



Zwischenentscheid vom 31. August 2021

Besetzung

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

Parteien

A. _____,
vertreten durch Lea Hungerbühler, Rechtsanwältin, substitu-
iert durch MLaw Leonie Haug, AsyLex,
Gesuchsteller,

gegen

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

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Verfahren F-1827/2021.

Sachverhalt:**A.**

Der Gesuchsteller (geb. [...], afghanischer Staatsangehöriger) ersuchte am 13. Januar 2020 in der Schweiz um Asyl. Abklärungen des SEM (Vorinstanz) ergaben, dass er in Griechenland ein Asylgesuch eingereicht hat und als Flüchtling anerkannt worden ist. Am 30. August 2020 trat die Vorinstanz auf das Asylgesuch nicht ein und verfügte die Wegweisung nach Griechenland gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (sicherer Drittstaat). Am 4. Februar 2021 wurde der Gesuchsteller festgenommen und am 6. Februar 2021 die Ausschaffungshaft nach Art. 71 Abs. 1 AIG verfügt. Das Zwangsmassnahmegesetz des Kantons B. _____ bestätigte am 8. Februar 2021 die Anordnung der Ausschaffungshaft.

B.

Mit Verfügung vom 9. Februar 2021 (eröffnet am 7. April 2021) verhängte die Vorinstanz ein dreijähriges Einreiseverbot (gültig vom 4. März 2021 bis 3. März 2024) gegen den Gesuchsteller. Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) an.

C.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons C. _____ vom 9. März 2020 wurde der Gesuchsteller wegen illegaler Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je CHF 30.00 verurteilt.

D.

Am 29. März 2021 hob die Vorinstanz die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) auf, da der Gesuchsteller über eine Aufenthaltsbewilligung in Griechenland verfügt.

E.

Am 21. April 2021 erhob der Gesuchsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, das Einreiseverbot der Vorinstanz vom 9. Februar 2021 sei ersatzlos aufzuheben und der ihn betreffende Eintrag im Schengener Informationssystem (SIS II) zu löschen. Eventualiter sei das Einreiseverbot räumlich auf das Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein und zeitlich auf allerhöchstens sechs Monate zu beschränken. Es sei ihm zufolge Mittellosigkeit die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei

zu verzichten. Für diese Beschwerde wurde das Verfahren F-1827/2021 eröffnet.

F.

Der im Verfahren F-1827/2021 zuständige Instruktionsrichter Andreas Trommer bestätigte dem Gesuchsteller am 6. Mai 2021 den Eingang der Beschwerde und teilte ihm mit, die Vorinstanz habe die SIS-II-Ausschreibung am 29. März 2021 aufgehoben. Mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2021 wies er das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren ab und erhob einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.–, zahlbar bis zum 17. Juni 2021.

G.

Am 2. Juni 2021 reichte der Gesuchsteller beim Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren ein. Er beantragte, die Zwischenverfügung vom 18. Mai 2021 sei aufzuheben, und Instruktionsrichter Andreas Trommer sei vom Verfahren auszuschliessen. Ihm (dem Gesuchsteller) sei zufolge Mittellosigkeit die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren und Rechtsanwältin Lea Hungerbühler, substituiert durch MLaw Leonie Haug, als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu mandatieren sowie es sei auf einen Kostenvorschuss zu verzichten.

H.

Mit Stellungnahme vom 1. Juli 2021 beantragte Richter Andreas Trommer die Abweisung des Ausstandsbegehrens.

I.

Am 16. Juli 2021 reichte der Gesuchsteller eine Replik ein.

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 2. Juni 2021 auf die von Richter Andreas Trommer erlassene Zwischenverfügung vom 18. Mai 2021 Bezug genommen. Der Gesuchsteller ist sodann zur Einreichung eines Ausstandsbegehrens legitimiert. Auf das form- und fristgerecht eingereichte Ausstandsbegehren ist einzutreten.

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.

3.1 Der Gesuchsteller begründet sein Ausstandsbegehren gegen Richter Andreas Trommer damit, bereits bei der summarischen Prüfung des Sachverhalts sei es zu falschen Feststellungen gekommen. Er sei legal in die Schweiz eingereist, die schlechten Lebensbedingungen in Griechenland seien belegt und sein angeblich renitentes Verhalten basiere einzig auf seiner Aussage, nicht nach Griechenland zu wollen. Die Vorinstanz habe das Einreiseverbot vom 9. Februar 2021 unter Verweis auf die nicht anwendbaren Dublin-Bestimmungen offensichtlich falsch begründet. Der Instruktionsrichter komme in der Zwischenverfügung vom 18. Mai 2021 trotz der offensichtlichen Fehlerhaftigkeit der Verfügung vom 9. Februar 2021 zum Schluss, diese würde in ausreichendem Mass erkennen lassen, von welchen Überlegungen sich die Vorinstanz habe leiten lassen. Durch die verwendete Formulierung drücke der Instruktionsrichter klar aus, eine vorgefasste Meinung zu haben, nämlich, dass er eine zusätzliche, jedoch weder im Einreiseverbot noch im Zwischenentscheid aufgeführte Begründung habe, um das Einreiseverbot zu schützen und somit die Beschwerde abzuweisen. Des Weiteren verneine der Instruktionsrichter trotz seines (des

Gesuchstellers) engen Kontakts zur Schwester ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis. Insgesamt habe sich der Instruktionsrichter in einer Art festgelegt, dass der Verfahrensausgang nicht mehr als offen erscheine und insbesondere nicht nachvollziehbar sei. Objektiv betrachtet könne dadurch auch für Dritte nur Misstrauen und mindestens der Anschein der Befangenheit geweckt werden.

3.2 Richter Andreas Trommer führt in seiner Stellungnahme aus, der Gesuchsteller verkenne in grundlegender Weise, dass das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde auch aus anderen als den von den Parteien beziehungsweise der Vorinstanz genannten Gründen gutheissen oder abweisen könne (Art. 62 Abs. 4 VwVG; BVGE 2009/61 E. 6.1 m.H.). Wenn er (der Instruktionsrichter) im Rahmen einer summarischen Prüfung der Prozessaussichten andere Gründe für das Einreiseverbot in Betracht ziehe, sei daraus nicht schon auf seine Befangenheit (im Sinne einer aktiven Suche nach einer Begründung für die Abweisung der Beschwerde – wie es der Gesuchsteller formuliert habe) zu schliessen. Er habe den entscheidungsrelevanten Sachverhalt nicht falsch erfasst. Die Weigerung des Gesuchstellers, der rechtskräftigen Wegweisung Folge zu leisten, die (auf dem Rechtsmittelweg beurteilte und bestätigte) Notwendigkeit einer Anordnung der Ausschaffungshaft, die Organisation eines Sonderfluges sowie das vom Gesuchsteller wiederholt manifestierte renitente Verhalten ergäben sich aus den Akten der kantonalen Migrationsbehörde und der Vorinstanz. Dass darin Fernhaltegründe im Sinne von Art. 67 AIG zu erkennen seien, bedürfe keiner weiteren Erläuterungen an die Adresse des rechtlich vertretenen Gesuchstellers. Der enge Kontakt zur Schwester sei nicht in Frage gestellt, sondern es sei nur darauf hingewiesen worden, dass kein rechtlich erhebliches besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehe. Es liege kein objektiver Anschein von Befangenheit vor.

3.3 Der Gesuchsteller erwidert, die Aufrechterhaltung einer offensichtlich falschen Verfügung, welche sich auf ein vollkommen anderes Verfahren und damit auch auf eine nicht fallbezogene Begründung stütze, sei nicht anders erklärbar, als dass der Richter bei der Entscheidungsfindung befangen gewesen sei. Nach wie vor gehe weder aus der vorinstanzlichen Verfügung vom 9. Februar 2021 noch aus der Zwischenverfügung vom 18. Mai 2021 der Grund für das Einreiseverbot hervor.

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 Sinne 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).

5.

Der Gesuchsteller begründet das Ausstandsbegehren in erster Linie damit, der Instruktionsrichter halte die Beschwerde für aussichtslos, obwohl die angefochtene Verfügung offensichtlich falsch sei. Die Gründe für das Einreiseverbot seien nicht ersichtlich. Vorab ist festzuhalten, dass in der Verfügung des SEM tatsächlich unzutreffend angeführt wird, die Ausschaffungshaft sei im Rahmen des Dublin-Verfahrens angeordnet worden. Abgesehen von diesem Fehler sind die Gründe für das Einreiseverbot mitsamt den einschlägigen Gesetzesbestimmungen jedoch korrekt aufgeführt. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers gehen demnach aus der Verfügung die Gründe für das Einreiseverbot klar hervor. Zudem betrifft die fehlerhafte Nennung des Dublin-Verfahrens einen Nebenpunkt der Begründung und der Fehler war – wie der Gesuchsteller selbst mehrfach betont – offensichtlich. Der Instruktionsrichter gab in der Zwischenverfügung vom 18. Mai 2021 den Sachverhalt gemäss Aktenlage korrekt wieder und berief sich auf dieselben Gründe für das Einreiseverbot wie die angefochtene Verfügung, wobei es ihm auch offen gestanden wäre, die Beschwerde mit einer anderen Begründung für aussichtslos zu erklären (Motivsubstitution). Eine lediglich in einem Nebenpunkt offensichtlich falsch begründete Verfügung führt nicht dazu, dass eine Beschwerde dagegen nach einer summarischen Prüfung der Aktenlage nicht als aussichtslos eingestuft werden kann. Aus einer vom Gesuchsteller abweichenden Beurteilung betreffend Abhängigkeitsverhältnis zur Schwester kann ebenfalls nicht auf die Befangenheit des Instruktionsrichters geschlossen werden.

6.

Insgesamt sind keine objektiven Gründe ersichtlich, welche in dem Verfahren F-1827/2021 für eine Befangenheit von Richter Andreas Trommer sprechen würden. Das Ausstandsbegehren ist somit als unbegründet abzuweisen.

7.

7.1 Die gestellten Begehren erweisen sich als aussichtslos, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ungeachtet einer allfälligen prozessualen Bedürftigkeit abzuweisen ist (Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG).

7.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 600.– festzusetzen (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 gegen Richter Andreas Trommer wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 600.– werden dem Gesuchsteller auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

Diese Zwischenverfügung geht an:

- den Gesuchsteller (Einschreiben)
- Richter Andreas Trommer
- die Vorinstanz (Ref-Nr. N [...])

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Eliane Kohlbrenner

Versand: