



Urteil vom 26. April 2022

Besetzung

Richterin Daniela Brüscheiler (Vorsitz),
Richter David R. Wenger, Richter Gérald Bovier,
Gerichtsschreiberin Susanne Burgherr.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch Annelies Müller, (...),
Gesuchsteller,

gegen

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

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 /
N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Gesuchsteller suchte am 9. August 2015 in der Schweiz um Asyl nach. Er machte im Wesentlichen geltend, er habe im (...) 2015 eine militärische Vorladung erhalten, der er keine Folge geleistet habe. Die eritreischen Behörden hätten ihn deshalb gesucht und in seiner Abwesenheit seinen Vater mitgenommen. Als er sich daraufhin bei den militärischen Behörden gemeldet habe, sei sein Vater freigelassen und er (der Gesuchsteller) inhaftiert worden. Am (...) 2015 sei ihm die Flucht aus der Haft gelungen und er sei in der Folge illegal aus Eritrea ausgereist.

A.b Mit Verfügung vom 7. Februar 2018 stellte das SEM fest, dass der Gesuchsteller die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle. Es lehnte das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Das SEM erachtete die Kernvorbringen des Gesuchstellers zur militärischen Vorladung, der Flucht aus der Haft und der illegalen Ausreise als unglaubhaft und den Wegweisungsvollzug als zulässig, zumutbar und möglich.

A.c Die vom Gesuchsteller dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-1522/2018 vom 30. Oktober 2020 ab.

B.

Mit als "Wiedererwägungsgesuch in Sachen Vollzug der Wegweisung" betitelter Eingabe vom 5. Oktober 2021 ersuchte der Gesuchsteller beim SEM um wiedererwägungsweise Feststellung der Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und folglich um Gewährung der vorläufigen Aufnahme.

Zur Begründung übte er Kritik an der länderspezifischen Praxis der Schweizer Asylbehörden und machte im Wesentlichen geltend, er müsse aufgrund seines Alters weiterhin befürchten, in den eritreischen Militärdienst eingezogen zu werden, und fürchte sich angesichts des Konflikts, der in der nordäthiopischen Provinz Tigray militärisch eskaliert sei, davor, zu kriegerischen Handlungen verpflichtet zu werden. Zudem wäre die Rückkehr nach Eritrea mangels eines familiären Beziehungsnetzes und angesichts seines langjährigen Aufenthalts in der Schweiz unverhältnismässig hart. Zur Untermauerung seiner Vorbringen reichte er einen Bericht des Vereins "Give a Hand.ch" vom 13. Oktober 2021 ("[...]"), ein Schreiben der "Aktion der Christen für eine Welt frei von Folter und Todesstrafe" (ACAT) Schweiz

vom 26. Januar 2021 ("[...]"), eine Petition der ACAT-Schweiz vom 18. Januar 2021 zuhänden Bundesrätin Karin Keller-Sutter ("[...]"), ein Antwortschreiben des Staatssekretärs Gattiker an die ACAT-Schweiz vom 3. Februar 2021, ein Schreiben des German Institute of Global and Area Studies (GIGA) vom 7. März 2018 sowie diverse Ausbildungsunterlagen (Lehrvertrag, Zeugnisse usw.) zu den Akten.

C.

Das SEM nahm die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch entgegen und wies dieses mit Verfügung vom 25. November 2021 ab. Es stellte die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 7. Februar 2018 fest, erhob eine Gebühr von Fr. 600.– und hielt fest, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme.

D.

Mit Eingabe vom 23. Dezember 2021 erhob der Gesuchsteller durch die rubrizierte Rechtsvertreterin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde, worin um Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 25. November 2021 und um Feststellung der Unzulässigkeit sowie Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und um Gewährung der vorläufigen Aufnahme, eventualiter um Rückweisung der Sache an das SEM zwecks Neubeurteilung ersucht wurde. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde zudem um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ersucht. Des Weiteren wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt.

Der Rechtsmitteleingabe lagen nebst der Vollmacht der Rechtsvertreterin, der angefochtenen Verfügung und der bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Schreiben der ACAT-Schweiz vom 26. Januar 2021 und des GIGA vom 7. März 2018 ein aktualisierter Bericht des Vereins "Give a Hand.ch" vom 17. Dezember 2021 ("[...]"), ein Entscheid des Committee Against Torture (CAT) vom 29. September 2021, ein an den Verein "Give a Hand.ch" adressiertes Schreiben von B. _____ vom 24. August 2021 ("[...]") und ein Artikel in einer juristischen Zeitschrift vom 13. April 2021 ("[...]") bei.

E.

Im unter der Verfahrensnummer D-5600/2021 eröffneten Beschwerdeverfahren setzte der eingesetzte Instruktionsrichter Simon Thurnheer mit superprovisorischer Massnahme vom 24. Dezember 2021 den Vollzug der Wegweisung einstweilen aus.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 stellte Instruktionsrichter Thurnheer die Aussichtslosigkeit der mit der Beschwerde vom 23. Dezember 2021 gestellten Begehren fest. Er wies infolgedessen die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab, hob den am 24. Dezember 2021 angeordneten einstweiligen Vollzugsstopp auf und forderte den Gesuchsteller auf, bis zum 4. Februar 2022 einen Kostenvorschuss von Fr. 1500.– zu bezahlen, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten werde.

G.

Mit Eingabe vom 4. Februar 2022 (Datum Poststempel; Schreiben datiert vom 3. Februar 2022) ersuchte der Gesuchsteller im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 um wiedererwägungsweise Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Erlass der Verfahrenskosten sowie um Aufrechterhaltung der Vollzugsaussetzung. Zudem beantragte er, der Instruktionsrichter sei vom Gericht anzuweisen, wegen Voreingenommenheit im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG in den Ausstand zu treten.

H.

Der im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 erhobene Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt.

I.

Mit an die Präsidentin der Abteilung IV adressierter Eingabe vom 6. Februar 2022 (Datum Poststempel; Schreiben datiert vom 5. Februar 2022) beantragte die Rechtsvertreterin des Gesuchstellers unter Verweis auf die besagte Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 und das dortige Gesuch um wiedererwägungsweise Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vom 4. Februar 2022 die Anweisung an den Instruktionsrichter Thurnheer, er habe wegen Voreingenommenheit im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 (und [...]) gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG in den Ausstand zu treten.

J.

Unter der Verfahrensnummer D-632/2022 wurde ein Ausstandsverfahren eröffnet und der vorsitzenden Richterin zur Instruktion zugeteilt. Diese forderte Richter Thurnheer am 16. Februar 2022 auf, sich zu den vorgebrachten Ausstandsgründen zu äussern.

K.

Mit Schreiben vom 23. Februar 2022 nahm Richter Thurnheer Stellung.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 18. März 2022 brachte die Instruktionsrichterin dem Gesuchsteller die Stellungnahme zur Kenntnis und räumte ihm Gelegenheit ein, sich dazu bis zum 4. April 2022 zu äussern. Zudem wurde festgehalten, dass, sollte im Verfahren (...) ebenfalls ein Ausstandsbegehren gewollt sein, die Rechtsvertreterin beziehungsweise ihr Mandant ein solches in einem formellen Ausstandsgesuch einzureichen hätten.

M.

Der Gesuchsteller replizierte durch seine Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 4. April 2022.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Auf dem Gebiet des Asyls entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig über Beschwerden gegen Verfügung des SEM, ausser – was hier nicht der Fall ist – bei Vorliegen eines Auslieferungsgesuchs des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (vgl. dazu Art. 105 AsylG [SR 142.31] 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). Für Ausstandsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kommen die entsprechenden Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 34–38 BGG) sinngemäss zur Anwendung (Art. 38 VGG).

1.2 Will eine Partei den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen, hat sie dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 36 Abs. 1 BGG [erster Satz]). Vorliegend erfolgte das Ausstandsbegehren in der zu beachtenden Form und innert nützlicher Frist, zwei Wochen nach Eröffnung der beanstandeten Zwischenverfügung von Richter Thurnheer vom 20. Januar 2022 (Art. 36 Abs. 1 BGG). Der Gesuchsteller ist im betreffenden Beschwerdeverfahren D-5600/2021 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Auf das Ausstandsbegehren ist einzutreten.

2.

Bestreitet der Richter beziehungsweise die Richterin, dessen oder deren Ausstand verlangt wird, den Ausstandsgrund, 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). Vorliegend hat Richter Thurnheer in seiner Stellungnahme vom 23. Februar 2022 das Bestehen eines Ausstandsgrunds bestritten.

3.

3.1 Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch der rechtsunterworfenen Partei darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter beziehungsweise einer unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richterin ohne Einwirkung von sachfremden Umständen entschieden wird (vgl. BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240, BVGE 2007/5 E. 2.2 S. 38 f., je m.w.H.).

3.2 Vorliegend beruft sich der Gesuchsteller auf die Ausstandsgründe von Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG, wonach Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG), oder wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten (Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG).

4.

4.1 Der Gesuchsteller macht zur Begründung seines Ausstandsbegehrens im Wesentlichen geltend, eritreische Asylsuchende hätten in der Schweiz in den vergangenen Jahren besonders stark im Fokus der asylpolitischen Auseinandersetzungen und der Medienberichterstattung gestanden. Für Exponenten gewisser politischer Parteien stelle die blossе Anwesenheit von Geflüchteten aus Eritrea ein schier unerträgliches Ärgernis dar; es könne nicht ausbleiben, dass sich der politische Druck auch auf die von einer solchen Partei delegierten Asylrichterinnen und -richter am Bundesverwaltungsgericht auswirke. Der für das Verfahren D-5600/2021 zuständige Instruktionsrichter habe mit dem Erlass der Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 ein persönliches Interesse verfolgt und seine Abneigung gegen den Gesuchsteller im Sinne einer persönlichen Feindschaft zum

Ausdruck gebracht. Er habe ihm mit einem leicht durchschaubaren, deshalb aber nicht minder perfiden Trick den Zugang zu einem rechtsstaatlichen Verfahren zu verwehren versucht. Abgewiesene Asylsuchende, die von Nothilfe leben müssten, seien nur in den seltensten Fällen in der Lage, sich juristischen Beistand zwecks Inanspruchnahme ausserordentlicher Rechtsmittel zu sichern. Gelingt dies doch, seien sie zur Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung angewiesen. Zwar müssten Beschwerden, die einzig den Zweck verfolgen würden, Verfahren mutwillig in die Länge zu ziehen, aus prozessökonomischen Gründen als aussichtslos aussortiert und abgeschrieben werden können, es sei aber problematisch, wenn Instruktionsrichterinnen und Instruktionsrichter aus Bequemlichkeit oder einer persönlichen politischen Haltung heraus diese Möglichkeit missbrauchen und den Zugang zu einem fairen und neutralen Verfahren von vornherein verwehren würden. Dies sei vorliegend geschehen. Die Art und Weise der Würdigung der mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel in der Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 zeige, dass Instruktionsrichter Thurnheer von Beginn an voreingenommen gewesen sei. Er habe die 170-seitige Zusammenstellung des Vereins "Give a Hand.ch" von Medienberichten über Kriegshandlungen unter Mitwirkung der eritreischen Armee, das 60-seitige Gutachten von B. _____, das sich mit der Quellenarbeit des Bundesverwaltungsgerichts im Referenzurteil E-5022/2017 befasse, und den Zeitschriftenartikel vom 13. April 2021, bei dem es sich um eine Analyse einer Doktorandin der Jurisprudenz zur Frage der Würdigung von Art. 4 EMRK in Zusammenhang mit dem eritreischen Militär- und Nationaldienst handle, kaum zur Kenntnis genommen, und den ebenfalls eingereichten Entscheid des CAT, in dem die Zulässigkeit des Vollzugs einer Wegweisung nach Eritrea verneint worden sei, gar nicht erwähnt. Auch die in den 36 Fussnoten der Beschwerde erwähnten Berichte habe er übergangen. Die Fehler, welche Instruktionsrichter Thurnheer in seiner Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 unterlaufen seien, könnten nicht als bloss kleine, der Arbeitslast geschuldete Verletzung der Sorgfaltspflicht gelten, sondern müssten als schwere Verletzungen richterlicher Pflichten bezeichnet werden. Angesichts dessen, dass eine nahezu auf den gleichen Argumenten und Beweismitteln basierende Beschwerde eines anderen Asylsuchenden, die nur wenige Tage später ebenfalls Instruktionsrichter Thurnheer zugeteilt worden sei (Beschwerdeverfahren [...]), bisher nicht als aussichtslos instruiert worden sei, dränge sich der Verdacht auf, dass Instruktionsrichter Thurnheer vorliegend einfach einmal habe testen wollen, ob man die unbequeme Angelegenheit nicht vielleicht auf die besagte Art und Weise aus der Welt schaffen könnte. Es sei damit erstellt, dass Instruktionsrichter Thurnheer

im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 aus persönlichen Gründen und Aversion gegenüber Asylsuchenden aus Eritrea gehandelt habe. Er müsse daher gemäss Art. 34 Abs. 1 Bstn. a und e BGG in den Ausstand treten.

4.2 Instruktionsrichter Thurnheer entgegnete in seinem Schreiben vom 23. Februar 2022, dass für das Ausstandsbegehren zwar Kritik an der Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 zum Anlass genommen werde, es aber nicht mit Gründen begründet werde, die in der Person des für befangen erachteten Richters liegen würden, sondern einzig mit dessen Parteizugehörigkeit. Damit erscheine das Ausstandsbegehren als nicht gehörig begründet. Die Parteizugehörigkeit stelle kein massgebliches Kriterium der Spruchkörperzusammensetzung dar, weshalb diese auch nicht mittels eines Ausstandsbegehrens zum massgeblichen Kriterium derselben erhoben werden könne. Die konkret angerufenen Ausstandsgründe von Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG seien offenkundig nicht erfüllt. Unter einem persönlichen Interesse sei ein (typischerweise) finanzielles Interesse an der Beschwerdesache zu verstehen, was vom Gesuchsteller zu Recht nicht geltend gemacht werde, und nicht eine politische Haltung oder dergleichen. Persönliche Feindschaft setze eine persönliche Bekanntschaft oder rechtliche Verbindung voraus, was vorliegend zu Recht ebenso so wenig geltend gemacht werde. Es würden folglich keine Sachverhaltselemente vorgebracht, deren Richtigkeit er bestätigen oder bestreiten könnte. Nichtsdestotrotz verwahre er sich gegen jegliche Unterstellungen.

4.3 In seiner Replik vom 4. April 2022 führte der Gesuchsteller im Wesentlichen an, Richter Thurnheer könne ihm nicht weismachen, dass seine persönlich-politische Einstellung nicht in die summarische Einschätzung in der beanstandeten Zwischenverfügung eingeflossen sei. Dies sei letztlich aber zweitrangig, nachdem die Vertreterin mit Entsetzen habe feststellen müssen, dass das nicht zur Kenntnisnehmen belegbarer Tatsachen und Vorbringen eritreischer Asylsuchender am Bundesverwaltungsgericht endemischen Charakter angenommen habe. Er verweise hierzu auf die Ausführungen zur allgemeinen Lage und der Einmischung Eritreas in den Konflikt in Äthiopien im Urteil E-339/2022 vom 21. März 2022, die derart abstrus seien, dass man beinahe versucht sei, von Rechtsbeugung zu sprechen. Wenn es die Richterinnen und Richter am Bundesverwaltungsgericht als ihre Aufgabe ansehen würden, sich als Anwälte der Vorinstanz zu gebärden und die sorgfältige Rechercharbeit von Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertretern zu negieren, würden sich ernsthafte Zweifel an deren Unabhängigkeit stellen. Instruktionsrichter Thurnheer habe mit der stiefmütterlichen Behandlung der Beweismittel in seiner Zwischenverfügung vom

20. Januar 2022 gezeigt, dass er einem offenen Ausgang des Verfahrens nicht mehr zugänglich gewesen sei, zumal er nicht damit habe rechnen müssen, dass der Kostenvorschuss geleistet werden könnte. Er sei wohl der Überzeugung, dass die Grundsatzurteile des Bundesverwaltungsgerichts zu Eritrea ihn auf alle Zeiten von einer gründlichen Prüfung von Beschwerden eritreischer Gesuchsteller entbinden würden. Wenn sich Richterinnen und Richter am Bundesverwaltungsgericht aber offenbar systematisch und beharrlich weigern würden, sich mit der Partizipation eritreischer Truppen in den Konflikten auf äthiopischem Boden und deren Auswirkungen zu befassen, geschehe dies entweder aus reiner Bequemlichkeit oder aber, was zu vermuten sei, aus persönlich-politischem Interesse, weil man sich die Konsequenzen aus den ohnehin fragwürdigen Referenzurteilen zu Eritrea nicht eingestehen wolle. Wie falsch die Schlussfolgerungen des Gerichts seien, werde aus den soeben veröffentlichten Jahresberichten der Bertelsmann-Stiftung zur Lage in Eritrea und Äthiopien deutlich (Beilage: Auszüge). Der Umgang von Instruktionsrichter Thurnheer mit dem CAT-Entscheid vom 29. September 2021 basiere entweder auf einem Versehen, was eine schwere Verletzung der Sorgfaltspflicht darstellen würde, oder es sei daraus zu schliessen, dass er sich schlicht um von der Schweiz ratifizierte völkerrechtliche Verträge und die Rechtsprechung der die Vertragseinhaltung überwachenden Ausschüsse füttere. Auch dies scheine mittlerweile endemisch zu sein, habe doch auch die Richterin im bereits erwähnten Urteil E-339/2022 vom 21. März 2022 keinen Bezug auf den besagten CAT-Entscheid genommen und auch übersehen, dass die Schweiz mittlerweile in einem weiteren CAT-Entscheid gerügt worden sei (Beilage: CAT-Entscheid vom 8. Februar 2022).

5.

5.1 Der Gesuchsteller ruft die Ausstandsgründe von Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG an.

5.2 Mit dem Ausstandsgrund der persönlichen Interessen gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG soll verhindert werden, dass die Gerichtsperson in eigener Sache entscheidet. Zu den persönlichen Interessen gehören alle Interessen welche die Gerichtsperson direkt oder indirekt (bzw. mittelbar) betreffen. Direkte Betroffenheit ist gegeben, wenn es um eigene Ansprüche geht; indirekte Betroffenheit kann vorliegen, wenn die Gerichtsperson als Organ einer verfahrensbeteiligten juristischen Person tätig ist (vgl. zum Ganzen, je m.w.H., DOMINIK VOCK, in: SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK [HRSG.], Praxiskommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, 2013,

zu Art. 34 Rz. 6; ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., 2018, Art. 34, N. 8; YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire, 2008, art. 34 n° 541).

Eine solche Konstellation privater Interessen liegt vorliegend offensichtlich nicht vor. Der Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG ist nicht gegeben.

5.3 Gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG haben Gerichtspersonen in den Ausstand zu treten, wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten.

5.3.1 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 HÄNER, a.a.O., Art. 34, N. 16 und 17 m.w.H.). Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fallen unter anderem auch 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 m.w.H.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein Richter oder eine Richterin nicht schon deswegen als voreingenommen, weil er oder sie ein entsprechendes Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen hat. So setzt ein rechtsstaatliches Verfahren regelmässig voraus, dass schon vor dem eigentlichen Sachentscheid prozessuale Anordnungen getroffen werden müssen, wozu auch die Behandlung von Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehört. Dass das damit befasste Gerichtsmitglied dabei die Aussichten der Hauptsache abzuwägen hat, begründet für sich noch keine Voreingenommenheit, sondern ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Verfahrensordnung (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.7.1; ebenso BVGE 2007/5 E. 2–3.7). Zur Annahme von Befangenheit müssen vielmehr weitere Gründe hinzutreten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich der zuständige Richter oder die zuständige Richterin bei der Beurteilung des Gesuchs

um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits in einer Art festgelegt hat, dass er oder sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich ist und der Verfahrensausgang deswegen nicht mehr als offen erscheint (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.6).

Für die Ablehnung einer Gerichtsperson muss nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden. Es genügt, wenn Umstände glaubhaft gemacht werden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BGG). Dabei ist jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. BGE 139 I 121 E. 5.1, 137 I 227 E. 2 und 131 I 24 E. 1.1; Urteil BGer 4A_377/2014 vom 25. November 2014 E. 6.1). Richterliche Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache können die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin nur in Frage stellen, sofern objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es sich dabei um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten darstellen (vgl. BGE 125 I 119 E. 3e, 115 Ia 400 E. 3b und 116 Ia 135 E. 3a; Urteile BGer 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4 und 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2; HÄNER, a.a.O. Art. 34 N. 19; bejaht beispielsweise in BGE 141 IV 178).

5.3.2 Vorliegend bestehen keinerlei Anhaltspunkte für das Bestehen einer besonderen Freundschaft oder persönlichen Feindschaft zwischen Instruktionsrichter Thurnheer und dem Gesuchsteller, zumal sich diese beiden Personen offensichtlich nicht persönlich kennen. Gleiches gilt für das Verhältnis zwischen dem Instruktionsrichter und der Rechtsvertreterin des Gesuchstellers.

5.3.3 Der Rüge des Gesuchstellers, Richter Thurnheer habe mit einem "perfiden Trick" versucht, ihm den Zugang zu einem rechtsstaatlichen Verfahren zu verwehren, indem er den Fall instruiert und dabei die Beschwerde als aussichtslos erklärt habe, kann nicht gefolgt werden. Der im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 eingesetzte vorsitzende Richter Thurnheer war in seiner Funktion als Instruktionsrichter gehalten, die verfahrensrechtlichen Anträge des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

der Beschwerde zu prüfen und somit gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie Art. 111b Abs. 3 AsylG die Frage der Erfolgsaussichten der Beschwerdebegehren zu beurteilen. Das prozessuale Vorgehen von Instruktionsrichter Thurnheer ist folglich korrekt und nicht zu beanstanden. Als Instruktionsrichter hatte er die Prozessaussichten im Rahmen einer *summarischen* Prüfung der ihm vorliegenden Akten zu beurteilen. Das Vorbringen des Gesuchstellers, Instruktionsrichter Thurnheer habe die Beschwerde aus Bequemlichkeit respektive aufgrund einer parteipolitisch geprägten generell negativen Grundeinstellung gegenüber eritreischen Asylsuchenden als aussichtslos qualifiziert, ist eine Unterstellung, für die sich weder aus den Akten des Beschwerdeverfahrens D-5600/2021 noch aus den Ausführungen des Gesuchstellers im vorliegenden Ausstandsverfahren eine Grundlage ergibt. Aus den sprachlichen Formulierungen in der Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 ergeben sich keine Hinweise darauf, dass Instruktionsrichter Thurnheer bei der vorzunehmenden summarischen Prüfung nicht einer objektiven Abwägung der Gewinn- und Verlustchancen der in der Beschwerde formulierten Begehren gefolgt wäre. Er hat sich hinsichtlich der Prozessaussichten konsequent in der Möglichkeitsform (nicht Indikativform) geäußert und die entsprechenden Erwägungen sind hinreichend offen formuliert, so dass nicht zu erkennen ist, dass Richter Thurnheer nicht gewillt sein sollte, sich im Rahmen einer späteren einlässlichen Prüfung vertieft mit den Beschwerdevorbringen und Beweismitteln auseinanderzusetzen und infolge davon oder aufgrund einer allfälligen nachträglichen Veränderung der Sachlage gegebenenfalls zu einem für den Gesuchsteller günstigeren Ergebnis zu gelangen. Vielmehr hat er ausdrücklich festgehalten, dass eine allfällige veränderte Sachlage selbst bei ausbleibender Zahlung des Kostenvorschusses zu prüfen sei (vgl. Zwischenverfügung vom 20. Januar 2022 S. 5 letzter Absatz).

5.3.4 Auch von einer krassen Fehlbeurteilung in grober Missachtung richterlicher Pflichten kann vorliegend nicht gesprochen werden. Instruktionsrichter Thurnheer war nicht gehalten, sich in seiner Zwischenverfügung im Rahmen der *summarischen* Prüfung der Aktenlage mit allen eingereichten Beweismitteln und den in zahlreichen Fussnoten zitierten Quellen detailliert einzeln auseinanderzusetzen. Er hat sich im Rahmen der vorzunehmenden summarischen Prüfung in genügender Dichte mit der Beschwerde des Gesuchstellers, die im Wesentlichen in einer Kritik an der koordinierten Länderpraxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Eritrea besteht, auseinandergesetzt. Im vorliegenden Ausstandsverfahren übt der Gesuchsteller (respektive seine Rechtsvertreterin) wiederum in erster Linie generelle Kri-

tik an der länderspezifischen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und fordert eine Korrektur derselben. Damit vermag der Gesuchsteller jedoch keine die Befangenheit des Instruktionsrichters Thurnheer begründende gravierende Fehlleistung im vorliegend zu beurteilenden Beschwerdeverfahren D-5600/2021 darzutun. Der Verweis in der Replik vom 4. April 2022 auf ein Urteil, an dem Richter Thurnheer gar nicht beteiligt war (E-339/2022 vom 21. März 2022), ist in dieser Hinsicht ebenso unbehelflich.

5.4 Nach dem Gesagten lässt das Vorgehen von Instruktionsrichter Thurnheer im Beschwerdeverfahren D-5600/2021 nicht auf seine Befangenheit schliessen. Das Ausstandsbegehren des Gesuchstellers ist abzuweisen. Die Akten sind zur Weiterführung des Beschwerdeverfahrens D-5600/2021 an Richter Thurnheer zu überweisen.

6.

Soweit aus den Anträgen zu schliessen ist, wurde für das Ausstandsverfahren nicht um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ersucht; ein solches Gesuch wäre im Übrigen in Anwendung von Art. 65 Abs. 1 VwVG unter Hinweis auf die Aussichtslosigkeit der Ausstandsbegehren abzuweisen gewesen. Bei diesem Aufgang des Verfahrens sind die Kosten des Ausstandsverfahrens im Betrag von Fr. 750.– dem Gesuchsteller 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]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

2.

Die Akten werden zur Weiterführung des Verfahrens D-5600/2021 an Instruktionsrichter Thurnheer überwiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 750.– werden dem Gesuchsteller auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller und Bundesverwaltungsrichter Thurnheer.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniela Brüscheiler

Susanne Burgherr

Versand: