



## **Urteil vom 20. Februar 2012**

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richter Blaise Vuille,  
Richter Antonio Imoberdorf,  
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

---

Parteien

**N. \_\_\_\_\_**,  
vertreten durch lic. iur. Patricia Müller,  
Rechtsberatungsstelle für Asyl Suchende Solothurn  
(Rebaso), Rossmarktplatz 2, Postfach 652, 4501 Solothurn,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung einer  
Aufenthaltsbewilligung (Art. 14 Abs. 2 AsylG).

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

Der aus der Demokratischen Republik Kongo stammende Beschwerdeführer (geb. 1960) reiste gemäss eigenen Angaben am 12. Mai 2004 in die Schweiz ein und ersuchte am selben Tag um Asyl. Mit Verfügung vom 21. September 2006 lehnte das BFM das Asylgesuch wegen fehlender Flüchtlingseigenschaft ab und wies ihn unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 25. Oktober 2006 bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde.

**B.**

Am 6. Juli 2009 unterbreitete die Migrationsbehörde des Kantons Solothurn der Vorinstanz ein Gesuch um Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31).

Im Rahmen des rechtlichen Gehörs teilte das BFM dem Beschwerdeführer am 3. September 2009 mit, dass erwogen werde, die Zustimmung zu einer entsprechenden Aufenthaltsregelung zu verweigern, und räumte ihm Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Er liess sich am 28. September 2009 durch seine Parteivertreterin dazu vernehmen.

**C.**

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2009 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer habe sich während der fünfeinhalb-jährigen Aufenthaltsdauer in der Schweiz offenbar in die hiesigen Verhältnisse eingelebt und zu keinen Klagen Anlass gegeben. Dennoch erscheine seine bisherige berufliche und soziale Integration nicht so aussergewöhnlich, dass sie zu einer Verwurzelung in der Schweiz geführt hätte. Mit seiner Anstellung als Hilfsarbeiter verfüge er weder über eine anerkannte Ausbildung noch über spezielle berufliche Kenntnisse, sondern sei lediglich angelernt worden. Aus den Akten sei auch keine spezifische berufliche Weiterbildung seit Beginn der Erwerbstätigkeit ersichtlich. Dass die Kommunikation am Arbeitsplatz offenbar in deutscher Sprache erfolge und der Gesuchsteller mehrere Kurse bei der Caritas absolviert habe, zeige ein gewisses Engagement, stelle aber keine überdurchschnittliche Integration dar. Fünfeinhalb Jahre seien eine

relativ kurze Aufenthaltsdauer. Die hiesigen guten Bekanntschaften und die hinreichenden Sprachkenntnisse entsprächen eher einer normalen zeitlichen Entwicklung. Positiv zu würdigen sei, dass der Beschwerdeführer seiner Schweizer Partnerin in einer schwierigen Situation beistehe. Ein besonderes, über das übliche Mass hinausgehendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Betroffenen sei jedoch nicht ersichtlich und werde auch nicht substantiiert dargetan. Er habe den grössten, für die Entwicklung wichtigsten Teil seines Lebens in seiner Heimat verbracht und sei mit Sprache und Kultur bestens vertraut. Mit seiner Erwerbstätigkeit in der Schweiz habe er eine gewisse Flexibilität unter Beweis gestellt, welche ihm bei der Wiedereingliederung behilflich sein könne. Nicht ersichtlich sei, inwiefern ihm vor dem Hintergrund seiner sehr guten Ausbildung, den Berufserfahrungen und seinem für kongolesische Verhältnisse überaus guten Beziehungsnetz die wirtschaftliche Wiedereingliederung nicht gelingen sollte. Seine gesundheitlichen Gebrechen könnten überdies in Kinshasa durchaus adäquat weiterbehandelt werden. Insgesamt seien somit die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG nicht erfüllt.

#### **D.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 20. November 2009 lässt der Beschwerdeführer beantragen, die Verfügung des BFM sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles erfüllt seien. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, dem Antrag des Kantons Solothurn auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zuzustimmen. In prozessualer Hinsicht sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Hierzu lässt er vorbringen, er habe Sozialwissenschaften und internationale Beziehungen studiert. In seiner Heimat habe er als Diplomat und Assistenz-Professor gearbeitet. Es gelte zu berücksichtigen, dass er sich in einem laufenden Asylverfahren befinde; trotz legalem Aufenthalt sei sein Status prekär. So werfe ihm die Vorinstanz vor, lediglich Hilfsarbeiter zu sein und keine speziellen Berufskennnisse erworben zu haben, sondern lediglich angelernt worden zu sein. Bei diesem Vorwurf werde übersehen, dass er keine Möglichkeit gehabt habe ein Lehrverhältnis abzuschliessen, da ein solches zumindest den Status einer vorläufigen Aufnahme voraussetze. Im Rahmen seiner bescheidenen finanziellen Möglichkeiten habe er sich jedoch immer weitergebildet. Er sei sich auch nie zu schade gewesen, Hilfsarbeiten

durchzuführen. Nur wenigen Asylsuchenden gelinge es überhaupt eine Arbeitsstelle zu finden, weshalb seine berufliche Integration überdurchschnittlich sei. Auch habe er überdurchschnittliches soziales Engagement gezeigt, indem er regelmässig Schulklassen besucht habe, als Mitglied des Cercle Romand de Soleure Vorträge halte und sehr engagiert sei. Zudem sei er als Sänger im Chor der Nationen ausserordentlich beliebt. Seit zwei Jahren lebe er mit der Schweizerin S.\_\_\_\_\_ zusammen. Er unterstütze die an Krebs erkrankte Frau in allen Belangen, kaufe ein, putze das Haus, mache die Wäsche, koche und stehe ihr grundsätzlich zur Seite. Sie sei auf seine Hilfe angewiesen. Dies sei jedoch nicht der Grund für ihr Zusammenleben. Schon vor der Erkrankung seien sie ein Liebespaar gewesen. Nun lebten sie zusammen in einem gefestigten Konkubinat. Im Kongo sei er noch verheiratet, aber eine Scheidung könne nicht eingeleitet werden, weil er als Asylsuchender nicht mit den heimatischen Behörden in Kontakt treten könne. In seiner Heimat habe er keine Familie mehr. Die älteste Tochter lebe in Brasilien, ein Sohn in Togo. Ein weiterer Sohn studiere und wohne sporadisch bei der Mutter. Die jüngste Tochter lebe bei seinem Bruder. Seine Mutter lebe mit einer Schwester in den USA. Durch seine Diabetes II - Erkrankung geschwächt, werde auch sein gesundheitlicher Zustand eine Reintegration erschweren.

**E.**

Mit Urteil vom 15. Dezember 2009 wurde die Asylbeschwerde abgewiesen. Das BFM setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Ausreise bis zum 19. Januar 2010. Mit Schreiben des Migrationsamtes des Kantons Solothurn vom 23. April 2010 wurde sein weiterer Aufenthalt in der Schweiz vorläufig geduldet.

**F.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. Dezember 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gut.

**G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 23. Dezember 2009 spricht sich die Vorinstanz unter Erläuterung der bisher genannten Gründe für die Abweisung der Beschwerde aus. Sie betont zudem die klare Unterscheidung zum Asylverfahren; im Härtefallverfahren seien keine Wegweisungs- oder Vollzugshindernisse zu prüfen.

**H.**

Mit Replik vom 25. Januar 2010 hält die Parteivertreterin am eingereichten Rechtsmittel sowie den Begehren fest. Ergänzend weist sie auf das Medienecho im Zusammenhang mit der geplanten Wegweisung des Beschwerdeführers im Januar 2010 hin. Die Lebenspartnerin habe sich an die Medien gewandt. Eine Heirat zwischen ihr und dem Beschwerdeführer sei nicht möglich, weil sich dessen Ehefrau nicht von ihm scheiden lassen wolle und eine Scheidung mittels Scheidungsklage sehr lange dauern würde.

**I.**

Mit Eingabe vom 25. November 2011 lässt der Beschwerdeführer – zur Aktualisierung aufgefordert - im Wesentlichen vorbringen, seine langjährige, tiefe Partnerschaft unterstehe dem Schutz von Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Seine jüngste Tochter werde mit der Mutter, welche einen Schweizer Bürger geheiratet habe definitiv in die Schweiz kommen.

**J.**

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

**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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Darunter fallen u.a. Verfügungen des BFM betreffend Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in diesem Bereich endgültig (vgl. Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110], siehe in Bezug auf Art. 14 Abs. 2 AsylG auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_692/2010 vom 13. September 2010 E. 3).

**1.2.** Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, dem Verwaltungsgerichtsgesetz und dem Bundesgerichtsgesetz, soweit das Asylgesetz – sofern anwendbar – nichts anderes bestimmt (Art. 6 AsylG).

**1.3.** Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

## **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2).

## **3.**

**3.1.** Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG kann der Kanton mit Zustimmung des BFM einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn die betroffene Person sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält (Bst. a), der Aufenthaltsort der betroffenen Person den Behörden immer bekannt war (Bst. b) und wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c). Dabei geht es nur um die Frage, ob der Kanton ermächtigt wird, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen bzw. ein Aufenthaltsverfahren durchzuführen. Anwendbar ist die im Rahmen der Asylgesetzrevision vom 16. Dezember 2005 per 1. Januar 2007 in Kraft getretene Härtefallregelung von Art. 14 Abs. 2 AsylG sowohl auf Personen, die ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben, als auch auf Personen, die sich noch im Asylverfahren befinden. Sie stellt eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens dar (PETER NIDERÖST, Sans-Papiers in der Schweiz, in: Peter Uebersax/Beat

Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], *Ausländerrecht*, 2. Auflage Basel 2009, Rz. 9.35; zur Rechtsnatur dieses Verfahrens vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7265/2007 vom 24. März 2010 E. 3).

**3.2.** Bereits vor der Revision vom 16. Dezember 2005 sah das Asylgesetz in Art. 44 Abs. 3 bis 5 (AS 1999 2273) die Möglichkeit vor, in Fällen einer schwerwiegenden persönlichen Notlage die vorläufige Aufnahme anzuordnen, sofern vier Jahre nach Einreichen des Asylgesuchs noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen war. Rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende waren von der Möglichkeit der vorläufigen Aufnahme ausgeschlossen. Die nunmehr geltende Regelung von Art. 14 Abs. 2 AsylG enthält nicht nur eine Ausweitung des Anwendungsbereiches auf rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende, sondern bringt der betroffenen Person auch insoweit eine rechtliche Besserstellung, als ihr eine Aufenthaltsbewilligung erteilt und nicht mehr nur die vorläufige Aufnahme gewährt werden kann (zur Entstehung des heutigen Art. 14 Abs. 2 AsylG vgl. BVGE 2009/40 E. 3.1).

#### **4.**

**4.1.** Der Beschwerdeführer hält sich seit der Einreichung des Asylgesuches mehr als fünf Jahre in der Schweiz auf, wobei sein Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war. Die in Art. 14 Abs. 2 Bst. a und b AsylG genannten Anforderungen sind damit erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob nach Massgabe von Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG "wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt". Diese Frage beurteilt sich auf der Grundlage der umfangreichen Rechtsprechung zum Härtefallbegriff gemäss Art. 13 Bst. f der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Begrenzungsverordnung, BVO, AS 1986 1791; vgl. heute Art. 30 Abs. 1 Bst. b des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 [AuG, SR 142.20]). Mit Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG hat der Gesetzgeber nämlich keinen eigenen Härtefallbegriff schaffen, sondern den bereits im Kontext des Ausländerrechts bestehenden und von der Rechtsprechung konkretisierten Härtefallbegriff auch für das Asylrecht anwendbar machen wollen (vgl. dazu eingehend BVGE 2009/40 E. 5 mit Hinweisen).

**4.2.** In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Verordnungsgeber in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober

2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) eine entsprechende Kriterienliste aufgestellt, die sich sowohl auf Art. 14 Abs. 2 AsylG als auch auf den Anwendungsbereich des AuG (Art. 30 Abs. 1 Bst. b, Art. 50 Abs. 1 Bst. b und Art. 84 Abs. 5 AuG) bezieht. Im Einzelnen werden folgende Kriterien genannt: Die Integration (Bst. a), die Respektierung der Rechtsordnung (Bst. b), die Familienverhältnisse (Bst. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (Bst. d), die Dauer der Anwesenheit (Bst. e), der Gesundheitszustand (Bst. f) und die Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland (Bst. g).

**4.3.** Im Weiteren statuiert die auf die soeben genannten Härtefallregelungen nach AsylG und AuG anwendbare Bestimmung von Art. 31 Abs. 2 VZAE, dass die gesuchstellende Person ihre Identität offenlegen muss. Dieses Erfordernis steht im Zusammenhang mit Art. 13 und Art. 90 AuG, wonach die gesuchstellende Person im Bewilligungs- und Anmeldeverfahren ein gültiges Ausweispapier vorlegen und diesbezüglich zutreffende und vollständige Angaben machen muss. Werden diese zwingenden Vorschriften verletzt, kann dies den Widerruf einer Bewilligung zur Folge haben (Art. 62 Bst. a und Art. 63 Abs. 1 Bst. a AuG) und zu Zwangsmassnahmen (Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AuG und Art. 77 Abs. 1 Bst. c AuG) oder gar strafrechtlichen Sanktionen (Art. 120 Abs. 1 Bst. e AuG) führen (PETER UEBERSAX, Einreise und Aufenthalt, in: Ausländerrecht, a.a.O., Rz. 7.272 ff.). Einen weiterreichenden Regelungsumfang hat die insoweit nur deklaratorische Verordnungsbestimmung von Art. 31 Abs. 2 VZAE (abgesehen von der wohl ungenauen Übersetzung im französischen Text) nicht.

## **5.**

**5.1.** Im Hinblick auf die Rechtsprechung zum Härtefallbegriff von Art. 13 Bst. f BVO und die diesbezüglich in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgestellten Kriterien darf auch im Anwendungsbereich des Asylgesetzes ein schwerwiegender persönlicher Härtefall nicht leichthin angenommen werden. Erforderlich ist, dass sich die ausländische Person in einer persönlichen Notlage befindet, was bedeutet, dass ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind bzw. die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung für sie mit schweren Nachteilen verbunden wäre.

**5.2.** Die Anerkennung als Härtefall muss allerdings nicht bereits deshalb erfolgen, weil sich die Anwesenheit in der Schweiz als einziges Mittel zur Verhinderung einer persönlichen Notlage darstellt. Es genügt auch nicht, wenn sich die ausländische Person während längerer Zeit in der Schweiz aufgehalten, sich in sozialer und beruflicher Hinsicht gut integriert und sich nichts hat zuschulden kommen lassen. Vielmehr bedarf es einer so engen Beziehung zur Schweiz, dass es ihr nicht zugemutet werden kann, im Ausland, insbesondere in ihrem Heimatland, zu leben (BGE 130 II 39 E. 3; BVGE 2007/16 E. 5.1); die in diesem Kontext anwendbaren Kriterien von Art. 31 Abs. 1 VZAE stellen weder einen abschliessenden Katalog dar noch müssen sie kumulativ erfüllt sein (vgl. BVGE 2009/40 E. 6.2). Immerhin werden bei einem sehr langen Aufenthalt weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände wie etwa eine überdurchschnittliche Integration oder andere Faktoren gestellt, welche die Rückkehr ins Heimatland als ausgesprochen schwierig erscheinen lassen (BGE 124 II 110 E. 3 S. 112 f.).

**5.3.** Zu beachten gilt es ferner, dass die ausländerrechtliche Zulassung wegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles nicht das Ziel verfolgt, eine ausländische Person gegen die Folgen eines Krieges oder des Missbrauchs staatlicher Gewalt zu schützen. Solche Erwägungen betreffen einerseits die Frage der Asylgewährung, andererseits sind sie für die Beurteilung der Vollziehbarkeit einer verfügten Wegweisung von Bedeutung (vgl. Art. 83 AuG). Im Zusammenhang mit dem schwerwiegenden persönlichen Härtefall sind ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte ausschlaggebend, wobei der Schwerpunkt auf der Verankerung in der Schweiz liegt. Im Rahmen einer Gesamtschau sind jedoch seit jeher auch der Gesundheitszustand einer Person sowie die Möglichkeiten einer Wiedereingliederung im Herkunftsland mitzubehrsichtigen (heute sind diese von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien in Art. 31 Abs. 1 Bst. f und g VZAE positivrechtlich verankert). Diese Prüfung kann nicht losgelöst von den persönlichen, familiären und ökonomischen Schwierigkeiten erfolgen, denen eine ausländische Person in ihrem Heimatland ausgesetzt wäre (vgl. BGE 123 II 125 E. 3 S. 128). Daraus ergibt sich eine gewisse Überschneidung von Gründen, die den Wegweisungsvollzug betreffen, und solchen, die einen Härtefall (mit)begründen können. Das ist nicht zu vermeiden und in Kauf zu nehmen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-8270/2008 vom 10. Mai 2010 E. 5.3 mit Hinweis).

Nur schon vor diesem Hintergrund greift der in der Rechtsmitteleingabe vom 20. Juli 2009 erhobene allgemeine Vorwurf, das BFM setze mit der angefochtenen Verfügung ein falsches Signal, zu kurz. Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, erweist sich besagter Einwand im konkreten Fall auch als unbegründet.

## **6.**

**6.1.** Der Beschwerdeführer hält sich seit gut siebeneinhalb Jahren in der Schweiz auf, was im Vergleich keiner sehr langen Dauer entspricht. So hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1998 entschieden, dass bei einer ausländischen Person, die sich seit zehn Jahren in der Schweiz aufhält, in der Regel vom Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles auszugehen ist, sofern sie finanziell unabhängig, sozial und beruflich gut integriert ist und sich bis dahin klaglos verhalten hat, vorausgesetzt, dass sie die Dauer des Aufenthaltes nicht absichtlich durch das missbräuchliche Ergreifen von Rechtsmitteln verlängert hat. Allerdings bezieht sich diese Rechtsprechung auf Asylbewerber, über deren Asylgesuch nach zehn Jahren immer noch nicht befunden wurde (vgl. BGE 124 II 110 E. 3 S. 112 f.). Damit wird der besonderen Situation dieser Personenkategorie Rechnung getragen, die von Verfahrens wegen gezwungen ist, den Kontakt zum Herkunftsland abubrechen (BGE 123 II 125 E. 3 S. 128; Urteil des Bundesgerichts 2A.542/2005 vom 11. November 2005 E. 3.2.1). Der Beschwerdeführer befindet sich in einer anderen Situation. Das Asylverfahren wurde nach etwas mehr als fünf Jahren Aufenthalt am 15. Dezember 2009 rechtskräftig entschieden, worauf er eine Frist zur Ausreise aus der Schweiz erhielt. Sein Aufenthalt über die Ausreisefrist hinaus gründet sich ausschliesslich auf die Duldung durch den Wohnkanton während der Rechtshängigkeit des ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens. Weder war er in dieser Zeit - anders als im Asylverfahren - gezwungen, den Kontakt zu seiner Heimat abgebrochen zu halten, noch durfte er davon ausgehen, sein Aufenthalt werde definitiv geregelt. Somit stellt sich die Frage, ob aus den sonstigen Umständen des Aufenthalts und Verhaltens des Beschwerdeführers eine schwerwiegende persönliche Notlage abzuleiten ist.

**6.2.** Die soziale Integration des Beschwerdeführers während seines Aufenthaltes muss als überdurchschnittlich bewertet werden. Den Akten kann entnommen werden, dass er sich sehr um den Erwerb der deutschen Sprache bemühte, indem er diverse Kurse, sogar einen Schweizerdeutschkurs besucht hat (Basiskurs Modul 1-3 bei der Caritas, Deutsch als Fremdsprache Niveau C1 und Schwyzerdütsch B1/B2 an der

Volkshochschule). Entsprechend gut sind heute seine Deutschkenntnisse. Er verfügt zudem über einen grossen Bekanntenkreis und ist in diversen sozialen Einrichtungen engagiert. Bei der Solothurner Gruppe von Amnesty International hilft er seit 2007 als Mitglied aktiv bei Standaktionen mit und nimmt an regelmässigen Treffen zum Briefeschreiben teil (vgl. Schreiben vom 20. Februar 2010). Er singt seit 2007 im Chor der Nationen und ist seit Mai 2008 aktives Mitglied beim Cercle Romand Soleure. Zahlreiche Referenzschreiben beschreiben ihn übereinstimmend als freundliche, korrekte, zuverlässige, kommunikative, sehr gut integrierte und integrierende Persönlichkeit mit hoher sozialer Kompetenz und grosser Einsatzbereitschaft. Ins Gewicht fällt, dass die Unterstützungsschreiben nicht den Eindruck von vorformulierten Bestätigungen erwecken, sondern echte Anteilnahme und Sympathie erkennen lassen. In dieses Bild fügt sich auch die - im Hinblick auf den Ablauf der Ausreisefrist am 19. Januar 2010 - mittels öffentlicher Aktionen getätigte Unterstützung durch seine Mitbürger.

**6.3.** Auch in wirtschaftlicher Hinsicht hat sich der Beschwerdeführer stark engagiert gezeigt. So war er zunächst im Rahmen von Beschäftigungsprogrammen und gemeinnützigen Projekten tätig. Dabei wurde er wegen seiner Zuverlässigkeit sehr geschätzt. Dass er bereits - kurz nach seiner Einreise - am 4. Juni 2004 den ersten Einsatz der Caritas zur Räumung und Instandstellung einer Asylbewerberunterkunft antrat, verdeutlicht den seit der Einreise bestehenden Willen zur Integration. In den Jahren 2005 bis 2008 wirkte er im Wohnkanton an schulischen Veranstaltungen zum Thema Gospelmusik und ihrer Herkunft mit. Ebenso wurde er als Referent zum Unterrichtsthema Beziehungen zwischen Europa und Afrika eingeladen. Daneben weist er Bestätigungen zu Basiskursen Modul I-III, PC und Büroarbeiten, Informatique et gestion d'entreprise, Kochkurs und Ausbildungskurs sowie Gesundheitsförderung der Caritas vor, an welchen er in den Jahren 2004 bis 2006 erfolgreich teilgenommen hat. Die Arbeitssuche gestaltete sich zunächst etwas schwierig, was nicht zuletzt auch durch seinen Aufenthaltsstatus bedingt war. Ab dem 25. Juni 2008 erlangte er eine unbefristete Anstellung als Hilfsarbeiter. Seither ist er finanziell unabhängig und seinen diesbezüglichen Verpflichtungen auch stets nachgekommen. Aus dem Zwischenzeugnis vom 22. Juni 2009 und der Arbeitsbestätigung vom 10. November 2011 geht hervor, dass er seine Aufgaben gewissenhaft und sorgfältig ausführe, das erworbene Wissen gezielt einsetzt und durch seine hilfsbereite und freundliche Art von Vorgesetzten sowie Mitarbeitern geachtet und geschätzt wird. Nicht zu Unrecht bemängelt die Vorinstanz,

der Beschwerdeführer habe während der Zeit seiner beruflichen Tätigkeit weder Fach- oder Spezialkenntnisse erworben noch sich sonst weitergebildet. Diesbezüglich gilt es jedoch anzumerken, dass sich der Beschwerdeführer nachweislich an der Volkshochschule in der Deutschen und Schweizerdeutschen Sprache um Weiterbildung bemüht hat. Überdies blieb von der Vorinstanz unbeachtet, dass er im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung erst etwas mehr als ein Jahr arbeitete, weshalb die Anforderungen an den Erwerb weiterer Bildung herabzusetzen sind. Unberücksichtigt blieb zudem, dass er, bedingt durch die schwere Erkrankung seiner Lebensgefährtin, ausserhalb der Arbeitszeiten bereits genügend ausgelastet gewesen sein dürfte, um noch Zeit für weitere Kurse aufbringen zu können. Zudem wird im Bestätigungsschreiben vom 10. November 2011 festgehalten, dass sich der Beschwerdeführer innerhalb kurzer Zeit ein beachtliches Wissen angeeignet habe und er zu einem wichtigen Bestandteil der Konditorei geworden sei. Dies spricht für seinen Willen zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung.

**6.4.** Hinsichtlich seiner familiären Verhältnisse ist der Beschwerdeführer seit viereinhalb Jahren mit einer verwitweten Schweizer Bürgerin liiert. Seit September 2008 führen sie einen gemeinsamen Haushalt. Im April 2009 wurde bei der Lebenspartnerin ein Brustkrebs der rechten Seite diagnostiziert, welcher operative sowie chemotherapeutische Behandlungen erforderlich machte. Die Akten lassen erkennen, dass der Beschwerdeführer eine grosse Stütze für seine Lebenspartnerin ist, was die Vorinstanz auch so anerkannt hatte. Er betreut jene, übernimmt einen grossen Teil der Haushaltsarbeiten und ist ihr im Alltag eine Stütze. Dass er auch während dieser Zeit Integrationsbemühungen nachweisen kann, verdient vorliegend besondere Anerkennung.

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Replik vom 25. Januar 2010 vor, er könnte nun, nach Abschluss des Asylverfahrens in seiner Heimat das Scheidungsverfahren anheben. Es sei jedoch mit einer Verfahrensdauer von einem bis zwei Jahren zu rechnen. Obwohl inzwischen bereits zwei Jahre vergangen sind, wurden keine Unterlagen eingereicht, welche die Anhebung eines Verfahrens belegt hätten. Die tatsächlichen Absichten des Beschwerdeführers erscheinen in diesem Lichte etwas zweifelhaft, was das Bestehen von Heiratsabsichten mit der derzeitigen Lebenspartnerin in Frage stellt. Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_25/2010 vom 2. November 2010) erscheint eine

erfolgreiche Berufung auf Art. 8 EMRK fraglich. Dies bedeutet indessen nicht, dass die gelebte Beziehung bei der vorliegenden Beurteilung unberücksichtigt zu bleiben hat. Hinsichtlich der weiteren familiären Verhältnisse gibt der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 25. November 2011 bekannt, dass die Mutter seiner jüngsten Tochter einen Schweizer Bürger geheiratet habe und die Tochter künftig in der Schweiz leben werde. Daraus kann er jedoch für das vorliegende Verfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten, gab er doch in der Replik an, seine Tochter sei bei seinem Bruder aufgewachsen und wolle nicht bei ihm leben.

**6.5.** Zu prüfen gilt es weiter, wie es sich mit einer allfälligen Wiedereingliederung im Herkunftsstaat verhält. Der Beschwerdeführer ist im Alter von 44 Jahren aus dem Kongo in die Schweiz gekommen. Er hat somit den grössten Teil seines Lebens, welcher für die Persönlichkeitsbildung und die Sozialisierung wichtige Phasen umfasst, in Kongo verbracht. Obwohl viele seiner nächsten Verwandten nicht mehr in der Heimat leben, besteht dennoch ein familiäres Beziehungsnetz (zwei Brüder sowie ein erwachsenes Kind), das ihm in sozialer Hinsicht Halt geben und ihn zumindest indirekt bei der Eingliederung in wirtschaftlicher Hinsicht unterstützen könnte. Zum Vorteil gereichen würden ihm ferner sein Hochschulabschluss, die langjährige Berufserfahrung in der Heimat sowie die in der Schweiz erworbenen Berufserfahrungen und Sprachkenntnisse. Dennoch ist davon auszugehen, dass es dem heute 51-jährigen nur mit erheblichem Aufwand möglich wäre, sich wieder einzugliedern und wirtschaftlich Fuss zu fassen.

## **6.6.**

**6.6.1.** Schliesslich ist auf die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers einzugehen. Er macht geltend, an Diabetes mellitus zu leiden und täglich Medikamente zu nehmen. Es sei jederzeit möglich, dass sich die Blutzuckerwerte verschlechtern könnten und mit der Insulintherapie begonnen werden müsste. Zudem leidet er an Gichtarthritis.

**6.6.2.** Der Gesundheitszustand stellt ein Kriterium dar, das in Verbindung mit anderen Elementen zur Anerkennung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nach Art. 14 Abs. 2 AsylG führen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass der Betroffene an einer ernsthaften gesundheitlichen Beeinträchtigung leidet, die während einer langen Zeitspanne dauernde ärztliche Behandlung oder punktuelle medizinische Notfallmassnahmen notwendig macht, welche im Herkunftsland nicht

erhältlich sind, so dass eine Ausreise aus der Schweiz die Gefahr schwerwiegender Folgen für seine Gesundheit nach sich zieht. Der Tatsache allein, dass die medizinische Versorgung in der Schweiz höheren Standards entspricht, ist dagegen nicht relevant (BGE 128 II 200 E. 5.3 S. 209; Urteile des Bundesgerichts 2C\_316/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 3.3 und 2C\_216/2009 vom 20. August 2009 E. 4.2

**6.6.3.** Wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Dezember 2009 betreffend Asyl und Wegweisung bereits festgehalten, besteht in Kinshasa die Möglichkeit, die gesundheitlichen Beschwerden angemessen behandeln zu lassen. Zudem ist der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers in den vergangenen Jahren einigermaßen stabil geblieben. Sollte eine Verschlechterung eintreten, könnte er in seiner Heimat die notwendige Insulintherapie beanspruchen. Der Gesundheitszustand steht somit unter dem Blickwinkel des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles für sich alleine einer Rückkehr in den Heimatstaat nicht entgegen. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass die gesundheitlichen Probleme eine gewisse Erschwernis darstellen würden, was im Kontext zu würdigen ist.

## **7.**

Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls in Anbetracht der im heutigen Zeitpunkt bereits weit fortgeschrittenen, guten wirtschaftlichen, sozialen und auch persönlichen Integration sowie der nachgewiesenen grossen Anstrengungen seit Beginn des Aufenthaltes, des überdurchschnittlichen sozialen Engagements sowie des menschlichen Beistands im privaten Bereich, insgesamt zu bejahen ist. Die angefochtene Verfügung erweist sich daher als bundesrechtswidrig (Art. 49 VwVG). Sie ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Zustimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG ist zu erteilen.

## **8.**

Für dieses Verfahren sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), womit die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung hinfällig wird. Weiter ist dem Beschwerdeführer zu Lasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Es wurde keine Kostennote eingereicht, so dass das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten (vgl. Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die

Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) festsetzt.

Dispositiv Seite 15

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und die Zustimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG wird erteilt.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 1'500.- (inkl. MwSt) zu entschädigen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS 12839409 und N 467 306)
- das Migrationsamt des Kantons Solothurn (ad SO 227 793)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Giulia Santangelo

Versand: