Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5949/2017

Zwischenentscheid vom 12. Dezember 2017

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),
Richterin Franziska Schneider, Richter Beat Weber,
Gerichtsschreiberin Patrizia Levante.

Parteien

Klinik Stephanshorn AG,
vertreten durch Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt, und
Dr. iur. Daniel Zimmerli, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG,
Gesuchstellerin,

gegen

Regierung des Kantons St. Gallen,
handelnd durch das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gesuche um Ausstand des Instruktionsrichters, Revision der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 sowie Neuansetzung einer Replikfrist im Verfahren C-4358/2017.

Sachverhalt:

A.

A.a
Die Regierung des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Vorinstanz) erliess mit Beschluss vom 20. Juni 2017 (publiziert im Amtsblatt des Kantons St. Gallen vom 3. Juli 2017 [nachfolgend: angefochtener Beschluss]) eine neue Spitalliste Akutsomatik (Ziff. I Art. 1 i.V.m. Anhänge 1 und 2), hob gleichzeitig den „Regierungsbeschluss über die Spitalliste Akutsomatik vom 17. Juni 2014“ auf und legte das Inkrafttreten der neuen Spitalliste auf den 1. Juli 2017 fest (angefochtener Beschluss Ziff. III und Ziff. IV.1). Einer allfälligen Beschwerde wurde zudem die aufschiebende Wirkung entzogen (angefochtener Beschluss Ziff. IV.2). Der Klinik Stephanshorn AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) waren in der Spitalliste Akutsomatik vom 17. Juni 2014 unter anderem bis Ende Juni 2017 befristete Leistungsaufträge im Bereich Gynäkologie (GYN1, GYN1.1, GYN1.2, GYN1.3, GYN1.4 und GYN2) erteilt worden. In der neuen, ab 1. Juli 2017 anwendbaren Spitalliste Akutsomatik wurden der Gesuchstellerin die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 indessen nicht mehr erteilt. Ausserdem wurden ihr die von ihr (neu) beantragten Leistungsaufträge in den Bereichen Gefässchirurgie (GEF2 / ANG2, GEF3 / ANG3) und Kardiologie (KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3) nicht erteilt.

A.b In der beim Bundesverwaltungsgericht gegen den Regierungsbeschluss erhobenen Beschwerde vom 2. August 2017 (C-4358/2017, BVGer-act. 1) beanstandete die Gesuchstellerin unter anderem den „Entzug“ der Leistungsaufträge GYN1.1 und GYN1.2 und beantragte – als vorsorgliche Massnahme – die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hinsichtlich des „Entzugs“ dieser beiden Leistungsaufträge. Zudem wurde beschwerdeweise die Nichterteilung von Leistungsaufträgen in den Bereichen Gefässchirurgie (GEF2 / ANG2, GEF3 / ANG3) und Kardiologie (KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3) gerügt und beantragt, die betreffenden Leistungsaufträge seien ihr als vorsorgliche Massnahme einstweilen zu erteilen. Die Instruktion des unter der Nummer C-4358/2017 eröffneten Verfahrens wurde Bundesverwaltungsrichter (nachfolgend auch: Richter oder Instruktionsrichter) Michael Peterli zugewiesen.

A.c Mit Zwischenverfügung vom 8. August 2017 (C-4358/2017) stellte der Instruktionsrichter der Vorinstanz ein Doppel der Beschwerdeschrift zu und ersuchte sie, bis zum 23. August 2017 unter Beilage der gesamten Akten

zum Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und im Weiteren bis zum 8. September 2017 zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen.

A.d Die Vorinstanz beantragte am 23. August 2017 die Gutheissung des Antrages auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde betreffend die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 und reichte gleichzeitig ihre Akten (Haupt- und Nebendossier) ein (C-4358/2017, BVGer-act. 4).

A.e Mit Zwischenverfügung vom 30. August 2017 (C-4358/2017, BVGer-act. 5) trat das Bundesverwaltungsgericht auf den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht ein. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz ersucht, innert 30 Tagen ab Erhalt dieser Verfügung eine Vernehmlassung (in der Hauptsache) einzureichen.

A.f Die Vorinstanz stellte am 8. September 2017 den Antrag, das Begehren der Gesuchstellerin um einstweilige Erteilung der Leistungsaufträge GEF2 / ANG2 und GEF3 / ANG3 (Gefässchirurgie) sowie KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2 und KAR1.3 (Kardiologie) sei abzuweisen. Gleichzeitig bekräftigte sie ihren Antrag vom 23. August 2017 und sprach sich sinngemäss für eine vorläufige (Weiter)Erteilung der Leistungsaufträge GYN1.1 und GYN1.2 aus (C-4358/2017, BVGer-act. 6).

A.g Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. September 2017 (C-4358/2017, BVGer-act. 7) wurden der Gesuchstellerin die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 einstweilen – bis zum Entscheid in der Sache – erteilt. Den Antrag auf vorsorgliche Erteilung der Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GEF2 / ANG2 und GEF3 / ANG3 (Gefässchirurgie) sowie KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2 und KAR1.3 (Kardiologie) wies das Bundesverwaltungsgericht indessen ab.

A.h Die Vorinstanz reichte mit Eingabe vom 29. September 2017 ihre Vernehmlassung zur Hauptsache ein (C-4358/2017, BVGer-act. 8), welche der Gesuchstellerin mit Zwischenverfügung des Instruktionsrichters vom 11. Oktober 2017 (unterschrieben „i.A." durch Richter Christoph Rohrer [vgl. E.], C-4358/2017, BVGer-act. 9) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin die Gelegenheit eingeräumt, innert 10 Tagen ab Erhalt der Verfügung allfällige Bemerkungen einzureichen.

A.i Die Gesuchstellerin stellte mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 (C-4358/2017, BVGer-act. 11) die Begehren, es seien ihr die vollständigen, paginierten und mit einem Aktenverzeichnis versehenen Akten des vorinstanzlichen Spitalplanungsverfahrens „Akutsomatik 2017“ zugänglich zu machen und zwar sowohl das Hauptdossier wie das Nebendossier. Weiter sei nach erfolgter Akteneinsicht ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen mit mindestens 30 Tagen Frist zur Einreichung der Replik.

B.
Mit Eingabe vom 19. Oktober 2017 (BVGer-act. 1) reichte die Gesuchstellerin einerseits ein Gesuch um Revision, eventualiter Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 und einstweilige Erteilung der Leistungsaufträge Gefässchirurgie (GEF2 / ANG2, GEF3 / ANG3) und Kardiologie (KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3) für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bzw. der vorinstanzlichen Neubeurteilung im Sinne vorsorglicher Massnahmen ein. Andererseits ersuchte die Gesuchstellerin das Bundesverwaltungsgericht um das Versetzen des Instruktionsrichters Michael Peterli in den Ausstand. Schliesslich stellte sie das Gesuch, es sei ihr die mit Verfügung vom 11. Oktober 2017 angesetzte 10-tägige Frist abzunehmen und ihr nach Zustellung der vorinstanzlichen Verfahrensakten bzw. erfolgter Akteneinsicht eine neue Replikfrist von mindestens 30 Tagen anzusetzen.

C.
Nachdem das Bundesverwaltungsgericht unter der Nummer C-5949/2017 das vorliegende Verfahren eröffnet und mit Mitteilung vom 20. Oktober 2017 den Eingang der Eingabe vom 19. Oktober 2017 bestätigt sowie weitere prozessuale Anordnungen in Aussicht gestellt hatte (BVGer-act. 2), teilte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 (BVGer-act. 3, 4) mit, dass sie aus prozessökonomischen Gründen davon ausgehe, dass ihr die angesetzte 10-tägige Frist implizit abgenommen worden sei und ihr nach Zusendung der Akten zu gegebener Zeit eine neue Frist von mindestens 30 Tagen angesetzt werde.

D.
Mit Instruktionsverfügung vom 26. Oktober 2017 (BVGer-act. 5) verfügte das Bundesverwaltungsgericht, dass das vorliegende, durch Instruktionsrichter Daniel Stufetti geleitete Verfahren vorerst auf das Begehren um Ausstand des Instruktionsrichters im Verfahren C-4358/2017 beschränkt wird.

E.
Am 26. Oktober 2017 wurde Richter Michael Peterli eingeladen, sich zu den geltend gemachten Ausstandsgründen zu äussern (BVGer-act. 6). Mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 (BVGer-act. 7) nahm Bundesverwaltungsrichter Christoph Rohrer zum Ausstandsbegehren im Verfahren C-4358/2017 Stellung, da er dessen Instruktion während der krankheitsbedingten Abwesenheit von Michael Peterli vertretungsweise übernommen und die beanstandete Verfügung vom 11. Oktober 2017 „i.A." unterzeichnet hatte. Er stellte den Antrag, auf das Ausstandsbegehren sei mangels Vorliegen eines zulässigen Ausstandsbegehrens nicht einzutreten, subsidiär, das Ausstandsbegehren sei als offensichtlich unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

F.
Mit Schreiben vom 7. November 2017 (BVGer-act. 8) erneuerte die Gesuchstellerin ihre am 19. Oktober 2017 gestellten Begehren und wies auf deren grosse Dringlichkeit hin. Am 8. November 2017 informierte Instruktionsrichter Daniel Stufetti über den Stand des Verfahrens (BVGer-act. 10).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Im vorliegenden Verfahren ist der von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 19. Oktober 2017 verlangte Ausstand des Instruktionsrichters Michael Peterli im Beschwerdeverfahren C-4358/2017 zu prüfen. Die Befangenheit des Instruktionsrichters wird begründet mit einer grob fehlerhaften Behandlung des Massnahmengesuchs in der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 sowie einer parteiischen Verfahrensführung angesichts der Verfügung vom 11. Oktober 2017 (BVGer-act. 1 Rz. 31 ff., 87 ff.).

1.1 Aufgrund der voraussichtlich längeren krankheitsbedingten Abwesenheit von Richter Michael Peterli wurde Richter Christoph Rohrer vom Präsidenten der Abteilung III für das Beschwerdeverfahren C-4358/2017 stellvertretungsweise eingesetzt (vgl. Art. 39 Abs. 1 VGG), an welchem sich Richter Michael Peterli aus den genannten Gründen nicht beteiligen konnte und sich auch nicht beteiligt hat (vgl. BVGer-act. 7 sowie die Gerichtsakten C-4358/2017). Entsprechend richtet sich das vorliegende Ausstandsbegehren nicht gegen Richter Michael Peterli, sondern gegen Richter Christoph Rohrer, zumal die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Befan-

genheit des Richters Michael Peterli einzig aus verfahrensleitenden Anordnungen abgeleitet wird, welche – vertretungsweise – von Richter Christoph Rohrer getroffen wurden (C-4358/2017, BVGer-act. 7, 9). Dass Letzterer die Verfügung vom 11. Oktober 2017 „i.A." und nicht wie die übrigen Zwischenverfügungen (C-4358/2017, BVGer-act. 5, 7) „i.V." unterschrieben hat, ändert an der vorliegenden Stellvertretungssituation nichts.

1.2 Gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG (SR 832.10) kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG). Der angefochtene Beschluss vom 20. Juni 2017 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im Hauptverfahren (C-4358/2017) ist daher gegeben (vgl. auch Art. 90*a* Abs. 2 KVG).

1.3 Im Rahmen des Hauptverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Beurteilung von Fragen formeller Natur und damit auch zum Entscheid über das vorliegende Ausstandsbegehren zuständig (vgl. BVGE 2007/4 E. 1.1). Dabei gelten gemäss Art. 38 VGG die Bestimmungen des BGG über den Ausstand (Art. 34 ff. BGG) im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss.

1.4 Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter bzw. eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Diese Bestimmung äussert sich nicht darüber, in welcher Besetzung der Entscheid über ein Ausstandsbegehren zu ergehen hat. Die allgemeinen Bestimmungen zur Bildung der Spruchkörper in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sehen in der Regel die Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen vor (Art. 21 Abs. 1 und Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VGR, SR 173.320.1]). Beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren handelt es sich um einen Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 92 Abs. 1 BGG; statt vieler: UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 45 Rz. 18 mit Verweis auf den Zwischenentscheid des BVGer C-787/2008 vom 29. Februar 2008). Da der vorliegende Zwischenentscheid betreffend den Ausstand abschliessend ist, zumal auch der Endentscheid hier nicht angefochten werden kann (Art. 83 Bst. r BGG), erscheint es angebracht, den Spruchkörper gemäss den allgemeinen Bestimmungen zu bilden. Entsprechend ist vorliegend über das von Richter Christoph Rohrer bestrittene Ausstandsbegehren in Dreierbesetzung zu

entscheiden (vgl. dazu auch Zwischenentscheid des BVGer A-6185/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 1.2 m.w.H.).

1.5 Als Partei im Beschwerdeverfahren C-4358/2017 ist die Gesuchstellerin zur Einreichung des Ausstandsbegehrens legitimiert.

1.6 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). Macht die Partei die Ausstandsgründe nicht unverzüglich geltend, so verwirkt sie ihr Ablehnungsrecht (vgl. BGE 120 Ia 19 E. 2c). Die Gesuchstellerin stützt ihr Ausstandsbegehren auf die Zwischenverfügung vom 21. September 2017 sowie die Instruktionsverfügung vom 11. Oktober 2017, mit welcher der Anschein der Befangenheit des Instruktionsrichters bestätigt bzw. verstärkt worden sei (BVGer-act. 1 Rz. 79). Unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in vergleichbaren Fällen (vgl. z.B. Urteile des BVGer D-7053/2016 vom 10. Februar 2017 E. 1.2.3 und E-1526/2017 vom 26. April 2017 E. 2.2) ist davon auszugehen, dass die Einreichung des Ausstandsbegehrens vom 19. Oktober 2017 (Eingang: 20. Oktober 2017) noch innert nützlicher Frist erfolgte. Da das Gesuch darüber hinaus formgerecht eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

1.7 Über die Ausstandsfrage kann ohne Anhörung der Gegenpartei bzw. der Vorinstanz entschieden werden (Art. 37 Abs. 2 BGG).

2.

2.1 Die Ausstandsregelung von Art. 34 ff. BGG gewährleistet den in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch, dass eine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirkung sachfremder Umstände entschieden wird (vgl. BGE 134 I 238 E. 2.1 und BVGE 2007/5 E. 2.2).

2.2 Die Gesuchstellerin beruft sich vorliegend auf den Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG (BVGer-act. 1 Rz. 31, 81; vgl. dazu auch nachfolgend E. 3). Gemäss dieser Bestimmung haben Gerichtspersonen in den Ausstand zu treten, wenn sie aus anderen als den in Art. 34 Abs. 1 Bst. a-d BGG genannten Gründen befangen sein könnten. Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG kommt die Funktion einer Auffangklausel zu, die – über den Bereich der in Bst. a-d namentlich erwähnten besonderen sozialen Beziehungen hinausgehend – sämtliche Umstände abdeckt, die den Anschein der Befangenheit einer Gerichtsperson erwecken und objektiv Zweifel an deren

Unvoreingenommenheit zu begründen vermögen (vgl. FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin [Hrsg.], Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, Art. 34 BGG Rz. 29 m.w.H.).

2.3 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 (Urteil des BVGer D-5636/2015 vom 13. Oktober 2015 E. 4.3 m.w.H.). Das Treffen eines Zwischenentscheids in der gleichen Sache stellt aber noch keine Vorbefassung dar. Für die Annahme der Voreingenommenheit müssen vielmehr weitere Gründe und konkrete Anhaltspunkte hinzukommen, zum Beispiel dass sich die Gerichtsperson bereits in einer Art festgelegt hat, dass sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich ist und der Verfahrensausgang deshalb nicht mehr offen erscheint (vgl. BGE 131 I 113 E. 3.6; Urteil des BVGer D-5636/2015 vom 13. Oktober 2015 E. 4.3). Ein Ausstandsgesuch kann überdies grundsätzlich nicht mit dem Ergebnis bzw. 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 oder eine Richterin eine falsche Instruktionsmassnahme oder eine unzutreffende Würdigung vorgenommen habe (vgl. Urteil des BVGer E-1526/2017 vom 26. April 2017 E. 3.3 m.H.). 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 (ISABELLE HÄNER, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 34 Rz. 19).

2.4 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 (Urteil des BGer 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4; HÄNER, a.a.O., Art. 34 Rz. 19; REGULA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 105 f.). Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann anzunehmen, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken können (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; 115 Ia 400 E. 3b und 116 Ia 135 E. 3a; HÄNER,

a.a.O., Art. 34 Rz. 19; bejaht beispielsweise in BGE 141 IV 178). Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 139 I 121 E. 5.1; 137 I 227 E. 2.1 m.H.; 131 I 24 E. 1.1 m.H.; vgl. auch Urteil des BGer 4A_377/2014 vom 25. November 2014 E. 6.1).

2.5 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 (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 [= VPB 68.42]).

3.

3.1

3.1.1 Die Gesuchstellerin sieht den Grund für den objektiven Anschein der Befangenheit des Instruktionsrichters zum einen „in der qualifiziert fehlerhaften, gezielt und absichtlich gegen die Gesuchstellerin gerichteten Rechtsanwendung in der Beurteilung ihres Massnahmengesuchs in der Zwischenverfügung vom 21. September 2017“ (BVGer-act. 1 Rz. 82).

3.1.2 Der Instruktionsrichter wies mit Zwischenverfügung vom 21. September 2017 den Antrag auf vorsorgliche Erteilung der Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GEF2 / ANG2 und GEF3 / ANG3 (Gefässchirurgie) sowie KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2 und KAR1.3 (Kardiologie) ab, weil die Gesuchstellerin nicht darzulegen vermochte, weshalb von der allgemeinen Regel, wonach ein von der Vorinstanz verweigerter Leistungsauftrag nicht mittels vorsorglicher Massnahmen provisorisch zu erteilen ist, abzuweichen sei. Der Instruktionsrichter konnte – entgegen den Vorbringen der

Gesuchstellerin – nicht prima facie feststellen, dass der vorinstanzliche Beschluss (bzw. die Spitalplanung und Spitalliste) zweifellos materiell bundesrechtswidrig ist und ihr bei rechtskonformer Entscheidung die anbegehrten Leistungsaufträge hätten erteilt werden müssen. Weiter wies der Instruktionsrichter in der Zwischenverfügung darauf hin, dass es sich bei Spitallistenbeschlüssen regelmässig um komplexe Fälle handle, in welchen umfangreiche Akten zu würdigen seien und die Gesuchstellerin – im Rahmen der Begründung des Antrages auf vorsorgliche Massnahmen – verschiedene Beweisanträge stelle, was ebenfalls dagegen spreche, dass die Sach- und Rechtslage offensichtlich klar sei. Zudem führte der Instruktionsrichter aus, dass die Prozessaussichten nicht eindeutig und daher nicht zu berücksichtigen seien und es nicht dem Gesetzeszweck entsprechen würde, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zusätzliche Kapazitäten zu schaffen, die sich später als nicht bedarfsnotwendig erweisen könnten (vgl. Art. 39 KVG); daran vermöchten auch die von der Beschwerdeführerin bereits getätigten Investitionen nichts zu ändern.

3.1.3 Die Gesuchstellerin erachtet die Begründung der Zwischenverfügung als willkürlich und macht geltend, der Instruktionsrichter sei den Anträgen und der Position der Gesuchstellerin grundsätzlich und von vornherein ablehnend eingestellt. Dies äussere sich bereits darin, dass er die von der Gesuchstellerin substantiierte Gefahr, wonach das Verfahren in der Hauptsache ohne die beantragten vorsorglichen Massnahmen gegenstandslos zu werden drohe, schlicht ausblende. Die gefährdeten Investitionen und Vorleistungen der Gesuchstellerin sowie die übrigen für die Beurteilung des Massnahmengesuchs massgeblichen Kriterien disqualifiziere er ohne weitere Begründung als irrelevant bzw. er gehe gar nicht darauf ein (BVGer-act. 1 Rz. 32, 92). So fehle etwa auch eine mindestens summarische Begründung, weshalb der Instruktionsrichter einstweilig keine „Überkapazitäten“ schaffen wolle (BVGer-act. 1 Rz. 90). Ein weiterer Hinweis auf die Befangenheit des Instruktionsrichters bildet laut Gesuchstellerin die Begründung des Instruktionsrichters, wonach die Hauptsachenprognose unter anderem deswegen prima facie nicht sicher und der Sachverhalt prima facie nicht liquid sei, weil die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde Beweisanträge stelle (BVGer-act. 1 Rz. 33).

3.1.4 Gestützt auf die vorne dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung (E. 2.3) kann die Gesuchstellerin ihr Ausstandsbegehren nicht mit der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 begründen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern bei der getroffenen Zwischenverfügung – objektiv be-

trachtet – ein besonders krasser Irrtum zu Lasten der Gesuchstellerin vorliegen soll, der als schwere Verletzung der Richterpflichten bewertet werden müsste und damit eine auf fehlender Distanz und Neutralität beruhende Haltung des Instruktionsrichters manifestieren würde (vgl. E. 2.4). Die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Gründe (E. 3.1.3) greifen nicht. Mit dem Argument, die Zwischenverfügung sei willkürlich begründet bzw. enthalte eine willkürliche Würdigung des Sachverhalts, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie erwähnt (E. 2.3), kann die Vornahme einer unzutreffenden bzw. unrichtigen Würdigung des Sachverhalts grundsätzlich nicht für den Verdacht der Befangenheit genügen (E. 2.3). Ausserdem ist hinsichtlich der von der Gesuchstellerin beanstandeten Kürze oder Lückenhaftigkeit der Begründung bzw. Würdigung daran zu erinnern, dass es sich bei der besagten Zwischenverfügung um einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handelt (Art. 56 VwVG). Ein solcher Entscheid ergeht aufgrund einer bloss summarischen (prima facie) Prüfung der Sach- und Rechtslage. Es kann daher – auch unter dem Titel des rechtlichen Gehörs – nicht verlangt werden, dass sich der Instruktionsrichter mit der Sachlage eingehend und abschliessend auseinandersetzt oder eigene zeitraubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen trifft. Grundlage bilden die vorhandenen Akten sowie allenfalls die Anträge der Gesuchstellerin, weitere Beweiserhebungen werden nicht durchgeführt (BGE 130 II 149 E. 2.2). Eine eingehendere Prüfungspflicht besteht nur dort, wo die vorsorgliche Massnahme unwiderrufliche Verhältnisse schafft (HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 56 Rz. 66 m.H.), was hier nicht der Fall ist. Hinzu kommt, dass die richterliche Behörde bei der Begründung eines Entscheids nicht verpflichtet ist, sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn gegebenenfalls in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Diese verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an die Begründung gelten auch für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.). Vor diesem Hintergrund erscheint die Begründung der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 ausreichend und nachvollziehbar. Die für den Entscheid des Instruktionsrichters wesentlichen Gesichtspunkte sind erwähnt. Anders als die Gesuchstellerin zu meinen scheint, ist es nicht erforderlich, dass sämtliche von der Gesuchstellerin vorgebrachten Argumente

und Kriterien im Massnahmenentscheid aufgegriffen und einlässlich diskutiert werden. Die von der Gesuchstellerin gerügte Willkür in der Begründung und Sachverhaltsermittlung bzw. Würdigung ist damit weder glaubhaft gemacht noch erkennbar. Die Gesuchstellerin trägt im Ausstandsbegehren übrigens auch nicht substantiiert und glaubhaft vor, die Zwischenverfügung vom 21. September 2017 sei im Ergebnis willkürlich. Ein Entscheid verstösst nicht schon dann gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV, wenn er – wie vorliegend behauptet – willkürlich begründet ist, sondern erst, wenn er auch im Ergebnis unhaltbar ist (vgl. Urteil des BGer 8C_594/2010 vom 25. August 2011 E. 3.4.2). Allerdings kann mit dem Ergebnis eines Entscheids allein ein Ausstandsbegehren nicht begründet werden (vgl. E. 2.3).

Zusammenfassend macht die Gesuchstellerin vorliegend nicht glaubhaft, dass die Zwischenverfügung vom 21. September 2017 hinsichtlich Ergebnis oder Begründung bzw. Sachverhaltswürdigung willkürlich ist. Ebenso wenig gelingt es ihr folglich, das Bestehen von konkreten Anhaltspunkten für eine Befangenheit des Instruktionsrichters glaubhaft darzulegen. Es ist bezüglich der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 somit von keinen Rechtsfehlern bzw. Gründen zur Annahme der richterlichen Befangenheit auszugehen. Anzumerken bleibt, dass allein durch die Tatsache der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen keine Vorbefassung und damit auch kein Ausstandsgrund für das Hauptverfahren besteht (vgl. E. 2.3 sowie HÄNER, a.a.O., Art. 34 Rz. 19 m.H.).

3.2

3.2.1 Die Gesuchstellerin sieht zum anderen den Grund für den objektiven Anschein der Befangenheit des Instruktionsrichters in seiner weiteren Verfahrensführung. So habe dieser der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 11. Oktober 2017 – mitten in den Herbstferien – eine ungebührlich kurze Frist von 10 Tagen angesetzt, um auf die 30-seitige Stellungnahme der Vorinstanz zu replizieren, wobei er der Gesuchstellerin entgegen ihren Anträgen 6 und 7 in der Beschwerde vom 2. August 2017 die Verfahrensakten nicht zugestellt habe (BVGer-act. 1 Rz. 82). Innert einer derart kurzen Frist sei es der Gesuchstellerin nicht möglich, sich sinnvoll und wirksam zur 30-seitigen, komplexen Stellungnahme der Vorinstanz zu äussern, schon gar nicht ohne Akten, auf welche die Vorinstanz Bezug nehme. Deshalb habe sie mit – unbeantwortet gebliebenem – Schreiben vom 12. Oktober 2017 die Zustellung sämtlicher Verfahrensakten (Haupt- und Nebendossier) und die Ansetzung einer neuen Replikfrist von 30 Tagen verlangt. Zudem habe

der Instruktionsrichter der Vorinstanz faktisch 52 und nicht 30 Tagen gewährt, um ihre Stellungnahme vorzubereiten. Diese Verfahrensführung zeige, dass der Instruktionsrichter Vorinstanz und Gesuchstellerin gezielt und absichtlich im Verfahren ungleich behandelt habe und er von vornherein nicht geneigt sei, die Beschwerde unvoreingenommen zu würdigen (BVGer-act. 1 Rz. 34 ff., 95 ff.).

3.2.2 Mit dem Hinweis auf die Verfügung vom 11. Oktober 2017 bringt die Gesuchstellerin ebenfalls Gründe der Verfahrensinstruktion vor. Blosse Verfahrensmassnahmen eines Richters als solche, seien sie richtig oder falsch, vermögen aber grundsätzlich keinen objektiven Verdacht der Befangenheit des Richters zu erregen, der sie verfügt hat (BGE 114 Ia 153 E. 3b/bb; Urteil des BGer 4A_377/2014 vom 25. November 2014 E. 6.1). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz fällt nur in Betracht, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die als schwere Verletzung der Richterpflichten bewertet werden müssen (vgl. E. 2.4 m.H.). Das Vorliegen einer solchen Ausnahmesituation ist hier zu verneinen: Gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. d KVG findet ein weiterer Schriftenwechsel nach Art. 57 Abs. 2 VwVG im vorliegend zur Diskussion stehenden Beschwerdeverfahren in der Regel nicht statt. Vielmehr wird in einem Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten praxisgemäss nach Einholung der vorinstanzlichen Vernehmlassung grundsätzlich das BAG als Fachbehörde zu einer Stellungnahme eingeladen und schliesslich erhalten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Schlussbemerkungen einzureichen (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016). Allerdings können im Einzelfall Gründe für ein anderes Vorgehen bestehen. Der Instruktionsrichter ist nicht verpflichtet, einen weiteren Schriftenwechsel durchzuführen. Vielmehr liegt es grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen des Instruktionsrichters, wie er im konkreten Fall das Beschwerdeverfahren nach Einholung der Vernehmlassung weiterführt, ob er einen weiteren Schriftenwechsel durchführt und welche Fristen er dabei jeweils ansetzt. Folglich hat die Gesuchstellerin auch keinen Anspruch darauf, dass ihr eine bestimmte Frist zur Einreichung von Bemerkungen oder eine Replikfrist von 30 Tagen angesetzt wird. Die Gesuchstellerin kann aus dem Gebot der Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) für ihren Standpunkt nichts herleiten. Sie verkennt, dass nicht vergleichbare Verhältnisse vorliegen. Die Vernehmlassungsfrist ist – wie die Beschwerdefrist (Art. 50 Abs. 1 VwVG) – gesetzlich auf höchstens 30 Tage bestimmt, wobei diese nicht erstreckt werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. c KVG). Das Gebot der Waffengleichheit legt es nahe, die Vernehmlassungsfrist gleich zu bemes-

sen wie die Rechtsmittelfrist (SEETHALER/PLÜSS, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 57 Rz. 21). Dass der Vorinstanz die Beschwerdeschrift bereits mit Verfügung vom 8. August 2017 zugestellt wurde, ist darauf zurückzuführen, dass die Gesuchstellerin in der Beschwerde vorsorgliche Massnahmen beantragt hatte, zu welchen die Vorinstanz vorab Stellung nehmen musste. Die Vernehmlassungsfrist wurde sodann am 30. August 2017 – entsprechend der Beschwerdefrist – auf 30 Tage festgelegt. Dass die Ansetzung dieser Vernehmlassungsfrist aufgrund der beantragten vorsorglichen Massnahmen zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte, entspricht der gerichtlichen Praxis und ist letztlich dem Vorgehen der Gesuchstellerin zuzuschreiben. Bei der angesetzten 10-tägigen Frist zur Einreichung von allfälligen Bemerkungen handelt es sich demgegenüber – wie erwähnt – um eine Frist, welche der Instruktionsrichter nach pflichtgemässem Ermessen selbst festsetzen konnte und auch festgesetzt hat. Ein weiterer Schriftenwechsel wurde damit nicht eröffnet. Der Grundsatz der Waffengleichheit oder Rechtsgleichheit kann hier deshalb nicht bemüht werden, um die Angleichung der angesetzten 10-tägigen Frist an die Vernehmlassungsfrist von 30 Tagen zu erreichen oder gar die Eröffnung eines zweiten Schriftenwechsels mit Einräumung einer 30-tägigen Frist zu verlangen. Die Gesuchstellerin kann im Übrigen auch nicht beanstanden, es sei ihr die Verfügung vom 11. Oktober 2017 mitten in den Herbstferien zugestellt worden. Es besteht keine hier anwendbare rechtliche Bestimmung, wonach während der Herbstferien die Fristen stillstehen und die Eröffnung einer Verfügung nicht erfolgen kann. In Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten gilt ohnehin kein Fristenstilland (Art. 53 Abs. 2 Bst. b KVG i.V.m. Art. 22*a* VwVG). Damit sind mit der Verfügung vom 11. Oktober 2017 keine krassen Rechtsfehler bzw. Gründe zur Annahme der richterlichen Befangenheit glaubhaft gemacht oder ersichtlich. Auch in der bislang im Hauptverfahren unterbliebenen Zustellung der vorinstanzlichen Akten, die von der Gesuchstellerin beanstandet wird, ist keine schwere Amtspflichtverletzung zu erblicken, welche das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit des Instruktionsrichters in objektiver Weise zu begründen vermöchte.

Zusammenfassend sind in Bezug auf die Verfügung vom 11. Oktober 2017 somit keine krassen oder wiederholten Verfahrensfehler glaubhaft gemacht oder erkennbar, welche objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme der Befangenheit des Instruktionsrichters bilden würden.

3.3 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass bei objektiver Betrachtung keine Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit von Instruktionsrichter Christoph Rohrer zu begründen vermögen. Bei dieser Sachlage erweist sich das Ausstandsbegehren als unbegründet und ist deshalb abzuweisen. Die Akten sind nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens zur Weiterführung des Beschwerdeverfahrens C-4358/2017 an den zuständigen Instruktionsrichter Christoph Rohrer zu überweisen.

3.4 Für die Behandlung der mit Eingabe vom 19. Oktober 2017 gestellten Gesuche um Revision, evtl. Wiedererwägung, der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 sowie um Neuansetzung einer Replikfrist im Hauptverfahren C-4358/2017 ist der vorliegende Spruchkörper nicht zuständig. Die Behandlung dieser Punkte fällt in die Kompetenz des Instruktionsrichters des Hauptverfahrens C-4358/2017 (Art. 39 Abs. 1 VGG; Art. 56 VwVG; Art. 45 VGG i.V.m. Art. 121 ff. BGG), weshalb die entsprechenden Gesuche bzw. Akten nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens an den zuständigen Instruktionsrichter Christoph Rohrer weiterzuleiten sind.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 37 VGG i.V.m. 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 auf Fr. 1‘000.- festzusetzen. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

5.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG unzulässig. Der vorliegende Zwischenentscheid ist somit endgültig.

Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

2.
Die Akten werden nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens zur Weiterführung des Beschwerdeverfahrens C-4358/2017 sowie zur Behandlung der Gesuche um Revision, evtl. Wiedererwägung, der Zwischenverfügung vom 21. September 2017 sowie um Neuansetzung einer Replikfrist an den zuständigen Instruktionsrichter Christoph Rohrer überwiesen.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1‘000.- werden der Gesuchstellerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Zwischenentscheids zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Ein Doppel der Eingabe der Gesuchstellerin vom 19. Oktober 2017 geht zur Kenntnisnahme an die Vorinstanz. Je ein Doppel der Stellungnahme des Richters Christoph Rohrer vom 31. Oktober 2017 geht zur Kenntnisnahme an die Gesuchstellerin und die Vorinstanz.

6.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

– die Gesuchstellerin (Gerichtsurkunde; Beilagen: Stellungnahme des Richters Christoph Rohrer vom 31.10.2017 [BVGer-act. 7] in Kopie; Einzahlungsschein)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. ABl 2017, 2160 ff.; Gerichtsurkunde; Beilagen: Gesuch vom 19.10.2017 [BVGer-act. 1 samt Beilagen], Stellungnahme des Richters Christoph Rohrer vom 31.10.2017 [BVGer-act. 7], jeweils in Kopie)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Daniel Stufetti	Patrizia Levante

Versand: