Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung IV
D-2381/2016

Urteil vom 21. September 2016

Besetzung

Richter Thomas Wespi (Vorsitz),
Richterin Daniela Brüschweiler, Richter Yanick Felley,
Gerichtsschreiber Stefan Weber.

Parteien

A._____, geboren am (...),
Kosovo,
vertreten durch lic. iur. Peter Nideröst, Rechtsanwalt,
Gesuchsteller,

gegen

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

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Verfahren D-1776/2016 betreffend
Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung
(Verfügung des SEM vom 9. März 2016) / N_____.

Sachverhalt:

A.
Der Gesuchsteller reichte am 7. August 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 9. März 2016 trat das SEM auf dieses Gesuch nicht ein. Zugleich verfügte es die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug an.

B.
Mit an das Bundesverwaltungsgericht gerichteter Eingabe vom 21. März 2016 erhob der Gesuchsteller Beschwerde gegen die Verfügung des SEM vom 9. März 2016. Er beantragte die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung, die Anordnung der vorläufigen Aufnahme, eventualiter die Ansetzung einer neuen Ausreisefrist von mindestens drei Monaten, subeventualiter die Rückweisung der Sache im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid, und ersuchte in prozessualer Hinsicht um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Beiordnung seines Rechtsvertreters als unentgeltlicher Rechtsbeistand.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 8. April 2016 stellte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts Fulvio Haefeli fest, der Gesuchsteller dürfe sich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten, und räumte ihm Gelegenheit ein, sich bis zum 18. April 2016 zu einer beabsichtigten Motivsubstitution zu äussern, wobei bei unbenütztem Fristablauf gestützt auf die bestehenden Akten entschieden werde. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG und um Bestellung eines amtlichen Rechtsbeistandes wurden abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsteller aufgefordert, bis zum 18. April 2016 einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1200.– einzuzahlen, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall. Zur Begründung führte der Instruktionsrichter an, dass die Rechtsbegehren in Anbetracht der Sachlage als aussichtslos erscheinen würden. Eine Prozessführung sei insbesondere dann mutwillig, wenn die Anrufung des Gerichts nicht auf den Schutz berechtigter Interessen abziele, sondern ausschliesslich andere und damit rechtsmissbräuchliche Zwecke verfolge, wie namentlich den Zeitgewinn durch trölerisches Prozessieren. In casu ziehe das Bundesverwaltungsgericht eine Motivsubstitution in Betracht und erwäge, die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs aufgrund des Vorliegens einer längerfristigen Freiheitsstrafe – gestützt auf Art. 83 Abs. 7

Bst. a AuG (SR 142.20) – nicht zu prüfen. Das Bundesgericht dürfte in seinem – den Gesuchsteller betreffenden – Urteil BGer 2C_197/2012 vom 29. Oktober 2012 bei der Prüfung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung eine Güterabwägung vorgenommen haben. Der Gesuchsteller dürfte vorliegend den Eindruck erwecken, er versuche, das Asylverfahren in zweckwidriger Weise zu verwenden, um zu einer zusätzlichen Beurteilung der Zumutbarkeit der Wegweisung zu kommen, wodurch ein rechtsmissbräuchlicher Zweck verfolgt werden dürfte. Das prozessuale Gebaren des Gesuchstellers lasse den Eindruck aufkommen, es liege mutwillige Prozessführung vor. Deshalb rechtfertige es sich vorliegend, einen Kostenvorschuss von Fr. 1200.– zu erheben.

Der Kostenvorschuss wurde am 16. April 2016 bezahlt.

D.
Mit Eingabe vom 18. April 2016 beantragte der Gesuchsteller, Instruktionsrichter Fulvio Haefeli habe in den Ausstand zu treten, es sei die Zwischenverfügung vom 8. April 2016 aufzuheben, das Beschwerdeverfahren D-1776/2016 sei bis zum Entscheid über das vorliegende Ausstandsbegehren zu sistieren, und eventualiter sei ihm für den Fall, dass an der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 festgehalten werde, eine neue Frist zu eröffnen, um zur in Aussicht gestellten Motivsubstitution Stellung nehmen zu können. In prozessualer Hinsicht ersuchte er, es sei ihm für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Der Eingabe lag die Zwischenverfügung des Instruktionsrichters Fulvio Haefeli vom 8. April 2016 im Verfahren D-1776/2016 bei.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 21. April 2016 forderte der Instruktionsrichter im Ausstandsverfahren Richter Fulvio Haefeli auf, sich bis zum 6. Mai 2016 zu den in der Eingabe vom 18. April 2016 vorgebrachten Ausstandsgründen zu äussern (vgl. Art. 38 VGG i.V.m. Art. 36 Abs. 2 BGG). Die Beurteilung der weiteren Anträge verwies er auf einen späteren Zeitpunkt.

F.
Richter Fulvio Haefeli verfasste seine Stellungnahme zum Ausstandsbegehren am 25. April 2016.

G.
Der Instruktionsrichter im Ausstandsverfahren stellte dem Gesuchsteller am 26. April 2016 eine Kopie der Stellungnahme von Richter Fulvio Haefeli zu und gewährte ihm die Gelegenheit, sich dazu schriftlich zu äussern.

H.
Nach einmalig gewährter Fristerstreckung reichte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 27. Mai 2016 seine Replik zu den Akten und hielt darin an seinen Anträgen fest.

I.
Mit Eingabe vom 5. Juli 2016 wurde eine Kostennote eingereicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Auf dem Gebiet des Asyls entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen 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).

1.2 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). Der Entscheid ergeht in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern beziehungsweise Richterinnen (Art. 21 Abs. 1 VGG). In seiner Stellungnahme vom 25. April 2016 hat Richter Fulvio Haefeli das Bestehen eines Ausstandsgrundes ausdrücklich bestritten.

2.
2.1 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]).

Macht die Partei die Ausstandsgründe nicht unverzüglich geltend, so verwirkt sie ihr Ablehnungsrecht (vgl. BGE 120 Ia 19 E. 2c S. 24).

Der Gesuchsteller reichte das Ausstandsbegehren am 18. April 2016 und somit rechtzeitig ein, weil er aufgrund der von Richter Fulvio Haefeli erlassenen Zwischenverfügung vom 8. April 2016 zur Auffassung gelangte, dieser sei befangen. Der Gesuchsteller ist im Beschwerdeverfahren D-1776/2016 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Damit sind die formellen Anforderungen an ein Ausstandsbegehren erfüllt, weshalb auf das Gesuch einzutreten ist.

2.2 Insofern Richter Fulvio Haefeli in seiner Stellungnahme (vgl. nachstehend Ziff. 3.2) die Frage aufwirft, ob der Gesuchsteller mit der Bezahlung des im Beschwerdeverfahren wegen Mutwilligkeit auf Fr. 1200.– erhöhten Kostenvorschusses die kritisierte Zwischenverfügung vom 8. April 2016 respektive den darin erhobenen Vorwurf der Mutwilligkeit akzeptiert habe, ist Folgendes festzustellen: Das Ausstandsbegehren vom 18. April 2016 ging am 19. April 2016 beim Bundesverwaltungsgericht ein. Eine erste Instruktionsverfügung wurde am 21. April 2016 – mithin drei Tage, nachdem die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses im Beschwerdeverfahren abgelaufen war – erlassen. Die Tatsache, dass der Kostenvorschuss geleistet wurde, ist ohne weiteres dadurch zu erklären, dass der Gesuchsteller den ihm in der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 angedrohten Säumnisfolgen entgehen und damit auch eine eingehendere Überprüfung der Verfügung des SEM vom 9. März 2016 sicherstellen wollte (vgl. dazu Ziff. 4 der Replik vom 27. Mai 2016, nachstehend Ziff. 3.3). Damit verwirkte er indessen nicht seinen Anspruch auf Prüfung der gegen eine Gerichtsperson, die im Beschwerdeverfahren mitwirkt, vorgebrachten Ausstandsgründe.

3.

3.1 Im Ausstandsbegehren wird geltend gemacht, es liege eine Vorbefassung von Instruktionsrichter Fulvio Haefeli im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG vor. So habe sich Richter Fulvio Haefeli im Rahmen des Instruktionsverfahrens auf eine Art und Weise vorbefasst, die den Anschein der Befangenheit erwecke. Es würden konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er sich in einer Art festgelegt habe, wonach er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich sei, weshalb der Verfahrensausgang deshalb nicht mehr offen erscheine. Zudem würden sich in der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 derart krasse Verfahrensfehler offenbaren, dass die Annahme begründet sei, es fehle Instruktionsrichter Fulvio Haefeli an der notwendigen Distanz und Neutralität. Nach

herrschender Lehre und Rechtsprechung entbinde Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG Behörden und Gerichte nicht davon, die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs aufgrund einer medizinischen Notlage im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG zu prüfen. Erst wenn die Prüfung ergebe, dass der Wegweisungsvollzug für die betreffende Person als unzumutbar erscheine, sei im Weiteren zu prüfen, ob die vorläufige Aufnahme in Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG trotzdem nicht verfügt werden solle. Da Instruktionsrichter Fulvio Haefeli in seiner Instruktionsverfügung im Gegensatz dazu angeführt habe, die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs dürfte nicht zu prüfen sein, weil ein Anwendungsfall von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG vorliege, erweise sich die Begründung für die Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren als haltlos und stehe in klarem Widerspruch zur herrschenden Lehre und konstanten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Zudem sei Richter Fulvio Haefeli zum Schluss gekommen, die Beschwerdebegehren seien aussichtslos, bevor der Gesuchsteller Gelegenheit gehabt habe, sich zur in Aussicht gestellten Motivsubstitution äussern zu können, weshalb Richter Fulvio Haefeli über die Chancen und Risiken seiner Beschwerdebegehren unter einem rechtlichen Gesichtspunkt entschieden habe, ohne seine Gegenargumente zu kennen, was eine krasse Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Sodann habe Richter Fulvio Haefeli im Zusammenhang mit dem Eventualantrag, es sei ihm eine neue Ausreisefrist zum Verlassen der Schweiz von mindestens drei Monaten anzusetzen (Rechtsbegehren 3 der Beschwerdeschrift vom 21. März 2016) nicht nur den Wortlaut des Antrags, sondern auch die herrschende Rechtslage gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts verkannt. So sei das Bundesverwaltungsgericht – entgegen der Ansicht von Richter Fulvio Haefeli – kompetent, die Verhältnismässigkeit der Dauer einer anzusetzenden Ausreisefrist beziehungsweise der Nichtgewährung einer Ausreisefrist zu prüfen und dem SEM entsprechende Anweisungen zu erteilen. Weiter habe sich Instruktionsrichter Fulvio Haefeli bei der Beurteilung als mutwillige Prozessführung auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_197/2012 gestützt, das bei der Prüfung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung bereits eine Güterabwägung vorgenommen haben dürfte. Jedoch habe das Bundesgericht in seinem Urteil die im (Asyl-)Beschwerdeverfahren geltend gemachte medizinische Notlage bei der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht berücksichtigen können, weil die Diagnosen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen auf seine Arbeitsfähigkeit und Behandlungsbedürfnisse noch gar nicht bekannt gewesen seien. Daher erscheine die Annahme von Richter Fulvio Haefeli, er (der Gesuchsteller) bezwecke mit dem Asylgesuch eine nochmalige – sprich: gleiche – Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs, vor diesem Hintergrund als krass

aktenwidrig. Insgesamt sei die Begründung der Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren in mehrfacher Hinsicht als krass fehlerhaft zu erachten, weshalb Richter Fulvio Haefeli den Anschein der Befangenheit erwecke und es diesem aufgrund der als markant zu erachtenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör an der notwendigen Distanz und Neutralität fehle. Er sei von Richter Fulvio Haefeli nicht als ernst zu nehmendes Subjekt eines Verfahrens wahrgenommen, sondern auf ein namen- und gesichtsloses Objekt degradiert worden, dessen Meinung und Interessen ohne Bedeutung seien. Die Verfahrensfehler würden verfahrensrechtliche Mindestgarantien verletzen und zielten geradezu darauf ab, ihm den von Gesetzes wegen zustehenden Rechtsschutz zu verweigern.

3.2 In seiner Stellungnahme zum Ausstandsbegehren führte Richter Fulvio Haefeli aus, der Gesuchsteller weise keinen der in Art. 34 BGG genannten Ausstandsgründe konkret nach, sondern unterziehe die beanstandete Zwischenverfügung einer Kritik, was für die Begründung der behaupteten Befangenheit nicht genüge. Auf die Vorwürfe sei an dieser Stelle nicht im Einzelnen einzugehen, weil dem Rechtsvertreter offenbar entgangen sei, dass Unzumutbarkeitsgründe im Sinne von Art. Art. 83 Abs. 4 AuG nach der ausdrücklichen Bestimmung von Abs. 7 desselben Gesetzesartikels nicht angerufen werden könnten, wenn – wie vorliegend – Gründe für den Ausschluss der vorläufigen Aufnahme gegeben seien (mit Verweis auf das Urteil des BVGer D-2651/2011 vom 9. November 2011 E. 5.3). Diese Rechtsprechung müsse dem im Asyl- und Ausländerrecht tätigen Rechtsvertreter bekannt sein. Zudem sei im vorangegangenen Verfahren vor dem Bundesgericht die Verhältnismässigkeit geprüft worden (Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer und Integration). Da die Berufung auf Krankheit im Sinne einer medizinischen Notlage nach dem Gesagten in casu gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG ausgeschlossen und eine Verhältnismässigkeitsprüfung zeitnah bereits durch das Bundesgericht geschehen sei, dürfte kein Raum für eine weitere Prüfung der Zumutbarkeit bestehen. Somit dürfe wohl die Aussichtslosigkeit der Beschwerde vorliegen und der Vorwurf der Willkür fehlgehen. Gemäss BGE 131 I 113 S. 123 E. 3.7.3 lasse sich allein aus der Abweisung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ohnehin kein Anschein der Befangenheit ableiten. Im Hinblick auf die Frage, ob der Vertreter mutwillig prozessiere, werde auf die Zwischenverfügung vom 8. April 2016 verwiesen, wonach die Mutwilligkeit mit der zweckwidrigen Verwendung des Asylverfahrens begründet worden sei. In diesem Zusammenhang falle auf, dass am 16. April 2016 der wegen Mutwilligkeit erhöhte Kostenvorschuss

bezahlt und der Vorwurf der Mutwilligkeit somit akzeptiert worden sei. Neben dem Ausstandsbegehren hätte ein fristgerechtes Gesuch um Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 16. April 2016 genügt, um den Rechtsstandpunkt des Gesuchstellers zu wahren.

3.3 In seiner Replik entgegnete der Gesuchsteller, es sei unzutreffend, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Unzumutbarkeitsgründe von Art. 83 Abs. 4 AuG bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach Art. 83 Abs. 7 AuG nicht zu prüfen seien. Selbst nach dem von Richter Fulvio Haefeli in seiner Stellungnahme zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2651/2011 vom 9. November 2011 E. 5.1 sei auch bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach Art. 83 Abs. 7 AuG zu prüfen, ob die Aufhebung respektive die Verweigerung der vorläufigen Aufnahme verhältnismässig sei. Ohnehin gelte bei der Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AuG gleichermassen wie beim Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft das Prinzip „inclusion before exclusion“. Zunächst sei also zu prüfen, ob ein Unzumutbarkeitsgrund im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG vorliege. Im Bejahungsfalle sei weiter zu untersuchen, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 AuG gegeben sei. Werde auch diese Frage bejaht, sei schliesslich die Verhältnismässigkeit eines solchen Ausschlusses zu prüfen. Diese Betrachtungsweise gebiete im Übrigen auch Art. 8 Ziff. 2 EMRK, zumal nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Wegweisung respektive deren Vollzug bei physisch oder psychisch behinderten Personen selbst bei gravierenden Gewalttaten als unverhältnismässig erscheinen könne. Er habe in seiner Beschwerde substanziiert dargelegt, dass sich die relevanten Umstände seit dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2012 verändert hätten. Darauf gehe Instruktionsrichter Fulvio Haefeli weder in der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 noch in seiner Stellungnahme vom 25. April 2016 ein. Auch nehme dieser keinen Bezug auf seine Einwände hinsichtlich der Überprüfungsmöglichkeit von Ausreisefristen durch das Bundesverwaltungsgericht. Die Begründung der Aussichtslosigkeit des Eventualantrags in der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 sei derart fehlerhaft, dass sie in Kombination mit den weiteren geltend gemachten Ausstandsgründen den Anschein der Befangenheit von Richter Fulvio Haefeli erwecke. Ferner sei dessen Behauptung in der Stellungnahme, er habe durch die Bezahlung des Kostenvorschusses den Vorwurf der Mutwilligkeit akzeptiert, unverständlich und aktenwidrig. So habe er mit seinem Ausstandsbegehren die Aufhebung der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 beantragt. Den Kostenvorschuss habe er fristgerecht einbezahlt, um den ihm in der erwähnten Zwischenverfügung angedrohten Säumnisfolgen

zu entgehen. Der Umstand, dass Richter Fulvio Haefeli ihm unterstelle, er habe mit der Bezahlung des Kostenvorschusses den Vorwurf der Mutwilligkeit akzeptiert, bestärke den Eindruck dessen fehlender notwendiger Distanz und Neutralität. Richter Fulvio Haefeli habe deshalb in den Ausstand zu treten.

4.

4.1 Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch des Einzelnen darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirkung von sachfremden Umständen entschieden wird (vgl. BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240 und BVGE 2007/5 E. 2.2 S. 38 f., je mit Hinweisen).

4.2 Von den in Art. 34 BGG aufgezählten Ausstandsgründen, gelangt vorliegend die Auffangbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG zur Anwendung, auf welche sich der Gesuchsteller im Ausstandsbegehren explizit beruft. Gemäss dieser Bestimmung 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". 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, die den Anschein der Befangenheit einer Gerichtsperson erwecken und objektiv Zweifel an deren Unvoreingenommenheit zu begründen vermögen (vgl. dazu ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 34, N. 6, 16 und 17).

4.3 Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fällt 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 (vgl. HÄNER, a.a.O., Art. 34, N. 19). Für die vorliegend interessierende zentrale Frage – Vorbefassung mit der Hauptsache im Rahmen der instruktionsweisen Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Richter oder eine Richterin nicht schon deswegen als voreingenommen gilt, weil er oder sie ein entsprechendes Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen hat. So setzt ein rechtsstaatliches Verfahren regelmässig voraus, dass

schon vor dem eigentlichen Sachentscheid prozessuale Anordnungen getroffen werden müssen, wozu auch die Behandlung von Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehört. Dass das damit befasste Gerichtsmitglied dabei die Aussichten der Hauptsache abzuwägen hat, begründet für sich noch keine Voreingenommenheit, sondern ergibt sich aus dem Sinn der Verfahrensordnung (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.7.1; ebenso BVGE 2007/5 E. 2-3.7 S. 38 ff.). Zur Annahme von Befangenheit des betreffenden Richters oder der betreffenden Richterin müssen vielmehr weitere Gründe hinzutreten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich der zuständige Richter oder die zuständige Richterin bei der Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits in einer Art festgelegt hat, dass er oder sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich und der Verfahrensausgang deswegen nicht mehr als offen erscheint (vgl. dazu BGE 131 I 113 E. 3.6 S. 119).

4.4 Zur Ablehnung einer Gerichtsperson muss nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden. Es genügt, wenn Umstände glaubhaft gemacht werden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BGG [zweiter Satz]). Dabei ist jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. BGE 131 I 24 E.1.1, mit Hinweisen). Richterliche Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache können die Unabhängigkeit respektive Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin nur in Frage stellen, sofern objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S.105 f. mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es sich dabei um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung richterlicher Pflichten darstellen (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 5A_206/2008 vom 23.Mai 2008 E. 2.2, mit Hinweisen).

5.

5.1 Der Gesuchsteller rügt in seinen Eingaben im Wesentlichen, dass sich aus der Begründung der Zwischenverfügung vom 8. April 2016, mit welcher seine Gesuche um Erlass der Verfahrenskosten (vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG) sowie um Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (vgl. Art. 65 Abs. 2 VwVG) abgewiesen worden seien, konkrete und in objektiver Weise

begründete Anhaltspunkte für die Voreingenommenheit von Instruktionsrichter Richter Fulvio Haefeli ergeben würden.

5.2 Insofern im Ausstandsbegehren vorgebracht wird, Instruktionsrichter Fulvio Haefeli habe in der Begründung seiner Zwischenverfügung vom 8. April 2016 nicht nur zu den Voraussetzungen, wann die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AuG zu prüfen sei, sondern auch zum Eventualantrag, es sei ihm eine neue Ausreisefrist zum Verlassen der Schweiz von mindestens drei Monaten anzusetzen, sowohl den Wortlaut des Antrags als auch die herrschende Rechtslage gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts verkannt, vermag dieser Umstand noch keine Voreingenommenheit zu begründen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass selbst eine unzutreffende Wahrnehmung der Akten durch den zuständigen Instruktionsrichter hinsichtlich obiger Rügen und daraus folgend eine allenfalls unsachgemässe Beurteilung der Frage der mutmasslichen Aussichtslosigkeit der Beschwerde keinen Ausstandsgrund darstellen würde. Ein richterlicher Verfahrensfehler oder ein falscher Entscheid in der Sache genügen nicht, um auf eine mögliche Befangenheit der Gerichtsperson schliessen zu können. Aus der erwähnten Zwischenverfügung vom 8. April 2016 ist zu ersehen, dass sich Richter Fulvio Haefeli mit den formellen und materiellen Anträgen des Gesuchstellers auseinandersetzte und diesbezüglich eine erste Einschätzung vornahm. Dazu war es nicht erforderlich, bereits auf alle Beweismittel und Vorbringen im Detail einzugehen. Auch ist die Tatsache, dass er das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG mangels Gewinnaussichten abwies, einen Kostenvorschuss erhob und auch das Gesuch um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistands abwies, für sich alleine ohne rechtliche Relevanz. Die Einschätzung der Verfahrensaussichten beruht auf einer *vorläufigen*, *summarischen* Prüfung der vorliegenden Akten. Alleine aufgrund einer vom Gesuchsteller abweichenden rechtlichen Beurteilung seiner Vorbringen und dementsprechend einer anderen Einschätzung der Gewinnchancen kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, der zuständige Instruktionsrichter habe sich bereits eine endgültige Meinung gebildet und sei im vorliegenden Verfahren nicht mehr in der Lage, unvoreingenommen ein Urteil zu fällen.

5.3 In der fraglichen Zwischenverfügung hielt Instruktionsrichter Fulvio Haefeli sodann fest, der Beschwerdeführer dürfte vorliegend den Eindruck erwecken, er versuche, das Asylverfahren in zweckwidriger Weise zu ver-

wenden, um zu einer zusätzlichen Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu kommen, wodurch ein rechtsmissbräuchlicher Zweck verfolgt werden dürfte, weshalb von einer mutwilligen Prozessführung auszugehen sei. Dementsprechend wurde der zur Deckung der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leistende Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) gestützt auf Art. 2 Abs. 2 VGKE auf Fr. 1200.– erhöht. Die Anhebung des Kostenvorschusses von üblicherweise Fr. 600.– auf Fr. 1200.–, gestützt auf die oben dargelegte Begründung, ist gesetzlich vorgesehen und stellt daher im vorliegenden Fall kein ausserordentliches Vorkommnis im Rahmen der Beschwerdeinstruktion dar und vermag noch keine Voreingenommenheit von Richter Fulvio Haefeli zu begründen, da er seine Einschätzung in der Sache unter Hinweis auf die konkreten Vorbringen und das prozessuale Verhalten des Gesuchstellers soweit begründete, wie es im Rahmen einer summarischen Prüfung der Prozesschancen erforderlich ist.

5.4 Der Gesuchsteller bringt zur Begründung der Voreingenommenheit nun aber vor, Richter Fulvio Haefeli mangle es vorliegend an der nötigen Distanz und Neutralität, weil er auf die Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren geschlossen habe, bevor er Gelegenheit gehabt habe, sich zur in Aussicht gestellten Motivsubstitution äussern zu können. Richter Fulvio Haefeli habe daher über die Chancen und Risiken seiner Beschwerdebegehren unter einem rechtlichen Gesichtspunkt entschieden, ohne seine Gegenargumente zu kennen, was eine krasse Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Wie oben in Ziffer 4.3. f. bereits dargelegt, vermag alleine der Umstand, dass der Instruktionsrichter ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abwies, nicht zur Annahme seiner Befangenheit zu führen. Ein Ausstandsgrund kann vielmehr nur vorliegen, wenn weitere Anhaltspunkte hinzukommen, die den Verfahrensausgang nicht mehr als offen erscheinen lassen, oder wenn es sich um eine besonders krasse Fehlbeurteilung beziehungsweise schwere Verletzung der richterlichen Pflichten handelt.

Vorliegend erscheint die vom Gesuchsteller geäusserte Besorgnis der Unvoreingenommenheit von Richter Fulvio Haefeli als objektiv begründet. In der Zwischenverfügung vom 8. April 2016 wurde auf die Erwägungen des SEM in der angefochtenen Verfügung vom 9. März 2016 nicht weiter eingegangen, sondern festgehalten, dass im vorliegenden Fall eine Motivsubstitution in Betracht gezogen und erwogen werde, die Frage der Zumutbarkeit nicht zu prüfen. Zwar wurde dem Gesuchsteller diesbezüglich das Recht zur Stellungnahme eingeräumt, jedoch gleichzeitig – mithin bevor

sich der Gesuchsteller zur beabsichtigten Motivsubstitution überhaupt äussern und Gegenargumente einbringen konnte – auf die Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren geschlossen. Auch wenn die Erwägungen in der fraglichen Zwischenverfügung offen formuliert sind, stellt der Umstand, dass im Rahmen des eingeräumten rechtlichen Gehörs noch vor Abwarten der Replik des Gesuchstellers zur beabsichtigten Motivsubstitution die Aussichtslosigkeit der Begehren festgestellt wurde, einen konkreten Anhaltspunkt dar, dass sich Richter Fulvio Haefeli bei der Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits festgelegt habe und einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage im Rahmen des Hauptverfahrens nicht mehr zugänglich sei. So erweckt Instruktionsrichter Fulvio Haefeli mit dieser Vorgehensweise den Eindruck, er habe sich trotz seiner Unkenntnis der im Rahmen des rechtlichen Gehörs noch zu erwartenden Gegenargumente zur bisherigen Beurteilung des Rechtsstandpunktes respektive für den Fall der fristgerechten Einreichung einer Stellungnahme seine Meinung bereits gebildet, und erweckt daher den Anschein, in der Sache nicht mehr offen und daher nicht unvoreingenommen zu sein.

6.
Wie dargestellt, hat Instruktionsrichter Fulvio Haefeli mit seiner Vorgehensweise im Rahmen der Beschwerdeinstruktion den Anschein der Voreingenommenheit erweckt. Dieser Eindruck beruht nicht nur auf einer individuellen Empfindung des Gesuchstellers, vielmehr erscheint das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit des Instruktionsrichters auch aus objektiver Sicht begründet. Bei dieser Sachlage erweist sich das Ausstandsgesuch als begründet. Instruktionsrichter Fulvio Haefeli ist daher zu verpflichten, im zwischen den Parteien rechtshängigen Verfahren D-1776/2016 als Instruktionsrichter und Teil des Spruchkörpers in den Ausstand zu treten. Unter diesen Umständen ist das Rechtsbegehren, es sei das Beschwerdeverfahren D-1776/2016 bis zum Entscheid über das vorliegende Ausstandsbegehren zu sistieren (Ziffer 3 der Beschwerdeschrift), gegenstandslos geworden.

7.
7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das mit dem Ausstandsgesuch gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG erweist sich daher als gegenstandslos.

7.2 Obsiegende und teilweise obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dem vertretenen Gesuchsteller ist demnach angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Der in der Kostennote vom 5. Juli 2016 aufgeführte Aufwand von 11 Stunden und 35 Minuten ist angesichts der ausführlichen Darstellung der in Frage stehenden, dem Bundesverwaltungsgericht jedoch bekannten Zwischenverfügung vom 8. April 2016, der sich teilweise wiederholenden Ausführungen und der nicht zu entschädigenden „Abschlussarbeiten“ – welche sich erst nach Erhalt des vorliegenden Urteils ergeben sollen und somit einen zukünftigen Aufwand darstellen – um insgesamt drei Stunden zu kürzen. Dem Gesuchsteller ist daher zulasten der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2850.– zuzusprechen. Das Gesuch um Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Art. 65 Abs. 2 VwVG) erweist sich im Nachhinein als gegenstandslos.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Ausstandsgesuch wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

2.
Instruktionsrichter Fulvio Haefeli wird verpflichtet, im zwischen den Parteien rechtshängigen Verfahren D-1776/2016 als Instruktionsrichter und Teil des Spruchkörpers in den Ausstand zu treten.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Dem Gesuchsteller wird zulasten der Gerichtskasse eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2850.– entrichtet.

5.
Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller, das SEM und Richter Fulvio Haefeli.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Thomas Wespi	Stefan Weber

Versand: