

WBE.2023.114 / sp / we
ZEMIS [***]; (E.2022.114)
Art. 87

Urteil vom 2. November 2023

Besetzung Verwaltungsrichter Busslinger, Vorsitz
Verwaltungsrichter Clavadetscher
Verwaltungsrichterin Kiefer
Gerichtsschreiberin Peter

Beschwerde- **A.**_____, von Bosnien und Herzegowina
führerin 1

Beschwerde- **B.**_____, von Serbien,
führer 2

Beschwerde- **C.**_____, von Serbien,
führer 3

Beschwerde- **D.**_____, von Serbien
führer 4

alle drei vertreten durch A._____

alle vertreten durch Dr. iur. Guido Hensch, Rechtsanwalt,
Gotthardstrasse 21, Postfach, 8027 Zürich

gegen

Amt für Migration und Integration Kanton Aargau, Rechtsdienst,
Bahnhofplatz 3C, 5001 Aarau

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Familiennachzug

Entscheid des Amtes für Migration und Integration vom 23. Februar 2023

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Die 1975 geborene Beschwerdeführerin 1, Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina, reiste am 13. März 1992 in die Schweiz ein und erhielt im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung (Akten des Amtes für Migration und Integration betreffend die Beschwerdeführerin 1 [MI1-act.] 1; act. 2.). Seit dem 31. Januar 2022 ist sie im Besitz der Niederlassungsbewilligung (MI1-act. 29).

Aus einer Beziehung der Beschwerdeführerin mit einem 1976 geborenen Staatsangehörigen von Serbien und Montenegro gingen fünf Kinder hervor: B._____ (Beschwerdeführer 2, geb. tt.mm. 2005), C._____ (Beschwerdeführer 3, geb. tt.mm. 2006), D._____ (Beschwerdeführer 4, geb. tt.mm. 2008), E._____ (geb. tt.mm. 2010) und F._____ (geb. tt.mm. 2015). Alle fünf Kinder erhielten die Niederlassungsbewilligung (Akten des Amtes für Migration und Integration betreffend den Beschwerdeführer 2 [MI2-act.] 4; Akten des Amtes für Migration und Integration betreffend den Beschwerdeführer 3 [MI3-act.] 6; Akten des Amtes für Migration und Integration betreffend den Beschwerdeführer 4 [MI4-act.] 2; act. 2).

Der Beschwerdeführer 2 zog am 17. August 2011 nach Bosnien und Herzegowina weg, kehrte am 6. August 2013 wieder zurück in die Schweiz und erhielt in der Folge erneut die Niederlassungsbewilligung (MI2-act. 26, 33, 51). Am 15. August 2012 zog der Beschwerdeführer 3 nach Serbien weg, kehrte auch am 6. August 2013 zurück in die Schweiz und erhielt in der Folge ebenfalls erneut die Niederlassungsbewilligung (MI3-act. 18, 25, 41).

Am 18. Januar 2021 stellte die Beschwerdeführerin 1 für ihre fünf Kinder je ein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung, gab als Datum der Abreise den 1. Januar 2021 an und teilte gegenüber der Einwohnergemeinde mit, die Dauer des Auslandsaufenthalts in Serbien sei im Moment noch nicht klar (MI2-act. 58 f.; MI3-act. 46 f.; MI4-act. 27 f.; act. 2). Die Einwohnerdienste meldeten dem MIKA den Wegzug der Kinder per 31. Dezember 2020 (MI2-act. 60; MI3-act. 48; MI4-act. 29; act. 2). Mit Schreiben vom 29. Januar 2021 lehnte das MIKA das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen der fünf Kinder ab und hielt fest, aufgrund der Abmeldung bei den Einwohnerdiensten seien die Niederlassungsbewilligungen erloschen (MI2-act. 61 f.; MI3-act. 49 f.; MI4-act. 30 f.; act. 3). Hierauf wandte sich die Beschwerdeführerin 1 mit Mail vom 1. Februar 2021 an das MIKA und teilte mit, sie habe ihre Kinder nicht definitiv abmelden wollen. Damit sie eine Austrittsbestätigung der Schule habe erhalten können, habe sie eine Abmeldung auf der Gemeinde vornehmen müssen, zumindest sei sie so informiert worden. Es sei auf der

Gemeinde zu einem Missverständnis gekommen. Sie habe klar gesagt, dass sich ihre Kinder nur für drei bis vier Monate im Ausland aufhalten und spätestens vor Ablauf von sechs Monaten zu ihr zurückkehren würden (MI2-act. 64; MI3-act. 52; MI4-act. 33).

Am 14. Juni bzw. am 12. August 2021 stellte die Beschwerdeführerin 1 für ihre fünf Kinder ein Gesuch um Familiennachzug (MI2-act. 68 ff., 112, 272 ff.; MI3-act. 56 ff., 253 ff.; MI4-act. 37 ff.; act. 3). Nachdem das MIKA diverse Sachverhaltsabklärungen getätigt hatte (MI2-act. 82 ff., 91 ff., 107 f., 115 ff., 266 ff., 283 ff., 290, 305 ff., 350, 355 ff., 377 u.a. alle Kinder betreffend), gewährte sie der Beschwerdeführerin 1 mit Schreiben vom 8. Juli 2022 das rechtliche Gehör (MI2-act. 382 ff.; MI3-act. 358 ff.; MI4-act. 405 ff.). Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 29. August 2022 nahm die Beschwerdeführerin 1 Stellung (MI2-act. 404 ff.; MI3-act. 380 ff.; MI4-act. 427 ff.).

Am 28. September 2022 erliess das MIKA folgende Verfügung (MI2-act. 435 ff.; MI3-act. 411 ff.; MI4-act. 458 ff.):

1.
Das Familiennachzugsgesuch für B._____, C._____, D._____, E._____
und F._____ wird abgelehnt.
2.
Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an B._____, C._____, D._____,
E._____ und F._____ im Rahmen der Wiederezulassung wird abgelehnt.
3.
B._____, C._____, D._____, E._____ und F._____ wird die Einreise in die
Schweiz und Wohnsitznahme in der Schweiz verweigert.
4.
E._____ und F._____ werden aus der Schweiz weggewiesen. Sie haben
die Schweiz innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieser Verfügung zu
verlassen. Danach kann die Wegweisung zwangsweise vollstreckt
werden.
5.
Es wird eine Staatsgebühr von CHF 600.00 erhoben.

B.

Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführenden mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 31. Oktober 2022 beim Rechtsdienst des MIKA (Vorinstanz) Einsprache und verlangten, dass die Kinder der Beschwerdeführerin 1 für den Aufenthalt in der Schweiz wieder zuzulassen seien (MI2-act. 459 ff.; MI3-act. 435 ff.; MI4-act. 482 ff.).

Am 23. Februar 2023 erliess die Vorinstanz folgenden Einspracheentscheid (act. 1 ff.):

1.
In teilweiser Gutheissung der Einsprache wird die Sektion Aufenthalt angewiesen, den Aufenthalt der Einsprecherinnen 5 und 6 gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. k AIG zu regeln, unter Vorbehalt der Zustimmung des Staatssekretariats für Migration (SEM). Im Übrigen wird die Einsprache vollumfänglich abgewiesen.
2.
Es werden keine Gebühren erhoben.
3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

C.

Die Beschwerdeführenden erhoben mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 27. März 2023 beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau (Verwaltungsgericht) Beschwerde und stellten folgende Anträge (act. 21 ff.):

1. Der Entscheid vom 23. Februar 2023 sei wie folgt abzuändern: Der mit dieser Beschwerde angefochtene Entscheid sei -auch- hinsichtlich der drei Söhne der Beschwerdeführerin -ebenso wie bereits gegenüber den beiden Töchtern- dahingehend (richtig dahingehend) zu ändern, dass die Aufenthaltsberechtigung der drei Söhne im Kanton Aargau auch weiterhin gebilligt werden wird, mithin die Niederlassungsbewilligung als nicht erloschen zu gelten haben.
2. Der Beschwerdeführerin sei -wenigstens- im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (vollumfänglich) zuzubilligen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Die Begründung ergibt sich, soweit erforderlich, aus den nachstehenden Erwägungen.

Am 16. Mai 2023 reichte die Vorinstanz aufforderungsgemäss die Akten ein und beantragte unter Festhaltung an ihren Ausführungen im Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. 96). Mit Verfügung vom 14. Juni 2023 bewilligte der Instruktionsrichter das Gesuch der Beschwerdeführenden um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren und setzte ihren Anwalt als unentgeltlichen Rechtsvertreter ein (act. 97 f.). Am 19. und am 23. Juni 2023 liessen die Beschwerdeführenden eine weitere Eingabe ihres Rechtsvertreters sowie weitere Unterlagen zu den Akten reichen (act. 99 ff., 102 ff.). Mit Eingaben des Rechtsvertreters vom 29. Juni 2023 reichten die Beschwerdeführenden weitere Unterlagen ein (act. 107 ff.).

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entscheiden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

Einspracheentscheide des Rechtsdienstes des MIKA können innert 30 Tagen seit Zustellung mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (§ 9 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Ausländerrecht vom 25. November 2008 [EGAR; SAR 122.600]). Beschwerden sind schriftlich einzureichen und müssen einen Antrag sowie eine Begründung enthalten; der angefochtene Entscheid ist anzugeben, allfällige Beweismittel sind zu bezeichnen und soweit möglich beizufügen (§ 2 Abs. 1 EGAR i.V.m. § 43 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG, SAR 271.200]).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 23. Februar 2023. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist somit gegeben. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Unter Vorbehalt abweichender bundesrechtlicher Vorschriften oder Bestimmungen des EGAR können mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht einzig Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Die Ermessensüberprüfung steht dem Verwaltungsgericht jedoch grundsätzlich nicht zu (§ 9 Abs. 2 EGAR). Schranke der Ermessensausübung bildet das Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: MARTINA CARONI/THOMAS GÄCHTER/DANIELA THURNHERR [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, N. 7 zu Art. 96 mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere zu klären, ob die Vorinstanz die gemäss Art. 96 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) relevanten Kriterien (öffentliche Interessen, persönliche Verhältnisse, Integration) berücksichtigt hat und ob diese rechtsfehlerfrei gewichtet wurden (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., N. 9 zu Art. 96). Schliesslich ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden, ob die getroffene Massnahme durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt erscheint (sog. Verhältnismässigkeit im engeren Sinn).

II.

1.

1.1.

Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid zunächst fest, es treffe nicht zu, dass das MIKA § 18 VRPG verletzt habe und den Beschwerdeführenden wegen Unbeholfenheit Nachteile erwachsen seien. Die Beschwerdeführenden hätten weder in irgendeiner Weise unbeholfen agiert noch hätten sie Bedarf an zusätzlicher behördlicher Unterstützung gehabt. Auf die begründete Ablehnung der Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen habe die Beschwerdeführerin 1 per Mail reagiert und dabei in Aussicht gestellt, die notwendigen Schritte zu unternehmen, um den Eintritt der Rechtsfolge zu verhindern. In dem später eingeleiteten Familiennachzugsverfahren seien die Beschwerdeführenden sodann rechtlich vertreten gewesen. Zwar treffe es zu, dass die Verweigerung der Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen in Briefform erfolgt und im Dispositiv der angefochtenen Verfügung das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung nicht förmlich festgestellt worden sei, darin seien jedoch keine Verfahrensmängel zu erblicken.

Weiter stellte die Vorinstanz fest, die Niederlassungsbewilligungen der Kinder seien mit der per 18. Januar 2021 erfolgten Abmeldung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a AIG erloschen. Auch wenn es anlässlich der Vorsprache der Beschwerdeführerin 1 bei den Einwohnerdiensten zu einem Missverständnis bezüglich der Abmeldung ihrer Kinder gekommen sei und die Beschwerdeführerin 1 einem Rechtsirrtum unterlegen sei, bleibe es bei derselben Rechtsfolge des Erlöschens der Niederlassungsbewilligungen. So hätten sich die Kinder länger als sechs Monate im Ausland aufgehalten, was gemäss Art. 61 Abs. 2 AIG ebenfalls zum Erlöschen der Niederlassungsbewilligungen führe.

Sodann sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 1 bei Bewilligung des Familiennachzugsgesuchs erneut Ergänzungsleistungen beziehen würde. Dies in einem erheblichen Umfang und selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin 1 ihre Vollzeiterwerbstätigkeit bei ihrem aktuellen Arbeitgeber fortsetzen würde. Damit sei die Voraussetzung von Art. 43 Abs. 1 lit. e AIG nicht erfüllt. Im Übrigen sei das Familiennachzugsgesuch auch aus weiteren Gründen nicht bewilligungsfähig. Die Nachzugsfristen seien verpasst worden und für das nachträgliche Familiennachzugsgesuch würden keine wichtigen familiären Gründe vorliegen. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführer 2 bis 4 aufgrund ihres bisherigen Verhaltens unfähig und unwillig erscheinen würden, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten und sich in der Schweiz zu integrieren. Dies lasse sich den Darstellungen des Gemeindeammans der Einwohnergemeinde entnehmen. Das darin beschriebene Verhalten der Beschwerdeführer 2 bis 4 stelle eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, weshalb

das MIKA das Vorliegen eines Widerrufsgrunds nach Art. 62 Abs. 1 lit. c AIG zurecht bejaht habe und gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. b AIG vom Erlöschen des Anspruchs auf Familiennachzug auszugehen sei. Schliesslich überwiege das öffentliche Interesse, den Familiennachzug der Beschwerdeführenden 2 bis 4 zu verweigern, die entgegenstehenden privaten Interessen. Vor diesem Hintergrund falle auch die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b oder lit. k AIG ausser Betracht.

1.2.

Die Beschwerdeführenden machen zunächst geltend, das MIKA habe auf die Mail vom 1. Februar 2020, mit welcher die Abmeldung und das Erlöschen der Niederlassungsbewilligungen moniert worden seien, nicht reagiert. Weder sei der Entzug der Niederlassungsbewilligungen korrekt verfügt worden, noch sei über den Antrag der Beschwerdeführenden mit Mail vom 1. Februar 2020 (Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen) in korrekter Form befunden worden. Zu diesem Zeitpunkt seien die Beschwerdeführenden rechtlich nicht vertreten gewesen und das MIKA wäre verpflichtet gewesen, das Mail der Beschwerdeführerin 1 als Gesuch im Sinne von Art. 61 Abs. 2 AIG entgegen zu nehmen. Dies sei indessen nicht erfolgt und es liege eine Verletzung von § 18 VRPG vor. Bis heute sei keine anfechtbare Verfügung, was das Erlöschen der Niederlassungsbewilligungen anbelange, ergangen. Weiter macht die Beschwerdeführerin 1 geltend, künftig auf den Bezug von Kinderergänzungsleistungen zu verzichten, womit die Voraussetzungen des Familiennachzugs gegeben seien. Im Übrigen würden auch wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorliegen, da der Kindsvater nicht länger bereit sei, für seine Kinder zu sorgen. Auch gäbe es keine anderen Verwandten der Kinder, welche sich um deren Betreuung kümmern könnten. Was das Verhalten der Beschwerdeführer 2 bis 4 anbelange, würden keine Straferkenntnisse in den Akten vorliegen. Es treffe auch nicht zu, dass das öffentliche Interesse, welches gegen eine erleichterte Wiederzulassung spreche, so gross sei, wie von der Vorinstanz angenommen. Da es vorliegend an Straferkenntnissen gegen die Beschwerdeführer 2 bis 4 fehle, liege auch kein Widerrufsgrund vor.

1.3.

Vorliegend bestreiten die Beschwerdeführenden das Erlöschen der Niederlassungsbewilligungen der Beschwerdeführer 2 bis 4 und machen weiter geltend, die Voraussetzungen eines Familiennachzugs seien auch betreffend die Beschwerdeführer 2 bis 4 erfüllt. Nachfolgend ist daher zunächst zu prüfen, ob die Niederlassungsbewilligungen der Beschwerdeführer 2 bis 4 tatsächlich erloschen sind. Nur wenn dies zutrifft, ist in einem zweiten Schritt über das Gesuch um Familiennachzug der Beschwerdeführer 2 bis 4 zu befinden. Anzumerken bleibt, dass die jüngsten beiden Kinder (E._____ und F._____) nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind.

2.

2.1.

Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 AIG erlischt die Niederlassungsbewilligung mit der Abmeldung ins Ausland oder nach sechsmonatigem Auslandsaufenthalt. Im Falle der Abmeldung ins Ausland erlischt die Bewilligung sofort mit der Abmeldung und nicht erst nach einer bestimmten Frist, wie dies beim tatsächlichen Aufenthalt im Ausland ohne Abmeldung der Fall ist. Aufgrund dieser weit reichenden Konsequenzen – zumindest wenn es um das Erlöschen einer Niederlassungsbewilligung geht – kann eine Abmeldung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 lit. a AIG nur dann angenommen werden, wenn sie vorbehaltlos erfolgt sowie klar und eindeutig der Absicht entspricht, den Aufenthalt in der Schweiz definitiv aufzugeben. Dies trifft auf eine Abmeldung, die von einem Gesuch um Aufrechterhaltung der Bewilligung begleitet ist, von vornherein nicht zu (SILVIA HUNZIKER, in: MARTINA CARONI/THOMAS GÄCHTER/DANIELA THURNHERR [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, N. 4 f. zu Art. 61; ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, in: PETER UEBERSAX/BEAT RUDIN/THOMAS HUGI YAR/THOMAS GEISER/LUZIA VETTERLI [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, Rz. 10.11). Auf ein solches Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden, vorausgesetzt die Gesuchstellung erfolgte noch vor Ablauf der sechsmonatigen Erlöschensfrist (Art. 61 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 79 Abs. 2 VZAE). Gemäss Weisungen des SEM muss zudem eine Rückkehrabsicht in die Schweiz bestehen bzw. der Auslandsaufenthalt der Abklärung von Integrations- oder Wiedereingliederungsmöglichkeiten im Heimatland dienen (aktuelle Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration [SEM] zum Ausländerbereich [Weisungen AIG], Bern Oktober 2013 [Stand am 1. September 2023], Ziff. 3.5.3.2.3). Das diesbezügliche Verfahren hat aufschiebende Wirkung. Es obliegt den zuständigen Behörden, über Gesuche rasch zu befinden und bei einem negativen Entscheid den betroffenen Personen nötigenfalls eine kurze Nachfrist zur Wiedereinreise anzusetzen. Nach der Praxis ist es bei entschuldbarer Säumnis bzw. bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände sogar zulässig, auch noch innert kurzer Frist nach Ablauf der ersten sechs Monate eine Verlängerung des Auslandsaufenthalts zu beantragen (ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, a.a.O., Rz. 10.16). Ansonsten stellt ein ununterbrochener Auslandsaufenthalt während mehr als sechs Monaten einen zwingenden Erlöschensgrund dar. Der Grund für die Dauer der Landesabwesenheit ist unerheblich; selbst das unfreiwillige Verweilen im Ausland – z.B. wegen Krankheit oder Freiheitsentzugs – lässt die Bewilligung erlöschen (Urteil des Bundesgerichts 2C_980/2010 vom 21. Juni 2011, Erw. 2.2). Gemäss Art. 79 Abs. 1 VZAE wird die sechsmonatige Erlöschensfrist durch vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte in der Schweiz nicht unterbrochen

(SILVIA HUNZIKER, a.a.O., N. 20 zu Art. 61; ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, a.a.O., Rz. 10.12).

2.2.

Aus den Akten geht folgender rechtserheblicher Sachverhalt hervor: Mit Gesuch vom 18. Januar 2021 beantragte die Beschwerdeführerin 1 die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen ihrer Kinder, u.a. für die Beschwerdeführer 2 bis 4 (MI2-act. 58 f.; MI3-act. 46 f.; MI4-act. 27 f.). Am 21. Januar 2021 ging beim MIKA die Meldung der Einwohnerdienste der Wohngemeinde betreffend Wegzug der Kinder der Beschwerdeführerin 1 ein (MI2-act. 60; MI3-act. 48; MI4-act. 29). Das Gesuch der Beschwerdeführerin 1 um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen ihrer Kinder wies das MIKA mit Schreiben vom 29. Januar 2021 ab. Das MIKA führte aus, es liege keiner der gemäss Weisungen des SEM genannten und gemäss kantonaler Praxis einschlägigen Gründe für eine Aufrechterhaltung der Bewilligungen vor. Die Niederlassungsbewilligungen seien infolge Abmeldung bei den Einwohnerdiensten der Wohngemeinde erloschen (MI2-act. 61 f.; MI3-act. 49 f.; MI4-act. 30 f.). Mit Mail vom 1. Februar 2021 wandte sich die Beschwerdeführerin 1 an das MIKA und wies darauf hin, dass sie verwirrt gewesen sei, nachdem sie das Schreiben vom 29. Januar 2021 gelesen habe. Sie habe sich deshalb sofort telefonisch beim MIKA gemeldet, wobei sich herausgestellt habe, dass es bei der Gemeinde wohl zu einem Missverständnis gekommen sei. Ihre Kinder seien nicht so – wie von der Beschwerdeführerin 1 gewollt – abgemeldet worden. Gemäss Information der Schule ihrer Kinder, habe sie diese bei der Gemeinde abmelden müssen, um eine Austrittsbestätigung der Schule zu erhalten. Die Beschwerdeführerin 1 habe auf der Gemeinde klar darauf hingewiesen, dass sich ihre Kinder nur für drei bis vier Monate im Ausland aufhalten werden und sie spätestens vor Ablauf von sechs Monaten wieder in die Schweiz zurückkehren würden. Sie habe sich vorab beim Migrationsamt informiert und die Auskunft erhalten, dass sich ihre Kinder bis sechs Monate im Ausland aufhalten dürften, ohne dass sie ihre Bewilligungen verlieren würden. Als sie die Ausweise ihrer Kinder auf der Gemeinde habe abgeben müssen, sei ihr dies schon komisch vorgekommen und sie habe ihre diesbezüglichen Zweifel mitgeteilt, sei allerdings überzeugt worden, dass dies seine Richtigkeit habe. Nun habe sich herausgestellt, dass ihre Kinder definitiv abgemeldet worden seien, was sie gar nicht gewollt habe. Weiter führte die Beschwerdeführerin 1 aus, ihre Kinder würden für höchstens sechs Monate im Ausland bleiben und kämen zu ihr in die Schweiz zurück. Schliesslich ersuchte die Beschwerdeführerin 1 um Bestätigung ihrer Richtigstellung der Sachlage (MI2-act. 64; MI3-act. 52; MI4-act. 33). Auf dieses Mail hat das MIKA in der Folge nicht reagiert. Zumindest lassen sich hierzu in den Akten keine Hinweise finden.

Die Abmeldung der Beschwerdeführer 2 bis 4 ist nach dem Gesagten – insbesondere aufgrund des von der Beschwerdeführerin 1 gestellten Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen ihrer Kinder – offensichtlich nicht vorbehaltlos erfolgt (siehe vorne Erw. II/2.1). Dass keine definitive Abmeldung der Beschwerdeführer 2 bis 4 geplant war, machte die Beschwerdeführerin 1 auch in ihrem Mail vom 1. Februar 2021 ausdrücklich geltend. Damit liegt keine Abmeldung vor, welche klar und eindeutig dahin zu verstehen ist, dass der Aufenthalt der Beschwerdeführer 2 bis 4 in der Schweiz definitiv aufgegeben werden sollte. Der Erlöschensgrund von Art. 61 Abs. 1 lit. a AIG ist damit nicht gegeben.

Die Niederlassungsbewilligungen der Beschwerdeführer 2 bis 4 sind auch nicht infolge eines über sechs Monate dauernden Auslandsaufenthalts gemäss Art. 61 Abs. 2 AIG erloschen. Die Beschwerdeführerin 1 stellte noch vor Ablauf der sechsmonatigen Erlöschensfrist ein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen ihrer Kinder. Über dieses Gesuch wurde bislang nicht rechtskräftig entschieden. Die Mitteilung des MIKA, womit das Gesuch der Beschwerdeführerin 1 abgewiesen wurde, enthält keine Rechtsmittelbelehrung und wurde zudem auch nicht als Verfügung bezeichnet. Auch wenn trotz fehlender Rechtsmittelbelehrung dennoch eine Verfügung vorliegen kann (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-237/2013 vom 12. Dezember 2014, Erw. 4.2), darf aus dieser Verletzung von Formvorschriften den Parteien kein Nachteil erwachsen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt dies als allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Prozessrechts, der aus dem in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) enthaltenen Prinzips von Treu und Glauben abgeleitet wird (Urteil des Bundesgerichts 2C_596/2014 vom 6. März 2015, Erw. 3.3.3; BGE 129 II 125, Erw. 3.3). Trotz fehlender Rechtsmittelbelehrung und Bezeichnung als Verfügung, ging die Beschwerdeführerin gegen das Schreiben vom 29. Januar 2021 des MIKA vor. Mit ihrer Mail vom 1. Februar 2021 wies sie ausdrücklich darauf hin, dass sie mit dem Inhalt des Schreibens vom 29. Januar 2021 nicht einverstanden sei. Damit hat die Beschwerdeführerin, welche zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht vertreten war, alles ihr nach Treu und Glauben Zumutbare unternommen, um sich gegen die drohenden Rechtsfolgen zu wehren und diese abzuwenden. In der Folge hätte das MIKA entweder eine anfechtbare Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung erlassen müssen oder es hätte das Mail der Beschwerdeführerin 1 als Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Januar 2021 entgegennehmen und damit ein Rechtsmittelverfahren einleiten müssen. Nichts davon ist allerdings bislang erfolgt, weshalb über das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen noch nicht rechtskräftig entschieden wurde. Das Verfahren ist als noch hängig zu erachten und diesem kommt aufschiebende Wirkung zu, weshalb die Niederlassungsbewilligungen der Beschwerdeführer 2 bis 4 bislang nicht als erloschen gelten konnten (siehe vorne Erw. II/2.1).

Gestützt auf die Fairnessgarantien von Art. 9 und Art. 29 Abs. 1 BV besteht im Verwaltungsverfahren eine prozessuale Treuepflicht der verfahrensleitenden Behörde gegenüber den verfahrensbetroffenen Personen, infolgeder die Behörde unter Umständen gehalten sein kann, eine rechtsungewohnte, nicht anwaltlich vertretene Partei aufzuklären, wenn sich diese anschickt, einen offensichtlichen Verfahrensfehler zu begehen, welcher für sie zu einem Rechtsnachteil führt und welcher sich noch verhindern oder beheben lässt (vgl. BGE 124 II 265, Erw. 4a, und 120 Ib 183, Erw. 3c; Urteile des Bundesgerichts 1P.703/2004 vom 7. April 2005, Erw. 4.4, und 4P.188/2005 vom 23. Dezember 2005, Erw. 3.3; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 823; BERNHARD WALDMANN, in: BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY, Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N. 39 zu Art. 29). Diese positive behördliche Aufklärungspflicht im Ausnahmefall ist für das erstinstanzliche migrationsrechtliche Verfahren – angesichts des regelhaft besonders ausgeprägten Macht- und Informationsgefälles zwischen Behörden und betroffenen Personen – von besonderer Wichtigkeit und muss hier mit Blick auf den allgemeinen Informations- und Beratungsauftrag der Migrationsbehörden gemäss Art. 57 Abs. 1 AIG umso klarer gelten. Nicht nur wäre das MIKA verpflichtet gewesen, in Folge des Mails vom 1. Februar 2021 eine anfechtbare Verfügung zu erlassen bzw. ein Rechtsmittelverfahren einzuleiten, auch wäre vom MIKA zu erwarten gewesen, dass es die zum damaligen Zeitpunkt rechtlich nicht vertretene und rechtsunkundige Beschwerdeführerin 1 hinreichend zur Sach- und Rechtslage aufklärt. Dies insbesondere, da die Beschwerdeführerin 1 mit ihrem Mail ihre Absichten, die beabsichtigten Handlungen und ihre diesbezügliche Rechtsauffassung klar darlegte, womit das MIKA erkennen konnte und damit rechnen musste, dass der Beschwerdeführerin 1 und ihren Kindern eine von ihnen nicht beabsichtigte, offenbar nicht zu erkennende und schliesslich vermeidbare Rechtsfolge mit gravierenden Konsequenzen drohte. Von der rechtsunkundigen Beschwerdeführerin 1 konnte denn auch nicht erwartet werden, dass sie – nachdem sie ihr Unverständnis und ihre anderslautende (Rechts-)Auffassung dem MIKA mit Mail vom 1. Februar 2021 mitteilte – nochmals das MIKA kontaktierte. Vielmehr wäre das MIKA in Folge seiner prozessualen Treuepflicht gehalten gewesen, die Beschwerdeführenden hinreichend aufzuklären und ihnen Gelegenheit zur Korrektur der geplanten Handlungen zu geben. Dies wäre denn auch problemlos möglich gewesen: Bei zeitnah erfolgter Aufklärung bzw. Anhandnahme des Verfahrens durch das MIKA hätten die Beschwerdeführenden entsprechende Vorkehrungen treffen können, um ein Erlöschen der Niederlassungsbewilligungen abzuwenden. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin 1 im Mail vom 1. Februar 2021 war kein definitiver und kein länger als sechs Monate dauernder Auslandsaufenthalt

ihrer Kinder geplant. Es lässt sich nicht ausschliessen, dass die Beschwerdeführerin 1 bei hinreichender Aufklärung durch das MIKA und in Kenntnis der drohenden Rechtsfolgen für eine vor Ablauf der sechsmonatigen Erlöschensfrist zu erfolgende Rückkehr ihrer Kinder gesorgt hätte. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Rückweisung der vorliegenden Sache zur nachträglichen Beurteilung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen als nicht zielführend. Vielmehr durften die Beschwerdeführenden vorliegend darauf vertrauen, dass ihre Rechtsauffassung – Aufrechterhaltung der Bewilligungen – zutreffe, da das MIKA hierauf nicht weiter reagierte und da die Beschwerdeführenden gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen haben, die sie nun nicht mehr rückgängig machen können. In ihrem berechtigten Vertrauen in die (unterbliebenen) Handlungen des MIKA sind die Beschwerdeführenden somit zu schützen (Grundsatz des Vertrauensschutzes, auch bei Unterlassen notwendiger Hinweise oder Aufklärungen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 671 mit Hinweis auf BGE 143 V 341, Erw. 5.2.1; BGE 131 V 472, Erw. 4.1 ff.). Folglich sind die Beschwerdeführenden in die gleiche Rechtsposition zu versetzen, wie wenn das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen bewilligt worden wäre. Dies führt zur Gutheissung der vorliegenden Beschwerde.

3.

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Niederlassungsbewilligungen der Beschwerdeführer 2 bis 4 nicht erloschen sind, weshalb der Einspracheentscheid in Gutheissung der Beschwerde diesbezüglich aufzuheben ist.

4.

Zwar gilt das Gesagte betreffend Nichterlöschen der Niederlassungsbewilligung auch für die beiden jüngsten Kinder (E._____ und F._____). Nachdem diese jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind (siehe vorne Erw. II/1.3), ist es dem Verwaltungsgericht verwehrt, dem MIKA eine entsprechende Anweisung zu erteilen. Vielmehr hat sich die Beschwerdeführerin 1 bezüglich der jüngsten beiden Kinder an das MIKA zu wenden.

III.

1.

Gemäss § 31 Abs. 2 VRPG werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Gleiches gilt gemäss § 32 Abs. 2 VRPG für die Parteikosten.

2.

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegen die Beschwerdeführenden. Nachdem das MIKA weder schwerwiegende Verfahrensmängel begangen

noch willkürlich entschieden hat, sind die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen (§ 31 Abs. 2 VRPG).

3.

3.1.

Als unterliegende Partei hat das MIKA den Beschwerdeführenden die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 VRPG).

3.2.

Die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach dem Dekret über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 (Anwaltstarif, AnwT; SAR 291.150). Migrationsrechtliche Verfahren sind sogenannte nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten. Die Parteientschädigung setzt sich damit zusammen aus einer Grundentschädigung zwischen Fr. 1'210.00 und Fr. 14'740.00 (§ 8a Abs. 3 i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. b AnwT) sowie den Zu- und Abschlägen (§§ 6–8 AnwT). Innerhalb dieses Rahmens ist die Grundentschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes sowie nach der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen (§ 3 Abs. 1 lit. b AnwT). Durch die tarifgemässe Entschädigung sind die in einem Verfahren notwendigen und entsprechend der Bedeutung der Sache üblichen Leistungen des Anwaltes einschliesslich der üblichen Vergleichsbemühungen abgegolten (§ 2 Abs. 1 AnwT). Die Entschädigung ist als Gesamtbetrag festzusetzen. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c AnwT).

3.3.

In Anwendung von § 8a Abs. 3 und § 8c AnwT erscheint unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes und der Dauer des Verfahrens eine Entschädigung von Fr. 3'500.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) angemessen.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 23. Februar 2023 bezüglich der Beschwerdeführer 2 bis 4 aufgehoben. Das MIKA wird angewiesen, den Beschwerdeführern 2 bis 4 ihre Niederlassungsbewilligungen wieder auszustellen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Kantons.

3.

Das MIKA wird angewiesen, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 3'500.00 zu ersetzen.

Zustellung an:
die Beschwerdeführende (Vertreter)
die Vorinstanz (mit Rückschein)
das Staatssekretariat für Migration, 3003 Bern

Rechtsmittelbelehrung

Migrationsrechtliche Entscheide können wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantonalem Recht innert **30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden, soweit nicht eine Ausnahme im Sinne von Art. 83 lit. c des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vorliegt. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Das Bundesgericht tritt auf Beschwerden nicht ein, wenn weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch auf die in Frage stehende Bewilligung einräumt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_694/2008 vom 25. September 2008).

In allen anderen Fällen können migrationsrechtliche Entscheide wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden.

Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern sei, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 82 ff. BGG bzw. Art. 113 ff. BGG).

Aarau, 2. November 2023

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiberin:

Busslinger

Peter