



Urteil vom 18. März 2024

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
Richter Grégory Sauder, Richterin Chiara Piras,
Gerichtsschreiber Constantin Hruschka.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Sri Lanka,
vertreten durch MLaw Patrick Burger, Rechtsanwalt,
HEKS RBS AG – Rechtsberatungsstelle
für Asylsuchende Aargau,
(...),
Gesuchsteller,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren D-4927/2023;
N (...).

Sachverhalt:**A.**

Das SEM lehnte ein Asylgesuch des Gesuchstellers vom 12. November 2021 mit Verfügung vom 14. August 2023 ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz und den Vollzug an.

B.

B.a Diese Verfügung focht der Gesuchsteller mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 14. September 2023 beim Bundesverwaltungsgericht an. Die Eingabe wurde per E-Mail und mit qualifizierter elektronischer Signatur des Rechtsvertreters gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur (ZertES, SR 943.03) und Art. 14 Abs. 2^{bis} OR übermittelt, woraufhin das Bundesverwaltungsgericht ein Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4927/2023 eröffnete. Der Instruktionsrichter in diesem Verfahren (Richter Simon Thurnheer) wies unter Feststellung der Aussichtslosigkeit der Begehren die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteiständung mit Zwischenverfügung vom 20. September 2023 ab und forderte den Gesuchsteller auf, einen Kostenvorschuss zu leisten.

B.b Am 15. September 2023 traf beim Bundesverwaltungsgericht eine inhaltlich identische, ebenfalls auf den 14. September 2023 datierte, Rechtschrift auf dem Postweg ein. Das Bundesverwaltungsgericht nahm diese Eingabe fälschlicherweise erneut als Beschwerde entgegen und eröffnete unter der Geschäftsnummer D-4943/2023 ein weiteres Beschwerdeverfahren. Der Instruktionsrichter in diesem Verfahren (Richter Thomas Segessenmann) hiess mit Zwischenverfügung vom 19. September 2023 die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung inklusive Kostenvorschussverzicht und amtliche Rechtsverteiständung gut, setzte den rubrizierten Rechtsvertreter als amtlichen Rechtsbeistand des Gesuchstellers ein und forderte das SEM zur Einreichung einer Vernehmlassung auf.

B.c Mit Eingabe vom 22. September 2023 gelangte der Gesuchsteller durch seine Rechtsvertretung an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Vereinigung der Verfahren D-4927/2023 und D-4943/2023, die Aufhebung der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 im Verfahren D-4927/2023 und die Bestätigung der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteiständung entsprechend der zuerst ergangenen Zwischenverfügung vom 19. September 2023 im Verfahren D-4943/2023. Zudem sei die im vorgenannten Verfahren angesetzte Frist

zur Bezahlung des Kostenvorschusses bis zum Entscheid über die gestellten Anträge zu sistieren.

Des Weiteren beantragte er, Bundesverwaltungsrichter Simon Thurnheer habe im Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4927/2023 in den Ausstand zu treten, da aufgrund der divergierenden Zwischenverfügungen vom 19. September 2023 respektive 20. September 2023 der Verdacht bestehe, dieser habe in der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 die Anträge auf unentgeltliche Prozessführung nicht einzig aufgrund rechtlicher Überlegungen abgewiesen, weshalb er befangen sein könnte.

C.

Am 27. September 2023 erliess Richter Simon Thurnheer als Instruktionsrichter im zuerst anhängig gemachten Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4927/2023 eine Zwischenverfügung.

Dabei trat er zunächst auf das Ausstandsbegehren des Gesuchstellers nicht ein (vgl. Ziffer 1 des Dispositivs).

Gleichzeitig erwog er mit der genannten Zwischenverfügung, dass die per E-Mail dem Gericht zugegangene Beschwerde gültig eingereicht worden sei. Das Beschwerdeverfahren sei demnach am 14. September 2023 anhängig gemacht worden, weshalb das erst am 15. September 2023 eröffnete Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4943/2023 gegenstandslos sei. Dementsprechend sei der Antrag auf Verfahrensvereinigung gegenstandslos und die Zwischenverfügung vom 19. September 2023 im Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4943/2023 ohne Rechtswirkung.

Die Eingabe des rubrizierten Rechtsvertreters vom 22. September 2023 nahm er sodann als Gesuch um wiedererwägungsweise Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie Rechtsverbeiständung entgegen und setzte die mit der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 angesetzte Kostenvorschussfrist aus. Die (erneute) Prüfung der Prozessaussichten stellte er nach Sichtung des lediglich der physischen Eingabe vom 15. September 2023 beiliegenden USB-Sticks in Aussicht.

D.

Mit Eingabe vom 13. Oktober 2023 nahm der Gesuchsteller zur Kenntnis, dass auf das Ausstandsgesuch nicht eingetreten wurde und ersuchte um Bekanntgabe des Spruchkörpers im Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4927/2023.

E.

Das Verfahren D-4943/2023 wurde am 19. Oktober 2023 durch Abschreibungsentscheid beendet.

F.

F.a Ebenfalls am 19. Oktober 2023 wurde von der zuständigen Abteilungspräsidentin die Eröffnung des vorliegenden Verfahrens veranlasst.

F.b Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2023 hielt das Bundesverwaltungsgericht sodann hinsichtlich des Ausstandsbegehrens gestützt auf Art. 21 und 38 VGG in Verbindung mit Art. 36 BGG sowie Art. 63 Abs. 4 VwVG fest, dass das Ausstandsbegehren in formeller Hinsicht die Voraussetzungen des Art. 36 BGG erfülle, weshalb es – unabhängig von seinen Erfolgsaussichten – als separates Verfahren mit der vorliegenden eigenen Geschäftsnummer D-5685/2023 an die Hand genommen werde.

Dementsprechend hob die Instruktionsrichterin Ziffer 1 der Zwischenverfügung im Verfahren mit der Geschäftsnummer D-4927/2023 vom 27. September 2023 auf und sistierte das Beschwerdeverfahren bis zur Entscheidung über das Ausstandsbegehren. Daneben gab die Instruktionsrichterin den Spruchkörper für das vorliegende Verfahren bekannt und forderte Richter Simon Thurnheer gemäss Art. 36 Abs. 2 BGG zur Stellungnahme zum gestellten Ausstandsbegehren auf.

F.c Gleichzeitig forderte sie den Gesuchsteller auf, bis zum 6. November 2023 einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten von Fr. 500.– zu leisten.

G.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2023 reichte Richter Simon Thurnheer eine Stellungnahme zum Ausstandsbegehren ein.

H.

Der Gesuchsteller zahlte am 3. November 2023 – innerhalb der gesetzten Frist – den geforderten Kostenvorschuss ein und reichte am 11. Dezember 2023 eine Replik zu den Akten.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Januar 2024 wies das Gericht den Gesuchsteller darauf hin, dass sich eine in seiner Replik erwähnte ergänzende Eingabe vom 24. Oktober 2023 nicht bei den Akten befinde und

forderte ihn auf, einen Nachweis über den Versand dieser Eingabe zu erbringen.

J.

Mit Eingabe vom 16. Januar 2024 reichte der Gesuchsteller eine auf den 24. Oktober 2023 datierende Eingabe nach und ersuchte um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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).

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 BGG [erster Satz]). Das vorliegende Ausstandsbegehren erfolgte in der zu beachtenden Form sowie innert nützlicher Frist. Schliesslich wurde der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet und der Gesuchsteller ist im Beschwerdeverfahren D-4927/2023 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert.

3.

Insgesamt gilt es zunächst zu bemerken, dass die Gerichtsperson, gegen die ein Ausstandsbegehren gerichtet wurde, keine Parteistellung im Ausstandsverfahren hat und ihre Stellungnahme lediglich der Sachverhaltsaufklärung dient (vgl. etwa HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 36, N 5). Würde eine Gerichtsperson durch ein Ausstandsbegehren zur Gegenpartei der ausstandsersuchenden Partei, bestünde aus rechtlicher Sicht in diesem Verfahren ein persönliches Interesse der Gerichtsperson, was sie von der weiteren Verfahrensbeteiligung im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG ausschliessen würde. Damit hätte es die gesuchstellende Person in der

eigenen Hand, jederzeit durch ein Ausstandsbegehren einen Ausstandsgrund zu schaffen, was jedoch gerade nicht der Zielrichtung von Art. 30 Abs. 1 BV entspricht (vgl. etwa BGE 131 I 113 E. 3.4 m.w.H.). Auf im Rahmen der Stellungnahme implizit durch Richter Simon Thurnheer gestellte Anträge ist dementsprechend nicht weiter einzugehen.

4.

4.1 Vorab stellt sich die Frage der Rechtshängigkeit des gestellten Ausstandsbegehrens.

4.2 In Dispositivziffer 1 der Zwischenverfügung vom 27. September 2023 hielt der vom Ausstandsbegehren betroffene Instruktionsrichter im Beschwerdeverfahren D-4927/2023 fest, auf das Ausstandsbegehren werde nicht eingetreten. Im vorliegenden Verfahren bringt er im Rahmen seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2023 deshalb ein, das Ausstandsbegehren sei nicht mehr rechtshängig. Die vorliegende Konstellation lasse sich mit derjenigen im Verfahren D-3822/2021 vergleichen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht D-3822/2021 vom 3. November 2021). In seiner über seinen Rechtsvertreter eingereichten Replik betont der Gesuchsteller zunächst, er halte am Ausstandsbegehren fest. Er habe dieses rechtzeitig, formell korrekt und nicht in missbräuchlicher Weise gestellt, sowie einen Ausstandsgrund gemäss Art. 34 Abs. 1 BGG glaubhaft gemacht. Über das Ausstandsbegehren sei gemäss Art. 37 Abs. 1 BGG unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson zu entscheiden.

4.3 Ausstandsbegehren sind aufgrund der spezialgesetzlichen Vorgaben gemäss Art. 38 VGG i.V.m. Art. 37 BGG mittels Entscheid beziehungsweise Urteil abzuschliessen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.58ff.). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die von einem Ausstandsbegehren betroffene Person zwar unter bestimmten Voraussetzungen an der Entscheidung über das Ausstandsbegehren mitwirken (vgl. Urteil des BGer 2C_912/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 129 III 445 E. 4.2.2), darüber aber nicht im Rahmen einer Instruktionsverfügung selbständig befinden kann. Der hier anwendbare Art. 37 BGG sieht vielmehr eine Entscheidung der Abteilung vor, die im Übrigen praxisgemäss auch bei Feststellung der Unzulässigkeit in der Besetzung mit drei Richtern beziehungsweise Richterinnen ergeht (vgl. etwa Urteil des BGer 9C_509/2008 vom 29. Dezember 2008 E. 3; Urteile des BVGer F-2463/2019 vom 5. Juni 2019 E. 2 und D-857/2022 vom 18. Mai 2022 E. 1.3). Ein Gerichtsentscheid enthält das Rubrum, die Erwägungen sowie

das Dispositiv und ergeht einzelrichterlich oder im Spruchkörper unter Mitwirkung einer Gerichtsschreiberin oder eines Gerichtsschreibers. Einzelrichterentscheide unterzeichnet die urteilende Richterin oder der urteilende Richter, die übrigen Entscheide in der Regel die oder der Vorsitzende des Spruchkörpers. Die Mitwirkung und die Unterschrift der Gerichtsschreiberin oder des Gerichtsschreibers ist in beiden Fällen zwingend erforderlich. Im Urteilsdispositiv wird das zu regelnde Rechtsverhältnis autoritativ festgelegt. Eine Zwischenverfügung unterscheidet sich zum Endentscheid dadurch, dass sie das Verfahren vor der mit der Streitsache befassten Instanz nicht abschliesst und jederzeit in Wiedererwägung gezogen werden kann (vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.186 f. und 2.41ff.).

4.4 Die Zwischenverfügung vom 27. September 2023 erfüllt die eben erwähnten Anforderungen an ein Gerichtsurteil offensichtlich nicht, schon allein deshalb, weil sie allein vom Instruktionsrichter erlassen wurde. Die entsprechende Dispositivziffer 1 entfaltet damit keine materielle Rechtswirkung und vermag das anhängig gemachte Ausstandsverfahren nicht abzuschliessen (vgl. WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 7). Daran vermag auch der Verweis auf das Urteil D-3822/2021 vom 3. November 2021 nichts zu ändern, da es sich dort eben gerade um ein durch den gesetzlichen Spruchkörper ergangenes Urteil handelt. Die zuständige Abteilungspräsidentin hat dementsprechend aufgrund des eingereichten Ausstandsbegehrens ein neues Verfahren D-5685/2023 eröffnet und den vorliegenden Spruchkörper eingesetzt, der nunmehr für die entsprechende Beurteilung zuständig ist.

5.

5.1 Im vorliegenden Verfahren stellt sich weiter die Frage der Zulässigkeit des Ausstandsbegehrens.

5.2 Unzulässig ist ein Ausstandsbegehren namentlich dann, wenn die gesuchstellende Person den Ausstand ausschliesslich mit Gründen verlangt, die von vornherein untauglich sind (vgl. Urteil des BGer 9C_509/2008 vom 29. Dezember 2008 E. 3.2), oder wenn das Ausstandsbegehren offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und auf eine Lahmlegung der Justiz abzielt (vgl. BGE 105 Ib 301 E. 1b). Letzteres wäre etwa der Fall, wenn durch eine unzulässige pauschale Ablehnung einer Abteilung beziehungsweise Kammer des angerufenen Gerichts der Ausschluss aller potentiell am Entscheid beteiligten Gerichtspersonen verlangt wird (vgl. Urteil des BGer

8C_102/2011 vom 27. April 2011 E. 2.2.1; Urteil des BVGer D-435/2022 vom 13. September 2022 E. 4.2 m.w.H.). Praxisgemäss ist dann von untauglichen Ausstandsgründen auszugehen, wenn ausschliesslich appellatorische Kritik an einer unliebsamen Zwischenverfügung geübt wird. Das heisst ein Ausstandsbegehren wäre unzulässig, wenn es ausschliesslich auf die Vorbefassung der Gerichtsperson im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege gestützt wird (vgl. etwa BGE 131 I 113 E. 3.7.3). Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die den Anschein der Befangenheit begründen. Da vorliegend kein Fall des Rechtsmissbrauchs oder des Versuchs der Lahmlegung der Justiz durch das Ausstandsbegehren erkennbar ist, sind die Gründe zu prüfen, mit denen der Gesuchsteller den Ausstand verlangt.

5.3

5.3.1 Der Gesuchsteller begründet sein Ausstandsgesuch vorliegend insbesondere damit, dass ein anderer Bundesrichter den gleichen Sachverhalt bezüglich Aussichtslosigkeit anders beurteilt hat. Damit würden in der gleichen Sache sich diametral widersprechende Zwischenverfügungen über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen. Ein klarer Rechtsbegriff – es gehe einzig um die Abwägung der Gewinnaussichten und der Verlustgefahr – sei von zwei Richtern des gleichen Gerichts diametral unterschiedlich ausgelegt worden, weshalb von einem krassen Fehler in der Rechtsanwendung beziehungsweise sachfremden Überlegungen auszugehen sei. Darüber hinaus weise auch die kontradiktorische Argumentationsweise von Richter Simon Thurnheer im vorliegenden Ausstandsverfahren auf eine fehlende Distanz und Neutralität hin.

5.3.2 Es handelt sich vorliegend um eine aussergewöhnliche, durch einen unglücklichen Kanzleifehler entstandene Situation, zumal die Aussichtslosigkeit in der Regel nur durch einen Instruktionsrichter oder eine Instruktionsrichterin beurteilt wird. Sich derart widersprechende richterliche Beurteilungen der gleichen Sachlage scheinen dabei geeignet, das Vertrauen in den Rechtsstaat und die Rechtssicherheit zu erschüttern. Ausserdem stellen sich bei Anhebung zweier Verfahren zur gleichen Rechtssache mit unterschiedlichen Spruchkörpern tatsächlich auch Fragen zum gesetzmässig geschaffenen und zuständigen Gericht. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich damit auch in diesem Sinne massgeblich vom Verfahren D-3822/2021, wo es allein um den Vorwurf ging, dass der Gesuchsteller mit der Einschätzung der Instruktionsrichterin zur Frage der Aussichtslosigkeit nicht einverstanden war. Soweit dies im Hinblick auf die Eintretensfrage rechtlich relevant ist, sind damit die erforderlichen weiteren Gründe

zur Annahme von Voreingenommenheit der betreffenden Gerichtsperson im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angerufen (vgl. etwa BGE 131 I 113 E. 3.7.3 *in fine*), zumal der Anschein der Befangenheit genügt. Aus der Sicht des Gesuchstellers war es jedenfalls nachvollziehbar, diese Situation, die durch die fehlerhafte Doppeleröffnung seines Beschwerdeverfahrens hervorgerufen wurde, mittels eines Ausstandsbegehrens in Bezug auf den Anspruch auf ein durch das Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht einer gerichtlichen Überprüfung unterziehen zu lassen. Das Ausstandsbegehren kann diesen Erwägungen gemäss nicht als von vornherein untauglich im Sinne der erwähnten Praxis beziehungsweise rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden.

5.4 Das Ausstandsbegehren genügt auch den Anforderungen an die Glaubhaftmachung der den Ausstand begründenden Tatsachen im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BGG, zumal 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).

5.5 Auf das Gesuch ist nach dem Gesagten einzutreten.

6.

6.1 Prozessgegenstand bildet damit die Frage des Ausstands von Richter Simon Thurnheer. 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 (vgl. Ziffer 2 der Anträge vom 22. September 2023 sowie Eingabe vom 11. Dezember 2023, S. 6), ist auf die Begehren nicht einzutreten und vollumfänglich auf das Hauptverfahren D-4927/2023 zu verweisen.

6.2 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. 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 141 IV 178 E. 3.2.1; 140 I 326 E. 5.1; 131 I 24 E. 1.1, jeweils m.w.H.).

6.3 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 Frage der Vorbefassung mit der Hauptsache im Rahmen der instruktionsweisen Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat das Bundesgericht allerdings 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; statt vieler: Urteil des BVGer D-434/2022 vom 2. Mai 2022 E. 7.4). 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 Urteil des BGer 9C_245/2020 vom 12. Juni 2020 E. 5.2; BGE 131 I 113 E. 3.7.3).

6.4 Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fallen des Weiteren Konstellationen fehlender Distanz und Neutralität, die von Art. 34 Abs. 1 Bst. a–d BGG nicht umfasst sind. Dabei stellen ein Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG grundsätzlich nicht in Frage. Besonders krasse Fehler oder

wiederholte Irrtümer, die eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten darstellen, können allerdings eine Haltung manifestieren, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (vgl. HÄNER, a.a.O. Art. 34, N 19; 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.

7.

7.1 Der Gesuchsteller macht zur Begründung des Ausstandsbegehrens gegen Richter Simon Thurnheer im Wesentlichen geltend, dieser habe trotz der bei summarischer Prüfung «klarerweise» nicht offensichtlich aussichtslosen Beschwerdebegehren, die unentgeltliche Prozessführung verweigert und damit das in der Verfassung garantierte Recht auf ein faires Verfahren und die Rechtsweggarantie verletzt. Dies ergebe sich schon daraus, dass ein anderer Bundesverwaltungsrichter in seinem Fall die unentgeltliche Prozessführung gutgeheissen habe. Dies sei irritierend und die abweichende Einschätzung in der Verfügung vom 20. September 2023 im Verfahren D-4927/2023 lasse «vermuten, dass in Verfahren verschiedentlich trotz Erfolgsaussichten bereits die unentgeltliche Prozessführung verweigert» werde. Dies erscheine angesichts der Folgen in asylrechtlichen Beschwerdeverfahren, in denen regelmässig grundlegende Grund- und Menschenrechte auf dem Spiel stünden, «hoch problematisch». Der Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung und amtliche Verbeiständung habe aufgrund einer summarischen Prüfung zu erfolgen und solle im Zweifelsfall angesichts der hohen Rechtsgüter, die auf dem Spiel stehen, zugunsten der beschwerdeführenden Person ausfallen. Nur so könne gewährleistet werden, dass ein unabhängiges Gericht den Entscheid der Vorinstanz, vorliegend des SEM, vollständig und sorgfältig überprüfe. Diesen Grundsätzen scheine in der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 im Verfahren D-4927/2023 keine Folge gegeben worden zu sein. Im Beschwerdeverfahren scheine Instruktionsrichter Simon Thurnheer bereits eine vorgefasste Meinung zu haben, da er in seiner Zwischenverfügung die Beschwerdebegehren als aussichtslos beurteilt und die Einschätzung der Vorinstanz und Gegenpartei als zutreffend erachtet habe.

7.2 Richter Simon Thurnheer bestreitet den Ausstandsgrund und führt in seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2023 aus, dass der Gesuchsteller aus dem Umstand, dass zwei verschiedene Instruktionsrichter in derselben Beschwerdesache je eine der jeweils anderen widersprechende

Zwischenverfügung erlassen haben, zu Unrecht die Schlussfolgerung ableite, einer der beiden Instruktionsrichter habe «nicht einzig auf rechtliche Überlegungen abgestellt». Aufgrund «des Beurteilungsspielraums und der vorzunehmenden Gradierung bei der Einschätzung der Gewinnaussichten und Verlustgefahren» sei «das Auftreten solcher Diskrepanzen sachimmanent unvermeidlich». Es liege in der Natur der Sache, dass bei einer summarischen Prüfung unterschiedliche Ergebnisse möglich seien. Daraus liessen sich keine sachfremden Entscheidungsgründe ableiten, weshalb das Ausstandsbegehren abzuweisen sei. Dies gelte auch hinsichtlich des Einwands, mit der Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege sei der Eindruck der Befangenheit wegen Vorbefassung entstanden. Andernfalls dürfte kein Instruktionsrichter in einer Sache mitwirken, in der er zuvor ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen hat. Ein solches Vorgehen widerspreche der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts.

7.3 Der Gesuchsteller bringt in seiner Replik ein, er anerkenne, dass allein der Umstand, dass ein Richter ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen (angeblicher) Aussichtslosigkeit abweist, nicht ausreiche, um einen Ausstand zu begründen. Allerdings liege der Fall vorliegend anders, da er das Ausstandsbegehren nicht nur deswegen gestellt habe. Vielmehr liege der Anlass für dieses Begehren die abweichende Beurteilung der Beschwerdechancen durch Richter Thomas Segessenmann, welcher in seiner Zwischenverfügung vom 19. September 2023 im Verfahren D-4943/2023 die Beschwerde nicht als aussichtslos und als deshalb im Detail zu prüfen, eingeschätzt habe. Dies erscheine gravierend und müsse den Eindruck erwecken, Richter Simon Thurnheer habe nicht einzig auf juristische Aspekte abgestellt. Der Begriff der Aussichtslosigkeit sei nämlich hinreichend klar umrissen und lasse derartig diametral unterschiedliche Beurteilungen nicht zu. Bei der Beurteilung sei die Frage massgebend, ob eine Person mit ausreichend finanziellen Mitteln den Prozess ebenfalls führen würde. Dabei seien auch die Folgen eines negativen Entscheids zu beachten: Je grundlegender die auf dem Spiel stehende Rechtsposition sei, desto eher würde eine vernünftig handelnde Person mit den notwendigen finanziellen Mitteln auch bei etwas unsichereren Chancen auf Obsiegen Beschwerde führen. Insgesamt dürften keine zu hohen Ansprüche an den Nachweis der Nichtaussichtslosigkeit gestellt werden. Da es in Verfahren betreffend Flüchtlingseigenschaft, Asylgewährung und Wegweisung regelmässig um grundlegende Menschenrechte gehe, sei bei der Prüfung der Aussichtslosigkeit Augenmass in besonderer Weise erforderlich.

Da ihm bei einer Wegweisung konkret die Gefahr drohe, verhaftet und misshandelt zu werden und er dies bereits einmal erlebt habe, mache er eine (drohende) Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit geltend, weshalb im Zweifel eine sorgfältige Prüfung der Beschwerdebegehren stattfinden müsse. Die bloss summarische Prüfung im Zuge der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege – die bei negativem Ausgang dazu führe, dass Beschwerdeführende einen Kostenvorschuss zahlen müssten, was aufgrund der Umstände kaum je möglich sei, ohne sich in Schulden zu stürzen – genüge nicht. Dadurch entstünde die Gefahr von Völkerrechtsverletzungen durch die Schweiz. Daher könne Aussichtslosigkeit insbesondere dann keinesfalls angenommen werden, wenn mindestens ein Mitglied eines Richterkollegiums die Anträge einer gesuchstellenden Partei gutheissen wolle. Gerade letzteres sei aber vorliegend der Fall, da «Richter Thomas Segessenmann den Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege offensichtlich gutgeheissen hätte». Es könne damit unmöglich von Aussichtslosigkeit der Beschwerde die Rede sein, wodurch der Eindruck entstehe, dass praktisch jede Beschwerde als aussichtslos qualifiziert werden könne, je nachdem, welche Richterperson mit der Instruktion betraut sei. Dies sei «für die Rechtssicherheit und die (Menschen-)Rechte der beschwerdeführenden Personen gravierend». Vor diesem Hintergrund könne das Argument von Richter Simon Thurnheer, eine unterschiedliche Einschätzung der Prozesschancen durch zwei verschiedene Juristen sei der Natur der Sache geschuldet, nicht überzeugen. Bei der summarischen Prüfung der Aussichtslosigkeit könne es ausschliesslich darum gehen, zu prüfen, ob einer Beschwerde gewisse Chancen eingeräumt werden können. Dies müsse vorliegend offensichtlich bejaht werden, was durch die Einschätzung von Richter Thomas Segessenmann im Verfahren D-4943/2023 belegt sei. Durch die andere Einschätzung von Richter Simon Thurnheer werde offenbar, dass er eben die Aussichtslosigkeit nicht rein juristisch beurteilt habe, sondern andere, sachfremde Überlegungen habe einfließen lassen.

Im vorliegenden Fall sei die Unbefangenheit umso fraglicher, da Richter Simon Thurnheer nunmehr in einem kontradiktorisch geführten Ausstandverfahren als Gegenpartei des Gesuchstellers auftrete und in seiner Stellungnahme auch in dieser Funktion argumentiere. Bei objektiver Betrachtung könne Richter Simon Thurnheer im weiteren Verfahren nicht mehr unvoreingenommen erscheinen. Insgesamt habe dieser bei der Beurteilung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und um den Ausstand offensichtliche Verfahrensfehler begangen. Auch richterliche Verfahrensfehler könnten einen Ausstandgrund nach Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG darstellen,

wenn sie fehlende Distanz und Neutralität vermuten lassen, mithin besonders krass sind oder im selben Verfahren wiederholt vorkommen. Dies sei vorliegend erfüllt, da Richter Simon Thurnheer den Begriff der Aussichtslosigkeit juristisch falsch ausgelegt und das gesetzlich klar geregelte Verfahren um Ausstand nicht eingehalten habe. Ferner habe er nach formell korrekter Eröffnung des Ausstandsverfahrens «in seiner Argumentation auf Vernehmlassungsebene» offenbart, dass er das Verfahren des Gesuchstellers nicht (mehr) unabhängig beurteilen könne, womit ein Ausstandsgrund nach Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG gegeben sei.

8.

8.1 Der Gesuchsteller begründet sein Ausstandsbegehren gegen Richter Simon Thurnheer damit im Wesentlichen mit zwei rechtlich relevanten Gründen. Zum einen mit der bereits erfolgten Festlegung auf eine Abweisung der Beschwerde durch die Feststellung der Aussichtslosigkeit der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 20. September 2023 respektive den angeblich krassen Rechtsfehlern bei der Beurteilung der Frage der Aussichtslosigkeit in dieser Verfügung, und zum anderen mit der einzelrichterlichen Entscheidung über das Ausstandsbegehren mit Ziffer 1 des Dispositivs der Zwischenverfügung vom 27. September 2023. Auf die Ausführungen des Gesuchstellers, mit denen er generelle Kritik an der Kostenvorschusspraxis des Bundesverwaltungsgerichts übt, ist nicht weiter einzugehen, da sie vorliegend nicht entscheidrelevant sind.

8.2 Für eine sachgerechte Beurteilung des vorliegenden Ausstandsbegehrens ist zunächst die Zwischenverfügung vom 20. September 2023 zu prüfen und den Erwägungen zugrunde zu legen.

8.2.1 Aus dieser ergeben sich offensichtlich keine Hinweise darauf, dass der zuständige Instruktionsrichter schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder einen derart qualifiziert falschen Entscheid getroffen hätte, dass dies auf fehlende Distanz oder Neutralität hinweisen würde. Selbst eine möglicherweise fehlerhafte Einschätzung würde – wie bereits erwähnt – noch keinen Anschein der Voreingenommenheit begründen. Erforderlich wäre vielmehr ein besonders schwerer Fehler im Verfahren oder bei der rechtlichen Beurteilung. 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 20. September 2023. Alleine der Umstand, dass der Gesuchsteller die Auffassung des

Instruktionsrichters im Verfahren D-4927/2023 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 Richter Simon Thurnheer sich bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vom 14. September 2023 von sachfremden Motiven hätte leiten lassen. Insoweit der Gesuchsteller aus der unterschiedlichen Würdigung der Erfolgsaussichten der Beschwerde durch Richter Thomas Segessenmann einen krassen Rechtsfehler beziehungsweise eine Befangenheit von Richter Simon Thurnheer abzuleiten versucht, ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsteller sowohl in seinem Ausstandsbegehren als auch in seiner Replik seine Kritik an der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 im Verfahren D-4927/2023 mit keiner detaillierten Auseinandersetzung mit der Sache unterlegt. Dies obwohl sich die Zwischenverfügung mit den Vorbringen in der Beschwerde und den Gesuchsvorbringen summarisch auseinandersetzt und damit den Anforderungen an die Prüfung der Erfolgsaussichten im Rahmen eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege entspricht. Eine über den Verweis auf die Zwischenverfügung vom 19. September 2023 im (fälschlicherweise eröffneten) Verfahren D-4943/2023 hinausgehende inhaltliche Auseinandersetzung mit der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 im Verfahren D-4927/2023 fehlt, so dass sich nicht ergibt, worin der geltend gemachte krasse Rechtsfehler in diesem Verfahren liegen soll. Offensichtlich nicht gefolgt werden kann sodann der Argumentation, dass es sich bei der Frage der Aussichtslosigkeit um einen klaren Rechtsbegriff handle, der nicht unterschiedlich ausgelegt werden könne.

8.2.2 Ferner sind auch aus dem konkreten Wortlaut der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 keine Hinweise auf eine Befangenheit des Instruktionsrichters 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. Diese Einschätzung wird dadurch untermauert, dass Richter Simon Thurnheer nach Eingang der Eingabe des Gesuchstellers vom 22. September 2022, die auch das Ausstandsbegehren enthielt, diese Eingabe als Gesuch um wiedererwägungsweise Gewährung der unentgeltlichen

Prozessführung sowie Rechtsverbeiständung entgegennahm, die Frist für die Zahlung des Kostenvorschusses stornierte und in Aussicht stellte, über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nach Sichtung des der physisch eingereichten Beschwerdeschrift beiliegenden USB-Sticks erneut zu entscheiden. Schon an diesem Vorgehen ist zu erkennen, dass bei Richter Simon Thurnheer die von der Rechtsprechung geforderte Offenheit und Zugänglichkeit für eine abweichende Würdigung besteht.

8.2.3 Nach vorstehenden Erwägungen sind keine objektiven Gründe ersichtlich, die in der Zwischenverfügung vom 20. September 2023 im Verfahren D-4927/2023 auf eine Befangenheit von Richter Simon Thurnheer hinweisen würden.

8.3 An dieser Einschätzung vermag auch das vorliegende Ausstandsbegehren beziehungsweise die Verfügung vom 27. September 2023 nichts zu ändern, zumal eine divergierende Rechtsauffassung per se keinen Ausstandsgrund zu begründen vermag. Von einem krassen Rechtsfehler kann offensichtlich auch in diesem Zusammenhang nicht ausgegangen werden. Die entsprechenden Ausführungen sind als Äusserungen zu einer Rechtsfrage allgemeiner Natur zu bewerten und können daher nicht den Verdacht der Befangenheit für das Beschwerdeverfahren des Gesuchstellers begründen. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Richter, der seine Befangenheit bestreitet, inhaltlich Stellung nehmen muss, was aber noch nicht als persönliches Interesse qualifiziert werden kann (vgl. dazu auch E. 3 hiervor). Der Stellungnahme sind auch keine anderweitigen Äusserungen zu entnehmen, die einen Verdacht der Befangenheit für die Behandlung des Beschwerdeverfahrens D-4927/2023 begründen könnten. In Bezug auf den Beschwerdeführer oder das Beschwerdeverfahren äussert Richter Simon Thurnheer lediglich richtigerweise, dass es in der Natur der Sache liege, dass bei einer summarischen Prüfung unterschiedliche Ergebnisse möglich seien. Diesbezüglich geht der Gesuchsteller fälschlicherweise von einer endgültigen Festlegung auf den Beschwerdeausgang seitens Richter Simon Thurnheer aus. Somit führen auch die Entscheidungsfindung mit Zwischenverfügung vom 27. September 2023 im Verfahren D-4927/2023, deren Begründung sowie die Ausführungen in der Stellungnahme vom 30. Oktober 2023 im vorliegenden Verfahren aus objektiver Sicht nicht zur Annahme der Voreingenommenheit von Richter Simon Thurnheer.

8.4 Nach dem Gesagten sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die im Verfahren D-4927/2023 den Anschein einer Befangenheit von Richter Simon

Thurnheer indizieren würden, weshalb das Ausstandsbegehren gegen Richter Simon Thurnheer abzuweisen ist. Die Sistierung des Beschwerdeverfahrens D-4927/2023 ist demzufolge aufzuheben.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dem Gesuchsteller grundsätzlich die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

9.2 Der Gesuchsteller hat allerdings mit Verweis auf ein auf den 24. Oktober 2023 datiertes aber nicht versandtes Schreiben am 16. Januar 2024 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Die Fürsorgeabhängigkeit des Gesuchstellers ist nachgewiesen und das Ausstandsbegehren kann auch nicht als zum vornherein aussichtslos qualifiziert werden, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG) gutzuheissen ist. Vor diesem Hintergrund kann die Frage offenbleiben, ob die Auferlegung von Verfahrenskosten in der vorliegenden Konstellation überhaupt der bundesgerichtlichen Praxis entsprechen würde (vgl. BGE 100 Ia 28 E. 3; DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire*, Rz. 623 bei Art. 36). Dem Gesuchsteller sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 500.- ist ihm zurückzuerstatten.

9.3 Ob der rubrizierte Rechtsvertreter, der als Rechtsanwalt die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen nach Art. 7 und 8 des Anwaltsgesetzes vom 23. Juni 2000 (SR 935.61) erfüllt, als amtlicher Rechtsbeistand des Beschwerdeführers einzusetzen ist, richtet sich nach Art. 65 Abs. 2 VwVG, womit über die Mittellosigkeit und die Erfolgsaussichten der Beschwerde hinaus die Rechtsverteiständung zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers notwendig sein muss. Die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung setzt in der Regel voraus, dass ein begründetes Gesuch vorliegt und die bedürftige Partei eines anwaltlichen Beistandes bedarf, um ihre Rechte im Verfahren wirksam wahrnehmen zu können. Ausschlaggebend ist mithin, ob die Partei zur Wahrung ihrer Rechte notwendigerweise der professionellen juristischen Hilfe eines Anwaltes oder einer Anwältin bedarf (vgl. BGE 122 I 49 E. 2c; 120 Ia 43 E. 2). Dies ist vorliegend zu bejahen, da sich aufgrund des gerichtlichen Kanzleifehlers rechtlich eine besondere Konstellation ergab und sich damit Fragen stellten, deren Behandlung den Beizug einer professionellen Rechtsvertretung als sachlich geboten erscheinen lassen.

9.4 Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ist daher – unter Vorbehalt einer nachträglichen Veränderung der finanziellen Verhältnisse der Beschwerde-führenden – ebenfalls gutzuheissen (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

9.5 Der rubrizierte Rechtsvertreter hat am 11. Dezember 2023 eine Kostennote eingereicht. Der darin ausgewiesene Aufwand erscheint insgesamt angemessen unter Abzug der nicht eingereichten Eingabe vom 24. Januar 2023 und Berücksichtigung der Eingabe vom 16. Januar 2024. Im amtlichen Mandat ist sodann praxismässig von einem Stundenansatz von Fr. 200.– auszugehen. Das Honorar ist dementsprechend auf insgesamt Fr. 1'066.– (inkl. aller Auslagen) festzulegen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Ausstandsbegehren gegen Richter Simon Thurnheer im Verfahren D-4927/2023 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Sistierung des Beschwerdeverfahrens D-4927/2023 wird aufgehoben. Die Akten werden zur Weiterführung dieses Verfahrens an den zuständigen Instruktionsrichter Simon Thurnheer überwiesen.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 500.– ist dem Gesuchsteller zurückzuerstatten.

4.

Dem amtlichen Rechtsbeistand, MLaw Patrick Burger, Rechtsanwalt, wird zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'066.– zugesprochen.

Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er diesen Betrag dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten.

5.

Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller, an Richter Simon Thurnheer und zu den Verfahrensakten D-4927/2023.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Nina Spälti Giannakitsas

Constantin Hruschka

Versand:

