

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 147 vom 1. Dezember 2023

BE Verwaltungsgericht, 2023-12-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2023_147

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 147 du 1 décembre 2023

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 147 del 1 dicembre 2023

Regeste

Überprüfung Haft im Rahmen des Dublinverfahrens (Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 12. Mai 2023; KZM 23 471) | 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 Beschwerdeführenden 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 Vor- instanz 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- deführenden zusätzlich beantragen, das Verwaltungsgericht habe festzustel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 5 len, dass sie sich am 21. März 2023 in Dublin-Haft befunden haben (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 Mutter bzw. Grossmutter der Beschwerdeführenden für knapp einen Monat in stationäre psychiatrische Behandlung ins Psychiatriezentrum Münsingen. Am 17. November 2022 führte der MIDI mit der Beschwerdeführerin 1 ein Ausreisegespräch durch. Diese gab an, dass sie zusammen mit den Kindern und der Mutter der Ausreisepflicht nachkommen werde (Ausschaffungsanordnung vom 22.2.2023 S. 3, unpag. Vorakten KZM sowie Beschwerdebeilage [BB] 3 in act. 1C; Beschwerde Rz. 27 f.). Am 7. Dezember 2022 trat die Mut-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 6 ter bzw. Grossmutter der Beschwerdeführenden aus der Klinik aus. Gleichtags begab sich die Beschwerdeführerin 1 bei den Universitären Psychiatrischen Diensten Bern (UPD) in stationäre psychiatrische Behandlung, wobei sie ihre beiden Kinder der Obhut ihrer Mutter überliess (Ausschaffungsanordnung vom 22.2.2023 S. 3, BB 3 in act. 1C). Soweit aus den Akten ersichtlich ist, hielt sich diese danach zusammen mit ihrer Enkelin und ihrem Enkel 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 Beschwerdeführenden 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. Am Ende der Titelseite wird zudem festgehalten, dass die Anordnung der Ausschaffung auch für die beiden Kinder der Beschwerdeführerin 1 gelte. Der Begründung ist u.a. zu entnehmen, dass durch die Kantonspolizei ein Flug nach Spanien zu buchen und die Beschwerdeführenden aus Sicherheitsgründen polizeilich und medizinisch zu begleiten seien. Zudem sei der Beschwerdeführerin 1 eine Kopie der Anordnung auszuhandigen. Die Ausreisefrist laufe ab «sofort» und die Überstellfrist bis zum

E. 2.3

Am 21. März 2023 wurden die Beschwerdeführerin 1 um 3.30 Uhr in den UPD und die Beschwerdeführenden 2 und 3 zusammen mit ihrer Grossmutter um 3.10 Uhr in der KU E._____ von der Kantonspolizei angehalten und anschliessend zum Flughafen Zürich gebracht, wo die Familienmitglieder zusammengeführt wurden. In Zürich wurde der Beschwerdeführerin 1 die Anordnung zur Ausschaffung bzw. das Dokument «Dublin Out Kat I (take back Asyl, Anordnung der Ausschaffung im Rahmen der Dublin-Verfahren 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 nach Madrid statt (Linienflug). Um 9.50 Uhr wurden die Beschwerdeführenden schliesslich den spanischen Behörden übergeben (zum Ganzen vgl. Ausschaffungsanordnung vom 22.2.2023 S. 3, BB 3 in act. 1C; Log zur Repatriierung vom 21.3.2023; unpag. Vorakten KZM). 3. Zur Ausschaffung und den Zwangsmassnahmen im Zusammenhang mit deren Sicherstellung und Durchführung ergibt sich allgemein was folgt: 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 Durchsetzung eines Weg- oder Ausweisungsentscheids bzw. exekutorische verwaltungsrechtliche Sanktion dar (Gächter/Kradolfer, in Caroni/Gächter/ Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar AuG, 2010, Art. 69 N. 2 und 5). Sie hat

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 8 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 Vorbehalt, dass kein Grund zur vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 AIG besteht (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). 3.2 Für Zwangsmassnahmen im Zusammenhang mit der Sicherstellung und Durchführung von Ausschaffungen bestehen insbesondere folgende Rechtsgrundlagen: 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, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2014, S. 11). Dabei handelt es sich um die Durchsuchung (Art. 70), die kurzfristige Festhaltung (Art. 73), die Ein- oder Ausgrenzung (Art. 74) sowie die ausländerrechtlichen 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-Verordnung; 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 (allein) 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 Haftbestimmungen 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 Behörde 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 Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen (Bst. c). Gemäss Art. 80a Abs. 3

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 9 AIG wird die Rechtmässigkeit und Angemessenheit einer Dublin-Haft auf Antrag der inhaftierten Person durch eine richterliche Behörde in einem schriftlichen Verfahren überprüft. Diese Überprüfung kann jederzeit beantragt werden. Alle diese Massnahmen – ausgenommen die Durchsuchung – zielen darauf ab, die Bewegungsfreiheit der Betroffenen (Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung [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). 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 (Zwangsangwendungsgesetz, 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 Zwangsangwendungsverordnung (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 Zwangsangwendung 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). 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 Sicherstel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 10 lung 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 kantonale Zwangsmassnahmengericht (vgl. Art. 59 Abs. 3 GSOG) auf Gesuch hin die Rechtmässigkeit des angeordneten Gewahrsams. 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. 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 eingegangen sind (mit der Folge, dass kein Raum bestand für eine gerichtliche [Haft]Prüfung nach Art. 80a Abs. 3 AIG), stellen sich die Beschwerdeführenden auf den gegenteiligen Standpunkt und knüpfen daran ihre Feststellungsbegehren (vgl. vorne Bst. C und E. 1.2).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 11 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 1 sei während ihrer Ausschaffung nicht im Sinn von Art. 76a AIG verhaftet bzw. in Dublin-Haft versetzt worden. Vielmehr 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 1 in medizinischer Behandlung befunden. 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). 4.2 Die Beschwerdeführenden wenden dagegen ein, sie seien 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 ausländischerrechtlichen 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.

Schliesslich werde in der Haftanordnung festgehalten, dass sie ebenfalls für die beiden Kinder gelte. In Bezug auf diese sei die Rechtswidrigkeit der Haftanordnung offensichtlich, da die Inhaftnahme von Jugendlichen unter 15 Jahren gemäss Art. 80a Abs. 5 AIG unmissverständlich untersagt sei. 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., 38).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 12 4.3 Der MIDI führt in seinen Stellungnahmen vom 26. Mai und 9. 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 Beschwerdeführenden 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 PolG durchgeführt. Allerdings könne der MIDI das polizeiliche Handeln nicht selber anordnen. Vielmehr habe sich die Polizei bei ihrem Handeln an das Polizeigesetz zu halten. Dass die Anordnung falsch betitelt worden ist, hätte die rechtskundige Rechtsvertretung der Beschwerdeführenden 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 Betroffenen seien 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. In der Stellungnahme vom 22. Juni 2023 (act. 14) hält der MIDI weiter fest, das Ziel einer Überstellung sei klar, d.h. es gehe darum, dass eine Person kontrolliert aus der Schweiz ausreise und den zuständigen Behörden am Zielort übergeben werden könne. Dass eine internationale Verordnung keine präzisen Vorgaben enthalten könne, wie das Handeln der Behörden der Vertragsstaaten konkret vonstatten zu gehen habe, sei notorisch. Deshalb müssten die Modalitäten von jedem Mitgliedstaat selber bestimmt werden. So regle auch Art. 2 Abs. 1 Bst. b ZAG, dass kantonale Behörden im Bereich der Ausländer- und Asylgesetzgebung polizeilichen Zwang oder polizeiliche Massnahmen anwenden müssten. Entsprechend gelange das PolG des Kantons Bern zur Anwendung. 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 Beschwerdeführenden anzuhalten und begleitet zu überführen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 13 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 Beschwerdeführenden während der begleiteten Überführung nach Spanien nicht doch faktisch in Dublin-Haft nach Art. 76a AIG versetzt worden sind. 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 Anwendungsbereich 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). 4.4.2 Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Entscheidung 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 14 (E. 4.2). – Hier liegt der Fall indessen anders: Es wird von den Beschwerdeführenden weder dargetan noch lässt sich den Akten entnehmen, dass sie in eine Haftanstalt verbracht, weggeschlossen oder isoliert worden wären. Die Anhaltung und Begleitung diene auch nicht der vorgängigen Sicherstellung, sondern der eigentlichen Durchführung der Ausschaffung. Die begleitete Überführung der Beschwerdeführenden 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). 4.4.3 Die gegenteiligen Argumente der Beschwerdeführenden überzeugen nicht: Polizeilicher Zwang und polizeiliche Massnahmen dürfen zur Aufrechterhaltung oder Herstellung eines rechtmässigen Zustands, zur Durchführung von Transporten von Personen, die einer Freiheitsbeschränkung unterstehen, 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 freiheitsbeschränkende 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

Beschwerdeführenden durchgeführten Zwangsmassnahmen (Anhaltung und polizeilich begleitete Überstellung nach Spanien) sind daher jedenfalls durch eine ausreichende Rechtsgrundlage gedeckt. Entgegen den Beschwerdeführenden 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.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 15 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. 4.4.4 Steht somit fest, dass die Beschwerdeführenden nicht in Dublin-Haft versetzt worden sind, ist auch nicht zu beanstanden, dass das KZM auf das Gesuch um Haftüberprüfung nicht eingetreten ist. 4.5 Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz auf die Begehren der Beschwerdeführenden hätte eintreten müssen, weil mit der Ausschaffungsanordnung Zwangsmassnahmen nach Art. 73 AIG angeordnet worden sind oder weil die Beschwerdeführerin 1 in polizeilichen Gewahrsam nach Art. 91 Bst. d PolG genommen worden ist bzw. ob sie die Eingabe in Bezug auf die Beschwerdeführenden 2 und 3 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). 4.5.1 Das ABEV hat in seiner Begründung zur Ausschaffungsanordnung die Anhaltung und den Transport der Beschwerdeführenden 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 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). 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 16 ausführt, handle es sich bei der Anordnung weder um Dublin-Haft noch um eine Anwendung von Zwangsmassnahmen nach Art. 73 AIG. Die Beschwerdeführenden seien 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 Beschwerdeführenden verhaftet oder in polizeilichen Gewahrsam genommen worden wären (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). 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 Be- schwerdeführenden tatsächlich in eine solche Haft versetzt worden wären. Gleiches gilt für den polizeilichen Gewahrsam nach Art. 91 Bst. d PolG. Fol- lich ist die Vorinstanz richtigerweise zum Schluss gelangt, dass die in Art. 80a Abs. 3 AIG vorgesehene gerichtliche Haftüberprüfung keine Anwen- dung findet. Auch für ein Eintreten auf das Gesuch der Beschwerdeführen- den gestützt auf Art. 73 Abs. 5 AIG fehlen hier die gesetzlichen Vorausset- zungen. Das KZM war somit nicht zuständig für die Beurteilung des von den Beschwerdeführenden erhobenen Rechtsmittels. Eine Weiterleitung an das zuständige regionale Zwangsmassnahmengericht zur Überprüfung nach Art. 92 Abs. 1 PolG war nach dem Gesagten ebenfalls nicht angezeigt. Den- noch erweist sich der formelle Nichteintretensentscheid der Vorinstanz aus nachfolgenden Erwägungen als unrechtmässig.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 17

E. 5

[einsehbar unter: <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 Beschwerdeführenden 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 entspre- chen der Vollzugsstufe 2 von Art. 28 ZAV, deren Anwendung der Polizei vor- behalten ist (vgl. vorne E. 3.2.2). Obwohl in der Anordnung das Wort «Ge- such» nicht vorkommt, ergibt sich aus deren Inhalt, dass das ABEV die Kan- tonspolizei um die Durchführung der (zwangsweisen) Ausschaffung ersucht.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 21 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 Beschwerdeführenden haben am 4. April 2023 beim KZM einen «Antrag um Überprüfung der Dublin-Haft» eingereicht (unpag. Vorakten KZM). In den Rechtsbegehren verlangen sie namentlich die Feststellung, dass die Haft rechtswidrig gewesen und das rechtliche Gehör verletzt wor- den 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 über- triebenen Formstrenge verlangt jedoch, dass Parteieingaben nach ihrem er- kennbaren, 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 Beschwerdebeurteilung 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 anwaltlich 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 Beschwerdeführenden 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 halten: Sie machen unter anderem geltend, der Vorwurf, die Beschwerdeführenden hätten sich nicht selbstständig für eine freiwillige Ausreise gemeldet, sei aktenwidrig und willkürlich und verstosse gegen Treu und Glauben (Rz. 13). Die Beschwerdeführerin 1 und ihre Mutter litten an schweren psychischen Problemen und hätten bereits mehrere Suizidversuche unternommen. Die Annahme des MIDI, wonach die Klinikeintritte der Beschwerdeführerin 1 und ihrer Mutter nur den Vollzug der Wegweisung verhindern sollten, sei deshalb unzutreffend (Rz. 14 ff.). Vielmehr sei es unverhältnismässig gewesen, die suizidale und psychisch schwer kranke Beschwerdeführerin 1 mitten in der Nacht von der Polizei abführen zu lassen und zum Flughafen zu bringen, zumal sie sich während dieser Zeit stationär in der UPD befunden habe und die Behandlung noch nicht abgeschlossen gewesen sei (Rz. 19 ff.). Im Sinn eines mildereren Mittels hätte der MIDI die Beschwerdeführenden vorgängig über die Flugbuchung informieren und ihnen die selbständige Anreise an den

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 18 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 Rechnung getragen (Rz. 17, 22 f.). Darüber hinaus habe er in mehrfacher Weise ihren Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem er der Beschwerdeführerin 1 keine vorgängige Äusserungsmöglichkeit zur Haftanordnung gegeben habe und ihr diese nicht übersetzt worden sei. Ausserdem hätten ihr die Polizistinnen bzw. Polizisten das Telefon abgenommen und die Kontaktaufnahme mit ihrer Rechtsvertretung explizit verweigert. Diese mehrfache Gehörsverletzung könne nicht mehr geheilt werden, sei jedoch wenigstens im Dispositiv des Entscheids festzustellen (Rz. 24 ff.).

E. 5.3

Mit diesen Einwänden kritisieren die Beschwerdeführenden im Wesentlichen die Anordnung der Ausschaffung sowie die Modalitäten des Vollzugs (Anhaltung durch die Kantonspolizei und anschliessende begleitete Rücküberstellung nach Spanien), um so die beantragten Feststellungen zu begründen. Die unzutreffende Annahme, dass die beanstandeten Handlungen im Rahmen einer Dublin-Haft erfolgt seien, lässt ihr Interesse an der Überprüfung der Vorgänge nicht dahinfallen. Dies gilt umso weniger, als das ABEV in seiner Anordnung widersprüchliche und nicht korrekte Rechtsgrundlagen nannte und unzutreffende Begriffe verwendete. Die dadurch entstandene unklare Situation darf nicht den Beschwerdeführenden angelastet werden. Soweit diese in ihrer Eingabe die Feststellung verlangen, dass «die Haft» rechtswidrig gewesen sei, ist ihr Antrag deshalb in guten Treuen dahingehend auszulegen, dass sie damit die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vollzugs der Wegweisung anstreben. Dies betrifft sowohl die Ausschaffung durch die Polizei an sich (Ausschaffungsanordnung) als auch die Modalitäten des Polizeieinsatzes.

Es ist demnach von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 20a VRPG), ob die Vorinstanz für die Behandlung der so verstandenen Eingabe zuständig war. Diese Prüfung ist zum einen für die Ausschaffungsanordnung (E. 5.3.1 ff. hiernach) und zum anderen für die Modalitäten des Polizeieinsatzes (hinten E. 5.3.6 f.) durchzuführen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 19

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 ausländerrechtlichen Zwangsmassnahme nach dem AIG mit entsprechenden Überprüfungsmöglichkeiten 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 Beschwerdeführenden nicht eingetreten (Ziff. 1), hat sie aus der Schweiz (nach Spanien) weggewiesen (Ziff. 2) und ihnen zudem angedroht, sie könnten inhaftiert und unter Zwang ausgeschafft werden, sollten 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; 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 20 Ausschaffung der Beschwerdeführenden war hier daher nicht mehr notwendig; der in Rechtskraft erwachsene SEM-Entscheid vom 13. Oktober 2022 beinhaltete 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 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 Beschwerdeführenden die Modalitäten des Polizeieinsatzes als unverhältnismässig rügen, insbesondere weil sie ohne Vorankündigung durch die Kantonspolizei in der Nacht geweckt und an den Flughafen verbracht worden seien (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 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 praxisgemäss 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 22 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 Beschwerdeführenden lassen nicht darauf schliessen, dass sie ein Staatshaftungsverfahren anheben wollten. Vielmehr dürften ihre Rügen in erster Linie darauf abzielen, die Rechtmässigkeit der umstrittenen Realakte 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 Beschwerdeführenden 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 rügen. Zuständig für die Beurteilung dieser Beanstandungen sind die SID (Beizug der Polizei) und die Kantonspolizei (Modalitäten des Polizeieinsatzes).

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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 23 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 Beschwerdeführenden an die zuständigen Behörden weiterzuleiten, anstatt einen Nichteintretensentscheid zu fällen: Obgleich die Eintretensvoraussetzungen nicht auf der Hand liegen, ist die Eingabe der Beschwerdeführenden 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 verschiedene 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 vorliegenden Fall sind zwar wie dargelegt zwei verschiedene Behörden zuständig. Die Beschwerdeführenden treten aber nicht als Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller in einem Verwaltungsverfahren auf, sondern als Rechtsmittelführende gegen behördliche Akte. Zudem hat das ABEV sein Gesuch um Vollzugshilfe nicht als solches bezeichnet und falsche Rechtsgrundlagen genannt, was die Wahl des richtigen Rechtsmittels (auch bei anwaltlicher Vertretung) erheblich erschwert hat. Hinzu kommt, dass unklar ist, ob dieses Gesuch bzw. die Ausschaffungsanordnung selbständig anfechtbar ist und insoweit überhaupt zwei Anfechtungsobjekte bestehen (vorne E. 5.3.5). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich nicht, von einer Überweisung ab-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 24 zusehen 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 Beschwerdeführenden, die Sache sei an das KZM zurückzuweisen mit der Anweisung, dieses habe auf den am 4. April 2023 gestellten Antrag um Überprüfung der Haft einzutreten (zweiter Teil des Eventualbegehrens 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 Beschwerdeführenden verlangen, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihre Rechtsvertreterin im vorinstanzlichen Verfahren als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen und angemessen zu entschädigen, ist gestützt auf die vorangegangene Erwägung abzuweisen, ist doch die Vorinstanz nicht zuständig für die Behandlung der Eingabe. Es wird Sache der zuständigen Behörden sein, über die Kosten und damit auch über die unentgeltliche Rechtspflege in ihren Verfahren zu befinden (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 6).

E. 7.1

Zusammenfassend erweist sich der förmliche Nichteintretensentscheid des KZM als rechtsfehlerhaft. In Beachtung des Verbots der übertriebenen Formstrenge und der

Weiterleitungspflicht wäre es gehalten gewesen, die Anträge der Beschwerdeführenden ihrem wahren Sinn entsprechend auszulegen und die Eingabe vom 4. April 2023 an die zuständigen Behörden weiterzuleiten. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen, als der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an die zuständigen Behörden weiterzuleiten ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen (E. 6.3 hiervor), soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2).

E. 7.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen die Beschwerdeführenden trotz der Aufhebung des angefochtenen Entscheids lediglich teil-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 25 weise. 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 haben die Beschwerdeführenden 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 Beschwerdeführenden macht für das verwaltungsgerichtliche Verfahren einen Zeitaufwand von insgesamt 7,75 Stunden sowie Auslagen von Fr. 48.90 geltend (Honorarnote vom 5.6.2023, act. 7A2 sowie Ergänzung vom 15.6.2023, act. 12). Die Honorarnote gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der tarifmässige Parteikostenersatz für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist demnach auf Fr. 1'007.50 zuzüglich Fr. 48.90 Auslagen, d.h. auf insgesamt Fr. 1'056.40, festzusetzen. Davon hat der Kanton Bern den Beschwerdeführenden einen Drittel, ausmachend Fr. 352.15, zu ersetzen.

E. 7.4

Soweit die Beschwerdeführenden unterliegen, werden sie kostenpflichtig und haben keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Sie haben allerdings um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht (RB 5).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 26

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, klarerweise nicht um Dublin-Haft. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführenden mehrere ausserhalb des Streitgegenstands liegende Anträge gestellt haben. 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.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 27

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). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass der Entscheid des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 12. Mai 2023 aufgehoben und die Sache im Sinn der Erwägungen an die Sicherheitsdirektion des Kantons Bern zur Behandlung der Beschwerde gegen die Ausschaffungsanordnung bzw. gegen das Gesuch um Vollzugshilfe vom 22. Februar 2023 sowie an die Kantonspolizei Bern zur Prüfung des Begehrens um Feststellung der Rechtswidrigkeit der Modalitäten der Ausschaffung vom 21. März 2023 weitergeleitet wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Das Gesuch um unentgeltliche

Rechtspflege für das Verfahren vor Verwaltungsgericht wird abgewiesen, soweit es nicht als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird. 3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.--, werden den Beschwerdeführenden zu zwei Dritteln, ausmachend Fr. 533.35, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2023, Nr. 100.2023.147U, Seite 28 4. Der Kanton Bern (Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern, Migrationsdienst) hat den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf insgesamt Fr. 1'056.40, zu einem Drittel, ausmachend Fr. 352.15 (inkl. Auslagen), zu ersetzen. 5. Zu eröffnen: - Beschwerdeführende - Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern - Kantonales Zwangsmassnahmengericht - Staatssekretariat für Migration - Kantonspolizei - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern Die Abteilungspräsidentin: Der Gerichtsschreiber: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

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