

# **BVGer A-1821/2022 vom 26. Juli 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-07-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1821\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1821_2022)

FR: TAF A-1821/2022 du 26 juillet 2022

IT: TAF A-1821/2022 del 26 luglio 2022

## **Regeste**

Ausstand

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern in sachlicher Hinsicht keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und es sich bei der Vorinstanz um eine Behörde im Sinn von Art. 33 VGG handelt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Hauptverfahren zuständig.

### **E. 1.2**

Im Rahmen des Hauptverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Beurteilung von Fragen formeller Natur und damit auch zum Entscheid über Ausstandsbegehren zuständig (BVGE 2007/4 E. 1.1). Dabei gelten gemäss Art. 38 VGG die Bestimmungen des BGG über den Ausstand (Art. 34 ff. BGG) im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss (zum Ganzen: Zwischenentscheid des BVGer A-1184/2019 vom 23. April 2019 E. 1.2). Nach dem Gesagten ist auf das form- und fristgerecht eingereichte Ausstandsbegehren einzutreten (vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG).

### **E. 1.3**

Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter bzw. eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Diese Bestimmung äussert sich nicht darüber, in welcher Besetzung der Entscheid über ein Ausstandsbegehren zu ergehen hat. Die allgemeinen Bestimmungen zur Bildung der Spruchkörper in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sehen in der Regel die Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen vor (Art. 21 Abs. 1 und Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 VGR). Beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren handelt es sich zwar um einen Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 92 Abs. 1 BGG). Da aber mit diesem Entscheid abschliessend über das Vorliegen von Ausstandsgründen befunden wird, erscheint es auch in diesen Fällen angebracht, den Spruchkörper gemäss den allgemeinen Bestimmungen zu bilden. Entsprechend ist auch über Ausstandsbegehren in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen zu entscheiden. Über die Ausstandsfrage kann ohne Anhörung der Gegenpartei entschieden werden (Art. 37 Abs. 2 BGG; zum Ganzen: Zwischenentscheid des BVGer A-6185/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 1.2).

## **E. 2.1**

Jede Person hat nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Der Gesetzgeber hat diesen Anspruch in Art. 34 BGG für die Verfahren vor Bundesgericht und - entsprechend Art. 38 VGG - vor Bundesverwaltungsgericht konkretisiert. Demnach treten Richterinnen und Richter sowie Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber (Gerichtspersonen) in den Ausstand, wenn sie an der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig waren (Bst. b), mit Verfahrensbeteiligten in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder dauernden Lebensgemeinschaft leben (Bst. c), mit diesen verwandt oder verschwägert sind (Bst. d) oder aus anderen Gründen (Bst. e) befangen sein könnten. Die Bestimmungen von Art. 34 Abs. 1 Bst. b und e BGG, wonach in den Ausstand zu treten hat, wer bereits in der gleichen Sache tätig war bzw. wer aus anderen Gründen befangen sein könnte, haben die Funktion eines Auffangtatbestandes (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.62). Zur Ablehnung einer Gerichtsperson muss nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden. Der Anschein der Befangenheit genügt. Ein solcher Anschein besteht, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Richterin bzw. des Richters zu erwecken. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten der Gerichtsperson begründet sein. Auf das bloss subjektive Empfinden einer Partei kann bei der entsprechenden Beurteilung allerdings nicht abgestellt werden. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Insgesamt muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 139 I 121 E. 5.1, BGE 138 I 1 E. 2.2, BGE 136 I 207 E. 3.1 je mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C\_1124/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.2; vgl. zum Ganzen: Zwischenentscheid des BVGer A-3077/2014 vom 21. Juli 2014 E. 2.2; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.62).

## **E. 2.2**

Der Anschein der Befangenheit kann durch unterschiedlichste Umstände und Gegebenheiten erweckt werden. Dazu können nach der Rechtsprechung insbesondere vor oder während eines Prozesses abgegebene Äusserungen eines Richters zählen, die den Schluss zulassen, dass sich dieser bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat (BGE 134 I 238 E. 2.1; Breitenmoser Stephan/Spori Fedail Marion, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 10 Rz. 93).

### **E. 2.3.1**

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien auch dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich grundsätzlich die Frage, ob sich eine Gerichtsperson durch ihre Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das sie nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lässt (BGE 140 I 326 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer A-1184/2019 vom 23. April 2019 E. 2.3).

### **E. 2.3.2**

Nach Art. 34 Abs. 2 BGG stellt jedoch die Mitwirkung an einem früheren Verfahren für sich allein keinen Ausstandsgrund dar. Dies gilt auch für Fälle, in welchen das Gericht aufgrund eines Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts über ein Verfahren ein zweites Mal zu befinden hat (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.65). Es wird angenommen und erwartet, dass die Gerichtspersonen die Streitsache objektiv und unparteiisch behandeln und so die erforderliche Offenheit des Verfahrens gewährleistet ist. Allein der Umstand, dass sich ein vorgesehener Spruchkörper bereits mit der Sache befasst hat, führt mithin nicht dazu, dass die beteiligten Gerichtspersonen unter dem Anschein der Befangenheit stehen. Hierfür müssten weitere konkrete für die Befangenheit sprechende Gesichtspunkte hinzutreten (statt vieler: BGE 142 III 732 E. 4.2.2; Urteil des BGer 5A\_203/2017 vom 11. September 2017 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer A-6592/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 2.3; vgl. Isabelle Häner, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 34 N. 19; Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 61, 67, 138 ff.; vgl. auch Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.64).

### **E. 2.3.3**

Richterliche Verfahrensfehler oder auch ein möglicherweise falscher materieller Entscheid können nur ausnahmsweise die Unabhängigkeit bzw. die Unbefangenheit einer Gerichtsperson in Frage stellen. Dabei müssen objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Die Annahme einer Befangenheit ist nur gerechtfertigt, wenn besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer vorliegen, welche eine schwere Verletzung der richterlichen Pflichten darstellen und die auf eine Absicht der Benachteiligung einer Prozesspartei schliessen lassen (BGE 125 I 119 E. 3e mit Hinweisen; Urteile des BGer 4A\_208/2018 vom 22. August 2018 E. 2, 1B\_203/2018 vom 18. Juni 2018 E. 2.1; vgl. auch Urteil des BVGer A-2142/2016 vom 9. September 2016 E. 6.4.2 mit Hinweisen; Häner, a.a.O., Art. 34 N. 19; vgl. ferner: BGE 141 IV 178 E. 3.2.3).

### **E. 2.3.4**

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Gerichtsperson in einem konkreten Fall vorbefasst ist, sind mehrere Kriterien zu beachten: Entscheidend ist in erster Linie, ob das Verfahren trotz deren nachgewiesenen bzw. offenkundigen Vorbefassung bezüglich des konkreten Sachverhalts und der konkreten Rechtsfragen als nach wie vor offen und nicht vorbestimmt erscheint (Offenheit des Verfahrensausgangs). Dabei spielen wiederum der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den verschiedenen Verfahrensabschnitten stellenden Rechtsfragen sowie die Bedeutung der Entscheidungen auf den Fortgang des Verfahrens eine Rolle. Weitere Elemente sind, unter welchen tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umständen sich die betroffene Amtsperson im früheren Zeitpunkt mit der Sache befasste bzw. sich später befassen wird sowie welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.1, 114 Ia 50 E. 3d; Zwischenentscheid des BVGer A-1184/2019 vom 23. April 2019 E. 2.3.3; Breitenmoser/Spori Fedail, a.a.O., Art. 10 Rz. 74).

## **E. 3**

In der vorliegenden Sache ist streitig, ob Richter Keita Mutombo aufgrund seiner Mitwirkung beim Urteil A-1838/2021 vom 8. Juni 2021 befangen ist und dementsprechend

für das Verfahren A-620/2022 in den Ausstand treten müsste.

### **E. 3.1**

Die Gesuchstellerin begründet ihr Ausstandsbegehren im Wesentlichen damit, dass im Verfahren A-1838/2021 ihr rechtliches Gehör in elementarer Art und Weise verletzt worden sei, indem ihr das Bundesverwaltungsgericht durch Keita Mutombo als Instruktionsrichter keine Gelegenheit gegeben habe, zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 20. Mai 2021 Stellung zu nehmen. Im Anschluss daran habe das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-1838/2021 vom 8. Juni 2021, welches durch Keita Mutombo als Einzelrichter gefällt worden sei, einseitig, das heisst nur gestützt auf die Vorbringen der Vorinstanz, zu deren Gunsten entschieden. Diese Vorgehensweise des Richters Keita Mutombo im Verfahren A-1838/2021 sei - wie die Gesuchstellerin weiter ausführt - objektiv so zu verstehen, dass für ihn im Verfahren bzw. im Urteil A-1838/2021 das Ergebnis des Prozesses bereits festgestanden habe. Damit sei ihr Anspruch auf Beurteilung der vorliegenden Streitsache A-620/2022 durch eine unvoreingenommene Person, so dass der Ausgang des Verfahrens offen und nicht vorbestimmt erscheine, nicht mehr garantiert.

### **E. 3.2**

In seiner Stellungnahme zum Ausstandsbegehren führte Richter Keita Mutombo im Wesentlichen aus, im Verfahren A-1838/2021 habe er als Einzelrichter über die Rechtzeitigkeit der Beschwerde zu Ungunsten der Gesuchstellerin entschieden, ohne die diesbezügliche Vernehmlassung der Vorinstanz vorgängig der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme und für eine allfällige Stellungnahme zuzustellen. Diese Unterlassung sei offensichtlich aus reinem Versehen erfolgt. Demgegenüber müssten im Falle einer Ausstandspflicht wegen richterlichen Verfahrensfehlern oder eines falschen Entscheids in der Sache objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiere, welche auf fehlende Distanz und Neutralität hinweise (mit Verweis auf das Urteil des BGer 1B\_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei dies nur dann anzunehmen, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen würden, die einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkämen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken könnten (mit Verweis auf BGE 125 I 119 E. 3e, 115 Ia 400 E. 3b und 116 Ia 135 E. 3a sowie die Urteile des BGer 1B\_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4 und 5A\_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2). Davon könne vorliegend mit Bezug auf das besagte irrtümliche Versäumnis nicht die Rede sein, weshalb der erfolgte Verfahrensfehler nicht ausstandsbegründend wirke.

### **E. 3.3**

Zu Recht begründet vorliegend die Gesuchstellerin ihr Ausstandsbegehren nicht allein damit, dass Richter Keita Mutombo in einem früheren, sie betreffenden Entscheid in derselben Sache als Einzelrichter fungierte (vgl. Sachverhalt), zumal dies nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung per se keinen Ausstandsgrund bildet (E. 2.3.2). Vielmehr versucht die Gesuchstellerin durch Aufzählung zweier ihrer Ansicht nach in jenem Verfahren begangener Rechtsverletzungen aufzuzeigen, dass Richter Keita Mutombo im hier zur Diskussion stehenden Verfahren A-620/2022 nicht mehr als unbefangen und neutral erscheint. Die Annahme einer Befangenheit würde vorliegend voraussetzen, dass im Verfahren A-1838/2021 besonders krasse oder wiederholte Irrtümer begangen wurden, die als schwere Verletzung der Richterplichten zu

qualifizieren sind und die auf eine Absicht der Benachteiligung einer Prozesspartei schliessen lassen (E. 2.3.3).

#### **E. 3.4.1**

Unbestritten ist, dass Keita Mutombo im Verfahren A-1838/2021 als Einzelrichter über die Rechtzeitigkeit der Beschwerde entschieden hat, ohne die diesbezügliche Vernehmlassung der Vorinstanz vorgängig der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme und für eine allfällige Stellungnahme zugestellt zu haben.

#### **E. 3.4.2**

Nicht gefolgt werden kann der Gesuchstellerin indes, wenn sie ausführt, das Urteil A-1838/2021 vom 8. Juni 2021 sei einseitig, das heisst nur gestützt auf die Vorbringen der Vorinstanz, entschieden worden. Vielmehr geht aus dem Urteil A-1838/2021 vom 8. Juni 2021 - insbesondere aus der Erwägung 3 - eindeutig hervor, dass sich das Gericht bzw. der Einzelrichter sehr wohl mit den Argumenten der Gesuchstellerin befasst hat. Die seitens der Gesuchstellerin aufgeworfene Rechtsverletzung kann darin jedenfalls nicht erblickt werden, auch wenn letztlich zu ihren Ungunsten entschieden worden ist.

#### **E. 3.4.3**

Dem Gesagten nach hat das Gericht zwar das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin verletzt, indem es ihr im Verfahren A-1838/2021 die Vernehmlassung der Vorinstanz nicht zugestellt hat (vgl. Urteil des BGer 2C\_551/2021 vom 24. Januar 2022 E. 2.3.2). Darin kann jedoch weder eine krasse Verletzung der Richterplichten erblickt werden noch wurden im besagten Verfahren wiederholt solche Verfahrensfehler begangen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sich aus dem genannten Versehen eine Haltung fehlender Distanz und Neutralität manifestieren würde (E. 2.3.3). Vielmehr erscheint der Verfahrensausgang nach wie vor offen, zumal der Gesuchstellerin inzwischen Gelegenheit eingeräumt wurde zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen, womit das Gericht in voller Kenntnis sämtlicher Stellungnahmen der Prozessparteien über den Fall wird befinden können.

#### **E. 3.5**

Insgesamt vermag die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe nicht aufzuzeigen, inwiefern sich Richter Keita Mutombo im Verfahren A-1838/2021 in einer Art festgelegt haben soll, dass er einer unvoreingenommenen Beurteilung der Sach- und Rechtslage im hier zur Diskussion stehenden Verfahren A-620/2022 nicht mehr zugänglich sein sollte. Damit ist das Ausstandsbegehren als unbegründet abzuweisen.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss hat die unterliegende Gesuchstellerin die Kosten für das vorliegende Ausstandsverfahren zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf CHF 800.- festzusetzen (Art. 63 Abs. 1 und Abs. 4 bis Bst. a VwVG i.V.m. Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die unterliegende Gesuchstellerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

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