

## **BGer 2C\_912/2017 vom 18. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_912\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_912_2017)

FR: TF 2C\_912/2017 du 18 décembre 2017

IT: TF 2C\_912/2017 del 18 dicembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide betreffend die Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ; vgl. BGE 142 I 135 E. 1 S. 137 ff.). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde des gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG legitimierten Beschwerdeführers ist einzutreten.

#### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und lit. b BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) nur was ausdrücklich geltend gemacht wird, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass der Einzelrichter im vorinstanzlichen Verfahren selbst über das gegen ihn erhobene Ausstandsgesuch befunden habe: § 38 des Gesetzes über die Organisation der Gerichte des Kantons Basel-Landschaft vom 22. Februar 2001 (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG/BL; GS 34.0161) sehe vor, dass über den Ausstand in Abwesenheit des Betreffenden entschieden werde. Die Entscheidung als Richter in eigener Sache verletze Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK .

#### **E. 2.1**

Da Art. 6 Ziff. 1 EMRK in ausländerrechtlichen Angelegenheiten nicht zur Anwendung kommt (vgl. BGE 137 I 128 E. 4.4.2 S. 133), ist die Frage einzig mit Blick auf Art. 30 Abs. 1 BV zu prüfen, welcher jedoch inhaltlich der Garantie von Art. 6 Ziff. 1 EMRK entspricht.

Aufgrund des in Art. 30 Abs. 1 BV verankerten Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht kann eine Partei, ungeachtet des kantonalen Prozessrechts, ein Ausstandsbegehren gegen einen Richter stellen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters zu wecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Gerichtsperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein (vgl. Urteil 2C\_384/2017 vom 3. August 2017 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 142 III 521 E. 3.1.1

S. 536; 140 III 221 E. 4.1 S. 221 f.). In der Regel soll niemand, gegen den ein Ausstandsgesuch gerichtet ist, darüber selber entscheiden ( BGE 122 II 471 E. 3a S. 476; 114 Ia 278 ; 105 Ib 301 E. 1b S. 303; Urteile 6B\_933/2015 vom 22. Juni 2016 E. 4.1; 2C\_464/2014 vom 30. Mai 2014 E. 10.1; 1B\_135/2009 vom 12. August 2009 E. 6.1; 1P.396/2001 vom 13. Juli 2001 E. 2a). Dieser Grundsatz schlägt sich in § 38 Abs. 1 lit. a GOG/BL nieder, welcher vorsieht, dass der betreffende Spruchkörper des Gerichts über den Ausstand von Richterinnen und Richtern sowie von Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern, unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson, entscheidet, wenn streitig ist, ob ein Ausschlussgrund besteht, oder ein Ablehnungsgrund geltend gemacht wird.

## **E. 2.2**

Dieser Grundsatz gilt indessen nicht ausnahmslos. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein abgelehntes Gericht selbst über ein missbräuchliches oder untaugliches Ausstandsgesuch befinden, auch wenn gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht eine andere Instanz darüber zu entscheiden hätte (cf. BGE 129 III 445 E. 4.2.2 S. 464; Urteile 1C\_443/2015 vom 23. Februar 2016 E.1; 6B\_720/2015 vom 5. April 2016 E. 5.5; 2C\_334/2015 vom 19. Mai 2015 E. 3.1; 1B\_135/2009 vom 12. August 2009 E. 6.1). Die Missbräuchlichkeit bzw. Untauglichkeit eines Ausstandsgesuchs darf jedoch nicht leichthin angenommen werden, denn es handelt sich dabei um eine Ausnahme vom Grundsatz, dass das zuständige Gericht über den Ausstand eines Richters in dessen Abwesenheit zu befinden hat (cf. Urteile 2C\_384/2017 vom 3. August 2017 E. 3.2; 1B\_146/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2.1; 1B\_135/2009 vom 12. August 2009 E. 6.1; 6B\_337/2008 vom 7. Januar 2009 E. 2.1).

## **E. 2.3**

Gemäss Rechtsprechung ist ein Ausstandsbegehren, das einzig damit begründet wird, die abgelehnten Richter hätten in früheren Verfahren gegen eine beteiligte Partei entschieden, unzulässig, so dass ein Nichteintretensentscheid unter Mitwirkung der abgelehnten Richter ergehen kann (vgl. BGE 114 Ia 278 E. 1; Urteil 4F\_11/2013 vom 16. Oktober 2014 E. 1). Dieses Prinzip gilt jedoch nicht absolut. Die Rechtsprechung anerkennt, dass eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit bei den Parteien immer dann entstehen kann, wenn eine Gerichtsperson in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst war (vgl. BGE 138 I 425 E. 4.2.1 S. 429 ; 131 I 113 E. 3.4 S. 116;). In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen ( BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 mit Hinweisen). Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, kann nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall - anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 59) - zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als noch offen erscheint ( BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 117 ; 126 I 68 E. 3c S. 73; BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 57). Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. So fällt etwa in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden

Abschnitten stellten Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat ( BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329 mit Hinweisen).

#### **E. 2.4**

Im Strafprozessrecht wurde in der Rechtsprechung eine unzulässige Vorbefassung namentlich bei folgenden Konstellationen grundsätzlich bejaht: Personalunion von Untersuchungsrichter und erkennendem Strafrichter ( BGE 115 Ia 217 E. 6 S. 221 ff.; 114 Ia 275 E. 2b S. 277 f.; 113 Ia 72 E. 2 S. 73; 112 Ia 290 E. 5b-c S. 300 ff.; Urteil des EGMR De Cubber gegen Belgien vom 26. Oktober 1984, Serie A Bd. 86 §§ 26 ff.); Personalunion zwischen dem ehemaligen Generalprokurator und dem Ersatzrichter, weil dieser während der Voruntersuchung ein Weisungsrecht gegenüber den Bezirksprokuratoren und damit eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Untersuchungsrichter besass ( BGE 117 Ia 157 E. 3 S. 162 ff.); Ämterkumulation bei einem Strafrichter, der vorher als Mitglied der Anklagekammer die Anklage zugelassen und den Angeschuldigten ans Strafgericht überwiesen hat ( BGE 114 Ia 50 E. 5 S. 66 ff.; 113 Ia 72 E. 3 S. 73 ff.; s. aber auch BGE 114 Ia 139 ff.; zur heutigen Rechtslage s. Art. 329 StPO und Urteil 1B\_703/2011 vom 3. Februar 2012 E. 2.5 f.); Identität zwischen haftanordnender Justizperson und Anklagevertreter ( BGE 131 I 36 E. 2.5 S. 42 f.; 117 Ia 199 E. 4 S. 201 f. betreffend Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK ; s. auch Urteile des EGMR

H.B. gegen Schweiz vom 5. April 2001, VPB 65/2001 Nr. 120 S. 1292 §§ 58-63;

Huber gegen Schweiz vom 23. Oktober 1990, Serie A Bd. 188 §§ 40-43); Personalunion von Strafmandatsrichter und Strafrichter in derselben Sache ( BGE 114 Ia 143 E. 7 S. 150-153); Mitwirkung eines Gerichtsschreibers zuerst in der Strafuntersuchung und nachher beim erkennenden Gericht ( BGE 115 Ia 224 E. 7 S. 227 ff.).

Dagegen wurde die Vorbefassung unter anderem in folgenden Fällen als zulässig erachtet: personelle Identität von Haft- und Sachrichter, da der Haftrichter nicht die gleichen Fragen wie der erkennende Richter zu behandeln hat, insbesondere nicht die für den Ausgang des Hauptverfahrens entscheidende Frage der Schuld ( BGE 117 Ia 182 E. 3b S. 185; Urteile des EGMR

Hauschildt gegen Dänemark vom 24. Mai 1989, Serie A Bd. 154 §§ 50-51;

Nortier gegen Niederlande vom 24. August 1993, Serie A Bd. 267 §§ 33 ff.; s. heutige Rechtslage gemäss Art. 18 Abs. 2 StPO ); die Ämterkumulation beim Generalprokurator, der zuerst eine Strafverfügung erlässt und im anschliessenden Einspracheverfahren die Anklage vertritt, da die Strafverfügung nur bei unterlassener Einsprache rechtskräftig wird ( BGE 124 I 76 E. 2 S. 78 f.; 114 Ia 143 E. 7 S. 150-153); die Funktion der Eidgenössischen Untersuchungsrichter als haftanordnende Justizpersonen ( BGE 131 I 66 E. 4.6-4.8 S. 71-74); die Vorbefassung eines Gerichtes, das sich nach der Hauptverhandlung von der Schuld des Angeklagten überzeugt zeigt, das Urteil aussetzt und die Anklage zur geringfügigen Verbesserung zurückweist ( BGE 126 I 68 E. 4 S. 73 ff.); die Anordnung von Beweisvorkehren im Hauptverfahren durch den Gerichtspräsidenten, da in diesem Verfahrensstadium nicht mehr die Untersuchungsbehörde zuständig ist, sondern das Gericht ( BGE 116 Ia 135 E. 3b S. 139 ff.); die Mitwirkung der Richter, die ein Abwesenheitsurteil gefällt haben, bei der Neubeurteilung der Strafsache im ordentlichen Verfahren ( BGE 116 Ia 32 E. 3 S. 33 ff.; Urteil des EGMR

Thomann gegen Schweiz vom 10. Juni 1996, Rec. 1996-III, S. 806 ff. §§ 35-36, VPB 60.114); die Teilnahme des Sach- bzw. Appellationsrichters am Revisionsverfahren, da die neu zu beurteilenden spezifischen Revisionsgründe nicht mit dem bisherigen relevanten Sachverhalt identisch sind ( BGE 113 Ia 62 E. 3b S. 64; 107 Ia 15 E. 3b S. 18 f.; s.a. Urteil 1B\_96/2009 vom 11. August 2009 E. 2.3.3-2.3.4; Übersicht und weitere Hinweise bei REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 150 ff.).

Der Umstand, dass ein Richter eine beschuldigte Person verurteilt oder freigesprochen hat, genügt nach der Praxis des Bundesgerichtes grundsätzlich noch nicht, um ihn in einem späteren (getrennten) sachkonnexen Parallelverfahren gegen andere Beschuldigte wegen unzulässiger Vorbefassung abzulehnen. Andernfalls wären die Strafbehörden faktisch gezwungen, sämtliche Beschuldigten ausnahmslos (und insofern entgegen der Regelung von Art. 29-30 StPO ) im selben Verfahren zu beurteilen. Ein Ausstandsgrund ist demgegenüber erfüllt, wenn der Erstrichter sich zur Frage der Strafbarkeit oder Strafflosigkeit eines im Zweitverfahren separat zu beurteilenden Beschuldigten bereits präjudizierlich geäußert hat (vgl. Urteil 1B\_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.5 - 4.7 mit zahlreichen Hinweisen).

Diese Übersicht zeigt, dass sich die Rechtsprechung vorwiegend einzelfallbezogen und in Würdigung der konkreten Umstände zur Ausstandsproblematik im Zusammenhang mit der Vorbefassung eines Richters geäußert hat.

## **E. 2.5**

Vor dem Bundesgericht macht der Beschwerdeführer lediglich geltend, dass aufgrund der Mitwirkung des Haftrichters am Verfahren betreffend den Widerruf der Niederlassungsbewilligung (Entscheid vom 10. Juli 2013) bzw. am Wiedererwägungsverfahren (Entscheid vom 29. April 2015) sein Ausstandsgesuch nicht als offensichtlich unzulässig betrachtet werden könne und daher der Einzelrichter nicht selbst darüber hätte befinden dürfen.

Die hier zur Diskussion stehende besondere ausländerrechtliche Konstellation (Ausschaffungshaftrichter, der sowohl am Verfahren bezüglich Widerruf der Niederlassungsbewilligung als auch am entsprechenden Wiedererwägungsverfahren mitgewirkt hat) ist bis anhin nie unter ausstandsrechtlichen Gesichtspunkten vom Bundesgericht beurteilt worden. Das bedeutet nicht, dass hier überhaupt ein Ausstandsgrund gegeben ist und sich der Haftrichter in den Ausstand hätte begeben müssen. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet nicht die Frage, ob tatsächlich ein Ausstandsgrund vorliegt oder nicht, sondern ob im konkreten Fall der Haftrichter über das gegen ihn gerichtete Ausstandsgesuch selbst befinden durfte. Die Frage, ob ein Richter, welcher am Entscheid über den Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung der ausländischen Person mitgewirkt hat, auch die Ausschaffungshaft zwecks Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs anordnen kann, ist diskussionswürdig. Zu dieser Auffassung gibt auch ein kürzlich ergangener Entscheid des Bundesgerichtes betreffend einen Haftrichter Anlass, welcher vor der Bestätigung der Ausschaffungshaft eine Hausdurchsuchung bei der ausländischen Person angeordnet hatte. Im genannten Fall wurde erwogen, dass der Haftrichter zu Unrecht über das gegen ihn gerichtete Ausstandsbegehren selbst befunden hatte (vgl. Urteil 2C\_384/2017 vom 3. August 2017 E. 3). Vor dem Hintergrund des allgemeinen Grundsatzes, dass niemand unparteiischer Richter in eigener Sache sein kann, sowie mit Blick auf die differenzierte, einzelfallbezogene Rechtsprechung

zum Ausstand bei Vorbefassung kann das vom Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren gestellte Ausstandsgesuch nicht als derart abwegig bezeichnet werden, dass der abgelehnte Einzelrichter selbst darüber hätte befinden dürfen. Zumindest sind die geschilderten Umstände bei objektiver Betrachtung nicht völlig ungeeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Diese Auffassung drängt sich im konkreten Fall umso mehr auf, als die Anordnung von Ausschaffungshaft einen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV darstellt ( BGE 142 I 135 E.4.1 S. 150; Urteil 2C\_846/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4).

Somit hätte im konkreten Fall nicht der Haftrichter selbst über die Frage des Ausstands befinden dürfen, sondern das dafür zuständige Gericht (§ 38 GOG/BL). Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Sache ist an das Kantonsgericht Basel-Landschaft zur beförderlichen Behandlung des Ausstandsgesuchs in neuer Besetzung zurückzuweisen.

Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den übrigen Ausführungen des Beschwerdeführers.

### **E. 2.6**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 BGG ). Der Kanton Basel-Landschaft hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 BGG ). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

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