

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung IV
D-7827/2006
D-7828/2006/wif
{T 0/2}

Urteil vom 2. Februar 2009

Besetzung

Richter Bendicht Tellenbach (Vorsitz),
Richter Daniel Schmid, Richter Gérard Scherrer;
Gerichtsschreiber Daniel Merkli.

Parteien

A._____dessen Ehefrau B._____und deren Sohn
C._____Sri Lanka,
vertreten durch lic. iur. Willy Blättler, (...)
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Aufhebung vorläufige Aufnahme; Vollzug der Wegwei-
sung; Verfügungen des BFM vom 24. August 2004 /
N_____ und 30. August 2004 / N_____

Sachverhalt:

I.

A.

Der Beschwerdeführer, ein srilankischer Staatsangehöriger tamilischer Ethnie aus D.____, suchte am 21. Juni 1988 in der Schweiz um Asyl nach mit der wesentlichen Begründung, am 19. April 1988 unter dem Vorwurf, die LTTE zu unterstützen, für fünf Tage inhaftiert worden zu sein und auf Anraten seines Vaters Sri Lanka verlassen zu haben.

B.

Mit Verfügung vom 23. September 1988 lehnte der damalige Delegierte für das Flüchtlingswesen (DFW) das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab und ordnete dessen Wegweisung an. Eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde wurde vom Beschwerdedienst des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) mit Entscheid vom 29. Mai 1989 abgewiesen, womit die Verfügung vom 23. September 1988 in Rechtskraft erwuchs.

C.

Mit Verfügung vom 7. August 2000 ordnete das damals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) gestützt auf den Bundesratsbeschluss vom 1. März 2000 betreffend "Humanitäre Aktion 2000" (HUMAK 2000) die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers an.

D.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2003 an den Beschwerdeführer wies das BFF darauf hin, aufgrund der festgestellten Delinquenz erwäge das Bundesamt die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme.

So sei der Beschwerdeführer am 7. Juni 2000 vom E.____ und am 6. Juni 2001 vom F.____, jeweils wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand, zu zwei Monaten Gefängnis bedingt beziehungsweise zu zehn Tagen Gefängnis bedingt und einer Geldbusse verurteilt worden. Im Weiteren habe das E.____ mit Urteil vom 25. Juli 2003 den Beschwerdeführer wegen Freiheitsberaubung, Drohung, Tätlichkeit und Vergehen gegen das Waffengesetz zu sechs Wochen bedingt und einer Geldbusse von Fr. 600.– verurteilt. Im Weiteren sei im Jahre 1992 ein Gerichtsurteil wegen Fälschung von Ausweisen ergangen. Auch seien im Jahre 1998 wegen Sachbeschädigung in Luzern und 1999 in

Bern wegen Freiheitsberaubung, Entführung, Körperverletzung und Nötigung gegen den Beschwerdeführer Ermittlungsverfahren eingeleitet worden, welche mangels Beweisen in der Folge eingestellt worden seien. Schliesslich seien gemäss Betreibungsregisterauszug vom 12. Dezember 2002 innerhalb der letzten zwei Jahre sieben Betreibungen über Fr. 4'913.– eingeleitet worden. Im Weiteren sei festzuhalten, dass die kantonalen Behörden im Rahmen der Prüfung einer schwerwiegenden persönlichen Notlage die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme beantragt hätten.

Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 22. Dezember 2003 gegeben.

E.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2004 nahm der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Stellung zur vom Bundesamt beabsichtigten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme.

Er wies unter anderem darauf hin, es sei vor dem Hintergrund der nach Art. 6 EMRK geltenden Unschuldsvermutung unhaltbar, die Einleitung eines Strafverfahrens als Indiz für den schlechten Leumund einer Person anzuführen, wenn dann keine Verurteilung erfolge. Ebenso irrelevant seien auch die Gründe, die zur Einstellung des Strafverfahrens geführt hätten; im Weiteren sei zwar im Jahre 1992, wie vom BFF behauptet, ein Gerichtsurteil wegen Fälschung von Ausweisen ergangen, indessen sei von einer Bestrafung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 20 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) Umgang genommen worden, weshalb auch dieses Urteil nicht für eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme herangezogen werden könne. Was die tatsächlich ergangenen Verurteilungen des Beschwerdeführers betreffe, gelte es zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer bei der Ausübung dieser Delikte jeweils stark alkoholisiert gewesen sei und in der Zwischenzeit den Konsum von alkoholischen Getränken aufgegeben habe. Auch habe der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit die im Betreibungsverfahren geltend gemachten Zahlungsforderungen vollständig beglichen. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer seit dem 21. Juni 1988 in der Schweiz aufhalte und während seines über fünfzehneinhalb Jahre dauernden Aufenthaltes lediglich während eines halben Jahres wegen einer Berufskrankheit arbeitslos gewesen sei und Sozialhilfe in Anspruch genommen habe.

F.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2004 reichte der Rechtsvertreter eine Stellungnahme des aktuellen Arbeitgebers vom 18. Februar 2004 ein, worin unter anderem festgehalten wird, der Beschwerdeführer sei in ungekündigtem Arbeitsverhältnis und habe einen unbefristeten Arbeitsvertrag, sei bestens integriert und führe die ihm übertragenen Arbeiten als Hilfskoch sehr pflichtbewusst aus.

G.

Mit Verfügung vom 24. August 2004 hob das BFF die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers auf und ordnete den Vollzug der Wegweisung an. Es wies unter anderem darauf hin, der Beschwerdeführer sei mit Urteil des E._____ vom 7. Juni 2004 erneut wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand, begangen am 5. Mai 2004, zu zehn Tagen Gefängnis bedingt und einer Geldstrafe verurteilt worden.

H.

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 27. September 2004 an die damals zuständige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) erhob der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung Beschwerde. Er beantragte, die genannte Verfügung sei aufzuheben und die im Rahmen der „Humanitären Aktion 2000“ angeordnete vorläufige Aufnahme sei aufrechtzuerhalten. In der Beschwerdeschrift wurde unter anderem geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe in der Zwischenzeit eine Suchttherapie aufgenommen. Im Weiteren seien nach am 17. Juli 2004 erfolgter Einreise seiner Ehefrau in die Schweiz die Aussichten auf einen steteren Lebenswandel des Beschwerdeführers gestiegen.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 26. November 2004 verzichtete der damals zuständige Instruktionsrichter angesichts des bestehenden Sicherheitskontos auf das Erheben eines Kostenvorschusses.

II.

J.

Die Beschwerdeführerin, eine srilankische Staatsangehörige tamilischer Ethnie, suchte am 30. Juli 2004 in der Schweiz um Asyl nach mit der wesentlichen Begründung, sie habe nach der Heirat mit dem Beschwerdeführer Schwierigkeiten mit der LTTE gehabt.

K.

Mit Verfügung vom 30. August 2004 wies das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) das Asylgesuch der Beschwerdeführerin ab und ordnete die Wegweisung und deren Vollzug an.

L.

Mit Eingabe vom 30. September 2004 an die damals zuständige ARK reichte der Rechtsvertreter eine auf den Wegweisungsvollzug beschränkte Beschwerde ein. Er beantragte, der Beschwerdeführerin sei der gleiche Status wie dem Beschwerdeführer, ihrem Ehemann, einzuräumen, und das vorliegende Beschwerdeverfahren sei bis zum Abschluss des hängigen Beschwerdeverfahrens hinsichtlich der angeordneten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers zu sistieren.

M.

Mit Zwischenverfügung vom 26. November 2004 stellte der damals zuständige Instruktionsrichter die koordinierte Behandlung der Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers in Aussicht und erhob einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.– welcher in der Folge fristgerecht einging.

III.

N.

In ihrer Vernehmlassung vom 17. Dezember 2004 wies die Vorinstanz unter anderem darauf hin, der Beschwerdeführer könne die beabsichtigte Therapie seiner Alkoholprobleme auch in seinem Heimatstaat durchführen, und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

O.

In seiner Replik vom 10. Januar 2005 nahm der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Stellung zu den vorinstanzlichen Argumenten und reichte nachfolgend mit Eingabe vom 24. Januar 2005 ein Bestätigungsschreiben des G._____ vom 17. Januar 2005 ein, wonach der Beschwerdeführer zum Einen zur Wiedererlangung des am 16. Dezember 2004 entzogenen Führerscheins die vom G._____ angebotenen FiaZ-Kurse, verteilt über einen Zeitraum von zirka zwei Jahre, absolvieren und auf eigenen Wunsch begleitend eine Suchtberatung mit regelmässigen Gesprächen besuchen werde.

P.

Mit Eingabe vom 27. Juli 2007 reichte der Rechtsvertreter weitere Dokumente (Bericht des G._____ vom 23. Juli 2007, ärztliches Zeugnis der behandelnden Ärztin vom 23. Juli 2007, Arbeitszeugnis des Arbeitgebers vom 20. Juli 2007 und Strafverfügung des E._____ vom 10. Januar 2007) ein. Er hielt fest, seit der Einreise der Ehefrau habe sich die soziale Situation des Beschwerdeführers stabilisiert. Die Strafverfügung vom 10. Januar 2007 (Führen eines Personenwagens in nicht betriebssicherem und nicht vorschriftsgemäsem Zustand [stark vereiste Scheiben]) habe keinen Zusammenhang mit den vorhergehenden Verurteilungen des Beschwerdeführers (Fahren in angetrunkenem Zustand).

Q.

Mit Zwischenverfügung des damals zuständigen Instruktionsrichters vom 21. August 2007 wurde insbesondere aufgrund der neu eingereichten Beweismittel ein erneuter Schriftenwechsel angeordnet.

R.

Die Vorinstanz hielt mit Vernehmlassung vom 11. September 2007 unter anderem fest, der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die Strafverfügung vom 10. Januar 2007 wegen Fahrens mit stark vereisten Scheiben in keinen Zusammenhang mit den vorhergehenden Verurteilungen wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand stehe, spreche keinesfalls zu seinen Gunsten. Zum Einen habe der Beschwerdeführer durch sein Handeln Drittpersonen gefährdet, zum Anderen habe er den Führerausweis nur unter Auflagen zurückerhalten und sich folglich bewusst sein müssen, dass jegliches Fehlverhalten als Fahrzeuglenker zum erneuten Entzug des Führerausweises führen könnte. Im Weiteren sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer zur Wiedererlangung seines Führerscheins den Nachweis der totalen Alkoholsabstinz habe erbringen müssen und noch bis Mai 2008 regelmässigen klinischen Kontrollen unterstehe, weshalb es selbstverständlich erscheine, dass er motiviert sei, die Auflagen des Strassenverkehrsamtes einzuhalten. Von einer totalen Abstinz könne jedoch gegenwärtig nicht die Rede sein, da der Beschwerdeführer gemäss Akten im Zeitraum von Januar 2005 bis Januar 2006 in acht von zwölf Fällen positiv auf Alkoholkonsum getestet worden sei. Im Zeitraum von Mai 2006 bis Mai 2007 sei ein Test positiv ausgefallen. Schliesslich gehe aus den Akten hervor, dass das genannte Arbeitsverhältnis vom Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. November 2005 auf den

31. Januar 2006 gekündigt worden sei und der Arbeitgeber seit Auflösung des Arbeitsverhältnisses, obwohl dazu verpflichtet, keine Beiträge auf das Sicherheitskonto des Arbeitnehmers einbezahlt habe. Der Beschwerdeführer sei über die bestehende Sicherheitsleistung informiert gewesen, habe indessen nach Auskunft seines Arbeitgebers diesem erklärt, er müsse die Sicherheitsleistungen nicht mehr bezahlen, da sein Konto gedeckt sei.

S.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Juni 2008 wurde dem Beschwerdeführer antragsgemäss ergänzende Akteneinsicht gewährt.

T.

In seiner Replik vom 23. Juni 2008 nahm der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Stellung zu den vorinstanzlichen Argumenten. Er wies darauf hin, dass der Beschwerdeführer auch nach der Strafverfügung vom 10. Januar 2007 wegen Fahrens mit stark vereisten Scheiben seinen Führerschein habe behalten dürfen, obwohl ihm dieser seinerzeit nur unter Auflagen zurückgegeben worden sei, was den Schluss nahelege, dass das zuständige Strassenverkehrsamt das Verhalten des Beschwerdeführers nicht als gravierend betrachtet habe. Im Weiteren habe die behandelnde Ärztin in ihrem Bericht vom 23. Juli 2007 einen insgesamt positiven Verlauf konstatiert und festgehalten, der Beschwerdeführer zeige zunehmend Einsicht in sein Alkoholproblem, sei auf dem Niveau einer anhaltenden Abstinenz angelangt und die positiven sozialen Veränderungen liessen die Prognose günstig erscheinen. Im Weiteren sei die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 28. November 2005 nie rechtswirksam geworden und das Arbeitsverhältnis bestehe, wie im Schreiben des Arbeitgebers festgehalten, nunmehr seit dem 20. Januar 2001. Schliesslich sei festzuhalten, dass die Pflicht zur Einzahlung auf das Sicherheitskonto vorderhand dem Arbeitgeber obliege und der Beschwerdeführer aufgrund der missverständlichen Ausführungen des Bundesamtes seinem Arbeitgeber irrtümlicherweise geraten habe, keine weiteren Zahlungen mehr auf das Sicherheitskonto zu leisten.

U.

Mit Eingabe vom 18. November 2008 reichte der Rechtsvertreter eine Kostennote ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration (BFM) gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichtes. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der bei der ARK hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 Soweit sich die Verfügung des Bundesamtes vom 24. August 2004 mittelbar auch auf Anordnungen des damaligen BFF im Zusammenhang mit der sogenannten „Humanitären Aktion 2000“ bezieht, ist auf die Rechtsprechung der ARK hinzuweisen, die ihre diesbezügliche Zuständigkeit in einem Grundsatzurteil (Entscheide und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 1 E. 1b) begründet hat. Diese Praxis ist auch in Bezug auf die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Falles nach wie vor gültig.

1.4 Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

1.5 Die Beschwerden sind form- und fristgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtenen Verfügungen berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Die Beschwerdeführenden sind daher zur

Einreichung der Beschwerden legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

1.6 Die koordiniert behandelten Beschwerdeverfahren (...) werden vereinigt. Zudem wird auch der Sohn der Beschwerdeführenden in das Beschwerdeverfahren der Eltern einbezogen.

2.

2.1 Gegen den Beschwerdeführer besteht aufgrund der Verfügung des BFF vom 23. September 1988 bis heute eine rechtskräftige Anordnung zu dessen Wegweisung aus der Schweiz (Art. 44 Abs. 1 AsylG). Der Vollzug der Wegweisung wurde indessen im Lauf der Zeit gestützt auf unterschiedliche Tatbestände zugunsten einer vorläufigen Aufnahme vorübergehend mit Verfügung des BFF vom 7. August 2000 in Anwendung des Bundesratsbeschlusses vom 1. März 2000 betreffend die "Humanitäre Aktion 2000" ausgesetzt. Gegen die Aufhebung dieser letztgenannten vorläufigen Aufnahme durch Verfügung des Bundesamtes vom 24. August 2004 richtet sich die Beschwerde des Beschwerdeführers.

Die gesetzliche Grundlage der „Humanitären Aktion 2000“ ist weder in Art. 44 Abs. Abs. 2 AsylG noch im ehemaligen Art. 44 Abs. 3 aAsylG, sondern in Art. 56 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 AsylG zu erkennen (vgl. Grundsatzentscheid EMARK 2002 Nr. 1 E. 1d, unter Hinweis auf EMARK 2001 Nr. 20).

Daraus ergibt sich, dass der vorläufigen Aufnahme im Rahmen der Humanitären Aktion 2000 – die gewissermassen eine Kategorie sui generis bildet – auch keine ausdrücklichen gesetzlichen Aufhebungsgründe zugeordnet sind beziehungsweise (soweit hier auf das ehemalige des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) Bezug zu nehmen ist) waren. Gleichzeitig ist aber auszuschliessen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine gestützt auf die besondere Bundesratskompetenz gemäss Art. 56 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 AsylG angeordnete vorläufige Aufnahme unauflösbar ist, würde dies doch eine in keiner Art und Weise zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Kategorien implizieren. Demnach erscheint klar, dass von einer analogen Anwendbarkeit der gesetzlich vorgegebenen Aufhebungs-

gründe (früher des ANAG, heute des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]) auszugehen ist.

2.2

Die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene übergangsrechtliche Bestimmung von Art. 126a Abs. 4 AuG sieht vor, dass für Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung des AsylG vom 16. Dezember 2005 sowie des AuG vorläufig aufgenommen waren, das neue Recht gilt. Diese spezielle Regel geht der allgemeinen Regel von Art. 126 Abs. 1 AuG (s. dazu BVGE 2008/1) vor. Für die Frage der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme ist im vorliegenden Fall somit Art. 84 Abs. 1 – 3 AuG anwendbar.

3.

3.1 Im angefochtenen Entscheid hat das Bundesamt wegen der Straffälligkeit des Beschwerdeführers die vorläufige Aufnahme aufgehoben. Daher kommen vorliegend Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG i.V.m. Art. 84 Abs. 3 AuG zur Anwendung, wonach die vorläufige Aufnahme nicht verfügt wird, wenn die weg- oder ausgewiesene Person (Bst. b) zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme nach Art. 61 oder 64 swa StGB angeordnet wurde oder (Bst. c) erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese respektive die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Diese Bestimmung stimmt inhaltlich überein mit den Bstn. b und c von Art. 62 AuG, welche Bestimmung die allgemeinen Voraussetzungen des Widerrufs von Bewilligungen oder anderen Verfügungen nach jenem Gesetz regelt.

Aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen ergibt sich zunächst, dass nicht jeder Verstoss gegen die gesetzliche Ordnung zu einem Widerruf bzw. zu einer Aufhebung der vorläufigen Aufnahme genügt, sondern dass dieser von einer gewissen Schwere sein muss.

Im Weiteren ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Dieses Prinzip (das einen allgemeinen Grundsatz staatlichen Handelns bildet, s. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) wird für den vorliegend relevanten Rechtsbereich durch Art. 96 Abs. 1 AuG spezifisch festge-

schrieben, wonach die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen haben.

In diesem Sinne sind bereits die früheren Bestimmungen von Art. 10 Bst. a und sowie von Art. 14a Abs. 6 aANAG, welche durch die soeben genannten neuen Bestimmungen des AuG abgelöst wurden, durch die massgebliche Rechtsprechung ausgelegt worden.

So hat die Praxis der Asylrekurskommission (ARK) bei der Anwendung von Art. 14a Abs. 6 aANAG eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers auf Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung vorausgesetzt und dabei die Interessen des Staates am Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegender Verletzung eingeschränkt (vgl. EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271, EMARK 2003 Nr. 3 E. 3a S. 26, EMARK 1995 Nr. 10 und 11). Die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 aANAG sei mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden (EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271, EMARK 2003 Nr. 3 E. 3a S. 27 und 1997 Nr. 24).

Die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe beispielsweise lässt in der Regel noch nicht auf eine schwerwiegende Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit schliessen; jedoch kann deren Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, zum gegenteiligen Schluss führen. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafrahmen in Bezug zur verhängten Strafe zu setzen (vgl. EMARK 1995 Nr. 11). Auch die wiederholte Deliktsbegehung kann trotz bedingt ausgesprochener Freiheitsstrafe Anhaltspunkte für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geben, stellt eine solche doch die vermutete günstige Prognose erheblich in Frage. Im Weiteren kann auch das Vorleben des Beschwerdeführers bei der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden (vgl. EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271).

Auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Ausweisung nach dem vormaligen Art. 10 Bst b aANAG wurde für die Anwendung dieser Bestimmung eine Interessenabwägung vorausgesetzt, d.h. die Massnahme muss nach den gesamten Umständen angemessen, d.h. verhältnismässig sein. Dabei sind namentlich die

Schwere des Verschuldens des Betroffenen, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (BGE 134 II 1, E. 2.2, m.w.H.).

Daraus ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Art der verletzten Rechtsgüter und die Schwere des Verschuldens. Steht nicht der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme, sondern die Aufhebung derselben zur Diskussion, wird auf Seiten des Ausländers im Rahmen der Interessenabwägung namentlich der Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie den mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls verbundenen persönlichen und familiären Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen sein (vgl. EMARK 2006 Nr. 11 E. 7.2.3 S. 126 ff.).

3.2 Wie in der Beschwerdeschrift zutreffend ausgeführt wird, sind die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung erwähnten Ermittlungsverfahren gegen den Beschwerdeführer (im Jahre 1998 in Luzern wegen Sachbeschädigung und 1999 in Bern wegen Freiheitsberaubung, Entführung, Körperverletzung und Nötigung) mangels Beweisen in der Folge eingestellt worden und daher vor dem Hintergrund der nach Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) geltenden Unschuldsvermutung nicht beachtlich. Sie stellen daher keine Gründe dar, welche zur Aufhebung der vorläufigen Aufnahme führen könnten. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass zwar, wie vom Bundesamt geltend gemacht, im Jahre 1992 ein Gerichtsurteil wegen Fälschung eines Ausweises erging, indessen von einer Bestrafung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 20 StGB Umgang genommen wurde.

3.3 Den Akten ist im Weiteren zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer am 21./22. April 2003 nachweislich an einer Entführung und Misshandlung eines Landsmannes beteiligte, wobei er mit seiner eigenen Pistole in den Himmel schoss. Das E._____ verurteilte den Beschwerdeführer deswegen am 25. Juli 2003 wegen Freiheitsberaubung, Drohung, Tätlichkeit und Vergehen gegen das Waffengesetz zu einer Gefängnisstrafe von sechs Wochen bedingt und einer Geldbusse von Fr. 600.–. Im Weiteren ergingen am 7. Juni 2000, 6. Juni 2001 und 28. Mai 2004 Verurteilungen des Beschwerdeführers wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand, wobei jeweils bedingte Gefängnis-

strafen ausgesprochen wurden. Schliesslich wurde der Beschwerdeführer am 10. Januar 2007 wegen Fahrens mit stark vereisten Scheiben zu einer Geldbusse von Fr. 400.– verurteilt.

3.4 Aus den obenstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer unbestrittenermassen gegen Strafbestimmungen und dabei insbesondere gegen das Strassenverkehrsgesetz verstossen hat.

Die Tatsache, dass ausnahmslos bedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen wurden, bedeutet grundsätzlich, dass dem Verurteilten eine günstige Resozialisierungsprognose eingeräumt wurde, was in der Regel auf eine geringe Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung schliessen lässt. Indessen wird durch die wiederholte Deliktsbegehung die vermutete günstige Prognose in Frage gestellt. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass insbesondere das wiederholt aufgetretene Fehlverhalten, in angetrunkenem Zustand zu fahren, eine Gefährdung von Drittpersonen bedeutet.

Es ist offensichtlich, dass die Ursache dieses Fehlverhaltens im übermässigen Alkoholkonsum des Beschwerdeführers begründet ist. Aus den Akten ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit zur Behandlung seines Alkoholproblems in Therapie begeben hat; im auf Beschwerdeebene eingereichten Schreiben des G.____ vom 17. Januar 2005 wird bestätigt, dass der Beschwerdeführer zum Einen zur Wiedererlangung des am 16. Dezember 2004 entzogenen Führerscheins die vom G.____ angebotenen FiaZ-Kurse, verteilt über einen Zeitraum von zirka zwei Jahre, absolvieren und zum Anderen auf eigenen Wunsch begleitend eine Suchtberatung mit regelmässigen Gesprächen besuchen werde; im nachfolgenden Bericht der G.____ vom 23. Juli 2007 wird unter anderem festgehalten, der Beschwerdeführer habe im Mai 2006 nach dem Nachweis einer vorgängigen einjährigen Totalabstinenz den Führerschein wieder erhalten. Im Weiteren habe sich nach der Einreise der Ehefrau des Beschwerdeführers und der Geburt des gemeinsamen Sohnes dessen soziale Situation zusehends stabilisiert. In ihrem detaillierten Bericht vom 23. Juli 2007 hielt die behandelnde Ärztin fest, zur Wiedererlangung des Führerscheines hätten im Zeitraum von Januar 2005 bis Mai 2006 monatliche, unangekündigte klinische und laborchemische Kontrollen stattgefunden, wobei von Januar 2005 bis Januar 2006 von zwölf Proben acht bezüglich Alkoholkonsum positiv und von Februar 2006 bis

Mai 2006 alle vier Proben negativ ausgefallen seien, weshalb dem Beschwerdeführer mit Auflagen am 17. Mai 2006 der Führerschein durch das Strassenverkehrsamt wieder erteilt worden sei. Schliesslich seien im Zeitraum von Mai 2006 bis Mai 2007 in einem Zeitabstand von zwei Monaten weitere klinische und laborchemische Kontrollen durchgeführt worden, wobei eine davon positiv ausgefallen sei. Insgesamt könne ein positiver Verlauf konstatiert werden. Der Patient zeige zunehmende Einsicht in sein Alkoholproblem und sei auf dem Niveau einer anhaltenden Abstinenz angelangt. Im Weiteren liessen die sozialen Veränderungen die Prognose günstig erscheinen.

Somit kann festgehalten werden, dass sich der Beschwerdeführer der Notwendigkeit einer Therapie bewusst geworden ist und seinen Alkoholkonsum, wenn auch noch nicht vollends, so doch zusehends zu kontrollieren vermag. Die letzte Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand vom 28. Mai 2004 liegt denn auch mehr als vier Jahre zurück. Die Strafverfügung des E._____ vom 10. Januar 2007 wegen Fahrens mit stark vereisten Scheiben lässt zwar ein unachtsames Verhalten des Beschwerdeführers erkennen, stellt indessen die günstige Prognose betreffend Alkoholkonsum mangels fehlendem Sachzusammenhang nicht in Frage. Im Weiteren handelt es sich hierbei doch eher um ein Bagatelldelikt, eine Einschätzung, welche durch die Tatsache, dass das zuständige Strassenverkehrsamt den Führerschein des Beschwerdeführers – obwohl nur unter Auflagen zurückgegeben – nicht wieder einzog, bekräftigt wird.

Es bestehen somit genügend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht mehr gefährden wird, zumal mit der Einreise der Ehefrau des Beschwerdeführers und der Geburt des gemeinsamen Sohnes eine Konsolidierung der Lebenssituation eingetreten zu sein scheint. Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer während seines heute mehr als zwanzigjährigen Aufenthaltes in der Schweiz regelmässig erwerbstätig war. Im Weiteren ist dem Schreiben des langjährigen Arbeitgebers vom 20. Juli 2007 zu entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer weiterhin zur vollen Zufriedenheit besteht. Was die Situation des Beschwerdeführers bei einer allfälligen Rückkehr in seinen Heimatstaat betrifft, ist festzuhalten, dass aufgrund der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Situation und der auf Eskalation und Verschlechterung hinweisenden Entwicklung in Sri Lanka eine Rückschaffung in die Nordprovinz, aus

welcher der Beschwerdeführer stammt, als unzumutbar erscheint und aufgrund der langjährigen Landesabwesenheit keine Aufenthaltsalternative im Süden des Landes bestehen dürfte (vgl. diesbezüglich ausführlich Urteil vom 14. Februar 2008 E-2775/2007 E. 7.6.2.).

3.5 In Anbetracht der gesamten Umstände, namentlich der günstigen Prognose hinsichtlich des künftigen Verhaltens des Beschwerdeführers, der Dauer des Aufenthaltes wie auch der Situation im Heimatstaat, erscheint die Aufhebung der im Rahmen der „Humanitären Aktion 2000“ angeordneten vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers nach Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG im heutigen Zeitpunkt nicht als verhältnismässig.

3.6 Die Beschwerde im Verfahren H._____ ist demnach gutzuheissen, die angefochtene Verfügung des Bundesamtes vom 24. August 2004 aufzuheben und dieses anzuweisen, den Beschwerdeführer weiterhin in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

3.7 Die Ehefrau und das gemeinsame Kind des Beschwerdeführers sind in die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers einzubeziehen und die auf den Vollzug der Wegweisung beschränkte Beschwerde der Beschwerdeführerin im Verfahren I._____ gutzuheissen.

4.

4.1 Bei diesem Ausgang der Verfahren sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Der Beschwerdeführerin ist der im Verfahren D-7827/2006 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.– zurückzuzahlen.

4.2 Den obsiegenden und vertretenen Beschwerdeführenden ist sodann in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Diese wird unter Berücksichtigung der als angemessen zu erachtenden Kostennote ihres Rechtsvertreters vom 18. November 2008 auf Fr. 3'497.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteueranteil) festgesetzt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden gutgeheissen.

2.

Die Verfügungen des Bundesamtes vom 24. August 2004 und 30. August 2004 werden aufgehoben und das BFM wird angewiesen, die Beschwerdeführenden vorläufig aufzunehmen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der im Verfahren (...) geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 3'497.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden (Einschreiben; Bei-lagen: Original der Verfügung des BFM vom 24. August 2004; For-mular Zahladresse mit Antwortcouvert)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Ak-ten Ref.-Nr. N____ und N____ (in Kopie)
- (...)

Der Instruktionsrichter

Der Gerichtsschreiber

Bendicht Tellenbach

Daniel Merkli

Versand: