

# **BVGer D-5583/2021 vom 21. März 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-5583\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-5583_2021)

FR: TAF D-5583/2021 du 21 mars 2022

IT: TAF D-5583/2021 del 21 marzo 2022

## **Regeste**

Ausstand

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel - wie auch vorliegend - endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]). Im Rahmen dieser Verfahren ist das Bundesverwaltungsgericht auch zur abschliessenden Beurteilung von Ausstandsbegehren zuständig (Art. 38 VGG i.V.m. Art. 37 BGG; vgl. BVGE 2007/4 E. 1.1).

### **E. 2.1**

Will eine Partei den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen, so hat sie dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 36 Abs. 1 BGG [erster Satz]). Das vorliegende Ausstandsbegehren erfolgte in der zu beachtenden Form sowie innert nützlicher Frist. Der Gesuchsteller ist im Beschwerdeverfahren D-4482/2021 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Die den Ausstand begründenden Tatsachen erscheinen ausserdem glaubhaft gemacht (vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG), wobei im Interesse der Wahrnehmung des verfassungsmässigen Anspruchs auf unabhängige und unparteiische Richterinnen und Richter die Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Zweifelsfall nicht zu hoch anzusetzen sind (vgl. Urteil des BVGer D-1708/2021 vom 15. September 2021 E. 2.2). Auf das Gesuch ist einzutreten.

### **E. 2.2**

Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter beziehungsweise eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Der Entscheid ergeht in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern beziehungsweise Richterinnen (Art. 21 Abs. 1 VGG).

### **E. 3**

Prozessgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage des Ausstands. Insofern eine erneute Prüfung der Erfolgsaussichten der materiell-rechtlichen Begehren und damit der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie des Verzichts auf Erhebung eines Kostenvorschusses verlangt wird, kann auf das Hauptverfahren D-4482/2021 verwiesen werden.

### **E. 4**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht werden verschiedene Anträge gestellt.

#### **E. 4.1**

Hinsichtlich der Anträge zur Bildung des Spruchkörpers im vorliegenden Verfahren ist festzustellen, dass der Spruchkörper mit vorliegendem Urteil bekannt gegeben wird. Sodann ist zu bestätigen, dass der Spruchkörper im Auftrag des Abteilungspräsidiums durch eine Kanzleiperson gemäss Art. 31 Abs. 3 sowie Art. 32 Abs. 1 des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 (VGR, SR 173.320.1) unter Berücksichtigung objektiver Kriterien generiert wurde. Im Übrigen sind die in diesem Zusammenhang gestellten Anträge praxisgemäss abzuweisen (vgl. Urteil des BVerger D-1305/2020 vom 20. Januar 2020 E. 4.2).

#### **E. 4.2**

Zudem wird zumindest sinngemäss verlangt, die genannten Gerichtspersonen hätten sich erneut zu den einzelnen Ausstandsbegehren zu äussern, da sie sich in ihren Stellungnahmen vom 18. Januar 2021 nicht inhaltlich umfassend und sachlich zu den in der Beschwerde geltend gemachten schweren fachlichen Fehlern geäussert hätten. Hierzu ist festzuhalten, dass die beiden Gerichtspersonen nicht gehalten waren sich in spezifischer Weise zu äussern, wobei praxisgemäss auch auf eine Stellungnahme verzichtet werden kann (vgl. Urteil des BVerger E-2886/2017 vom 1. Juni 2017), weshalb dieser Antrag abzuweisen ist.

#### **E. 4.3**

Weiter wird verlangt, die vorsitzende Richterin solle im Rahmen einer Verfügung zur Frage Stellung nehmen, ob sie im vorliegenden Verfahren unbefangen urteilen könne, zumal auch bei ihr die Weigerung die Ländersituation in Sri Lanka materiell korrekt beurteilen zu können, sichtbar sei. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass Richterinnen und Richter bei Vorliegen von Ausstandsgründen von Amtes wegen in den Ausstand zu treten haben. Entsprechende liegen vorliegend jedoch offensichtlich nicht vor. Der pauschale Vorwurf erfüllt sodann die Eintretensvoraussetzung der Glaubhaftmachung eines Ausstandsgrundes in diesem Zusammenhang offensichtlich nicht. Auf den genannten Antrag ist folglich weder unter dem Gesichtspunkt eines gesonderten Ausstandsbegehrens einzutreten, noch besteht Anlass, im Rahmen einer Zwischenverfügung weiter darauf einzugehen.

#### **E. 5.1**

Der Gesuchsteller beruft sich durch seinen Rechtsvertreter zur Begründung des Ausstandsbegehrens auf Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG. Gemäss dieser Bestimmung haben Gerichtspersonen - Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen - in den Ausstand zu treten, wenn sie aus anderen als den in Art. 34 Abs. 1 Bst. a-d BGG genannten Gründen befangen sein könnten. Dieser Bestimmung kommt die Funktion einer Auffangklausel zu, die - über den Bereich der namentlich erwähnten besonderen sozialen Beziehungen zwischen einer Gerichtsperson und einer Partei hinausgehend - sämtliche weiteren Umstände abdeckt, welche den Anschein der Befangenheit einer Gerichtsperson erwecken und objektiv Zweifel an deren Unvoreingenommenheit zu begründen vermögen (vgl. Isabelle Häner, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 34, N 16 f.). Zur Ablehnung einer Gerichtsperson muss nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden, sondern es genügt bereits der Anschein der Befangenheit. Dabei ist jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. BGE 131 I 24 E. 1.1, mit Hinweisen; 141 IV 178 E. 3.2.1, 140 I 326 E. 5.1,

m.w.H.).

## **E. 5.2**

Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fallen unter anderem bestimmte Konstellationen von sogenannter Vorbefassung, welche nicht vom Spezialtatbestand zur Vorbefassung gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG abgedeckt werden. Dies betrifft die Vorbefassung mit einer Sache auf Stufe der Verfahrensinstruktion, namentlich die Befassung mit Gesuchen um Anordnung vorsorglicher Massnahmen und die Befassung mit Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Häner, a.a.O. Art. 34, N 19). Für die vorliegend interessierende Frage - die Frage der Vorbefassung mit der Hauptsache im Rahmen der instruktionsweisen Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege - hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Richter oder eine Richterin nicht schon deswegen als voreingenommen gilt, weil er oder sie ein entsprechendes Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen hat (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.7.1). Zur Annahme von Befangenheit des betreffenden Richters oder der betreffenden Richterin müssen vielmehr weitere Gründe hinzutreten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich der zuständige Richter oder die zuständige Richterin bei der Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits in einer 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 erscheint (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.6 ab S. 119 unten). Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache stellt die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG sodann grundsätzlich noch nicht in Frage. Besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer, die eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten darstellen, können allerdings eine Haltung manifestieren, die auf fehlende Distanz und Neutralität beruht (vgl. Häner, a.a.O. Art. 34, N 19; auch etwa Urteil des Bundesgerichts 5A\_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2 m.w.H.). Demnach müssen objektiv gerechtfertigte Gründe für die Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht.

## **E. 6.1**

Mit Eingabe des Rechtsvertreters vom 20. Dezember 2021 wird zur Begründung des Ausstandsbegehrens bezüglich des Beschwerdeverfahrens D-4482/2021 vorgebracht, indem Richter Walter Lang und Gerichtsschreiberin Barbara Gysel Nüesch in der Verfügung vom 3. Dezember 2021 massiv und unsachgerecht in die materiell-rechtliche Prüfung der Verwaltungsbeschwerde vom 11. Oktober 2021 vorgegriffen hätten, aktenwidrig die Aussichtslosigkeit der gestellten Rechtsbegehren behauptet und in teilweise tendenziöser Weise auf eine nicht mehr aktuelle politische und menschrechtliche Situation in Sri Lanka verwiesen hätten, würden sie konkrete Gründe liefern, die bei objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit begründen würden. Eine spürbare Verachtung gegenüber der Verfolgungsgeschichte des Beschwerdeführers sowie der Arbeit des rubrizierten Rechtsvertreters sei erkennbar. Zumindest sei der Anschein erweckt worden, Richter Walter Lang und Gerichtsschreiberin Barbara Gysel Nüesch seien voreingenommen; sie hätten in den Ausstand zu treten. Insbesondere seien die Ausführungen hinsichtlich des Prevention of Terrorism Act (PTA) und der Niederschwelligkeit des exilpolitischen Engagements - der Beschwerdeführer verfüge über ein exilpolitisches Hochrisikoprofil - nachweislich falsch, weshalb in einer voreingenommenen Weise eine materielle Prüfung vorgenommen worden

sei. Auch Personen mit niederschwelligem Profil würden im Rahmen des PTA in asylrelevanter Weise verfolgt. Der Beschwerdeführer habe seine individuell konkrete, asylrelevante Gefährdung aufgrund der Erweiterung des PTA aufgezeigt. Bereits die Annahme, es sei nicht davon auszugehen, dass der PTA Einfluss auf sein Risikoprofil habe, sei voreingenommen. In Bezug auf seine Swiss Tamil Coordinating Committee (STCC)-Mitgliedschaft sei gerügt worden, dass seine damit zusammenhängende öffentliche Aktivität in den sozialen Medien in vergleichbaren Fällen zu Haft und Folter geführt habe. Die Aussage, wonach eine Mitarbeit beim STCC noch keine Gefährdung verursache sei falsch, zumal eine solche zwangsläufig zu einer politisch motivierten Verfolgung führe, wobei das SEM in seinem neusten Lagebild zum gleichen Schluss komme. Die Aussage, die eingereichten Beweismittel des rubrizierten Rechtsvertreters würden die Einschätzung des SEM nicht umstossen, sei tendenziös. Nach einer solchen Behauptung seien Richter Walter Lang und Gerichtsschreiberin Barbara Gysel Nüesch nicht mehr unbefangen. Hinzu komme, dass die Einschätzung des SEM selbst nicht mehr der aktuellen Lage entspreche, worauf die Gerichtspersonen sich in voreingenommener Weise stützen würden, weshalb von einer unabhängigen summarischen Prüfung keine Rede sein könne. Die vorliegende Sache sei einer summarischen Prüfung ohnehin nicht zugänglich, weil das SEM seine Einschätzung bezüglich Sri Lanka gänzlich geändert habe. Diese stehe den eigenen veralteten Länderinformationen entgegen, weshalb von der Befangenheit des genannten Richters und der genannten Gerichtsschreiberin auszugehen sei. Überdies sei erkennbar, dass die beiden Gerichtspersonen offenbar keine Notwendigkeit sehen würden, länderspezifisch auf dem aktuellen Stand zu sein und eine Veränderung in Sri Lanka mit Strahlkraft auf den Beschwerdeführer gar nicht für möglich halten würden. Schliesslich zeige sich das Vorgehen sowie die Voreingenommenheit des Richters und der Gerichtsschreiberin, indem sie den Entscheid des SEM gestützt hätten, obwohl darin auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_682/2019 vom 26. Februar 2020 verwiesen worden sei, indem jedoch die Asylfrage gar nicht Verfahrensgegenstand gewesen sei. Dies sei in Erwägung 5.1.2 sogar explizit festgehalten worden. Hinsichtlich des Wegweisungsvollzugs sei gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine einzelfallbezogene Prüfung notwendig. Dass der Richter und die Gerichtsschreiberin ohnehin davon ausgehen würden, das SEM habe wohl schon richtig entschieden, sei in höchstem Masse voreingenommen. Der beinahe zynische Verweis auf die neusten Entwicklungen in Sri Lanka zeige endgültig, dass sie jegliche Objektivität verloren hätten, wobei sogar ein ausdrückliches Desinteresse signalisiert worden sei, die aktuellsten Entwicklungen in Sri Lanka zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund sei die Arbeitsweise höchst ungenügend und es liesse sich die notwendige Sorgfalt vermissen. Bezüglich den Ausführungen zur aktuellen Lage und den Beweismitteln, die das Hauptverfahren betreffen, kann auf die Akten verwiesen werden.

## **E. 6.2**

Richter Walter Lang äusserte sich mit Stellungnahme vom 18. Januar 2022 wie folgt: Gemäss Rechtsprechung gelte eine Gerichtsperson nicht schon deswegen als voreingenommen, weil sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen habe. Im Verfahren D-4482/2021 sei die summarische Beurteilung der Prozesschancen aufgrund der Aktenlage und vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt. Im Austausch mit der Gerichtsschreiberin habe er die Beschwerde in seiner Funktion als Instruktionsrichter in einer ersten Einschätzung als aussichtslos beurteilt und dies in der

Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2021 begründet. Allein aus dem Umstand, dass der Rechtsvertreter diese Beurteilung nicht teile beziehungsweise kritisiere, lasse sich keine Befangenheit der involvierten Gerichtspersonen ableiten. Aus der Begründung in der Zwischenverfügung werde denn auch ohne Weiteres ersichtlich, dass es sich nicht um eine abschliessende Beurteilung handle. Er beantrage die Abweisung des Ausstandsbegehrens. Gerichtsschreiberin Barbara Gysel Nüesch führte in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2022 aus, der Begründung der Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2021 sei zu entnehmen, weshalb die Beschwerdebegehren aufgrund einer summarischen Prüfung der Akten als aussichtslos erscheinen würden. Dabei sei hinreichend zum Ausdruck gebracht worden, dass die Beurteilung der Prozesschancen nicht abschliessend sei und gegebenenfalls eine andere Einschätzung vorbehalten bleibe. Im Übrigen schliesse sie sich der Stellungnahme von Richter Walter Lang an.

### **E. 6.3**

In seiner Replik vom 7. Februar 2022 brachte der Gesuchsteller vor, es sei als Verweigerungshaltung zu werten, dass sich die mitwirkenden Gerichtspersonen nicht inhaltlich mit den Ausstandsgründen auseinandergesetzt hätten. Er habe nie damit argumentiert, dass sie schon deswegen als voreingenommen gelten würden, weil sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen hätten. Diese aktenwidrige Argumentation dokumentiere erneut die bereits in der Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2021 sichtbar gewordene fehlerhafte Arbeitsweise. Im Ausstandsbegehren sei belegt worden, dass die Ausführungen in der Zwischenverfügung schwer fehlerhaft, willkürlich begründet sowie akten- und tatsachenwidrig seien. Es handle sich nicht nur um eine abweichende Einschätzung der Sachlage im Rahmen des richterlichen Ermessens, sondern um schwere und wiederholte fachliche Fehler. Inwiefern diese dadurch geheilt werden könnten, dass es sich noch nicht um eine definitive Beurteilung der Sache handle, verschliesse sich einer rechtlichen Logik. Abgesehen von ihrem dominanten Einfluss auf das Verfahren, hätten befangene Gerichtspersonen sofort in den Ausstand zu treten - ihre Befangenheit könne nicht durch die Zustimmung zwei weiterer Richter oder Richterinnen ausgeglichen werden. Auf die mit der Replik und dem Schreiben vom 18. Februar 2022 gestellten verfahrensrechtlichen Anträge wurde bereits eingegangen (vgl. E. 4.2-4.3).

### **E. 7.1**

Für eine sachgerechte Beurteilung des vorliegenden Ausstandsbegehrens ist die Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2021 zu prüfen und den Erwägungen zugrunde zu legen.

### **E. 7.2**

Aus dieser ergeben sich offensichtlich keine Hinweise darauf, dass der zuständige Instruktionsrichter beziehungsweise die Gerichtsschreiberin schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder einen derart qualifiziert falschen Entscheid getroffen hätten, dass dies auf fehlende Distanz oder Neutralität hinweisen würde. Allein eine möglicherweise fehlerhafte Einschätzung begründet wie erwähnt noch keinen Anschein der Voreingenommenheit, dies würde vielmehr einen besonders schweren Fehler im Verfahren oder bei der rechtlichen Beurteilung bedingen. Von einer solchen schwerwiegenden Pflichtverletzung, die zu einer Voreingenommenheit zu führen vermöchte, kann vorliegend jedoch offensichtlich nicht die Rede sein. Die Vorbringen des Gesuchstellers erschöpfen

sich in der inhaltlichen Kritik an der summarischen Würdigung seiner Vorbringen in der Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2021. Alleine der Umstand, dass der Gesuchsteller die Auffassung des Instruktionsrichters und der beratenden Gerichtsschreiberin nicht teilt, vermag keine Befangenheit zu begründen (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.7.1; BVGE 2007/5 E. 3.4 und E. 3.7). Den Akten ist nicht zu entnehmen, dass sich Richter Walter Lang bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vom 11. Oktober 2021 von sachfremden Motiven hätte leiten lassen. Insoweit der Gesuchsteller aus der Würdigung der Vorbringen zur Lage in Sri Lanka eine Befangenheit abzuleiten versucht, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bewegt. Ebenso wenig ergeben sich aus der summarischen - und entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - einzelfallspezifischen Einschätzung der Vorbringen (bezüglich des PTA, des exilpolitischen Engagements, der aktuellen Situation in Sri Lanka sowie des Wegweisungsvollzugs) Hinweise auf eine vorgefasste Meinung oder fehlende Distanz. Der Vorwurf, die mitwirkenden Gerichtspersonen hätten sich geradezu zynisch (zur Lage in Sri Lanka) geäußert und seien offensichtlich nicht auf dem neuesten Stand, ist als blosser Behauptung und Mutmassung haltlos. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Vorwurfs der ungenügenden und unsorgfältigen Arbeitsweise. Schliesslich sind die Erwägungen in der Zwischenverfügung ausnahmslos neutral formuliert. Es ist keineswegs eine Verachtung gegenüber der Arbeit des Rechtsvertreters beziehungsweise der Fluchtgeschichte des Beschwerdeführers ersichtlich, die den Anschein der Befangenheit erwecken würde.

### **E. 7.3**

Ferner sind auch aus dem konkreten Wortlaut der Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2021 keine Hinweise auf eine Befangenheit des Instruktionsrichters und der Gerichtsschreiberin ersichtlich. Die Verfügung wurde im Konjunktiv formuliert, wobei auch aus der gewählten sprachlichen Ausdrucksweise keine abschliessende inhaltliche Beurteilung ersichtlich ist. Daraus wird deutlich, dass die in der Zwischenverfügung gemachte Einschätzung auf der zum Zeitpunkt bestehenden Sachlage getroffen wurde, wobei sich aus der summarischen Beurteilung konsequenterweise eine gewisse Eindeutigkeit ergibt, die sich - gegebenenfalls durch die Einreichung neuer Vorbringen und Beweismittel - ändern kann. Somit kann objektiv nicht auf eine endgültige Festlegung im Hinblick auf den Verfahrensausgang geschlossen werden.

### **E. 8**

Nach vorstehenden Erwägungen sind offensichtlich keine objektiven Gründe ersichtlich, die im Verfahren D-4482/2021 auf eine Befangenheit von Richter Walter Lang oder Gerichtsschreiberin Barbara Gysel Nüesch hinweisen würden, womit das Ausstandsbegehren abzuweisen ist.

### **E. 9**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und praxisgemäss auf Fr. 300.- festzusetzen. Aus den Anträgen im Rahmen des vorliegenden Ausstandsverfahrens ergibt sich nicht mit abschliessender Klarheit, ob auch für dieses oder lediglich für das hängige Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wurde. Zu Gunsten des Gesuchstellers wird vorliegend von einer entsprechenden Gesuchstellung ausgegangen. Das Gesuch ist jedoch aufgrund der

festgestellten Aussichtslosigkeit abzuweisen (vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG). (Dispositiv nächste Seite)

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