



---

Abteilung IV  
D-5718/2007  
{T 0/2}

## **Urteil vom 7. April 2010**

---

Besetzung

Richter Robert Galliker (Vorsitz),  
Richter François Badoud, Richter Daniel Schmid;  
Gerichtsschreiber Matthias Jaggi.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren (...),  
Tansania,  
vertreten durch Frau Annelise Gerber,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Beschwerde gegen Wieder-  
erwägungsentscheid); Verfügung des BFM vom  
26. Juli 2007 / N (...).

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

Das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 13. Juli 1998 wurde mit Verfügung des BFF vom 1. Februar 1999 abgelehnt. Dieses verfügte gleichzeitig die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und ordnete den Vollzug an. Die gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 5. März 1999 wurde mit Urteil der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 27. April 1999 vollumfänglich abgewiesen.

**B.**

Am 10. November 2000 wurde der Beschwerdeführer in der (...) Drogenszene verhaftet und mit Urteil vom 7. Juni 2001 vom Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ wegen Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121), Fälschung von Ausweisen und Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, BS 1 121] zu dreissig Monaten Gefängnis verurteilt. Am 9. Juli 2002 wurde der Beschwerdeführer wegen guter Führung bedingt aus der Haft entlassen, wobei die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde.

**C.**

Mit erstem Wiedererwägungsgesuch vom 17. Mai 2002, ergänzt mit Eingabe vom 17. Juni 2002, beantragte der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin die Wiedererwägung des vorinstanzlichen Entscheids vom 1. Februar 1999 im Vollzugspunkt, die Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme. Zur Begründung des Gesuches wurde im Wesentlichen angeführt, beim Beschwerdeführer sei im Januar 2001 eine HIV-Infektion im Stadium A3 diagnostiziert worden, weshalb eine antiretrovirale Therapie mit Viracept und Combivir eingeleitet worden sei. Die Wegweisung des Beschwerdeführers sei aufgrund der unzulänglichen medizinischen Versorgung in Tansania unzumutbar und würde Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzen. Überdies sei der Beschwerdeführer der Vater eines der beiden Kinder seiner Lebensgefährtin, die ihrerseits in der Schweiz vorläufig aufgenommen sei.

**D.**

Mit Verfügung des BFF vom 2. Juli 2002 wurde das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen und festgehalten, dass die Verfügung vom 1. Februar 1999 rechtskräftig und vollstreckbar sei. Zur Begründung wurde angeführt, das kriminelle Verhalten des Beschwerdeführers sei als schwerwiegende Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu werten. Angesichts der Gefährlichkeit der von ihm begangenen Straftaten komme Art. 14a Abs. 6 ANAG zur Anwendung. Daran vermöchten weder der eingereichte ärztliche Bericht noch die familiäre Situation des Beschwerdeführers etwas zu ändern, zumal die Behauptung, er sei der Vater der Tochter seiner Lebensgefährtin, bezweifelt werden müsse.

**E.**

Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer am 8. Juli 2002 bei der damals zuständigen ARK Beschwerde ein. Die Beschwerde wurde von der ARK mit Urteil vom 26. Mai 2004 abgewiesen. Darin wurde festgehalten, dass der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers keine Verletzung von Art. 3 EMRK darstelle, da gemäss den vorliegenden Arztberichten des Universitätsspitals C.\_\_\_\_\_ vom 23. April 2002 und vom 8. Juli 2002 der Beschwerdeführer an einer HIV-Infektion im Stadium A3 leide, mithin die terminale Phase einer AIDS-Krankheit nicht ausgebrochen sei (vgl. EMARK 2004 Nr. 6 und Nr. 7). Die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges des Beschwerdeführers könne offen bleiben, da Art. 14a Abs. 4 ANAG nämlich keine Anwendung finde, wenn der weggewiesene Ausländer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt habe oder in schwerwiegender Weise gefährde. Der Beschwerdeführer sei seit seiner Einreise in die Schweiz wiederholt durch strafbares Verhalten negativ aufgefallen und verurteilt worden, insbesondere sei er wegen massiven Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz zur Anzeige gebracht worden. Durch sein bisheriges asoziales und strafrechtlich relevantes Verhalten habe der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von Art. 14a Abs. 6 ANAG erfüllt. Zudem manifestiere er durch sein gesetzeswidriges Verhalten nach der Verbüssung seiner Haftstrafe, dass er sich auch inskünftig nicht an die schweizerischen Gesetze und Regeln halten werde. Aus diesem Grund überwiege das öffentliche Interesse der Schweiz am Vollzug der Wegweisung das private Interesse des Beschwerdeführers, sich auf die Rückführungsschranke von Art. 14a Abs. 4 ANAG berufen zu können.

Soweit der Beschwerdeführer geltend mache, er sei der Vater der Tochter seiner Lebensgefährtin, könne vollumfänglich auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung des BFF vom 2. Juli 2002 verwiesen werden. Aus der Eingabe der Rechtsvertreterin vom 23. April 2004 gehe überdies hervor, dass der Beschwerdeführer nicht mehr mit seiner Lebensgefährtin und deren Kinder zusammenlebe.

#### **F.**

Mit Urteil vom 4. Februar 2005 des Obergerichts des Kantons B.\_\_\_\_\_ wurde der Beschwerdeführer wegen Widerhandlung gegen das BetmG zu vier Jahren und neun Monaten Zuchthaus verurteilt. Da er die dieser neuerlichen Verurteilung zugrunde liegenden Delikte während der nach seiner ersten Verurteilung gewährten zweijährigen Probezeit beging, wurde zudem die gewährte bedingte Entlassung widerrufen und zusätzlich zur soeben erwähnten Strafe der Vollzug des noch nicht verbüsstes Strafrests von 304 Tagen Gefängnis angeordnet. Am 4. Juli 2007 wurde der Beschwerdeführer wegen guter Führung bedingt aus dem Strafvollzug entlassen.

#### **G.**

Am 30. Mai 2007 reichte der Beschwerdeführer - handelnd durch seine Rechtsvertreterin - beim BFM ein zweites Wiedererwägungsgesuch ein, in welchem er beantragte, die Verfügung des damaligen BFF vom 1. Februar 1999 sei in Wiedererwägung zu ziehen, es sei vom Vollzug der Wegweisung abzusehen und es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen sowie als Folge davon die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Zudem seien gegebenenfalls vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) anzuordnen.

Zur Begründung dieses zweiten Wiedererwägungsgesuches machte der Beschwerdeführer zur Hauptsache geltend, gemäss Urteil des Gerichtskreises VIII D.\_\_\_\_\_ vom 23. November 2001 sei seine Vaterschaft bezüglich seiner Tochter E.\_\_\_\_\_ anerkannt worden. Zudem sei er für seine Lebenspartnerin, die Mutter seiner Tochter, die einzige Vertrauensperson. Da seine Lebenspartnerin Äthiopierin sei und sie nicht verheiratet seien, sei es ihnen nicht möglich, zusammen mit den Kindern nach Äthiopien zu gehen. Zudem verfüge er in seiner Heimat über kein familiäres Netz mehr, welches ihn unterstützen kön-

ne, insbesondere auch im Hinblick auf seine HIV-Erkrankung, weshalb der Vollzug der Wegweisung zum jetzigen Zeitpunkt unzumutbar sei.

Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer ein Urteil des Gerichtskreises VIII D.\_\_\_\_\_ vom 23. November 2001 (Kopie), ein ärztliches Zeugnis des Inseospitals C.\_\_\_\_\_ vom 24. April 2007 im Original sowie einen Führungsbericht und Antrag auf bedingte Entlassung der Anstalten F.\_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2007 (Kopie) ein.

#### **H.**

Mit Verfügung vom 26. Juli 2007 wies das BFM das Wiedererwägungsgesuch vom 30. Mai 2007 ab, bezeichnete seinen ursprünglichen Entscheid vom 1. Februar 1999 als rechtskräftig und vollstreckbar, stellte fest, die in der Höhe von Fr. 1'200.-- erhobene Gebühr sei durch den am 28. Juni 2007 geleisteten Gebührevorschuss gedeckt sowie einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu. Auf die Begründung wird - soweit wesentlich - in den Erwägungen eingegangen.

#### **I.**

Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer - handelnd durch seine Rechtsvertreterin - am 27. August 2007 (Poststempel) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. In seiner Eingabe beantragte er, es sei die Verfügung des damaligen BFF vom 1. Februar 1999 in Wiedererwägung zu ziehen und es sei die Unzulässigkeit sowie die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen und als Folge davon die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, um umgehende Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 56 VwVG sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Auf die Begründung wird - soweit entscheidungswesentlich - in den Erwägungen eingegangen.

Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer ein Monatsbudget der Asylkoordination C.\_\_\_\_\_ vom Juni 2007 betreffend die "Familie" des Beschwerdeführers, eine Bestätigung des Kompetenzzentrums Integration vom 16. August 2007 sowie einen Ausdruck eines Internetartikels von Amnesty international betreffend Tansania (Jahresbericht 2007) ein.

#### **J.**

Mit Zwischenverfügung des Instruktionsrichters des Bundesver-

waltungsgerichts vom 7. September 2007 wurde die zuständige Vollzugsbehörde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 56 VwVG angewiesen, den Vollzug der Wegweisung bis auf weiteres auszusetzen.

**K.**

Mit Eingabe vom 6. September 2007 reichte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers einen ärztlichen Bericht des Inselspitals C.\_\_\_\_\_ vom 23. August 2007 betreffend die HIV-Infektion des Beschwerdeführers zu den Akten.

**L.**

Mit Zwischenverfügung vom 28. September 2007 verfügte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts, dass der Beschwerdeführer bis zum 17. Oktober 2007 ein ärztliches Zeugnis nachzureichen habe, welches ein detaillierteres Bild bezüglich seines HIV-Erkrankungsstadiums vermittele. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, die beigelegte Entbindungserklärung unterzeichnet nachzureichen.

**M.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. Oktober 2007 verfügte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts, dass auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet werde. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz zur Einreichung einer Stellungnahme bis zum 12. November 2007 eingeladen. Mit Vernehmlassung vom 26. Oktober 2007 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

**N.**

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2007 reichte der Beschwerdeführer einen weiteren ärztlichen Bericht des Inselspitals C.\_\_\_\_\_ vom 9. Oktober 2007 betreffend seiner HIV-Infektion sowie die Entbindungserklärung zu den Akten.

**O.**

Mit Zwischenverfügung des Instruktionsrichters des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2007 wurde die Vorinstanz erneut zur Einreichung einer Stellungnahme bis zum 26. November 2007 eingeladen. Mit Vernehmlassung vom 8. November 2007 beantragte die Vorinstanz erneut die Abweisung der Beschwerde.

**P.**

Am 29. Juli 2009 reichte der Beschwerdeführer einen weiteren ärzt-

lichen Bericht vom 15. Juli 2009 ein, worin festgehalten ist, dass unter der aktuellen antiretroviralen Therapie mit Trizivir sich eine stabile Immunlage zeige.

### **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 VwVG. 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 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** 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 (105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit 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.**

**3.1** Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung

abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6, mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f., mit weiteren Hinweisen).

**3.2** Nachdem die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Behandlung seines Wiedererwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt hat und auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch zu Recht abgewiesen hat. Da der Beschwerdeführer sowohl in seinem (zweiten) Wiedererwägungsgesuch als auch in der Beschwerde nur betreffend die Frage des Vollzugs der Wegweisung eine Neuurteilung beantragt hat, ist vorliegend einzig zu prüfen, ob seit Rechtskraft des ursprünglichen vorinstanzlichen Entscheides eine massgebende Veränderung der Sachlage vorliegt, die hinsichtlich des angeordneten Vollzugs der Wegweisung zu einem anderen Ergebnis führen könnte.

#### **4.**

**4.1** Das BFM hielt zur Begründung seines ablehnenden Entscheides fest, es lägen keine Gründe vor, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 1. Februar 1999 beseitigen könnten. Aufgrund der Eingabe vom 30. Mai 2007, der eingereichten Beweismittel und der vorliegenden Akten lebe der Beschwerdeführer faktisch nicht mit der Mutter des gemeinsamen Kindes zusammen und habe dies auch früher nicht getan. Den Akten seien keine Hinweise für eine Beziehung zu entnehmen, welche im Sinne der Rechtsprechung tatsächlich gelebt werde, so dass von einer Familieneinheit im Sinne von Art. 8 EMRK auszugehen

wäre. Bezüglich der geltend gemachten HIV-Infektion wurde festgehalten, dass im Heimatland des Beschwerdeführers eine genügende Infrastruktur vorhanden sei, so dass er dort behandelt werden könne, was bereits von der ARK in ihrem Urteil vom 26. Mai 2004 festgehalten worden sei. Dem Beschwerdeführer würde zudem offen stehen, medizinische Rückkehrhilfe zu beantragen.

**4.2** Der Beschwerdeführer führte in der Beschwerde im Wesentlichen aus, der Vollzug der Wegweisung sei unzulässig und unzumutbar. Er habe während des Strafvollzugs seine Familie monatlich finanziell unterstützt, was zeige, dass er sich immer bemüht habe, seine Verantwortung so gut wie möglich wahrzunehmen. Er sei am 4. Juli 2007 frühzeitig aus der Haft entlassen worden und wohne seither bei seiner Familie. Seine Lebenspartnerin sei in der Schweiz vorläufig aufgenommen und besitze einen F-Ausweis. Aufgrund seiner HIV-Infektion benötige er noch immer regelmässige Behandlungen und Kontrollen. Nach wie vor müsse angezweifelt werden, ob er nach einer allfälligen Rückkehr nach Tansania zu den dort bestehenden medizinischen Strukturen und Angeboten Zugang erhalten würde. Von den schweizerischen Behörden sei überdies bereits vergeblich versucht worden, von der tansanischen Vertretung Reisepapiere für ihn zu bekommen. Offenbar sei er bei den tansanischen Behörden nicht registriert, weshalb davon auszugehen sei, dass er nicht legal nach Tansania und Sansibar zurückkehren könne.

## **5.**

**5.1** Ist der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG). Früher regelte das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 121) die vorläufige Aufnahme von Ausländern. 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. Da das vorliegend zu beurteilende Wiedererwägungsgesuch am 30. Mai 2007 - somit vor Inkrafttreten des AuG - bei der Vorinstanz eingereicht wurde, stellt sich die Frage, ob 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 kommen im vorliegenden Fall die Bestimmungen des ANAG und nicht diejenigen des AuG zur Anwendung.

## **5.2**

**5.2.1** 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. 14a Abs. 3 ANAG).

So darf gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, 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 EMRK niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

**5.2.2** Das ärztliche Zeugnis des Inselspitals C.\_\_\_\_\_ vom 9. Oktober 2007 hält fest, dass sich die HIV-Infektion des Beschwerdeführers im Stadium A3 befinde. Es ist davon auszugehen, dass sich seit Ausstellung dieses Zeugnisses die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers nicht verändert hat, da aus den Akten keine diesbezüglichen Hinweise ersichtlich sind (vgl. den ärztlichen Bericht des Inselspitals C.\_\_\_\_\_ vom 15. Juli 2009) und es aufgrund der den Beschwerdeführer treffenden Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 AsylG dessen Aufgabe wäre, das Bundesverwaltungsgericht über eine allfällige Veränderung seiner gesundheitlichen Verfassung zu orientieren.

Wie bereits vorstehend unter Buchstabe E. ausgeführt, befand sich die HIV-Infektion des Beschwerdeführers schon im Zeitpunkt des von der ARK im ersten Wiedererwägungsverfahren gefällten Beschwerdeurteils vom 26. Mai 2004 im Stadium A3. Somit hat sich die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers seither nicht verschlechtert. Da diesbezüglich keine Veränderung der Sachlage eingetreten ist und die im Urteil der ARK vom 26. Mai 2004 erwähnte Rechtsprechung, wonach die Wegweisung von HIV-infizierten Personen, die noch nicht an AIDS

erkrankt sind, Art. 3 EMRK nicht verletzt, nach wie vor Gültigkeit hat (vgl. BVGE 2009/2 E. 9.1.3), kann auf die nach wie vor zutreffenden Erwägungen im Urteil der ARK vom 26. Mai 2004 verwiesen werden, gemäss denen der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers keine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellt und deshalb zulässig ist.

**5.2.3** In der Beschwerde wird vom Beschwerdeführer geltend gemacht, er lebe seit seiner Entlassung aus dem Gefängnis am 4. Juli 2007 zusammen mit seiner Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind E.\_\_\_\_\_, die in der Schweiz vorläufig aufgenommen seien. Daher würde seine Rückkehr nach Tansania eine unzulässige Trennung von seiner Familie zur Folge haben.

**5.2.4** Aus dem eingereichten Urteil des Gerichtskreises VIII D.\_\_\_\_\_ vom 23. November 2001 sowie aus dem Auszug aus dem Geburtseintrag Nr. (...) des Zivilstandsamtes C.\_\_\_\_\_ vom 14. Juni 2002 bezüglich des Kindes E.\_\_\_\_\_ ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer die Vaterschaft von E.\_\_\_\_\_ anerkannt hat. Recherchen im "Zentralen Migrationsinformationssystem" des BFM (ZEMIS, vgl. ZEMIS-Verordnung vom 12. April 2006 [SR 142.513]) haben zudem ergeben, dass der Beschwerdeführer heute tatsächlich mit seiner Lebenspartnerin sowie dem gemeinsamen Kind E.\_\_\_\_\_ zusammenlebt und sowohl die Lebenspartnerin als auch E.\_\_\_\_\_ in der Schweiz vorläufig aufgenommen sind.

**5.2.5** Gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG hat das BFM bei der Anordnung des Vollzugs der Wegweisung den Grundsatz der Einheit der Familie zu beachten. Die Bestimmung von Art. 44 Abs. 1 AsylG geht, wie bereits in EMARK 1995 Nr. 24 festgestellt wurde, über die Tragweite von Art. 8 EMRK hinaus und beinhaltet, dass die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds "in der Regel" auch zur vorläufigen Aufnahme dessen Familie führt. In personeller Hinsicht umfasst der Begriff der Familie dabei den Ehepartner und die minderjährigen Kinder, wobei der in dauerhafter eheähnlicher Gemeinschaft lebende Partner dem Ehepartner gleichzustellen ist (EMARK 1995 Nr. 24 E. 7 S. 227). Art. 44 Abs. 1 AsylG kommt in diesem Zusammenhang eine Tragweite zu, die über die aus Art. 8 EMRK abgeleiteten Rechtsansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hinausgeht, indem die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel auch zur vorläufigen Aufnahme der anderen Familienangehörigen führt (vgl. hierzu EMARK 1998 Nr. 31 E. 8 c.ee S. 258; EMARK 1995 Nr. 24 E. 9 S. 229,

die sich hierfür freilich noch auf Art. 17 Abs. 1 AsylG in der Fassung gemäss Ziff. I des BB vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren [AS 1990 938], welcher inhaltlich indessen Art. 44 Abs. 1 AsylG entspricht, beziehen).

**5.2.6** Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AsylG wäre der Beschwerdeführer daher grundsätzlich in der Schweiz vorläufig aufzunehmen, da er mit seiner Lebenspartnerin, die in der Schweiz vorläufig aufgenommen ist, in dauerhafter eheähnlicher Gemeinschaft lebt und zudem auch seine Tochter in der Schweiz vorläufig aufgenommen ist. Aus dem Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 AsylG, wonach bei der Wegweisung und beim Wegweisungsvollzug der Grundsatz der Familieneinheit "zu berücksichtigen" ist, lässt sich ableiten, dass vom dargelegten Grundsatz, im Falle der vorläufigen Aufnahme des einen Familienmitgliedes sei die ganze Familie vorläufig aufzunehmen, Ausnahmen möglich sind. Denkbar ist dies etwa, wenn das betreffende Familienmitglied in seiner Person die Voraussetzungen von Art. 14a Abs. 6 ANAG erfüllt (vgl. dazu EMARK 1995 Nr. 24 E. 11c S. 232 f.). Das bedeutet, dass die vorläufige Aufnahme nicht verfügt wird, wenn das betreffende Familienmitglied die Voraussetzungen von Art. 14a Abs. 6 ANAG erfüllt.

**5.2.7** Wie nachfolgend unter E. 5.3.6 ff. ausführlich dargelegt wird, hat der Beschwerdeführer durch sein bisheriges asoziales und erheblich strafrechtliches Verhalten die Voraussetzungen von Art. 14a Abs. 6 ANAG erfüllt, weshalb er gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AsylG in der Schweiz nicht vorläufig aufzunehmen ist.

**5.2.8** Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung derjenige Ausländer keine aus Art. 8 EMRK fliessenden Ansprüche geltend machen kann, dessen Familie in der Schweiz nicht über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, sondern lediglich eine Aufenthaltsbewilligung besitzt oder hier vorläufig aufgenommen worden ist (so ausdrücklich BGE 130 II 281 ff.; BGE 119 Ib 91 ff.; vgl. auch EMARK 1995 Nr. 24 E. 9 S. 229). Da die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers beziehungsweise seine Tochter E.\_\_\_\_\_ in der Schweiz lediglich vorläufig aufgenommen sind, hier somit über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 26. Juli 2007 zu Recht einen Rechtsanspruch des Beschwerdeführers auf Anwesenheitsberechtigung gestützt auf Art. 8 EMRK verneint.

### 5.3

**5.3.1** Gemäss Art. 14a Abs. 4 ANAG ist der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar, wenn die beschwerdeführende Person bei einer Rückkehr in ihren Heimatstaat einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre. Diese Bestimmung wird vor allem bei Gewaltflüchtlingen angewendet, das heisst bei Ausländerinnen und Ausländern, die mangels persönlicher Verfolgung weder die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft noch jene des völkerrechtlichen Non-Refoulement-Prinzips erfüllen, jedoch wegen der Folgen von Krieg, Bürgerkrieg oder einer Situation allgemeiner Gewalt nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren können. Im Weiteren findet sie Anwendung auf andere Personen, die nach ihrer Rückkehr ebenfalls einer konkreten Gefahr ausgesetzt wären, weil sie die absolut notwendige medizinische Versorgung nicht erhalten könnten oder - aus objektiver Sicht - wegen der vorherrschenden Verhältnisse mit grosser Wahrscheinlichkeit unwiederbringlich in völlige Armut gestossen würden, dem Hunger und somit einer ernsthaften Verschlechterung ihres Gesundheitszustands, der Invalidität oder sogar dem Tod ausgeliefert wären (EMARK 1995 Nr. 5 E. 6e S. 47, EMARK 1994 Nr. 20 S. 155 ff., EMARK 1994 Nr. 19 S. 145 ff., EMARK 1994 Nr. 18 S. 139 ff.).

**5.3.2** Art. 14a Abs. 6 ANAG hält fest, dass Art. 14a Abs. 4 ANAG keine Anwendung findet, wenn der weg- oder ausgewiesene Ausländer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet (sog. Ausschlussklausel).

**5.3.3** Gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG ist das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden. Die Beschwerdeinstanz darf also ihren Entscheid anders begründen als die Parteien oder die Vorinstanz (vgl. MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008 N 15 zu Art. 62 VwVG; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 240, Rz. 677). Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist sie vielmehr verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der sie überzeugt ist (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a). Dies bedeutet, dass sie eine Beschwerde auch aus einem anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis

mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (sogenannte Motivsubstitution, vgl. EMARK 1994 Nr. 29 E. 3). Auch wenn die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung Art. 14a Abs. 6 ANAG nicht angewendet hat, sondern das Wiedererwägungsgesuch mit einer anderen Begründung abgewiesen hat, muss der Beschwerdeführer vorliegend mit der Anwendung dieser Gesetzesbestimmung rechnen, zumal schon sein erstes Wiedererwägungsgesuch vom 17. Mai 2002 aufgrund der von ihm begangenen Straftaten in Anwendung von Art. 14 Abs. 6 ANAG abgewiesen wurde. Im vorliegenden Fall erübrigt es sich daher, den Beschwerdeführer im Rahmen des Instruktionsverfahrens auf die Motivsubstitution hinzuweisen und ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren, da sich der Anspruch auf rechtliches Gehör nur dann auf die rechtliche Würdigung erstreckt, sofern diese für die Parteien völlig überraschend ist (vgl. PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 1 zu Art. 30), was vorliegend jedoch nicht der Fall ist.

**5.3.4** Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz wiederholt straffällig geworden. Zunächst ist daher zu prüfen, ob Vorbehalte im Sinne von Art. 14a Abs. 6 ANAG vorliegen, da bei deren Bejahung die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs entfällt.

**5.3.5** Gemäss geltender Rechtsprechung 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 gegen-

teiligen Schluss führen. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafraum 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. BVGE 2007/32, EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 und EMRAK 2006 Nr. 11 E. 4 ff.).

**5.3.6** Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer mehrmals in strafrechtlich relevanter Weise in Erscheinung getreten ist und verurteilt wurde. So wurde er mit Urteil vom 7. Juni 2001 vom Bezirksgericht B.\_\_\_\_\_ wegen Widerhandlung gegen das BetmG, Fälschung von Ausweisen und Widerhandlung gegen das ANAG zu dreissig Monaten Gefängnis verurteilt. Zudem wurde er mit Urteil des Obergerichts des Kantons B.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2005 wegen Widerhandlung gegen das BetmG zu vier Jahren und neun Monaten Zuchthaus verurteilt. Da er die dieser neuerlichen Verurteilung zugrunde liegenden Delikte während der zweijährigen Probezeit beging, wurde zudem die nach seiner ersten Verurteilung gewährte bedingte Entlassung widerrufen und zusätzlich zur soeben erwähnten Strafe der Vollzug des noch nicht verbüsstes Strafrests von 304 Tagen Gefängnis angeordnet.

**5.3.7** Der Beschwerdeführer wurde hauptsächlich wegen Widerhandlungen gegen das BetmG insgesamt zu über sieben Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, wobei allein die zweite Verurteilung vier Jahre und neun 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).

**5.3.8** In Anbetracht der Höhe verhängten Strafen, welche hauptsächlich 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 einer unbedingten Verurteilung nicht von weiteren schweren Zuwiderhandlungen gegen das BetmG abhalten liess. Demnach wiegt sein Verschulden schwer. Indem der mehrfach 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.

**5.3.9** Im Weiteren ist die Verhältnismässigkeit der Anwendung der Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG zu prüfen. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit kann nicht von einer schematischen Betrachtungsweise ausgegangen werden, vielmehr ist auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen.

Gegen einen Verbleib des Beschwerdeführers spricht die Tatsache, dass er in schwerwiegender Weise mehrfach gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen hat und nicht auszuschliessen ist, dass er auch in Zukunft kriminell tätig sein wird.

Auf der anderen Seite spricht für einen Verbleib in der Schweiz der Umstand, dass er HIV-positiv ist. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die beim Beschwerdeführer bestehende HIV-Infektion auch in Tansania in ausreichendem Masse medizinisch versorgt werden kann, da auch dort die erforderliche Infrastruktur vorhanden ist sowie die notwendigen Medikamente erhältlich sind. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer über die Möglichkeit verfügt, medizinische Rückkehrhilfe zu beantragen. 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. Im Weiteren ist festzuhalten, dass

der Beschwerdeführer aufgrund seiner HIV-Infektion unter keinen akuten gesundheitlichen Beeinträchtigungen leidet, da bei ihm lediglich eine Erkrankung im Stadium A3 (Latenzphase) gegeben ist, weshalb davon auszugehen ist, er könne sich in seinem Heimatland eine neue Existenz aufbauen (bezüglich der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs einer HIV-infizierten Person vgl. BSGE 2009/2), dies nicht zuletzt auch, da aufgrund der Aktenlage davon ausgegangen werden darf, dass der Beschwerdeführer in seinem Heimatstaat über nahe Angehörige (Eltern, Geschwister) verfügt.

Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer zurzeit mit seiner Lebenspartnerin und seinem Kind, die beide in der Schweiz vorläufig aufgenommen sind, in der Schweiz zusammen lebt, spricht zwar grundsätzlich für seinen Verbleib in der Schweiz. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer erst seit relativ kurzer Zeit (Juli 2007) mit seiner Lebenspartnerin und seiner Tochter zusammen lebt. Aufgrund der Akten ist sodann nicht ersichtlich, in wiefern es diesen von vornherein unzumutbar sein sollte, dem Beschwerdeführer in dessen Heimatstaat zu begleiten (vgl. BGE 135 I 153 E. 2.1 S. 154 ff.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Gesamtabwägung der gegenseitigen Interessen die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung als verhältnismässig erscheinen lässt. Das Gericht gelangt demnach zum Schluss, dass das öffentliche Interesse der Schweiz das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz überwiegt. Daher ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG anzuwenden ist, weshalb auf die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs verzichtet werden kann.

#### **5.4**

**5.4.1** Gemäss Art. 14a Abs. 2 ANAG ist der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann.

**5.4.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei ihm nicht möglich, legal nach Tansania zurückzukehren, da er bei den tansanischen Behörden nicht registriert sei. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die tansanische Vertretung in G.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer am 28. Juni 2002 ein Notfall Reisedokument ausgestellt hat, weshalb es un-

wahrscheinlich erscheint, dass der Beschwerdeführer nicht legal nach Tansania zurückkehren kann. Der Vollzug der Wegweisung ist daher auch als möglich zu bezeichnen.

**5.5** Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich keine wesentlich veränderte Sachlage präsentiert, welche eine Wiedererwägung rechtfertigen würde. Daran ändern auch die im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereichten Beweismittel nichts.

**6.**

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 Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

**7.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 5 VwVG) und auf insgesamt Fr. 1'200.-- festzusetzen (Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Das mit der Eingabe vom 28. August 2007 gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG ist jedoch gutzuheissen, zumal die Begehren nicht als aussichtslos erschienen sind und von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen ist. Es sind somit keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- (...)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Robert Galliker

Matthias Jaggi

Versand: