

# **BVGer E-7888/2016 vom 21. März 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-7888\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-7888_2016)

FR: TAF E-7888/2016 du 21 mars 2017

IT: TAF E-7888/2016 del 21 marzo 2017

## **Regeste**

Ausstand

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV verankerten verankerten Anspruch des Einzelnen darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirkung von sachfremden Umständen entschieden wird (vgl. BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240 und BVGE 2007/5 E. 2.2 S. 38 f., je mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Von den in Art. 34 BGG aufgezählten Gründen, welche zu einem Ausstand führen, kommt keiner der Spezialtatbestände von Art. 34 Abs. 1 Bst. a-d BGG in Frage, sondern einzig die Auffangbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, auf welche sich der Gesuchsteller denn auch ausdrücklich beruft. Gemäss dieser Bestimmung haben Gerichtspersonen - Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen - in den Ausstand zu treten, wenn sie "aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, 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. dazu Isabelle Häner, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Art. 34, N. 16 und 17).

### **E. 2.3**

Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fallen unter anderem die mögliche Voreingenommenheit aufgrund der 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 sowie (ausnahmsweise) richterliche Verfahrensfehler (vgl. Häner, a.a.O., Art. 34, N. 19). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein Richter oder eine Richterin nicht schon deswegen als voreingenommen, weil er oder sie ein entsprechendes Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen hat. So setzt ein rechtsstaatliches Verfahren regelmässig voraus, dass schon vor dem eigentlichen Sachentscheid prozessuale Anordnungen getroffen werden müssen, wozu auch die Behandlung von Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehört. Dass

das damit befasste Gerichtsmittglied dabei die Aussichten der Hauptsache abzuwägen hat, begründet für sich noch keine Voreingenommenheit, sondern ergibt sich aus dem Sinn der Verfahrensordnung (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.7.1; ebenso BVGE 2007/5 E. 2-3.7 S. 38 ff.). Zur Annahme von Befangenheit 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 S. 119). Auch können beispielsweise vor oder während des Prozesses abgegebene Äusserungen eines Richters zählen, die den Schluss zulassen, dass sich dieser bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat (vgl. BGE 137 I 227 E. 2.1 S. 229 mit Hinweisen).

#### **E. 2.4**

Zur Ablehnung einer Gerichtsperson muss nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden. Es genügt, wenn Umstände glaubhaft gemacht werden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BGG). 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). Richterliche Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache können die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin nur in Frage stellen, sofern objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. 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). Massnahmen, die mit der ordentlichen Ausübung der Richterfunktion verbunden sind, begründen auch dann keinen Verdacht der Parteilichkeit, wenn sie sich später als unzulässig, unrichtig oder unnötig erweisen (vgl. Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 105 f. mit Hinweisen).

#### **E. 3.1**

Nach Durchsicht der Akten überzeugen die Ausführungen des Gesuchstellers das Gericht nicht. Zunächst ist festzustellen, dass - wie bereits erwähnt - selbst eine allenfalls unzutreffende Wahrnehmung der Akten durch die zuständige Instruktionsrichterin, und daraus folgend eine unsachgemässe Beurteilung der Frage der mutmasslichen Aussichtslosigkeit der Beschwerde keinen Ausstandsgrund darstellen würde. Ein richterlicher Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache genügen nicht, um auf eine mögliche Befangenheit der Gerichtsperson schliessen zu können. Ein Ausstandsgrund kann vielmehr nur vorliegen, wenn weitere Anhaltspunkte hinzukommen oder wenn es sich um eine besonders krasse Fehlbeurteilung beziehungsweise schwere Verletzung der richterlichen Pflichten handelt.

#### **E. 3.2**

Aus der Wahl der sprachlichen Formulierungen in der Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2016 ergeben sich vorliegend indessen keine massgeblichen Hinweise darauf,

dass die zuständige Instruktionsrichterin nicht einer objektiven Abwägung der Gewinn- und Verlustchancen gefolgt wäre. In der Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2016 wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 1 VwVG eine vorläufige und summarische Prüfung der Gewinnaussichten auf der aktuell zur Verfügung stehenden Aktengrundlage vorgenommen werde. Ausserdem wurde das Nichteintreten explizit nur für den Fall des Ausbleibens der Zahlung "und unveränderter Sachlage" angedroht. Demnach ist nicht zu erkennen, dass Richterin Barbara Balmelli im Rahmen des Hauptverfahrens nicht gewillt sein sollte, sich nach einlässlicher Prüfung der Sache und der vom Gesuchsteller eingebrachten Beschwerdevorbringen vertieft damit auseinanderzusetzen und ihre Position gegebenenfalls - bei Geltendmachung einer veränderten Sachlage zu revidieren. Ebenso wenig wie bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist der Richter oder die Richterin an seine respektive ihre Hauptprognose gebunden (vgl. zum Ganzen auch BGE 131 I 113). Dem Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kommt somit auch unter Berücksichtigung einer allfälligen Mittellosigkeit nicht zwingend ein präjudizieller Charakter zu.

### **E. 3.3**

Dass Richterin Balmelli bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde des Gesuchstellers eine besonders gravierende Fehleinschätzung unterlaufen wäre, ist nicht festzustellen:

#### **E. 3.3.1**

Hinsichtlich der vom Gesuchsteller gerügten Gehörsverletzung wegen der Nichtgewährung der Akteneinsicht ist festzustellen, dass das SEM dem Gesuchsteller mit Zwischenverfügung vom am 1. Juli 2016 über seinen damaligen Rechtsanwalt ein erstes Mal Einsicht in die Akten gewährt hatte. Mit der angefochtenen Verfügung vom 2. November 2016 waren dem Gesuchsteller via Rechtsvertreter auch die editionspflichtigen Akten erneut zugestellt worden. Abgesehen davon, dass die zweite Einsichtgabe - gemäss Aktenverzeichnis im Wesentlichen identisch mit der kurz zuvor erfolgten ersten - wohl versehentlich erneut vorgenommen worden war, hatte das SEM dem Gesuchsteller somit ordnungsgemäss (zweimal) Akteneinsicht gewährt. Dass unter diesen Umständen dem Gesuch um erneute Akteneinsicht keine Folge geleistet und der Gesuchsteller an seinen früheren Vertreter verwiesen wurde, war offensichtlich vertretbar, zumal das Recht auf Akteneinsicht dem Gesuchsteller und nicht dessen Rechtsvertreter zusteht und patentierte Rechtsanwälte bei einem Mandatswechsel zur Herausgabe der Akten an ihren Nachfolger schon standesrechtlich verpflichtet sind.

#### **E. 3.3.2**

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Rechtsvertreter in seiner Beschwerde geltend gemacht hatte, er habe nach Eingang der Mitteilung des "dürren Statement[s]" des SEM vom 30. November 2016, er möge sich doch wegen der Akten an seinen Vorgänger wenden, zunächst über seinen Mandanten in Erfahrung bringen müssen, wer ihn denn eigentlich im erstinstanzlichen Verfahren vertreten habe - dies habe sich wegen der damaligen stationären Behandlung des Klienten verzögert, so dass er erst am 7. Dezember 2016 den Namen dieses Anwalts erfahren habe, der aber seinerseits nicht auffindbar gewesen sei und die Akten deshalb nicht herausgeben können. Diese Darstellung ist nicht zutreffend: Da SEM hatte dem neuen Rechtsvertreter in der Mitteilung vom 30. November 2016 den Namen und die Adresse der vormaligen Rechtsvertretung

bekanntgegeben. Es durfte und darf ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass es dem neuen Anwalt des Gesuchstellers bei Beachtung der zu erwartenden Sorgfalt möglich und zuzumuten gewesen wäre, sich in der Woche bis zum Ablauf der Beschwerdefrist die Vorakten bei seinem (ebenfalls in B. \_\_\_\_\_ tätigen) Kollegen zu besorgen.

### **E. 3.3.3**

Ferner wies die Instruktionsrichterin in der Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2016 zu Recht darauf hin, dass das SEM dem Gesuchsteller mit Zwischenverfügung vom 12. Februar 2016 eine zusammenfassende Darlegung des Lingua-Berichts sowie ein Informationsblatt betreffend "Werdegang und Qualifikation der sachverständigen Person" zugestellt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme einräumt hatte. Damit war ihm ordnungsgemäss das rechtliche Gehör zum Ergebnis der Lingua-Analyse gewährt worden (vgl. BVGE 2015/10 E. 5.2.2.3 und E. 5.2.2.4). Der Vorwurf, die Abweisung des Gesuchs um Offenlegung der Lingua-Analyse durch Richterin Balmelli sei willkürlich, erweist sich somit als ungerechtfertigt. Vielmehr hat sie die konstante publizierte Praxis befolgt, die auch dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers bekannt sein müsste, wonach in die Analyse selbst keine Einsicht zu gewähren ist (vgl. a.a.O. E. 5.1 S. 136 f. mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.4**

Auf eine Prüfung der übrigen vom Gesuchsteller gegen die Verfahrensführung durch Richterin Balmelli erhobenen Vorwürfe (Nichtberücksichtigung von Beschwerdevorbringen, Verletzung der Begründungspflicht, willkürliche Beweiswürdigung und Ermessensausübung, ungenügende Sachverhaltsabklärung, Diskriminierung) im Einzelnen kann verzichtet werden. In der Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2016 wurde nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen die Beschwerde des Gesuchstellers gemäss derzeitiger Aktenlage als aussichtslos erachtet werde. Es kann jedenfalls nicht von einer derart krassen Fehlbeurteilung gesprochen werden, dass objektive Gründe zur Annahme fehlender Distanz und Neutralität und damit einer Voreingenommenheit bestehen würden. Dass der Gesuchsteller beziehungsweise sein Rechtsvertreter die rechtliche Würdigung der Instruktionsrichterin nicht teilen, sondern die Beschwerde im Gegenteil als aussichtsreich erachten, vermag daran nichts zu ändern, liegt doch die Beurteilung der Prozesschancen im konkreten Einzelfall in der Kompetenz der der Sache zugeteilten Instruktionsrichterin. Den Akten ist auch nicht zu entnehmen, dass sich Richterin Balmelli bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vom 7. Dezember 2016 von sachfremden Motiven hätte leiten lassen.

### **E. 3.5**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erweist sich das Ausstandsbegehren als unbegründet und ist entsprechend - ohne auf jedes in den Eingaben aufgeführte Argument einzugehen - abzuweisen. Die Akten sind zur Weiterführung des Verfahrens E-7585/2016 an die zuständige Instruktionsrichterin zu überweisen.

### **E. 4.1**

Nachdem die Rechtsbegehren des Ausstandsgesuchs aussichtslos im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG waren, sind die Gesuche um Gewährung der unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung abzuweisen. Der Antrag auf Befreiung von der Kostenvorschusspflicht wird mit dem Entscheid in der Sache gegenstandslos.

### **E. 4.2**

Die Kosten des Ausstandsverfahrens sind bei diesem Verfahrensausgang dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 600.- festzusetzen (Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). (Dispositiv nächste Seite)

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