



---

Abteilung IV  
D-7428/2015

## **Urteil vom 15. Dezember 2015**

---

Besetzung

Richterin Contessina Theis (Vorsitz),  
Richter David R. Wenger,  
Richter Fulvio Haefeli,  
Gerichtsschreiberin Eva Hostettler.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch Livia Kunz, Fürsprecherin,  
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,  
Eigerplatz 5, 3007 Bern,  
Gesuchsteller,

---

Gegenstand

Ausstandsbegehren vom 23. November 2015  
im Beschwerdeverfahren D-6802/2015 / N (...).

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

Der Gesuchsteller reichte am 20. Juni 2014 in der Schweiz ein Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 21. September 2015 stellte das SEM fest, der Gesuchsteller erfülle die Flüchtlingseigenschaft, lehnte sein Asylgesuch ab, ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an und schob den Vollzug zugunsten einer vorläufigen Aufnahme wegen Unzulässigkeit auf. Zur Begründung führte das SEM im Wesentlichen aus, es sei zwar bedauerlich, dass der Gesuchsteller keine schulische Ausbildung habe absolvieren können und stattdessen ins Militär eingezogen worden sei; auch sei bestimmt frustrierend gewesen, dass er mehrmals in Haft genommen worden sei, weil er den Dienst unerlaubt verlassen habe. Dies habe jedoch kaum zu einem menschenunwürdigen Leben im Heimatstaat geführt, dem er sich nur durch eine Flucht ins Ausland zu entziehen vermocht hätte. Andererseits sei aktenkundig, dass er seinen Heimatstaat während eines Urlaubs illegal verlassen habe und er sich damit dem Militärdienst entzogen habe. Indessen – so das SEM weiter – dürfte diese Flucht den Vorgesetzten erst nach seiner Ausreise aufgefallen sein, womit die Gefahr einer asylrelevanten Verfolgung erst mit der illegalen Ausreise entstanden sei. Der Gesuchsteller erfülle demnach die Flüchtlingseigenschaft, sein Asylgesuch sei indessen gestützt auf Art. 54 AsylG (SR 142.31) abzuweisen.

**B.**

Mit Beschwerde vom 21. Oktober 2015 reichte der Gesuchsteller – handelnd durch seine neu mandatierte Rechtsvertreterin – Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und beantragte im Wesentlichen, die angefochtene Verfügung sei in den die Ablehnung der Asylgewährung betreffenden Dispositivziffern aufzuheben und dem Gesuchsteller sei Asyl zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 110a AsylG ersucht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Gesuchsteller sei (...) Jahre lang im Militärdienst gewesen, habe unter misslichen Lebensumständen gelitten und sich während eines Urlaubs ins Ausland abgesetzt. Die Erwägungen der Vorinstanz – die erfolgte Desertion sei den Vorgesetzten erst nach der Flucht in den Sudan aufgefallen, weshalb Art. 54 AsylG zur Anwendung gelange – seien rechtswidrig, würden diese doch sowohl der eigenen Praxis des SEM wie auch jener des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. EMARK 2006/3) widersprechen. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach der Gesuchsteller bei einem weiteren

Verbleib in seinem Heimatstaat bedauerliche oder frustrierende, nicht aber asylrelevante Repressalien zu befürchten hätte, sei nicht nachvollziehbar.

### **C.**

Mit Zwischenverfügung vom 2. November 2015 wies der zuständige Instruktionsrichter Martin Zoller im diesbezüglichen Verfahren D-6802/2015 das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG) und um Bestellung eines amtlichen Rechtsbeistandes (gemäss Art. 110a AsylG) ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das SEM habe in seiner angefochtenen Verfügung ausreichend dargelegt, wieso es im vorliegenden Verfahren zum Schluss gelangt sei, der Gesuchsteller erfülle aufgrund seiner illegalen Ausreise zwar die Flüchtlingseigenschaft, sei jedoch von der Gewährung von Asyl auszuschliessen. Das SEM habe festgestellt, die wiederholte Bestrafung wegen unerlaubten Verlassens des Dienstes hätte kaum zu einem menschenunwürdigen Leben geführt und aus den Akten sei auch nicht ersichtlich, dass er in absehbarer Zukunft und mit einer beachtlichen Wahrscheinlichkeit anderen staatlichen Verfolgungsmassnahmen ausgesetzt gewesen wäre. Andererseits gehe aus den Akten hervor, dass der Gesuchsteller seinen Heimatstaat während eines Militärurlaubs illegal verlassen habe, diese Flucht seinen Vorgesetzten aber erst nach seiner Ausreise in den Sudan aufgefallen sein dürfte. Deshalb dürfte der Auffassung der Vorinstanz, die flüchtlingsrechtlichen Elemente seien erst mit der illegalen Ausreise aus Eritrea entstanden, gefolgt werden. Die in der Beschwerdeschrift gemachten Ausführungen (insbesondere Hinweise auf die schwierige Situation in der sich Soldaten beziehungsweise Dienstleistende in Eritrea befänden) dürften nicht geeignet sein, zu einer anderen Beurteilung des Sachverhaltes zu führen. Die Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG und Art. 110a AsylG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses seien deshalb abzuweisen. Dem Gesuchsteller wurde zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 600.– Frist bis zum 17. November 2015 angesetzt. Den im Verfahren D-6802/2015 erhobenen Kostenvorschuss zahlte der Gesuchsteller am 9. November 2015 fristgerecht ein.

### **D.**

Am 17. November 2015 gelangte der Gesuchsteller – handelnd durch seine Rechtsvertreterin – mit einem Ausstandsbegehren an das Bundesverwaltungsgericht, wobei er in seiner Eingabe im Wesentlichen beantragte, die Verfahrensinstruktion in der Hauptsache D-6802/2015 sei von einer anderen Gerichtsperson weiterzuführen. In verfahrensrechtlicher

Hinsicht wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht. Zur Begründung wurde ausgeführt, entgegen den in der Zwischenverfügung vom 2. November 2015 gemachten Ausführungen sei Desertion nicht als subjektiver Nachfluchtgrund im Sinne von Art. 54 AsylG zu verstehen, sondern asylrelevant. In der Beschwerdeschrift im Verfahren D-6802/2015 sei zudem klar die falsche Rechtsanwendung einer Gesetzesbestimmung unter Missachtung jahrelanger Rechtspraxis gerügt worden, was in der Zwischenverfügung vom 2. November 2015 mit keinem Wort erwähnt worden sei. Diese krasse Diskrepanz stelle eine Verletzung der im Gehörsanspruch enthaltenen Berücksichtigungs- und Begründungspflicht und damit eine schwere Missachtung der Richterplichten dar, weshalb der Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG zur Anwendung gelange. Da die Offenheit des Verfahrensausgangs vorliegend erheblich gefährdet sei und es bei der Beurteilung der Asylgewährung von eritreischen Flüchtlingen auch darum gehe, grossen politischen und medialen Druck auszuhalten, seien die Voraussetzungen erfüllt, um den bisher zuständigen Instruktionsrichter zur Wahrung der Unabhängigkeit des Gerichts in Ausstand treten zu lassen.

#### **E.**

Am 23. November 2015 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang des Ausstandsbegehrens.

### **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 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 Ausstands-

grund, 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). Richter Martin Zoller hat das Bestehen eines Ausstandsgrundes bestritten.

**1.3** 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]). In der Gesuchseingabe vom 17. November 2015 wird auf die von Richter Martin Zoller erlassene Verfügung vom 2. November 2015 abgestellt. Das Ausstandsbegehren erfolgte in der zu beachtenden Form sowie innert nützlicher Frist, nämlich innert zwei Wochen nach Eröffnung der erwähnten Zwischenverfügung. Der Gesuchsteller ist im Beschwerdeverfahren D-6802/2015 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Damit sind die formellen Anforderungen an ein Ausstandsbegehren erfüllt, weshalb auf das Gesuch einzutreten ist.

## **2.**

**2.1** Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV 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).

**2.2** Von den in Art. 34 BGG aufgezählten Gründen, welche zu einem Ausstand führen, kommt keiner der in Art. 34 Abs. 1 Bst. a - d BGG erwähnten Spezialtatbestände in Frage, sondern einzig die Auffangbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, auf welche sich der Gesuchsteller denn auch ausdrücklich beruft. Gemäss dieser Bestimmung haben Gerichtspersonen – Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen – in den Ausstand zu treten, wenn sie „aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten“. Dieser Bestimmung kommt die Funktion einer Auffangklausel zu, die – über den Bereich der namentlich erwähnten besonderen sozialen Beziehungen zwischen einer Gerichtsperson und einer Partei hinausgehend – sämtliche weiteren Umstände abdeckt, welche den Anschein der Befangenheit einer Gerichtsperson erwecken und objektiv Zweifel an deren Unvoreingenommenheit zu begründen vermögen (vgl. dazu ISABELLE

HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Art. 34, N. 16 und 17).

**2.3** Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fällt 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). Für die vorliegend interessierende Frage – Vorbefassung mit der Hauptsache im Rahmen der instruktionsweisen Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – 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 Gerichtsmitglied 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 Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 26 E. 3a-f). 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).

**2.4** Zur Ablehnung einer Gerichtsperson muss nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden. Es genügt, wenn Umstände glaubhaft gemacht werden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BGG [zweiter Satz]). Dabei ist jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. BGE 131 I 24 E. 1.1, mit Hinweisen). Richterliche Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache können die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines

Richters oder einer Richterin nur in Frage stellen, sofern objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (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).

### **3.**

**3.1** Der Gesuchsteller macht in seiner Eingabe im Wesentlichen geltend, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 110a AsylG hätte im Rahmen der Zwischenverfügung vom 2. November 2015 vom zuständigen Instruktionsrichter nicht abgewiesen werden dürfen, da seine Beschwerdevorbringen aufgrund der Aktenlage keinesfalls aussichtslos seien. Auf die in der Beschwerdeschrift geltend gemachten offensichtlichen Rechtsmängel (klar falsche Rechtsanwendung einer Gesetzesbestimmung und Missachtung einer jahrelangen Rechtspraxis) werde in der Zwischenverfügung mit keinem Wort eingegangen. Diese krasse Diskrepanz stelle eine schwere Missachtung richterlicher Pflichten dar. Befangene Richter und Richterinnen stünden im Verdacht, aufgrund bewusster oder unbewusster Festlegungen nicht mehr richtig zuhören zu können oder zu wollen. Dies sei vorliegend der Fall, weshalb die Offenheit des Verfahrens erheblich gefährdet sei. Dies insbesondere auch, weil es hinsichtlich der Asylgewährung von Flüchtlingen aus Eritrea grossen politischen und medialen Druck auszuhalten gelte.

**3.2** Aufgrund der vorliegenden Aktenlage vermögen diese Ausführungen nicht zu überzeugen. Zunächst ist festzustellen, dass – wie bereits erwähnt – selbst eine unzutreffende Wahrnehmung der Akten durch den zuständigen Instruktionsrichter und daraus folgend eine allenfalls unsachgemässe Beurteilung der Frage der mutmasslichen Aussichtslosigkeit der Beschwerde keinen Ausstandsgrund darstellen würde. Ein richterlicher Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache genügen nicht, um auf eine mögliche Befangenheit der Gerichtsperson schliessen zu können. Ein Ausstandsgrund kann vielmehr nur vorliegen, wenn weitere Anhaltspunkte hinzukommen oder wenn es sich um eine besonders krasse Fehlbeurteilung beziehungsweise schwere Verletzung der richterlichen Pflichten

ten handelt. Aus der Wahl der sprachlichen Formulierungen in der Zwischenverfügung vom 2. November 2015 ergeben sich vorliegend keine Hinweise darauf, dass der zuständige Instruktionsrichter nicht einer objektiven Abwägung der Gewinn- und Verlustchancen gefolgt wäre. Die Überprüfung der Erfolgsaussichten einer Beschwerde *ex ante* erfolgt stets vorläufig; ebenso wenig wie bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist der Richter oder die Richterin an seine respektive ihre Hauptprognose gebunden (vgl. zum Ganzen auch BGE 131 I 113). Dem Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kommt somit kein präjudizieller Charakter zu. Die Erwägungen in der Zwischenverfügung vom 2. November 2015 sind hinreichend offen formuliert. Es ist nicht zu erkennen, dass Richter Martin Zoller im Rahmen des Hauptverfahrens nicht gewillt sein sollte, sich nach einlässlicher Prüfung der Sache, mit den vom Gesuchsteller eingebrachten Beschwerdevorbringen vertieft auseinanderzusetzen und seine Position als Folge einer vertieften Würdigung der gesamten Aktenlage gegebenenfalls zu revidieren. Dass der Gesuchsteller beziehungsweise seine Rechtsvertreterin diese rechtliche Würdigung nicht teilen, sondern die Beschwerde im Gegenteil als aussichtsreich erachten, vermag daran nichts zu ändern, liegt doch die Beurteilung der Prozesschancen im konkreten Einzelfall in der Kompetenz des der Sache zugeteilten Instruktionsrichters. Es ist ferner aus den Akten nicht zu ersehen, dass sich Richter Martin Zoller bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vom 2. November 2015 von sachfremden Motiven hätte leiten lassen.

**3.3** Auch von einer krassen Fehlbeurteilung kann vorliegend nicht gesprochen werden. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Erwägungen des Instruktionsrichters augenscheinlich der rechtlichen Einschätzung des Gesuchstellers zuwiderlaufen. Die Frage der Asylrelevanz der Vorbringen des Gesuchstellers bildet vorliegend Prozessgegenstand, mithin auch offensteht, ob der Instruktionsrichter nach einer einlässlichen Auseinandersetzung mit der Sache zu einer anderen Einschätzung gelangen wird. Auch steht es dem Gesuchsteller frei, seine Vorbringen (bspw. zu den Bedingungen seiner angeblichen Haft etc.) weiter zu substantiieren (vgl. hierzu auch Art. 32 Abs. 2 VwVG). Insgesamt vermag der Gesuchsteller nicht darzulegen, inwiefern es sich bei der momentanen Einschätzung des Instruktionsrichters zur Aussichtslosigkeit der Beschwerde um eine krasse Fehlbeurteilung in grober Missachtung der richterlichen Pflichten handle. Wie die einzelnen Sachverhaltselemente nach einlässlicher Auseinandersetzung mit den Akten zu würdigen sein werden, bleibt jedoch dem Hauptverfahren vorbehalten.

**4.**

Nach vorstehenden Erwägungen sind keine objektiven Gründe ersichtlich gemacht, welche im Verfahren D-6802/2015 für eine Befangenheit von Richter Martin Zoller sprechen würden. Bei dieser Sachlage ist das Ausstandsbegehren abzuweisen. Die Akten sind nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens zur Weiterführung des Verfahrens D-6802/2015 an den zuständigen Instruktionsrichter zu überweisen.

**5.**

**5.1** Der Gesuchsteller ersucht im vorliegenden Ausstandsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (gemäss Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen muss die Sache jedoch als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb das Gesuch abzuweisen ist.

**5.2** Dem Gesuchsteller sind bei dieser Sachlage die Kosten des Verfahrens 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]). Gestützt auf Art. 2 Abs. 3 VGKE wird die Gerichtsgebühr im vorliegenden wenig aufwändigen Verfahren auf Fr. 200.– herabgesetzt.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

**2.**

Die Akten werden zur Weiterführung des Verfahrens D-6802/2015 dem bisherigen Instruktionsrichter Martin Zoller überwiesen.

**3.**

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG wird abgewiesen.

**4.**

Die Kosten des Ausstandsverfahrens von Fr. 200.– werden dem Gesuchsteller auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**5.**

Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller und das SEM.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Contessina Theis

Eva Hostettler

Versand: