



Urteil vom 24. November 2021

Besetzung

Einzelrichterin Esther Marti,
mit Zustimmung von Richterin Roswitha Petry,
Gerichtsschreiberin Tina Zumbühl.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Kongo (Kinshasa),
vertreten durch Alfred Ngoyi Wa Mwanza,
BUCOFRAS Consultation juridique pour étrangers,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 28. September 2021 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer verliess eigenen Angaben zufolge im Dezember 2011 seinen Heimatstaat. Er habe vorwiegend in Frankreich gelebt, bevor er am 11. November 2019 in die Schweiz eingereist sei. Am 30. März 2021 suchte er im Bundesasylzentrum (BAZ) B. _____ um Asyl nach.

B.

Ein Abgleich mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Zentraleinheit EURODAC) ergab, dass er am (...) 2013 in C. _____, am (...) 2015 in D. _____ und (...) 2017 in E. _____ je ein Asylgesuch gestellt hatte.

C.

Am 1. April 2021 bevollmächtigte der Beschwerdeführer die ihm zugewiesene Rechtsvertretung. Gleichentags wurde er im Rahmen der Personalaufnahme summarisch zu seiner Person und seinem Reiseweg befragt.

D.

Am 22. April 2021 fand ein persönliches Gespräch gemäss Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Dublin-III-VO), statt. Dabei gab der Beschwerdeführer an, er habe seinen Heimatstaat im Jahr 2011 verlassen. In C. _____ und in D. _____ habe man ihm die Fingerabdrücke abgenommen und ihn aufgefordert, das Land zu verlassen. In E. _____ habe er tatsächlich ein Asylgesuch gestellt und einen negativen Asylentscheid erhalten. Dort habe er auch seine jetzige Partnerin, welche in der Schweiz lebe, kennengelernt und im (...) 2017 nach Brauch geheiratet. Er lebe seit seiner Einreise in die Schweiz mit ihr, dem gemeinsamen Kind und (...) weiteren Kindern seiner Partnerin zusammen. Im Rahmen des persönlichen Gesprächs wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Zuständigkeit E. _____, sein Asylgesuch zu prüfen, gewährt.

E.

Mit Schreiben vom 23. April 2021 reichte der Beschwerdeführer der Vorinstanz ärztliche Berichte seines Hausarztes, datierend auf den 8. April 2021 und den 8. Januar 2021, eine medizinische Dokumentation der Pflege

des BAZ B._____ mit letztem Eintrag vom 7. April 2021, und eine migrationsmedizinische Abklärung vom 31. März 2021 zu den Akten. Aus den medizinischen Unterlagen geht im Wesentlichen hervor, dass er an einer (...) leide.

F.

Mit Schreiben vom 3. Mai 2021 informierte das SEM den Beschwerdeführer, dass das Dublin-Verfahren beendet sei und das Asyl- und Wegweisungsverfahren in der Schweiz durchgeführt werde.

G.

Am 5. Mai 2021 reichte der Beschwerdeführer Kopien der Aufenthaltsbewilligungen (B-Ausweise) seiner Partnerin und seines Kindes sowie Unterlagen bezüglich seiner Vaterschaftsanerkennung und des gemeinsamen Sorgerechts ein.

H.

Am 19. Mai 2021 wurde der Beschwerdeführer zu seinen Asylgründen angehört. Dabei machte er im Wesentlichen folgenden Sachverhalt geltend:

Er stamme aus F._____ und habe dort an der Universität studiert. Im Jahr (...) oder (...) habe er sein Studium abgeschlossen und danach im Bereich (...) gearbeitet. Später sei er auch als (...) und (...) tätig gewesen. Bei einer Veranstaltung von Evangelisten im (...) 2011 seien bei einem Ritual drei Personen ums Leben gekommen. Daraufhin habe die Polizei den «Reverend» und weitere Personen festgenommen. Man habe auch ihn festnehmen wollen, ihm sei jedoch die Flucht gelungen. Da er später gehört habe, dass man die verhafteten Personen in ein Gefängnis gebracht und die Polizei ihn gesucht habe, habe er entschieden, das Land zu verlassen.

I.

Mit Verfügung vom 2. Juni 2021 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, dass sein Asylgesuch weiterer Abklärungen bedürfe und dieses fortan im erweiterten Verfahren behandelt werde. Gleichzeitig wurde er dem Kanton B._____ zugewiesen.

J.

Am 9. Juni 2021 reichte der Beschwerdeführer einen Medikamentenplan zu den Akten, aus welchem hervorgehe, dass er nach wie vor in Behandlung seiner (...) stehe.

K.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2021 forderte das SEM den Beschwerdeführer auf, einen ärztlichen Bericht, insbesondere über den Stand der Behandlung der (...), einzureichen.

L.

Am 30. Juli 2021 ging bei der Vorinstanz eine Kopie eines Schreibens der Einwohnerdienste des Kantons B. _____ an den Beschwerdeführer ein. Aus dem Schreiben geht im Wesentlichen hervor, dass das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Ehe nicht zulässig sei, da er sich in einem hängigen Asylverfahren befinde.

M.

Am 13. August 2021 reichte der Beschwerdeführerin einen Arztbericht seines Hausarztes, datierend auf den 10. August 2021, sowie ein Rezept und eine Terminkarte ein.

N.

Mit Verfügung vom 28. September 2021 (eröffnet am 29. September 2021) stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte dessen Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz und den Vollzug an.

O.

Am 4. Oktober 2021 legte die dem Beschwerdeführer zugewiesene Rechtsvertretung das Vertretungsmandat nieder.

P.

Die Verfügung des SEM vom 28. September 2021 liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 25. Oktober 2021 durch seinen neu mandatierten Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht anfechten. Er beantragt, die Verfügung sei in den Dispositivziffern 4 bis 6 aufzuheben und die Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs sei festzustellen; eventualiter sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und eine vorläufige Aufnahme anzuordnen, eventualiter sei die angefochtene Verfügung in den Dispositivziffern 3 bis 6 aufzuheben und festzustellen, dass die Vorinstanz nicht die für die Anordnung der Wegweisung zuständige Behörde sei, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt der Be-

schwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und die Beiordnung des mandatierten Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Der Beschwerde wurde eine Fürsorgebestätigung sowie eine Kopie eines Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung beziehungsweise einer Kurzaufenthaltsbewilligung an den Migrationsdienst des Kantons B. _____, datierend auf den 22. Oktober 2021, beigelegt.

Q.

Die vorinstanzlichen Akten lagen dem Bundesverwaltungsgericht am 27. Oktober 2021 in elektronischer Form vor (vgl. Art. 109 Abs. 2 AsylG).

R.

Am 28. Oktober 2021 bestätigte die Instruktionsrichterin den Eingang der Beschwerde und hielt fest, der Beschwerdeführer könne den Abschluss des Verfahrens in der Schweiz abwarten.

S.

Mit Schreiben vom 9. November 2021 informierte der Beschwerdeführer das Gericht, dass seine Partnerin schwanger sei und nächstes Jahr ihr zweites gemeinsames Kind zur Welt kommen werde. Ein ärztlicher Nachweis der Schwangerschaft werde nachgereicht.

T.

Am 17. November 2021 reichte der Beschwerdeführer eine ärztliche Bestätigung der Schwangerschaft seiner Partnerin ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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 in der Regel – so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

Über offensichtlich unbegründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachstehend aufgezeigt, handelt es sich um eine solche, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

4.

In der Rechtsmitteleingabe wird die angefochtene Verfügung nur betreffend die Anordnung der Wegweisung sowie deren Vollzug angefochten. Die Verfügung des SEM vom 28. September 2021 ist, soweit sie die Fragen der Flüchtlingseigenschaft und der Asylgewährung (Dispositivziffern 1 und 2) betrifft, somit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft erwachsen. Vorliegender Prozessgegenstand beschränkt sich demnach auf die angeordnete Wegweisung und die Frage, ob der Vollzug der Wegweisung zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich erachtet wurde (Dispositivziffern 4, 5 und 6).

5.

5.1 Das SEM führt in der ablehnenden Verfügung aus, dass der Beschwerdeführer die Schweiz verlassen müsse, da sein Asylgesuch abgelehnt worden sei. In Bezug auf Art. 8 EMRK sei festzustellen, dass seiner Partnerin

und seinem Kind am 8. Juni 2017 eine Aufenthaltsbewilligung B erteilt worden sei. Sein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Familienvereinigung sei von den kantonalen Behörden mit Entscheid vom 22. Juni 2020 abgelehnt worden. Eine dagegen erhobene Beschwerde sei mit Entscheid vom 18. Juni 2021 aufgrund Gegenstandslosigkeit abgeschrieben worden. Da somit bereits ein ausländerrechtliches Verfahren über das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vor der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde stattgefunden und diese dabei das Bestehen eines Anspruchs verneint habe, müsse sich das SEM im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Artikel 8 EMRK befassen. Da seine Partnerin über eine Aufenthaltsbewilligung B verfüge und nicht über ein aus dem Asylrecht abgeleitetes Anwesenheitsrecht, könne er sich auch nicht auf den Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG berufen.

Hinsichtlich der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führte das SEM aus, dass Kongo (Kinshasa) trotz regelmässig aufkommenden Unruhen und Auseinandersetzungen keine Situation von Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt kenne, welche darauf schliessen lasse, dass sämtliche kongolesische Personen gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wären. Im vorliegenden Fall würden sich aus den Akten keine Anzeichen dafür ergeben, dass der Vollzug der Wegweisung zu einer konkreten Gefährdung seiner Person führen würde. Er stamme aus F. _____ und könne dort auf ein verwandtschaftliches Beziehungsnetz zurückgreifen. Er verfüge zudem über einen Universitätsabschluss und könne Arbeitserfahrung in verschiedenen Bereichen vorweisen. Eine Reintegration sei somit möglich. Die Behandlung seiner (...) sei zudem gemäss dem ärztlichen Bericht vom 10. August 2021 Ende September 2021 abgeschlossen worden. Der Vollzug der Wegweisung nach Kongo (Kinshasa) sei folglich zumutbar.

5.2 In der Beschwerde wird im Wesentlichen moniert, dass der Beschwerdeführer seit seiner Einreise in die Schweiz mit seiner Partnerin und dem gemeinsamen Kind zusammenlebe. Ein Ehevorbereitungsverfahren sei derzeit beim Kanton hängig. Seiner Partnerin sei im Sinne eines sogenannten umgekehrten Familiennachzugs gestützt auf Art. 8 EMRK eine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden, da sie ein weiteres Kind (mit einem anderen Mann) habe, welches Schweizerischer Staatsangehörigkeit sei. Der Beschwerdeführer habe die Vaterschaft seines Kindes anerkannt und die Eltern hätten das geteilte Sorgerecht inne. Deshalb habe er gestützt auf Art.

8 EMRK einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Da auch ein Gesuch bei der kantonalen Migrationsbehörde anhängig sei, falle eine allfällige Anordnung der Wegweisung in die Zuständigkeit der kantonalen Behörde, weshalb die asylrechtliche Wegweisung aufzuheben sei.

Hinsichtlich des Vollzugs der Wegweisung führt der Beschwerdeführer aus, dass aufgrund von Art. 8 EMRK und Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK, SR 0.107) dieser unzulässig sei. Er lebe in einer stabilen, dauerhaften und eheähnlichen Beziehung mit seiner Partnerin und sie seien seit dem Jahr 2017 ein Paar. Auch Konkubinatspaare würden unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen. Seit zwei Jahren lebten sie nun in einem gemeinsamen Haushalt und kümmerten sich gemeinsam um das Kind. Die Trennung des Kindes von seinem Vater hätte schwere Auswirkungen auf dessen Entwicklung. Man könne vom Beschwerdeführer insbesondere aufgrund der derzeit bestehenden Gesundheitskrise und den Visabeschränkungen für den Schengen-Raum auch nicht verlangen, dass er regelmässig in die Schweiz reise, um mit seinem Kind eine Beziehung aufrechterhalten zu können. Die Schweiz habe zudem restriktive Einreisebestimmungen für Drittstaatsangehörige. Zudem habe er auch Anspruch auf umgekehrten Familiennachzug, da sein Kind in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge. Dem Kindeswohl sei gestützt auf Art. 3 KRK ebenfalls Rechnung zu tragen. Das Alter und die Situation des Kindes würden die Präsenz beider Elternteile voraussetzen. Gestützt auf verschiedene völkerrechtliche Normen sei das Familienleben des Beschwerdeführers zu schützen. Darüber hinaus sei der Wegweisungsvollzug aufgrund humanitärer Überlegungen und im Lichte des Kindeswohls unzumutbar. Auch sei der Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG zu berücksichtigen und er könne nicht von seiner Familie getrennt werden. Seine familiäre Situation in der Schweiz und fehlende Perspektiven im Heimatland würden zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen.

6.

6.1 Gemäss Art. 44 AsylG verfügt das SEM in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz, wenn es das Asylgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt; es berücksichtigt dabei die Einheit der Familie.

6.2

6.2.1 Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung nicht zu verfügen, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung ist (Art. 32 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]) oder ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, wobei die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist, über den Anspruch konkret zu befinden (vgl. auch BVGE 2013/37 E. 4.4; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 23 E. 3.2; EMARK 2001 Nr. 21 E. 9).

6.2.2 Ist die asylsuchende Person nicht im Besitz einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde daher vorfrageweise zu prüfen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 10), ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Soweit nicht das Gesetz oder das Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermittelt, kommt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b sowie E. 9).

6.2.3 Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 BV) garantiert zwar kein Recht auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Es kann aber das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Der sich hier aufhaltende Familienangehörige muss seinerseits über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist der Fall, wenn dieser das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1, 130 II 281 E. 3.1; EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1). Im Zusammenhang mit der Bewilligung der Anwesenheit in der Schweiz schützt Art. 8 EMRK in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (vgl. BGE 129 II 11 E. 2).

6.2.4 Die im Asylverfahren angeordnete Wegweisung wird praxisgemäss aufgehoben, wenn (1) ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vorfrageweise bejaht wird, (2) die betroffene Person an die

zuständige kantonale Ausländerbehörde ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerichtet hat sowie (3) dieses Gesuch noch hängig ist (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2.2).

7.

7.1 Der Beschwerdeführer verfügt weder über eine ausländerrechtliche Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung noch über einen selbständigen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Er beruft sich im Beschwerdeverfahren nun darauf, dass er aufgrund des Familienlebens mit seiner Partnerin und seiner Tochter, welche beide über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen, gestützt auf Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung habe.

7.2 Den Akten ist zu entnehmen, dass ein Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat beziehungsweise ein Gesuch um Familiennachzug von den kantonalen Behörden mit Entscheid vom 22. Juni 2020 abgelehnt wurde. Eine dagegen erhobene Beschwerde vom 21. Juli 2020 bei der Sicherheitsdirektion des Kantons B. _____ wurde mit Entscheid vom 18. Juni 2021 als gegenstandslos geworden abgeschrieben, da er in der Zwischenzeit ein Asylgesuch eingereicht hatte. Am 5. Juli 2021 reichte der Beschwerdeführer erneut ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat ein, auf welches mit Schreiben vom 28. Juli 2021 (SEM Akte 1092274-43/2) gestützt auf Art. 14 AsylG wegen Unzulässigkeit nicht eingetreten wurde. Dabei wurde festgehalten, dass seine Partnerin und sein Kind über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen würden, welche nicht auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhe. Daher habe der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Am 22. Oktober 2021 hat der Beschwerdeführer ein weiteres Gesuch bei den kantonalen Behörden eingereicht.

7.3 Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass die kantonalen Behörden das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung am 22. Juni 2020 materiell abwiesen und die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK als nicht gegeben beurteilten. Unbesehen davon, ob der gegen den ablehnenden ersten Entscheid der kantonalen Behörde eingelegte Rekurs aufgrund der Einreichung eines Asylgesuchs seitens des Beschwerdeführers zu Recht abgeschrieben worden ist, hat die für die Prüfung eines Anspruchs aus Familieneinheit grundsätzlich zuständige Behörde sich erst vor kurzem mit seinem Begehren befasst und entschieden, ein Anspruch liege nicht vor. Es bestand somit für

das SEM kein Anlass, die als Regelfolge für die Abweisung des Asylgesuches vorgesehene Wegweisung nicht zu verfügen. Ebenso wenig besteht heute ein Grund, die asylrechtlich angeordnete Wegweisung aufzuheben, zumal sie sich mit derjenigen der ausländerrechtlichen Behörden im Ergebnis deckt (vgl. E MARK 2001 Nr. 21 E.11b). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass derweilen ein erneutes Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat bei den kantonalen Behörden eingereicht wurde. Ob ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, ist nicht mehr von den Asylbehörden zu prüfen. Auch die mit Eingabe vom 9. November 2021 und 17. November 2021 geltend gemachten neuen Sachumstände, namentlich die Schwangerschaft der Partnerin, sind demnach bei den zuständigen kantonalen Behörden, bei welchen bereits ein Gesuch hängig ist, geltend zu machen.

Entgegen dem Argument in der Beschwerde, kann der Beschwerdeführer aus dem in Art. 44 AsylG verankerten Grundsatz der Einheit der Familie bezüglich der asylrechtlichen Wegweisung nichts für sich ableiten. Der Grundsatz bezieht sich nämlich insbesondere darauf, dass die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel zur vorläufigen Aufnahme der ganzen Familie führt (vgl. zum damals geltenden aArt. 17 Abs. 1 AsylG E MARK 1995 Nr. 24, E. 10 und 11; ebenso E MARK 2004 Nr.12 E. 7.b). Er soll sicherstellen, dass eine Familie von Asylbewerbern nicht voneinander getrennt wird. Hingegen bezieht sich Art. 44 AsylG gerade nicht auf Fragen der Familieneinheit für Personen mit einem ausländerrechtlich geregelten Aufenthalt; diesbezüglich sind vielmehr die Regelungen des Ausländerrechts, mithin heute des AIG, einschlägig (vgl. auch dazu bereits E MARK 1995 Nr. 24 E. 11.b S. 232). Eine Prüfung der im Asylgesetz vorgesehenen Berücksichtigung der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG gebot sich daher vorliegend nicht, weil die Partnerin und das Kind des Beschwerdeführers nicht (mehr) vorläufig aufgenommen sind, sondern über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung verfügen.

7.4 Die angeordnete Wegweisung des Beschwerdeführers ist nach dem Gesagten zu bestätigen.

8.

8.1 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG [SR 142.20]).

Beim Geltendmachen von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft; das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.).

8.2

8.2.1 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG).

8.2.2 Keine Person darf in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]). Der Vollzug der Wegweisung ist vorliegend in Beachtung dieser massgeblichen völker- und landesrechtlichen Bestimmungen zulässig. Da es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, kann der in Art. 5 AsylG verankerte Grundsatz der Nichtrückweisung im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Eine Rückkehr des Beschwerdeführers in den Heimatstaat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

Aufgrund der Akten liegen ferner keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer für den Fall einer Ausschaffung in den Heimatstaat dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation im Heimatstaat lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen.

8.2.3 Der Beschwerdeführer kann auch kein Wegweisungsvollzugshindernis gestützt auf Art. 8 EMRK geltend machen. Wie oben dargelegt hat sich die zuständige kantonale Migrationsbehörde mit der Frage, ob der Beschwerdeführer aus Art. 8 EMRK etwas zu seinen Gunsten abzuleiten vermag, bereits befasst. Soweit der Beschwerdeführer auf die Interessenab-

wägung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK verweist, ist er darauf hinzuweisen, dass auch die zuständige kantonale Behörde daran gebunden ist. Es besteht für das Gericht keine Veranlassung, sich im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nochmals mit Art. 8 EMRK auseinanderzusetzen. Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

8.3

8.3.1 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund 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 AIG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

8.3.2 In Kongo (Kinshasa) herrscht keine landesweite Situation von Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt; ein Wegweisungsvollzug nach Kinshasa kann in der Regel als zumutbar erachtet werden (vgl. Referenzurteil BVGer E-731/2016 vom 20. Februar 2017 E. 7.3; bestätigt in jüngster Zeit beispielsweise in den Urteilen E-6011/2020 vom 8. Januar 2021 E. 8.2 f.; E-4739/2020 vom 25. November 2020 E. 9.4 f.; D-7269/2017 vom 9. Oktober 2020 E. 11.2).

8.3.3 Das SEM ist zu Recht zum Schluss gekommen, dass sich aus den Akten auch keine individuellen Umstände ergeben, welche vorliegend gegen die Zumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung sprechen könnten. Der Beschwerdeführer verfügt über einen Universitätsabschluss und kann Arbeitserfahrung vorweisen (SEM Akte 1092274-31/26, F25 ff.). Er hat bis zu seiner Ausreise im Jahr 2011 – abgesehen von einer kurzen Zeit in (...)kongo – immer in F._____ gelebt (a.a.O., F20) und kann dort auf ein Beziehungsnetz zurückgreifen (a.a.O., F37 ff.). Es dürfte ihm daher auch trotz der langen Landesabwesenheit möglich sein, sich in F._____ zu reintegrieren und sich eine Existenz aufzubauen. In der Beschwerde wurde diesbezüglich nichts vorgetragen, was einen anderen Schluss zulassen würde.

Es spricht auch aus medizinischer Sicht nichts gegen eine Rückkehr nach Kongo (Kinshasa). Gemäss den ärztlichen Unterlagen wurde die Behandlung der (...) des Beschwerdeführers Ende September 2021 beendet (SEM Akte 1092274-45/1).

8.3.4 In der Beschwerde wird schliesslich die Ansicht vertreten, ein Wegweisungsvollzugshindernis liege auch im Kindeswohl. Vorab ist festzuhalten, dass die Behörden gestützt auf Art. 3 KRK zwar bei allen Massnahmen die Kinder betreffen, das Kindeswohl zu berücksichtigen haben. Diese behördliche Pflicht ist aber insbesondere dort von Relevanz, wo Kinder von einem Wegweisungsvollzug betroffen sind. Vorliegend steht indes der Wegweisungsvollzug des Beschwerdeführers (und nicht seines Kindes) im Vordergrund. Abgesehen davon, dass nach den oben stehenden Erwägungen auch diesbezüglich in erster Linie auf die zuständigen ausländerrechtlichen Behörden zu verweisen ist, kann festgehalten werden, dass der Verbleib des Beschwerdeführers und seiner Partnerin mit dem gemeinsamen Kind in der Schweiz nicht die einzige Möglichkeit darstellt, ein Familienleben zu führen. So ist weder der Beschwerdeführer noch seine Partnerin im Heimatstaat einer Gefährdungssituation im Sinne von Art. 3 AsylG oder Art. 3 EMRK ausgesetzt. Es wäre beiden zuzumuten, sich die entsprechenden Identitäts- und Reisepapiere im jeweiligen Heimatstaat zu beschaffen. Überdies ist dem Beschwerdeführer zuzumuten, den Kontakt zu seinem Kind grenzüberschreitend und über moderne Kommunikationsmittel aufrecht zu erhalten.

8.3.5 Nach dem Gesagten erweist sich der Vollzug der Wegweisung auch als zumutbar.

8.4 Schliesslich obliegt es dem Beschwerdeführer, sich bei der zuständigen Vertretung des Heimatstaates die für eine Rückkehr notwendigen Reisedokumente zu beschaffen (vgl. Art. 8 Abs. 4 AsylG und dazu auch BVGE 2008/34 E. 12), weshalb der Vollzug der Wegweisung auch als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AIG).

Auch die Corona-Pandemie steht dem Wegweisungsvollzug nicht entgegen. Ihr ist im Rahmen der Vollzugsmodalitäten durch die kantonalen Behörden Rechnung zu tragen, indem etwa der Zeitpunkt des Vollzugs der Situation im Heimatland angepasst wird.

8.5 Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Wegweisungsvollzug zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich bezeichnet. Eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme fällt somit ausser Betracht (Art. 83 Abs. 1–4 AIG).

9.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung

Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit diesbezüglich überprüfbar – angemessen ist. Der Eventualantrag der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist somit unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen.

10.

10.1 Der Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist abzuweisen, da die Begehren – wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt – als aussichtslos zu bezeichnen waren, womit die kumulativen Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 1 VwVG nicht erfüllt sind.

10.2 Das Gesuch um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

10.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 750.– festzusetzen (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 750.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Esther Marti

Tina Zumbühl

Versand: