



Abteilung V
E-2886/2017

Urteil vom 1. Juni 2017

Besetzung

Richterin Barbara Balmelli (Vorsitz),
Richter Walter Lang, Richter William Waeber,
Gerichtsschreiber Pascal Waldvogel.

Parteien

A. _____,
geboren am (...),
Sri Lanka,
vertreten durch Gabriel Püntener, Rechtsanwalt,
Advokaturbüro, (...),
Gesuchsteller,

gegen

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

Gegenstand

Ausstand; Verfahren E-2838/2017 des Bundesverwaltungs-
gerichts (N [...]).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Gesuchsteller reichte am 22. April 2017 am Flughafen Zürich ein Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 11. Mai 2017 trat die Vorinstanz auf das Asylgesuch nicht ein, wies den Gesuchsteller aus der Schweiz weg und beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung. Gegen diese Verfügung gelangte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 18. Mai 2017 an das Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht eröffnete daraufhin unter der Nummer E-2838/2017 ein neues Beschwerdeverfahren, das David R. Wenger als Instruktionsrichter zugewiesen wurde.

A.b In der Beschwerde vom 18. Mai 2017 beantragte der Gesuchsteller in verfahrensrechtlicher Hinsicht unter anderem, es sei vom Bundesverwaltungsgericht zu bestätigen, dass die mit dem Beschwerdeverfahren betrauten Gerichtspersonen zufällig ausgewählt worden seien. Zudem beantragte er die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung, da sein Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung verletzt sei. Dies begründet er damit, dass in der angefochtenen Verfügung zwar das Kürzel des Sachbearbeiters ersichtlich sei, jedoch gehe daraus nicht hervor, wer für den Entscheid verantwortlich sei.

A.c Mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2017 gab David R. Wenger als Instruktionsrichter dem Gesuchsteller die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt und teilte ihm mit, für welchen Mitarbeiter der Vorinstanz das Kürzel in der angefochtenen Verfügung steht.

B.

Mit Eingabe vom 21. Mai 2017 gelangte der Gesuchsteller an das Bundesverwaltungsgericht und teilte dem Gericht mit, dass er im vorliegenden Verfahren und in sämtlichen Fällen der Abteilungen IV und V, welche sein Rechtsvertreter als Anwalt betreue, gegen Bundesverwaltungsrichter David R. Wenger ein Ausstandsbegehren gestützt auf Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG stelle.

C.

Am 23. Mai 2017 lud die Instruktionsrichterin David R. Wenger ein, sich zum Ausstandsbegehren zu äussern. Dieser verzichtet noch gleichentags auf eine Stellungnahme. Am 26. Mai 2017 wurden die Schreiben dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme gebracht.

D.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2017 ersuchte der Gesuchsteller um Angaben zum Auswahlverfahren.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]). 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 Mit dem vorliegenden Urteil wird dem Antrag um Bekanntgabe des Spruchkörpers entsprochen (vgl. Rubru; BGE 128 V 82 E. 3b). Soweit weiter beantragt wird, es sei mitzuteilen, wie die verantwortlichen Gerichtspersonen ausgewählt werden, wird auf die entsprechenden Bestimmungen betreffend Geschäftsverteilung und Verfahrensabwicklung des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) verwiesen.

2.

2.1 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).

2.2 Will eine Partei den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen, so hat sie dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 36 Abs. 1 BGG [erster Satz]). Das vorliegende Ausstandsbegehren erfolgte in der zu beachtenden Form sowie innert nützlicher Frist. Der Gesuchsteller ist im Beschwerdeverfahren E-2838/2017 Partei und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert. Auf das Gesuch ist insoweit einzutreten.

3.

Prozessgegenstand bildet einerseits das generelle Ausstandsbegehren gegen Richter David R. Wenger in sämtlichen Verfahren der Abteilungen IV und V, welche der Rechtsvertreter des Gesuchstellers betreut und andererseits das Ausstandsbegehren gegen Richter David R. Wenger im Verfahren E-2838/2017.

4.

4.1 Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV 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 und BVGE 2007/5 E. 2.2 m.w.H.).

4.2 Von den in Art. 34 BGG aufgezählten Gründen, welche zu einem Ausstand führen, kommt keiner der in Art. 34 Abs. 1 Bst. a-d BGG erwähnten Spezialtatbestände in Frage, sondern einzig die Auffangbestimmung von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, auf welche sich der Gesuchsteller 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, 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, 2. Aufl. 2011, N 16 f. zu Art. 34).

4.3 Unter den Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG fällt nach der Rechtsprechung unter anderem die mögliche Voreingenommenheit aufgrund der Vorbefassung mit einer Sache auf Stufe der Verfahrensinstruktion. Das Treffen eines Zwischenentscheids in der gleichen Sache stellt noch keine Vorbefassung dar. Für die Annahme der Voreingenommenheit müssen vielmehr weitere Gründe und konkrete Anhaltspunkte hinzukommen, zum Beispiel dass sich der Richter bereits in einer Art festgelegt hat, dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich ist und der Verfahrensausgang deshalb nicht mehr offen erscheint (vgl. Urteil des BVGer D-5636/2015 vom 13. Oktober 2015).

E. 4.3). Ein Ausstandsgesuch kann überdies grundsätzlich nicht mit dem Ergebnis beziehungsweise dem Inhalt bereits gefällter Entscheidungen begründet werden (Verfügung des BGer 2E_1/2008 vom 29. Mai 2008 E. 2.1.4). So genügt für den Verdacht der Befangenheit auch nicht, dass ein Richter eine falsche Instruktionsmassnahme oder eine unzutreffende Würdigung vorgenommen hat (vgl. Entscheide und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 6 E. 7e). Verfahrens- und Einschätzungsfehler und falsche Sachentscheide sind für sich allein nicht Ausdruck einer Voreingenommenheit (Urteil des BGer 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4) und vermögen die Unabhängigkeit einer Gerichtsperson nur ausnahmsweise in Frage zu stellen (vgl. HÄNER, a.a.O., N 19 zu Art. 34).

4.4 Für eine Ausstandspflicht wegen richterlichen Verfahrensfehlern oder eines falschen Entscheids in der Sache müssen objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in den Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (vgl. Urteil des BGer 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4; HÄNER, a.a.O., N 19 zu Art. 34; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 1. Aufl. 2001, S. 105 f.). Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann anzunehmen, wenn besonders krasse und wiederholte Irrtümer vorliegen, die einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken können (vgl. Urteile des BGer 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4 und 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2; BGE 125 I 119 E. 3e und 116 Ia 135 E. 3a; HÄNER, a.a.O., N 19 zu Art. 34; bejaht beispielsweise in BGE 141 IV 178).

4.5 Die Tatsachen, die den Ausstandsgrund bewirken, müssen von der Partei, die sich darauf berufen will, zumindest glaubhaft gemacht werden (Art. 36 Abs. 1 BGG). Bloss allgemeine Vorwürfe der Befangenheit – beispielsweise andere Ansichten in Grundsatzfragen oder der Umstand, dass die herrschende Praxis der Behörde zu einer bestimmten Frage von der Auffassung der betreffenden Partei abweicht – sind keine konkreten Anhaltspunkte für eine Befangenheit (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.69). Hingegen bedeutet Glaubhaftmachung auch nicht, dass die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein des geltend gemachten Ausstandsgrunds herbeigeführt zu werden braucht; es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c). Es dürfen keine zu hohen Massstäbe angelegt werden, da die Ausstandsgründe in

Bezug auf Gerichtspersonen eine Konkretisierung der Verfahrensgarantien von Art. 30 Abs. 1 BV bilden (vgl. EMARK 2003 Nr. 26 E. 3a).

5.

Da sich ein Ausstandsbegehren gestützt auf Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG nur auf Amtshandlungen in einem konkreten, noch nicht abgeschlossenen Verfahren beziehen kann (vgl. statt vieler: BGE 141 IV 178 und 139 I 121), ergibt sich, dass das generelle Ausstandsbegehren gegen Bundesverwaltungsrichter David R. Wenger mangels Vorliegens einer konkreten Amtshandlung in einem hängigen, noch nicht abgeschlossenen Verfahren unzulässig ist, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. dazu ausführlich das ebenfalls den vorliegenden Rechtsvertreter betreffende Urteil des BVGer D-7951/2015 vom 29. September 2016 E. 3).

6.

6.1 Der Gesuchsteller bringt in der Eingabe vom 21. Mai 2017 vor, obwohl die bundesgerichtliche Praxis verlange, dass beim Erlass einer Verfügung die für den Entscheid verantwortlichen Personen benannt sein müssten, glaube Bundesverwaltungsrichter Wenger, dass durch die nachträgliche Bekanntgabe von Personalien dem formellen Anspruch Genüge getan sei. Es handle sich um einen schweren und unheilbaren Fehler, bei welchem nur die Kassation als Ausweg bleibe. Zudem lehne er ohne gesetzliche Kompetenz in einer Zwischenverfügung das Hauptbegehren ab. Es würden somit wiederholte schwerwiegende fachliche Fehler vorliegen, welche eine schwere Pflichtverletzung darstellen und Bundesverwaltungsrichter Wenger als klar befangen scheinen lassen würden. Weiter weigere sich Bundesverwaltungsrichter Wenger mitzuteilen, ob die Gerichtspersonen tatsächlich zufällig ausgewählt worden seien. Dies weiche von der üblichen Praxis des Gerichts ab. Schliesslich habe sein Rechtsvertreter festgestellt, dass im Laufe der letzten Tage in der Hälfte seiner Fälle Bundesverwaltungsrichter Wenger als Instruktionsrichter eingesetzt worden sei. Es sei unwahrscheinlich, dass dieses Ergebnis zufällig sei. Wahrscheinlicher sei eine bewusste Manipulation. Er verlange deshalb, dass seinem Anwalt vollständigen Einblick in den Algorithmus, mit welchem die Abteilungen IV und V die verantwortlichen Gerichtspersonen bestimmten, gewährt werde.

6.2 Für eine sachgerechte Beurteilung des vorliegenden Ausstandsbegehrens ist die Zwischenverfügung vom 19. Mai 2017 zu prüfen und den Erwägungen zugrunde zu legen. Aus dieser ergeben sich vorliegend keine Hinweise darauf, dass der zuständige Instruktionsrichter Verfahrensfehler

begangen oder einen falschen Entscheid getroffen hätte, die auf fehlende Distanz oder Neutralität hinweisen.

6.2.1 Bezüglich der Bekanntgabe des Namens der für die angefochtene Verfügung verantwortlichen Person ist kein Fehler von Bundesverwaltungsrichter David R. Wenger erkennbar.

Aus Art. 29 Abs. 1 BV ergibt sich der Anspruch auf eine rechtmässig zusammengesetzte, zuständige und unbefangene Behörde. Dieser Anspruch setzt auch die Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung der Behörde voraus (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N 196 und N 437; LORENZ KNEUBÜHLER in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2008, Art. 34 N 6). Nach bundesgerichtlicher Praxis genügt die Bekanntgabe in irgendeiner Form (statt vieler: BGE 114 Ia 278 E. 3c). Diese hat spätestens im Rubrum mit dem Entscheid zu erfolgen (BGE 128 V 82 E. 3b).

Der Gesuchsteller rügt, die nachträgliche Bekanntgabe der Personalien der verantwortlichen Person genüge diesem Anspruch nicht. Vorliegend kann aus der angefochtenen Verfügung das Kürzel des Fachspezialisten herausgelesen werden. Damit ist den gesetzlichen Anforderungen an die Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung der Behörde genüge getan. Die Person ist ohne weiteres identifizierbar (vgl. Urteile des BVGer C-2492/2008 vom 31. August 2009 E. 3.3.5, C-956/2012 vom 7. Oktober 2013 E. 3.1 und D-2335/2013 vom 8. August 2014 E. 3.4). Wie der Instruktionsrichter in der Zwischenverfügung vom 19. Mai 2017 zutreffend ausführt, kann dies auch ohne grossen Aufwand per Telefon, Fax oder E-Mail in Erfahrung gebracht werden. Insoweit vermag der Gesuchsteller aus diesem Einwand nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

6.2.2 Bezüglich der Rüge des Gesuchstellers, Bundesverwaltungsrichter David R. Wenger habe ohne gesetzliche Kompetenz sein Hauptbegehren in der Zwischenverfügung abgelehnt, ist festzustellen, dass in der erwähnten Zwischenverfügung über das Hauptbegehren des Gesuchstellers, nämlich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, nicht entschieden wurde. Aus dem Dispositiv der Zwischenverfügung geht klar hervor, dass dem Gesuchsteller einzig die Zusammensetzung des Spruchkörpers sowie der Name des Fachspezialisten der Vorinstanz, welcher die Verfügung erlassen hat, mitgeteilt wurden. Über die weiteren Begehren wurde noch kein

Entscheid gefasst, weshalb auch keine Kompetenzüberschreitung des zuständigen Instruktionsrichters vorliegen kann. Die diesbezügliche Rüge ist unbegründet.

6.2.3 Hinsichtlich der angeblichen Weigerung des Instruktionsrichters, dem Gesuchsteller die Zufälligkeit der Auswahl der Besetzung des Spruchkörpers zu bestätigen, ist auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1526/2017 vom 26. April 2017 zu verweisen. Im erwähnten Entscheid, welcher dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers bekannt ist, wird ausführlich dargelegt, weshalb kein Anspruch auf eine zufällige Zusammensetzung eines Spruchkörpers bestehe. Somit fehlt es an einer rechtlichen Anspruchsgrundlage, die Zufälligkeit bestätigt zu erhalten. Des Weiteren ist auf die unsubstantiierten Behauptungen des Gesuchstellers, wonach eine Manipulation zur Zuständigkeit von Bundesverwaltungsrichter Wenger geführt habe, nicht weiter einzugehen.

Die verlangte Herausgabe des Algorithmus, mit welchem in den Asylabteilungen die verantwortlichen Gerichtspersonen bestimmt werden, ist einerseits nicht Gegenstand des vorliegenden Ausstandsverfahrens und andererseits besteht hierzu keine rechtliche Grundlage. Der entsprechende Antrag ist abzuweisen.

7.

Die Vorbringen im Ausstandsgesuch vom 21. Mai 2017 sind nach dem Gesagten nicht geeignet, in objektiver Weise den Anschein von Befangenheit von Bundesverwaltungsrichter David R. Wenger zu begründen. Bei dieser Sachlage erweist sich das Ausstandsbegehren als unbegründet und ist entsprechend abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Akten sind nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens zur Weiterführung des Verfahrens E-2838/2017 an den zuständigen Instruktionsrichter zu überweisen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und praxismässig auf Fr. 300.– festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 300.– werden dem Gesuchsteller auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller, an Richter David R. Wenger und zu den Verfahrensakten E-2838/2017.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Barbara Balmelli

Pascal Waldvogel

Versand: