

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00826 vom 7. Juli 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-07-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00826

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00826 du 7 juillet 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00826 del 7 luglio 2021

Regeste

Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat | Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Nichtzulassung des Rechtsvertreters zur persönlichen Befragung seiner Mandanten vor Migrationsamt. Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch umfasst auch das Recht auf Mitwirkung am Beweisverfahren. Das prozessuale Mitwirkungsrecht schliesst das Recht ein, sich im Verfahren vertreten zu lassen oder sich aber durch einen Beistand unterstützen bzw. begleiten zu lassen. Von der Möglichkeit der Vertretung ausgenommen sind Verfahrenshandlungen, die eine persönliche Mitwirkung des Betroffenen erfordern bzw. die der Natur der Sache nach nur vom Betroffenen ausgehen können. Ferner haben die Parteien keinen Anspruch darauf, sich von ihrem Rechtsvertreter bei gutachterlichen Explorationen begleiten zu lassen (E. 2.3.1). Wohl konnten sich die Beschwerdeführenden aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Anhörung nicht von ihrem Anwalt vertreten lassen. Indessen durften sie sich von ihm begleiten bzw. verbeiständen lassen. Sachliche Gründe für den Ausschluss des Rechtsvertreters liegen nicht vor: Weder liegt eine gutachterliche Exploration vor noch ist ersichtlich, inwiefern der Zweck der Einvernahme dadurch vereitelt würde, dass der Rechtsvertreter seine Klientschaft an die Anhörung begleitet und allenfalls Ergänzungsfragen stellt (E. 2.3.3). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs wiegt schwer, weshalb die vorinstanzlichen Entscheide aufzuheben sind (E. 2.3.4). Ferner ist auch der Grundsatz der Waffengleichheit verletzt (Art. 29 Abs. 1 BV). Sind nämlich die befragenden Sachbearbeiter des Migrationsamts selbst Partei, besteht zwischen ihr als Fachbehörde und den rechtsunterworfenen Gesuchstellern ein strukturell bedingtes Ungleichgewicht, welches auf Wunsch der Betroffenen durch die Präsenz eines fachkundigen Rechtsvertreters kompensiert werden kann (E. 2.4). Teilweise Gutheissung und Rückweisung an das Migrationsamt.

Erwägungen

E. 2

Die Beschwerdeführenden rügen zahlreiche Verfahrensmängel, auf welche im Einzelnen einzugehen ist.

E. 2.1

Am 25. Mai 2020 führte das Migrationsamt die Befragungen der Beschwerdeführenden Nr. 1 und 5 durch. Kurz vor Beginn der Befragungen bat RA F um Einlass, um seine Mandanten an der Befragung zu begleiten. Die Teilnahme sei ihm am Schalter des Migrationsamts ohne nähere Begründung verweigert worden.

E. 2.2

Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Nichtzulassung ihres Rechtsvertreters an der Parteibefragung verletze das in Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) statuierte Fairnessgebot bzw. werde in krasser Weise der Grundsatz der Waffengleichheit verletzt. Dies deshalb, weil die befragenden Sachbearbeitenden der Migrationsbehörde selbst Partei seien, wobei zwischen ihr als Fachbehörde und den rechtsunterworfenen Gesuchstellenden offenkundig ein strukturell bedingtes Ungleichgewicht bestehe. Als Kompensationsmassnahme sei daher die Präsenz eines fachkundigen Rechtsvertreters unabdingbar. Die Vorinstanz prüfte die Frage des Ausschlusses des Rechtsvertreters durch das Migrationsamt unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Dabei gelangte sie unter Bezug auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2004 (VB.2004.00043) zum Schluss, das Recht auf Vertretung bestehe nicht uneingeschränkt und könne im Interesse der Wahrheitsfindung eingeschränkt werden. Dies gelte insbesondere bei Anhörungen von Gesuchstellenden durch das Migrationsamt. Denn es entspreche ja gerade dem Zweck einer solchen mündlichen Anhörung, einen unmittelbaren und unverfälschten Eindruck von der Situation des Betroffenen zu gewinnen, welches sich nur durch eine direkte und unbeeinflusste Beantwortung der Fragen durch diesen selbst verwirklichen lasse. Das Migrationsamt habe den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt, zumal den Rekurrenten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei. Ferner ändere auch die durch die Schaffung der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) geänderte Rechtslage (Begleitung des Beschuldigten durch den Anwalt ab der ersten Einvernahme) nichts, da das Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht daran angepasst worden sei.

E. 2.3

Die dem Rechtsvertreter verweigerte Teilnahme an der persönlichen Befragung seiner Mandanten ist im Licht von Art. 29 Abs. 1 und 2 BV zu prüfen. Diese Verfahrensgrundrechte sind formeller Natur. Die unrechtmässige Nichtgewährung einzelner Ansprüche führt ungeachtet der materiell-rechtlichen Beurteilung zur Verfassungswidrigkeit und damit zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Bernhard Waldmann in: derselbe/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 29 BV N. 7; BGE 137 I 195 E. 2.2; 135 I 279 E. 2.6.1).

E. 2.3.1

Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Gehörsanspruch umfasst auch das Recht auf Mitwirkung am Beweisverfahren. Dieses wiederum umfasst den Anspruch, an der Erhebung wesentlicher Beweise teilzunehmen und sich zum Beweisergebnis zu äussern. Das prozessuale Mitwirkungsrecht schliesst das Recht ein, sich im Verfahren vertreten zu lassen oder sich aber durch einen Beistand unterstützen bzw. begleiten zu lassen (BGE 132 V 443 E. 3.3). Dieses Recht bezieht sich grundsätzlich auf alle Arten von Verfahren (René Wiederkehr/Kaspar Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz. 666). Das Recht auf Mitwirkung am Beweisverfahren und der Anspruch auf Vertretung gelten indessen nicht absolut (Waldmann, Art. 29 BV N. 59; Wiederkehr/Plüss, Rz. 667 und Rz. 684 auch zum Folgenden). So ist eine Einschränkung unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig, wenn sachliche Gründe es rechtfertigen. Von der Möglichkeit der Vertretung ausgenommen sind Verfahrenshandlungen, die eine persönliche Mitwirkung des Betroffenen erfordern bzw. die der Natur der Sache nach nur von dem Betroffenen ausgehen können, wie etwa die Teilnahme an einer persönlichen Einvernahme oder einer persönlichen Begutachtung. Ferner haben die Parteien nach der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Anspruch darauf, sich von ihrem Rechtsvertreter begleiten zu lassen, wenn sie selbst durch einen Sachverständigen/Experten wissenschaftlich begutachtet werden. Wird dem Vertreter im Nachhinein Einblick in das Gutachten gewährt und kann er hierzu Stellung nehmen, so ist dem rechtlichen Gehör genüge getan (BGE 119 Ia 260; BGE 144 I 253). Diese Differenzierung zwischen Verhandlung vor einem Gericht oder einer Behörde einerseits und Begutachtung durch Experten andererseits rechtfertigt sich insbesondere dann, wenn die Partei in einem Verfahren selber Gegenstand der Beweissmassnahme ist (BGE 144 I 253 E. 3.5; BGE 132 V 443 E. 3.5). Ein grundsätzlicher Anspruch auf Teilnahme und entsprechende Rechtsvertretung besteht jedoch insbesondere bei Zeugeneinvernahmen und Augenscheinen (BGE 132 V 443 E. 3.3). Ebenso wurde das Teilnahmerecht des Rechtsvertreters bejaht im Zusammenhang mit IV-relevanten Haushaltsabklärungen (BVGr, 12. Februar 2015, BVGE 2015/26, E. 4; Wiederkehr/Plüss, Rz. 667; a.M. Sozialversicherungsgericht BS, 11. Mai 2020, IV.2019.185). Auch im Geltungsbereich des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ist das Recht auf Vertretung gewährleistet. Auch bei Bestehen eines Vertretungsverhältnisses haben die Parteien nach Massgabe von § 7 VRG persönlich mitzuwirken (Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 21–21a, N. 11).

E. 2.3.2

In dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid des Verwaltungsgerichts erwog dieses im Hinblick auf ein ausländerrechtliches Ausweisungsverfahren, dass aus dem Gebot des rechtlichen Gehörs grundsätzlich kein Anspruch des Rechtsvertreters fliesse, im Ausweisungsverfahren an einer mündlichen Befragung des Beschwerdeführers persönlich teilzunehmen bzw. die entsprechenden Fragen zu beantworten oder Ergänzungsfragen zu stellen. Es entspreche ja gerade dem Zweck einer solchen mündlichen Anhörung, einen unmittelbaren und unverfälschten Eindruck von der Situation des Betroffenen zu gewinnen, was sich nur durch eine direkte und unbeeinflusste Beantwortung der Fragen durch diesen selbst verwirklichen lasse. Ausserdem fehle in Bezug auf das Ausweisungsverfahren eine die Parteiöffentlichkeit vorsehende gesetzliche Vorschrift, wonach auch der Rechtsbeistand des betroffenen ausländischen Staatsangehörigen zur Teilnahme an dieser besonderen Beweiserhebung berechtigt wäre. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genüge es somit, wenn dem Rechtsvertreter zumindest die Antworten des Befragten nachträglich zur Kenntnis gebracht bzw. zur Stellungnahme unterbreitet würden (VGr, 19. Mai 2004, VB.2004.00043, E. 2.3).

E. 2.3.3

In Anwendung von § 7 Abs. 1 VRG führte das Migrationsamt eine Befragung der Beteiligten durch. Im Rahmen dieser persönlichen Befragung konnten sich die Beschwerdeführenden Nrn. 1 und 5 aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Anhörung nicht durch ihren Anwalt vertreten lassen (siehe E. 2.3.1). Fraglich ist aber, ob sie sich von ihm hätten begleiten bzw. verbeiständen dürfen. Dies ist zu bejahen: Sachliche Gründe für den Ausschluss des Rechtsvertreters von der persönlichen Befragung seiner Klientschaft liegen hier nicht vor. Eine gutachterliche Exploration, für welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Einschränkung der Verbeiständung durch einen Rechtsvertreter vorsieht, steht hier nicht infrage. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern der Zweck der Einvernahme, welche der Sachverhaltsabklärung dient, dadurch vereitelt würde, dass der Rechtsvertreter seine Klientschaft an die Anhörung begleitet und gegebenenfalls

Ergänzungsfragen stellt. Der anderslautende Entscheid des Verwaltungsgerichts betreffend Ausweisung (VB.2004.00043) betraf einen Fall, in welchem das Migrationsamt davon ausgehen durfte, dass gar kein Vertretungsverhältnis zum früheren Anwalt mehr bestand, weshalb dem Amt eine Gehörsverletzung nicht vorgeworfen werden konnte. Ob sich die damaligen Erwägungen, wonach der Rechtsvertreter keinen Anspruch aufweise, an der Befragung im Ausweisungsverfahren teilzunehmen, vor dem Hintergrund, dass die Teilnahmerechte der Rechtsvertretung in der Zwischenzeit nicht nur im Strafprozess (vgl. Art. 159 StPO), sondern etwa auch im Asylbereich (vgl. Art. 102j Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG]) stark ausgebaut wurden, noch halten lassen, kann offengelassen werden. Von vornherein keine Beschränkung der Teilnahmerechte zu rechtfertigen vermag die vom Migrationsamt angeführte ausserordentliche Lage gestützt auf das Epidemien-gesetz (siehe Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19], AS 2020 783), welche es nicht erlaubt hätte, eine weitere Person in den Befragungsräumlichkeiten sicher unterzubringen. Es obliegt dem Migrationsamt, sich entsprechend zu organisieren.

E. 2.3.4

Das Migrationsamt verweigerte dem Rechtsvertreter die Teilnahme schliesslich auch, weil es im Zürcher Verwaltungsverfahren entgegen beispielsweise Art. 159 StPO an einer expliziten Grundlage für die Anwesenheit des Rechtsvertreters bei einer Parteibefragung durch die Behörde fehle. Dass das VRG hierzu keine explizite Bestimmung zur Vertretung enthält, anders als etwa Art. 11 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) oder Art. 159 StPO, hindert das Recht, sich im Geltungsbereich des VRG verbeiständen zu lassen, allerdings nicht: Vielmehr ergibt sich das Recht, sich verbeiständen zu lassen, direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV. Dieser ist auf alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden anwendbar bzw. alle Rechtsanwendungsverfahren, die in individuell-konkrete Hoheitsakte münden, wobei die Art der zuständigen Behörde (Verwaltung, Gericht, Regierung oder Parlament) unerheblich ist (Waldmann, Art. 29 BV N. 12). Indem das Migrationsamt RA F den Einlass zur Befragung seiner Klientenschaft verweigerte, verletzte es somit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden. Die Verletzung wiegt schwer, weshalb die vorinstanzlichen Entscheide aufzuheben sind.

E. 2.4

Der Vollständigkeit halber ist auf die Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit einzugehen: Der aus dem Anspruch auf "gleiche und gerechte Behandlung" in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden (Art. 29 Abs. 1 BV) fliessende Grundsatz der Waffengleichheit vermittelt den Parteien das gleiche Recht auf Verfahrenszugang und -beteiligung (Waldmann, Art. 29 BV N. 19). Dabei bedürfen strukturell bedingte Ungleichgewichte hinreichender Kompensationsmassnahmen, um den privaten Parteien eine vernünftige Chance zur Darlegung ihrer Standpunkte offenzuhalten (Waldmann, Art. 29 BV N. 21). Zu Recht rügen die Beschwerdeführenden auch diesen Grundsatz als verletzt: Sind die befragenden Sachbearbeitenden des Migrationsamts selbst Partei, besteht zwischen ihr als Fachbehörde und den rechtsunterworfenen Gesuchstellenden ein strukturell bedingtes Ungleichgewicht, welches – auf Wunsch der Betroffenen – durch die Präsenz eines fachkundigen Rechtsvertreters kompensiert werden kann. Diesem muss nicht nur die Begleitung seiner Klienten an die Befragung gestattet werden, sondern er hat auch das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen. Dies führt zur

teilweisen Gutheissung der Beschwerde. Das Verfahren ist zur erneuten Durchführung der Befragung der Beschwerdeführenden Nrn. 1 und 5 – unter Wahrung der Teilnahmerechte der Rechtsvertretung – an das Migrationsamt zurückzuweisen. Dabei wird das Migrationsamt die Beschwerdeführenden auch zur Beziehung der Beschwerdeführerin Nr. 1 zu O und dem im Kt. N eingeleiteten Ehevorbereitungsverfahren mit diesem zu befragen haben.

E. 3.1

Eine Rückweisung zu neuem Entscheid bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Nebenfolgen als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei zu behandeln (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2 f. mit Hinweisen; Marco Donatsch in: Kommentar VRG, § 64 N. 5). Damit sind die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Damit werden die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren gegenstandslos.

E. 3.2

Zudem ist der Beschwerdegegner zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung von je Fr. 1'500.- für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren und das Rekursverfahren zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 3.3

Die Beschwerdeführenden beantragen zudem, es sei ihnen für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren RA F als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 3.3.1

Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offenkundig aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ein Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung besteht, wenn sie zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). Offenkundig aussichtslos sind Begehren, deren Chancen auf Gutheissung derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N. 46). Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, die Gerichtskosten aus seinem Einkommen – nach Abzug der Lebenshaltungskosten – innert angemessener Frist zu bezahlen (Plüss, § 16 N. 20).

E. 3.3.2

Von der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerinnen Nrn. 1–4 kann aufgrund der Akten – die Beschwerdeführerinnen Nrn. 1–4 beziehen Nothilfe – ausgegangen werden. Ihr Begehren erwies sich nicht als offensichtlich aussichtslos, weshalb ihnen RA F als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren beizugeben ist. Anders gestaltet es sich beim Beschwerdeführer Nr. 5, welcher ein existenzsicherndes Einkommen von netto Fr. 5'090.- erzielt. Ihm ist ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu verweigern.

E. 3.3.3

Die Kostennote des unentgeltlichen RA F beläuft sich im Rekursverfahren auf Fr. 2'684.65 (inklusive Mehrwertsteuer), wobei ein Aufwand von 11 Stunden à Fr. 220.- sowie

Barauslagen von Fr. 72.60 geltend gemacht werden. Die Kostennote ist nicht zu beanstanden. In Berücksichtigung der Anrechnung der Parteientschädigung von Fr. 1'500.- ist der unentgeltliche Rechtsbeistand aus der Staatskasse noch mit Fr. 1'184.65 zu entschädigen.

E. 3.3.4

Für das Beschwerdeverfahren werden Fr. 3'762.50 (inklusive Mehrwertsteuer) in Rechnung gestellt, wobei ein Zeitaufwand von 15 Stunden und 25 Minuten à Fr. 220.- und Barauslagen von Fr. 101.75 geltend gemacht werden. Der Aufwand erweist sich als gerade noch haltbar. Der unentgeltliche Rechtsbeistand ist zufolge Anrechnung der anzurechnenden Parteientschädigung von Fr. 1'500.- von der Gerichtskasse im Umfang von Fr. 2'262.50 zu entschädigen. In Bezug auf den von der Gerichts- bzw. Staatskasse zu bezahlenden Betrag ist die Beschwerdeführerin Nr. 1 gestützt auf § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 16 Abs. 4 VRG darauf aufmerksam zu machen, dass sie Nachzahlung leisten muss, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

E. 4

Der vorliegende Rückweisungsentscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird. Andernfalls kann lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte ergriffen werden. Die Beschwerde ist zudem nur zulässig, wenn der Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.