

ben dargestellt, weshalb das behauptete schwere Rückenleiden nicht bewiesen werden konnte. Unter diesen Umständen darf er sich indessen nicht darauf berufen, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, weil sie ein rechtzeitig angebotenen Beweis nicht abgenommen habe (E. II./2.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 15. Mai 2009 in Sachen S.K. betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2008.28).

90 Rechtsverweigerung; Ausstellen des Ausländerausweises

I.c. wurde der beantragte Familiennachzug durch das Migrationsamt mit entsprechendem Beschluss bewilligt (E. II./3.1.). Selbst wenn man davon ausginge, dieser Beschluss sei lediglich als Zusicherung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen zu qualifizieren, haben die betroffenen Personen grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der zugesicherten Bewilligungen (E. II./3.4.).

Der Ausländerausweis stellt keine Bewilligung dar, sondern setzt eine solche voraus. Wurde der Aufenthalt bewilligt, sind Ausländerausweise den Betroffenen spätestens nach der Einreise auszuhändigen und so lange zu belassen, als sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten (E. II./4.)

Die Nichtaushändigung der Ausweise während über eines Jahres stellt eine Rechtsverweigerung dar (E. II./5.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 15. Dezember 2009 in Sachen A.H.Z., N.A.H.Z., G.A.H.Z., M.A.H.Z., S.A.H.Z., A.H.Z. und M.A.H.Z. betreffend Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (1-BE.2009.25).

Aus den Erwägungen

II. 3.1. Vorab ist festzuhalten, dass das Migrationsamt das Gesuch um Nachzug der Beschwerdeführer 2 bis 7 mit Entscheid vom 24. Juli 2008 bewilligt hatte. Dies geht einerseits aus dem Beschluss hervor, der durch den zuständigen Sektionschef und den mit dem Fall

offenbar betrauten Mitarbeiter unterzeichnet wurde ("Nach Aktenstudium und Beratung des Falls beschliessen die Unterzeichner: - der Familiennachzug wird bewilligt.") und andererseits aus der telefonischen Mitteilung an die damalige Vertreterin der Beschwerdeführer ("Mitteilung an Rechtsvertreterin, dass FN bewilligt wurde und dass das Migrationsamt des Kantons Aargau die Schweizerische Vertretung in Tansania ermächtigen wird, für die Kinder Einreisevisa auszufertigen.").

Von einer bereits erteilten Bewilligung ist auch deshalb auszugehen, weil nicht ersichtlich ist und dem Gesetz auch nicht entnommen werden kann, inwiefern die Migrationsbehörden mit Blick auf die Bewilligungserteilung noch Handlungen vornehmen oder Entscheide fällen müssten, um die Bewilligungserteilung abzuschliessen.

Bezüglich der heute über 18-jährigen Beschwerdeführerin 2 liegt mit der durch das BFM erteilten Visumsermächtigung zudem implizit die erforderliche Zustimmung des BFM vor.

Anders wäre allenfalls dann zu entscheiden, wenn nicht eine klare Bewilligungserteilung sondern lediglich eine Zusicherung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verfügt worden wäre. Davon kann jedoch vorliegend aufgrund der unmissverständlichen Aktenlage keine Rede sein.

An der bereits erteilten Bewilligung ändert überdies auch nichts, dass die Vorinstanz mit Einspracheentscheid vom 8. April 2008 die Sache zur Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen und zur Fällung eines neuen Entscheids im Sinne der Erwägungen an die zuständige Sektion des Migrationsamtes zurückgewiesen hatte. Es steht dem Rechtsdienst als Rechtsmittelbehörde zwar zu, eine Verfügung des Migrationsamtes aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhaltes und zur Fällung eines neuen Entscheids zurückzuweisen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Migrationsamt im Anschluss daran nicht aufgrund weiterer Überlegungen (insbesondere einer antizipierten Beweiswürdigung) zum Schluss kommen kann, ein beantragter Familiennachzug sei nun ohne weitere Sachverhaltsabklärungen zu bewilligen.

(...)

3.4. Selbst wenn man überdies davon ausginge, der Familiennachzug sei noch nicht bewilligt worden, würde dies nicht bedeuten, dass das Migrationsamt vollkommen frei wäre, nach Einreise der Betroffenen während Monaten weitere Abklärungen vorzunehmen.

3.4.1. Sowohl unter altem als auch unter neuem Verfahrensrecht wird der bewilligungspflichtige Aufenthalt (ohne Erwerbstätigkeit) in der Schweiz nach der Anmeldung der ausländischen Person geregelt (Art. 2 Abs. 1 ANAG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 ANAV, Art. 10 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VZAE).

Geht man davon aus, die "Regelung des Aufenthalts" nach erfolgter Einreise beinhalte auch die definitive Bewilligungserteilung und diese könne zwingend nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen, so wären der Beschluss vom 24. Juli 2008 und die anschliessenden Visumsermächtigungen für die Beschwerdeführer 2 bis 7 nicht als Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen, sondern lediglich als Zusicherungen zur Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen zu qualifizieren (vgl. BGE 2A.2/2000 vom 16. Mai 2000, E. 3a).

Dies bedeutete jedoch nicht, dass das Migrationsamt die Erteilung der zugesicherten Aufenthaltsbewilligungen nach erfolgter Einreise nach Belieben hinauszögern könnte. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben ausländische Personen, denen eine Aufenthaltsbewilligung zugesichert worden ist, grundsätzlich einen Rechtsanspruch, dass ihnen die zugesicherte Bewilligung erteilt wird (vgl. BGE 102 Ib 97, E. 1; BGE 2A.2/2000 vom 16. Mai 2000, E. 3b, BGE 2A.100/2003 vom 3. November 2003, E. 4.3). Eine Verweigerung der Bewilligungserteilung ist nur bei Vorliegen besonderer Gründe zulässig. In analoger Anwendung der Widerrufsvoraussetzungen ist nach Treu und Glauben zwischen den Interessen der gesuchstellenden Person, dass sich die Behörde an die Zusicherung hält, und dem öffentlichen Interesse an der rechtsgleichen Erteilung migrationsrechtlicher Bewilligungen abzuwägen. Bei dieser Interessenabwägung ist gegebenenfalls auch ein unbeabsichtigter Irrtum der Behörde in Betracht zu ziehen, wenn es sich im Lichte des wahren Sachverhaltes rechtfertigt, eine zugesicherte Bewilligung nicht zu erteilen (BGE 102 Ib 97, E. 4a).

3.4.2. Im vorliegenden Fall hätte dies zur Folge, dass die Beschwerdeführer 2 bis 7 nach der Mitteilung des Beschlusses vom 24. Juli 2008 und dem Erhalt der entsprechenden Visumsermächtigungen darauf vertrauen durften, dass ihnen nach der Einreise in die Schweiz Aufenthaltsbewilligungen zum Verbleib beim Beschwerdeführer 1 erteilt würden.

Das berechnete Vertrauen der Beschwerdeführer 2 bis 7 in die Bewilligungserteilung wäre nicht bereits dadurch zerstört worden, dass eine juristische Mitarbeiterin des Migrationsamtes der damaligen Rechtsvertreterin am 10. September 2008 telefonisch mitteilte, dass aus Sicht der Amtsleitung ein Fehlentscheid ergangen sei. Ungeachtet der Frage, ob diese bloss mündliche Auskunft überhaupt geeignet gewesen wäre, die vorhandene Vertrauensgrundlage in Form der schriftlichen Zusicherung der Einreiseerlaubnis zu erschüttern, könnte aufgrund der Akten nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass es der damaligen Rechtsvertreterin bzw. dem Beschwerdeführer 1 noch möglich gewesen wäre, die Beschwerdeführer 2 bis 7 rechtzeitig über das fragliche Telefonat zu informieren und von der Abreise aus Tansania abzuhalten.

Gemäss den Akten sind die Beschwerdeführer 2 bis 7 am 11. September 2008 aus ihrem Heimatland abgereist. Es erscheint zumindest nicht unwahrscheinlich, dass es der damaligen Rechtsvertreterin bzw. dem Beschwerdeführer 1 am Tag vor der Abreise nicht gelungen ist, seine Kinder telefonisch zu erreichen. Erst recht kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Abreisedatum von den Beschwerdeführern bewusst gewählt wurde, um einer allfälligen Annulla­tion der Einreisevisa zuvorzukommen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Planung der Reise für sechs Kinder von Tansania in die Schweiz zumindest mehrere Tage bzw. Wochen in Anspruch nimmt. Nach dem Gesagten würden sich aus den Akten keine genügenden Anhaltspunkte ergeben, dass die Beschwerdeführer 2 bis 7 im Zeitpunkt der Abreise aus Tansania nicht mehr auf die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen hätten vertrauen dürfen. Bei dieser Sachlage würde es keine Rolle spielen, dass die damaligen Rechtsvertreterin und unter Umständen auch der Beschwerdeführer 1 be-

reits vom Meinungsumschwung innerhalb des Migrationsamtes erfahren hatten.

Gegen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Bewilligungsverweigerung würde sodann sprechen, dass in casu kein unbeabsichtigter Irrtum vorliegt, sondern die zuständigen Personen einen Entscheid gefällt haben, der grundsätzlich in ihrem Kompetenzbereich liegt. Trotz der vorgängigen Rückweisung durch die Vorinstanz mit der Anweisung zu ergänzender Sachverhaltsabklärung ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die erstinstanzlich zuständige Behörde nach einer erneuten Überprüfung der Akten im Lichte der Erwägungen der Einspracheinstanz zum Schluss gelangt, dass zugunsten der betroffenen Personen auf (weitere) Abklärungen vor Ort verzichtet werden kann. Für die Beschwerdeführer war im Zeitpunkt der Mitteilung des Beschlusses vom 24. Juli 2008 im Übrigen nicht zweifelsfrei erkennbar, ob das Migrationsamt gänzlich auf Abklärungen verzichtet hatte, oder ob nach der letzten Mitteilung vom 7. Juli 2008 - trotz Ferienabwesenheit des mit dem Fall betrauten Mitarbeiters - allenfalls gewisse Sachverhaltsabklärungen getätigt worden waren. Dies hat umso mehr zu gelten, als Sachverhaltsnachforschungen betreffend die Beziehungsverhältnisse vor Ort, wie sie von der Vorinstanz in der Einspracheentscheid vom 8. April 2008 verlangt wurden, nicht zwingend unter Beteiligung der direkt betroffenen Personen durchgeführt werden müssen, sondern unter Umständen auch von einem Vertrauensanwalt im weiteren Umfeld dieser Personen erhoben werden können.

Schliesslich ergeben sich aus den Akten auch keine Hinweise, dass der Bewilligungserteilung im Zeitpunkt der Anmeldung offensichtliche andere Gründe - insbesondere ein Widerrufsgrund - entgegenstanden hätten.

3.4.3. Vor diesem Hintergrund würde das Interesse der Beschwerdeführer an der Bewilligungserteilung überwiegen. Nachdem das Migrationsamt die Erteilung der Bewilligung mit dem Hinweis, es seien zusätzliche Sachverhaltsabklärungen erforderlich, während Monaten hinausgezögert hat und sich nicht bei der ursprünglich abgegebenen Zusicherung behaften lassen will, würde bereits in dieser Hinsicht eine Rechtsverweigerung vorliegen.

(...)

4. Ausländerinnen und Ausländer erhalten gemäss Art. 41 Abs. 1 AuG mit der Bewilligung in der Regel einen entsprechenden Ausweis. Art. 71 VZAE konkretisiert, dass Ausländerinnen und Ausländer, die einer Bewilligungspflicht unterstehen, einen Ausländerausweis erhalten. Abs. 2 statuiert sodann eine Ausnahme von diesem Grundsatz, der im vorliegenden Fall jedoch nicht von Belang ist. Gemäss Art. 72 VZAE sind Ausländerinnen und Ausländer verpflichtet, den Ausländerausweis den Behörden auf Verlangen vorzuweisen oder innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen. Den Weisungen ist zudem Folgendes zu entnehmen (Weisungen BFM zum AuG vom 1. Juli 2009; Ziffer 3.1.7): "Kann er [der Ausweis] nicht vorgewiesen werden, ist bis zum Nachweis des Gegenteils davon auszugehen, dass die Ausländerin oder der Ausländer keine Bewilligung besitzt."

Nach dem Gesagten erhellt klar, dass der Ausländerausweis ein Dokument darstellt, welches den Betroffenen bescheinigt, dass und unter welchem Titel sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Der Ausweis stellt nicht eine Bewilligung dar, sondern setzt eine solche voraus. Wurde der Aufenthalt bewilligt, sind die Ausländerausweise spätestens nach der Einreise der Betroffenen unverzüglich auszuhändigen und so lange zu belassen, als sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Nur so können die Betroffenen gegenüber Behörden und Dritten belegen, dass sie sich mit Bewilligung in der Schweiz aufhalten. Die Nichtaushändigung der Ausweise ist genauso wenig statthaft wie der Einzug der Ausweise während eines laufenden Verfahrens (so auch Peter Bolzli, in: *Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht*, Zürich 2008, N 1 zu Art. 41).

Es ist auch nicht ersichtlich, gestützt auf welche Bestimmung die Migrationsbehörden berechtigt wären, die Aushändigung des Ausweises nach erteilter Aufenthaltsbewilligung von weiteren Abklärungen abhängig zu machen.

Zwar ist es den Behörden selbstverständlich unbenommen, bei Vorliegen entsprechender Anzeichen, gestützt auf Art. 62 f. AuG ein Verfahren betreffend Widerruf der erteilten Bewilligung einzuleiten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass während der Dauer des Verfahrens der Ausländerausweis zurückbehalten oder eingezogen werden dürf-

te. Vielmehr ist den Betroffenen der Ausweis auszuhändigen oder zu belassen, da sie sich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens rechtmässig in der Schweiz aufhalten und dies gemäss Art. 72 VZAE durch Vorweisung des Ausweises belegen können müssen.

5. Im vorliegenden Fall wurde der Familiennachzug der Beschwerdeführer 2 bis 7 am 24. Juli 2008 bewilligt. Nach ihrer Einreise in die Schweiz am 12. September 2008 haben sie sich in ihrer Wohngemeinde angemeldet und mehrfach um Aushändigung der Ausländerausweise ersucht. Trotz ihrer Bemühungen hat das Migrationsamt bis zum heutigen Zeitpunkt die Aushändigung der Ausweise verweigert, ohne dass dafür eine Rechtsgrundlage bestanden hätte. Die Nichtaushändigung der Ausweise während über eines Jahres stellt damit nicht mehr nur eine Rechtsverzögerung, sondern eine Rechtsverweigerung dar.

(...)

91 Verfahren; Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens

Personen, die für einen bloss vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, haben gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG den Entscheid grundsätzlich im Ausland abzuwarten. A fortiori gilt dies auch für illegal Anwesende (E. II./3.2.).

Der vom Migrationsamt ausdrücklich "tolerierte" Aufenthalt stellt i.c. keinen Verzicht auf Vollzugsmassnahmen, sondern die Erteilung einer provisorischen Aufenthaltsbewilligung dar (E. II./4.2.).

Die Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG gelten als offensichtlich erfüllt, wenn die Chancen der Bewilligungserteilung als bedeutend höher einzustufen sind als diejenigen der Bewilligungsverweigerung. Dass für eine Erteilung der Bewilligung allenfalls weitere Abklärungen erforderlich sind, lässt nicht darauf schliessen, es fehle bereits deswegen am offensichtlichen Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen (E. II./5.2.3.).

In Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG ist zu prüfen, ob im konkreten Fall angesichts der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interes-