Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-3788/2008
{T 0/2}

Urteil vom 16. November 2009

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richterin Elena Avenati-Carpani,
Gerichtsschreiber Jürg Tiefenthal.

Parteien

M._____,
vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Hans Spillmann,
Schanzenstrasse 1, Postfach 7918, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung und Wegweisung.

Sachverhalt:

A.
Der aus Bangladesh stammende M._____ (geboren 1977; nachfolgend: Beschwerdeführer) reiste am 12. März 2001 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Am 22. Mai 2002 heiratete er die rund 20 Jahre ältere schweizerisch-amerikanische Doppelbürgerin J._____, worauf ihm im Kanton Bern eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Ehefrau erteilt wurde. In der Folge zog er sein Asylgesuch zurück. Am 13. November 2002, lediglich fünfeinhalb Monate nach der Heirat, verstarb die Ehefrau des Beschwerdeführers an einem Krebsleiden.

B.
Die Fremdenpolizei der Stadt Bern verweigerte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 25. Juni 2003 die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Diesen Entscheid focht der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern an. Diese bestätigte mit Erkenntnis vom 1. Juni 2004 die Verfügung der Fremdenpolizei der Stadt Bern und setzte dem Beschwerdeführer eine Ausreisefrist bis 16. Juli 2004 zum Verlassen der Schweiz. M._____ zog diesen Entscheid mit Beschwerde weiter.

C.
Im Verfahren vor dem Regierungsrat machte der Beschwerdeführer erstmals geltend, er sei in der Zwischenzeit eine Beziehung mit der Schweizer Bürgerin K._____ eingegangen, welche ein Kind von ihm erwarte. In der Folge sistierte die instruierende Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion das Verfahren. Am 6. November 2004 kam das Kind S._____ auf die Welt. Mit Eingabe vom 5. Oktober 2005 reichte M._____ eine Urkunde ins Recht, aus der hervorgeht, dass er gleichentags das Kind S._____ als sein Kind anerkannt hat. Aufgrund der neuen Sachlage überwies die nun mehr zuständige Fremdenpolizei der Stadt Thun – nachdem das Verfahren vor dem Regierungsrat wieder aufgenommen worden war – am 1. November 2005 dem Bundesamt für Migration (BFM) ihre positive Stellungnahme mit dem Antrag, es sei die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Das BFM stimmte am 17. November 2005 der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung um ein Jahr zu, worauf das Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als gegenstandslos abgeschrieben wurde. Die Stadt Thun unterbreitete den

Fall am 15. November 2006 unter Hinweis auf diverse Schreiben der Beteiligten – der Beschwerdeführer lebte inzwischen nicht mehr im selben Haushalt mit seinem Sohn und dessen Mutter – erneut dem BFM zum Entscheid. Das BFM stellte ersterem aufgrund des neuen Sachverhalts vorerst die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung mit gleichzeitiger Wegweisung in Aussicht und gewährte ihm zugleich das rechtliche Gehör. Nach Prüfung der eingereichten Stellungnahme vom 22. Dezember 2006 erachtete das BFM die vorerst in Aussicht gestellte Zustimmungsverweigerung als nicht mehr gerechtfertigt und erteilte mit Schreiben vom 9. Januar 2007 erneut seine Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für die Dauer eines weiteren Jahres.

D.

Im Zusammenhang mit dem vom Beschwerdeführer eingereichten Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vom 13. September 2007 stellte die Fremdenpolizei der Stadt Thun beiden Eltern Fragen betreffend die Vater-Kind-Beziehung. Nach erfolgter Sachverhaltsermittlung erklärte sich diese Behörde mit Schreiben vom 23. November 2007 erneut bereit, die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verlängern, dies unter der Voraussetzung einer Regelung des Besuchsrechts und dessen Einhaltung durch den Kindsvater, und übermittelte die Angelegenheit dem BFM mit dem Antrag auf Zustimmung. Noch während der laufenden Sachverhaltsermittlung der zuständigen Fremdenpolizei stellte der Beschwerdeführer am 18. Oktober 2007 beim Migrationsdienst des Kantons Bern ein Gesuch um Erteilung der Niederlassungsbewilligung.

E.

Das BFM verlangte mit Schreiben vom 9. Januar 2008 gegenüber der Fremdenpolizei der Stadt Thun weitergehende Angaben zur persönlichen finanziellen Situation des Beschwerdeführers, um den gestellten Antrag abschliessend beurteilen zu können. Die vorgenannte Behörde beantwortete mit Schreiben vom 24. Januar 2008 diese offenen Fragen. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs wurde der Beschwerdeführer vom BFM mit Schreiben vom 31. Januar 2008 über dessen Absicht informiert, die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu verweigern und die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen. Der Rechtsvertreter nutzte am 22. Februar 2008 die vom BFM eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme und wies insbesondere darauf hin, dass die Spannungen im persönlichen Umfeld des Beschwerdeführers

mittels einer professionellen Mediation gelöst worden seien und das Kind seinen Vater brauche und ein Recht auf einen regelmässigen Kontakt mit ihm habe. Am 5. Mai 2008 verfügte das BFM die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und ordnete gleichzeitig die Wegweisung an; es setzte dem Beschwerdeführer hierzu eine Ausreisefrist bis 5. August 2008 an. Die Vorinstanz sprach dem Beschwerdeführer sowohl in affektiver als auch wirtschaftlicher Hinsicht eine besonders enge Beziehung zu dessen Sohn ab und wies insbesondere auf die fehlende wirtschaftliche Integration hin; im Weiteren erachtete sie eine Wegweisung nach Bangladesh als zumutbar.

F.

M._____ erhob dagegen am 6. Juni 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung des BFM, die Erteilung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung. Mit Zwischenverfügung vom 12. August 2008 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege statt und setzte den bisherigen Rechtsvertreter als amtlichen Anwalt ein. Das BFM beantragt in seiner Vernehmlassung vom 1. September 2008 die Abweisung der Beschwerde und hält an seinem ursprünglichen Entscheid fest, dies mit der Begründung, es würden keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht. Zusätzlich bringt die Vorinstanz vor, der Beschwerdeführer habe sich aufgrund einer gegen ihn erhobenen Strafanzeige vom 25. Oktober 2007 wegen Sachbeschädigung auch nicht vollständig klaglos verhalten, dies obschon die Anzeige vom betroffenen Kläger anlässlich einer Mediationsvereinbarung zurückgezogen worden sei. Mit Stellungnahme vom 13. Oktober 2008 weist der Rechtsvertreter u.a. auf die Unverhältnismässigkeit des vorinstanzlichen Entscheides hin; die Argumentationsweise des BFM, der Beschwerdeführer komme seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nach, könne in keiner Weise akzeptiert werden, denn dem Beschwerdeführer sei nicht zur Last zu legen, den finanziellen Pflichten nicht nachzukommen, wenn es ihm ohne Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung schlicht verunmöglicht werde, legal zu arbeiten und seinen Lebensunterhalt zu verdienen bzw. seine Unterhaltspflichten zu erfüllen.

G.
Auf den weiteren Akteninhalt und die Vorbringen 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, unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung und betreffend Wegweisung.

1.2 Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist grundsätzlich instanzabschliessend (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VGG), soweit nicht ein Anspruch auf Aufenthalt besteht (BGE 135 I 143 E. 1.1 S. 145).

1.3 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

1.4 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 50 ff. 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 Sachverhaltes 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 ge-

bunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist – mit Ausnahme von E. 3.1 und E. 3.2 unten – grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.

3.1 Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) aufgehoben (Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I Anhang 2 AuG). Da das der angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Verfahren vor Inkrafttreten des AuG eingeleitet wurde, ist gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG in materieller Hinsicht das bisherige Recht, d.h. das ANAG und die darauf abgestützten, per 1. Januar 2008 ebenfalls aufgehobenen Verordnungen (vgl. Art. 91 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]), anwendbar.

3.2 Gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG richtet sich das Verfahren mit dem Inkrafttreten des AuG nach neuem Recht. Als Teil des formellen Rechts umfasst das Verfahrensrecht diejenigen Bestimmungen, die das Zustandekommen und die Anfechtung von Verfügungen regeln (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 1611), wozu unter anderem auch Zuständigkeitsnormen zu zählen sind (vgl. Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 82). Dementsprechend bestimmt sich die zuständige Behörde zur Erteilung bzw. Verweigerung einer Bewilligung sowie zur Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen – auch für bereits hängige Verfahren – seit dem 1. Januar 2008 grundsätzlich nach neuem Recht. Die Anwendung von neuem Verfahrensrecht auf pendente Angelegenheiten gilt denn auch nicht als Rückwirkung im eigentlichen Sinn (vgl. BGE 113 Ia 412 E. 6 S. 425, Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 340). Diese neue Zuständigkeitsordnung entspricht im Übrigen derjenigen unter dem alten Recht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1872/2007 vom 20. September 2007 E. 3.1 sowie nachstehende Erwägung 3.3).

3.3 Gemäss Art. 99 AuG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen sowie

kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Dieses kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken. So bedarf es unter anderem der Zustimmung des BFM, wenn bestimmte Personen- und Gesuchskategorien zur Koordination der Praxis im Rahmen des Gesetzesvollzugs der Zustimmungspflicht unterstellt werden (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. a VZAE), oder jenes die Unterbreitung zur Zustimmung in einem Einzelfall verlangt (Art. 85 Abs. 1 Bst. b VZAE). Die kantonale Ausländerbehörde kann dem BFM zudem einen kantonalen Entscheid für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen zur Zustimmung unterbreiten (Art. 85 Abs. 3 VZAE). Dies gilt unter anderem für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einer Ausländerin oder eines Ausländers nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft mit einem schweizerischen Ehegatten oder nach dessen Tod, falls die Ausländerin bzw. der Ausländer nicht aus einem Mitgliedstaat der EFTA oder der EG stammt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1872/2007 vom 20. September 2007 E. 3.2).

3.4 Infolge des Todes seiner Schweizer Ehegattin bedurfte es ursprünglich demnach zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers der Zustimmung des BFM; seither verlangte es die Unterbreitung im Einzelfall. Dabei ist das BFM nicht an die kantonale Beurteilung gebunden, selbst wenn auf kantonaler Ebene ein Gericht auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erkannt hat (vgl. BGE 127 II 49 E. 3 S. 51 ff.; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-7331/2007 vom 9. Mai 2008 E. 3.1, C-4302/2007 vom 20. Dezember 2007 E. 3.1).

4.

4.1 Gemäss Art. 4 ANAG entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung. Es besteht damit grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, die ausländische Person oder ihre in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (vgl. BGE 135 II 1 E. 1.1 S. 4, 131 II 339 E. 1 S. 342 f.).

4.2 Aufgrund der am 22. Mai 2002 erfolgten Heirat mit einer Schweizer Bürgerin verfügte der Beschwerdeführer ursprünglich über einen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufent-

haltsbewilligung (vgl. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 ANAG). Mit dem Tod seiner Ehegattin vor Ablauf der fünfjährigen Frist gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG ist dieser Anspruch jedoch erloschen.

4.3 Während des kantonalen Beschwerdeverfahrens ging der Beschwerdeführer mit einer anderen Schweizer Bürgerin eine Beziehung ein, aus welcher ein gemeinsamer Sohn hervorging. Als mögliche Anspruchsnormen kommen daher Art. 8 Abs. 1 EMRK sowie der – soweit hier von Interesse – inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmende Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in Betracht, die beide ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gewährleisten. Diese Garantien können namentlich dann verletzt sein, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige in der Schweiz weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das gemeinsame Familienleben vereitelt wird. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK muss der sich hier aufhaltende Angehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht. Zudem muss diese Person zur Kernfamilie (Ehegatte oder im gleichen Haushalt lebende, minderjährige Kinder) gehören, und es muss eine enge, tatsächliche und intakte Beziehung zu ihr bestehen (BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145, 130 II 281 E. 3.1 S. 285, BGE 127 II 60 E. 1d/aa S. 64 f.).

4.4 Eine nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte ausländische Person kann die familiäre Beziehung zu ihrem Kind zum vornherein nur im beschränkten Rahmen des ihr eingeräumten Besuchsrechtes pflegen. Hierzu ist es nicht unabdingbar, dass sie dauernd im gleichen Land lebt wie das Kind und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Ein solches Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestalten sind. Ein weitergehender Anspruch kann bestehen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zu dem Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland der ausländischen Person praktisch nicht aufrecht er-

halten werden könnte und das bisherige Verhalten der ausländischen Person in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat. Wesentlich ist, ob gegen den Ausländer fremdenpolizeiliche Entfernungs- oder Fernhaltegründe sprechen, insbesondere ob und inwieweit er sich massgebliches strafrechtlich oder fremdenpolizeilich verpöntes Fehlverhalten hat zuschulden kommen lassen. Was das Erfordernis der besonderen gefühlsmässigen Intensität der Beziehung betrifft, ist dieses regelmässig als erfüllt zu erachten, wenn ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht eingeräumt ist und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wird (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 2C_171/2009 vom 3. August 2009 E. 2.2 mit Hinweisen).

4.5 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verletze Art. 8 EMRK, da er einen besonders engen Kontakt zu seinem Sohn habe, den er vom Ausland aus nicht aufrechterhalten könnte.

4.5.1 Der Sohn des Beschwerdeführers besitzt das Schweizer Bürgerrecht und hat darum ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz; die Beziehung wird im Rahmen der Gegebenheiten gelebt und ist insofern als intakt zu erachten. Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK ist insofern tangiert. Nachfolgend ist zu prüfen, ob aufgrund der bestehenden Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn, wie sie sich aus den Akten ergibt, von einem Anspruch auf Aufenthalt auszugehen ist.

4.5.2 Der Sohn des Beschwerdeführers ist mittlerweile bald fünf Jahre alt. Der Beschwerdeführer lebte vorerst einige Zeit mit seinem Sohn und dessen sorgeberechtigter Mutter in gemeinsamem Haushalt in Thun. Nach erfolgter Trennung – es liegen unterschiedliche Aussagen beider Eltern vor, was den genauen Zeitpunkt ihrer Trennung betrifft – zog die Mutter mit dem Kind zu ihren Eltern, die ebenfalls in Thun wohnen, um nach eigenen Angaben nicht vom Sozialdienst abhängig zu werden. Aus den Akten ergibt sich, dass während der Trennungsphase des Paares und darüber hinaus Konflikte zwischen beiden Elternteilen die Beziehung des Vaters zu seinem Sohn belasteten und das Besuchsrecht vom Vater offenbar nicht mehr in einem regelmässigen Rhythmus wahrgenommen werden konnte. Durch Vermittlung der Sozialdienste/Vormundschaftsbehörde der Stadt Thun konnte ein eskalierender Konflikt zwischen dem Beschwerdeführer und dem Gross-

vater seines Sohnes, der in einer Sachbeschädigung und einer gegen den Beschwerdeführer gerichteten Strafanzeige kulminierte, schliesslich mittels einer Mediationsvereinbarung gütlich gelöst werden; die Strafanzeige wurde daraufhin zurückgezogen. Insbesondere wurde durch die behördliche Mithilfe ermöglicht, den schwelenden Konflikt zwischen den beiden Eltern offen zu legen bzw. soweit möglich zu lösen sowie eine neue Besuchsregelung zu vereinbaren. Diese Neuregelung sah für die ersten Monate ein wöchentliches Besuchsrecht von sechs Stunden jeweils am Samstag- oder Sonntagnachmittag vor, mit Treffpunkt und Übergabe des Kindes an einem neutralen Ort (Restaurant). Seit einer behördlichen Überprüfung der vereinbarten Mediation sowie der Besuchsregelung im Mai 2008 verbringt der Beschwerdeführer einen weiteren Tag während der Woche regelmässig mit seinem Sohn.

4.5.3 Der Rechtsvertreter macht u.a. eine besonders enge Beziehung des Beschwerdeführers zu dessen Sohn geltend und hält in diesem Zusammenhang der Vorinstanz entgegen, dass das Besuchsrecht inzwischen reibungslos im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_171/2009 vom 3. August 2009 E. 2.2 mit Hinweisen) ausgeübt werde. Im Weiteren hält der Rechtsvertreter fest, eine wirtschaftliche Beziehung zum Sohn werde seinem Mandanten mit dem gegenwärtigen Aufenthaltsstatus schlichtweg verunmöglicht, denn mit der abgelaufenen Aufenthaltsbewilligung fände dieser weder eine Arbeitsstelle noch erhalte er Arbeitslosengeld, weshalb ihm auch nicht vorgeworfen werden dürfe, dass er seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber seinem Sohn nicht nachkomme.

4.5.4 Obschon objektiv Indizien für eine in affektiver Hinsicht enger werdende Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Kind in jüngerer Zeit ersichtlich sind, spricht eine Gesamtwürdigung aller Fakten gegen die geltend gemachte, besonders enge Beziehung zwischen Vater und Sohn. Einerseits ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer sich bis heute nicht in einem überdurchschnittlich hohen zeitlichen Umfang um seinen Sohn gekümmert hat. In diesem Licht muss auch das inzwischen zwei Mal wöchentlich wahrgenommene Besuchsrecht des Vaters beurteilt werden. Läge eine von Beginn an bzw. über eine längere Zeit hinweg grosszügig ausgestaltete Besuchsregelung vor, spräche dies für eine besonders enge Vater-Kind-Beziehung, was in casu jedoch nicht zutrifft. In diesem Zusammenhang ist auch auf die sprachlichen Defizite des Beschwerdeführers hinzuwei-

sen, welche die Kommunikation zwischen Vater und Sohn bzw. der Kindsmutter offenbar bis heute zusätzlich erschwert hat. Die mangelhaften Kenntnisse der deutschen Sprache sind erst kürzlich durch intensivere Bestrebungen vom Beschwerdeführer aktiv angegangen worden, obwohl dieser sich bereits seit über acht Jahren in der Deutschschweiz aufhält. Die Beurteilung der Vorinstanz, die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn sei in affektiver Hinsicht nicht so intensiv, dass daraus ein Anspruch auf Aufenthalt entstehen könne, ist deshalb nicht zu beanstanden. So ist es vorliegend zur Ausübung des behördlich festgelegten Besuchsrechtes nämlich keineswegs notwendig, dass der Beschwerdeführer sich dauernd in der Schweiz aufhält. Er kann den Kontakt mit seinem Sohn, allerdings unter erschwerten Bedingungen, auch vom Ausland her aufrechterhalten (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6582/2007 vom 23. Juli 2008 E. 4.5.3). In wirtschaftlicher Hinsicht bestehen ebenfalls keine engen Bindungen. Von August 2001 bis Juli 2003 war der Beschwerdeführer als Hilfskraft bei einer Reinigungsfirma angestellt, danach bezog er Arbeitslosengeld. Bereits im Beschwerdeentscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 1. Juni 2004 wurde festgehalten, der Beschwerdeführer habe sich bis zu jenem Zeitpunkt sozial und wirtschaftlich nicht besonders assimiliert. Seine in wirtschaftlicher Hinsicht mangelhafte Integration zeigt sich u.a. durch den längeren Bezug von Arbeitslosengeld, die offenen Betreibungen von über Fr. 27'000.- und die Verschuldung durch Aufnahme eines Kleinkredites von Fr. 25'000.- zuzüglich Kreditzinsen (Fr. 9'000.-). Von Juli bis Dezember 2005 bezog er zudem Fürsorgeleistungen der Stadt Thun im Gesamtbetrag von über Fr. 11'000.-. Nach einem mehrmonatigen Einsatz im Rahmen eines Beschäftigungsprogrammes der Stadt Thun wird der Beschwerdeführer seit Dezember 2007 wiederum von der Sozialhilfe unterstützt. Seit Mai 2007 wird der monatliche Unterhaltsbeitrag für seinen Sohn (Fr. 300.-) durch die Sozialdienste der Stadt Thun bevorschusst, wobei berücksichtigt wird, dass der Beschwerdeführer für einige Monate jeweils Fr. 150.- durch Direktzahlungen an die Kindsmutter zu leisten vermochte.

4.5.5 Insgesamt betrachtet, muss der Beschwerdeführer gegen sich gelten lassen, bis zum Zeitpunkt der Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht genügend Initiative für eine besonders echte Integration in wirtschaftlicher, sprachlicher sowie verhaltensmässiger Hinsicht an den Tag gelegt zu haben, als dass sich ein aus Art. 8 EMRK abzuleitender Anspruch auf Aufenthalt

rechtfertigen würde. Ein aktives Engagement für die Aufrechterhaltung und Pflege der Beziehung zu seinem Sohn war anfangs praktisch nicht ersichtlich; erst anlässlich der aktueller werdenden Aufenthaltsfrage bemühte sich der Beschwerdeführer schliesslich zunehmend um den Kontakt zu ihm. Dies führt somit zu folgendem Zwischenergebnis: Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV wird durch die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht verletzt.

5.

5.1 Der Entscheid über die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung liegt damit im pflichtgemässen Ermessen der Behörde. Der Begriff der "pflichtgemässen Ermessensausübung" impliziert die Beachtung rechtlicher Schranken bei der Ausfüllung der Ermessensspielräume. Vorliegend steht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Verweigerung der Zustimmung einerseits und den durch die Verweigerung beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits (vgl. statt vieler Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

5.2 Die Schweiz verfolgt zur Verwirklichung der in Art. 1 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791) formulierten Ziele eine restriktive Einwanderungspolitik gegenüber erwerbstätigen ausländischen Personen aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum (nachfolgend: Drittstaatsangehörige). Diese Politik findet ihren Ausdruck insbesondere in den strengen regulatorischen Zulassungsbeschränkungen der Begrenzungsverordnung, denen erwerbstätige Drittstaatsangehörige namentlich in Gestalt hoher Anforderungen an die berufliche Qualifikation (Art. 8 BVO) und der Höchstzahlen (Art. 12 BVO) unterworfen sind. Das erhebliche Gewicht des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der restriktiven Einwanderungspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen zeigt sich daran, dass humanitäre Gründe in diesem rechtlichen Zusammenhang erst Bedeutung erlangen, wenn die Betroffenheit des Einzelnen die Grenze zum schwerwiegenden persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 13 Bst. f BVO überschreitet. Nach der Auflösung der Ehe, die sie von restriktiven qualitativen und quantitativen Zulassungsvoraussetzungen der

Begrenzungsverordnung ausnehmen, muss die ausländische Person dieses öffentliche Interesse grundsätzlich wieder gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nach Massgabe von Art. 12 Abs. 2 BVO den Höchstzahlen der Begrenzungsverordnung nach wie vor nicht untersteht. Es ist deshalb ein vergleichsweise strenger Massstab angebracht, wenn es zu beurteilen gilt, ob nach Wegfall des Privilegierungsgrundes private Interessen bestehen, denen gegenüber das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik zurückzustehen hat. Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung dient die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe deshalb in erster Linie der Vermeidung von Härtefällen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-4597/2007 vom 21. April 2009 E. 6.2, C-6317/2007 vom 17. April 2009 E. 7.1).

5.3 Bei der Prüfung der Frage, ob die auf dem Spiele stehenden privaten Interessen eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung rechtfertigen, ist zu prüfen, inwieweit es der ausländischen Person in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zugemutet werden kann, den Aufenthalt in der Schweiz aufzugeben, in ihre Heimat zurückzukehren und dort zu leben. Zu diesem Zweck ist ihre zukünftige Situation im Ausland den persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüberzustellen. Darüber ist nach Massgabe der gesamten Umstände des Einzelfalles zu befinden. Dazu gehören unter anderem die Dauer der Anwesenheit, der Grad der sozialen und wirtschaftlichen Integration in die hiesigen Verhältnisse, das Alter und der gesundheitliche Zustand, soweit Kinder vorhanden sind, deren Alter und schulische Integration, aber auch die Unterkunft und die Reintegrationsmöglichkeiten in der Heimat, ferner auch ehespezifische Elemente, wie die Dauer der Ehe und die Umstände, die zu deren Auflösung geführt haben (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-567/2006 vom 22. Juli 2008 E. 7.2, C-533/2006 vom 19. Mai 2008 E. 6.2., C-571/2006 vom 7. November 2007 E. 4.3).

5.3.1 Die Vorinstanz stützt ihre Zustimmungsverweigerung im Wesentlichen auf die fehlende soziale und berufliche Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz.

5.3.2 Der bald 32-jährige Beschwerdeführer lebt seit über acht Jahren in der Schweiz. Er hat sich jedoch weder beruflich noch sozial derart integriert, wie es nach einer solchen Aufenthaltsdauer zu erwarten wäre. Aus den Akten sind denn auch keinerlei Hinweise zu finden,

welche die Integrationsbemühungen des Beschwerdeführers als so aussergewöhnlich erscheinen liessen, dass der bisherigen Anwesenheit im Vergleich zum Voraufenthalt in Bangladesh eine besondere Bedeutung zukommen würde. Der Beschwerdeführer ist in seinem Heimatland geboren und aufgewachsen sowie erst im Alter von 23 Jahren in die Schweiz gekommen. Die Sprache seiner Heimat ist seine Muttersprache. Auch nach einigen Jahren Aufenthalt in der Schweiz weist er nur mangelhafte Kenntnisse der deutschen Sprache auf, was ihm – wie an anderer Stelle bereits erwähnt – nicht nur die Pflege seiner Beziehung zu seinem Sohn sondern auch seine berufliche Integration bis heute erschwert hat. In wirtschaftlicher Hinsicht war der Beschwerdeführer in den Jahren seines Aufenthaltes in der Schweiz nicht in der Lage, sich eine finanzielle Lebensgrundlage aufzubauen; er konnte im Gegenteil für seinen Lebensunterhalt grösstenteils nicht selbständig aufkommen und ist wiederholt von staatlicher Unterstützungshilfe abhängig gewesen. Weitergehende persönliche Beziehungen zur Schweiz liegen nicht vor. Der Beschwerdeführer hat – neben seinem Sohn – keine weiteren Angehörigen in der Schweiz und unterhält nach eigenen Angaben auch keinen Kontakt zu nahen Familienangehörigen seiner verstorbenen Ehefrau. Er macht zwar geltend, inzwischen einen Freundes- und Bekanntenkreis aufgebaut zu haben; seine diesbezüglichen Anstrengungen werden von ihm jedoch nicht belegt. Die Rückkehr des Beschwerdeführers in sein Heimatland, wo laut Akten des Asylverfahrens dessen Eltern, jüngere Schwester sowie Onkel und Tante leben, ist angesichts der Anwesenheitsdauer von acht Jahren, des Alters von 23 Jahren bei seiner Einreise in die Schweiz sowie der in jeder Hinsicht geringen Integration in die hiesigen Verhältnisse nicht mit einer besonderen Härte verbunden, hat er doch den grössten Teil seines Lebens und insbesondere die prägenden Kindheits- und Jugendjahre in Bangladesh verbracht.

5.3.3 Die Ehe des Beschwerdeführers mit einer 20 Jahre älteren Schweizer Bürgerin dauerte lediglich knapp sechs Monate, wobei der Beschwerdeführer erst zwei Monate nach der Heirat zu seiner Ehegattin zog. Die Ehegattin verstarb bereits vier Monate später an einem Krebsleiden, worüber den Akten aber nichts Genaueres zu entnehmen ist. Auch aus retrospektiver Sicht wecken die Umstände der Eheschliessung gewisse Zweifel, die der Beschwerdeführer, darauf angesprochen, im Verlaufe des kantonalen Beschwerdeverfahrens nie wirklich entkräften konnte, da er sich, wenn überhaupt, dann nur ausweichend zu äussern bereit zeigte. Insofern ist der von der Vorinstanz implizierte

Verdacht nachvollziehbar, das Verhalten des Beschwerdeführers entspreche einem offensichtlich bekannten Muster, das auf die Erschleichung der Aufenthaltsbewilligung hindeute, nämlich der Rückzug des Asylgesuchs infolge Erwirkens einer Aufenthaltsbewilligung durch Heirat mit einer 20 Jahre älteren Schweizer Bürgerin und nach Wegfall des Aufenthaltsgrundes die Anerkennung eines Schweizer Kindes während hängigem kantonalen Beschwerdeverfahren.

5.3.4 Im Weiteren ist das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers in die Interessenabwägung einzubeziehen. Der Beschwerdeführer verhielt sich nicht gänzlich klaglos. So geht aus den kantonalen Akten hervor, dass die Stadtpolizei Bern gegen den Beschwerdeführer am 27. Dezember 2004 Strafanzeige wegen geringfügigen Diebstahls an das Untersuchungsrichteramt einreichte. Ob letztlich eine strafrechtliche Verurteilung erfolgte, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Im Besonderen ist aber auf die bereits früher erwähnte Sachbeschädigung hinzuweisen, wegen welcher der Beschwerdeführer vom Grossvater seines Sohnes am 25. Oktober 2007 angezeigt wurde. Anlässlich einer Mediationsvereinbarung wurde diese Strafanzeige zwar zurückgezogen, es ist jedoch insofern der Argumentation der Vorinstanz zu folgen, als dass solche Vorkommnisse gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Beurteilung des klaglosen Verhaltens von Bedeutung sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.240/2006 vom 20. Juli 2006 E. 3.4).

5.4 Aus diesen Erwägungen folgt, dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz nicht so gross sind, als dass durch die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung eine besondere Härte entstünde. Die privaten Interessen des Beschwerdeführers haben deshalb hinter den öffentlichen Interessen der Schweiz an der Durchsetzung einer restriktiven Ausländerpolitik zurückzustehen. Die Verfügung der Vorinstanz ist insofern nicht zu beanstanden.

6.

6.1 Wie bereits erwähnt, richtet sich das Verfahren mit dem Inkrafttreten des AuG nach dem neuem Recht (vgl. oben E. 3). Als Teil des formellen Rechts umfasst das Verfahrensrecht u.a. auch die Zuständigkeitsnormen. Aus der Rechtmässigkeit der Zustimmungsverweigerung folgt demnach ohne Weiteres die Wegweisung aus der Schweiz als deren gesetzliche Konsequenz (vgl. Art. 66 Abs. 1 AuG). Vorliegend wur-

de das Beschwerdeverfahren gegen die verweigerte Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung unter Geltung des ANAG eröffnet, die Wegweisung hingegen wurde unter der Geltung des neuen Rechts (AuG) verfügt. Die Vorinstanz prüfte und verfügte die Wegweisung des Beschwerdeführers irrtümlicherweise gemäss ANAG; dies zieht im Falle des vorliegenden Verfahrens in materieller Hinsicht jedoch keinerlei Folgen nach sich (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3377/2008 vom 3. März 2009 E. 4.2).

6.2 Es ist zu prüfen, ob Hinderungsgründe für den Vollzug der Wegweisung anzunehmen sind (Art. 83 Abs. 2–4 AuG), so dass das zuständige Bundesamt gestützt auf Art. 83 Abs. 1 AuG die vorläufige Aufnahme hätte verfügen müssen. Der Beschwerdeführer nimmt während des gesamten Beschwerdeverfahrens nirgends Bezug auf das im Rahmen seiner erstmaligen Einreise in die Schweiz gestellte Asylgesuch, welches er später zurückzog, da ihm infolge Heirat einer Schweizer Bürgerin eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Weder aus den Akten noch aus den Vorbringen in der Beschwerdeschrift ergeben sich Anhaltspunkte, die gegen die Zulässigkeit und Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in die Heimat des Beschwerdeführers sprächen: Dem Vollzug seiner Wegweisung stehen weder völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegen noch wird eine konkrete Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG behauptet. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die politischen Machtverhältnisse in Bangladesh hinzuweisen, die sich im Vergleich zum Jahr 2001, als der Beschwerdeführer um Asyl ersuchte, grundlegend verändert haben. Die von ihm damals im Asylverfahren geltend gemachte persönliche politische Verfolgung besteht heute nicht mehr. Der Beschwerdeführer ist auch anderweitig weder gesundheitlich gefährdet noch sonst von einer Krankheit betroffen, deren medizinische Behandlung im Heimatland nicht gewährleistet wäre. Die in sozialer als auch wirtschaftlicher Hinsicht schlechteren Zukunftsperspektiven in der Heimat sind, was die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs betrifft, jedenfalls unbeachtlich. Der Wegweisungsvollzug ist zweifellos auch möglich, ergibt sich doch aus den Akten, dass der Beschwerdeführer im Besitze eines gültigen Reisepasses ist (ausgestellt am 28. Mai 2002 vom Konsulat in Genf), der mittlerweile ein zweites Mal mit Gültigkeit bis ins Jahr 2012 verlängert worden ist (vgl. Verfallsanzeige [Ausweis B] vom 3. August 2007 der Stadt Thun).

7.
Die angefochtene Verfügung ist somit als rechtmässig zu bestätigen (Art. 49 VwVG) und die Beschwerde demzufolge abzuweisen.

8.
8.1 Da dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. August 2008 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, ist er von der Bezahlung der Verfahrenskosten zu befreien (Art. 65 Abs. 1 VwVG).

8.2 Das Honorar des amtlichen Rechtsbeistandes wird auf Fr. 1'300.- (inkl. MWST) festgesetzt (Art. 65 Abs. 2 und 3 VwVG i.V.m. Art. 9, Art. 10, Art. 12 und Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Beschwerdeführer ist verpflichtet, diesen Betrag zurückzuzahlen, sofern er später zu hinreichenden Mitteln gelangt (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers wird von der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 1'300.- ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ZEMIS [...], Akten retour)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern in Kopie (Akten retour)
- die Einwohnerdienste der Stadt Thun in Kopie (Akten retour)
- die Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (EMF) der Stadt Bern in Kopie (Akten retour)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Jürg Tiefenthal

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: