

**Anja Martina Binder**

Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M.

Associate

Telefon +41 58 258 10 00

anja.binder@bratschi.ch

Von der Abgrenzung von Rechts-, Sachverhalts- und Ermessensfragen – und von der Einräumung «technischen Ermessens»

Die Prozessordnungen – wie auch die Schweizerische Bundesverfassung (BV, SR 101) in Art. 29a BV – unterscheiden grundsätzlich zwischen Rechts-, Sachverhalts- und Ermessensfragen. Je nach Instanz ist die Rechtsmittelbehörde befugt und verpflichtet, alle Fragekategorien zu überprüfen (volle Kognition, vgl. etwa Art. 49 Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG, SR 172.021]) oder aber nur bestimmte Fragekategorien (eingeschränkte Kognition, vgl. etwa Art. 95 ff. Bundesgerichtsgesetz [BGG, SR 173.110]). Die Abgrenzung zwischen diesen Fragekategorien – und damit auch die Frage, was die Rechtsmittelbehörde konkret zu prüfen hat – ist aber nicht immer einfach. Hinzu kommt, dass die Praxis mit dem Begriff des «technischen Ermessens» eine zusätzliche Kategorie geschaffen hat, die sich zuweilen nicht nur auf Ermessensfragen, sondern auch auf Sachverhalts- und Rechtsfragen bezieht.

Dem Bundesverwaltungsgericht kommt als erste gerichtliche Rechtsmittelinstanz gegen Entschiede von Bundesverwaltungsbehörden volle Kognition zu, das heisst, das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, die ihm vorgelegten Rechts-, Sachverhalts- und Ermessensfragen zu prüfen (vgl. Art. 37 Verwaltungsgerichtsgesetz [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 49 VwVG). Unter dem Titel des «technischen Ermessens» der Verwaltungsbehörden auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht aber – oftmals bestätigt durch das Bundesgericht – eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung von Fachfragen geht. Dabei wird zuweilen nicht zwischen Fachfragen im Kontext von Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung einerseits oder von eigentlicher Ermessensausübung andererseits unterschieden. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest:

«Eine Rechtsmittelinstanz, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, darf [...] praxisgemäss ihre Kognition [...] einschränken, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt oder gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist [...].» (BVGer, Urteil B-1100/2018 vom 13. Juli 2018, E. 2.2)

Gegen diese selbstauferlegte Kognitionseinschränkung sind zwei Einwendungen anzubringen: Erstens ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG verpflichtet, auch die Angemessenheit der ihm vorgelegten Entscheide zu prüfen. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass Fachfragen generell einem Ermessensbereich zugeordnet werden können, müssten diese folglich durch das Bundesverwaltungsgericht überprüft werden. Und zweitens sind schlicht nicht alle Fachfragen als Ermessensfragen zu qualifizieren. Vielmehr stellen Fachfragen eine Schnittmenge der Rechts-, Sachverhalts- und Ermessensfragen dar. So ist etwa die Wirkung eines medizinischen Präparats eine tatsächliche Feststellung, die gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a Heilmittelgesetz (HMG, SR 812.21) methodisch an die Wirksamkeit gestellte Anforderung stellt hingegen eine Rechtsfrage dar. Beide Fragen können als Fachfragen qualifiziert werden. Überprüft aber keine Gerichtsbehörde strittige Fachfragen, die den Rechts- oder den Sachverhaltsfragen zuzuordnen sind, ergibt sich daraus nicht nur eine unzulässige Kognitionseinschränkung, sondern auch eine Verletzung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), die eine umfassende und effektive Prüfung aller strittigen Sachverhalts- und Rechtsfragen durch ein Gericht vorsieht.

In einem neueren Entscheid zum Heilmittelrecht hat das Bundesgericht nun festgehalten, dass die Einräumung von «technischem Ermessen» nicht dazu führen dürfe, dass ein Gericht die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe – die eine Rechtsfrage darstellt – nicht mehr überprüft (vgl. BGer, Urteil 2C_844/2018 vom 12. Juni 2020). Das Bundesgericht erwog zunächst, dass methodisch an die Wirkung eines Heilmittels gestellte Anforderungen und die Übereinstimmung der eingereichten Belege Rechtsfragen darstellen (E. 3.3). Zwar anerkennt das Bundesgericht, dass die Rechtsmittelinstanz in ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung üben und der Fachbehörde einen gewissen Beurteilungsspielraum belassen dürfe. So komme Swissmedic als unabhängiges Fachgremium bei der wertenden Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe, wie wirksam ein Arzneimittel tatsächlich sein muss und welche Risiken und unerwünschten Nebenwirkungen eine Zulassung ausschliessen, einen gewissen Beurteilungsspielraum («technisches Ermessen») zu. (E. 5.6.1). Das Bundesgericht hält aber ebenso klar fest, dass dies nicht bedeuten könne, dass sich das Gericht mit den Einwänden des Beschwerdeführers überhaupt nicht auseinandersetzen müsste. Die Übereinstimmung der Belege für den Nachweis der therapeutischen Wirkung mit den methodisch an sie gestellten Anforderungen sei als frei zu überprüfende Rechtsfrage zu qualifizieren, deren Beantwortung das Bundesverwaltungsgericht nicht Swissmedic überlassen dürfe (E. 5.6.2). Dabei hielt das Bundesgericht auch fest, dass es insbesondere nicht ausreiche, wenn das Bundesverwaltungsgericht lediglich ausführe, dass die Gründe, aus denen Swissmedic den Nachweis der Wirksamkeit für nicht erbracht ansah, nachvollziehbar seien, ohne gleichzeitig die Vorbringen des Beschwerdeführers eigenständig zu prüfen (E. 5.5).

Der Entscheid des Bundesgerichts zeigt auf, dass der Einräumung von «technischem Ermessen» an Verwaltungsbehörden Grenzen gesetzt sind, und dass es sich als rechtssuchende Betroffene durchaus lohnt, auch fachtechnische Festlegungen von Verwaltungsbehörden mit substantiierten Einwänden in Zweifel zu ziehen.