

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 38/2022

Urteil vom 7. Juli 2022

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,
Bundesrichterin Hänni,
Bundesrichterin Ryter,
Gerichtsschreiber Businger.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Lea Hungerbühler,
und diese substituiert durch Rechtsanwältin Sonja Comte,

gegen

Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (ABEV),
Ostermundigenstrasse 99B, 3006 Bern,
Kantonales Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern.

Gegenstand
Anordnung der Ausschaffungshaft im Rahmen des Dublin-Verfahrens,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Einzelrichter, vom 14. Dezember 2021 (100.2021.351U).

Sachverhalt:

A.
Der afghanische Staatsangehörige A. _____ ersuchte am 26. März 2021 in der Schweiz um Asyl. Nachdem Abklärungen ergaben, dass er bereits am 17. Februar 2020 in Griechenland und am 19. Februar 2021 in Kroatien unter anderer Identität ein Asylgesuch gestellt hatte, ersuchte das Staatssekretariat für Migration (SEM) am 27. Mai 2021 die kroatischen Behörden um Übernahme von A. _____ im Rahmen des Dublin-Verfahrens. Am 7. Juni 2021 wurde dem Ersuchen entsprochen. In der Folge trat das SEM am 9. Juni 2021 auf das Asylgesuch von A. _____ nicht ein und wies ihn nach Kroatien weg. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht am 24. Juni 2021 ab.

B.
Am 22. November 2021 ordnete das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern für die Dauer von höchstens sechs Wochen die Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens an, versetzte A. _____ aber vorerst nicht in Haft. Das daraufhin angerufene Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern bestätigte am 30. November 2021 die angeordnete Haft, die ab 1. Dezember 2021 vollzogen wurde. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern am 14. Dezember 2021 ab, soweit es darauf eintrat.

C.
Mit Beschwerde vom 13. Januar 2022 beantragt A. _____, der mittlerweile nach Kroatien ausgeschafft wurde, dem Bundesgericht, es sei festzustellen, dass seine Inhaftierung rechtswidrig war. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Weiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.
Während das Zwangsmassnahmengericht auf eine Vernehmlassung verzichtet, schliesst das Verwaltungsgericht auf Abweisung der Beschwerde. Das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons

Bern und das SEM äussern sich zur Sache, ohne einen Antrag zu stellen.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid betreffend Anordnung der Dublin-Haft ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig. Wegen des mit der Haftanordnung verbundenen schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit kommt dem entsprechenden Freiheitsentzug eigenständige Bedeutung zu; die Haft erscheint nicht als bloss untergeordnete Vollzugsmassnahme zur Wegweisung, weshalb der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. c Ziff. 4 BGG der Beschwerde nicht entgegensteht (BGE 147 II 49 E. 1.1; 142 I 135 E. 1.1.3; Urteil 2C 610/2021 vom 11. März 2022 E. 1.1, zur Publikation vorgesehen). Es handelt sich bei der Dublin-Haft praxisgemäss auch nicht um einen Entscheid "auf dem Gebiet des Asyls" im Sinne von Art. 83 lit. d BGG (BGE 142 I 135 E. 1.1.3).

1.2. Der Beschwerdeführer befindet sich heute nicht mehr in Haft. Das Bundesgericht tritt indessen trotz Haftentlassung auf Beschwerden gegen die Genehmigung der ausländerrechtlichen Festhaltung durch das Haftgericht bzw. den entsprechenden kantonalen Rechtsmittelentscheid ein, wenn der Betroffene rechtsgenügend begründet (vgl. Art. 42 und Art. 106 Abs. 2 BGG) und in vertretbarer Weise ("griefs défendables") die Verletzung einer Garantie der EMRK rügt (BGE 147 II 49 E. 1.2.1), etwa indem er wie im vorliegenden Fall geltend macht, ihm sei die Freiheit "nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise" entzogen worden (BGE 143 I 437 E. 3.3). Die diesbezüglichen Feststellungsanträge des Beschwerdeführers sind zulässig (BGE 142 I 135 E. 3.4 in fine). Da auch alle weiteren Prozessvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten (vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. d; Art. 89 Abs. 1; Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

2.

2.1. Die Inhaftierung einer Person im Rahmen eines Dublin-Verfahrens ist erlaubt, wenn sie die Sicherstellung des Überstellungsverfahrens in den zuständigen Dublin-Staat bezweckt (vgl. Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung in Verbindung mit dem Bundesbeschluss vom 26. September 2014 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist [AS 2015 1841 ff.]). Die Voraussetzungen dazu bestimmen sich im Rahmen von Art. 28 Dublin-III-Verordnung nach Art. 76a AIG (SR 142.20) sowie - in Bezug auf das Verfahren - nach Art. 80a AIG.

2.2. Nach Art. 28 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung dürfen die Mitgliedstaaten eine Person nicht allein deshalb in Haft nehmen, weil sie dem durch die Dublin-III-Verordnung festgelegten Verfahren unterliegt. Die Staaten können zur Sicherung des Überstellungsverfahrens eine gesuchstellende Person im Rahmen einer Einzelfallprüfung festhalten, wenn (1) eine erhebliche Fluchtgefahr besteht, (2) die freiheitsentziehende Massnahme sich als verhältnismässig erweist und (3) weniger einschneidende Massnahmen unwirksam erscheinen (Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung; vgl. auch Art. 76a Abs. 1 AIG). Als Fluchtgefahr bezeichnet die Dublin-III-Verordnung das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zur Annahme Anlass geben, dass sich ein Gesuchsteller, gegen den ein Überstellungsverfahren läuft, diesem durch Flucht entziehen könnte (Art. 2 lit. n Dublin-III-Verordnung). Die einzelnen Staaten sind verpflichtet, in einer zwingenden Vorschrift mit allgemeiner Geltung die Kriterien zu nennen, auf denen die Gründe beruhen, die zu dieser Annahme Anlass geben. Fehlen die entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht, ist eine Festhaltung im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung unzulässig (vgl. Urteil des EuGH vom 15. März 2017 C-528/15 Al Chodor).

2.3. Die Kriterien für die Gefahr des Untertauchens werden in Art. 76a Abs. 2 AIG abschliessend aufgeführt (BGE 142 I 135 E. 4.1). Die Untertauchensgefahr darf aber nicht nur gestützt auf die gesetzlichen Haftgründe vermutet werden, sondern muss im Einzelfall geprüft und begründet werden (vgl. Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung; Urteil 2C 199/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4.2). Dies gebietet bereits der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV), der verlangt, dass eine Grundrechtseinschränkung im Einzelfall erforderlich ist (BGE 140 I 2 E. 9.2.2; 137 I 31 E. 7.5.2; betreffend die ausländerrechtliche Haft vgl. BGE 142 I 135 E. 4.1). Die Haftanordnung darf nur bei einer erheblichen Gefahr des Untertauchens erfolgen (BGE 142 I 135 E. 4.2; Urteil 2C 199/2018 vom

9. Juli 2018 E. 4.1).

2.4.

2.4.1. Das Verwaltungsgericht hat erwogen, die Vorinstanzen (Berner Migrationsbehörden; Zwangsmassnahmengericht) hätten keine hinreichende einzelfallbezogene Abschätzung der Untertauchensgefahr vorgenommen. Die Aussage des Beschwerdeführers, er wolle die Schweiz nicht verlassen, genüge für sich alleine nicht. Zudem sei der Beschwerdeführer nach der Haftanordnung vom 22. November 2021 bis zum 1. Dezember 2021 in Freiheit geblieben und habe sich trotz der drohenden Haft und im Wissen um die Buchung eines Fluges den Behörden weiterhin zur Verfügung gehalten. Allerdings habe er kürzlich seine Aussage wiederholt, wonach er nicht nach Kroatien zurückkehren werde, und zudem gesagt, sein Leben mache keinen Sinn mehr, wenn er die Schweiz verlassen müsse. Weiter habe er den Transport ins Regionalgefängnis Bern im Hinblick auf den Vollzug des für den 10. Dezember 2021 gebuchten Fluges verweigert und damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er sich der Überstellung entziehen wolle. Damit sei eine tatsächliche und erhebliche Untertauchensgefahr zu bejahen (vgl. E. 5.3 f. des angefochtenen Urteils).

2.4.2. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, er habe sich den Behörden aktenkundig stets zur Verfügung gehalten und sämtliche Weisungen befolgt. Er habe am Ausreisegespräch vom 22. November 2021 teilgenommen und dort zur Kenntnis genommen, dass ein Flug für ihn gebucht worden sei. Dennoch habe er den Behörden in der Folge weiterhin zur Verfügung gestanden. Es gehe nicht an, sein Verhalten während der Inhaftierung - namentlich bezüglich des gebuchten Fluges - nachträglich zur Rechtfertigung der Haft heranzuziehen. Der Haftgrund müsse zum Zeitpunkt der Inhaftierung vorliegen. Zudem könne gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus der Äusserung, die Schweiz nicht verlassen zu wollen, nicht zwingend auf eine Untertauchensgefahr geschlossen werden. Er habe auch in Bezug auf den Flug keine effektive Verweigerungshandlung vorgenommen, sondern lediglich gesagt, er weigere sich, in das Fahrzeug zu steigen. Von einer erheblichen Untertauchensgefahr könne deshalb keine Rede sein.

2.5. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten Haftgründe nach Art. 76a Abs. 2 AIG verwirklicht hat, etwa weil er mehrere Asylgesuche unter verschiedenen Identitäten (in Griechenland und Kroatien) gestellt hat (Art. 76a Abs. 2 lit. c AIG; vgl. E. 5.2 des angefochtenen Urteils). Streitig ist, ob daraus auf eine konkrete und erhebliche Gefahr des Untertauchens geschlossen werden kann.

2.5.1. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass mit der Anordnung der ausländerrechtlichen Administrativhaft gemäss gesetzlicher Konzeption auch der Entzug der Freiheit des Betroffenen einhergehen soll. Dies ergibt sich aus dem Haftzweck: Die Haft soll ein Untertauchen des Ausländers verhindern oder ihn zur Mitwirkung bewegen, was von vornherein nicht möglich ist, wenn die Haft zwar angeordnet, aber in der Folge nicht vollzogen wird. Zudem konkretisieren die Verfahrensgarantien nach Art. 80 f. AIG die verfassungsmässigen Garantien beim Freiheitsentzug näher (Art. 31 BV und Art. 5 EMRK) und umfasst das Prüfungsprogramm des Haftgerichts ausdrücklich auch die Umstände des Haftvollzugs (Art. 80 Abs. 4 sowie Art. 80a Abs. 8 AIG; vgl. auch Art. 81 AIG und BGE 146 II 201 zu den Haftbedingungen für ausländerrechtlich festgehaltene Personen). Eine Haftanordnung "auf Vorrat" ohne anschliessenden Haftvollzug sieht das Gesetz nicht vor und lässt sich mit Blick auf den Haftzweck auch nicht vernünftig begründen.

2.5.2. Im vorliegenden Fall erging die Haftanordnung am 22. November 2021 - sie wurde dem Beschwerdeführer anlässlich eines Ausreisegesprächs persönlich ausgehändigt. Am 30. November 2021 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht die "angeordnete, jedoch noch nicht vollzogene Haft" als rechtmässig und angemessen. In der Folge wurde der Beschwerdeführer erst am 1. Dezember 2021 und damit neun Tage nach der Haftanordnung verhaftet. Es ist unklar, weshalb sich die Berner Migrationsbehörden zu diesem Vorgehen entschlossen haben. Gemäss ihrer Stellungnahme vom 7. Dezember 2021 an das Verwaltungsgericht ist die Haft wegen medizinischen Abklärungen zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers vorerst nicht vollzogen worden. In diesem Fall wäre es allerdings angezeigt gewesen, die Haft erst nach Abschluss der notwendigen Abklärungen anzuordnen, weil der Gesundheitszustand des Betroffenen mit Blick auf die Hafterstehungsfähigkeit und die Durchführbarkeit des Vollzugs (Art. 80a Abs. 7 lit. a AIG) bereits bei der Haftanordnung zu berücksichtigen ist (vgl. MARTIN BUSINGER, Ausländerrechtliche Haft, Diss. Zürich 2015, S. 43 ff.).

2.5.3. Unabhängig davon haben die Berner Migrationsbehörden mit ihrer Vorgehensweise selber den

Nachweis erbracht, dass sie im Zeitpunkt der Haftanordnung nicht ernsthaft davon ausgegangen sind, der Beschwerdeführer könnte sich dem Wegweisungsvollzug entziehen. Anders ist nicht zu erklären, dass sie die Haftanordnung dem Beschwerdeführer am 22. November 2021 eröffnet haben und ihm damit Gelegenheit gaben, bis zum Vollzug der Haft am 1. Dezember 2021 unterzutauchen. Sie haben die Haft damit selber als nicht notwendig qualifiziert, um den Wegweisungsvollzug sicherzustellen. Deshalb hätte das Zwangsmassnahmengericht die wegen einer erheblichen Untertauchensgefahr "angeordnete, jedoch noch nicht vollzogene Haft" bereits mangels Notwendigkeit als unverhältnismässig qualifizieren müssen.

2.5.4. Auch das Verhalten des Beschwerdeführers nach der Haftanordnung bzw. gerichtlichen Haftprüfung lässt nicht den Schluss zu, er habe sich dem Wegweisungsvollzug entziehen wollen. Zwar hat er weiterhin bekräftigt, dass er die Schweiz nicht verlassen wolle, doch kann daraus gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht automatisch der Schluss gezogen werden, er wolle sich dem Wegweisungsvollzug entziehen (vgl. Urteile 2C 549/2021 vom 3. September 2021 E. 4.3; 2C 947/2020 vom 15. Dezember 2020 E. 2.2.1). Auch seine Weigerung, sich im Hinblick auf den für den 10. Dezember 2021 gebuchten Flug ins Regionalgefängnis Bern transportieren zu lassen, ist zu relativieren. Wohl hat der Beschwerdeführer damit zum Ausdruck gebracht, dass er im Hinblick auf den Vollzug der Wegweisung nicht zur Kooperation bereit ist. Die streitige Haft nach Art. 76a Abs. 1 und 2 AIG dient aber nicht dazu, den Betroffenen zur Mitwirkung zu bewegen, sondern soll verhindern, dass er untertaucht. Anderes gilt für die Dublin-Haft wegen Renitenz nach Art. 76a Abs. 4 AIG (vgl. dazu Urteil 2C 610/2021 vom 11. März 2022 E. 4 ff., zur Publikation vorgesehen), die im vorliegenden Fall nicht zur Debatte steht. Selbst wenn einzuräumen ist, dass das Verhalten des Beschwerdeführers - namentlich das Einreichen von Asylgesuchen in mehreren Ländern unter verschiedenen Identitäten und die damit verbundene Täuschung der Behörden - in der Summe als starkes Indiz für eine Untertauchensgefahr gewertet werden kann (vgl. etwa Urteil 2C 134/2022 vom 1. März 2022 E. 2.2), überwiegt im vorliegenden Fall der Umstand, dass er sich trotz Haftanordnung und im Wissen um den gebuchten Flug den Behörden weiterhin zur Verfügung gehalten hat. Damit bestand im konkreten Fall keine erhebliche Fluchtgefahr nach Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung. Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, inwieweit es überhaupt zulässig wäre, im Rechtsmittelverfahren Sachverhaltselemente zur Rechtfertigung der Haftanordnung heranzuziehen, die sich erst nach der erstinstanzlichen gerichtlichen Haftprüfung ereignet haben.

2.6. Zusammenfassend sind die Vorinstanzen im vorliegenden Fall zu Unrecht davon ausgegangen, beim Beschwerdeführer bestehe eine erhebliche Untertauchensgefahr. Die Haft war bereits aus diesem Grund von Anfang an unzulässig. Die Beschwerde erweist sich als begründet.

3.

Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob die vom Verwaltungsgericht festgestellte Gehörsverletzung im Verfahren der Haftanordnung - keine Möglichkeit des Beschwerdeführers, sich zur Haftanordnung zu äussern; Nichtgewährung der in Art. 31 Abs. 2 BV bzw. Art. 5 Ziff. 2 EMRK verbrieften Rechte (vgl. dazu Urteil 2C 549/2021 vom 3. September 2021 E. 3.3) - im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht geheilt werden konnte. Ebenso kann offenbleiben, ob der Beschwerdeführer angesichts seiner gesundheitlichen Probleme überhaupt hafterstehungsfähig gewesen ist bzw. im Haftvollzug adäquat betreut worden ist und ob die kantonalen Behörden mildere Massnahmen nach Art. 76a Abs. 1 lit. c AIG ernsthaft geprüft haben. Diesbezüglich rechtfertigt sich allerdings folgende Bemerkung: Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil (vgl. E. 2.5) ist nicht ersichtlich, inwieweit das Zwangsmassnahmengericht die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers berücksichtigt hat. Es hat lediglich darauf verwiesen, dass der Gesundheitszustand dem Wegweisungsvollzug nicht entgegenstehe, und seiner Hoffnung Ausdruck verliehen, dass "im Falle medizinischer Hinderungsgründe" auf den Vollzug der Haft verzichtet werde. Wie erwähnt gehören die Umstände des Haftvollzugs zum Prüfungsprogramm des Haftgerichts (Art. 80a Abs. 8 AIG) und ist der Gesundheitszustand des Betroffenen namentlich bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Haft zu berücksichtigen (vgl. vorne E. 2.5.2). Angesichts der aktenkundigen gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers hätte sich das Zwangsmassnahmengericht deshalb zwingend mit der aktuellen gesundheitlichen Situation befassen müssen.

4.

Die Beschwerde ist demnach in Aufhebung des angefochtenen Urteils gutzuheissen und festzustellen, dass die Administrativhaft des Beschwerdeführers unrechtmässig gewesen ist.

5.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG); der Kanton Bern hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG). Dementsprechend werden die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos. Die Sache ist zur Neuverlegung der kantonalen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Dezember 2021 aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die Administrativhaft des Beschwerdeführers unrechtmässig gewesen ist.
2.
Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen der kantonalen Rechtsmittelverfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3.
Für das bundesgerichtliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Kanton Bern hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.
5.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Einzelrichter, und dem Staatssekretariat für Migration mitgeteilt.

Lausanne, 7. Juli 2022

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: M. Businger