



## **Urteil vom 7. Februar 2014**

---

Besetzung

Richter Thomas Wespi (Vorsitz),  
Richterin Contessina Theis,  
Richterin Nina Spälti Giannakitsas,  
Gerichtsschreiber Stefan Weber.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren (...),  
Eritrea,  
vertreten durch lic. iur. Tarig Hassan,  
Gesuchstellerin,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren D-1663/2013  
betreffend Asyl und Wegweisung  
(Verfügung des BFM vom 25. Februar 2013) / N\_\_\_\_\_.

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

Die Gesuchstellerin reichte am 13. Januar 2010 in der Schweiz ein Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 25. Februar 2013 stellte das BFM fest, die Gesuchstellerin erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte deren Asylgesuch ab. Zugleich verfügte es die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug an.

**B.**

Mit an das Bundesverwaltungsgericht gerichteter Eingabe vom 27. März 2013 erhob die Gesuchstellerin Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 25. Februar 2013. Sie beantragte die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Feststellung ihrer Flüchtlingseigenschaft und die Gewährung von Asyl. Eventualiter sei die Unzulässigkeit oder zumindest die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In prozessualer Hinsicht sei die unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Ferner sei ihr im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizuordnen.

**C.**

Mit Zwischenverfügung vom 17. April 2013 stellte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts B.\_\_\_\_\_ fest, die Gesuchstellerin dürfe sich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurden abgewiesen. Gleichzeitig wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, bis zum 2. Mai 2013 einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1200.– einzuzahlen, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall. Zur Begründung führte der Instruktionsrichter an, dass die Rechtsbegehren in Anbetracht der Sachlage als aussichtslos erscheinen würden. Eine Prozessführung sei insbesondere dann mutwillig, wenn die Anrufung des Gerichts nicht auf den Schutz berechtigter Interessen abziele, sondern ausschliesslich andere und damit rechtsmissbräuchliche Zwecke verfolge, wie namentlich den Zeitgewinn durch trölerisches Prozessieren. In casu sei die Einreichung einer Beschwerde mittels Geltendmachung unglaubhafter Vorbringen zu einer eritreischen Na-

tionalität trotz Bestehens des Anspruchs auf Erteilung der äthiopischen Staatsangehörigkeit und die Einreichung eines nach der publizierten Rechtsprechung offensichtlich untauglichen Beweismittels (Geburtsurkunde) wider besseres Wissen als mutwillige Prozessführung zu qualifizieren. Deshalb rechtfertige es sich vorliegend, einen Kostenvorschuss von Fr. 1200.– zu erheben.

#### **D.**

Mit Eingabe vom 19. April 2013 reichte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Verzicht oder Herabsetzung des Kostenvorschusses und um Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die beigelegte Aufsichtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht ein. Dabei führte sie an, sie erachte die Einschätzung ihrer Beschwerde als trölerische oder mutwillige Eingabe in einem ordentlichen ersten Asylverfahren, in welchem mit neuen Beweisen und guten Argumenten ein ordentliches Rechtsmittel erhoben werde, als inakzeptabel, weshalb sie dies mit der aufsichtsrechtlichen Eingabe gleichen Datums an das Bundesgericht gerügt habe. Sie ersuchte den Instruktionsrichter, auf seinen Entscheid wiedererwägungsweise zurückzukommen, unter Hinweis auf die in der Eingabe an das Bundesgericht angeführte Begründung, die sie als integrierenden Bestandteil dieser Eingabe betrachte. Sodann sei das Beschwerdeverfahren zu sistieren, bis sich das Bundesgericht als Aufsichtsinstanz über das Vorgehen des Instruktionsrichters und die Zulässigkeit dieses Vorgehens äussern können. Ferner beantragte sie die Zuweisung des Falles an einen neuen Richter, da der Instruktionsrichter als befangen zu erachten sei. Zwar könne Befangenheit nicht schon gerügt werden, nur weil die Prozessaussichten in einem ersten Augenschein als aussichtslos bezeichnet würden. Dies sei aber bei einer behaupteten Mutwilligkeit der Prozessführung und Bezeichnung von Eingaben als trölerisch nicht der Fall. Der Instruktionsrichter sei vorliegend nicht mehr in der Lage, über die Beschwerde objektiv zu urteilen.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 26. April 2013 forderte der Instruktionsrichter im Ausstandsverfahren die Gesuchstellerin unter Hinweis auf Art. 36 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Bstn. a–e BGG auf, bis zum 14. Mai 2013 den/die von ihr angerufenen Ausstandsgrund/Ausstandsgründe zu bezeichnen und dessen/deren Vorliegen zu begründen. Bei ungenutzter Frist werde auf die Eingabe vom 19. April 2013 nicht eingetreten, soweit darin sinngemäss der Ausstand von Richter B.\_\_\_\_\_ beantragt werde.

**F.**

Am 14. Mai 2013 reichte die Gesuchstellerin eine mit "Präzisierung des Antrags betreffend Ausstandsgründe i.S. Aufsichtsanzeige i.S. (...) und A.\_\_\_\_\_, geb. (...), Staatsangehörige von Eritrea" bezeichnete Eingabe nach.

**G.**

Mit Verfügung vom 27. Mai 2013 forderte der Instruktionsrichter im Ausstandsverfahren Richter B.\_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 38 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 36 Abs. 2 BGG auf, sich bis zum 17. Juni 2013 zu den in den Eingaben vom 19. April und 14. Mai 2013 vorgebrachten Ausstandsgründen zu äussern.

**H.**

Mit Entscheid vom 3. Juni 2013 leistete das Bundesgericht der von der Gesuchstellerin eingereichten Aufsichtsanzeige vom 19. April 2013 keine Folge.

**I.**

Richter B.\_\_\_\_\_ liess dem Instruktionsrichter im Ausstandsverfahren seine Stellungnahme zum Ausstandsbegehren am 7. Juni 2013 zukommen.

**J.**

Mit Verfügung vom 24. Juni 2013 stellte der Instruktionsrichter im Ausstandsverfahren der Gesuchstellerin eine Kopie der Stellungnahme von Richter B.\_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2013 zu und gewährte ihr die Gelegenheit, sich dazu schriftlich zu äussern.

**K.**

Die Gesuchstellerin liess sich am 8. Juli 2013 zur Stellungnahme von Richter B.\_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2013 vernehmen und hielt in ihrer Replik an ihren Anträgen fest.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Auf dem Gebiet des Asyls entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig über Beschwerden gegen Verfügung des BFM, ausser – was vorliegend nicht der Fall ist – bei Vorliegen eines Auslieferungsgesuches

des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (vgl. dazu Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31 und 33 VGG sowie Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). 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).

**1.2** 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). In seiner Stellungnahme vom 7. Juni 2013 bestritt Richter B.\_\_\_\_\_ das Bestehen eines Ausstandsgrundes explizit.

## **2.**

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 erster Satz BGG). In der Gesuchseingabe vom 19. April 2013 wird geltend gemacht, Richter B.\_\_\_\_\_ sei nicht mehr in der Lage, die Beschwerde vom 27. März 2013 objektiv zu beurteilen, da er diese in seiner Zwischenverfügung vom 17. April 2013 nicht nur als aussichtslos, sondern auch als mutwillig bezeichnet habe, weshalb beantragt werde, dass der Fall einem neuen Richter zugewiesen werde. Dieses sinngemässe Ausstandsbegehren erfolgte innert nützlicher Frist, nämlich bereits zwei Tage nach Versand der erwähnten Zwischenverfügung. Die Gesuchstellerin ist im Beschwerdeverfahren D-1663/2013 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Damit sind die formellen Anforderungen an ein Ausstandsbegehren erfüllt, weshalb auf das Gesuch einzutreten ist.

## **3.**

**3.1** In der Eingabe vom 14. Mai 2013 bezüglich "Präzisierung des Antrags betreffend die Ausstandsgründe" führte die Gesuchstellerin an, sie berufe sich vorliegend insbesondere auf den Ausschlussgrund der Parteilichkeit im Sinne der Voreingenommenheit beziehungsweise Parteinahme gegen sie und ihren Rechtsvertreter. Es genüge, wenn von der den Ausstand verlangenden Partei die Tatsache für denselben glaubhaft dargelegt werde. Nach der Praxis des Bundesgerichts genüge es, wenn die Umstände, welche den Anschein der Befangenheit hervorriefen und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten, dargelegt würden. Eine

Beschwerde sei aussichtslos, wenn die Erfolgsaussichten beträchtlich geringer erschienen als die Verlustgefahr und kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden könnten. Gemäss Rechtspraxis sei die Aussichtslosigkeit bereits zu verneinen, wenn die gesuchstellende Person ihre Behauptungen mit plausibel erscheinenden Beweisofferten stütze oder wenn sich nicht leicht zu beantwortende, noch unbeantwortete, sonst wie offene oder umstrittene Rechtsfragen stellten. Für die Feststellung der Mutwilligkeit sei die Verletzung des prozessualen Rechtsmissbrauchsverbots erforderlich, die nicht leichthin angenommen werden dürfe. Für die Begründung der Mutwilligkeit genüge nicht, dass der Prozess als aussichtslos bezeichnet werden könne, es bedürfe eines tadelnden Elements und die fehlenden Erfolgsaussichten hätten für die Partei nach objektiver Betrachtung ohne weiteres erkennbar sein müssen. Der von Richter B.\_\_\_\_\_ erhobene Vorwurf der mutwilligen Prozessführung treffe nicht zu. Beim Beschwerdeverfahren handle es sich um die zweitinstanzliche Behandlung des ersten Asylgesuchs, der Rechtsweg sei rechtmässig und mit guten Gründen zur Wahrung der Rechte der Betroffenen beschritten worden. Die Beschwerde enthalte eine substantiierte Begründung und es sei ein neues Beweismittel eingereicht worden. In ihrer an das Bundesgericht gerichteten Aufsichtsanzeige vom 19. April 2013 sei begründet worden, wie durch das Vorgehen des Instruktionsrichters die Wahrung verfahrensrechtlicher Grundsätze sowie völkerrechtlich geschützte Menschenrechte gefährdet würden. Gerade weil im Asylverfahren einzig ein richterlicher Instanzenzug zur Verfügung stehe und das Bundesverwaltungsgericht abschliessend über ein Asylgesuch entscheide und zudem gewichtige Interessen der Betroffenen auf dem Spiel stehen würden, dürfe die mutwillige Prozessführung nicht leichthin angenommen werden. Der erhobene Vorwurf der mutwilligen Prozessführung sei jedoch in casu unhaltbar und treffe zudem die Rechtsvertretung in unsachlicher und ungerechtfertigter Weise. Vorliegend würden wegen Vorbefassung die Ausstandsgründe nach Art. 34 Bstn. a, b und e BGG in Frage kommen. Der Instruktionsrichter B.\_\_\_\_\_ sei für die Weiterführung des Verfahrens befangen, da er sich mit diesem in der Funktion als Instruktionsrichter in offensichtlich von Vorurteilen gefasster Weise befasst habe. Zumindest habe ihn seine Einschätzung beziehungsweise seine unhaltbare Schlussfolgerung bezüglich mutwilliger Prozessführung definitiv zum Schluss gebracht, die Beschwerde sei abzulehnen. Dies bedeute, dass der Richter nicht die minimalste Offenheit für einen positiven Verfahrensausgang zulassen werde. Er wolle seine Meinung bestätigt finden und sich zudem seit Erhebung der Aufsichtsbeschwerde vor dem Bundesgericht im Aufsichtsverfahren rechtfertigen. Damit habe die Vorbefassung zur Parteilichkeit geführt, so-

weit sie nicht schon zu Beginn des Instruktionsverfahrens bestanden habe. Somit sei die Befangenheit gegeben, zumindest aber das Vorhandensein von rechtserheblichen genügenden Gründen glaubhaft dargelegt, die darauf hinweisen würden, dass ein sachgerechter und unbefangener, mithin willkürfreier Endentscheid unter Mitwirkung des erwähnten Richters vorliegend nicht mehr sichergestellt sei.

**3.2** In seiner Stellungnahme zum Ausstandsbegehren führte Richter B. \_\_\_\_\_ aus, die Prozessführung sei insbesondere dann mutwillig, wenn die Anrufung des Gerichts nicht auf den Schutz berechtigter Interessen abziele, sondern ausschliesslich andere und damit rechtsmissbräuchliche Zwecke wie namentlich den Zeitgewinn durch trölerisches Prozessieren verfolge. Mutwillige Prozessführung könne dann vorliegen, wenn die Partei ihre Stellungnahme auf einen Sachverhalt abstütze, von dem sie wisse oder bei zumutbarer Sorgfalt wissen müsste, dass er unrichtig sei; sie könne auch dann angenommen werden, wenn eine Partei eine ihr in dieser Eigenschaft obliegende Pflicht verletze. Die Gesuchstellerin wolle im Beschwerdeverfahren ihre eritreische Staatsangehörigkeit mit einer angeblichen Geburtsurkunde beweisen beziehungsweise glaubhaft machen. Indessen gehe aus der in BVGE 2007/7 publizierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts klar hervor, dass als Identitätspapier jeder Ausweis gelte, der (hauptsächlich) zum Zwecke des Identitätsbeweises von den heimatlichen Behörden ausgestellt worden sei. Diese Anforderungen erfüllten grundsätzlich nur Reisepapiere (-pässe) und Identitätskarten, nicht aber zu anderen Zwecken ausgestellte Dokumente. Reine Aussichtslosigkeit allein begründe noch keine Mutwilligkeit, es bedürfe stets zusätzlich eines subjektiven – tadelnswerten – Elements, wonach die fehlenden Erfolgsaussichten bei vernunftgemässer Überlegung ohne weiteres erkennbar wären. Dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, der über eine langjährige Erfahrung im Asylrecht verfüge, habe das erwähnte Grundsatzurteil BVGE 2007/7 bekannt sein müssen, zumal er bereits in der Zwischenverfügung vom 4. Februar 2013 im Verfahren D-71/2013 (in welchem auch eine Geburtsurkunde eingereicht worden sei) ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei. Bereits im Verfahren D-71/2013 sei ohne Reaktion desselben Rechtsvertreters eine mutwillige Prozessführung festgestellt worden. Vorliegend sei deshalb durch das nach dem Verfahren D-71/2013 nochmalige Einreichen wider besseres Wissen eines von vornherein untauglichen Beweismittels (Geburtsurkunde) sowie das konstante Ignorieren der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Erwerb der äthiopischen Staatsangehörigkeit der Tatbestand des (wiederholten) mutwilligen Prozessierens als erfüllt zu er-

achten, weil die fehlenden Erfolgsaussichten bei vernunftgemässer Überlegung ohne weiteres erkennbar gewesen wären. Die Art der Prozessführung sei bei den Verfahrenskosten zu berücksichtigen; auch ein aussichtsloses oder an Mutwilligkeit grenzendes Ergreifen eines Rechtsmittels könne zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten führen. Sachgerecht erscheine deshalb der in Art. 2 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) enthaltene Erhöhungsgrund der Mutwilligkeit, der in der Praxis der Abteilung IV des Bundesverwaltungsgerichts folgerichtig angewandt werde. Vorliegend sei der Kostenvorschuss von Fr. 600.– auf Fr. 1200.– verdoppelt worden, was der Praxis bei Verfahrensverzögerungen entspreche und angesichts des wiederholten mutwilligen Prozessierens als verhältnismässig zu bezeichnen sei. Unter diesen Umständen entbehre der Vorwurf der Befangenheit im Rahmen des Instruktionsverfahrens jeglicher Grundlage.

**3.3** In ihrer Replik vom 8. Juli 2013 entgegnete die Gesuchstellerin, es könne in ihrem Fall von mutwilliger Prozessführung nicht die Rede sein. Es sei ihr Recht, ihr abgelehntes (erstes) Asylgesuch richterlich überprüfen zu lassen. In Verletzung elementarster Verfahrensgarantien habe Richter B.\_\_\_\_\_ ihr dieses Recht verwehrt. In seiner Zwischenverfügung vom 17. April 2013 halte Richter B.\_\_\_\_\_ fest, dass das BFM ihr Asylgesuch insgesamt zu Recht abgelehnt habe. Die an sich nicht zu beanstandende prima facie Beurteilung respektive die antizipierte Würdigung habe sich ausschliesslich auf die Glaubhaftmachung der eritreischen Nationalität bezogen. In der Asylbeschwerde sei aber auch die fälschlicherweise von der Vorinstanz festgestellte Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs gerügt worden. Sie verfüge über kein familiäres Beziehungsnetz in Äthiopien. Als im Asylbereich erfahrener Richter habe B.\_\_\_\_\_ wissen müssen, dass nicht nur die Flüchtlingseigenschaft, sondern auch die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Rahmen einer Asylbeschwerde geprüft werden müsse; diesbezüglich hätte er auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-4637/2012 vom 29. November 2012 kennen müssen, da insbesondere in der Asylbeschwerde darauf hingewiesen worden sei und gemäss welchem sich die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs bei der Beurteilung der Aussichtslosigkeit der Beschwerde als zentral darstelle. Indem Richter B.\_\_\_\_\_ es unterlassen habe, die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs mit zu berücksichtigen, habe er einen schweren Fehler begangen und es sei ihr die Möglichkeit genommen worden, ihren negativen Asylentscheid – und die Wegweisung – richterlich überprüfen zu lassen. Die Stellungnahme

vom 7. Juni 2013 zeuge von einer Verteidigungshaltung. Anstatt seinen Fehler einzusehen und die unentgeltliche Rechtspflege wiedererwägungsweise zu gewähren, bestehe Richter B.\_\_\_\_\_ darauf, die Beschwerdeerhebung vorliegend als mutwillige Prozessführung zu qualifizieren. Der Richter habe sich seine Meinung über sie gebildet; sollte er über die Beschwerde entscheiden, sei der Ausgang des Verfahrens bereits bestimmt, zumal er auch die inzwischen vom Bundesgericht nicht verfolgte Aufsichtsbeschwerde zu widerlegen versucht sein werde. Der Verfahrensausgang sei nicht mehr offen.

#### **4.**

**4.1** Die Regeln über den Ausstand gemäss Art. 34 ff. BGG gewährleisten den in Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und in Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) 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).

**4.2** Gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG tritt eine Gerichtsperson – Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen – in Ausstand, wenn sie "in der Sache ein persönliches Interesse hat". Entgegen der in der mit "Präzisierung des Antrags betreffend Ausstandsgründe" betitelten Eingabe vom 14. Mai 2013 vertretenen Ansicht, fällt der Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG vorliegend nicht in Betracht, da nicht ersichtlich ist und auch weder dargetan noch ein Beleg dafür geliefert wird, inwiefern Richter B.\_\_\_\_\_ in der zu beurteilenden Sache ein persönliches Interesse haben könnte. Selbst wenn der Behauptung der Gesuchstellerin beigegeben werden müsste, wonach im Rahmen der Instruktion des Asylbeschwerdeverfahrens kein anderer Richter und keine andere Richterin des Bundesverwaltungsgerichts zum gleichen Schluss wie Richter B.\_\_\_\_\_ in seiner Zwischenverfügung vom 17. April 2013 gekommen wäre (vgl. Replik vom 8. Juli 2013, S. 2), bliebe nicht nachvollziehbar, inwiefern aufgrund dieser Beurteilung auf eine bestimmte ideologische Gesinnung und ein persönliches Interesse des betreffenden Richters geschlossen werden müsste, aus einer entsprechenden weltanschaulichen und politischen Motivation asylrechtliche Beschwerdeverfahren in bestimmter Weise zu entscheiden. Zwar kann keine Gerichtsperson losgelöst von der sozialen Wirklichkeit urteilen und keine

Gerichtsperson wird jemals restlos frei von Einflüssen sein, wie den gesellschaftlichen Sitten, Gewohnheiten, Werturteilen, der öffentlichen Meinung oder bestimmten politischen Ereignissen. Indessen lässt nicht jeder beliebige Einfluss dieser Art, sondern nur eine qualifizierte persönliche Betroffenheit eine Richterin oder einen Richter als befangen erscheinen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_109/2012 vom 3. Mai 2012 E. 3.2.2 mit Hinweis auf BGE 105 Ia 157 E. 6a S. 162). Ein solch qualifizierter Einfluss wird nicht dargelegt und kann auch nicht im Umstand liegen, dass gegen Richter B.\_\_\_\_\_ gleichzeitig mit dem Ausstandsbegehren eine Aufsichtsanzeige beim Bundesgericht eingereicht wurde (siehe auch die nachfolgende E. 4.4.6). Zudem sind die Unvereinbarkeitsbestimmungen von Art. 6 und Art. 8 VGG relativ streng und anderweitige Erwerbstätigkeiten, namentlich auch die berufsmässige Rechtsvertretung vor Gericht, sind den Bundesverwaltungsrichtern untersagt. Weiter übt die Gerichtsleitung eine restriktive Praxis für die Bewilligung von Nebenbeschäftigungen aus, so dass auch aus diesem Grund allfällige Interessenskonflikte von vornherein überwiegend auszuschliessen sind (vgl. dazu ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1097; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, S. 134 Rz. 3.63). Das Vorliegen eines Ausstandsgrundes gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG ist somit zu verneinen.

**4.3** Nach der Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG treten Gerichtspersonen in Ausstand, wenn sie "in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsberater oder Rechtsberaterin einer Partei, als sachverständige Person oder als Zeuge beziehungsweise Zeugin, in der gleichen Sache tätig waren". Diese Voraussetzungen sind vorliegend als nicht erfüllt zu erachten. So hat sich Richter B.\_\_\_\_\_ mit der vorliegenden Sache ausschliesslich in seiner Funktion als Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts befasst und kann somit nicht als vorbefasst im Sinne der Ausstandsbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG angesehen werden.

#### **4.4**

**4.4.1** Ferner beruft sich die Gesuchstellerin auf die Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, gemäss welcher Gerichtspersonen in den Ausstand zu treten haben, 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. Aufl., Basel 2011, Art. 34, N. 6, 16 und 17). 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 (vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 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).

**4.4.2** Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fällt 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 (vgl. HÄNER, a.a.O., Art. 34, N. 19). Für die vorliegend interessierende Frage – Vorbefassung mit der Hauptsache im Rahmen der instruktionsweisen Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beziehungsweise Bezeichnung der Beschwerde als mutwillig – 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. 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 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 S. 119).

**4.4.3** Aus der Zwischenverfügung vom 17. April 2013 geht hervor, dass vom Instruktionsrichter mit Blick auf den gestellten Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG für die Beurteilung der Prozesschancen eine summarische Prüfung der Beschwerde vorgenommen wurde. Aufgrund einer Gesamtwürdigung der aktuellen Aktenlage ging er in materieller Hinsicht von aussichtslosen Beschwerdeanträgen aus und hielt fest, dass das BFM das Asylgesuch der Gesuchstellerin insgesamt – also auch hinsichtlich des angeordneten Wegweisungsvollzugs – zu Recht angeordnet haben dürfte. Damit wurde das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG abgewiesen. Ebenso wurde das Gesuch um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses abgewiesen, zumal keine besonderen Gründe erkennbar seien, die einen vollständigen oder teilweisen Verzicht rechtfertigten. Sodann ging der Instruktionsrichter hinsichtlich der Rechtsbegehren angesichts der Einreichung einer Beschwerde, in welcher ungläubhafte Vorbringen zu einer eritreischen Nationalität geltend gemacht würden, obwohl ein Anspruch auf Erteilung der äthiopischen Staatsangehörigkeit bestehe und ein nach der publizierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts offensichtlich untaugliches Beweismittel (Geburtsurkunde) wider besseres Wissen eingereicht worden sei, von einer mutwilligen Prozessführung aus. Dementsprechend wurde der zur Deckung der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leistende Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) gestützt auf Art. 2 Abs. 2 VGKE auf Fr. 1200.– erhöht. Die Anhebung des Kostenvorschusses von üblicherweise Fr. 600.– auf Fr. 1200.– gestützt auf die oben dargelegte Begründung ist gesetzlich vorgesehen und stellt daher im vorliegenden Fall kein ausserordentliches Vorkommnis im Rahmen der Beschwerdeinstruktion dar und vermag noch keine Voreingenommenheit zu begründen.

**4.4.4** Die im Asylbeschwerdeverfahren durch Instruktionsrichter Richter B. \_\_\_\_\_ getroffene Beurteilung der Prozessaussichten der eingereichten Beschwerde vom 27. März 2013, wonach die Rechtsbegehren in Anbetracht der Sachlage als aussichtslos erscheinen würden, vermag objektiv gesehen nicht den Anschein seiner Befangenheit zu erwecken. So begründete er das Resultat seiner Prüfung mittels diverser sachlicher und fallbezogener Argumente. Allein eine möglicherweise fehlerhafte Prozesshandlung oder -beurteilung vermag aber dabei keinen Anschein der Voreingenommenheit zu begründen. 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 unter den gegebenen Umständen jedoch nicht die Rede sein (vgl. dazu auch vorstehend E. 4.4.1). Dass die Gesuchstellerin beziehungsweise ihr Rechtsvertreter diese rechtliche Würdigung nicht teilen, sondern die Beschwerde im Gegenteil als aussichtsreich erachten (vgl. Aufsichtsanzeige Ziff. 2.2) vermag daran nichts zu ändern, wird doch in der Aufsichtsanzeige selbst erkannt, dass die Beurteilung der Prozesschancen im konkreten Einzelfall in der Kompetenz des der Sache zugeteilten Instruktionsrichters liegt. Es ist ferner aus den Akten nicht zu ersehen, dass sich Richter B. \_\_\_\_\_ bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vom 27. März 2013 von sachfremden Motiven leiten liess. Die Gesuchstellerin anerkennt in ihrer Replik denn auch, dass die auf die Glaubhaftmachung der eritreischen Nationalität bezogene prima facie Beurteilung respektive deren antizipierte Würdigung nicht zu beanstanden sei. Jedoch rügt sie, dass es Instruktionsrichter B. \_\_\_\_\_ versäumt habe, auch die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs – was in ihrer Asylbeschwerde gerügt worden sei – zu prüfen. Als im Asylbereich erfahrener Richter hätte er – in Kenntnis des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts E-4637/2012 vom 29. November 2012 – wissen müssen, dass nicht nur die Flüchtlingseigenschaft, sondern als zentraler Punkt auch die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Rahmen einer Asylbeschwerde zu prüfen sei. Diese Rüge erweist sich aber als nicht stichhaltig. In der fraglichen Zwischenverfügung vom 17. April 2013 wurde auf den Seiten 4 f. explizit auf die Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs sowie auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-4637/2012 vom 29. November 2012 Bezug genommen und – wenn auch in knapper Form – begründet, weshalb die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu bejahen sei. Weiter ist die in der Aufsichtsanzeige enthaltene Aussage, die Erhebung eines Kostenvorschusses sei im Gesetz als Ausnahme konzipiert, unzutreffend. So geht aus Art. 63 Abs. 4 VwVG klar hervor, dass die Beschwerdeinstanz vom

Beschwerdeführer einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten erhebt und nur bei Vorliegen besonderer Gründe auf dessen Erhebung verzichtet werden kann (vgl. Art. 63 Abs. 4 letzter Satz VwVG). Der Umstand, dass es sich – wie von der Gesuchstellerin betont wird – um ein erstes ordentliches Asylverfahren handle und sie den vom Gesetzgeber vorgesehenen Rechtsmittelweg beschritten habe, spricht nicht gegen die Feststellung einer mutwilligen Prozessführung. Eine Reduzierung dieser Qualifikation beispielsweise auf mehrfache Asylgesuche oder ausserordentliche Rechtsmittel hat keine gesetzliche Grundlage und würde dazu führen, dass dem Gericht untersagt würde, in einem ersten ordentlichen Asylverfahren eine mutwillige Prozessführung festzustellen, obwohl diese Feststellung gerechtfertigt wäre und mithin besondere Gründe für eine Erhöhung der Gerichtsgebühr vorliegen würden (vgl. Art. 2 Abs. 2 VGKE). Aus der sprachlichen Formulierung in der Zwischenverfügung vom 17. April 2013 ergeben sich zudem keine Hinweise darauf, dass der Instruktionsrichter nicht einer objektiven Abwägung der Gewinn- und Verlustchancen gefolgt wäre. Die darin enthaltenen Erwägungen sind insofern nicht derart formuliert, als daraus geschlossen werden müsste, Richter B.\_\_\_\_\_ lasse nicht die minimalste Offenheit für einen positiven Verfahrensausgang mehr zu.

**4.4.5** Die Gesuchstellerin erachtet in casu insbesondere den Vorwurf des Instruktionsrichters B.\_\_\_\_\_, sie verfolge mit ihrer Beschwerde rechtsmissbräuchliche Zwecke, weshalb es sich bei ihrem Vorgehen um mutwilliges Prozessieren handle, als absurd. Sie habe ihr Möglichstes getan, um mittels Einreichung einer eritreischen Geburtsurkunde den Nachweis ihrer Identität zu erbringen, was im eritreischen/äthiopischen Kontext bekanntermassen sehr schwierig sei. Die Einstufung dieses Beweismittels als untauglich gehe nicht an, werde den Asylsuchenden im Verfahren doch unentwegt vorgehalten, sie würden es versäumen, rechtzeitig Identitätsdokumente beizubringen. Die Erhöhung des Kostenvorschusses lasse einzig den Schluss zu, dass sie zum Rückzug ihrer Asylbeschwerde bewegt werden solle. Richter B.\_\_\_\_\_ stellte sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin wolle im Beschwerdeverfahren ihre eritreische Staatsangehörigkeit mit einer angeblichen Geburtsurkunde beweisen, welche nach der dem Rechtsvertreter bekannten, in BVGE 2007/7 festgelegten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für den Nachweis der Identität untauglich sei. Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin sei bereits in einem analogen Verfahren im Rahmen der Instruktion ausdrücklich darauf hingewiesen und – ohne Reaktion desselben Rechtsvertreters – sei das Vorliegen einer mutwilligen Prozessführung festgestellt worden.

Das tadelnswerte Element im Verfahren der Gesuchstellerin sah Richter B.\_\_\_\_\_ darin, dass deren Rechtsvertreter wider besseres Wissen ein von vornherein untaugliches Beweismittel eingereicht und die dargelegte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts konstant ignoriert habe, weshalb die fehlenden Erfolgsaussichten bei vernunftgemässer Überlegung ohne weiteres erkennbar gewesen wären. Zwar vermag der Umstand, dass Richter B.\_\_\_\_\_ aufgrund dieses Verhaltens und der Einreichung eines solchen Beweismittels die Rechtsbegehren nicht nur als aussichtslos erachtete, sondern auch als mutwillige Prozessführung bezeichnete, seine Befangenheit nicht zu begründen, da er seine Einschätzung in der Sache unter Hinweis auf die konkreten Vorbringen der Gesuchstellerin und des prozessualen Verhaltens ihres Rechtsvertreters einlässlich begründete. Immerhin ist der Gesuchstellerin insofern beizupflichten, als das gerügte Vorgehen von Richter B.\_\_\_\_\_ im Instruktionsverfahren als streng zu erachten ist, auch wenn die in Frage stehende Einschätzung der Beschwerde als mutwillig nicht auf eine Befangenheit schliessen lässt.

**4.4.6** Letztlich vermag die von der Gesuchstellerin geäusserte Ansicht, Richter B.\_\_\_\_\_ werde sich nach Erhebung der Aufsichtsbeschwerde vor dem Bundesgericht rechtfertigen wollen, womit in diesem Fall die Vorbefassung zur Parteilichkeit geführt habe, soweit sie nicht schon zu Beginn des Instruktionsverfahrens bestanden habe (vgl. Eingabe vom 14. Mai 2013 S. 5), nicht zu überzeugen. Würde nämlich dieser Auffassung gefolgt, so hätten es Beschwerdeführende in der Hand, durch die Einreichung von Aufsichtsanzeigen oder Ausstandsbegehren ihnen nicht genehme Richter in den Ausstand zu zwingen. Das Bundesgericht leistete im vorliegenden Fall der Aufsichtsanzeige mit Entscheid vom 3. Juni 2013 keine Folge, ohne dass Richter B.\_\_\_\_\_ diesbezüglich zu einer Stellungnahme aufgefordert worden wäre. Auch der Umstand, dass er in seiner Stellungnahme zum Ausstandsbegehren vom 7. Juni 2013 an seiner in der Zwischenverfügung vom 17. April 2013 getroffenen Einschätzung betreffend mutwillige Prozessführung festhielt, begründet nicht seine Befangenheit. Eine andere Sichtweise würde – entgegen der gesetzlichen Konzeption der Ausstandsregeln – dazu führen, dass ein Richter, gegen den ein Ausstandsbegehren gestellt wurde, in den Ausstand zu treten hätte oder bei Bestreitung des Ausstandsgrundes als befangen erklärt werden müsste.

## 5.

Nach vorstehenden Erwägungen sind keine objektiven Gründe ersichtlich

gemacht, welche im Verfahren D-1663/2013 für eine Befangenheit von Richter B.\_\_\_\_\_ sprechen würden. Bei dieser Sachlage ist das Ausstandsbegehren abzuweisen. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens besteht kein Raum, den in der Eingabe vom 19. April 2013 gestellten Antrag auf Verzicht oder Herabsetzung des mit Zwischenverfügung vom 17. April 2013 erhobenen Kostenvorschusses zu behandeln (vgl. dazu Art. 38 VGG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 BGG). Die Akten sind zur Weiterführung des Verfahrens D-1663/2013 an den zuständigen Instruktionsrichter zu überweisen.

**6.**

Der Gesuchstellerin wären bei dieser Sachlage die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1–3 VGKE). Gestützt auf Art. 6 Bst. b VGKE ist im vorliegenden Fall indessen auf die Auferlegung von Verfahrenskosten zu verzichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

**2.**

Die Akten werden zur Weiterführung des Verfahrens D-1663/2013 dem bisherigen Instruktionsrichter B.\_\_\_\_\_ überwiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Gesuchstellerin, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Thomas Wespi

Stefan Weber

Versand: