

# Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesverwaltungs- sowie vor Bundesgericht

Dr. iur. Xaver Baumberger

*Ob einem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zukommt bzw. diese erteilt oder entzogen wird, ist in vielen Fällen von eminenter Bedeutung. Der vorliegende Beitrag befasst sich schwergewichtig mit den Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die aufschiebende Wirkung in öffentlichrechtlichen Verfahren gemäss dem BGG und VGG erteilt resp. entzogen werden kann. Zudem geht er ausgewählten grundsätzlichen Fragen nach, die auch bei kantonalen Rechtsmittelverfahren von Bedeutung sind.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und einige Grundsätze
  - 1. Probleme im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung
    - 1.1 Gefahr vollendeter Tatsachen
    - 1.2 Verzögerungspotential
    - 1.3 Spannungsverhältnis zwischen beschleunigter Entscheidfindung und materieller Richtigkeit
    - 1.4 Geringe Normierungsdichte
  - 2. Materielle Gesetzesbestimmung als genügende gesetzliche Grundlage
  - 3. Bedeutung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses
- II. Aufschiebende Wirkung vor Bundesverwaltungsgericht
  - 1. Veränderungen gegenüber dem bisherigen Recht
  - 2. Voraussetzungen für den Entzug
    - 2.1 Lehre und Rechtsprechung zu VwVG 55 II
    - 2.2 Kritische Würdigung
    - 2.3 Empfohlenes Prüfungsschema
      - 2.3.1 Kein sofortiger Entscheid in der Hauptsache möglich
      - 2.3.2 Keine Geldleistung
      - 2.3.3 Anordnungsgrund
      - 2.3.4 Verhältnismässigkeit
- III. Aufschiebende Wirkung vor Bundesgericht
  - 1. Veränderungen gegenüber dem bisherigen Recht
  - 2. Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung
    - 2.1 Verhältnis zu den Voraussetzungen vor Bundesverwaltungsgericht
    - 2.2 Prüfungsschema
      - 2.2.1 Kein sofortiger Entscheid in der Hauptsache
      - 2.2.2 Mögliches Objekt der aufschiebenden Wirkung
      - 2.2.3 Prüfung des Anordnungsgrundes und der Verhältnismässigkeit
- IV. Ausblick

## I. Einleitung und einige Grundsätze <sup>^</sup>

### 1. Probleme im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung <sup>^</sup>

#### 1.1 Gefahr vollendeter Tatsachen <sup>^</sup>

[Rz 1] Häufig vermag die aufschiebende Wirkung vollendete Tatsachen zu verhindern. Doch immer wieder drohen nicht wieder gutzumachende Nachteile, weil ein Rechtsmittel ergriffen wird, das von Gesetzes wegen suspensiv wirkt. Können beispielsweise Bauarbeiten nicht begonnen werden, weil ein Nachbar ein suspensives Rechtsmittel gegen die erteilte Baubewilligung ergriffen hat, drohen dem Bauherrn praktisch immer irreparable Nachteile. Denn die aufschiebende Wirkung kann nicht ex tunc dahinfallen und der unterliegende Rechtsmittelkläger ist nur unter ausserordentlichen Umständen für den Verzögerungsschaden haftbar. Deshalb ist die Ansicht abzulehnen, Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sollten den Status quo schützen und – wenn möglich – nicht verändern.<sup>1</sup> Denn dadurch würden auch ohne überzeugenden Grund faktische Zustände bevorzugt.

#### 1.2 Verzögerungspotential <sup>^</sup>

[Rz 2] Nicht selten werden Rechtsmittel, die von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung nach sich ziehen, wegen der damit verbundenen Verzögerungsmöglichkeit ergriffen. Drittbeschwerden von Nachbarn oder Konkurrenten stehen speziell im Verruf.<sup>2</sup>

[Rz 3] Eine Herausforderung bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen über die aufschiebende Wirkung besteht deshalb darin, die Gefahr des Missbrauchs einzudämmen, ohne die

Ziele der aufschiebenden Wirkung und die legitimen Interessen der Rechtsmittelkläger in Frage zu stellen.

[Rz 4] Diesbezüglich hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Auffassung von Gygi ein wichtiges Prinzip festgehalten: Die aufschiebende Wirkung darf dem unterliegenden Beschwerdeführer auf Kosten des obsiegenden Beschwerdegegners keinen materiell-rechtlichen Vorteil bringen.<sup>3</sup> Dieser Grundsatz wird leider beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung gelegentlich nicht gebührend berücksichtigt.

### **1.3 Spannungsverhältnis zwischen beschleunigter Entscheidfindung und materieller Richtigkeit**

^

[Rz 5] Wie bei jeder Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes besteht ein Zielkonflikt zwischen dem Anspruch auf eine schnelle Entscheidung und demjenigen auf Übereinstimmung des Entscheids mit dem materiellen Recht.<sup>4</sup> Da ein summarischer Rechtsschutz immer noch wirksamer ist als gar kein einstweiliger Rechtsschutz resp. als zu später Rechtsschutz in der Hauptsache, hat auch die Wahrheitsfindung Konzessionen zugunsten der Schnelligkeit zu machen. Dabei ist die richtige Balance zwischen der Ausrichtung am materiellen Recht und den notwendigen Erleichterungen, insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht, zu finden.

### **1.4 Geringe Normierungsdichte**

^

[Rz 6] Der Gesetzgeber bestimmt zwar, ob ein Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat und ob deren Entzug oder (Wieder-)Erteilung möglich ist. Meist ist auch die Zuständigkeit ausdrücklich geregelt. Demgegenüber werden die Voraussetzungen für den Entzug oder die Erteilung in der Regel nicht genannt. Das Gleiche gilt für den Umfang und die Dauer (Beginn, Ende und allfällige Rückwirkung) der aufschiebenden Wirkung.<sup>5</sup> Ebensovienig äussert sich das Gesetz dazu, welche Verfügungen der aufschiebenden Wirkung überhaupt zugänglich sind.<sup>6</sup>

## **2. Materielle Gesetzesbestimmung als genügende gesetzliche Grundlage**

^

[Rz 7] Die aufschiebende Wirkung ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes.<sup>7</sup> Vorsorgliche Massnahmen stellen eine weitere Erscheinungsform des einstweiligen Rechtsschutzes dar.<sup>8</sup> Bereits die Systematik des neuen BGG und des VwVG legt diesen Schluss nahe. So ist in den Marginalien zu Art. 103 f. BGG und Art. 55 f. VwVG von aufschiebender Wirkung und anderen (vorsorglichen) Massnahmen die Rede.

[Rz 8] Die Rechtsgrundlage für Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes ist die materielle Gesetzesbestimmung, deren Wirksamkeit einstweilen gesichert werden soll.<sup>9</sup> Somit können auch bei fehlender ausdrücklicher Erwähnung im Prozess- oder Sachgesetz Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes angeordnet werden. Wie das Verfahren ausgestaltet sein muss, wird von der materiellen Bestimmung nicht vorgeschrieben.<sup>10</sup> Das Verfahrensrecht darf jedoch die Durchsetzung des materiellen Rechts nicht vereiteln.

[Rz 9] Aus diesen Feststellungen folgt zweierlei: Erstens sind die Voraussetzungen für den Entzug und die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung wie auch für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme grundsätzlich dieselben.<sup>11</sup> Zweitens sind die nachfolgend unter Ziffer II beschriebenen Voraussetzungen für den Entscheid über den Suspensiveffekt nicht nur bei der Anwendung von Art. 55 Abs. 2 VwVG massgebend, sondern sie sind – vorbehältlich gesetzlicher Spezialbestimmungen – ganz allgemein, so auch im kantonalen Verfahren, anwendbar.<sup>12</sup>

## **3. Bedeutung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses**

^

[Rz 10] Das Gesetz erkennt der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 55 Abs. 1 VwVG als Regel aufschiebende Wirkung zu. Dies kann unterschiedlich interpretiert werden.

[Rz 11] Einerseits könnte der Gesetzgeber damit die Wertung vorgenommen haben, die aufschiebende Wirkung solle grundsätzlich gelten und ein Entzug sei nur unter besonders qualifizierten Voraussetzungen zulässig. Andererseits könnte die automatische Gewährung des Suspensiveffekts auch bloss im Sinne einer Parteirollenverteilung verstanden werden. In diesem Fall liegen dem Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht materiellrechtliche, sondern bloss verfahrensrechtliche bzw. praktische Überlegungen zugrunde. Dies hätte zur Folge, dass die Anforderungen an den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht höher sind, wenn der Suspensiveffekt von Gesetzes wegen gilt, als wenn dieser einzelfallbezogen angeordnet wurde.

[Rz 12] Gegen eine materiellrechtliche Herleitung spricht, dass es in einem Verfahrensgesetz wie dem VwVG schwierig ist, eine Wertung vorzunehmen, die auf eine grundsätzlich unbeschränkte Vielzahl von Fällen und Interessenkonstellationen Anwendung finden soll. Hat der Gesetzgeber trotzdem eine Grundsatzentscheidung gefällt und einem Rechtsmittel von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zuerkannt, lassen sich daraus nicht direkt Rückschlüsse auf die Anforderungen an die für den Entzug notwendigen Gründe ableiten.<sup>13</sup> So verneint auch das Bundesgericht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände einen Entzug rechtfertigen. Vielmehr ist der Entscheid gestützt auf eine den Einzelfall würdigende Interessenabwägung zu treffen, wie sie bei jeder Verfügung über Gewährung oder Entzug der aufschiebenden Wirkung durchzuführen ist.<sup>14</sup>

[Rz 13] Es sprechen gute Gründe dafür, dass der von Gesetzes wegen an ein Rechtsmittel geknüpfte Suspensiveffekt verfahrensökonomisch begründet ist und deshalb die Anforderungen an den Entzug nicht beeinflusst, namentlich nicht erhöht. Somit sind beim Entzug der aufschiebenden Wirkung, die von Gesetzes wegen eintritt, grundsätzlich die üblichen Voraussetzungen massgebend.<sup>15</sup>

[Rz 14] Es lässt sich sogar argumentieren, dass der vom Bundesgericht wiederholt betonte Grundsatz der Kontinuität im Verfahren, der gegen ein Hin und Her zwischen Gewährung und Entzug des Suspensiveffekts spricht<sup>16</sup>, beim einzelfallweise angeordneten Suspensiveffekt wichtiger ist als bei einer von Gesetzes wegen eintretenden aufschiebenden Wirkung. Folglich wären die Voraussetzungen für den Entzug höher, wenn dieser einzelfallbezogen angeordnet wurde, als wenn er von Gesetzes wegen eintritt.

## **II. Aufschiebende Wirkung vor Bundesverwaltungsgericht ^**

### **1. Veränderungen gegenüber dem bisherigen Recht ^**

[Rz 15] Mit Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG) bleibt die Rechtsgrundlage in Bezug auf die aufschiebende Wirkung grundsätzlich gleich. Denn Art. 37 VGG verweist auf Art. 55 VwVG, welcher auch unter dem alten Recht den Suspensiveffekt regelte. Somit wirkt die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht von Gesetzes wegen suspensiv. Eine (kleinere) formellrechtliche Anpassung wurde im Rahmen der Revision der Bundesrechtspflege an Art. 55 VwVG jedoch vorgenommen. So ist neu nicht nur die Vorinstanz, die Beschwerdeinstanz und der Vorsitzende einer Kollegialbehörde, sondern auch der Instruktionsrichter kompetent, über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden (Art. 55 Abs. 2 und 3 VwVG).

[Rz 16] Neben der Zuständigkeit stellen sich weitere formelle Problemkreise wie die Legitimation und der Zeitpunkt resp. allenfalls die Frist für die Einreichung des Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung. Ebenso von Bedeutung ist der Umfang der Begründungspflicht für ein Gesuch um Entzug und die (damit verbundene) Frage, ob die aufschiebende Wirkung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung von Amtes wegen entzogen werden darf. Diese Themen sprengen jedoch den Rahmen dieses Artikels.<sup>17</sup>

### **2. Voraussetzungen für den Entzug ^**

#### **2.1 Lehre und Rechtsprechung zu VwVG 55 II ^**

[Rz 17] Eine Umschreibung der Voraussetzungen für den Entzug (oder die Erteilung) der

aufschiebenden Wirkung, wie sie (bisher) vom Bundesgericht immer wieder – wenn auch vereinzelt mit leichten sprachlichen Abweichungen – verwendet wurde, lautet folgendermassen:

«Nach der Rechtsprechung zu Art. 55 VwVG bedeutet der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände ihren Entzug zu rechtfertigen vermöchten. Vielmehr ist es Sache der nach Art. 55 VwVG zuständigen Behörde zu prüfen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen; sie müssen allerdings eindeutig sein. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.»<sup>18</sup>

[Rz 18] Aus dieser Umschreibung lassen sich – neben Angaben zum Prüfungsmassstab<sup>19</sup> – folgende drei Kriterien herauschälen, die beim Entscheid über den Entzug des Suspensiveffekts geprüft werden müssen:

- Vorliegen eines Anordnungsgrundes in Form überzeugender Gründe, wobei es sich nicht um ganz aussergewöhnliche Umstände handeln muss;
- Berücksichtigung eindeutiger Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren;
- Vornahme einer Interessenabwägung.

[Rz 19] Auch nach der herrschenden Lehre sind beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung die drei Kriterien Hauptsacheprognose, Anordnungsgrund und Interessenabwägung anzuwenden.<sup>20</sup>

## 2.2 Kritische Würdigung <sup>^</sup>

[Rz 20] Diese von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Kriterien sind sachgerecht und haben sich weitgehend bewährt. Es besteht deshalb kein Anlass, in grundsätzlicher Weise davon abzuweichen. Die bisherige Rechtsprechung vermag jedoch nicht in allen Punkten zu überzeugen und lässt verschiedene Fragen unbeantwortet. An dieser Stelle soll es genügen, einige Fragen anzutippen:

- Wie wird der Anordnungsgrund genau definiert und wie ist sein Verhältnis zum nicht wieder gutzumachenden Nachteil nach (revidiertem) Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG als Voraussetzung für die Anfechtung eines Zwischenentscheides?
- Ist in methodischer Hinsicht tatsächlich mit der Prüfung der Erfolgsaussichten zu beginnen, wie dies häufig geschieht?
- Im Rahmen der Interessenabwägung ist der Frage nachzugehen, ob nicht nur die Schwere der drohenden Nachteile, sondern vermehrt auch die Wahrscheinlichkeit des Eintritts gegeneinander abzuwägen sind.
- Sind tatsächlich nur eindeutige Erfolgsprognose zu berücksichtigen? Wäre bei eindeutigen Erfolgsprognosen nicht sofort der Entscheid in der Hauptsache zu fällen?

## 2.3 Empfohlenes Prüfungsschema<sup>21</sup> <sup>^</sup>

### 2.3.1 Kein sofortiger Entscheid in der Hauptsache möglich <sup>^</sup>

[Rz 21] Im Sinne einer negativen Voraussetzung ist zunächst zu prüfen, ob die Rechtsmittelinstanz nicht sofort in der Hauptsache entscheiden kann.<sup>22</sup> Falls eine unzweifelhafte Prognose in Bezug auf den Ausgang des Beschwerdeverfahrens gemacht werden kann, ist es nicht erforderlich, zuerst über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden und erst im Anschluss daran die Beschwerde gutzuheissen oder abzuweisen. In Übereinstimmung mit diesem Grundsatz wird nicht selten direkt in der Sache entschieden und der Antrag um Entzug oder Gewährung der aufschiebenden Wirkung infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.<sup>23</sup>

[Rz 22] Der Zwischenentscheid über den Antrag auf Entzug darf jedoch nur dann unterbleiben, wenn unverzüglich ein Urteil in der Hauptsache ergehen kann, da gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 55 Abs. 3 VwVG schnell entschieden werden muss. Dem Erfordernis des sofortigen Entscheids ist dann Genüge getan, wenn er innert derjenigen Frist ergeht, die für den Entscheid über den

Suspensiveffekt zur Verfügung steht. In zwei entsprechenden Bundesgerichtsurteilen betrug die Frist zwischen Erhebung des Rechtsmittels und Entscheid in der Hauptsache weniger als einen Monat.<sup>24</sup>

### 2.3.2 Keine Geldleistung <sup>^</sup>

[Rz 23] Im Anwendungsbereich von Art. 55 VwVG kann die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden, wenn die Verfügung eine Geldleistung zum Gegenstand hat. In Übereinstimmung mit der Definition der Geldleistung durch die herrschende Lehre und Rechtsprechung ist der Entzug somit ausgeschlossen, wenn die Verfügung den Adressaten zu einer vermögensrechtlichen Leistung verpflichtet.<sup>25</sup>

### 2.3.3 Anordnungsgrund <sup>^</sup>

[Rz 24] Der Anordnungsgrund, der vorliegen muss, damit über den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung auf dem Wege der Verhältnismässigkeitsprüfung materiell entschieden wird, ist zusammenfassend folgendermassen zu umschreiben: Wird der Suspensiveffekt nicht entzogen, müssen dem Antragsteller unmittelbar Nachteile drohen, die nicht leicht wieder gutzumachen sind. Inhaltlich sind diese gleich – jedenfalls nicht enger – auszulegen als der nicht wieder gutzumachende Nachteil gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG, der als Eintretensvoraussetzung bei der Anfechtung eines Zwischenentscheids geprüft wird.<sup>26</sup>

### 2.3.4 Verhältnismässigkeit <sup>^</sup>

[Rz 25] Die von Rechtsprechung und Lehre zusätzlich zum Anordnungsgrund verlangten Voraussetzungen der Interessenabwägung und der Erfolgsprognose lassen sich unter dem Oberbegriff der Prüfung der Verhältnismässigkeit zusammenfassen.<sup>27</sup>

[Rz 26] Da staatliches Handeln an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden ist<sup>28</sup>, gilt dieses Prinzip auch beim Entscheid über den Suspensiveffekt.<sup>29</sup> Die Interessenabwägung als Element der Verhältnismässigkeitsprüfung wird zudem anerkanntermassen zur Lückenfüllung und zur Konkretisierung offener Bestimmungen herangezogen.<sup>30</sup>

[Rz 27] Die Verhältnismässigkeit verlangt, dass Verfügungen geeignet und notwendig sind. Eine Verfügung ist unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete, mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als erforderlich. Weiter muss ein angemessenes Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und den Folgen der Verfügung für die Parteien gewahrt bleiben.<sup>31</sup>

[Rz 28] Im Rahmen der Interessenabwägung stellt sich eine Vielzahl von Fragen. Zwei davon sollen näher beleuchtet werden.

- Die Rechtsprechung erwähnt zwar in vielen Entscheiden im Sinne der Aufzählung der Tatbestandsvoraussetzungen «eindeutige Prognosen», doch finden sich in der Praxis zahlreiche Beispiele, bei denen auch bloss wahrscheinliche resp. unwahrscheinliche Erfolgsaussichten Eingang in die Interessenabwägung gefunden haben.<sup>32</sup>

Beim Entscheid über den Suspensiveffekt kann und braucht die Wahrscheinlichkeit der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung nicht definitiv geklärt zu werden, da nur eine summarische Prüfung erfolgt. Dies schliesst aber nicht aus, dass eine Hauptsacheprognose nicht oder nur dann vorzunehmen wäre, wenn diese zu einem eindeutigen Resultat führt. Um die Risiken optimal zu verteilen, sind die Erfolgsaussichten, sofern sie beurteilt werden können, zu berücksichtigen. In Übereinstimmung mit neueren Tendenzen in der Rechtsprechung sind deshalb m.E. nicht nur eindeutige, sondern auch überwiegend wahrscheinliche Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu berücksichtigen.<sup>33</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein langes Verfahren zu erwarten ist, besonders schwere Nachteile drohen oder nur ein kurzfristiges Interesse besteht, wie dies beispielsweise bei Bewilligungen für einmalige Veranstaltungen regelmässig der Fall ist.

Die Erfolgsprognose wirkt sich auf die Bewertung der sich gegenüberstehenden Nachteile aus. Nachteile des Beschwerdeführers sind als gewichtiger zu qualifizieren, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit der Gutheissung des Rechtsmittels zu rechnen ist, resp. als geringfügiger, wenn von der Abweisung auszugehen ist. Diese Folge der Hauptsacheprognose unterstreicht, dass diese im Rahmen der Interessenabwägung vorzunehmen ist und nicht eine eigenständige Voraussetzung darstellt.<sup>34</sup>

- Bei der Bewertung der Nachteile ist auch abzuklären, ob ein Ersatzanspruch für einen allfällig entstehenden finanziellen Schaden besteht.<sup>35</sup> Doch selbst wenn im Grundsatz ein Anspruch auf Entschädigung besteht, kann einem finanziellen Schaden beträchtliches Gewicht zukommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn beispielsweise die Solvenz des potentiell Haftpflichtigen schlecht ist oder vor allem wenn die Anforderungen der Haftungsnorm so hoch sind, dass die Chancen auf Obsiegen im Haftungsprozess sehr gering sind. Letzteres trifft auf den Haftungsprozess gegenüber dem Drittbeschwerdeführer zu, der gestützt auf Art. 41 OR kaum je zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>36</sup>

[Rz 29] Zusammenfassend gilt Folgendes: Falls die Voraussetzungen gemäss Ziffer 2.3.1 bis 2.3.3 gegeben sind und ohne Suspensiveffekt der gewichtigere bzw. wahrscheinlichere Schaden vermieden werden kann, ist die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

### **III. Aufschiebende Wirkung vor Bundesgericht ^**

#### **1. Veränderungen gegenüber dem bisherigen Recht ^**

[Rz 30] Das Bundesgerichtsgesetz bringt gegenüber den Bestimmungen im OG gewisse Vereinfachungen mit sich. Es gilt die einheitliche Regel, wonach Rechtsmittel ans Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung haben (Art. 103 Abs. 1 BGG). Der Suspensiveffekt hängt somit grundsätzlich nicht mehr von der Art des ergriffenen Rechtsmittels ab. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wirkt nicht von Gesetzes wegen suspensiv (vgl. Art. 103 Abs. 2 BGG mit Ausnahmen bei der Beschwerde in Zivil- und Strafsachen). Die aufschiebende Wirkung kann jedoch von Amtes wegen oder auf Antrag erteilt werden (Art. 103 Abs. 3 BGG). Im Gegensatz zur bisherigen Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 111 OG) ist es irrelevant, ob eine Verfügung angefochten ist, die zu einer Geldleistung verpflichtet.

#### **2. Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ^**

##### **2.1 Verhältnis zu den Voraussetzungen vor Bundesverwaltungsgericht ^**

[Rz 31] Gelten die gleichen Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesgericht wie beim Entzug vor Bundesverwaltungsgericht? Art. 103 BGG gibt keine konkreten und ausdrücklichen Anhaltspunkte dafür, welches die Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sind. Trotzdem lassen sich gestützt auf eine genaue Auslegung dieser Bestimmung Rückschlüsse auf die Voraussetzungen ziehen und lässt sich das Verhältnis zu den Voraussetzungen gemäss Art. 55 VwVG klären.

[Rz 32] Namentlich die teleologische und historische Auslegung legen nahe, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 3 BGG nicht exakt dieselben sind wie bei Art. 55 Abs. 3 VwVG.<sup>37</sup>

[Rz 33] Wenn andere Anforderungen an die Gewährung des Suspensiveffekts gestellt werden sollen, kann dies entweder bei der Prüfung des Anordnungsgrundes oder der Verhältnismässigkeit erfolgen. Das Prüfungsschema zur Verhältnismässigkeit ist m.E. nicht zu verändern, da die drei Kriterien Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn auch bei Verfahren vor Bundesgericht geeignet sind, zu sachgerechten Resultaten zu führen.

[Rz 34] Demgegenüber ist es angezeigt, die Anforderungen an den genügenden Anordnungsgrund für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu erhöhen. Der Anordnungsgrund bestimmt die Schwelle,

die überschritten sein muss, damit der Rechtsschutzsuchende Anspruch darauf hat, dass über sein Gesuch um Erlass einer Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden wird. Nach der Totalrevision der Bundesrechtspflege können grundsätzlich nur Entscheide einer richterlichen Vorinstanz beim Bundesgericht angefochten werden.<sup>38</sup> Es besteht daher eine grössere Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des angefochtenen Entscheids als nach dem Entscheid einer Exekutivbehörde, die den Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit nicht unterliegt und die gemäss Art. 33 VGG regelmässig als Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts wirkt. Die Anforderungen an die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und damit an die Hemmung des beim Bundesgericht angefochtenen Entscheids können deshalb höher angesetzt werden, ohne dass dadurch der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz des Einzelnen, welcher der jeweils anwendbaren materiellen Bestimmung zugrunde liegt, verletzt würde.

[Rz 35] Auch praktische und verfahrensökonomische Gründe sprechen dafür, beim ersten, relativ leicht zu beurteilenden Kriterium und nicht erst bei der Interessenabwägung, die eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Streitsache verlangt, die Anforderungen zu erhöhen. Andernfalls müsste der Anordnungsgrund häufig zuerst bejaht werden, der Suspensiveffekt würde nachher aber gestützt auf die Interessenabwägung dennoch nicht gewährt.

[Rz 36] In einem letzten Schritt ist zu bestimmen, in welcher Weise die Anforderungen beim Anordnungsgrund zu erhöhen sind. Auszugehen ist von der Rechtslage bei Art. 55 VwVG. Nach der hier vertretenen Ansicht sind im Rahmen von Art. 55 VwVG nicht wieder gutzumachende Nachteile als Anordnungsgrund erforderlich. Diese sind nicht strenger zu beurteilen als die nicht wieder gutzumachenden Nachteile tatsächlicher Natur im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG.<sup>39</sup>

[Rz 37] Beim Bundesgericht hingegen können Zwischenentscheide, zum Beispiel über den Entzug oder die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, grundsätzlich nur dann angefochten werden, wenn diese zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur führen können.<sup>40</sup> Der Gesetzgeber hat sich damit bewusst zur Frage geäussert, wann das Bundesgericht Zwischenentscheide und damit auch Entscheide der Vorinstanz betreffend die aufschiebende Wirkung zu beurteilen hat. Es erscheint daher angezeigt, auch beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung für das bundesgerichtliche Verfahren dasselbe Kriterium anzuwenden. Dies hat überdies den Vorteil, dass für die Auslegung des Begriffs des rechtlichen Nachteils auf eine umfangreiche Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Weiter wird dadurch eine Einheitlichkeit erreicht, indem vor Bundesgericht resp. vor Bundesverwaltungsgericht der nicht wieder gutzumachende Nachteil für die Anfechtung eines Zwischenentscheids der Vorinstanz jeweils mit dem Anordnungsgrund für den Erlass einer Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes übereinstimmt.<sup>41</sup>

## **2.2 Prüfungsschema <sup>^</sup>**

### **2.2.1 Kein sofortiger Entscheid in der Hauptsache <sup>^</sup>**

[Rz 38] Kann die Beschwerde sofort abgewiesen oder gutgeheissen werden, braucht das Bundesgericht nicht zuerst über die aufschiebende Wirkung zu urteilen. Vielmehr ist umgehend in der Hauptsache zu entscheiden, wodurch das Gesuch um Erteilung des Suspensiveffekts gegenstandslos wird.

### **2.2.2 Mögliches Objekt der aufschiebenden Wirkung <sup>^</sup>**

[Rz 39] Der Suspensiveffekt kann nur erteilt werden, wenn eine Verfügung angefochten ist, die der aufschiebenden Wirkung überhaupt zugänglich ist. Ausgeschlossen ist die aufschiebende Wirkung namentlich bei negativen Verfügungen. In diesem Fall gewährleistet nur eine vorsorgliche Massnahme effektiven Rechtsschutz.

### **2.2.3 Prüfung des Anordnungsgrundes und der Verhältnismässigkeit <sup>^</sup>**

[Rz 40] Die aufschiebende Wirkung wird nur erteilt, wenn dem Gesuchsteller nicht wieder

gutzumachende Nachteile rechtlicher Natur drohen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt nur dann ein rechtlicher Nachteil vor, wenn dieser selbst durch einen für den Betroffenen günstigen Endentscheid nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.<sup>42</sup> Nur bei Vorliegen solcher irreparabler Nachteile ist der Anordnungsgrund gegeben und prüft das Bundesgericht in einem zweiten Schritt die Verhältnismässigkeit und nimmt eine Interessenabwägung vor. Die obigen Ausführungen bei Ziffer II.2.3.4 betreffend Prüfung der Kriterien Eignung, Erforderlichkeit und Interessenabwägung sind analog anwendbar.

#### IV. Ausblick <sup>^</sup>

[Rz 41] Vor Bundesverwaltungsgericht wirken sowohl Beschwerden von Verfügungsadressaten als auch von Dritten von Gesetzes wegen suspensiv. Die (Dritt-)Beschwerdeführer tragen – mangels Parteientschädigungen, welche die tatsächlichen Aufwendungen decken, und mangels einer griffigen Haftungsnorm zulasten eines unterliegenden Drittbeschwerdeführers – nur sehr geringe Risiken. Dies führt dazu, dass nicht selten Rechtsmittel mit geringen Erfolgsaussichten ergriffen werden, um Zeit zu gewinnen oder sogar um dem Verfügungsadressaten, der von der Verzögerung betroffen ist, sachlich nicht gerechtfertigte Zugeständnisse abzurufen. Begehren um Entzug der aufschiebenden Wirkung werden deshalb ihre Bedeutung behalten und die Gerichte auch unter der Herrschaft des VGG intensiv beschäftigen.

[Rz 42] Anders zu beurteilen ist die Situation bei den öffentlichrechtlichen Verfahren vor Bundesgericht, immer vorausgesetzt, nur ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur wird als genügender Anordnungsgrund anerkannt. Dann nämlich sind die Anforderungen an die Erteilung der aufschiebenden Wirkung klar höher als unter dem heute noch geltenden Recht. Es ist davon auszugehen, dass dies zu einer Reduktion der Begehren um Erteilung des Suspensiveffekts führen wird. Das Bundesgericht entscheidet nicht als erste richterliche Instanz und zudem gewährleistet es in erster Linie eine einheitliche Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung und die Garantie der verfassungsmässigen Rechte. Deshalb ist der gesetzgeberische Entscheid m.E. richtig, dass die Beschwerde ans Bundesgericht in der Regel keine aufschiebende Wirkung hat und eine Interessenabwägung für den Entscheid über den Suspensiveffekt nur vorzunehmen ist, wenn nicht wieder gutzumachende Nachteile rechtlicher Natur drohen.

---

Dr. iur. Xaver Baumberger arbeitet als Anwalt mit Schwergewicht im Bau-, Planungs- und Umweltrecht. Allfällige Kommentare nimmt er gerne unter [baumberger@baumbergertinner.ch](mailto:baumberger@baumbergertinner.ch) entgegen.

Er dissertierte 2006 zum Thema «[Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht](#)». Der Schwerpunkt der Dissertation liegt bei der detaillierten Analyse der massgeblichen Artikel im neuen Bundesgerichts- und Verwaltungsgerichtsgesetz sowie dem Herausarbeiten eines einheitlichen Prüfungsschemas, das auch für kantonale Verfahren anwendbar ist. Abgerundet wird das Werk mit Exkursen zur aufschiebenden Wirkung im Submissionsrecht und zur Frage der Haftung des (unterliegenden) Drittbeschwerdeführers sowie der anordnenden Behörde.

---

<sup>1</sup> Ebenso KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, N 335. Das Bundesgericht wies auch schon darauf hin, dass das Belassen des Status quo gerade zu einer (ev. irreparablen) Veränderung der Verhältnisse führen kann (Urteil des Bundesgerichts [2A.128/2003](#) vom 3. April 2003, E. 3.3.5).

<sup>2</sup> GADOLA, *Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichrechtlichen Bauprozess*, ZBI 95 (1994) 97 ff., 99 f.; HÄNER, *Überlegungen zum Verbandsbeschwerderecht nach dem Zürcher Stadion-Streit*, CaS 2004 121 ff., 125.

<sup>3</sup> [BGE 112 V 74](#), E. 2b; GYGI, *Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege*, ZBI 77 (1976) 1 ff., 11 f.

<sup>4</sup> KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, N 331.

<sup>5</sup> Ausführlich dazu BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 210 ff. u. 296 ff.

<sup>6</sup> Es gibt verschiedene Arten von Verfügungen, die dem (automatischen) Suspensiveffekt nicht oder nur beschränkt zugänglich sind. Die bekannteste Gruppe sind die negativen Verfügungen. Eingehend dazu BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 229 ff.



- 7 Das Bundesgericht setzt dies in seinen Entscheiden stillschweigend voraus. In [BGE 124 V 82](#), E. 1a wird beiläufig darauf Bezug genommen. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, 245 f.; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, Art. 27 N 7 u. Art. 68 N 3.
- 8 KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, N 657.
- 9 [116 Ia 177](#), E. 3b; [113 Ib 60](#), 65; Urteil des Bundesgerichts [2A.439/2004](#) u. [2A.443/2004](#) vom 1. Dezember 2004, E. 2.3; Urteil VGer ZH vom 15. Juni 1994 (VB.94.0031), RB 1994 Nr. 88, E. 2; GADOLA, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, 377 f.; HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, ZSR 116 (1997) II 253 ff., Rz. 73; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, N 334; MERKER, *Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*, Zürich 1997, § 44 Rz. 3; und ausführlich SCHAUB, *Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes*, Zürich 1990, 27, 44 ff. Die Rechtsprechung ist jedoch nicht ganz einheitlich. So wird in [BGE 117 V 185](#), E. 1c, als gesetzliche Grundlage für eine vorsorgliche Massnahme im kantonalen Verfahren nicht die in Frage stehende materielle Gesetzesbestimmung betrachtet, sondern Art. 56 VwVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 VwVG, der keine abschliessende Aufzählung enthalte.
- 10 HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, ZSR 116 (1997) II 253 ff., Rz. 73.
- 11 BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 116 ff.
- 12 Ausführlicher dazu sowie allgemein zu den Anforderungen des Bundesrechts an die aufschiebende Wirkung in kantonalen Rechtsmittelverfahren BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 378 ff., insb. 386 f. u. 391 ff., sowie N 428 f.
- 13 STEINMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, ZBI 94 (1993) 141 ff., 149.
- 14 [BGE 129 II 286](#), E. 3.2; [BGE 110 V 40](#), E. 5b, sowie insb. [BGE 99 Ib 215](#), E. 5; STEINMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, ZBI 94 (1993) 141 ff., 149 f.
- 15 Dies schliesst jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber bei einzelnen Ausnahmebestimmungen zur aufschiebenden Wirkung in Sachgesetzen eine bewusste Interessenabwägung zugunsten der einen oder anderen Partei getroffen hat, die eine Abweichung von der vom Gesetz statuierten Regel nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässt.
- 16 Dazu BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 671 ff.
- 17 Dazu BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 404 ff. u. 416 ff.
- 18 [BGE 110 V 40](#), E. 5b; [BGE 105 V 266](#), E. 2; [BGE 99 Ib 215](#), E. 5.
- 19 Zu den Anforderungen an die Abklärung des Sachverhalts (Abnahme von Beweismitteln) und an die Prüfung von Rechtsfragen BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, S. 705 ff.
- 20 GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983, 244; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, N 650; SCARTAZZINI, *Zum Institut der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in der Sozialversicherungsrechtspflege*, SZS 1993 313 ff., 335; STEINMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, ZBI 94 (1993) 141 ff., 149 f.
- 21 Bei BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, S. 164 f., findet sich ein grafisch gestaltetes Prüfungs- und Ablaufschema, das als Übersicht und Checkliste dienen kann und mit Querverweisen auf weiterführende Erörterungen versehen ist.
- 22 Diese Voraussetzung kommt nicht zum Tragen, wenn die verfügende Instanz den Entzug der aufschiebenden Wirkung eines allfälligen Rechtsmittels anordnet.
- 23 Urteil des Bundesgerichts [2A.698/2005](#) vom 17. Januar 2006, E. 5; Urteil des Bundesgerichts [1A.210/2004](#) vom 12. Oktober 2004, E. 3; Urteil des Bundesgerichts [1A.255/2000](#) vom 29. September 2000, E. 2. Zustimmend: HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, ZSR 116 (1997) II 253 ff., Rz. 92 f.; SCHAUB, *Vorsorgliche Massnahmen*, URP 1997 634 ff., 639.
- 24 Urteile des Bundesgerichts [1A.210/2004](#) vom 12. Oktober 2004 sowie [1A.255/2000](#) vom 29. September 2000. Ausführlich zum Anspruch auf sofortigen Entscheid: BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 722 ff.
- 25 Details und Kasuistik zum Begriff der Geldleistung: BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 431 ff.
- 26 Zur Begründung vgl. BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 495 ff.
- 27 Gewisse Bundesgerichtsurteile bringen denn auch zum Ausdruck, dass nicht drei gleichwertige Voraussetzungen zu prüfen sind, sondern dass eindeutige Prozessaussichten bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind ([BGE 124 V 82](#), E. 6a; [BGE 110 V 40](#), E. 5b).
- 28 BV 5 II; HÄFELIN/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. A., Zürich 2002, N 585.
- 29 [BGE 130 II 149](#), E. 2.3; [BGE 127 II 132](#), E. 3.
- 30 MÜLLER, *Interessenabwägung im Verwaltungsrecht*, ZBI 73 (1972) 337 ff., 344.
- 31 [BGE 128 I 3](#), E. 3e, u. [BGE 126 I 112](#), E. 5.
- 32 Vgl. die Rechtsprechungsbeispiele bei BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 531.
- 33 Zu den massgeblichen Abstufungen (Eindeutigkeit, überwiegende Wahrscheinlichkeit) BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, N 535 ff.; zum Prüfungsmassstab als verfahrensrechtliche Frage, N 705 ff.
- 34 So nun auch ausdrücklich in einzelnen neueren Bundesgerichtsurteilen: [BGE 124 V 82](#), E. 6a; Urteil des Bundesgerichts [U 283/05](#) vom 21. Oktober 2005, E. 2.2.
- 35 GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983, 245.

- <sup>36</sup> Zur (meist nicht bestehenden) Haftbarkeit des Drittbeschwerdeführers, der ein aussichtsloses suspensives Rechtsmittel ergreift: BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, N 787 ff.
- <sup>37</sup> BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, N 596 ff.
- <sup>38</sup> BGG 86; BBI 2001 4226 f.
- <sup>39</sup> Vgl. Ziffer II.2.3.3 oben.
- <sup>40</sup> BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, N 606 f., mit Hinweisen zu den Materialien.
- <sup>41</sup> Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss somit beim Bundesgericht rechtlicher Natur sein (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), währenddem beim Bundesverwaltungsgericht ein tatsächlicher Nachteil genügt (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 46 I lit. a VwVG).
- <sup>42</sup> BGE 127 I 92, E. 1c; BGE 117 Ia 247, E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5P.411/2004 vom 15. März 2005, E. 1.3.

**Rechtsgebiet(e):** [Rechtsgleichheit. Verfahrensgarantien. Willkürverbot](#)

**Erschienen in:** [Jusletter 18. Dezember 2006](#)

**Zitiervorschlag:** Xavier Baumberger, Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesverwaltungs- sowie vor Bundesgericht, in: [Jusletter 18. Dezember 2006](#) [Rz]