



Urteil vom 29. August 2018

Richterin Constance Leisinger (Vorsitz),
Richterin Muriel Beck Kadima, Richter Markus König,
Gerichtsschreiberin Arta Rapaj.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch MLaw Nora Maria Riss,
Gesuchsteller,

gegen

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

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Verfahren E-1724/2018 betreffend
Asyl und Wegweisung;
(Verfügung des SEM vom 19. Februar 2018 / N [...]).

Sachverhalt:**A.**

Der Gesuchsteller reichte am 16. Dezember 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch ein. Zur Begründung seines Gesuches machte er geltend, seinen Heimatstaat im März 2014 illegal verlassen zu haben, weil er zuvor aufgefordert worden sei, in den eritreischen Nationaldienst einzutreten.

B.

Mit Verfügung vom 19. Februar 2018, eröffnet am 22. Februar 2018, stellte das SEM fest, der Gesuchsteller erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

Zur Begründung seines ablehnenden Entscheids erwog es im Wesentlichen, dem Gesuchsteller sei es nicht gelungen, seine Fluchtvorbringen bezüglich des Ergehens eines militärischen Aufgebotes und die davon abgeleitete Verfolgungssituation glaubhaft darzutun. Die illegale Ausreise alleine vermöge sodann keine asylrelevante Furcht vor künftiger Verfolgung zu begründen. Im Wegweisungsvollzugspunkt kam das SEM zum Schluss, dass sich den Akten keine Hinweise entnehmen liessen, wonach dem Gesuchsteller bei einer Rückkehr in seinen Heimatstaat mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine Behandlung oder Strafe nach Art. 3 EMRK drohe. Aufgrund seiner unglaubhaften Angaben habe er im Weiteren die Prüfung einer drohenden Verletzung von Art. 4 EMRK verunmöglicht, weshalb auch nicht von einer tatsächlichen oder unmittelbaren Gefahr einer Einberufung in den eritreischen Nationaldienst ausgegangen werden könne. Der Wegweisungsvollzug erweise sich damit als zulässig, zumutbar und möglich.

C.

C.a Mit Eingabe vom 21. März 2018 liess der Gesuchsteller durch seine bevollmächtigte Rechtsvertreterin gegen den vorinstanzlichen Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. Darin beantragte er die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft sowie die Gewährung von Asyl, eventualiter die Feststellung der Unzulässigkeit der Wegweisung und die vorläufige Aufnahme als Flüchtling, subeventualiter die Feststellung der Unzulässigkeit beziehungsweise der Unzumutbarkeit beziehungsweise der Unmöglichkeit der Wegweisung sowie die Anordnung der vorläufigen Aufnahme, subsubeventualiter die Rückweisung der Sache an das SEM zur erneuten Abklärung und Beurteilung.

C.b In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Beordnung der bevollmächtigten Rechtsvertreterin als amtliche Rechtsbeiständin.

C.c Das Bundesverwaltungsgericht eröffnete daraufhin unter der Nummer E-1724/2018 ein Beschwerdeverfahren, welches Richterin Gabriela Freihofer als Instruktionsrichterin zugewiesen wurde.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 29. März 2018 wies die Instruktionsrichterin Gabriela Freihofer die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung ab und forderte den Gesuchsteller zur Leistung eines Kostenvorschusses innert Frist auf. Dazu erwog sie, dass die vorinstanzlichen Erwägungen im Resultat vollumfänglich zu bestätigen sein dürften, die Beschwerdebegehren des Gesuchstellers unter Berücksichtigung und Gewichtung der entscheidungswesentlichen Aspekte sowie der geltenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts folglich als aussichtslos erscheinen dürften.

Mit Verweis auf das Koordinationsurteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2311/2016 vom 17. August 2017 (als Referenzurteil publiziert) hielt sie bezüglich eines drohenden Einzuges in den eritreischen Nationaldienst sodann fest, dass es Personengruppen gebe, welche vom Nationaldienst befreit werden könnten und in diese Kategorie auch Personen fallen würden, die sich bereits seit mehr als drei Jahren im Ausland aufhalten und bei denen davon auszugehen sei, dass sie ihre Situation mit den heimatlichen Behörden durch einen sogenannten „Diaspora-Status“ – welcher die Bezahlung einer 2%-Steuer und die Unterzeichnung eines Reuebriefes voraussetze – geregelt hätten. Es sei davon auszugehen, dass Personen mit einem entsprechenden Status von der Dienstpflicht befreit seien und Eritrea nach erfolgter Rückkehr ohne Ausreisevisum wieder verlassen dürften. Nachdem der Gesuchsteller unzweifelhaft in die Kategorie dieser Personengruppe falle, könne davon ausgegangen werden, dass er die Voraussetzungen zur Erlangung des „Diaspora-Status“ erfülle und seine Situation mit den heimatlichen Behörden entsprechend regeln könne, von der Dienstpflicht befreit sein werde und Eritrea nach der Rückkehr ohne Ausreisevisum wieder verlassen dürfe.

E.

Nach fristgerechter Bezahlung des einverlangten Kostenvorschusses gelangte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 13. April 2018 erneut an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, Richterin Freihofer habe im Verfahren E-1724/2018 in den Ausstand zu treten und es sei die Zwischenverfügung vom 29. März 2018 aufzuheben. Weiter beantragte er, es sei das Verfahren E-1724/2018 bis zum Entscheid über das Ausstandsbegehren zu sistieren.

Unter Berufung auf den Ausstandsgrund nach Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, wonach Richter und Richterinnen sowie Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen in den Ausstand zu treten haben, wenn sie aus anderen als den in Bst. a bis d der genannten Bestimmung aufgezählten Gründen befangen sein könnten, machte der Gesuchsteller geltend, Richterin Freihofer habe sich im Rahmen des Instruktionsverfahrens auf eine Art und Weise mit der Sache vorbefasst, die den Anschein der Befangenheit erwecke. Indem sie sich im Wegweisungsvollzugspunkt hauptsächlich auf den „Diaspora-Status“ berufen habe, habe sie eine Entscheidung vorweggenommen, welche das SEM in seiner ablehnenden Verfügung nicht erwogen habe, weshalb eine implizite Motivsubstitution vorliege. Nachdem Richterin Freihofer auf die Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren geschlossen habe, bevor er – der Gesuchsteller – die Gelegenheit erhalten habe, sich zur Motivsubstitution zu äussern, habe sie einen krassen Verfahrensfehler begangen und damit gezeigt, dass sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage auch bei Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht mehr zugänglich wäre, mithin nicht mehr offen und unabhängig entscheiden werde. Die Argumentation, er – der Gesuchsteller – könne den „Diaspora-Status“ erlangen, da er sich mehr als drei Jahre ausserhalb von Eritrea aufhalte, stelle zudem eine Praxisänderung dar, welche ebenfalls einer vorgängigen Gewährung des rechtlichen Gehörs bedürft habe. Die Frage, ob bei jeder Person, die sich länger als drei Jahre ausserhalb von Eritrea aufhalte, davon ausgegangen werden könne, dass sie den „Diaspora-Status“ erlangt habe beziehungsweise erlangen könne, sei vom Bundesverwaltungsgericht bisher nämlich offen gelassen worden. Es sei weiter verfahrenswidrig, wenn Richterin Freihofer argumentiere, er – der Gesuchsteller – könne einen Reuebrief unterzeichnen, mit welchem er gegenüber den eritreischen Behörden zu verstehen gebe, dass er die Nichtleistung des Nationaldienstes bereue und sich mit einer allfälligen Bestrafung einverstanden erkläre, ohne ihm dazu ebenfalls das rechtliche Gehör zu gewähren. Für den Fall, dass an der Zwischenverfügung vom 29. März 2018 festgehalten werde, ersuchte er um Eröffnung einer neuen Frist, um

zur impliziten Motivsubstitution Stellung zu nehmen. In prozessualer Hinsicht ersuchte er schliesslich um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Beiordnung der bevollmächtigten Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin.

F.

Mit Verfügung vom 19. April 2018 wurde das Verfahren E-1724/2018 sistiert. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet, der Entscheidung über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung indes auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Gleichzeitig wurde Richterin Freihofer eingeladen, sich zum Ausstandsbegehren zu äussern.

G.

In ihrer Stellungnahme vom 25. April 2018 beantragte Richterin Freihofer die Abweisung des Ausstandsbegehrens.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, es sei dem Gesuchsteller mit Zwischenverfügung vom 29. März 2018 mitgeteilt worden, dass aufgrund einer summarischen Prüfung der aktuellen Aktenlage keine Erfolgsaussichten bestehen würden. Damit sei hinreichend zum Erkennen gegeben worden, dass die Beurteilung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht abschliessend sei und eine andere Einschätzung vorbehalten bleibe. Alleine aufgrund einer vom Gesuchsteller abweichenden rechtlichen Beurteilung seiner Vorbringen und dementsprechend einer anderen Einschätzung der Gewinnchancen, selbst wenn sich diese als zutreffend erweisen, könne nicht ohne weiteres geschlossen werden, sie habe sich bereits eine endgültige Meinung gebildet und sei im vorliegenden Verfahren nicht mehr in der Lage, unvoreingenommen ein Urteil zu fällen. Aufgrund der Formulierungen in der betreffenden Zwischenverfügung ergebe sich nicht, dass ihre Einschätzung der Sachlage den Verfahrensausgang präjudiziere und sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich wäre. Es liege weder ein besonders krasser Fehler noch ein wiederholter Irrtum vor.

H.

Mit Verfügung vom 27. April 2018 wurden dem Gesuchsteller die Ausführungen von Richterin Freihofer zur Kenntnis gebracht und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

I.

In seiner Stellungnahme vom 14. Mai 2018 hielt der Gesuchsteller vollumfänglich an seinen Anträgen fest.

Den Ausführungen von Richterin Freihofer hielt er im Wesentlichen entgegen, dass er in seinem Ausstandsbegehren nicht geltend gemacht habe, alleine aufgrund der mit Zwischenverfügung vom 29. März 2018 vorgenommenen summarischen Prüfung der Beschwerdebegehren sei der Anschein der Befangenheit beziehungsweise der Voreingenommenheit erweckt worden. Entscheidend sei vielmehr, dass gestützt auf eine Motivsubstitution, zu welcher Richterin Freihofer keine Stellung genommen habe, auf die Aussichtslosigkeit der Beschwerde geschlossen worden sei. Die alleinige Argumentation der Aussichtslosigkeit mit dem „Diaspora-Status“ komme einer Praxisänderung des Bundesverwaltungsgerichts gleich, weshalb hierzu das rechtliche Gehör habe gewährt werden müssen. Die Nichtgewährung stelle einen krassen Fehler dar und begründe objektiv den Eindruck der Voreingenommenheit. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete es, dass die Beschwerdeinstanz immer dann einen zweiten Schriftenwechsel anordne, wenn sie von sich aus beabsichtige, ihrem Entscheid neu eingetretene oder bisher ausser Acht gelassene Tatsachen zugrunde zu legen oder wenn sie gestützt auf einen Rechtsgrund, welcher von keiner Partei angerufen worden sei und dessen Heranziehung von den Parteien nicht habe vorausgesehen werden können, entscheiden wolle. Mit der Verneinung einer möglichen Verletzung von Art. 3 beziehungsweise Art. 4 EMRK durch den alleinigen Hinweis auf die Möglichkeit der Erlangung des „Diaspora-Status“ sei in seinem Fall nicht zu rechnen gewesen, weil keine Hinweise vorlägen, wonach er diesen Status überhaupt erlangen könne.

Der Gesuchsteller legte seiner Replikeingabe ein Gutachten vom 7. März 2018 des Leibnizinstituts für Globale und Regionale Studien bei.

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 [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 – konkret Art. 34–38 BGG – sinngemäss zu Anwendung (Art. 38 VGG).

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]). In der Gesuchseingabe vom 13. April 2018 wird auf die von Richterin Freihofer erlassene Zwischenverfügung vom 29. März 2018 abgestellt. Das Ausstandsbegehren erfolgte in der zu beachtenden Form sowie innert nützlicher Frist, nämlich innert zwei Wochen nach Eröffnung der erwähnten Zwischenverfügung. Im Beschwerdeverfahren E-1724/2018 ist der Gesuchsteller Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Die formellen Anforderungen an ein Ausstandsbegehren sind demnach erfüllt, weshalb auf das Gesuch einzutreten ist.

1.3 Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter beziehungsweise eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Der Entscheid ergeht in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern beziehungsweise Richterinnen (Art. 21 Abs. 1 VGG). In ihrer Stellungnahme vom 25. April 2018 hat Richterin Freihofer das Bestehen eines Ausstandsgrundes bestritten.

2.

2.1 Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch des Einzelnen darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommen und unbefangenen Richter beziehungsweise Richterin 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., m.w.H.).

2.2 Von den in Art. 34 BGG aufgezählten Gründen, welche zu einem Ausstand führen, kommt keiner der Spezialtatbestände von Art. 34 Abs. 1 Bst. a–d BGG in Frage, sondern einzig die Auffangbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, auf welche sich der Gesuchsteller denn auch ausdrück-

lich beruft. Gemäss dieser Bestimmung haben, wie bereits erwähnt, 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 HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2011, Art. 34, N. 16 und 17).

Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fallen 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 – sowie (ausnahmsweise) richterliche Verfahrensfehler (vgl. HÄNER, a.a.O., Art. 34, N. 19). 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 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 müssen deshalb 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 S. 119). Auch können beispielsweise vor oder während des Prozesses abgegebene Äusserungen eines Richters beziehungsweise einer

Richterin zählen, die den Schluss zulassen, dass sich dieser beziehungsweise diese bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat (vgl. BGE 137 I 227 E. 2.1 S. 229 m.w.H.).

2.3 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). 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. 2.1 m.w.H.; 131 I 24 E. 1.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts [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 und die sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken können (Urteile des BGer 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4 und 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2; BGE 125 I 119 E. 3e; 115 Ia 400 E. 3b und 116 Ia 135 E. 3a; HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2011, Art. 34 N. 19; bejaht beispielsweise in BGE 141 IV 178).

2.4 Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist demzufolge verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den einschlägigen erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist. Dies hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (Art. 62 Abs. 4 VwVG; sog. Motivsubstitution) und eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (teilweise) gutheissen kann. Einen Anspruch auf vorgängige Anhörung haben die beteiligten Parteien nur dann, wenn die Behörde ihren Entscheid mit einem Rechtssatz oder einem Rechtstitel zu begründen beabsichtigt, der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf den sich die Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie im konkreten Fall nicht rechnen

konnten (BGE 115 Ia 94 E. 1b S. 96 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, N. 1.54; BVGE 2007/41 E. 2 m.w.H.).

3.

Eine Prüfung der Akten ergibt, dass im zur Rede stehenden Verfahren E-1724/2018 keine Gründe zu bejahen sind, welche den objektiven Anschein der Befangenheit entstehen lassen.

3.1 Dem Gesuchsteller ist zunächst insoweit beizupflichten, als er vorbringt, Richterin Freihofer sei von der Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren ausgegangen und habe sich dabei hauptsächlich auf eine Begründung abgestützt, welche von derjenigen der Vorinstanz abweiche. Richterin Freihofer ist in der Zwischenverfügung vom 29. März 2018 zum Schluss gekommen, dass der Wegweisungsvollzug zulässig erscheinen dürfte, weil im Falle des Gesuchstellers davon auszugehen sei, dass er seine Situation mit den heimatlichen Behörden durch den „Diaspora-Status“ regeln könne. Die Vorinstanz hat sich demgegenüber im Wegweisungsvollzugspunkt einer materiellen Prüfung enthalten. Dies mit der Begründung, dass der Gesuchsteller es durch seine unglaublichen Angaben und in Verletzung seiner Mitwirkungspflicht verunmöglicht habe, eine Prüfung einer drohenden Verletzung von Art. 4 EMRK vorzunehmen und in der Folge auf die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzuges geschlossen. Es liegt insofern eine Motivsubstitution vor.

3.2 Der Gesuchsteller macht geltend, Richterin Freihofer hätte ihm vor Erlass der Zwischenverfügung vom 29. März 2018, in welcher das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit abgewiesen wurde, das rechtliche Gehör gewähren müssen.

3.2.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht nach Lehre und Praxis regelmässig im Zusammenhang mit der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, grundsätzlich aber nicht für dessen rechtliche Würdigung. Bei der Beurteilung und juristischen Einschätzung des Sachverhalts wird die betroffene Person vom Gericht nur dann vorgängig angehört, wenn der angefochtene Entscheid im Ergebnis bestätigt wird, jedoch mit einer sich auf andere Rechtsnormen stützenden Begründung, mit deren Anwendung sie nicht rechnen konnte.

3.2.2 Im Asylbeschwerdeverfahren wird nach der konstanten Praxis des Bundesverwaltungsgerichts im Falle einer auf Beschwerdeebene vorzunehmenden Motivsubstitution dann das rechtliche Gehör gewährt, wenn die Vorinstanz ein Vorbringen als nicht flüchtlingsrechtlich relevant erachtet, sich hingegen mit der Frage des Glaubhaftmachens der Vorbringen in ihrem Entscheid nicht auseinandergesetzt hat. Will das Bundesverwaltungsgericht von einer solchen Einschätzung abweichen, also die Begründung seines Entscheids auf die Frage des Glaubhaftmachens stützen, ist regelmässig das rechtliche Gehör zu gewähren. Der beschwerdeführenden Person soll die Möglichkeit gegeben werden, sich zu festgestellten Widersprüchen zu erklären und diese allenfalls aufzulösen. Geht die Vorinstanz in ihrem Entscheid hingegen von der Unglaubhaftigkeit der Vorbringen aus und enthält sie sich in der Konsequenz einer weitergehenden Prüfung der Vorbringen auf ihre flüchtlingsrechtliche Relevanz, gewährt das Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerdeebene kein rechtliches Gehör, wenn es seinerseits eine Prüfung der Vorbringen auf ihre flüchtlingsrechtliche Relevanz hin vornimmt.

3.2.3 Wie bereits festgestellt, enthielt sich die Vorinstanz einer materiellen Prüfung, ob Vollzugshindernisse einer Wegweisung entgegenstehen, nachdem sie von der Unglaubhaftigkeit des Verfolgungsvorbringens ausgegangen war. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erwog Richterin Freihofer demgegenüber, dass der Gesuchsteller die Voraussetzungen zur Erlangung des „Diaspora-Status“ erfüllen dürfte. Diese Begründung stellt eine Frage der Rechtsanwendung dar, die sich auf die dem konkreten Fall zugrundeliegenden Sachverhaltsumstände stützt, namentlich auf die mehr als dreijährige Anwesenheit des Beschwerdeführers. In einem solchen Fall musste das rechtliche Gehör nicht vorgängig gewährt werden. Dies umso weniger als die Voraussetzungen und Konsequenzen des hier zur Diskussion stehenden „Diaspora-Status“ zuvor bereits in zwei publizierten Koordinationsentscheiden des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil D-7898/2015 vom 30. Januar 2017 E. 4.11 und D-2311/2016 vom 17. August 2017 E. 13 [als Referenzurteile publiziert]) thematisiert wurden, wovon zumindest einer dem Beschwerdeführer bekannt war (vgl. hierzu E-1724/2018, Beschwerde vom 21. März 2018, Ziff. 3.1).

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Richterin Freihofer nicht verpflichtet war, vor dem Befinden über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Zwischenverfügung vom 29. März 2018 dem Gesuchsteller das

rechtliche Gehör zu gewähren. Folglich hat sie keine richterlichen Verfahrensfehler begangen, welche den Anschein der Befangenheit erwecken könnten. Insbesondere hat sie den Anspruch des Gesuchstellers auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch die Erwägungen in der Zwischenverfügung vom 29. März 2018 mit Bezug auf den Verfahrensausgang offen formuliert sind. In dieser Hinsicht hat Richterin Freihofer ebenfalls nicht den Anschein der Befangenheit erweckt.

3.4 Soweit im Ausstandsbegehren dargelegt wird, Richterin Freihofer habe die Thematik rund um den „Diaspora-Status“ argumentativ in einer ungewöhnlichen, der übrigen Praxis der Asylabteilungen nicht entsprechenden Weise verwendet, kann die Begründetheit dieses Vorbringens letztlich offenbleiben. Selbst wenn es sich insoweit effektiv um eine singulär-fehlerhafte Rechtsanwendung gehandelt hätte, würde dies nach Lehre und Praxis nach den vorstehenden Erwägungen nicht ausreichen, um bereits den objektiven Anschein von Befangenheit entstehen zu lassen.

3.5 Das Ausstandsbegehren ist mithin abzuweisen.

3.6 Nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens sind die Akten zur Weiterführung des Verfahrens E-1724/2018 an Gabriela Freihofer als zuständige Instruktionsrichterin zu überweisen. Sie wird über den Antrag des Gesuchstellers, es sei ihm eine neue Frist zu eröffnen, um zur Motivsubstitution Stellung zu nehmen, zu entscheiden haben.

4.

4.1 Der Gesuchsteller beantragt im vorliegenden Ausstandsverfahren die 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.

4.2 Bei dieser Sachlage sind dem Gesuchsteller die Kosten des Verfahrens im Betrag von Fr. 750.– 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]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

2.

Die Akten werden zur Weiterführung des Verfahrens E-1724/2018 an die dafür zuständige Instruktionsrichterin Gabriela Freihofer überwiesen.

3.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG) wird abgewiesen.

4.

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

5.

Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller, das SEM und Richterin Gabriela Freihofer.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Constance Leisinger

Arta Rapaj