



## Urteil vom 4. April 2022

---

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),  
Richter Simon Thurnheer, Richterin Esther Marti,  
Gerichtsschreiber Nicholas Swain.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch Annelies Müller,  
Verein giveahand.ch, (...),  
Gesuchsteller,

gegen

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

---

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren E-470/2022  
(betreffend Wiedererwägung einer Wegweisungsverfügung  
des SEM im Verfahren N [...]).

**Sachverhalt:**

## I.

**A.**

Der Gesuchsteller stellte am 30. November 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch, das er mit den schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen seiner Familie respektive mit einer staatlichen Verfolgung aufgrund der behördlichen Vermutung, er wolle das Heimatland illegal verlassen, begründete.

**B.**

Das SEM stellte mit Verfügung vom 20. Dezember 2017 fest, der Gesuchsteller erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht. Es lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Die Verfügung wurde im Wesentlichen mit der Unglaubhaftigkeit der vorgetragenen Asylgründe begründet.

**C.**

Das vom Gesuchsteller in der Folge angerufene Bundesverwaltungsgericht wies seine Beschwerde mit Urteil E-191/2018 vom 28. August 2019 vollumfänglich ab, wobei das Gericht sich im Wesentlichen der Argumentation der Vorinstanz anschloss.

## II.

**D.**

Am 15. Juni 2021 gelangte der Gesuchsteller mit einer als "Wiedererwägungsgesuch in Sachen Vollzug der Wegweisung" bezeichneten Eingabe an das SEM. Er beantragte inhaltlich die Feststellung der Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs und verwies zur Begründung im Wesentlichen darauf hin, dass im militärischen Konflikt in der äthiopischen Provinz Tigray auch eritreische Truppen eingesetzt würden, die Kriegsverbrechen gegen die tigrayische Zivilbevölkerung begehen würden. Die eritreische Regierung betreibe vor diesem Hintergrund vermehrte Zwangsrekrutierungen von wehrfähigen Männern jeden Alters. Er müsse bei einer Rückkehr in das Heimatland einerseits mit seiner Rekrutierung und einer allenfalls lebenslangen Zwangsarbeit im Militärdienst rechnen; andererseits drohten ihm Bestrafung wegen seiner Wehrdienstverweige-

rung sowie der illegalen Ausreise und ein militärischer Einsatz im Bürgerkriegsgebiet Äthiopiens. In der Eingabe wurde fundamentale Kritik an der länderspezifischen Asylpraxis der schweizerischen Asylbehörden geübt und in diesem Zusammenhang unter anderem Korrespondenz zwischen der "Aktion der Christen für eine Welt frei von Folter und Todesstrafe" (ACAT) Schweiz und Staatssekretär Gattiker sowie eine Quellensammlung betreffend die Beteiligung eritreischer Truppen an Kriegsverbrechen im Tigray-Gebiet zu den Akten gereicht.

#### **E.**

Das SEM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 30. Dezember 2021 ab und erklärte die Verfügung vom 20. Dezember 2017 für rechtskräftig und vollstreckbar. Die Vorinstanz wies ein Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten ab, erhob eine Gebühr von Fr. 600.– vom Gesuchsteller und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung komme keine aufschiebende Wirkung zu,

#### **F.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vom 28. Januar 2022 beantragte der Gesuchsteller die Aufhebung der Verfügung des SEM vom 30. Dezember 2021 und die Rückweisung der Sache zur vollständigen beziehungsweise richtigen Sachverhaltsabklärung an das SEM; es sei eine Ermessensüberschreitung der Vorinstanz festzustellen und seine vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs anzuordnen. Mit diesem Rechtsmittel wurden unter anderem eine aktualisierte Quellensammlung zur Beteiligung eritreischer Truppen am Äthiopienkonflikt, ein Urteil des Committee Against Torture (CAT) vom 29. September 2021, ein Appell von ACAT Schweiz sowie zwei Gutachten und ein Artikel in einer juristischen Fachzeitschrift zur Eritrea-Praxis der Schweiz zu den Akten gereicht.

#### **G.**

Die für dieses Beschwerdeverfahren E-470/2022 eingesetzte Instruktionsrichterin Gabriela Freihofer wies in einer Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 die prozessualen Anträge des Gesuchstellers auf Aussetzung des Vollzugs der Wegweisung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens, auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und auf Befreiung von der Kostenvorschusspflicht unter Hinweis auf die Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren ab. Dem Gesuchsteller wurde eine Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bis zum 24. Februar 2022 gesetzt.

### III.

#### H.

In einer Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 24. Februar 2022 (Datum der Postaufgabe) beantragte der Gesuchsteller vorab, Instruktionsrichterin Freihofer habe im Verfahren E-470/2022 in den Ausstand zu treten; die Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 sei durch das Gericht wiedererwägungsweise vollumfänglich aufzuheben, die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung respektive um Erlass der Verfahrenskosten seien gutzuheissen, die Aussetzung des Wegweisungsvollzugs sei aufrechtzuerhalten und die Beschwerde vom 28. Januar 2022 sei von einem ordentlichen Spruchkörper des Gerichts materiell zu beurteilen. Mit der Eingabe wurde die Bestätigung der fristgerechten Überweisung des Kostenvorschusses und ein Urteil des CAT vom 28. Januar 2022 zu den Akten gereicht,

#### I.

Das Präsidium der Abteilung V nahm das Schreiben des Gesuchstellers vom 24. Februar 2022 als Ausstandsbegehren entgegen und teilte dieses dem vorsitzenden Richter zur Instruktion zu.

#### J.

Mit Zwischenverfügung vom 1. März 2022 setzte der Instruktionsrichter den Vollzug der Wegweisung vorsorglich aus. Er sistierte das Beschwerdeverfahren E-470/2022, brachte das Ausstandsbegehren Richterin Freihofer zur Kenntnis und bot ihr Gelegenheit sich dazu zu äussern.

#### K.

Mit Schreiben vom 3. März 2022 nahm Richterin Freihofer Stellung zum Ausstandsbegehren. Sie bestritt ihre Befangenheit.

#### L.

Der Instruktionsrichter brachte dem Gesuchsteller die Stellungnahme der Instruktionsrichterin am gleichen Tag zur Kenntnis und bot ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

#### M.

Der Gesuchsteller reichte am 14. März 2022 fristgerecht seine Antwort zu den Akten und hielt darin an seinem Ausstandsbegehren fest.

## **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, 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 24. Februar 2022 wird auf die von Richterin Freihofer erlassene Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 abgestellt. Das Ausstandsbegehren erfolgte in der zu beachtenden Form sowie innert nützlicher Frist, nämlich innert zwei Wochen nach Eröffnung der erwähnten Zwischenverfügung (Art. 36 Abs. 1 BGG). Im Beschwerdeverfahren E-470/2022 war respektive ist der Gesuchsteller Partei; er ist damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert.

**1.3** Die formellen Anforderungen an ein Ausstandsbegehren sind erfüllt. Auf das Gesuch 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). In ihrer Stellungnahme vom 2. März 2022 hat Richterin Freihofer das Bestehen eines Ausstandsgrundes 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** Gemäss Art. 34 Abs. 1 BGG treten Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen in den Ausstand, wenn sie:

- a) in der Sache ein persönliches Interesse haben;
- b) in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsberater oder Rechtsberaterin einer Partei, als sachverständige Person oder als Zeuge beziehungsweise Zeugin, in der gleichen Sache tätig waren;
- c) mit einer Partei, ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft oder dauernder Lebensgemeinschaft leben;
- d) mit einer Partei, ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert sind;
- e) aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten.

**3.3** Art. 34 Abs. 2 BGG hält fest, dass die Mitwirkung einer Gerichtsperson in einem früheren Verfahren für sich allein keinen Ausstandsgrund bildet.

**4.**

**4.1** Der Gesuchsteller führte zur Begründung seines Ausstandsbegehrens Folgendes aus:

**4.1.1** Eritreische Asylsuchende hätten in der Schweiz in den vergangenen Jahren besonders stark im Fokus der asylpolitischen Auseinandersetzungen gestanden. Für Exponenten gewisser politischer Parteien stelle die blossе Anwesenheit von Geflüchteten aus Eritrea in der Schweiz ein schier

unerträgliches Ärgernis dar; es könne nicht ausbleiben, dass sich dieser politische Druck auch auf die von einer solchen Partei delegierten Asylrichterinnen und -richter am Bundesverwaltungsgericht auswirke. Verschiedene Untersuchungen der letzten Zeit würden auf solche Zusammenhänge schliessen lassen.

**4.1.2** Die für das Verfahren E-470/2022 zuständige Instruktionsrichterin habe beim Verfassen ihrer Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 offensichtlich sowohl ein persönliches Interesse verfolgt als auch ihre Abneigung – respektive ihre persönliche Feindschaft – gegenüber dem Gesuchsteller zum Ausdruck gebracht. Sie habe ihm mit einem "leicht durchschaubaren aber [...] nicht minder perfiden Trick den Zugang zu einem rechtsstaatlichen Verfahren zu verwehren" versucht. Asylsuchende und besonders abgewiesene Asylsuchende, die keinen Zugang zur Sozialhilfe mehr hätten, seien naturgemäss nur in den seltensten Fällen in der Lage, sich juristischen Beistand zwecks Inanspruchnahme ausserordentlicher Rechtsmittel zu sichern. Gelingt dies ausnahmsweise trotzdem, seien sie zur Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens zwingend auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung beziehungsweise auf den Erlass der Verfahrenskosten angewiesen. Es sei höchst problematisch, wenn "InstruktionsrichterInnen aus Bequemlichkeit oder aber aus einer persönlich-politischen Haltung heraus diese Möglichkeit missbrauchen und – wie im vorliegenden Fall geschehen – Beschwerdeführenden von vornherein den Zugang zu einem fairen und neutralen Verfahren verwehren" würden. Darauf zu spekulieren, dass ein von Nothilfe lebender abgewiesener Asylsuchender nicht in der Lage sein werde, einen Kostenvorschuss von Fr. 1500.– zu leisten, nur um eine unliebsame Beschwerde danach formal abschreiben zu können, sei unlauter und einer Richterin in der Position der hier zuständigen Instruktionsrichterin nicht würdig.

**4.1.3** Dass Instruktionsrichterin Freihofer im vorliegenden Verfahren "von Beginn an voreingenommen gewesen" sei, zeige sich in der Art und Weise deutlich, wie sie die mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel in ihrer Zwischenverfügung gewürdigt habe. Sie habe die 170-seitige Zusammenstellung von Medienberichten aus der weltweit renommierten Presse, von internationalen Organen und Hilfsorganisationen entweder nicht gelesen, oder wolle das Ausmass, welches die Kriegshandlungen unter Mitwirkung der eritreischen Armee mittlerweile erreicht habe, schlicht nicht zur Kenntnis nehmen. Den Äthiopienkrieg habe sie zudem euphemistisch als "Unruhen in der Region Tigray" bezeichnet. Ein mit der Beschwerde einge-

reichtes 60 Seiten umfassendes Gutachten von Prof. Dr. Schneider zur Zulässigkeit einer Wegweisung militärdienstpflichtiger Personen nach Eritrea habe die Mängel des einschlägigen Grundsatzurteils des Bundesverwaltungsgerichts klar dargelegt. Und im Artikel einer Doktorandin von der juristischen Fakultät der Universität Nottingham werde aufgezeigt, "wie Art. 4 EMRK im Zusammenhang mit dem Eritreischen Militär- und Nationaldienst juristisch auch hätte gewürdigt werden können". Instruktionsrichterin Freihofer habe den Verfassern dieser – für das Gericht wenig schmeichelhaften – Arbeiten den Respekt versagt und sie als blosse "appellatorische Kritik an der Rechtsprechung" qualifiziert, um sie nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen. Ein mit der Beschwerde eingereichtes Urteil des CAT, in dem die Zulässigkeit des Vollzugs einer Wegweisung nach Eritrea klar verneint worden sei, habe die Instruktionsrichterin gar nicht erst erwähnt; dies zeige, dass sie sich beim Verfassen ihrer Zwischenverfügung nicht bloss eine kleine, der Arbeitslast geschuldete Verletzung der Sorgfaltspflicht vorhalten lassen müsse, sondern beim Übersehen dieses Beweismittels vielmehr vorsätzlich und gegen besseres Wissen gehandelt habe. Es scheine im Übrigen, dass Instruktionsrichterin Freihofer es nicht für notwendig erachte, sich in Sachen internationale Rechtsprechung auf dem Laufenden zu halten. Ansonsten hätte ihr beim Verfassen ihrer Zwischenverfügung nämlich nicht entgehen können, dass das CAT die Schweiz im selben Zusammenhang gleich noch ein zweites Mal gerügt habe; die Ungeduld dieses Ausschusses mit der Haltung der Schweizer Behörden komme in den vertieften Erwägungen des mit dem Ausstandsbegehren eingereichten Urteils vom 28. Januar 2022 deutlich zum Ausdruck. Schliesslich habe die Instruktionsrichterin auch die in den 36 Fussnoten der Beschwerde erwähnten Berichte – darunter Resolutionen des UN-Menschenrechtsrats und gemäss Country of Origin Information-Richtlinien verfasste Länderberichte einfach übergangen, was äusserst befremdlich und gewiss nicht reinem Zufall geschuldet sei.

**4.1.4** Die Fehler, welche Instruktionsrichterin Freihofer beim Verfassen ihrer Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 unterlaufen seien, müssten als "krass" und als "schwere Verletzungen richterlicher Pflichten" bezeichnet werden. Der Verdacht, dass die Instruktionsrichterin "nur mal eben" habe testen wollen, ob man die unbequeme Angelegenheit nicht vielleicht auf diese Art und Weise elegant aus der Welt schaffen könnte, dränge sich in ganz unangenehmer Weise auf. Rechtsstaatliches Handeln sehe anders aus.

**4.1.5** Unter diesen Umständen sei erstellt, dass die Instruktionsrichterin in der Beschwerdesache E-470/2022 aus persönlich-politischen Gründen sowie aufgrund persönlicher Aversion gegenüber Asylsuchenden aus Eritrea gehandelt habe. Sie müsse deshalb in den Ausstand treten. Andernfalls werde die Rechtsvertreterin des Gesuchstellers die Sache entweder unter Miteinbezug sämtlicher Aktenstücke und Beweismittel an das CAT weiterziehen oder, sollte sich ihr Mandant aus Verzweiflung für eine unkontrollierte Ausreise ins benachbarte Ausland entscheiden, dafür sorgen, dass den dort für sein Asylgesuch zuständigen Migrationsbehörden sämtliche Akten mitsamt allen Beweismitteln ausgehändigt würden.

**4.2** Instruktionsrichterin Freihofer hielt in ihrer Eingabe vom 2. März 2022 Folgendes fest:

**4.2.1** Die vom Gesuchsteller angerufenen Ausstands-Tatbestände seien offenkundig nicht erfüllt. Unter einem persönlichen Interesse in der Sache sei ein (typischerweise) finanzielles Interesse in der konkreten Beschwerdesache zu verstehen – was vom Gesuchsteller richtigerweise nicht geltend gemacht werde – und nicht eine politische Haltung oder dergleichen. Ebenso setze persönliche Feindschaft eine persönliche Bekanntschaft voraus oder irgendeine rechtliche Verbindung, was zu Recht ebensowenig behauptet werde.

**4.2.2** Die blossе Tatsache, dass eine Instruktionsrichterin einen für den Gesuchsteller nachteiligen Zwischenentscheid gefällt habe, genüge praxisgemäss nicht, um auf Befangenheit zu schliessen, und stelle deshalb keinen Ausstandsgrund gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG dar. Vielmehr sei in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob der Verfahrensausgang durch den vorliegenden Entscheid über die Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits in einer Art festgelegt sei, dass die Instruktionsrichterin einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich sei.

**4.2.3** Hinsichtlich des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sei dem Gesuchsteller mitgeteilt worden, dass aufgrund einer summarischen Prüfung der Aktenlage keine Erfolgsaussichten bestehen würden. Damit sei hinreichend zu erkennen gewesen, dass die Beurteilung des Gesuchs nicht abschliessend sei und gegebenenfalls eine andere Einschätzung vorbehalten bleibe. Alleine aufgrund einer vom Gesuchsteller abweichenden rechtlichen Beurteilung seiner Vorbringen – und dementsprechend einer anderen Einschätzung der Gewinnchancen – könne noch

nicht geschlossen werden, die zuständige Instruktionsrichterin habe sich bereits eine endgültige Meinung gebildet und sei im vorliegenden Verfahren nicht mehr in der Lage, unvoreingenommen ein Urteil zu fällen. Auch aus der Formulierung der Erwägungen in der Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 ergebe sich, dass die Einschätzung der Sachlage den Verfahrensausgang nicht präjudiziert habe und sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich gewesen wäre. Es liege entgegen der Behauptung im Ausstandsbegehren kein krasser Fehler vor.

**4.3** In seiner ergänzenden Eingabe vom 14. März 2022 liess der Gesuchsteller insbesondere Folgendes ausführen:

**4.3.1** Die Ausführungen der Instruktionsrichterin vermöchten ihn nicht zu überzeugen. Sie habe die Beschwerdevorbringen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt behandelt und könne ihm nicht weismachen, dass ihre persönlich-politische Einstellung nicht in ihre summarische Einschätzung eingeflossen sei. Das gleiche Verhalten werde nämlich von einem Partei- und Richterkollegen der Abteilung IV an den Tag gelegt (wobei immerhin anzumerken sei, dass Instruktionsrichterin Freihofers Zwischenverfügung "etwas weniger schnodrig daherkomm[e]" als diejenige ihres Kollegen).

**4.3.2** Die Instruktionsrichterin habe alles daran gesetzt, ihm mit ihrer Zwischenverfügung ein rechtsstaatliches Verfahren vorzuenthalten. Die stiefmütterliche Behandlung der eingereichten Quellen und Beweismittel – wohl in der Überzeugung, dass die juristischen Massnahmen des Bundesverwaltungsgerichts in Form der drei Grundsatzurteile zu Eritrea sie nunmehr auf alle Zeit von einer gründlichen Prüfung von Beschwerden eritreischer Gesuchsteller entbinde – zeige deutlich auf, dass sie einem offenen Ausgang des Verfahrens nicht mehr zugänglich gewesen sei.

**4.3.3** Ergänzend sei festzuhalten, dass die Instruktionsrichterin in ihrer Zwischenverfügung vollkommen unreflektiert in den "Lügenchorus der Vorinstanz" eingestimmt habe (die es besser wisse, aber trotzdem noch immer von "Unruhen in der Region bzw. Provinz Tigray" fasle). Wenn sich eine Instruktionsrichterin beharrlich weigere, sich überhaupt mit der erwiesenen Tatsache der Partizipation eritreischer Truppen in den Konflikten auf äthiopischem Boden und deren Auswirkungen auf sein Schicksal zu befassen, geschehe dies entweder aus reiner Bequemlichkeit, oder aber – was zu vermuten sei – aus persönlich-politischem Interesse.

Der Umgang der Instruktionsrichterin mit dem der Beschwerde beigelegten CAT-Entscheid basiere entweder auf einem Versehen – was erst recht eine schwere Verletzung der Sorgfaltspflicht und einen krassen Fehler darstellen würde – oder es sei darauf zu schliessen, dass sie sich schlicht um von der Schweiz ratifizierte völkerrechtliche Verträge und die Rechtsprechung derjenigen Ausschüsse fouthiere, welche die Einhaltung dieser Verträge durch die Mitgliedsstaaten überwache.

**4.3.4** Es gebe weiterhin keinen triftigen Grund zu Annahme, dass die Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 nicht das Resultat einer Befangenheit der Instruktionsrichterin gewesen wäre, sondern vielmehr ein Ausdruck ihrer persönlich-politischen Weltanschauung und ihrer persönlichen Aversion gegenüber seiner eritreischen Herkunft.

**4.4** Die Stellungnahme des Gesuchstellers vom 14. März 2022 ist RichterIn Freihofer mit diesem Urteil zur Kenntnis zu bringen.

## **5.**

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

## **6.**

**6.1** 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).

**6.2** Eine solche Konstellation privater Interessen liegt hier, wie die Instruktionsrichterin in ihrer Stellungnahme vom 3. März 2022 zutreffend feststellt, offensichtlich nicht vor. Der Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG ist nicht gegeben.

## 7.

**7.1** 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.

## 7.2

**7.2.1** Dieser Bestimmung kommt nach Lehre und Praxis 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.).

**7.2.2** 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 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 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). Dazu können beispielsweise auch vor oder während des Prozesses abgegebene Äusserungen eines Richters beziehungsweise einer Richterin zählen, welche 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 m.w.H.).

**7.2.3** 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 indessen 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).

**7.2.4** 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 (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).

**7.3** Dass eine besondere Freundschaft oder Feindschaft zwischen der Instruktionsrichterin und dem Gesuchsteller besteht, ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil diese beiden Personen sich offensichtlich nicht persönlich kennen (vgl. Stellungnahme der Instruktionsrichterin S. 1); das Gegenteil wird vom Gesuchsteller denn auch nicht behauptet (vgl. Ausstandsbegehren und Ergänzung vom 14. März 2022). Das Gesagte gilt für das persönliche Verhältnis zwischen der Instruktionsrichterin und der Rechtsvertreterin des Gesuchtellers.

**7.4** Bei Durchsicht der Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 im Verfahren E-470/2022 fällt auf, dass Instruktionsrichterin Freihofer darin explizit festhielt, die Frage der Erfolgsaussichten der Beschwerde (im Zusammenhang mit der Prüfung der Anträge des Gesuchstellers auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde respektive Erlass vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen) seien im Rahmen einer *summarischen* Prüfung der vorliegenden Akten zu beurteilen (vgl. Zwischenverfügung S. 4, 5. und 9. Erwägung). Bei der summarischen Beurteilung der Prozessaussichten verzichtete sie überdies konsequent auf den Gebrauch indikativer Verbformen (wie beispielsweise: Die Vorinstanz *hat* den Sachverhalt vollständig und richtig festgestellt), sondern äusserte sich ausschliesslich in der Möglichkeitsform (Die Vorinstanz *dürfte* den Sachverhalt vollständig und richtig festgestellt *haben*; vgl. Zwischenverfügung S. 5 [2. Erwägung] und 6). Sie signalisierte dem Gesuchsteller auf diese Weise klar die grundsätzliche Offenheit des Gerichts, im Rahmen einer späteren einlässlichen (im Sinn von nicht-summarischen) Prüfung der Beschwerdevorbringen oder bei einer allfälligen nachträglichen Veränderung der Sach- oder Aktenlage zu einem für ihn günstigeren Ergebnis zu gelangen.

## **7.5**

**7.5.1** Inhaltlich war die Instruktionsrichterin mit der Situation konfrontiert, dass in der ihr zugeteilten Beschwerde (betreffend ein Wiedererwägungsgesuch) die koordinierte Länderpraxis des Bundesverwaltungsgerichts zum Heimatland des Gesuchstellers kritisiert und dabei schwergewichtig auch auf die Situation in einem Nachbarstaat Eritreas Bezug genommen wurde. Sie setzte sich im Rahmen ihrer summarischen Prüfung nachvollziehbar und in sachgerechter Dichte mit den Beschwerdevorbringen auseinander und kam zur Schlussfolgerung, dass es dem Gesuchsteller "kaum gelingen dürfte", den praxiskonformen Ausführungen der Vorinstanz im Rahmen des von ihm eingeleiteten ausserordentlichen Verfahrens Stichhaltiges entgegenzusetzen (vgl. Instruktionsverfügung S. 5, 8. Erwägung).

**7.5.2** Im Übrigen ist mit Bezug auf den Heimatstaat des Gesuchstellers festzustellen, dass dieser – abgesehen von der eher nebenbei erwähnten Entwicklung der Corona-Pandemie in Eritrea (vgl. Wiedererwägungsgesuch S. 10 f.) – im Wesentlichen nicht eine wiedererwägungsrechtlich relevante nachträgliche Veränderung der Sachlage geltend macht, sondern im Ergebnis die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Entscheidungen im ordentlichen Asyl- und Wegweisungsverfahren behauptet und die Korrektur der angeblich nicht haltbaren Länderpraxis des Gerichts fordert

(vgl. auch Wiedererwägungsgesuch S. 15: "Mit der vorliegenden Eingabe wurde belegt, dass die ursprüngliche Verfügung fehlerhaft war und dass der Wegweisungsvollzug unzulässig und unzumutbar ist"). Der Gesuchsteller scheint insoweit zu verkennen, dass das Wiedererwägungsverfahren nicht dazu dienen kann, die Rechtskraft von Verwaltungsentscheiden immer wieder in Frage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181 sowie etwa die Urteile des BVGer D-4421/2017 vom 6. Juni 2019 E. 4 S. 9 oder D-308/2015 vom 7. September 2015 E. 3.3).

**7.6** Das Vorgehen der Instruktionsrichterin lässt nicht auf ihre Befangenheit schliessen. Fehlerhaftes Verhalten muss sie sich ebenfalls nicht vorhalten lassen; insbesondere durfte sie im Rahmen der summarischen Prüfung der Aktenlage darauf verzichten, sich bei der Begründung ihrer Zwischenverfügung mit allen eingereichten Beweismitteln und den in Dutzenden Fussnoten zitierten Quellen einzeln auseinanderzusetzen (was selbst im Rahmen der Begründung des Urteils in der Sache nicht erforderlich wäre).

**7.7** Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts haben keine parteipolitisch motivierte unprofessionelle Grundeinstellung gegenüber Asylsuchenden. Auch beim Verfahren E-470/2022 der Instruktionsrichterin Freihofer ergeben sich keinerlei Hinweise auf Derartiges. Dass die Richterin versucht habe, den Zugang des Gesuchstellers zu einem rechtsstaatlichen Verfahren mit einem "perfiden Trick" zu verwehren, ist unzutreffend. Vielmehr erweist sich das von ihr gewählte prozessuale Vorgehen nach dem Gesagten als sachgerecht und juristisch korrekt. Auf die übrigen unsachlichen Unterstellungen an die Adresse der Instruktionsrichterin ist inhaltlich nicht weiter einzugehen.

**7.8** Bei allem Verständnis dafür, dass in Ausstandsverfahren unter Umständen Fehlleistungen von Gerichtspersonen thematisiert werden müssen, verletzen mehreren Formulierungen in den Eingaben des Gesuchstellers den prozessualen Anstand klar. Der Gesuchsteller und seine Rechtsvertreterin werden vom Bundesverwaltungsgericht aufgefordert, sich in zukünftigen Eingaben einer angemesseneren und sachlicheren Sprache zu bedienen. Für den Unterlassungsfall werden ihnen Disziplinarstrafen gemäss Art. 60 VwVG in Aussicht gestellt.

**7.9** Das Ausstandsbegehren ist abzuweisen. Für die wiedererwägungsweise Aufhebung der Zwischenverfügung vom 9. Februar 2022 besteht keine Veranlassung. Die Sistierung des Verfahrens E-470/2022 ist aufzuheben.

**7.10** Nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens sind die Akten zur Weiterführung des Beschwerdeverfahrens E-470/2022 an Richterin Freihofer als zuständige Instruktionsrichterin zu überweisen.

**8.**

**8.1** Für das Ausstandsverfahren wurde, soweit aus den diesbezüglich nicht ganz eindeutigen Anträgen zu schliessen ist (vgl. Ausstandsbegehren S. 1 und 6), nicht um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ersucht (andernfalls wären sie in Anwendung von Art. 65 Abs. 1 VwVG unter Hinweis auf die Aussichtslosigkeit der Ausstandsbegehren abzuweisen gewesen).

**8.2** Bei diesem Aufgang des Verfahrens sind dem Gesuchsteller die Kosten des Ausstandsverfahrens 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]).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

**2.**

Die Sistierung des Beschwerdeverfahrens E-470/2022 wird aufgehoben. Die Akten werden zur Weiterführung dieses Verfahrens an die zuständige Instruktionsrichterin Freihofer überwiesen.

**3.**

Der superprovisorische Vollzugsstopp vom 1. März 2022 wird aufgehoben.

**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, an Bundesverwaltungsrichterin Freihofer, an das SEM und an die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Markus König

Nicholas Swain

Versand: