordnung der Ausschaffung, der Durchsuchung und der in Art. 73 ff. AIG aufgeführten Zwangsmassnahmen grundsätzlich dem ABEV (Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 EG AIG und AsylG sowie Art. 1 der Einführungsverordnung zum Ausländer- und Integrationsgesetz sowie zum Asylgesetz vom 20.5.2020 [EV AIG und AsylG; BSG 122.201]). Die Kantonspolizei sorgt für den Vollzug der Ausländer- und Asylgesetzgebung, soweit der Einsatz von polizeilichen Massnahmen oder polizeilichem Zwang erforderlich ist (Art. 1a EV AIG und AsylG; vgl. auch Art. 68 Abs. 1 PolG). In diesen Fällen leistet die Polizei dem ABEV auf dessen Ersuchen Vollzugshilfe (vgl. Art. 68 Abs. 1 PolG). Gemäss Art. 68 Abs. 2 PolG richtet sich die Rechtmässigkeit der zu vollziehenden Massnahmen nach dem Recht der ersuchenden Behörde, die Durchführung der Vollzugshilfe jedoch nach dem für die Kantonspolizei massgebenden Recht.

### **E. 4**

Während die Vorinstanz davon ausgeht, dass im Zusammenhang mit dem Erlass und Vollzug der Anordnung des ABEV vom 22. Februar 2023 keine (Dublin-)Haft oder Zwangsmassnahme(n) nach Art. 76a bzw. 73 AIG einhergegangen sind (mit der Folge, dass kein Raum bestand für eine gerichtliche [Haft]Prüfung nach Art. 80a Abs. 3 AIG), stellt sich die Beschwerdeführerin auf den gegenteiligen Standpunkt und knüpft daran ihre Feststellungsbegehren (vgl. vorne Bst. C und E. 1.2).

#### **E. 4.1**

Das KZM hat sein Nichteintreten auf den Haftüberprüfungsantrag vom 4. April 2023 (vgl. vorne Bst. B) damit begründet, dass die Ausschaffungsanordnung mit dem unterstrichenen Vermerk «ohne Haft» versehen gewesen sei. Die Beschwerdeführerin sei während ihrer Ausschaffung nicht im Sinn von Art. 76a AIG verhaftet bzw. in Dublin-Haft versetzt worden. Viel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 11 mehr habe die Kantonspolizei einzig innert rund viereinhalb Stunden (gerechnet bis zum Zeitpunkt des Abflugs) die Wegweisung durchgeführt. Vor dem Vollzug der Wegweisung habe sich die Beschwerdeführerin in der KU E. \_\_\_\_\_ aufgehalten. Es liege deshalb kein Anwendungsfall von Art. 76a AIG vor, der laut Art. 80a Abs. 3 AIG gerichtlich zu überprüfen wäre (angefochtener Entscheid S. 2).

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sie sei in Dublin-Haft genommen worden, da ein Freiheitsentzug stattgefunden habe. Dieser bedürfe gemäss Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) einer gesetzlichen Grundlage. Im vorliegenden Fall komme dafür nur Art. 76a AIG in Frage. Da diese Bestimmung die Vorgaben von Art. 28 Dublin-III-Verordnung in der Schweiz umsetze und sie insofern abschliessend sei, bestehe kein Raum für die Anwendung von anderen ausländerrechtlichen Haftarten und darüberhinausgehenden kantonalen Regelungen für die Inhaft- bzw. Ingewahrsamnahme. Beim fraglichen Freiheitsentzug müsse es sich folglich um Dublin-Haft nach Art. 76a AIG gehandelt haben. Im Übrigen werde im Titel der Ausschaffungsanordnung vom 22. Februar 2023 ausdrücklich auf die gesetzliche Grundlage der Dublin-Haft hingewiesen. Weiter habe der MIDI dort (S. 2 f.) auch begründet, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 76a Abs. 1 Bst. b AIG erfüllt sein sollen. Demnach habe die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt und Bundesrecht falsch angewendet, indem sie das Vorliegen einer Dublin-Haft verneint habe. Folglich sei sie zu Unrecht auf das Begehren um Überprüfung der Haft nicht eingetreten (Beschwerde Rz. 11 ff., 36).

#### **E. 4.3**

Der MIDI führt in seinen Stellungnahmen vom 30. Mai und 20. Juni 2023 (act. 5 und 10) aus, es handle sich bei der in Frage stehenden Anordnung aus seiner Sicht nicht um eine Haft im Sinne von Art. 76a AIG, sondern lediglich um eine Anordnung der Ausschaffung gemäss Art. 69 AIG, die keiner Haft bedürfe. Der MIDI habe die Überstellung bzw. Ausschaffung der Beschwerdeführerin in den zuständigen Dublin-Staat nach Art. 69 AIG beim ABD der Kantonspolizei Bern in Auftrag gegeben. Dieser habe die Ausschaffung als Realakt auf der Grundlage von Art. 91 Bst. d PoIG durchgeführt. Allerdings könne der MIDI das polizeiliche Handeln nicht selber anordnen. Vielmehr habe sich die Polizei bei ihrem Handeln an das Polizeigesetz zu halten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 12 Dass die Anordnung falsch betitelt worden ist, hätte die rechtskundige Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin erkennen müssen. Des Weiteren handle es sich bei der Anordnung um ein internes Dokument, mit dem der MIDI die Polizei beauftragt habe, die Ausschaffung durchzuführen. Die Anordnung sei zwar mit Ausschaffungshaft, jedoch explizit ohne Haft betitelt. Die Betroffene sei denn auch nie ins Regionalgefängnis Bern bzw. Moutier überführt worden. Allein diese Tatsache belege, dass weder eine Haft angeordnet, noch eine Haft vollzogen worden sei.

#### **E. 4.4**

Die Begründung der als «Ausschaffung im Rahmen der Dublin-Verfahren nach Art. 76a AIG» bezeichneten Anordnung (vgl. vorne E. 2.2) lässt erkennen, dass es gerade nicht die Absicht des ABEV war, eine Dublin-Haft nach Art. 76a AIG anzuordnen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es mit seiner Anordnung Zwangsmassnahmen verfügen wollte, welche es erlaubten, die Beschwerdeführerin anzuhalten und begleitet zu überführen. Hätte das ABEV tatsächlich Dublin-Haft anordnen wollen, hätte es auf der Ausschaffungsanordnung kaum den speziell hervorgehobenen Vermerk «ohne Haft» angebracht und seine Begründung nicht auf Art. 73 Abs. 2 AIG gestützt. Es erscheint daher glaubhaft, dass das ABEV Art. 76a AIG irrtümlich im Titel der Ausschaffungsanordnung erwähnt und die Checkliste dazu ausgefüllt hat. Dennoch ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin während der begleiteten Überführung nach Spanien nicht doch faktisch in Dublin-Haft nach Art. 76a AIG versetzt worden ist.

##### **E. 4.4.1**

Art. 28 Dublin-III-Verordnung und damit auch die Bestimmungen zur Dublin-Haft nach Art. 76a AIG kommen nur zur Anwendung, wenn eine Person tatsächlich in Haft genommen wird. Der EuGH verweist für den Haftbegriff der Dublin-Verordnung auf die Definition in Art. 2 Bst. h der Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (ABl. L 180 vom 29.6.2013 S. 96 ff.): Haft ist demnach die räumliche Beschränkung einer Person auf einen bestimmten Ort; sie zwingt die betroffene Person, sich dauerhaft in einem eingeschränkten, geschlossenen Bereich aufzuhalten, wo sie von der übrigen Bevölkerung isoliert und ihr die Bewegungsfreiheit entzogen ist. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung ist für die Auslegung des Haftbegriffs im An-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 13 wendungsbereich der Dublin-III-Verordnung auf den Begriff des Freiheitsentzugs und die entsprechende Auslegung von Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK zurückzugreifen (vgl. dazu BGE 136 I 87 E. 6.5.3 mit Hinweisen [als Beispiele für Freiheitsentzug werden eine mehrstündige Festnahme unter Abnahme der persönlichen Utensilien, sowie eine Unterbringung in einer Zelle während vier Stunden oder eine 20-stündige Zurückhaltung aufgeführt]; zum Ganzen BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 E. 3.3.6 mit Hinweisen).

##### **E. 4.4.2**

Das Bundesgericht hat in seinem jüngsten Entscheid BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 erwogen, eine Haftdauer von knapp 20 Stunden, die über Nacht im Kantonalgefängnis vollzogen wurde und der Sicherung der Überführung einer Person im Rahmen eines Dublin-Verfahrens diene, stelle eindeutig einen Freiheitsentzug bzw. eine Haft im Sinne

von Art. 28 Dublin-III-Verordnung dar, da sie nicht als bloss kurzfristige Festhaltung im Rahmen des Überstellungsvorgangs betrachtet werden könne (E. 4.2). – Hier liegt der Fall indessen anders: Es wird von der Beschwerdeführerin weder dargetan noch lässt sich den Akten entnehmen, dass sie in eine Haftanstalt verbracht, weggeschlossen oder isoliert worden wäre. Die Anhaltung und Begleitung diene auch nicht der vorgängigen Sicherstellung, sondern der eigentlichen Durchführung der Ausschaffung. Die begleitete Überführung der Beschwerdeführerin an den Flughafen und der spätere Transport nach Spanien und die damit einhergehende kurzfristige Festhaltung bzw. Freiheitsbeschränkung erreichten zudem zu keinem Zeitpunkt eine Intensität, die einer Inhaftierung gleichkommen würde; sie stellt daher keine Dublin-Haft im Sinn von Art. 76a AIG dar (vgl. vorne E. 3.2.1; VGer ZH VB.2016.00135 vom 14.6.2016 E. 3.3; Rekursgericht im Ausländerrecht AG HA.2002.00001 vom 22.2.2002, in AGVE 2002 S. 514 E. II/1a).

#### **E. 4.4.3**

Die gegenteiligen Argumente der Beschwerdeführerin überzeugen nicht: Polizeilicher Zwang und polizeiliche Massnahmen dürfen zur Aufrechterhaltung oder Herstellung eines rechtmässigen Zustands, zur Durchführung von Transporten von Personen, die einer Freiheitsbeschränkung unterliegen, angewendet werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. c ZAG). Wie vorne in E. 3.2 dargelegt wurde, sehen namentlich Art. 26 ff. ZAG und Art. 15 ff. ZAV vor, dass die für den Wegweisungsvollzug zuständigen kantonalen Behörden zur Überstellung von ausreisepflichtigen Personen ins Ausland freiheitsbe-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 14 schränkende Transporte durchführen können. In Art. 6 und 19 des ZAG wird zudem das kurzfristige Festhalten von Personen ausdrücklich genannt. Auf diese beiden Bestimmungen lässt sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur eine Festhaltung während der Durchführung der Ausschaffung selber, sondern auch eine kurze Festhaltung zwecks unmittelbar bevorstehender Ausschaffung abstützen (BGer 1C\_355/2018 vom 14.11.2018 E. 4.7; Andreas Zünd, a.a.O., Art. 69 N. 1). Die im Rahmen der Ausschaffung der Beschwerdeführerin durchgeführten Zwangsmassnahmen (Anhaltung und polizeilich begleitete Überstellung nach Spanien) sind daher jedenfalls durch eine ausreichende Rechtsgrundlage gedeckt. Entgegen der Beschwerdeführerin ändert daran die «Ausschliesslichkeit der Dublin-Haft» nichts. Denn diese bedeutet hauptsächlich, dass bei Dublin-Wegweisungen unter den verschiedenen ausländerrechtlichen Haftarten (zur Sicherstellung der Ausschaffung) ausschliesslich die Dublin-Haft nach Art. 76a AIG zur Verfügung steht (vorne E. 3.2.1; Andreas Zünd, a.a.O., Art. 76a N. 1; BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 E. 3.1.5 und 3.3.5). Daraus ergibt sich aber nicht, dass bei der Durchführung der Ausschaffung keine anderen Zwangsmassnahmen angewendet werden dürften.

#### **E. 4.4.4**

Steht somit fest, dass die Beschwerdeführerin nicht in Dublin-Haft versetzt worden ist, ist auch nicht zu beanstanden, dass das KZM auf das Gesuch um Haftüberprüfung nicht eingetreten ist.

#### **E. 4.5**

Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz auf die Begehren der Beschwerdeführerin hätte eintreten müssen, weil mit der Ausschaffungsanordnung Zwangsmassnahmen nach Art. 73 AIG angeordnet worden sind oder weil die Beschwerdeführerin in polizeilichen Gewahrsam nach Art. 91 Bst. d PolG genommen worden ist bzw. ob sie die Eingabe der

Beschwerdeführerin an das zuständige regionale Zwangsmassnahmengericht hätte weiterleiten müssen (Art. 92 PolG, Art. 83 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 3 GSOG, Art. 4 VRPG; zur Weiterleitungspflicht hinten E. 6).

#### **E. 4.5.1**

Das ABEV hat in seiner Begründung zur Ausschaffungsanordnung die Anhaltung und den Transport der Beschwerdeführerin nach Spanien u.a. auf Art. 73 Abs. 2 AIG gestützt (vorne E. 2.2). Gemäss Art. 73 Abs. 1 AIG kann die zuständige Behörde des Bundes oder des Kantons Personen ohne Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung festhalten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 15 zur Eröffnung einer Verfügung im Zusammenhang mit ihrem Aufenthaltsstatus (Bst. a) oder zur Feststellung ihrer Identität oder Staatsangehörigkeit, soweit dazu ihre persönliche Mitwirkung erforderlich ist (Bst. b). Die Person darf nur für die Dauer der erforderlichen Mitwirkung oder Befragung sowie des allenfalls erforderlichen Transports, höchstens aber drei Tage, festgehalten werden (Art. 73 Abs. 2 AIG).

#### **E. 4.5.2**

Da es sich bei den strittigen polizeilichen Massnahmen nicht um die Eröffnung einer Verfügung im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsstatus oder um eine Feststellung der Identität oder Staatsangehörigkeit handelt, wie Art. 73 Abs. 1 AIG es voraussetzt, sondern um eine begleitete Rückführung im Rahmen des Vollzugs einer Ausschaffung, fällt die Anordnung von Zwangsmassnahmen für einen begleiteten Transport in einen Dublinstaat gestützt auf Art. 73 Abs. 2 AIG hier von vorneherein ausser Betracht. Dies hat mittlerweile auch das ABEV bzw. der MIDI erkannt: Wie er nun selber ausführt, handle es sich bei der Anordnung weder um Dublin-Haft noch um eine Anwendung von Zwangsmassnahmen nach Art. 73 AIG. Die Beschwerdeführerin sei vielmehr in polizeilichen Gewahrsam gemäss Art. 91 Bst. d PolG genommen worden (vgl. vorne E. 4.3). Auch hierfür gibt es aber keine Anhaltspunkte: Es bestehen keinerlei Hinweise, dass die Beschwerdeführerin verhaftet oder in polizeilichen Gewahrsam genommen worden wäre (vorne E. 4.4.1 f., zu den Begriffen der Festnahme und des polizeilichen Gewahrsams nach kantonalem Recht Schwegler/Hirte, Polizeirecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 310 N. 68, S. 321 f. N. 95 ff.). Für einen Polizeigewahrsam gestützt auf kantonales Recht bestünde nach dem Gesagten (vorne E. 3.2.1 ff.) ohnehin kein Raum, wenn dieser die Schwelle eines Freiheitsentzugs erreicht hätte und die Inhaftnahme einzig zum Zweck erfolgte, eine Rückführung im Dublin-Verfahren sicherzustellen, weil für diesen Fall ausschliesslich die Dublin-Haft zur Verfügung steht (vgl. BGE 2C\_142/2023 vom 3.8.2023 E. 3.3.7).

#### **E. 4.6**

Zusammenfassend hat das ABEV in seiner Ausschaffungsanordnung weder Dublin-Haft noch Zwangsmassnahmen nach Art. 73 AIG angeordnet. Abgesehen davon bestehen auch keine Anhaltspunkte, wonach die Beschwerdeführerin tatsächlich in eine solche Haft versetzt worden wäre. Gleiches gilt für den polizeilichen Gewahrsam nach Art. 91 Bst. d PolG. Folglich

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 16 ist die Vorinstanz richtigerweise zum Schluss gelangt, dass die in Art. 80a Abs. 3

AIG vorgesehene gerichtliche Haftüberprüfung keine Anwendung findet. Auch für ein Eintreten auf das Gesuch der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 73 Abs. 5 AIG fehlen hier die gesetzlichen Voraussetzungen. Das KZM war somit nicht zuständig für die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin erhobenen Rechtsmittels. Eine Weiterleitung an das zuständige regionale Zwangsmassnahmengericht zur Überprüfung nach Art. 92 Abs. 1 PolG war nach dem Gesagten ebenfalls nicht angezeigt. Dennoch erweist sich der formelle Nichteintretensentscheid der Vorinstanz aus nachfolgenden Erwägungen als unrechtmässig.

## **E. 5**

[einsehbar unter: <[www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch)>, Rubriken «Asyl/Schutz vor Verfolgung/nationale Asylverfahren/Handbuch Asyl und Rückkehr»). – Die Anordnung des ABEV vom 22. Februar 2023 ist an die Kantonspolizei gerichtet und hält fest, dass diese die Beschwerdeführerin ausschaffen solle (begleitete Rückführung im Flugzeug nach Spanien und Übergabe an die dortigen Behörden; vorne E. 2.2). Die in der Anordnung bezeichneten (Zwangs-)Massnahmen entsprechen der Vollzugsstufe 2 von Art. 28 ZAV, deren Anwendung der Polizei vorbehalten ist (vgl. vorne E. 3.2.2). Obwohl in der Anordnung das Wort «Gesuch» nicht vorkommt, ergibt sich aus deren Inhalt, dass das ABEV die Kantonspolizei um die Durchführung der (zwangsweisen) Ausschaffung ersucht. Die Anordnung stellt damit ein Gesuch um Vollzugshilfe im Sinn von Art. 98a AIG i.V.m. Art. 68 Abs. 1 PolG dar.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin hat am 4. April 2023 beim KZM einen «Antrag um Überprüfung der Dublin-Haft» eingereicht (unpag. Vorakten KZM). In den Rechtsbegehren verlangt sie namentlich die Feststellung, dass die Haft rechtswidrig gewesen und das rechtliche Gehör verletzt worden sei (vorne Bst. B). Zwar lag nach dem Gesagten weder eine Dublin-Haft noch eine kurzfristige Festhaltung nach Art. 73 AIG vor. Das Verbot der übertriebenen Formstrenge verlangt jedoch, dass Parteieingaben nach ihrem erkennbaren, wirklichen Sinn auszulegen sind (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.3; BVR 2015 S. 193 E. 2.5; VGE 2014/61 vom 25.11.2014, E. 1.2; Michel Daum, a.a.O., Art. 32 N. 11 ff.). Auch scheinbar klare Anträge sind daher stets in Verbindung mit der Beschwerdebegründung auszulegen, welche ebenfalls zwingender Bestandteil der Rechtsmitteleingabe ist (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Dies gilt gemäss der Praxis des Verwaltungsgerichts grundsätzlich nicht nur bei Laieneingaben, sondern auch bei Eingaben von anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführenden (BVR 2011 S. 391 E. 3.3; VGE 2015/304 vom 3.12.2015 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 5.2**

Der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 4. April 2023 (unpag. Vorakten KZM) ist zu entnehmen, dass sie die Ausschaffung und die Art, wie diese vollzogen wurde, für rechtswidrig und unverhältnismässig hält: Sie macht unter anderem geltend, der Vorwurf, sie habe sich nicht selbstständig für eine freiwillige Ausreise gemeldet, sei aktenwidrig und willkürlich und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 17 verstosse gegen Treu und Glauben (Rz. 8). Die Beschwerdeführerin und ihre Tochter hätten an schweren psychischen Problemen gelitten und bereits mehrere Suizidversuche unternommen. Die Annahme des MIDI, wonach die Klinikeintritte der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter nur den Vollzug der Wegweisung verhindern sollten,

sei deshalb unzutreffend (Rz. 9 ff.). Viel- mehr sei es unverhältnismässig gewesen, die suizidale und psychisch schwer kranke Beschwerdeführerin mit ihren Enkeln mitten in der Nacht von der Polizei abführen zu lassen und zum Flughafen zu bringen. Eine Beglei- tung wäre allenfalls durch medizinisches Fachpersonal angezeigt gewesen, nicht aber durch die Polizei, deren Anwesenheit sich negativ und einschüch- ternd auf die Gesundheit der psychisch schwer kranken Beschwerdeführerin ausgewirkt habe (Rz. 15 f.). Im Sinn eines mildereren Mittels hätte der MIDI die Beschwerdeführerin vorgängig über die Flugbuchung informieren und ihr die selbständige Anreise an den Flughafen überlassen können. Der MIDI habe aber mildere Massnahmen weder ernsthaft geprüft, noch zuvor erfolglos angeordnet. Genau dazu wäre er aber zwingend gehalten gewesen, da die Haft aufgrund des Freiheitsentzugs nur als «ultima ratio» angeordnet werden dürfe. Folglich habe der MIDI dem Verhältnismässigkeitsprinzip keine Rech- nung getragen (Rz. 14, 18 f.). Darüber hinaus habe er in mehrfacher Weise ihren Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem er der Beschwerde- führerin keine vorgängige Äusserungsmöglichkeit zur Haftanordnung gege- ben habe und ihr diese nicht übersetzt worden sei. Ausserdem hätten ihr die Polizistinnen bzw. Polizisten das Telefon abgenommen und die Kontaktauf- nahme mit ihrer Rechtsvertretung explizit verweigert. Diese mehrfache Ge- hörsverletzung könne nicht mehr geheilt werden, sei jedoch wenigstens im Dispositiv des Entscheids festzustellen (Rz. 20 ff.).

### **E. 5.3**

Mit diesen Einwänden kritisiert die Beschwerdeführerin im Wesentli- chen die Anordnung der Ausschaffung sowie die Modalitäten des Vollzugs (Anhaltung durch die Kantonspolizei und anschliessende begleitete Rück- überstellung nach Spanien), um so die beantragten Feststellungen zu be- gründen. Die unzutreffende Annahme, dass die beanstandeten Handlungen im Rahmen einer Dublin-Haft erfolgt seien, lässt ihr Interesse an der Über- prüfung der Vorgänge nicht dahinfallen. Dies gilt umso weniger, als das ABEV in seiner Anordnung widersprüchliche und nicht korrekte Rechts- grundlagen nannte und unzutreffende Begriffe verwendete. Die dadurch ent-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 18 standene unklare Situation darf nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden. Soweit diese in ihrer Eingabe die Feststellung verlangt, dass «die Haft» rechtswidrig gewesen sei, ist ihr Antrag deshalb in guten Treuen da- hingehend auszulegen, dass sie damit die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vollzugs der Wegweisung anstrebt. Dies betrifft sowohl die Ausschaf- fung durch die Polizei an sich (Ausschaffungsanordnung) als auch die Mo- dalitäten des Polizeieinsatzes. Es ist demnach von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 20a VRPG), ob die Vorinstanz für die Behandlung der so verstan- denen Eingabe zuständig war. Diese Prüfung ist zum einen für die Ausschaf- fungsanordnung (E. 5.3.1 ff. hiernach) und zum anderen für die Modalitäten des Polizeieinsatzes (hinten E. 5.3.6 f.) durchzuführen.

#### **E. 5.3.1**

Für die Bestimmung der zuständigen Behörde ist zunächst die Rechtsnatur der Ausschaffungsanordnung des ABEV vom 22. Februar 2023 zu klären, mit welchem es die Polizei um Durchführung der Ausschaffung ersucht hat. Weil der Beizug der Polizei nicht im Rahmen einer ausländer- rechtlichen Zwangsmassnahme nach dem AIG mit entsprechenden Über- prüfungsmöglichkeiten erfolgt ist (vorne E. 4.6), stellt sich vorab die

Frage, ob es sich bei der Anordnung um eine verwaltungsrechtliche Vollstreckungsverfügung des SEM-Entscheids vom 13. Oktober 2022 handelt, da darin sowohl die Art der Ausschaffung wie der Zeitraum, in dem sie zu vollziehen ist, festgelegt worden ist (vorne E. 2.2; Art. 116 Abs. 2 VRPG; zum Begriff der Vollstreckungsverfügung Herzog/Sieber, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 116 N. 9 ff.).

### **E. 5.3.2**

Das SEM ist in seinem Entscheid vom 13. Oktober 2022 (in unpag. Vorakten MIDI) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht eingetreten (Ziff. 1), hat sie aus der Schweiz (nach Spanien) weggewiesen (Ziff. 2) und ihr zudem angedroht, sie könnte inhaftiert und unter Zwang ausgeschafft werden, sollte sie die Schweiz nicht am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist verlassen haben (Ziff. 3). Mit dem Vollzug der Wegweisung wurde der Kanton Bern beauftragt (Ziff. 4).

### **E. 5.3.3**

Im ausländerrechtlichen Verfahren wird in der Regel mit dem negativen Bewilligungsentscheid gleichzeitig die Wegweisung als Vollstreckungsverfügung und Konsequenz der fehlenden Aufenthaltsberechtigung angeordnet (BVR 2013 S. 543 E. 4.1; VGE 2018/401 vom 27.5.2019 E. 3.4;

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 19 Herzog/Sieber, a.a.O., Art. 116 N. 9). Die Wegweisung konkretisiert und vollzieht mit anderen Worten den ihr zugrundeliegenden Sachentscheid (hier Nichteintreten auf das Asylgesuch) und ist zudem rechtliche Grundlage für deren Vollstreckung, die nötigenfalls mit Zwangsmassnahmen durchgesetzt werden kann (BGer 2P.143/2003 vom 19.12.2003 E. 4.1 mit Hinweisen). Dies hat zur Folge, dass der Kanton, der mit dem Vollzug der Wegweisung beauftragt wird, keine eigene, selbständig anfechtbare Vollstreckungsverfügung mehr zu erlassen hat (BVR 1996 S. 412 E. 3b; Art. 44 AsylG, wonach das SEM in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz verfügt und den Vollzug anordnet, wenn es das Asylgesuch ablehnt oder nicht darauf eintritt). Eine Vollstreckungsverfügung über die Art und den konkreten Zeitpunkt der Ausschaffung der Beschwerdeführerin war hier daher nicht mehr notwendig; der in Rechtskraft erwachsene SEM-Entscheid vom 13. Oktober 2022 beinhaltet bereits alle zur Vollstreckung notwendigen Angaben, welche im entsprechenden Rechtsmittelverfahren hätten angefochten werden können.

### **E. 5.3.4**

Die Ausschaffungsanordnung vom 22. Februar 2023 stellt indessen ein Vollzugshilfebegehren des ABEV an die Kantonspolizei dar: Nach Art. 68 Abs. 1 PolG leistet die Kantonspolizei den Verwaltungsbehörden und Gerichten polizeiliche Vollzugshilfe (Vollstreckungshilfe), wenn zur Durchsetzung behördlicher oder gerichtlicher Anordnungen die Ausübung polizeilicher Massnahmen oder die Androhung bzw. Anwendung unmittelbaren Zwangs gesetzlich vorgesehen oder für die Erfüllung der Aufgaben der ersuchenden Behörde erforderlich ist. Bei Vollzugshilfebegehren ist die ersuchende Stelle für die Rechtmässigkeit der zu vollziehenden Massnahme verantwortlich. Die Polizei ist nur für die Art und Weise verantwortlich, wie die Massnahme durchgeführt wird (vgl. Art. 68 Abs. 2 PolG). Gegen polizeiliche Rechtshilfehandlungen können deshalb höchstens noch Einwände über die Modalitäten der Vollzugshilfe

vorgebracht werden, nicht aber Rügen betreffend die Massnahmen an sich (zum Ganzen Lucie von Büren, in Herzog/ Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 10 N. 9, 17). Die Durchsetzung der Wegweisung kann im Einzelfall die Anwendung polizeilicher Zwangsmittel erfordern. Die Anordnung richtet sich nach dem ZAG und ZAV sowie den kantonalen Ermächtigungsgrundlagen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist zu beachten (vgl. vorne E. 3.2.2. sowie SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, G5 – Die Zwangsmassnahmen im

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 20 Ausländerrecht, Stand 19.2.2019, S.

### **E. 5.3.5**

Es ist fraglich, ob die Anordnung des ABEV vom 22. Februar 2023 die Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtung erfüllt (vgl. dazu etwa BVR 2007 S 441 E. 3.3, 2006 S. 481 E. 3; BGE 128 I 167 E. 4.1 und 4.3; Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 39 ff.). Es ist aber nicht Sache des Verwaltungsgerichts, sondern Aufgabe der zuständigen Beschwerdeinstanz zu prüfen, ob eine anfechtbare Verfügung vorliegt und – bejahendenfalls – ob die Beschwerde dagegen begründet ist. Die Zuständigkeit hierfür folgt dem üblichen verwaltungsrechtlichen Instanzenzug und liegt somit bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID; Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG, Art. 2 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Sicherheitsdirektion [Organisationsverordnung SID; OrV SID; BSG 152.221.141]). Diese hat die Überprüfung an die Hand zu nehmen (hinten E. 6.2).

### **E. 5.3.6**

Soweit die Beschwerdeführerin die Modalitäten des Polizeieinsatzes als unverhältnismässig rügt, insbesondere weil sie ohne Vorankündigung durch die Kantonspolizei in der Nacht geweckt und an den Flughafen gebracht worden sei (Beschwerde S. 9), ergibt sich zur Zuständigkeit und Anfechtbarkeit was folgt:

### **E. 5.3.7**

Die Anhaltung mitten in der Nacht durch die Kantonspolizei sowie die polizeiliche Begleitung zum Flughafen und während des Fluges nach Spanien stellen Realakte dar (vgl. BVR 2007 S. 441 E. 3.2). Das VRPG schliesst

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 21 die Möglichkeit der unmittelbaren Anfechtung von Realakten auf dem Verwaltungsbeschwerdeweg aus, weil die Begriffsmerkmale der Verfügung bei solchen Tathandlungen in aller Regel nicht erfüllt sind. Dennoch ist im Kanton Bern eine indirekte Anfechtung von Realakten möglich, indem der Rechtsschutz gegen Realakte praxismässig über den Erlass einer Feststellungsverfügung gewährleistet wird: Die durch den Akt in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffene Person kann bei der handelnden Behörde eine Feststellungsverfügung verlangen und diese gegebenenfalls mit Beschwerde anfechten. Dies allerdings nur, wenn damit nicht bezweckt wird, die Widerrechtlichkeit im Hinblick auf einen späteren Staatshaftungsprozess feststellen zu lassen. Gegenüber dem Staatshaftungsverfahren tritt das Feststellungsverfahren zurück, denn die Gerichtspraxis knüpft die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens an die Voraussetzung, dass das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (zum Ganzen Markus Müller, Bernische

Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl. 2021, S. 162; ders., a.a.O., Art. 49 N. 75; BVR 2018 S. 310 E. 7.3, 2007 S. 441 E. 4.1 ff., 2004 S. 164 E. 2.6). – Die Ausführungen der Beschwerdeführerin lassen nicht darauf schliessen, dass sie ein Staatshaftungsverfahren anheben wollte. Vielmehr dürften ihre Rügen in erster Linie darauf abzielen, die Rechtmässigkeit der umstrittenen Reak- te direkt in einem Anfechtungsstreitverfahren überprüfen zu lassen. Dieses Verfahren mündet im Erlass einer anfechtbaren Feststellungsverfügung. Die zuständige Behörde, die über das Feststellungsbegehren zu befinden hat, ist hier die Kantonspolizei (vgl. BVR 2007 S. 441 E. 4.3).

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist die an das KZM gerichtete Beschwerde der Beschwerdeführerin dahingehend auszulegen, dass sie den vom MIDI angeordneten Beizug der Polizei zur Durchführung der Ausschaffung sowie die Art und Weise, wie der Polizeieinsatz durchgeführt worden ist, als rechtswidrig rügt. Zuständig für die Beurteilung dieser Beanstandungen sind die SID (Beizug der Polizei) und die Kantonspolizei (Modalitäten des Polizeieinsatzes).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 22

#### **E. 6**

Angesichts der Unzuständigkeit des KZM (vgl. E. 5 hiervor) ist zu prüfen, ob dieses die Eingabe an die zuständigen Behörden hätte weiterleiten müssen.

##### **E. 6.1**

Unter Verwaltungsrechtspflegebehörden – wozu im vorliegenden Fall auch das KZM gehört – gilt gemäss Art. 4 VRPG eine Weiterleitungs- oder Überweisungspflicht. Danach sind Eingaben, die an eine unzuständige Behörde gelangen, von dieser von Amtes wegen an die zuständige Instanz zu überweisen. Ein Parteiantrag ist nicht erforderlich. Die Weiterleitungspflicht konkretisiert den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung ihrer Begehren gebracht werden sollen. Zudem wird aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet, dass Rechtsuchenden aus einer unklaren Rechtsmittelordnung kein Nachteil erwachsen soll (Michel Daum, a.a.O., Art. 4 N. 1). Die Weiterleitungspflicht ist nicht nur im Zusammenhang mit der Fristwahrung, sondern auch mit der Rechtshängigkeit von besonderer Bedeutung. Während ein Nichteintretensentscheid den Charakter eines Endentscheids hat und das Verfahren abschliesst, geht die Rechtshängigkeit bei der Weiterleitung nicht verloren und bleiben allfällige Fristen gewahrt. Ein förmlicher Nichteintretensentscheid ist daher nur zu fällen, wenn die Eingabe an keine andere Behörde weitergeleitet werden kann (BVR 2015 S. 193 E. 2.4, 2.6; 2008 S. 481 E. 3.5; VGE 2015/296 vom 15.2.2016 E. 2.2.2; Michel Daum, a.a.O., Art. 4 N. 2, 9).

##### **E. 6.2**

Nach dem Erwogenen wäre die Vorinstanz gestützt auf Art. 4 VRPG gehalten gewesen, die Eingabe der Beschwerdeführerin an die zuständigen Behörden weiterzuleiten, anstatt einen Nichteintretensentscheid zu fällen: Obgleich die Eintretensvoraussetzungen nicht auf der Hand liegen, ist die Eingabe der Beschwerdeführerin auf jeden Fall nicht offensichtlich unzulässig. Prozessökonomische Gründe sprechen daher nicht gegen eine Weiterleitung; im Gegenteil bedarf die Angelegenheit in formeller und (allenfalls) materieller Hinsicht einer vertieften Prüfung durch die zuständigen Stellen (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 4 N.

4). Zwar entfällt die Überweisungspflicht grundsätzlich dann, wenn für die Behandlung der Eingabe mehrere andere Behörden in Betracht fallen, zum Beispiel weil mehrere Rechtsbegehren gestellt werden, für die verschiedene Behörden zuständig sind (Michel Daum, a.a.O., Art. 4 N. 9). Dies kann etwa zutreffen, wenn für ein Vorhaben ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 23 schiedene Bewilligungen erforderlich sind (vgl. VGE 2021/269 vom 25.8.2023 E. 1.2, 2014/132/159 vom 26.3.2015 E. 4.3). Auch im vorliegen- den Fall sind zwar wie dargelegt zwei verschiedene Behörden zuständig. Die Beschwerdeführerin tritt aber nicht als Gesuchstellerin in einem Verwal- tungsverfahren auf, sondern als Rechtsmittelführerin gegen behördliche Akte. Zudem hat das ABEV sein Gesuch um Vollzugshilfe nicht als solches bezeichnet und falsche Rechtsgrundlagen genannt, was die Wahl des richti- gen Rechtsmittels (auch bei anwaltlicher Vertretung) erheblich erschwert hat. Hinzu kommt, dass unklar ist, ob dieses Gesuch bzw. die Ausschaf- fungsanordnung selbständig anfechtbar ist und insoweit überhaupt zwei An- fechtungsobjekte bestehen (vorne E. 5.3.5). Unter diesen Umstän- den rech- fertigt es sich nicht, von einer Überweisung abzusehen und stattdessen einen verfahrensabschliessenden Nichteintretensentscheid zu fällen. Die Sache ist vielmehr sowohl der SID zur weiteren Behandlung wie auch der Kantonspolizei zur Prüfung des Feststellungsbegehrens weiterzuleiten.

### **E. 6.3**

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die Sache sei an das KZM zu- rückzuweisen mit der Anweisung, dieses habe auf den am 4. April 2023 ge- stellten Antrag um Überprüfung der Haft einzutreten (zweiter Teil des Even- tualbegehrens RB 3), ist nach der voranstehenden Erwägung (keine Dublin- Haft oder Zwangsmassnahme nach Art. 73 AIG bzw. fehlende Zuständigkeit des KZM.) daher abzuweisen (zum Nichteintreten auf den ersten Teil des RB 3 vgl. vorne E. 1.2). Auch das RB 4, mit dem die Beschwerdeführerin verlangt, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihre Rechtsvertreterin im vor- instanzlichen Verfahren als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen und angemessen zu entschädigen, ist gestützt auf die vorangegangene Er- wägung abzuweisen, ist doch die Vorinstanz nicht zuständig für die Behand- lung der Eingabe. Es wird Sache der zuständigen Behörden sein, über die Kosten und damit auch über die unentgeltliche Rechtspflege in ihren Verfah- ren zu befinden (vgl. Ruth Herzog, a.a.O, Art. 108 N. 6).

### **E. 7.1**

Zusammenfassend erweist sich der förmliche Nichteintretensent- scheid des KZM als rechtsfehlerhaft. In Beachtung des Verbots der übertrie-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 24 benen Formstrenge und der Weiterleitungspflicht wäre es gehalten gewe- sen, die Anträge der Beschwerdeführerin ihrem wahren Sinn entsprechend auszulegen und die Eingabe vom 4. April 2023 an die zuständigen Behörden weiterzuleiten. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen, als der vorinstanz- liche Nichteintretensentscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Be- handlung an die zuständigen Behörden weiterzuleiten ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen (E. 6.3 hiervoor), soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2).

### **E. 7.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin trotz der Aufhebung des angefochtenen Entscheids lediglich teilweise. Die infolge Rückweisung und Weiterleitung vorzunehmende Beurteilung kann hinsichtlich Haft bzw. Zwangsmassnahmen nach Art. 73 AIG von vornherein nicht zu einer Gutheissung führen. Unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigt es sich, von einem Obsiegen zu einem Drittel auszugehen. In diesem Umfang sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG) und hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf vollen Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG; BVR 2002 S. 526 E. 5b). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (RB 5) wird insoweit gegenstandslos (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

### **E. 7.3**

Gemäss Art. 41 KAG 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. Bei einer Vertretung durch Rechtsanwältinnen und -anwälte, die für AsyLex tätig sind, bemisst sich indessen weder der tarifmässige Parteikostenersatz noch die amtliche Entschädigung nach den für freiberuflich tätige Anwältinnen und Anwälte geltenden Regeln; vielmehr kommt in beiden Fällen der reduzierte pauschale Stundenansatz von Fr. 130.-- zum Tragen (weiterführend BVR 2022 S. 226 E. 5.4 ff.; VGE 2022/295 vom 22.12.2022 E. 8.5). – Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin macht für das verwaltungsgerichtliche Verfahren einen Zeitaufwand von insgesamt 5,25 Stunden sowie Auslagen von Fr. 32.60 geltend (Honorarnote vom 5.6.2023, act. 7A2). Die Honorarnote gibt zu keinen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 25 Bemerkungen Anlass. Der tarifmässige Parteikostenersatz für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist demnach auf Fr. 682.50 zuzüglich Fr. 32.60 Auslagen, d.h. auf insgesamt Fr. 715.10, festzusetzen. Davon hat der Kanton Bern der Beschwerdeführerin einen Drittel, ausmachend Fr. 238.35, zu ersetzen.

### **E. 7.4**

Soweit die Beschwerdeführerin unterliegt, wird sie kostenpflichtig und hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Sie hat allerdings um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung er sucht (RB 5).

#### **E. 7.4.1**

Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 111 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG). Ein Prozess ist nicht aussichtslos, wenn berechtigte Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen, das heisst, wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Praxis demgegenüber Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist dabei,

ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb austragen können, weil er sie nichts kostet (statt vieler BVR 2019 S. 128 E. 4.1; BGE 142 III 138 E. 5.1; zum Ganzen Lucie von Büren, a.a.O., Art. 111 N. 29 ff.).

#### **E. 7.4.2**

Nach diesem Massstab ist die Beschwerde in jenem Umfang, in dem nicht auf sie eingetreten werden kann bzw. sie abzuweisen ist, als aussichtslos zu bezeichnen. Bei der Ausschaffungsanordnung wie auch bei dem im Rahmen der Vollstreckung der Ausschaffung gerügten Vorgehen der Kantonspolizei handelt es sich, wie das KZM zu Recht bereits ausgeführt hat,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 26 klarerweise nicht um Dublin-Haft. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin mehrere ausserhalb des Streitgegenstands liegende Anträge gestellt hat. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass sich zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Gewinn- und Verlustaussichten betreffend die hier interessierenden Anträge ungefähr die Waage hielten bzw. jene nur geringfügig kleiner waren als diese (vgl. BVR 2015 S. 487 E. 7.2). Der Antrag um unentgeltliche Rechtspflege samt Verbeiständung ist daher abzuweisen, soweit er nicht gegenstandslos geworden ist.

#### **E. 8**

In Nachachtung der Überweisungspflicht und Prozessökonomie leitet das Verwaltungsgericht die Angelegenheit direkt an die zuständigen Stellen weiter. Bei diesem Urteil handelt es sich somit um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinn von Art. 92 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110), gegen den die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offensteht (Art. 82 ff. BGG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.146U, Seite 27 Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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