

Jeremias Fellmann

## Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 BV

---

Der vorliegende Beitrag zeigt anhand einer Auswahl von drei Urteilen die jüngste Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 BV auf, der einen Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht verleiht. Das Bundesgericht hatte im Berichtszeitraum namentlich Gelegenheit, sich zur Ämterkumulation sowie zu administrativen Tätigkeiten als Ausstandsgrund und zum Referentensystem zu äussern.

---

Beitragsart: Forum

Zitiervorschlag: Jeremias Fellmann, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 BV, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/2

## Inhaltsübersicht

1. Ämterkumulation als Ausstandsgrund (2C\_455/2020; amtliche Publikation vorgesehen)
  - 1.1. Sachverhalt
  - 1.2. Erwägungen
  - 1.3. Bemerkungen
2. Administrative Tätigkeit kein Ausstandsgrund? (4A\_243/2020; amtliche Publikation vorgesehen)
  - 2.1. Sachverhalt
  - 2.2. Erwägungen
  - 2.3. Bemerkungen
3. Referentensystem zulässig (9C\_277/2020)
  - 3.1. Sachverhalt
  - 3.2. Erwägungen
  - 3.3. Bemerkungen

### **1. Ämterkumulation als Ausstandsgrund (2C\_455/2020; amtliche Publikation vorgesehen)**

#### **1.1. Sachverhalt**

[1] Die Stadt Liestal und der Kanton Basel-Landschaft befinden sich über die Ausrichtung eines Härtebeitrags aus dem kantonalen Ressourcenausgleichsfonds im Streit. Nachdem der Regierungsrat ein entsprechendes Gesuch der Stadt Liestal abgelehnt hatte, wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft eine dagegen gerichtete Beschwerde der Stadt Liestal mit zunächst bloss mündlich eröffnetem Urteil vom 18. Dezember 2019 ab. Im Spruchkörper des Kantonsgerichts befand sich unter anderem Richter A., der zugleich Mitglied einer Gemeindeexekutive im Kanton Basel-Landschaft war.

[2] Am 21. Januar 2020 gelangte die Stadt Liestal an das Kantonsgericht und beantragte, wegen unzulässiger Mitwirkung von A. die Nichtigkeit des Urteils festzustellen. Das Kantonsgericht trat darauf mit Hinweis auf die ausstehende schriftliche Begründung seines Urteils nicht ein und verwies die Stadt Liestal auf das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesgericht. Dieses trat auf eine dagegen gerichtete Beschwerde mit Urteil 2C\_179/2020 vom 26. Februar 2020 mangels anfechtbarem Entscheid ebenfalls nicht ein.

[3] Nach Eröffnung des schriftlich begründeten Urteils am 5. Mai 2020 gelangte die Stadt Liestal erneut mit Beschwerde an das Bundesgericht.

#### **1.2. Erwägungen**

[4] In seinem Urteil ruft das Bundesgericht eingangs in Erinnerung, dass auch Gemeinwesen gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert sind, sofern sie in hoheitlichen Befugnissen berührt sind und gewichtige öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Solche zentrale Interessen sind insbesondere beim interkommunalen Finanzausgleich betroffen (E. 1).

[5] Das Bundesgericht prüft sodann in einem ersten Schritt, ob die Beschwerdeführerin den Ausstandsgrund in Bezug auf Richter A. unmittelbar vor Bundesgericht als erste Instanz vorbringen kann. Wird ein Ausstandsgrund erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt, so ist grundsätzlich eine Revision anzustreben (E. 4.1.). Weil die Revision jedoch im Grundsatz nur für rechtskräftige Entscheide vorgesehen ist, hat das Bundesgericht für zivil- und strafrechtliche Angelegenheiten

gefolgt, dass ein Ausstandsgrund, der erst nach dem Entscheid, aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist entdeckt wird, im Rahmen des Rechtsmittels geltend gemacht werden kann (E. 4.1.1). Wird der Ausstandsgrund erst während bereits hängigem bundesgerichtlichen Verfahren entdeckt, darf ein Nichteintreten der Vorinstanz auf ein bei ihr anhängig gemachtes Revisionsgesuch aufgrund von Art. 125 BGG aber nicht allein von der Begründung getragen sein, dass gegen den fraglichen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht erhoben worden ist. In einem solchen Fall hat die Vorinstanz das Revisionsgesuch zu behandeln und ist das bundesgerichtliche Verfahren zu sistieren (E. 4.1.2.).

[6] Im Verhältnis zum Zivil- und Strafrecht besteht im öffentlichen Recht eine andere Ausgangslage. Im öffentlichen Recht sind die Ausstandsgründe über weite Strecken im kantonalen Recht geregelt. Beurteilt das Bundesgericht in erster Instanz, ob kantonale Ausstandsregeln verletzt wurden, ist eine freie Prüfung dieser Rechtsfrage aufgrund der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts nicht möglich (E. 4.2.1. f.). Hingegen kann das Bundesgericht eine freie Prüfung von Ausstandsgründen vornehmen, wenn eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV gerügt wird (vgl. Art. 95 lit. a BGG; E. 4.2.2). Die Rüge, es sei ein kantonale Ausstandsgrund verletzt worden, kann daher gemäss Bundesgericht zumindest dann erstmalig mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vorgebracht werden, wenn sich der geltend gemachte Ausstandsgrund direkt auf Art. 30 Abs. 1 BV stützt (E. 4.2.3.).

[7] In einem weiteren Schritt prüft das Bundesgericht, ob die Mitwirkung des Richters A. beim Entscheid über den Finanzausgleich eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV darstellt. Der objektiv gerechtfertigte Anschein der Befangenheit eines Richters kann sich nicht nur aus der besonderen Konstellation im Einzelfall ergeben, sondern auch aus der Gerichtsorganisation des Kantons (E. 5.1.).

[8] Im vorliegenden Fall hatte der Richter A. am strittigen Urteil vom 18. Dezember 2019 über die Gewährung eines interkommunalen Finanzausgleichs mitgewirkt, obwohl er amtierendes Mitglied der Gemeindeexekutive von U. war. Damit war Richter A. an einem Entscheid beteiligt, der sich auf die Gemeinde U. auswirkt, für die er als Gemeinderat tätig ist. Unter diesen Umständen besteht nach dem Bundesgericht bei objektiver Betrachtung zumindest der Anschein, dass der fragliche Kantonsrichter auch die Interessen der Gemeinde U. in die Anwendung der kantonalen Bestimmungen miteinflussen lassen könnte. Seine Mitwirkung stellt folglich eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV dar (E. 5.3.1.).

[9] Zudem – so betont das Bundesgericht – sprechen auch die einschlägigen kantonalen Bestimmungen für diese Lösung. Das einschlägige Gerichtsorganisationsgesetz habe allem Anschein nach eine weitgehende Unvereinbarkeitsregelung für Gerichtsmitglieder angestrebt (§ 34 Abs. 5 GOG BL). Ausserdem behalte es Unvereinbarkeitsvorschriften anderer Gesetze ausdrücklich vor (§ 34 Abs. 5 GOG BL). Damit sei das GOG BL durch § 9 Abs. 1 des GemG BL zu ergänzen, welcher vorsieht, dass Mitglieder des Kantonsgerichts nicht den Gemeindebehörden angehören dürfen (E. 5.3.2.).

[10] Abschliessend hält das Bundesgericht fest, dass die Ausstandspflicht des Richters A. auch nicht verspätet geltend gemacht worden sei. Die Beschwerdeführerin habe nicht davon ausgehen müssen, dass ein Mitglied des Spruchkörpers ein Doppelmandat als Gemeinderat innehatte. Auch können keine Nachforschungen der Beschwerdeführerin im Hinblick auf allfällige Unvereinbarkeiten sämtlicher beteiligter Richter verlangt werden (E. 5.3.3). Das Bundesgericht hob den angefochtenen Entscheid daher auf und wies die Sache zur Neubeurteilung unter rechtskonformer Zusammensetzung des Spruchkörpers an das Kantonsgericht zurück (E. 6).

### 1.3. Bemerkungen

[11] In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Urteil des Bundesgerichts bedeutend für Fälle, in denen kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung kommt. Die Verletzung von Vorschriften über den Ausstand kann in solchen Situationen jedenfalls dann erstmals vor Bundesgericht geltend gemacht werden, wenn die entsprechende Rüge auf Art. 30 Abs. 1 BV abstellt. Diesbezüglich verfügt das Bundesgericht über volle Kognition. Hingegen deutet das Bundesgericht im Sinne eines *obiter dictums* an, dass eine Verletzung bloss kantonalrechtlicher Ausstandsregeln mit Revision geltend zu machen ist, wenn die Unregelmässigkeit erst nach dem kantonal letztinstanzlichen Urteil entdeckt wird. Weil das Bundesgericht kantonales Recht grundsätzlich nur auf Bundesrechtswidrigkeit überprüft, würde die Verletzung kantonalrechtlicher Ausstandsvorschriften in solchen Situationen ansonsten nie mit voller Kognition überprüft. Dies wäre mit Blick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und Art. 110 BGG problematisch, sodass das Urteil aus dogmatischer Sicht überzeugt. Fraglich mag hingegen sein, ob die Differenzierung des Bundesgerichts für die Rechtssuchenden erkenn- und nachvollziehbar ist.

[12] In der Sache ist dem Urteil ebenfalls zuzustimmen. Die Mitwirkung eines kommunalen Exekutivmitglieds in einem Verfahren, dessen Ausgang sich auch auf das von ihm repräsentierte Gemeinwesen auswirkt, vermag Zweifel an seiner Unparteilichkeit zu wecken. Als Exekutivmitglied hat es mitunter die Interessen seines Gemeinwesens zu wahren, was bei der Rechtsfindung den Anschein der Voreingenommenheit begründen kann.

## 2. Administrative Tätigkeit kein Ausstandsgrund? (4A\_243/2020; amtliche Publikation vorgesehen)

### 2.1. Sachverhalt

[13] Die B. GmbH erhob am 28. November 2017 beim Bundespatentgericht eine Patentverletzungsklage gegen die A. AG. Die Klägerin machte darin unter anderem eine Verletzung dreier Patente durch die X-Injektionspens der Beklagten geltend. An diesem Verfahren ist Richter T. beteiligt. Den Parteien wurde im Rahmen des Verfahrens am 7. Januar 2020 das Fachrichtervotum zugestellt, in dem Richter T. zum Schluss kommt, dass die X-Injektionspens der Beklagten teilweise die Patente der B. GmbH verletzen.

[14] Am 13. Januar 2020 ging beim Bundespatentgericht eine weitere Patentverletzungsklage gegen die A. AG ein. Dabei macht eine Drittgesellschaft ebenfalls eine Verletzung ihres Patents durch die X-Injektionspens der Beklagten geltend. Diese Drittgesellschaft wird von der Kanzlei D. vertreten.

[15] Am 14. Februar 2020 beantragte die Beklagte, Richter T. habe im ersten Patentverletzungsverfahren in den Ausstand zu treten. Dessen Arbeitgeberin, die Kanzlei E., sei als Vertreterin von Patenten der Drittgesellschaft (Klägerin im zweiten Verfahren) gegenüber dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum eingetragen. Da sich die Zweitklage gegen die gleichen X-Injektionspens der A. AG richte, habe das erste Verfahren eine erhebliche präjudizielle Bedeutung für den Ausgang der zweiten Klage.

[16] Mit Beschluss vom 8. April 2020 wies die Verwaltungskommission des Bundespatentgerichts das Ausstandsgesuch ab, da die Anstellung von T. bei der Kanzlei E., die für die Drittgesellschaft rein administrative Hilfstätigkeiten erledige und die aus einem anderen Rechtsgrund gegen die

Beklagte A. AG in einem Verfahren klage, in dem T. als nebenamtlicher Richter tätig ist, objektiv kein Misstrauen in dessen Unparteilichkeit erwecken könne. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin A. AG Beschwerde ans Bundesgericht.

## 2.2. Erwägungen

[17] Einleitend erläutert das Bundesgericht in allgemeiner Weise das Recht jeder Person auf eine Beurteilung durch einen unbefangenen und unparteiischen Richter nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 4.1.). Mit der Thematik von nebenamtlichen Richtern, die wegen ihrer hauptberuflichen Tätigkeit in einer Anwaltskanzlei in besonderem Masse mit einer Prozesspartei verbunden sind, hat sich das Bundesgericht bereits verschiedentlich auseinandergesetzt (E. 4.2.). Die Garantie des verfassungsmässigen Richters gilt insbesondere auch bei dem für das Bundespatentgericht gewählten Modell der Gerichtsorganisation mit einer überwiegenden Anzahl von nebenamtlichen Richtern. Einerseits ist dabei besonderes Augenmerk auf die richterliche Unabhängigkeit zu richten. Andererseits muss auch berücksichtigt werden, dass vom Gesetzgeber bewusst ein spezialisiertes Fachgericht angestrebt und entsprechend mit Fachrichtern besetzt worden ist, die – im Fall des Bundespatentgerichts – hauptberuflich ebenfalls im Bereich des Patentrechts tätig sind (E. 4.2.1.).

[18] Nach konstanter Rechtsprechung erscheint ein Richter, der auch als Anwalt tätig ist, dann objektiv als befangen, wenn zwischen ihm oder auch einem anderen Anwalt derselben Kanzlei und einer Partei gegenwärtig ein Mandatsverhältnis besteht oder ein solches in der Vergangenheit mehrfach bestanden hat, so dass eine dauerhafte Verbindung zu dieser Partei entstanden ist. Eine Befangenheit kann laut Bundesgericht aber auch dann angenommen werden, wenn der Richter in einem anderen Verfahren ein Vertretungsverhältnis zur Gegenpartei einer der Prozessparteien unterhält oder unterhalten hat. In solchen Konstellationen ist ungeachtet der konkreten Umstände von einem Anschein der Befangenheit auszugehen (E. 4.2.2. f.). Darüber hinaus hat es das Bundesgericht als unzulässig angesehen, dass ein Anwalt als Richter an einem Verfahren mitwirkt, das für ein gleichgelagertes anderes Verfahren, in dem er eine Drittpartei vertritt, eine erhebliche präjudizielle Wirkung haben kann (E. 4.2.4.).

[19] Diese Rechtsprechung bezieht sich nach dem Bundesgericht auf den Anschein der Befangenheit, wie er durch die berufsspezifische Tätigkeit des Anwalts entstehen kann, der auch als nebenamtlicher Richter tätig ist. Rein administrative Tätigkeiten des als Anwalt tätigen Richters bzw. dessen Kanzlei sind zwar nicht generell als unproblematisch abzutun. Sie reichen aber nicht, um den Anschein der Befangenheit zu begründen. In einer solchen Konstellation müssen weitere Umstände vorliegen, die auf eine nähere Beziehung schliessen lassen (E. 5.2.).

[20] Vorliegend geht es gemäss der Vorinstanz lediglich um rein administrative Dienstleistungen, die von der Kanzlei E. für die Gegenpartei der A. AG in einem anderen Verfahren erbracht werden. Die Arbeitgeberin von Richter T. fungiert lediglich als administrative Zustelladresse. Grössere Patentkanzleien übernehmen eine solche passive Übermittlerrolle regelmässig bei mehreren tausend Patenten. Damit sei die strenge Rechtsprechung zum Ausstand bei anwaltlicher Tätigkeit im vorliegenden Fall nicht einschlägig (E. 6.1. f.). Auch die internen Richtlinien des Bundespatentgerichts sehen hier keine generelle Ausstandspflicht von Richter T. für das erste Verfahren gegen die beklagte A. AG vor, da seine Kanzlei in diesem Verfahren nicht als Zustelladresse der Gegenpartei fungiert. Ob ein Ausstandsgrund vorliegt, beurteilt sich jedoch nach Art. 47 ZPO

unter Berücksichtigung der aus Art. 30 Abs. 1 BV fließenden Grundsätzen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (E. 6.3.).

[21] Daher prüft das Bundesgericht in einem weiteren Schritt, ob zwischen der Kanzlei E. und der Klägerin eine derart enge Verbindung besteht, dass Richter T. im ersten Patentverletzungsverfahren als befangen erscheint (E. 7). Das Bundesgericht erwägt, dass sich die Klägerin des zweiten Patentverletzungsverfahrens auf ein anderes Patent stützt als die Beschwerdeführerin im ersten Prozess. Eine heikle Wechselwirkung kann allerdings dann bestehen, wenn die Klägerinnen in den beiden Verfahren die gleichen Interessen verfolgen, nämlich dass die A. AG die strittigen X-Injektionspens nicht mehr in Verkehr bringen darf. Ein solches Verbot im ersten Verfahren würde auch der Klägerin des zweiten Verfahrens und Klientin der Arbeitgeberin von Richter T. dienen. Diesbezüglich sei der Sachverhalt von der Vorinstanz jedoch nicht genügend festgestellt worden (E. 7.1.3.). Zudem sei abzuklären, ob die Kanzlei E. die Klägerin des zweiten Verfahrens nicht doch weitergehend anwaltlich beraten hat, wie dies von der Beschwerdeführerin vorgebracht wird (E. 7.2.3.). Abschliessend verwirft das Bundesgericht die Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach es nicht darauf ankomme, ob der betroffene Richter während des Verfahrens tatsächlich über die Umstände Bescheid wusste, die zum objektiven Anschein der Befangenheit führen. Solche innere Tatsachen können gerichtlich ohnehin praktisch nicht festgestellt werden (E. 8.). Mit diesen Überlegungen weist das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück, die zu prüfen hat, wie es um den Intensitätsgrad der Verbindungen zwischen der Klägerin des zweiten Verfahrens und der Kanzlei E. bestellt ist und wie sich der Ausgang des ersten auf das zweite Patentverletzungsverfahren auswirken kann (E. 9).

### **2.3. Bemerkungen**

[22] Das Urteil zeigt exemplarisch die Schwierigkeiten im Hinblick auf Art. 30 Abs. 1 BV auf, die sich bei spezialisierten Fachgerichten mit nebenamtlichen Richterpersonen in der Schweiz aufgrund der kleinräumigen Verhältnisse ergeben können. Zutreffend hält das Bundesgericht fest, dass ein objektiver Anschein der Befangenheit ungeachtet der konkreten Umstände gegeben ist, wenn ein auch als Anwalt tätiger Richter zu einer Verfahrenspartei aufgrund seiner berufsspezifischen Tätigkeit eine besondere Nähe aufweist oder in anderem Zusammenhang als Anwalt gegen eine Verfahrenspartei vorgegangen ist.

[23] Rein administrative Dienstleistungen einer Anwaltskanzlei sollen für sich demgegenüber nicht geeignet sein, einen Ausstandsgrund zu setzen. Bei nicht berufsspezifischen Tätigkeiten sind demnach die Umstände des Einzelfalls entscheidend, ob ein als Richter amtender Anwalt in den Ausstand treten muss. Nach dem Bundesgericht ist hier unter anderem auf die konkreten Verbindungen zwischen der Richterperson und der betroffenen Partei, die Interessenlage der Parteien und das Ausmass der anwaltlichen Beratung abzustellen. Weil der objektive Anschein der Befangenheit genügt, macht es keinen Unterschied, ob die betreffende Richterperson über die betreffenden Umstände im Bild war.

[24] In seiner feinen Differenzierung zwischen berufsspezifischen und bloss administrativen Tätigkeiten eines auch als Richter amtenden Anwalts ist dem Bundesgericht zu folgen. Angesichts der grossen Bedeutung, die dem Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV für die Glaubwürdigkeit der Justiz zukommt, darf die Schwelle für einen Ausstandsgrund aber auch bei administrativen Tätigkeiten nicht zu hoch angelegt werden.

### **3. Referentensystem zulässig (9C\_277/2020)**

#### **3.1. Sachverhalt**

[25] Der Kanton Waadt, vertreten durch das Spital A., reichte beim Versicherungsschiedsgericht des Kantons Waadt am 20. Juli 2012 eine Klage gegen die Krankenkasse B. AG ein. Gegenstand dieser Klage war eine Forderung in der Höhe von CHF 287'259.65 als vorläufige Vergütung für die Behandlung des Patienten C. Die Krankenkasse beantragte die Abweisung der Klage und erhob ihrerseits Klage gegen den Kanton Waadt auf Bezahlung eines Betrags von CHF 3'699'052.30. Nach Durchführung des Schriftenwechsels und weiterer Instruktionsmassnahmen teilte der Präsident des Versicherungsschiedsgerichts D. den Parteien sowie dem Patienten C. mit, dass er E. (Anwalt) und F. (Anwalt und Professor der Universitäten U. und V.) zwecks Konstituierung eines Schiedsgerichts kontaktieren werde. Beide nahmen das Mandat an. Im Anschluss stellte Richter D. den beiden Schiedsrichtern ein Schreiben mit seiner Einschätzung zum Fall sowie die wichtigsten Unterlagen zu. Das Schreiben an die Schiedsrichter wurde dabei versehentlich auch an die Parteien verschickt.

[26] Unter Bezugnahme auf das an die Schiedsrichter adressierte Schreiben verlangte der Kanton Waadt alsdann den Ausstand von E. und F. sowie dem präsidierenden Richter D.

[27] Das Kantonsgericht Waadt wies das Ausstandsgesuch in erster Instanz ab, worauf der Kanton Waadt mit Beschwerde an das Bundesgericht gelangte.

#### **3.2. Erwägungen**

[28] Das anwendbare kantonale Verfahrensrecht verweist im vorliegenden Fall auf die Ausstandsgründe gemäss Art. 47 ZPO (E. 2.2). Die genannte Bestimmung regelt die Ausstandsgründe abschliessend. Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO hat eine Gerichtsperson insbesondere dann in den Ausstand zu treten, wenn sie aus «anderen Gründen» befangen sein könnte. Äussert der Richter seine Meinung über den Ausgang des Verfahrens, so kann dies unter Umständen Zweifel über seine Unparteilichkeit hervorrufen. Dies ist etwa der Fall, wenn sich aus seinen Äusserungen ergibt, dass er sich bereits eine endgültige Meinung über das Ergebnis des Verfahrens gebildet hat. Eine vorläufige Meinung darf er sich jedoch bilden, solange er offen für weitere Argumente und Beweise bleibt. Gibt der Richter seine Meinung gar gegenüber Dritten wie etwa der Presse bekannt, so ist eher daran zu zweifeln, dass er wirklich bereit ist, seine Meinung noch zu ändern. Hingegen ist die Rolle eines Richters als Referent (*juge rapporteur*) grundsätzlich mit der Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts vereinbar. Eine vorläufige Stellungnahme und ein Vorschlag an das Gericht allein implizieren keine Befangenheit (E. 2.4.).

[29] In seinem Schreiben an die Schiedsrichter hat der präsidierende Richter C. den Schiedsrichtern erklärt, dass er ihnen die wichtigen Dokumente/Hauptbeweisstücke (*pièces principales*) des Dossiers schicke. Zudem hat er ihnen die Sachlage sowie seine aktuelle Meinung zur Rechtslage geschildert, die «assez favorable» für den Standpunkt der Versicherung sei. Er schlage daher vor, auf weitere Instruktionsmassnahmen zu verzichten. Ausserdem schrieb der präsidierende Richter C., dass es auf den ersten Blick scheine, als ob das Spital seine Leistungen viel gewissenhafter hätte dokumentieren müssen und er den Eindruck habe, das Spital habe die Konsequenzen des fehlenden Beweises der medizinischen Indikation zu tragen. Dennoch wolle er erst die Meinung der anderen Schiedsrichter hören, bevor er weitere Schritte unternehme (E. 3.1.).

[30] Der Kanton Waadt rügt einerseits, dass der präsidierende Richter C. entgegen seiner Ankündigung an die Parteien den beiden Schiedsrichtern nicht das gesamte Dossier, sondern nur die wichtigen Dokumente zukommen liess (E. 3.2.1.). Zum anderen ergebe sich aus dem Schreiben, dass sich Richter C. bereits eine abschliessende Meinung gebildet habe. Das Bundesgericht sieht im Vorgehen des Richters jedoch eine Parallele zum Vorgehen des referierenden Richters (juge rapporteur). Dass sich der Richter C. bereits eine (vorläufige) Meinung gebildet habe und diese den anderen Schiedsrichtern mitgeteilt habe, führe nicht zwingend dazu, dass diese das Dossier voreingenommen studieren würden und sich keine eigene Meinung mehr bilden können (E. 3.2.2.) Die Beschwerde war folglich abzuweisen (E. 3.2.5).

### **3.3. Bemerkungen**

[31] Das Bundesgericht schützt mit diesem Urteil einmal mehr das Referentensystem (vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.3; 134 I 238 E. 2.3). Nach dem Referentensystem bildet sich eine Richterperson über die prozessualen und materiellen Fragen eine erste Meinung und trägt diese zusammen mit einem Antrag dem Spruchkörper vor. Vor der Verfassung hält dieses System stand, wenn der Verfahrensausgang für die Betroffenen nach wie vor offen erscheint. Dass das Bundesgericht die weiterhin bestehende Offenheit des Verfahrens im vorliegenden Urteil bejahte, überrascht mit Blick auf den im Urteil wiedergegebenen Sachverhalt nicht. Auch in grundsätzlicher Hinsicht ist das Urteil nicht zu beanstanden, soweit Antrag und Begründung des Referenten vom Spruchkörper bloss als Beitrag zur Meinungsbildung und nicht als unverrückbare Festlegung behandelt werden.

---

MLaw JEREMIAS FELLMANN, Rechtsanwalt und nebenamtlicher Bundesrichter, Emmenbrücke/Luzern.

Der Autor dankt MLaw Nuria Montero für ihre wertvollen Hinweise. Er äussert seine persönliche Auffassung.