



## **Urteil vom 15. September 2021**

---

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),  
Richter David R. Wenger,  
Richter Daniele Cattaneo,  
Gerichtsschreiber Martin Scheyli

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geboren am [...],  
Sri Lanka,

vertreten durch Gabriel Püntener, Rechtsanwalt,  
[...],

Gesuchstellerin

---

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren D-1096/2021

**Sachverhalt:****A.**

Die Gesuchstellerin, eine sri-lankische Staatsangehörige tamilischer Ethnie, stellte am 30. April 2018 erstmals in der Schweiz ein Asylgesuch. Dieses wurde durch das Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Verfügung vom 6. Juni 2018 abgelehnt, bei gleichzeitiger Anordnung der Wegweisung aus der Schweiz und des entsprechenden Vollzugs. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-3944/2018 vom 12. September 2018 ab.

**B.**

Am 29. November 2018 reichte die Gesuchstellerin beim SEM ein zweites Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2018 lehnte das SEM auch dieses Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung der Gesuchstellerin aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Eine hiergegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-146/2019 vom 17. April 2019 ab.

**C.**

**C.a** Am 28. Juni 2019 gelangte die Gesuchstellerin mit einer als "neues Asylgesuch" bezeichneten Eingabe an das SEM.

**C.b** Mit Verfügung vom 4. Juli 2019 trat das Staatssekretariat auf diese Eingabe nicht ein.

**C.c** Gegen diese Verfügung erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. Juli 2019 eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

**C.d** Mit Urteil D-3698/2019 vom 17. Februar 2021 hob das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung des SEM vom 4. Juli 2019 auf und wies die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Die Kassation wurde im Wesentlichen damit begründet, ein mit der Eingabe vom 28. Juni 2019 eingereichtes ärztliches Zeugnis sei durch das SEM bei der Prüfung des Wegweisungsvollzugs nicht berücksichtigt worden, wodurch die behördliche Begründungspflicht und der Anspruch der Gesuchstellerin auf rechtliches Gehör verletzt worden seien. Mit dem Urteil erging an das Staatssekretariat die Anweisung, das genannte ärztliche Zeugnis unter dem Titel der Wiedererwägung zu prüfen.

**C.e** Mit Verfügung vom 5. März 2021 behandelte das SEM die Eingabe vom 28. Juni 2019, soweit das eingereichte ärztliche Zeugnis betreffend, als Wiedererwägungsgesuch, lehnte dieses ab und erklärte die Verfügung vom 6. Dezember 2018 für rechtskräftig und vollstreckbar.

**C.f** Diese Verfügung focht die Gesuchstellerin mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 11. März 2021 beim Bundesverwaltungsgericht an. Das betreffende Verfahren trägt die Geschäftsnummer D-1096/2021.

**D.**

Mit Eingabe vom 12. April 2021 stellte die Gesuchstellerin durch ihren Rechtsvertreter – unter anderem – den Antrag, im Beschwerdeverfahren D-1096/2021 hätten Richter Simon Thurnheer, Richter Grégory Sauder und Gerichtsschreiberin Andrea Beeler wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten.

**E.**

Am 20. April 2021 wurde durch die Instruktionsrichterin ein entsprechendes Ausstandsverfahren gemäss Art. 34 ff. BGG i.V.m. Art. 38 VGG eröffnet, und die genannten Gerichtspersonen wurden gestützt auf Art. 36 Abs. 2 BGG ersucht, sich zu den vorgebrachten Ausstandsgründen zu äussern.

**F.**

Mit jeweiligen Schreiben vom 28. April 2021 und vom 7. Juni 2021 gaben die genannten Gerichtspersonen entsprechende Stellungnahmen ab.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2021 wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, sich bis zum 28. Juni 2021 zu den erwähnten Stellungnahmen zu äussern.

**H.**

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 28. Juni 2021 nahm die Gesuchstellerin ihr Replikrecht wahr.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Über Beschwerden gegen Verfügungen, die gestützt auf das AsylG durch das SEM erlassen worden sind, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich (mit Ausnahme von Verfahren betreffend Personen, gegen die ein Auslieferungsersuchen des Staates vorliegt, vor welchem sie Schutz suchen) endgültig (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31–33 VGG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

**1.2** Im Rahmen dieser Verfahren ist das Bundesverwaltungsgericht auch zur abschliessenden Beurteilung von Ausstandsbegehren zuständig (Art. 37 BGG i.V.m. Art. 38 VGG; vgl. BVGE 2007/4 E. 1.1).

**1.3** 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).

### **2.**

**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). Macht die Partei die Ausstandsgründe nicht unverzüglich geltend, so verwirkt sie ihr Ablehnungsrecht (vgl. bspw. BGE 138 I 1 E. 2.2 S. 4).

**2.2** Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind ausserdem glaubhaft zu machen (Art. 36 Abs. 1 BGG). Die blosser Behauptung, es liege ein Ausstandsgrund vor, genügt somit nicht. Hingegen bedeutet Glaubhaftmachung auch nicht, dass die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein des geltend gemachten Ausstandsgrunds herbeigeführt zu werden braucht, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht (vgl. KARL SPÜHLER/HEINZ AEMISEGGER/ANNETTE DOLGE/DOMINIK VOCK, Praxiskommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 36, N 2, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, etwa BGE 138 I 1 E. 2.2 S.3; vgl. zuletzt BGE 147 III 89 E. 4.1). Eine entsprechende Zurückhaltung ist geboten, indem die Ausstandsgründe in Bezug auf Gerichtspersonen eine Konkretisierung der Verfahrensgarantien von Art. 30 Abs. 1 BV bilden, welche einen verfassungsmässigen Anspruch auf unabhängige und unparteiische Richterinnen-

nen und Richter vermitteln (vgl. Entscheide und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 26 E. 3a [= VPB 68.42]). Im Interesse der Wahrnehmung dieses Anspruchs sind somit die Anforderungen an die Eintretensvoraussetzung der Glaubhaftmachung im Zweifelsfall nicht zu hoch anzusetzen.

**2.3** Mit Eingabe des Rechtsvertreters vom 12. April 2021 wird zur Begründung des Ausstandsbegehrens gegen Richter Simon Thurnheer, Richter Grégory Sauder und Gerichtsschreiberin Andrea Beeler bezüglich des Beschwerdeverfahrens D-1096/2021 vorgebracht, das gleiche Gremium sei bereits für das Urteil D-3698/2019 vom 17. Februar 2021 zuständig gewesen. Im genannten Entscheid seien schwere fachliche Fehler begangen worden, woraus eine objektive Befangenheit im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG resultiere. Nach dem Kassationsentscheid vom 17. Februar 2021 habe der Rechtsvertreter die genannten Gerichtspersonen mit jeweiligen Schreiben vom 5. März 2021 auf den fachlichen Fehler aufmerksam gemacht, und auch das SEM sei über die Fehlerhaftigkeit der Urteilsbegründung informiert worden. Allerdings habe das Staatssekretariat bereits am 5. März 2021 eine neue Verfügung erlassen, gegen welche am 11. März 2021 eine provisorische Beschwerde mitsamt einem Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme eingereicht worden sei. Trotz des bereits erfolgten Hinweises auf die fachlichen Fehler im Urteil vom 17. Februar 2021 habe sich aus der vom Bundesverwaltungsgericht am 12. März 2021 angeordneten superprovisorischen Massnahme ergeben, dass wiederum der gleiche Instruktionsrichter in der Sache tätig sein solle. Dieser und die beiden anderen Gerichtspersonen hätten eigentlich von sich aus in Ausstand treten müssen. Da dies nicht geschehen sei, werde mit Eingabe vom 12. April 2021 zum einen eine Vervollständigung der Beschwerde vom 11. März 2021, zum anderen ein Ausstandsbegehren eingereicht.

**2.4** Angesichts dieser Vorbringen ist das Ausstandsbegehren der Gesuchstellerin als rechtzeitig eingereicht zu erachten, und die vorgebrachten Ausstandsgründe erscheinen auch als im erwähnten Sinn glaubhaft gemacht. Auf das Ausstandsbegehren ist folglich einzutreten.

**2.5** Unter dem Titel des Ausstandsbegehrens werden mit der Eingabe vom 12. April 2021 in verfahrensrechtlicher Hinsicht verschiedene Anträge gestellt.

**2.5.1** Dabei wird zunächst verlangt, um ein faires Verfahren zu garantieren, dürften Gerichtspersonen des Bundesverwaltungsgerichts, die in einer gleichen Problematik bereits einmal rechtlich falsch entschieden hätten und ebenfalls schwere fachliche Fehler begangen hätten – nämlich "beispielsweise" Richterin Nina Spälti Giannakitsas, Richter Markus König, Richterin Daniela Brüscheiler und Gerichtsschreiberin Teresia Gordzielik im Beschwerdeverfahren D-137/2017 – im vorliegenden Ausstandsverfahren nicht eingesetzt werden. Es vermag sich die Frage zu stellen, ob dieser Antrag einem gesonderten Ausstandsbegehren gleichkommen könnte, das sich wiederum auf das vorliegende Verfahren bezieht. Jedoch wird mit der Eingabe vom 12. April 2021 – über den blossen Antrag hinaus – weder ausgeführt, weshalb in Bezug auf die genannten Gerichtspersonen für das vorliegende Verfahren ein Ausstandsgrund gegeben sein soll, noch wird dargelegt, inwiefern zwischen dem Verfahren D-137/2017 – an welchem der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin nicht einmal beteiligt war – und dem vorliegenden Verfahren ein Zusammenhang bestehen soll, noch wird ausgeführt, welche fachlichen Fehler damals begangen sein sollen. Die Eintretensvoraussetzung der Glaubhaftmachung eines Ausstandsgrunds (vgl. E. 2.2) ist somit in diesem Zusammenhang offensichtlich nicht gegeben. Auf den genannten Antrag ist folglich weder unter dem Gesichtspunkt eines gesonderten Ausstandsbegehrens einzutreten, noch besteht Anlass, in anderweitiger Hinsicht auf ihn einzugehen.

**2.5.2** Mit der Eingabe vom 12. April 2021 wird unter dem Titel des Ausstandsbegehrens weiter beantragt, es sei der Spruchkörper bekanntzugeben. Die am Verfahren betreffend das Ausstandsbegehren beteiligten Gerichtspersonen werden dem Rechtsvertreter mit vorliegendem Urteil bekannt.

**2.5.3** Des Weiteren wird beantragt, es sei Auskunft zu erteilen, wie im vorliegenden Verfahren die zuständigen Gerichtspersonen ausgewählt wurden, wobei zu bestätigen sei, dass die Auswahl zufällig getroffen wurde, andernfalls die objektiven Kriterien für die Auswahl des Spruchkörpers bekanntzugeben seien. Es sei dazu Einsicht in die Datei der Software des Gerichts zu gewähren, mit welcher diese Auswahl kreiert worden sei, und es sei offenzulegen, wer diese Auswahl getroffen habe.

Die Spruchkörperzusammensetzung wurde von einer Mitarbeiterin der Abteilung IV nach Eingang des Ausstandsbegehrens mit Hilfe eines EDV-basierten Zuteilungssystems generiert. Eingriffe in das Spruchkörpergenerie-

nungssystem wurden lediglich insofern vorgenommen, als die das Ausstandsbegehren betreffenden Personen von der Zuteilung ausgeschlossen wurden.

Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG haben die Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache folgende Akten einzusehen: Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (Bst. a), alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Bst. b) und Niederschriften eröffneter Verfügungen (Bst. c). Die Software, mit welcher das Bundesverwaltungsgericht den Spruchkörper bestimmt, welcher die bei ihm eingereichten Rechtsmittel beurteilt, ist als solche keine das konkrete Verfahren betreffende Akte, in die Einsicht gewährt werden könnte. Der im Rechtsbegehren mitenthaltene Antrag, es sei Einsicht in die Datei der Software zu gewähren, mit der die Bestimmung des Spruchkörpers vorgenommen worden sei, ist daher abzuweisen.

**2.6** Mit der Eingabe der Gesuchstellerin vom 12. April 2021 werden über das Ausstandsbegehren hinaus auch Anträge gestellt und entsprechende Vorbringen gemacht, die sich auf das Beschwerdeverfahren D-1096/2021 beziehen. Auf diese Anträge ist im vorliegenden Verfahren, das sich auf den Gegenstand des Ausstands beschränkt, nicht einzutreten.

**2.7** Im Übrigen ist festzustellen, dass Gerichtsschreiberin Andrea Beeler in der Zwischenzeit aus ihrer Funktion beim Bundesverwaltungsgericht ausgeschieden ist. In Bezug auf ihre Person ist das Ausstandsbegehren somit gegenstandslos geworden.

### **3.**

**3.1** Die Gesuchstellerin beruft sich durch ihren 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, 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. ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 34, N 16 f.). In den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fallen auch richterliche Verfahrensfehler, welche ausnahmsweise die Unabhängigkeit beziehungsweise Unbefangenheit einer Gerichtsperson in Frage stellen können. Dies setzt voraus, dass objektiv gerechtfertigte Gründe für die Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Es muss sich um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung der richterlichen Pflichten darstellen (vgl. ebd., N 19, S. 448, unter Hinweis auf Urteil des BGer 5A\_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2).

**3.2** 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 (vgl. 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. zuletzt BGE 147 III 89 E. 4.1, 141 IV 178 E. 3.2.1, 140 III 221 E. 4.1, 139 I 121 E. 5.1; vgl. auch Urteil des BVGer E-2231/2018 vom 29. August 2018 E. 2.2. f.). Die Mitwirkung in einem früheren Verfahren bildet für sich allein im Übrigen keinen Ausstandsgrund (Art. 34 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 38 VGG).

#### **4.**

**4.1** Über die bereits erwähnten Angaben (E. 2.3) hinaus wird das Ausstandsbegehren im Wesentlichen folgendermassen begründet: Im Urteil vom 17. Februar 2021 seien durch die beteiligten Gerichtspersonen Ausführungen zur rechtlichen Unterscheidung zwischen Revisionsgründen und Gründen für ein Wiedererwägungsgesuch gemacht worden, die klarerweise geltendem Recht und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts widersprechen würden. Insofern handle es sich um eine Grundsatzfrage, die von den erwähnten Gerichtspersonen aber offenbar wissentlich übergangen worden sei. So werde im genannten Urteil ausgeführt, beim bis dahin von der Gesuchstellerin verschwiegenen, nunmehr neu geltend gemachten sexuellen Missbrauch und der Suche nach ihr durch unbekannte Personen im Heimatstaat handle es sich um vorbestehende Tatsachen, die sich bereits vor Erlass des letzten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. April 2019 ereignet hätten. Deshalb, so werde behauptet, könnten diese Tatsachen ausschliesslich Gegenstand ei-

nes Revisionsverfahrens beim Bundesverwaltungsgericht bilden, seien jedoch nicht geeignet, eine nachträglich entstandene Flüchtlingseigenschaft zu belegen.

Diese Aussage im Urteil vom 17. Februar 2021 sei falsch. Ein Revisionsgesuch müsse sich definitionsgemäss gegen ein materielles letztinstanzliches Gerichtsurteil richten, wobei der Prozessgegenstand durch das in Revision zu ziehende Urteil bestimmt werde. Wenn ein rechtserheblicher Sachverhalt nicht Gegenstand dieses Urteils gewesen sei, könne sich gemäss Lehre und Rechtsprechung keine Zuständigkeit des Gerichts zur Behandlung eines Revisionsgesuchs ergeben. In solchen Fällen sei vielmehr funktionell die Vorinstanz zur Behandlung der Sache als neues Gesuch oder Wiedererwägungsgesuch zuständig. Bereits mit der Beschwerde vom 19. Juli 2019 sei darauf hingewiesen worden, dass gemäss diesen Rechtsgrundsätzen mit dem Mehrfachgesuch vom 28. Juni 2019 beim SEM ein von der Gesuchstellerin bisher verschwiegener asylrelevanter und damit rechtserheblicher Sachverhalt vorgebracht worden sei. Dieser Sachverhalt sei bisher durch die Schweizer Behörden materiell nicht geprüft worden. Eine derartige materielle Prüfung der geltend gemachten Verfolgung sei jedoch aufgrund der völkerrechtlich zwingenden Natur des Non-Refoulement-Gebots unumgänglich.

Das SEM habe aber mit einer rechtlich unhaltbaren Begründung seine Zuständigkeit verneint und sei stattdessen von einer revisionsrechtlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ausgegangen. In vergleichbaren Fällen, so beispielsweise im Urteil D-4102/2020 vom 13. November 2020, habe das Gericht diese Sichtweise des Staatssekretariats für fehlerhaft erklärt und die Sache zur Neuurteilung an das SEM zurückgewiesen. Dabei habe das Gericht unter Hinweis auf die publizierte Rechtsprechung (BVGE 2013/22) festgehalten, praxisgemäss seien nachträglich, also nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht, entstandene Beweismittel, welche vorbestehende Tatsachen belegen sollten und erheblich seien, nicht revisionsrechtlich durch das Gericht, sondern allenfalls wiedererwägungsweise durch die Vorinstanz entgegenzunehmen und zu prüfen. Entsprechend sei das Gericht im genannten Urteil zum Schluss gekommen, das SEM sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die eingereichten Beweismittel zu den vorbestehenden Tatsachen nur durch das Gericht zu beurteilen seien. Vielmehr hätte sich das Staatssekretariat im Rahmen des ausserordentlichen Rechtsmittels eines qualifizierten Wiedererwägungsgesuchs mit diesen auseinandersetzen müssen.

Angesichts dessen hätte der Entscheid des SEM vom 4. Juli 2019 betreffend die Gesuchstellerin, wie mit der Beschwerde vom 19. Juli 2019 beantragt, durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben und für eine umfassende Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müssen. Jedoch hätten die zuständigen Gerichtspersonen im Urteil vom 17. Februar 2021 das Gegenteil behauptet und damit das geltende Recht und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verletzt.

Damit hätten die genannten Gerichtspersonen auch erkennen lassen, dass sie kein Interesse an einer wahrheitsgetreuen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts hätten. Ihre Haltung lasse ausserdem auf fehlende Objektivität und Neutralität schliessen.

**4.2** Dem Urteil D-3698/2019 vom 17. Februar 2021 betreffend die Gesuchstellerin – das im einzelrichterlichen Verfahren mit Zustimmung eines zweiten Richters (Art. 111 Bst. e AsylG) erging – ist, soweit für das vorliegende Verfahren von Belang, im Wesentlichen Folgendes zu entnehmen.

In ihrer als "neues Asylgesuch" bezeichneten Eingabe an das SEM vom 28. Juni 2019 habe die Gesuchstellerin ausgeführt, dass sie während des vorangehenden Asylverfahrens gewisse Tatsachen verschwiegen habe. Sie sei nämlich in ihrem Heimatstaat am 30. November 2017 von zwei Unbekannten sexuell missbraucht worden, nachdem sie nach dem Verbleib ihrer Familie gefragt worden sei. Auch sei sie mit einer brennenden Zigarette im Gesicht verletzt worden, wovon sie eine Narbe davongetragen habe. Sie habe dieses Ereignis bisher verschwiegen, weil sowohl in der Befragung als auch in der Anhörung männliche Personen anwesend gewesen seien und sie sich geschämt habe, vor der tamilischen Dolmetscherin darüber zu sprechen. Auch sei sie aufgrund weiterer psychischer Schranken nicht in der Lage gewesen, davon zu berichten. Ferner seien Ende 2018 unbekannte Personen bei ihrem Elternhaus erschienen und hätten sich bei ihrer Mutter nach ihr erkundigt. In ihrer Eingabe an das SEM habe sie eine Anhörung zu den neu vorgebrachten Asylgründen beantragt. Als Beweismittel habe die Gesuchstellerin beim SEM unter anderem einen ärztlichen Bericht der Psychiatrischen Klinik des Kantonsspitals B. \_\_\_\_\_ vom 15. Mai 2019 eingereicht.

Hinsichtlich dieser Vorbringen wurde im Urteil vom 17. Februar 2021 (dortige E. 3.3) ausgeführt, das SEM sei zutreffenderweise davon ausgegangen, dass es sich beim neu geltend gemachten sexuellen Missbrauch und der angeblichen Suche nach der Beschwerdeführerin durch unbekannte Personen um vorbestehende Tatsachen handle, die sich bereits vor Erlass

des letzten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. April 2019 er eignet hätten. Auch bei der neu vorgebrachten Narbe handle es sich nicht um eine seit dem 17. April 2019 veränderte Sachlage. Somit handle es sich bei diesen Vorbringen um unechte Noven, welche ausschliesslich Gegenstand eines Revisionsverfahrens beim Bundesverwaltungsgericht bilden könnten und entgegen der Bezeichnung der Eingabe als "neues Asylge such" und der Begründung des Gesuchs nicht geeignet seien, eine nachträglich entstandene Flüchtlingseigenschaft zu belegen. Das SEM habe sich diesbezüglich zu Recht als nicht zuständig erachtet und sei auf diesen Teil der Eingabe korrekterweise nicht eingetreten.

Hingegen sei der eingereichte ärztliche Bericht vom 15. Mai 2019 entgegen den Ausführungen der Vorinstanz der Revision nicht zugänglich (ebd., E. 4.3). Das Bundesverwaltungsgericht habe im Grundsatzentscheid BVGE 2013/22 festgehalten, dass nach dem angefochtenen Entscheid entstandene Beweismittel, welche sich auf vorbestandene Tatsachen beziehen, im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens vor dem SEM zu prüfen seien. Der eingereichte Arztbericht sei nach Erlass des Urteils vom 17. April 2019 entstanden. Darin werde festgehalten, dass die Gesuchstellerin an einer posttraumatischen Belastungsstörung leide, aufgrund eines Suizidversuches in die psychiatrische Klinik B. \_\_\_\_\_ eingewiesen worden sei und sich dort in stationärer Behandlung befinde. Ob sich dieses neue Beweismittel im Sinne der eben genannten Rechtsprechung ausdrücklich auf die neu geltend gemachten Asylgründe beziehe oder nicht, sei nicht ausschlaggebend und könne somit offengelassen werden. Denn beim mit diesem Arztbericht geltend gemachten Gesundheitszustand handle es sich allenfalls um ein nachträglich entstandenes Vollzugshinder nis, welches gemäss Art. 111b AsylG vom SEM geprüft werden müsse.

Jedoch habe das Staatssekretariat gar nicht erst ein Wiedererwägungsver fahren eröffnet und den Bericht materiell überhaupt nicht geprüft. Es sei somit auf diesen Teil der Eingabe zu Unrecht nicht eingetreten (ebd., E. 5.3). An das SEM ergehe die Anweisung, den ärztlichen Bericht vom 15. Mai 2019 unter dem Titel der Wiedererwägung zu prüfen (ebd., E. 6).

**4.3** Richter Simon Thurnheer äusserte sich mit Stellungnahme vom 28. April 2021 im Wesentlichen folgendermassen zum Ausstandsbegehren: Un abhängig von der Frage, ob die Kritik des Rechtsvertreters der Gesuchstel lerin in der Sache berechtigt sei oder nicht, zeige er nicht auf, inwiefern der Instruktionsrichter des Verfahrens D-1096/2021 befangen sein solle. Auch sei zu bemerken, dass die beanstandete Auffassung gefestigter revisions-

rechtlicher Praxis des Bundesverwaltungsgerichts entspreche (unter Hinweis auf die Urteile des BVGer D-5831/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 8.2, D-4743/2020 vom 14. Oktober 2020 E.6.1 sowie D-3027/2018 vom 12. August 2020 E. 7.2) und sich an der Praxis des Bundesgerichts orientiere. Im Übrigen habe der Rechtsvertreter das beanstandete Urteil offenbar missdeutet. Entgegen seinen Ausführungen zum Ausstandsbegehren habe das beanstandete Urteil (dortige E. 4.3) nicht in Abrede gestellt, dass Revisionsgründe vor dem SEM geltend gemacht werden könnten, wenn sie nachträglich entstandene Beweismittel betreffen würden, und von diesem (als ein sog. qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch) zu prüfen seien, wenn die übrigen formellen Voraussetzungen (Rechtzeitigkeit usw.) gegeben seien. Das Bundesverwaltungsgericht habe daher im besagten Verfahren die Sache zur umfassenden Würdigung des neuen Beweismittels an die Vorinstanz zurückgewiesen, ohne die Prüfung der Zulässigkeit eines qualifizierten Wiedererwägungsgesuchs vorwegzunehmen.

Richter Grégory Sauder führte in seiner Stellungnahme vom 7. Juni 2021 im Wesentlichen Folgendes aus: Selbst unter der Annahme, dass die Begründung des Urteils vom 17. Februar 2021 eine rechtlich fehlerhafte Beurteilung aufweise, gehe aus dem Ausstandsbegehren nicht ausreichend hervor, inwiefern sich aus dem fraglichen Fehler objektiv auf die Befangenheit des Gremiums schliessen liesse. Der besonders krasse Charakter des Fehlers im Sinne der Rechtsprechung sei nicht dargelegt worden. Das Ausstandsbegehren sei somit abzuweisen.

**4.4** Mit der Replik vom 28. Juni 2021 brachte die Gesuchstellerin durch ihren Rechtsvertreter im Wesentlichen Folgendes vor: Die Ausführungen in der Stellungnahme von Richter Simon Thurnheer seien erneut fehlerhaft und würden seine Befangenheit im fraglichen Beschwerdeverfahren weiter bestätigen. Bereits im Schreiben vom 5. März 2021 sowie in der Beschwerdeschrift vom 12. April 2021 seien die drei beteiligten Gerichtspersonen explizit auf ihre schwerwiegenden fachlichen Fehler aufmerksam gemacht worden. Der Einwand, der Rechtsvertreter habe nicht aufgezeigt, inwiefern die betroffenen Gerichtspersonen befangen seien, erweise sich somit als haltlos. Die Gesuchstellerin habe durch ihren Rechtsvertreter vielmehr ausführlich erläutert, inwiefern die erwähnten Gerichtspersonen wider besseres Wissen Ausführungen zur rechtlichen Unterscheidung zwischen Revisionsgründen und Gründen für ein Wiedererwägungsgesuch gemacht hätten, die geltendem Recht und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts widersprechen würden. Dabei sei dargelegt worden, dass die Verfolgung der Beschwerdeführerin in ihrem Heimatstaat, welche neu vorgebracht und durch neue Beweismittel belegt worden sei, bisher nie

materiell von den Schweizer Behörden geprüft worden und mithin Prozessgegenstand gewesen sei. Weiter sei ausgeführt worden, dass eine Sache nicht aufgrund eines neuen, bisher nie vorgebrachten und den Behörden unbekanntem Sachverhalts beziehungsweise Prozessgegenstands in Revision gezogen werden könne. Vielmehr müsse in solchen Fällen die Vorinstanz die Sache erneut einer materiellen Prüfung unterziehen, dies ungeachtet formeller Hürden und vorliegender rechtskräftiger Entscheide, was sich aus der völkerrechtlich zwingenden Natur des Non-Refoulement-Gebots ergebe. Diese Ansicht sei auch in der Lehre fest verankert.

Dem Rechtsvertreter sei jedoch aufgefallen, dass Richter Simon Thurnheer, wie auch andere Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts, im Zusammenhang mit der Frage der Zuständigkeit für eine Revision in einer bestimmten Regelmässigkeit Urteile fällen würden, welche diesbezüglich die gleichartigen fachlichen Fehler aufwiesen. Ihm und auch diesen anderen Gerichtspersonen sei offensichtlich klar, dass sie damit gegen geltendes Recht und gegen Grundsatzurteile des Bundesverwaltungsgerichts verstossen würden. Damit manifestiere sich eine Haltung, die auf fehlende Distanz und Neutralität schliessen lasse, und es liege eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten vor. Alle drei betroffenen Gerichtspersonen hätten gezeigt, dass sie kein Problem damit hätten, eine mögliche Völkerrechtsverletzung in Kauf zu nehmen, weil angeblich formelle Voraussetzungen für die Überprüfung des Sachverhaltes und für die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt worden seien. Dies könne nichts anderes bedeuten, als dass die erwähnten Gerichtspersonen bezüglich des Beschwerdeverfahrens D-1096/2021 jegliche Objektivität verloren hätten und dementsprechend befangen seien.

**4.5** Mit der Replik wurde ein medizinischer Bericht in Bezug auf die Geschwisterin eingereicht. Dieses Beweismittel bezieht sich auf das Beschwerdeverfahren D-1096/2021 und ist somit in die betreffenden Akten aufzunehmen (vgl. zuvor, E. 2.6).

## **4.6**

**4.6.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat die Kriterien für die revisionsrechtliche Behandlung erheblicher Beweismittel, welche vorbestandene Tatsachen belegen sollen, aber erst nach dem Beschwerdeentscheid entstanden sind, im gesamtgerichtlich koordinierten Grundsatzurteil BVGE 2013/22 festgelegt. Weitere in der publizierten Rechtsprechung in jüngerer Zeit vorgenommene Unterscheidungen betreffen die Abgrenzung des Revisionsgesuchs vom Wiedererwägungsgesuch im Sinne von Art. 111b AsylG sowie jene des Wiedererwägungsgesuchs vom Folgeasylgesuch

beziehungsweise Mehrfachgesuch gemäss Art. 111c AsylG (vgl. für beides das Grundsatzurteil BVGE 2014/39 E. 4.5).

**4.6.2** Allerdings hat sich zuletzt erwiesen, dass die (unter anderem) in den genannten Grundsatzentscheiden entwickelten wiedererwägungs- und revisionsrechtlichen Grundsätze in der nachfolgenden Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht einheitlich angewandt worden sind. Einerseits hat es Eingaben, in denen im ordentlichen Verfahren verschwiegene Tatsachen nachträglich geltend gemacht wurden, entgegengenommen und im Rahmen eines Revisionsverfahrens geprüft, ob ein völkerrechtliches Vollzugshindernis bestehe (vgl. etwa D-214/2016 vom 19. September 2017). Zudem hat es Beschwerden gegen Verfügungen des SEM, in denen dieses auf Wiedererwägungsgesuche, mit welchen bisher verschwiegene Tatsachen geltend gemacht wurden, mangels Zuständigkeit nicht eintrat, mit der Begründung abgewiesen, nicht das Staatssekretariat, sondern das Bundesverwaltungsgericht sei zuständig, im ordentlichen Verfahren verschwiegene und erst nachträglich geltend gemachte Tatsachen im Rahmen eines Revisionsverfahrens zu prüfen (vgl. etwa das Urteil E-6715/2017 vom 13. Dezember 2017). In anderen Entscheiden hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen seine Zuständigkeit verneint und festgehalten, bei im ordentlichen Verfahren verschwiegenen Tatsachen handle es sich nicht um nachträglich entdeckte Tatsachen im Sinne von Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG, die zur Revision eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts Anlass geben könnten. Es obliege deshalb dem SEM, im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens zu prüfen, ob die verschwiegenen Tatsachen zur Wiedererwägung des ursprünglichen Asylentscheides führen (vgl. die Urteile D-1099/2015 vom 7. November 2017 und E-2152/2015 vom 27. August 2015).

**4.6.3** Angesichts dieser divergierenden Praxis wurde am Bundesverwaltungsgericht ein gesamtgerichtliches Koordinationsverfahren eingeleitet, dessen Ziel die Klärung der wiedererwägungs- und revisionsrechtlichen Grundsätze ist.

Der Umstand, dass die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf die Behandlung von Tatsachen, die der Partei im vorangegangenen Verfahren bereits bekannt waren, die sie dort aber verschwiegen hatte, uneinheitlich ist und die damit verbundenen Rechtsfragen Gegenstand eines laufenden Koordinationsverfahrens bilden, schliesst somit aus, dass das im Urteil vom 17. Februar 2021 vom zuständigen Gremium gewählte Vorgehen als richterlicher Verfahrensfehler zu qualifizieren ist.

**4.6.4** Es vermag sich zwar die Frage zu stellen, ob das betreffende Beschwerdeverfahren D-3698/2019 angesichts des zum Zeitpunkt des Urteils vom 17. Februar 2021 bereits laufenden Koordinationsgeschäfts bis zum Vorliegen der entsprechenden Ergebnisse zu sistieren gewesen wäre. Jedoch läge auch dann kein Verfahrensfehler vor, der aus objektiver Sicht zum Schluss führen müsste, es sei dadurch die Unabhängigkeit beziehungsweise Unbefangenheit der zuständigen Gerichtspersonen in Frage gestellt. Gemäss Rechtsprechung und Lehre setzt dies voraus (vgl. zuvor, E. 3), dass objektiv gerechtfertigte Gründe für die Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Es muss sich um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung der richterlichen Pflichten darstellen. Eine solchermassen qualifizierte Fehlerhaftigkeit des Urteils vom 17. Februar 2021 ist nicht zu erkennen. Weder liegen konkrete, objektiv als solche zu erkennende Anhaltspunkte vor, in den festgestellten Rechtsfehlern zeige sich gleichzeitig eine Haltung, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht, noch werden von der Gesuchstellerin durch ihren Rechtsvertreter solche vorgebracht. Ihre blosser Behauptung, die zuständigen Gerichtspersonen hätten mit dem Urteil vom 17. Februar 2021 erkennen lassen, dass sie kein Interesse an einer wahrheitsgetreuen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts hätten, ist nicht geeignet, eine qualifizierte Fehlerhaftigkeit des Urteils im erwähnten Sinn zu begründen. Auch der mit der Replik geäusserte Vorwurf, Richter Simon Thurnheer und andere – nicht näher benannte – Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts würden regelmässig Urteile fällen, die vergleichbare fachliche Fehler aufwiesen, wird durch die Gesuchstellerin durch ihren Rechtsvertreter nicht konkretisiert und mit Belegen nachvollziehbar gemacht.

## **5.**

Aus den angestellten Erwägungen folgt, dass der von der Gesuchstellerin behauptete Ausstandsgrund nicht gegeben ist. Das Ausstandsbegehren ist somit abzuweisen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist (vgl. E. 2.7).

## **6.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dessen Kosten an sich der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände ist indessen auf die Erhebung der Verfahrenskosten zu verzichten (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

**7.**

Die Akten des Beschwerdeverfahrens D-1096/2021 sind zur Weiterführung des betreffenden Verfahrens – unter Einschluss des diesbezüglich im vorliegenden Verfahren eingereichten Beweismittels (vgl. E. 4.5) – dem bisherigen Instruktionsrichter zu überweisen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Die Akten des Beschwerdeverfahrens D-1096/2021 werden zur Weiterführung des Verfahrens dem bisherigen Instruktionsrichter überwiesen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Gesuchstellerin, an Richter Simon Thurnheer und an Richter Grégory Sauder.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Mia Fuchs

Martin Scheyli

Versand: