



---

Abteilung V  
E-2477/2007  
{T 0/2}

## Urteil vom 5. Februar 2010

---

Besetzung

Richter Kurt Gysi (Vorsitz),  
Richter Robert Galliker,  
Richter François Badoud,  
Gerichtsschreiberin Barbara Balmelli.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Guinea,  
vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Beschwerde gegen Wieder-  
erwägungsgesuch); Verfügung des BFM vom  
1. März 2007 / N\_\_\_\_\_.

**Sachverhalt:****A.**

Eigenen Angaben zufolge verliess der Beschwerdeführer Guinea am 2. September 1999 und gelangte am 20. September 1999 in die Schweiz, wo er gleichentags ein Asylgesuch einreichte. Mit Verfügung vom 16. November 1999 trat das Bundesamt auf das Asylgesuch nicht ein und ordnete gleichzeitig die Wegweisung und deren Vollzug aus der Schweiz an. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 15. Dezember 1999 Beschwerde bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) ein. Mit Urteil vom 20. Januar 2000 trat die ARK mangels Leistung des Kostenvorschusses auf die Beschwerde nicht ein. Am 27. Januar 2000 teilte die B.\_\_\_\_\_ dem Bundesamt mit, der Beschwerdeführer sei unbekanntem Aufenthaltsort.

**B.**

Am 3. April 2001 ersuchte der Beschwerdeführer erneut um Asyl in der Schweiz. Mit Verfügung vom 25. Mai 2001 trat das Bundesamt auf das Asylgesuch nicht ein und ordnete gleichzeitig die Wegweisung und deren Vollzug aus der Schweiz an. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 27. Juni 2001 (Poststempel) Beschwerde bei der damals zuständigen ARK ein. Mit Urteil vom 9. August 2001 trat die ARK mangels Leistung des Kostenvorschusses auf die Beschwerde nicht ein. In der Folge wurde die Wegweisung nicht vollzogen und der Beschwerdeführer verliess die Schweiz auch nicht freiwillig.

**C.**

Mit Urteil vom 16. Oktober 2006 wurde der Beschwerdeführer vom C.\_\_\_\_\_ wegen Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121) zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten Gefängnis, unbedingt, verurteilt.

**D.**

Nach der Haftentlassung reichte der Beschwerdeführer am 19. Februar 2007 beim BFM ein Wiedererwägungsgesuch ein und beantragte durch seine damalige Rechtsvertreterin sinngemäss, die verfügte Wegweisung sei aufzuheben. Es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Zur Begründung wurde angeführt, der Beschwerdeführer sei HIV-positiv und leide an Tuberkulose.

**E.**

Mit Verfügung vom 1. März 2007 wies das BFM das Wiedererwägungsgesuch ab, erklärte die Verfügung vom 25. Mai 2001 als rechtskräftig sowie vollstreckbar und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

**F.**

Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer am 4. April 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und beantragte durch seine neue Rechtsvertreterin, die Verfügung des BFM sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzulässig sei und die Vorinstanz anzuweisen, die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Eventualiter sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzumutbar sei und die Vorinstanz anzuweisen, die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die zuständige Behörde sei anzuweisen, auf Vollzugshandlungen zu verzichten. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer acht ärztliche Berichte des D.\_\_\_\_\_, zehn medizinische Untersuchungsberichte, ein Länderprofil betreffend die AIDS-Behandlung in Guinea der WHO aus dem Jahre 2005, einen Bericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe vom 23. März 2007 betreffend die medizinische Versorgung einer Person mit HIV und Tuberkulose sowie ein Positionspapier der Aids-Hilfe Schweiz vom Februar 2002 zu den Akten.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 11. April 2007 setzte die damals zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Wegweisung aus und hielt fest, der Beschwerdeführer könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Sodann hiess sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut und verzichtete antragsgemäss auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**H.**

Mit Schreiben vom 12. April 2007 reichte der Beschwerdeführer ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. E.\_\_\_\_\_, vom 11. April 2007, ein.

**I.**

Am 6. Juli 2007 gab der Beschwerdeführer einen Bericht der Schwei-

zerischen Flüchtlingshilfe vom 5. Juli 2007 betreffend die medizinische Versorgung einer Person mit HIV und Tuberkulose zu den Akten.

**J.**

Mit Urteil des C.\_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2008 wurde der Beschwerdeführer wegen Verstosses gegen Art. 19 Abs. 1 und 2 BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt.

**K.**

Das BFM beantragte in der Vernehmlassung vom 2. Oktober 2008 die Abweisung der Beschwerde. Am 7. Oktober 2008 unterbreitete die Instruktionsrichterin die Vernehmlassung dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme.

**L.**

Innert der mehrmals erstreckten Frist reichte der Beschwerdeführer am 26. November 2008 die Replik sowie ein ärztliches Zeugnis des D.\_\_\_\_\_ vom 2. September 2008 ein.

**M.**

Im Rahmen eines weiteren Schriftenwechsels beantragte das BFM erneut die Abweisung der Beschwerde. Am 9. Juni 2009 stellte der inzwischen neu zuständige Instruktionsrichter die zweite Vernehmlassung dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme ohne Replikrecht zu.

**N.**

Mit Zwischenverfügung vom 8. Oktober 2009 setzte der Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer Frist zur Beantwortung noch offener Fragen sowie zur Einreichung eines aktuellen ärztlichen Zeugnisses. In der Folge reichte der Beschwerdeführer zwei Fristerstreckungsgesuch ein, welchen beiden entsprochen wurde. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2009 gab der Beschwerdeführer einen Bericht vom Dr. med. F.\_\_\_\_\_, vom 1. Dezember 2009, zu den Akten. Am 8. Dezember 2009 ging die Entbindungserklärung von der ärztlichen Schweigepflicht beim Gericht ein.

## **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 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 und entscheidet in diesem Bereich 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** Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1, 50 und 52 VwVG).

### **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.**

Der Begriff der Wiedererwägung wird in dreifachem Sinne verwendet. In der in casu relevanten Bedeutung bezeichnet er die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage. Bei der Geltendmachung des solchermaßen umschriebenen Wiedererwägungsgrundes kommt es nicht darauf an, ob vorgängig von einem ordentlichen Rechtsmittel Gebrauch gemacht wurde oder nicht. Die Wiedererwägung stellt auch in diesem Sinne ein ausserordentliches Rechtsmittel dar, auf dessen Behandlung, abgeleitet aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), ein Anspruch besteht (vgl. die weiterhin zutreffende Praxis der ARK in Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2003 Nr. 17 und EMARK 1995 Nr. 21 E. 1c S. 204). Sodann ist festzuhalten, dass der

Sinn der Wiedererwägung wie auch der Revision nicht die erneute rechtliche Würdigung eines bereits hinlänglich erstellten und endgültig beurteilten Sachverhalts ist (vgl. die weiterhin zutreffende Praxis in EMARK 1999 Nr. 4 E. 5a S. 24 f.). Anders ausgedrückt ist es unzulässig, ein letztinstanzlich und rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren unter dem Titel eines Wiedererwägungsgesuchs faktisch zu wiederholen, indem die rechtliche Beurteilung der verfügenden Instanz oder der Beschwerdeinstanz (erneut) in Frage gestellt wird.

#### 4.

Nachdem die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt hat und auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Vollzug der Wegweisung zu Recht als durchführbar erachtet und das Gesuch abgewiesen hat.

#### 5.

Das BFM stützte seine Verfügung vom 1. März 2007 unter anderem auf Art. 14a Abs. 6 des damals geltenden Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) ab. Dieses Gesetz wurde zwischenzeitlich durch das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) ersetzt. Es stellt sich somit die Frage, ob vorliegend die Bestimmungen gemäss AuG oder diejenigen des ANAG zur Anwendung gelangen. Art. 126 Abs. 1 AuG regelt, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in BVGE 2008/1 mit der Frage der Anwendbarkeit bisherigen oder neuen Rechts befasst. Es gelangte zum Schluss, dass das bisherige materielle Recht gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG – über seinen zu engen Wortlaut hinaus – auf alle Verfahren anwendbar ist, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet wurden, unabhängig davon, ob sie von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eröffnet wurden. Demnach könnten die Bestimmungen des ANAG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden. Letztlich aber kann diese Frage offenbleiben, zumal die massgebenden Gesetzesbestimmungen unter altem wie auch neuem Recht sinngemäss gleich sind und die Anwendung des alten Rechts in casu zum selben Ergebnis führen würde wie die Anwendung des neuen Rechts.

**6.**

**6.1** In der angefochtenen Verfügung stellte das BFM fest, aus den Akten der zwei abgeschlossenen Asylverfahren gehe hervor, dass der Beschwerdeführer in den letzten Jahren immer wieder gegen das BetmG verstossen habe. Am 23. Februar 2000 habe ihn der G.\_\_\_\_\_ wegen Widerhandlungen gegen das BetmG zu 14 Tagen Haft, bedingt auf drei Jahre sowie einer Busse von Fr. 500.-- verurteilt. Am 21. März 2002 und am 22. April 2002 habe ihn das H.\_\_\_\_\_ zu je 30 Tagen Gefängnis wegen Betäubungsmitteldelikten verurteilt. Das C.\_\_\_\_\_ habe den Beschwerdeführer am 16. Oktober 2006 zu einer 15-monatigen Haftstrafe wegen Verstosses gegen das BetmG verurteilt. Zu diesen Verurteilungen führte die Vorinstanz sodann aus, Haftstrafen über einem Jahr würden gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG in der Regel für schwere Betäubungsmitteldelikte ausgesprochen. Die zahlreichen Gesetzesverstösse würden darauf schliessen lassen, dass der Beschwerdeführer nicht gewillt sei, sich an die Schweizer Rechtsordnung zu halten. Indem er sich regelmässig in verschiedenen Drogenszenen der Schweiz bewegt und dort harte Drogen an Süchtige verkauft habe, habe er die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Schweiz verletzt. Aufgrund der bisherigen Vorkommnisse müsse dem Beschwerdeführer eine schlechte Prognose gestellt werden, sich zukünftig an die Rechtsordnung zu halten. Somit überwiege das öffentliche Interesse der Schweiz am Vollzug der Wegweisung gegenüber dem privaten Interesse des Beschwerdeführers, sich auf die Rückführungsschranke von Art. 14a Abs. 4 ANAG zu berufen. Eine Prüfung der Sache unter dem Aspekt der Zumutbarkeit könne demnach unterbleiben.

**6.2** In der Rechtsmitteleingabe wird ausgeführt, der Vollzug der Wegweisung sei nicht durchführbar, da beim Beschwerdeführer AIDS im Stadium C2 diagnostiziert worden sei. Die notwendigen antiretroviralen Therapien seien in Afrika generell nur schwer erhältlich. In Guinea, dem Herkunftsland des Beschwerdeführers, hätten nur verhältnismässig wenig Menschen Zugang zur erforderlichen Behandlung. Die Gesundheitsversorgung sei nicht vergleichbar mit Europa, auch gebe es kein staatliches Wohlfahrtssystem. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer Arbeit finde, sei selbst wenn er arbeitsfähig wäre, gering. Zudem verfüge der Beschwerdeführer im Heimatstaat nicht über ein ausreichendes soziales Beziehungsnetz. Seine Familie habe sich von ihm abgewandt, nachdem sie von der Aidserkrankung Kennt-

nis erhalten habe. Würde die antiretrovirale Therapie abgebrochen, so würde die Lebenserwartung des Beschwerdeführers massiv verkürzt.

Weiter missachte das BFM vorliegend, dass Art. 14a Abs. 4 ANAG den Verhältnismässigkeitsgrundsatz konkretisiere. Der Beschwerdeführer sei zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten verurteilt und nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe wegen guter Führung entlassen worden. Insgesamt sei ihm eine gute Prognose zu stellen, was gegen einen Vollzug der Wegweisung spreche.

**6.3** Das BFM hielt in der Vernehmlassung fest, die Wegweisung von HIV-infizierten Personen, die nicht an AIDS in der terminalen Phase erkrankt seien, verletze Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) nicht. Der vorliegende Fall sei nicht mit demjenigen vergleichbar, in welchem der EGMR eine Verletzung von Art. 3 EMRK angenommen habe. Die Verhältnisse beim Beschwerdeführer würden sich weniger gravierend darstellen. Er benötige eine lebenslange antiretrovirale Therapie und sei nicht intensiv pflegebedürftig. Sodann habe der Beschwerdeführer nach Verbüßung der Gefängnisstrafe erneut in I.\_\_\_\_\_ Drogen verkauft. Ferner sei das Vorbringen, die Familienangehörigen hätten sich vom Beschwerdeführer abgewandt, vor dem Hintergrund, dass dieser in zwei abgeschlossenen Asylverfahren immer wieder Unwahrheiten erzählt habe, als unbewiesene und nicht glaubhafte Schutzbehauptung zu werten. Sodann sei der Beschwerdeführer zweimal von Westafrika nach Europa gereist, was mit erheblichen Kosten verbunden sei. Bei ihm müsse es sich daher um eine Person handeln, die finanziell weit besser gestellt sei, als die Mehrheit der guineischen Bürger. Wegen seiner Aktivitäten im Drogenhandel müsse er auch über sehr gute Beziehungen zu andern Westafrikanern verfügen. Gemäss den eingereichten Unterlagen würden in Guinea antiretrovirale Medikamente bei privaten Anbietern rund 18 US\$ pro Monat kosten. Die I.\_\_\_\_\_ Polizei habe beim Beschwerdeführer jeweils rund je Fr. 3'000.-- gefunden, die er gespart haben soll. Diese Summe reiche aus, um sich in Guinea über Jahre mit antiretroviralen Medikamenten zu versorgen. Der Vollzug der Wegweisung sei daher zulässig. Betreffend die Anwendbarkeit von Art. 14a Abs. 6 ANAG (heute Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG) sei zu vermerken, dass der Beschwerdeführer die gute Prognose nicht erfüllt habe.



**6.4** In der Replik wird dargelegt, es treffe zu, dass die HIV-Erkrankung des Beschwerdeführers mit den verabreichten Medikamenten gut kontrolliert würde, jedoch nur solange der Beschwerdeführer die Medikamente ohne Unterbruch einnehmen könne. Ob eine nahtlose Weiterbehandlung bei einer Wegweisung nach Guinea garantiert werden könne, sei nicht geklärt. Ebensovienig geklärt sei die Weiterbetreuung des Beschwerdeführers. Sodann missachte das BFM, dass HIV-infizierte Personen in afrikanischen Ländern ein Stigma anhafte. Ohne familiäre Unterstützung sei es dem Beschwerdeführer von vornherrein unmöglich, in Guinea eine adäquate Behandlung zu erhalten. Sodann müsse die Bemerkung des BFM, wonach der Beschwerdeführer aufgrund seiner Aktivitäten im Drogenhandel über gute Beziehungen zu Westafrikanern verfüge, als sachfremd qualifiziert werden. Schliesslich stehe mittlerweile fest, dass die Krankheit des Beschwerdeführers das Stadium C3, also die terminale Phase erreicht habe. Ein Vollzug der Wegweisung verletze deshalb Art. 3 EMRK.

**6.5** In der zweiten Vernehmlassung stellt das BFM fest, es würden keine Hinweise auf eine wesentliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers vorliegen, weshalb ein Vollzug der Wegweisung zumutbar sei.

**6.6** In der Dublik wird ausgeführt, seit September 2009 leide der Beschwerdeführer an einer rezidivierenden Pneumonie. Zur Behandlung der HIV-Infektion erhalte er die Medikamente Kivexa und Kaletra, welche in Guinea nicht erhältlich seien. Zudem könne dort die Einnahme nicht ärztlich überwacht werden. Ein Unterbruch der Tripeltherapie würde in Kürze zum sicheren Tod des Beschwerdeführers führen. Eine Wegweisung verstosse demnach gegen Art. 3 EMRK.

## **7.**

**7.1** 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 AuG).

## **7.2**

**7.2.1** 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).

**7.2.2** Im aktuellen ärztlichen Bericht führte der behandelnde Arzt aus, der Beschwerdeführer befinde sich im Stadium C1. Zudem habe er anfangs September 2009 eine rezidivierende Pneumonie durchgemacht, welche behandelt worden sei. Den Allgemeinzustand beurteilte der Arzt als noch reduziert, bei an und für sich akzeptablen CD4-Werten (Anzahl "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) von 899 und „Virämie quantitativ“ von 126 Kopien/ml. Bei einem Unterbruch der Tripeltherapie sei ein tödlicher Krankheitsverlauf in kurzer Zeit zu erwarten. Weiter stellte der Arzt fest, der Beschwerdeführer bedürfe keiner Pflege.

**7.2.3** Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seinem Urteil vom 2. Mai 1997 i.S. D. gegen Grossbritannien festgestellt, dass die Ausweisung einer in der terminalen Phase an AIDS erkrankten Person unter ganz aussergewöhnlichen Umständen eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen könne. Ferner hat der EGMR schon mehrfach festgehalten, dass die Wegweisung von HIV-infizierten Personen, die noch nicht an AIDS erkrankt sind, Art. 3 EMRK nicht verletze (vgl. Entscheid vom 27. Mai 2008 i.S. N. c. Royaume-Uni).

**7.2.4** 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 in die Stufen 1 (mehr als 500 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut), 2 (zwischen 200 und 499 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) und 3 (weniger als 200 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) unterteilt (vgl. EMARK 2004 Nr. 6 E. 8.a, Nr. 7 E. 5d bb).

**7.2.5** Die HIV-Infektion des Beschwerdeführers befindet sich gemäss dem letzten ärztlichen Zeugnis vom 1. Dezember 2009 im Stadium C1, nachdem sie sich im Jahre 2008 einmal vorübergehend im Stadium C3 befunden hat. Die Krankheit AIDS ist somit ausgebrochen, der Beschwerdeführer befindet sich demnach in der terminalen Phase. Weiter führte der behandelnde Arzt aus, es würden akzeptable CD4-Werte vorliegen und der Allgemeinzustand des Beschwerdeführers sei lediglich „noch etwas reduziert“. Der Beschwerdeführer sei nicht auf eine besondere Pflege angewiesen. In Anbetracht dieser ärztlichen Bewertungen und ohne den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers zu verharmlosen, sind vorliegend keine aussergewöhnlichen Umstände

im Sinne der Rechtsprechung des EGMR („very exceptional circumstances“) anzunehmen. Entgegen der vom Beschwerdeführer in seinen Eingaben vertretenen Ansicht verletzt daher der Vollzug der Wegweisung Art. 3 EMRK nicht und ist somit zulässig (vgl. dazu auch BVGE 2009/2).

### **7.3**

**7.3.1** Nach Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist - unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG - die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3818).

Gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG wird die vorläufige Aufnahme nach den Abs. 2 und 4 nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person (Bst. a) zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde, (Bst. b.) sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet oder (Bst. c) die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr Verhalten verursacht hat (sog. Ausschlussklausel).

**7.3.2** Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz wiederholt straffällig geworden. Zunächst ist daher zu prüfen, ob Vorbehalte im Sinne von Art. 83 Abs. 7 AuG vorliegen, da bei deren Bejahung die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs offen gelassen werden kann.

**7.3.3** Gemäss der am vormaligen Art. 14a Abs. 6 ANAG entwickelten und heute noch geltenden Praxis setzt die Anwendung der Ausschlussklausel eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung voraus und schränkt dabei das Interesse des Staates auf den Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegende Verletzung ein, wobei die Ausschlussklausel mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden ist. Es genügt nicht,

wenn die kriminellen Handlungen der betreffenden Person den Schluss zulassen, dass diese nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die elementaren gesellschaftlichen Regeln des Zusammenlebens zu halten. Vielmehr müssen diese Handlungen eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe lässt beispielsweise in der Regel nicht auf eine solche schliessen, jedoch kann deren Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, zum gegenteiligen Schluss führen. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafrahmen in Bezug zur verhängten Strafe zu setzen. Auch die wiederholte Deliktsbegehung kann trotz bedingt ausgesprochener Freiheitsstrafe Anhaltspunkte für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geben, stellt eine solche doch die vermutete günstige Prognose erheblich in Frage. Des weiteren kann auch das Vorleben des Beschwerdeführers bei der Interessenabwägung mit berücksichtigt werden (vgl. EMARK 2004 Nr. 39, E. 5.3 und 2006 Nr. 11, E. 4 ff.).

**7.3.4** Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer am 23. Februar 2000 vom G.\_\_\_\_\_ wegen Widerhandlungen gegen das BetmG zu 14 Tagen Gefängnis, bedingt, verurteilt wurde. Mit Strafmandat H.\_\_\_\_\_ vom 21. März 2002 wurde er wegen Widerhandlungen gegen das BetmG (Verkauf einer unbestimmten Menge Kokain sowie Hehlerei) zu einer Gefängnisstrafe von 30 Tagen, unbedingt, verurteilt wurde. Vom gleichen H.\_\_\_\_\_ wurde der Beschwerdeführer am 24. April 2002 erneut wegen Widerhandlungen gegen das BetmG zu 30 Tagen Gefängnis, als Zusatzstrafe zum Urteil vom 21. März 2002, verurteilt. Mit Urteil des C.\_\_\_\_\_ vom 16. Oktober 2006 wurde der Beschwerdeführer wegen Widerhandlungen gegen das BetmG zu einer Gefängnisstrafe von 15 Monaten, unbedingt, verurteilt. Dasselbe Gericht verurteilte ihn am 15. Oktober 2008 erneut wegen Widerhandlungen gegen das BetmG zu 30 Monaten Gefängnis, unbedingt. Am 15. Oktober 2008 trat der Beschwerdeführer den Strafvollzug an.

**7.3.5** Der Beschwerdeführer wurde wegen Widerhandlungen gegen das BetmG insgesamt zu rund vier Jahren Gefängnis verurteilt, wobei allein die letzte Verurteilung 30 Monate betrug. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG wird der vorsätzliche unbefugte Handel mit Betäubungsmitteln mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. In schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. Als schwerer Fall

gilt, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammengefunden hat, oder durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt (Art. 19 Ziff. 2 Bst. a-c BetmG).

**7.3.6** In Anbetracht aller verhängten Strafen, welche ausschliesslich auf Betäubungsmitteldelikte zurückzuführen sind, ist vorliegend ohne weiteres von einem schweren Fall auszugehen, mithin hat der Beschwerdeführer die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr gebracht. Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschwerdeführer trotz unbedingter Verurteilungen nicht von weiteren Zuwiderhandlungen gegen das BetmG abhalten liess. Besonderes erschwerend wirkt, dass er bereits wenige Monate nach Verbüsung der 15-monatigen Gefängnisstrafe erneut als Drogenhändler in den einschlägigen Kreisen in I.\_\_\_\_\_ auftrat (vgl. Polizeirapporte C10/5 und C11/8). Demnach ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer entgegen den Ausführungen in der Rechtsmitteleingabe mit Nichten von seinem deliktischen Verhalten Abstand genommen hat. Entgegen der von ihm vertretenen Ansicht kann ihm auch keine günstige Prognose gestellt werden. Vielmehr ist aufgrund des bisherigen Verhaltens des Beschwerdeführers nicht auszuschliessen, dass er nach der Verbüsung der 30-monatigen Strafe erneut seiner illegalen Tätigkeit nachgehen wird. Indem der wiederholt verurteilte Beschwerdeführer über Jahre hinweg Drogen verkauft hat und damit wertvolle Rechtsgüter in Gefahr gebracht hat, hat er erheblich und wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen.

Im Übrigen ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer auch die Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG erfüllen würde. Bei der längerfristigen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG muss es sich um eine solche von deutlich mehr als einem Jahr handeln und sie muss auf einem rechtskräftigen Urteil beruhen (vgl. MARC SPESCHA, in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N 6 zu Art. 62 AuG). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer zuletzt im Jahre 2008 zum fünften Mal wegen Drogenhandels verurteilt und zwar zu 30 Monaten, mithin

zweieinhalb Jahren, und damit wiederholt zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt.

**7.3.7** Im Weiteren ist die Verhältnismässigkeit der Anwendung der Ausschlussklausel von Art. 83 Abs. 7 AuG zu prüfen. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit kann nicht von einer schematischen Betrachtungsweise ausgegangen werden, vielmehr ist auf die gesamten Umstände im Einzelfall abzustellen.

Gegen einen Verbleib des Beschwerdeführers spricht die Tatsache, dass er in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen hat.

Auf der anderen Seite spricht für einen Verbleib in der Schweiz der Umstand, dass der Beschwerdeführer HIV-positiv ist und bei ihm die Krankheit AIDS ausgebrochen ist. Allerdings ist vorab grundsätzlich festzustellen, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allein das Erreichen des Stadium C noch nicht gegen den Vollzug der Wegweisung spricht (vgl. BVGE 2009/2 E. 9.3.4). Was die konkrete Situation des Beschwerdeführers angeht, so sind nach den Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichts die für eine ARV-Behandlung erforderlichen Medikamente im „Laboratoire National de Guinée“ verfügbar. Sodann sind in Conakry Tests und HIV-Behandlungen an verschiedenen Institutionen (Centres Hospitaliers Universitaires [CHU] Donka und CHG Ignance Deen, Centre Médical Communal [CMC] Ratoma, CMC Minière, CMC Flamboyant, CMC Coleah, Centre de Santé Matoto, Centre de Santé Gbessia Port 1, etc.) möglich. Mehrere Spitäler in Conakry und manche Spitäler in Regionen ausserhalb der Hauptstadt sind mit CD4-Messgeräten ausgestattet. Sodann sind ARV-Medikamente in öffentlichen Spitälern sowie insbesondere im CMC Matam in Conakry kostenlos erhältlich. Auch in Labé, woher der Beschwerdeführer stammt, werden von verschiedenen Institutionen die zur Behandlung der HIV-Infektion erforderlichen Medikamente kostenlos abgegeben. In Anbetracht dessen, dass in Conakry das grösste Angebot zur Behandlung von HIV-Patienten besteht, ist es dem Beschwerdeführer auch zuzumuten, sich in die Hauptstadt zu begeben. Schliesslich ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gemäss dem aktuellen Arztzeugnis keiner besonderen Pflege bedarf, mithin reisefähig ist.

**7.3.8** Aufgrund der vorstehenden Erwägungen lässt eine Gesamtabwägung der gegenseitigen Interessen die Anordnung des Vollzugs der

Wegweisung als verhältnismässig erscheinen. Das Gericht gelangt demnach zum Schluss, dass das öffentliche Interesse der Schweiz das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz überwiegt.

**7.3.9** Im Sinne einer Anmerkung ist festzuhalten, dass eine nahtlose Behandlung des Beschwerdeführers mit den erforderlichen Medikamenten insoweit gewährleistet werden kann, als dem Beschwerdeführer die Möglichkeit offen steht, beim BFM einen Antrag auf medizinische Rückkehrhilfe zu stellen. Dabei können auch Abklärungen vor Ort, namentlich die Prüfung der konkreten Behandlungsmöglichkeiten (z.B. Angabe Spital) getätigt werden. Praxisgemäss gewährt das BFM abgewiesenen HIV-positiven Asylgesuchstellern während einer gewissen Zeit Rückkehrhilfe in Form von Medikamenten und/oder übernimmt allenfalls die Kosten für die notwendigen Kontrollen (Art. 93 Abs. 1 Bst. d AsylG i.V.m. Art. 75 der Asylverordnung 2 vom 11. August 1999 über Finanzierungsfragen [AsylV 2, SR 142.312]). Damit wäre namentlich für eine Übergangszeit die medizinische Betreuung des Beschwerdeführers sichergestellt.

**7.4** Zusammenfassend ist festzustellen, dass das BFM zu Recht den Wegweisungsvollzug zu Recht als zulässig erachtet und die Ausschlussklausel von Art. 83 Abs. 7 AuG angewendet hat.

## **8.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Verfügung des BFM ist demzufolge zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

## **9.**

Mit Zwischenverfügung vom 11. April 2007 hat die damals zuständige Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gutgeheissen. Demnach sind dem Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Dieses Urteil geht an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers,  
das BFM und den J.\_\_\_\_\_.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Kurt Gysi

Barbara Balmelli

Versand:



Zustellung an:

- die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N\_\_\_\_\_ (in Kopie)
- den J.\_\_\_\_\_ (in Kopie)