

# **BVGer D-2260/2017 vom 15. Juni 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-06-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-2260\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-2260_2017)

FR: TAF D-2260/2017 du 15 juin 2017

IT: TAF D-2260/2017 del 15 giugno 2017

## **Regeste**

Unentgeltliche Rechtspflege

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet gemäss Art. 105 AsylG (SR 142.31) auf dem Gebiet des Asyls in der Regel endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen des SEM (vgl. zur Ausnahme Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Es ist ausserdem zuständig für die Revision von Urteilen, die es in seiner Funktion als Beschwerdeinstanz gefällt hat (vgl. BVGE 2007/21 E. 2.1).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 45 VGG gelten für die Revision von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts die Art. 121-128 BGG sinngemäss. Nach Art. 47 VGG findet auf Inhalt, Form und Ergänzung des Revisionsgesuches Art. 67 Abs. 3 VwVG Anwendung.

### **E. 1.3**

Über Revisionsgesuche, die nicht in die Zuständigkeit des Einzelrichters oder der Einzelrichterin gemäss Art. 23 Abs. 1 VGG fallen, wird in der Regel in der Besetzung von drei Richtern oder Richterinnen entschieden.

### **E. 1.4**

Der Gesuchsteller ist durch das betreffende Beschwerdeurteil vom 17. März 2017 besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Einreichung des Revisionsgesuchs legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG analog; vgl. André Moser et al. Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 5.70).

### **E. 2.1**

Mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision wird die Unabänderlichkeit und Massgeblichkeit eines rechtskräftigen Beschwerdeentscheids angefochten, im Hinblick darauf, dass die Rechtskraft beseitigt wird und über die Sache neu entschieden werden kann (vgl. BVGE 2012/7 E. 2.4.2 mit Verweis auf BVGE 2007/21).

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht zieht seine Urteile auf Gesuch hin aus den in Art. 121-123 BGG aufgeführten Gründen in Revision (Art. 45 VGG). Nicht als Revisionsgründe gelten Gründe, welche die Partei, die um Revision nachsucht, bereits im ordentlichen Beschwerdeverfahren hätte geltend machen können (Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG e contrario; Art. 46 VGG sinngemäss).

### **E. 2.3**

An die Begründung ausserordentlicher Rechtsmittel werden erhöhte Anforderungen gestellt. Reine Urteilskritik genügt den gesetzlichen Anforderungen an die Begründung eines Revisionsgesuchs nicht. Das Gesetz umschreibt die Revisionsgründe eng, die Rechtsprechung handhabt sie restriktiv (vgl. Elisabeth Escher, in: Niggli et al. [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2011 Art. 121 N 1; Nicolas von Werdt in: Seiler et al., Stämpflis Handkommentar SHK, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 121 N 9). Im Revisionsgesuch ist darzulegen, welcher gesetzliche Revisionsgrund angerufen und welche Änderung des früheren Entscheids beantragt wird. Die in Art. 121-123 BGG enthaltene Aufzählung der Revisionsgründe ist abschliessend (Verletzung von Ausstandspflichten; Nichtbeurteilung von Anträgen; versehentliche Nichtberücksichtigung von in den Akten liegenden Tatsachen; Verletzung der EMRK nach Vorliegen eines Entscheids des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte; nachträgliches Erfahren von erheblichen Tatsachen oder Auffinden von entscheidenden Beweismitteln, unter Ausschluss von Tatsachen oder Beweismitteln, die erst nach dem Entscheid entstanden sind). Für die Zulässigkeit eines Revisionsbegehrens ist es nicht erforderlich, dass der angerufene Revisionsgrund tatsächlich besteht, sondern es genügt, wenn der Gesuchsteller dessen Bestehen behauptet und hinreichend begründet.

### **E. 2.4**

Der Gesuchsteller macht den Revisionsgrund von Art. 121 Bst. a BGG fristgerecht geltend (innert 30 Tagen nach Entdeckung des Ausstandsgrundes, Art. 124 Abs. 1 Bst. BGG i.V.m. Art. 38 Abs. 3; abgeschlossenes Verfahren). Das Revisionsgesuch vom 19. April 2017 ist hinreichend begründet.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 121 Bst. a BGG kann die Revision eines Urteils verlangt werden, wenn die Vorschriften über die Besetzung des Gerichts oder über den Ausstand verletzt worden sind.

### **E. 3.2**

Der Gesuchsteller führt zur Begründung seines Revisionsbegehrens im Wesentlichen an, mehrere Elemente würden auf eine Voreingenommenheit des im Beschwerdeverfahren D-5810/2016 zuständig gewesenen Instruktionsrichters hindeuten. So sei die im Urteil vom 17. März 2017 vorgenommene Beurteilung der Prozessaussichten rechtlich nicht haltbar und widerspreche der ständigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts. Für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit sei eine Betrachtung ex ante vorzunehmen. Massgeblich sei der Zeitpunkt, zu dem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt worden sei (vgl. Urteil des BVGer E-4923/2016 vom 9. Februar 2017 E. 2.2). Aussichtslosigkeit könne nicht angenommen werden, wenn die Auffassung der gesuchstellenden Person der bisherigen Praxis entspreche, selbst wenn dieses eine Änderung der Rechtsprechung ankündige (vgl. Thomas Geiser, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 21 f. zu Art. 64 BGG). Der zuständige Instruktionsrichter habe die Begehren als aussichtslos beurteilt und zur Begründung auf die vorangegangenen Erwägungen im Urteil vom 17. März 2017 verwiesen. Dort sei festgehalten worden, dass das Bundesverwaltungsgericht im Referenzurteil D-7898/2015 vom 30. Januar 2017 zum Schluss gekommen sei, dass die bisherige Praxis, wonach eine illegale Ausreise aus Eritrea per se zur Flüchtlingseigenschaft führe, nicht aufrechterhalten werden könne. Ferner sei die Möglichkeit, dass jemand nach der Rückkehr in den Nationaldienst eingezogen werde, nicht asylrelevant. Dieses

Referenzurteil sei jedoch erst Monate nach der Beschwerdeerhebung ergangen. Somit könne die Beurteilung als aussichtslos nur als Ausdruck der persönlichen Meinung des Instruktionsrichters auf die in der Beschwerde vom 22. September 2016 vorgelegte Rechtsfrage verstanden werden. Ein solches Vorgehen lasse nicht nur fraglich erscheinen, ob der betreffende Instruktionsrichter im damaligen Verfahren eine objektive Einschätzung der Prozessaussichten vorgenommen habe. Vielmehr lasse sich daraus auch schliessen, dass sich der Richter in Bezug auf die vorgelegte Rechtsfrage bereits vor dem Referenzurteil derart festgelegt habe, dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht zugänglich gewesen sei und den verfassungsmässigen Anspruch auf einen unparteiischen und unvoreingenommenen Richter nicht zu erfüllen vermögen habe. Der Anschein der Voreingenommenheit werde dadurch zusätzlich verstärkt, dass die Einstufung der Rechtsbegehren den Beurteilungen durch andere Instruktionsrichterinnen und Instruktionsrichter widerspreche, wozu im Revisionsgesuch auf zahlreiche (vergleichbare) Beschwerdeverfahren der beiden Asylabteilungen des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen wird. Der Rechtsvertreterin sei lediglich ein weiteres Verfahren bekannt, in welchem die erwähnten Rechtsbegehren als aussichtslos eingestuft worden seien. So hätte das Verfahren D-5753/2016 von Instruktionsrichter Haefeli beurteilt werden sollen. Indessen sei das diesbezügliche Ausstandsbegehren als gegenstandslos abgeschrieben worden, weil Richter Fulvio Haefeli per 1. Januar 2017 in die Abteilung VI des Bundesverwaltungsgerichts gewechselt habe. Diese krasse Diskrepanz in der Beurteilung der Aussichtslosigkeit stelle eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots dar, was als Ausstandsgrund im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Best. e BGG angesehen werde. Zusammenfassend ergäben sich objektive Anhaltspunkte dafür, dass sich der (damals) zuständig gewesene Instruktionsrichter Haefeli in einer Art und Weise vorbefasst habe, die den Anschein der Befangenheit im Sinne von Art. 38 VGG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 Best. e BGG begründe. In diesem Sinne sei das Urteil D-5810/2016 revisionsweise aufzuheben, habe Instruktionsrichter Haefeli in den Ausstand zu treten und sei in Bezug auf den Kostenpunkt ein neues Urteil zu erlassen.

### **E. 3.3.1**

Für die Beurteilung der Frage, ob nach objektiven Gesichtspunkten eine Befangenheit vorliegt, ist das Kriterium der Offenheit des Verfahrensausganges massgebend, wobei dies jeweils in Bezug auf den im konkreten Fall zu beurteilenden Sachverhalt und betreffend die konkret zu entscheidende Rechtsfrage zu untersuchen ist (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 59). Dabei kann nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden, sondern muss das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. BGE 118 Ia 286 E. 3d). Eine Befangenheit ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich der zuständige Richter oder die zuständige Richterin bei der Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits auf eine solche Art festgelegt hat, dass er oder sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich und der Verfahrensausgang deswegen nicht mehr als offen erscheinen (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.6 S. 119).

### **E. 3.3.2**

Richterliche Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache können die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin nur in Frage stellen, wenn objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den

Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (vgl. Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 105 f. mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es sich dabei um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten darstellen (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 5A\_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2, mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2849/2012 vom 1. Juni 2012 E. 2.4).

### **E. 3.3.3**

Rechtlich wurde die Frage, ob sich die Beschwerde als aussichtslos erwiesen habe, im Beschwerdeverfahren D-5810/2016 zweifellos falsch beantwortet. So ist für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit eine Betrachtung ex ante vorzunehmen, wobei auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen ist. Auch wenn der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ausnahmsweise zu einem späteren Zeitpunkt getroffen wird, müssen die Erfolgsaussichten anhand der Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung beurteilt werden (vgl. BGE 133 III 614 E. 5). Mithin wäre im Beschwerdeverfahren D-5810/2016, in welchem im Rahmen eines Direktentscheids erst zusammen mit dem Endentscheid in der Hauptsache vom 17. März 2017 über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung befunden wurde, auf die am 22. September 2016 bei der Einreichung der Beschwerde, in welcher das Gesuch gestellt worden war, herrschenden Verhältnisse abzustellen gewesen. Gemäss der damaligen Rechtspraxis hätte die illegale Ausreise von eritreischen Asylsuchenden in der Regel zur Anerkennung von deren Flüchtlingseigenschaft geführt beziehungsweise war diese Praxis damals vom SEM bereits geändert worden, während sie vor Bundesverwaltungsgericht in Änderung begriffen war, welche aber erst mit dem Koordinationsentscheid D-7879/2015 vom 30. Januar 2017 (als Referenzurteil publiziert) tatsächlich vollzogen wurde. Mithin wären die gestellten Rechtsbegehren zum damaligen Zeitpunkt nicht als aussichtslos einzuschätzen und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung des damals nachweislich prozessual bedürftigen Beschwerdeführers auch im Endentscheid gutzuheissen gewesen, weshalb auf die Auferlegung der Verfahrenskosten zu verzichten gewesen wäre. Zudem wäre das Gesuch um Beiordnung der damaligen (und auch im Revisionsverfahren aktuellen) Rechtsvertreterin als unentgeltlichen Rechtsbeistand gutzuheissen gewesen, zumal ein entsprechender Antrag gestellt worden war und diese die Anforderungen von Art. 110a Abs. 3 AsylG erfüllt. Insofern liegt in der Tat ein Verfahrensfehler vor. Sodann erscheint der vom Gesuchsteller erhobene Vorwurf, Richter Fulvio Haefeli erwecke den Anschein der Befangen- beziehungsweise Voreingenommenheit, als objektiv begründet. Dass diesbezüglich im Revisionsgesuch auf zahlreiche Instruktionsverfügungen von Richterinnen und Richtern aus dem Jahr 2016 hingewiesen wurde, in welchen die jeweiligen Beschwerden aufgrund des Umstands, dass die Beschwerdeführenden geltend machten, die illegale Ausreise aus Eritrea sei nach der damaligen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geeignet, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, als nicht aussichtslos beurteilt wurden, vermag diesen Eindruck zu bestärken, auch wenn der Hinweis, wenn man davon ausgeht, es sei im Verfahren D-5810/2016 irrtümlicherweise auf den falschen Zeitpunkt abgestellt worden, im Grunde nichts zur Sache tut. Weiter verweist der Gesuchsteller berechtigterweise auf das (zwischenzeitlich gegenstandslos gewordene) Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren D-5753/2016, in dem Richter Haefeli mit dem Vorwurf der Befangenheit konfrontiert wurde, weil er eine Beschwerde in einem solchen

Verfahren mit dem Hinweis auf eine sich mutmasslich abzeichnende Praxisänderung als aussichtslos beurteilt hat. Vor diesem Hintergrund entsteht der Eindruck, dass Richter Haefeli bereits vor Erlass des Referenzurteils D-7879/2015 Beschwerden abweichend von der Praxis aller anderen Richterinnen und Richter mit der zwar (wie sich im Nachhinein herausgestellt hat) zutreffenden, aber rechtlich nicht haltbaren Begründung, es zeichne sich eine Praxisänderung ab, als aussichtslos beurteilt hat und, obwohl er in diesem Zusammenhang bereits mit dem Vorwurf der Befangenheit konfrontiert worden war, an seiner rechtlich nicht haltbaren Einschätzung (nunmehr retrospektiv) weiterhin festhielt. Damit bestehen konkrete Anhaltspunkte für den objektiv begründeten Eindruck, dass sich Richter Fulvio Haefeli bei der Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits vorgängig festgelegt habe und einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage im Rahmen des Hauptverfahrens nicht mehr zugänglich gewesen sei. Mit dieser Vorgehensweise erweckt Einzelrichter Fulvio Haefeli den Anschein, in der Sache nicht mehr offen und daher nicht unvoreingenommen gewesen zu sein.

#### **E. 3.4**

Wie dargestellt, hat Einzelrichter Fulvio Haefeli mit seiner Vorgehensweise im Rahmen des Urteilsverfahrens den Anschein der Voreingenommenheit erweckt. Dieser Eindruck beruht nicht alleine auf einer individuellen Empfindung des Gesuchstellers, vielmehr erscheint das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit des Einzelrichters nach objektiven Kriterien begründet. Bei dieser Sach- und Rechtslage erweist sich das (nachträgliche) Ausstandsgesuch als berechtigt und damit der angerufene Revisionsstatbestand von Art. 121 Bst. a BGG erfüllt. Daher ist das auf die Frage des Ausstands sowie den damit verbundenen Kosten- und Entschädigungspunkt beschränkte Revisionsgesuch gutzuheissen.

#### **E. 3.5**

Im Falle der Gutheissung des Revisionsgesuchs wird der in Revision gezogene Entscheid aufgehoben, das ursprüngliche Beschwerdeverfahren wieder aufgenommen und die Sache neu entschieden (Art. 45 VGG i.V.m. Art. 128 BGG). Dies kann namentlich bei offensichtlich begründeten Revisionsgesuchen in ein- und demselben Entscheid geschehen.

#### **E. 3.6**

Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass Richter Fulvio Haefeli im Beschwerdeverfahren D-5810/2016 die Vorschriften über den Ausstand verletzt hat, und sind die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils D-5810/2016 aufzuheben und das entsprechende Beschwerdeverfahren, beschränkt auf den Kosten- und Entschädigungspunkt, wieder aufzunehmen.

#### **E. 4.1**

Nachdem im Verfahren D-5810/2016 aufgrund der Aktenlage nach wie vor von der prozessualen Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen ist und nach dem Gesagten von der Nichtaussichtslosigkeit seiner Begehren auszugehen war, sind die kumulativen Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 1 VwVG gegeben. Mithin ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutzuheissen und auf die Auferlegung von Verfahrenskosten zu verzichten; allfällige bereits geleistete Verfahrenskosten sind dem Gesuchsteller zurückzuerstatten.

#### **E. 4.2**

Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung ist nach dem Gesagten ebenfalls gutzuheissen, die Rechtsvertreterin MLaw Eliane Gilgen als unentgeltlichen Rechtsbeistand einzusetzen und ihr ein amtliches Honorar auszurichten. In der Kostennote vom 19. April 2017 wird ein zeitlicher Aufwand von insgesamt elf Stunden für Beratungsgespräch, Aktenstudium und Verfassen der 16-seitigen Beschwerde ausgewiesen. Unter Einbezug des knapp einseitigen Nachtrags zur Beschwerde vom 21. November 2016 liegt der zeitliche Aufwand deutlich über dem Rahmen vergleichbarer Fallkonstellationen und ist daher herabzusetzen, wobei 9.5 Stunden angemessen erscheinen. Zudem geht das Bundesverwaltungsgericht bei amtlicher Vertretung in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 200.- bis Fr. 220.- für Anwältinnen und Anwälte und Fr. 100.- bis Fr. 150.- für nichtanwaltliche Vertreterinnen und Vertreter aus (Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), wobei nur der notwendige Aufwand entschädigt wird (Art. 8 Abs. 2 VGKE). Mithin ist das amtliche Honorar bei Anpassung der Kostennote an einen Stundenansatz von Fr. 150.- für den nichtanwaltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers auf (gerundet) Fr. 1600.- (Honorar Fr. 1425.-, Mehrwertsteuer Fr. 114.-, nicht mehrwersteuerpflichtige Spesenpauschale Fr. 50.-, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und MLaw Eliane Gilgen zu Lasten der Gerichtskasse auszurichten.

#### **E. 5.1**

Bei diesem Ausgang des Revisionsverfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG). Dementsprechend erweist sich das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos.

#### **E. 5.2**

Dem vertretenen Gesuchsteller ist angesichts des Obsiegens im Revisionsverfahren in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 7 VGKE). Vorliegend rechtfertigt es sich, dem Bundesverwaltungsgericht die Ausrichtung der Parteientschädigung aufzuerlegen, da dieses das vorliegend zu beurteilende Revisionsverfahren zu verantworten hat. In der Kostennote vom 19. April 2017 wird ein zeitlicher Aufwand von 9 Stunden ausgewiesen, der insgesamt - für Beratungsgespräch, Aktenstudium und Verfassen der 8-seitigen Rechtsschrift - nicht als angemessen zu werten ist und vom Gericht auf 7 Stunden reduziert wird. Zudem ist der Stundenansatz zu kürzen, zumal in Anbetracht der gegebenen Rechtsfragen dessen Höhe nicht angemessen erscheint. Unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE), der Entschädigungspraxis in Vergleichsfällen und des Ansatzes des Gerichts für Fälle der amtlichen nichtanwaltlichen Rechtsverbeiständung ist der Parteientschädigung ein Stundenansatz von Fr. 150.- zugrunde zu legen. Somit beläuft sich die angepasste Kostennote auf total Fr. 1184.- (Honorar Fr. 1050.-, Mehrwertsteuer Fr. 84.-, nicht mehrwersteuerpflichtige Spesenpauschale Fr. 50.-). Die zu Lasten des Gerichts auszurichtende Parteientschädigung beträgt demnach (gerundet) Fr. 1200.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung gegenstandslos. (Dispositiv nächste Seite)