



## **Zwischenentscheid vom 23. August 2021**

---

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),  
Richterin Claudia Cotting-Schalch,  
Richter Andreas Trommer,  
Gerichtsschreiberin Eliane Kohlbrenner.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Dr. iur. Luzia Vetterli,  
Rudolf & Bieri AG Rechtsanwälte & Notare,  
Gesuchsteller,

gegen

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

---

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Verfahren F-2058/2021.

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

Der Gesuchsteller (geb. [...], eritreischer Staatsangehöriger) ersuchte am 2. August 2015 in der Schweiz um Asyl. Am 28. März 2018 lehnte das SEM (Vorinstanz) das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug nach Eritrea an. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-2495/2018 vom 26. Februar 2020 rechtskräftig ab. Die Ausreisefrist wurde auf Gesuch hin wegen der Covid-19-Pandemie mehrmals verlängert, zuletzt bis zum 7. Mai 2021.

**B.**

Am 20. August 2020 reichte der Gesuchsteller beim zuständigen kantonalen Amt ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (Härtefallgesuch) ein. Am 4. Februar 2021 unterbreitete das Amt für Migration des Kantons B.\_\_\_\_\_ das Härtefallgesuch der Vorinstanz zur Zustimmung. Mit Verfügung vom 30. März 2021 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG (SR 142.31).

**C.**

Am 30. April 2021 erhob der Gesuchsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 30. März 2021 sei aufzuheben. Es sei das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls i.S.v. Art. 14 Abs. 2 AsylG festzustellen und der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung durch den Kanton B.\_\_\_\_\_ sei zuzustimmen. Eventualiter sei das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls i.S.v. Art. 14 Abs. 2 AsylG festzustellen und der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung durch den Kanton B.\_\_\_\_\_ sei unter der Bedingung, dass er sich nachweislich um das Erlangen gültiger Ausweispapiere bemühe, zuzustimmen. Es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen, die unterzeichnende Rechtsanwältin sei als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Für diese Beschwerde wurde das Verfahren F-2058/2021 eröffnet.

**D.**

Der im Verfahren F-2058/2021 zuständige Instruktionsrichter Fulvio Haefeli

wies mit Zwischenverfügung vom 4. Juni 2021 das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren ab und erhob einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.–, zahlbar bis zum 5. Juli 2021.

#### **E.**

Am 11. Juni 2021 reichte der Gesuchsteller beim Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren ein. Er beantragte, Instruktionsrichter Fulvio Haefeli habe in den Ausstand zu treten, die Zwischenverfügung vom 4. Juni 2021 sei aufzuheben und das Beschwerdeverfahren sei bis zur Entscheid über das vorliegende Ausstandsbegehren zu sistieren. Es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen, die unterzeichnende Rechtsanwältin sei als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. Juni 2021 nahm die Instruktionsrichterin die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses im Verfahren F-2058/2021 ab und lud Richter Fulvio Haefeli ein, zum Ausstandsbegehren Stellung zu nehmen.

#### **G.**

Mit Stellungnahme vom 25. Juni 2021 bestritt Richter Fulvio Haefeli den Vorwurf der Befangenheit. Die Stellungnahme wurde dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Verfügungen des SEM betreffend die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Dieses entscheidet endgültig (Art. 183 Bst. c Ziff. 2 BGG). Im Rahmen dieses Hauptverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Beurteilung von Fragen formeller Natur und damit auch zum Entscheid über Ausstandsbegehren zuständig (BVGE 2007/4 E. 1.1).

**1.2** Die Bestimmungen von Art. 34 ff. BGG über den Ausstand sind im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss anwendbar (Art. 38 VGG).

**2.**

**2.1** Eine Partei, die gemäss Art. 36 Abs. 1 BGG den Ausstand einer Gerichtsperson verlangt, hat dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat.

Der Gesuchsteller hat im Ausstandsbegehren vom 11. Juni 2021 auf die von Richter Fulvio Haefeli erlassene Zwischenverfügung vom 4. Juni 2021 Bezug genommen. Auf das form- und fristgerecht eingereichte Ausstandsbegehren ist einzutreten. Der Gesuchsteller ist sodann zur Einreichung eines Ausstandsbegehrens legitimiert.

**2.2** 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), wobei der Entscheid in der Regel in der Besetzung von drei Richtern oder Richterinnen ergeht (Art. 21 Abs. 1 VGG).

**3.**

Der Gesuchsteller begründet sein Ausstandsbegehren gegen Richter Fulvio Haefeli damit, dieser habe als Instruktionsrichter in der Zwischenverfügung vom 4. Juni 2021 die Beschwerde gegen die Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls als aussichtslos bezeichnet. Als Begründung sei angeführt worden, er habe gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, weil er der mit der Wegweisung einhergehenden Verpflichtung zur Ausreise aus der Schweiz nicht nachgekommen sei und keine Ausweispapiere beschafft habe. Ein solches Verhalten – so habe die Begründung weiter gelautet – sei als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen. Dies umso mehr, als er (der Gesuchsteller) gemäss Eventualantrag offensichtlich nur unter der Bedingung bereit sei, sich um Ausweispapiere zu bemühen, wenn die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung erteilt werde. Mit diesen Ausführungen bringe der Instruktionsrichter zum Ausdruck, dass er die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG fünf Jahre nach Einreichung eines Asylgesuchs negiere. Jeder Gesuchsteller, der ein Härtefallgesuch einreiche, sei davor trotz Vorliegens einer Wegweisungsverfügung nicht ausgezeit, ansonsten bräuchte es die Möglichkeit der Härtefallbewilligung gar nicht. Indem der Instruktionsrichter das Ergreifen eines vom Gesetz ausdrücklich für diese Fälle vorgesehenen Rechtsbehelfs als rechtsmissbräuchlich bezeichne, bringe er zum Ausdruck, dass er den

Entscheid des Gesetzgebers, eine solche Möglichkeit einzuräumen, nicht gutheisse. Damit setze er sich über seine richterlichen Kompetenzen hinweg und begeben sich in die Rolle des Gesetzgebers. Er gebe zum Vornherein zu verstehen, dass er das Einreichen eines Härtefallgesuchs nach nichterfolgter Ausreise per se nicht gutheisse, weil es seinen politischen Ansichten widerspreche, abgewiesenen Asylbewerbern eine Verbleibemöglichkeit einzuräumen. Hinzu komme, dass die Ausreisefrist wegen der Covid-19-Pandemie verlängert worden sei und für ihn (den Gesuchsteller) bis zur Gesuchseinreichung keine Ausreiseverpflichtung bestanden habe. Zum Eventualantrag sei zu bemerken, dass die Vorinstanz in der Vergangenheit regelmässig Härtefallbewilligungen mit der Auflage (sic; vgl. aber Sachverhalt Bst. C.) der Ausweispapierbeschaffung erteilt habe. Zudem sei seine Identität während des ganzen Asylverfahrens nie strittig gewesen. Erst mit Gewährung des rechtlichen Gehörs im Verfahren betreffend Zustimmung zur Härtefallbewilligung habe die Vorinstanz erstmals an seiner Identität gezweifelt. Des Weiteren bringe der Instruktionsrichter mit dem Vorwurf, er (der Gesuchsteller) verharmlose ein Delikt, für das eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen ausgesprochen worden sei, als Bagatelldelikt zum Ausdruck, dass er seine Meinung bereits gefestigt habe und nicht bereit sei, die gute Integration dieser geringen Vorstrafe in einer Güterabwägung gegenüberzustellen. Die Bezeichnung eines solchen Delikts als Bagatelldelikt sei keine Wertungsfrage, sondern entspreche der gesetzlichen Definition; als Bagatelldelikt würden alle Delikte bis 120 Tagessätze bezeichnet (Art. 132 Abs. 3 StPO). Somit könne keine Rede davon sein, dass die Verwendung des Begriffs „Bagatelldelikt“ verharmlosend sei. Insgesamt sei aufgrund der Begründung, insbesondere des Vorwurfs des Rechtsmissbrauchs, in der Zwischenverfügung vom 4. Juni 2021 nicht zu erwarten, der Instruktionsrichter werde seine Meinung im Beschwerdeverfahren nach Kenntnis aller Akten noch ändern.

#### **4.**

**4.1** Von den in Art. 34 BGG aufgezählten Ausstandsgründen kommt einzig die Auffangbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG in Frage. 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. ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 34 BGG, N. 16 f.). 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 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. HÄNER, a.a.O., Art. 34 BGG, N. 19).

**4.2** Praxisgemäss gilt ein Richter oder eine Richterin nicht schon deswegen als voreingenommen, weil er oder sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit abweist. Zur Annahme von Befangenheit des betreffenden Richters oder der betreffenden Richterin müssen vielmehr weitere Gründe hinzutreten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der zuständige Richter oder die zuständige Richterin sich bei der Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits in einer Art festgelegt hat, dass Zweifel darüber bestehen, ob er oder sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage aufgrund weiterer Abklärungen noch zugänglich ist und der Verfahrensausgang noch offen erscheint (Urteil des BGer 9C\_245/2020 vom 12. Juni 2020 E. 5.2; BGE 131 I 113 E. 3.7.3).

**4.3** Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken (BGE 131 I 24 E. 1.1). In diesem Sinn genügt es, wenn Tatsachen glaubhaft gemacht werden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG). Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 141 IV 178 E. 3.2.1). Richterliche Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache können die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin nur dann in Frage stellen, wenn objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, in den Rechtsfehlern manifestiere sich gleichzeitig eine Haltung, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es sich dabei um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten darstellen (Urteil des BGer 1B\_203/2018 vom 18. Juni 2018 E. 2.1). Ein richterlicher Verfahrensfehler oder ein falscher

Entscheid in der Sache genügt noch nicht, um auf eine mögliche Befangenheit des Instruktionsrichters schliessen zu können (Urteil des BVGer D-2381/2016 vom 21. September 2016 E. 5.2).

## 5.

Der Gesuchsteller begründet das Ausstandsbegehren in erster Linie damit, der Instruktionsrichter erachte die Stellung eines Härtefallgesuchs nach Art. 14 Abs. 2 AsylG als rechtsmissbräuchlich. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers hat der Instruktionsrichter in der Zwischenverfügung nicht das Einreichen des Härtefallgesuchs per se als rechtsmissbräuchlich bezeichnet, sondern das Verhalten des Gesuchstellers in Bezug auf die Ausreise und die Beschaffung von Ausweispapieren. Der in der Zwischenverfügung erhobene Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erscheint indessen diskutabel. So wurde im Asylverfahren die Identität des Gesuchstellers nicht angezweifelt und ihm in diesem Zusammenhang keine Verletzung der Mitwirkungspflicht vorgeworfen (vgl. Urteil des BVGer D-2495/2018). Die danach angesetzte Ausreisefrist fiel bereits in die Zeit der Covid-19-Pandemie. Auf jeweiliges Ersuchen hin verlängerte die Vorinstanz deshalb die Ausreisefrist mehrmals, womit sich der Gesuchsteller bis zum 7. Mai 2021 legal in der Schweiz aufhielt. Das Eventualbegehren im Verfahren F-2058/2021 ist dahingehend zu verstehen, dass ihm die Aufenthaltsbewilligung nur unter der Bedingung zu erteilen sei, dass er sich nachweislich um die Beschaffung von Ausweispapieren bemüht habe, und nicht, wie in der Zwischenverfügung dargestellt, er sich erst dann um Ausweispapiere bemühe, wenn er die Aufenthaltsbewilligung erhalten habe (im Sinn einer Auflage). Diese Interpretation ergibt sich auch aus der Natur des Eventualbegehrens, welches dadurch gekennzeichnet ist, dass es seine Wirkung erst entfaltet, wenn der Hauptantrag abgewiesen wird. Aber selbst wenn sich der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens als unzutreffend erweisen würde, stellt dies noch keinen Ausstandsgrund dar; eine falsche Rechtsanwendung führt nicht zur Befangenheit eines Richters (vgl. E. 4.3). Zudem lässt sich daraus nicht ableiten, dass der hier betroffene Instruktionsrichter aufgrund seiner politischen Ansichten generell die Möglichkeit ablehnt, ein Härtefallgesuch nach Art. 14 Abs. 2 AsylG zu stellen. Hinsichtlich der Begründung, der Gesuchsteller habe das begangene Delikt als Bagatelldelikt verharmlost, ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass eine unzutreffende Begründung noch keinen Ausstandsgrund darstellt. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Instruktionsrichter in der Zwischenverfügung vom 4. Juni 2021 weitere, sachbezogene Gründe für die Aussichtslosigkeit der Beschwerde angeführt hat.

**6.**

Insgesamt sind keine objektiven Gründe ersichtlich, welche im Verfahren F-2058/2021 für eine Befangenheit von Richter Fulvio Haefeli sprechen würden. Das Ausstandbegehren ist somit abzuweisen.

**7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten 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]). Da seine Rechtsbegehren jedoch nicht von vornherein als aussichtslos betrachtet werden können und von seiner Bedürftigkeit aufgrund der Akten auszugehen ist, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gutzuheissen. Es sind somit keine Verfahrenskosten zu erheben.

**7.2** Ebenso erscheint die Bestellung einer Rechtsanwältin nach Art. 65 Abs. 2 VwVG als geboten. Die Rechtsvertreterin des Gesuchstellers hat keine Kostennote eingereicht. Der Aufwand lässt sich allerdings aufgrund der Akten zuverlässig abschätzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anwendung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8–11 VGKE) ist das Honorar für Rechtsanwältin Luzia Vetterli auf Fr. 450.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Ausstandsbegehren gegen Richter Fulvio Haefeli wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Der amtlichen Rechtsbeiständin wird zu Lasten der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 450.– entrichtet.

**5.**

Diese Zwischenverfügung geht an:

- den Gesuchsteller (Einschreiben)
- Richter Fulvio Haefeli
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...] / N [...])

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Eliane Kohlbrenner

Versand: