

Stefanie Eva Peter

Öffentliche Verhandlung im Ausländerrecht

Ein Überblick zur (kantonalen) Rechtsprechung sowie Darlegung
der materiellen und prozessualen Voraussetzungen einer
ausländerrechtlichen Verhandlung



Stefanie Eva Peter

Öffentliche Verhandlung im Ausländerrecht

**Ein Überblick zur (kantonalen) Rechtsprechung sowie
Darlegung der materiellen und prozessualen Voraus-
setzungen einer ausländerrechtlichen Verhandlung**

Dissertatio

Editions Weblaw, Bern 2024

Dr. iur. Stefanie Eva Peter, Rechtsanwältin

Luzerner Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Mit Entscheid vom 7. November 2023 hat die Rechtswissenschaftliche Fakultät diese Arbeit auf Antrag der Erstgutachterin, Prof. Dr. iur. Martina Caroni, LL.M. (Yale), und des Zweitgutachters, Prof. Dr. iur. Peter Uebersax, als Dissertation angenommen.

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-231-4

© Editions Weblaw, Bern 2024

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

DANK

Auf die Idee gebracht hat mich mein ehemaliger Vorgesetzter lic. iur. Andreas Frei. Dafür bin ich von Herzen dankbar!

Bundesrichterin Prof. Dr. iur. Julia Hänni, Doktormutter der ersten Stunde, bis sie ans Bundesgericht gewählt wurde, bestärkte mich in diesem Vorhaben und verschaffte mir den universitären Rückhalt. Ihr habe ich herzlich zu danken. Weiter bedanke ich mich bei Prof. Dr. iur. Martina Caroni, LL.M. (Yale), Erstgutachterin, welche die Betreuung übernommen hatte und mir Freiheit bei der Ausarbeitung dieser Dissertation gewährte. Prof. Dr. iur. Peter Uebersax, Zweitgutachter, danke ich u. a. für seinen geschätzten Input auch mal eine schärfere Formulierung zu verwenden. Ein grosses Dankeschön geht sodann an Dr. Kerstin Nebel, welche die wertvolle sprachliche Korrektur vornahm.

Optimal vorbereitet für das vorliegende Vorhaben haben mich meine Eltern und meine zwei Brüder. Die vielen in meiner Jugend fast täglich stattgefundenen Diskussionen haben meinen Durchhaltewillen gestärkt und meine kritische Denkweise enorm gefördert. Babi, Mami, Tobi und Marco: Ich danke euch von ganzem Herzen!

Die grösste und wertvollste Unterstützung in jeglicher Hinsicht erfahre ich von Loran, welcher mir auch an sehr harzig laufenden Tagen einen Lachanfall beschert(e). Ohne dich hätte ich diese Arbeit nicht geschrieben. ¡Muchas gracias mi amor!

Für die regelmässige ebenfalls notwendige Ablenkung vom Vorhaben sorgten, neben Loran und meiner Familie, meine Herzensmenschen: Basil, Feli, Irina, Jasmine, Jenny, Kathrin, Kylie, Kurt, Marc, Manuela, Maria, ND, Nico, Robin, Sandro, Sarah, Sebi, Simon, Ursina und Vale. Herzlichen Dank! Prost!

INHALTSVERZEICHNIS

Dank.....	III
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XXXI
Kapitel 1: Einleitung.....	1
I. Ausgangslage	1
II. Gegenstand der Arbeit	3
III. Vorgehen und Gliederung	3
Kapitel 2: Grundlagen zur Mündlichkeit.....	5
I. Einleitung.....	5
II. Mündliche Kommunikation in sprachwissenschaftlicher Hinsicht.....	6
1. Komponenten der Mündlichkeit	7
2. Multimodalität der Mündlichkeit.....	10
3. Merkmale mündlicher Interaktion.....	14
III. Funktionen der Mündlichkeit im Verfahren.....	16
IV. Mündlichkeit als Aspekt eines fairen Verfahrens.....	21
1. Einleitung.....	21
2. Recht auf ein faires Verfahren	21
3. Persönliche Teilnahme an der Verhandlung.....	24
4. Grundsatz der Öffentlichkeit	26
V. Zwischenfazit.....	29
Kapitel 3: Mündlichkeit im ausländerrechtlichen Verfahren.....	31
I. Grundlagen zum ausländerrechtlichen Verfahren	31
II. Rechtsgrundlagen zur Mündlichkeit: Bund und Kantone.....	35

1.	Ausgangslage auf Bundesebene	35
1.1	Bundesverfassung (BV)	35
a	Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).....	35
b	Öffentliche gerichtliche Verhandlung (Art. 30 Abs. 3 BV)	37
1.2	Bundesgerichtsgesetz (BGG)	39
a	Grundsatz zum Beweisverfahren (Art. 55 BGG).....	39
b	Anwesenheit der Parteien (Art. 56 BGG)	40
c	Parteiverhandlung (Art. 57 BGG)	41
d	Beratung (Art. 58 BGG)	42
e	Öffentlichkeit (Art. 59 BGG)	43
f	Mündliche Entscheideröffnung (Art. 60 Abs. 2 BGG)	45
1.3	Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)	45
a	Auskünfte von Parteien und Drittpersonen (Art. 12 VwVG)	45
b	Mitwirkung (Art. 13 VwVG).....	48
c	Parteirechte (Art. 18 VwVG).....	50
d	Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG)	52
e	Vorgängige Anhörung der Partei (Art. 30 VwVG)	54
f	Beweisanerbieten (Art. 33 VwVG)	57
g	Mündliche Eröffnung (Art. 34 Abs. 2 VwVG)	59
h	Mündliche Verhandlung (Art. 57 Abs. 2 VwVG)	60
1.4	Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG)	62
a	Parteiverhör (Art. 39 Abs. 2 VGG).....	62
b	Parteiverhandlung (Art. 40 VGG)	62
c	Mündliche Beratung (Art. 41 Abs. 2 VGG).....	63
1.5	Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG).....	64
1.6	Exkurs: Art. 12 UNO-Kinderrechtskonvention (KRK).....	65
2.	Ausgangslage auf kantonaler Ebene	66
2.1	Befragung der am Verfahren beteiligten Personen.....	68

2.2	Mitwirkungspflicht der Parteien.....	70
2.3	Vorgängige Anhörung und Teilnahmerechte	71
2.4	Mündliche Verhandlung	72
2.5	Mündliche Eröffnung eines Entscheids	73
3.	Wesentliche Erkenntnisse zu den Rechtsgrundlagen auf Bundes- und kantonaler Ebene	74
III.	Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK	76
IV.	Standpunkte in der Lehre	82
V.	Praxis: Bund und Kantone	89
1.	Praxis auf Bundesebene	89
1.1	Persönliche Anhörung bzw. (öffentliche) Verhandlung vor Bundesgericht	89
1.2	Persönliche Anhörung bzw. (öffentliche) Verhandlung vor Bundesverwaltungsgericht	93
2.	Praxis der persönlichen Anhörung bzw. (öffentlichen) Verhandlung auf kantonaler Ebene.....	94
2.1	Verwaltungsgericht des Kantons AG.....	94
2.2	Obergericht des Kantons AR.....	95
2.3	Verwaltungsgericht des Kantons BE.....	96
2.4	Kantonsgericht BL	97
2.5	Appellationsgericht des Kantons BS.....	100
2.6	Kanton GE	101
a	Verwaltungsgericht erster Instanz des Kantons GE.....	101
b	Kantonsgericht GE	101
2.7	Verwaltungsgericht des Kantons GL.....	103
2.8	Verwaltungsgericht des Kantons GR.....	103
2.9	Verwaltungsgericht des Kantons JU.....	103
2.10	Verwaltungsgericht des Kantons SO	104
2.11	Kantonsgericht VD.....	104
2.12	Verwaltungsgericht des Kantons ZH.....	105

3. Wesentliche Erkenntnisse aus der Praxis der persönlichen Anhörung bzw. (öffentlichen) Verhandlung	105
VI. Zwischenfazit.....	107
Kapitel 4: Voraussetzungen einer (öffentlichen) Verhandlung.....	109
I. Ausgangslage	109
II. Materielle Voraussetzungen einer (öffentlichen) Verhandlung	110
1. Persönliche Umstände als Zulassungsvoraussetzungen.....	110
1.1 Besondere persönliche Beziehungen von Rentnerinnen zur Schweiz (Art. 28 lit. b AIG)	110
1.2 Schwerwiegender persönlicher Härtefall (Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG)	112
2. Persönliche Umstände im Rahmen eines Familiennachzugs	116
2.1 Nachträglicher Familiennachzug (Art. 47 Abs. 4 AIG)	116
2.2 Getrenntleben von Eheleuten (Art. 49 AIG).....	118
2.3 Erlöschen des Ehewillens (Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG)	120
2.4 Nachehelicher Härtefall (Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG)	121
3. Persönliche Umstände bei Beendigung des Aufenthalts.....	126
3.1 Rechtsmissbrauch (Art. 51 AIG).....	126
3.2 Persönliche Interessen beim Widerruf von Bewilligungen (Art. 62 und 63 AIG)	128
a Täuschende Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen.....	130
b Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe.....	131
c Verstoss gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit.....	132
d Nichteinhaltung einer mit der Bewilligung verbundenen Bedingung	134
e Sozialhilfeabhängigkeit.....	135
f Nichteinhaltung der Integrationsvereinbarung	136
4. Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK).....	137
III. Prozessuale Aspekte bei der Durchführung einer (öffentlichen) Verhandlung.....	139

1.	Verfahrensstufe.....	139
2.	Verfahrensstadium	141
3.	Antrag zur Anordnung einer (öffentlichen) Verhandlung.....	142
IV.	Wesentliche Erkenntnisse.....	143
1.	Beziehungen	143
2.	Ansichts- und Verhaltensänderung.....	144
3.	Beweg- und Hintergründe	145
4.	Soziale Integration.....	145
	Kapitel 5: Schlussbetrachtung.....	147

Einleitende Lesebemerkung: Soweit sich vorliegend eine geschlechtsneutrale Formulierung nicht anbietet, wird das generische Femininum verwendet. Wo nichts Gegenständiges angemerkt ist, bezieht sich die Verwendung der femininen Form nicht nur auf Frauen, sondern auf Personen aller Geschlechter.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
AG	Kanton Aargau
AGAIG FR	Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration des Kantons Freiburg vom 13. November 2007 (SGF 114.22.1)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AIG	Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AusV AI	Ausländerverordnung des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 23. März 2009 (GS AI 142.110)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BE	Kanton Bern
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)

BGer	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (nicht amtlich publiziert)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
bGS	Bereinigte (systematische) Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden (ab 1979)
BGS	solothurnische Bereinigte Gesetzessammlung
BGS ZG	bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BL	Kanton Basel-Landschaft
BLV	base législative vaudoise
BR	Bündner Rechtsbuch (Systematische Sammlung)
BS	Kanton Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVGer	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (nicht amtlich publiziert)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
bzw.	beziehungsweise
Cpa JU	Code de procédure administrative de la République et canton du Jura du 30 novembre 1978 (RSJ 175.1)

d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EAuV SO	Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz des Kantons Solothurn vom 21. Juli 2011 (BGS 512.153)
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EGAR AG	Einführungsgesetz zum Ausländerrecht des Kantons Aargau vom 25. November 2008 (SAR 122.600)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	und folgende (Seite/-n, Randnummer/-n, Randziffer/-n)
FR	Kanton Freiburg
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681)
GDB	Gesetzesdatenbank des Kantons Obwalden
GE	Kanton Genf
GL	Kanton Glarus

GO SO	Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Solothurn vom 13. März 1977 (BGS 125.12)
GR	Kanton Graubünden
GS	Gesetzessammlung
Habil.	Habilitationsschrift
HAP	Handbücher für die Anwaltspraxis
Hrsg.	Herausgeberin
i. V. m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
JG SH	Justizgesetz des Kantons Schaffhausen vom 9. November 2009 (SHR 173.200)
JU	Kanton Jura
Komm.	Kommentar
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention, SR 0.197)
LaLEtr GE	Loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers de la République et canton de Genève du 16 juin 1988 (rsGE F 2 10)
LALSI TI	Legge di applicazione alla legislazione federale sugli stranieri e la loro integrazione della Repubblica e cantone Ticino dell'8 giugno 1998 (RL 143.100)
LILSEE NE	Loi d'introduction de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers de la République et canton de Neuchâtel du 12 novembre 1996 (RSN 132.02)
lit.	litera
LOJ GE	Loi sur l'organisation judiciaire de la République et canton de Genève du 26 septembre 2010 (rsGE E 2 05)

LPA GE	Loi sur la procédure administrative de la République et canton de Genève du 12 septembre 1985 (rsGE E 5.10)
LPA VD	Loi sur la procédure administrative du canton de Vaud du 28 octobre 2008 (BLV 173.36)
LPAm TI	Legge sulla procedura amministrativa della Repubblica e cantone Ticino del 24 settembre 2013 (RL 165.100)
LPJA NE	Loi sur la procédure et la juridiction administratives de la République et canton de Neuchâtel du 27 juin 1979 (RSN 152.130)
LS	Zürcher Loseblattsammlung
LU	Kanton Luzern
LVLEI VD	Loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 18 décembre 2007 (BLV 142.11)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note
NAG BS	Gesetz über Niederlassung und Aufenthalt des Kantons Basel-Stadt vom 11. Januar 2017 (SG BS 122.200)
NE	Kanton Neuenburg
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung
Nr.	Nummer
NW	Kanton Nidwalden
OFK	Orell Füssli Kommentar
OG BS	Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 (Organisationsgesetz, SG BS 153.100)
OW	Kanton Obwalden

Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
PK	Praxiskommentar
RB	Rechtsbuch
RL	Raccolta delle leggi del cantone Ticino
Rn	Randnummer
rsGE	Recueil systématique de la législation genevoise
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSJ	Recueil systématique jurassien
Rz	Randziffer
S.	Seite/-n
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SEM	Staatssekretariat für Migration
SG	Kanton St.Gallen
SG BS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGS	Systematische Gesetzessammlung
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SHK	Stämpfli's Handkommentar
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SO	Kanton Solothurn
sog.	sogenannt

SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRSZ	Systematische Rechtssammlung des Kantons Schwyz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SZ	Kanton Schwyz
TG	Kanton Thurgau
TI	Kanton Tessin
UNO	United Nations Organization
UR	Kanton Uri
u. U.	unter Umständen
VD	Kanton Waadt
VerwGG AI	Verwaltungsgerichtsgesetz des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 25. April 2010 (GS AI 173.400)
VerwVG AI	Verwaltungsverfahrensgesetz des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 30. April 2000 (GS AI 172.600)
VFP	Verordnung über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten, zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.32)
vgl.	vergleiche

VPO BL	Verwaltungsprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 16. Dezember 1993 (SGS BL 271)
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz
VRG FR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg vom 23. Mai 1991 (SGF 150.1)
VRG GL	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Glarus vom 4. Mai 1986 (GS GL III G/1)
VRG GR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Graubünden vom 31. August 2006 (BR 370.100)
VRG LU	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern vom 3. Juli 1972 (SRL 40)
VRG NW	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Nidwalden vom 8. Februar 1985 (NG 265.1)
VRG SO	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Solothurn vom 15. November 1970 (BGS 124.11)
VRG SH	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Schaffhausen vom 20. September 1971 (SHR 172.200)
VRG TG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau vom 23. Februar 1981 (RB TG 170.1)
VRG ZG	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zug vom 1. April 1976 (BGS ZG 162.1)
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)
VRP SG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St.Gallen vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1)
VRP SZ	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Schwyz vom 6. Juni 1974 (SRSZ 234.110)

VRPG AG	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2007 (SAR 271.200)
VRPG AR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 9. September 2002 (bGS 143.1)
VRPG BE	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21)
VRPG BS	Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt vom 14. Juni 1928 (SG BS 270.100)
VRPV UR	Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Uri vom 23. März 1994 (RB UR 2.2345)
VS	Kanton Wallis
VVRG VS	Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Wallis vom 6. Oktober 1976 (SGS VS 172.6)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 142.201)
VwVG BL	Verwaltungsverfahrensgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 13. Juni 1988 (SGS BL 175)
VwVV OW	Verwaltungsverfahrensverordnung des Kantons Obwalden vom 29. Januar 1998 (GDB 133.21)
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
z. B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Abkürzungsverzeichnis

ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 272)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

LITERATURVERZEICHNIS

AEMISEGGER HEINZ, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 2008, S. 18 ff.

ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates. Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern 2000

ARGYLE MICHAEL/DEAN JANET, Eye-contact, Distance and Affiliation, Sociometry, 1965 (28/3), S. 289 ff.

AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2019 (zit. BEARBEITERIN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. VwVG RZ)

AUSTIN WILLIAM/WILLIAMS THOMAS/WORCHEL STEPHEN/WENTZEL ADLER ALLISON/SIEGEL DANIEL, Effect of Mode of Adjudication, Presence of Defense Counsel, and Favorability of Verdict on Observers' Evaluation of a Criminal Trial, Journal of Applied Social Psychology, 1981 (11/4), S. 281 ff.

BIERHOFF HANS-WERNER, Sozialpsychologie, 6., überarbeitete und erweiterte A., Stuttgart 2006

BUNGARTEN THEO, Die Rolle der Mündlichkeit im Rechtsleben aus kommunikations-theoretischer Sicht, in: WALTER TONIO (Hrsg.), Die Mündlichkeit im Rechtsleben, IV. Interdisziplinäre und internationale Tagung des Arbeitskreises Sprache und Recht der Universität Regensburg am 26. und 27. April 2012, Tübingen 2016, S. 69 ff.

BURKART ROLAND, Kommunikationswissenschaft, 5., völlig überarbeitete und aktualisierte A., Wien 2019

BUSINGER MARTIN, Ausländerrechtliche Haft. Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2014

CARONI MARTINA/SCHEIBER NICOLE/PREISIG CHRISTA/ZOETEWEIJ MARGARITE, Migrationsrecht, 4. A., Bern 2018

CASPER JONATHAN D./TYLER TOM R./FISHER BONNIE, Procedural Justice in Felony Cases, Law & Society Review, 1988 (22/3), S. 483 ff.

CRAIG PAUL, Administrative Law, 7. A., London 2012

DEPPERMAN ARNULF, Sprache in der multimodalen Interaktion, in: DEPPERMAN ARNULF/REINEKE SILKE (Hrsg.), Sprache im kommunikativen, interaktiven und kulturellen Kontext, Germanistische Sprachwissenschaft um 2020, Band 3, Berlin/Boston 2018, S. 51 ff.

EISENBERG PETER, Phonem und Graphem, in: WÖLLSTEIN ANGELIKA/DUDENREDAKTION (Hrsg.), Duden, die Grammatik, Band 4, 9., vollständig überarbeitete und aktualisierte A., Berlin 2016, S. 19 ff.

EKMAN PAUL, Basic Emotions, in: DALGLEISH TIM/POWER MICK J. (Hrsg.), Handbook of Cognition and Emotion, New York, 1999, S. 45 ff.
(zit. EKMAN, Emotions, S.)

Facial Expressions, in: DALGLEISH TIM/POWER MICK J. (Hrsg.), Handbook of Cognition and Emotion, New York, 1999, S. 301 ff.

(zit. EKMAN, Expressions, S.)

What Scientists who study emotion agree about, Perspectives on Psychological Science, 2016, (11/1), S. 31 ff.

(zit. EKMAN, Perspectives on Psychological Science, 2016, S.)

EPP ASTRID, Divergierende Konzepte von «Verfahrensgerechtigkeit». Eine Kritik der Procedural Justice Forschung, WZB Discussion Paper, FS II 98–302, Berlin 1998

ESTERMANN JOSEF, Quod non est in actis non est in mundo. Standards und Modi der Sachverhaltsfeststellung in gerichtlichen Verfahren, in: ESTERMANN JOSEF (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung: Beiträge zum Kongress «Wie wirkt Recht?» Luzern (2008), Bern 2009, S. 180 ff.

FEDI ANGELO/MEYER KILIAN/MÜLLER DORIAN, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, Basel 2014

FEZER GERHARD, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, Diss. Tübingen 1970

FIEHLER REINHARD, Gesprochene Sprache, in: WÖLLSTEIN ANGELIKA/ DUDENREDAKTION (Hrsg.), Duden, die Grammatik, Band 4, 9., vollständig überarbeitete und aktualisierte A., Berlin 2016, S. 1181 ff.

(zit. FIEHLER, Gesprochene Sprache, S.)

Mündliche Kommunikation, in: BECKER-MROTZEK MICHAEL (Hrsg.), Mündliche Kommunikation und Gesprächsdidaktik, Deutschunterricht in Theorie und Praxis, Band 3, 3., unveränderte A., Baltmannsweiler 2015, S. 25 ff.

(zit. FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S.)

Von der Mündlichkeit zur Multimodalität...und darüber hinaus, in: GRUNDLER ELKE/SPIEGEL CARMEN (Hrsg.), Konzeptionen des Mündlichen – wissenschaftliche Perspektiven und didaktische Konsequenzen, Band 3, Bern 2014, S. 13 ff.

(zit. FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S.)

FRICKE ELLEN, Grammatik multimodal. Wie Wörter und Gesten zusammenwirken, Linguistik – Impulse & Tendenzen, Band 40, Berlin/Boston 2012

FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3., vollständig neu bearbeitete A., Kehl 2009

(zit. FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. Rn.).

GHERMAN MARIA, Immigration appeals are much more likely to succeed if there's an oral hearing, abrufbar unter: <<https://www.freemovement.org.uk/immigration-appeals-are-much-more-likely-to-succeed-if-there-s-an-oral-hearing>>, zuletzt besucht am 8. März 2021

GJON DAVID, «Gefühlsjurisprudenz» an Verwaltungsgerichten, plädoyer 4/2019, S. 11 ff.

GOODWIN CHARLES/GOODWIN MARJORIE H., Gesture and coparticipation in the activity of searching for a word, *Semiotica*, 1986 (62/1-2), S. 51 ff.

GRIFFEL ALAIN (HRSG.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3., vollständig überarbeitete A., Zürich/Basel/Genf 2014
(zit. AUTORIN, in: Kommentar VRG, § N.)

GRIMES MARCIA, Organizing consent: The role of procedural fairness in political trust and compliance, European Journal of Political Research, 2006 (45/2), S. 285 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10., vollständig überarbeitete und erweiterte A., Zürich/Basel/Genf 2020

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8., überarbeitete A., Zürich 2020

HALL EDWARD T., The Hidden Dimension. An anthropologist examines man's use of space in public and in private, New York 1990

HEATH CHRISTIAN, Body movement and speech in medical interaction, Cambridge 1986

HERZOG RUTH, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995

HERZOG RUTH/DAUM MICHEL (HRSG.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, 2., erweiterte A., Bern 2020
(zit. AUTORIN, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. N.)

KAUFMANN ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Luzern 2013

KEMPE SEBASTIAN, Die Scheinehe im ausländer- und zivilstandsrechtlichen Verwaltungsverfahren, Diss., Zürich 2020

KIENER REGINA/RÜTSCHE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2021

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3., vollständig überarbeitete A., Zürich/Basel/Genf 2013

LANGENBACH PASCAL, Der Anhörungseffekt, Verfahrensfairness und Rechtsbefolgung im allgemeinen Verwaltungsverfahren, Beiträge zum Verwaltungsrecht, Band 3, Tübingen 2017

LEC STANISLAW JERZY, Sämtliche unfrisierte Gedanken, 4. A., München 2020

LIND ALLAN E./KULIK CAROL T./AMBROSE MAUREEN/DE VERA PARK MARIA V., Individual and Corporate Dispute Resolution, Using Procedural Fairness as a Decision Heuristic, Administrative Science Quarterly, 1993 (38/2), S. 224 ff.

LINELL PER, The Written Language Bias in Linguistics, Paper Series Department of Communication Studies / University of Linköping, Studies in Communications (SIC) 2, Linköping 1982.

LUCKE DORIS, Akzeptanz, Legitimität in der «Abstimmungsgesellschaft», Wiesbaden 1995

LUHMANN NIKLAS, Legitimation durch Verfahren, 10. A., Frankfurt am Main 2017

MACCOUN ROBERT J., Voice, Control, and Belonging: The Double-Edged Sword of Procedural Fairness, Annual Review of Law and Social Science, 2005 (1), S. 171 ff.

MEYER KILIAN, Mündlichkeit im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht, in: «Justice-Justiz-Giustizia» 2017/1

MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (HRSG.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. A., Baden-Baden/Basel/Wien 2017

(zit. AUTORIN, in: EMRK Handkommentar, Art. Rn)

MÜLLER MARKUS, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2010

MÜLLER JÖRG P./SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (HRSG.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. A., Basel 2018
(zit. BSK BGG-BEARBEITERIN, Art. N.)

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4., vollständig aktualisierte A., Basel 2021

RICHLI PAUL, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBI 92/1991, S. 381 ff.

RIZVI SALIM S./SCHINDLER BENJAMIN/CAVELTI URS PETER (HRSG.), Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2020 (zit. PK VRP/SG-BEARBEITERIN, Art. N.)

RÖHL KLAUS E., Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice), Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1993 (14/1), S. 9 ff.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SPESCHA MARC, Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten. Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte, AJP 2009, S. 1103 ff.

SCHINDLER BENJAMIN, Beschleunigungspotentiale im öffentlichen Verfahrensrecht, AJP 2012, S. 13 ff.

SCHMITT REINHOLD, Koordination. Analysen zur multimodalen Interaktion, Studien zur deutschen Sprache, Band 38, Tübingen 2007
(zit. SCHMITT, Koordination, S.)

Körperlich-räumliche Aspekte der Interaktion, Studien zur Deutschen Sprache, Band 64, Tübingen 2013

(zit. SCHMITT, Aspekte, S.)

SCHÖBEL HEINO, Die verbliebene Rolle der Mündlichkeit im Rechtsleben aus juristischer Sicht, in: WALTER TONIO (Hrsg.), Die Mündlichkeit im Rechtsleben, IV. Interdisziplinäre und internationale Tagung des Arbeitskreises Sprache und Recht der Universität Regensburg am 26. und 27. April 2012, Tübingen 2016, S. 17 ff.

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICHS ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Stämpfli's Handkommentar, 2. A., Bern 2015

(zit. SHK-BEARBEITERIN, Art. BGG, N)

SELIG MARIA, Das Wesen der Mündlichkeit, in: WALTER TONIO (Hrsg.), Die Mündlichkeit im Rechtsleben, IV. Interdisziplinäre und internationale Tagung des Arbeitskreises Sprache und Recht der Universität Regensburg am 26. und 27. April 2012, Tübingen 2016, S. 1 ff.

SENDLMEIER WALTER, Sprechwirkungsforschung. Grundlagen und Anwendungen mündlicher Kommunikation, Mündliche Kommunikation, Band 10, Berlin 2016

SPESCHA MARC/BOLZLI PETER/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO, Handbuch zum Migrationsrecht, 4., vollständig überarbeitete A., Zürich 2020

SPESCHA MARC/ZÜND ANDREAS/BOLZLI PETER/HRUSCHKA CONSTANTIN/DE WECK FANNY (Hrsg.), Migrationsrecht. Orell Füssli Kommentar, 5., aktualisierte und erweiterte A., Zürich 2019

(zit. OFK/Migrationsrecht-VERFASSERIN, AIG N.)

SPÜHLER KARL/AEMISSEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz, Praxiskommentar, 2., stark erweiterte A., Zürich/St.Gallen 2013

STAHL TOMAS/VAN PROOIJEN JAN-WILLEM/VERMUNT RIEL, On the psychology of procedural justice: reactions to procedures of ingroup vs. outgroup authorities, European Journal of Social Psychology, 2004 (34/2), S. 173 ff.

THYE IRIS, Kommunikation und Gesellschaft – systemtheoretisch beobachtet. Sprache, Schrift, einseitige Massen- und digitale Online-Medien, Wiesbaden 2013

THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln – Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Zürich/St.Gallen 2013

TYLER TOM R., Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law, Crime and Justice, 2003 (30), S. 283 ff.

(zit. TYLER, Crime and Justice 2003, S.)

Conditions leading to value-expressive effects in judgments of procedural justice: A test of four models, Journal of Personality and Social Psychology, 1987 (52/2), S. 333 ff.
(zit. TYLER, Journal of Personality and Social Psychology 1987, S.)

Why people obey the law, Princeton NJ 2006

(zit. TYLER, why obey, S.)

Psychological Models of Justice Motive: Antecedents of Distributive and Procedural Justice, Journal of Personality and Social Psychology, 1994 (67/5), S. 850 ff.

(zit. TYLER, Journal of Personality and Social Psychology 1994, S.)

What is Procedural Justice? Criteria used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures, Law & Society Review, 1988 (22/1), S. 103 ff.

(zit. TYLER, Law & Society Review 1988, S.)

TYLER TOM R./RASINSKI KENNETH A./SPODICK NANCY, Influence of Voice on Satisfaction with Leaders. Exploring the Meaning of Process Control, Journal of Personality and Social Psychology 1985 (48/1), S. 72 ff.

UEBERSAX PETER/ACHERMANN ALBERTO, Bund und Kantone im Ausländerrecht, in: ACHERMANN ALBERTO/BOILLET VÉRONIQUE/CARONI MARTINA/EPINEY ASTRID/KÜNZLI JÖRG/UEBERSAX PETER (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Bern 2018, S. 3 ff.

UEBERSAX PETER/PETRY ROSWITHA/HRUSCHKA CONSTANTIN/FREI NULA/ERRASS CHRISTOPH, Migrationsrecht in a nutshell, Zürich/St.Gallen 2021

UEBERSAX PETER/RUDIN BEAT/HUGI YAR THOMAS/GEISER THOMAS/VETTERLI LUZIA (Hrsg.), Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), 3. aktualisierte und erweiterte A., Basel 2022

(zit. HAP Ausländerrecht-AUTORIN, Rz)

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2020

WALDMANN BERNHARD, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in: HÄNER ISABELLE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 55 ff.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA M./EPINEY ASTRID (HRSG.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015
(zit. BSK BV-AUTORIN, Art. N)

WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (HRSG.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016
(zit. AUTORIN, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. N.)

WALTER HANS PETER, Die Sicht des Schweizerischen Bundesgerichts, in: EHRENZELLER BERNHARD/GOMEZ PETER/KOTZUR MARKUS/THÜRER DANIEL/ VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Erstes Kolloquium der «Peter Häberle-Stiftung» an der Universität St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2008, S. 127 ff.

WATZLAWICK PAUL/BEAVIN JANET H./JACKSON DON, Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, 13., unveränderte A., Bern 2017

WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Habil. Luzern 2006

WÜRTENBERGER THOMAS, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Verwaltung 2000, Band 7, Baden-Baden 1996

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 24. September 1965 über das Verwaltungsverfahren, BBl 1965 II 1348

Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709

Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 8. März 2013, BBl 2013 239

KAPITEL 1: EINLEITUNG

I. AUSGANGSLAGE

Vorliegend steht das Ausländerrecht nach dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (kurz: Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG)¹ im Fokus. Gemäss Art. 1 AIG regelt das Gesetz die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug von ausländischen Personen.² Zudem regelt es die Förderung ihrer Integration. Grundsätzlich müssen für die Einreise bzw. den Aufenthalt in der Schweiz bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden,³ wobei sich diese je nach Dauer und Zweck des Aufenthalts und insbesondere bei nicht EU/EFTA-Staatsangehörigen anders zusammensetzen.⁴ Zur Regelung des Aufenthalts in der Schweiz gibt es vier verschiedene Arten ausländerrechtlicher Bewilligungen: Die Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 32 AIG), die Aufenthaltsbewilligung (Art. 33 AIG), die Niederlassungsbewilligung (Art. 34 AIG) und die Grenzgängerbewilligung (Art. 35 AIG). Für die Entscheidungen über die Erteilung, Verlängerung oder Verweigerung bzw. den Widerruf einer ausländerrechtlichen Bewilligung sind grundsätzlich die Kantone zuständig und das Verfahren richtet sich nach den jeweiligen kantonalen Verwaltungsrechtsordnungen. Entscheide der letzten kantonalen Instanz können mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit am Bundesgericht angefochten werden, sofern die ausländische Person einen Rechtsanspruch auf die Bewilligung hat.⁵ Gegen ausländerrechtliche Verfügungen von

¹ SR 142.20.

² Aus Sicht der Schweiz gilt als ausländische Person, wer nicht die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt (vgl. mit Botschaft AuG, 2002, S. 3773).

³ Vgl. u. a. Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 5 AIG.

⁴ Bewilligungsfreier Aufenthalt von maximal drei Monaten innerhalb von sechs Monaten gemäss Art. 10 AIG i.V. m. Art. 9 VZAE; Zulassungsvoraussetzungen zu einem Aufenthalt mit unselbstständiger Erwerbstätigkeit nach Art. 18 AIG, mit selbstständiger Erwerbstätigkeit gemäss Art. 19 AIG; Zulassungsvoraussetzungen zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit zu Aus- und Weiterbildungszwecken (Art. 27 AIG), für Rentnerinnen und Rentner (Art. 28 AIG) oder zur medizinischen Behandlung (Art. 29 AIG); persönliche Voraussetzungen bei Drittstaatsangehörigen gemäss Art. 23 AIG.

⁵ CARONI ET AL., S. 230 und 251; die örtliche Zuständigkeit der kantonalen Behörde bestimmt sich nach Art. 10 ff. AIG; Art. 82 lit. a und Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG.

Bundesbehörden, bspw. ein Einreiseverbot durch das Staatssekretariat für Migration (SEM) gemäss Art. 67 AIG, steht grundsätzlich – insofern kein Ausnahmetatbestand greift – die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen.⁶ Das ausländerrechtliche Verfahren ist somit verwaltungsrechtlicher Natur.

- 2 Im Verwaltungsverfahren besteht – im Gegensatz zum Straf- und Zivilverfahren – die Tradition der Schriftlichkeit.⁷ Das Anliegen von MAX IMBODEN⁸, das Verwaltungsverfahren stärker mündlich zu gestalten und den Parteien einen ausdrücklichen Anspruch auf mündliche Darlegung ihres Standpunktes einzuräumen, fand in der endgültigen Fassung des VwVG keine Berücksichtigung.⁹ In der Folge gestaltet sich auch das ausländerrechtliche Verfahren hauptsächlich schriftlich und es ist unüblich, dass sich die betroffene ausländische Person im Rechtsmittelverfahren vor der Behörde oder dem Gericht im Rahmen einer Verhandlung mündlich äussern kann. Führt man sich vor Augen, dass ein ausländerrechtliches Verfahren für die betroffene ausländische Person äusserst schwerwiegende Folgen haben kann, bspw. wenn sie die Schweiz verlassen muss und möglicherweise für mehrere Jahre nicht mehr einreisen kann, stellt sich angesichts solch einschneidender Rechtsfolgen die Frage, ob in solchen Fällen den Aspekten eines fairen Verfahrens doch mehr Beachtung zu schenken ist. Ähnlich wie es im Rahmen von strafrechtlichen Verfahren angewendet wird, könnte es auch im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren bestimmte Fallkonstellationen geben, in welchen eine mündliche Äusserungsmöglichkeit der betroffenen ausländischen Person anlässlich einer Verhandlung vor der Behörde bzw. dem Gericht angezeigt wäre. Ein solches Vorgehen könnte auch mit Blick auf die Akzeptanz eines solch schwerwiegenden Entscheids von Bedeutung sein. Welche aktuellen einschlägigen Rechtsgrundlagen bieten die Möglichkeit einer mündlichen Einbringung der betroffenen ausländischen Person? Finden diese Rechtsgrundlagen in der Praxis Anwendung? In welchen ausländerrechtlichen

⁶ Art. 112 AIG und Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG i. V. m. Art. 31–34 VGG; CARONI ET AL., S. 235.

⁷ MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 7; SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler, Einleitung Rz 19.

⁸ Max Imboden wurde neben Marcel Bridel mit einem Gutachten zur Frage des Ausbaus der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit beauftragt, welches 1951 erstattet wurde. Siehe hierzu: Botschaft VwVG 1965, S. 1358.

⁹ SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler, Einleitung, Rz 19 m. w. H. und der Erwähnung, dass vor allem von Seiten der Verwaltung gegen das von Imboden vorgesehene Äusserungsrecht vorgebracht wurde, ein solches Recht fördere das Querulantentum und öffne der Trölperei Tür und Tor.

Fallkonstellationen sind diese mündlichen Einbringungsmöglichkeiten anzugeordnen? Diese Fragen sind mit der vorliegenden Arbeit zu klären.

II. GEGENSTAND DER ARBEIT

Nachdem in der vorliegenden Arbeit die grundsätzlichen Funktionen der Mündlichkeit beleuchtet werden und in der Folge vor allem die Vorteile einer mündlichen Auseinandersetzung in einem juristischen Verfahren klar hervorgehen, werden die aktuellen Möglichkeiten der mündlichen Einbringung im ausländerrechtlichen Verfahren nach dem AIG aufgezeigt. Ein Überblick der Rechtspraxis zeigt sodann die Anwendungshäufigkeit einer öffentlichen Verhandlung oder einer mündlichen Auseinandersetzung bzw. einer mündlichen Einbringung auf. Vor diesem Hintergrund ist der in der vorliegenden Arbeit im Fokus stehenden Frage nachzugehen, ob und in welchen spezifischen Fallkonstellationen im Bereich des AIG es angezeigt ist, eine öffentliche Verhandlung oder eine andere mündliche Einbringung der betroffenen ausländischen Person zu ermöglichen. Herauszuarbeiten ist, ob sich diesbezügliche Kriterien oder Voraussetzungen erkennen lassen, welche klarerweise für die Anordnung einer öffentlichen Verhandlung oder Ergreifung von anderweitigen Massnahmen zur mündlichen Einbringung der betroffenen Person sprechen.

III. VORGEHEN UND GLIEDERUNG

Der Kern der vorliegenden Arbeit besteht aus drei Teilen, die jeweils die Form eines Kapitels annehmen: Im ersten Teil wird auf die Funktion der Mündlichkeit, insbesondere in einem juristischen Verfahren eingegangen (Kapitel 2). Es wird hervorgehen, welche Gründe für eine mündliche Auseinandersetzung im Verfahren sprechen und welche Vorteile eine solche Auseinandersetzung mit sich bringt. Mündlichkeit spielt sodann auch im Zusammenhang mit Verfahrensfairness eine Rolle, weshalb die diesbezüglichen Aspekte in Art. 6 EMRK dargelegt werden.

Es folgt der zweite Teil (Kapitel 3), in welchem zunächst die gesetzliche Ausgangslage auf kantonaler und auf Bundesebene dargelegt wird. Hierzu werden alle Bestimmungen aufgelistet, welche eine mündliche Einbringung im ausländerrechtlichen Verfahren er-

möglichen. Danach wird die Rolle von Art. 6 EMRK für ausländerrechtliche Verfahren beleuchtet und einige Standpunkte in der Lehre präsentiert. Ein Überblick der Praxis auf kantonaler und Bundesebene betreffend die Durchführung öffentlicher Verhandlungen oder anderweitigen mündlichen Einbringungsmöglichkeiten der betroffenen Personen in ausländerrechtlichen Verfahren wird die Hintergründe für deren Anordnung aufzeigen.

- 6 Im dritten Teil (Kapitel 4) werden zunächst die materiellen Voraussetzungen einer öffentlichen Verhandlung bzw. einer mündlichen Einbringung im ausländerrechtlichen Verfahren dargelegt. In einer Auseinandersetzung mit verschiedenen abstrakten Fallkonstellationen wird herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen eine öffentliche Verhandlung bzw. eine mündliche Einbringung angezeigt ist und ob sich diesbezügliche Kriterien oder dergleichen feststellen lassen. Weiter ist zu klären, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Verfahrensstadium eine solche mündliche Auseinandersetzung durchzuführen ist, damit sich die betroffene ausländische Person wirksam im Verfahren einbringen kann.
- 7 In Kapitel 5 werden die Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit zusammengefasst, kritisch gewürdigt und ein Ausblick gegeben.

KAPITEL 2: GRUNDLAGEN ZUR MÜNDLICHKEIT

I. EINLEITUNG

«Im Anfang war das Wort – am Ende die Phrase.»¹⁰

8

Bis in das 18. Jahrhundert hinein war die Bevölkerung überwiegend schriftenunkundig, weshalb Mündlichkeit von zentraler Bedeutung für das alltägliche Rechtsleben war.¹¹ Aus Gründen der Beweisbarkeit und der Wiederverwendbarkeit und wegen der Vergänglichkeit des gesprochenen Wortes kam und kommt der Schriftlichkeit u. a. die Funktion zu, menschliche Kommunikation zu fixieren. Die Schriftlichkeit des Rechts und seine Verbreitung sind denn auch Voraussetzungen für die Entstehung des modernen Staates und Kennzeichen eines Rechtsstaates – schriftliches Recht bedeutet Rechtssicherheit und die Bindung an Texte macht die Rechtsanwendung kontrollierbar.¹² Geschriebene Sprache wird gesellschaftlich zudem als wichtiger angesehen und bewertet als das Gesprochene. Dies zeigt sich bspw. bereits in der schulischen Bildung. Hier erweist sich der Aufwand zum Erwerb der Schriftsprache und zur Schulung der Schreibfähigkeit aktuell (noch) als grösser als zum Erwerb von mündlichen Fähigkeiten. Auch die eigentlichen Debattierfähigkeiten finden zumindest in der Schweiz kaum systematische Förderung.¹³ Die Schwierigkeiten der Textproduktion richtet das Bewusstsein sodann stark auf die Strukturen und Eigenschaften der geschriebenen Sprache. Die Anschaulichkeit und die Dauerhaftigkeit von Texten begründen ihre objektmässige Präsenz und begünstigen damit systematisch die Reflexion schriftlicher Texte damit systematisch. Mündliche Kommunikation ist dagegen flüchtig und kurzlebig, was eine Untersuchung

¹⁰ LEC, S. 17.

¹¹ SCHÖBEL, S. 17; FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 28 und 35; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 1972.

¹² SCHÖBEL, S. 17 f.

¹³ Vgl. hierzu mit Lehrplan 21 mit dem Fachbereich Sprachen (abrufbar unter: <https://v-fe.lehrplan.ch/index.php?code=b1|0&la=yes>, besucht am 15. November 2021). Bspw. werden im Fachbereich Deutsch unter Sprechen vier und unter Schreiben hingegen sieben Unterkategorien erfasst.

in besonderer Weise schwierig gestaltet.¹⁴ Vor diesem Hintergrund erstaunt das Rechts-sprichwort «*quod non est in actis, non est in mundo*» (was nicht in den Akten steht, ist nicht in der Welt) nicht weiter.¹⁵

- 10 In der Schweiz findet Mündlichkeit gegenwärtig insbesondere in Straf- und Zivilverfahren Anwendung.¹⁶ Wohingegen in verwaltungsrechtlichen Verfahren die Tradition der Schriftlichkeit Vorrang geniesst, dies im Gegensatz zum angelsächsischen Rechtskreis.¹⁷ Verwaltungsverfahren und Verwaltungsjustizverfahren finden mehrheitlich schriftlich statt.¹⁸ Es stellt sich die Frage, ob im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens mehr Mündlichkeit Eingang finden soll. Dazu ist vorab zu klären, was mündliche Kommunikation beinhaltet, welche Funktionen einer mündlichen Auseinandersetzung zukommen und inwiefern Mündlichkeit für ein juristisches Verfahren wichtig sein könnte.

II. MÜNDLICHE KOMMUNIKATION IN SPRACHWISSENSCHAFTLICHER HINSICHT

- 11 Mündliche Kommunikation bietet die Möglichkeit, dem Gesagten durch Sprachmelodie und Klang der Stimme einen bestimmten Ausdruck zu verleihen. Mittels optisch wahrnehmbarer Handlungen und Verhaltensweisen erfolgt zudem ein nonverbaler Informationsaustausch. Die schriftliche Kommunikation ermöglicht hingegen keinen solchen zusätzlichen Informationsaustausch.¹⁹ Mündliche Kommunikation hat ihre zentrale Funktionalität im Bereich der interaktiven Bewältigung aktueller Situationen,

¹⁴ BUNGARTEN, S. 71; FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 33 f.; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 1960–1963, 1977; ferner FEZER, S. 32; vgl. auch mit LINELL.

¹⁵ Vgl. mit ESTERMANN, S. 181.

¹⁶ Vgl. bspw. mit Art. 212 Abs. 2 ZPO und Art. 66 StPO, wonach die Verfahren grundsätzlich mündlich sind.

¹⁷ Vgl. Rn 2; CRAIG, Rn 12-025.

¹⁸ SCHINDLER, AJP 2012, S. 17 mit Hinweis auf das ausdrückliche Festhalten am Grundsatz der Schriftlichkeit in der Verwaltungsrechtspflegegesetzgebung der Kantone BE, LU, SZ, NW, FR und GE.

¹⁹ SENDLMEIER, S. 2 und 43; BURKART, S. 63.

wobei unmittelbare wechselseitige Beeinflussung, Steuerung und Vermittlung von Wissen stattfinden können.²⁰

Das vorliegende Kapitel vermittelt einen Überblick, was mündliche Kommunikation in sprachwissenschaftlicher Hinsicht beinhaltet. Der Fokus liegt auf der Frage, welche Komponenten und Aspekte zum Informationsaustausch bei mündlicher Kommunikation beitragen. Diese Betrachtung ermöglicht es insbesondere, die Grenzen eines rein schriftlichen Austausches genauer zu beleuchten.

1. KOMPONENTEN DER MÜNDLICHKEIT

Der Begriff Mündlichkeit bezeichnet eine mit dem Mund praktizierte Verständigungsform. Das mit dem Mund Gesprochene ist Resultat einer Stimme, die Verbales in einer bestimmten prosodischen Gestalt verlautet. Damit lassen sich drei Komponenten feststellen: die Stimme, die Prosodie und das Verbale.²¹

Die Stimme zeichnet sich durch folgende Merkmale aus: Stimmlage (Tonhöhenregister: tiefe oder hohe Stimme, Altstimme), Stimmumfang (Tonhöhenumfang), Stimmqualität (bspw. zittrige Stimme) und Stimmvolumen. Von der sprechenden Person können diese Merkmale meist nicht gesteuert werden. In diesem Zusammenhang spricht man von nicht-linguistischen Informationen sprachlicher Äusserungen. Die Stimme ist individuell und über grössere Zeiträume hinweg relativ gleichbleibend, was ohne visuelle Unterstützung die Identifikation von Personen ermöglicht. Bei der hörenden Person löst die individuell ausgeprägte Stimme häufig Empfindungen aus, sodass aufgrund des Stimmeindrucks auch auf Eigenschaften der sprechenden Person geschlossen wird. Die individuellen Ausprägungen einer Stimme spielen somit für den Gesamteindruck einer Person eine Rolle.²²

Die Prosodie umfasst alle akustisch wahrnehmbaren Ausdrucksformen des Sprechens und kann vereinfacht als Satzmelodie bezeichnet werden. Dazu zählen die Betonung bzw.

²⁰ FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 27 f.; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 1971 und 1981.

²¹ FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 15; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2007; ferner BURKART, S. 65.

²² FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 16; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2008; SENDLMEIER, S. 142 f.

die Akzentuierung bestimmter sprachlicher Einheiten, der Rhythmus, die Modulation der Tonhöhe und der Lautstärke, die Dehnung einzelner Silben, die Sprechgeschwindigkeit, die Pausensetzung etc. Die Satz- und Wortintonation, also der Tonhöhenverlauf auf der Ebene einzelner Wörter bzw. Phrasen, gehört ebenfalls zur Satzmelodie. In der mündlichen Kommunikation haben diese prosodischen Eigenschaften vielfältige linguistische und paralinguistische Funktionen. Bspw. kann ein Satz durch einen ansteigenden Tonhöhenverlauf in der letzten Silbe von einer Äusserung zusätzlich zu einem Fragesatz werden. Das Erkennen einer vertrauten Person nach wenigen gesprochenen Silben anlässlich eines Telefongesprächs ist ein Beispiel von paralinguistischen Eigenschaften der Prosodie. Ein weiteres Beispiel ist die Übermittlung von Informationen zum Alter, zur allgemeinen Stimmung, zum gesundheitlichen Zustand, zur Einstellung der Person gegenüber dem Gesprächsinhalt usw. in einem mündlichen Gespräch mit einer nicht vertrauten Person. Mit prosodischen Mitteln können bspw. das Ende von Äusserungen oder das Ende eines Gesprächs angezeigt werden, womit wichtige Funktionen im Rahmen der Organisation des Gesprächs mit Beitragswechsel erfüllt werden. Ferner können prosodische Elemente die Relevanz von Äusserungen oder die Gesprächsmodalität (bspw. ernst- oder scherhaft) zu erkennen geben. Schliesslich zeigen prosodische Phänomene z. B. die Intensität der Beteiligung am Gespräch sowie Befindlichkeiten, inneres Erleben und Emotionen an. Grössere Tonhöhenbewegungen und Veränderungen der Sprechgeschwindigkeit und der Lautstärke gelten als prototypische Indikatoren für Emotionalität.²³

- 16 Bei der Verbalität bzw. dem Gesprochenen lassen sich die Aspekte der lautlichen, syntaktischen, grammatischen und lexikalischen Form und Gestaltung unterscheiden.²⁴ Das Gesagte ist ein lautliches und damit ein akustisches Phänomen und kann als eine geordnete Abfolge von Lauten verstanden werden. Die kleinste segmentale Einheit des Lautsystems bezeichnet man als Phonem. Das Gegenstück im Schriftsystem bilden das Graphem. Mit Explizitlautung wird die vollständig lautliche Umsetzung von Graphemen
-

²³ FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 17–19; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2009 f.; SENDLMEIER, S. 139–142; auch prosodisch gleiche Formen von Gesprächspartikeln können interaktiv unterschiedlich verwendet werden, wenn sie mit anderen leiblichen Aktivitäten koordiniert werden oder wenn die gleichen Aktivitäten in einem anderen zeitlichen Verhältnis produziert werden, vgl. hierzu DEPPERMANN, S. 66–71.

²⁴ FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 19; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2011.

der Schriftsprache bezeichnet. Sie dient als Vergleichsgröße für die Abweichungen in der faktisch lautlichen Gestaltung gesprochener Sprache. Solche Abweichungen können Resultate individueller Sprachstörungen sein, wie z. B. Lispeln oder Stottern. Andere übliche Abweichungen betreffen mehrere oder nur einzelne Wörter, wobei sich die meisten als Wegfall, Assimilation, Vereinfachung, Verschmelzung und Abschwächung beschreiben lassen. Hinzu kommt im faktischen Sprechen eine Vielzahl von Aussprachevarietäten, welche ebenfalls keineswegs homogen sind. Überhaupt existiert im Bereich der Lautung kein normierter Standard, wie dies für die Schriftsprache der Fall ist.²⁵ Einige syntaktische Konstruktionen kommen meist nur in der gesprochenen Sprache vor. So werden bspw. in der Detaillierungsphase von Erzählungen zur Schilderung eines Handlungsablaufs subjektlose Partizipialkonstruktionen aneinandergereiht (sog. partizipiale Ketten): «... *Koffer geschnappt, losgestürzt zum Taxistand, rein und abgedüst zum Flughafen...*».²⁶ Überhaupt sind in der gesprochenen Sprache eine Vielzahl von Äusserungen zu beachten, die als vollständige kommunikative Handlungen empfunden werden, die aber in der Form nicht dem prototypischen schriftsprachlichen Satz mit Referenz und Prädikation entsprechen. Solch nicht satzförmigen Äusserungen können daraus resultieren, dass wahrgenommene oder zu erschliessende Elemente nicht versprachlicht werden. Z. B. sagt die sprechende Person, ohne explizit Referenz auf sich selbst zu nehmen: «*Komm gerade aus der Stadt*». Verbalisiert wird nur das, was die zuhörende Person nicht weiß und nicht erschliessen kann.²⁷ Zu den lexikalischen Besonderheiten der gesprochenen Sprache zählen sodann deiktische Ausdrücke, Gesprächs-, Ausdrucks- und Abtönungspartikel. Die Kopräsenz von Parteien, Gemeinsamkeit der Situation und Wechselseitigkeit der Wahrnehmung eröffnen spezifische, situationsgebundene Möglichkeiten der Referenz und somit die Verwendung von deiktischen Ausdrücken auf Personen (ich, du, ihr oder Sie), Raum (hier, da oder dort) und Zeit (jetzt, gerade oder sofort).²⁸ Ge-

²⁵ FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2012; vgl. für Beispiele von lautlichen Abweichungen mit FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2013; vgl. vertiefend zu Aussprachevarietäten mit EISENBERG, Rn 43–45.

²⁶ FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2014 und 2026; für weitere Beispiele von mündlichen syntaktischen Konstruktionen wie Referenz-Aussage-Strukturen, Apokoinukonstruktionen oder Operator-Skopus-Strukturen etc. vgl. FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2015–2028.

²⁷ FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2029.

²⁸ FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2031.

sprächspartikel dienen der Herstellung (Hallo, Entschuldigung etc.) und Beendigung (gut, okay etc.) eines kommunikativen Kontakts, der wechselseitigen Steuerung der Gesprächsparteien während des Gesprächs sowie der Verdeutlichung der Struktur von Äusserungen und Gesprächsbeiträgen im Vollzug des Sprechens (so, also, nun, alles klar, äh, ähm, nicht wahr, pst, aha, genau, hurra usw.). Ausdruckspartikel bringen als Reaktion auf einen Anlass ein inneres Erleben zum Ausdruck (autsch, huch, hä, hui, oh, igitt usw.). Zu den Abtönungspartikeln zählen u.a. wohl, doch, aber, nur, halt, eben, mal schon, eigentlich, etwa. Sie erscheinen in der gesprochenen Sprache mit deutlich höherer Frequenz als in der Schriftsprache.²⁹

2. MULTIMODALITÄT DER MÜNDLICHKEIT

- 17 Mit dem multimodalen Ansatz³⁰ wird Interaktion als ein ganzheitlicher und von der Körperlichkeit der beteiligten Person nicht zu trennender Prozess erfasst. Bei der mündlichen Kommunikation werden Informationen auch nonverbal durch optisch wahrnehmbare Handlungen übertragen. Die Analyse³¹ von solch multimodal organisierten, leiblichen, räumlich und gegenständlich geprägten Handlungszusammenhängen gibt dabei Aufschluss über soziale Interaktion überhaupt und kann das Verständnis sprachlicher Strukturen und Praktiken entscheidend vertiefen. Durch Raumdistanzverhalten, Mimik, Blickkontakt, Körperkontakt und -haltung, äusseres Erscheinungsbild sowie durch Gestik werden absichtlich oder auch unbewusst Signale und damit auch Informationen vermittelt.³² Diese nonverbalen Signale zeigen grundlegende interpersonale Gefühlshaltungen auf. So kann Sympathie nichtverbal bspw. durch Lächeln, Blickkontakteaufnahme, freundlichen Stimmklang, offene Armposition oder Suche von Körperkontakt ausgedrückt werden. Nonverbale Kommunikation stellt ein aussage-

²⁹ FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2032 und 2034.

³⁰ Vgl. vertiefend zur Definition von Multimodalität und Abgrenzung zum Begriff der Multimedialität mit FRICKE.

³¹ Vgl. vertiefend zur Gesprächs- und Konversationsanalyse multimodaler Konzeption von Interaktion mit SCHMITT, Koordination.

³² DEPPERMANN, S. 58, 61 und 78; FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 20; FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 26, 31 und 36 f.; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 1982. Pioniere der multimodalen Analyse sozialer Interaktionen waren Goodwins und Heat, vgl. hierzu vertiefend GOODWIN/GOODWIN, Semiotica 62 und HEATH.

kräftiges Element der Vermittlung von Informationen im Kommunikationsprozess dar und leibliche Aktivitäten können zum Verständnis des verbal Geäusserten massgebend beitragen. Eine besondere Bedeutung kommt dabei den jeweiligen kulturellen Konventionen zu.³³

Das Gesicht ist in der nonverbalen Kommunikation im Vergleich zu anderen Körperteilen am ausdrucksfähigsten und dient dem Aufzeigen interpersonaler Einstellungen und der Unterstreichung von Äusserungen. Nur schwer beeinflussbar sind unter anderem das Erröten, Erbleichen, Weinen, Blinzeln oder auch die Pupillenerweiterung. Nach PAUL EKMAN werden mittels Mimik die Basisemotionen Freude, Trauer, Angst (Furcht), Ärger (Wut), Ekel, Verachtung und Überraschung ausgedrückt.³⁴ Der Gesichtsausdruck ermöglicht zudem eine kontinuierliche Rückkopplung (Verstehen, Überraschung, Zustimmung usw.) zur Kommunikationspartnerin. Das Blickverhalten kann sodann über den Grad der Aufmerksamkeit Aufschluss geben.³⁵ Gewisse Gesichtsausdrücke gelten dabei als universell, wobei die damit übermittelte Information bzw. Emotion je nach Kultur anders verstanden werden können.³⁶

In Bezug auf die Körperkonstellation im Raum (Proxemik) signalisiert bspw. die Distanz zwischen den interagierenden Personen den jeweiligen Grad an Vertrautheit und die Art der sozialen Beziehungen. Nach dem von EDWARD T. HALL entwickelten System werden vier Stufen unterschieden, wobei die konkrete Distanz vom Kulturreis abhängig ist: intim, zwanglos-persönlich, sozial-konsultativ und öffentlich.³⁷ Die Annäherungs-Vermeidungs-Theorie von MICHAEL ARGYLE und JANET DEAN³⁸ besagt sodann, dass eine Person von einer anderen Person sowohl angezogen als auch abgestossen wird und in der Folge im Raum eine Position einnimmt, welche dem Gleichgewichtspunkt beider Tendenzen entspricht. Die räumliche Nähe ist allerdings nur eine von mehreren

³³ DEPPERMAN, S. 70 f.; SENDLMEIER, S. 44 und 52; FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 21.

³⁴ EKMAN, Emotions, S. 45–47.

³⁵ Zum ganzen Abschnitt: SENDLMEIER, S. 45 f.; FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 21; FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 37 f.; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 1997 f.

³⁶ EKMAN, Perspectives on Psychological Science, 2016, S. 31–34; EKMAN, Expressions, S. 301–303.

³⁷ HALL, S. 116–129.

³⁸ ARGYLE/DEAN, Sociometry 28, S. 289–304.

Parametern der Intimität. Nach ARGYLE und DEAN dienen unter anderem folgende weitere Manifestationen als Intimitätsfunktion: Augenkontakt, Lächeln und persönliche Gesprächsthemen. Gemäss der Annäherungs-Vermeidungs-Theorie können die genannten Merkmale bzw. Signale einander kompensieren. Um Intimität auf derselben Ebene beizubehalten, wird bspw. mit zunehmender räumlicher Nähe üblicherweise eine Änderung der ursprünglich eingenommenen Sitzposition von gegenüber zu nebeneinander vorgenommen, womit der Augenkontakt abnimmt. Ein anschauliches Beispiel hierfür ist die Bestuhlung in einem Kino oder Theater, wo fremde Menschen nahe nebeneinandersitzen. Weil die Körperachsen nicht zueinander gerichtet sind und kein Blickkontakt besteht, wird dies dennoch als angemessen empfunden.³⁹

- 20 Körperkontakt wird anlässlich eines Gesprächs mittels Händeschüttelns, Küssens oder einem komplizierten Streichel- und/oder Schlagablauf aufgenommen. Je nach Art dieser Begrüssung können Rückschlüsse auf die Vertrautheit der Gesprächsparteien gezogen werden. Weitere Formen des Körperkontaktes während eines Gesprächs zeigen sich bspw. durch Festhalten als Ausdruck von Zuneigung, Kameradschaft oder Furcht sowie zur Beeinflussung der Bewegungsrichtung.⁴⁰
- 21 Die Körperhaltung samt grösseren und langsameren Körperbewegungen, insbesondere mit Kopf, Armen und Händen, kann als Erweiterung der Gestik betrachtet werden. Jede Kultur weist ein Inventar an Körperpositionen auf, welche eine spezifische vorbestimmte Körperhaltung für eine bestimmte Situation vorsieht. Anhand der Körperhaltung können auch Informationen über die Persönlichkeit und den Gefühlszustand abgeleitet werden. So können verschränkte Arme als erstaunt, dominant, misstrauisch, unentschlossen oder auch als zurückhaltend interpretiert werden. Handbewegungen dienen in der sozialen Interaktion vorrangig als begleitende Gestikulation zur zumeist unbewussten Illustration der Äusserungen. Sie sind Indikatoren des emotionalen Zustands der sprechenden Person, wobei ihre kommunikative Bedeutung sehr variabel ist. Von der Gestikulation sind Gesten zu unterscheiden, welche die verbale Kommunikation ikonisch oder rein symbolisch ersetzen. Kopfnicken und -schütteln, Winken

³⁹ Zum ganzen Abschnitt: SENDLMEIER, S. 44 f.; FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 22; FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 39; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2003.

⁴⁰ SENDLMEIER, S. 47 f.

oder Daumenstrecken nach oben oder unten sind Beispiele für symbolische Gesten. Beim Anzeigen der Grösse von Objekten mit Arm und Hand handelt es sich um eine ikonische Geste. Bei der Verwendung und Interpretation von Gestik ist insbesondere der kulturelle Kontext zu berücksichtigen. Symbolische Körperbewegungen können in verschiedenen Kulturen gänzlich unterschiedliche Bedeutungen haben. So ist bspw. das Kopfnicken in Nepal als nichtzustimmende Handlung zu verstehen, während im europäischen Kulturkreis von einer positiv konnotieren nonverbalen Rückmeldungs-funktion und Zustimmung auszugehen ist.⁴¹

Jede Person hinterlässt mit ihrer äusseren Erscheinung ein bestimmtes Bild bei anderen Menschen. Hauptelement der Erscheinung ist die Kleidung, welche neben kulturellen und situationsbedingten Konventionen vor allem vom persönlichen Geschmack geprägt wird. Damit reflektiert die Kleidung auch die Persönlichkeit des Trägers und ist Teil des Sozialverhaltens. Mit der bewussten Wahl der Kleidung wird auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe angestrebt.⁴²

Abschliessend sind die körperexternen Ressourcen, worunter der physikalische Raum in seiner ganzen Komplexität und Multi-Aspektualität zu verstehen ist, zu erwähnen. In einer konkreten Situation kann der Raum als interaktive Ressource nur durch die in der Körperlichkeit der Beteiligten verankerten Wahrnehmungs- und Ausdrucksressourcen und nur durch eine aktive Bezugnahme auf Aspekte der gegebenen physikalischen Räumlichkeit in Form eines Blickes, der Bewegung eines Gegenstandes mit der Hand oder durch die Begehung einer freien Fläche realisiert werden. Die Aspekte des Raumes werden dadurch interaktiv relevant gemacht.⁴³ Zu denken ist bspw. an den usualen und okkasionellen Einsatz von im Raum vorhandenen oder mitgebrachten Gegenständen: Beim usualen Gebrauch erfolgt die Manipulation des Gegenstandes in der Regel in vorhersehbarer Weise und wird von den anwesenden Personen auch übereinstimmend antizipiert. Hingegen entwickelt sich beim okkasionellen Gebrauch der Objekteinsatz auf nicht prognostizierbare Weise und an nicht vorhergesehenen

22

23

⁴¹ SENDLMEIER, S. 48–51; FIEHLER, Mündlichkeit zur Multimodalität, S. 22 und 24; FIEHLER, Mündliche Kommunikation, S. 38 f.; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 1999 f.

⁴² SENDLMEIER, S. 49; FIEHLER, Gesprochene Sprache, Rn 2006.

⁴³ SCHMITT, Aspekte, S. 51 f.

Stellen in der Interaktion.⁴⁴ Weiter ist auf die Sozialtopografie des Raumes hinzuweisen. Für institutionelle Zweckrealisierung hergerichtete Räume sind nicht nur intern gegliedert, sondern diese Gliederung ist immer auch sozusagen sozial aufgeladen. Nicht allen beteiligten Personen sind zu jedem Zeitpunkt alle begehbarer Raumflächen tatsächlich zugänglich, vielmehr sind Räume häufig in Beschränkungen bzw. Privilegien ihrer Benutzung und Begehung unterteilt. Die sozialwertige räumliche Struktur kann über die aktuelle Situation hinweg Geltung haben, führt man sich folgendes Beispiel vor Augen: Der Platz der Lehrperson existiert in seiner raumgebundenen und sozialwertigen Bedeutung situationsübergreifend und verliert seinen sozialtopografischen Status nicht dadurch, dass er von der Lehrperson situativ verlassen oder zu Nutzung durch Schülerinnen freigeben wird. Betreten Schülerinnen diesen Platz, sagt man: Sie steht am Lehrerinnenpult.⁴⁵ Mit dem Konzept der Sozialtopografie des Raumes können sodann die sozial und kulturell vermittelten und geprägten Orientierungen und handlungspraktischen Wissensgrundlagen von Raumnutzern erfasst werden. Sozialtopografisches Wissen, das sich in der kulturspezifisch usuellen oder nicht-usuellen Nutzung der objektiven interaktionsarchitektonischen Potentiale realisiert, ist kein individuelles, sondern gesellschaftliches Spezialwissen.⁴⁶

3. MERKMALE MÜNDLICHER INTERAKTION

- 24 Grundlegend bei der mündlichen Interaktion ist die simultane, direkte, physische und psychische Wahrnehmbarkeit und gegenseitige Erlebbarkeit der Kommunikationsteilnehmenden. Die Kommunikation gründet auf dem Wahrnehmungsmodus, weshalb auch nonverbale Kommunikation möglich ist. Grundsätzliches Ziel kommunikativen

⁴⁴ SCHMITT, Aspekte, S. 275 f. Beispiel für usuellen Gebrauch: Ein Projektor wird dazu benutzt, Folien aufzulegen und in besonderer Weise die visuelle Wahrnehmung zu strukturieren. Hierzu muss die Interaktion denn auch ausgerichtet sein. Beispiel für okkasionellen Gebrauch: Nachdem die Lehrperson etwas an die Wandtafel geschrieben hat, bewegt sich die Lehrperson zur Seite des Schulzimmers und stützt sich mit dem Arm auf dem Projektor ab. Damit kann die Lehrperson ihren Schülerinnen u.a. Folgendes signalisieren: Solange sich die Lehrperson auf den Projektor aufstützt, bleibt Zeit, um das Geschriebene auf der Wandtafel abzuschreiben.

⁴⁵ SCHMITT, Aspekte, S. 288–291.

⁴⁶ SCHMITT, Aspekte, S. 293 f.; z. B. wissen Kirchenbesucherinnen aufgrund ihrer sozialtopografischen Kompetenz, dass die tatsächliche Nutzung der objektiv begehbarer Fläche des Kirchenraumes (Altarraum) begrenzt bzw. reserviert ist. Zum ganzen Abschnitt: DEPPERMANN, S. 63 f.

Handelns ist die Verständigung zwischen den jeweiligen Kommunikationsparteien. Mündliche Kommunikation steht unter Vollzugszwang, es muss sich ein Kommunikationsakt an den nächsten anschliessen, damit sie und das soziale System bestehen bleiben. Die Kommunikationsparteien reagieren unmittelbar, relativ schnell und in Echtzeit aufeinander. Die Rollen als sprechende (Kommunikatorin) und zuhörende bzw. beobachtende Person (Rezipientin) fliessen dabei ineinander. Die beteiligten Personen werden unmittelbar in Anspruch genommen, indem sie direkt wahrzunehmen und zu reagieren haben. Man ist als beteiligte Person sichtbar und nonverbale Verhaltensweisen dienen als Informationen. Das Gesagte kann einer beteiligten Person direkt zugerechnet werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von personaler Kausalität. Im weiteren Gespräch manifestiert sich sodann meist das, was zuvor verstanden wurde. Auch können Miss-, Nichtverstehen und Unverständnisse was die verbale sowie nonverbale Kommunikation anbelangt sofort kommuniziert werden, was eine kontinuierliche Verständniskontrolle und die Möglichkeit der prompten Selbstkorrektur ermöglicht. Dieser Rückkoppelungsprozess dient somit als Kontrolle bzw. Steuerung des gemeinsam angestrebten Verständigungserfolges. Vor diesem Hintergrund erweist es sich auch als schwierig, nicht zu kommunizieren: Auch wenn Kommunikation nicht intendiert ist oder gar vermieden werden soll, kann dies als Kommunikation verstanden werden kann. Wohl kann die Kommunikation aber zielgerichtet und bewusst, mit anderen Worten intentional ablaufen. Darüber hinaus steuern nicht nur die wahrnehmbaren Handlungen der Kommunikationsparteien den Kommunikationsprozess, sondern auch die wechselseitig vorhandenen oder gar unterstellten Erwartungen des Gegenübers und es erfolgt eine Orientierung an der sog. Erwartungserwartung (Reflexivität der Kommunikation).⁴⁷ Interaktionen finden in der Zeitdimension gleichzeitig statt und sind die flüchtigsten Sozialsysteme. Beenden die beteiligten Personen die Kommunikation, zerfällt das Interaktionssystem. Zugleich handelt es sich hierbei um die variantenreichsten und flexibelsten Sozialformen.⁴⁸

⁴⁷ WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON, S. 58–60, 65 und 81 f.; BURKART, S. 22 f. und 54–61; WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON formulierten das Axiom «*Man kann nicht nicht kommunizieren*», welches von BURKART hingegen nicht vertreten wird.

⁴⁸ THYE, S. 103–105.

III. FUNKTIONEN DER MÜNDLICHKEIT IM VERFAHREN

- 25 Nachfolgend liegt der Fokus darauf, in allgemeiner Hinsicht die Funktionen einer mündlichen Auseinandersetzung in einem Verfahren aufzuzeigen. Es erfolgt hier noch keine Differenzierung der unterschiedlichen mündlichen Einbringungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten. Im dritten Kapitel werden die konkreten mündlichen Einbringungsmöglichkeiten mit Bezug auf das ausländerrechtliche Verfahren sodann dargelegt. Im vorliegenden Abschnitt gibt der Begriff der mündlichen Auseinandersetzung daher weder Aufschluss über die Art der mündlichen Auseinandersetzung, bspw. in Form einer persönlichen Anhörung oder einer mündlichen Verhandlung, noch über das Verfahrensstadium (Vorverfahren, Instruktions- oder Hauptverhandlung).
- 26 Mündlichkeit ist dialogisch, persönlich, unmittelbar und spontan. Sie gestattet die unmittelbare Nachfrage und dient damit auch der Sachverhaltsermittlung und der Informationsbeschaffung.⁴⁹ Eine mündliche Auseinandersetzung eröffnet daher die Möglichkeit einer **kontradiktitorischen Auseinandersetzung** aller Verfahrensbeteiligten mit dem Sachverhalt. Die Verfahrensparteien können sich persönlich zur Sache äussern und zu den von der Gegenpartei vorgebrachten Argumenten unmittelbar Stellung nehmen.⁵⁰ Eine solche **unmittelbare Beweisabnahme** entspricht denn auch den Idealvorstellungen eines rechtsstaatlichen, fairen (Straf-)Verfahrens.⁵¹ Bei vertieften und umfangreichen Abklärungen können rein schriftliche Eingaben u. U. nicht zu allen massgebenden Gesichtspunkten hinreichend Aufschluss geben. Die Variation in Tonhöhe, Tempo und Lautstärke unter Begleitung von Gestik und Mimik kann über den Wortsinn hinaus Informationen mitteilen. Ein und derselbe Text kann ganz unterschiedliche Bedeutungen haben, je nachdem, von wem er wie geäussert

⁴⁹ SCHÖBEL, S. 17; LANGENBACH, S. 46; BUNGARTEN, S. 76.; SCHINDLER, AJP 2012, S. 17; MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 27.

⁵⁰ SELIG, S. 12; BUNGARTEN, S. 76 und 80; MOSER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 57 Abs. 2 Rz 27 f.; FEZER, S. 11 f., 15 und 31; ferner VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 557 und 566.

⁵¹ Siehe, auch vertiefend, zum Unmittelbarkeitsprinzip: KAUFMANN, S. 57–60; vgl. ferner MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 152 mit Hinweis auf Urteil EGMR *Pitkänen gegen Finnland* vom 9. Juni 2004 (final), 30508/96, Rz 58, wonach der Grundsatz der Unmittelbarkeit ein wichtiger Teil der Garantie des fairen Verfahrens ist, weil der unmittelbare Eindruck der richtenden Person von einer Zeugin für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von besonderer Bedeutung ist.

wird.⁵² Liegt der Text nur als Schrift vor, fehlen fast alle Dimensionen, die in einer *face-to-face*-Interaktion zusätzlich genutzt werden. Diese Dimensionen können bspw. bei der Eruierung der Wahrhaftigkeit einer Zeugin, der Haltung einer angeklagten Person oder der Erfahrungs- und Handlungsmöglichkeiten einer beteiligten Person eine entscheidende Rolle spielen. Sie können durch sprachliche Ausformulierungen der betreffenden Aspekte nicht unbedingt kompensiert werden.⁵³ In diesem Zusammenhang kann eine mündliche Auseinandersetzung zur **Erhellung des Sachverhalts** massgebend beitragen, auch da bei Konfrontation von Verfahrensbeteiligten zusätzliche Erkenntnisse erlangt werden können, insbesondere wenn es um den persönlichen Eindruck geht.⁵⁴ Die unmittelbare Nähe der Kommunikationsparteien, die unmittelbare Interaktion, das Nutzen aller Kommunikationskanäle und -medien ermöglicht eine andersartige soziale und kognitive Qualität der Interaktion, die nur im Erfahren der körperlich präsenten beteiligten Personen und in der Beobachtung ihres Verhaltens und Handelns gegeben ist.⁵⁵ Anlässlich einer mündlichen Auseinandersetzung können zudem potenzielle Ermittlungs- und Ermessensfehler bei der behördlichen Sachverhaltaufklärung sowie Unstimmigkeiten und Zweifel betreffend den massgebenden Sachverhalt rascher und unmittelbar bereinigt werden.⁵⁶ In sozialpsychologischer Hinsicht ermöglicht eine *face-to-face*-Interaktion sodann eine unmittelbare, kognitive und emotionale diskursive und persönliche Konfliktverarbeitung und -bewältigung zur Befriedung der sozialpsychischen Identität.⁵⁷

Weiter bietet eine mündliche Auseinandersetzung die Möglichkeit, eine **einfache, allgemein-verständliche Sprache** zu verwenden, welche im Rahmen einer schriftlichen Eingabe wohl kaum verwendet würde.⁵⁸ Es kann eine unmittelbare gegenseitige

27

⁵² SCHÖBEL, S. 17; SELIG, S. 13; BUNGARTEN, S. 70 und 76; ferner MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 27.

⁵³ SELIG, S. 13; FEZER, S. 39 f.; vgl. MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 30; vgl. ferner ALBERTINI, S. 123.

⁵⁴ BUNGARTEN, S. 74; vgl. MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 25 und 28.

⁵⁵ SELIG, S. 13; FEZER, S. 32.

⁵⁶ LANGENBACH, S. 46.

⁵⁷ BUNGARTEN, S. 80.

⁵⁸ BUNGARTEN, S. 77; vgl. WÜRTENBERGER, S. 89 f.; vgl. ferner MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 50.

Verständigung mit Nach- und Rückfragen erfolgen und Verständlichkeit angestrebt werden. Können doch somit auch Laiinnen prozessrelevante Punkte, den Verfahrensablauf und bestenfalls auch den Verfahrensausgang und die Entscheidung verstehen und nachvollziehen.⁵⁹ Entscheidungen, insbesondere im Bereich des öffentlichen Rechts, verlangen häufig eine Abwägung unterschiedlicher Interessen und Rechtspositionen. Eine mündliche Auseinandersetzung zwischen den Verfahrensbeteiligten und der Behörde bzw. dem Gericht kann die Diskussion über die richtige Wertung der Interessen fördern und den Ausgleich der betroffenen Positionen verbessern. Damit leistet die mündliche Auseinandersetzung auch einen Beitrag zur «richtigen» Entscheidung.⁶⁰ Nur ein verstandener Entscheid birgt die Chance von der adressierten Person akzeptiert zu werden und die gewünschte Einstellungs- oder Verhaltensanpassung zu bewirken. Auch vermittelt eine Begründung(sbemühung) bei der entsprechend adressierten Person das Gefühl, von der Autorität ernst genommen und mit Respekt und in der Folge nicht als Objekt, sondern als **Subjekt** behandelt zu werden, was unmittelbar auch der Gewährleistung der Menschenwürde dient.⁶¹

- 28 Die durch die mündliche Auseinandersetzung den Verfahrensbeteiligten zusätzlich eröffnete **Partizipationsmöglichkeit** trägt sodann dem verfahrensrechtlichen Rechtsschutz Rechnung und ermöglicht eine inhaltliche Einflussnahme auf die anstehende Entscheidung bzw. vermittelt zumindest das Gefühl, in der Sache und im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens nicht nur beteiligt zu sein, sondern auch mitwirken zu können.⁶² Grundsätzlich wirkt sich die Möglichkeit zur Kontrollwahrung in psychologischer Hinsicht entscheidend positiv aus.⁶³ Mitsprache signalisiert unter anderem, dass die Beteiligten als Mitglieder der Gesellschaft ernst genommen
-

⁵⁹ BUNGARTEN, S. 80; vgl. WÜRTERBERGER, S. 96 f.

⁶⁰ LANGENBACH, S. 46; ferner FEZER, S. 29.

⁶¹ LANGENBACH, S. 50 f. mit Hinweis u. a. auf den Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 8. Januar 1959, BVerfGE 9, 89; MÜLLER, S. 44 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 847; WALTER, S. 136 f.; WÜRTERBERGER, S. 96 f.; MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 26; vgl. ferner HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 335c.

⁶² LANGENBACH, S. 47 und 107 mit Hinweis u. a. auf TYLER, Journal of Personality and Social Psychology, 1987; AUSTIN ET AL., Journal of Applied Social Psychology, 1981, S. 281–300.

⁶³ MÜLLER, S. 12 und 120–122; BIERHOFF, S. 202–210; LANGENBACH, S. 108 mit Hinweis u. a. auf TYLER, why obey, insbesondere S. 149 f.

werden. Partizipationsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten dämpfen, ganz im Sinne des Gebots der Waffengleichheit, das Machtgefälle zwischen dem Staat und der privaten Person ab. Das Verfahren wird insgesamt als fairer und gerechter erlebt, was wiederum massgeblich zur **Akzeptanz** des zu fällenden Entscheids beiträgt.⁶⁴ So weisen zahlreiche Studien⁶⁵ auf die positiven Auswirkungen eines als fair wahrgenommenen Entscheidungsverfahrens auf die unmittelbare Rechtsbefolgung und die Akzeptanz rechtlicher Entscheidungen hin. Ein Entscheid wird danach eher akzeptiert, wenn der Verfahrensablauf und die persönliche Behandlung als fairer empfunden wird.⁶⁶ Überhaupt stellt die Beteiligung der betroffenen Parteien ein wichtiges Kriterium fairer Entscheidungsprozesse dar. Ein Kontrollverlust bzw. die fehlende Partizipationsmöglichkeit im Ermittlungs- oder Instruktionsverfahren wird als besonders negativ empfunden.⁶⁷ Anhand mehrerer Studien ergaben sich sodann Hinweise, dass die wahrgenommene Verfahrenskontrolle selbst dann zu höherer wahrgenommener Verfahrensfairness und zu positiveren Einstellungen gegenüber der jeweiligen Autorität führte, auch wenn der wahrgenommene Einfluss auf die Entscheidung niedrig war. Die Verfahrensbeteiligung zeigte also einen von der Entscheidungskontrolle unabhängigen Effekt.⁶⁸ Die Akzeptanz staatlicher Akte und

⁶⁴ LANGENBACH, S. 48 f., 52 und 66; TYLER, Crime and Justice 2003, S. 300 f., 322 und 350 f.; MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 28; ferner RICHLI, ZBI 1991, S. 403; vgl. ALBERTINI, S. 43; vgl. ferner mit LUHMANN, S. 116, wonach Ungewissheit über den Verfahrensausgang Motor des Verfahrens ist. Diese Ungewissheit über den Verfahrensausgang dient als die treibende Kraft des Verfahrens und ist der eigentlich legitimierende Faktor.

⁶⁵ Bspw. STAHL/VAN PROOIJEN/VERMUNT, European Journal of Social Psychology 34; TYLER, Journal of Personality and Social Psychology 1994; vgl. RÖHL, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1993; vgl. zudem LANGENBACH, S. 68 mit Hinweis auf diverse Studien, u. a. auf: LIND ET AL., Administrative Science Quarterly 1993; CASPER/TYLER/FISHER, Law & Society Review 1988; GRIMES, European Journal of Political Research 2006.

⁶⁶ TYLER, Crime and Justice 2003, S. 298.

⁶⁷ LANGENBACH, S. 99 mit Hinweis u. a. auf TYLER, Law & Society Review 1988, mit zusammenfassendem Forschungsüberblick auf S. 128–130.

⁶⁸ LANGENBACH, S. 102 f.; in diesem Zusammenhang spricht man von einem nichtinstrumentellen Zusammenhang zwischen der Verfahrensbeteiligung und den Fairness- und Zufriedenheitsbewertungen; vgl. hierzu vertiefend mit TYLER, why obey, insbesondere S. 149 f. mit Hinweis auf verschiedene Studien. Diese nichtinstrumentelle Wirkung lässt sich zudem mit dem relationalen Mechanismus erklären. Danach erhöht die Verfahrensbeteiligung die wahrgenommene Neutralität des Entscheidungsprozesses sowie das Vertrauen in die Autorität und bestätigt den

das Vertrauen in die Justiz stellen sodann zentrale Elemente eines funktionierenden Staates dar, will er nicht auf die jeweilige Zwangsvollstreckung seiner Akte setzen. Akzeptanz ist damit eine rechtspsychologische Voraussetzung des demokratischen Rechtsstaates und fördert weitergehend auch das Ansehen der Behörden.⁶⁹ In Bezug auf die Akzeptanz einer unliebsamen gerichtlichen Entscheidung, welche das Publikum und/oder die betroffenen Personen unvorbereitet trifft, kann eine rechtzeitig vor Urteilsfällung angesetzte, öffentliche Verhandlung bzw. mündliche Anhörung die zu erwartende **Frustration** der betroffenen Personen abdämpfen, indem an der Verhandlung die gegenseitigen Rechtsstandpunkte einlässlich und medienwirksam vorgetragen werden. Dadurch kann frühzeitig eine Diskussion um das «richtige» Recht in der Öffentlichkeit Eingang finden.⁷⁰ Schliesslich trägt die Akzeptanz eines Entscheids auch zur **Verfahrensbeschleunigung** bei. Nachvollziehbare und akzeptierte Entscheide werden wohl weniger häufig mit einem Rechtsmittel angefochten. Eine mündliche Verhandlung fördert sodann **Transparenz** und ermöglicht der Öffentlichkeit einen Einblick in das Verfahren und dessen Ablauf und verbessert dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Volk und dem Staat.⁷¹

Status der betroffenen Personen. Hierzu LANGENBACH, S. 105; TYLER, Crime and Justice 2003, S. 300 f.

⁶⁹ MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 22 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 828; zum ganzen Abschnitt betreffend Akzeptanz: LANGENBACH, S. 68–70 und 106 f.; MÜLLER, S. 16 f., 39 und 41; WALTER, S. 139 f.; BIERHOFF, S. 162 f.; WÜR滕BERGER, S. 61, 64 und 99; betreffend Akzeptanz vgl. auch mit LUCKE, S. 141, wonach das Vorhandensein und Funktionieren gesellschaftlicher Akzeptanz eine *conditio sine qua non* zwischenmenschlicher Interaktion und ein unverzichtbares Konstituens sozialer Ordnung ist.

⁷⁰ WALTER, S. 140 f.; LANGENBACH, S. 47 und 82; ferner RICHLI, ZBI 1991, S. 400; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 530; vgl. vertiefend zum sog. Frustrationseffekt, welcher bislang nicht breit repliziert werden konnte, mit LANGENBACH, S. 109 f. mit Hinweis u. a. auf TYLER/RASINSKI/SPODICK, Journal of Personality and Social Psychology 1985.

⁷¹ LANGENBACH, S. 52; WÜR滕BERGER, S. 66 f., 70 und 85; vgl. MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 24; ferner FEZER, S. 32 und 37; vgl. zudem RICHLI, ZBI 1991, S. 388; WIEDERKEHR, S. 256 f.

IV. MÜNDLICHKEIT ALS ASPEKT EINES FAIREN VERFAHRENS

1. EINLEITUNG

Zwischen Mündlichkeit und Verfahrensfairness besteht ein Wirkungszusammenhang.²⁹ Wie zuvor dargelegt, kann eine mündliche Auseinandersetzung Einfluss auf die wahrgenommene Verfahrensfairness haben, wobei Letztgenanntes sich positiv auf rechtlich relevante Bewertungen der betroffenen Personen auswirkt. So z. B. auf die Akzeptanz, die Rechtsbefolgung, die Legitimität staatlicher Institutionen sowie die Zufriedenheit mit Entscheidungsträgern und mit den materiellen Ergebnissen.⁷² Das Recht auf ein faires Verfahren ist in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK⁷³) verankert und garantiert u. a. Aspekte, welche wiederum in einem engen Zusammenhang mit Mündlichkeit stehen, so bspw. die persönliche Teilnahme am Verfahren. Es folgt daher ein inhaltlicher Überblick des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK, wobei die mit Mündlichkeit im Zusammenhang stehenden Garantieaspekte näher zu beleuchten sind.

2. RECHT AUF EIN FAIRES VERFAHREN

Die EMRK wurde am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet und trat nach Ratifizierung durch die ersten zehn Staaten⁷⁴ am 3. September 1953 in Kraft. Sie wurde zunächst geschaffen, um die Schrecken totalitärer Regime aus Europa zu verbannen. Die EMRK sollte in Europa einen grundrechtlichen Mindeststandard herbeiführen sowie Funktionen der europäischen Integration übernehmen.⁷⁵ In der Schweiz wurde die EMRK am

⁷² Vgl. Rn 28; die Wirkungen von Verfahrensfairness werden kaum bestritten, vgl. für einen zusammenfassenden Forschungsüberblick mit MACCOUN, Annual Review of Law and Social Science 2005. Anderer Ansicht ist dagegen EPP, S. 84–91.

⁷³ SR 0.101.

⁷⁴ Vereinigtes Königreich, Norwegen, Schweden, Deutschland, Saarland, Irland, Griechenland, Dänemark, Island und Luxemburg.

⁷⁵ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 7 und 34; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Einführung Rn 1 f.; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: EMRK Handkommentar, Einleitung Rn 6; vgl. zudem mit Präambel der EMRK.

28. November 1974 ratifiziert und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben die Grundrechte der EMRK Verfassungsrang.⁷⁶

- 31 Art. 6 EMRK sichert Garantien eines fairen Gerichtsverfahrens und kommt grundsätzlich in allen Verfahren zur Anwendung, in denen über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen einer Person oder über die Stichhaltigkeit der gegen eine Person erhobenen strafrechtlichen Anklage entschieden wird. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) misst in der demokratischen Gesellschaft dem Recht auf ein faires Gerichtsverfahren eine zentrale Bedeutung zu, welche eine restriktive Auslegung der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK ausschliesst. In der Folge hat der EGMR in einer dynamischen Auslegung die Garantien von Art. 6 EMRK auf Bereiche des Verwaltungs- und Disziplinrechts ausgedehnt.⁷⁷ Im Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK werden zunächst bestimmte Anforderungen an das Gericht und dessen Zugangsmöglichkeiten gestellt, welche mindestens einmal im Verfahren erfüllt sein müssen. Namentlich muss das Gericht gesetzlich vorgesehen, unabhängig und unbefangen sein und darf erst nach öffentlicher Verhandlung entscheiden. Weiter hat das Gericht eine feste Amtszeit sowie eine Verfahrensordnung und gewährt die fundamentalen Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK, wie z. B. die Unschuldsvermutung anlässlich eines Strafverfahrens. Schliesslich muss das Gericht begründete und bindende Entscheidungen treffen.⁷⁸ Art. 6 Ziff. 1 EMRK setzt eine öffentliche gerichtliche Verhandlung voraus, die folglich mündlich zu führen ist und verlangt zudem eine öffentliche Urteilsverkündung. In beiden Fällen wird sowohl eine Parteien- als auch eine Publikumsöffentlichkeit verlangt.⁷⁹ Darüber hinaus gewährt Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf Durchführung und Abschluss eines Verfahrens innert angemessener Frist. Die Dauer von Rechtsstreitigkeiten soll möglichst kurz gehalten werden. Das Gebot der angemessenen Verfahrensdauer erhöht die Glaubwürdigkeit und Effizienz der Gerichtsbarkeit, steht aber zugleich im

⁷⁶ BGE 101 Ia 67 E. 2c; 102 Ia 379 E. 2; 104 Ia 88 E. 4; 105 Ia 127 E. 3a; 125 II 417 E. 4a; ferner HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 236.

⁷⁷ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 455–457 und 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 1 f.; vgl. vertiefend zum Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK mit Rn 116 f.

⁷⁸ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 491 f. und 545; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 45, 86, 112, 201, 204, 209 und 213.

⁷⁹ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 514; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 190.

Spannungsverhältnis zur Rechtsweggarantie und zum Rechtsschutzbedürfnis der einzelnen Personen.⁸⁰

Die Garantien des fairen Gerichtsverfahrens werden häufig angerufen und zählen quantitativ zu den wichtigsten Bestimmungen der EMRK. Qualitativ kommt diesen Garantien in einer demokratischen Gesellschaft ebenso grosse Bedeutung zu. In Art. 6 EMRK findet sich keine weitergehende Erläuterung des Fairnessbegriffs, die Rechtsprechung des EGMR zeigt allerdings immer wieder neue Facetten eines fairen Gerichtsverfahrens auf. Aufgrund des offenen Inhalts von Art. 6 EMRK kommt den Vertragsstaaten bei der Verwirklichung der Verfahrensgarantien ein gewisser Ermessensbereich zu. Dieser erweist sich in Verfahren betreffend zivilrechtliche Ansprüche eher grösser als in Strafverfahren.⁸¹ Die in Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK normierten Verfahrensrechte verdeutlichen in nicht abschliessender Weise den allgemeinen und umfassenden Begriff des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Soweit Art. 6 Ziff. 3 EMRK nur für Strafverfahren gilt, leitet der EGMR entsprechende (parallele) Garantien in Zivilverfahren direkt aus Ziff. 1 ab.⁸² In welchem Stadium des Verfahrens welche Garantien zur Anwendung kommen, hängt mitunter auch vom Einzelfall ab, wobei die eigentlichen Verteidigungsrechte a priori für das Hauptverfahren gelten. Jedenfalls ist die Fairness des gesamten Verfahrens zu würdigen.⁸³ Im Kern umfasst das Gebot der Fairness, dass jede Partei den Anspruch hat, ihre Sache dem Gericht in angemessener Weise und nicht unter wesentlich ungünstigeren Bedingungen als die (private oder staatliche) Gegenpartei vortragen zu können. Zentraler Gedanke ist, dass die Partei im Prozess nicht blosses Objekt sein darf, was dem Schutz der Menschenwürde Rechnung trägt. Folgende Aspekte zählen zum Gebot der Verfahrensfairness: Persönliche Teilnahme

32

⁸⁰ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 525; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 248.

⁸¹ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 545; vgl. Urteil EGMR *Dombo Beheer B. V. gegen Niederlande* vom 27. Oktober 1993, 14448/88, Rz 32; vgl. ferner MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 87.

⁸² VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 546.

⁸³ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 547 f.; HERZOG, S. 320; vgl. ferner MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 92.

am Verfahren, Waffengleichheit und kontradiktorisches Verfahren, «gerechtes Beweismanagement» und der Anspruch auf rechtliches Gehör.⁸⁴

- 33 Auf die Ausübung der in Art. 6 EMRK garantierten Fairnessrechte kann verzichtet werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Verzicht freiwillig und eindeutig erfolgt ist. Die Voraussetzungen eines zulässigen Verzichts variieren zudem je nach Bedeutung und Zweck der in Frage stehenden Garantie und nach Art des Verfahrens.⁸⁵ Darüber hinaus darf ein Verzicht nicht wichtigen öffentlichen Interessen zuwiderlaufen. Das Gericht hat somit bei Vorliegen eines rechtsgenüglichen Verzichts die privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.⁸⁶

3. PERSÖNLICHE TEILNAHME AN DER VERHANDLUNG

- 34 Der Anspruch, persönlich am Verfahren teilnehmen zu können, ergibt sich zunächst aus dem Recht gemäss Art. 6 Ziff. 3 EMRK sich selbst zu verteidigen und Fragen an die Belastungszeuginnen zu stellen. Entsprechend wichtig ist diese Bestimmung für das Strafverfahren.⁸⁷
- 35 Im Strafverfahren verlangt Art. 6 EMRK, dass die angeklagte Person an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung persönlich teilnehmen kann. Die anwaltliche Vertretung allein genügt nicht. An dieser Verhandlung müssen alle Beweise vorgebracht werden und der angeklagten Person wird damit die Möglichkeit gegeben, diese anzufechten. Diese Rechte können nur effektiv ausgeübt werden, wenn die angeklagte Person über die Einleitung des Strafverfahrens und die kommende Hauptverhandlung informiert worden ist. Ein Strafverfahren gegen eine abwesende angeklagte Person, welche auf ihr Teilnahmerecht nicht ausdrücklich verzichtet hat, ist mit Art. 6 EMRK grundsätzlich

⁸⁴ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 551–568; HERZOG, S. 321; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 166.

⁸⁵ Vgl. für Strafverfahren EGMR *Deweert gegen Belgien* vom 27. Februar 1980, 6903/75, Rz 49, EGMR *Pfeifer und Plankl gegen Österreich* vom 25. Februar 1992, 10802/84, Rz 37; vgl. für Verwaltungsverfahren EGMR *Hakansson und Sturesson gegen Schweden* vom 21. Februar 1990, 11855/85, Rz 66.

⁸⁶ HERZOG, S. 332; vgl. VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 551; zum ganzen Abschnitt: MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 5.

⁸⁷ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 551; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 87; HERZOG, S. 329 f.; vgl. EGMR *Colozza gegen Italien* vom 12. Februar 1985, 9024/80, Rz 27.

nicht vereinbar. Ist die angeklagte Person trotz angemessener Nachforschungen jedoch unauffindbar, kann die Durchführung der Hauptverhandlung in ihrer Abwesenheit u. U. gar notwendig sein, bspw. um die Beseitigung von Beweismitteln zu verhindern. Erfährt die angeklagte Person nachträglich von ihrer Verurteilung *in absentia*, ist auf ihren Antrag hin eine neue Hauptverhandlung in ihrer Anwesenheit durchzuführen. Aus dem Anspruch auf persönliche Teilnahme folgt das Recht der beschuldigten Person, persönlich Fragen an Zeuginnen und andere Personen, welche sie belasten, stellen zu können. Es genügt, wenn die beschuldigte Person einmal, d. h. während der Untersuchung oder an der Hauptverhandlung, Zeuginnen befragen konnte. Im Rechtsmittelverfahren braucht die Konfrontation von Zeuginnen nicht wiederholt zu werden, wenn das Gericht nicht auf neue belastende Aussagen abstellt. Die persönliche Teilnahme der angeklagten Person an einem Rechtsmittelverfahren ist sodann nur geboten, wenn das Rechtsmittelgericht das angefochtene Urteil sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen hat. Wenn das Gericht keine Fragen betreffend die Person der angeklagten Person oder ihrer allfälligen Schuld erörtern muss und wenn es die Strafe nicht verschärfen kann, dann ist die Teilnahme der beschuldigten Person an einer etwaigen Verhandlung vor Rechtsmittelinstanz nicht mehr erforderlich.⁸⁸

In Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen garantiert Art. 6 36 EMRK kein absolutes Recht auf persönliche Anhörung. Die Interessenwahrung kann u. U. durch die prozessvertretende Person oder im schriftlichen Verfahren durch die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erfolgen. Die Art der Streitigkeit oder die konkreten Umstände des Falles können eine persönliche Anhörung allerdings erforderlich machen, wenn dies der Fairnessgrundsatz gebietet. Dies könnte u. U. dann der Fall sein, wenn für das Gericht der persönliche Eindruck von der Partei und deren Lebensweise oder ihre Beurteilung eines bestimmten Vorfalls massgebend sein könnten. Bspw. könnte die persönliche Schilderung der Vorfälle in Verfahren betreffend Nichterteilung bzw. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung wegen Verdachts einer

⁸⁸ Zum ganzen Abschnitt: VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 552–556.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 158 f., 161, 167 und 179; HERZOG, S. 329–331; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 112–115, 121–123 und 126; vgl. EGMR *Marcello Viola gegen Italien* vom 5. Januar 2007 (final), 45106/04, Rz 55 und 58, *Hermi gegen Italien* vom 18. Oktober 2006, 18114/02, Rz 67.

Scheinehe im Sinne des AIG für die Entscheidung erheblich sein.⁸⁹ Der Anspruch auf persönliche Teilnahme oder Anhörung ergibt sich damit grundsätzlich aus einer antizipierten Würdigung von deren Wert für die Entscheidung durch das Gericht. Das Gebot der Fairness, das für diese Abwägung wegleitend ist, kann eine persönliche Anhörung insbesondere unter dem Aspekt der Waffengleichheit und dem Aspekt des rechtlichen Gehörs gebieten. Wird bspw. einer Partei die Möglichkeit gewährt, sich persönlich zur Sache oder zum Beweisergebnis zu äussern oder Fragen an Auskunftspersonen oder Zeuginnen zu stellen, muss dieses Recht grundsätzlich auch der Gegenpartei gewährt werden.⁹⁰ Auch ist an Fälle zu denken, bei denen im Hinblick auf die persönlichen und sachlichen Gegebenheiten des Einzelfalles allein durch die mündliche Anhörung bzw. durch die persönliche Befragung durch das Gericht dem Gehörsanspruch voll Rechnung getragen werden kann. Unter diesen Voraussetzungen besteht ein eigentliches Recht auf persönliche Anhörung.⁹¹

4. GRUNDSATZ DER ÖFFENTLICHKEIT

- 37 Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantiert den Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung und gewährleistet die Öffentlichkeit des Entscheids. In beiden Fällen wird Parteien- und Publikumsöffentlichkeit verlangt.⁹² Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung stellt ein fundamentales Prinzip dar, das nicht nur für die Einzelnen wichtig ist. Auch erscheint sie als eine Voraussetzung für das Vertrauen in das Funktionieren der Justiz, denn die Öffentlichkeit des Verfahrens sichert u. a. dessen Kontrolle. Dem Grundsatz

⁸⁹ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 163; HERZOG, S. 328; ferner VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 551.

⁹⁰ HERZOG, S. 328; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 551, 556 und 558; EGMR *Dombo Beheer B. V. gegen Niederlande* vom 27. Oktober 1993, 14448/88, Rz 31–35; vgl. EGMR *Feldbrugge gegen Niederlande* vom 29. Mai 1986, 8562/79, Rz 44 betreffend sozialversicherungsrechtliche Rechtsmittelverfahren; vgl. EGMR *Ekatani gegen Schweden* vom 26. Mai 1988, 10563/83, Rz 30 betreffend strafrechtliche Berufungsverfahren.

⁹¹ HERZOG, S. 329; EGMR *Helmers gegen Schweden* vom 29. Oktober 1991, 11826/85, Rz 38; vgl. ferner VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 551; vgl. ferner mit Urteil EGMR *Belziuk gegen Polen* vom 25. März 1998, 45/1997/829/1035, Rz 37–40.

⁹² BGE 111 IA 239, E. 7; anderer Ansicht ist HERZOG, S. 333. Sie ist der Auffassung, dass die Parteiöffentlichkeit, welche sich als Recht der Parteien auf Teilnahme am gerichtlichen (Beweis-)Verfahren umschreiben lässt und dergestalt als Aspekt des Gehörsanspruchs erscheine, im Fairnessgebot enthalten sei.

der Öffentlichkeit kommt daher auch eine demokratische Funktion zu. Die Öffentlichkeit des Verfahrens beugt zudem einer Geheim- oder Kabinettsjustiz vor, die ihrerseits dazu verleitet, die Garantien eines fairen Verfahrens zu missachten.⁹³

Der Grundsatz der Öffentlichkeit umfasst zunächst den Anspruch, dass mindestens einmal eine öffentliche Verhandlung vor einem Gericht, welches den Sachverhalt und die Rechtsfragen voll überprüfen kann, durchzuführen ist. Im mehrinstanzlichen Verfahren ist stets das ganze Verfahren und nicht nur eine Instanz bzw. eine Etappe derselben zu berücksichtigen.⁹⁴ In Strafverfahren sind grundsätzlich alle Beweise vor der angeklagten Person in öffentlicher und kontradiktiorischer Verhandlung abzunehmen. Ausnahmen hiervon sind zulässig, wenn die betroffene Partei auf belastende Beweise angemessen reagieren kann. Bezuglich Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche lässt sich die Frage der unmittelbaren Beweisabnahme nicht abschliessend klären. Zwar beschlägt das Öffentlichkeitsgebot die Beweisverhandlung eigentlich nicht. Das Fairnessprinzip kann es allerdings gebieten, dass eine bestimmte Beweismassnahme in Anwesenheit des erkennenden Gerichts zu treffen ist. Unter welchen Voraussetzungen unmittelbare Beweisabnahmen zugleich öffentlich und im Rahmen einer allgemeinzugänglichen Verhandlung erfolgen müssen, geht aus der Rechtsprechung des EGMR nicht klar hervor.⁹⁵ Gemäss der Rechtsprechung des EGMR kann aus Zweckmässigkeitsgründen auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet werden, bspw. falls sich ein schriftliches Verfahren zur Klärung von technischen Fragen als sachdienlicher erweist.⁹⁶ Ob in einem Rechtsmittelverfahren eine öffentliche Verhandlung durchzuführen ist, hängt zunächst von der konkreten Ausgestaltung des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens ab. Wurde vor erster Instanz eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, ist

⁹³ Zum Abschnitt: VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 514 f.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 187; HERZOG, S. 334 und 339 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 219–222; vgl. vertiefend zur Frage, ob der Publikumsöffentlichkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausschliesslich Individualrechtsschutzfunktion zukommt oder ob ihr darüber hinaus eine eigenständige demokratische Funktion beigemessen werden kann mit HERZOG, S. 340–342.

⁹⁴ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 516; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 225 und 228.

⁹⁵ HERZOG, S. 335 f. m. w. H.

⁹⁶ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 516; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 190 f.; HERZOG, S. 345; EGMR *Schuler-Zgraggen gegen Schweiz* vom 24. Juni 1993, 14518/89; vgl. BGE 119 V 375, E. 4b/dd.

eine öffentliche Verhandlung in zweiter Tatsacheninstanz entbehrlich, wenn der Fall ohne Beeinträchtigung des Prinzips eines fairen Verfahrens nach Aktenlage entschieden werden kann. Dies erst recht, wenn die Prüfungskompetenz des Rechtsmittelgerichts auf Rechtsfragen beschränkt ist. Fand vor erster Instanz keine öffentliche Verhandlung statt, lässt sich dieser Mangel mit einer öffentlichen Verhandlung vor Rechtsmittelinstanz heilen, insofern diese mit voller Kognition in der Sache entscheiden kann.⁹⁷ Die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung im Rechtsmittelverfahren ist aber dann angezeigt, wenn für den Ausgang des Verfahrens die Klärung massgeblicher Fragen des Sachverhalts zu erwarten oder eine Strafverschärfung möglich ist.⁹⁸

- 39 In Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche sowie im Strafverfahren kann auf die Durchführung einer publikumsöffentlichen Verhandlung unter bestimmten Voraussetzungen verzichtet werden.⁹⁹ Weiter kann der Ausschluss der Öffentlichkeit während des gesamten Verfahrens oder eines Teiles desselben in bestimmten Fällen zulässig sein, namentlich zum Schutz von Interessen von Jugendlichen oder zum Schutz des Privatlebens von Prozessparteien. Es kommt auf die Umstände des konkreten Falles an und der Ausschluss der Öffentlichkeit muss sich als verhältnismässig im Sinne von Art. 8-11 EMRK erweisen.¹⁰⁰
- 40 Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt weiter, dass das Urteil öffentlich zu verkünden ist, wobei eine summarische Zusammenfassung des Urteils bei der öffentlichen Verkündung grundsätzlich genügt. Gemäss der Rechtsprechung des EGMR muss nicht immer eine öffentliche Urteilsverkündung erfolgen. So ist eine solche vor Kassationsgericht nicht

⁹⁷ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 518 f.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 195; HERZOG, S. 338.

⁹⁸ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 518; vgl. EGMR *Lacadena Calero gegen Spanien* vom 22. Februar 2012 (final), 23002/07, Rz 38; *Helmers gegen Schweden* vom 29. Oktober 1991, 11826/85, Rz 36-39; *Jan-Ake Andersson gegen Schweden* vom 29. Oktober 1991, 11274/84, Rz 27-29.

⁹⁹ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 520; EGMR *Exel gegen Tschechische Republik* vom 5. Oktober 2005 (final), 48962/99, Rz 46; HERZOG, S. 346 m. w. H; in Bezug auf zivilrechtliche Verwaltungsprozesse vgl. EGMR *Le Compte Van Leuven et de Meyere gegen Belgien* vom 23. Juni 1981, 6878/75 und 7238/75, Rz 59; in Bezug auf Strafverfahren vgl. EGMR *Weber gegen Schweiz* vom 22. Mai 1990, 11034/84, Rz 39; vgl. vertiefend zum Verzicht auf Verhandlungsöffentlichkeit und den diesbezüglichen Voraussetzungen HERZOG, S. 346-353.

¹⁰⁰ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 521 f.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 198; vgl. vertiefend zum Ausschluss der Verhandlungsöffentlichkeit mit HERZOG, S. 343-346.

notwendig, solange das Urteil in der Gerichtskanzlei hinterlegt und somit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.¹⁰¹ Auf den Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung können die Verfahrensbeteiligten nicht verzichten.¹⁰²

V. ZWISCHENFAZIT

Die Komponenten der Mündlichkeit, die Multimodalität derselben und die Merkmale

41

mündlicher Interaktion zeigen zunächst in allgemeiner Hinsicht auf, was mündliche Kommunikation, insbesondere in Abgrenzung zu einer rein schriftlichen Auseinandersetzung, mit sich bringen kann. Vereinfacht zusammengefasst ermöglicht eine mündliche Interaktion einen zusätzlichen Informationsaustausch aufgrund der Art und Weise, wie etwas gesagt wird,¹⁰³ wie man sich dabei verhält und sich durch die Körpersprache, Mimik und Gestik ausdrückt.¹⁰⁴ Mündlichkeit eröffnet sodann auch die Möglichkeit, unmittelbar im Gespräch Missverständnisse zu erkennen und gegebenenfalls zu klären.¹⁰⁵ Ein solch zusätzlicher Informationsaustausch muss allerdings nicht immer von Vorteil sein. So lassen sich Reaktionen, welche sich bspw. in der Mimik, Gestik oder der Körperhaltung etc. äußern, nicht immer kontrollieren.¹⁰⁶ Solch spontane Reaktionen können auch falsch verstanden werden und gar zu Missverständnissen führen. Mündliche Interaktion kann daher nicht grundsätzlich als «besser» als eine schriftliche Auseinandersetzung bezeichnet werden. Führt man sich die Funktionen der Mündlichkeit in einem Verfahren vor Augen, sind die möglichen Vorteile einer mündlichen gegenüber einer rein schriftlichen Auseinandersetzung allerdings klar erkennbar: kontradiktoriische Auseinandersetzung, unmittelbare Beweisabnahme, anderweitige Erhellung des Sachverhalts, Verwendung einer allgemeinverständlichen Sprache, Behandlung als Subjekt, zusätzliche Partizipationsmöglichkeit, Akzeptanz

¹⁰¹ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 523 f.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 196 f.; HERZOG, S. 337 f.; EGMR *Sutter gegen Schweiz* vom 22. Februar 1984, 8209/78, Rz 33 f.

¹⁰² KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 236.

¹⁰³ Vgl. Rn 14–16.

¹⁰⁴ Vgl. Rn 18–23.

¹⁰⁵ Vgl. Rn 24.

¹⁰⁶ Vgl. Rn 17 und 24.

des Entscheids, abgedämpftes Frustrationspotential, mögliche Verfahrensbeschleunigung und Transparenz des Verfahrens.¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund und angesichts dessen, dass Mündlichkeit auch als Aspekt eines fairen Verfahrens zu verstehen ist, ist nachvollziehbar, weshalb in der Straf- und Zivilprozessordnung Mündlichkeit als Verfahrensgrundsatz Eingang gefunden hat.¹⁰⁸ Der EGMR misst in der demokratischen Gesellschaft dem Recht auf ein faires Gerichtsverfahren eine zentrale Bedeutung zu.¹⁰⁹ Der Fairnessgrundsatz kann im Einzelfall auch dazu führen, dass eine persönliche Anhörung erforderlich wird, dies bspw. wenn für das Gericht der persönliche Eindruck von der Partei und deren Lebensweise massgebend sein könnten.¹¹⁰ Darüber hinaus hat eine mündliche öffentliche Verhandlung eine demokratische Funktion. Die Öffentlichkeit eines Verfahrens beugt einer Geheim- oder Kabinettsjustiz vor.¹¹¹ Angesichts der Rolle von Mündlichkeit in einem Verfahren und ihrer Funktionen stellt sich die Frage, ob in ausländerrechtlichen Verfahren mehr Mündlichkeit Anwendung finden sollte.

¹⁰⁷ Vgl. Rn 26–28.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 212 Abs. 2 ZPO und Art. 66 StPO.

¹⁰⁹ Vgl. Rn 32.

¹¹⁰ Vgl. Rn 36.

¹¹¹ Vgl. Rn 37.

KAPITEL 3: MÜNDLICHKEIT IM AUSLÄNDERRECHTLICHEN VERFAHREN

Nachdem im Kapitel 2 auf die Grundlagen und Funktionen der Mündlichkeit in einem juristischen Verfahren in allgemeiner Hinsicht eingegangen wurde, werden im Folgenden die konkreten Möglichkeiten der mündlichen Einbringung von betroffenen Personen im ausländerrechtlichen Verfahren dargelegt. Im Fokus stehen diejenigen prozessualen Bestimmungen, welche es der betroffenen Person ermöglichen, sich zu der ihr betreffenden Sache mündlich äussern zu können. Auf die Bestimmungen zur gütlichen Einigung und Mediation wird nicht eingegangen, da sich der hierzu notwendige Verhandlungsspielraum im Bereich des Ausländer- und Integrationsrechts als sehr gering erweisen dürfte.¹¹² 42

Es folgen zunächst Grundlagen zum ausländerrechtlichen Verfahren, bevor auf die erwähnten prozessualen Bestimmungen auf Bundes- und kantonaler Ebene eingegangen wird. Danach wird der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK dargelegt. Zum Thema Mündlichkeit im ausländerrechtlichen als verwaltungsrechtlichem Verfahren werden Positionen und Meinungen aus der Lehre präsentiert, bevor ein Überblick zur Praxis auf Bundes- und kantonaler Ebene mehr Aufschluss über die Anwendung von Mündlichkeit im ausländerrechtlichen Verfahren gibt. 43

I. GRUNDLAGEN ZUM AUSLÄNDERRECHTLICHEN VERFAHREN

Im Rahmen des Ausländer- und Integrationsgesetzes können sich Verfahren insbesondere im Zusammenhang mit der Einreise und Visumserteilung, dem Aufenthalt und dessen Beendigung ergeben. Vorliegend stehen die ordentlichen Rechtsmittelverfahren im Fokus, welche sich im Zusammenhang mit der Zulassung und der Beendigung des Aufenthalts ergeben. Auf die Bestimmungen zur Wegweisung (Art. 64 ff. AIG), zur Ausschaffung (Art. 69 ff. AIG) und den Zwangsmassnahmen (Art. 73 ff. AIG) wird nicht weiter eingegangen. Auch die Straftatbestände im AIG, wie

44

¹¹² SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b N. 33; vgl. vertieft zur gütlichen Einigung und Mediation nach VwVG mit KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 602–604.

z. B. die rechtswidrige Einreise, der rechtswidrige Aufenthalt oder die rechtswidrige Ausreise nach Art. 115 Abs. 1 AIG, werden vorliegend nicht weiter beleuchtet. Bei diesen Straftatbeständen sind zur Verhängung ausländerrechtlicher Sanktionen die Strafbehörden zuständig¹¹³ und das diesbezügliche Verfahren richtet sich nach den strafprozessualen Bestimmungen¹¹⁴.

- 45 Im Bereich des Ausländer- und Integrationsrechts kommt den Kantonen eine weitgehende Vollzugskompetenz zu.¹¹⁵ Dies trotzdem in Art. 98 Abs. 1 AIG eine Umkehr der traditionellen Kompetenzverteilung festgehalten wurde, wonach das SEM für alle Aufgaben zuständig ist, die nicht ausdrücklich anderen Bundesbehörden oder den kantonalen Behörden vorbehalten sind.¹¹⁶ So sind die Kantone insbesondere für die Erteilung, die Verlängerung und den Widerruf von ausländerrechtlichen Bewilligungen zuständig (Art. 40 Abs. 1 AIG). Vorbehalten bleiben die Zuständigkeiten des Bundes im Rahmen von Begrenzungsmassnahmen (Art. 20 AIG), Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen (Art. 40 Abs. 1 AIG), gewissen arbeitsmarktlchen Vorentscheiden des Bundes (Art. 40 Abs. 3 AIG) sowie des Zustimmungsverfahrens (Art. 99 AIG).¹¹⁷ Im Rahmen der Beurteilung der Bewilligungsvoraussetzungen haben die kantonalen Behörden zwar die völker-, verfassungs- und bundesrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Besteht gestützt auf diese allerdings kein Anspruch auf eine ausländer-

¹¹³ CARONI ET AL., S. 318; OFK/Migrationsrecht-ZÜND, AIG Vorbemerkungen zu Art. 115–120 N. 1.

¹¹⁴ Vgl. BGer 6B_701/2019 vom 17. Dezember 2020.

¹¹⁵ CARONI ET AL., S. 92 f. mit Hinweis auf Art. 69^{ter} aBV, welcher noch ausdrücklich die kantonale Vollzugskompetenz festhielt. Aktuell ergibt sich die kantonale Zuständigkeit aus der allgemeinen Kompetenzausscheidung nach Art. 46 BV sowie aus den weitgehenden Zuständigkeitszuweisungen im AIG, bspw. Art. 40 AIG, wonach die Kantone für die Erteilung von Bewilligungen zuständig sind; UEBERSAX/ACHERMANN, S. 12, mit dem Hinweis auf S. 9, der heute einschlägige Art. 121 Abs. 1 BV verschaffe dem Bund die umfassende, nachträglich derogierende Kompetenz im Bereich des Ausländerrechts; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 1165; vgl. vertiefend zur Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen im ausländerrechtlichen Bereich mit UEBERSAX/ACHERMANN, S. 12–16.

¹¹⁶ So auch Art. 88 VZAE.

¹¹⁷ Eine geteilte Zuständigkeit zwischen Bund und Kantonen findet sich bspw. in Bezug auf die Anordnung von Entfernungsmassnahmen (Art. 64 ff. AIG). Der Vollzug obliegt dagegen den kantonalen Behörden, unabhängig davon, ob die Massnahme vom Bund oder einem Kanton ausgesprochen wurde (Art. 69 ff. AIG). Einreiseverbote werden sodann nie durch die kantonalen Behörden ausgesprochen (Art. 67 AIG).

rechtliche Bewilligung, kommt den kantonalen Behörden trotz der Festlegung der Zulassungsvoraussetzungen im Bundesrecht ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zu. Zudem sind die Bewilligungen verweigernden Entscheide der letzten kantonalen Behörden grundsätzlich endgültig. Eine Beschwerde an das Bundesgericht ist nur möglich, wenn die betroffene ausländische Person gestützt auf Bundes- oder Völkerrecht einen Rechtsanspruch auf eine Bewilligung geltend machen kann (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG).¹¹⁸ Die kantonale Zuständigkeit bestimmt sich sodann nach Art. 10 und 11 AIG. Für einen bewilligungspflichtigen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit muss das Gesuch vor der Einreise in die Schweiz bei der am vorgesehenen Wohnort zuständigen Behörde eingereicht werden (Art. 10 Abs. 2 AIG). Für das Bewilligungsgesuch für einen Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit sind demgegenüber die kantonalen Behörden am vorgesehenen Arbeitsort zuständig (Art. 11 Abs. 1 AIG). Die Kantone können frei bestimmen, welche Behörde für die Erteilung und Verlängerung der ausländerrechtlichen Bewilligungen zuständig ist.¹¹⁹

In Bezug auf den Rechtsschutz im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens ist zunächst zu unterscheiden, ob die ausländerrechtliche Verfügung von einer kantonalen Behörde oder von einer Bundesbehörde erlassen wurde. Der Rechtsweg bestimmt sich nach dem Anfechtungsobjekt. Die Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide kantinaler Behörden richtet sich nach der jeweils einschlägigen kantonalen Verwaltungsverfahrensordnung. Ausländerrechtliche Entscheide des SEM können mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 31 ff. VGG). Besteht ein Rechtsanspruch auf die Bewilligung, steht sowohl gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide als auch gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (vgl. mit Art. 82 i. V. m. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Besteht dagegen kein Bewilligungsanspruch oder handelt es sich um eine Wegweisungsverfügung, dann steht nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts erweisen sich unter diesen Umständen als endgültig. Darüber hinaus ist

46

¹¹⁸ CARONI ET AL., S. 138 f.; HAP Ausländerrecht-PETER UEBERSAX/STEFAN SCHLEGEL, Rz 9.501 f.

¹¹⁹ CARONI ET AL., S. 230.

als ausserordentliches Rechtsmittel im ausländerrechtlichen Kontext insbesondere die Wiedererwägung von Bedeutung.¹²⁰ Vorliegend stehen indessen nur die förmlichen Rechtsmittelverfahren im Vordergrund, welche die angerufene Rechtsmittelinstanz grundsätzlich zur Behandlung und zur Erledigung in der Form eines Prozess- oder Sachurteils verpflichten.¹²¹

- 47 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten, Drittstaatsangehörige, welche Familienangehörige von EU-Staatsangehörigen sind, sowie entsandte Arbeitnehmende von in Vertragsstaaten niedergelassenen Unternehmen sich auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) berufen können. Dieses beinhaltet insbesondere Regelungen zur Einreise, zum Aufenthalt, zur Erwerbstätigkeit sowie zum Recht auf Verbleib nach Aufgabe der Erwerbstätigkeit.¹²² Was den diesbezüglichen Rechtsschutz anbelangt, verweist Art. 11 FZA auf die zuständigen Behörden bzw. die zuständigen nationalen Gerichte. Dabei dürfen die Rechte, die aus dem FZA fliessen, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden (sog. *ordre public*-Vorbehalt nach Art. 5 Anhang I FZA). Was das Verfahren im Zusammenhang mit der Beendigung des Aufenthalts anbelangt, finden daher grundsätzlich dieselben prozessualen Bestimmungen wie betreffend das AIG Anwendung.¹²³ Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass sich auch das die EU/EFTA-Staatsangehörigen betreffende Verfahren und die prozessualen Vorgaben grundsätzlich nach denselben Verfahrensbestimmungen, wie betreffend alle anderen ausländischen Personen, bestimmen.¹²⁴

¹²⁰ CARONI ET AL., S. 234 f. und 260–262; HAP Ausländerrecht-PETER UEBERSAX/STEFAN SCHLEGEL, Rz 9.497 ff.

¹²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz 1136; HAP Ausländerrecht-PETER UEBERSAX/STEFAN SCHLEGEL, Rz 9.499.

¹²² CARONI ET AL., S. 331.

¹²³ CARONI ET AL., S. 358; vgl. UEBERSAX/ACHERMANN, S. 6; HAP Ausländerrecht-ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, Rz 10.4; vgl. ferner RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 827a mit dem Hinweis auf Art. 11 FZA, welcher ein zweistufiges Beschwerdeverfahren vorschreibt, das zumindest in zweiter Instanz an ein (nationales) Gericht führen muss.

¹²⁴ UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 55.

II. RECHTSGRUNDLAGEN ZUR MÜNDLICHKEIT: BUND UND KANTONE

1. AUSGANGSLAGE AUF BUNDESEBENE

1.1 Bundesverfassung (BV)

Sowohl im Verfahren vor Bundesbehörden als auch vor kantonalen Instanzen sind Verfahrensgarantien oder -grundrechte zu beachten, welche in der Bundesverfassung statuiert werden. Die Verfahrensgrundrechte stellen Minimalgarantien dar, d. h., das Gesetzesrecht des Bundes und der Kantone kann darüber hinausgehen, nicht aber die Verfahrensrechte der Parteien enger fassen.¹²⁵ 48

a Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)

Art. 29 BV gewährleistet jene prozessualen Grundrechte, die in sämtlichen Verfahren der Rechtsanwendung zu beachten sind, also auch in Verwaltungssachen, unabhängig davon, ob es sich um Verwaltungsbehörde mit primär rechtsetzender Funktion oder eine Gerichtsinstanz handelt.¹²⁶ Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV hat eine doppelte Funktion: Sachaufklärung und persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids.¹²⁷ Der vom Verfahren betroffenen Person stehen von Verfassungen wegen verschiedene Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte zu. Damit soll die Verfassung die zentralen Aspekte eines fairen Verfahrens garantieren. Darunter fallen u. a. der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung, das Recht auf Akteneinsicht, der Anspruch auf Teilhabe am Beweisverfahren, das Recht auf das Stellen von Beweisanträgen, das Recht auf Verteidigung, der Anspruch auf einen Entscheid einer zuständigen und richtig zusammengesetzten Behörde, der Anspruch auf Berücksichtigung einer Stellungnahme und Ausschöpfung 49

¹²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz 975; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 174; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 7; BGE 134 I 56, E. 2.

¹²⁶ MÜLLER/SCHEFER, S. 818 und 851; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 829; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 12; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 312.

¹²⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 835; BGE 144 I 11, E. 5.3; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 310; vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 44.

der Kognition sowie der Anspruch auf Begründung des Entscheids.¹²⁸ Diese Garantien sollen auf der einen Seite sicherstellen, dass die betroffene Person in administrativen und gerichtlichen Verfahren nicht nur als Objekt, sondern auch als Subjekt ernst genommen wird. Es soll nicht nur über die betroffene Person «verfügt» werden, sondern sie ist in den sie betreffenden Entscheidprozess einzubeziehen mit der Möglichkeit, ihre Sicht, Argumente und Widersprüche frühzeitig geltend zu machen. Vom Einbezug der betroffenen Person in das Verfahren wird sich auf der anderen Seite auch ein Gewinn an «Richtigkeit» des Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erhofft. Weiter erhöht die Teilnahme der betroffenen Person an der Entscheidfindung die Chance der Akzeptanz des aus dem Verfahren hervorgegangenen Entscheids.¹²⁹

- 50 Damit ergeben sich folgende mündliche Einbringungsmöglichkeiten aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV: Die betroffene Person kann zunächst als Beweismassnahme ihre persönliche Befragung beantragen und/oder geltend machen, ihr Mitwirkungs- bzw. Äusserungsrecht anlässlich einer mündlichen Anhörung auszuüben. Zwar lässt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV kein grundsätzlicher Anspruch auf mündliche Anhörung im ausländerrechtlichen Verfahren ableiten,¹³⁰ was dessen Geltendmachung allerdings nicht ausschliesst. Es ist daher umso mehr von der betroffenen Person bzw. ihrer Rechtsvertretung substantiiert darzulegen, aus welchen Gründen dennoch eine mündliche Anhörung angezeigt ist. Anhaltspunkte für eine diesbezügliche Argumentation ergeben sich anhand der folgenden Ausführungen: Ein Anspruch auf mündliche Anhörung besteht grundsätzlich nur in den von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfassten Zivil- und Verwaltungsverfahren sowie im Strafverfahren. So ist im Rechtsmittelverfahren in Strafsachen die Anwesenheit der angeklagten Person insbesondere dann notwendig, wenn schwerwiegende Sanktionen drohen oder wenn der

¹²⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 846 m. w. H., S. 860–868 mit vertiefenden Ausführungen zum Anspruch auf Orientierung und Mitwirkungsrechte bei der Feststellung des Sachverhalts; vgl. zudem vertiefend zum Anspruch auf Begründung eines Entscheids mit S. 885–892; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 836 und 838; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 317 f.

¹²⁹ MÜLLER/SCHEFER, S. 847; vgl. BGE 53 I 107, E. 5; WIEDERKEHR, S. 17; vgl. Rn 27 f.

¹³⁰ MÜLLER/SCHEFER, S. 869; vgl. BGE 134 I 140, E. 5.3; 130 II 425, E. 2.1; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 46; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 323 mit Hinweis, dass eine mündliche Anhörung u. U. geboten oder durch Verfahrensrecht vorgesehen sein kann.

Charakter der angeklagten Person, ihr Gesundheitszustand oder ihre Motive für die Tat beurteilt werden müssen. Auch erweist sich die blosse Anhörung der Rechtsvertretung in den von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfassten Zivil- und Verwaltungsverfahren als nicht genügend, wenn der Charakter der betroffenen Person oder ihr Verhalten von Bedeutung sind.¹³¹ Eine mündliche Anhörung kann daher besonders in Fällen geboten sein, wo sich für das Gericht der persönliche Eindruck von der Partei als erheblich erweisen kann oder wenn aus Zeitgründen keine schriftliche, aber eine mündliche Anhörung möglich ist.¹³² Hinzu kommt, dass die Entscheidträgerin aufgrund des allgemeinen Fairnessgebots nach Art. 29 Abs. 1 BV eine erhöhte Sorgfalt trifft, wenn sich das Verfahren nach der in Frage stehenden Rechtsfolge (z. B. Freiheitsentziehung, Entmündigung etc.) oder nach dem betroffenen Lebensbereich (z. B. persönliche oder sexuelle Integrität, Familienleben) besonders schwerwiegend auf die persönliche Stellung auswirkt.¹³³ Mit anderen Worten ist für die Geltendmachung der Durchführung einer mündlichen Anhörung insbesondere darzulegen, inwieweit der persönliche Eindruck für den Verfahrensausgang von entscheidender Bedeutung ist und welche gravierenden Auswirkungen das Verfahren auf das Leben der betroffenen Person haben kann.

b Öffentliche gerichtliche Verhandlung (Art. 30 Abs. 3 BV)

Art. 30 Abs. 3 BV sieht für die gerichtlichen Verfahren die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und der Urteilsverkündung vor, vorbehältlich gesetzlich vorgesehener Ausnahmen.¹³⁴ Dieser Grundsatz der Justizöffentlichkeit wird in ständiger bundesgerichtlicher Praxis wie folgt umschrieben:¹³⁵

51

¹³¹ MÜLLER/SCHEFER, S. 882 f.; vgl. Urteil EGMR *Hermit gegen Italien* vom 18. Oktober 2006, 18114/02, Rz 64; BGE 127 V 491, E. 1b.

¹³² KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 248; vgl. BGer 2C_153/2010 vom 10. September 2010, E. 3.2; BGE 122 II 464, E. 4b f.; 131 II 670, E. 4.2.

¹³³ MÜLLER/SCHEFER, S. 823; so besteht eine eingehende Pflicht zur Begründung etwa dann, wenn ein Entscheid intensiv in die Rechtsstellung der betroffenen Person eingreift, MÜLLER/SCHEFER, S. 888.

¹³⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 224; MÜLLER/SCHEFER, S. 818; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 856.

¹³⁵ BGE 139 I 129, E. 3.3; 137 I 16, E. 2.2; 134 I 286, E. 6.1; 133 I 106, E. 8.1; 124 IV 234, E. 3b, je mit Hinweisen.

- 52 «[Die Justizöffentlichkeit] erlaubt einen Einblick in die Rechtspflege und sorgt für Transparenz gerichtlicher Verfahren. Damit dient sie einerseits dem Schutz der direkt an gerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien im Hinblick auf deren korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung. Andererseits ermöglicht die Justizöffentlichkeit auch nicht verfahrensbeteiligten Dritten nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt werden, das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeübt wird. Die Justizöffentlichkeit bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz, will für Transparenz der Rechtsprechung sorgen und die Grundlage für das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit schaffen. Der Grundsatz ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Die demokratische Kontrolle durch die Rechtsgemeinschaft soll Spekulationen begegnen, die Justiz benachteilige oder privilegiere einzelne Prozessparteien ungebührlich oder Ermittlungen würden einseitig und rechtsstaatlich fragwürdig geführt. [...] Öffentliche Urteilsverkündung bedeutet primär, dass am Schluss eines gerichtlichen Verfahrens das Urteil in Anwesenheit der Parteien sowie von Publikum und Medienvertretern verkündet wird. [...] Entsprechend der Marginale von Art. 30 BV gilt das Gebot der öffentlichen Verkündung nach Art. 30 Abs. 3 BV für alle gerichtlichen Verfahren.»
- 53 In einem französischsprachigen Entscheid äusserte sich das Bundesgericht zum Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 3 BV. Es führte aus, dass diese Bestimmung der Rechtssuchenden kein Recht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung verleiht und einzig garantiert ist, dass wenn eine Verhandlung stattzufinden hat, diese öffentlich sein muss, vorbehältlich gesetzlich vorgesehener Ausnahmen.¹³⁶ Was den Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung anbelangt, gilt dies für alle gerichtlichen Verfahren. Der Anspruch auf Publikation betrifft nur Endentscheide und erstreckt sich zumindest auf das Dispositiv.¹³⁷ Eine mündliche Verlesung des Urteils ist nicht notwendig, wenn es

¹³⁶ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 224 und 249; BGE 128 I 288, E. 2.3–2.6; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N. 856.

¹³⁷ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 233 mit Hinweis auf Uneinigkeit in der Lehre bzgl. Voraussetzungen und Modalitäten, wonach einerseits zu berücksichtigen sei, dass die Publikation des Dispositivs allein nicht genügend aussagekräftig sei, es andererseits widersprüchlich sei, wenn das, was in den Verhandlungen geheim zu halten gewesen sei, mit der Urteilsbegründung dennoch öffentlich würde; MÜLLER/SCHEFER, S. 978; BSK BV-REICH, Art. 30 N. 52 und 54; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 576.

den Parteien schriftlich zugestellt wurde und das Urteil auf der Gerichtskanzlei aufliegt oder eine Kopie davon auf Anfrage angefertigt werden kann.¹³⁸

1.2 Bundesgerichtsgesetz (BGG)

Das Bundesgericht ist die oberste Recht sprechende Behörde des Bundes und urteilt dementsprechend letztinstanzlich.¹³⁹ Das BGG regelt Stellung, Organisation, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesgerichts.

54

a Grundsatz zum Beweisverfahren (Art. 55 BGG)

Gemäss Art. 55 Abs. 1 BGG richtet sich das Beweisverfahren nach Art. 36, 37 und 39–65 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP). Danach dienen als Beweismittel u. a. die Einvernahme von Zeuginnen, Urkunden, ein Augenschein, ein Sachverständigengutachten und das Parteiverhör bzw. die Beweisaussage. Um sich im Verfahren vor Bundesgericht mündlich zur Sache äussern zu können, kann die betroffene Partei daher ihre eigene Einvernahme beantragen.¹⁴⁰ Erfolgt im Rahmen des Verfahrens vor Bundesgericht eine Einvernahme von Zeuginnen, hat die betroffene Partei das Recht, Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zu beantragen, über deren Zulässigkeit allerdings die Richterin entscheidet.¹⁴¹

55

Das Bundesgericht führt eher selten ein Beweisverfahren durch, weil es seinem Urteil grundsätzlich den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde legt.¹⁴² Sind dennoch entsprechende Massnahmen zu ergreifen, leitet die Instruktionsrichterin das

56

¹³⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 234; BSK BV-REICH, Art. 30 N. 54 f.

¹³⁹ Art. 188 BV und Art. 1 Abs. 1 BGG.

¹⁴⁰ Vgl. ferner mit Art. 42 Abs. 3 BGG: Die beschwerdeführende Partei hat zu rügen, was sie an einer Verfügung/einem Entscheid aussetzt (Rügepflicht) und hat hierzu auch entsprechende Beweismittel vorzulegen (Substantierungspflicht). Vgl. vertiefend zur Dispositionsmaxime mit RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 2027.

¹⁴¹ Art. 46 BZP.

¹⁴² Vgl. mit Art. 105 Abs. 1 bzw. Art. 118 Abs. 1 BGG; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 55 N. 1; BSK BGG-GELZER, Art. 55 N. 2; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 2016; SHK-von WERDT, Art. 55 BGG, N. 3 f.

Beweisverfahren.¹⁴³ Nach Art. 55 Abs. 3 BGG kann u. a. ein Parteiverhör angeordnet werden.¹⁴⁴ Weil es bei einer solchen Beweisabnahme stark auf die subjektive Wahrnehmung ankommt, hat die Instruktionsrichterin eine zweite Richterin beizuziehen.¹⁴⁵ Damit wird dem sog. Unmittelbarkeitsprinzip, wonach Verhandlungen und Beweisabnahmen unmittelbar vor dem erkennenden Gericht erfolgen sollten, nur teilweise entsprochen. Ist die unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht aus besonderen Gründen geboten, kann die Instruktionsrichterin die Beweisführung auch auf die Hauptverhandlung verschieben. Auch kann das Gericht von der Instruktionsrichterin erhobene Beweise wiederholen, wenn es die unmittelbare Wahrnehmung als geboten erachtet.¹⁴⁶

b Anwesenheit der Parteien (Art. 56 BGG)

- 57 Art. 56 Abs. 1 BGG berechtigt die Parteien, der Beweiserhebung beizuwohnen und in die vorgelegten Urkunden Einsicht zu nehmen. Diese Bestimmung kommt nur zur Anwendung, wenn das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren Beweise abnimmt.¹⁴⁷ Die Rechte auf Teilnahme an allen Verhandlungen und Beweiserhebungen sowie auf Akteneinsicht sind auf das aus dem Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Mitwirkungsrecht zurückzuführen.¹⁴⁸ Ausnahmsweise kann das Gericht auch unter Ausschluss der Parteien oder der Gegenpartei von Beweismitteln Kenntnis nehmen, wenn überwiegende private oder öffentliche Interessen dies gebieten (Art. 56 Abs. 2 BGG). Zu den privaten Interessen sind namentlich die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu zählen. Auch können sich private Geheimhaltungsinteressen aus dem Persönlichkeitsschutz ergeben.

¹⁴³ BSK BGG-GELZER, Art. 55 N. 32; Art. 55 Abs. 1 BGG verweist bezüglich des Beweisverfahrens auf die Regelungen des Beweises im BZP. Vgl. vertiefend zur Regelung des Beweisverfahrens im Bundeszivilprozess, insbesondere der vorgesehenen Beweismittel, mit BSK BGG-GELZER, Art. 55 N. 4-31.

¹⁴⁴ Vgl. mit Art. 62 ff. BZP.

¹⁴⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1610; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 55 N. 4; BSK BGG-GELZER, Art. 55 N. 32.

¹⁴⁶ BSK BGG-GELZER, Art. 55 N. 32; vgl. BGE 125 I 127, E. 6c/aa; Art. 71 BGG i. V. m. Art. 35 Abs. 3 BZP bzw. Art. 67 Abs. 2 BZP.

¹⁴⁷ BSK BGG-GELZER, Art. 56 N. 2.

¹⁴⁸ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 56 N. 1; BSK BGG-GELZER, Art. 56 N. 5; vgl. BGE 127 I 54, E. 2b; SHK-VON WERDT, Art. 56 BGG, N. 5.

Bspw. kann eine Anonymisierung angezeigt sein, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass eine Person schweren Repressalien ausgesetzt wäre, wenn ihre Identität offengelegt würde.¹⁴⁹ Zu den öffentlichen Interessen sind u. a. staatliche Geheimhaltungsinteressen, insbesondere der Schutz der inneren und äusseren Sicherheit, zu zählen.¹⁵⁰ Beabsichtigt das Gericht den Entscheid auf ein Beweismittel zu stützen, welches unter Ausschluss von Parteien zur Kenntnis genommen wurde, so muss der wesentliche Sachinhalt der betroffenen Partei mitgeteilt und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (Art. 56 Abs. 3 BGG).¹⁵¹

c Parteiverhandlung (Art. 57 BGG)

Gemäss Art. 57 BGG kann die Abteilungspräsidentin eine mündliche Parteiverhandlung anordnen. Ein grundsätzlicher Anspruch auf eine öffentliche Parteiverhandlung besteht allerdings nicht.¹⁵² Für die Anordnung einer mündlichen Parteiverhandlung bedarf es ausserordentlicher prozessualer Umstände, die eine Abkehr vom – ansonsten im BGG im Allgemeinen vorherrschenden – Prinzip des schriftlichen Verfahrens indizieren.¹⁵³ Grundsätzlich übt das Bundesgericht keine Sachverhaltskontrolle aus; der von der Vorinstanz festgelegte Sachverhalt ist massgebend. Aus diesem Grund besteht – soweit im vorinstanzlichen Verfahren ein allfälliger Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK beachtet wurde – kein Anspruch auf eine öffentlichen Parteiverhandlung. Und auch wenn im vorinstanzlichen Verfahren ein grundrechtlicher Anspruch auf öffentliche Parteiverhandlung missachtet wurde, kann das Bundesgericht diesen Verfahrensmangel nicht durch eine öffentliche Anhörung heilen, soweit es nur eine rechtliche Überprüfung vornehmen kann. In solchen Fällen ist die Sache an das zuständige kantonale Gericht bzw. an das Bundesverwaltungsgericht (oder Bundesstraf-

58

¹⁴⁹ BGE 133 I 33, E. 4.3.

¹⁵⁰ BSK BGG-GELZER, Art. 56 N. 14 m. w. H.

¹⁵¹ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 56 N. 2; BSK BGG-GELZER, Art. 56 N. 16, mit vertiefenden Ausführungen zur Beschränkung auf die Wesentlichkeit des mitzuteilenden Inhalts in N. 18 f.; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 541.

¹⁵² BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 57 N. 1, 5.

¹⁵³ BGer 2C_9/2010 vom 12. April 2010, E. 1 (zum Prinzip des schriftlichen Verfahrens); BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 57 N. 2.

gericht) zurückzuweisen.¹⁵⁴ Eine mündliche Parteiverhandlung drängt sich ausnahmsweise dann auf, wenn die nötigen Erkenntnisse unbürokratisch zu gewinnen sind bzw. rascher Klarheit zu schaffen ist. Ansonsten können für Antwort und allenfalls Replik und Duplik Monate verstreichen. Dazu kommen Fälle, in denen Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine öffentliche Verhandlung vorschreibt.¹⁵⁵ Richtlinien, wann von Art. 57 BGG Gebrauch zu machen ist, fehlen. Der Entscheid liegt im freien, pflichtgemäßen Ermessen des Abteilungspräsidiums. Praktisch werden vorwiegend in Zivilfällen, allenfalls noch in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, mündliche Parteiverhandlungen durchgeführt.¹⁵⁶

- 59 Nach dem Gesagten ist eine öffentliche Parteiverhandlung vor Bundesgericht unter folgenden Umständen vorstellbar: Hat das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin oder von Amtes wegen einen Sachverhalt zu berichtigen oder zu ergänzen, weil dieser von der Vorinstanz offensichtlich unrichtig festgestellt wurde oder weil er auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, könnte eine öffentliche Parteiverhandlung durchgeführt werden, wenn das Bundesgericht gestützt auf selbst erhobene Sachverhaltselemente einen reformatorischen Entscheid fällt.¹⁵⁷

d Beratung (Art. 58 BGG)

- 60 Das Bundesgericht kann auf Anordnung der Abteilungspräsidentin bzw. auf Verlangen einer Richterin hin, oder wenn sich keine Einstimmigkeit ergibt, den Entscheid auch mündlich beraten (Art. 58 BGG). Eine mündliche Beratung ist stets auch eine öffentliche, was auch für die Abstimmung gilt. Die mündliche Beratung stellt die Ausnahme dar und das Bundesgericht entscheidet vorwiegend auf dem Weg der Akten-

¹⁵⁴ BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 57 N. 9; vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 2016.

¹⁵⁵ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 57 N. 1 f. und 5; vgl. BGE 122 V 47, E. 3b; BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 57 N. 10–13; SHK-VON WERDT, Art. 57 BGG, N. 4.

¹⁵⁶ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 57 N. 3 f.; BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 57 N. 6–8; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1617.

¹⁵⁷ BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 59 N. 37 f.

zirkulation.¹⁵⁸ Bedeutende Fälle sollten auch bei Einstimmigkeit öffentlich beraten werden. Die Urteilsfindung und die Urteilsbegründung werden dadurch regelmässig verbessert, weil in mündlicher Rede und Gegenrede viele Probleme besser herausgearbeitet werden können als auf dem schriftlichen Zirkulationsweg. Die öffentliche Beratung stellt auch ein Kontrollinstrument dar, da es die Mitglieder des Gerichts zur optimalen Vorbereitung zwingt.¹⁵⁹

e **Öffentlichkeit (Art. 59 BGG)**

Für Parteiverhandlungen, mündliche Beratungen und die darauffolgenden Abstimmungen am Bundesgericht sieht Art. 59 BGG grundsätzlich die Öffentlichkeit vor. Der Öffentlichkeitsgrundsatz stärkt das Verantwortungsbewusstsein der einzelnen Mitglieder des Gerichts und bedeutet die Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz. Auch soll die allseits korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleistet werden.¹⁶⁰ Der Gerichtsöffentlichkeit kommen folgende Funktionen zu: Von der verstärkten Transparenz der Justiz und des Gerichtsverfahrens profitieren die Verfahrensbeteiligten, soll doch mittels Kontrolle durch die Öffentlichkeit nicht zuletzt den Parteien eine korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleistet werden, was zugleich für die Qualität der Rechtsprechung förderlich ist. Die Publikums- und Medienöffentlichkeit sollen Vertrauen in die Gerichtsbarkeit sichern. Indem sich die Gerichtsbarkeit öffentlicher Beobachtung und Auseinandersetzung stellt, wird der Bevölkerung ermöglicht, sich an konkreten Anwendungsfällen über die Rechtsdurchsetzung zu informieren. Die Justiz wird zudem der Kritik zugänglich. Weiter kann der Staat durch ausreichende Informationen über die wirksame Verfolgung von Straftaten verdeutlichen, dass er in der Lage ist, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten, was auch eine gewisse präventive Bedeutung haben kann. Schliesslich dient das Öffentlichkeitsprinzip

¹⁵⁸ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 2015 mit dem Hinweis, dass im Jahr 2020 lediglich zehn öffentlich-rechtliche Streitigkeiten an einer Sitzung beraten und 3420 Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Schriftweg erledigt wurden.

¹⁵⁹ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A, Art. 58 N. 1 f.; BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 58 N. 6–10, 26 f. und 29.

¹⁶⁰ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A, Art. 59 N. 1; BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 58 N. 6; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1628.

auch kommunikationsbezogenen Interessen und es werden Rechtskenntnisse verbreitet und Rechtsbewusstsein geschaffen.¹⁶¹

- 62 In Art. 59 Abs. 2 BGG werden die Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz genannt, welche durch ein höheres Interesse gerechtfertigt sein müssen. Als Ausnahmen sind sie zurückhaltend auszulegen. Im Rahmen der Interessenabwägung zwischen Öffentlichkeitsgrundsatz und Interessen der staatlichen Sicherheit oder schützenswerten Interessen von Privaten ist zu berücksichtigen, dass auch blass ein partieller Ausschluss der Öffentlichkeit möglich ist.¹⁶² Als öffentliche Interessen kommen gemäss Art. 59 Abs. 2 BGG die Gefährdung der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit in Frage.¹⁶³ Schutzwürdige privaten Interesse liegen vor, wenn es bspw. um die Abwehr eines Angriffs auf die persönliche Freiheit durch Bekanntgabe von persönlichen Daten in einer öffentlichen Verhandlung (bspw. im Rahmen eines Ehescheidungsprozesses) geht.¹⁶⁴ Weiter kann ein Ausschluss der Öffentlichkeit im Interesse von Jugendlichen geboten sein, da davon auszugehen ist, dass Jugendliche in höherem Ausmass als Erwachsene einem psychischen Druck ausgesetzt sein können.¹⁶⁵
- 63 Bei öffentlichen Parteiverhandlungen sowie bei öffentlichen Beratungen und Abstimmungen wird der Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung umgesetzt, indem am Ende der Sitzung das Urteil öffentlich verlesen wird.¹⁶⁶ Bei der überwiegenden Zahl der vor Bundesgericht behandelten Fälle besteht die Öffentlichkeit des Verfahrens allerdings darin, dass die Urteile im Sinne von Art. 59 Abs. 3 BGG öffentlich aufgelegt werden.¹⁶⁷

¹⁶¹ BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 59 N. 9 und 41 m. w. H.

¹⁶² Vgl. BGE 135 I 198, E. 3.1.

¹⁶³ Vgl. hierzu vertiefend zu den genannten öffentlichen Interessen mit BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 59 N. 62–64.

¹⁶⁴ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 59 N. 2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1628.

¹⁶⁵ BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 59 N. 65.

¹⁶⁶ Vgl. BGE 133 I 106, E. 8.2.

¹⁶⁷ BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 59 N. 77 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1793 und 2037.

f**Mündliche Entscheideröffnung (Art. 60 Abs. 2 BGG)**

Im Falle einer mündlichen Beratung des Entscheids hat das Bundesgericht gemäss Art. 60 Abs. 2 BGG auch den nicht anwesenden Beteiligten das Dispositiv ohne Verzug mitzuteilen. Es besteht mithin eine entsprechende Mitteilungspflicht.¹⁶⁸ Der Entscheid wird allerdings in der Regel schriftlich eröffnet. Die Mitteilung des Dispositivs von in mündlichen Beratungen getroffenen Entscheiden hat sodann ohne Verzug zu erfolgen, was grundsätzlich dann erfüllt ist, wenn es am selben Tag auf der Post aufgegeben wird.¹⁶⁹

64

1.3 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)

Das VwVG regelt sowohl das nichtstreitige Verwaltungsverfahren als auch das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren. Die Verfahrensvorschriften des VwVG gelten gemäss Art. 37 VGG auch für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht, soweit das VGG keine abweichenden Bestimmungen vorsieht.¹⁷⁰

65

a Auskünfte von Parteien und Drittpersonen (Art. 12 VwVG)

Im öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG). Im Verwaltungsprozess herrscht das Mittelbarkeitsprinzip vor, was allerdings im VwVG selbst nicht als allgemein gültiger Grundsatz explizit geregelt wird.¹⁷¹ Die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung und Beweisführung obliegt somit grundsätzlich den zuständigen Behörden.¹⁷² Als Beweismittel können u. a. Auskünfte von Parteien gemäss Art. 12 lit. b VwVG und Auskünfte oder Zeugnis von

66

¹⁶⁸ SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., 2. A., Art. 60 N. 3; BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 60 N. 8; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 2052a.

¹⁶⁹ BSK BGG-HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, Art. 60 N. 11 f.

¹⁷⁰ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 769.

¹⁷¹ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 22 mit Hinweis u. a. auf Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege, welche Hinweise auf das Mittelbarkeitsprinzip geben: So z. B. Art. 39 VGG mit der Möglichkeit der Abteilungsleiterin zur Weiterdelegation der Instruktion und der Verfahrensleitung an eine andere Richterin; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1026 f., 1207, 1225 und 1364; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 94, 693 und 1610.

¹⁷² AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 1 und 7; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1211.

Drittpersonen gemäss Art. 12 lit. c VwVG eingeholt werden, wobei eine Einvernahme von Zeuginnen nur ausnahmsweise erfolgt.¹⁷³

- 67 Auskünfte sind Informationen zu bestimmten Sachverhaltselementen, mithin zu konkreten Ereignissen, Begebenheiten, inneren Tatsachen usw. Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, in welcher Form diese Auskünfte einzuholen sind.¹⁷⁴ Häufig dürften diese schriftlich einzuholen sein. Wird das Verfahren ohnehin schriftlich geführt, liegt es nahe, dass auch ergänzende Auskünfte zu Sachverhaltsfragen schriftlich eingeholt bzw. erteilt werden. Die Schriftlichkeit hat im Übrigen den Vorteil, dass die entscheidewesentlichen Beweisergebnisse direkt in die Akten einfließen, was die Gewährleistung der Verfahrensrechte von Art. 29 Abs. 2 BV und der entsprechenden Garantien des VwVG erleichtert.¹⁷⁵ Auskünfte von Parteien und von Drittpersonen können aber auch durch mündliche Befragung eingeholt werden. Eine gesprächsweise Abklärung im Rahmen einer Instruktionsverhandlung hat bspw. den Vorteil, dass diese ein differenzierteres Bild über bestimmte Sachverhaltselemente vermitteln kann als rein schriftliche Stellungnahmen. Sie erlaubt ein spontanes Reagieren und Nachfragen und kann insbesondere dort angezeigt sein, wo ein erschöpfendes, auch persönliche oder intime Aspekte umfassendes Bild einer Person oder Situation erhoben werden muss. Entscheidet sich die Behörde für eine mündliche Parteibefragung, so obliegt ihr eine Protokollierungspflicht im Sinne einer Niederschrift der münd-

¹⁷³ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 41 mit Erwähnung, dass gemäss Materialien und der Regelung von Art. 14 Abs. 1 VwVG die Einvernahme einer Zeugin nur subsidiär zum Zuge kommt, wenn sich ein Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären lässt. Mit dieser einschränkenden Voraussetzung soll eine – mit Blick auf die strengen Strafsanktionen wegen falschen Zeugnisses – unerwünschte Überspannung der Zeugnis- und Editionspflicht verhindert werden. Vgl. hierzu mit Botschaft VwVG 1965, S. 1367; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1212 und 1217.

¹⁷⁴ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 34 f.

¹⁷⁵ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 37 und 42; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 472; vgl. BGE 117d V 282, E. 4b; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 105. Parteiauskunft ist vom Parteiverhör abzugrenzen, im Rahmen dessen eine Partei zum Beweis einer Tatsache dem Verhör unterzogen und zur Beweisaussage unter Straffolge verhalten werden kann. Parteiverhöre sind im Verwaltungsverfahren unzulässig (Art. 19 VwVG verweist gerade nicht auf Art. 62 ff. BZP).

lichen Äusserungen nach ihrem wesentlichen Inhalt.¹⁷⁶ Auskünfte von betroffenen Parteien stellen grundsätzlich nur Erkenntnisquellen für die Behörde dar. Einfache Parteiauskünfte, mündlicher oder schriftlicher Natur, sind vom Gericht frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen. Die Beweiskraft einer Aussage hängt wesentlich von der Glaubwürdigkeit derselben sowie von den Gesamtumständen ab. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung hat die Behörde eine Abwägung sämtlicher Anhaltspunkte, welche für oder gegen die Richtigkeit einer bestimmten Aussage sprechen, vorzunehmen.¹⁷⁷ Eine qualifizierte Parteiaussage in Form des Parteiverhörs sieht das VwVG im Übrigen nicht vor.¹⁷⁸

Drittpersonen können als Auskunftsperson und ausnahmsweise als Zeugin einvernommen werden (vgl. mit Art. 12 lit. c und Art. 14 VwVG). Beidenfalls erfolgt die Einvernahme grundsätzlich in Anwesenheit der Parteien. Das diesbezügliche Anwesenheits- und Fragerecht der Parteien stützt sich auf eine sinngemäße Anwendung der in Art. 18 Abs. 1 VwVG enthaltenen Grundsätze zur Beiwohnung an einer Einvernahme von Zeuginnen. Es handelt sich mithin um eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.¹⁷⁹ Auskunftspersonen unterstehen im Unterschied zu Zeuginnen nicht der strafbewehrten Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage, weshalb die Aussagen von Zeuginnen grundsätzlich eine höhere Beweiskraft als blosse Auskünfte von Drittpersonen geniessen.¹⁸⁰

¹⁷⁶ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 37; BGE 130 II 473, E. 4.4 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 472; vgl. mit KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 109.

¹⁷⁷ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 38; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 103 und 111–113; vgl. BVGer D-3933/2007 vom 22. Mai 2008, E. 4.3.

¹⁷⁸ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1215 mit Hinweis auf Art. 19 VwVG, welcher eben nicht auf Art. 62–65 BZP verweist.

¹⁷⁹ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 44 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 114 f. und 120 f.; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 14 N. 76; BGE 130 II 169, E. 2.3.5.

¹⁸⁰ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 12 Rz 41; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 116 und 124; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1220.

b Mitwirkung (Art. 13 VwVG)

- 69 Bei der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG handelt es sich um eine (beschränkte) Pflicht der Parteien, an der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken. Der Grundgedanke der Mitwirkungspflicht liegt darin, dass es die Partei nicht einfach der Behörde überlassen soll, ihr zu ihrem Recht zu verhelfen. Die Partei soll sich insbesondere dort entsprechend bemühen, wo es bspw. Beweismittel betrifft, von deren Existenz nur sie selbst Kenntnis hat.¹⁸¹ Ferner gebietet die Mitwirkungspflicht auch, dass eine Partei die Behörde von sich aus informiert, wenn während eines hängigen Verfahrens eine rechtswesentliche Änderung des Sachverhalts eintritt und die Behörde ohne eine entsprechende Mitteilung keine Kenntnis davon erhalten würde.¹⁸² Als Korrelat zur Mitwirkungspflicht ermöglicht das Mitwirkungsrecht auf das Verfahren gestaltend einzuwirken und an der Feststellung des Sachverhalts selbst mitzuwirken, indem u. a. Beweise angeboten werden können und an Beweiserhebungen teilgenommen werden kann.¹⁸³
- 70 In welcher Form die Mitwirkung zu erfolgen hat, wird in Art. 13 VwVG nicht näher ausgeführt. Die Mitwirkungspflicht ist daher allgemeiner Natur und erstreckt sich auf alle Arten der Sachverhaltserhebung und damit auf sämtliche im VwVG erwähnten Beweismittel.¹⁸⁴ Die Fallkategorien der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 Abs. 1 VwVG werden sodann durch spezialgesetzliche Normen und durch die allgemeine Mitwirkungspflicht, welche sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 BV ergibt, ergänzt.¹⁸⁵

¹⁸¹ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 1 und 4; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 6; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1209.

¹⁸² AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 5; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 38; BGE 140 II 65, E. 2.2; 132 II 113, E. 3.2.

¹⁸³ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 17; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/ BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 7; RHINOW/KOLLER/KISS/ THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1227–1229.

¹⁸⁴ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 3; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 2.

¹⁸⁵ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 18 und 44; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/ BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 35 und 42 ; vgl. BGer 5P.200/2005 vom 2. November 2005, E. 4.1.

Bestehen bspw. Beweisschwierigkeiten und die Behörde vermag den Sachverhalt nicht festzustellen (Beweisnotstand), kann die beweisbelastete Partei eine Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsabklärung treffen. Diesfalls ist eine Mitwirkung sogar dann statthaft, wenn sich die Auskunft zum Nachteil der Rechtsunterworfenen auswirkt.¹⁸⁶ Weiter besteht eine Mitwirkungspflicht der betroffenen Partei, wenn sie die Tatsachen besser kennt als die Behörde und Letztere ohne diese Mitwirkung den Sachverhalt nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann. Eine solche Erwartungshaltung an die Partei darf aber nicht leichthin angenommen werden und muss offensichtlich begründet sein.¹⁸⁷

Eine Mitwirkungspflicht kann der betroffenen Partei nur insoweit auferlegt werden,
71 als deren Erfüllung überhaupt zumutbar ist (Verhältnismässigkeitsprinzip) und sie nicht die Herausgabe von Gegenständen und Unterlagen aus dem Verkehr mit ihrer anwaltlichen Vertretung betrifft (Anwaltsgeheimnis). Den Behörden ist es sodann nicht erlaubt, das Zusammentragen der Entscheidgrundlagen vollumfänglich der mitwirkungspflichtigen Partei zu überbürden oder auch nur geringere Gewissenhaftigkeit bei der Abklärung von Tatsachen walten zu lassen, die sich zu Ungunsten der Partei auswirken.¹⁸⁸ Zudem hat die Behörde die Betroffenen darüber aufzuklären, worin die Mitwirkungspflicht besteht, welche Beweismittel beizubringen sind und hat auch auf allfälliges ihr bekanntes entlastendes Beweismaterial hinzuweisen.¹⁸⁹

Die Mitwirkungspflicht kann nicht unmittelbar vollstreckt werden. Wirkt eine Partei
72 bei der Sachverhaltsaufklärung nicht mit, hat sie nur, aber immerhin, die Folgen ihrer Unterlassung zu tragen. Insoweit die Mitwirkung notwendig und zumutbar gewesen wäre, kann ihre Verweigerung gegebenenfalls zu einem Nichteintretentsentscheid füh-

¹⁸⁶ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 36; BGE 138 II 465, E. 8.6.4; 132 II 113, E. 3.2; 130 II 482, E. 3.2.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 464.

¹⁸⁷ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 30; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 37; BGE 124 II 361, E. 2b; 122 II 385, E. 4c/cc; vgl. mit KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 39; vgl. ferner mit KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 142.

¹⁸⁸ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 46; BGer 2C_388/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 4.1.

¹⁸⁹ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 7 und 15; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 51 f.; BGE 112 Ib 65, E. 3.

ren oder im Rahmen der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden.¹⁹⁰ Als indirektes Durchsetzungsmittel könnte die Behörde einer säumigen Partei die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB) androhen.¹⁹¹

c Parteirechte (Art. 18 VwVG)

- 73 Die in Art. 18 VwVG eingeräumten Parteirechte, der Einvernahme von Zeuginnen bei zuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen, bilden einen Teilgehalt des rechtlichen Gehörs, das sich bereits aus der Verfassung (Art. 29 Abs. 2 BV) ergibt.¹⁹² Die Bürger sollen in einem Verfahren nicht bloss als Objekt, sondern als Subjekt anerkannt werden. Sie sollen in dieser Eigenschaft durch aktives Mitwirken an der Sachverhaltsaufklärung ihre Rechte zur Geltung bringen und sich ein eigenes Bild machen können. Weiter bieten die Mitwirkungsrechte den Parteien die Möglichkeit, auf die Ermittlung der Wahrheit Einfluss zu nehmen, die Glaubwürdigkeit von Zeuginnen zu hinterfragen und zu verhindern, dass die Entscheidfindung einseitig durch die Behörde erfolgt. Die Parteien kennen regelmässig die tatsächlichen Hintergründe und Umstände des Falles besser als die befragenden Personen und können daher allfällige Fehlerquellen und vermeintliche Widersprüche während der Einvernahme von Zeuginnen aufdecken

¹⁹⁰ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 35; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 72; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1210; vgl. vertiefend zu den Voraussetzungen eines Nichteintretentsentscheids nach Art. 13 Abs. 2 VwVG und den weiteren Folgen bei Verletzung der Mitwirkungspflicht (Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung und Kostenfolgen) mit KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 73–85. Zum Spannungsfeld zwischen dem strafrechtlichen Selbstbelastungsverbot und der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht vgl. mit KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 86–90. Ferner enthält Art. 52 Abs. 3 VwVG eine Grundlage für den Erlass eines Nichteintretentsentscheids wegen mangelnder Kooperation im Beschwerdeverfahren.

¹⁹¹ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 13 Rz 41; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 70 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 467.

¹⁹² AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 18 Rz 4; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 2; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1229.

und so einen Beitrag zu deren Vermeidung leisten.¹⁹³ Aus Art. 18 Abs. 2 VwVG lässt sich zudem ein Recht auf Einsichtnahme in die Einvernahmeprotokolle ableiten. Dies ist insbesondere dann von zentraler Bedeutung, wenn zur Wahrung überwiegender öffentlicher oder privater Interessen die Einvernahme von Zeuginnen in Abwesenheit der Parteien durchgeführt wird.¹⁹⁴

Das Recht auf persönliche Teilnahme an der Einvernahme von Zeuginnen soll einerseits dazu beitragen, dass alle Einzelheiten der Einvernahme bei der Beweiswürdigung genügend berücksichtigt werden und andererseits Gewähr für die korrekte Durchführung der Einvernahme bieten. Obwohl das Recht zur persönlichen Teilnahme die mündliche Aussage der Zeugin impliziert, schliesst das Anwesenheitsrecht nicht aus, dass die Aussage auf schriftlichem Weg eingeholt wird. In diesem Fall hat die Partei jedoch Anspruch darauf, vom Inhalt der schriftlichen Aussage Kenntnis zu nehmen und es muss auf Ersuchen hin die Möglichkeit gegeben werden, Ergänzungsfragen zu stellen bzw. stellen zu lassen.¹⁹⁵

Das Recht auf Stellung von Ergänzungsfragen beschränkt sich auf solche Fragen, welche die Befragung durch die Behörde in der Sache ergänzen. Es handelt sich daher nicht um ein generelles Fragerecht. Allerdings muss die Befragungsmöglichkeit angemessen und ausreichend sein und von der Partei tatsächlich ausgeübt werden können, so dass sie in der Lage ist, die Glaubwürdigkeit einer Aussage zu prüfen, deren Beweiswert auf die Probe zu stellen und hinterfragen zu können. Art. 18 VwVG gewährt der Partei kein Recht, an der Einvernahme der Zeugin selbst ihre eigene Stellungnahme zum entscheidwesentlichen Sachverhalt abzugeben, weshalb die Behörde die gestellten Er-

74

75

¹⁹³ WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 24–26.

¹⁹⁴ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 18 Rz 7; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 4 f.; vgl. vertiefend zu den Gründen und dem Umfang einer allfälligen Einschränkung und der Mindestgarantie gemäss Art. 18 Abs. 3 VwVG mit WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 45–52 betreffend Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen, N. 53–55 betreffend allgemeiner Schranken, N. 56–65 betreffend Umfang der Einschränkung.

¹⁹⁵ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 18 Rz 4 und 17; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 29. f.

gänzungsfragen durchaus vorgängig überprüfen kann.¹⁹⁶ Anlässlich einer mündlichen Einvernahme der Zeugin kann das Fragerecht sodann dahingehend eingeschränkt werden, dass es nur indirekt – über die befragende Person – ausgeübt werden kann.¹⁹⁷

- 76 Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht pflegen die Grundsätze von Art. 18 VwVG sinngemäß auf Einvernahmen von Auskunftspersonen anzuwenden. Mündliche Befragungen von Auskunftspersonen sind grundsätzlich in Anwesenheit der Parteien durchzuführen und den Parteien steht das Recht zu, Ergänzungsfragen zu stellen.¹⁹⁸

d Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG)

- 77 Der Begriff des rechtlichen Gehörs steht als Sammelbegriff für die persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte, die den Parteien in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zustehen. Art. 29 VwVG bildet die Grundnorm der Gehörsrechte, die in weiteren Vorschriften konkretisiert werden. Inhalt und Umfang des rechtlichen Gehörs ergeben sich daher regelmässig erst aus den Bestimmungen zu den einzelnen Teilgehalten, wobei nicht allen im VwVG eine besondere Norm gewidmet ist. Bspw. ist der Anspruch auf Orientierung als Grundvoraussetzung für die Gewährung anderer Gehörsrechte nicht explizit erwähnt. Dank des unbestimmten Wortlauts von Art. 29 VwVG besteht die Möglichkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung und allfällige weitere Differen-

¹⁹⁶ AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 18 Rz 5; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 32 mit vertiefenden Ausführungen zu zulässigen Fragen anlässlich einer Einvernahme von Zeuginnen; vgl. ferner BVGer C-5891/2012 vom 26. Juni 2013, E. 3.2.

¹⁹⁷ WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 33; BGE 124 V 90, E. 4a; vgl. vertiefend zu den weiteren Rechten und Pflichten gemäss Art. 18 VwVG mit WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 35 f. betreffend Recht auf Einsicht in die Einvernahmeprotokolle, N. 37 f. betreffend Orientierungspflicht, N. 39 f. betreffend Recht auf Vertretung und Verbeiständigung, N. 41–43 betreffend Protokollführungspflicht.

¹⁹⁸ WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 18 N. 28; BGE 130 II 169, E. 2.3.5; BGer 1C_179/2014 vom 2. September 2014, E. 3.5.1; BVGer C-6477/2009 vom 3. Juli 2014, E. 3.2.2; C-6690/2011 vom 23. Dezember 2013, E. 3.2.4.

zierungen und Teilrechte im Zusammenhang mit der Mitwirkung des Einzelnen im Verwaltungsverfahren können aufgenommen werden.¹⁹⁹

Art. 29 VwVG entspricht vom Wortlaut her dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV. Aufgabe der Gesetzgebung ist es, den verfassungsrechtlichen Grundsatz zu konkretisieren und die erforderlichen abstrakten Differenzierungen vorzunehmen. Für die Auslegung von Art. 29 VwVG bleibt somit immer auch die Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 2 BV zu berücksichtigen.²⁰⁰

Die drei Hauptfunktionen des rechtlichen Gehörs bilden die Leitlinie bei der Auslegung aller Teilgehalte: Erstens erhalten die betroffenen Personen die Möglichkeit, die Sachgerechtigkeit von Entscheidungen und Begründungen zu prüfen, womit sie zur Sache wirksam und sachbezogen Stellung nehmen können, was die Chancen für eine «richtige» Wahrheits- und Rechtsfindung erhöht. Als zweite Funktion bildet das rechtliche Gehör ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht des von einem staatlichen Verfahren betroffenen Individuums. Drittens wird ein staatlicher Machtmisbrauch verhindert und staatliches Handeln durch die Mitwirkung der betroffenen Personen legitimiert.²⁰¹

Der Umfang des in einem konkreten Verwaltungsverfahren bestehenden Gehörsanspruchs lässt sich nicht abstrakt, sondern immer nur nach den rechtlichen und tatsächlichen Umständen des Einzelfalles bestimmen, wobei u. a. die Intensität des Eingriffs in die Stellung der betroffenen Partei und die Komplexität der zu beurteilenden Sachverhalts- oder Rechtsfragen eine Rolle spielen. Je grösser die Gefahr der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen ist, desto wichtiger ist es, dass die betroffene Partei ihre Verfahrensrechte wahrnehmen kann. Kommt es sodann insbesondere auf

¹⁹⁹ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 1 und 3; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N. 1 f. und 4; vgl. vertiefend zum Recht auf Orientierung mit N. 71–79.

²⁰⁰ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 5; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N. 5 und 7; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 489.

²⁰¹ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 8 mit Hinweis u. a. auf Urteil BGE 142 I 86, E. 2.2 als Beispiel, dass das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung nur die ersten beiden Hauptfunktionen erwähnt.

den Charakter oder die Persönlichkeit einer Verfügungsadressatin an, ist allenfalls gar eine mündliche Anhörung geboten.²⁰²

e Vorgängige Anhörung der Partei (Art. 30 VwVG)

- 81 Nach Art. 30 VwVG sind Behörden grundsätzlich gehalten, Parteien anzuhören, bevor sie verfügen. Die Behörde muss die Vorbringen der betroffenen Parteien tatsächlich hören, ernsthaft prüfen und angemessen in der Entscheidfindung berücksichtigen.²⁰³ Das Recht auf vorgängige Anhörung ist ein Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör und bildet gleichsam dessen Kernelement. Es umfasst nicht nur den Anspruch der Parteien, sich vor dem Erlass der Verfügung zu den tatsächlichen und rechtlichen – insoweit diese nicht voraussehbar sind – Entscheidungsgrundlagen zu äussern, sondern darüber hinaus auch das Recht, zu neu erhobenen Beweismitteln und neuen behördlichen Sachverhaltselementen sowie zu Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen (sog. Replikrecht). Das Replikrecht zu Eingaben der Gegenparteien wird im Lichte der von Art. 29 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK auszulegenden Regelung von Art. 31 VwVG konkretisiert und ist das Recht, sich grundsätzlich zu jeder Eingabe der Vorinstanzen und anderen Amtsstellen sowie zu neu aufgenommenen Beweismitteln und Tatsachenfeststellungen zu äussern.²⁰⁴ Eingaben, welche nicht ins Dossier Eingang finden, sind von der Orientierungs- und Anhörungspflicht ausgenommen.²⁰⁵
- 82 Die Gewährung des Anhörungsrechts besteht in der Entgegennahme von frei gewählten Vorbringen und nicht von Antworten auf von den Verwaltungsträgerinnen formulierten Fragen. Das rechtliche Gehör ist bezüglich seiner Funktion von der Parteieinvernahme

²⁰² WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N. 51–53; vgl. ferner mit Rn 83 zu Art. 30 VwVG; zur formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör, der Heilungspraxis und der Kritik der Lehre an dieser Praxis vgl. mit SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 17–26.

²⁰³ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 527; BGE 136 I 184, E. 2.2.1; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 6; BGE 136 I 229, E. 5.2.

²⁰⁴ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 1 f.; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 3 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 525; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1237.

²⁰⁵ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 3.

bzw. Parteiauskunft nach Art. 12 lit. b VwVG zu unterscheiden, welche zwecks Sachverhaltsabklärung von der Behörde angeordnet wird und reinen Beweismittelcharakter aufweist. Das Recht auf vorgängige Anhörung dient demgegenüber in erster Linie den privaten Interessen der betroffenen Partei und verwirklicht neben der Sachaufklärung auch einen persönlichkeitsbezogenen Aspekt. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass das Anhörungsrecht im Rahmen einer Parteieinvernahme bzw. -auskunft gewährt wird. Voraussetzung ist hierfür, dass sich die betroffene Partei neben den ihr gestellten Fragen frei zum Sachverhalt äussern kann.²⁰⁶

Die Modalitäten der Anhörung und die damit verbundene Orientierung müssen im Allgemeinen so ausgestaltet sein, dass die Parteien ihre Mitwirkungsrechte angemessen, wirksam und effizient wahrnehmen und ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen können. Die Umstände des konkreten Einzelfalles, insbesondere die Komplexität der Sachverhalts- und Rechtsfragen, das Ausmass der Entscheidungs- und Ermessensspielräume sowie die Intensität des durch die Verfügung bewirkten Eingriffs in die Rechtsstellung der betroffenen Partei, haben auf den Inhalt und die Modalitäten der Anhörung Einfluss.²⁰⁷ Grundsätzlich sind die betroffenen Parteien individuell anzuhören. Ihnen ist die Gelegenheit einzuräumen, sich zur beabsichtigten Verfügung konkret zu äussern. Es genügt nicht, wenn sie zu einer Massnahme, bei der sie das angestrebte Ziel nicht erkennen, nur in abstrakter, allgemeiner Weise Stellung nehmen können.²⁰⁸ Im Verfahren, das durch ein Gesuch eingeleitet wird, ist es grundsätzlich nicht notwendig, der betroffenen Partei vor dem Entscheid ein vorgängiges, spezifisches Anhörungsrecht einzuräumen, da von ihr nach Treu und Glauben erwartet werden darf, dass sie in ihrer Eingabe die ihr wesentlich erscheinenden Aspekte bereits aufgezeigt hat. Dasselbe gilt für Verfahren, die auf Anmeldung oder Selbstdeklaration hin durchgeführt werden. Vorbehalten bleibt in diesen Konstellationen ein (erneutes) Anhörungsrecht, wenn Ergänzungen der tatsächlichen Grundlagen (etwa durch Expertisen oder Auskünfte)

²⁰⁶ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 4; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 7. f.; BGE 127 V 431, E. 3c.

²⁰⁷ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 30; BGE 135 II 286, E. 5.1; 128 V 272, E. 5b/dd.

²⁰⁸ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 31 f.

erfolgen oder Fälle der «überraschenden» Rechtsanwendung vorliegen.²⁰⁹ Im nicht-streitigen Verfahren, das von Amtes wegen eröffnet wird, hat die Instruktionsbehörde die Pflicht, die Parteien zur Stellungnahme einzuladen. Bleibt die Behörde untätig, kann die betroffene Partei auch von sich aus Eingaben einreichen. In einer Sache mit widerstreitenden Interessen mehrerer Parteien hat die Behörde allerdings einen Schriftenwechsel zu organisieren oder die Parteien im Rahmen einer Parteienverhandlung zu ihren Vorbringen gegenseitig anzuhören (vgl. mit Art. 31 und Art. 57 VwVG). Im Allgemeinen genügt es sodann, wenn sich die Partei zu allen relevanten Fragen in einem einzigen Verfahrensschritt äussern kann.²¹⁰

- 84 Die Behörden verfügen im Allgemeinen über ein gewisses Ermessen, wie sie die betroffenen Parteien anhören. Als Grundsatz gilt, dass die Behörden verpflichtet sind, den Parteien eine den Umständen angemessene Form der Kommunikation zu gewähren. Im Verwaltungsverfahren erfolgt die Anhörung in der Regel schriftlich, was für das Beschwerdeverfahren in Art. 57 VwVG explizit festgehalten wird. Ein Anspruch auf mündliche Stellungnahme besteht grundsätzlich nicht.²¹¹ In besonderen Sachlagen oder aus der Natur des zu regelnden Rechtsverhältnisses kann im Einzelfall – unabhängig ob erstinstanzliches Verfahren oder Rechtsmittelverfahren – eine mündliche Anhörung aber dennoch geboten sein. So bspw. wenn sich der Charakter oder die Persönlichkeit, allenfalls auch die Lebensweise einer Person als entscheidrelevant erweist. Oder wenn der Sachverhalt derart komplex ist, dass die betroffene Partei ihren Standpunkt nur durch eine mündliche Äusserung hinreichend deutlich machen kann. Oder wenn aufgrund zeitlicher Dringlichkeit im konkreten Fall nur eine mündliche Anhörung möglich ist. Jedenfalls haben die betroffenen Parteien ihren Anspruch auf mündliche

²⁰⁹ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 7; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 34; BVGer D-5457/2006 vom 30. November 2009, E. 5.1.4; C-778/2006 vom 9. Mai 2007, E. 1.5.

²¹⁰ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 35 und 37.

²¹¹ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 11; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 38 f.; vgl. ferner mit Rn 50; auch in Sachen mit widerstreitenden Interessen mehrerer Parteien und die Behörde jede Partei zu den Vorbringen jeder Gegenpartei anzuhören hat (Art. 31 VwVG), ist die Durchführung eines Schriftenwechsels üblich, vgl. mit WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 31 N. 15.

Anhörung ausdrücklich geltend zu machen – ansonsten darf die Behörde auf einen diesbezüglichen Verzicht schliessen.²¹²

Dem Recht auf Anhörung können das Interesse an einem geordneten Verfahren aus zeitlicher Dringlichkeit oder andere schutzwürdige öffentliche Interessen entgegenstehen. Im Einzelfall kann der Anspruch auf vorgängige Anhörung bzw. Äusserung daher eingeschränkt oder verweigert werden (Art. 30 Abs. 2 VwVG).²¹³ 85

f Beweisanerbieten (Art. 33 VwVG)

Die Bestimmung regelt die Pflicht der Behörde, die ihr formrichtig angebotenen Beweise abzunehmen, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich und erheblich erscheinen (Beweisabnahmepflicht). Aus Sicht der betroffenen Partei beinhaltet Art. 33 VwVG einen Anspruch, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen (Beweisantrags- bzw. Abnahmerecht).²¹⁴ Das Beweisantragsrecht ist ein Teilaспект des Mitwirkungsrechts an der Beweiserhebung und fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 VwVG, Art. 29 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK.²¹⁵ 86

In formeller Hinsicht wird ein frist- und formgerechter Antrag auf Beweisabnahme vor- ausgesetzt.²¹⁶ Bezuglich der Form stellt das VwVG keine ausdrücklichen Anforderungen. Die Schriftform ist nicht verlangt, sodass grundsätzlich auch mündliche Anträge zulässig 87

²¹² WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 41–44; BGE 115 II 129, E. 6c; 131 II 670, E. 4.2; BGer 2P.202/2003 vom 29. Oktober 2003, E. 2.4; 2A.370/2000 vom 16. November, E. 3a–c.

²¹³ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 51; vgl. vertiefend zu den Voraussetzungen der Verweigerung einer Anhörung bzw. Ausnahmen vom Anhörungsrecht mit WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N. 55–85 und SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 23–30.

²¹⁴ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33 Rz 8; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 1; BGer 2C_483/2013 vom 13. September 2013, E. 3.1.1; BVGer D-7089/2007 vom 23. April 2008, E. 4.5.

²¹⁵ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 3 ; BGer 8C_102/2009 vom 26. Oktober 2009, E. 4.3.2; BVGE 2013/19, E. 7.1.

²¹⁶ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 7; BGer 2C_246/2009 vom 22. März 2010, E. 6.1; 2A.267/2000 vom 10. November 2000, E. 2c/aa.

sind.²¹⁷ In materieller Hinsicht wird zunächst vorausgesetzt, dass das angebotene Beweismittel überhaupt im betreffenden Verfahren zulässig ist, wobei die in Art. 12 VwVG genannten Beweismittel nicht abschliessend aufgezählt werden.²¹⁸ Die Behörde muss daher zunächst in der Lage sein, das beantragte (zulässige) Beweismittel – falls es nicht von den Parteien vorgelegt wird – auf rechtmässige und zumutbare Weise beschaffen zu können. Stehen bspw. Gründe des Datenschutzes oder fehlende Amts- oder Rechts-hilfemöglichkeiten der Verfügbarkeit einer Urkunde entgegen, wird die Behörde von der Beweisabnahmepflicht entbunden.²¹⁹ Ferner müssen Beweismittel nur dann abgenommen werden, wenn sie überhaupt beweistauglich sind. Massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen oder im Sinne eines Indizienbeweises zumindest einen Sachumstand betrifft, der einen logischen Rück-schluss auf eine rechtserhebliche Tatsache erlaubt. Betreffen angebotene Beweise eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage oder vermögen sie von vornehmerein am festgestellten Ergebnis nichts zu ändern (antizierte Beweiswürdigung), müssen diese nicht abgenommen werden.²²⁰ Bei der antizipierten Beweiswürdigung ist nicht die voraussichtliche Beweiskraft des abzunehmenden Beweismittels zu beurteilen, sondern die jeweilige Beweislage anhand der bereits erhobenen Beweismittel.²²¹ Dem angebotenen Beweismittel darf nicht leichthin jegliche Beweistauglichkeit abgesprochen werden, son-dern nur, wenn dieses das Beweisergebnis offensichtlich nicht zu beeinflussen vermag.²²²

²¹⁷ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 8; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 457.

²¹⁸ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33 Rz 7; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 12; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 468; BVGer A-6640/2010 vom 19. Mai 2011, E. 5.5.2.

²¹⁹ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 13.

²²⁰ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33 Rz 2; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 14; BGer 2A.266/2005 vom 5. September 2005, E. 2.1; 2A.267/2000 vom 10. November 2000, E. 2c/aa; 2A.770/2006 vom 26. April 2007, E. 3.2; 2C_63/2011 vom 20. Oktober 2012, E. 3.2.1; BVGE 2007/21, E. 11.1.3; 2012/23, E. 6.2.2.

²²¹ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 22; BGer 8C_831/2008 vom 29. Mai 2009, E. 2.3; 2C_695/2014 vom 16. Januar 2015, E. 4.4; BVGE 2013/19, E. 7.1; 2010/24, E. 5.2.2.3.

²²² WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 15, in N. 17–20 finden sich Beispiele, in welchen in der Praxis Beweisanträge mangels Beweiseignung abgelehnt wurden; ferner BVGE 2010/24, E. 5.2.2.3.

Der Instruktionsbehörde kommt in diesem Zusammenhang ein gewisses Ermessen zu.²²³ Überdies entfällt die behördliche Beweisabnahmepflicht, wenn sich das Beweismittel ausschliesslich auf sog. (gerichts)notorische, d. h. offenkundige oder der Behörde sonst wie hinlänglich bekannte Tatsachen bezieht.²²⁴

g Mündliche Eröffnung (Art. 34 Abs. 2 VwVG)

Die Eröffnung besteht aus dem gehörigen Bekanntmachen der Verfügung bzw. des Entscheids an die adressierten Personen, damit diese die Möglichkeit erhalten, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen. Die förmliche Bekanntgabe des Inhalts einer Verfügung bildet die Voraussetzung dafür, dass eine Verfügung Wirksamkeit erlangt. Der Anspruch auf individuelle Eröffnung einer Verfügung bzw. eines Entscheids ergibt sich ebenfalls aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV. Die betroffenen Parteien können sich denn nur bei Kenntnis einer ergangenen Verfügung wirksam dagegen zur Wehr setzen und die ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel ergreifen.²²⁵

Art. 34 Abs. 1 VwVG schreibt grundsätzlich eine schriftliche Eröffnung vor, wobei dies eine vorgängige mündliche Eröffnung nicht ausschliesst.²²⁶ Spezialgesetzliche Regelungen können auch eine mündliche Eröffnungsform vorsehen.²²⁷ Die Schriftlichkeit ist eine Gültigkeitserfordernis, zumal sie Klarheit über den Inhalt der Verfügung gibt und damit der Rechtssicherheit und Fairness dient.²²⁸ Dennoch sieht Art. 34 Abs. 2 VwVG

²²³ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 21; BGEG 2012/23, E. 6.2.2; BVGer A-1392/2006 vom 29. Oktober 2007, E. 2.

²²⁴ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 24; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 537.

²²⁵ KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 34 Rz 1 f.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N. 2 f.; BGE 122 I 139, E. 1; BGer 8C_721/2013 vom 4. März 2014, E. 3.1; BVGer C-2913/2014 vom 25. Februar 2015, E. 3.1.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 616.

²²⁶ WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 61 N. 62; vgl. mit KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 34 Rz 7.

²²⁷ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N. 6 mit Hinweis auf Art. 13 AsylG als Beispiel.

²²⁸ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N. 7; vgl. vertiefend zur Zustellung von Verfügungen mit N. 9–24; BVGer A-2401/2011 vom 6. Januar 2012, E. 2.4.

für Zwischenverfügungen eine Ausnahme von der Pflicht zur schriftlichen Eröffnung vor. Zwischenverfügungen schliessen das Verfahren vor der Behörde nicht ab, sondern stellen einen Schritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar und betreffen Fragen der Prozessführung, namentlich Zuständigkeit und Ausstand, die Erhebung von Beweisen oder die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.²²⁹ Art. 34 Abs. 2 VwVG regelt die Situation einer Anhörung oder einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit der Parteien. Aus Gründen einer effizienten Verfahrenserledigung bietet es sich an, dass nicht jede verfahrensleitende Verfügung schriftlich und begründet erlassen wird.²³⁰ Die Parteien haben sodann das Recht, eine schriftliche Ausfertigung zu verlangen, ungeachtet dessen, ob die Zwischenverfügung nach Art. 45 f. VwVG überhaupt angefochten werden kann.²³¹

h Mündliche Verhandlung (Art. 57 Abs. 2 VwVG)

- 90 Gemäss Art. 57 Abs. 1 VwVG soll die eingereichte Beschwerde der Vorinstanz allfälligen Gegenparteien und anderen beteiligten Personen unverzüglich zur Kenntnis gebracht werden und diese sollen eingeladen werden, sich hierzu zu äussern. Dadurch wahrt die instruierende Behörde den Anspruch auf rechtliches Gehör der Parteien (Art. 29 VwVG) und unternimmt zugleich einen wesentlichen Schritt zur Ermittlung des Sachverhalts (Art. 12 VwVG). Die Kenntnis der Standpunkte der Verfahrensbeteiligten versetzt die Beschwerdeinstanz erst in die Lage, weitere Instruktionsmassnahmen anzuordnen und schliesslich das Verfahren zu Entscheidreife zu bringen. Art. 57 VwVG findet im ordentlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren Anwendung, hingegen nicht im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, in welchem sich der Anspruch auf Anhörung der Gegenpartei bereits aus der Grundnorm von Art. 31 VwVG ableitet.²³²

²²⁹ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N. 34 m. w. H; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 905; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 34 Rz 15.

²³⁰ UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N. 35; BVGE 2010/3, E. 3.1.

²³¹ KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 34 Rz 17; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N. 36.

²³² MOSER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 57 Rz 1 und 17; SEETHALER/PLÜSS, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 N. 1 f.

Art. 57 Abs. 2 VwVG gibt der Instruktionsrichterin die Möglichkeit, auf jeder Verfahrensstufe eine mündliche Verhandlung mit den Parteien anzusetzen. Anlässlich dieser Verhandlung kann eine mündliche Befragung der Parteien im Sinne von Art. 12 lit. b VwVG durchgeführt werden.²³³ Eine mündliche Verhandlung kann dann hilfreich sein, sobald vertiefte oder umfangreiche Abklärungen notwendig sind und zu erwarten ist, dass schriftliche Eingaben nicht zu allen massgebenden Gesichtspunkten genügend Aufschluss geben. Sie ermöglicht spontanes Reagieren und Nachfragen (Konfrontation) und kann insbesondere dort angezeigt sein, wo ein erschöpfendes, persönliche oder intime Aspekte umfassendes Bild einer Person oder von Situationen erhoben werden muss. Parteiverhandlungen können somit wesentlich zur Verbesserung des Rechtsschutzes beitragen.²³⁴ Ferner kann eine mündliche Verhandlung zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen, falls dadurch ein sich abzeichnender überaus langer Schriftenwechsel verhindert werden kann. Wenig sinnvoll ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung insbesondere dann, wenn sie kaum noch etwas zur Klärung beizutragen vermag und bei den Parteien falsche Erwartungen weckt.²³⁵

Art. 57 Abs. 2 VwVG ist als blosse Kann-Bestimmung formuliert. Ein Anspruch auf mündliche Verhandlung lässt sich daher nicht auf diese Bestimmung abstützen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht ein solcher Anspruch ebenso wenig aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) oder des Grundsatzes der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV). Allerdings kann sich aus anderen Rechtsnormen eine Pflicht bzw. ein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergeben.²³⁶

²³³ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 57 Rz 32; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 247 und 1126.

²³⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1126; BVGer A-6567/2008 vom 7. April 2009, E. 5.2; vgl. mit MOSER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 57 Rz 32.

²³⁵ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 57 Rz 33; zum ganzen Abschnitt: SEETHALER/PLÜSS, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 N. 57; BVGer C-2521/2006 vom 13. Juni 2007, E. 3.2.

²³⁶ SEETHALER/PLÜSS, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 N. 58; BGE 134 I 140, E. 5.3; 128 I 288, E. 2.5 f.; BVGer A-5107/2013 vom 1. Mai 2014, E. 3.1.2; vgl. mit MOSER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 57 Rz 34 f.

1.4 Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG)

- 93 Das VGG regelt Stellung und Organisation des Bundesverwaltungsgerichts, seine Zuständigkeiten und einige Besonderheiten des Verfahrens.²³⁷ Für das Verfahren gelten nach Art. 37 VGG die Bestimmungen des VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht.

a Parteiverhör (Art. 39 Abs. 2 VGG)

- 94 Die Instruktionsrichterin leitet das Beweisverfahren. In Bezug auf die Beweismittel wird primär auf den Aktenbeweis abgestellt und ist namentlich die Einvernahme von Zeuginnen subsidiärer Natur.²³⁸ Wenn ein Parteiverhör durchzuführen ist, hat die Instruktionsrichterin eine zweite Richterin hinzuzuziehen (Art. 39 Abs. 2 VGG).

b Parteiverhandlung (Art. 40 VGG)

- 95 Gemäss Art. 40 Abs. 1 VGG ist eine öffentliche Verhandlung nur im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK durchzuführen, wenn eine Partei dies verlangt oder gewichtige öffentliche Interessen dies rechtfertigen. Diese gesetzliche Bestimmung geht daher nicht über den völkerrechtlichen Minimalstandard hinaus. Jedoch besteht die Möglichkeit, aber nicht die Pflicht, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen. Mit anderen Worten kann die Abteilungspräsidentin auch in anderen Fällen eine mündliche Verhandlung anordnen (Art. 40 Abs. 2 VGG).²³⁹ Das Beschwerdeverfahren wird grösstenteils schriftlich abgewickelt und mündliche Parteiverhandlungen finden höchst selten statt.²⁴⁰ Die Öffentlichkeit kann von den Verhandlungen sodann ausgeschlossen werden, wenn es die

²³⁷ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 795.

²³⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1108 f. mit Hinweis auf Art. 14 Abs. 1 VwVG mit Auflistung derjenigen Behörden, welche eine Einvernahme von Zeuginnen überhaupt vornehmen dürfen. Es kann daher sein, dass das Bundesverwaltungsgericht u. U. eine solche Einvernahme nachzuholen hat. Vgl. hierzu mit Urteil BVGE 2008/6, E. 3.2.5.

²³⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 224, 239 und 1127; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1673.

²⁴⁰ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1667.

Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die Sittlichkeit oder das Interesse einer beteiligten Person erfordern (Art. 40 Abs. 3 VGG).²⁴¹

Häufig teilt das Bundesverwaltungsgericht das mündliche Verfahren in zwei Teile auf und führt zunächst eine Instruktionsverhandlung durch, indem es den Sachverhalt mittels Parteibefragung vervollständigt. Alsdann folgen die mündlichen Stellungnahmen bzw. Plädoyers. Regelmässig lässt das Gericht eine kurze Replik und eine Duplik zu. Der Zweck der mündlichen Verhandlung wird vor allem darin gesehen, dass sich die Parteien noch einmal abschliessend zu einer Rechtssache äussern können, die bereits zur Entscheidungsreife gediehen ist. Zudem dient es dem Gericht auch, einzelne Punkte allenfalls in einem anderen Licht sehen zu können.²⁴²

96

c **Mündliche Beratung (Art. 41 Abs. 2 VGG)**

Das Bundesverwaltungsgericht kann den Entscheid mündlich beraten, im Regelfall wird aber auf dem Weg der Aktenzirkulation entschieden (Art. 41 VGG). Entschiedet eine Abteilung in Fünferbesetzung und ergibt sich keine Einstimmigkeit, hat das Gericht ebenfalls mündlich zu beraten. In diesem Fall kann die Abteilungspräsidentin eine öffentlich stattzufindende Beratung anordnen.²⁴³

97

Finden keine öffentliche mündliche Verhandlung und keine öffentliche Urteilsberatung statt, besteht die Öffentlichkeit des Verfahrens darin, dass das Urteil im Sinne von Art. 42 VGG öffentlich verkündet wird.²⁴⁴

98

²⁴¹ Zum ganzen Abschnitt: SEETHALER/PLÜSS, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 N. 60; ferner BGer 2C_44/2011 vom 26. Juli 2011, E. 2.4.

²⁴² KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1128.

²⁴³ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1142; BVGer B-517/2008 vom 30. Juni 2009; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 61 N. 58; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 1654.

²⁴⁴ WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 61 N. 93; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 1190.

1.5 Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)

- 99 Mündliche Einbringungsmöglichkeiten (bzw. -pflichten) der betroffenen ausländischen Person finden sich zunächst im Abschnitt zu den Zwangsmassnahmen (Art. 73 ff. AIG). Bspw. muss die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Administrativhaftanordnung grundsätzlich spätestens nach 96 Stunden durch eine kantonale richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung geprüft werden (Art. 78 Abs. 4 und Art. 80 Abs. 2 AIG).²⁴⁵ Wie bereits erwähnt, ist hierauf nicht weiter einzugehen.²⁴⁶
- 100 Im Übrigen erfährt die Mitwirkungspflicht der betroffenen Partei in Art. 90 AIG eine Präzisierung, wonach sie und am Verfahren beteiligte Drittpersonen wahrheitsgemässe und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentliche Tat-sachen machen müssen (lit. a); die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einzu-reichen oder sich darum zu bemühen haben, diese innerhalb angemessener Frist zu beschaffen (lit. b); Ausweispapiere zu beschaffen oder an deren Beschaffung durch die Behörden mitzuwirken haben (lit. c).²⁴⁷ Trotz dieser weitreichenden ausländerrech-tlichen Mitwirkungspflicht obliegt es in erster Linie der Behörde, den Sachverhalt im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes festzustellen.²⁴⁸ Ob die ausländische betroffene Person angehalten ist, Tatsachen zu erwähnen, die sie als nicht massgebend erachtet, ist sodann je nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden.²⁴⁹

²⁴⁵ Die Anordnung der Haft nach Art. 77 AIG sowie der Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens nach Art. 76a AIG werden dagegen grundsätzlich in einem schriftlichen Verfahren gerichtlich überprüft (Art. 80 Abs. 2 und Art. 80a Abs. 3 AIG). Vgl. vertiefend zum Verzicht und den gesetzlichen Ausnahmen einer mündlichen Verhandlung im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der Haftanordnung mit BUSINGER, S. 239 f.

²⁴⁶ Vgl. mit Rn 44.

²⁴⁷ CARONI ET AL., S. 140.

²⁴⁸ DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 20 N. 13; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 403 f.

²⁴⁹ Vgl. mit BGE 142 II 265, E. 3.2.

1.6 Exkurs: Art. 12 UNO-Kinderrechtskonvention (KRK)

Gemäss Art. 12 KRK hat das Kind ein Recht auf Äusserung zu Angelegenheiten, die es selbst betreffen. Voraussetzung ist die Fähigkeit des Kindes, sich eine eigene Meinung zu bilden. In diesen Angelegenheiten ist die vom Kind geäusserte Meinung angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 1 KRK). Es kommen somit keine schematisch fixierten Alterslimiten zur Anwendung, sondern es ist auf die konkreten Gegebenheiten abzustellen.²⁵⁰ Das Bundesgericht hat als Richtlinie vorgegeben, Kinder grundsätzlich ab dem sechsten Altersjahr anzuhören.²⁵¹ Die Anhörung des Kindes durch ein Gericht oder eine Behörde ist keine Einvernahme als Zeugin oder eine Parteibefragung, weshalb sie nicht inquisitorisch zu führen ist. Das Kind soll durch unverbindliche Anknüpfung an seine Interessen, Freuden und Sorgen zu Wort kommen. Die Anhörung ist somit kindgerecht zu gestalten. Soweit es das Kindeswohl gebietet, darf deshalb eine Delegation des Gerichts oder eine Drittperson mit der Anhörung betraut werden.²⁵² Eine persönliche Anhörung von Kindern ist nach dem Wortlaut von Art. 12 KRK nicht in jedem Fall unerlässlich; wenn die Kinder durch ihre Eltern vertreten werden und beider Interessen gleichläufig sind, kann die Ansicht der Kinder auch ohne persönliche Anhörung durch ihre Eltern eingebracht werden, sofern der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne diese Anhörung rechtsgenüglich festgestellt werden kann.²⁵³ Art. 12 KRK hat sodann Eingang in Art. 74 Abs. 4 VZAE gefunden.²⁵⁴

101

²⁵⁰ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 15.

²⁵¹ BGE 131 III 553, E. 1.1 und 1.2 mit einer umfassenden Übersicht über die Meinungen in der Lehre sowie kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung.

²⁵² SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 16; vgl. BGE 131 III 409, E. 4.4.2.

²⁵³ Vgl. mit BGE 147 I 149, E. 3.2; 144 II 1, E. 6.5 mit Hinweisen; BVGer F-3448/2018 vom 19. September 2019, E. 4; vgl. vertiefend zur Kritik an der Praxis des Bundesgerichts zum Anhörungsrecht des Kindes in ausländerrechtlichen Verfahren mit SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 17–21.

²⁵⁴ Vgl. mit Urteil BVGer F-3892/2016 vom 1. Mai 2017, E. 4.1 mit Hinweis auf Urteile BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015, E. 5.1; BGE 124 II 361, E. 3c.

2. AUSGANGSLAGE AUF KANTONALER EBENE

- 102 Das Rechtsmittelverfahren bezüglich kantonal erlassener Verfügungen richtet sich nach dem jeweils einschlägigen kantonalen Verfahrensrecht. Die kantonalen Verwaltungsverfahrensordnungen unterscheiden sich je nach Kanton in Konzeption, Ausgestaltung, Bestimmtheit und Umfang. Die meisten Kantone haben sich mithin von den Grundzügen des VwVG inspirieren lassen und die Minimalgarantien weitgehend übernommen und umgesetzt.²⁵⁵ In den 26 Kantonen lassen sich zwei unterschiedliche Rechtsmittelwege unterscheiden. Die meisten Kantone – insgesamt 20²⁵⁶ – sehen ein zweistufiges Rechtsmittelverfahren vor, wo auf ein meist verwaltungsinternes ein verwaltungsgerichtliches Rechtsmittel, je mit Devolutiveffekt, folgt.²⁵⁷ Mit Einreichung

²⁵⁵ ALBERTINI, S. 46 f. mit Hinweis u. a. auf relativ umfassend geltende Verfahrensregelungen der Kantone AG, BE, GE, GL, JU und LU; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz 246.

²⁵⁶ Es sind die Kantone AI, AR, BE, BL, BS, GE, GL, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, TG, TI, VS, ZG und ZH.

²⁵⁷ Lediglich im Kanton GE handelt es sich bereits bei der ersten Rechtsmittelinstanz um ein Gericht (le Tribunal administratif).

Rechtsgrundlage AI: Art. 10 Abs. 1 VerwGG AI (Beschwerde an das Verwaltungsgericht) bzw. Art. 51 Abs. 1 VerwVG AI (Rekurs an die Standeskommision) i. V. m. Art. 3 AusV AI.

Rechtsgrundlage AR: Art. 30 f. und Art. 54 VRPG AR i. V. m. Art. 1 f. der Verordnung zur Bundesgesetzgebung über die Ausländerinnen und Ausländer des Kantons AR vom 29. Oktober 2007 (bGS 122.21).

Rechtsgrundlage BE: Art. 60 Abs. 1 lit. a VRPG BE (verwaltungsinterne Beschwerde an die Direktion) bzw. Art. 74 VRPG BE (Beschwerde an das Verwaltungsgericht) i. V. m. Art. 43 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Ausländer- und Integrationsgesetz sowie zum Asylgesetz des Kantons BE vom 9. Dezember 2019 (BSG 122.20).

Rechtsgrundlage BL: § 29 VwVG BL (Beschwerde an den Regierungsrat) bzw. § 43 VPO BL (verwaltungsgerichtliche Beschwerde).

Rechtsgrundlage BS: § 41 OG BS (verwaltungsinternes Rekursverfahren) i. V. m. § 16 NAG BS bzw. § 12 VRPG BS (Rekurs an das Verwaltungsgericht).

Rechtsgrundlage GE: Art. 116 LOJ GE (recours devant Tribunal administratif de première instance) bzw. Art. 132 LOJ GE (recours devant la chambre administrative de la Cour de justice) i. V. m. Art. 3 LaLEtr GE.

Rechtsgrundlage GL: Art. 102 VRG GL (Verwaltungsbeschwerde) bzw. Art. 105 VRG GL (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) i. V. m. Art. 16 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz des Kantons GL vom 4. Mai 2008 (GS GL I C/23/2).

Rechtsgrundlage GR: Art. 28 VRG GR (Verwaltungsbeschwerde an das Departement) bzw. Art. 49 VRG GR (verwaltungsgerichtliche Beschwerde) i. V. m. Art. 27 Einführungsgesetz zur Ausländer- und Asylgesetzgebung des Bundes des Kantons GR vom 10. Dezember 2008 (BR 618.100).

des Rechtsmittels wird somit die hierarchisch nächsthöhere Instanz für die Sache zuständig, was zur Folge hat, dass es der Vorinstanz grundsätzlich verwehrt ist, weitere Abklärungen oder Anordnungen in der Streitsache zu treffen.²⁵⁸ Mit dem zweistufigen kantonalen Rechtsmittelverfahren geht oft eine Beschränkung der Kognition einher, wobei es der zweiten kantonalen verwaltungsgerichtlichen Instanz meist nicht mehr erlaubt ist, einen angefochtenen Entscheid auf seine Angemessenheit zu überprüfen und

Rechtsgrundlage LU: § 142 VRG LU (Verwaltungsbeschwerde an das Departement) bzw. § 148 VRG LU (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) i. V. m. § 25 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer des Kantons LU vom 14. September 2009 (SRL 7).

Rechtsgrundlage NE: Art. 26 und Art. 30 LPJA NE i. V. m. Art. 19 LILSEE NE (recours au département et puis au Tribunal cantonal).

Rechtsgrundlage NW: Art. 80 VRG NW (Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat) bzw. Art. 88 VRG NW (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) i. V. m. Art. 17 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer sowie zum Asylgesetz des Kantons NW vom 25. Juni 2008 (NG 122.2).

Rechtsgrundlage OW: Art. 15 VwVV OW (Verwaltungsbeschwerde) bzw. Art. 64 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation des Kantons OW vom 22. September 1996 (GDB 134.1) i. V. m. Art. 35 der Verordnung zum Ausländerrecht des Kantons OW vom 30. November 2007 (GDB 113.21).

Rechtsgrundlage SG: Art. 40 und 43^{bis} VRP SG (Rekurs an das Departement) bzw. Art. 59^{bis} VRP SG (Beschwerde an das Verwaltungsgericht).

Rechtsgrundlage SH: Art. 16 VRG SH (Rekurs an den Regierungsrat) bzw. Art. 35 VRG SH und Art. 44 JG SH (Beschwerde an das Obergericht) i. V. m. § 8 der Vollziehungsverordnung AIG des Kantons SH vom 16. Dezember 2008 (SHR 142.201).

Rechtsgrundlage SZ: § 44 VRP SZ (Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat) i. V. m. § 27 des Migrationsgesetzes des Kantons SZ vom 21. Mai 2008 (SRSZ 111.200) bzw. § 51 VRP SZ (Verwaltungsgerichtsbeschwerde).

Rechtsgrundlage TG: §§ 35 und 43 VRG TG (Rekurs an das Departement) bzw. § 54 VRG TG (Beschwerde an das Verwaltungsgericht).

Rechtsgrundlage TI: Art. 80 LPAmM TI (ricorso al Consiglio di Stato) bzw. Art. 84 LPAmM TI (ricorso al Tribunale cantonale amministrativo) i. V. m. Art. 9 LALSI TI.

Rechtsgrundlage VS: Art. 41 VVRG VS (Verwaltungsbeschwerde) bzw. Art. 72 VVRG VS (Beschwerde an das Kantonsgericht).

Rechtsgrundlage ZG: § 39 VRG ZG (Beschwerde an den Regierungsrat) i. V. m. § 16 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz des Kantons ZG vom 31. Januar 2013 (BGS ZG 122.5) bzw. § 61 VRG ZG (Verwaltungsgerichtsbeschwerde).

Rechtsgrundlage ZH: § 19 VRG ZH (Rekurs an die Sicherheitsdirektion) bzw. § 41 VRG ZH (Beschwerde an das Verwaltungsgericht).

²⁵⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz 1168.

die Kognition somit auf eine Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt wird.²⁵⁹ Bei den übrigen sechs Kantonen steht zur Anfechtung der kantonal erlassenen Verfügung dagegen nur ein Rechtsmittel mit Devolutiveffekt zur Verfügung.²⁶⁰

- 103 In erster Linie ist es Aufgabe des konkret anwendbaren kantonalen oder eidgenössischen Rechts, die prozessualen Rechte von Verfahrensbeteiligten zu bestimmen. Aus der Bundesverfassung folgen verfassungsrechtliche Minimalgarantien, die immer dann vorgehen, wenn das kantonale Recht oder das Bundesrecht in der Umschreibung der Rechte einer Verfahrenspartei weniger weit gehen.²⁶¹ Was die kantonalen Verwaltungs- bzw. Rechtsmittelverfahren und die Möglichkeiten von Mündlichkeit anbelangen, lassen sich diesbezüglich insgesamt fünf Kategorien feststellen. Diese Kategorien werden im Folgenden kurz unter Angabe der einschlägigen kantonalen Bestimmungen dargelegt.

2.1 Befragung der am Verfahren beteiligten Personen

- 104 Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz, wonach der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist. Dieses Untersuchungsprinzip wird durch die Mitwirkungspflicht der Parteien und ihrer Rüge- und Substantierungspflicht im Rechtsmittelverfahren erheblich relativiert.²⁶² Zur Ermittlung des entscheidwesentlichen

²⁵⁹ Vgl. bspw. mit Art. 66 bzw. Art. 80 VRPG BE, Art. 40 bzw. Art. 61 VRP SG, § 20 bzw. § 50 VRG ZH; vgl. ferner mit Art. 49 lit. c VwVG.

²⁶⁰ Es handelt sich dabei um die Kantone AG, FR, JU, SO, UR und VD.
Rechtsgrundlage AG: § 54 VRPG AG i. V. m. §§ 5 und 9 EGAR AG.
Rechtsgrundlage FR: Art. 114 Abs. 2 lit. a VRG FR i. V. m. Art. 7 Abs. 2 AGAIG FR.
Rechtsgrundlage JU: Art. 160 lit. b Cpa JU; vgl. ferner mit Urteil des Tribunal cantonal de la République et canton du Jura ADM 91/2017 vom 6. Oktober 2017.
Rechtsgrundlage SO: § 47 VRG SO i. V. m. § 49 GO SO i. V. m. § 6 EAuV SO.
Rechtsgrundlage UR: Art. 54 Abs. 2 lit. b VRPV UR i. V. m. Art. 10 Abs. 2 des Reglements zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration und zum Asylgesetz des Kantons UR vom 26. November 2019 (RB UR 1.4221).
Rechtsgrundlage VD: Art. 92 LPA VD i. V. m. Art. 3 und 30 LVLEI VD.

²⁶¹ MÜLLER/SCHEFER, S. 818 f.; BGE 131 I 185, E. 2; 131 I 91, E. 3.1.

²⁶² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz 988 und 990; PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 3 und 5; PK VRP/SG-MÄRKLI, Art. 12–13 N. 12 f. und 26; vgl. vertiefend zum Rügeprinzip mit HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz 998; vgl. ferner mit Rn 69–72 (Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 13 VwVG).

Sachverhalts kann die Verwaltungsbehörde bzw. das zuständige Gericht die Verfahrensbeteiligten befragen.²⁶³ Diese Parteibefragung, welche als Beweismittel zur Abklärung des Sachverhalts dient, ist indessen von der persönlichen Anhörung zu unterscheiden, welche im Rahmen einer mündlichen Verhandlung stattfindet und auf die gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch bestehen kann.²⁶⁴ Die Befragung der Beteiligten kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Bei mündlichen Befragungen einer Partei besteht eine Protokollierungspflicht im Sinne einer Niederschrift der mündlichen Äusserungen nach ihrem wesentlichen Inhalt.²⁶⁵

Bis auf den Kanton NE kennen die anderen kantonalen Verwaltungsverfahrensordnungen eine entsprechende konkrete Bestimmung zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen und dem Beweismittel der Parteibefragung.²⁶⁶ Von der Parteibefragung ist die förmliche Parteiaussage, also eine persönliche Befragung unter Ermahnung zur Wahrheit mit potenzieller Ordnungsbussen- bzw. Strafandrohung, abzugrenzen. Eine solch förmliche Befragung bedarf einer entsprechenden spezifischen kantonalen Rechtsgrundlage.²⁶⁷ Der Kanton BE unterscheidet gar drei Formen der Parteibefragung: Parteiauskunft, Parteiverhör und Beweisaussage. Im Vergleich zur Parteiauskunft ist das Parteiverhör förmlicher und erfolgt unter Ermahnung der Wahrheit und Ordnungsbussenandrohung. Bei der Beweisaussage wird die Partei unter Strafandrohung zur Wahrheit ermahnt.²⁶⁸

105

²⁶³ PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 48.

²⁶⁴ PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 52; vgl. BGer 8C_752/2012 vom 3. Januar 2013, E. 3.2.

²⁶⁵ PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 49 und 51; DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 19 N. 61 und 114; vgl. ferner mit Rn 66–68 (Art. 12 VwVG); BGE 130 II 473, E. 4.3.

²⁶⁶ § 24 Abs. 1 lit. a VRPG AG; Art. 13 VerwVG AI bzw. Art. 24 VerwGG AI; Art. 10 VRPG AR bzw. Art. 59 VRPG AR; Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d VRPG BE; § 9 VwVG BL bzw. § 12 VPO BL; § 48 OG BS; Art. 46 Abs. 1 lit. a und lit. c VRG FR; Art. 20 Abs. 2 lit. b LPA GE; Art. 38 VRG GL; Art. 12 Abs. 1 lit. d VRG GR; Art. 59 Abs. 1 lit. b Cpa JU; § 88 VRG LU; Art. 49 VRG NW; Art. 5 VwVV OW; Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 VRP SG; Art. 5 VRG SH; § 15 VRG SO; § 24 VRP SZ; § 12 Abs. 1 VRG TG; Art. 28 Abs. 1 lit. b LPAmM TI; Art. 14 Abs. 2 VRPV UR; Art. 29 LPA VD; Art. 17 VVRG VS; § 13 Abs. 1 VRG ZG; § 7 Abs. 1 bzw. § 60 VRG ZH.

²⁶⁷ PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 50; vgl. für kantonale Beispiele u. a. mit § 24 Abs. 2 VRPG AG; § 24 Abs. 2 VRPG AG; Art. 19 Abs. 3 VRPG BE; Art. 47 VRG GL; § 89 Abs. VRG LU; Art. 13 VRP SG; § 59 Abs. VRG TG; § 24 VRP SZ.

²⁶⁸ DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 19 N. 62–64.

2.2 Mitwirkungspflicht der Parteien

- 106 Wie auf Bundesebene kennen auch die kantonalen Verwaltungsverfahrensordnungen eine Mitwirkungspflicht der Parteien und diese sind verpflichtet, aktiv zur Ermittlung des Sachverhalts beizutragen.²⁶⁹ Auch wenn die Mitwirkungspflicht die behördliche Beweisführungslast zwar nicht aufhebt, führt es doch zu einer Einschränkung der behördlichen Untersuchungspflicht bzw. zu einer teilweisen Verlagerung der Beweisführungslast auf die Parteien.²⁷⁰ Der Mitwirkungspflicht wird vorab durch Sachverhaltsdarstellung mit allfälligen Beweisanträgen und -anerbieten in den Rechtsschriften nachgekommen.²⁷¹ Wobei die Partei insbesondere für Tatsachen, welche sie besser kennt als die Behörde und welche diese ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit einem vernünftigen Aufwand erheben kann, zur Mitwirkung verpflichtet. So erweist sich die Mitwirkung, bspw. bei der Beweisführung über innere Vorgänge wie das intakte Eheleben, als zentral.²⁷²
- 107 Die meisten Kantone weisen eine Bestimmung, welche die Mitwirkungspflicht der Parteien konkret nennt, in den entsprechenden Verwaltungsverfahrensordnungen auf.²⁷³ Bei einigen der übrigen Kantone lässt sich eine solche Mitwirkungspflicht der Parteien implizit aus dem Zusammenhang einer Bestimmung in der kantonalen Verfahrensordnung oder in ergänzender Anwendung der bundesrechtlichen Verwaltungsverfahrensbestimmungen ableiten.²⁷⁴ Im VRP SG sowie im VRG TG findet sich sodann

²⁶⁹ Vgl. ferner mit Rn 69–72 (Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 13 VwVG).

²⁷⁰ DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 20 N. 1 f.; PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 90; BGE 138 V 86, E. 5.2.3; vgl. vertiefend zur Beweislast und Folgen der Beweislosigkeit mit PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 157–163.

²⁷¹ DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 20 N. 4; PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 89; vgl. vertiefend zur Beweisabnahmepflicht der Behörde mit DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 18 N. 28.

²⁷² DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 20 N. 5; BGE 132 II 113, E. 3.2.

²⁷³ § 23 Abs. 1 VRPG AG; Art. 14 VerwVG AI bzw. Art. 24 Abs. 2 VerwGG AI; Art. 20 VRPG BE; § 16 VwVG BL; Art. 47 und Art. 59 VRG FR; Art. 22 LPA GE; Art. 39 und Art. 65 VRG GL; Art. 11 Abs. 2 VRG GR; Art. 60 und Art. 75 Cpa JU; § 55 VRG LU; Art. 42 und Art. 50 VRG NW; Art. 9 VwVV OW; § 26 und § 27 Abs. 1 VRG SO; § 19 Abs. 1 VRP SZ; Art. 26 LPAmM TI; Art. 14 Abs. 3 VRPV UR; Art. 30 LPA VD; Art. 18 VVRG VS; § 7 Abs. 2 VRG ZH.

²⁷⁴ Vgl. für eine implizite Ableitung der Mitwirkungspflicht mit Art. 10 Abs. 4 VRPG AR; vgl. für eine ergänzende Anwendung des VwVG mit § 21 Abs. 1 VRPG BS.

keine systematische und vollständige Regelung der Mitwirkungspflicht der Parteien. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons SG lässt sich die Mitwirkungspflicht der Parteien, wo diese nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, allerdings insbesondere aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV herleiten.²⁷⁵ Dasselbe gilt sodann auch im Kanton TG.²⁷⁶

2.3 Vorgängige Anhörung und Teilnahmerechte

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst unter anderem das Äusserungs- bzw. Anhörungsrecht vor Entscheiderlass. Danach ist den Betroffenen Gelegenheit zur Äusserung zu geben und die Behörde hat die Vorbringen tatsächlich zu hören und ernsthaft zu prüfen und bei ihrer Entscheidfindung angemessen zu berücksichtigen. Dies gilt nur für form- und fristgerechte Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erforderlich erscheinen.²⁷⁷ Auch auf kantonaler Ebene ergibt sich sodann ebenfalls kein grundsätzlicher Anspruch auf eine vorgängige mündliche Anhörung.²⁷⁸

Das Recht auf Teilnahme an den Beweiserhebungen gehört als weiterer Teilaспект zum Anspruch auf rechtliches Gehör dazu. Darunter fällt insbesondere das Anwesenheits- und Äusserungsrecht bei Personenbefragungen.²⁷⁹ Auch auf kantonaler Stufe lassen sich

108

109

²⁷⁵ PK VRP/SG-ARTA, Überblick, N. 28 und 38.

²⁷⁶ FEDI/MEYER/MÜLLER, Kommentar VRG, § 12 N. 5.

²⁷⁷ DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 21 N. 14 f. und N. 17; PLÜSS, in: Kommentar VRG, § 7 N. 93; PK VRP/SG-Rizvi/Risi, Art. 15–17 N. 14 f. und 29; FEDI/MEYER/MÜLLER, Kommentar VRG, § 13 N. 5; vgl. ferner mit Rn 81–85 (vorgängige Anhörung der Partei gemäss Art. 30 VwVG).

²⁷⁸ § 21 Abs. 1 VRPG AG; Art. 15 bzw. Art. 21 VerwVG AI; Art. 13 bzw. Art. 59 VRPG AR; Art. 21 Abs. 1 VRPG BE; § 13 und § 26 VwVG BL; § 48 Abs. 2 OG BS; Art. 57 VRG FR; Art. 41 LPA GE; Art. 63 Abs. 2 bzw. Art. 100 Abs. 4 VRG GL; Art. 16 Abs. 1 VRG GR; Art. 73 Cpa JU; § 46 Abs. 1 VRG LU; Art. 21 LPJA NE; Art. 39 f. VRG NW; Art. 6 Abs. 1 VwVV OW; Art. 15 und Art. 62 VRP SG; Art. 44 Abs. 2 VRG SH; § 23 Abs. 1 VRG SO; § 21 Abs. 1 VRP SZ; Art. 15, Art. 51 Abs. 3 und Art. 60 Abs. 2 VRPV UR; § 13 und § 60 Abs. 1 VRG TG; Art. 34 f. und Art. 77 LPAmM TI; Art. 33 LPA VD; Art. 19 VVRG VS; § 15 und § 70 VRG ZG.

²⁷⁹ DAUM, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 22 N. 1 f. und N. 4; FEDI/MEYER/MÜLLER, Kommentar VRG, § 60 N. 1–3; vgl. ferner mit Rn 73–76 (Parteirechte gemäss Art. 18 VwVG).

solche Rechte in den meisten Verwaltungsverfahrensordnungen finden.²⁸⁰ Im Übrigen sind die Teilgehalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör auch ohne ausdrückliche Erwähnung in den kantonalen Verwaltungsverfahrensordnungen von Verfassungs wegen unmittelbar anwendbar.²⁸¹

2.4 Mündliche Verhandlung

- 110 In allen kantonalen Verwaltungsverfahrensordnungen lassen sich sodann Bestimmungen zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung finden. Was das erstinstanzliche Rechtsmittelverfahren anbelangt, finden sich in fünf Kantonen (AI, BL, BS, GR und NE) keine konkreten Bestimmungen zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung.²⁸² Der Kanton NW sieht für das erstinstanzliche Rechtsmittelverfahren grundsätzlich Schriftlichkeit vor.²⁸³ Im Kanton OW kann die Behörde im erstinstanzlichen Rechtsmittelverfahren bei Bedarf eine mündliche Verhandlung durchführen,²⁸⁴ während sich für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren keine solche Möglichkeit den einschlägigen Bestimmungen entnehmen lässt.²⁸⁵ Das VRPG AG sowie das VVRG VS enthalten keinerlei spezifischen Bestimmungen zur mündlichen Verhandlung.²⁸⁶ Für das zweitinstanzliche, verwaltungsgerichtliche Rechtsmittelverfahren weisen die Kantone AI, BL, BS, GR, NE und NW entsprechende Bestimmungen für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung auf.²⁸⁷ In den übrigen 17 Kantonen²⁸⁸ können sowohl

²⁸⁰ Bspw. Art. 12 Abs. 3 VRPG AR; Art. 22 VRPG BE; Art. 60 VRG FR; Art. 42 LPA GE; Art. 66 Abs. 1 VRG GL; Art. 76 Cpa JU; § 82 f. VRG LU; Art. 8 VwVV OW; § 23 Abs. 1 VRG SO; § 21 Abs. 1 VRP SZ; Art. 34 LPA VD; Art. 17 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 VVRG VS.

²⁸¹ GRIFFEL, in: Kommentar VRG, § 8 N. 29; vgl. ferner mit Rn 48.

²⁸² Vgl. mit VerwVG AI, VwVG BL, VRPG BS bzw. OG BS, VRG GR, LPJA NE, VwVV OW.

²⁸³ Art. 29 VRG NW.

²⁸⁴ Art. 17 VwVV OW.

²⁸⁵ Vgl. mit VwVV OW und dem Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 22. September 1996 des Kantons Obwalden (GDB 134.1).

²⁸⁶ § 57 VRPG AG spricht sich lediglich zur Öffentlichkeit der Verhandlung aus; vgl. mit VVRG VS.

²⁸⁷ Art. 25 VerwGG AI; § 9 VPO BL (Vorverhandlung) und § 15 VPO BL (Parteiverhandlung); § 25 Abs. 3 VRPG BS; Art. 41 VRG GR (Referentenaudienz) und Art. 45 VRG GR (Gerichtsverhandlung); Art. 55 LPJA NE; Art. 93 VRG NW.

²⁸⁸ Kantone AR, BE, FR, GE, GL, JU, LU, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, ZG und ZH.

im erst- als auch im zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahren – insoweit es überhaupt zwei Rechtsmittelinstanzen gibt – eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden.²⁸⁹

Eine (Instruktions-)Verhandlung anstelle oder neben einem weiteren Schriftenwechsel empfiehlt sich, wenn vertiefte oder umfangreiche Abklärungen notwendig sind und zu erwarten ist, dass schriftliche Eingaben nicht zu allen interessierenden Gesichtspunkten genügend Aufschluss geben. Weiter kann eine Verhandlung angezeigt sein, wenn eine Konfrontation verschiedener Beteiligter zusätzliche Erkenntnisse verspricht oder wenn es wesentlich auf den persönlichen Eindruck ankommt. Instruktionsverhandlungen bieten das Gefäss für eine solche mündliche Anhörung.²⁹⁰ Eine mündliche Schlussverhandlung bietet den Verfahrensbeteiligten das Ergebnis, insbesondere der Beweismassnahmen, in der Verhandlung abschliessend würdigen zu können.²⁹¹

2.5 Mündliche Eröffnung eines Entscheids

Einige Kantone haben in ihren Verwaltungsverfahrensordnungen Bestimmungen zu einer mündlichen Entscheideröffnung. Was die Voraussetzungen einer solchen mündlichen Eröffnung anbelangt, lassen sich fünf Kategorien unterscheiden: Nur in den Kantonen AG, BE, SH, SZ und ZH ist eine (vorgängige) mündliche Entscheideröffnung bzw. mündliche Eröffnung des Entscheiddispositivs überhaupt zulässig.²⁹² Auch wenn bspw. Art. 37 VRPG BE den Grundsatz verankert, dass das Verwaltungsgericht seine

²⁸⁹ Art. 39 Abs. 3 bzw. Art. 59 Abs. 1 VRPG AR; Art. 69 Abs. 3 bzw. Art. 83 VRPG BE; Art. 32 Abs. 1 bzw. Art. 91 VRG FR; Art. 18 LPA GE; Art. 28 Abs. 1 bzw. Art. 96 VRG GL; Art. 54 Abs. 2 bzw. Art. 136 Abs. 1 Cpa JU; § 47 Abs. 2 VRG LU; Art. 55 Abs. 1 bzw. Art. 64 VRP SG; Art. 24 bzw. Art. 43 VRG SH; § 71 VRG SO; § 17 Abs. 2 VRP SZ; § 49 Abs. 3 bzw. § 62 VRG TG; Art. 78 LPAamm TI; Art. 51 Abs. 4 bzw. Art. 61 Abs. 1 VRPV UR; Art. 27 Abs. 2 und 3 LPA VD; § 46 Abs. 3 bzw. § 68 und § 70 VRG ZG; § 26b Abs. 3 bzw. § 59 Abs. 1 und § 61 VRG ZH.

²⁹⁰ HERZOG, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 69 N. 19; GRIFFEL, in: Kommentar VRG, § 26b N. 32; DONATSCH, in: Kommentar VRG, § 59 N. 5; vgl. ferner mit Rn 90–92 (mündliche Verhandlung gemäss Art. 57 Abs. 2 VwVG).

²⁹¹ HERZOG, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 69 N. 20 mit Hinweis, dass im Kanton BE nur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht und anderen verwaltungsunabhängigen Justizbehörden eine Schlussverhandlung in Betracht kommt; DONATSCH, in: Kommentar VRG, § 61 N. 1 und 3.

²⁹² § 26 VRPG AG; Art. 37 VRPG BE (nur durch Verwaltungsgericht); Art. 47 Abs. 1 VRG SH (nur durch Obergericht); § 30 Abs. 2 VRP SZ; § 65 Abs. 3 VRG ZH (nur durch Verwaltungsgericht).

Urteile öffentlich und mündlich berät und fällt, verhält es sich in der Praxis dennoch anders und es findet nur in wenigen Fällen eine öffentliche Urteilsberatung statt.²⁹³ Es gibt sodann kantonale Verwaltungsverfahrensordnungen (AR, FR, GE, JU, VS und ZG), welche von einer ausnahmsweise zulässigen mündlichen Eröffnung sprechen, wenn die Art der Sache oder die Fallumstände eine solche Eröffnung gebieten.²⁹⁴ Die Kantone SG, SO, TG und UR sehen bei Dringlichkeit bzw. bei Gefahr in Verzug eine mündliche Eröffnung des Entscheids vor.²⁹⁵ Lediglich verfahrensleitende oder Zwischenentscheide können in den Kantonen GL, LU und NW mündlich eröffnet werden.²⁹⁶ Die Kantone BL und BS letztlich sehen die Möglichkeit einer mündlichen Entscheideröffnung nur im Anschluss an eine Verhandlung vor.²⁹⁷

3. WESENTLICHE ERKENNTNISSE ZU DEN RECHTSGRUNDLAGEN AUF BUNDES- UND KANTONALER EBENE

¹¹³ Grundsätzlich bestehen in einem ausländerrechtlichen Verfahren sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene Möglichkeiten einer mündlichen Einbringung der betroffenen Person. Sie kann sich im Rahmen einer (öffentlichen) Verhandlung und einer persönlichen Anhörung bzw. Befragung selbst zur Sache äussern, wobei sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene entsprechende Bestimmungen bestehen.²⁹⁸ Die Ausgestaltung und Positionierung dieser Rechtsgrundlagen macht allerdings den Ausnahmecharakter, insbesondere betreffend Durchführung einer mündlichen Ver-

²⁹³ FELLER, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 37 N. 3.

²⁹⁴ Art. 16 bzw. Art. 59 VRPG AR; Art. 69 VRG FR; Art. 46 Abs. 3 LPA GE; Art. 87 Abs. 2 Cpa JU; Art. 29 Abs. 2 VVRG VS; § 21 Abs. 3 VRG ZG.

²⁹⁵ Art. 25 VRP SG; § 21 Abs. 2 VRG SO; § 20 Abs. 2 VRG TG; Art. 21 Abs. 2 VRPV UR.

²⁹⁶ Art. 76 Abs. 2 VRG GL; § 112 Abs. 2 VRG LU; Art. 58 Abs. 2 VRG NW.

²⁹⁷ § 19 VPO BL; § 28 Abs. 3 VRPG BS.

²⁹⁸ Vgl. mit Rn 55 f. (Parteiverhör bzw. Beweisaussage vor Bundesgericht); Rn 58 f. (Parteiverhandlung vor Bundesgericht); Rn 66 f. (Parteiauskunft gemäss Art. 12 VwVG); Rn 90–92 (mündliche Verhandlung gemäss Art. 57 Abs. 2 VwVG); Rn 94 (Parteiverhör vor Bundesverwaltungsgericht); Rn 95 f. (Parteiverhandlung vor Bundesverwaltungsgericht); Rn 104 f. (Parteibefragung vor kantonalen Instanzen); Rn 110 f. (mündliche Verhandlung vor kantonalen Instanzen).

handlung, deutlich.²⁹⁹ Dennoch ist eine gewisse Wichtigkeit von Mündlichkeit auch im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens zu erkennen, gibt es doch mehrere Bestimmungen, welche eine mündliche Interaktion mit sich bringen (persönliche Anhörung, persönliche Teilnahme an Beweiserhebungen, mündliche Verhandlung, mündliche Beratung, mündliche Entscheideröffnung). Im Rahmen von Befragungen von Drittpersonen und Zeuginnen, bei einer mündlichen Beratung oder einer mündlichen Eröffnung eines Entscheids haben die Parteien allerdings grundsätzlich keine Möglichkeit, sich umfassend zur Sache äussern zu können.³⁰⁰ Weiter lässt sich weder aus der Bundesverfassung noch aus den einschlägigen bundes- oder kantonalrechtlichen Rechtsgrundlagen ein Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung oder einer persönlichen Anhörung ableiten. Der Grundsatz der Schriftlichkeit im verwaltungsrechtlichen Verfahren, sowohl vor kantonalen- als auch vor Bundesbehörden, wird damit deutlich. Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Behörde bzw. das Gericht eher weniger von sich aus eine persönliche Anhörung oder eine (öffentliche) Verhandlung anordnet. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein entsprechender Antrag auf Durchführung einer persönlichen Anhörung bzw. einer (öffentlichen) Verhandlung nicht gestellt werden kann und ein solcher zwangsläufig abgewiesen werden würde. Schliesslich können die Parteien sowohl auf kantonaler als auch auf Bundesebene grundsätzlich Beweisanträge stellen.³⁰¹ Nach dem Gesagten wird deutlich, dass es vor allem an der betroffenen Partei liegt, einen entsprechenden, substantiiert begründeten Antrag zu stellen, damit eine Verhandlung bzw. eine persönliche Anhörung durchgeführt wird. Mit Blick auf Art. 29 Abs. 2 BV ist insbesondere darzulegen, inwieweit der persönliche Eindruck für den Verfahrensausgang von entscheidender Bedeutung ist

²⁹⁹ Vgl. mit Rn 58, 90–92 und 95; bspw. findet sich die Kann-Bestimmung zur Anordnung einer mündlichen Verhandlung in Art. 57 Abs. 2 VwVG unter dem Titel «III. Schriftenwechsel».

³⁰⁰ Anlässlich einer Befragung von Drittpersonen bzw. Zeuginnen hat die Partei lediglich die Möglichkeit, Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zu stellen, vgl. hierzu mit Rn 55, 68, 73–76 und 109; vgl. zur mündlichen Beratung mit Rn 60 und 97; vgl. zur mündlichen Entscheideröffnung mit Rn 64, 88 f. und 112.

³⁰¹ Vgl. mit Rn 50 (Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV); Rn 55 (Beweisantrag im Verfahren vor Bundesgericht); Rn 69 (Mitwirkungsrecht gemäss Art. 13 VwVG); Rn 77–80 (rechtliches Gehör gemäss Art. 29 VwVG); Rn 86 f. (Beweisanerbieten gemäss Art. 33 VwVG); Rn 106 und 108.

und welche gravierenden Auswirkungen das Verfahren auf das Leben der betroffenen Partei haben wird.³⁰²

III. ANWENDBARKEIT VON ART. 6 EMRK

¹¹⁴ Bei einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine mündliche (öffentliche) Verhandlung bzw. eine persönliche Anhörung der vom Verfahren betroffenen Person durchzuführen ist, stellt sich mithin die Frage, ob dabei Art. 6 EMRK anzuwenden ist. Ausgehend vom Wortlaut erstreckt sich der Geltungsbereich von Art. 6 EMRK zwar auf Verfahren zur Entscheidung von Streitigkeiten betreffend zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie über die Stichhaltigkeit strafrechtlicher Anklagen. Der EGMR legt die Begriffe der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen und der strafrechtlichen Anklage allerdings autonom und unabhängig vom innerstaatlichen Recht aus.³⁰³

¹¹⁵ Als Grundlage für Art. 6 EMRK wurde unter anderem die Allgemeine Menschenrechtsdeklaration (AEMR) von 1948 herangezogen, wobei der zugrundeliegende Art. 10 AEMR³⁰⁴ keinen Hinweis auf den zivilrechtlichen Charakter der Ansprüche und Verpflichtungen enthält. In der französischen Fassung fand sich ursprünglich die Formulierung: «*droits et obligations en matière civil*». Diese Formulierung wurde indessen aufgrund der Einwendung, dass *en matière civil* in einem den Geltungsbereich der Garantie unzulässig einschränkenden Sinne verstanden werden könnte, fallengelassen. Ähnliche Diskussionen fanden auch über die Bestimmung von Art. 14 Abs. 1 Pakt II statt, welche ebenfalls als Grundlage der Formulierung von Art. 6 EMRK diente. Die Diskussionen rund um die Entstehung der Formulierung von Art. 14 Abs. 1 Pakt II lassen darauf schliessen, dass *civil* nicht im Sinne der kontinentaleuropäischen Trennung von öffentlichem und Privatrecht verwendet wurde, sondern mit einem

³⁰² Vgl. mit Rn 50.

³⁰³ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 457 und 473; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 76; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 9, 14 und 23.

³⁰⁴ Art. 10 AEMR: «*Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.*»

klar weitergehenden Gehalt. So soll der französische Delegierte befürchtet haben, dass der vorgeschlagene Begriff *civil action* nach dem kontinentaleuropäischen Verständnis klassische Materien des öffentlichen Rechts von den Verfahrensgarantien ausschliesse. Dieser entstehungsgeschichtliche Hintergrund von Art. 6 EMRK macht deutlich, dass der Begriff der Zivilstreitigkeiten jedenfalls nicht mit dem Begriff der Privatrechtsstreitigkeit nach hiesigem Rechtsverständnis gleichgesetzt werden kann. Verwaltungsstreitsachen im kontinentaleuropäischen Sinne wurden anlässlich der Entstehung von Art. 6 EMRK daher nicht grundsätzlich von dessen prozessualen Schutzrechten ausgeschlossen.³⁰⁵

Was die Begriffe zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen anbelangt, nahm der EGMR bislang keine abstrakte Definition vor. Er hat aber eine Reihe von Kriterien aufgestellt, die jeweils kumulativ überprüft werden: So muss der konkrete Fall eine Streitigkeit betreffen, bei der die beschwerdeführende Person einen (innerstaatlichen) Rechtsanspruch vertretbar geltend macht, wobei die Streitigkeit zivilrechtlicher Natur sein muss und das Ergebnis des Verfahrens muss unmittelbar für das Recht entscheidend sein.³⁰⁶ Innerstaatliches Privatrecht hat ohne Weiteres zivilrechtlichen Charakter. Darüber hinaus erachtet der EGMR all jene Rechte als zivilrechtlich, denen eine private vertragliche Ausgestaltung zugrunde liegt bzw. welche Vermögensrechte betreffen.³⁰⁷ Im Einklang mit der Ratio der Konvention, «*die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr aufgeführten Rechte zu gewährleisten*»³⁰⁸, hat die Rechtsprechung des EGMR in einer dynamischen Auslegung der Begriffe *civil rights* und *obligations* den sachlichen Geltungsbereich der Konvention sukzessive in Bereiche erstreckt, die nach kontinentaleuropäischem Verständnis dem Verwaltungsrecht zuzurechnen

116

³⁰⁵ HERZOG, S. 24, 26 und 29–31 je m. w. H.; CRAIG, Rn 12-017; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 8; vgl. vertiefend zur Entstehungsgeschichte von Art 6 EMRK und der diesbezüglichen unterschiedlichen Lehrmeinungen mit HERZOG, S. 25 und 28.

³⁰⁶ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 457; EGMR *James und andere gegen Vereinigtes Königreich* vom 21. Februar 1986, 8793/79, Rz 81; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 8, 14 und 17 f.; vgl. vertiefend zum Begriff der Streitigkeit und des Rechtsanspruchs mit VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 458–460.

³⁰⁷ Vgl. mit Urteil EGMR *Editions Periscope gegen Frankreich* vom 26. März 1992, 11760/85, Rz 40.

³⁰⁸ So der zweite Absatz der Präambel der EMRK.

sind.³⁰⁹ In den Geltungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen bspw. Auseinandersetzungen betreffend sozialversicherungsrechtliche Ansprüche³¹⁰, Streitigkeiten betreffend öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse³¹¹ oder Verfahren betreffend Zugang zur Primarschule und zu Hochschulstudien.³¹² Nicht um zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen geht es demgegenüber bei Verfahren betreffend Aufenthalt und Ausreise, Ausweisung und Auslieferung aus einem EMRK-Staat³¹³ oder Verfahren über steuerrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen.³¹⁴ Steuerrechtliche Aspekte können allerdings als Vorfrage eines anderen zivilrechtlichen Anspruchs sowie im Rahmen eines Steuerstrafverfahrens unter dem Titel der *criminal charges* in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen.³¹⁵ WOLFGANG PEUKERT führte hierzu weiter aus, generell seien die Auswirkungen jeder Steuerrechtsstreitigkeit auf die zivilrechtliche Vermögens-

³⁰⁹ THURNHERR, Rz 290; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 15; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 456; vgl. mit KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 77.

³¹⁰ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 18 und VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 463; EGMR *Feldbrugge gegen Niederlande* vom 29. Mai 1986, 8562/79; *Schuler-Zgraggen gegen Schweiz* vom 24. Juni 1993, 14518/89, Rz 46.

³¹¹ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 468; EGMR *Vilho Eskelinen und andere gegen Finnland* vom 19. April 2007, 63235/00, Rz 62 in Abwendung von der früheren Rechtsprechung im Fall EGMR *Pellegrin gegen Frankreich* vom 8. Dezember 1999, 28541/95, Rz 64–67; vgl. mit Urteil EGMR *Vanjak gegen Kroatien* vom 14. April 2010 (final), 29889/04, Rz 33; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 19 mit Verweis auf Urteile (ebenfalls) EGMR *Pellegrin gegen Frankreich* vom 8. Dezember 1999, 28541/95, Rz 64–67; *Frydlender gegen Frankreich* vom 27. Juni 2000, 30979/96, Rz 31–34; das Bundesgericht nimmt auf diese Praxis in BGE 129 I 207 Bezug.

³¹² VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 470; EGMR *Oršuš und andere gegen Kroatien* vom 16. März 2010, 15766/03, Rz 104–107; EGMR *Emine Araç gegen Türkei* 23. Dezember 2008 (final), 9907/02, Rz 14–26; vgl. vertiefend zur Kasuistik des EGMR betreffend Anerkennung von zivilrechtlichen Streitigkeiten mit MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 21.

³¹³ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 17; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 471; EGMR *Maaouia gegen Frankreich* vom 5. Oktober 2000, 39652/98; *Mamatkulov und Askarov gegen Türkei* vom 4. Februar 2005, 46827/99 und 46951/99, Rz 81 f.

³¹⁴ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 17; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 471; EGMR *Ferrazzini gegen Italien* vom 21. Juli 2001, 44759/98; vgl. vertiefend zur Kasuistik des EGMR betreffend Nichtanerkennung von zivilrechtlichen Streitigkeiten mit MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 22.

³¹⁵ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 23 und 34 f.; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 479 je m. w. H.; vgl. mit Urteil EGMR *Janosevic gegen Schweden* vom 21. Mai 2003 (final), 34619/97, Rz 67.

lage der steuerpflichtigen Person derart schwerwiegend, dass es unbillig erscheine, die Berufung auf die Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK zu versagen. Die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK solle nur dann ausgeschlossen sein, wenn Streitigkeiten ausschliesslich in hoheitliches Ermessen gestellte Fürsorgeleistungen betreffen würden, wie das bspw. bei der Katastrophenhilfe der Fall sei.³¹⁶ RUTH HERZOG wies sodann darauf hin, dass auch ausländerrechtliche Entscheide (zuweilen eminente) Bedeutung für die private Lebensgestaltung oder Existenz der betroffenen Einzelperson und auch Auswirkungen auf das nach Art. 8 EMRK geschützte Familienleben haben könnten. Zudem sei ein Bedürfnis nach gerichtlichem Rechtsschutz im Ausländerrecht offensichtlich. Ob man Streitigkeiten aus dem Gebiet des Ausländerrechts als Zivilrechtsstreitigkeit qualifizieren wolle, hänge daher einzig von der Handhabung des Kriteriums der Justizmaterie ab. In diesem Rahmen wird festgelegt, ob entsprechende Streitigkeiten der EMRK wegen justizieller Kontrolle unterworfen werden sollen oder ob den Konventionsstaaten freigestellt sein soll, sie dem Letztentscheidungsrecht politischer Instanzen vorzubehalten. Der Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in ausländerrechtlichen Verfahren sei schliesslich Resultat einer schweizerischen Rechtsdiskussion mit dem hierfür entscheidenden Argument, dass es sich um Entscheide handle, die politische (Ermessens-) Fragen beinhalten würden und daher den Trägern der höchsten politischen Gewalt zustehen sollten. Lasse sich allerdings aus nationalen oder aus internationalen Rechtsgrundlagen unmittelbar ein grundsätzlicher Anspruch auf Anwesenheit ableiten, stelle sich die Frage, ob hierdurch die Ausübung politischen Ermessens nicht ausgeschlossen sei und die Rechtfertigung für den Ausschluss der EMRK-Garantie damit entfalle.³¹⁷

Der Begriff der strafrechtlichen Anklage definiert sich ebenfalls nicht nach innerstaatlichem Recht, sondern autonom unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der EMRK sowie der vorherrschenden Auffassungen in den Rechtssystemen aller Vertragsstaaten.³¹⁸ Ob es sich um eine strafrechtliche Angelegenheit handelt, beurteilt der EGMR nach

117

³¹⁶ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 23.

³¹⁷ HERZOG, S. 285–287.

³¹⁸ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 5; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 473; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 81; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 23.

den sog. ENGEL-Kriterien.³¹⁹ Danach muss sich eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK auf eine Straftat beziehen, also eine rechtswidrige Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Unter Beachtung der konventionsgeschützten Rechte steht es dabei den Staaten frei, Straftatbestände zu definieren. Die Zuordnung einer rechtswidrigen Handlung zu einem anderen als dem strafrechtlichen Bereich, insbesondere dem des Disziplinarrechts, unterliegt dagegen der Kontrolle des EGMR.³²⁰ Eine disziplinarische Verfolgung kann für die betroffene Person ähnlich belastend und folgenschwer sein wie eine strafrechtliche. Die Vorenthalterung der Garantien aus Art. 6 EMRK könnte dabei dem Sinn und Zweck der EMRK zuwiderlaufen. Es ist daher als zweites Kriterium die «wahre Natur» der Zuwiderhandlung und deren Folgen zu ermitteln. Wird als Folge der Feststellung einer Schuld bspw. eine Sanktion vorgesehen, die sowohl abschreckenden als auch punitiven Charakter aufweist, wird somit aufgrund der Strafe für jedermann ein bestimmtes Verhalten (Tun oder Unterlassen) erzwungen, so erscheint die Zuwiderhandlung strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 EMRK. Zu dieser Beurteilung zieht der EGMR auch die Qualifizierung der Zuwiderhandlung in anderen Staaten rechtsvergleichend heran.³²¹ Als drittes Kriterium zur Beurteilung eines strafrechtlichen Charakters einer Zuwiderhandlung ist die Schwere der Sanktion zu beurteilen. Selbst eine auf den ersten Blick geringfügige Busse kann strafrechtlicher Natur sein, wenn sie bei der Nichtbezahlung zur Einziehung von Sachwerten führt oder in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann.³²²

- 118 Der sachliche Geltungsbereich von Art. 29 BV reicht weiter als derjenige von Art. 6 EMRK, indem er nicht nur Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und strafrechtliche An-
-

³¹⁹ EGMR *Engel und andere gegen Niederlande* vom 8. Juni 1976, 5100/71, Rz 82.

³²⁰ FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 25; VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 475; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 24 f.

³²¹ VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 476; EGMR *Blokhin gegen Russland* vom 23. März 2016, 47152/06, Rz 179 f.; A.P. und andere gegen Schweiz vom 29. August 1997, 71/1996/690/882, Rz 41 f.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 26; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 26.

³²² VILLIGER, Handbuch der EMRK, N. 477; EGMR *Putz gegen Österreich* vom 22. Februar 1996, 18892/91, Rz 34–37; *Garyfallou Aebe gegen Griechenland* vom 24. September 1997, 93/1996/712/909, Rz 34; *Weber gegen Schweiz* vom 22. Mai 1990, 11034/84, Rz 34; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 Rn 26; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK Handkommentar, Art. 6 Rn 27.

klagen umfasst. Trotzdem hat das Bundesgericht in der Fortführung seiner Praxis zum rechtlichen Gehör mehrfach betont, dass die Rechtsprechung des EGMR zum *fair trial* für alle Gerichtsverfahren gelte und insbesondere auch bei der Auslegung von Art. 29 Abs. 2 BV berücksichtigt werden müsse.³²³ Die Frage, ob diese Spruchpraxis auch auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren übertragen werden kann, hat das Bundesgericht zumindest hinsichtlich des Replikrechts verneint.³²⁴ Dies zeigt, dass Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK auch in solchen Verfahren Anwendung finden können, welche nach der hiesigen Rechtsprechung grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen. Eine zukünftige Anwendung der Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK im Rahmen ausländerrechtlicher Verfahren ist daher nicht grundsätzlich auszuschliessen. Führt man sich die Entstehungsgeschichte von Art. 6 EMRK vor Augen, war ein solcher Ausschluss damals jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehen.³²⁵ HERZOG warf die Frage auf, ob bei einem Aufenthaltsanspruch überhaupt noch Raum für die Ausübung eines politischen Ermessens bestehe, was die Nichtanwendbarkeit von Art. 6 EMRK als ungerechtfertigt erscheinen lasse.³²⁶ Auch lassen sich Parallelen zwischen den Rechtsfolgen in einem strafrechtlichen und einem ausländerrechtlichen Verfahren erkennen. So erscheint eine in einem ausländerrechtlichen Verfahren verfügte Wegweisung mit Landesverweis auf den ersten Blick als Sanktion mit abschreckendem und punitivem Charakter.³²⁷ Einhergehend mit RENÉ WIEDERKEHR stellt sich daher die Frage, ob die Anwendung von Art. 6 EMRK von seinem (engen) Geltungsbereich und von der dem Entscheid zugrunde liegenden Sachmaterie zu lösen und nach dem konkreten Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person zu beurteilen ist.³²⁸ Wobei sich insbesondere dann, wenn für das Gericht der persönliche Eindruck der Partei und ihre

³²³ WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N. 11; BGE 138 I 154, E. 2.3.3; 137 I 195, E. 2.3.1; BVGE 2013/23, E. 6.1.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 527; AEMISEGGER, AJP 2008, S. 25.

³²⁴ BGE 138 I 154, E. 2.5; für eine Anwendung dieser Rechtsprechung im Verwaltungsverfahren spricht sich bspw. ALBERTINI, S. 275 f. aus.

³²⁵ Vgl. mit Rn 115.

³²⁶ Vgl. mit Rn 116.

³²⁷ Vgl. mit Rn 117.

³²⁸ Vgl. mit Rn 123.

Lebensweise etc. massgebend sind, die Frage stellt, ob aufgrund des Fairnessgedankens Art. 6 EMRK anzuwenden ist.³²⁹

IV. STANDPUNKTE IN DER LEHRE

- 119 Zur Abrundung des vorliegenden Kapitels gilt es auch einige Positionen in der Lehre zum Thema Mündlichkeit im ausländerrechtlichen als ein verwaltungsrechtliches Verfahren zu präsentieren.
- 120 Zu erwähnen ist zunächst KILIAN MEYER, welcher mit seinem Aufsatz «*Mündlichkeit im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht*» eine mündlichkeitsfreundliche(re) Praxis proklamiert.³³⁰ MEYER weist bspw. darauf hin, dass es lediglich die mündliche Anhörung erlaube, auch den Tonfall, die Gestik und die Mimik der befragten Person wahrzunehmen, spontane Nachfragen zu stellen und die Reaktion der befragten Person zu berücksichtigen. Auch würde eine angemessene Partizipation der Verfahrensbeteiligten die Qualität und Akzeptanz des Entscheids fördern. Überdies könne eine mündliche Befragung ein differenzierteres Bild des Sachverhalts vermitteln als eine rein schriftliche Stellungnahme.³³¹ Unter Berücksichtigung der Grundsätze der Prozessökonomie und eines würdigen Umgangs mit den am Verfahren beteiligten Personen ist nach MEYER insbesondere in folgenden Fällen ein Anspruch auf eine mündliche Anhörung gegeben: Wenn die Persönlichkeit, die Vertrauenswürdigkeit und die Integrität einer Person zu beurteilen ist; wenn der Ausgang des Verfahrens in Grenzfällen in massgeblicher Weise von der sozialen und sprachlichen Integration einer Person abhängt; wenn zur sorgfältigen Abklärung des Sachverhalts erforderlich ist, dass sich das Gericht ein erschöpfendes, auch persönliche oder intime Aspekte umfassendes Bild einer Person oder Situation macht; wenn der Ausgang des Verfahrens davon abhängt, ob der Sachdarstellung einer Person, deren Rechte durch einen staatlichen Akt erheblich beeinträchtigt werden, in einem zentralen Punkt Glauben geschenkt wird.³³² MEYER sieht sodann vor allem für das

³²⁹ Vgl. mit Rn 36.

³³⁰ MEYER, «*Justice-Justiz-Giustizia*», Rz 24 und 26.

³³¹ MEYER, «*Justice-Justiz-Giustizia*», Rz 27 f.

³³² MEYER, «*Justice-Justiz-Giustizia*», Rz 30.

erstinstanzliche Verwaltungsverfahren einen weitergehenden grundsätzlichen Anspruch auf vorgängige mündliche Anhörung der betroffenen Partei, wenn in erheblicher Weise in ihre Rechtsstellung eingegriffen wird.³³³ Im Zusammenhang mit einer öffentlichen Parteiverhandlung weist MEYER sodann darauf hin, das öffentliche Prozessrecht räume der Instruktionsrichterin einen erheblichen Spielraum ein. So könne bspw. bereits nach Eingang der Vernehmlassung eine Verhandlung angesetzt und das Replikrecht mündlich in der Gerichtsverhandlung gewährt werden. Wenn nötig, könne der Sachverhalt zunächst in einer Instruktionsverhandlung vervollständigt werden. Namentlich dann, wenn ein gewichtiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit bestehe, weil bspw. das Gericht wegen eines Verfahrens in der Kritik steht oder ein Entscheid absehbar ein grosses Medienecho auslösen werde, sollte nach MEYER eine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden. Dabei sieht MEYER die richterliche Unabhängigkeit auch nicht als gefährdet an, weil die Bereitschaft und Fähigkeit, sich gelassen und professionell den Blicken der Rechtsuchenden und des Publikums auszusetzen, von jeder Richterin erwartet werden könne.³³⁴ Als Weg zu mehr Mündlichkeit fordert MEYER vor allem die Richterinnen auf, ihren Gestaltungsspielraum zu nutzen und danach zu streben, durch eine mündlichkeitsfreundliche Praxis die Qualität der Rechtsprechung zu erhöhen, die Würde der Rechtssuchenden zu respektieren und das Vertrauen in das Rechtssystem zu stärken.³³⁵ Die Rechtsprechung zeige eine am Gericht weit verbreitete skeptisch-abweichende Einstellung gegenüber der Mündlichkeit. Dies sei im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass am Bundesverwaltungsgericht kaum einschlägiges Know-How, Routine und Erfahrungen gesammelt werden könnten, was wiederum dazu führe, dass das unbekannte Gewässer der Mündlichkeit, wenn irgend möglich umschifft werde. Es sei ein Kulturwandel erforderlich.³³⁶

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit im Rahmen eines Widerrufs der Niederlassungsbewilligung infolge Straffälligkeit verweist MARC SPESCHA auf die Ausführungen MEYERS. Er führt aus, dass es bis anhin ein nicht eingelöstes Postulat der Lehre sei, auch verwaltungsrechtliche Massnahmen sachlich

121

³³³ MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 32.

³³⁴ MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 40 und 42.

³³⁵ MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 53.

³³⁶ MEYER, «Justice-Justiz-Giustizia», Rz 54.

besser zu fundieren, indem betroffene Personen angehört würden oder die Rückfallprognose gutachterlich abgeklärt würde. Angesichts der mit einem Bewilligungsverlust einhergehenden Schwere des Eingriffs in das Privatleben, der vielfach schwerer als eine Freiheitsstrafe wiege, sei es unverständlich und rechtsstaatlich bedenklich, dass entsprechende Massnahmen gemäss bisheriger Praxis nicht annähernd sachlich so gerechtfertigt werden müssten, wie das im Strafverfahren regelmässig der Fall sei. SPESCHA spricht in diesem Zusammenhang von einer Gefühlsjurisprudenz, welche bei aufenthaltsbeendenden Massnahmen betrieben werde.³³⁷ SPESCHA führt im Zusammenhang mit einem Gesuch um Aufhebung von Einreiseverboten weiter aus, dass für eine seriöse Prognosestellung eine persönliche Anhörung meist unerlässlich sei, gehe es hierbei doch um eine Persönlichkeitsbeurteilung bzw. um eine Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer geltend gemachten Läuterung oder biografischen Kehrtwende.³³⁸

- 122 BENJAMIN SCHINDLER erwähnt im Zusammenhang mit alternativen Ansätzen zur Verfahrensbeschleunigung u. a. mehr Mündlichkeit und weist darauf hin, dass im Common Law auch Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren mündlich durchgeführt würden und die Gewährung des rechtlichen Gehörs keineswegs zu einer – wie hierzulande befürchteten – Verzögerung führen müsse. Die Lösung des Problems liege nicht in einer Beschneidung des Schriftenwechsels, sondern in einem gänzlichen oder teilweisen Verzicht hierauf und zwar zugunsten einer mündlichen Verhandlung. Nach SCHINDLER sollte das nichtstreitige, erstinstanzliche Verwaltungsverfahren stärker vom Grundsatz der Mündlichkeit geprägt sein. Dies sei der Ort, wo der Sachverhalt abgeklärt werde. Neben der Möglichkeit, von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung durchzuführen, müsste ein Individualanspruch auf mündliche Anhörung vor Erlass einer Verfügung bestehen. Damit würde dem Anspruch auf rechtliches Gehör seine wörtliche Bedeutung zurückgegeben. Bereits MAX IMBODEN habe in seinen Vorentwürfen zum VwVG einen Anspruch auf mündliche Anhörung verankern wollen, sei aber am Widerstand der Verwaltung gescheitert. Weiter weist SCHINDLER auf den Europäischen Kodex für gute Verwaltungspraxis aus dem Jahr 2001 hin, welcher verlange, dass Bürgerinnen vor der Entscheidung mündlich anzuhören seien, wenn sie dies verlangen würden. Nach

³³⁷ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 63 N. 13.

³³⁸ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 67 N. 16.

der Ansicht von SCHINDLER, würde im verwaltungsinternen und auch im verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelverfahren ein erhebliches Potential für mehr Mündlichkeit bestehen (nicht-öffentliche Instruktionsverhandlung, öffentliche Parteiverhandlung). Er weist sodann auf die Botschaft zur eidgenössischen Zivilprozessordnung hin, worin festgehalten wird, dass Formerleichterungen und Mündlichkeit den Gerichtsalltag entbürokratisieren sowie beschleunigen und damit auch zur Entlastung der Gerichte beitragen würden. Schliesslich weist SCHINDLER auf die Möglichkeiten neuer Kommunikationstechnologien hin, welche vermehrt zu nutzen seien. So müssten mündliche Verhandlungen heute nicht mehr mit physischer Präsenz am Ort der Verwaltungs- bzw. Gerichtsbehörden stattfinden, sondern könnten auch mittels Videokonferenz durchgeführt werden. Auch der Protokollierungsaufwand bei mündlichen Verhandlungen könnte mittels moderner Technologien auf ein Minimum reduziert werden.³³⁹

RENÉ WIEDERKEHR führte in seiner Habilitation «*Fairness als Verfassungsgrundsatz*»¹²³ zur persönlichen Anhörung im Zusammenhang mit Art. 29 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK aus, das Recht auf persönliche Teilnahme am Verfahren erscheine als wichtige Ausprägung des Fairnessgedankens, da es der betroffenen Person ermögliche, ihre Gründe nochmals persönlich darzulegen. Das sei insbesondere dann von zentraler Bedeutung, wenn individuelle Verhältnisse oder konkrete Umstände von Bedeutung seien. Wenn folglich die Würdigung der konkreten Umstände oder der individuellen Verhältnisse sich als zentral für den Ausgang des Verfahrens erwiese, müsse der betroffenen Person die Möglichkeit eröffnet werden, persönlich am Prozess teilnehmen zu können. Sofern es für den Anspruch der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung überhaupt eines besonderen Rechtsschutzinteresses bedürfe, solle deshalb nicht die Art der Streitigkeit – *civil rights* oder strafrechtliche Anklagen – massgebend für das Entstehen dieses Anspruchs sein, sondern die Bedeutung des persönlichen Eindrucks für die Entscheidfindung.³⁴⁰ Das Recht auf persönliche Anhörung sei demnach vom (engen) Geltungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und von dem Entscheid zugrundeliegenden Sachmaterie zu lösen. Je nach Rechtsschutzinteresse, welches sich nicht auf strafrechtliche Anklagen oder die Beurteilung von *civil rights* beschränke, sei – selbst wenn die Rechtsvertretung

³³⁹ SCHINDLER, AJP 2012, S. 18 f.

³⁴⁰ WIEDERKEHR, S. 24.

einer Partei vor Gericht erscheine – ohne persönliche Anhörung der betroffenen Person u. U. kein gerechtes Urteil zu erwarten. Im Allgemeinen gelte dies dann, wenn konkrete Verhältnisse, individuelle Eigenschaften, das Verhalten oder der Charakter der betroffenen Person von Bedeutung seien oder sich sonst wie der persönliche Eindruck für die Urteilsfindung als bedeutsam erweise.³⁴¹ RUTH HERZOG warf in ihrer Dissertation sodann die Frage auf, ob sich der Ausschluss der Garantie von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch dann noch rechtfertigen liesse, wenn sich aufgrund nationaler oder internationaler Rechtsgrundlagen unmittelbar ein grundsätzlicher Anspruch auf Anwesenheit ableite und in der Folge die Ausübung politischen Ermessens nicht ausgeschlossen sei.³⁴²

¹²⁴ BERNHARD WALDMANN weist zunächst darauf hin, dass im Rahmen der Mitwirkungsrechte grundsätzlich kein Anspruch auf mündliche Stellungnahme bestehe. Das Recht auf eine angemessene Anhörung könne allerdings in Einzelfällen eine persönliche Anhörung gebieten: Dies gelte insbesondere in Fällen, in denen der Charakter oder die Persönlichkeit der betroffenen Person entscheidrelevant seien, bspw. in ausländerrechtlichen Verfahren (Ausweisung, Nickerneuerung bzw. Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung) oder in solchen Fällen, in denen der Sachverhalt eine solche Komplexität aufweise, dass die betroffenen Personen ihren Standpunkt durch eine rein schriftliche Stellungnahme nicht hinreichend zu verdeutlichen vermögen würden.³⁴³

¹²⁵ MICHELE ALBERTINI führt in seiner Dissertation sodann aus, dass wenn sich in Einzelfällen eine angemessene Äusserung nur in einer bestimmten Form ausüben lasse, eine Verfassungsverletzung vorliege, wenn die Anhörung nicht in dieser Form durchgeführt werden würde. Die Wahl der verfassungsrechtlich gebotenen Form sei von Fall zu Fall zu treffen. Es sei daher nicht von vornherein ausgeschlossen, dass bei begründeten Situationen doch ein Anspruch auf mündliche Äusserung anerkannt werden könnte. ALBERTINI weist in diesem Zusammenhang auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur damaligen Regelung im Zivilgesetzbuch betreffend Anhörung der von einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung betroffenen Person hin.³⁴⁴ Das Bundesgericht führte

³⁴¹ WIEDERKEHR, S. 25.

³⁴² Vertiefend zu den Überlegungen von HERZOG vgl. mit Rn 116.

³⁴³ WALDMANN, S. 65.

³⁴⁴ ALBERTINI, S. 338.

damals aus: «aufgrund der stark persönlichkeitsbezogenen Natur des Verfahrensgegenstandes bedarf es hierzu zweifelsohne der mündlichen oder persönlichen Anhörung des Betroffenen».³⁴⁵ Es handle sich dabei um ein gesetzlich verankertes Äusserungsrecht, welches gegenüber der verfassungsrechtlichen Praxis zur mündlichen Anhörung eine im besonderen Gegenstand des Verfahrens begründete, wesentliche Erweiterung erfahre. Trotzdem stelle sich die Frage, ob – in analoger Weise – aus verfassungsmässiger Sicht der erwähnte Gedanke allgemein bei Fallkonstellationen zum Tragen kommen könne, wo spezifisch die Persönlichkeit der betroffenen Person im Lichte der Notwendigkeit der zu treffenden Massnahmen zu beurteilen sei. Sodann habe das Bundesgericht in zwei weiteren Urteilen erwogen, dass eine persönliche Anhörung dann angebracht sei, wenn sich die massgeblichen Umstände – gerade wegen besonderer Sachlage – ausschliesslich durch eine mündliche Äusserung abklären liessen. Namentlich könne dies in Fällen zutreffen, in denen die persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person (Persönlichkeit oder Charakter) ausschlaggebend seien und es dafür wesentlich auf den unmittelbaren Eindruck ankomme, den eine Person der zuständigen Behörde vermitte. In solchen Fällen dürfe auf eine persönliche Anhörung der betroffenen Person aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verzichtet werden.³⁴⁶ ALBERTINI erachtete dies deswegen als sachgemäß, weil eine mündliche Anhörung das Verfahren unmittelbar beeinflussen könne, namentlich wo Streitfragen und Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörde und den betroffenen Personen in mündlicher Konfrontation erfahrungsgemäss leichter bereinigt werden könnten als auf dem schriftlichen Wege. Dies diene schliesslich auch der Verfahrensökonomie. Im Weiteren könne eine mündliche Anhörung geboten sein, wenn nur eine solche im konkreten Fall möglich sei, so etwa bei zeitlicher Dringlichkeit.³⁴⁷ Weiter ging ALBERTINI auf den Standpunkt ein, dass Schriftlichkeit bei bestimmten Konstellationen die angebrachte Äusserungsform darstelle, namentlich bei komplizierten Sachverhalten, wo die Argumentation eine hohe wissenschaftliche Auseinandersetzung verlange. ALBERTINI brachte hierzu vor, dass gerade die Tatsache, dass der Sachverhalt sehr kompliziert sei, bewirken könne,

³⁴⁵ BGE 117 II 132, E. 4a.

³⁴⁶ ALBERTINI, S. 338 verweist auf die unpublizierten Urteile BGer vom 22. Februar 1996, E. 3c betreffend Entzug eines kantonalen Anwaltspatentes und BGer vom 19. Mai 1998, E. 2d betreffend Befreiung vom Militärflichtersatz wegen Invalidität.

³⁴⁷ ALBERTINI, S. 338.

dass die beteiligte Person allein durch Abgabe einer schriftlichen Erklärung ihren Standpunkt nicht hinreichend deutlich machen könne und eine mündliche Anhörung geboten sein könnte.³⁴⁸

- 126 Was das Anhörungsrecht von Kindern in ausländerrechtlichen Verfahren anbelangt, äusserte sich gegenüber der diesbezüglichen Praxis des Bundesgerichts PATRICK SUTTER kritisch. So enthalte diese viele Elemente, welche mit der Garantie von Art. 12 KRK nur schwer zu vereinbaren seien: Erstens sei das Kind nicht lediglich in angemessener Weise, sondern stets anzuhören und die Meinung des Kindes angemessen zu berücksichtigen. Die Anhörung dürfe auch nicht durch antizipierte Beweiswürdigung umgangen werden. Zweitens handle es sich bei Art. 12 KRK um ein höchstpersönliches Recht. Zwar sehe Art. 12 Abs. 2 KRK vor, dass das Kind entweder unmittelbar oder durch eine Vertreterin oder eine geeignete Stelle gehört werde, wobei mit Vertreterin nur eine Kinderanwältin gemeint sei und nicht die Anwältin der Eltern oder die Eltern selbst. Würde diese Willensübereinstimmung einfach vorausgesetzt, so würde das zu einer eigenen Meinung fähige Kind in seiner Würde verletzt. Drittens sei das Kind nicht nur zu befragen, wenn es für die Entscheidfindung wesentliche Tatsachen vorbringen könne. Da es sich beim Anhörungsrecht um eine Facette der Persönlichkeitsrechte des Kindes handle, sei das Gespräch mit dem Kind mehr als eine einfache Parteibefragung oder Aussage einer Zeugin zum Zweck der Sachverhaltserstellung. Das Gespräch solle der Stellung des Kindes als Subjekt und nicht blosses Objekt des Verfahrens Rechnung tragen. Deshalb könne die Anhörung des Kindes nicht vom Bestehen von Sachverhaltslücken abhängig gemacht werden. Viertens sei nicht jedes gemäss Art. 12 KRK anzuhörende Kind in der Lage, sich schriftlich zu äussern. Die schriftliche Äusserung könne nur dann genügen, wenn sichergestellt sei, dass das geschriebene Wort für das Kind keine Barriere darstelle, um seiner eigenen Ansicht Ausdruck zu verleihen. Zudem widerspreche in der Regel die schriftliche Stellungnahme an sich schon dem für Kinder geeigneten Modell des ungezwungenen Gesprächs.³⁴⁹ ALEXANDRA RUMO-JUNGO und MARC SPESCHA weisen ebenfalls darauf hin, dass die Bedeutung der KRK-Normen in ausländerrechtlichen Verfahren immer noch vage bleibe. Insbesondere käme der An-

³⁴⁸ ALBERTINI, S. 339.

³⁴⁹ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 17–21.

hörung in Fällen nachträglicher Familiennachzüge eine zentrale Bedeutung zu. Auch sei eine solche Anhörung unerlässlich, wenn die Bindung zwischen den Eltern und dem Kind für die Entwicklung des Kindes bedeutsam sei und für die Beurteilung der allfälligen Wegweisung des Elternteils bzw. der Zumutbarkeit einer grossen räumlichen Trennung von Elternteil und Kind massgeblich erscheine. So könne doch selbst eine erhebliche Straffälligkeit eines Elternteils – jedenfalls bei günstiger Legalprognose – durch kinderrechtliche Interessen aufgewogen werden.³⁵⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Lehre die Anwendung von mehr Mündlichkeit im verwaltungsrechtlichen bzw. ausländerrechtlichen Verfahren postuliert wird. Dies insbesondere dann, wenn im Verfahren die Persönlichkeit, der Charakter, die Vertrauenswürdigkeit und/oder die Integrität der betroffenen Person zu beurteilen sind und sich diese Beurteilungen für den Ausgang des Verfahrens als massgebend erweisen. Öffentliche Verhandlungen würden darüber hinaus zur Erhöhung der Qualität der Rechtsprechung beitragen und das Vertrauen in das Rechtssystem fördern. Zudem würden sich Streitfragen und Meinungsverschiedenheiten in mündlicher Konfrontation erfahrungsgemäss leichter bereinigen lassen als auf dem schriftlichen Weg.

127

V. PRAXIS: BUND UND KANTONE

1. PRAXIS AUF BUNDESEBENE

1.1 Persönliche Anhörung bzw. (öffentliche) Verhandlung vor Bundesgericht

Eine Abfrage der Entscheiddatenbank des Bundesgerichts ergab keine Beispiele für die Durchführung einer persönlichen Anhörung bzw. einer (öffentlichen) Verhandlung im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens.³⁵¹ Dies erstaunt auch nicht weiter, so findet Art. 6 Ziff. 1 EMRK nach konstanter Rechtsprechung in ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren (noch) keine Anwendung.³⁵² Ein Anspruch auf Durchführung

128

³⁵⁰ RUMO-JUNGO/SPESCHA, AJP 2009, S. 1115.

³⁵¹ Letzte Abfrage der Datenbank am 27. Januar 2022.

³⁵² Vgl. mit BGE 137 I 128, E. 4.4.2 mit Hinweisen; vgl. ferner mit Rn 114–118.

einer öffentlichen Verhandlung lässt sich auch nicht aus Art. 57 BGG ableiten.³⁵³ Vor Bundesgericht findet eine öffentliche Parteiverhandlung gemäss Art. 57 BGG sodann nur ausnahmsweise statt.³⁵⁴ Darüber hinaus vermittelt auch Art. 29 Abs. 2 BV keinen Anspruch auf eine mündliche Anhörung.³⁵⁵

- 129 Ausnahmsweise und nicht spezifisch auf das ausländerrechtliche Verfahren bezogen kann sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Anspruch auf Anhörung ergeben, wenn die Rechtsanwendung nicht voraussehbar ist. Dies ist der Fall, wenn sich die Behörde bspw. auf Rechtsnormen oder Rechtsgründe stützen will, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie im konkreten Fall nicht rechnen konnten.³⁵⁶ Ebenso ist u. U. ein Anhörungsrecht zu gewähren, wenn die Behörde in Anwendung einer unbestimmt gehaltenen Norm oder in Ausübung eines besonders grossen Ermessensspieldurchsatzes einen Entscheid von grosser Tragweite für die betroffenen Personen fällt.³⁵⁷
- 130 Auch wenn vor Bundesgericht in ausländerrechtlichen Verfahren so gut wie keine öffentlichen Verhandlungen oder persönliche Anhörungen von betroffenen Parteien stattfinden, ergeben sich anhand der Urteile des Bundesgerichts, welche sich mit dieser Thematik befassen, zumindest Anhaltspunkte, Leitlinien oder gar Kriterien für Vorinstanzen, unter welchen Umständen eine Verhandlung oder eine Anhörung der betroffenen Personen anzutreten ist bzw. für Rechtssuchende, unter welchen Voraussetzungen mit einem solchen Antrag durchzudringen ist. Solche Beispiele werden im Folgenden beleuchtet.
- 131 Eine Behörde oder ein Gericht verzichtet bspw. in antizipierter Beweiswürdigung auf eine mündliche Anhörung bzw. Verhandlung, da hiervon keine weitergehende Erhellung

³⁵³ Vgl. mit Rn 58.

³⁵⁴ Vgl. mit Urteil BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016, E. 1; 2C_13/2014 vom 13. April 2015, E. 4.

³⁵⁵ Vgl. mit Rn 50; vgl. mit BGE 134 I 140 E. 5.3; 130 II 425 E. 2.1.

³⁵⁶ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 530; BGE 131 V 9, E. 5.4.1.

³⁵⁷ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz 530; BGE 128 V 272, E. 5b/dd.

des Sachverhalts zu erwarten sei und sich die betroffene Person zudem mit schriftlichen Eingaben genügend zur Angelegenheit habe äussern können.³⁵⁸ Mit anderen Worten liegt es an der betroffenen Person bzw. ihrer allfälligen Rechtsvertretung, anhand konkreter Anhaltspunkte darzulegen, inwiefern eine persönliche Anhörung bzw. eine mündliche Verhandlung massgebend zur Sachverhaltsabklärung beiträgt. Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung bzw. einer persönlichen Anhörung ist substantiiert zu begründen. Wobei konkret darauf einzugehen ist, inwieweit sich der bisher festgestellte Sachverhalt als unvollständig erweisen soll, welche rechtserheblichen Fragen und massgebenden Umstände der (näheren) Abklärung bedürfen und weshalb dies nur mittels Anhörung bzw. Verhandlung erfolgen kann.

Weiter ergab die Recherche Urteile, in welchen das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Sachverhaltsabklärung zurückgewiesen hat und dabei auf die Durchführung einer persönlichen Anhörung hinwies. In einem Fall ging es um Aufenthaltsanspruch in Anwendung von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Schutz des Familienlebens), wobei sich die Intensität der affektiven Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen in der Schweiz lebenden Kindern als von erheblicher Bedeutung erwies, diese von der Vorinstanz allerdings unzureichend abgeklärt worden war. Das Bundesgericht hielt fest, das Verwaltungsgericht habe durch Befragung der Kindsmutter und, soweit sich eine solche als unmöglich oder unergiebig erweisen sollte, durch weitere Beweiserhebungen abzuklären, ob die Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen Kindern derart eng und intensiv sei, dass sich daraus ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ergeben würde.³⁵⁹ In einem weiteren Fall ging es um die Frage, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt, welcher einem Familiennachzug entgegenstehe. Der Beschwerdeführer war mit einer Schweizer Staatsangehörigen verheiratet gewesen und war später eingebürgert worden. Nachdem diese Ehe geschieden worden war, heiratete der Beschwerdeführer erneut seine erste, aus seiner Heimat stammenden, Ehefrau und

132

³⁵⁸ Vgl. mit Urteil BGer 2C_163/2020 vom 14. Mai 2020, E. 3.4 f.; 2C_432/2013 vom 16. Mai 2013, E. 2.3; 2C_108/2014 vom 15. September 2014, E. 2.1; vgl. ferner mit Urteil BGer 2C_578/2009 vom 23. Februar 2010, E. 2.3.

³⁵⁹ BGer 2A.82/2000 vom 26. Juni 2000, E. 7.

ersuchte um ihren Nachzug in die Schweiz. Das Bundesgericht erachtete es zur Beurteilung der Sache für wesentlich, wie sich das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seiner im Heimatland verbliebenen Ehefrau während seiner Anwesenheit in der Schweiz und insbesondere während der Ehe mit seiner Schweizer Ehefrau ausgestaltet habe. Hierzu habe sich den Akten nichts entnehmen lassen. Das Bundesgericht führte aus, die Vorinstanz habe etwa durch eine formelle Parteibefragung, durch Anhörung der früheren schweizerischen Ehegattin, durch zusätzliche Erhebungen über Vertrauenspersonen durch die Schweizer Botschaft und Weiteres die offenen Fragen abzuklären, bevor die Frage des Rechtsmissbrauchs definitiv beurteilt werden könne.³⁶⁰ Das Bundesgericht hatte sodann einen nachträglichen Familiennachzug zweier Kinder zu beurteilen und kam zum Schluss, dass die von den Beschwerdeführenden eingereichten Belege die Betreuungsmöglichkeiten der Kinder im Heimatland in einem fragwürdigen Licht erschienen liessen. Unter diesen wenig geklärten Umständen sei es unabdingbar, die Kinder persönlich zu ihren Lebensverhältnissen in der Heimat und in der Schweiz anzuhören, um feststellen zu können, auf welche Weise das Kindswohl besser gewahrt werde. Zur Vornahme einer solchen Anhörung wies das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück.³⁶¹ In einem weiteren Fall ging es um die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe. Zu beurteilen war, ob aufgrund dessen, dass die Beschwerdeführerin vorbrachte, Opfer ehelicher Gewalt geworden zu sein, wichtige persönlicher Gründe vorlagen, welche einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machten. Das Bundesgericht kam zum Schluss, die Vorinstanz habe aufgrund der aktenkundigen Elemente jedenfalls nicht ohne weitere Abklärungen annehmen können, dass die Beschwerdeführerin keine relevante, systematische und andauernde Misshandlung erlebt habe. Hiervon könne auch nicht basierend auf die Einstellung des Strafverfahrens, welches anderen Zwecken diene, ausgegangen werden. Vielmehr sei es in solchen Fällen erforderlich, die betroffene Beschwerdeführerin persönlich anzuhören.³⁶²

³⁶⁰ BGer 2A.69/2001 vom 29. Juni 2001, E. 4b/cc.

³⁶¹ BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015, E. 6.7.4.

³⁶² BGer 2C_1024/2019 vom 27. August 2020, E. 5.8.

1.2 Persönliche Anhörung bzw. (öffentliche) Verhandlung vor Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht stellt ebenfalls eine digitale Entscheiddatenbank zur Verfügung. Die Recherche nach Beispielen für die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung bzw. einer persönlichen Anhörung im Rahmen ausländerrechtlicher Verfahren blieb auch hier erfolglos.³⁶³ Dies erstaunt ebenfalls nicht weiter, ist doch das Verwaltungsrechtspflegeverfahren vom Grundsatz der Schriftlichkeit geprägt und es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf eine mündliche Anhörung.³⁶⁴

Auch das Bundesverwaltungsgericht sieht sodann von einer beantragten Beweisvorkehr, wie bspw. die Durchführung einer Verhandlung oder einer persönlichen Anhörung, in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs ab. Dies, wenn sich der entscheidrelevante Sachverhalt in hinreichender Weise aus den Akten erschliessen lasse, die beschwerdeführende Person vor Erlass der angefochtenen Verfügung und während des Rechtsmittelverfahrens Gelegenheit erhalten habe, sich zur Angelegenheit zu äussern und ihren Standpunkt mithin umfassend habe darlegen können und von der beantragten Beweisvorkehr nichts wesentlich Neues zu erwarten sei.³⁶⁵ Mit anderen Worten ist auch vor Bundesverwaltungsgericht substantiiert darzulegen, inwieweit von einer persönlichen Anhörung oder einer mündlichen Verhandlung für den rechtserheblichen Sachverhalt massgebende Erkenntnisse zu erwarten sind.³⁶⁶ Hierbei stützt sich das Bundesverwaltungsgericht mithin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.³⁶⁷

³⁶³ 133³⁶⁴ 134

³⁶³ Letzte Konsultation der Entscheiddatenbank des Bundesverwaltungsgerichts erfolgte am 27. Januar 2022.

³⁶⁴ Vgl. mit Rn 95 f.; vgl. mit Urteil BVGer F-7201/2016 vom 18. Juni 2018, E. 3.1.

³⁶⁵ Vgl. mit Urteil BVGer F-7201/2016 vom 18. Juni 2018, E. 3.3; F-611/2017 vom 22. Februar 2019, E. 4.3.

³⁶⁶ Vgl. mit Rn 131.

³⁶⁷ Vgl. mit Urteil BVGer F-7201/2016 vom 18. Juni 2018, E. 3.3 mit Hinweis auf Urteil BGE 141 I 60 E. 3.3; BVGer F-5392/2018 vom 18. August 2020, E. 4 mit Hinweis auf Urteile BGE 134 I 140, E. 5.3 und 141 I 60, E. 3.3.

2. PRAXIS DER PERSÖNLICHEN ANHÖRUNG BZW. (ÖFFENTLICHEN) VERHANDLUNG AUF KANTONALER EBENE

- 135 Im Folgenden steht die kantonale Praxis auf verwaltungsgerichtlicher Stufe im Fokus. Die Recherche anhand Konsultation der digitalen Entscheiddatenbanken der jeweiligen kantonalen verwaltungsgerichtlichen Instanzen ergab, dass einige Kantone eine persönliche Anhörung der betroffenen ausländischen Person bzw. eine (öffentliche) Verhandlung im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens durchführen.³⁶⁸ In insgesamt zehn Kantonen führte die Recherche zu keinen Resultaten.³⁶⁹ Für die Kantone NE, SG, SZ und TG ergab die Recherche nur Beispiele für den Verzicht der Anordnung einer persönlichen Anhörung bzw. für die Ablehnung einer (öffentlichen) Verhandlung.³⁷⁰ Demzufolge liessen sich für insgesamt zwölf Kantone Beispiele für die Anordnung einer Verhandlung bzw. einer persönlichen Anhörung der betroffenen ausländischen Person im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens finden.³⁷¹

2.1 Verwaltungsgericht des Kantons AG

- 136 Bei der Beurteilung, ob die Aufenthaltsbewilligungen einer Mutter, nach gescheiterter ehelicher Beziehung, und ihrer zwei Söhne aufgrund wichtiger persönlicher Gründe, die einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen, verlängert werden sollten, wurde zumindest der jüngere und damals 14-jährige Sohn gerichtlich befragt. Anlässlich dieser Befragung konnte er sich insbesondere zur Beziehung zu seiner Mutter und dem Bedarf an ihrer Unterstützung äussern.³⁷²

³⁶⁸ Letzte Konsultation der einzelnen kantonalen Entscheiddatenbanken erfolgte am 6. Januar 2022.

³⁶⁹ Es handelt sich um die Kantone AI, FR, LU, NW, OW, SH, TI, UR, VS und ZG.

³⁷⁰ Beispiele: Entscheid des Kantonsgerichts NE CDP.2019.23 vom 10. Januar 2020; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons SG B 2018/208 vom 24. Januar 2019; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons SZ III 2018 70 vom 17. Oktober 2018; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons TG VG.2015.27/E vom 16. September 2015.

³⁷¹ Kantone AG, AR, BE, BL, BS, GE, GL, GR, JU, SO, VD und ZH.

³⁷² Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht (heute: Verwaltungsgericht des Kantons AG) 1-BE.2011.12 vom 9. Juni 2011 (AGVE-2011-88).

Das Verwaltungsgericht hatte sodann einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung infolge Straffälligkeit zu beurteilen und führte hierzu unter anderem eine Parteibefragung durch, anlässlich welcher die betroffene Partei ihren Reifeprozess, in dessen Verlauf sie ihr Leben neu ausgerichtet hatte, mündlich darlegen konnte.³⁷³

In einem weiteren Fall ordnete das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit einem Widerruf der Niederlassungsbewilligung infolge Schuldenwirtschaft und Straffälligkeit verschiedene Beweismassnahmen an und führte eine Verhandlung, u. a. mit Parteibefragung, durch. Dabei ging es vor allem um die Klärung, wer die Verfügung des Amtes für Migration und Integration denn tatsächlich entgegengenommen und den Rückschein unterschrieben hatte.³⁷⁴

2.2 Obergericht des Kantons AR

Bei der Beurteilung, ob die Aufenthaltsbewilligungen der Beschwerdeführenden (Mutter und ein erwachsener Sohn) nach Auflösung der Ehegemeinschaft aufgrund persönlicher wichtiger Gründe bzw. im Rahmen eines umgekehrten Familiennachzugs – beide Beschwerdeführende haben je ein Kind mit Schweizer Bürgerrecht – zu verlängern waren, ordnete das Obergericht eine mündliche Verhandlung an. Im Fokus standen die jeweiligen Beziehungen der beschwerdeführenden Personen zu ihren (noch) minderjährigen in der Schweiz lebenden Kindern.³⁷⁵

Das Obergericht hatte sich in einem anderen Fall mit einem nachehelichen Härtefall auseinanderzusetzen und führte hierzu eine von der beschwerdeführenden Person beantragte mündliche Verhandlung durch.³⁷⁶ Die Beschwerdeführerin machte u. a. psychische Gewalt durch ihre damalige Schwiegermutter (Überwachung, Vorwürfe

137

138

139

140

³⁷³ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons AG WBE.2011.1072 vom 20. September 2013 (AGVE-2013-28).

³⁷⁴ Vgl. mit Urteil BGer 2C_710/2020 vom 11. März 2021, in welchem über die Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons AG WBE.2020.135 vom 30. Juni 2020 geurteilt wurde.

³⁷⁵ Urteil des Obergerichts des Kantons AR O4V 16 7 vom 26. Januar 2017.

³⁷⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons AR O4V 18 32 vom 4. Juli 2019.

usw.) geltend.³⁷⁷ Im Urteil finden sich hierzu zwar keine konkreten Angaben, es ist allerdings davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin sich insbesondere zu der von ihr geltend gemachten erlebten psychischen Gewalt äussern konnte.

2.3 Verwaltungsgericht des Kantons BE

- ¹⁴¹ Bei der Beurteilung eines Widerrufs der Niederlassungsbewilligung aufgrund von Straffälligkeit ordnete das Verwaltungsgericht eine Instruktionsverhandlung, u. a. mit Parteibefragung, an. Die Beschwerdeführerin machte vor allem geltend, aufgrund ihrer physischen und psychischen Beeinträchtigungen dauernd auf Betreuung und Überwachung angewiesen zu sein. Anlässlich der Instruktionsverhandlung stellte das Verwaltungsgericht fest, die Beschwerdeführerin habe den Eindruck vermittelt, ihr sei durchaus bewusst gewesen, dass die Gerichtsverhandlung auch im Zusammenhang mit ihrer strafrechtlichen Verurteilung stehe. Ihr Stummbleiben bei Fragen sei sodann nicht auf Verständigungsprobleme zurückzuführen, sondern sei beabsichtigt erschienen. Aus der Befragung entlassen, habe sie denn auch vitalisiert und entspannt gewirkt.³⁷⁸
- ¹⁴² Das Verwaltungsgericht hatte in einem anderen Fall einen Familiennachzug zur Schweizer Ehegattin zu beurteilen, wobei Indizien für eine Scheinehe vorlagen. Es wurde eine Instruktionsverhandlung angeordnet, an welcher sich die Beschwerdeführerin zur Beziehung zu ihrem Ehegatten und dessen familiären Verhältnissen äussern konnte.³⁷⁹
- ¹⁴³ In einem weiteren Fall hatte das Verwaltungsgericht einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung infolge Straffälligkeit zu beurteilen und ordnete hierfür eine Instruktionsverhandlung, u. a. mit Parteibefragung, an. Anlässlich dieser Verhandlung stellte das Verwaltungsgericht fest, der Beschwerdeführer habe glaubhaft dargelegt, dass er sich von einem früheren sozialen Umfeld distanzieren konnte. Das Gericht erachtete es aufgrund des an der Verhandlung gewonnenen persönlichen Eindrucks auch als glaubhaft,

³⁷⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons AR 04V 18 32 vom 4. Juli 2019, E. 4.3.

³⁷⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons BE Nr. 100.2016.173U vom 31. Oktober 2017, E. 3.4.5.

³⁷⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons BE Nr. 100.2017.349U vom 13. September 2018, E. 4.7.

dass der Beschwerdeführer inzwischen gereift und ernsthaft bemüht sei, ein geordnetes Leben zu führen und sich künftig rechtskonform zu verhalten.³⁸⁰

Das Verwaltungsgericht hatte einen umgekehrten Familiennachzug des Ehemannes und Kindsvaters zu beurteilen und führte hierzu eine Instruktionsverhandlung durch, wobei die Beschwerdeführerin (Ehefrau und Kindsmutter) als Partei einvernommen wurde. Das Gericht erachtete die von der Beschwerdeführerin anlässlich der Verhandlung gemachten Aussagen, der Kindsvater helfe bei der Kinderbetreuung und im Haushalt mit, wenn er in der Schweiz anwesend sei, als glaubhaft.³⁸¹

144

2.4 Kantonsgericht BL

Bei der Beurteilung einer Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehegemeinschaft ordnete das Kantonsgericht im zweiten Rechtsgang eine Parteiverhandlung an und nahm dabei eine Parteibefragung vor. Der Beschwerdeführer konnte dabei seine damaligen schriftlichen Ausführungen mündlich bestätigen, dass er den Kontakt zu seiner Ehefrau während seiner Landesabwesenheit über Skype, Telefon oder auch Textnachrichten aufrechterhalten habe und sie beinahe täglich in Kontakt gestanden hätten. Der Ehewillie sei somit nicht erloschen. Anlässlich der Parteiverhandlung konnten diese Angaben des Beschwerdeführers von seiner Ex-Ehefrau und deren Mutter bestätigt werden.³⁸²

145

In einem weiteren Fall hatte das Kantonsgericht eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung infolge Schuldenwirtschaft und Sozialhilfeabhängigkeit zu beurteilen. Es führte hierzu eine Parteiverhandlung durch, an welcher sich die Beschwerdeführerin zu ihrer gesundheitlichen Situation, ihren Bemühungen zur Erlangung einer wirtschaftlichen Eigenversorgungskapazität und insbesondere zu ihrer hiesigen sozialen Integration bzw. ihrem fehlenden Bezug zum Heimatland äussern konnte.³⁸³

146

³⁸⁰ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons BE Nr. 100.2018.289U vom 4. Mai 2020, E. 4.4.4 f.

³⁸¹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons BE Nr. 100.2020.133U vom 27. Mai 2021, E. 5.5.1.

³⁸² Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 19 248 vom 15. Januar 2020, E. 3.2.

³⁸³ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 18 33 vom 29. Januar 2020, E. 4.2.2, 4.5, 6.4.3, 6.6 und 7.1.

- 147 Das Kantonsgericht hatte in einem weiteren Fall zu beurteilen, ob die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin infolge Schuldenswirtschaft und Sozialhilfeabhängigkeit nicht zu verlängern war und ordnete eine Parteiverhandlung an. Anlässlich dieser Verhandlung konnte sich die Beschwerdeführerin zu ihren Wohnverhältnissen, ihrer sozialen Integration und den beruflichen Bestrebungen äussern. Anlässlich der Verhandlung stellte das Kantonsgericht sodann fest, dass die Deutschkenntnisse – entgegen der geltend gemachten, guten sprachlichen Integration und angesichts eines hiesigen Aufenthalts von 20 Jahren – als äusserst begrenzt zu bezeichnen seien.³⁸⁴
- 148 Bei der Beurteilung einer Rückstufung, also ob die Niederlassungsbewilligung zu widerufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung infolge Nichterfüllen von Integrationskriterien zu ersetzen sei, führte das Kantonsgericht eine Parteiverhandlung mit Parteibefragung durch.³⁸⁵ Das Kantonsgericht wies die Sache schliesslich an das Amt für Migration und Bürgerrecht zurück, da diese keine Prüfung der Voraussetzungen einer Rückstufung vorgenommen habe.³⁸⁶ Daher lassen sich dem Urteil keine Angaben zum Inhalt der Parteibefragung entnehmen.
- 149 In einem anderen Fall hatte das Kantonsgericht einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung infolge Sozialhilfeabhängigkeit zu beurteilen und führte hierzu eine Parteiverhandlung durch, anlässlich derer sich die beschwerdeführende Person zu ihrer gesundheitlichen Situation, den hiesigen sozialen Kontakten und den familiären Beziehungen äussern konnte.³⁸⁷ Das Gericht stellte anlässlich der Parteiverhandlung fest, dass trotz eines 18-jährigen Aufenthalts in der Schweiz der Beschwerdeführer praktisch kein Deutsch spreche. Auch hätten sich Widersprüche gezeigt, da der Beschwerdeführer zunächst angegeben habe, keinen Kontakt zu seinen in der Heimat lebenden, mittlerweile erwachsenen Kindern und seiner Mutter zu pflegen, er aber zu einem späteren

³⁸⁴ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 19 226 vom 12. Februar 2020, E. 4.2.2, 4.5.2, 5.2.2 und 5.4.

³⁸⁵ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 19 335 vom 10. Juni 2020, Sachverhaltsabschnitt H.

³⁸⁶ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 19 335 vom 10. Juni 2020, E. 4.2.

³⁸⁷ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 16 295 vom 8. Juli 2020, E. 4.2.3 und 5.4.

Zeitpunkt dann zu Protokoll gab, seine Mutter und seinen Sohn anlässlich der letzten Ferien in seiner Heimat besucht zu haben.³⁸⁸

Zur Beurteilung eines Widerrufs der Niederlassungsbewilligung infolge Straffälligkeit ordnete das Kantonsgericht eine Parteiverhandlung an, anlässlich welcher sich der Beschwerdeführer insbesondere zum Sozialhilfebezug bzw. der diesbezüglich getätigten Rückzahlungen äussern konnte.³⁸⁹

In einem zweiten Rechtsgang hatte das Kantonsgericht über einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung infolge Straffälligkeit zu urteilen und führte hierzu eine Parteiverhandlung durch. Neben der Parteibefragung wurden auch Familienmitglieder, die Kindsmutter und Ex-Partnerin des Beschwerdeführers sowie seine Beistandin an der Verhandlung insbesondere zur gesundheitlichen Verfassung des Beschwerdeführers und den gelebten (Wohn-)Verhältnissen befragt. Anlässlich der Parteibefragung konnte sich der Beschwerdeführer zu seiner Wohnsituation, seinem Alltag, dem Kontakt zu seinen Kindern, den sprachlichen Fähigkeiten und der bisherigen Straffälligkeit äussern.³⁹⁰

Im Rahmen der Beurteilung eines Widerrufs der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA infolge Straffälligkeit ordnete das Kantonsgericht eine Parteiverhandlung an und nahm u. a. eine Parteibefragung vor. Dabei konnte sich der Beschwerdeführer insbesondere zu seiner Arbeitstätigkeit seit Haftentlassung und seinem stabilen Umfeld äussern. Gemäss den Ausführungen des Gerichts habe sich die positive Lebensentwicklung des Beschwerdeführers an der Parteiverhandlung nochmals deutlich gezeigt.³⁹¹

Das Kantonsgericht hatte sodann eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Eheauflösung zu beurteilen, wobei der Beschwerdeführer eine politische Verfolgung im Heimatland geltend machte. Das Gericht lud zu einer Parteiverhandlung vor. Dabei konnte der Beschwerdeführer die vorgefallenen Geschehnisse im Heimatland mündlich beschreiben und seine Befürchtungen, was er bei einer Rückkehr zu erwarten habe, mündlich begründen. Das Gericht erachtete die Schilderungen als glaubhaft

³⁸⁸ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 16 295 vom 8. Juli 2020, E. 6.6.

³⁸⁹ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 20 17 vom 12. August 2020, E. 5.5.3.

³⁹⁰ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 19 152 vom 26. August 2020, E. 2.5.2–2.5.6.

³⁹¹ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 19 179 vom 23. September 2020, E. 6.2.6 und 6.2.8.

sowie widerspruchsfrei und diese würden in entscheidenden Gesichtspunkten durch die eingereichten Belege gestützt.³⁹²

- 154 Zur Beurteilung eines Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA infolge Auflösung der ehelichen Gemeinschaft ordnete das Kantonsgericht eine Parteiverhandlung an. Es war fraglich, wie lange die Ehe dauerte, zumal der Beschwerdeführer während der angeblich intakten Ehe eine aussereheliche Beziehung eingegangen war, aus welcher zwei Kinder entsprungen. An der gerichtlichen Befragung konnte der Beschwerdeführer allerdings keine schlüssigen Angaben zur fraglichen ausserehelichen Beziehung und deren Zeitpunkt und Dauer machen. Das Gericht erachtete es folglich als zweifelhaft und wenig plausibel, dass es sich lediglich um einen Seitensprung gehandelt haben soll.³⁹³
- 155 Das Kantonsgericht hatte eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung infolge Straffälligkeit zu beurteilen und ordnete hierzu, wie beantragt, eine Parteiverhandlung an, anlässlich derer sich der Beschwerdeführer zu seiner aktuellen beruflichen Situation, seinen familiären Verhältnissen und dem geltend gemachten Entwicklungs- und Reifeprozess äussern konnte.³⁹⁴

2.5 Appellationsgericht des Kantons BS

- 156 Das Appellationsgericht ordnete im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Härtefallbewilligung bzw. eines Gesuchs um Familiennachzug eine Verhandlung mit Anhörung der rekurrierenden Parteien an, da der persönliche Eindruck der rekurrierenden Personen sowie die aktuelle Situation, insbesondere in Bezug auf die Kinderbetreuung, für den Verfahrensausgang von entscheidender Bedeutung sei.³⁹⁵
- 157 In einem weiteren Fall betreffend nachträglichen Familiennachzugs führte das Appellationsgericht ebenfalls eine Gerichtsverhandlung mit Parteibefragung durch. Anlässlich der Verhandlung habe der Rekurrent deutlich machen können, dass er

³⁹² Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 20 91 vom 21. Oktober 2020, E. 4.2 f. und 5.1.

³⁹³ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 20 117 vom 11. November 2020, E. 5.8.3 f.

³⁹⁴ Entscheid des Kantonsgerichts BL 810 120 156 vom 12. Mai 2021, E. 5.2 und 6.2.

³⁹⁵ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons BS als Verwaltungsgericht VD.2019.14 und VD.2019.15 vom 22. Januar 2020, E. 1.5 m. w. H.

sich in der Schweiz zuhause fühle, hier verwurzelt sei und auch in der deutschen Sprache denke und spreche. Das Gericht hielt es daher für kaum zumutbar, wenn der Rekurrent, welcher seit der Kindheit in der Schweiz wohne und hier einer guten Arbeit nachgehe, zurück in seine Heimat gehen müsse, um dort mit seinen Kindern zusammen zu leben.³⁹⁶

2.6 Kanton GE

a Verwaltungsgericht erster Instanz des Kantons GE

Das Verwaltungsgericht hatte über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Härtefallbewilligung) zu urteilen. Es nahm hierzu u. a. eine Befragung der betroffenen Person vor, welche über die Umstände, wie es zu ihrem langjährigen illegalen Aufenthalt in der Schweiz kam und den Verhältnissen und Erfahrungen während ihrer Kindheit in ihrem Heimatland berichten konnte. Dabei stellte das Gericht u. a. tiefe Emotionen der betroffenen Person fest, welche zu den getätigten Aussagen passten und schliesslich als glaubhaft erachtet wurden.³⁹⁷

158

In einem weiteren Fall hatte das Verwaltungsgericht über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Zusammenhang mit dem Projekt Operation Papyrus zu urteilen und hörte hierzu u. a. die betroffene Person mündlich an. Die betroffene Person konnte dabei konkrete Angaben und Ausführungen zum geltend gemachten Aufenthalt in der Schweiz machen.³⁹⁸

159

b Kantonsgericht GE

Das Kantonsgericht setzte im Zusammenhang mit der Beurteilung, ob der Beschwerdeführerin eine Aufenthaltsbewilligung (Härtefallbewilligung) zu erteilen war, eine

160

³⁹⁶ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons BS als Verwaltungsgericht VD.2019.243 vom 5. November 2020, E. 5.3.4.

³⁹⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts erster Instanz des Kantons GE JTAPI/671/2021 vom 30. Juni 2021, Sachverhalt Nr. 6 und E. 17.

³⁹⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts erster Instanz des Kantons GE JTAPI/713/2021 vom 13. Juli 2021, Sachverhalt Nr. 21.

persönliche Anhörung an. Anlässlich der Anhörung machte die Beschwerdeführerin Aussagen zu ihrem langjährigen Aufenthalt in der Schweiz, ihrer beruflichen Tätigkeit und den diesbezüglichen Plänen, ihrer gesundheitlichen Verfassung, der familiären Situation in ihrem Heimatland und ihren hiesigen sozialen Beziehungen.³⁹⁹

- 161 Zur Beurteilung, ob der Beschwerdeführerin eine Härtefallbewilligung zu erteilen war, führte das Kantonsgericht eine Anhörung durch, anlässlich derer die Beschwerdeführerin zu ihrem bisherigen langjährigen Aufenthalt in der Schweiz, ihrer beruflichen Tätigkeit und den familiären Beziehungen Auskunft geben konnte. Dabei konnte das Gericht u. a. feststellen, dass ihre sprachlichen Fähigkeiten angesichts der hiesigen Aufenthaltsdauer als rudimentär zu erachten waren.⁴⁰⁰
- 162 Das Kantonsgericht hatte über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Härtefallbewilligung) zu urteilen und ordnete hierzu eine persönliche Anhörung der Beschwerdeführenden an, welche sich zu ihrer aktuellen beruflichen Situation in der Schweiz, ihren Zukunftsplänen und den zu erwartenden Umständen bei einer Rückkehr in ihre Heimat äussern konnten.⁴⁰¹
- 163 Bei der Beurteilung der Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung (Härtefallbewilligung), welche ursprünglich zu Studienzwecken erteilt wurde, ordnete das Kantonsgericht eine Anhörung an. Anlässlich dieser Anhörung konnte die Beschwerdeführerin zur problematischen Beziehung zu ihrem (Noch-)Ehemann, ihrer beruflichen Situation und der intensiven Unterstützung durch ihren in der Schweiz lebenden Sohn Stellung nehmen. Das Gericht erachtete ihre Aussagen, insbesondere bezüglich des gewalttätigen Ehemannes, als glaubhaft.⁴⁰²

³⁹⁹ Urteil des Kantonsgerichts GE ATA/587/2021 vom 2. Juni 2021, Sachverhalt Nr. 30 und E. 3f.

⁴⁰⁰ Urteil des Kantonsgerichts GE ATA/950/2021 vom 14. September 2021, Sachverhalt Nr. 17 und E. 2d.

⁴⁰¹ Urteil des Kantonsgerichts GE ATA/1004/2021 vom 28. September 2021, Sachverhalt Nr. 19.

⁴⁰² Urteil des Kantonsgerichts GE ATA/1099/2021 vom 19. Oktober 2021, Sachverhalt Nr. 25 und E. 3.

2.7 Verwaltungsgericht des Kantons GL

Das Verwaltungsgericht hatte eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wegen wichtigen persönlichen Gründen nach Auflösung der Ehegemeinschaft zu beurteilen und führte hierzu eine mündliche Verhandlung mit Parteieinvernahme durch. Die Beschwerdeführerin konnte die erlittene physische und psychische Gewalt während der Ehe schildern und vom Gericht wurden diese schliesslich als glaubhaft erachtet.⁴⁰³

164

2.8 Verwaltungsgericht des Kantons GR

Das Verwaltungsgericht hatte eine Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung infolge Straffälligkeit zu beurteilen und führte hierzu, wie vom Beschwerdeführer beantragt, eine Hauptverhandlung mit gerichtlicher Befragung des Beschwerdeführers durch.⁴⁰⁴ Aus dem Urteil geht sodann hervor, dass insbesondere dem Kindeswohl Rechnung zu tragen sei. Der Beschwerdeführer kümmere sich seit seiner Abstinenz intensiv um seine Familie und den Kindern sei es im Übrigen auch nicht zumutbar, ihrem Vater in dessen ihnen gänzlich unbekannten Heimat zu folgen.⁴⁰⁵

165

2.9 Verwaltungsgericht des Kantons JU

Das Verwaltungsgericht hatte ein Familiennachzug zu beurteilen und führte hierzu eine Verhandlung durch, anlässlich welcher sich die beiden Beschwerdeführer insbesondere zu den Umständen, welche zu einer verspäteten Gesuchstellung führten, äussern und die bisherige sowie aktuelle Betreuungssituation des nachzuziehenden vorehelichen Kindes der Beschwerdeführerin beschreiben konnten.⁴⁰⁶

166

Bei der Beurteilung eines Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung infolge Auflösung der ehelichen Gemeinschaft ordnete das Verwaltungsgericht eine Instruktionsverhandlung,

167

⁴⁰³ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons GL VG.2019.00135 vom 29. Mai 2020, E. 6.2 f.

⁴⁰⁴ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons GR U 08 91 vom 11. Dezember 2009, Sachverhalt Nr. 4.

⁴⁰⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons GR U 08 91 vom 11. Dezember 2009, E. 3.

⁴⁰⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons JU ADM 49/2020 vom 8. Oktober 2020, E. 4.6.1 f.

u. a. mit Parteibefragung, an. Dabei konnte die Beschwerdeführerin konkret schildern, dass die eheliche Gemeinschaft trotz Einleitung eines Eheschutzverfahrens noch weiterhin bestand. Auch konnte das Gericht anlässlich der Anhörung die guten sprachlichen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin feststellen.⁴⁰⁷

2.10 Verwaltungsgericht des Kantons SO

- 168 Zur Beurteilung eines Gesuchs um Familiennachzug hörte das Verwaltungsgericht die damals 14-jährige Beschwerdeführerin an. Anlässlich dieser Anhörung wurde die Beschwerdeführerin zur Betreuungssituation in ihrer Heimat und den aktuellen Verhältnissen in der Schweiz (Familie, Schule, Sprache) befragt.⁴⁰⁸

2.11 Kantonsgericht VD

- 169 Das Kantonsgericht hatte einen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft zu beurteilen und führte hierzu eine Verhandlung durch, wobei mehrere Personen befragt wurden. Der Beschwerdeführer konnte sich mündlich äussern und insbesondere Angaben zur Dauer und Trennung der ehelichen Gemeinschaft machen und dabei auch zu den Aussagen seiner damaligen Ehefrau, welche teilweise im Widerspruch zu seinen Angaben standen, Stellung beziehen.⁴⁰⁹

- 170 Bei der Beurteilung, ob dem kroatischen Beschwerdeführer, welcher seit 2005 ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz arbeitstätig war, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen war, führte das Kantonsgericht eine persönliche Anhörung durch. Anlässlich der Anhörung konnte sich der Beschwerdeführer insbesondere zur Beziehung zu seinen Kindern und zu seinem Bezug zum Heimatland äussern.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons JU ADM 17/2021 und AJ 18/2021 vom 28. Juni 2021, E. 4.2.2 und 5.3.

⁴⁰⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons SO VWBES.2020.118 vom 10. September 2020, E. 5.3.

⁴⁰⁹ Urteil des Kantonsgerichts VD PE.2019.0145 vom 23. Juni 2021, Sachverhaltsabschnitt E.

⁴¹⁰ Urteil des Kantonsgerichts VD PE.2020.0085 vom 12. August 2021, Sachverhaltsabschnitt G.

2.12 Verwaltungsgericht des Kantons ZH

Das Verwaltungsgericht führte im Zusammenhang eines umgekehrten Familiennachzugs nach Rückweisung der Sache und ausdrücklicher Anweisung durch das Bundesgericht eine Kindesanhörung mit dem 2008 geborenen Sohn der Beschwerdeführerin durch.¹⁷¹ Das Bundesgericht war der Ansicht, dass in der vorliegenden Konstellation nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich die Interessen der Beschwerdeführerin mit denjenigen ihres Sohnes decken würden. Es müsse ihm deshalb möglich sein, seinen Standpunkt zum Verhältnis zu seinen Eltern einzubringen. Anlässlich der Kindesanhörung konnte sich der Sohn zur Beziehung zu seinem Vater, seiner Stiefmutter und seinen Stiefgeschwistern äussern und den Kontakt zu seiner Mutter samt ihren Besuchen bzw. seiner Ferienaufenthalte bei ihr beschreiben.⁴¹¹

Zur Beurteilung eines Anspruchs auf Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, gestützt auf die Beziehung zu einem Schweizer Kind, ordnete das Verwaltungsgericht im zweiten Rechtsgang u. a. eine persönliche Anhörung des Beschwerdeführers an. Dabei konnte sich der Beschwerdeführer insbesondere zur Beziehungsintensität zu seinem Sohn und der aktuell gelebten Betreuungssituation äussern.⁴¹²

3. WESENTLICHE ERKENNTNISSE AUS DER PRAXIS DER PERSÖNLICHEN ANHÖRUNG BZW. (ÖFFENTLICHEN) VERHANDLUNG

Weder für Verfahren vor Bundesgericht noch vor Bundesverwaltungsgericht konnten Beispiele gefunden werden, in welchen eine (öffentliche) Verhandlung oder eine persönliche Anhörung im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren durchgeführt wurden.⁴¹³ Allerdings wies das Bundesgericht in folgenden Fallkonstellationen die Sache zur Anhörung der betroffenen Partei an die Vorinstanz zurück; das Bundesgericht kann letztlich alle Kanton verpflichten, bei gegebener Sachlage Anhörungen durchzuführen: Als die Intensität der affektiven Beziehung zwischen einem Elternteil

⁴¹¹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons ZH VB.2020.00684 vom 4. Februar 2021, E. 2.1 f.

⁴¹² Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons ZH VB.2020.00361 vom 7. Juli 2021, E. 3.2.

⁴¹³ Vgl. mit Rn 128 und 133.

und seinem Kind für den Verfahrensausgang von erheblicher Bedeutung war und nur unzureichend abgeklärt wurde; als es um einen Nachzug der Ehefrau ging, welche der Beschwerdeführer erneut geheiratet hatte, nachdem die Ehe zu einer Schweizer Staatsangehörigen geschieden worden war und er in der Schweiz eingebürgert wurde und in der Folge zu klären war, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt; als es um einen nachträglichen Familiennachzug zweier Kinder ging und die Betreuungsmöglichkeiten im Heimatland fragwürdig erschienen und die Kinder auch hierzu persönlich anzuhören gewesen wären und schliesslich als es um die Beurteilung ging, ob aufgrund der erlebten ehelichen Gewalt wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machten.⁴¹⁴ Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in all diesen Fällen jeweils die nähere Beurteilung von Beziehungen im Vordergrund standen und deren Intensität, Umfang und konkrete Ausgestaltung abzuklären waren.

- 174 Was die kantonale Praxis anbelangt, fällt zunächst auf, dass in insgesamt zwölf Kantonen Beispiele für die Durchführung einer Verhandlung bzw. einer Anhörung der Partei gefunden wurden, wobei sich die Recherche auf die verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelinstanzen beschränkte.⁴¹⁵ In den Kantonen BE, BL und GE konnten sodann einige Beispiele für die Durchführung einer Verhandlung bzw. einer persönlichen Anhörung gefunden werden,⁴¹⁶ was darauf schliessen lässt, dass diese Kantone sich mit einer gewissen Regelmässigkeit an diesen Instrumenten der Sachverhaltsabklärung bedienen. Betrachtet man die kantonale Praxis inhaltlich, zeichnen sich sechs Fallkategorien ab, in welchen die kantonalen Gerichte eine persönliche Anhörung bzw. Befragung, meist im Rahmen einer Verhandlung, durchgeführt haben: (1) Bei der Beurteilung eines nachehelichen Aufenthaltsanspruchs, als die Ehedauer, der Ehewille und diesbezügliche widersprüchliche Aussagen der Eheleute zu beurteilen waren. Oder als im Rahmen eines sog. nachehelichen Härtefalles die erlebte physische und/oder psychische Gewalt von der hiervon betroffenen Person glaubhaft zu machen war. Oder als ebenfalls im Rahmen eines sog. nachehelichen Härtefalles die Intensität der Beziehung zu einem Kind

⁴¹⁴ Vgl. mit Rn 132.

⁴¹⁵ Vgl. mit Rn 135.

⁴¹⁶ Vgl. mit Rn 141–155 und 158–163, wobei vier Beispiele im Kanton BE, elf Beispiele im Kanton BL und sechs Beispiele im Kanton GE dargelegt werden.

darzulegen war.⁴¹⁷ (2) Ging es um eine Nichtverlängerung oder einen Widerruf einer Bewilligung aufgrund von Straffälligkeit, waren der geltend gemachte Entwicklungs- und Reifeprozess mit Distanzierung vom früheren (kriminellen) Umfeld, die Intensität der gelebten Beziehung zum Kind oder anderer familiärer Beziehungen abzuklären.⁴¹⁸ (3) Als es im Rahmen eines Familiennachzugs insbesondere auf die Intensität der Beziehung zum Kind in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht angekommen ist und die konkrete Betreuungssituation des Kindes zu beurteilen war.⁴¹⁹ (4) Bei der Beurteilung, ob eine Scheinehe vorlag und es insbesondere auf die Art und den Inhalt der gelebten Beziehung angekommen ist.⁴²⁰ (5) Als eine Nichtverlängerung bzw. ein Widerruf der Bewilligung infolge Schuldenwirtschaft und/oder Sozialhilfeabhängigkeit fraglich war und daher bspw. eine Gesamtwürdigung der zu berücksichtigenden Umstände vorzunehmen war, wobei insbesondere das Ausmass der sozialen Integration, beruflichen Bestrebungen und diesbezüglich getätigten Vorkehrungen von massgebender Bedeutung sein konnten. Zu klären waren mithin Absichten und damit innere und nur schwer zugängliche Tatsachen.⁴²¹ (6) Auffällig ist sodann die dargelegte Praxis im Kanton GE, wo nur Beispiele im Zusammenhang mit der Beurteilung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls gefunden werden konnten.⁴²²

VI. ZWISCHENFAZIT

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die betroffene Person anlässlich einer (öffentlichen) Verhandlung und einer persönlichen Anhörung bzw. Befragung umfassend zur Sache äussern kann und hierfür sowohl auf Bundesebene als auch auf kantonaler Ebene entsprechende Rechtsgrundlagen bestehen. Allerdings machen sie in ihrer Ausgestaltung bzw. Platzierung in der Rechtsordnung den Ausnahmearakter und damit den Grundsatz

175

⁴¹⁷ Vgl. mit Rn 136, 140, 145, 153 f., 164, 167 und 169.

⁴¹⁸ Vgl. mit Rn 137, 141, 143, 150–152, 155 und 165.

⁴¹⁹ Vgl. mit Rn 139, 144, 156 f., 166, 168 und 171 f.

⁴²⁰ Vgl. mit Rn 142.

⁴²¹ Vgl. mit Rn 138, 146 f. und 149; vgl. GjON, plädoyer 2019, S 13.

⁴²² Vgl. mit Rn 158–163.

der Schriftlichkeit deutlich. In der Folge liegt es vor allem an der betroffenen Person, mit einem entsprechenden Antrag im Sinne einer Beweismassnahme der Anordnung einer (öffentlichen) Verhandlung bzw. persönlichen Anhörung zum Durchbruch zu verhelfen.⁴²³ Die Entstehungsgeschichte sowie die Ausführungen zur Auslegung und den Hintergründen von Art. 6 EMRK schliessen eine zukünftige Anwendung dieser Verfahrensgarantien im ausländerrechtlichen Verfahren sodann nicht grundsätzlich und von vornherein aus.⁴²⁴ In der Lehre wird sodann die Ansicht vertreten, dass in einem ausländerrechtlichen Verfahren eine (öffentliche) Verhandlung bzw. persönliche Anhörung insbesondere dann anzutreffen sei, wenn die Persönlichkeit, der Charakter, die Vertrauenswürdigkeit und/oder die Integrität der betroffenen Person zu beurteilen ist und sich diese Beurteilungen für den Ausgang des Verfahrens als massgebend erweisen. Nicht zu vergessen seien die weiteren Funktionen einer öffentlichen Verhandlung, wie bspw. die Erhöhung der Qualität der Rechtsprechung und des Vertrauens in das Rechtssystem.⁴²⁵ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und Praxis von zwölf Kantonen lassen sodann auf eine Kategorisierung von Fallkonstellationen schliessen (sechs Kategorien), wann eine (öffentliche) Verhandlung bzw. eine persönliche Anhörung im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren durchzuführen ist.⁴²⁶ Mit anderen Worten ist die Frage, ob es bestimmte Fallkonstellationen in ausländerrechtlichen Verfahren gibt, welche die Anordnung einer (öffentlichen) Verhandlung bzw. persönlichen Anhörung der betroffenen Partei anzeigen, mit Ja zu beantworten. Im Folgenden sind diese Fallkonstellationen herauszuarbeiten.

⁴²³ Vgl. mit Rn 113.

⁴²⁴ Vgl. mit Rn 118.

⁴²⁵ Vgl. mit Rn 127.

⁴²⁶ Vgl. mit Rn 173 f.

KAPITEL 4: VORAUSSETZUNGEN EINER (ÖFFENTLICHEN) VERHANDLUNG

I. AUSGANGSLAGE

Die Erkenntnisse aus dem Kapitel 3 verdeutlichen, dass der Grundsatz der Schriftlichkeit im ausländerrechtlichen Verfahren in der Praxis zumindest auf kantonaler Ebene nicht in einem solchem Ausmass verfolgt wird, wie dies die Rechtsgrundlagen zunächst vermuten lassen. Die dargelegte kantonale Praxis lässt sodann eine bestimmte Kategorisierung von Fallkonstellationen zu, bei denen eine persönliche Anhörung bzw. eine öffentliche Verhandlung durchgeführt wird. Im Folgenden gilt es daher, die Erkenntnisse aus dem Kapitel 3 anhand einer Diskussion von abstrakten Fallkonstellationen in ausländerrechtlichen Verfahren einzubringen, um konkrete Kriterien, Leitlinien oder Voraussetzungen für die Durchführung einer persönlichen Anhörung bzw. einer (öffentlichen) Verhandlung festzustellen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass eine persönliche Anhörung meist im Rahmen einer Verhandlung, sei es eine Instruktions- oder eine öffentliche Verhandlung, stattfindet und umgekehrt, wenn eine Verhandlung angesetzt wird, in der Regel auch eine persönliche Befragung der Partei erfolgt. Zur Vereinfachung wird im Folgenden daher lediglich von Verhandlung gesprochen.

Anhand der Erkenntnisse aus dem Kapitel 3 spricht für die Durchführung einer Verhandlung in materieller Hinsicht, dass zur Sachverhaltsabklärung und für den Ausgang des Verfahrens näher zu klärende persönliche Umstände, wie Absichten, innere Tatsachen, Beziehungsinhalt und -umfang zu beurteilen sind.⁴²⁷ Mit anderen Worten sind somit nicht nur solche Fragen zu klären, welche ohne Weiteres mittels eines schriftlichen Nachweises geklärt werden können, wie dies bspw. mit Vorlage eines Arbeitsvertrages für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Erwerbstätigkeit der Fall ist.⁴²⁸ Im Folgenden werden daher in einem ersten Schritt diejenigen Fallkons-

¹⁷⁶

⁴²⁷ Vgl. mit Rn 173–175.

⁴²⁸ Vgl. mit Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA.

tellationen anhand des AIG beleuchtet, welche in materieller Hinsicht grundsätzlich eine Abklärung von solchen persönlichen inneren Umständen voraussetzen. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Konkretisierung der Umstände, welche die Durchführung einer Verhandlung begünstigen.

- 178 In prozessualer Hinsicht ist sodann zu klären, auf welcher Verfahrensstufe und in welchem Verfahrensstadium sich die Durchführung einer Verhandlung grundsätzlich anbietet, um eine wirksame Einbringung der Partei zur Erhellung des Sachverhalts sicherzustellen. Schliesslich ist darzulegen, was ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung beinhalten muss, damit diesem möglichst entsprochen wird.

II. MATERIELLE VORAUSSETZUNGEN EINER (ÖFFENTLICHEN) VERHANDLUNG

1. PERSÖNLICHE UMSTÄNDE ALS ZULASSUNGSVORAUSSETZUNGEN

1.1 Besondere persönliche Beziehungen von Rentnerinnen zur Schweiz (Art. 28 lit. b AIG)

- 179 Ausländische Personen, welche nicht mehr erwerbstätig sind, können bei Vollendung des 55. Altersjahres zu einem Aufenthalt zugelassen werden, wenn sie eine besondere persönliche Beziehung zur Schweiz besitzen und über die notwendigen finanziellen Mittel für den Aufenthalt verfügen.⁴²⁹ Gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. b VZAE bestehen besondere Beziehungen zur Schweiz unter anderem, wenn solche zu nahen Verwandten – Eltern, Kinder, Enkelkinder oder Geschwister – in der Schweiz gepflegt werden.⁴³⁰ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und entgegen dem Wortlaut genügt das Vorhandensein enger Beziehungen zu in der Schweiz lebenden Verwandten für sich allein allerdings nicht. Vielmehr müssen eigenständige,

⁴²⁹ Art. 28 AIG i. V. m. Art. 25 Abs. 1 VZAE.

⁴³⁰ Im Übrigen weisen nachgewiesene längere frühere Aufenthalte in der Schweiz, namentlich Ferien, Ausbildung oder Erwerbstätigkeit, ebenfalls auf besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz hin (Art. 25 Abs. 2 lit. a VZAE).

von den Angehörigen unabhängige Beziehungen soziokultureller oder persönlicher Art vorhanden sein. Davon ist bspw. bei Verbindungen zum örtlichen Gemeinwesen, bei Teilnahme an kulturellen Veranstaltungen oder bei direktem Kontakt mit der einheimischen Bevölkerung auszugehen.⁴³¹ Anders verhält es sich betreffend Staatsangehörigen von EU/EFTA-Staaten, welche ihre Eltern gestützt auf das FZA nachziehen können, ohne dass diese eine besondere Nähe zu Schweiz vorweisen müssen.⁴³² Im Übrigen stellt sich bei Vorliegen besonderer oder gar aussergewöhnlicher Abhängigkeitsverhältnisse, namentlich bei alters- und/oder krankheitsbedingt pflegebedürftigen Angehörigen, die Frage, ob ein Nachzugsanspruch unter dem Aspekt von Art. 8 EMRK zu prüfen ist.⁴³³

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie solche soziokulturellen oder persönlichen Beziehungen zur Schweiz, unabhängig von besonderen Beziehungen zu Verwandten in der Schweiz, nachgewiesen werden können. Es wird darum gehen, eine tragfähige und besonders enge Beziehung zu bestimmten nicht verwandten Personen darzulegen, welche bestenfalls nicht zu dem von der gesuchstellenden Person angestammten Kulturreis angehören.⁴³⁴ Hierzu sind (gegenseitige) Aufenthalte und der darüberhinausgehende telefonische bzw. digitale Kontakt zu belegen. Von Nutzen sind dabei Stellungnahmen von den in der Schweiz lebenden Personen. Waren die Aufenthalte in der Schweiz jeweils nur von kurzer Dauer, ist die Intensität der Beziehung zu den in der Schweiz lebenden Personen umso mehr von Relevanz. Stellt sich bspw. heraus, dass die Beziehungsintensität für den Ausgang des Verfahrens von massgebender Bedeutung ist und zudem Anhaltspunkte für das Vorliegen einer solchen Beziehung vorliegen, lassen sich nach hier vertretener Auffassung solche Sachverhaltelemente mit einer Verhandlung abschliessend feststellen.

180

⁴³¹ BVGer C-797/2011 vom 14. September 2012, E. 9.1.7; F-5102/2016 vom 26. Januar 2018, E. 9.3 f. und F-3240/2016 vom 31. August 2017, E. 9.2; vgl. zur Praxis ferner mit HAP Ausländerrecht-PETER UEBERSAX/STEFAN SCHLEGEL, Rz 9.330.

⁴³² CARONI ET AL., S. 184; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 238; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 28 N. 3.

⁴³³ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 28 N. 3; vgl. mit Rn 226–230.

⁴³⁴ Vgl. mit Urteil BVGer F-5102/2016 vom 26. Januar 2018, E. 9.5.

1.2 Schwerwiegender persönlicher Härtefall (Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG)

- 181 Rechtsprechungsgemäss setzt ein Härtefall nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG im Grundsatz voraus, dass bei der gesuchstellenden Person die Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen in gesteigertem Masse infrage gestellt sein müssen bzw. die Verweigerung einer Härtefallbewilligung für die betroffene Person schwere Nachteile zur Folge hat.⁴³⁵ Art. 31 VZAE enthält konkrete Kriterien, welche bei einer Beurteilung zu berücksichtigen sind. So wird unter anderem auf die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG verwiesen, wonach zur Beurteilung der Integration die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, die Sprachkompetenzen und die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung zu berücksichtigen sind. Unter der Respektierung der Werte der Bundesverfassung ist zu verstehen, dass die rechtsstaatlichen Prinzipien und die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Schweiz, die Pflicht zum Besuch der obligatorischen Schule und die Grundrechte – wie etwa die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und persönliche Freiheit sowie die Glaubens- und Gewissensfreiheit – beachtet werden.⁴³⁶
- 182 Weiter sind im Rahmen der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles die Familienverhältnisse zu betrachten und der Situation aller Familienmitglieder Rechnung zu tragen. Da die Entwurzelung von Kindern eine aussergewöhnliche Härte darstellen kann, hat das Kindeswohl in diesem Zusammenhang zentrale Bedeutung. In die Beurteilung der Situation des Kindes sind insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung, die Dauer des Schulbesuchs in der Schweiz und die soziale und schulische Integration der Kinder besonders zu berücksichtigen.⁴³⁷ Um eine besonders gute Integration von Kindern zu belegen, können bspw. Schreiben von Lehrpersonen,

⁴³⁵ Vgl. mit Urteil BVGer F-3332/2015 vom 13. Februar 2018, E. 4.3; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 304; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 99; HAP Ausländerrecht-DANIELLE BREITENBÜCHER/GIAN EGE, Rz 18.184.

⁴³⁶ Vgl. mit Art. 77c VZAE; Botschaft AIG 2013, S. 2427 f.

⁴³⁷ Art. 31 Abs. 1 lit. c VZAE; CARONI ET AL., S. 187; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 305 f.

Schulberichte und Schulzeugnisse oder auch Schreiben von Freizeitvereinen vor-gelegt werden.⁴³⁸

Sodann spielt bei der Beurteilung eines Härtefalles die Anwesenheitsdauer eine Rolle. Es ist davon auszugehen, dass je länger der Aufenthalt in der Schweiz andauert, desto grösser ist die Verwurzelung und Bindung zur Schweiz.⁴³⁹ So geht das Bundesgericht davon aus, dass nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren regelmässig davon ausgegangen werden könne, dass die sozialen Beziehungen in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf. Im Einzelfall könne es sich auch anders verhalten und die Integration trotz dieser langen Zeit zu wünschen übriglassen. Andererseits könne auch schon zu einem früheren Zeitpunkt der Anspruch auf Achtung des Privatlebens betroffen sein, wenn nach einer längeren bewilligten Aufenthaltsdauer eine besonders ausgeprägte Integration vorliege (nebst engen sozialen Beziehungen namentlich auch in sprachlicher, beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht).⁴⁴⁰

Ein angeschlagener Gesundheitszustand kann ebenfalls härtefallbegründend sein.⁴⁴¹ Dies insbesondere dann, wenn die medizinische Versorgungslage im Herkunftsland eine Wiedereingliederung massgebend erschwert bzw. die notwendige medizinische Behandlung nicht genügend gewährleistet ist.⁴⁴²

Ein weiteres Härtefallkriterium ist eine geringe Chance der Wiedereingliederung im Heimatland.⁴⁴³ Zu beurteilen ist neben dem Alter der betroffenen Person bei der Einreise in die Schweiz, die Vertrautheit mit den hiesigen kulturellen Gepflogenheiten und der hiesigen Landessprache, das familiäre und soziale Netzwerk, die Möglichkeit zur

⁴³⁸ CARONI ET AL., S. 187 ; vgl. ferner mit HAP Ausländerrecht-DANIELLE BREITENBÜCHER/GIAN EGE, Rz 18.197.

⁴³⁹ Art. 31 Abs. 1 lit. e VZAE; CARONI ET AL., S. 187; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 306.

⁴⁴⁰ BGE 144 I 266, E. 3.9; vgl. mit Rn 229.

⁴⁴¹ Art. 31 Abs. 1 lit. f VZAE.

⁴⁴² SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 307; CARONI ET AL., S. 188 ; HAP Ausländerrecht-DANIELLE BREITENBÜCHER/GIAN EGE, Rz 18.204.

⁴⁴³ Art. 31 Abs. 1 lit. g VZAE.

Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder zum Besuch einer Schule oder Ausbildung, die Wohnverhältnisse, die allgemeine politische Lage sowie allfällige Nachteile bezogen auf das Geschlecht oder anderweitiger spezifischer Art.⁴⁴⁴ Es müssen qualifizierte Nachteile zu erwarten sein, wie etwa frauenspezifische Benachteiligungen in patriarchalen Herkunftsländern oder besondere Erschwernisse für Familien in Ländern mit sehr hoher Arbeitslosigkeit, Not- oder Gewaltsituation.⁴⁴⁵

- 186 Ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG vorliegt, ist unter Berücksichtigung sämtlicher Aspekte zu beurteilen und es hat in jedem Einzelfall eine Abwägung der einzelnen in Frage kommenden Kriterien zu erfolgen. Es müssen nicht sämtliche Kriterien nach Art. 31 Abs. 1 VZAE erfüllt sein. Ein Härtefall kann auch vorliegen, wenn einzelne Kriterien besonders ausgeprägt vorliegen.⁴⁴⁶ Z. B. können Eltern oder Grosseltern aus Drittstaaten von Schweizer Staatsangehörigen oder ausländischen Personen mit gefestigtem Anwesenheitsrecht nur bei einem aussergewöhnlichen Abhängigkeitsverhältnis, etwa bei krankheitsbedingter Betreuungsbedürftigkeit und fehlender Betreuungsalternativen, allenfalls aber auch bei ausgeprägter persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit aufgrund langjährig gelebter enger Beziehung, unter Berufung auf ein geschütztes Familienleben gemäss Art. 8 EMRK nachgezogen werden. Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in einem solchen Fall erfolgt gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG.⁴⁴⁷
- 187 Im Übrigen handelt es sich bei der Härtefallbewilligung um eine Ermessensbewilligung; es hängt somit von der Bereitschaft des Kantons ab, eine solche Bewilligung zu erteilen.⁴⁴⁸ Die zuständige Behörde hat ihr Ermessen pflichtgemäß und unter Beachtung

⁴⁴⁴ CARONI ET AL., S. 188; HAP Ausländerrecht-DANIELLE BREITENBÜCHER/GIAN EGE, Rz 18.206.

⁴⁴⁵ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 307.

⁴⁴⁶ CARONI ET AL., S. 188; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 98 f.; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 30 N. 13.

⁴⁴⁷ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 255; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 137; für weitere Anwendungskonstellationen der Härtefallklausel vgl. mit Art. 29–30a VZAE; vgl. mit Rn 226–230.

⁴⁴⁸ UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 100; HAP Ausländerrecht-PETER UEBERSAX/STEFAN SCHLEGEL, Rz 9.333.

der Verfassungsgrundsätze wie dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dem Willkürverbot und der Grundrechte auszuüben. Auf diese Weise soll die Ermessensausübung Einzelfallgerechtigkeit verwirklichen.⁴⁴⁹ Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen, ist sodann ausgeschlossen.⁴⁵⁰ Kein Ermessen kommt den Behörden zu, wenn ein völkerrechtlicher, staatsvertraglicher, verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Anspruch auf Erteilung der Bewilligung besteht. Das FZA räumt den ihm unterstellten Personen grundsätzlich Ansprüche auf Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen ein, sofern die betroffenen Personen die staatsvertraglichen Voraussetzungen erfüllen. Ferner lassen sich aus dem völker- und verfassungsrechtlich verankerten Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK und Art. 13 BV) unter bestimmten Voraussetzungen Bewilligungsansprüche ableiten. Ein Teil dieser Anspruchskonstellationen finden sich in den Bestimmungen des AIG zum Familiennachzug (vgl. mit Art. 42 ff. AIG).⁴⁵¹

Ist im konkreten Einzelfall die Sachlage nicht eindeutig und liegen indessen (einige) Anhaltspunkte vor, welche für das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles sprechen, stellt sich die Frage, ob die Durchführung einer Verhandlung nicht bereits aufgrund dessen, dass eine solche Gesamtbeurteilung eine Abwägung von zahlreichen Kriterien erfordert, welche mithin auch einer Abklärung von An- und Absichten, persönlichen Umständen und Beziehungsintensität bedarf, angezeigt ist.⁴⁵² Eine unmittelbare Befragung im Rahmen einer Verhandlung ermöglicht eine rasche, effiziente und wirksame Sachverhaltsabklärung.⁴⁵³

188

⁴⁴⁹ Vgl. mit Art. 96 AIG; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 75 und 175; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 96 N. 1.

⁴⁵⁰ BGE 133 I 185, E. 2.2 f.

⁴⁵¹ UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 75 f.

⁴⁵² Vgl. mit Rn 158 f. (Urteile des Verwaltungsgerichts erster Instanz des Kantons GE) und 160–163 (Urteile des Kantonsgerichts GE).

⁴⁵³ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

2. PERSÖNLICHE UMSTÄNDE IM RAHMEN EINES FAMILIENNACHZUGS

¹⁸⁹ Die Regelungen zum Familiennachzug nach Art. 42 ff. AIG erlauben es Familienangehörigen, in der Schweiz ihre Beziehung zu leben. Die Nachzugsmöglichkeit ist in entscheidender Weise abhängig von der Bewilligungsart, über welche die originär nachziehende Person verfügt, sowie von der Staatsangehörigkeit, dem Alter und den Verwandtschaftsbeziehungen der beteiligten Familienmitglieder.⁴⁵⁴

2.1 Nachträglicher Familiennachzug (Art. 47 Abs. 4 AIG)

¹⁹⁰ Die im AIG vorgesehenen Fristen für den Familiennachzug bezwecken insbesondere eine erleichterte Integration von Kindern.⁴⁵⁵ Aus wichtigen Gründen kann auch ein nicht fristgerechter, sog. nachträglicher Nachzug bewilligt werden. Ein tatsächlich gelebtes Familienleben bzw. eine beabsichtigte Familienzusammenführung soll damit trotz der integrationspolitisch motivierten Nachzugsfristen unter bestimmten Voraussetzungen schützenswert bleiben.⁴⁵⁶ Bei der Beurteilung eines nachträglichen Nachzugs ist insbesondere das Kindeswohl zu berücksichtigen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt es im Regelfall im Kindeswohl, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können.⁴⁵⁷ Dem ist im Rahmen des nachträglichen Nachzugs Rechnung zu tragen, indem wichtige familiäre Gründe bejaht werden, wenn das Kindeswohl die Zusammenführung der Gesamtfamilie in der Schweiz nahelegt.⁴⁵⁸ Bei Veränderung einer Betreuungssituation, insbesondere bei Wegfall oder alters- oder gesundheitsbedingter Ungeeignetheit der bisherigen Betreuungsperson oder deren Tod, ist der nachträgliche Nachzug zu einem Elternteil zu bewilligen, wenn es dem Kindeswohl nicht offensichtlich widerspricht. Auch in solchen Konstellationen ist

⁴⁵⁴ UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 116; CARONI ET AL., S. 208.

⁴⁵⁵ Botschaft AuG 2002, S. 3754.

⁴⁵⁶ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 47 N. 11; HAP Ausländerrecht-ANTONELLA SCHMUCKI/ZENO RAVEANE/ANDREA BÜCHLER, Rz 25.58 f.

⁴⁵⁷ BGE 143 I 21, E. 5.5.1.

⁴⁵⁸ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 258; CARONI ET AL., S. 211; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 47 N. 12.

es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings erforderlich, dass keine Betreuungsalternative im Herkunftsstaat besteht, insbesondere je älter das nachzu ziehende Kind ist.⁴⁵⁹ Zudem kann relevant sein, aus welchen Gründen bislang ein getrenntes Familienleben gelebt wurde und ob diese objektiv nachvollziehbar sind.⁴⁶⁰ Zur Beurteilung der besonderen familiären Motivation des Nachzugs, können Kinder über 14 Jahre angehört werden (Art. 47 Abs. 4 AIG). Weiter geht Art. 12 KRK, welcher grundsätzlich eine Anhörung des Kindes vorsieht und die Behörden verpflichtet, die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.⁴⁶¹ Bei einem nachträglichen Nachzug von Eheleuten ist sodann relevant, wie lange die Trennung freiwillig herbeigeführt und gelebt wurde.⁴⁶²

Bei der Beurteilung eines nachträglichen Familiennachzugs ist nach hier vertretener Auffassung eine Verhandlung u. a. dann durchzuführen, wenn sich die Veränderung der bisherigen Betreuungssituation nicht klarerweise auf alters- oder gesundheitsbedingte Ungeeignetheit der bisherigen Betreuungsperson zurückführen lässt und sich die Gründe auch nicht durch schriftliche Belege objektivieren lassen. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn die bisherige Betreuungsperson aufgrund mehrerer Faktoren nicht mehr in der Lage ist, die Betreuung zu übernehmen. Als solche Faktoren kommen in Frage: Die Betreuungsperson ist gesundheitlich angeschlagen, aber nicht in solchem Ausmass, dass objektiv von einer Unfähigkeit als Betreuungsperson auszugehen ist; finanziell prekäre Situation; mangelhafter Wille; Veränderung der persönlichen Situation (eigene Kinder, neue Partnerschaft); unerwünschtes bzw. ungeeignetes soziales Umfeld des Kindes usw. Wird ein Wegfall der bisherigen Betreuungssituation geltend gemacht, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Möglichkeit einer alternativen Betreuung im Herkunftsstaat abzuklären. Ist eine solche Betreuungsalternative nicht offensichtlich vorhanden, ist zu klären, zu welchen Personen die betroffenen

191

⁴⁵⁹ BGE 137 I 284, E. 2.2; BGer 2C_347/2020 vom 5. August 2020, E. 3.4; ferner OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 47 N. 13.

⁴⁶⁰ Vgl. mit Urteil BGer 2C_386/2016 vom 22. Mai 2017, E. 2.3.2.

⁴⁶¹ HAP Ausländerrecht-ANTONELLA SCHMUCKI/ZENO RAVEANE/ANDREA BÜCHLER, Rz 25.63; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 47 N. 18; vgl. mit Rn 101 und 126.

⁴⁶² OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 47 N. 17 m. w. H.; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.123 ff.

Kinder eine Beziehung pflegen und wie intensiv diese Beziehung ist und wie sich diese ausgestaltet. Je nach Alter der betroffenen Kinder ist in solchen Fällen zur Sachverhaltsabklärung und Sicherstellung des Kindeswohls eine Befragung der betroffenen Kinder vorzunehmen.⁴⁶³ Weist ein konkreter Fall zahlreiche diverse Unklarheiten auf, bspw. betreffend bisheriger und/oder zukünftiger Betreuungssituation sowie betreffend der Umstände, welche damals zu einer Familientrennung geführt haben und kommt es dabei insbesondere auf die Darstellungen der betroffenen Personen an und damit, ob diese glaubhaft erscheinen, dann ist nach hier vertretener Auffassung eine Verhandlung zur effizienten und differenzierten Sachverhaltsabklärung durchzuführen.⁴⁶⁴

2.2 Getrenntleben von Eheleuten (Art. 49 AIG)

- 192 Das Aufenthaltsrecht nachgezogener ausländischer Eheleute, deren Bewilligung an das Zusammenwohnen geknüpft ist, steht trotz getrennter Wohnorte nur dann nicht in Gefahr, wenn für das Getrenntleben wichtige Gründe bestehen.⁴⁶⁵ Solche Gründe sind gemäss Art. 76 VZAE etwa berufliche Verpflichtungen oder eine vorübergehende Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme. Das Getrenntleben wird nur ausnahmsweise gebilligt. Die betreffenden Eheleute haben daher wichtige Gründe für ein Getrenntleben zu belegen bzw. zu objektivieren und gleichzeitig den Fortbestand der Ehegemeinschaft zu beweisen.⁴⁶⁶ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen die Gründe für das Getrenntleben objektivierbar sein und ein gewisses Gewicht aufweisen. Von einem wichtigen Grund kann desto eher gesprochen werden, je weniger die Eheleute auf die Situation des Getrenntlebens Einfluss nehmen können, ohne einen grossen Nachteil in Kauf nehmen zu müssen.⁴⁶⁷ Der Ausnahmearakter von

⁴⁶³ Vgl. mit Rn 101, 126, 132 (mit Hinweis auf Urteil BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015, E. 6.7.4) und 156 (Urteil des Appellationsgerichts des Kantons BS).

⁴⁶⁴ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁴⁶⁵ Die Ausnahme gilt nicht für Eheleute und Kinder von Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligungen. Diesfalls richtet sich der Nachzug nach Art. 45 AIG und das Zusammenwohnen stellt eine zwingende Bewilligungsvoraussetzung dar.

⁴⁶⁶ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 264; BGE 140 II 345, E. 4.4–4.4.2; BGer 2C_544/2010 vom 23. Dezember 2010; CARONI ET AL., S. 209; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 49 N. 2.

⁴⁶⁷ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 49 N. 2; BGer 2C_544/2010 vom 23. Dezember 2010, E. 2.3.1.

Art. 49 AIG beschränkt dessen Anwendbarkeit auf besondere Konstellationen bei der Trennung von Eheleuten und das Bundesgericht anerkennt ein glaubhaft begründetes *living apart together* eher selten als wichtigen und nachvollziehbaren Grund. Für die Annahme eines Fortbestands der Ehegemeinschaft getrenntlebender Eheleute genügen rein freundschaftliche Kontakte, auch zwei oder drei Mal in der Woche, eben nicht. Es bedarf eines nachweislich regelmässigen, intensiven Kontakts, welcher durch gemeinsame Rechnungen, Stellungnahmen gemeinsamer Freunde, gemeinsame Ferien oder etwa den Besuch einer Ehetherapie erbracht werden kann.⁴⁶⁸ Die Anwendung eines krisenbedingten Getrenntlebens beschränkt sich daher auf Fälle, wo die Trennungsgründe erheblich genug sind, um ein vorübergehendes Getrenntleben zu rechtfertigen, diese sich gleichwohl aber nicht als so gravierend herausstellen, dass eine Rückkehr in den gemeinsamen Haushalt nach einer befristeten Auszeit ausgeschlossen ist.⁴⁶⁹

Art. 49 AIG findet grundsätzlich auch in Bezug auf den Nachzug von Kindern Anwendung. Vom Erfordernis des Zusammenwohnens kann abgesehen werden, wenn wichtige Gründe für getrennte Wohnorte bestehen, wie berufliche Verpflichtungen oder vorübergehende Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme, die Familiengemeinschaft jedoch weiterhin besteht.⁴⁷⁰

193

Bei nachgezogenen Eheleuten oder Kindern, welche sich auf das FZA berufen können, stellt das Zusammenwohnen grundsätzlich keine Bewilligungsvoraussetzung dar.⁴⁷¹ Solange noch Anhaltspunkte für eine mögliche Annäherung der Eheleute bestehen, bspw. durch Besuch einer Ehetherapie oder glaubhaft gemachte regelmässige Kontakte während des Getrenntlebens, kann bei freizügigkeitsberechtigen Eheleuten nicht von einer Auflösung der Ehegemeinschaft ausgegangen werden.⁴⁷²

194

⁴⁶⁸ OFK/Migrationsrecht-SPESSCHA, AIG 49 N. 2 f.; BGer 2C_388/2009 vom 9. Dezember 2009, E. 4 und 2C_575/2009 vom 1. Juni 2010, E. 3.6.

⁴⁶⁹ OFK/Migrationsrecht-SPESSCHA, AIG 49 N. 4; BGer 2C_781/2010 vom 16. Februar 2011, E. 2.1.3; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.123 ff.

⁴⁷⁰ Vgl. mit Art. 49 AIG i. V. m. Art. 76 VZAE; CARONI ET AL., S. 211.

⁴⁷¹ Vgl. mit Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA; SPESSCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 244; vgl. mit OFK/Migrationsrecht-SPESSCHA, Anhang I FZA 3 N. 8; CARONI ET AL., S. 210 f.; UEBERSAX/PETRY/HRSCHKA/FREI/ERRASS, S. 119; vgl. vertiefend zur Problematik der Inländerinnendiskriminierung mit CARONI ET AL., S. 213–216.

⁴⁷² SPESSCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 252 f.

195 Eine Verhandlung gibt im Rahmen der Beurteilung, ob wichtige Gründe für ein Getrenntleben vorliegen, insbesondere dann Aufschluss, wenn zwar aufgrund der Aktenlage Anhaltspunkte für eine weiterhin bestehende Beziehung vorliegen, diese allerdings nicht gänzlich zu überzeugen vermögen und es schliesslich massgebend auf die Darstellungen der betroffenen Personen ankommt. Insbesondere die Möglichkeit einer mündlichen Befragung mit spontanen Nach- und Rückfragen trägt in einer solchen Fallkonstellation effizient und wirksam zur Erhellung des Sachverhalts bei.⁴⁷³ Nach hier vertretener Auffassung ist in solchen Fallkonstellationen eine Verhandlung durchzuführen.

2.3 Erlöschen des Ehewillens (Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG)

196 Eine Ehe gilt dann als aufgelöst, wenn diese nur noch formell besteht und der Ehewille objektiv betrachtet als erloschen anzusehen ist. Eine definitive Auflösung der Familiengemeinschaft präsentiert sich, wenn die Eheleute ihr Leben unabhängig voneinander gestalten, sich geistig-seelisch voneinander gelöst haben und ein wirtschaftlicher und emotionaler Bruch eingetreten ist.⁴⁷⁴ Gemäss Bundesgericht ist der Zeitpunkt der Auflösung der Ehegemeinschaft im Regelfall mit der Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft gleichzusetzen, vorausgesetzt es liegt kein Getrenntleben gestützt auf Art. 49 AIG vor. Nicht relevant ist demgegenüber, bis zu welchem Zeitpunkt die Ehe nach Beendigung des ehelichen Zusammenlebens formell noch weiter besteht.⁴⁷⁵

197 Im Rahmen der Beurteilung eines nachehelichen Aufenthaltsanspruchs nach Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG sind auch die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG zu berücksichtigen. Die Integrationsbeurteilung hat dabei immer im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zukunftsgerichtet im Entscheidzeitpunkt zu erfolgen. Im Regelfall wird grundsätzliches Legalverhalten sowie grundsätzliche Bereitschaft zur wirtschaftlichen Integration bzw. zur Besteitung des Lebensunterhalts ohne Beanspruchung der öffentlichen Sozialhilfe

⁴⁷³ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁴⁷⁴ Vgl. mit Urteil BGer 2C_157/2020 vom 20. Februar 2020, E. 3.2 und 4.1; OFK/Migrationsrecht-SPESSCHA, AIG 50 N. 1; vgl. ferner HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.127.

⁴⁷⁵ BGE 136 II 113, E. 3.2; SPESSCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 266; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 130 f.; OFK/Migrationsrecht-SPESSCHA, AIG 50 N. 1.

vorausgesetzt. In sprachlicher Hinsicht verlangt Art. 77 Abs. 4 VZAE explizit mündliche Kenntnisse der am Wohnort gesprochenen Sprache auf dem Referenzniveau A1 des in Europa allgemein anerkannten Referenzrahmens für Sprachen. Bei der Integrationsbeurteilung greift das Bundesgericht sodann nur mit Zurückhaltung in den Beurteilungsspielraum der kantonalen Behörden ein.⁴⁷⁶

Eine Verhandlung ist in diesem Zusammenhang von Nutzen, wenn der Zeitpunkt des Erlöschens des Ehewillens aufgrund der Aktenlage nicht mit der Auflösung der Haushaltsgemeinschaft zusammenfällt und zugleich diesbezügliche widersprüchliche Angaben der beiden Eheleute vorliegen. Eine (erneute) mündliche Befragung der (Ex-)Eheleute mit Konfrontation der Widersprüche ermöglicht eine effiziente Sachverhaltsabklärung und trägt massgebend dazu bei, die Glaubwürdigkeit der Aussagen beurteilen zu können.⁴⁷⁷ Überhaupt drängt sich nach hier vertretener Auffassung regelrecht die Durchführung einer Verhandlung auf, wenn zur Sachverhalterstellung massgebend auf die Darstellungen der Eheleute abzustellen ist.⁴⁷⁸ So handelt es sich beim Erlöschen des Ehewillens doch um einen inneren Vorgang, welcher sich u. U. nur schwer belegen lässt und welcher sich zudem nicht zwangsläufig plötzlich manifestiert. Es dürfte sich dabei doch meist um einen, über einen gewissen Zeitraum reifenden, Entscheidungsprozess handeln.

198

2.4 Nachehelicher Härtefall (Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG)

Unabhängig von der Dauer der Ehegemeinschaft kann sich nach deren Auflösung ein Anspruch auf Verlängerung der Bewilligung ergeben, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Art. 50 Abs. 2 AIG definiert solche wichtigen Gründe beispielhaft (eheliche Gewalt, Zwangsheirat, starke Gefährdung der Wiedereingliederung im Heimatland). Von der Rechtsprechung werden auch andere Gründe anerkannt, welche einen Anspruch auf Verlängerung des

199

⁴⁷⁶ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 7; BVGer F-4152/2016 vom 27. Juni 2018, E. 4.5, BGer 2C_430/2011 vom 11. Oktober 2011, E. 4.2 und 2C_748/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.3 f.

⁴⁷⁷ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁴⁷⁸ Vgl. mit Rn 167 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons JU).

Aufenthalts begründen.⁴⁷⁹ Der nacheheliche Härtefall gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG ist als Anspruchsbewilligung geregelt, dennoch berücksichtigt das Bundesgericht für die Beurteilung die Kriterien von Art. 31 VZAE.⁴⁸⁰

- 200 Ein nachehelicher Härtefall kann bspw. infolge häuslicher Gewalt vorliegen. Eine gewaltbedingte Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft soll für die gewaltbetroffene, nachgezogene Person keine ausländerrechtlichen Nachteile nach sich ziehen, wenn sie durch das Zusammenleben in ihrer Persönlichkeit ernsthaft gefährdet erscheint und ihr eine Fortführung der ehelichen Beziehung bei objektiver Betrachtungsweise nicht länger zugemutet werden kann.⁴⁸¹ Die Rechtsprechung stellt allgemein hohe Anforderungen an die Intensität und den Nachweis einer relevanten häuslichen Gewalt. Verlangt ist eine systematische Misshandlung mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben. Auch eine rein psychische Zwangsausübung kann ausreichen. Auch wenn an den Nachweis keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden dürfen, trifft die betroffene Person eine weitreichende Mitwirkungspflicht bei der Eruierung der Beziehungssituation. Diese muss glaubhaft und konkret dargelegt und nach Möglichkeit durch Berichte von Fachstellen, Bericht über eine psychotherapeutische Behandlung und/oder Berichte von der Polizei belegt werden. Zu beurteilen ist schliesslich, ob der betroffenen Person zugemutet werden konnte, im gemeinsamen Haushalt zu verbleiben oder in diesen zurückzukehren, ohne Gefahr zu laufen, in ihrer Integrität erheblich beeinträchtigt zu werden.⁴⁸² Eine Berufung auf einen nachehelichen Härtefall aufgrund häuslicher Gewalt ist indessen nur möglich, wenn im Zeitpunkt der geltend gemachten Gewaltbetroffenheit der Aufenthaltsanspruch nicht durch vorgängiges Getrenntleben bereits untergegangen ist. Nach der Auflösung des gemeinsamen Haushalts begangene Gewalthandlungen können allerdings u. U. rückwirkend einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung während der Dauer

⁴⁷⁹ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 270; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 136; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.320.

⁴⁸⁰ BGE 137 II 345, E. 3.2.1 und 3.2.3; 137 II 1, E. 4.1.

⁴⁸¹ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 26; BGE 138 II 229, E. 3.2.2; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.319.

⁴⁸² Vgl. mit Art. 77 Abs. 5–6^{bis} VZAE; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 270; CARONI ET AL., S. 218 f.; BGE 138 II 229, E. 3.2.2; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 26 f.; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.321.

der Haushaltsgemeinschaft zum Ausdruck verhelfen. Im Übrigen schliesst die durch die potenzielle Täterin initiierte Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht von vornherein aus, dass die andere Ehepartnerin keine relevante häusliche Gewalt erlitten hat.⁴⁸³

In Fällen von geltend gemachter häuslicher Gewalt ist nach hier vertretener Auffassung eine Verhandlung insbesondere dann durchzuführen, wenn allfällig vorgelegte Berichte die Intensität der geltend gemachten Gewalt nicht hinreichend zu belegen vermögen und diese somit unklar bleibt, allerdings (genügend) Anhaltspunkte für die erlebte häusliche Gewalt vorliegen, weshalb mittels einer Befragung der betroffenen Person der diesbezügliche Sachverhalt näher abzuklären ist. Können keine Berichte von Fachstellen vorgelegt werden und kann daher nur auf die Aussagen der betroffenen Person abgestellt werden, so handelt es sich meist um ein quasi Vier-Augen-Delikt. Dann ist die Glaubhaftigkeit der Aussagen zu prüfen. Bei einer solchen Sachverhaltsabklärung trägt die Durchführung einer Verhandlung nicht nur mittels der unmittelbaren Beweisabnahme effektiv und effizient zur Wahrheitsfindung bei, sondern wird den eher heiklen Umständen eines solchen Falles in gerechter Weise begegnet. So vermittelt die Durchführung einer Verhandlung der betroffenen Partei das Gefühl, als Subjekt wahrgenommen zu werden und eröffnet dies eine zusätzliche Partizipationsmöglichkeit am Verfahren, was schliesslich auch zur (erhöhten) Akzeptanz des zu fällenden Entscheids beiträgt.⁴⁸⁴

Dasselbe gilt auch im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Zwangsverheiratung. Denn wer geltend macht, zwangsverheiratet worden zu sein, hat dies glaubhaft darzulegen.⁴⁸⁵ Kann kein Bericht einer Fachstelle vorgelegt werden, wird es sich regelmäßig als schwierig erweisen, hierfür anderweitige Belege vorlegen zu können. In der Folge ist auf die Aussage der betroffenen Person abzustellen und zu beurteilen, ob diese glaubhaft ist. Eine solche Beurteilung ist mit einer mündlichen Auseinandersetzung

201

202

⁴⁸³ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 15; BGE 137 II 345, E. 3.2.3 und BGer 2C_777/2018 vom 8. April 2019, E. 4.4.

⁴⁸⁴ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁴⁸⁵ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 273; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 29.

anlässlich einer Verhandlung effizienter vorzunehmen und zudem kann – wie bereits erwähnt – den heiklen Fallumständen Rechnung getragen werden.⁴⁸⁶

- 203 Sodann können auch gemeinsame Kinder, zu denen ein regelmässiger Kontakt beider Elternteile möglich sein soll, einen wichtigen Grund für einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz darstellen.⁴⁸⁷ Für die Bewilligung eines sog. Umgekehrten Familien-nachzugs spricht insbesondere, wenn eine enge affektive und wirtschaftliche Bindung zwischen dem Elternteil und dem Kind besteht. Weiter ist von Belang, ob sich der Elternteil in der Schweiz tadellos verhalten hat und die Eltern-Kind-Beziehung im Falle einer Wegweisung aufgrund der räumlichen Distanz praktisch nicht mehr gepflegt werden könnte.⁴⁸⁸ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht es sodann in der Regel dem grundlegenden Bedürfnis eines Kindes, im engen Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können.⁴⁸⁹ Für die Beurteilung der Eltern-Kind-Beziehung und der sozialen Integration können insbesondere Auskünfte von Kita-Angestellten oder Lehrpersonen relevant sein.⁴⁹⁰
- 204 In diesem Zusammenhang ist eine Verhandlung durchzuführen, wenn es massgebend auf die Intensität der affektiven Beziehung zum Kind ankommt. Der Inhalt einer solchen Beziehung präsentiert sich in alltäglichen bzw. regelmässigen Handlungen und wird zudem von konkreten Einzelsituationen und Erlebnissen geprägt, über welche meist nur die von dieser Beziehung betroffenen Personen konkret berichten können bzw. hierfür nur wenig geeignete Belege insbesondere nicht für dessen Ausmass vorhanden sind.⁴⁹¹
- 205 Weiter kann ein nachehelicher Härtefall vorliegen, wenn die Rückkehr in das Heimatland für die betroffene Person unzumutbar erscheint, was aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall glaubhaft zu machen ist. Von Belang ist die Intensität der Beziehungen

⁴⁸⁶ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁴⁸⁷ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 271; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 136; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 18.

⁴⁸⁸ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 272; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 18, vgl. vertiefend zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit N. 18–22.

⁴⁸⁹ BGE 143 I 21, E. 5.5.1; BGer 2C_23/2018 vom 11. März 2019, E. 3.3.3; vgl. mit Rn 190.

⁴⁹⁰ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 20; BGer 2C_1125/2014 vom 9. September 2015, E. 4.5.

⁴⁹¹ Vgl. mit Rn 26–28, 91, 127 und 230.

zum Heimatland, das Alter im Zeitpunkt der Einreise in den Aufenthaltsstaat und die zuvor im Herkunftsstaat gelebte Zeit, das Vorhandensein dortiger familiärer Bindungen und die Beziehungspflege zu ihnen während des Aufenthalts in der Schweiz, Kenntnisse der heimatlichen Sprache, die beruflichen Chancen im Herkunftsland sowie eine allfällige Diskriminierungsgefahr wegen der gescheiterten Ehe.⁴⁹²

Macht die betroffene Person bspw. eine politische Verfolgung im Heimatland geltend, fehlt es indessen an entsprechenden Belegen und kommt es daher massgebend auf die Darstellungen der betroffenen Person an und ist die Glaubhaftigkeit der Aussagen zu beurteilen, ist nach hier vertretener Auffassung eine Verhandlung zur massgebenden Sachverhaltsabklärung durchzuführen.⁴⁹³ Vorausgesetzt ist, dass die Vorbringen in den Akten eine Stütze finden, bspw. durch widerspruchsfreie, wiederholte, gleichlautende schriftliche Angaben, und dass die politische Lage im Herkunftsland eine politische Verfolgung nicht von vornherein als unglaublich erscheinen lässt.

Im Übrigen und ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Tod der Ehegattin, von dem sich die Aufenthaltsberechtigung ableitet, die Vermutung eines nachehelichen Härtefalles zu begründen vermag. Nur bei erheblichen Zweifeln am Bestand der Ehe oder an einer (minimalen) Intensität ehelicher Verbundenheit im Todeszeitpunkt steht die Aufenthaltsverlängerung in Frage.⁴⁹⁴ Auch kann sich ein nachehelicher Aufenthalt aufgrund des Gesundheitszustands ergeben, wobei die diesbezüglichen Anforderungen sehr hoch sind. Verlangt wird etwa, dass die gesundheitlich bedingte Beeinträchtigung eine längere oder dringliche Behandlung erfordert, die im Heimatland nicht sichergestellt ist. Allein der Umstand, dass in der Schweiz eine bessere oder günstigere medizinische Behandlung möglich ist, genügt dagegen nicht für die Annahme eines nachehelichen Härtefalles.⁴⁹⁵

⁴⁹² SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 273; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 30; BGer 2C_241/2018 vom 20. November 2018, E. 4.2; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.317 ff.

⁴⁹³ Vgl. mit Rn 153 (Entscheid des Kantonsgerichts BL).

⁴⁹⁴ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 271; BGE 138 II 393, E. 3.3; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 15 m. w. H.; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.320.

⁴⁹⁵ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 273; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 50 N. 31; HAP Ausländerrecht-THOMAS GEISER/FELIX BLOCHER/MARC, Rz 23.317.

3. PERSÖNLICHE UMSTÄNDE BEI BEENDIGUNG DES AUFENTHALTS

3.1 Rechtsmissbrauch (Art. 51 AIG)

- 208 Die Rechtsansprüche auf Familiennachzug können gemäss Art. 51 AIG erlöschen, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, was namentlich vorliegt, wenn der Nachzug lediglich genutzt wird, um die Zulassungsvoraussetzungen des AIG zu umgehen. Es werden zwei Konstellationen der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das Familienleben unterschieden: die sog. Scheinehe und die Berufung auf eine nur noch formell bestehende Ehe.⁴⁹⁶
- 209 Nach Art. 97a ZGB sind Eheschliessungen zu verweigern, wenn zumindest eine der Eheleute offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von ausländischen Personen umgehen will. Eine solche Verweigerung setzt voraus, dass die betroffene Person gar keinen Ehe-willen hat und sie die Ehe einzig zur Erlangung eines geregelten Aufenthalts schlies-sen will. Die Behörde hat hier einen Indizienbeweis zu führen.⁴⁹⁷ Für das Vorliegen einer Ausländerrechtsehe kann bspw. eine drohende Wegweisung sprechen. Sodann sind die Umstände und Dauer der Bekanntschaft sowie die Wohnverhältnisse zu beurteilen und zu klären, ob allenfalls eine Zahlung erfolgt ist.⁴⁹⁸ Ein sehr grosser Altersunterschied zwischen den Eheleuten kann ebenfalls ein Indiz für eine Umge-hungsehe darstellen, es bedarf aber auch hier noch zusätzlich klarer und konkreter

⁴⁹⁶ UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 129; ferner OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 1 und 5; vgl. zur Definition der sog. Scheinehe mit KEMPE, S. 45 ff. Danach bezeichnet die Rechtsfigur Scheinehe eine bestimmte Motivationslage der Eheleute bzw. verlobten Perso-nen, welche doppelter Natur ist und sich aus zwei kumulativen Willenselementen zusam-mensetzt: dem fehlenden Willen zur Lebensgemeinschaft und dem Willen zur Umgehung des Aus-länderrechts.

⁴⁹⁷ KEMPE, S. 88 ff. mit vertiefenden Ausführungen zum Indizienbeweis bei einer Scheinehe; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 275 f.; BGer 5A_30/2014 vom 15. April 2014; CARONI ET AL., S. 216; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 129; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 2 und 6.

⁴⁹⁸ Vgl. mit BGE 122 II 289, E. 2b; KEMPE, S. 92 ff. mit ausführlicher Auflistung von Indizien, welche für das Vorliegen einer sog. Scheinehe sprechen können.

Hinweise, dass eine Ehegemeinschaft nicht ernsthaft gewollt ist.⁴⁹⁹ Es können sich auch nach der Eheschliessung Anhaltspunkte für das Vorliegen einer sog. Scheinehe ergeben und u. U. zur Erhärtung der zum Zeitpunkt der Eheschliessung bereits vorhandenen, aber damals noch nicht hinreichenden Indizienlage beitragen.⁵⁰⁰ Der von der Behörde zu führende Nachweis eines entsprechenden Rechtsmissbrauchs setzt hinreichend konkrete Indizien voraus und erfordert ein erwiesenermassen klar täuschendes Verhalten der betreffenden Person. Selbst bei zahlreichen Indizien, welche auf eine Umgehungsehe hindeuten, ist im Regelfall der Tatbeweis zu ermöglichen. Den Eheleuten soll die Chance geboten werden, die Tragfähigkeit der beabsichtigten Lebensgemeinschaft zu beweisen bzw. substantiiert darlegen zu können.⁵⁰¹ Indessen ist nicht auszuschliessen, dass eine ursprünglich nur zum Zweck der Umgehung der ausländerrechtlichen Vorschriften geschlossene Ehe sich in eine tatsächlich gelebte Ehe wandeln kann (sog. *amor superveniens*). Da eine solche Wandlung auf innere Vorgänge zurückzuführen ist, kann darauf ebenfalls nur mit Hilfe von Indizien geschlossen werden. Es obliegt der rechtsuchenden Partei in überzeugender Weise darzutun, dass die Qualität der Beziehung eine entscheidende Wendung genommen hat und nunmehr eine echte Ehegemeinschaft vorliegt.⁵⁰²

Liegen Indizien für eine sog. Scheinehe vor, welche in ihrer Gesamtheit allerdings nicht hinreichend für dessen Vorliegen zu überzeugen vermögen und insbesondere nicht auf zahlreiche und/oder grobe Widersprüche der Aussagen der beiden Eheleute zurückzuführen sind, trägt eine Verhandlung mit Befragung effizient und wirksam zur Sachverhaltsabklärung bei. Nach hier vertretener Auffassung kann in solchen Fallkonstellationen nur mit einer unmittelbaren mündlichen Befragung mit spontanen Nach-

210

⁴⁹⁹ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 2; BGer 2C_595/2017 vom 13. April 2018, E. 5.2.

⁵⁰⁰ Vgl. bspw. mit Urteil BGer 2C_750/2007 vom 8. April 2008, E. 2.3 und 2C_473/2008 vom 17. November 2008, E. 2.1.

⁵⁰¹ BGE 137 I 247, E. 5.1.1 f.; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 3 f. m. w. H.; vgl. vertiefend zur Ermittlung der Indizienlage, der Beweisführungslast und der Beweiswürdigung mit KEMPE, S. 95 ff.

⁵⁰² CARONI ET AL., S. 217; BGer 2C_645/2013 vom 7. April 2014, E. 2.2; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 130; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 7; KEMPE, S. 110 f.

fragen und Konfrontation der Indizienlage wirksam und effizient ein differenziertes Bild der Sachlage gewonnen werden.⁵⁰³

3.2 Persönliche Interessen beim Widerruf von Bewilligungen (Art. 62 und 63 AIG)

- ²¹¹ Der Widerruf von Bewilligungen und anderen ausländerrechtlichen Verfügungen richtet sich nach Art. 62 und Art. 63 AIG. Ein Widerruf von einer Aufenthaltsbewilligung mit relativ kurzer Gültigkeitsfrist wird meist nicht erforderlich sein, weil mit der blossen Nichtverlängerung nach Ablauf der Gültigkeit das gleiche Ergebnis erreicht werden kann. Die gesetzlichen Widerrufsgründe sind dabei analog als Gründe für die Nichtverlängerung einer Bewilligung heranzuziehen.⁵⁰⁴ Ist ein gesetzlicher Widerrufsgrund erfüllt, fällt die entsprechende Bewilligung nicht bereits von Gesetzes wegen dahin. Vielmehr liegt es im Ermessen der zuständigen kantonalen Behörde, die Verhältnismässigkeit des Widerrufs zu beurteilen und gegebenenfalls eine Widerrufsverfügung zu erlassen. Bei dieser Beurteilung hat sie die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Schwere des Verschuldens der betroffenen ausländischen Person, die Dauer ihrer Anwesenheit in der Schweiz, ihr bisheriges Verhalten, die Natur der Bindungen zur Heimat und zur Schweiz, den Grad der Integration sowie die Nachteile, die ihr und ihrer Familie bei Widerruf der Bewilligung drohen, zu berücksichtigen, wobei dem Kindeswohl vorrangige Bedeutung beizumessen ist. Ist der Widerruf begründet, aber im Einzelfall nicht angemessen, kann der betroffenen ausländischen Person der Widerruf auch bloss gemäss Art. 96 Abs. 2 AIG angedroht werden.⁵⁰⁵ Ist der Widerruf einer Niederlassungsbewilligung zu beurteilen, hat die zuständige Behörde sodann eine strengere Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen. Die unterschiedliche Be-

⁵⁰³ Vgl. mit Rn 26–28, 91, 127, 132 (mit Hinweis auf Urteil BGer 2A.69/2001 vom 29. Juni 2001, E. 4b/cc) und 142 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons BE); vgl. vertiefend zur Befragung der Eheleute als zentrale Beweismassnahme im Rahmen der migrationsamtlichen Abklärung eines Scheineheverdachts mit KEMPE, S. 190 ff.

⁵⁰⁴ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 1; HAP Ausländerrecht-ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, Rz 10.3.

⁵⁰⁵ CARONI ET AL., S. 241; BGE 135 II 377, E. 4.3; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 320 und 330; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 163 und 170; ferner OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 13 und AIG 62 N. 2.

handlung der Niederlassungsbewilligung ist gerechtfertigt, da es sich um ein wesentlich gefestigteres Anwesenheitsrecht handelt als jenes gestützt auf eine Kurzaufenthalts- oder eine Aufenthaltsbewilligung.⁵⁰⁶ Im Übrigen gehen allfällige Bewilligungsansprüche nach Art. 42 ff. AIG mit Vorliegen von Widerrufsgründen nicht automatisch unter, sondern nur dann, wenn diese Rechtsfolge verhältnismässig erscheint. Selbst wenn ein Bewilligungsanspruch verneint wurde, besteht fünf Jahre nach der Rechtskraft des Wegweisungsentscheids und anschliessender Bewährung im Ausland, ein periodischer Anspruch auf Neuprüfung des Aufenthaltsrechts.⁵⁰⁷

Die aus dem FZA fliessenden Rechte dürfen sodann nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden (sog. *ordre public*-Vorbehalt nach Art. 5 Anhang I FZA). Das FZA enthält keine entsprechenden Bestimmungen zur Beendigung eines Aufenthalts und das AIG findet in diesem Zusammenhang Anwendung.⁵⁰⁸ Nach Art. 5 Anhang I FZA ist allerdings die Richtlinie 64/221/EWG zu berücksichtigen, wonach bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschliesslich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein darf. Folglich kommen Einschränkungen der Personenfreiheit aus wirtschaftlichen oder generalpräventiven Gründen nicht in Frage. Eine strafrechtliche Verurteilung für sich allein genommen kann somit nicht eine Verweigerung oder Beendigung des Aufenthalts begründen. Vielmehr muss bei der verurteilten Person in jedem Einzelfall abgeklärt werden, ob das persönliche Verhalten eine aktuelle, tat-

212

⁵⁰⁶ CARONI ET AL., S. 240; HAP Ausländerrecht-ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, Rz 10.61; ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei einer sog. Rückstufung nach Art. 63 Abs. 2 AIG dieselben Gründe, wie bei einem Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung, überprüft werden. Im Vergleich zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung mit Wegweisung präsentiert sich indessen die Ausgangslage bei der Verhältnissmässigkeitsprüfung anders, da bei einer Rückstufung mit ersatzweiser Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eben keine Wegweisung droht.

⁵⁰⁷ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 287; BGer 2C_99/2019 vom 28. Mai 2019, E. 6.4.2 f.; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 20 m. w. H. und vertiefenden Ausführungen in N. 21-23.

⁵⁰⁸ Vgl. mit Art. 23 Abs. 1 VFP, wonach Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen sowie Grenzgängerinnenbewilligungen EU/EFTA widerrufen oder nicht mehr verlängert werden können, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr erfüllt sind. Ob es sich hierbei um eine genügende gesetzliche Grundlage handelt, ist fraglich. Art. 23 Abs. 2 VFP verweist sodann auf das AIG was die Niederlassungsbewilligung EU/EFTA anbelangt.

sächliche und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁵⁰⁹

a Täuschende Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen

²¹³ Ausländische Personen sind gemäss Art. 90 lit. a AIG gesetzlich verpflichtet, zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen zu machen. Daher liegt ein Widerrufsgrund vor, wenn im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen wurden.⁵¹⁰ In vielen Fällen geht es bspw. um Scheidungsabsichten oder die Geburt ausserehelicher Kinder, die den Behörden im Bewilligungs- oder Verlängerungsverfahren verschwiegen wurden.⁵¹¹ In Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist abzuklären, inwieweit die verschwiegene Tatsache im Rahmen des Bewilligungsverfahrens bedeutsam gewesen wäre, wie lange der Sachverhalt bereits zurückliegt und wie die Integration der betroffenen Person in der Schweiz zu beurteilen ist.⁵¹² Das Bundesgericht hat sodann betont, dass zwischen den falschen Angaben bzw. den verschwiegenen Tatsachen und der Erteilung der ausländerrechtlichen Bewilligung nicht notwendigerweise Kausalität gegeben sein muss. Ein Widerruf kann auch dann zulässig sein, wenn nicht mit Sicherheit feststeht, dass die Bewilligung bei wahrheitsgemässer und vollständiger Information verweigert worden wäre.⁵¹³

⁵⁰⁹ CARONI ET AL., S. 358 f.; BGE 139 II 121; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 335; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 172; ferner OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 14 und AIG 63 N. 6 und 13.

⁵¹⁰ Vgl. mit Art. 62 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 63 Abs. 1 lit. a AIG; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 320; CARONI ET AL., S. 241 und 247; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 165.

⁵¹¹ Vgl. mit Urteil BGer 2C_287/2012 vom 2. November 2012, E. 3.1; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 320; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 52 N. 4 mit Hinweis u. a. auf BGE 142 II 265, wonach das Verschweigen eines Kindes aus einer ausserehelichen Beziehung nicht gleichbedeutend mit dem Verschweigen einer Parallelbeziehung sei und daher nicht per se ein Widerrufsgrund darstelle.

⁵¹² SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 282; vgl. mit OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 63 N. 1; HAP Ausländerrecht-ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, Rz 10.42.

⁵¹³ BGE 142 II 265, E. 3.1.

In dieser Fallkonstellation ist die Durchführung einer Verhandlung insbesondere dann von Nutzen, wenn die Hinter- bzw. Beweggründe der schlussendlich verschwiegenen Tatsachen, mithin ein innerer Gedankengang, abzuklären sind und diese Umstände für den Ausgang des Verfahrens von entscheidender Bedeutung sind. Im Übrigen drängt sich eine Verhandlung zur Sachverhaltsabklärung auf, wenn sich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung offene Fragen zur sozialen Integration, vor allem zur Intensität von Beziehungen und zu nicht vorhandenen Wiedereingliederungsmöglichkeiten im Heimatland stellen, welche aufgrund der Aktenlage nicht hinreichend beantwortet werden können.

214

b Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe

Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG stellt die Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe einen Widerrufgrund dar.⁵¹⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr als längerfristig.⁵¹⁵ Für Straftaten, die seit dem 1. Oktober 2016 in der Schweiz begangen und von einem hiesigen Strafgericht beurteilt wurden, kommt der migrationsrechtliche Widerruf der Bewilligung kaum mehr in Frage, da gestützt auf Art. 66a ff. StGB das Strafgericht hierüber zu befinden hat. Der Widerrufsgrund der längerfristigen Freiheitsstrafe und ein damit begründeter Entzug des Aufenthaltsrechts kommt daher wohl nur noch bei Strafurteilen ausländischer Gerichte in Frage.⁵¹⁶

215

Ist ein Widerruf der Bewilligung infolge einer längerfristigen Freiheitsstrafe zu beurteilen, hat eine Interessenabwägung zu erfolgen, wobei die Gründe, welche für einen Widerruf sprechen, denjenigen, die für einen weiteren Verbleib in der Schweiz sprechen, gegenüberzustellen sind. In Betracht kommen dabei vor allem folgende Aspekte: Art der Straftat und Höhe der Strafe, Art der Tatbegehung, Zeitablauf seit der Tatbegehung und seitheriges Verhalten, Legalprognose, Anwesenheitsdauer in der Schweiz, Integra-

216

⁵¹⁴ Gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. a AIG stellt die Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe auch einen Grund zum Widerruf einer Niederlassungsbewilligung dar.

⁵¹⁵ BGE 135 II 377, E. 4.2.

⁵¹⁶ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 321; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 166; ferner CARONI ET AL., S. 242 f.; vgl. vertiefend zur Handhabung von Strafurteilen ausländischer Gerichte mit OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 16 und AIG 62 N. 10.

tionsgrad und berufliche Perspektiven, familiäre und/soziale Bindungen in der Schweiz, Möglichkeiten der Wiedereingliederung im Herkunftsland. In jedem Einzelfall sind alle Umstände einzeln zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Je schwerwiegender die Art der Straftat und der Tatbegehung sind, desto stärkerer Bindungen zur Schweiz bedarf es, damit ein Widerruf als unverhältnismässig zu beurteilen.⁵¹⁷

- ²¹⁷ In diesem Zusammenhang ist die Durchführung einer Verhandlung dann angezeigt, wenn die straffällige ausländische Person eine biographische Kehrtwende, einen Entwicklungs- und Reifeprozess seit der Begehung der für das ausländerrechtliche Verfahren anlassgebenden Straftat bzw. eine Distanzierung vom früheren mit der begangenen Straftat in Zusammenhang stehenden Umfeld geltend macht. Dabei geht es insbesondere um die Darlegung von geänderten Ansichten und einer gereiften persönlichen Haltung, welche glaubhaft zu machen ist. Dies kann insbesondere bei Jugendlichen bzw. jungen Erwachsenen von entscheidender Bedeutung sein.⁵¹⁸ Eine Verhandlung ermöglicht nicht nur ein spontanes Nachfragen anlässlich einer Befragung, was zur Feststellung eines differenzierten Bildes beiträgt, sondern es können zugleich auch die aktuell geltenden Verhältnisse, Arbeitssituation und Intensität von affektiven Beziehungen bspw. zu Kindern abgeklärt werden.⁵¹⁹

c Verstoss gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit

- ²¹⁸ Wer erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstösst oder diese gefährdet, kann die Bewilligung verlieren.⁵²⁰ Als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung gilt grundsätzlich auch die mutwillige Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verpflichtungen, was sich

⁵¹⁷ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 321 f. und 285; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 166; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 51 N. 14; BGer 2C_1224/2014 vom 12. Dezember 2014, E. 5.2 mit einem Kriterienkatalog; ferner OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 63 N. 4 f.

⁵¹⁸ OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 63 N. 9 und 12 mit Hinweisen.

⁵¹⁹ Vgl. mit Rn 26–28, 91, 127, 137 (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons AG), 141 und 143 (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons BE), 150–152 und 155 (Entscheide des Kantonsgerichts BL) und 165 (Urteil Verwaltungsgericht des Kantons GR).

⁵²⁰ Art. 62 Abs. 1 lit. c und Art. 63 Abs. 1 lit. b AIG.

in Betriebungen und Verlustscheinen niederschlägt und zum Vorwurf der Schuldenswirtschaft führen kann.⁵²¹ Geht es um den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung, muss es sich sodann um einen schwerwiegenden Verstoss handeln und nicht nur um einen erheblichen oder wiederholten Ordnungsverstoss, wie dies beim Widerruf einer Aufenthalts- bzw. Kurzaufenthaltsbewilligung vorausgesetzt wird. Dies stellt keine Frage der Mutwilligkeit dar, sondern es geht um den Umfang der Schulden.⁵²² Für den Widerruf einer Niederlassungs- oder einer Aufenthaltsbewilligung genügt Schuldenswirtschaft für sich allein sodann nicht. Zusätzlich ist die Mutwilligkeit der Verschuldung vorausgesetzt. Die Verschuldung muss somit selbst verschuldet und qualifiziert vorwerfbar sein. Für die Beurteilung kommt es auf die Umstände der Verschuldung und die Verschuldungsentwicklung im langjährigen Rückblick an, wobei zum Zeitpunkt der behördlichen Verfügung bzw. des Rechtsmittelentscheids zu entscheiden ist, ob nach wie vor noch eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorliegt.⁵²³ Erfolgt nach einer ausländerrechtlichen Verwarnung weiterhin eine Anhäufung von Schulden, gilt es zu beurteilen, ob ein betreibungsrechtliches Verwertungsverfahren läuft und welche Anstrengungen im Rahmen des Möglichen zur Sanierung unternommen wurden. Zu klären ist, ob in vorwerfbarer Weise weitere Schulden angehäuft wurden.⁵²⁴

Für die Durchführung einer Verhandlung spricht in diesem Zusammenhang, wenn sich die Umstände der Verschuldung nicht eindeutig und hinreichend anhand der Akten feststellen lassen, mithin das Vorliegen von Mutwilligkeit fraglich erscheint. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn eine relevante Verschuldung nachweisbar vorliegt, allerdings keine und nur unzureichende Belege die Umstände der Verschuldung und der Verschuldungsentwicklung darlegen. Oder wenn nur wenige Belege Bemühungen

219

⁵²¹ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 327; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 167; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 11; ferner CARONI ET AL., S. 243 f.; vgl. zudem mit Art. 77a und 77b VZAE.

⁵²² Vgl. mit Art. 63 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 62 Abs. 1 lit. c AIG; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 11 und AIG 63 N. 18; BGer 2C_93/2018 vom 21. Januar 2019, E. 3.5.

⁵²³ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 328; CARONI ET AL., S. 248; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 167; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 11; BGE 137 II 297, E. 3.3; BGer 2C_93/2018 vom 21. Januar 2019, E. 3.6.2 f.

⁵²⁴ SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 328; BGer 2C_496/2019 vom 13. November 2019, E. 5.3; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 63 N. 18.

zum Schuldenabbau darlegen und es in der Folge massgeblich auf die persönlichen Einstellungen, Ansichten und künftigen Pläne ankommt. Denkbar ist auch eine Fallkonstellation, bei welcher die Mutwilligkeit der Verschuldung zu bejahen ist und der Umfang der Verschuldung grundsätzlich für einen Widerruf bzw. eine Nichtverlängerung spricht, sich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung allerdings konkrete Anhaltspunkte präsentieren, bspw. eine besondere soziale Integration, welche einen Widerruf bzw. eine Nichtverlängerung unverhältnismässig erscheinen lassen.⁵²⁵ Zur Abklärung des Ausmasses der sozialen Integration, der Intensität von Beziehungen und den persönlichen Beziehungen zum Heimatland ist eine Verhandlung angezeigt, um effizient und wirksam ein differenzierteres Bild von den Umständen zu erhalten.⁵²⁶

d Nichteinhaltung einer mit der Bewilligung verbundenen Bedingung

- 220 Dieser Widerrufsgrund, welcher nur bei Vorliegen einer Aufenthaltsbewilligung zur Anwendung kommen kann,⁵²⁷ liegt u. a. vor, wenn der Aufenthaltszweck, für den die Bewilligung ausgestellt wurde, erfüllt ist oder wegfällt. Dies ist bspw. der Fall, wenn die ausländische Person, die zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit zugelassen wurden, über längere Zeit arbeitslos ist oder wenn die medizinische Behandlung, für die eine ausländische Person zugelassen wurde, abgeschlossen ist. Dabei ist irrelevant, ob der Aufenthaltszweck verschuldet oder unverschuldet weggefallen ist.⁵²⁸
- 221 In diesem Zusammenhang ist eine Verhandlung vor allem durchzuführen, wenn sich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung in sozialer und persönlicher Hinsicht zu klärende Fragen auferufen, welche anhand der Akten nicht hinreichend geklärt werden können und diese für den Ausgang des Verfahrens von entscheidender Bedeutung sind.

⁵²⁵ Vgl. mit Rn 146 f. (Entscheide des Kantonsgerichts BL).

⁵²⁶ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁵²⁷ Vgl. mit Art. 62 Abs. 1 lit. d AIG.

⁵²⁸ CARONI ET AL., S. 245; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 328 f.; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 13 m. w. H.; BVGer C-2485/2011 vom 11. April 2013, E. 8.4.

Eine mündliche Befragung anlässlich einer Verhandlung eröffnet die Möglichkeit, effizient ein differenziertes Bild diverser Umstände zu erhalten.⁵²⁹

e Sozialhilfeabhängigkeit

Ist eine ausländische Person bzw. eine Person, für die sie zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen und es besteht konkret die Gefahr einer fortgesetzten Sozialhilfeabhängigkeit, liegt ein Widerrufgrund vor.⁵³⁰ Betreffend einer Niederlassungsbewilligung muss der Sozialhilfebezug zudem erheblich und dauerhaft sein und auch für die Zukunft von einem anhaltenden Bezug auszugehen sein.⁵³¹ Zweck dieses Widerrufsgrundes ist die Verhinderung künftiger Belastungen des öffentlichen Gemeinwesens. Vorausgesetzt wird, dass im Einzelfall auch in Zukunft eine konkrete Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit besteht. Die zu erwartende finanzielle Entwicklung ist auf längere Sicht abzuwägen. Ausschlaggebend ist eine Prognose zur voraussichtlichen Entwicklung der finanziellen Situation unter Berücksichtigung der realisierbaren Einkommensaussichten sämtlicher Familienmitglieder. So kann eine ausländische Person zwar hohe finanzielle Unterstützungsleistungen erhalten haben und dennoch können konkrete Umstände vorliegen, welche darauf schliessen lassen, dass sie für ihren Lebensunterhalt zukünftig nicht aufzukommen vermag.⁵³² Eine Niederlassungsbewilligung kann sodann nur widerrufen werden, wenn die Fürsorgeabhängigkeit dauerhaft und erheblich ist. Davon kann ausgegangen werden, wenn die Leistungen Fr. 80'000.- übersteigen und während eines Zeitraumes von mehr als zwei Jahren bezogen wurden. In Bezug auf die Dauerhaftigkeit muss neben der tatsächlichen Zeitspanne des Sozialhilfebezugs die Möglichkeit einer zukünftigen Verbesserung der Situation mitberücksichtigt werden.⁵³³ Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung muss insbesondere das Verschulden berücksichtigt werden. So erscheint ein Bewilligungswiderruf aufgrund von Sozialhilfeabhängigkeit nur dann gerechtfertigt zu

222

⁵²⁹ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁵³⁰ Art. 62 Abs. 1 lit. e bzw. Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 14.

⁵³¹ BGE 123 II 529, E. 4.

⁵³² CARONI ET AL., S. 245; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULLI, S. 329; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 168; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 14; BGer 2C_13/2018 vom 16. November 2018, E. 3.2; 2C_949/2017 vom 23. März 2018, E. 4.1.

⁵³³ CARONI ET AL., S. 249; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 168 f.

sein, wenn der Bezug der ausländischen Person vorgeworfen werden kann, weil sie – trotz Zumutbarkeit – keiner Erwerbstätigkeit nachgeht bzw. nachgegangen ist.⁵³⁴

- 223 Eine Verhandlung ist bspw. in solchen Fällen durchzuführen, bei welchen aufgrund der Aktenlage von gewissen Bemühungen zur Erlangung einer wirtschaftlichen Eigenversorgungskapazität auszugehen ist, diese allerdings für eine Prognose der voraussichtlichen Entwicklung der finanziellen Situation nicht hinreichend Aufschluss geben.⁵³⁵ Kommt es entscheidend auf die persönlichen Einstellungen, Ansichten und zukünftigen Pläne der betroffenen Person an, bietet nur eine Verhandlung die Möglichkeit des spontanen Nachfragens und mithin eine differenzierte Sachverhaltsabklärung.⁵³⁶ Schliesslich ist eine Verhandlung angezeigt, wenn die Verschuldensfrage aufgrund der Aktenlage ungeklärt bleibt, da sowohl Hinweise für ein vorwerfbares Verhalten und zugleich solche für eine Unzumutbarkeit des Nachgehens einer Erwerbstätigkeit vorliegen und in der Folge die Glaubhaftigkeit der Darstellungen der betroffenen Person zu beurteilen ist.

f Nichteinhaltung der Integrationsvereinbarung

- 224 Mit der sog. Integrationsvereinbarung werden individuelle Integrationsziele für ausländische Personen festgelegt.⁵³⁷ Halten sie sich in der Folge ohne entschuldbaren Grund nicht an diese Vereinbarung, kann die erteilte Aufenthaltsbewilligung widerrufen werden.⁵³⁸ Bspw. soll ein unverschuldetes Fernbleiben von einer Integrationsmassnahme (z. B. durch Arztzeugnis belegte Absenzen) grundsätzlich nicht sanktioniert werden. Der Widerruf der Bewilligung muss ferner verhältnismässig sein. Den Umständen des Einzelfalls ist Rechnung zu tragen. Zudem ist vor einem allfälligen Widerruf der Bewilligung die Angemessenheit dieses weitgehenden Eingriffs zu prüfen. Insbesondere ist abzuklären, ob sich im Einzelfall nicht zuerst die Androhung des Widerrufs oder

⁵³⁴ CARONI ET AL., S. 246; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 168; OFK/Migrationsrecht-SPESCHA, AIG 62 N. 14; BGer 2C_13/2018 vom 16. November 2018, E. 3.2 und 3.5.1; 2C_1228/2012 vom 20. Juni 2013, E. 5.4

⁵³⁵ Vgl. mit Rn 146 f. und 149 (Entscheide des Kantonsgerichts BL).

⁵³⁶ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁵³⁷ Vgl. mit Art. 58b AIG.

⁵³⁸ Art. 62 Abs. 1 lit. g AIG.

allenfalls eine andere Sanktion rechtfertigen (vgl. mit Art. 96 Abs. 2 AIG).⁵³⁹ Verfügt die betreffende ausländische Person über eine Niederlassungsbewilligung, kann diese Bewilligung bei Nichteinhaltung der Integrationsvereinbarung zwar widerrufen werden, sie wird indessen durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt.⁵⁴⁰

Eine Verhandlung ist insbesondere dann durchzuführen, wenn innere Tatsachen der betreffenden Person zur Nichteinhaltung der Integrationsvereinbarung geführt haben, welche nicht von vornherein als unentschuldbare Gründe qualifiziert werden können. Geht es um die Einschätzung, ob die Aussagen der betroffenen Partei glaubwürdig sind und ist der persönliche Eindruck von entscheidender Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens, ermöglicht nur eine unmittelbare mündliche Befragung anlässlich einer Verhandlung eine effiziente und massgebende Sachverhaltsabklärung.⁵⁴¹

225

4. RECHT AUF PRIVAT- UND FAMILIENLEBEN (ART. 8 EMRK)

Art. 8 EMRK garantiert das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Davon erfasst sind sowohl Eheleute und ledige minderjährige Kinder als auch Beziehungen des erweiterten Familienlebens, etwa zu Grosseltern, Geschwistern, erwachsenen Kindern oder weiteren Verwandten sowie nichtehelichen Beziehungen. Ausländerrechtliche Massnahmen wie bspw. die Nichterteilung oder der Widerruf von Bewilligungen sind zwar als solche nicht konventionswidrig. Doch fallen derartige Massnahmen dann unter Art. 8 EMRK, wenn sie zu einer Trennung von Familienangehörigen oder Hinderung des Zusammenlebens führen bzw. Personen aus ihrem vertrauten Umfeld herausgerissen werden.⁵⁴² Eingriffe in das geschützte Privat- und Familienleben durch migrationsrechtliche Massnahmen können indes gerechtfertigt sein, sofern sie gesetzlich vorgesehen sind, einen zulässigen Zweck verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismässig sind.⁵⁴³

226

⁵³⁹ Botschaft AIG 2013, S. 2432.

⁵⁴⁰ Art. 63 Abs. 2 AIG.

⁵⁴¹ Vgl. mit Rn 26–28, 91 und 127.

⁵⁴² CARONI ET AL., S. 41; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 117 und 132.

⁵⁴³ Art. 8 Ziff. 2 EMRK.

- 227 Art. 8 EMRK ist in der Schweiz insbesondere dort von Bedeutung, wo bspw. keine entsprechende gesetzliche Regelung des Familiennachzugs im AIG besteht. Dies betrifft vor allem den Nachzug von erwachsenen Kindern von in der Schweiz lebenden Eltern, wenn ein Abhängigkeitsverhältnis besteht oder den Nachzug von Geschwistern, Grosseltern und weiteren Familienangehörigen. Auch spielt Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit dem sog. Umgekehrten Familiennachzug eine Rolle.⁵⁴⁴ Einen auf Art. 8 EMRK gestützten umgekehrten Familiennachzug lässt das Bundesgericht hingegen bislang nicht zu, wenn die Kinder nicht über das Schweizer Bürgerrecht verfügen.⁵⁴⁵
- 228 Nach ständiger Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Bewilligung gestützt auf das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK nur dann, wenn die betreffenden Personen intakte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehungen zu nahen Verwandten mit gefestigten Anwesenheitsrechten in der Schweiz haben und eine umfassende Güterabwägung ergibt, dass die privaten Interessen schwerer als die öffentlichen Interessen wiegen.⁵⁴⁶ Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Schweizer Bürgerrecht, bei Niederlassungsbewilligung und bei einer Aufenthaltsbewilligung mit Rechtsanspruch auf deren Verlängerung vor.⁵⁴⁷ Liegt eine intakte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu nahen Verwandten mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht in der Schweiz vor, sind im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung die privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.⁵⁴⁸
- 229 Die Nichtverlängerung bzw. der Widerruf einer Bewilligung kann auch einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens darstellen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei einem rechtmässigen Aufenthalt von mehr als zehn Jahren in der Schweiz grundsätzlich von derart engen sozialen und gesellschaftlichen Bindungen

⁵⁴⁴ CARONI ET AL., S. 47; HAP Ausländerrecht-ROMAN SCHULER, Rz 29.54 ff.

⁵⁴⁵ CARONI ET AL., S. 229; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 134. BGE 137 I 247, E. 4.2.

⁵⁴⁶ BGE 144 II 1, E. 6.1.

⁵⁴⁷ CARONI ET AL., S. 48; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 132 f; vgl. mit BGE 137 I 284, E. 2.6.

⁵⁴⁸ CARONI ET AL., S. 49; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, S. 133; BGE 139 I 330, E. 2.2.

zur Schweiz auszugehen, dass nur besondere Gründe den Entzug des Aufenthaltsrechts zu rechtfertigen vermögen.⁵⁴⁹

Art. 8 EMRK kann in ganz unterschiedlichen Fallkonstellationen im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren von Relevanz sein. Die Durchführung einer Verhandlung im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK drängt sich insbesondere dann auf, wenn sich Umstände, wie bspw. die Intensität der affektiven Beziehung, die tatsächliche Ausübung eines Besuchsrechts eines Elternteils bzw. die gelebte Betreuungssituation, das geltend gemachte Abhängigkeitsverhältnis nicht nur auf rein physische gesundheitliche Umstände zurückzuführen ist oder die Integration in sozialer Hinsicht sich aufgrund der Aktenlage nicht hinreichend beurteilen lassen bzw. hierfür Anhaltspunkte vorliegen und deren abzuklärenden Ausmasse sich entscheidend auf den Ausgang des Verfahrens auswirken. Zur Klärung dieser Umstände schafft nur eine unmittelbare Befragung im Rahmen einer Verhandlung wirksam und effektiv Abhilfe.⁵⁵⁰

230

III. PROZESSUALE ASPEKTE BEI DER DURCHFÜHRUNG EINER (ÖFFENTLICHEN) VERHANDLUNG

1. VERFAHRENSSTUFE

Gemäss den Erkenntnissen des dritten Kapitels zu den Rechtsgrundlagen ist zunächst festzuhalten, dass die Durchführung einer Verhandlung grundsätzlich sowohl im Rahmen eines Verfahrens vor kantonaler Behörde bzw. Gericht als auch vor dem Bundesverwaltungs- und dem Bundesgericht möglich ist.⁵⁵¹ Entsprechend den Rechtsgrundlagen zum Verfahren vor Bundesverwaltungs- und vor Bundesgericht, welche im Rahmen eines ausländerrechtlichen als verwaltungsrechtliches Verfahren nur ausnahmsweise eine Verhandlung vorsehen, konnten keine diesbezüglichen Praxisbeispiele für die Durch-

231

⁵⁴⁹ BGE 144 I 266, E. 3.9.

⁵⁵⁰ Vgl. mit Rn 26–28, 91, 127, 132 (mit Hinweis auf Urteil BGer 2A.82/2000 vom 26. Juni 2000, E. 7), 144 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons BE) und 171 f. (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons ZH).

⁵⁵¹ Vgl. mit Rn 113.

führung einer Verhandlung gefunden werden.⁵⁵² Auf kantonaler Ebene zeichnete sich indessen ein anderes Bild ab und in insgesamt zwölf Kantonen konnten Fallbeispiele für die Durchführung einer Verhandlung im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Verfahren gefunden werden.⁵⁵³

- 232 Mit Blick auf die oft erfolgende Beschränkung der Kognition vor zweiter kantonaler Instanz, falls der Kanton überhaupt ein zweistufiges Rechtsmittelverfahren vorsieht, ist eine Verhandlung grundsätzlich eher vor erster kantonaler Instanz durchzuführen, damit sich die betroffene Person denn auch noch wirksam in die Sachverhaltsabklärung einbringen kann.⁵⁵⁴ Allerdings weisen einige Kantone keine konkreten Bestimmungen zur mündlichen Verhandlung im Rahmen des erstinstanzlichen Rechtsmittelverfahrens auf,⁵⁵⁵ was eine solche Geltendmachung indessen erschwert. Hinzu kommt, dass es sich beim ersten kantonalen Rechtsmittelverfahren meist um einen verwaltungsinternen Rechtsmittelschutz handelt, welcher den Anforderungen an eine verfassungsmässige Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV nicht erfüllt. Auch wenn in der Lehre die Ansicht vertreten wird, Verwaltungsbehörden seien tendenziell besser in der Lage als Gerichte, Fragen zu beurteilen, die spezifisches Fachwissen oder einschlägige Erfahrung mit dem Vollzug von Verwaltungsrecht erfordern,⁵⁵⁶ kann sich dennoch die Frage einer gewissen Abhängigkeit oder Befangenheit innerhalb einer solchen Behörde stellen. So ist doch die erste kantonale verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanz der verfügenden Behörde direkt hierarchisch übergeordnet, welche u. U. zu einer internen Solidarität neigen könnte.⁵⁵⁷ Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob erstinstanzliche kantonale Behörde sodann die Möglichkeit haben, Zeuginnen einzuberufen. U. U. ist dies nur gerichtlichen Behörden vorbehalten.⁵⁵⁸ Vorteilhaft kann eine Verhandlung vor zweiter kantonaler Instanz dann sein, wenn Umstände zu beurteilen sind, welche sich erst im

⁵⁵² Vgl. mit Rn 128, 133 und 173.

⁵⁵³ Vgl. mit Rn 135.

⁵⁵⁴ Vgl. mit Rn 102, 113 und 122.

⁵⁵⁵ Vgl. mit Rn 110.

⁵⁵⁶ KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 13.

⁵⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz 1181.

⁵⁵⁸ Vgl. bspw. mit § 26c VRG ZH, wonach nur eine gerichtlich unabhängige Rekursinstanz Zeuginnen einvernehmen kann.

Lauf der Zeit manifestieren oder erhärten lassen. Zu denken ist an eine Beurteilung der Bewährung, des Schuldenabbaus, der Wahrnehmung des Besuchsrechts, der Beziehungs pflege oder der Bemühungen zur wirtschaftlichen Eigenversorgungskapazität.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich eine Verhandlung im ausländerrechtlichen Zusammenhang grundsätzlich auf der Stufe des kantonalen Verfahrens anbietet. Indessen lässt sich wohl kaum abstrakt feststellen, ob sich die Durchführung einer Verhandlung im Rahmen des erstinstanzlichen oder des zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahrens als grundsätzlich geeigneter erweist.²³³

2. VERFAHRENSSTADIUM

Grundsätzlich bietet sich die Durchführung einer Verhandlung, welche zur Sachverhaltsabklärung beitragen soll, während des Ermittlungsstadiums des Verfahrens an, da es dabei um die Feststellung des rechtlich relevanten Sachverhalts geht und sich die Partei somit grundsätzlich noch wirksam in das Verfahren einbringen kann.⁵⁵⁹ Das öffentliche Verfahrensrecht ist sodann vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht und für die Beweisführung bzw. Ermittlung der materiellen Wahrheit sind grundsätzlich die Behörden zuständig.⁵⁶⁰ Auch wenn die Parteien eine Pflicht zur Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung haben, liegt die Beweisführung allein bei der Behörde. Sie ist weder an die von den Parteien vorgebrachte Sachdarstellung noch an deren Beweisanträge gebunden und muss die von den Parteien anerbotenen Beweise nur dann abnehmen, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen.⁵⁶¹ Vor diesem Hintergrund und angesichts des im Verwaltungsverfahren vorherrschenden Grundsatzes der Schriftlichkeit, wird eine Verhandlung indessen erst angeordnet, nachdem sich die Behörde anhand der (ersten) schriftlichen Eingaben bereits ein Bild vom Prozessstoff machen konnte. In der Folge dürfte es bei der Durchführung einer Verhandlung im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens wohl weitgehend um die «Bewährheitung» von Vorwürfen im Sinne einer Feststellung von Tatsachen gehen

233

234

⁵⁵⁹ Vgl. vertiefend zum Ermittlungsstadium im Verwaltungsverfahren mit KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 282 und zum Ermittlungsstadium im Beschwerdeverfahren mit N. 1216–1218.

⁵⁶⁰ KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 92, 94 und 682.

⁵⁶¹ KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 688 f.

und eine Wahrheitsfindung auf der Basis des schon gesammelten Prozessstoffes im Vordergrund stehen.⁵⁶² Nach dem Gesagten bietet sich die Durchführung einer Verhandlung im Rechtsmittelverfahren frühestens nach Eingang der Vernehmlassung der Vorinstanz an. Eine in diesem Verfahrensstadium durchgeführte Verhandlung eröffnet sodann die Möglichkeit, das Replikrecht mündlich zu gewähren, womit u.U. auf einen zweiten Schriftenwechsel verzichtet werden kann.

3. ANTRAG ZUR ANORDNUNG EINER (ÖFFENTLICHEN) VERHANDLUNG

- 235 Im ausländerrechtlichen Verfahren haben die Parteien eine Pflicht zur Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung und sie müssen insbesondere in Verfahren, die sie durch ihr Begehrn eingeleitet haben, den Sachverhalt darlegen und sie haben Beweismittel beizubringen, über die sie selbst verfügen oder zu denen sie besseren Zugang haben. In Bezug auf das Rechtsbegehrn haben die Parteien somit eine Behauptungslast und sie müssen ihre Begehrn in tatsächlicher Hinsicht begründen.⁵⁶³ Ein Antrag zur Anordnung einer (öffentlichen) Verhandlung ist im (Rechtsmittel-)Verfahren so früh als möglich zu stellen. Dies angesichts der Umstände, dass im kantonalen Rechtsmittelverfahren – insoweit ein zweistufiges System vorgesehen ist – meist eine Kognitionsbeschränkung mit Anrufung der zweiten kantonalen Rechtsmittelinstanz einhergeht⁵⁶⁴ und das Bundesgericht seinem Urteil grundsätzlich den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde legt und überhaupt selten ein Beweisverfahren durchführt.⁵⁶⁵ Weiter ist ein solcher Antrag im Sinne eines Beweisantrags zu verstehen, weshalb substantiiert darzulegen ist, was mit dieser Beweismassnahme erreicht werden soll. Es ist auf diejenigen Tatsachen hinzuweisen, welche rechtlich relevant und daher zu beweisen sind. Sodann ist darzulegen, weshalb der Beweis der genannten rechtlich relevanten Tatsachen nur mittels Durchführung einer Verhandlung erbracht werden kann.⁵⁶⁶ Auch sind die zu

⁵⁶² Vgl. hierzu mit den Ausführungen von FEZER, S. 109 f. zum Strafprozess.

⁵⁶³ KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 678.

⁵⁶⁴ Vgl. mit Rn 102 und 122.

⁵⁶⁵ Vgl. mit Rn 56.

⁵⁶⁶ Vgl. mit Rn 50, 55 f., 86 f. und 106–109; vgl. zum Ablauf der Sachverhaltsfeststellung mit KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 671 f.

befürchtenden Konsequenzen eines allfällig negativen Entscheids darzulegen bzw. darauf einzugehen, inwieweit sich das Verfahren und der zu fällende Entscheid auf die persönliche Stellung auswirkt. Aufgrund des allgemeinen Fairnessgebots nach Art. 29 Abs. 1 BV trifft die Entscheidträgerin eine erhöhte Sorgfaltspflicht, wenn sich das Verfahren hinsichtlich der möglichen Rechtsfolgen oder des betroffenen Lebensbereichs besonders scherwiegend auf die persönliche Stellung auswirkt.⁵⁶⁷ Stets hilfreich ist ein Verweis auf einen vergleichbaren Fall, bei welchem bspw. eine andere kantonale Behörde bereits eine Verhandlung durchgeführt hat.

IV. WESENTLICHE ERKENNTNISSE

Nach dem Gesagten ist im Wesentlichen festzustellen, dass in bestimmten Fallkonstellationen eine Verhandlung bzw. einer persönlichen Anhörung der Partei(en) durchzuführen ist. Unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus der Praxis lassen sich vier Kategorien unterscheiden, bei welchen die Darstellungen der betroffenen Parteien und ihr persönlicher Eindruck von massgebender Relevanz für den Ausgang des Verfahrens sein können. In solchen Fällen ermöglicht eine persönliche Befragung eine einfache, effiziente und wirksame Sachverhaltsabklärung und trägt zur Erlangung eines differenzierten Bildes der betroffenen Person bei, was insbesondere für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen wichtig ist.⁵⁶⁸ Nach hier vertretener Auffassung ist in solchen Fallkonstellationen unbedingt ein substantieller Antrag für eine persönlichen Befragung zu stellen und hat die Behörde bzw. das Gericht, wenn sie nicht von sich aus eine solche Befragung anordnen, einem solchen Antrag entsprechend statzugeben.

236

1. BEZIEHUNGEN

In einem ausländerrechtlichen Verfahren kann die Beurteilung von ehelichen, familiären und verwandtschaftlichen Beziehungen für den Ausgang des Verfahrens von massgebender Relevanz sein. So sind im Zusammenhang mit nachehelichen Aufenthaltsansprüchen oder dem Vorliegen einer rechtsmissbräuchlich eingegangenen Ehe, die Ehedauer, der

237

⁵⁶⁷ Vgl. mit Rn 50.

⁵⁶⁸ Vgl. mit Rn 41, 120–125 und 173–175.

Ehewille und die Ausgestaltung der Ehe zu beurteilen.⁵⁶⁹ Die Beurteilung von Eltern-Kind-Beziehungen hinsichtlich der Intensität der affektiven Beziehung kann sodann in unterschiedlichen ausländerrechtlichen Verfahren und nicht nur im Zusammenhang mit einem (umgekehrten) Familiennachzug relevant sein. Überall dort, wo sich allfällige Ansprüche aus Art. 8 EMRK ergeben können, sind die hierunter fallenden Beziehungen und Abhängigkeitsverhältnisse näher zu beurteilen.⁵⁷⁰ Da die Intensität, der Inhalt oder die Ausgestaltung einer Beziehung meist nicht einem direkten Beweis zugänglich sind, ist regelmässig auf die Darstellungen der betroffenen Personen abzustellen und zudem die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu beurteilen. Mit einer persönlichen Anhörung als unmittelbare Beweisabnahme lässt sich der Sachverhalt effizient und wirksam abklären und es eröffnen sich zudem Möglichkeiten des spontanen Nachfragens und der Konfrontation mit allfälligen Widersprüchen bzw. Unklarheiten die Erlangung eines differenzierten Bildes der Sachlage.⁵⁷¹

2. ANSICHTS- UND VERHALTENSÄNDERUNG

- 238 Es geht um Fallkonstellationen, in welchen ein Entwicklungs- und Reifeprozess, eine Distanzierung von einem kriminellen Umfeld, eine biographische Kehrtwende oder Überlegungen und nicht belegbare Bemühungen zur Erlangung von wirtschaftlicher Eigenversorgungskapazität geltend gemacht werden und diese Umstände nicht offensichtlich unbegründet sind.⁵⁷² Es geht somit um die Beurteilung von persönlichen Umständen, der Integrität und weitergehend um eine Feststellung von Charaktereigenschaften der betroffenen Partei. Mit Blick auf den Fairnessgrundsatz einer effizienten, wirksamen und differenzierten Sachverhaltsabklärung drängt sich in solchen Fallkonstellationen eine persönliche Anhörung regelrecht auf.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Vgl. mit Rn 192–210.

⁵⁷⁰ Vgl. mit Rn 190 f., 226–230.

⁵⁷¹ Vgl. mit Rn 26–28, 41, 91 und 127.

⁵⁷² Vgl. mit Rn 215–219 und 222 f.

⁵⁷³ Vgl. mit Rn 26–28, 36, 91 und 127; vgl. ferner mit GJON, plädoyer 2019, S. 13.

3. BEWEG- UND HINTERGRÜNDE

Im Zusammenhang mit einem nachträglichen Familiennachzug, Getrenntleben der Eheleute, Verschweigen wesentlicher Tatsachen, Anhäufung von Schulden, Bezug von Sozialhilfe oder Nichteinhaltung von Bedingungen sind u. a. die Hinter- und Beweggründe des Verhaltens der betroffenen Partei abzuklären. Diese Umstände können, je nachdem ob es sich bspw. um objektiv nachvollziehbare Gründe handelt, für den Ausgang des Verfahrens von entscheidender Bedeutung sein.⁵⁷⁴ In diesen Fallkonstellationen hat eine Beurteilung der persönlichen Umstände, des Charakters der betroffenen Person und ihrer Vertrauenswürdigkeit zu erfolgen. Zur effizienten, wirksamen und differenzierten Sachverhaltsabklärung ist daher eine persönliche Anhörung zu beantragen und durchzuführen.⁵⁷⁵

239

4. SOZIALE INTEGRATION

Der Grad der sozialen Integration kann grundsätzlich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beurteilung der persönlichen Interessen, im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles und im Zusammenhang mit einem Aufenthaltsanspruch aufgrund Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK relevant sein, insbesondere wenn es um Grenzfälle geht.⁵⁷⁶ Bei der Beurteilung der sozialen Integration sind u. a. persönliche Umstände, die Integrität und Charaktereigenschaften (Wertehaltung) der betroffenen Person zu beurteilen. Liegen solche (Grenz-)Fallkonstellationen vor und erweist sich der Grad der sozialen Integration von zentraler Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens, ist zur effizienten und wirksamen Sachverhaltsabklärung eine persönlichen Anhörung zu beantragen und durchzuführen.⁵⁷⁷

240

⁵⁷⁴ Vgl. mit Rn 190 f (nachträglicher Familiennachzug), 192–195 (Getrenntleben), 213 f. (täuschen-de Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen), 218 f. (Schuldenwirtschaft), 220 f. (Nichteinhaltung einer Bedingung), 222 f. (Sozialhilfeabhängigkeit) und 224 f. (Nichteinhaltung Integrationsvereinbarung).

⁵⁷⁵ Vgl. mit Rn 26–28, 36, 91 und 127.

⁵⁷⁶ Vgl. mit Rn 179–188, 211 und 229.

⁵⁷⁷ Vgl. mit Rn 26–28, 36, 91 und 127.

- ²⁴¹ Auch wenn die Behörden und Gerichte grundsätzlich die Möglichkeit haben, von sich aus eine Verhandlung bzw. eine Anhörung anzurufen, ist im Interesse der betroffenen Person ein entsprechender Antrag bereits bei einem Gesuch bzw. einer Rechtsmittel eingabe zu stellen.⁵⁷⁸ Ein solcher Antrag ist substantiiert zu begründen und dabei möglichst konkret darzulegen, welche für den rechtserheblichen Sachverhalt relevanten Tatsachen nur mittels Verhandlung bzw. persönlicher Anhörung belegt werden können. Bestenfalls kann auf eine ähnliche Fallkonstellation verwiesen werden, in welcher bereits eine Anhörung bzw. Verhandlung von derselben oder einer anderen Behörde angeordnet wurde.⁵⁷⁹
- ²⁴² Nach hier vertretener Auffassung liegt es insbesondere an den betroffenen ausländischen Personen bzw. an ihrer Rechtsvertretung mit einem substantiierten Antrag erwirken zu können, dass eine persönliche Anhörung bzw. eine öffentliche Verhandlung durchgeführt wird. Denn ein diesbezügliches Umdenken der Behörde und Gerichte ist zurzeit (noch) nicht zu erwarten. Es bedarf eines sorgfältig begründeten Antrags, damit sich die Behörden und Gerichte mit einem solchen Anliegen befassen und in der Folge dem Antrag entweder entsprechen oder dessen Ablehnung eingehend begründen müssen. Eine solche Begründung gibt wiederum Aufschluss darüber, welche Gegebenheiten vorliegen müssen, damit ein nächster Antrag mehr Erfolg hat. Insbesondere auch angesichts der Funktionen der Mündlichkeit in einem Verfahren hat meines Erachtens eindeutig mehr Mündlichkeit im ausländerrechtlichen Verfahren Eingang zu finden. Die Rechtsanwendenden, Gerichte und Behörde haben sich über die Vorteile einer solchen Einbringungsmöglichkeit der betroffenen ausländischen Personen bewusst zu werden und haben dies entsprechend geltend zu machen und umzusetzen.

⁵⁷⁸ Vgl. mit Rn 231–235; vgl. ferner mit GHERMAN.

⁵⁷⁹ Vgl. mit Rn 235.

KAPITEL 5: SCHLUSSBETRACHTUNG

243

Zunächst lässt sich festhalten, dass eine mündliche Interaktion einen zusätzlichen Informationsaustausch ermöglicht, aufgrund der Art und Weise, wie etwas gesagt wird, wie man sich dabei verhält und durch die Körpersprache, Mimik und Gestik ausdrückt. Folgende Vorteile kann Mündlichkeit in einem Verfahren mit sich bringen bzw. begünstigen: kontradiktoriale Auseinandersetzung, unmittelbare Beweisabnahme, anderweitige Erhellung des Sachverhalts, Verwendung einer allgemein-verständlichen Sprache, Behandlung als Subjekt, zusätzliche Partizipationsmöglichkeit, Akzeptanz des Entscheids, Abdämpfung des Frustrationspotentials, Verfahrensbeschleunigung und Verfahrenstransparenz.⁵⁸⁰ Auf kantonaler und auf Bundesebene sind sodann Rechtsgrundlagen vorhanden, welche eine persönliche Anhörung bzw. eine (öffentliche) Verhandlung und damit eine mündliche Einbringung der betroffenen Person im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren grundsätzlich ermöglichen.⁵⁸¹ Mehrere Standpunkte in der Lehre sowie die Ausführungen zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, lassen die Vermutung erhärten, dass auch im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahren in bestimmten Fallkonstellationen eine (öffentliche) Verhandlungen bzw. eine persönliche Anhörungen durchzuführen sind.⁵⁸² In zwölf Kantonen werden sodann Verhandlungen bzw. Anhörungen von betroffenen Parteien in ausländerrechtlichen Verfahren durchgeführt, wobei dies zumindest in den Kantonen BE, BL und GE regelmässig der Fall ist. Weiter wies die Praxis der Kantone auf eine Kategorisierung der Fallkonstellationen hin, bei denen eine Verhandlung bzw. Anhörung durchgeführt wird.⁵⁸³ In der Auseinandersetzung mit abstrakten Fallkonstellationen aus dem AIG konnten schliesslich vier Kategorien (Beziehung, Ansichts- und Verhaltensänderung, Beweg- und Hintergründe, soziale Integration) erkannt werden, bei denen eine Verhandlung bzw. Anhörung nicht nur zu beantragen ist, sondern eine solche von den Behörden und Gerichte grundsätzlich von sich aus anzurufen wäre und jedenfalls auf Antrag hin

⁵⁸⁰ Vgl. mit Rn 41.

⁵⁸¹ Vgl. mit Rn 113.

⁵⁸² Vgl. mit Rn 118 und 127.

⁵⁸³ Vgl. mit Rn 174.

durchzuführen ist. Meines Erachtens erweist sich ein entsprechender Antrag seitens der betroffenen Person als notwendig. Die Rechtsvertretung der betroffenen Person ist gefordert, entsprechend zu handeln.⁵⁸⁴ Geht es zudem um die Beurteilung von Kindesinteressen und ist das Kindeswohl zu schützen oder liegen solche Fallkonstellationen vor, bei welchen grundsätzlich ein Aufenthaltsanspruch aufgrund des Gesetzes oder der EMRK vorliegt, lässt sich die Verweigerung der Anordnung einer Verhandlung bzw. einer Anhörung bei Vorliegen eines entsprechenden Antrags seitens der betroffenen Partei insbesondere mit Blick auf Art. 12 KRK bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK meines Erachtens und gemäss der Ansicht einiger Lehrmeinungen nicht rechtfertigen.⁵⁸⁵ Darüber hinaus ist nicht zu vergessen, dass eine Verhandlung auch anderweitige Wirkungen hat, sie bspw. eine zusätzliche Partizipationsmöglichkeit für die Parteien eröffnet und ihnen damit das Gefühl vermittelt wird, als Subjekt und nicht nur als Objekt wahrgenommen zu werden. Die mit einer Verhandlung eröffnete mündliche Einbringungsmöglichkeit dürfte zudem die Akzeptanz des zu fällenden Entscheids erhöhen, schafft Transparenz und trägt darüber hinaus zum Ansehen der betreffenden Behörde bzw. dem Gericht bei.⁵⁸⁶ Auch wenn in zwölf Kantonen im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren Verhandlungen bzw. Anhörungen angeordnet werden, ist dennoch eine gewisse Hemmung der Gerichte zu erkennen, sich an diesem Instrument der Sachverhaltsabklärung zu bedienen.⁵⁸⁷ Mit der Organisation einer Verhandlung hat die hiervon betroffene Behörde denn auch ein zusätzlichen Aufwand (inhaltliche Vorbereitungen, allfällige Organisation einer Dolmetscherin, Gewährleistung von Teilnahmerechte, Raumvorbereitungen etc.) zu erbringen. Vor diesem Hintergrund ist von zentraler Bedeutung, dass die betroffene Person einen entsprechenden Antrag so früh als möglich stellt und dabei substantiiert und möglichst konkret darlegt, welche rechtserheblichen Tatsachen eben nur mittels einer Anhörung belegt bzw. ermittelt werden können.⁵⁸⁸ So müssen sich die Gerichte zumindest aktiv mit dieser Frage auseinandersetzen und begründen, weshalb auf eine Verhandlung bzw. Anhörung verzichtet wird. Meines Erachtens kann

⁵⁸⁴ Vgl. mit Rn 236–242.

⁵⁸⁵ Vgl. mit Rn 116 und 126.

⁵⁸⁶ Vgl. mit Rn 26–28.

⁵⁸⁷ Vgl. mit Rn 120; vgl. mit GJON, plädoyer 2019, S. 13.

⁵⁸⁸ Vgl. mit Rn 235.

es allerdings auch der Fall sein, dass Gerichte unter dem Vorwand einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Durchführung einer Verhandlung bzw. einer Anhörung verzichten, was schlussendlich kaum nachgewiesen werden kann. So dürfte es sich als äusserst schwierig erweisen, bei Erhebung eines Rechtsmittels klar darlegen zu können, was mit einer Anhörung vor Vorinstanz hätte bewiesen werden sollen, wenn auf deren Durchführung aufgrund dessen verzichtet wurde, dass der Sachverhalt bereits hinreichend erstellt sei. Eine Verlagerung vom Grundsatz der Schriftlichkeit hin zu mehr Mündlichkeit in bestimmten Fallkonstellationen hängt somit auch massgebend vom Willen der Behörden und Gerichte ab; ein Umdenken hat stattzufinden.⁵⁸⁹ Denkbar ist auch eine Anpassung der Rechtsgrundlagen. Aufgrund dessen, dass es für die Anordnung einer Verhandlung bzw. Anhörung immanent auf die Einzelfallumstände ankommt, bietet sich vor allem eine Aufweichung des Ausnahmeharakters dieser Massnahmen an. So könnte die mündliche Verhandlung bspw. explizit in der Form als Kann-Bestimmung festgehalten werden, ohne zusätzlichen Hinweis, dass diese nur in Ausnahmefällen oder dergleichen anzutreffen ist. Weitergehend könnten die Anliegen von Parteien miteinbezogen werden und bspw. festgehalten werden, dass bei Vorliegen eines begründeten Antrags auf Anordnung einer Verhandlung nur in Fällen offensichtlicher Unhaltbarkeit darauf verzichtet werden könne. Schlussendlich dürfte eine Gesetzesanpassung in solcher Art wohl kaum in absehbarer Zeit erfolgen, da die aktuellen Rechtsgrundlagen die Anordnung einer Verhandlung bzw. Anhörung grundsätzlich ermöglichen. Von einem dringenden Handlungsbedarf kann in diesem Zusammenhang daher nicht die Rede sein. Um einem solchen Anliegen allerdings mehr Rückhalt zu verschaffen, könnten ein internationaler Rechtsvergleich oder eine umfassendere Betrachtung und Auswertung der schweizerischen Rechtspraxis, insbesondere was auch die erstinstanzliche kantonale Rechtsmittelinstanz anbelangt, hilfreich sein. Auch fehlen auf die schweizerische Rechtsprechung bezogene Studien oder Evaluationen was bspw. die Akzeptanz von Entscheiden und die Auswirkungen von Verhandlungen anbelangt. Eine Sammlung von Erfahrungswerten von richtenden Personen ist bislang ebenfalls nicht erfolgt. Diese könnte vor allem bei zukünftig richtenden Personen, insbesondere im Rahmen ihrer Ausbildung, für die Schaffung eines Bewusstseins sorgen, unter welchen Gegebenheiten und Umständen eine Verhandlung

⁵⁸⁹ Vgl. mit Rn 36 und 120.

in einem ausländerrechtlichen Verfahren anzutreten ist.⁵⁹⁰ Im Übrigen könnte eine solche Erfahrungswertsammlung darüber hinaus auch einen vertieften Einblick geben, wie eine solche Verhandlung ablaufen kann, um die in dieser Arbeit herausgearbeiteten Vorteile optimal in das Verfahren einbringen zu können.

⁵⁹⁰ Vgl. ferner mit GJON, plädoyer 2019, S. 12 f.