



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Zirkular-Urteil vom 15. September 2023

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident M. Hüsser Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 23 9
Beschwerdeführerin 1	A.
Beschwerdeführer 2	B.
Beschwerdeführer 3	C.
Beschwerdeführerin 4	D.
Beschwerdeführerin 5	E.
Beschwerdeführerin 6	F.
	Zustellung an: A.
Vorinstanz	Departement Inneres und Sicherheit, Schützenstrasse 1, 9100 Herisau
Verfügende Behörde	Amt für Inneres, Abteilung Migration, Landsgemeindeplatz 2, 9043 Trogen
Gegenstand	Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Inneres und Sicherheit vom 23. März 2023

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführer:

1. Der Rekursentscheid vom 23. März 2023 sei aufzuheben und die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführer sei zu erstrecken bzw. der Familiennachzug sei zu genehmigen.
2. Die Kosten seien dem Ausgang des Verfahrens dem Staat aufzuerlegen.
3. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge des Staates.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

c) der verfügenden Behörde:

Kein Antrag.

Sachverhalt

- A. A. (heute A.), geb. am 8. Juni XXXX, ist G. Staatsangehörige. Am 1. März XXXY reiste sie zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als Servicefachangestellte im Restaurant H. in I., in die Schweiz ein, worauf sie eine Aufenthaltsbewilligung B bis zum 28. Februar 2023 erhielt (act. 8.7.1/279). Ihre beiden in der Schweiz geborenen Kinder B. (geb. am 22. Juli XXYX) und C. (geb. am 29. März XYXX), deren Vater J. in der Schweiz niederlassungsberechtigt ist, erhielten zwecks Familiennachzugs auch eine Aufenthaltsbewilligung B (act. 8.7.2/16; 8.7.3/11). Am 31. Oktober 2018 reisten ihre Töchter aus erster Ehe (D., geb. am 12. September YXXX; E., geb. am 17. Dezember YYYY, sowie F., geb. am 6. Juni YYXX) ebenfalls zwecks Familiennachzugs und Verbleib bei der Mutter in die Schweiz ein.
- B. Mit Verfügung vom 16. April 2019 (act. 8.7.4/56) wies das Amt für Inneres, Abteilung Migration, die Gesuche von D., E. sowie F. um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen mangels Einreichung von Dokumenten ab. Gleichzeitig verfügte es, dass diese die Schweiz bis zum 30. April 2019 zu verlassen hätten.

- C. Mit Schreiben vom 24. Februar 2020 (act. 8.7.1/234) forderte das Amt für Inneres, Abteilung Migration, A. auf, zum Nachweis der unselbständigen Erwerbstätigkeit verschiedene Unterlagen einzureichen. Mit Schreiben vom 16. März 2020 (act. 8.7.1/223 ff.) stellte die Einwohnerkontrolle I. der Abteilung Migration entsprechende Dokumente zu. Sie gab an, dass kein Arbeitsvertrag beiliege, da A. selbständig sei.
- D. Am 12. Mai 2020 reichte A. beim Amt für Inneres, Abteilung Migration, Gesuche für D., E. sowie F. um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung B-EU/EFTA im Rahmen der Bestimmungen über den Familiennachzug ein (act. 8.7.4.15).
- E. Mit Schreiben vom 24. Juli 2020 (act. 8.7.1/207) teilte das Amt für Inneres, Abteilung Migration, A. mit, dass es sich veranlasst sehe, die gültigen Aufenthaltsbewilligungen zu widerrufen und die Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Familiennachzug abzulehnen. Dazu wurde A. das rechtliche Gehör gewährt. Mit Schreiben vom 27. August 2020 (act. 8.7.1/96 ff.) liess sich A. vernehmen, wobei sie mehrere Lohnabrechnungen beilegte.
- F. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2020 (act. 8.1.1) widerrief das Amt für Inneres, Abteilung Migration, die bis zum 28. Februar 2023 gültigen Aufenthaltsbewilligungen von A., B. und C.. Zudem wies es die Gesuche von D., E. sowie F. ab. Gleichzeitig verfügte es, dass A. und ihre Kinder die Schweiz innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung zu verlassen hätten.
- G. Dagegen liessen A., B. und C., D., E. sowie F., alle vertreten durch RA K., mit Eingabe vom 27. Oktober 2020 (act. 8.1) beim Departement Inneres und Sicherheit Rekurs erheben u.a. mit dem Antrag, die Verfügung aufzuheben.
- H. Mit Entscheid vom 23. März 2023 (act. 2) wies das Departement Inneres und Sicherheit den Rekurs ab. Gleichzeitig verfügte es, dass A. - welche zwischenzeitlich J. geheiratet hat -, die Schweiz innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids zu verlassen habe.
- I. Gegen diesen Rekursentscheid liessen A., B. und C., D., E. sowie F. (im Folgenden: Beschwerdeführer 1-6), alle vertreten durch RA K., mit Eingabe vom 24. April 2023 (act. 1) mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren beim Obergericht Beschwerde erheben. Der Rechtsvertreter teilte dabei mit, dass das Mandatsverhältnis nach Abschluss und Versand der Beschwerde niedergelegt worden sei.

- J. Mit Schreiben vom 9. Juni 2023 (act. 7) liess sich das Departement Inneres und Sicherheit (im Folgenden: Vorinstanz) mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen.
- K. Am 3. Juli 2023 überbrachte die Beschwerdeführerin 1 persönlich verschiedene Dokumente (act. 12-13).
- L. Mit Schreiben vom 8. August 2023 (act. 15) teilte der ehemalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit, dass der Beschwerdeführer 1 und ihrem Ehegatten das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Beschwerdeführer 2 und 3 und J. (geb. am 7. Dezember YYYY) superprovisorisch entzogen worden sei. Gleichzeitig beantragte er, das Beschwerdeverfahren vorläufig zu sistieren.
- M. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese sowohl hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung als auch hinsichtlich der Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind. Die sachliche bzw. funktionale Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1), wonach das Obergericht zur Behandlung von Beschwerden gegen letztinstanzliche Verfügungen der Verwaltungsbehörden zuständig ist. Auf die Beschwerde ist damit einzutreten.
2. Bei der Beurteilung der hier vorliegenden Beschwerde ist die Kognition des Obergerichts gemäss Art. 56 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) darauf beschränkt, den angefochtenen Entscheid hinsichtlich allfälliger Rechtsverletzungen zu überprüfen, wozu auch eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens zählt, also Ermessenüberschreitung, -missbrauch oder -unterschreitung. Im Weiteren kann beurteilt werden, ob die Vorinstanzen den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt haben. Die Überprüfung der Angemessenheit ist dem Obergericht jedoch verwehrt (Art. 56 Abs. 1 VRPG e contrario).

3. Als G. Staatsangehörige kann sich die Beschwerdeführerin 1 im Zusammenhang mit ihrer Anwesenheit in der Schweiz grundsätzlich auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) berufen. Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG, SR 142.20, gilt im Anwendungsbereich des FZA nur so weit, als das Gemeinschaftsrecht keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AIG).
- 3.1 Bürger aus EU-/EFTA-Staaten haben Anspruch auf eine fünfjährige EU-/EFTA-Bewilligung, falls sie den zuständigen Behörden nachweisen, dass sie sich zum Zweck einer selbständigen Erwerbstätigkeit niedergelassen haben oder niederlassen wollen (Art. 12 Abs. 1 Anhang 1 FZA). Die betroffene Selbständigerwerbende muss ihre Erwerbstätigkeit dartun; dabei dürfen aber keine prohibitiven Hürden aufgestellt werden (Urteil 2C_451/2019 vom 6. Februar 2020 E. 3.1; 2C_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.3.1). Als Nachweis genügt etwa die Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte mit einer effektiven und möglichst existenzsichernden Geschäftstätigkeit. Diese ist gegebenenfalls durch Businesspläne, Geschäftsbücher, Aufträge, Kundenverzeichnisse usw. zu belegen (Urteile des Bundesgerichts 2C_430/2020 vom 13. Juli 2020 E. 4.1; 2C_451/2019 vom 6. Februar 2020 E. 3.1). Der Bewilligung kommt im Zusammenhang mit dem FZA keine rechtsbegründende, sondern lediglich eine deklaratorische Wirkung zu (BGE 136 II 329 E. 2.2; 134 IV 57 E. 4). Falls die staatsvertraglichen Voraussetzungen erfüllt sind, muss die Bewilligung erteilt werden. Der Entzug bzw. die Nichtverlängerung der (deklaratorischen) Aufenthaltserlaubnis wäre dann nur aufgrund einer hinreichend schweren und aktuellen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA möglich (MICHAEL SPRING, Der Bewilligungswiderruf im schweizerischen Ausländerrecht, 2022, N. 393).
- 3.2 Die betroffene Person soll durch die selbständige Erwerbstätigkeit grundsätzlich ein Einkommen erzielen, das ihr erlaubt, ihren Lebensunterhalt und allenfalls jener der Familie zu bestreiten und hierfür nicht dauerhaft und umfassend auf Sozialhilfeleistungen angewiesen zu sein. Ist dies dennoch der Fall, verliert sie ihre Eigenschaft als selbständig Erwerbstätige und ihre Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA kann gestützt auf Art. 23 Abs. 1 VFP widerrufen oder nicht mehr verlängert werden (Urteile des Bundesgerichts 2C_430/2020 vom 13. Juli 2020 E. 4.2.1; 2C_451/2019 vom 6. Februar 2020 E. 3.2; CARONI/SCHIEBER/PREISIG/PLOZZA, Migrationsrecht, 5. Aufl., 2022, N. 988). Nicht jeder Bezug von Sozialhilfeleistungen durch selbständigerwerbende Bürger aus EU-/EFTA-Staaten muss einen Widerruf der Bewilligung nach sich ziehen, namentlich darf kein Mindesteinkommen vorausgesetzt werden. Die betroffene EU/EFTA Bürgerin hat die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, nicht

deren Rentabilität zu belegen. Es genügt deshalb, dass sie aktiv und nicht nur marginal bzw. symbolisch oder hobbymässig einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht. Analog zu Arbeitnehmern, die keinen Anspruch auf Arbeitslosentschädigung haben, ist nach der herrschenden Lehre bei Selbständigerwerbenden, die nach dem ersten Jahr ihres Aufenthalts in der Schweiz sozialhilfeabhängig werden, erst nach sechs Monaten vom Erlöschen des Aufenthaltsrechts auszugehen. Auch ein zum Erwerbseinkommen durch selbständige Erwerbstätigkeit ergänzender Sozialhilfebezug führt wie beim Arbeitnehmenden nicht zum Verlust der Eigenschaft als Erwerbstätiger, wenn das Einkommen nicht vernachlässigbar erscheint (MARC SPESCHA, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 12 Anhang 1 FZA; SPESCHA, BOLZLI, DE WECK, PRIULI, Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., 2020, S. 192 und 338; SPRING, a.a.O., N. 596). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind zumindest die Umstände zu berücksichtigen, die zur Abhängigkeit von der Sozialhilfe geführt haben, sowie deren allfällige Dauer und eine möglicherweise absehbare Verbesserung der finanziellen Situation innert einer vernünftigen Frist (Urteile des Bundesgerichts 2C_430/2020 vom 13. Juli 2020 E. 4.2.4; 2C_451/2019 vom 6. Februar 2020 E. 3.3).

4.

- 4.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin 1 Inhaberin des Einzelunternehmens L. ist, welches am 8. November YYYY im Handelsregister eingetragen wurde. Die verfügende Behörde hat in der Verfügung vom 6. Oktober 2020 festgestellt, dass die Beschwerdeführerin 1 einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe und Inhaberin des besagten Einzelunternehmens sei. Sie hat den Widerruf der bis zum 28. Februar 2023 gültigen Aufenthaltsbewilligungen der Beschwerdeführer 1-3 denn auch nicht damit begründet, dass die Beschwerdeführerin 1 keine selbständige Erwerbstätigkeit ausübe. Jedoch kam sie zum Schluss, dass diese ihren öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Verpflichtungen seit ihrer Einreise in die Schweiz nicht nachkomme, da sie gemäss dem Auszug des Betreibungsamts M. vom 5. Oktober 2020 verschuldet sei (16 Beteiligungen und Pfändungen im Gesamtbetrag von Fr. 18'267.15 sowie 3 nicht getilgte Verlustscheine im Betrag von Fr. 3'145.90). Mit Entscheid vom 25. Mai 2020 habe das Kantonsgericht den Konkurs über das Vermögen der Beschwerdeführerin 1 eröffnet, welcher mangels Aktiven eingestellt worden sei. Zwar habe sie einen Teil der Forderungen beim zuständigen Betreibungsamt bezahlt, doch seien weitere Beteiligungen eingeleitet worden. Ob sie mit ihrer Einzelfirma Restaurant L. ein existenzsicherndes Einkommen erziele, bzw. die von ihr deklarierten Nettolöhne tatsächlich ausbezahlt worden seien, sei fraglich. Es sei nicht glaubhaft, dass sie sich und ihrem Lebenspartner die genannten Löhne habe auszahlen können. Im Übrigen hätten Abklärungen ergeben, dass die Beschwerdeführerin 1 ihre Steuererklärung mit Buchhaltung für das Jahr 2019 trotz Mahnungen nicht eingereicht habe. Damit stehe fest,

dass sie mit der Ausübung ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit kein existenzsicherndes Einkommen erziele.

4.2 Die verfügende Behörde hat offenbar verkannt, dass die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nicht zu einer Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit geführt hat, sondern dass der Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin 1 nach der Einstellung des Konkursverfahrens fortgeführt wurde. Aus den Akten geht denn auch nicht hervor, dass die verfügende Behörde von der Beschwerdeführerin 1 weitere Nachweise verlangt hat, um eine selbständige Erwerbstätigkeit zu belegen (vgl. dazu auch das Schreiben vom 24. Juli 2020 betreffend rechtliches Gehör). Soweit der Widerruf mit der fehlenden Einreichung der Steuererklärung 2019 begründet wurde, hat die verfügende Behörde der Beschwerdeführerin 1 diesbezüglich kein rechtliches Gehör gewährt. Das Konkursverfahren, welches mangels Aktiven eingestellt wurde, sowie die offenen Betreibungen und Verlustscheine, stellen im Lichte oben erwähnter Rechtsprechung und Lehre offensichtlich keine zulässigen Gründe dar, welche einen Widerruf der Aufenthaltsbewilligungen und eine Wegweisung der Beschwerdeführer aus der Schweiz rechtfertigen würden. Die Beschwerdeführerin 1 hat aktenkundig bis zur Eröffnung der Verfügung vom 6. Oktober 2020 den Geschäftsbetrieb weitergeführt und keine Sozialhilfe bezogen. Zudem lassen sich die offenen Schulden nicht als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA qualifizieren (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2C_479/2018 vom 15. Februar 2019 E. 3, wo eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung selbst bei offenen Betreibungen von Fr. 1'194'104.60 sowie Verlustscheinen von Fr. 475'368.50 verneint wurde). Allein durch den Umstand der offenen Betreibungen und Verlustscheine war es daher nicht zulässig, die Aufenthaltsbewilligungen zu widerrufen bzw. die Gesuche abzuweisen und die Beschwerdeführer aus der Schweiz wegzuweisen.

5.

5.1 Die Beschwerdeführer haben diese Mängel der angefochtenen Verfügung im Rekurs vom 27. Oktober 2020 zutreffend beanstandet und zudem bei der Vorinstanz beantragt, die Geschäftsbücher und Steuerunterlagen 2019 bei der Staatsanwaltschaft einzuholen, da diese von der Kantonspolizei aufgrund eines hängigen Strafverfahrens beschlagnahmt worden seien. Die Vorinstanz hat den Rekurs jedoch weder gestützt auf die Aktenklage gutgeheissen noch die beantragten Dokumente editiert, sondern das Rekursverfahren während fast zwei Jahren ruhen lassen. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2022 (act. 8.17) hat sie die Beschwerdeführer um Zustellung folgender Unterlagen ersucht:

- *Stand des aktuellen Konkursverfahrens; aktuelle Schuldensituation der Rekurrentin*
- *Angaben über die selbständige Erwerbstätigkeit der Rekurrentin:*
 - *Wird diese nach wie vor ausgeübt?*
 - *Buchhaltung/Geschäftsbücher des Restaurants L. der Jahre 2020 und 2021*
 - *Lohnausweise der Rekurrentin sowie ihres Ehemannes*
 - *Steuererklärungen bzw. Steuerveranlagungsentscheide*
- *Stand Strafverfahren der Rekurrentin*
- *Bestätigung, dass keine Sozialhilfe bezogen wird*
- *aktuelle Betreuungs- und Wohnsituation der 5 Kinder*
- *Besteht eine oder mehrere Beistandschaften?*
 - *Falls ja: Ernennungsurkunden beilegen.*

Nach mehrmaligen Fristerstreckungen erliess die Vorinstanz am 11. Januar 2023 (act. 8.27) einen Zwischenentscheid, mit welchem das Gesuch der Beschwerdeführer betreffend unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung abgewiesen wurde. Zudem wurde den Beschwerdeführern eine letzte Frist bis zum 23. Januar 2023 gewährt, um die erforderlichen Unterlagen einzureichen. Ansonsten erfolge der Entscheid aufgrund der vorhandenen Akten. Mit Schreiben vom 23. Januar 2023 (act. 8.28) teilte der Rechtsvertreter der Vorinstanz mit, dass die Steuerverwaltung die Frist zur Einreichung der Steuererklärung für 2021 bis zum 31. März 2023 erstreckt habe. Sobald die Unterlagen vorlägen, werde er diese nachreichen.

5.2 Die Vorinstanz erliess am 23. März 2023 ihren negativen Rekursentscheid, ohne den Beschwerdeführern die Frist zur Einreichung weiterer Belege zu erstrecken. Darin kam sie zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin 1 keine verlässlichen Angaben und Unterlagen zu ihrem tatsächlichen Erwerbseinkommen machen könne. Infolge der langen Verfahrensdauer sei es ihr möglich gewesen, die selbständige Erwerbstätigkeit weiter zu betreiben und Nachweise für die Generierung des vorgebrachten existenzsichernden Einkommens zu bringen. Die Beschwerdeführerin 1 sei bis anhin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen. Seit dem 4. Mai 2021 betreffend Übersicht der Buchhaltung für das Jahr 2020 habe sie keinerlei Belege über ihre selbständige Erwerbstätigkeit sowie ihr daraus resultierendes Einkommen eingereicht. Die "Übersicht Buchhaltung 2020" werde aufgrund der fehlenden Angaben zum Covid-19-Kredit sowie der identischen Umsätze während jeweils drei Monaten angezweifelt. Angaben für das Jahr 2021 fehlten gänzlich. Auch über die aktuelle Schuldensituation habe die Vorinstanz keine Kenntnis, wodurch die Beschwerdeführerin 1 ihrer Mitwirkungspflicht gemäss Art. 90 AIG ebenfalls nicht nachgekommen sei. Sodann sei zu berücksichtigen, dass sich der finanzielle Aufwand der Familie der Beschwerdeführerin 1 durch die Geburt eines sechsten Kindes noch weiter erhöht habe.

Aufgrund der vorliegenden Aktenlage sei es schlüssig erstellt, dass die Beschwerdeführerin 1 keine Nachweise ihrer (aktuellen) selbständigen Erwerbstätigkeit eingereicht habe. Sie sei offenbar ebenfalls nicht in der Lage, ihren Lebensunterhalt zu finanzieren, ohne zusätzliche Schulden anzuhäufen. Aufgrund fehlender Belege bzw. Nachweise müsse die existenzsichernde selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 verneint werden. Folglich stehe ihr auch kein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA zu. Aufgrund des Wegfalls der originären Aufenthaltsbewilligung entfalle auch das Aufenthaltsrecht der Kinder 1 und 2 und die Gesuche von D., E. sowie F. seien abzuweisen.

- 5.3 Die Beschwerdeführer machen dagegen geltend, dass die Beschwerdeführerin 1 sowie die mittlerweile 3 gemeinsamen Kinder gestützt auf Art. 13 BV i.V.m. Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung hätten. Spätestens nachdem im Mai 2021 die Buchhaltung sowie die Lohnausweise von J. und der Beschwerdeführerin 1 eingereicht worden seien, sei der Rekurs vor der Vorinstanz spruchreif gewesen. Das Vorbringen der Vorinstanz, nicht die gesamte Buchhaltung eingereicht zu haben, sei rechtsmissbräuchlich und sei so auch nicht beantragt worden. Weitere Belege hätten von der Vorinstanz im Mai 2021 nachverlangt werden müssen. Das Rekursverfahren sei während einem Jahr und 5 Monaten liegen geblieben, ohne dass es dafür einen sachlichen Grund gäbe. Die Verschleppung habe dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin 6 keine Lehrstelle habe antreten können, weil ein Schwebezustand vorgelegen habe. Der Rekursinstanz sei fristgerecht mitgeteilt worden, dass innert der letztmalig erstreckten Frist entsprechende Unterlagen nicht eingereicht werden könnten, weil sie nicht existierten. Der Buchhalter habe zu diesem Zweck bei der Steuerbehörde eine letztmalige Frist bis Ende März 2023 zur Erstellung und Einreichung der Buchhaltungsunterlagen beantragen können. In der Weigerung, das Verfahren zu sistieren oder die Frist nochmals zu erstrecken, habe die Rekursinstanz der Beschwerdeführerin 1 jegliche Möglichkeit genommen, am Verfahren mitzuwirken. Dieses Verhalten sei umso missbräuchlicher, als dass sich die Rekursinstanz grundlos 1 ½ Jahre Zeit genommen habe, um in der Sache nichts zu machen. Die Rekursinstanz ignoriere während über eines Jahres Art. 3 VRPG vorsätzlich und werfe nun der Beschwerdeführerin 1 fehlende Mitwirkung vor. Damit handle die Vorinstanz rechtsmissbräuchlich. Hätte die Rekursinstanz im Sommer 2021 den Entscheid getroffen, hätte sie diesen gestützt auf die dannzumal eingereichte Begründung getätigt. Sie habe sich jedoch nicht mit den Argumenten der Beschwerdeführer befasst und damit das rechtliche Gehör verletzt.

6.

6.1 Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches - im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstands - den auf Grund der Rekursbegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Anfechtungs- und Streitgegenstand sind danach identisch, wenn die Verwaltungsverfügung insgesamt angefochten wird; bezieht sich demgegenüber der Rekurs nur auf einzelne der durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisse, gehören die nicht beanstandeten - verfügungsweise festgelegten - Rechtsverhältnisse zwar sowohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 131 V 164 E. 2.1; WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 3026). Nicht zum Streitgegenstand zählt hingegen die rechtliche Begründung; insofern der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen Anwendung findet, ist auf den in dessen Lichte rechtserheblichen Sachverhalt das Recht von Amtes wegen anzuwenden und fehlt eine Bindung an die von den Parteien vorgetragene rechtliche Begründung. Der dem zu beurteilenden Rechtsverhältnis zu Grunde liegende und im Lichte des anwendbaren Rechts rechtserhebliche Sachverhalt kann nach Massgabe des anwendbaren Verfahrensrechts unter Berücksichtigung der Vorgaben von Art. 110 BGG im Laufe des Verfahrens ergänzt werden (Urteil des Bundesgerichts 2C_69/2019 vom 4. November 2019 E. 2.1).

6.2 Die Vorinstanz hat sich nur am Rande mit der Rekurseingabe und der angefochtenen Verfügung vom 6. Oktober 2020 auseinandergesetzt. Sie hat den Rekurs jedoch aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht im Rekursverfahren und damit aufgrund eines neuen Sachverhalts abgewiesen. Aus welcher Bestimmung sich allenfalls ein Bewilligungsanspruch oder ein Widerrufsgrund ergibt, ist nicht eine Frage des Streitgegenstands, sondern der rechtlichen Begründung desselben (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 3044). Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung bzw. deren Widerruf aufgrund eines neuen Sachverhalts im Rekursverfahren ist daher grundsätzlich zulässig. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht zu Recht die Aufenthaltsbewilligungen widerrufen und die Beschwerdeführer aus der Schweiz weggewiesen hat.

7. Das Aufenthaltsbewilligungsverfahren ist ein öffentlich-rechtliches Verwaltungsverfahren. Demnach gilt für die Sachverhaltsfeststellung grundsätzlich die Untersuchungsmaxime (Art. 10 Abs. 1 VRPG). Diese wird jedoch ergänzt und relativiert durch die Mitwirkungspflicht der Parteien, welche insbesondere gegenüber den gesuchstellenden bzw. denjenigen Personen greift, welche das Verfahren eingeleitet haben (Art. 10 Abs. 4 VRPG). Dabei obliegt es der Behörde im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht, die Parteien darauf aufmerksam zu machen, zu welcher Tatsache und in welchem Ausmass sie bei der Sachverhaltsaufklärung mitwirken muss (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 1382). Ergänzend zu dieser Pflicht sieht

das Gesetz ausdrücklich eine besondere ausländerrechtliche Mitwirkungspflicht vor. Danach sind ausländische Personen sowie an ausländerrechtlichen Verfahren beteiligte Dritte verpflichtet, an der Feststellung des massgebenden Sachverhalts mitzuwirken. Sie müssen namentlich zutreffende und vollständige Angaben über wesentliche Tatsachen machen, die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einreichen oder sich darum bemühen, diese innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen, und, soweit ihnen das zumutbar ist, Ausweispapiere zu beschaffen oder bei deren Beschaffung durch die Behörde mitzuwirken (Art. 90 AIG).

Die Behörden können sich ihrer Abklärungspflicht jedoch nicht durch blossen Verweis auf die Mitwirkungspflicht entziehen. Sie haben die mit verhältnismässigem und zumutbarem Aufwand durchführbaren Untersuchungen selbst vorzunehmen. Die Mitwirkungspflicht der Parteien gilt namentlich für Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können. Im Vordergrund stehen dabei Umstände persönlicher und familiärer Art (Gesundheitszustand, familiäre Verhältnisse usw.) sowie tatsächliche Gegebenheiten im Ausland bzw. im Herkunftsstaat oder dem Staat der Staatsangehörigkeit wie die dortige wirtschaftliche, soziale und familiäre Situation (UEBERSAX/SCHLEGEL, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Aufl., 2022, N. 9.179 f.; BGE 122 II 385 E. 4c).

- 7.1 Aus den Akten geht hervor, dass der Rekurs am 27. Oktober 2020 eingereicht wurde. Nachdem der Rechtsvertreter der Rekurrenten am 4. Mai 2021 (act. 8.13) die Buchhaltung sowie den Lohnausweis von J. für das Jahr 2020 nachgereicht hatte, wäre das Verfahren entscheidreif gewesen. Die Vorinstanz blieb jedoch bis zum Schreiben vom 5. Oktober 2022, mit welchem sie die Beschwerdeführer zur Einreichung zahlreicher Dokumente aufforderte, untätig. Aufgrund des Beschleunigungsgebots hätte die Vorinstanz das Rekursverfahren beförderlich behandeln und ohne Verzug für dessen Erledigung sorgen müssen (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 3 VRPG). Strukturelle oder organisatorische Mängel vermögen die übermässige Dauer des Rekursverfahrens nicht zu rechtfertigen (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 140). Angesichts der Untätigkeit der Vorinstanz erscheint es als stossend, dass sie den Rekurs (auch) mit der Begründung abwies, dass Angaben für das Jahr 2021 gänzlich fehlen würden, jedoch nicht mit der Eröffnung des Rekursentscheids bis zum April 2023 zugewartet hat, obwohl ihr bekannt war, dass dem Buchhalter bei der Steuerbehörde eine Frist bis Ende März 2023 zur Erstellung und Einreichung der Steuererklärungen 2021 und 2022 gewährt wurde. Soweit die Vorinstanz die Belege für das Jahr 2020 als mangelhaft einstuft, hätte sie die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer darauf hinweisen müssen, dass die eingereichten Dokumente für den Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit ungenügend seien. Es wäre an ihr gewesen, diesbezüglich von den Beschwerdeführern

weitere Belege für das Jahr 2020 mit Verweis auf die Säumnisfolgen einzufordern. Im Weiteren ist nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz während der mehr als zweijährigen Verfahrensdauer bei den entsprechenden Behörden (Steuerbehörden, AHV-Ausgleichskasse, Verwaltungspolizei, Handelsregisteramt, Gemeindebehörden usw.) nicht selbst Informationen über die Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 eingeholt hat, zumal es sich dabei nicht um Tatsachen handelt, welche unter Art. 90 AIG fallen. Dies gilt aufgrund des Amts- und Rechtshilfegebots (Art. 11 VRPG) auch für den Stand des Konkursverfahrens und des Strafverfahrens, die aktuelle Schuldensituation, die Bestätigung, dass keine Sozialhilfe bezogen wird, die aktuelle Betreuungs- und Wohnsituation der 5 Kinder oder die Frage der Beistandschaft, wobei die Vorinstanz diesbezüglich offensichtlich bereits über einzelne Dokumente verfügte (act. 8.16). In diesem Zusammenhang ist nochmals hervorzuheben, dass für den Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit keine zu hohen Hürden aufgestellt werden dürfen (vgl. E. 3). Dazu kommt, dass wahrheitswidrige Angaben und Mitwirkungspflichtverletzungen nicht als hinreichend schwere Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 5 Anhang I FZA zu qualifizieren sind, welche einen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung rechtfertigen würden (SPRING, a.a.O., N. 478 mit Verweis auf Rechtsprechung und Lehre). Daher kann eine Verletzung der Mitwirkungspflicht im vorliegenden Fall nicht zu einem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und einer Wegweisung der Beschwerdeführer führen, zumal der Rekurs im Jahr 2021 ohne die Verfahrensverzögerung, welchen die Vorinstanz zu verantworten hat, wohl hätte gutgeheissen werden müssen.

- 7.2 In Anbetracht dieser Umstände kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Vorinstanz den Rekurs der Beschwerdeführer zu Unrecht aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen hat. Die Vorinstanz ist vielmehr ihrer Untersuchungsmaxime nicht nachgekommen und hat den Sachverhalt ungenügend abgeklärt. Aufgrund der Aktenlage bestehen immerhin Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin 1 eine effektive wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und bis anhin keine Sozialhilfe bezogen hat. Es steht jedoch nicht fest, dass die Beschwerdeführerin 1 zum jetzigen Zeitpunkt die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung erfüllt. Insoweit sind vielmehr (weitere) Sachverhaltsabklärungen erforderlich. Diese zu treffen, ist nicht Sache des Obergerichts, welches sich bei dieser Sachlage, auch zur Wahrung des Instanzenzugs, einer selbständigen Prüfung enthält. Es ist nicht Aufgabe des Obergerichts die erforderlichen ergänzenden Sachverhaltsfeststellungen als letzte kantonale Instanz selber zu erheben und als erste Instanz gestützt auf die dabei gewonnenen Erkenntnisse über die strittigen Aufenthaltsbewilligungen zu entscheiden. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 59 i.V.m. Art. 41 Abs. 2 VRPG). Diese wird zu klären haben, ob der Beschwerdeführerin 1 aktuell gestützt auf Art. 12 Abs. 1 Anhang 1 FZA eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen

ist. Dabei ist es der Vorinstanz überlassen, die Beschwerdeführerin 1 zunächst zur Einreichung detaillierter Nachweise aufzufordern oder bei den zuständigen Behörden direkt die massgeblichen Informationen einzuholen. Zudem hat sie neu den Umstand zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin 1 inzwischen mit dem niederlassungsberechtigten Vater der Beschwerdeführer 2 und 3 verheiratet ist (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 3044; Urteil des Bundesgerichts 2C_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3), woraus sich allenfalls ein zusätzlicher Bewilligungsanspruch ergibt (Art. 43 AIG). Im Weiteren wird sie zu beurteilen haben, ob und inwieweit die aktuelle Wohnsituation der Beschwerdeführer 2-6 und die Fremdplatzierungen den beantragten Aufenthaltsbewilligungen entgegenstehen. Dabei steht es der Vorinstanz frei, den Ausgang der Kindesschutzverfahren bis zum Entscheid über die Aufenthaltsbewilligungen abzuwarten bzw. das Rekursverfahren antragsgemäss zu sistieren. Im Übrigen ist es ihr unbenommen, die Sache ihrerseits an die verfügende Behörde zurückzuweisen (RUTH HERZOG, in: Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, N. 16 zu Art. 84 und N. 9 zu Art. 72).

8. Die Beschwerde ist demnach insoweit gutzuheissen, als dass der angefochtene Rekursentscheid aufzuheben ist und die Akten zur Fortsetzung des Verfahrens und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sind.
9. Nach Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Für dieses Verfahren wird eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- erhoben, welche der Vorinstanz auferlegt wird, wobei in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung zu verzichten ist. Die Gerichtskasse ist anzuweisen, den Beschwerdeführern den Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- zurückzuerstatten.
10. Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Die Parteientschädigung geht zulasten der unterliegenden Partei. Aus Billigkeitsgründen kann sie auch der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt werden (Art. 59 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 VRPG). Ausgangsgemäss ist dem Entschädigungsbegehren der Beschwerdeführer, welche bei der Redaktion der Beschwerde noch durch RA K. vertreten waren, zu entsprechen. Die Entschädigung setzt sich zusammen aus einem Honorar und den Barauslagen; die Mehrwertsteuer wird als Zuschlag in Rechnung gestellt (Art. 3 der Verordnung über den Anwaltstarif, AT, bGS 145.53). In Verfahren vor dem Obergericht in Verwaltungssachen wird das Honorar pauschal festgelegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c AT) und beträgt Fr. 1'000.-- bis Fr. 10'000.-- (Art. 16 Abs. 1 AT). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens richtet sich das Honorar nach den

besonderen Umständen des Falles. In Betracht fallen namentlich Art und Umfang der Bemühungen, die Schwierigkeiten des Falles sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten (Art. 17 AT). Grundsätzlich kann die mögliche Bandbreite der Honorare unterteilt werden in

- a) einfache, unterdurchschnittlich aufwändige Fälle, in denen ein Honorar von Fr. 1'000.00 bis zu Fr. 4'000.00 zu sprechen ist;
- b) mittlere Fälle, die durchschnittlich schwierige Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen betreffen und einen durchschnittlichen Aufwand benötigten, in denen ein Honorar in der Grössenordnung von Fr. 4'000.00 bis Fr. 7'000.00 angemessen erscheint; und
- c) schwierige Fälle sowohl bezüglich Sachverhalts- und/oder Rechtsfragen, in denen überdurchschnittlich umfangreiche Eingaben notwendig waren und umfangreiche Akten zu studieren waren, was ein Honorar von Fr. 7'000.00 bis Fr. 10'000.00, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.00 rechtfertigt.

Rechtsanwalt K. hat keine Kostennote eingereicht. Vorliegend ist die Entschädigung innerhalb des für die erste Fallgruppe - mit einfachen Rechtsfragen und unterdurchschnittlichem Aufwand - geltenden Rahmens von bis zu Fr. 4'000.-- festzulegen. Dem Aufwand und den Anforderungen angemessen erscheint ein Honorar in der Höhe von Fr. 1'500.--. Hinzu kommen die Barauslagen von pauschal 4% und die Mehrwertsteuer von 7.7%, was insgesamt zu einer Entschädigung von Fr. 1'680.10 zugunsten der Beschwerdeführer führt. Diese ist ausgangsgemäss der Vorinstanz aufzuerlegen.

11. Rückweisungsentscheide gelten nach der Regelung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) als Zwischenentscheide. Sie können unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden (BGE 134 II 124 E. 1.3; 140 V 282 E. 2).

Das Obergericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Rekursentscheid vom 23. März 2023 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu ergänzender Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung an das Departement Inneres und Sicherheit zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren wird eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- festgesetzt, welche auf die Staatskasse genommen wird.
3. Die Gerichtskasse wird angewiesen, den Beschwerdeführern den Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- zurückzuerstatten.
4. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'680.10 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
5. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, Art. 93 BGG). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
6. Mitteilung an:
 - A., mit Gerichtsurkunde
 - Departement Inneres und Sicherheit, mit Gerichtsurkunde
 - Amt für Inneres, Abteilung Migration, mit Gerichtsurkunde
nach Rechtskraft an:
 - die Gerichtskasse (im Dispositiv), interne Post

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Manuel Hüsler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 15. September 2023