



Abteilung IV
D-3650/2006
law/joc/cvv
{T 0/2}

Urteil vom 9. Oktober 2009

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richter Hans Schürch, Richter Gérald Bovier,
Gerichtsschreiberin Claudia Jorns Morgenegg.

Parteien

A._____, geboren (...),
Kamerun,
vertreten durch lic. iur. Dominique Wetli, Rechtsanwalt,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
vormals Bundesamt für Flüchtlinge (BFF),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung; Verfügung des BFF vom
15. September 2004 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 15. September 2004 - eröffnet am 17. September 2004 - stellte das BFF fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte sein Asylgesuch vom 3. September 2003 ab. Gleichzeitig verfügte es die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und ordnete den Vollzug der Wegweisung an.

B.

Am 7. Oktober 2004 orientierte der zwischenzeitlich mandatierte Rechtsvertreter das BFF über einen im September 2004 erfolgten Spitalaufenthalt des Beschwerdeführers.

C.

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 15. Oktober 2004 liess der Beschwerdeführer bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde gegen die Verfügung des BFF vom 15. September 2004 erheben und beantragen, die Dispositivziffern 3 bis 5 der Verfügung der Vorinstanz seien aufzuheben, es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzulässig eventualiter unzumutbar sei, und der Beschwerdeführer sei vorläufig aufzunehmen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht liess er beantragen, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und von der Erhebung eines Kostenvorschusses sei abzusehen.

Der Beschwerde lag - nebst einer Vollmacht des Rechtsvertreters und einer Bestätigung über die Fürsorgeabhängigkeit des Beschwerdeführers - ein Arztbericht vom 30. September 2004 von Dr. med. B._____ sowie ein Schreiben der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH/OSAR) vom 8. September 2004 bei.

D.

Mit Verfügung vom 4. November 2004 stellte der Instruktionsrichter der ARK fest, dass der Beschwerdeführer lediglich den durch das BFF angeordneten Vollzug der Wegweisung anfechte und daher die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung des BFF vom 15. September 2004 in Rechtskraft erwachsen seien. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hiess der Instruktionsrichter gut; gleichzeitig verzichtete er auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

E.

Mit Vernehmlassung vom 18. November 2004 beantragte das BFF die Abweisung der Beschwerde.

F.

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2004 liess der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung Stellung nehmen.

G.

Mit Urteil des Strafgerichts C._____ vom 4. August 2005 wurde der Beschwerdeführer wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 30 Tagen Gefängnis - als Zusatzstrafe zum Urteil des Strafbefehlsrichters C._____ vom 6. April 2005 - verurteilt.

H.

Mit Verfügung vom 9. Juli 2009 forderte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf, innert Frist einen aktuellen ärztlichen Bericht sowie eine Erklärung einzureichen, mit welcher er die ihn behandelnden Ärzte dem Bundesverwaltungsgericht und dem BFM gegenüber von der ärztlichen Schweigepflicht entbinde.

I.

Mit Schreiben seines Rechtsvertreters vom 10. August 2009 reichte der Beschwerdeführer einen Arztbericht von Dr. med. B._____ und Dr. med. D._____ vom 5. August 2009 zu den Akten.

J.

Ein weiteres ärztliches Zeugnis derselben Ärzte datierend vom 10. August 2009 sowie ein Ausdruck einer Internet-seite betreffend die Verfügbarkeit von Medikamenten in Kamerun liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. August 2009 einreichen.

K.

Am 3. September 2009 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Kostennote zu den Akten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BFM (ehemals BFF) gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde; es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der bei der ARK am 31. Dezember 2006 hängig gewesenen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG sowie Art. 48 Abs. 1, Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

Wie bereits in der Verfügung vom 4. November 2004 festgestellt, ist davon auszugehen, dass sich die vorliegende Beschwerde ausschliesslich gegen den angeordneten Vollzug der Wegweisung richtet. In der Beschwerde wird zwar formell auch die Aufhebung der Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung beantragt, in welcher die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz verfügt wird. In dessen wird in der Beschwerde nicht dargelegt, weshalb das BFF die

Wegweisung, welche als solche Regelfolge der Ablehnung eines Asylgesuches bildet (Art. 44 Abs. 1 AsylG), zu Unrecht verfügt haben soll. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet somit die Frage, ob das BFM den Vollzug der Wegweisung zu Recht angeordnet hat (vgl. Art. 44 Abs. 2 AsylG), bzw., ob entsprechend der Rechtsbegehren infolge Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit an Stelle des Vollzugs der Wegweisung die vorläufige Aufnahme anzuordnen ist (Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1, 3 und 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

4.

4.1 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1-4 AuG).

4.2 Die vorstehend erwähnten Bedingungen für die Anordnung der vorläufigen Aufnahme (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) sind alternativer Natur. Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 6 E. 4.2 S. 54 f.; EMARK 2001 Nr. 1 E. 6a S. 2). Gegen eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme steht der weggewiesenen asylsuchenden Person wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 31-34 VGG, Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG), wobei in jenem Verfahren sämtliche Vollzugshindernisse von Amtes wegen und nach Massgabe der dazumal herrschenden Verhältnisse (vgl. EMARK 1997 Nr. 27) zu prüfen sind.

5.

5.1 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG). So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33

Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]). Gemäss Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

5.2 In der Beschwerde wird betreffend die Frage der Zulässigkeit des Vollzugs der Wegweisung geltend gemacht, der Beschwerdeführer sei - wie durch Befund vom 31. August 2004 bestätigt - an AIDS erkrankt, werde deswegen seit dem 23. September 2004 antiretroviral behandelt und befinde sich bereits im Stadium C3. Bei einer Rückkehr nach Kamerun sei die notwendige Behandlung nicht gewährleistet, weshalb der Vollzug seiner Wegweisung eine gemäss Art. 3 EMRK verbotene unmenschliche und erniedrigende Behandlung darstellen würde und daher unzulässig sei.

5.3 Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber in ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2004 hauptsächlich auf den Standpunkt, die HIV-Erkrankung des Beschwerdeführers befinde sich noch nicht in der terminalen Phase und stelle damit kein Unzulässigkeitskriterium dar. Infolge seines deliktischen Verhaltens stelle der Beschwerdeführer eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Die Prüfung der Frage, ob sich der Wegweisungsvollzug aus medizinischen Gründen als unzumutbar erweise, erübrige sich daher.

5.4

5.4.1 Nach der Klassifikation des amerikanischen Center for Disease Control and Prevention wird eine HIV-Infektion in verschiedene Stadien unterteilt. Im Stadium A leidet der Betroffene unter keinerlei Beschwerden, während im Stadium B Erkrankungen auftreten, welche auf eine Störung des Immunsystems hinweisen, und das Stadium C die eigentliche Erkrankung an AIDS bedeutet. Die Stadien A-C werden nach dem jeweiligen CD4-Wert (Anzahl "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) jeweils in die Stufen 1 (mehr als 500 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut), 2 (zwischen 200 und 499 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) und 3 (weniger als 300 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) unterteilt (vgl. Ent-

scheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2009/2 E. 9.1.4).

5.4.2 Gemäss dem Arztbericht vom 30. September 2004 von Dr. med. B._____ wurde beim Beschwerdeführer eine HIV-Infektion Stadium C3 (AIDS), ein chronisch exulzierender Herpes genitalis im Schamhaarbereich, genitale Condylomata acuminata, kryotherapiert 08/04, der Status nach Zoster 2001 sowie eine unklare Konjunktivitis/Episkleritis am linken Auge diagnostiziert. Als CD4-Zellzahl wurden im Bericht 61/ μ l (6%) genannt und ausgeführt, der Beschwerdeführer sei aufgrund der weit fortgeschrittenen HIV-Infektion mit schwerstem Immundefekt auf eine kontinuierliche antiretrovirale Therapie respektive eine antiretrovirale Kombinationsbehandlung angewiesen. Ebenfalls bedürfe es einer Weiterführung der suppressiven Behandlung des Herpes genitalis und einer Prophylaxe von Pneumocystis-Pneumonie und zerebraler Toxoplasmose mit Bactrim. Ohne Therapie müsse angesichts des schweren Immundefektes unmittelbar mit dem Auftreten von lebensbedrohlichen opportunistischen Infektionen oder Tumorleiden gerechnet werden. Auch mit Therapie bestünde ein solches Risiko für opportunistische Infektionen in den ersten Behandlungswochen; dieses werde jedoch rasch abnehmen und mit ansteigenden CD4-Zellen und allgemeiner Immunrestitution werde der Beschwerdeführer unter fortgesetzter längerfristiger Therapie gegen opportunistische Infektionen geschützt sein. Zwar dürften aus ärztlicher Sicht antiretrovirale Medikamente in Kamerun punktuell erhältlich sein. Von einer Verfügbarkeit, die eine kontinuierliche Behandlung gewährleisten würde, könne jedoch keinesfalls ausgegangen werden. Aufgrund der in der Regel für die Durchschnittsbevölkerung unerschwinglichen Medikamentenpreise und dem hohen Risiko von Medikamentenfälschungen mit fehlender oder abgeschwächter Wirkung sei eine adäquate medizinische Behandlung im Heimatstaat des Beschwerdeführers nicht gegeben.

5.4.3 Dem aktuellen medizinischen Bericht von Dr. med. B._____ vom 5. August 2009 lässt sich sodann entnehmen, dass die AIDS-Erkrankung (HIV-Infektion Stadium CDC 3) des Beschwerdeführers zu schweren opportunistischen Erkrankungen, insbesondere einem Kaposi-Sarkom der Bindehaut am linken Auge sowie im Mundbereich, geführt habe. Im Weiteren bestehe eine chronische Herpes simplex Ulkus-Infektion im Genitalbereich mit mehreren Rezidiven. Zudem führt der behandelnde Arzt aus, die am 23. September 2004 be-

gonnene antiretrovirale Therapie habe am 14. Dezember 2007 wegen virologischen Versagens auf eine Zweitlinien-Therapie umgestellt werden müssen. Unter der HIV-Therapie habe sich die Abwehrlage stabilisiert, was zum vollständigen Verschwinden des Kaposi-Sarkoms ohne erneutes Auftreten von opportunistischen Erkrankungen oder Infektionen geführt habe. Der Allgemeinzustand des Beschwerdeführers habe sich seit Beginn der HIV-Therapie 2004 normalisiert und die Verträglichkeit der derzeit eingenommenen Medikamente sei sehr gut. Trotz der konsequenten Einnahme der Medikamente bestehe jedoch seit Monaten keine vollständige Virusunterdrückung, weshalb in nächster Zeit allenfalls eine erneute Resistenztestung mit Umstellung der HIV-Therapie notwendig sein werde. Gemäss dem aktuellen Wissensstand sei die antiretrovirale Therapie lebenslänglich notwendig. Bei einem Weglassen der HIV-Therapie würde es innert kurzer Zeit (Monate) zu einer deutlichen Verschlechterung der Abwehrlage kommen, was sich im Auftreten schwerer opportunistischer Infektionen, beim Beschwerdeführer im Speziellen im Auftreten des bösartigen Tumors Kaposisarkom, zeigen würde.

5.4.4 In der ergänzenden ärztlichen Stellungnahme vom 10. August 2009 erklären die Fachärzte Dr. med. B._____ und Dr. med. D._____ zudem, aufgrund des virologischen Versagens unter Combivir und Stocir Ende 2007 bestehe eine nachweislich vollständige Resistenz auf die meisten Vertreter der Klasse NNRTI (nicht nukleosidale Reverse Transkriptase Hemmer) darunter insbesondere Efavirenz und Nevirapin. Auch seien Vertreter der nukleosidischen Retrotranskriptasehemmer - zumindest Lamivudin und Emtricitabin - nicht mehr wirksam. Im Weiteren führen die Ärzte aus, dass es leider nie zu einer vollständigen Virussuppression gekommen sei und bisher bei niedrigem Virustiter keine Resistenzprüfung habe durchgeführt werden können. Es scheine eine Frage der Zeit, bis es zu einem etablierten Therapieversagen komme und es sei anzunehmen, dass zu diesem Zeitpunkt eine breite Kreuzresistenz des Virus gegen die meisten nukleosidischen Retrotranskriptasehemmer vorliegen werde, also auch gegen Zidovudin, Abacavir, Didanosin und Tenofovir. Ausserdem würden Resistenzen in der Klasse der Proteasehemmer nicht unwahrscheinlich scheinen, so dass dann auf ein komplexes Drittlinienregime ausgewichen werden müsse. Medikamente wie Raltegravir, Darunavir, Etravirin oder Enfuvirtid, die in dieser Situation zum Einsatz kommen würden, seien ihres Wissens in Drittweltländern, auch im Rahmen von Programmen, nicht erhältlich. Es sei damit zu rechnen,

dass der Beschwerdeführer in absehbarer Zeit (Monate bis wenige Jahre) auf eine nur in westlichen Industriestaaten und gewissen Schwellenländern verfügbare komplexe antiretrovirale Therapie und das entsprechende Spezialwissen vital angewiesen sein werde.

5.4.5 Aufgrund dieser ärztlichen Berichte steht somit fest, dass sich die HIV-Infektion des Beschwerdeführers im Stadium C3 (AIDS) und damit in der terminalen Phase befindet.

5.5 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich schon mehrfach mit der Frage der Vereinbarkeit der Abschiebung Kranker in einen anderen Staat mit Art. 3 EMRK befasst. Dabei hat er unter anderem mehrmals festgehalten, dass die Wegweisung von HIV-infizierten Personen, die noch nicht an AIDS erkrankt sind, Art. 3 EMRK nicht verletze (vgl. EGMR N. gegen Grossbritannien, Urteil vom 27. Mai 2008, Grosse Kammer, Beschwerde Nr. 26565/05 mit einer Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung des EGMR). Demgegenüber kann gemäss Auffassung des EGMR die Wegweisung einer in der terminalen Phase an AIDS erkrankten Person unter ganz aussergewöhnlichen Umständen als unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK erscheinen. Solche besonderen Umstände bejahte der EGMR im Falle an einer im fortgeschrittenen Stadium an AIDS erkrankten Person, die durch die Abschiebung einem realen Risiko ausgesetzt worden wäre, unter qualvollen Umständen zu sterben (vgl. Urteil vom 2. Mai 1997 i.S. D. gegen Grossbritannien [Beschwerde Nr. 30240/96]).

5.6

5.6.1 In Kamerun kommen bei einer antiretroviralen Therapie vor allem die Medikamentenkombinationen Zidovudine, Lamivudine und Efavirenz; Zidovudine, Lamivudine und Nevirapine; Lamivudine, Stavudine und Nevirapine sowie Lamivudine, Stavudine und Efavirenz zum Einsatz. Nebst einer Erstlinien-Medikation sind zudem grundsätzlich auch Medikamente zur Durchführung einer Zweitlinien-Therapie erhältlich. Personen, die sich wie der Beschwerdeführer im Krankheitsstadium C3 befinden, haben in Kamerun zudem Zugang zum nationalen HIV/AIDS-Programm, das heisst diese können sich in einem der zahlreichen Behandlungszentren für eine kostenlose antiretrovirale Therapie registrieren lassen. Da nur sogenannte First-Line-Medikamente kostenlos sind und aufgrund der herrschenden Korruption im Gesundheitswesen Medikamente oftmals nur gegen Bezahlung

abgegeben werden, kann eine solche Therapie aber dennoch mit Kosten verbunden sein. Zudem sind sämtliche Labortests grundsätzlich kostenpflichtig und es können im Weiteren hohe Transportkosten anfallen, da die Durchführung spezieller Tests nicht in allen Zentren möglich ist (vgl. SFH/OSAR, Kamerun: Behandlungsmöglichkeiten von HIV/AIDS, 22. Mai 2008 [S. 2 ff.]); SFH/OSAR, Kamerun: Behandlungsmöglichkeiten von HIV/AIDS, 30. Juni 2006 [S. 4]; La nouvelle expression (Cameroun) „Cameroun: 543 000 malades en difficulté“ [www.survivreausida.net], 11. März 2008) .

5.6.2 Allfällige vom Beschwerdeführer für eine medizinische Behandlung zu tragende Kosten stellen für sich allein betrachtet - ebenso wenig wie ein allenfalls erschwerter Zugang oder qualitativ minderwertige Behandlungsmöglichkeiten - keine unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK dar. Zu berücksichtigen gilt es aber, dass bei Versagen einer Erst- und Zweitlinien-Therapie respektive entsprechender Resistenzentwicklung ein AIDS-Patient in Kamerun nicht auf eine Drittlinien-Therapie umstellen kann, da die dafür erforderlichen Medikamente überhaupt nicht zur Verfügung stehen (vgl. SFH/OSAR, Kamerun: Behandlungsmöglichkeiten von HIV/AIDS, 22. Mai 2008 [S. 2]; Irin humanitarian news and analysis [www.irinnews.org] „Cameroon: Desperately seeking third-line medication“, 28. August 2009). Für den Beschwerdeführer, der gemäss ärztlichem Zeugnis eine Zweitlinien-Therapie durchführt und bereits gegen die Wirkstoffe Efavirenz und Nevirapin sowie auch Lamivudin und Emtricitabin resistent ist, ist es nach ärztlicher Auffassung lediglich eine Frage von Monaten bis wenigen Jahren bis es zu einem etablierten Therapieversagen kommt und der Beschwerdeführer daher auf eine komplexe Drittlinien-Therapie zwingend angewiesen sein wird (vgl. vorstehende Ziffer 5.4.4). Es ist demzufolge davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer bei einer Rückkehr in sein Heimatland die für ihn lebensnotwendige Drittlinien-Therapie und damit faktisch die nötige medizinische Versorgung versagt bliebe. Der Beschwerdeführer würde daher im Falle seiner Ausschaffung dem realen Risiko ausgesetzt, lebensbedrohliche opportunistische Infektionen und Tumore erleiden zu müssen. Unter diesen besonderen Umständen erscheint eine Wegweisung des Beschwerdeführers nach Kamerun unter dem Aspekt von Art. 3 EMRK als nicht zulässig.

6.

6.1 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das BFM den Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Kamerun zu Unrecht als zulässig erachtet hat und die Verfügung vom 15. September 2004, soweit sie angefochten wurde, Bundesrecht verletzt (Art. 106 Abs. 1 Bst. a AsylG). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Dispositivziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben und das BFM ist anzuweisen, den Aufenthalt des Beschwerdeführers nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. Art. 44 Abs. 2 AsylG und Art. 83 Abs. 3 AuG).

6.2 Infolge der Feststellung der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzuges findet Art. 83 Abs. 7 AuG keine Anwendung. Es kann daher offen bleiben, ob der Beschwerdeführer - wie vom Bundesamt in der Vernehmlassung angenommen - durch sein deliktisches Verhalten die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gefährdet.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu sprechen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

7.2 Als obsiegende Partei ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der in der Kostennote vom 3. September 2009 geltend gemachte Arbeitsaufwand von 9 Stunden sowie die Auslagen von Fr. 50.-- erscheinen als angemessen. Der Stundenansatz von Fr. 180.-- bewegt sich zudem im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Das BFM ist demzufolge anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'670.-- (inkl. Auslagen) auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Ziffern 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung vom 15. September 2004 werden aufgehoben.

3.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführer vorläufig aufzunehmen.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

5.

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'670.-- zu entrichten.

6.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben; Beilage: angefochtene Verfügung im Original)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- (zuständige kantonale Behörde) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Walter Lang

Claudia Jorns Morgenegg

Versand: