

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 116 (1997)

Artikel: Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess

Autor: Häner, Isabelle

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895744>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 13.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess

Referat zum Schweizerischen Juristentag 1997

von Isabelle Häner

Dr. iur., Rechtsanwältin in Zürich, Lehrbeauftragte an der Universität Zürich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	259
Einleitung	263
I. Begriff, Abgrenzungen, Rechtsnatur	264
1. Begriff und Inhalt der vorsorglichen Massnahmen	264
2. Zum Einbezug der aufschiebenden Wirkung	265
A. Rechtfertigung	265
B. Aufschiebende Wirkung – vorsorgliche Massnahmen: Abgrenzungsfragen	268
a. Die Verfügungswirkung soll vollumfänglich eintreten bzw. nicht eintreten	269
b. Teillösungen	272
c. Vorläufige Beurteilung	274
3. Abgrenzungen	275
A. Vorbeugender Rechtsschutz	275
B. Abgrenzung zu den Sanktionen	276
C. Abgrenzung zur Gefahrenvorsorge	277
D. Polizeilich motivierte vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Gefahrenverdacht	278
E. Abgrenzung zur polizeilichen Generalklausel	279
F. Versuchsmassnahmen	279
4. Zur Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahmen	280
A. Zwischenverfügung als formelles Abgrenzungs- kriterium der vorsorglichen Massnahme?	280
B. Abgrenzung vorsorglicher Massnahmen in der Form von Endverfügungen zu Verfügungen mit Nebenbestimmungen	283
C. Abgrenzung zum Teilentscheid – zu Auskünften in Verfügungsform	287
5. Einschätzung der praktischen Bedeutung	288
II. Funktion der vorsorglichen Massnahmen	290
1. Sicherung der Wirksamkeit der Endentscheidung	290
2. Interimistische Befriedungsfunktion durch Minimierung und Verteilung des Fehlentscheidungsrisikos	292
3. Fazit: Feststehende Sicherungsfunktion – Offene Fragen bezüglich der Qualifikation der Nachteile und der interimistischen Befriedungsfunktion . . .	293
4. Sofortige Rechtswirksamkeit von Verfügungen – Privilegierung des Status quo	294

A.	Zuvorderst: Grundsatz der sofortigen Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Verfügung	294
B.	Privilegierung der bisherigen Rechtslage – Infragestellung der Begründung	294
C.	Durchgriff auf das materielle Recht: Das Gesetzmässigkeitsprinzip	296
D.	Eingeschränkte Geltung der Verfahrensrechte	298
5.	Fazit	299
6.	Ergeben sich aus den Freiheitsrechten in funktioneller Hinsicht Besonderheiten?	301
7.	Verlangt die Rechtsgleichheit eine besondere Behandlung von Drittbeschwerden durch Private (Nachbarn, Konkurrenten)?	304
A.	Gleichverteilung der Risiken am Verfahrensausgang?	304
B.	Prozessuale Chancengleichheit	306
C.	Mittel gegen die ungerechtfertigte Beschwerdeführung	307
III.	Typisierung vorsorglicher Massnahmen im Verwaltungsrecht	309
IV.	Die gesetzliche Grundlage	313
1.	Materiell rechtliche Grundlage der zwischenzeitlichen Regelung	313
2.	Die genügende gesetzliche Grundlage zum Erlass von Regelungs- und Sanktionsmassnahmen	314
3.	Bedeutung verfahrensrechtlicher Normen	318
4.	Der generelle Entzug der aufschiebenden Wirkung in den Verfahrensgesetzen im Besonderen	319
V.	Inhaltliche Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen	322
1.	Vorgehen	322
2.	Regelungsmassnahmen	322
A.	Die Entscheidungssystematik: Das Verhältnis von Entscheidprognose, Anordnungsgrund und Interessenabwägung	322
B.	Die Entscheidprognose	325
a.	Feststellung der Prognose	325
b.	Einzelfragen zur Entscheidprognose: Bindung an die Prognose, Problem der Vorbefasstheit	331
C.	Anordnungsgrund: Der schwere, wahrscheinlich eintretende Nachteil	332
a.	Schwerer Nachteil	332
b.	Zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, insbesondere zeitliche Dringlichkeit	341

c.	Die Entscheidungsprognose als weiteres Kriterium der Wahrscheinlichkeitsprüfung	341
D.	Zur Verhältnismässigkeit der Massnahme	343
3.	Sicherungsmassnahmen, insbesondere die Anordnung der aufschiebenden Wirkung	351
A.	Gesetzliche Regelung als Ausgangspunkt	351
B.	Genereller Entzug im Sachgesetz, Erteilung im Einzelfall	352
C.	Genereller Entzug im Verfahrensgesetz, Erteilung im Einzelfall	354
D.	Ausnahmslose Geltung der aufschiebenden Wirkung von Gesetzes wegen	356
E.	Ausserordentliche Rechtsmittel	357
4.	Sanktionsmassnahmen	359
A.	Zur Beseitigung einer Gefahrensituation	360
B.	Massnahmen bei angemasster Rechtsposition, insbesondere vorsorglicher Baustopp/Nutzungsstopp	361
VI.	Verfahren bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen	363
1.	Erlassform	363
2.	Verfahrensablauf	366
A.	Grundsätze	366
B.	Antragsberechtigung	366
C.	Zuständigkeit	368
D.	Koordinationsfragen	370
E.	Das summarische Verfahren	371
F.	Eröffnung und Begründung der Massnahmen	374
VII.	Zum Rechtsschutz gegen vorsorgliche Massnahmen	376
1.	Die massgebenden Garantien der EMRK	376
2.	Zuständigkeitsfragen, Rechtsmittelbefugnis, aufschiebende Wirkung, Frist	377
3.	Der nicht wiedergutzumachende Nachteil als besondere Anfechtungsvoraussetzung für Zwischenverfügungen	379
4.	Überprüfungsbefugnis und Abklärung des Sachverhaltes	382
VIII.	Wirkung der vorsorglichen Massnahmen	384
1.	Anknüpfung der aufschiebenden Wirkung an die Rechts- mittelfrist oder an die Rechtsmittelerhebung?	384
2.	Wirksamkeits- und Vollstreckungshemmung der Hauptverfügung bei aufschiebender Wirkung des Rechtsmittels	384
3.	Restitution bei Regelungsmassnahmen	387

4.	Die Zulässigkeit der Verwahrung (Vorbehalt der Endverfügung)	391
5.	Abänderbarkeit der Verfügung und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen	392
6.	Ende der Wirkung vorsorglicher Massnahmen	392
IX.	Haftung	394
1.	Staatshaftung	394
A.	Allgemeines	394
B.	Die Sondernorm von Art. 55 Abs. 4 VwVG (i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VwVG)	397
C.	Die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes	399
2.	Haftung der privaten Drittbeschwerdeführer und Verbände	400
A.	Gestützt auf Art. 41 OR	400
B.	Kausalhaftung?	401
3.	Sicherheitsleistung der privaten Gegenpartei?	405
4.	Ausdehnung der staatlichen Entschädigungspflicht	405
5.	Überlegungen de lege ferenda: Vorsorgliche Massnahmen als Deregulierungsinstrument?	409
X.	Zusammenfassende Thesen	412
	Literaturverzeichnis	418

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
BBi	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BUWAL	Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess
bzw.	beziehungsweise
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz
ders.	derselbe
EBG	Eisenbahngesetz
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
ELG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i.V.m.	in Verbindung mit
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LJPA	Loi sur la juridiction et la procédure administratives
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz)
LPA	Loi sur la procédure administrative/Legge di procedura per le cause amministrative

NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz
NHV	Verordnung über den Natur- und Heimatschutz
NSG	Bundesgesetz über die Nationalstrassen
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz)
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz)
OHV	Verordnung über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfeverordnung)
OW/VVGE	Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden
PBG	Planungs- und Baugesetz
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden
RB ZH	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich an den Kantonsrat
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RLG	Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz)
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung
RTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen
Rz.	Randziffer
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SHOG	Amtsbericht des Kantons Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SORE	Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates des Kantons Solothurn und Departementalverfügungen (inkl. Departementsgutachten)
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz)
TVR	Thurgauische Verwaltungsrechtspflege
URP	Umweltrecht in der Praxis/Le Droit de l'environnement dans la pratique
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz)
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VPS	Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren für Starkstromanlagen
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz

VRP(G)	Verwaltungsrechtspflege (-gesetz)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
WaG	Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz)
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen, herausgegeben vom Bundesamt für Sozialversicherungen; ab 1993 AHI-Praxis (Rechtsprechung und Verwaltungspraxis)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZG-GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Einleitung

Vorsorgliche Massnahmen im öffentlichen Verfahrens- und Prozessrecht haben zweifellos eine unterschiedliche Bedeutung. Sie kommen sowohl vor Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens wie auch nach Erlass der Verfügung vor, wobei hier Anordnungen über die aufschiebende Wirkung weit häufiger anzutreffen sind.

Die Durchsicht der verschiedenen Gesetze und der Praxis zeigt eine Vielfalt von möglichen Voraussetzungen auf, die zum Erlass der vorsorglichen Massnahmen führen können. Einerseits soll im Rahmen einer Interessenabwägung ein überwiegender Nachteil genügen, andererseits werden überzeugende Gründe oder ein schwerer Nachteil verlangt. Die Erfolgsprognose in der Hauptsache wird in der Regel soweit berücksichtigt, als sie eindeutig ist. Zum Teil soll aber gänzlich davon abgesehen oder umgekehrt – bei Drittbeschwerden – vermehrt darauf abgestellt werden.

Ziel des vorliegenden Referates ist es, den Stellenwert der einzelnen möglichen Voraussetzungen, die das vorsorgliche Handeln zu rechtfertigen vermögen, aufzuzeigen, um so zu einer umfassenden Ordnung des vorsorglichen Handelns zu gelangen.

Bevor jedoch die Diskussion um die Voraussetzungen im Einzelnen geführt werden kann, wird man nicht umhin können, die vorsorglichen Massnahmen begrifflich zu erfassen und auch gegenüber den verwandten Rechtsinstituten abzugrenzen.

Eine weitere, umstrittene Frage im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmen bildet die Frage, wem der Schaden, welcher infolge der Verfahrensdauer entsteht, aufgebürdet werden kann. Das geltende Recht anerkennt Schadenersatzansprüche des Privaten jedenfalls nur in sehr beschränktem Umfang. Fraglich ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob dies überhaupt ein Problem des Verfahrensrechts darstellt oder ob nicht besser beim materiellen Recht angesetzt werden sollte; denn in vielen Fällen lassen sich die materiellrechtlichen Institute, wie etwa die Bewilligung, gar nicht anders als über Verfahren verwirklichen.

I. Begriff, Abgrenzung, Rechtsnatur

1. Begriff und Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

1. Begrifflich werden hier die vorsorglichen Massnahmen verstanden als Anordnungen in der Form einer Verfügung¹, die entweder im Hinblick auf ein einzuleitendes Hauptverfahren oder während der Dauer desselben erlassen werden. Wesensmerkmale der vorsorglichen Massnahmen sind, dass sie zur Endverfügung oder Endentscheidung grundsätzlich, soweit keine anderweitigen Anordnungen getroffen werden, *akzessorisch* sind und mit Erlass oder der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache dahinfallen²; weiteres Element ist sodann, dass sie *vorläufig* gelten und die Regelungswirkung nur temporär eintritt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ergehen sie aufgrund einer *summarischen Prüfung* der Sach- und Rechtslage, soweit nicht die ex lege vorgesehene Lösung gilt³. Die Besonderheit der vorsorglichen Massnahmen besteht somit darin, dass weder der Sachverhalt endgültig festgestellt noch die Rechtsfragen definitiv geklärt sind. Auf der anderen Seite kann es aber auch eintreten, dass sich der Sachverhalt noch nicht endgültig entwickelt hat, aber für die Hauptentscheidung massgebend ist; unter Umständen ist eine rechtliche Beurteilung der Hauptsache auch deshalb noch nicht möglich, weil Zuständigkeitsfragen vorweg zu entscheiden sind oder die Beurteilung einer Vorfrage durch eine andere Instanz abgewartet werden muss⁴.

2. Inhaltlich geht es darum, vom Erlass der vorsorglichen Massnahme weg bis zur rechtskräftigen Endentscheidung eine *Übergangslösung* zu treffen. Vorsorgliche Massnahmen stellen eine Ordnung für die Zwischenzeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache zur Verfügung.

Zu unterscheiden sind die vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit einem Verwaltungsverfahren und solche, die in Zusammenhang mit einem Verwaltungsprozess stehen. Während im letzteren Verfahren unter die vorsorglichen Massnahmen sowohl die aufschiebende Wirkung wie auch

1 Nicht behandelt werden hier somit die übrigen Handlungsformen der Verwaltung, die allerdings durchaus auch vorsorglichen Charakter haben können, so insbesondere das privatrechtliche Handeln, vgl. z.B. hinten, Rz. 20, oder die Realakte. Die spezifischen Voraussetzungen zum vorsorglichen Handeln können allerdings sinngemäss übertragen werden.

2 Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 1995, in: URP 1996, S. 33; BGE 111 Ib 185 = Pra 75 Nr. 62.

3 KOPP, S. 33.

4 Vgl. KOPP, S. 33; LÜCKE, S. 5.

andere vorsorgliche Massnahmen fallen⁵, steht vor Erlass der Verfügung lediglich die Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen in Frage⁶.

Die *aufschiebende Wirkung* der Verfügung oder des Rechtsmittelentscheides knüpft entweder an den Lauf der Rechtsmittelfrist oder an die Rechtsmittelerhebung an. Sie bedeutet, dass die im Dispositiv angeordnete Rechtsfolge für die Beteiligten mit der Eröffnung der Verfügung oder des Rechtsmittelentscheides nicht effektiv werden kann⁷. Da sich die aufschiebende Wirkung immer auf das im Dispositiv festgehaltene Verfügungsobjekt als solches bezieht, zeitigt sie bei *negativen Verfügungen* keine Folgen.

Die anderen *vorsorglichen Massnahmen* können zweierlei betreffen: Entweder enthalten sie gegenüber der streitbetroffenen Verfügung ein Minus oder (und) innerhalb des Verfahrenszieles der Hauptsache ein Aliud⁸ oder aber sie stimmen – abgesehen von der Vorläufigkeit – mit dem Inhalt der Verfügung und damit auch mit den dort vorgesehenen Rechtsfolgen überein; alsdann werden sie deshalb angeordnet, weil die aufschiebende Wirkung nicht zum Tragen kommen kann⁹; dies ist nach dem Gesagten der Fall vor Erlass der Verfügung sowie bei negativen Verfügungen.

2. Zum Einbezug der aufschiebenden Wirkung

A. Rechtfertigung

3. Im Anschluss an die bundesrechtliche Regelung insbesondere von Art. 55 f. VwVG wird die Gleichsetzung von vorsorglichen Massnahmen und der aufschiebenden Wirkung allgemein anerkannt¹⁰. Auf der anderen Seite bestehen jedoch kantonale Regelungen, welche die beiden Institute

5 So ausdrücklich Art. 55 f. VwVG; sinngemäss Art. 111, Art. 113 i.V.m. Art. 94 OG; GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 1.

6 Vgl. etwa AGVE 1980, S. 285 ff.

7 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 246.

8 Vgl. KAUFMANN, S. 18, 82; BAUR, S. 70 ff.; KUHN, S. 197; Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 1995, in: URP 1996, S. 233 E. 6b; im öffentlichen Prozessrecht kann bei einem alleinigen Minus die aufschiebende Wirkung unter Umständen teilweise entzogen werden, dazu hinten, Rz. 12, 117 und 125.

9 GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 9 f.; zum Streitgegenstand hinten, Rz. 117, 152.

10 Vgl. etwa KARLEN, S. 100; STEINMANN, S. 143; KÖLZ/HÄNER, Rz. 284; GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 376; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 245; SALADIN, S. 210; differenziert SCHAUB, S. 9, 11 ff., wobei dort in der Folge aber gleichermassen beide Anordnungsmöglichkeiten behandelt werden, ähnlich RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1325 ff., 1330 ff.

unterscheiden, indem sie die Zuständigkeiten, den Rechtsmittelweg oder sogar die Voraussetzungen zum Erlass der einen oder anderen Anordnung verschieden ausgestalten¹¹.

Angesichts dieser Sachlage drängt sich eine dogmatische Hinterfragung auf. Im Zivilprozessrecht hat der Entzug der aufschiebenden Wirkung in der Regel auch den Eintritt der formellen Rechtskraft und damit der Vollstreckbarkeit zur Folge¹². Der in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen angelegten Gleichschaltung von vorsorglichen Massnahmen und aufschiebender Wirkung liegt dagegen der Ansatz zugrunde, dass die Verfügungen grundsätzlich sofort und damit unabhängig der formellen Rechtskraft wirksam und vollstreckbar werden¹³. Die formelle Rechtskraft ist von der aufschiebenden Wirkung losgelöst und tritt – abgesehen vom Fall des unbenutzten Ablaufs der Rechtsmittelfrist – erst nach Erschöpfung des funktionellen Instanzenzuges, der die ordentlichen Rechtsmittel bezeichnet, ein¹⁴. Die Loslösung des Instituts der aufschiebenden Wirkung von der formellen Rechtskraft hatte es auch ermöglicht, die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Wirksamkeit und die Vollstreckbarkeit der Verfügung zu unterscheiden, so dass sie sich unter Umständen nur auf die Vollstreckbarkeit erstreckt¹⁵. Knüpft die auf-

11 Im *verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht* kann die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 111 Abs. 2 OG auch von Amtes wegen angeordnet werden, während die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 113 i.V.m. Art. 94 OG nur auf Antrag hin angeordnet werden dürfen. Anschaulich auch die Regelung im Kanton *Schwyz*, § 36 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, dazu EGV-SZ 1986, S. 6 E. b, wo die Anfechtbarkeit des Entzuges der aufschiebenden Wirkung nur möglich ist, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil dargetan ist, während Zwischenverfügungen über vorsorgliche Massnahmen ohne diese Einschränkung angefochten werden können. Im Kanton *St. Gallen* steht kein Rekurs gegen eine Anordnung der Rekursbehörden über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zur Verfügung: Art. 51, Art. 18 und Art. 44 VRP-SG, VRP, S. 624 f., SGGVP 1990 Nr. 102, CAVELTI, S. 274 f. Im Kanton *Bern* sehen sodann Art. 27 und Art. 68 VRG-BE für die vorsorglichen Massnahmen und den Entzug der aufschiebenden Wirkung je unterschiedliche Voraussetzungen vor. Ebenso die Regelung im Kanton *Thurgau*, §§ 11 und 48 VRG-TG, TVR 1994, S. 50 E. b.

12 MEIER, Grundlagen, S. 83; kritisch für das Zivilprozessrecht VON SALIS, S. 6 ff., dann aber S. 83 ff. in Bezug auf das zürcherische Recht; vgl. auch die Hinweise in BGE 106 Ia 157 E. 3.

13 KÖLZ, Kommentar VRG, § 20, Rz. 4; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 229; BGE 119 V 506; hinten, Rz. 46.

14 Dementsprechend ist im öffentlichen Prozessrecht die Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln nicht mit der aufschiebenden Wirkung verknüpft, BGE 112 V 77 E. 3; KNAPP, L'effectivité, S. 469; KÖLZ/HÄNER, Rz. 175; vgl. nun aber RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 622, welche der Suspensivwirkung nunmehr unterstellen, dass sie die formelle Rechtskraft hemmt.

15 Vgl. KÖLZ, Kommentar VRG, § 25, Rz. 25, und daran anschliessend für das zürcherische Verwaltungsrechtspflegegesetz, RB ZH 1994 Nr. 1. Hinten, Rz. 179 ff.

schiebende Wirkung zudem erst an die Rechtsmittelerhebung an, hindert der Lauf der Rechtsmittelfrist die Wirksamkeit einer Verfügung nicht; doch kann sich das Gesetz der sofortigen Vollstreckbarkeit entgegenstellen¹⁶.

Weil Verfügungen unabhängig der formellen Rechtskraft sofort wirksam und vollstreckbar werden, besteht der Sache nach kein Unterschied zu den anderen vorsorglichen Massnahmen: Die Anordnungen über die aufschiebende Wirkung schaffen oder erhalten ebenfalls einen vorläufigen Zustand bis zum endgültigen Entscheid¹⁷; sie bilden mit anderen Worten gleichermassen eine Übergangslösung. Dementsprechend unterscheidet sich auch die Interessenlage der Parteien nicht grundsätzlich¹⁸.

Hier sei immerhin festgehalten, dass die Sachlage auch im öffentlichen Prozessrecht nicht mehr eine grundsätzlich andere ist als im Zivilprozessrecht, sobald das Gesetz von der Vermutung der aufschiebenden Wirkung ausgeht, dabei an den Lauf der Rechtsmittelfrist anknüpft und die gesamte Wirksamkeit und damit auch die Vollstreckbarkeit umfasst¹⁹. Immerhin sei aber auf zwei Unterschiede hingewiesen:

- Da die vorsorglichen Massnahmen mit der Rechtskraft des Endentscheides dahinfallen, tritt im Zivilprozessrecht diese Wirkung grundsätzlich auch ein, wenn die aufschiebende Wirkung entzogen wird²⁰. Anders dagegen im öffentlichen Prozessrecht; hier bleiben die vorsorglichen Massnahmen bis zur formellen Rechtskraft der Verfügung bestehen²¹, unabhängig davon, welche Regelungen über die aufschiebende Wirkung getroffen wurden.

Im Streit um den Zuschlag einer Jagdpacht kann die aufschiebende Wirkung bei Anfechtung durch Konkurrenten entzogen werden, um den Pachtvertrag möglichst rasch abschliessen zu können. Damit die Pflege des Jagdreviers bis zum Abschluss des definitiven Pachtvertrages gesichert ist, kann zusätzlich eine provisorische Vergabe der Jagdpacht angeordnet werden²². Genaugenommen kann die provisori-

16 So Art. 39 lit. b VwVG: Diese Norm bezieht sich lediglich auf die Vollstreckung, während die Wirksamkeit der Verfügung mit der Eröffnung derselben eintritt. Erhebt der Verfügungsadressat oder eine Drittperson dagegen ein Rechtsmittel, hemmt dies nach Art. 55 Abs. 1 VwVG aber auch die Wirksamkeit der Verfügung, GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 243; SALADIN, S. 207 f.; KÖLZ/HÄNER, Rz. 279.

17 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 245, 322; MEYLAN, S. 47; VRP, S. 625, SGGVP 1990 Nr. 102.

18 BGE 117 V 191 E. 2b. So auch für das Zivilprozessrecht, MEIER, Grundlagen, S. 84.

19 KÖLZ, Kommentar VRG, § 20, Rz. 4; MEYLAN, S. 50, 53.

20 MEIER, Grundlagen, S. 83; es sei denn, eine begrenzte Fortgeltung würde ausdrücklich angeordnet.

21 Vgl. hinten, Rz. 193.

22 Vgl. TVR 1994, 50: Allerdings entschied das thurgauische Verwaltungsgericht anders und ging insgesamt von einer vorsorglichen Massnahme aus.

sche Vergabe der Pacht unabhängig der Anordnungen über die aufschiebende Wirkung Bestand haben.

- Des weiteren ergibt sich die Besonderheit, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht zur Folge hat, dass die untere Instanz *verpflichtet* ist, den Entscheid bereits zu vollziehen. Dies müsste mit vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden²³.

4. Demnach ist zwischen vorsorglichen Massnahmen im engeren und weiteren Sinn zu unterscheiden, wobei unter die letzteren auch das Institut der aufschiebenden Wirkung fällt. Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur von vorsorglichen Massnahmen gesprochen, wenn diejenigen im weiteren Sinn gemeint sind. Dort, wo jedoch eine ausdrückliche Unterscheidung gefordert ist, wird gesondert darauf verwiesen.

B. Aufschiebende Wirkung – vorsorgliche Massnahmen: Abgrenzungsfragen

5. Sehen die kantonalen Gesetze unterschiedliche Voraussetzungen oder Verfahrensmodalitäten vor, so wird sich die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde danach auszurichten und die Institute voneinander abzugrenzen haben. Dies kann mitunter zu erheblichen Schwierigkeiten führen²⁴.

Eine Fallgruppe, in welcher die Abgrenzung zu Diskussionen Anlass gibt, bildet diejenige, in welcher die Verfügungswirkung vollumfänglich herbeigeführt bzw. vollumfänglich vorläufig nicht verwirklicht werden soll und die Frage beantwortet werden muss, ob die für die Dauer des Verfahrens beabsichtigte Regelung mit aufschiebender Wirkung oder mit einer vorsorglichen Massnahme erreicht werden kann (a). Des weiteren stellt sich aber auch die Frage nach der Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen und aufschiebender Wirkung, wenn als Zwischenlösung etwas anderes oder weniger als das mit der Hauptverfügung Angestrebte verwirklicht werden soll, wenn mithin Teillösungen in Frage stehen (b).

23 BGE 119 V 505 E. 2 = Pra 72 Nr. 503.

24 Vgl. STEINMANN, S. 144 f.; GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 9 ff.

a. *Die Verfügungswirkung soll vollumfänglich eintreten bzw. nicht eintreten*

6. Bei negativen Verfügungen zeitigt die aufschiebende Wirkung keine Folgen. Will man die abgelehnte Verfügung trotzdem vorwegnehmen, kann nur eine vorsorgliche Massnahme Abhilfe schaffen²⁵.

Negative Verfügungen beinhalten gemäss der Definition von Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten. Sie ergehen zwar ihrer Natur nach grundsätzlich auf Gesuchstellung hin. Fehlt es allerdings an einem ausdrücklichen Gesuch, ist die Qualifikation unter Umständen nicht ganz einfach. Dementsprechend bestehen auch Unsicherheiten, ob nun Anordnungen über die aufschiebende Wirkung getroffen werden sollen, oder ob vorsorgliche Massnahmen erforderlich sind.

Ist unsicher, ob überhaupt eine negative Verfügung vorliegt, ist am besten von den bereits aufgrund des Gesetzes oder einer Verfügung geltenden Rechten auszugehen und danach zu fragen, ob die vom Verfügungsadressaten angestrebte Folge mit oder ohne positive Verfügung eintreten wird. Wird sie auch ohne Verfügung eintreten, will die Behörde dies aber grundsätzlich verhindern und verneint sie das geltend gemachte Recht, handelt es sich um eine positive Verfügung. Im umgekehrten Fall dagegen, wenn die angestrebte Folge ohnehin nur durch eine Verfügung eintreten könnte, liegt bei einem ablehnenden Entscheid eine negative Verfügung vor.

Als Beispiel sei auf die Qualifikation von Promotionen der Schülerinnen und Schüler verwiesen. Während die Nichtaufnahme in das Gymnasium oder – beim Übertritt in die Oberstufe – die Nichtaufnahme in die Sekundarschule nach dem Gesagten eine negative Verfügung darstellt, ist die Nichtpromotion in die nächst höhere Klasse derselben Schulstufe zuweilen unklar; manchmal wird sie als negative Verfügung betrachtet²⁶; auf der anderen Seite gehen Lehre und Praxis aber auch von einer positiven Verfügung aus²⁷. Da die Promotion der Schülerinnen und Schüler in die nächsthöhere Klasse in der Regel nicht durch Verfügung, sondern

25 Vgl. etwa BGE 117 V 188; OW/VVGE 1989/90, S. 140 = ZBl 1991, S. 353 ff.: Ein rechtskräftig abgewiesener Asylbewerber ersuchte die kantonale Behörde unter anderem um eine Jahresaufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen und um Aufschub der Ausschaffung, die mangels Zuständigkeit der kantonalen Behörde nicht hatte erteilt werden dürfen; im Rechtsmittelverfahren hätte die Behörde genaugenommen nicht über die aufschiebende Wirkung, sondern über einen Antrag um vorsorgliche Massnahmen entscheiden müssen, denn die Ablehnung des ersuchten Aufschubes der Ausschaffung (bzw. richtigerweise das Nichteintreten auf das Gesuch) kommt einer negativen Verfügung gleich. Vgl. auch SALADIN, S. 208.

26 So offenbar die frühere zürcherische Praxis, zitiert bei KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 22, § 25 Rz. 16; sowie GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 11.

27 So etwa die aargauische Praxis: AGVE 1981, S. 517 sowie KÖLZ, a.a.O.; zudem BGE 105 Ia 318 ff. bezüglich der Praxis im Kanton Genf.

unmittelbar, unter Umständen gestützt auf die gesetzliche Regelung, erfolgt, kann bei der Nichtpromotion nicht von einer negativen Verfügung ausgegangen werden, sondern es liegt eine positive Verfügung vor: Das bereits bestehende Recht der Schülerin oder des Schülers auf Promotion wird durch den Nichtpromotionsentscheid geändert. Soll die Schülerin die nächsthöhere Klasse während des Rechtsmittelverfahrens besuchen, genügt hier die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels und sind besondere vorsorgliche Massnahmen nicht erforderlich.

7. In diesem Zusammenhang ist weiter auf diejenigen Fälle hinzuweisen, in welchen die langdauernde Duldung der Behörde eine Vertrauensgrundlage schafft, welche der Wiederherstellung des ursprünglichen, rechtmässigen Zustandes entgegengestellt werden kann. Hier bedeutet die nachträgliche Bewilligungsverweigerung ebenfalls eine Änderung des bisherigen, auf der Vertrauensgrundlage beruhenden Rechts des gutgläubigen Individuums. Bei Anfechtung der nachträglichen Bewilligungsverweigerung berechtigt die aufschiebende Wirkung deshalb zur Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes, z.B. zum Weiterbetrieb einer ohne Bewilligung errichteten Tankstelle²⁸.

8. Fraglich ist, ob die aufschiebende Wirkung auch greift, wenn sich das Individuum eine *Rechtsposition angemasst* hat, die Behörde in der Folge verfügungsmässig einschreitet und die angemassete Tätigkeit verbietet, nachfolgend aber ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werden kann. Wird beispielsweise mittels Befehl das Weiterbauen verboten oder eine Betriebschliessung angeordnet, stellt sich die Frage, ob bereits diese Anordnung einer negativen Verfügung gleichzusetzen ist und eine allfällig von Gesetzes wegen geltende aufschiebende Wirkung ohnehin folgenlos bleibt. Geht man davon aus, könnte die Behörde in solchen Fällen jeweils vom Entzug der aufschiebenden Wirkung absehen und wäre im Rechtsmittelverfahren ein Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung als einen solchen auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme, beispielsweise auf provisorische Bewilligungserteilung, zu deuten. Dies wird zum Teil in Anlehnung an GYGI²⁹ von der Praxis bejaht, wenn die Annahme der Bewilligungspflicht und somit des gesetzlichen Verbotes nicht offensichtlich unbegründet ist³⁰. Teils wird in solchen Fällen jedoch auch von der grundsätzlichen Geltung der aufschiebenden Wirkung ausgegangen und deren Entzug angeordnet³¹. Letztere Auffassung verdient meines Erachtens den Vorzug. Anordnungen, wie der Baustopp, bedürfen einer eigenständigen Betrachtung. Bei derartigen

28 KÖLZ, Kommentar VRG, § 25, Rz. 11; anders GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 11.

29 GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 10; daran anschliessend ZOLLIKOFER, S. 79 ff.

30 Vgl. etwa AGVE 1988, S. 414 ff.; EGV-SZ 1987, S. 8; PVG 1982, S. 63. RUCH, S. 12.

31 So insbesondere die Praxis im Kanton Zürich, vgl. KÖLZ, Kommentar VRG, § 25 Rz. 9. Vgl. auch RB ZH 1994 Nr. 88.

Befehlen, die im übrigen häufig als vorsorgliche Massnahme ergehen, steht grundsätzlich noch nicht fest, ob der eigenmächtig geänderte Zustand überhaupt gegen ein gesetzliches Verbot verstösst und der Bewilligungspflicht unterliegt. Das vom Verfügungsadressaten geltend gemachte Recht, die von ihm angestrebte Folge, beinhaltet, die Tätigkeit ohne Bewilligung auszuüben. Damit jedoch das Gesetz überhaupt anwendbar ist und die von den Behörden behauptete gegensätzliche Folge, das Verbot, auch durchgesetzt werden kann, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen feststehen. Unter diesem Gesichtspunkt ist demnach ebenso bei Befehlen, die eine unmittelbar von Gesetzes wegen bestehende Pflicht durchsetzen, von einer positiven Verfügung auszugehen und muss zur Herbeiführung der sofortigen Wirksamkeit die aufschiebende Wirkung entzogen werden.

Diese Grundlegung bedeutet im Ergebnis selbstverständlich nicht, dass solche Befehle, die mit einem nachfolgenden Bewilligungsverfahren in Zusammenhang stehen, nicht gleich effizient durchgesetzt werden können. Vielmehr ergibt sich das Folgende: Ein Nutzungsverbot, eine Betriebsschliessung oder ein Bauverbot können bei den entsprechenden Voraussetzungen als Sanktionsmassnahmen³² angeordnet werden. Sind sie als vorsorgliche Massnahme gerechtfertigt, wird sich im Regelfall auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen lassen³³. Im nachfolgenden Bewilligungsverfahren verhält es sich im übrigen gleich, wie wenn die Bewilligungserteilung abgewartet worden wäre: Wird eine allfällige Bewilligungsverweigerung angefochten, hat die aufschiebende Wirkung gleichermassen nicht zur Folge, dass die Baute nun rechtmässig und das Bauverbot hinfällig würde.

9. Bei positiven Feststellungsverfügungen greift der Entzug der aufschiebenden Wirkung dann nicht, wenn eine Feststellungsverfügung, die auf die Feststellung vergangenen Unrechts abzielt und dieses bejaht, angefochten wird. Es ergibt sich aus dem Wesen der Feststellungsverfügung, dass vergangene Rechtsverletzungen damit nicht rückgängig gemacht werden können.

Hingegen erlangen Anordnungen über die aufschiebende Wirkung Wirksamkeit, sofern an die positive Feststellung gleichzeitig Rechtsfolgen geknüpft sind.

So bedeutet der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei der Feststellung des Nebenbetriebsstatus eines Geschäftes auf dem SBB-Areal, dass dieses nicht mehr den kantonalen Ladenschlusszeiten unterliegt³⁴.

Ein Spezialfall besteht dort, wo das Verwaltungsgericht über die Rechtmässigkeit einer vorzeitigen Entlassung aus dem Dienstverhältnis nur eine Feststellungsentcheidung treffen, hingegen die Entlassungsverfügung nicht aufheben kann. Mit

32 Zum Begriff hinten, Rz. 71.

33 Vgl. SCHAUB, S. 88.

34 BGE 116 Ib 350 E. 3b = Pra 80 Nr. 9.

einem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung kann damit auch nicht die Fortzahlung des Lohnes erreicht werden³⁵.

10. Auch im Laufe des Rechtsmittelverfahrens kann unklar sein, welche Anträge seitens der Parteien gestellt werden sollen bzw. welche Anordnung die Rechtsmittelinstanz treffen soll, um den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Wird der erstinstanzlich angeordnete Bewilligungsentzug von der zweiten Instanz aufgehoben, so hat die aufschiebende Wirkung bei Rechtsmittelerhebung durch Drittbetroffene an die nächste Instanz zur Folge, dass das von der ersten Instanz Angeordnete gilt³⁶. Ausgangspunkt muss jeweils das Entscheiddispositiv bilden.

Einfacher ist es im umgekehrten Fall, wenn eine negative Verfügung ergeht, die in der nächsten Instanz aufgehoben und durch die Bewilligungserteilung ersetzt wird. Soll von der Bewilligung bereits vor Erlass des Rechtsmittelentscheides Gebrauch gemacht werden, ist dies durch vorsorgliche Massnahme anzuordnen. Wird die in zweiter Instanz erteilte Bewilligung von Dritten angefochten und wollen sie verhindern, dass die Bewilligung Wirksamkeit erlangen kann, so genügt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde.

b. Teillösungen

11. Vorerst ist der Entzug einer Polizeibewilligung zu erwähnen, bei welchem sich als vorläufige Anordnung nur ein Teilentzug rechtfertigen lässt. Dazu ein Beispiel, welches gleichzeitig das Zusammenwirken von aufschiebender Wirkung und vorsorglicher Massnahme aufzeigt:

Wird z.B. eine Bewilligung zur Ausübung der selbständigen Arzttätigkeit entzogen, so müsste der Beschwerde die aufschiebende Wirkung ebenfalls entzogen werden, wenn dies gefährdete Patienteninteressen rechtfertigen; soll der Arzt trotzdem noch gewisse Patienten während des Rechtsmittelverfahrens behandeln können, könnte dies als vorsorgliche Massnahme angeordnet werden. Bei dieser Lösung hat man allerdings den Nebeneffekt, dass es vorsorglich gewissermassen zu einer neuen provisorischen Bewilligungserteilung kommt, obwohl der Entzug der ursprünglichen Bewilligung noch nicht formell rechtskräftig geworden ist. Deshalb beschreitet die Praxis den umgekehrten Weg: Man belässt die aufschiebende Wirkung bezüglich des Bewilligungsentzuges und ordnet vorsorglich unter Entzug der aufschiebenden Wirkung für das laufende Rechtsmittelverfahren den Teilentzug der Bewilligung dahingehend an, dass z.B. Patientinnen nicht mehr selbständig ärztlich behandelt werden dürfen.

35 Vgl. AGVE 1993, S. 235.

36 STEINMANN, S. 145, erwägt zusätzlich die Lösung, dass der Nichtgebrauch der Bewilligung in diesem Fall von der dritten Instanz durch vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden kann, weil es der Sache nach um den Bewilligungsentzug gehe.

12. Die Frage, inwiefern die aufschiebende Wirkung nur einen Teil der Verfügung betreffen kann, richtet sich in erster Linie danach, ob sich nach der Natur der Streitsache einzelne Punkte voneinander trennen lassen. Anhaltspunkte können daraus gewonnen werden, ob eine Verfügung auch in Teilrechtskraft erwachsen könnte. Dies ist indessen nur dort zulässig, wo sich einzelne Punkte in der Verfügung klar voneinander trennen lassen und sich die Änderung des einen oder anderen Punktes nicht präjudiziell auf den Rest der Verfügung auswirkt. Praktisch aktuell wird dieser Aspekt einerseits im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips³⁷, insbesondere wenn es um den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu Lasten des Verfügungsadressaten geht, andererseits aber auch bei Drittbeschwerden³⁸. Das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich enthält beispielsweise die Bestimmung, dass Rechtsmittel den Baubeginn oder den Baufortgang nur soweit hindern, als der Ausgang des Verfahrens die Bauausführungen beeinflussen kann³⁹.

Lässt man den Teilentzug der aufschiebenden Wirkung zu, kann im Einzelnen unklar sein, ob dieser genügt oder ob andere vorsorgliche Massnahmen anzuordnen sind. Eine praktikable Abgrenzung lässt sich herbeiführen, wenn man vom Verfügungsgegenstand ausgeht, der durch das Dispositiv bestimmt wird. Sobald gegenüber diesem Gegenstand zusätzliche Anordnungen, beispielsweise zusätzliche Auflagen, zu treffen sind, damit die Zwischenlösung überhaupt sinnvoll ist, diese Anordnungen bei vollständiger Rechtskraft der Verfügung aber wieder hinfällig werden, ist eine vorsorgliche Massnahme zu erlassen⁴⁰. Lässt sich die Verfügung dagegen ohne zusätzliche Bestimmungen in einzelne Teile aufgliedern, genügt der Teilentzug der aufschiebenden Wirkung. Es wird mit anderen Worten auch von der Formulierung des Verfügungsdispositives abhängen, ob ein Teilentzug der aufschiebenden Wirkung überhaupt möglich ist.

13. Wird ein Leistungsbegehren nur teilweise gutgeheissen und mit dem Rechtsmittel die gesamte Leistung, beispielsweise eine ganze statt der zugesprochenen halben Rente verlangt, so geht das Eidgenössische Versicherungsgericht insgesamt von einer negativen Verfügung aus. Damit wird ausgeschlossen, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 111

37 Vgl. dazu auch hinten, Rz. 117.

38 Hinten, Rz. 125; vgl. auch MARTI, S. 286, der die Teilrechtskraft nur bei entsprechendem Behördenbeschluss zulassen will.

39 § 339 PBG ZH; über den genauen Umfang der aufschiebenden Wirkung muss aber gesondert auf Antrag hin oder von Amtes wegen entschieden werden; die Bestimmung wird in der Praxis nur zurückhaltend angewendet.

40 Vgl. das Beispiel, Rz. 11: Würde dieselbe Anordnung nach Erlass der Verfügung oder im Rechtsmittelverfahren getroffen, wäre meines Erachtens ebenfalls eine vorsorgliche Massnahme erforderlich.

Abs. 2 OG nur für den einen Teil der Verfügung gilt, welcher die Leistung zuspricht. Eine vorweggenommene Teilleistung müsste folglich mit vorsorglichen Massnahmen beantragt werden⁴¹. Verfahrensrechtlich ist dies insoweit gerechtfertigt, als das Gericht gemäss Art. 132 lit. c OG auch zuungunsten der Parteien entscheiden kann. In solchen Fällen wird somit ein teilweiser Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht in Frage kommen.

c. *Vorläufige Beurteilung*

14. Die Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn und aufschiebender Wirkung ist mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet. Man könnte einwenden, dass sich die Behörde in den Fällen, in welchen nicht von vornherein klar ist, wie sich die Verfügungsadressaten zu verhalten haben, aus Rechtssicherheitsgründen über die Interimslösung bis zur Endverfügung ohnehin auszusprechen haben⁴², weshalb die Unterscheidung zwischen vorsorglichen Massnahmen und aufschiebender Wirkung auch aufgegeben werden könnte.

Betrachtet man allerdings die Wirkungsweise des Suspensiveffektes etwas näher, wäre diese Folgerung voreilig. Das Institut der aufschiebenden Wirkung greift ausschliesslich nach Erlass der Verfügung. Es hat zur Folge, dass der rechtliche und tatsächliche Zustand vor Erlass des erstinstanzlichen Entscheides, der Status quo, bestehen bleibt, bis über das Rechtsmittel entschieden ist. Demgegenüber zielen der Entzug der aufschiebenden Wirkung wie auch die vorsorgliche Massnahme im engeren Sinn auf eine Änderung dieses rechtlichen und tatsächlichen Zustandes ab.

15. Wenn die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen eintritt, ergibt sich bei genauerem Hinsehen eine Ordnung der vorsorglichen Massnahmen, die zu einer gewissen Privilegierung des Status quo führt: *Vor Erlass* einer Verfügung können lediglich vorsorgliche Massnahmen zu einer Änderung des Status quo führen. *Nach Erlass* einer positiven, den Status quo ändernden Verfügung greift die aufschiebende Wirkung wiederum zugunsten des bisherigen Zustandes. Erst der Entzug derselben bewirkt die vollumfängliche Wirksamkeit der Verfügung und damit die Änderung des Rechtszustandes im Sinne der Verfügung. Mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen dagegen kann in diesem Fall auch eine nur teilweise oder – soweit der Zusammenhang mit dem Verfügungsgegenstand gewahrt bleibt – eine anderweitige Änderung des Status quo erreicht werden. Bei *negativen* Verfügungen, die

41 Hinweis bei SCARTAZZINI, S. 333 mit Anm. 97.

42 Vgl. MARTI, S. 203; STEINMANN, S. 145.

den Status quo nicht ändern und gegenüber der bisherigen Rechtslage die Rechte und Pflichten nicht anders regeln, bleibt es ohnehin beim Bisherigen.

3. Abgrenzungen

A. Vorbeugender Rechtsschutz

16. Der vorbeugende Rechtsschutz ist auf die Abwehr einer bevorstehenden Rechtsbeeinträchtigung gerichtet⁴³ und unterscheidet sich von den vorsorglichen Massnahmen dahingehend, dass er nicht eine Übergangslösung bis zum Erlass einer weiteren Verfügung, sondern eine endgültige Regelung beinhaltet; es geht darum, gegenüber der Verwaltung einen Unterlassungsanspruch durchzusetzen.

17. Solche Ansprüche des Privaten gegenüber der Verwaltung bestehen im schweizerischen Verwaltungsrecht, das in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf der Konzeption des Beschwerdeverfahrens aufbaut und an die Verfügung anknüpft, nur dort, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht.

So kann in diesem Zusammenhang etwa auf Art. 25 Abs. 1 lit. a DSG verwiesen werden, wonach ein Anspruch auf Unterlassung des widerrechtlichen Bearbeitens von Personendaten festgeschrieben ist. Ebenso fällt die Sperrung von Personendaten gemäss Art. 20 DSG darunter⁴⁴.

Bereits einiges vager formuliert ist Art. 67 lit. a RTVG, wonach die Aufsichtsbehörde den Konzessionär auffordern kann, Massnahmen zu treffen, damit sich die festgestellten Rechtsverletzungen nicht wiederholen; hier besteht nur die Möglichkeit einer Empfehlung und kein unmittelbarer Anspruch auf den Erlass einer Verfügung.

18. Fraglich ist, ob mit dem Mittel der Feststellungsverfügung vorbeugend Rechtsschutz verlangt werden kann, zumal damit auch in der Zukunft liegende Sachverhalte beurteilt werden dürfen. Voraussetzung ist einmal, dass es überhaupt um eine Materie geht, die durch Verfügung geregelt werden kann. Es muss somit die – dannzumal ebenfalls durch Verfügung festzulegende – Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen durch die Privatperson in Frage stehen⁴⁵. Auf der anderen Seite muss auch das Feststellungsinteresse

43 SCHOCH, S. 129; vgl. auch ZOLLIKOFER, S. 22 ff.

44 Die Bekanntgabe von Personendaten wird in der Regel nicht als Verfügung qualifiziert, weshalb insoweit keine vorsorgliche Massnahme vorliegt. Auf der anderen Seite genügt aber auch hier ein summarisches Verfahren, indem das schutzwürdige Interesse nur glaubhaft gemacht werden muss. Werden durch eine Datenbekanntgabe die Grundrechte allerdings mittelbar betroffen, müsste meines Erachtens von einer Verfügung ausgegangen werden. So auch MÜLLER, (zitiert in Anm. 47).

45 Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG.

vorliegen; dieses dürfte in solchen Fällen allerdings häufig fehlen, weil die nachfolgende Verfügung ohnehin der nachträglichen Anfechtung unterliegt und nicht sofort vollstreckt werden kann⁴⁶. Das Bedürfnis, gegenüber der Verwaltung Unterlassungsansprüche geltend zu machen, wird sich denn auch vorab dort stellen, wo kein Verfügungsmässiges Handeln möglich ist. Als Beispiel sei hier auf das Informationshandeln verwiesen, etwa wenn die Verwaltungsbehörden über die Gefahr eines Produktes informieren⁴⁷. Das Problem des fehlenden vorbeugenden Rechtsschutzes ist somit nicht ein solches der vorsorglichen Massnahmen, sondern betrifft die Prozessvoraussetzung der Verfügung. Einmal mehr offenbart sich die Notwendigkeit, diese zu überdenken!

B. Abgrenzung zu den Sanktionen

19. Vollstreckungsmassnahmen dienen der unmittelbaren Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten⁴⁸. Sie unterscheiden sich von den vorsorglichen Massnahmen dadurch, dass sie nicht eine Interimslösung bis zum Erlass einer weiteren Verfügung anstreben, sondern die Vollstreckung einer bereits ergangenen Verfügung – unter Umständen einer vorsorglichen Massnahme – oder den unmittelbaren Vollzug einer gesetzlichen Pflicht bezwecken⁴⁹. Desgleichen zielt die antizipierte Ersatzvornahme nicht auf eine Zwischenlösung ab, sondern es werden in dringenden Fällen Verfügung und Vollzugsanordnung in einem Akt vereinigt⁵⁰. Sachverhalt und Rechtsfragen müssen beim Erlass von Sanktionen grundsätzlich feststehen. Doch ist es denkbar,

46 Vgl. auch SCHOCH, S. 135: Ähnlich das deutsche Recht: Dort wird zwar der vorbeugende Rechtsschutz zugelassen, auch wenn die Verfahrensgesetze keine Regelung enthalten, allerdings nur, wenn der nachträgliche Rechtsschutz nicht genügt und ein endgültiger Rechtsverlust droht. Dies dürfte auch in Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie im Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, stehen. Ähnliche Ansätze verfolgt das Bundesgericht, das nunmehr von einer Feststellungsverfügung ausgeht, obwohl genaugenommen nicht Rechte und Pflichten im Sinne des Verfügungsbegriffes betroffen sind, aber die Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 13 EMRK zum Tragen kommt, BGE 121 I 87 ff.

47 Berühmt ist der Fall über die Listeriose-Bakterien im Käse: BGE 118 Ib 473; der Hersteller war auf Schadenersatzansprüche verwiesen; zum Ganzen Markus MÜLLER, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns. Überlegungen am Beispiel der staatlichen Empfehlungen, ZBl 1995, S. 533 ff. sowie Paul RICHLI, Öffentlichrechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, ZSR 1990 I, S. 154 ff., beide mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen.

48 Im Sinne exekutorischer Sanktionen, HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 913.

49 IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 52; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 915; beschränkt anfechtbar sind allerdings nur Vollstreckungsverfügungen, die eine Verfügung vollziehen, vgl. KÖLZ/HÄNER, Rz. 229.

50 SCHAUB, S. 19 f.

dass sie auch vorsorglich erlassen werden, ohne dass Sachverhalt und Rechtsfragen bereits vollumfänglich geklärt werden können⁵¹. Im Hinblick auf die materiellrechtliche Grundlage der vorsorglichen Massnahmen muss dies, sofern die Voraussetzungen zum vorsorglichen Handeln erfüllt sind⁵², auch zulässig sein, wenn der Entscheid in der Hauptsache im Nachhinein hinfällig wird, weil es beispielsweise um die Regelung eines einmaligen Sachverhaltes geht⁵³. Besteht allerdings kein Gesetz, dessen Durchsetzung gesichert werden soll, bleibt in solchen Fällen nur die polizeiliche Generalklausel.

20. Vorsorgliche Massnahmen, die eine Sanktion vorwegnehmen, sind allerdings eher selten anzutreffen. Der Grund dafür liegt wohl darin, dass das Sanktionensystem insbesondere mit der antizipierten Ersatzvornahme praktisch genügt. Dazu kommt, dass bei der Sicherstellung öffentlichrechtlicher Pflichten, welche unter Umständen gleichermassen der Vollstreckungssicherung dient und insoweit die Sanktion zumindest teilweise vorwegnimmt, das Verfügungsmässige Handeln mitunter verlassen und auf das Privatrecht ausgewichen wird; dies trifft insbesondere auf die Sicherstellung öffentlichrechtlicher Forderungen zu⁵⁴.

Häufiger sind vorsorgliche Massnahmen, wenn es in der Hauptverfügung um eine nachträgliche Bewilligungserteilung geht. Als Beispiel zu erwähnen ist etwa der Baustopp oder der Nutzungsstopp. Der Baustopp ist zwar als verwaltungsrechtlicher Befehl zur Durchsetzung der Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen zu qualifizieren; gleichzeitig kommt ihm aber auch vorsorglicher Charakter zu, weil er regelmässig mit einem nachfolgend einzuleitenden Baubewilligungsverfahren, in dem auch die Bewilligungspflicht vorerst zu klären sein wird, verbunden ist; darüber hinaus ist er dazu geeignet, die Wiederherstellung des bisherigen Zustandes sicherzustellen⁵⁵.

C. Abgrenzung zur Gefahrenvorsorge

21. Bei der Gefahrenvorsorge – wie auch bei der Risikovorsorge – ist die Gefahr mit Sicherheit noch nicht eingetreten. Hier geht es somit um die Vorbeugung oder zumindest um die bessere Abwehr einer künftigen Gefahr.

51 Beispielsweise eine provisorische Betriebsschliessung.

52 Dazu hinten, Rz. 131 ff.

53 Etwa um ein Verbot, sogleich eine Versammlung abzuhalten. Solche vorsorglichen Massnahmen weichen von der Begriffsbestimmung in Bezug auf die Akzessorietät zur Hauptverfügung ab.

54 IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 48; vgl. auch hinten, Rz. 35. Zudem die Anmerkung vorne, bei Rz. 1.

55 MÄDER, S. 331 ff. Man kann hier von einer dreifachen Funktion sprechen.

Gefahrenvorsorge ist insbesondere aktuell im Bereich des Umweltschutzes und wird durch das in Art. 1 Abs. 2 USG geregelte Vorsorgeprinzip besonders hervorgehoben. Gefahrenvorsorge in diesem Sinn reicht über die polizeiliche Gefahrenabwehr hinaus: Die Gefahr für die Gesundheit infolge der Umweltverschmutzung ist häufig noch nicht genügend konkret und erst mittel- bis längerfristig zu erwarten⁵⁶. Die Gefahrenvorsorge wird somit nicht in erster Linie im Hinblick auf eine noch zu erlassende Endverfügung getroffen. Sie soll diese vielmehr überflüssig machen. Fehlt es am notwendigen Zusammenhang zu einer Hauptverfügung, können Anordnungen im Rahmen der Gefahrenvorsorge nicht mehr unter die vorsorglichen Massnahmen im hier verstandenen Sinn subsumiert werden. Kann jedoch umgekehrt der Sachverhalt im Bereich der Gefahren- oder Risikovorsorge infolge hoher Komplexität noch nicht vollständig abgeklärt werden, drängen sich bei gegebenen Voraussetzungen auch vorsorgliche Massnahmen auf⁵⁷.

22. Häufig sehen die gesetzlichen Bestimmungen vor, dass bei der Erstellung öffentlicher Werke Schutzmassnahmen zur Sicherung des Baus und zur Vermeidung von Gefahren getroffen werden müssen⁵⁸. Solche Anordnungen dienen der Vorsorge zur Wahrung der Sicherheit bei der Erstellung des Bauwerkes und bilden keine vorsorglichen Massnahmen.

D. Polizeilich motivierte vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Gefahrenverdacht

23. Polizeilicher Gefahrenverdacht ist gegeben, wenn über das Vorhandensein der Gefahr zwar begründete Zweifel bestehen, aber immerhin eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Gefahren Eintritts gegeben ist. Bei Handlungen im Zusammenhang mit Gefahrenverdacht geht es darum, abzuklären, ob eine polizeiliche Massnahme überhaupt erforderlich ist oder nicht⁵⁹. Solche Massnahmen haben gleichermassen vorläufigen Charakter. Auch das Kriterium der Akzessorietät dürfte in der Regel gegeben sein, da sie im Hinblick auf eine Endverfügung ergehen. Sodann werden sie gestützt auf eine nicht vollständige Abklärung des Sachverhaltes und der Rechtslage erlassen. Soweit Handlungen bei Gefahrenverdacht in der Form einer Verfügung ergehen, erfüllen sie auch die Kriterien der vorsorglichen Massnahmen.

56 REINHARD, S. 116 ff.; vgl. auch BGE 117 Ib 28 = Pra 80 Nr. 198; BGE 117 Ib 379 = Pra 81 Nr. 215; BGE 120 Ib 436 = Pra 84 Nr. 268; sowie Alexander ZÜRCHER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Zürich 1996.

57 BGE 113 Ib 60 = Pra 76 Nr. 153.

58 So z.B. Art. 27 Abs. 1 RLG, Art. 42 NSG, Art. 7 Abs. 2 EntG.

59 REINHARD, S. 110; DI FABIO, S. 631 ff.; KOPP, S. 20.

Handlungen bei Gefahrenverdacht unterscheiden sich von den polizeilichen Massnahmen dahingehend, dass bei diesen jeweils eine grosse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bestehen muss⁶⁰, bei jenen der Wahrscheinlichkeitsgrad des voraussichtlichen Schadens dagegen vermindert ist. Aus diesem Grund sind sie unter polizeirechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich nur gestützt auf eine besondere gesetzliche Grundlage zulässig⁶¹. Diese Aussage bedarf allerdings einer Präzisierung: Im Hinblick darauf, dass sich die vorsorglichen Massnahmen auf das materielle Recht, dessen Durchsetzung gesichert werden soll, abstützen, ist eine weitere ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht erforderlich, soweit die Gefahrenverdachtshandlung auch als vorsorgliche Massnahme qualifiziert werden kann und die Voraussetzungen zum Erlass einer solchen Massnahme gleichermassen erfüllt werden können⁶².

E. Abgrenzung zur polizeilichen Generalklausel

24. Die polizeiliche Generalklausel setzt eine schwere und unmittelbar drohende Gefahr für die Polizeigüter voraus. Ein Wesensmerkmal der polizeilichen Generalklausel ist, dass sie die gesetzliche Grundlage substituiert⁶³. Staatliches Handeln rechtfertigt sich in solchen Fällen aus der schweren, direkten und unmittelbaren Gefährdung der Polizeigüter⁶⁴. Vorsorgliche Anordnung und Massnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel treffen sich dort, wo die vorsorgliche Massnahme selber eine schwere Gefahrenlage für die Polizeigüter vermeiden soll. Im Unterschied zu Handlungen aufgrund der polizeilichen Generalklausel müssen sich die vorsorglichen Massnahmen aber immer auf ein Gesetz zurückführen lassen. Zudem ergehen sie als Übergangslösung im Hinblick auf eine weitere Verfügung.

F. Versuchsmassnahmen

25. Versuchsanordnungen unterscheiden sich von den vorsorglichen Massnahmen vorab dadurch, dass in diesen Fällen zwar der Sachverhalt feststeht,

60 Bei Massnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel muss der Schaden sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten: RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 134 B II a, S. 425.

61 Vgl. REINHARD, S. 108, 110. Als Beispiel sei hier auf Art. 30 Abs. 2 LMG verwiesen: Eine (ebenso verfügmässige festzuhaltende) Beschlagnahme kann auch bei Verdacht über eine Verletzung der Lebensmittelvorschriften angeordnet werden.

62 Dazu hinten, Rz. 74, vgl. aber auch Rz. 77 ff.

63 REINHARD, S. 159.

64 Vgl. BGE 121 I 27.

jedoch die Wirkung einer vorgesehenen Massnahme unbestimmt ist und aus diesem Grund zu einer provisorischen Regelung gegriffen werden muss⁶⁵. Versuchsmassnahmen sind gerade im Zusammenhang mit techniklelevanten Verfügungen von Bedeutung. Das Bundesgericht ist diesbezüglich zum Teil aber eher zurückhaltend und verlangt, dass derartige Versuchsmassnahmen jedenfalls vor Erlass der definitiven Anordnung durchgeführt werden, vorab wenn infolge des Versuches Naturschutzinteressen gefährdet sein könnten⁶⁶.

Gerade bei technischen Massnahmen kann die Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen und Versuchsanordnungen Schwierigkeiten bereiten. Unter Umständen liegt den vorsorglichen Anordnungen gleichzeitig Versuchscharakter zugrunde, etwa wenn zwar Umweltinteressen dringend vorweg zu schützen sind, aber auch die Auswirkungen der provisorischen Massnahme erfasst werden sollen, um die Grundlagen für die definitive Anordnung zu erarbeiten⁶⁷.

4. Zur Rechtsnatur der vorsorglichen Massnahmen

A. Zwischenverfügung als formelles Abgrenzungskriterium der vorsorglichen Massnahme?

26. Während die Rechtsmittelinstanzen die vorsorglichen Massnahmen, die während der Dauer eines Verfahrens angeordnet werden, in der Regel – soweit sie nicht gleichzeitig mit der Hauptverfügung bzw. dem Endentscheid ergehen⁶⁸ – in die Form einer Zwischenverfügung zu kleiden haben⁶⁹, stehen der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde insbesondere vor Erlass einer definitiven Verfügung zahlreiche andere Handlungsmöglichkeiten als die Zwischenverfügung offen. So kann die Behörde beispielsweise eine an sich vorsorglich gemeinte Anordnung auch als Endverfügung erlassen und diese befristen oder an die Bedingung einer nachfolgenden Verfügung knüpfen. Fraglich ist, inwiefern diese, von der ersten Instanz erlassenen Verfügungen, gleichermassen als vorsorgliche Massnahmen, wie sie eingangs umschrieben

⁶⁵ SCHAUB, S. 18 f.

⁶⁶ BGE 117 Ib 190; KÄGI-DIENER, S. 350 f.; allgemein ist bei Versuchsmassnahmen – je nach der Materie – eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu verlangen und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren.

⁶⁷ Vgl. BGE 113 Ib 393 = Pra 78 Nr. 10, wo allerdings nicht auch Art. 16 Abs. 4 USG für anwendbar erklärt wurde, obwohl diese Massnahme zumindest insoweit vorsorglich war, als die Lärmemissionen auch infolge nicht abgeschlossener Umorganisation des Betriebes noch nicht gemessen werden konnten.

⁶⁸ Z.B. der Entzug der aufschiebenden Wirkung.

⁶⁹ Zur Formenwahl hinten, Rz. 140 ff.

wurden⁷⁰, bezeichnet werden können. Die Frage ist um so berechtigter, als umgekehrt Zwischenverfügungen in erster Instanz ebenfalls vor Einleitung des Verfügungsverfahrens angeordnet werden⁷¹. Zudem scheint auch die Lehre diesbezüglich nicht einhelliger Auffassung zu sein⁷².

27. Unter Zwischenverfügungen werden jeweils diejenigen Verfügungen verstanden, welche das Verfahren nicht abschliessen, sondern bloss einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid darstellen⁷³. Zwischenentscheide – und dies ist vorab für die Zeit vor Erlass der Hauptverfügung wesentlich – sind aber auch solche, welche zwar nach Gegenstand und Ziel in einem *engen Zusammenhang* mit einem anderen Verfahren stehen, aber nicht in diesem, sondern in einem separaten Verfahren ergehen. Der enge Zusammenhang ist gegeben, wenn das Verfahren über den Zwischenentscheid an das zum Endentscheid führende Verfahren gebunden und ihm untergeordnet ist, und zwar in der Weise, dass es damit eine Einheit bildet und in einer notwendigen Beziehung zu diesem steht⁷⁴.

28. Im Zusammenhang mit dieser Begriffsumschreibung findet man insbesondere denjenigen Entscheid, in welchem das Bundesgericht die vorläufige Dienstenthebung im Beamtenverhältnis als Endverfügung qualifiziert hat; ausschlaggebend in jenem Fall war im Einzelnen einerseits, dass das Verfahren über die definitive Auflösung des Dienstverhältnisses unabhängig der Anfechtung der vorläufigen Dienstenthebung weitergeführt werden konnte und somit *keine prozessökonomischen Gründe* für eine Zwischenverfügung sprachen; andererseits wollte das Gericht wegen der Bedeutung der Sache für die Betroffenen und somit wegen des *Rechtsschutzinteresses* und wegen der Rechtssicherheit die uneingeschränkte Anfechtbarkeit offen lassen⁷⁵.

Entsprechend dem Begriff der Zwischenverfügung geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch dann von Endverfügungen und nicht von einer nur beschränkt anfechtbaren Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG aus, wenn sich die Vorläufigkeit daraus ergibt, dass eine bundesrätliche Verordnung zum Gesetzesvollzug noch nicht ergangen ist⁷⁶ und

70 Vgl. vorne, Rz. 1.

71 So die Formulierung in Art. 45 Abs. 1 VwVG; vgl. auch SALADIN, S. 84.

72 KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 14, beispielsweise geht generell von der Form der Zwischenverfügung aus; MARTIN, S. 56 ff., 60, wiederum neigt entsprechend der angeführten Entscheide wohl eher dazu, dass vorsorgliche Massnahmen in die Form von Endentscheiden zu kleiden sind; SCHAUB, S. 20 f., erachtet vorsorgliche Massnahmen in der Form von Endentscheiden als zulässig. Allerdings grenzt er diese dann im Folgenden aus.

73 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 140. HAEFLIGER, S. 341.

74 BGE 104 Ib 133 = Pra 68 Nr. 79 mit Verweis auf BGE 98 Ia 443 E. 2a = Pra 62 Nr. 2.

75 BGE 104 Ib 133 f.

76 BGE 113 Ib 60 ff.

die definitive Verfügung somit noch nicht absehbar ist. Eine Endverfügung und keine Zwischenverfügung liegt nach der Praxis ferner vor, wenn die vorsorgliche Anordnung bis zum Abschluss der Sanierung andauern oder durch die Sanierungsverfügung abgelöst werden soll; in dieser Form wurde beispielsweise die Anordnung von Betriebsbeschränkungen im Sinne von Art. 16 Abs. 4 USG bis zur gesetzmässigen Sanierung vom Bundesgericht bestätigt⁷⁷. In diesem Fall war der Erlass der Endverfügung dem Gegenstand nach noch nicht genau festgelegt.

Sodann hat das Bundesgericht in Anwendung von Art. 87 OG vorsorgliche Massnahmen auch schon als Endentscheide qualifiziert, wenn sie nach Einleitung des Verfahrens erlassen worden sind⁷⁸.

In den Kantonen wiederum werden – soweit aus den publizierten Entscheidungen ersichtlich – vorsorgliche Massnahmen im Regelfall in die Form einer Zwischenverfügung gekleidet⁷⁹, wenn zum Hauptverfahren eine genügend enge Beziehung vorhanden ist, auch wenn das Hauptverfahren noch nicht eingeleitet worden ist. Beispiel dafür sind die Baueinstellungsverfügungen; diesen muss naturgemäss ein weiteres Verfahren folgen⁸⁰. Auf der anderen Seite lehnen sich die Kantone – soweit das Verfahrensrecht einen entsprechenden Spielraum offen lässt – an die Praxis des Bundesgerichts an und ziehen bei der Qualifizierung der Handlungsform, ob eine Zwischen- oder Endverfügung vorliegt, ebenfalls das Rechtsschutzinteresse mit in Erwägung⁸¹.

29. Die Begriffsumschreibung der Zwischenverfügung ist äusserst unsicher und letztlich von der verfahrensrechtlichen Ausgangslage sowie von Rechtsschutzüberlegungen geprägt. Eine Begriffsbestimmung der vorsorglichen Massnahmen, welche diese formellen Kriterien miteinbezieht, wäre nur dann zulässig, wenn die Form der Zwischenverfügung ein zwingendes Element der Interimslösung bis zum Endentscheid darstellen würde. Dies indessen ist nicht der Fall. Vielmehr sind Anordnungen mit vorsorglichem Inhalt genauso in der Form einer Hauptverfügung anzutreffen. Ob einer von einer erstin-

77 URP 1994, S. 138, nicht in BGE 120 Ib 89 publizierte E. 1, mit Hinweis auf URP 1994, S. 9, wobei in diesem Fall nur der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Massnahme gestützt auf Art. 16 Abs. 4 USG streitig war. Weitere Entscheide, in denen das Bundesgericht eine Endverfügung annahm: BGE 113 Ib 327 ff. = Pra 77 Nr. 103; BGE 113 Ib 393 = Pra 78 Nr. 10.

78 Die Praxis ist nicht konstant; dazu KÄLIN, S. 339 f., SPÜHLER, S. 106, LUDWIG, S. 174, wobei das Bundesgericht die Qualifikation in BGE 116 Ia 447 = Pra 80 Nr. 153 nun offen lässt; vgl. hinten, Rz. 143.

79 So für den Kanton Zürich, KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 14.

80 Zur Praxis im Kanton Zürich: MÄDER, S. 334; für den Kanton Bern, BVR 1994, S. 303 ff.; vgl. auch TVR 1994, S. 44.

81 So SORE 1992, S. 35, E. 2.3.3.

stanzlich verfügenden Behörde erlassenen Massnahme vorsorglicher Charakter im Hinblick auf eine nachfolgende Verfügung zukommt, ist demzufolge in erster Linie nach ihrem Inhalt zu bestimmen. Wesentlich ist dabei, dass keine endgültige Regelung beabsichtigt ist, sondern die folgende Verfügung stillschweigend oder ausdrücklich vorbehalten wird und mit dieser wieder dahinfallen soll.

30. Wenn vorliegend dieser Ansatz gewählt wird, so bedeutet dies zugleich eine Ablehnung der kategorischen Unterscheidung zwischen primärem und sekundärem Rechtsschutz. *Baur*, der Begründer dieser Unterscheidung, knüpft daran an, ob ein gerichtlicher oder behördlicher Entscheid bereits ergangen ist oder nicht. Im ersteren Fall liegt sekundärer Rechtsschutz vor, weil die Behörde an einen vorgegebenen Entscheid anknüpfen kann. Im zweiten Fall dagegen geht es um primären Rechtsschutz⁸². Wenn beim primären Rechtsschutz auch der Entscheidungsspielraum grösser sein kann als dort, wo eine bereits ergangene Entscheidung vorliegt, so bleibt das Ziel der beiden Massnahmen dasselbe⁸³: In beiden Fällen sind sie auf die nachfolgend anzuordnende Hauptverfügung ausgerichtet und unterliegen grundsätzlich denselben Voraussetzungen. Allfällige Besonderheiten des primären Rechtsschutzes, die auf die gelockerte Bindung zur Hauptverfügung zurückzuführen sind, werden allerdings bei den Voraussetzungen im Einzelnen⁸⁴ wie auch bei der Wahl der Erlassform zu berücksichtigen sein⁸⁵.

B. Abgrenzung vorsorglicher Massnahmen in der Form von Endverfügungen zu Verfügungen mit Nebenbestimmungen

31. Können somit vorsorgliche Massnahmen, die vor Erlass der Hauptverfügung ergehen, durchaus auch in die Form einer Endverfügung gekleidet werden, selbst wenn sie zu einer weiteren Verfügung akzessorisch sind, bedarf die Rechtsnatur derartiger Anordnungen einer näheren Betrachtung.

In Deutschland werden die in erster Instanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen unter dem Institut des *vorläufigen Verwaltungsaktes* diskutiert, wobei über die Rechtsnatur desselben wenig Einigkeit herrscht. Zum einen wird davon ausgegangen, dass das Charakteristikum, die Vorläufigkeit der vorsorglichen Massnahme, eine Nebenbestimmung darstellt⁸⁶, zum andern

82 BAUR, S. 9 ff.; vgl. auch STEINMANN, S. 143 sowie KUHN, S. 156 ff.

83 Dies gesteht auch BAUR, S. 11, ein. Ablehnend auch SCHOCH, S. 1068.

84 So in Bezug auf die gesetzlichen Grundlage, Rz. 78 f., oder das Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 117.

85 Hinten, Rz. 141.

86 So KOPP, insbes. S. 80 ff., zumindest für den Regelfall; KEMPER, S. 31 ff.

wird von einem Verwaltungsakt oder einer Nebenbestimmung *sui generis* gesprochen⁸⁷. Die Qualifizierung der vorsorglichen Massnahme ist dort deshalb bedeutsam, weil das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz keine Regelung über die vorsorglichen Massnahmen, wohl aber über Nebenbestimmungen von Verfügungen enthält. Mit der Qualifizierung der Massnahme wird somit gleichzeitig über die anzuwendenden Gesetzesnormen entschieden⁸⁸.

32. Zwar unterscheidet sich die Rechtslage in der Schweiz dahingehend, dass die Verwaltungsverfahrensgesetze die Nebenbestimmungen von Verfügungen nicht regeln. Doch unterliegt der Erlass von Nebenbestimmungen gemäss der Praxis besonderen Voraussetzungen. Insbesondere ist nach überwiegender Auffassung das Legalitätsprinzip gelockert. Zum einen kann sich die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen zwar aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergeben, mithin aus einer teleologischen Auslegung, was auch für die vorsorglichen Anordnungen gilt; zum andern aber kann ein mit der Hauptanordnung in Zusammenhang stehendes öffentliches Interesse genügen, damit eine Nebenbestimmung zulässig ist⁸⁹.

In inhaltlicher Hinsicht weist die vorsorgliche Massnahme zweifellos Elemente der anerkannten Nebenbestimmungen auf: Durch die Akzessorietät zur Hauptverfügung wird sie in der Regel zu einer bedingten oder befristeten Anordnung⁹⁰. Mit einer auflösend befristeten Verfügung im herkömmlichen Sinn lässt sich die vorsorgliche Anordnung dann vergleichen, wenn der Erlass der Hauptverfügung feststeht⁹¹, mit einer auflösend bedingten dagegen, wenn darüber Unsicherheiten bestehen, weil der Verwaltung in dieser Hinsicht beispielsweise Rechtsfolgeermessen zusteht oder die Sachverhaltsabklärungen noch nicht abgeschlossen sind bzw. die Sachverhaltsentwicklung noch unsicher ist. Allerdings unterscheidet sich die vorsorgliche Massnahme gerade durch ihre Akzessorietät zu einer Hauptverfügung von den anderen bedingten oder befristeten Verfügungen: Nebenbestimmungen dienen in erster Linie der Sicherung der (gesetzlichen) Tatbestandsvoraussetzungen

87 SCHIMMELPFENNIG, S. 127 ff.; DI FABIO, S. 636 f.

88 Vgl. SCHIMMELPFENNIG, S. 138 ff.; KOPP, S. 61 ff., 74 ff. et passim.

89 HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 733; IMBODEN/RHINOW, Nr. 39, B III, S. 233 f.; vgl. auch MÄDER, S. 239 ff. und bezüglich des Revers: S. 264; sowie BGE 121 II 88, 92 E. 3e = URP 1995, S. 291 ff., zur Leistung von Sicherheit für eine allfällige Ersatzvornahme; vgl. auch BGE 119 Ib 101 = Pra 83 Nr. 187 zur Wiederwahl unter Vorbehalt.

90 KOPP, S. 48 ff., insbes. S. 54 f. und S. 63 f.

91 Vgl. den angefochtenen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, BGE 113 Ib 396 = Pra 78 Nr. 10, wo die Anordnung ausdrücklich befristet wurde mit der Auflage an die Vorinstanz, bis zum Ablauf der Frist eine Endverfügung zu erlassen.

und ergehen grundsätzlich unabhängig von weiteren Entscheiden⁹². Die vorsorglichen Anordnungen dagegen bezwecken, einen schweren, wahrscheinlich eintretenden Nachteil im Hinblick auf den Erlass der späteren Verfügung abzuwenden und fallen dementsprechend mit Erlass bzw. mit der Rechtskraft derselben auch wieder dahin⁹³. Im Gegensatz zu anderen Verfügungen mit Nebenbestimmungen haben sie immer auch einen dringlichen Charakter. Aus diesem Grund erfolgt im Unterschied zu anderen bedingten und befristeten Verfügungen regelmässig eine verminderte Abklärung des Sachverhaltes und unter Umständen auch der Rechtslage. Wegen dieser besonderen Ausrichtung ist bei Endverfügungen mit vorsorglichem Charakter somit von Verfügungen besonderer Art auszugehen, weshalb sie auch nicht denselben Voraussetzungen, wie sie für die Nebenbestimmungen gelten, zu unterstellen sind; insbesondere muss sich die vorsorgliche Massnahme zumindest aus dem Zweck des Gesetzes, welcher der Sicherung bedarf, ergeben und muss ein besonderer Anordnungsgrund vorliegen⁹⁴.

33. Die Grenzziehung zwischen vorsorglichen Anordnungen in der Form einer Endverfügung und anderen befristeten oder bedingten Verfügungen fällt im konkreten Fall allerdings nicht immer leicht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Sachverhalt noch nicht vollständig abgeklärt oder dessen Entwicklung noch unsicher ist und beispielsweise mit einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung bestimmt wird, dass bei Nichteintritt der Bedingung die provisorische Regelung zur definitiven wird, ohne dass eigens noch eine Verfügung erlassen werden soll. Ähnliche Konstruktionen sind auch mit der Befristung zu erreichen.

So entschied das Eidgenössische Versicherungsgericht, dass eine Endverfügung mit Resolutivbedingung vorliegt, wenn damit eine zuvor mit Verfügung zugesprochene Rentenleistung sofort widerrufen wird, weil der dringende Verdacht besteht, dass die Rentenvoraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Dies war anschliessend abzuklären. Die in der Widerrufsverfügung angebrachte Bedingung ging nun dahin, dass für den Fall neuer Tatsachen, welche die Rentenberechtigung zu beweisen vermögen, der sofortige Widerruf durch eine neue Rentenverfügung zu ersetzen gewesen wäre; ansonsten hätte es beim Widerruf bleiben sollen⁹⁵.

Da der Sachverhalt noch nicht abgeklärt war, hätte hier von einer vorsorglichen Massnahme ausgegangen werden müssen. Insbesondere hätte die Zahlungseinstellung vorsorglich verfügt werden können – wie dies im übrigen

92 KOPP, S. 65; vgl. etwa die Befristung der Rodungsbewilligung, Art. 5 Abs. 5 WaG; BGE 121 II 92 E. 3e.

93 Vgl. KOPP, S. 55, 65; vgl. hinten, Rz. 60: Dieser Zweck kommt ihnen jedenfalls zu, soweit sie den Status quo ändern.

94 Vgl. dazu hinten, Rz. 74.

95 ZAK 1988, S. 520 ff.

die Ausgleichskasse auch vorgesehen hat – und in der Endverfügung wäre es dann entweder um den Widerruf oder die Revision der Rentenverfügung gegangen⁹⁶.

34. Schwierig erweist sich unter Umständen auch die Abgrenzung zu den Auflagen, welche sich dadurch kennzeichnen, dass sie den Verfügungsadressaten zu einem zusätzlichen Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten.

Dazu ist der Fall zu erwähnen, in welchem die Sicherheitsleistung bei der Erteilung einer erweiterten Bewilligung für die Entgegennahme, Behandlung und Weiterleitung bestimmter Sonderabfälle in Frage stand. Die Firma wurde verpflichtet, zur Deckung der dem Kanton Zürich anfallenden Kosten im Zusammenhang mit allfälligen Ersatzvornahmen im Sinne von Art. 31 Abs. 2 USG eine Barkaution oder gleichwertige Sicherheit zu leisten. Das Bundesgericht entschied hier, dass es sich dabei um eine Nebenbestimmung in der Bewilligungsverfügung handelte⁹⁷.

Da in diesem Fall die Sicherheitsleistung von einer allfälligen späteren Ersatzvornahme abhängig war, könnte durchaus auch von einer vorsorglichen Massnahme gesprochen werden. Bei derartigen Sicherheitsleistungen ist die Abgrenzung zwischen Nebenbestimmungen bzw. Hauptverfügungen⁹⁸ und vorsorglichen Anordnungen wie folgt vorzunehmen: Ist die öffentlichrechtliche Pflicht feststehend, ist sie insbesondere in der Verfügung bereits festgestellt und soll mit der Kaution lediglich deren Erfüllung sichergestellt werden, ohne dass noch eine weitere Verfügung ergehen muss, handelt es sich um eine Nebenbestimmung oder Hauptverfügung. Ist die öffentlichrechtliche Pflicht demgegenüber noch nicht rechtskräftig festgestellt und soll insbesondere eine Forderung, die nach Bestand oder Umfang noch nicht feststeht, gesichert werden, liegt eine vorsorgliche Massnahme vor⁹⁹.

Verlangt die Behörde gemäss dem Gesetz ein Depot beispielsweise für eine mutmasslich geschuldete Wasseranschlussgebühr, welche bei Erteilung der Baubewilligung erst gestützt auf die vom Bauherrn veranschlagte Bausumme berechnet werden kann, handelt es sich um eine vorsorgliche Anordnung, da die Erhebung der definitiven Gebühr erst nach Fertigstellung der Baute, wenn die genauen Berechnungsgrundlagen vorliegen, erfolgen kann¹⁰⁰.

96 Als dann hätte auch nicht der etwas gekünstelt wirkende Umweg über die aufschiebende Wirkung genommen werden müssen, ZAK 1988, S. 522 E. 3.

97 BGE 121 II 88.

98 Das Bundesgericht lässt die Qualifikation der Kaution, ob eine Nebenbestimmung oder eine Hauptverfügung vorliegt, nach wie vor offen: BGE 121 II 90 E. 3a. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2109.

99 In BGE 121 II 88, 91 E. c, war allerdings gemäss der dort abgedruckten gesetzlichen Grundlage beides denkbar: Einerseits war danach eine Sicherheitsleistung zur Erfüllung von Bedingungen und Auflagen möglich, andererseits auch zur Sicherung der Ersatzvornahme. Im letzteren Fall sind die Ersatzvornahme und damit die Kosten noch unsicher, im ersteren Fall stehen die Bedingungen und Auflagen fest.

100 Vgl. RB ZH 1995 Nr. 96.

Wird die Erteilung einer Bewilligung zur Durchführung einer Veranstaltung im Universitätsgebäude von der Leistung einer Kautions abhängig gemacht, welche der Deckung allfälliger Schäden am Gebäude oder Mobiliar dient¹⁰¹, handelt es sich ebenfalls um eine vorsorgliche Massnahme, da die Entstehung der Forderung noch unsicher ist.

35. Zu beachten ist, dass bei öffentlichrechtlichen Geldforderungen, die feststehen und auch fällig sind, die Sicherstellung mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gestützt auf das Privatrecht¹⁰² und nicht gestützt auf das öffentliche Recht, durch eine Nebenbestimmung in der Verfügung, erfolgt¹⁰³. Vollstreckungsrechtlich steht zur Sicherung auch derartiger Forderungen der Arrest gemäss SchKG zur Verfügung¹⁰⁴.

C. Abgrenzung zum Teilentscheid – zu Auskünften in Verfügungsform

36. Teilentscheide beantworten eine materielle oder formelle Teilfrage abschliessend, und zwar in der Weise, dass entweder über eine Grundsatzfrage oder über den Streitgegenstand entschieden wird¹⁰⁵. Mitunter werden Teilentscheide auch Vorentscheide genannt. Von den Zwischenentscheiden grenzen sie sich dadurch ab, dass sie das Verfahren abschliessen. Teilentscheide bilden vorab ein Mittel zur Bewältigung komplexer Verfahren. Insbesondere kann ein Bewilligungsverfahren aufgeteilt und dürfen gewisse Detailfragen zunächst ausgeklammert und in ein nachfolgendes Verfahren verwiesen werden.

Gemeinsam mit vorsorglichen Verfügungen ist solchen Teilentscheiden, dass sie im Hinblick auf einen weiteren Entscheid ergehen, häufig unter dem Vorbehalt der nachfolgenden Entscheidung stehen, somit insoweit auflösend bedingt erfolgen¹⁰⁶, und ebenso vorläufigen Charakter haben¹⁰⁷. Ergeht der Hauptentscheid im Sinne des bereits gefällten Teilentscheides, tritt also die Bedingung nicht ein, wird der Teilentscheid im Gegensatz zu den vorsorglichen Massnahmen aber gewissermassen zum Bestandteil des Hauptentscheides und fällt mit diesem nicht wieder dahin. Der Unterschied zur vorsorglichen Anordnung wirkt sich dahingehend aus, dass die vorangegangenen Teilentscheide im nachfolgenden Verfahren, in welchem es um den Gesamt-

101 BGE 98 Ia 364 (Sachverhalt), 372 E. 9b.

102 Vgl. Art. 169 DGB.

103 IMBODEN/RHINOW, Nr. 114 B I, S. 804; die Sicherstellung kann unter Umständen aber auch schon vor der Fälligkeit der Forderung auf privatrechtlichem Weg erfolgen, vgl. vorne, Rz. 20.

104 BGE 121 V 118; vgl. auch KUHN, S. 192 zum Steuerarrest, heute Art. 170 DGB.

105 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 140; GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 302.

106 BGE 114 Ib 130 = Pra 77 Nr. 197.

107 KÄGI-DIENER, S. 184.

entscheid geht, bindend sind und grundsätzlich – soweit die Widerrufsvoraussetzungen nicht gegeben sind – nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen¹⁰⁸. Zudem liegt ihnen eine vollständige Sachverhalts- und Rechtsüberprüfung zugrunde¹⁰⁹.

37. Ähnlich verläuft die Abgrenzung zu Auskünften, die in die Form einer Verfügung gekleidet werden. Gesetzlich geregelt ist etwa der baurechtliche Vorentscheid¹¹⁰. Derartige Auskünfte ergehen zwar wiederum im Hinblick auf eine später zu erlassende Verfügung, im speziellen im Hinblick auf die Baubewilligung, doch besteht grundsätzliche Bindung und ist die Abklärung von Sachverhalt und Rechtslage eine vollständige.

5. Einschätzung der praktischen Bedeutung

38. Das Schwergewicht der praktischen Fälle liegt zweifellos bei den Entscheiden über die aufschiebende Wirkung. Vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn *nach* Erlass der Hauptverfügung sind hingegen – in der publizierten Praxis – weit weniger oft anzutreffen. Häufig genügen denn auch Anordnungen über die aufschiebende Wirkung, um das Ziel zu erreichen.

Besonders schwierig abzuschätzen ist die Bedeutung vorsorglicher Massnahmen *vor* Erlass der Endverfügung. In der Form von Zwischenverfügungen entbehren sie jedenfalls nicht jeder Relevanz: So wird insbesondere der vorsorgliche Baustopp vor Einleitung des Baubewilligungsverfahrens im Kanton Zürich in die Form einer Zwischenverfügung gekleidet¹¹¹. Überblickt man zudem die spezialgesetzlich geregelten vorsorglichen Massnahmen¹¹², trifft man sie dort recht häufig an, wobei solche Massnahmen in der Regel als Endverfügung ergehen.

39. Herkömmlicherweise wird das Bedürfnis nach vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn in der Eingriffsverwaltung als eher gering einge-

108 BGE 121 II 393 bezüglich der Bahn 2000; in sehr beschränktem Umfang ist aber beispielsweise das generelle Projekt von Nationalstrassen bei Einsprachen gegen das Ausführungsprojekt überprüfbar: URP 1996, S. 388, BGE 118 Ib 217; KÄGI-DIENER, S. 177 ff., 181. Die Bindung an vorsorgliche Massnahmen beim Erlass des Entscheides in der Hauptsache gestützt auf das Vertrauensprinzip besteht nur in beschränktem Umfang, vgl. hinten, Rz. 186.

109 Vgl. GVP-ZG 1987/88, S. 17.

110 Dazu MÄDER, S. 267 ff.

111 Vgl. vorne, Rz. 20.

112 Vgl. die Beispiele hinten, Rz. 106 ff.

schätzt¹¹³. Angesichts der zunehmenden Komplexität der Sachverhalte kann es jedoch auch hier schwieriger werden, sofort zu entscheiden¹¹⁴.

Vorsorgliche Massnahmen vorab in der Form von Endverfügungen bilden zumindest einen Ansatz zur Entscheidung unter Ungewissheitsbedingungen, bei welcher die Folgen der Rechtshandlung noch unklar sind, sei es, weil der Sachverhalt noch nicht ermittelt ist, sei es, weil die Entwicklung nicht abgeschlossen ist¹¹⁵. Vorsorgliche Anordnungen können somit die Nachteile der langen Verfahrensdauer bis zu einem gewissen Grad überwinden helfen und tragen zur Prozeduralisierung von Einzelfallentscheiden und damit auch zur Komplexitätsreduktion bei¹¹⁶.

Hier liegt aber gleichzeitig auch eine grosse Gefahr, dass die vorsorglichen Massnahmen missverstanden werden. Vorsorgliches Handeln ist in erster Linie auf eine spätere Entscheidung ausgerichtet und muss sich im Hinblick darauf, dass weder Sachverhalt noch Rechtsfragen endgültig geklärt sind, auch besonders rechtfertigen lassen. Die Institute der vorsorglichen Massnahmen und der aufschiebenden Wirkung können nicht unbeschränkt zur Verfahrensbeschleunigung eingesetzt werden. Voraussetzung ist einerseits die Abstimmung auf das materielle Recht¹¹⁷. Andererseits wären die Regelung über die Folgen des vorweggenommenen Handelns, wenn es sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist, zu überdenken¹¹⁸.

113 KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 3; SCHAUB, S. 10.

114 BGE 113 Ib 60 f. = Pra 76 Nr. 153; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 6. April 1987 in: URP 1987, S. 90 ff.

115 Vgl. auch MOOR II, S. 177.

116 Vgl. Niklas LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995.

117 Dazu hinten, Rz. 218 ff.

118 Vgl. hinten, Rz. 118 ff.

II. Funktion der vorsorglichen Massnahmen

1. Sicherung der Wirksamkeit der Endentscheidung

40. Im allgemeinen wird der Zweck der vorsorglichen Massnahmen dahingehend umschrieben, dass sie die Wirksamkeit der nachfolgend zu erlassenden Entscheides in der Hauptsache sicherstellen sollen¹¹⁹. Die vorsorglichen Massnahmen dienen somit den beiden grundlegenden Verfahrensfunktionen, der Rechtsschutzgewährung sowie der objektiven Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung¹²⁰.

Von dieser Warte aus muss grundsätzlich zunächst eine Gefährdung der Entscheidungswirkung entweder zu Lasten des privaten oder öffentlichen Interesses vorliegen, damit vorsorgliche Massnahmen besonders angeordnet werden dürfen.

41. Bei der Anwendung der verschiedenen Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen und die aufschiebende Wirkung wird nun keineswegs immer eine Gefahrenlage im umschriebenen Sinn als Anordnungsgrund verlangt. Zwar geht die Praxis bei Art. 94 OG für das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde davon aus; in diesem Verfahren ist aber vorab wegen der föderalistischen Rücksichtnahme ein besonderer Nachteil darzutun¹²¹. Je nach gesetzlicher Ausgangslage wird auch in einzelnen Kantonen am nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil festgehalten¹²².

In Anwendung der Bestimmungen von Art. 55 Abs. 2 VwVG wie auch von Art. 111 Abs. 2 OG hingegen hat das Bundesgericht die strengen Anforderungen mit der Zeit abgeschwächt¹²³. Vorausgesetzt ist danach lediglich noch eine Interessenabwägung, ohne dass zusätzlich besondere Umstände

119 KÖLZ/HÄNER, Rz. 146; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1089; vgl. auch SCHAUB, S. 8.

120 Zu den Verfahrensfunktionen, vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 17 ff.; SALADIN, S. 15 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 654 ff., 658 ff., 663; im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung, STEINMANN, S. 149.

121 Zur Auslegung von Art. 94 OG in Bezug auf die staatsrechtliche Beschwerde, KÄLIN, S. 380, BGE 107 Ia 271.

122 Vgl. zum Beschwerdeverfahren etwa im Kanton Obwalden GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 373; für den Kanton St. Gallen, CAVELTI, S. 273, VRP, S. 626, SGGVP 1990 Nr. 103. Für den Kanton Zürich, vgl. KÖLZ, Kommentar VRG, § 25, insbesondere Rz. 4, 10 f.; BVR 1992, S. 131, Art. 68 Abs. 4 VRG-BE; RDAF 1995, S. 159 E. 2a und b zu Art. 40 Abs. 2 lit. a LJPA-NE. MARTI, S. 203, bezüglich des Kantons Schaffhausen. Vgl. auch KUHN, S. 111 ff.

123 Anders noch SALADIN, S. 207, GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 6; ebenso tendenziell wieder SCARTAZZINI, S. 334 f.; SCHAUB, S. 69.

verlangt würden¹²⁴. Damit findet eine Umkehrung des Prüfungsmassstabes statt: Es muss nicht zunächst eine besondere Gefährdung vorhanden sein, welche überhaupt Grund zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen und damit zur Interessenabwägung bietet, sondern es darf auch ohne besonders schweren Nachteil eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Im Ergebnis genügt es, wenn der Nachteil überwiegt. Die Interessenabwägung wird nur dadurch begrenzt, dass die Entscheidung nicht für die eine oder andere Seite unwirksam wird und der zwischenzeitliche Zustand die Endentscheidung nicht präjudizieren darf¹²⁵.

Einen Mittelweg beschreiten demgegenüber das Eidgenössische Versicherungsgericht und – in nicht konstanter Praxis¹²⁶ – die Bundesverwaltungsbehörden, wenn es um den Entzug der aufschiebenden Wirkung nach Art. 55 Abs. 2 VwVG oder die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG geht: Danach bildet zwar ebenfalls nicht die Gefahrenlage für die Entscheidungswirksamkeit Grund zur Anordnung der entsprechenden Massnahmen, doch sind bei der Interessenabwägung zugunsten desjenigen Interesses, für welches die aufschiebende Wirkung entzogen wird bzw. vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, überzeugende Gründe anzuführen¹²⁷. Das Interesse muss somit erheblich ins Gewicht fallen und auch in einem gewissen Ausmass gefährdet sein.

42. Die Durchsicht der Gesetze und der dazugehörigen Praxis zeigt somit, dass die Gefahrenlage und damit auch die auf das Verfahrensergebnis bezogene Sicherungsfunktion eine durchaus unterschiedliche Bedeutung hat und verschieden gewichtet wird: Einerseits geht es um die Abwendung eines Nachteils im Hinblick auf das Entscheidungsergebnis; andererseits lässt es die Praxis auch zu, dass grundsätzlich jeder zwischenzeitliche Nachteil zu einer anderen Zwischenlösung als der von Gesetzes wegen vorgegebenen führen kann. Solche Nachteile wirken sich auf das Entscheidungsergebnis allerdings nur noch insoweit aus, als sie den Genuss des Obsiegens verringern; sie müssen

124 BGE 117 Ib 53 = Pra 80 Nr. 86; BGE 115 Ib 67 = Pra 78 Nr. 133, mit Hinweis auf den präzisierenden Entscheid BGE 99 Ib 220 = Pra 62 Nr. 176; immerhin ist bemerkenswert, dass in allen zitierten Entscheiden doch wieder auf die Unwirksamkeit von rechtsschützenden Normen bzw. der angefochtenen Massnahme selber hingewiesen wird. Vgl. auch KUHN, S. 109 f.; STEINMANN, S. 149 f.

125 Die aufgefundenen Entscheide beziehen sich auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Inwieweit dies auch für andere vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 113 i.V.m. Art. 94 OG gilt, ist aus der publizierten Rechtsprechung nicht ersichtlich, wird aber von der Lehre so angenommen: RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1332.

126 Vgl. dazu die weiteren Hinweise, hinten, Rz. 104.

127 BGE 117 V 191, VPB 1995/59, Nr. 3, KIESER, S. 300 f.; im Anschluss an diese Praxis KÖLZ/HÄNER, Rz. 280; ebenso jetzt bezüglich Art. 28 BoeB: GADOLA, Beschaffungswesen, S. 972.

nicht mehr dergestalt sein, dass die Entscheidung geradezu ihrer Wirksamkeit beraubt oder diese zumindest erheblich gefährdet wird.

2. Interimistische Befriedungsfunktion durch Minimierung und Verteilung des Fehlentscheidungsrisikos

43. Der verfahrensmässig begründete Schwebezustand trägt bei genauerem Hinsehen immer die Gefahr der Benachteiligung des einen oder anderen parteilichen Interesses in sich. Dem Zeitablauf ist bezüglich desjenigen Interesses, das sich während des Verfahrens nicht verwirklichen kann, aber gemäss der Endentscheidung im Recht ist, stets ein Nachteil inhärent, der überdies insoweit irreparabel ist, als die verstrichene Zeit nicht rückgängig gemacht werden kann¹²⁸. Aus diesem Grund wird dafür gehalten, nicht (nur) auf die Gefährdung der Entscheidwirksamkeit abzustellen, sondern den durch die Verfahrensdauer entstehenden Nachteilen durch Verminderung und Verteilung des Fehlentscheidungsrisikos Rechnung zu tragen¹²⁹. Ausgangspunkt bei der Risikoverteilung bildet die Überlegung, dass der zwischenzeitliche Nachteil einerseits nur Bedeutsamkeit erlangen kann, wenn der Entscheid entgegen der Interimslösung ausfällt. Durch vorsorgliche Anordnungen entsteht auf der anderen Seite aber gleichermassen die Gefahr, eine dem Endergebnis und damit letztlich dem materiellen Recht entgegengesetzte Zwischenlösung zu treffen. Diese Gefahr lässt sich dadurch vermindern, dass auf die Entscheidprognose abgestellt wird¹³⁰. Die Abwägung der Interessen wird alsdann zum Teil als hinfällig betrachtet¹³¹.

Die vorsorglichen Anordnungen sollen somit interimistische Befriedungsfunktion übernehmen¹³², indem bereits zwischenzeitlich eine möglichst der materiellen Rechtslage und damit eine der Endentscheidung entsprechende Lösung herbeigeführt wird¹³³.

44. In der Lehre und Praxis wird das Prinzip der Risikoverteilung unterschiedlich gehandhabt. Der Einbezug einer Entscheidprognose wird in der Regel dann als zulässig erachtet, wenn diese eindeutig ausfällt. Zum Teil soll die Entscheidprognose bei der Interessenabwägung ein mitzugewichtigendes

128 Vgl. auch BGE 120 Ia 264 = Pra 84 Nr. 139.

129 So einlässlich SCHOCH, S. 918 ff.

130 SCHOCH, S. 897 f.

131 SCHOCH, S. 1583 ff.; vgl. auch hinten, Rz. 90.

132 SCHOCH, S. 155 ff.

133 SCHOCH, S. 155 oben, 1586, 1597 f.

Kriterium bilden¹³⁴. Auf der anderen Seite wird aber auch dafür gehalten, dass die Entscheidungsprognose jedenfalls im Mehrparteienverhältnis, insbesondere bei Drittanfechtung durch Private (z.B. Nachbar, Konkurrent), vermehrt miteinbezogen werden sollte¹³⁵. Auch wird die Meinung vertreten, sich gänzlich darauf abzustützen¹³⁶. Damit rückt die interimistische Befriedungsfunktion in den Vordergrund.

3. Fazit: Feststehende Sicherungsfunktion – Offene Fragen bezüglich der Qualifikation der Nachteile und der interimistischen Befriedungsfunktion

45. Überwiegen die Ansätze, dass die interimistische Zwischenlösung auch Sicherungsfunktion übernehmen soll, so ist einerseits keineswegs feststehend, gegen welche der möglichen Nachteile sich die vorsorgliche Massnahme richten soll. Insbesondere ist nicht eindeutig, welchen Stellenwert die durch die Verfahrensdauer verursachten Nachteile, die sich auf das Ergebnis nur mittelbar auswirken, haben sollen. Andererseits ist aber auch nicht restlos geklärt, ob es in erster Linie darum geht, eine der materiellen Rechtslage entsprechende Lösung herbeizuführen, und somit die Erfolgsprognose den Ausschlag geben soll, oder aber ob sie nur bei Eindeutigkeit miteinzubeziehen und in erster Linie eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Dementsprechend unsicher ist auch der Stellenwert der zwischenzeitlichen Befriedungsfunktion.

Eine Beurteilung der verschiedenen Funktionen im Einzelnen, welche gleichzeitig die Gewichtung der Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen bestimmt, kann nur dann einigermaßen zuverlässig vorgenommen werden, wenn zunächst danach gefragt wird, welchen Stellenwert dem Status quo – verstanden als dem rechtlichen und auch tatsächlichen Zustand, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat – zukommt.

134 Vgl. etwa BGE 99 Ib 220 f., 106 Ib 116; STEINMANN, S. 150.

135 So zunächst GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 9; daran anschliessend GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 375; *ders.*, Drittbeschwerde, S. 100 f.; RUCH, S. 12; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 625, 1329; ebenso Art. 68 Abs. 5 lit. b VRG-BE.

136 Vgl. zu dieser Lehrmeinung MEIER, S. 218; SCHOCH, S. 362, 1759 ff., in rechtspolitischer Hinsicht. Allgemein auch SCHAUB, S. 72; Zur Rechtslage in den Kantonen, vgl. etwa entsprechend der Rechtsgrundlage im Verfahrensrecht im Kanton Graubünden: PVG 1981 Nr. 93, 1979 Nr. 142, 1977 Nr. 141. Zur Praxis im Kanton Obwalden: OW/VVGE 1989/90, S. 140 = ZBl 1991, S. 353 ff. Vgl. auch RDAF 1975, S. 281, auf die Erfolgsprognose stellt auch MEYLAN, S. 58 f., ab; zur früheren Regelung im Kanton Waadt vgl. auch BONNARD, S. 285 ff.; zur heute geltenden Regelung im Kanton VD: Art. 44 LJPA-VD, POLTIER, 266.

4. Sofortige Rechtswirksamkeit von Verfügungen – Privilegierung des Status quo

A. Zuvorderst: Grundsatz der sofortigen Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Verfügung

46. Vermutungsweise werden – wie bereits angeführt – Verfügungen unabhängig ihrer Anfechtbarkeit und damit unabhängig der formellen Rechtskraft sofort wirksam und vollziehbar¹³⁷. Die sofortige Wirksamkeit und Vollziehbarkeit steht zunächst in Zusammenhang mit dem Begriff der Verfügung¹³⁸. Danach ist die Verfügung auf die rechtsverbindliche Festlegung von Rechten und Pflichten der Adressaten angelegt. Zudem handelt es sich um eine hoheitliche Anordnung. Soweit es um die gerichtliche Überprüfung von Verfügungen geht, kann weiter auch das Gewaltenteilungsprinzip mit ein Grund für die sofortige Wirksamkeit der Verfügungen sein. Gerade der Entzug der aufschiebenden Wirkung von Gesetzes wegen, wie er in Art. 111 Abs. 2 OG vorgesehen ist, findet hierin eine Begründung, abgesehen davon, dass die geltende Regelung von Art. 97 ff. OG von einem generellen Misstrauen gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit geprägt ist.

B. Privilegierung der bisherigen Rechtslage – Infragestellung der Begründung

47. Der Grundsatz der sofortigen Wirksamkeit von Verwaltungsakten wird auf der anderen Seite mannigfach durchbrochen. Der Status quo wird insbesondere bevorzugt, wo die aufschiebende Wirkung ex lege und umfassend ab Entscheideröffnung besteht und nur umgestossen werden kann, wenn die Wirksamkeit des Entscheidungsergebnisses in Frage gestellt würde¹³⁹.

48. Bezüglich der von Gesetzes wegen angeordneten aufschiebenden Wirkung wird das gesetzgeberische Motiv darin gesehen, dass dem Rechtsstaatsgedanken Nachachtung verschafft werden soll, indem einer Verfügung vor ihrer justizmässigen Überprüfung keine Verbindlichkeit zukommen soll¹⁴⁰. Die aufschiebende Wirkung ist so besehen auf eingreifende Verfügungen zugeschnitten¹⁴¹. Dem betroffenen Individuum wird nicht zugemutet, eine

137 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 243; KNAPP, Rz. 1072; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 35 B V, S. 104; vorne, Rz. 3.

138 MARTENS, S. 18.

139 Vorne, Rz. 15.

140 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 244; SCHAUB, S. 11; KUHN, S. 23.

141 AGVE 1978, S. 292; SCHOCH, S. 362, 1074.

Verfügung vor ihrer formellen Rechtskraft befolgen zu müssen; damit soll gleichzeitig ein Gegengewicht zur Überlegenheit der Verwaltung geschaffen werden.

Allerdings: Diese Betrachtungsweise ist zu sehr vereinfachend und allein auf das Zweiparteienverhältnis zugeschnitten. In einem Mehrparteienverhältnis, in welchem sich mehrere Private gegenüberstehen, wirkt sich die aufschiebende Wirkung zwar regelmässig zugunsten der beschwerdeführenden Person aus und vermag insoweit ebenfalls dem Individualrechtsschutz zu dienen. Auf der anderen Seite werden aber gleichzeitig die Individualinteressen der gegnerischen Partei beeinträchtigt¹⁴².

Will man den Zweck der Erhaltung des Status quo überdies allgemein im Individualrechtsschutz orten, versagt der Ansatz auch im Hinblick auf die aktuelle Entwicklung im Verwaltungsrecht. Bezüglich der Leistungsverwaltung geht es bei negativen Verfügungen, bei welchen der Status quo ebenfalls bestehen bleibt, wenn ein Rechtsmittel dagegen eingelegt wird, nicht um den Schutz der Individualinteressen, sondern es werden auch die von der Verwaltung vertretenen öffentlichen Interessen geschützt.

Das Gesagte gilt auch für die Rechtslage vor Erlass einer Verfügung: Auch dort gilt die Veränderung des Status quo als Ausnahmeerscheinung¹⁴³. Je nachdem müssen die Individualinteressen vorerst zurückstehen.

49. Bei genauerem Hinsehen wirkt sich die Privilegierung des bisherigen Zustandes somit keineswegs nur zugunsten der Individualinteressen aus; je nach materiellrechtlicher Rechtslage vermag diese vielmehr genauso die öffentlichen Interessen zu schützen. Zweifellos spielt auch die Tatsache eine Rolle, dass ein geänderter Zustand weniger leicht wieder rückgängig gemacht werden kann und deshalb der Vollzug des rechtskräftigen Entscheides nicht mehr gewährleistet ist. Unter Umständen stehen dem nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Gründe entgegen, wenn eine Restitution unverhältnismässig wäre¹⁴⁴.

Ein weiterer, dem gemeinen Recht entnommener Grundsatz mag zudem eine Rolle spielen: Danach unterliegen die Parteien während des Verfahrens einer Stillhalte- und Friedenspflicht¹⁴⁵. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass sich auch die Beweislastregeln nach dem «Angreiferprinzip» ausrichten

142 GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 9; GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 375. Vgl. auch SCHOCH, S. 1135 ff.; vgl. auch MARTENS, insbes. S. 18, wonach der Suspensiveffekt seine innere Berechtigung verliert, wenn jedes Vorhaben angefochten wird; dazu aber hinten, Rz. 58 f., 62 ff.

143 BGE 96 I 511 = Pra 60 Nr. 48.

144 Vgl. hinten, Rz. 187.

145 ROHMEYER, S. 116: «Lite pendente nihil innovandum». Vgl. auch VOGEL, S. 92, MEIER, S. 81.

und dieses Prinzip zuweilen als allgemeine Regel bezeichnet wird¹⁴⁶; danach soll eine allgemeine Vermutung zugunsten des Status quo sprechen und damit der «Besitzstand» den Vorzug erhalten, so lange nicht das Gegenteil feststeht.

All diese Gründe vermögen allerdings kaum zum Kern der Sache durchzudringen. Bei den letzten beiden Argumenten bleibt vor allem offen, weshalb genau eine Friedenspflicht besteht bzw. weshalb das Angreiferprinzip gelten soll. Immerhin steht nach wie vor der Grundsatz entgegen, dass Verfügungen sofort wirksam werden sollen.

C. Durchgriff auf das materielle Recht: Das Gesetzmässigkeitsprinzip

50. Das Gesetzmässigkeitsprinzip, dem zumindest der Rang eines verfassungsmässigen Grundsatzes zukommt¹⁴⁷, gilt für die gesamte Staatstätigkeit und bedeutet, dass sich sowohl ein Eingriff wie auch eine Leistung auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen muss¹⁴⁸. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist bedeutsam, dass gestützt auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage auch Anforderungen an die Abklärung des Sachverhaltes gestellt werden: Nur wenn die Sachverhaltsabklärung einwandfrei erfolgt, entspricht die Entscheidung dem objektiven Recht¹⁴⁹. Die massgebende Norm darf erst dann angewendet werden, wenn die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen und damit auch der Normtatbestand feststeht und als erfüllt betrachtet werden kann. Ansonsten ist von deren Nichtanwendbarkeit auszugehen.

Eine vorsorgliche Anordnung, welche nur auf einer summarischen, allein auf die Aktenlage abgestützten Prüfung des Sachverhaltes beruht, bedeutet somit gleichzeitig immer auch eine Abweichung vom Erfordernis des gesetzmässigen Handelns: Obwohl die tatsächlichen und damit die rechtlichen Voraussetzungen noch nicht feststehen, wird der Eingriff oder die Leistung vorweggenommen, wird beispielsweise eine Bewilligung vorläufig gewährt oder entzogen. Dasselbe gilt aber auch in umgekehrter Richtung für Fälle, in welchen streitig ist, ob überhaupt ein gesetzliches Verbot oder Gebot zur Anwendung gelangt, ob überhaupt eine Bewilligung erforderlich ist oder nicht: Wird dies vom Individuum bestritten, seitens der Behörden aber

146 Vgl. insbesondere SUTTER, S. 204.

147 Das Legalitätsprinzip wird teils aus Art. 4 BV und teils aus dem Gewaltenteilungsprinzip abgeleitet; in den Fällen, in denen es nicht als verfassungsmässiges Recht angerufen werden kann, gilt es als ungeschriebener (unselbständiger) Verfassungsgrundsatz, vgl. dazu KÄLIN, S. 70 f.

148 HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 296.

149 KÖLZ/KOTTUSCH, S. 451; MOOR II, S. 175; SCHIMMELPFENNIG, S. 140, weniger restriktiv dann S. 151.

behauptet, so muss zunächst feststehen, dass die Bewilligungspflicht besteht und das im Gesetz vorgesehene unmittelbar anwendbare Verbot im konkreten Fall massgebend ist. Steht dies im Zeitpunkt der Anordnung noch nicht fest, muss – ähnlich der objektiven Beweislastverteilung¹⁵⁰ – der Norm die Anwendung versagt werden.

51. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob es um vorsorgliche Anordnungen vor Erlass einer Verfügung geht oder um solche nach Erlass derselben, jedenfalls soweit die *Rechtsmittelinstanz* selber gehalten ist, den Sachverhalt und die Rechtsfragen grundsätzlich vollumfänglich zu überprüfen. Entsprechend der Devolutivwirkung des Rechtsmittels geht die gesamte Entscheidungskompetenz an die Rechtsmittelinstanz über. Das Abwarten der Entscheidung wird im Hinblick auf das Erfordernis der Feststellung von Tat- und Rechtsfragen höchstens dann zur Formalie, wenn bereits Gewissheit über den Sachverhalt und das anzuwendende Recht besteht. Oder mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip ausgedrückt: Zur Herbeiführung der Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns verliert das Verfahren erst dann seine Notwendigkeit, wenn Zweifel am Ergebnis vorweg ausgeschlossen sind.

52. Auf der anderen Seite kann aber auch eine Gefährdung eintreten, welche die Verwirklichung des Gesetzeszweckes überhaupt in Frage stellt. Besteht eine derartige Gefährdung, würde das Absehen von einer Massnahme gleichermassen zu einer Durchbrechung des Gesetzmässigkeitsprinzips führen¹⁵¹. Zudem könnte das Verfahren alsdann weder die Rechtsschutzfunktion noch die Funktion, objektive Rechtsanwendung zu gewährleisten, erfüllen.

Besteht eine solche Gefahrenlage für die Verwirklichung des Gesetzeszweckes, treten die vorsorglichen Massnahmen in ein Spannungsverhältnis zum Gesetzmässigkeitsprinzip: Ändern sie den bisherigen Zustand vor Abschluss des Verfahrens, durchbrechen sie grundsätzlich die Anforderungen an das gesetzmässige Handeln; andererseits aber kann das anwendbare Gesetz deren Anordnung auch erfordern, wenn das gesetzgeberische Ziel nicht mehr verwirklicht werden könnte.

150 Vgl. auch SUTTER, S. 163, wo aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip die Beweislastregel abgeleitet wird, dass bei Beweislosigkeit die Nichtanwendung der Norm folgt. Die Frage der Beweislastverteilung stellt sich erst, wenn der Sachverhalt abgeklärt worden ist und muss deshalb insoweit vom vorsorglichen Rechtsschutz getrennt werden; vgl. auch HOHL, S. 177, 189, 196 ff. et passim: Art. 8 ZGB wird erst verletzt, wenn der vorsorglichen Massnahme kein definitiver Entscheid folgt.

151 Grundlegend: SCHAUB, S. 45; zur Rechtsgrundlage der vorläufigen Massnahmen, hinten, Rz. 73 ff.

53. Vorsorgliche Anordnungen, die den *Status quo* ändern, tragen somit latent immer auch die Gefahr der Abweichung vom Erfordernis des gesetzmässigen Handelns in sich. Sie sind bei entsprechender Gefahrenlage, die auch eine zeitliche Dringlichkeit verlangt, ex ante zwar gerechtfertigt; diese besondere Rechtfertigung fällt jedoch dahin, wenn der Entscheid anders ausfällt als die zwischenzeitliche Regelung, da sich die Annahme, es drohe ein Nachteil, nachträglich als unrichtig erwiesen hat¹⁵².

Anders ist es bei denjenigen zwischenzeitlichen Regelungen, die auf die *Belassung des Status quo* hinwirken. Hier ist der zwischenzeitliche Nachteil auch im materiellen Recht angelegt. Eine Rechtsmittelerhebung durch Dritte gegen eine begünstigende Verfügung oder die angefochtene negative Verfügung kann sich zwar als ungerechtfertigt erweisen. Da das materielle Recht aber verlangt, dass Sachverhalt und Rechtsfragen feststehen müssen, bevor die zuständige Behörde das Recht anwendet, ändert dies nichts daran, dass die zwischenzeitliche Regelung gerechtfertigt gewesen ist, jedenfalls so lange sich das Verfahren zur Entscheidung der Rechtsfragen als erforderlich erweist – und dies ist immer dann der Fall, wenn nicht sofort ein Entscheid herbeigeführt werden kann. Insoweit bedarf die Aufrechterhaltung des Status quo auch keines weiteren Rechtfertigungsgrundes. Erst wenn die Verwirklichung des Gesetzeszweckes gefährdet ist und der Status quo trotzdem beibehalten wird, der Entscheid aber in der Folge anders ausfällt und unwirksam bleibt, liegt ebenso ein Verstoß gegen das Gesetz vor.

D. Eingeschränkte Geltung der Verfahrensrechte

54. Die Verfahrensrechte werden auf unterschiedlichen Rechtssetzungsstufen garantiert: Bedeutsam sind einmal verschiedene Elemente des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wie er aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitet wird. Einschränkungen erfolgen hier insbesondere im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht, die Anhörung der Parteien sowie in Bezug auf die Beweisabnahme und allenfalls die Teilnahme an den Beweiserhebungen. Sodann schränkt die Behörde die Kognition ein, indem sie sich bei der Prüfung der Rechtsfragen auf eine Willkürprüfung beschränkt, von einer Sachverhaltsabklärung Abstand nimmt und gestützt auf die Akten entscheiden kann¹⁵³; erfolgt die

¹⁵² Vgl. vorne, Rz. 43 und hinten, Rz. 185.

¹⁵³ Ist die Rechtsmittelinstanz zur Sachverhaltsüberprüfung verpflichtet, so liegt jedenfalls dann eine ungerechtfertigte Kognitionsbeschränkung vor, wenn sie sich an die vorinstanzliche Sachverhaltsüberprüfung gebunden fühlt, vgl. KNAPP, Rz. 2048, HALLER/KARLEN, Rz. 934 im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG.

Beschränkung der Kognition ungerechtfertigterweise, liegt eine formelle Rechtsverweigerung vor¹⁵⁴.

Zu beachten ist des weiteren, dass eine Einschränkung der Untersuchungspflicht nicht nur Individualrechte betrifft. Es können auch besondere Abklärungserfordernisse zugunsten der öffentlichen Interessen, wie etwa die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), wegfallen¹⁵⁵.

Schliesslich sei auf Art. 13 EMRK verwiesen: Im Geltungsbereich der EMRK kann der Entzug der aufschiebenden Wirkung eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde zur Folge haben¹⁵⁶.

Was das rechtliche Gehör angeht, so besteht gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BV zwar lediglich ein Minimalanspruch. Insgesamt dürfen die dort garantierten Rechte aber nur aus besonderen Gründen, etwa wenn Dringlichkeit besteht, eingeschränkt werden; zudem kommt es auch auf die Tragweite des Falles an. Darauf ist zurückzukommen¹⁵⁷.

Wesentlich ist für diesen Zusammenhang, dass die verfassungsmässig gewährten Verfahrensgarantien jedenfalls nicht ohne weitere Rechtfertigung beschränkt werden dürfen.

5. Fazit

55. Im Ergebnis ist es somit gerechtfertigt, von einer sofortigen Wirksamkeit einer Verfügung zunächst abzusehen, so lange noch devolutiv wirkende Rechtsmittel, bei denen Sachverhalt und Rechtsfragen vollständig geprüft werden, offen stehen¹⁵⁸. Die Bevorzugung des Status quo findet ihren besonderen Grund im Erfordernis des gesetzmässigen Handelns. Auf der verfahrensrechtlichen Ebene sodann werden die verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechte in verschiedener Hinsicht eingeschränkt.

154 BGE 115 Ia 5 = Pra 78 Nr. 157. Die Rechtsgrundlage, dass die Einzelnen einen Anspruch auf Ausschöpfung der Kognition haben, ist umstritten; zum Teil geht das Bundesgericht in diesem Fall auch von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aus, BGE 104 Ib 418 = Pra 68 Nr. 188; RHINOW/KRÄHENMANN Nr. 80 B I f., S. 257. Zu beachten ist, dass sich das Bundesgericht vorab im Hinblick auf die Nachprüfung des Entscheides durch die Rechtsmittelinstanz ausgesprochen hat. Eine formelle Rechtsverweigerung dürfte aber auch vorliegen, wenn die erste Instanz die Rechtsfragen entgegen dem Gesetz nicht umfassend prüft. Vgl. auch hinten, Rz. 147, 157 ff.

155 Vgl. insbesondere VPB 1994/58 Nr. 6 und Nr. 7.

156 VPB 1993/57 Nr. 33; vgl. hinten, Rz. 118 am Ende.

157 BGE 111 Ia 274 = Pra 75 Nr. 96. Zum Ganzen hinten, Rz. 158.

158 Die aufschiebende Wirkung sollte auch aus praktischen Gründen bereits an den Lauf der Rechtsmittelfrist anknüpfen, vgl. dazu hinten, Rz. 178.

56. Sicherungsfunktion haben die vorsorglichen Massnahmen im Hinblick darauf zu übernehmen, dass die Verwirklichung des Gesetzeszweckes gefährdet ist. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass nicht jeder Nachteil, der durch die Zeit während des Verfahrens entsteht, genügen kann, um die *Änderung des Status quo* vorwegzunehmen. Unzulässig wäre es auf der anderen Seite auch, allein auf die Erfolgsprognose abzustellen und die Zwischenlösung nur unter dem Gesichtspunkt des nachfolgenden Hauptentscheides auszugestalten. Könnte man sich in der Regel mit einer – zwangsläufig nie exakten Erfolgsprognose – begnügen, so stellt sich unweigerlich die Frage nach der Erforderlichkeit der materiellrechtlichen Voraussetzungen und nach der Erforderlichkeit des Verfahrens an sich.

Liegt aber eine entsprechende Gefährdung der Rechtsverwirklichung vor, kann es umgekehrt auch nicht genügen, die Nachteile lediglich im Hinblick auf ihre Schwere zu gewichten, sondern es ist immer auch in Betracht zu ziehen, wie das Hauptverfahren ausgehen könnte. Überlegungen zur sogenannten Friedensfunktion, die sich in der Erfolgsprognose ausdrücken, sind somit genauso geboten. Andernfalls wird man die zwischenzeitliche Regelung vom materiellen Recht abkoppeln¹⁵⁹. Die Prognose kann die Wahrscheinlichkeit vermindern, dass eine dem Endergebnis widersprechende Zwischenlösung herbeigeführt wird und insoweit ein Zustand geschaffen wird, der in inhaltlicher Hinsicht mit dem materiellen Recht wahrscheinlich nicht in Einklang steht. Zudem ist ohne Einbezug der Hauptsachenprognose auch die Gefährdung der Rechtsverwirklichung nicht dargetan.

Damit wird deutlich: Sowohl Sicherungsfunktion wie auch Befriedungsfunktion sind bedeutsam, allerdings in unterschiedlicher Tragweite. Zieht man in Betracht, dass das Gesetzmässigkeitsprinzip die Abklärung von Sachverhalt und Rechtslage erfordert, bevor die zuständige Behörde entscheiden kann, wird vorweg immer ein besonderer Anordnungsgrund verlangt werden müssen, um vorsorgliche Massnahmen, welche eine Anwendung des Rechts ganz oder teilweise vorwegnehmen, vor der anwendbaren Rechtsnorm zu rechtfertigen. Ebenso muss die Einschränkung der Verfahrensrechte gerechtfertigt sein. Der Sicherungszweck derartiger Massnahmen ist demzufolge der primäre, der interimistische Befriedungszweck dagegen der sekundäre.

57. Zwischenlösungen, welche *keine vorweggenommene Rechtsanwendung* beinhalten, wirken insoweit sichernd, als sie dem Erfordernis des gesetzmässigen Handelns entsprechen, die Vollständigkeit des Verfahrens garantieren

159 Das materielle Zwischenrecht, das auf *Leipold* zurückgeht, wird in der Lehre gerade deshalb abgelehnt, weil danach auf eine Erfolgsprognose verzichtet werden soll: MEIER, S. 81, SCHOCH, S. 984 ff.

und Abweichungen vom bisherigen rechtlichen und tatsächlichen Zustand vorläufig verhindern. Sie bedürfen wie angeführt keines weiteren Rechtfertigungsgrundes. Insoweit stellt sich auch die Frage nach der Befriedungsfunktion nicht.

6. Ergeben sich aus den Freiheitsrechten in funktioneller Hinsicht Besonderheiten?

58. Die vorsorglichen Massnahmen sind in ihren verschiedenen Konstellationen jeweils auch im Hinblick auf allfällig tangierte Freiheitsrechte bedeutsam. In Frage stehen können dabei die ideellen wie die wirtschaftlichen Freiheitsrechte.

59. Fraglich ist zunächst, inwieweit die Massnahmen, welche den Status quo belassen, die Freiheitsrechte des Verfügungsadressaten einschränken. Die Frage betrifft einerseits Fälle der Drittbeschwerden gegen begünstigende Verfügungen; andererseits lassen sich die Überlegungen auch auf Fälle der negativen Verfügungen sowie auf die Sachlage vor Erlass der Verfügung übertragen. Insbesondere kann eine teilweise vorweggenommene Begünstigung auch als mildere Massnahme gedeutet werden, wobei diesbezüglich aber nicht ausser Acht bleiben darf, dass eine vorläufige Begünstigung gegenüber der endgültigen Verfügung auch einschränkender ist: Das Vertrauensprinzip gilt nur in begrenztem Umfang, und eine Restitution bleibt grundsätzlich vorbehalten¹⁶⁰.

Um diese Frage zu beantworten, ist Klarheit darüber zu schaffen, inwieweit das Erfordernis, ein Verfahren zu durchlaufen, Freiheitsrechte überhaupt zusätzlich zum materiellen Recht einschränken kann. Nach dem zum Gesetzmässigkeitsprinzip Gesagten kann die zum Entscheid berufene Instanz das Gesetz nicht ohne besonderen Rechtfertigungsgrund vorweg anwenden; eine Vorwegnahme würde sich als widerrechtlich erweisen. Strafbare – und insoweit ebenso widerrechtliche Handlungen – nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedoch vom Geltungsbereich der Grundrechte aus¹⁶¹. So lange das Verfahren, die Abklärung des Sachverhaltes und der Rechtslage noch offen sind, ist insbesondere die vorweggenommene Ausübung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit von den Freiheitsrechten folglich nicht erfasst. Erst die Bewilligungsverweigerung¹⁶² wird von der Warte der Frei-

¹⁶⁰ Dazu hinten, Rz. 186; LÜCKE, S. 159.

¹⁶¹ BGE 111 Ia 322 f. = Pra 75 Nr. 77.

¹⁶² Soweit die Bewilligungspflicht als solche unbestritten ist.

heitsrechte aus rechtlich relevant. Damit wird das Verfahren als solches vom Geltungsbereich der Freiheitsrechte ausgeschlossen. Dieser gänzliche Ausschluss vermag wenig zu befriedigen¹⁶³. Der Grundsatz, dass das Erfordernis, ein Verfahren zu durchlaufen, bereits von der materiellrechtlichen Ausgangslage her vorgezeichnet ist – so setzt eine Bewilligung das Verfügungsverfahren voraus – kann nur so lange Bestand haben, als die Verwirklichung des materiellen Rechts Verfahren erfordert.

Richtiger erscheint somit, das Verfahren nicht a priori vom Schutzbereich der Freiheitsrechte auszuschliessen, sondern gleichermassen an die Voraussetzungen zur Einschränkung derselben zu binden. Für eine zwischenzeitliche Regelung, welche die Erhaltung des Status quo zur Folge hat, bedeutet dies, dass das Zuwarten so lange verhältnismässig ist, als das Verfahren zur objektiven Rechtsanwendung geeignet und erforderlich ist und die Frage der Anwendbarkeit der Normen offen ist. Wo genau generell die Grenze des «notwendigen» Verfahrens liegt, kann freilich nur grob festgelegt werden. Entsprechend dem Prinzip des abnehmenden Nutzens nimmt im Laufe des Instanzenzuges jedenfalls auch die Wahrscheinlichkeit ab, dass selbst bei voller Überprüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz neue Gesichtspunkte aufgedeckt werden können¹⁶⁴. Im konkreten Fall sodann wird auch die Erfolgsprognose eine Rolle spielen. Indessen kann unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit des Verfahrens höchstens eine klare, zur Gewissheit führende Erfolgsprognose ins Gewicht fallen. Nur insoweit könnte somit begründeterweise mutwilligen Drittbeschwerden entgegengetreten werden¹⁶⁵. Ansonsten bleibt das Verfahren aber für die objektive Rechtsanwendung erforderlich, da die offenen Punkte von der zuständigen Instanz zu klären sind. Zieht man zudem die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn in Betracht, so kommt dem gesetzmässigen Handeln des Staates aus Rechtssicherheitsgründen ein sehr hoher Stellenwert zu, von welchem nur bei sehr gewichtigen entgegenstehenden Interessen abgewichen werden darf; alsdann bildet eine allfällige Vorwegnahme der Verfügung aber ohnehin kein dem Gesetz entgegenstehender Akt mehr¹⁶⁶.

60. Soweit die vorsorglichen Massnahmen, die den *Status quo* vorweg ändern, belastend wirken, ziehen sie im Geltungsbereich der Freiheitsrechte umgekehrt stets eine Einschränkung derselben nach sich. Gegenüber den endgültigen Massnahmen sind sie zwar insoweit milder, als ihre Geltungs-

163 Immerhin vermögen aber die zahlreichen, aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleiteten Verfahrensgarantien gleichzeitig auch unzulässige Eingriffe in die Freiheitsrechte zu vermeiden. Zu denken ist hier vorab an das Rechtsverzögerungsverbot.

164 ROHNER, S. 276.

165 Vgl. STEINMANN, S. 154 f., mit Hinweis auf BGE 118 Ib 10.

166 Vgl. hinten, Rz. 74.

dauer beschränkt ist¹⁶⁷. Auf der anderen Seite aber erfolgen sie vorzeitig, lediglich aufgrund einer summarischen Abklärung des Sachverhaltes und der Rechtsfragen. Dem Erfordernis, dass sich der Eingriff in die Freiheitsrechte auf ein genügend bestimmtes und auch richtig angewendetes Gesetz abstützen hat, ist hier besonders Rechnung zu tragen. Zumindest muss sich das vorgezogene Handeln im Lichte des gefährdeten Gesetzeszweckes rechtfertigen lassen, wobei zu differenzieren ist; darauf ist zurückzukommen¹⁶⁸.

Beschwerden gegen belastende Verfügungen werden zwar zweifellos auch eingereicht, um die Wirksamkeit einer Massnahme hinauszuschieben, etwa um den Führerschein wenigstens noch während der Dauer des Verfahrens behalten zu dürfen¹⁶⁹ oder um die Ausschaffung aus der Schweiz nach erfolglosem Asylverfahren zu verzögern¹⁷⁰. Allerdings ist gerade unter dem Gesichtswinkel der Freiheitsrechte zu beachten, dass dem Staat die Begründungslast zukommt, weshalb das Ende des Verfahrens nicht abgewartet werden kann. Besteht somit keine besondere Gefährdung des öffentlichen Interesses, wird die Vorwegnahme des Eingriffs auch nicht als verhältnismässig, insbesondere nicht als erforderlich angesehen werden können¹⁷¹. Würde man zudem allein auf die Erfolgsprognose abstellen, so läuft man leicht Gefahr, den vorsorglichen Massnahmen pönalen Charakter zu verleihen¹⁷². Es ist zwar einzugestehen, dass das Verfahren bei einer klaren, auf Gewissheit beruhenden Erfolgsprognose zur reinen Formsache wird. Kann allerdings eine klare Erfolgsprognose gestellt werden, ist in erster Linie sofort ein Endentscheid herbeizuführen.

61. Insgesamt ergibt sich, dass sich unter dem Aspekt der Freiheitsrechte eine andere Gewichtung der von den vorsorglichen Massnahmen zu erfüllenden Funktionen nicht aufdrängt. Bei einer den Status quo erhaltenden zwischenzeitlichen Regelung hat sich gezeigt, dass selbst unter dem Aspekt der Freiheitsrechte nur gewichtige Gründe eine vorweggenommene Änderung desselben zu rechtfertigen vermögen. Umgekehrt sind auch die den Status quo ändernden Massnahmen nur bei besonderen öffentlichen Interessen, und soweit die Verhältnismässigkeit gewahrt werden kann, gerechtfertigt.

167 Vgl. LÜCKE, S. 59.

168 Vgl. dazu hinten, Rz. 79.

169 So BGE 107 Ib 399 = Pra 71 Nr. 44; BGE 115 Ib 158 E. 2 = Pra 79 Nr. 149.

170 VPB 1993/57 Nr. 33; OW/VVGE 1989/90, S. 139 ff. = ZBl 1991, S. 353 ff.

171 In diese Richtung auch GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 6 f.

172 So BGE 110 V 46 f. = Pra 73 Nr. 230, wo aber zugleich festgehalten wird, dass sich der Pflichtige mit der Verzögerung der Beitragszahlungen an die Versicherungen keine Vorteile einhandelt; SCARTAZZINI, S. 337. Zurückhaltend auch die Praxis im Kanton Zürich, KÖLZ, Kommentar VRG, § 25, Rz. 10.

7. Verlangt die Rechtsgleichheit eine besondere Behandlung von Drittbeschwerden durch Private (Nachbarn, Konkurrenten)?

A. Gleichverteilung der Risiken am Verfahrensausgang?

62. Im Hinblick auf das Rechtsgleichheitsgebot wird es als stossend angesehen, dass die wirtschaftlichen Nachteile, die dem Verfügungsadressaten entstehen, ungleich grösser sein können als diejenigen, welche die drittbeschwerdeführende Person zu tragen hat, wenn einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommt und der Status quo vorerst bestehen bleibt. Konkret entsteht ein Ungleichgewicht vorab, wenn ein Bauherr in der Folge obsiegt, indessen eine erhebliche Verteuerung der Baukosten in Kauf nehmen muss, während der Nachbar lediglich die Prozesskosten zu tragen hat¹⁷³.

63. Aus dem Gebot der prozessualen Gleichbehandlung der Parteien wird zum Teil abgeleitet, dass das Risiko am Verfahrensausgang zumindest in solchen Fällen gleichmässig zu verteilen ist. Dieser Grundsatz wird einerseits im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung¹⁷⁴ erwähnt, andererseits soll er aber auch auf den vorläufigen Rechtsschutz Anwendung finden¹⁷⁵.

Die Ungleichbehandlung in Bezug auf das Risiko am Verfahrensausgang wäre allerdings nur dann sachlich nicht begründet, wenn die Ausgangslage für beide Parteien dieselbe wäre und die Gründe, welche für die vorläufige Beibehaltung des Status quo sprechen, gleichgewichtig neben denjenigen stünden, welche gegen die Beibehaltung sprechen. Dem steht aber wiederum der Umstand entgegen, dass vor Abschluss des Verfahrens infolge noch nicht erfolgter Abklärung von Sachverhalt und Rechtsfragen durch die zuständige Instanz eine Vorwegnahme der bewilligungspflichtigen Tätigkeit grundsätzlich in Widerspruch tritt zum Erfordernis des gesetzmässigen Handelns. Mit anderen Worten: Bevor Sachverhalt und Rechtsfragen nicht feststehen, besteht kein Anspruch auf Ausübung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit. Darauf können sich zudem die Drittbeschwerdeführenden ebenso berufen. Die Nachbarn haben in gleicher Weise einen Anspruch auf präventive Anwendung der sie betreffenden Schutzbestimmungen, beispielsweise der Immissionsschutzbestimmungen¹⁷⁶. Die Verantwortung für die objektive

173 GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 8, SCHOCH, S. 921 ff.

174 Vgl. SUTTER, S. 208 ff.

175 Vgl. SCHOCH, S. 1026, für den vorläufigen Rechtsschutz im öffentlichen Prozessrecht von Deutschland; für den Zivilprozess gelangt insbesondere MEIER, S. 213 ff., zu diesem Schluss; zudem *ders.*, Beweislastverteilung im schweizerischen Recht, ZSR 1987 I, S. 705 ff., 731 f.

176 So AGVE 1986, S. 311 E. c.

Rechtsanwendung liegt auch bei Verwaltungsakten, die (verfahrens)rechtlich relevante Drittbetroffenheiten auslösen, in erster Linie bei der Verwaltungsbehörde, so lange die entsprechenden materiellen verwaltungsrechtlichen Rechtsnormen bestehen. Es wäre zu eng, den verwaltungsrechtlichen Streit, in welchem sich private Parteien gegenüberstehen, allein als einen solchen unter Privaten zu betrachten^{177, 178}.

Andererseits stehen den Drittbetroffenen gleichermassen sämtliche Verfahrensgarantien offen, die nur aus besonderen Gründen eingeschränkt werden dürfen.

64. Ist aber die Ausgangslage für die Parteien ungleich und ist auch im Mehrparteienverhältnis das Gesetzmässigkeitsprinzip ausschlaggebend, ist die vorweggenommene grössere Gewichtung des Interesses am Status quo und damit auch das Erfordernis, dass den Interessen des Begünstigten ein schwerwiegender Nachteil¹⁷⁹ drohen muss, gerechtfertigt. Deshalb fordert die Rechtsgleichheit auch nicht, dass bei einer Interessenabwägung allein darauf abzustellen ist, welcher der Parteien der grössere Schaden entsteht, wenn infolge der aufschiebenden Wirkung der Status quo bestehen bleibt. Ebenso wenig muss in diesen Fällen die Befriedungsfunktion in den Vordergrund gestellt und in erster Linie die Erfolgsprognose als ausschlaggebend betrachtet werden¹⁸⁰.

65. Der hier vertretene Standpunkt lässt sich auch erhärten, wenn man einen Blick auf die anderen möglichen Interessenkonstellationen im Verfahren wirft: Gerade im Hinblick auf die Verbands- oder Behördenbeschwerde lassen sich unabhängig des Einzelfalles keine generellen Gründe finden, welche es rechtfertigen würden, Drittbeschwerden von Privaten anders zu behandeln als Verbands- oder Behördenbeschwerden. Die Anwendung verwaltungsrechtlicher Normen erfolgt auch bei Drittbeschwerden von Privaten nicht allein im persönlichen sondern auch – entsprechend der Zweckrichtung der verwaltungsrechtlichen Normen – im öffentlichen Interesse. Ebenso fraglich wäre es alsdann, wenn bei der Anfechtung einer negativen Verfügung

177 Diese Tendenz besteht vorab in Deutschland, dazu SCHOCH, S. 900, mit Hinweisen. FINKELNBURG/JANK, Rz. 653. In ähnliche Richtung aber auch GADOLA, Beschwerdeverfahren S. 374, und *ders.*, Drittbeschwerde, S. 100; GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 8.

178 Der Ansatz erscheint auch insoweit eher fragwürdig, als gerade im Zivilprozessrecht die aufschiebende Wirkung häufig unumstösslich gegeben ist und Leistungsmassnahmen nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen angeordnet werden dürfen. Im Einzelnen: VON SALIS, S. 53 f.; zu den Leistungsmassnahmen insbesondere VOGEL, S. 94 f., 95 ff.

179 Zur Bestimmung der Nachteile, vgl. hinten, Rz. 103 ff.

180 Vgl. aber RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 625, 1329; GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 375; *ders.*, Drittbeschwerde, S. 101; GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 9; *ders.*, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 245; ZOLLIKOFER, S. 90.

strengere Anforderungen an eine vorläufige Gewährung des anbegehrten Vorteils gestellt würden.

Insgesamt könnte sich eine Ungleichbehandlung von Beschwerden durch private Drittpersonen gegenüber den genannten Fällen nur aufdrängen, wenn generell dargetan wäre, dass von diesen in unzulässiger Art und Weise Gebrauch gemacht wird. Bei den Verbands- und Behördenbeschwerden zeigen die Statistiken das Gegenteil. Bei den privaten Drittbeschwerden fehlen entsprechende Erhebungen.

B. Prozessuale Chancengleichheit

66. Der Bezug zur «Waffengleichheit» – oder besser: zur prozessualen Chancengleichheit¹⁸¹, die sich ebenfalls auf Art. 4 Abs. 1 BV abstützen lässt – besteht insofern, als diejenige Partei, welche mit einem erheblich grösseren Schaden als die Gegenpartei infolge der Verfahrensdauer rechnen muss und dementsprechend auch ein grosses wirtschaftliches Risiko trägt, trotz aussichtsreichem Verfahrensausgang nicht in der Lage ist, ihre prozessualen Handlungsmöglichkeiten vollständig auszuschöpfen¹⁸².

So sieht sich der Bauherr unter Umständen trotz guten Prozesschancen zum Nachgeben gezwungen und verzichtet durch Anpassung seines Bewilligungsgesuches auf die gerichtliche Beurteilung oder aber entschädigt den Nachbarn für einen Rechtsmittelverzicht – häufig auf Verlangen des Nachbarn selbst und nicht selten in grosszügigem Umfang¹⁸³. Zu diesen Mitteln wird er insbesondere greifen, wenn der zwischenzeitliche Schaden grösser ist als die vom Nachbarn geforderte Abgeltung. Fraglich erscheint, inwieweit unter diesem Aspekt der Rechtsgleichheit ein Ausgleich geschaffen und der vorzeitige Baubeginn gewährt werden soll, inwieweit die nach dem Gesetzmässigkeitsprinzip zu Recht angenommene Bevorzugung des Status quo ausser Acht zu lassen oder zumindest zurückzustellen ist.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung einem Bauherrn nicht von vornherein nur Vorteile bringt: Denn häufig

181 Vgl. die etwas abweichende Terminologie bei G. MÜLLER in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 4 f., wo die Chancengleichheit nur im Sinne der gleichen Startbedingungen verstanden wird, während der Ausgleich in den tatsächlichen Verhältnissen unter den Begriff des Egalisierungsgebotes fällt.

182 Dieser Ansatz liegt dem Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung zugrunde: Vgl. Beatrice WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 205 ff., insbes. 208 ff.

183 Dies ist jedenfalls dann nicht sittenwidrig im Sinn von Art. 20 Abs. 1 OR, wenn umgekehrt die Drittbeschwerde nicht geradezu aussichtslos ist und deshalb ein Schaden des Nachbarn abgegolten werden soll: BGE 115 II 235 = Pra 79 Nr. 13, Bundesgerichtsentscheid vom 20. Januar 1997 (zur Publikation vorgesehen); RB ZH 1991 Nr. 6.

wird es ihm wenig nützen, wenn er auf eigenes Risiko bereits Investitionen tätigt und mit den Bauarbeiten beginnt, die er bei Unterliegen im Prozess wieder rückgängig machen muss¹⁸⁴. Selbst bei der Feststellung einer überwiegend positiven Entscheidung bleibt immer eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Unterliegens bestehen. Das Erstellen einer Entscheidung durch die entscheidende Instanz wird dem Bauherrn wohl eher dazu dienen, die Vor- und Nachteile seines weiteren Vorgehens gegenüber dem Nachbarn auszuloten, als bereits mit der Errichtung der Baute zu beginnen. Droht das Projekt infolge langer Verfahrensdauer unrentabel zu werden und ist insoweit die Verfahrensverzögerung untragbar¹⁸⁵, ist auch das Erfordernis des schweren Nachteils, mithin ein genügender Anordnungsgrund, gegeben und können, soweit die Interessen des Bauherrn zugleich überwiegen, vorsorgliche Anordnungen getroffen werden¹⁸⁶. Bei genauerem Hinsehen erweist sich die Herbeiführung der Chancengleichheit im vorerwähnten Sinn insbesondere durch erleichterten Entzug der aufschiebenden Wirkung als wenig geeignet und auch nicht erforderlich: Bei gewichtiger Gefährdung der Interessen des Bauherrn wird die Anordnung vorsorglicher Massnahmen begründet werden können; sind die Interessen aber weniger stark gefährdet, besteht in der Regel auch kein vordringliches Interesse am vorzeitigen Baubeginn.

C. Mittel gegen die ungerechtfertigte Beschwerdeführung

67. Es gibt weit wirksamere Mittel, offenkundig unzulässiger Rechtsmittelerhebung durch Dritte entgegenzutreten: Am wenigsten Schaden vermögen solche Beschwerden anzurichten, wenn die Behörden sofort entscheiden. Der Gesetzgeber könnte die Gerichte verpflichten, offensichtlich unzulässige oder unbegründete Rechtsmittel in einem vereinfachten und insbesondere

184 Vgl. SCHOCH, S. 1338, sowie STEINMANN, S. 151, sowie hinten, Rz. 187.

185 Vgl. BGE 118 Ib 10.

186 Dies wäre ein genügend schwerwiegender Nachteil: Vgl. die Rechtsprechung zur materiellen Enteignung: BGE 111 Ib 264 f. = Pra 75 Nr. 100, sowie HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1706. Vgl. auch Art. 76 Abs. 1 EntG, der die vorzeitige Besitzeinweisung erlaubt. Damit wollte der Gesetzgeber ein Mittel gegen Druckversuche der Enteigneten bereitstellen; die vorzeitige Besitzeinweisung darf allerdings nicht ohne bedeutende Nachteile für den Enteigner gewährt werden; vgl. dazu BGE 115 Ib 22 E. 5a, mit Hinweis = Pra 78 Nr. 243.

raschen Verfahren vorweg zu beurteilen¹⁸⁷. Sodann ist auf das Instrument des Kostenvorschusses hinzuweisen. Müssen die Prozesskosten vorgeschossen werden, wird dies jedenfalls trölerische Beschwerdeführer abhalten¹⁸⁸. Diese Massnahme ist allerdings nur insoweit gerechtfertigt, als sich tatsächlich ergeben sollte, dass Drittbeschwerden von Privaten in der Regel «Neidbeschwerden» darstellen¹⁸⁹. Ebenso bildet die Teilrechtskraft ein taugliches Instrument, damit bei einer Streitigkeit, die nur einen Teil der Baubewilligung betrifft, die Bauausführungen nicht blockiert werden¹⁹⁰.

187 Vgl. Art. 36a OG, wo aber keine bevorzugte Behandlung der offensichtlich unbegründeten Beschwerden vorgesehen ist. Dazu müsste es eine Art Vorprüfungsverfahren geben. Nach dem Revisionsentwurf des VRG-ZH sollen querulatorische Beschwerden überhaupt unbeachtlich bleiben (§ 18). Im Zivilprozessrecht sodann besteht in einigen Kantonen das Befehlsverfahren zur Handhabung klaren Rechts oder sofort beweisbarer tatsächlicher Verhältnisse, vgl. § 222 Ziff. 2 ZPO ZH. Gleicher Meinung für das Zivilprozessrecht, HOHL, insbesondere S. 238.

188 Heute gilt die Vorschusspflicht in der Regel nur für Fälle, in denen die Bezahlung der Verfahrenskosten unsicher ist, vgl. etwa Art. 63 Abs. 4 VwVG; vgl. aber die Hinweise zum kantonalen Recht bei GADOLA, Drittbeschwerde, S. 127.

189 Vgl. dazu auch hinten, Rz. 213.

190 MÄDER, 198 f.; in diesem Sinn auch AGVE 1980 Nr. 31; 1988 Nr. 64.

III. Typisierung vorsorglicher Massnahmen im Verwaltungsrecht

68. Nach dem Gesagten kann nunmehr auch eine Typisierung der vorsorglichen Massnahmen insgesamt vorgenommen werden.

Häufig trifft man im Gesetz Bestimmungen, dass Anordnungen getroffen werden können, einerseits um den rechtlichen oder tatsächlichen Zustand einstweilen zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen sicherzustellen. Als Beispiel sei hier Art. 94 OG oder Art. 18 IRSG genannt. Die letztere Norm verweist gleichzeitig auf die vorsorgliche Sicherung von Beweismitteln. Art. 56 VwVG dagegen nennt nur diejenigen Massnahmen, die einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert erhalten sollen. In der Praxis wird die Bestimmung allerdings zu Recht weiter ausgelegt. Gestützt darauf sind auch Massnahmen zulässig, um bedrohte rechtliche Interessen sicherzustellen¹⁹¹.

Diese gesetzlichen Bestimmungen bzw. die Praxis dazu stellen auf die Unterscheidung zwischen Regelungsmassnahmen und Sicherungsmassnahmen ab.

Regelungsmassnahmen zielen darauf ab, die bedrohten rechtlichen Interessen sicherzustellen. Darunter werden gängigerweise diejenigen Anordnungen verstanden, welche Gestaltungswirkung aufweisen¹⁹². Der Begriff der Gestaltung ist im Verwaltungsrecht allerdings nicht restlos klar. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass er eng mit dem subjektiven öffentlichen Recht verknüpft ist. Nach überkommener Begriffsbildung werden darunter aber sowohl die konstitutiven wie die deklaratorischen Verfügungen subsumiert¹⁹³. Nach dem Verfügungsbegriff gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG beinhalten Gestaltungsverfügungen denn auch allgemein die Regelung eines Rechts oder einer Pflicht zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen.

Zählt man zu den vorsorglichen Massnahmen auch die aufschiebende Wirkung, so fällt unter die Regelungsmassnahmen in erster Linie der Entzug derselben, weil damit die Verfügung insgesamt vorweggenommen wird. Als vorsorgliche Massnahme im engeren Sinn kann die Anordnung aber auch weniger weit reichen und, soweit der Zusammenhang zum Streitgegenstand gewahrt bleibt, ein Aliud beinhalten.

191 SALADIN, S. 162, 210; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1331.

192 Vgl. KÖLZ/HÄNER, Rz. 146; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1089.

193 SCHÖN, S. 60 f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 712; zur umstrittenen Rechtsnatur der Polizeibewilligung HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1961, sowie MÄDER, S. 11 f., zur Baubewilligung. BGE 110 Ib 365 f. = Pra 74 Nr. 41.

Sicherungsmassnahmen hingegen bezwecken nach dieser Unterscheidung, den bestehenden rechtlichen oder tatsächlichen Zustand einstweilen zu erhalten. Dazu kann zweifellos einmal die aufschiebende Wirkung einer Verfügung gezählt werden. Will man jedoch die Tragweite der Sicherungsmassnahmen im genannten Sinn weiter ausloten, wird man häufig wieder bei den gestaltenden Regelungsmassnahmen landen, insbesondere, wenn es um die Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes geht¹⁹⁴. Selbst die Beschlagnahme von Waren nach Art. 30 LMG erweist sich bei genauerem Hinsehen als Regelungsmassnahme, da damit das Recht, über die Ware zu verfügen, vorweg eingeschränkt wird. Denn nach dem Gesetz haben die Kontrollorgane vorerst Verfügungsmässig, nach Art. 28 LMG, festzulegen, was mit der beanstandeten Ware zu geschehen hat.

69. In Anbetracht dessen sowie auch im Hinblick auf die im Gesetzmässigkeitsprinzip begründete Privilegierung des Status quo rechtfertigt sich diese Unterscheidung im Grundsätzlichen trotz alledem. Bei den Regelungsmassnahmen soll jedoch nicht allgemein auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses abgestellt, sondern es soll weiter differenziert werden, ob die vorsorglich zu sichernden verwaltungsrechtlichen Rechte und Pflichten unmittelbar bereits durch Rechtssatz oder eine Verfügung begründet sind oder ob sie erst durch Konkretisierung des Rechtssatzes mittels einer Verfügung entstehen¹⁹⁵. Nur die letzteren werden hier zu den Regelungsmassnahmen gezählt. Bei den ersteren ist von Sanktionsmassnahmen zu sprechen.

70. Nachfolgend werden somit diejenigen Massnahmen als *Regelungsmassnahmen*¹⁹⁶ verstanden, bei welchen die ganz oder teilweise vorweggenommenen Rechte und Pflichten ohnehin nur durch Verfügung entstehen können und nicht bereits von Gesetzes wegen oder gestützt auf eine Verfügung

194 Kritisch auch SCHAUB, S. 69 f.

195 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 620 f.

196 Regelungsmassnahmen kennt auch das Zivilprozessrecht. Danach handelt es sich aber um solche Anordnungen, die während der Auflösung oder der Umgestaltung eines Dauerrechtsverhältnisses getroffen werden, um für die Verfahrensdauer eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Da sich diese Anordnungen von den Regelungsmassnahmen im hier verstandenen Sinn nicht unterscheiden und in solchen Fällen auch die Voraussetzungen zum Erlass derselben gegeben sein dürften, weil die Interessen genügend schutzbedürftig sind, ist hier von einer Übernahme derselben abzugehen, vgl. aber KUHN, S. 190, auch im Hinblick auf das deutsche Recht, dazu auch FINKELNBURG/JANK, Rz. 130, sowie SCHOCH, S. 1469 ff.; vgl. auch MEIER, S. 21.

Auch sei hier auf den Fall ZG-GVP 1993/94, S. 308 ff., verwiesen: So erforderte die Teilliquidation der Personalfürsorgestiftung für die Dauer des Liquidationsverfahrens besondere Massnahmen. Gleichzeitig wurde aber auch ein Sachwalter eingesetzt und der Stiftungsrat suspendiert. Beide Anordnungen, sowohl die inhaltlichen wie die organisatorischen bezweckten bei genauerem Hinsehen die Sicherung der Destinatärinteressen.

unmittelbar gelten. Hierzu zählt der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Verfügungen, welche in Konkretisierung des Rechtssatzes Rechte und Pflichten erst begründen. Neben dem bereits erwähnten Art. 30 LMG, welcher auch bei dieser Unterscheidung eine Regelungsmassnahme darstellt, ist weiter auf Art. 16 Abs. 4 USG zu verweisen, wonach die Behörde die Pflicht zur Sanierung eines Betriebes vorsorglich anordnen kann. Damit kann eine vollständige Vorwegnahme der definitiven Massnahme verbunden sein¹⁹⁷. Ähnliches gilt im Leistungsbereich für Art. 15 OHG, wonach ein Vorschuss gewährt werden kann. Ebenso schränkt die provisorische Unterschutzstellung eines Gebäudes vorweg die Nutzung des Eigentums ein. Schliesslich fallen unter die Regelungsmassnahmen grundsätzlich auch Beweissicherungsmassnahmen

71. Die *Sanktionsmassnahmen* zielen vorab darauf ab, einen bisherigen tatsächlichen Zustand aufrechtzuerhalten, weil Gefahr droht, dass dieser *widerrechtlich geändert* wird oder bereits geändert worden ist, wenn somit die Anmassung einer Rechtsposition droht, oder wenn die Rechtsposition unter Umständen bereits angemasst worden ist. Für ersteres sei auf das – zwar dem Zivilrecht zuzurechnendes¹⁹⁸ – Beispiel der Grundbuchsperrung verwiesen, welche gestützt auf Art. 23 BewG angeordnet werden kann und der Durchsetzung des Veräusserungsverbot von Grundstücken an ausländische Personen dient, für letzteres auf den Baustopp. Aber auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Sanktionsverfügungen fällt darunter. Gemeinsam ist diesen Massnahmen mit dem oben umschriebenen herkömmlichen Begriff der Sicherungsmassnahmen zwar das Ziel, den tatsächlichen Zustand vorläufig ganz oder teilweise zu erhalten¹⁹⁹. Bei genauerem Hinsehen steht bei ihnen aber gleichermassen wie bei den Regelungsmassnahmen eine vorweggenommene Festlegung von Rechten und Pflichten in Frage, die zwar in einem Gesetz oder einer Verfügung bereits enthalten, aber vom Einzelnen nunmehr konkludent bestritten sind²⁰⁰. Wenn die Verwaltungsbehörde beispielsweise vorsorglich ein Nutzungsverbot verhängt, weil das Gesetz bestimmte Nutzungsänderungen von Räumlichkeiten überhaupt als unzulässig erklärt, stellt sie vorweg das von Gesetzes wegen geltende Verbot fest, gegebenenfalls verbunden mit der Androhung einer Ordnungsbusse. Häufig

197 Die Pflicht zur Sanierung muss grundsätzlich in einer Verfügung festgelegt werden und gilt nicht bereits von Gesetzes wegen, SCHRADE, Kommentar USG, N 7 zu Art. 16.

198 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 210a.

199 Wobei der Baustopp nur mittelbar diese Wirkung zeitigen kann, weil die Wiederherstellung vorläufig nicht möglich ist.

200 Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 133. Meines Erachtens sind die verfügmässig festgelegten Pflichten gleich zu behandeln wie die unmittelbar gestützt auf das Gesetz anwendbaren Pflichten.

bezwecken diese Massnahmen gleichzeitig, die Gestaltung eines künftigen Rechtsverhältnisses zu sichern, sofern die angemassete Rechtshandlung auch bewilligungsfähig ist²⁰¹. Im übrigen aber geht es gleichsam um die vorsorgliche Durchsetzung der unmittelbar geltenden gesetzlichen Gebote oder Verbote. Infolge dieser besonderen Zweckrichtung werden die Voraussetzungen zu deren Erlass etwas zu modifizieren sein, weshalb sie von den Regelungsmassnahmen zu unterscheiden sind.

72. Werden bei den Regelungsmassnahmen wie bei den Sanktionsmassnahmen rechtliche Positionen vorweg geändert, so wirken sich *Sicherungsmassnahmen* insoweit zugunsten des bisherigen rechtlichen Zustandes aus, als sie die Wirksamkeit oder Vollstreckbarkeit der verfügten Regelung hemmen²⁰². Beinhaltet die Verfügung die Durchsetzung unmittelbar von Gesetzes wegen geltender Rechte und Pflichten, kann die Wirkung der vorweggenommenen Festlegung derselben zugunsten des Verfügungsadressaten gehemmt werden. Stehen Verfügungen in Frage, aufgrund derer die Rechte und Pflichten in Konkretisierung der anwendbaren Norm erst begründet werden, geht es gleichermassen um die Aufrechterhaltung des bisherigen rechtlichen Zustandes. Sicherungsmassnahmen beinhalten somit in der Regel die Pflicht, vorläufig die bewilligte Tätigkeit oder den Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen zu unterlassen.

Wie angeführt, kommt vorab dem Suspensiveffekt diese Wirkung zu. Weitere Beispiele hierfür sind sodann das vorläufige Verbot, vor Ablauf der Rechtsmittelfrist ein Gebäude abzureissen, wenn die Abbruchbewilligung erteilt wurde, oder das Verbot, vorher den Wald zu roden, wie dies in Art. 47 WaG vorgesehen ist²⁰³. Diese Massnahmen sind allerdings äusserst selten und ergeben sich vor allem daraus, dass die aufschiebende Wirkung nicht bereits an den Lauf der Rechtsmittelfrist anknüpft.

201 Vgl. vorne, Rz. 20.

202 Vgl. zu den verschiedenen möglichen Folgen der aufschiebenden Wirkung, hinten, Rz. 179 ff.

203 BGE 119 Ib 302 = Pra 83 Nr. 160; dazu auch hinten, Rz. 128.

IV. Die gesetzliche Grundlage

1. Materiellrechtliche Grundlage der zwischenzeitlichen Regelung

73. Als wegweisend für das öffentliche Verfahrens- und Prozessrecht hat sich die These von *Schaub* erwiesen, dass sich die gesetzliche Grundlage der vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsrecht aus der materiellen Norm ergibt, deren Durchsetzung vorläufig gesichert werden soll²⁰⁴. Diese These wurde einerseits in der Lehre²⁰⁵, andererseits von der Praxis der Kantone²⁰⁶ und derjenigen der Bundesinstanzen²⁰⁷ aufgenommen. Allerdings kann die Praxis dazu noch nicht als gefestigt bezeichnet werden²⁰⁸.

Die materiellrechtliche Rechtsgrundlage entspricht den Funktionen, welche den vorsorglichen Massnahmen zukommen, am besten. Zwar liesse sich einwenden, das *Verfahrensrecht* sei in erster Linie dazu berufen, den Individualrechtsschutz zu verwirklichen. Doch ist zu beachten, dass das materielle Recht, um dessen Anwendung es im Verfahren geht, nicht nur dem öffentlichen Interesse dient, sondern gleichermassen bezweckt, die Einzelnen zu schützen, somit seinerseits Rechtsschutzfunktion übernimmt. Ist die Durchsetzung des objektiven Rechts gefährdet, kann sich dies genauso zu Lasten der Privaten auswirken.

Folgt man der Auffassung, dass sich die vorsorglichen Massnahmen aus dem materiellen Recht ergeben, so erübrigt sich auch, eine Lücke im Verfahrensrecht anzunehmen, soweit dieses von einer Regelung derselben abieht²⁰⁹. Hingegen wird von einer Lückenfüllung im Verfahrensrecht ausgegangen werden müssen, wenn das Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht geregelt worden ist.

204 SCHAUB, S. 41 ff., auch zum Folgenden. Zudem auch VOGEL, S. 91 ff.

205 Noch zurückhaltend KÖLZ/HÄNER, Rz. 146 und RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1090.

206 Für die Kantone vgl. etwa RB ZH 1994 Nr. 88; AGVE 1992, S. 145 E. bbb.

207 BGE 117 Ia 180 in Bezug auf die aufschiebende Wirkung.

208 Vgl. etwa URP 1994, S. 10, wo der Entzug der Suspensivwirkung bei der Anwendung von Art. 16 Abs. 4 USG aus dem Bundesrecht abgeleitet worden ist. Klar dem Verfahrensrecht zugeordnet wird der Entzug der aufschiebenden Wirkung aber in BGE 120 Ia 212 E. 5 = Pra 84 Nr. 65, wo der Ausschluss derselben durch Gesetz unter dem Aspekt der formellen Rechtsverweigerung geprüft wurde. In BGE 116 Ia 180 E. 3b/bb wiederum wird mit Bezug auf SCHAUB, S. 44–46, gesagt, dass die aufschiebende Wirkung die prozessualen Rechte übersteige und sich eigentlich auf das materielle Recht beziehe, dessen vorläufige Durchsetzung gesichert werden soll.

209 SCHAUB, S. 51.

74. Bildet das materielle Recht die Rechtsgrundlage, ergibt sich im Hinblick auf das vorne Gesagte²¹⁰ Folgendes: Wird auf der einen Seite die Durchsetzung des Gesetzes unter Umständen überhaupt vereitelt und ist die Wirksamkeit des Entscheides in Gefahr oder erträgt das Gesetz selber keinen Aufschub, folgt die Ermächtigung, sofort zu handeln, aus dem Gesetz selbst. Es liegt regelmässig nicht im Sinn und Zweck der anwendbaren Norm, unter solchen Umständen zuzuwarten, bis das Verfahren durchlaufen ist. Um bereits vor Erlass des Entscheides in der Hauptsache handeln zu dürfen, braucht es einen *Anordnungsgrund*, welcher in der genannten besonderen Gefährdung der Gesetzesverwirklichung liegt.

Besteht demgegenüber keine derartige Gefährdung des Gesetzeszweckes, verlangt das anwendbare Recht umgekehrt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen feststehen, mithin Sachverhalt und Rechtsfragen geklärt werden müssen. Daraus folgt, dass nicht nur die Änderung, sondern auch die Beibehaltung des Status quo im materiellen Recht abgestützt ist.

2. Die genügende gesetzliche Grundlage zum Erlass von Regelungs- und Sanktionsmassnahmen

75. Beim *Entzug der aufschiebenden Wirkung*, sowie wenn es um Endverfügungen geht, bei denen die aufschiebende Wirkung nicht zum Tragen kommen kann, die *vorsorgliche Massnahme* im engeren Sinn aber *nichts anderes als die Endverfügung beinhaltet*, kann von der folgenden Prämisse ausgegangen werden: Soweit sich die Endverfügung wahrscheinlich auf das Gesetz abstützen lässt oder sich zumindest nicht als offensichtlich unbegründet erweist, entspricht die vorsorgliche Massnahme bei gegebener Gefahrenlage nicht nur nach dem Zweck, sondern auch nach Inhalt dem anzuwendenden Recht²¹¹. Insoweit fallen die Erwägungen zur gesetzlichen Grundlage mit denjenigen zum Anordnungsgrund zusammen.

76. Geht es um vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn, die im Vergleich zur Endverfügung ein *Weniger* beinhalten, wird sich die Anordnung nach der Regel «in maiore minus» als mildere Massnahme rechtfertigen lassen.

77. Enthalten die vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn gegenüber der Endverfügung dagegen gleichzeitig ein *Aliud*, ist zu prüfen, ob sich auch

210 Vorne, Rz. 50 ff.

211 Vgl. vorne, Rz. 56, hinten, Rz. 92 f., 113: Grundsätzlich muss die Erfolgsprognose – hier bezüglich der Rechtmässigkeit der Verfügung – positiv ausfallen. Ausnahmen in sehr dringenden Fällen bleiben meines Erachtens aber vorbehalten.

dieses Aliud auf eine genügende gesetzliche Grundlage zurückführen lässt und sich zumindest aus dem zu sichernden Gesetz selbst ergibt²¹².

Reicht die vorsorgliche Massnahme in ihrer Eingriffswirkung klarerweise über die Endverfügung hinaus und findet dieser Eingriff keine gesetzliche Grundlage, ist die Anordnung höchstens gerechtfertigt, wo die strikte Beachtung des Gesetzeswortlautes selber zu einem stossenden Ergebnis führen würde und kein schwerer Eingriff in die Grundrechte in Frage steht²¹³.

78. Weil bei vorsorglichen Massnahmen jedenfalls *vor Verfahrenseinleitung* noch unsicher ist, welchen Inhalt die Endverfügung überhaupt aufweisen wird, ist unmittelbar gestützt auf das zu sichernde Gesetz zu prüfen, ob dieses auch in inhaltlicher Hinsicht eine genügende Grundlage für den Eingriff abgibt und zudem vorsorgliches Handeln als Mittel zu seiner Durchsetzung nicht ausschliesst.

Häufig findet sich eine spezifische Rechtsgrundlage im materiellen Verwaltungsrecht, welche die vorsorglichen Massnahmen vor Einleitung des Hauptverfahrens ausdrücklich erwähnt. Zu erinnern sei hier etwa an Art. 16 NHG²¹⁴. Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, vorsorgliches Handeln vor Verfahrenseinleitung bedürfe immer einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

So hat das Bundesgericht entschieden, dass vorsorgliche Massnahmen im Bereich des Katastrophenschutzes ohne besondere gesetzliche Grundlage und lediglich gestützt auf Art. 10 USG zulässig sind; vorsorglich durften selbst generelle und undifferenzierte vorläufige Massnahmen getroffen werden²¹⁵. Desgleichen war die vorzeitige Schliessung eines Bahnüberganges, welche faktisch zu einer Aufhebung einer Dienstbarkeit führte, in casu unbestrittenermassen gesetzlich genügend abgestützt, obwohl Art. 19 EBG seinem Wortlaut nach keine Massnahmen, die einer vorzeitigen Inbesitznahme gleichkommen, kennt²¹⁶.

Enthält das materielle Recht selber Bestimmungen zu vorsorglichen Massnahmen, ist damit in der Regel gleichzeitig eine Beurteilung der Gefahrenlage durch den Gesetzgeber verbunden. Stellt sich die Frage, ob darüber hinaus vorsorgliche Massnahmen getroffen werden dürfen, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die vom Gesetzgeber vorgesehene Lösung abschliessend zu verstehen ist.

212 Zur Frage der Begrenzung durch den Streitgegenstand, vgl. hinten, Rz. 117, 152.

213 Vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 20 B X b ff., S. 62 f., auch zum Folgenden.

214 Vgl. auch AGVE 1992, S. 145; weitere Beispiele sind etwa Baulinien oder Projektierungszonen zur Sicherung eines ins Auge gefassten öffentlichen Bauwerkes: Vgl. dazu hinten, Rz. 106.

215 BGE 113 Ib 60, insbes. E. 5 und 6 = Pra 76 Nr. 153.

216 BGE 113 Ib 327 = Pra 77 Nr. 103.

79. In den beiden vorhergehend genannten Fällen, wenn ein Aliud angeordnet wird oder noch grosse Unsicherheiten über den Inhalt der Endverfügung bestehen, wie dies insbesondere vor Verfahrenseinleitung der Fall ist, ergibt sich die Zulässigkeit, vorsorglich zu handeln, zwar ebenso aus der in ihrer Wirksamkeit zu sichernden materiellen Gesetzesbestimmung. Da jedoch in inhaltlicher Hinsicht unter Umständen keine Übereinstimmung mit der Endentscheidung besteht, ist, wie gesagt, immer auch zu prüfen, ob die gesetzliche Grundlage in dieser Hinsicht genügt. Die Zulässigkeit des vorsorglichen Handelns an sich und der sachliche Inhalt sind somit getrennt zu prüfen²¹⁷. Während bezüglich der Vorläufigkeit der Anordnungsgrund, d.h. die Gefährdung der Verwirklichung des Gesetzeszweckes – vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung – genügt, muss die materielle Gesetzesbestimmung im Hinblick auf den sachlichen Inhalt der Massnahme auch die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm erfüllen. Ist bereits die anwendbare Norm relativ unbestimmt formuliert, lassen sich gestützt darauf unter Umständen auch vorsorgliche Massnahmen nicht rechtfertigen. Bei hoher Komplexität des zu lösenden Problems und entsprechendem Handlungsbedarf reicht jedoch auch eine relativ unbestimmte Norm aus, wie dies etwa für den Katastrophenschutz gemäss Art. 10 USG zutrifft²¹⁸.

Im Hinblick auf schwere Grundrechtseingriffe sind die besonderen Voraussetzungen der Klarheit und Eindeutigkeit der Norm zu berücksichtigen. Da in diesem Bereich nur eine restriktive Auslegung zulässig ist, wird die vorsorgliche Anordnung, die von der voraussichtlichen – gesetzlich genügend abgestützten – Verfügung abweicht, in inhaltlicher Hinsicht ebenso einer klaren und eindeutigen gesetzlichen Grundlage bedürfen²¹⁹. Dasselbe gilt, wenn die Endverfügung noch unsicher ist; auch in einem solchen Fall muss sich der Eingriff auf eine eindeutige, der Schwere des Eingriffs entsprechende gesetzliche Grundlage abstützen können²²⁰.

In diesem Zusammenhang sei als Beispiel auf die Vorbereitungshaft gemäss Art. 13a ANAG verwiesen. Gegenüber der Wegweisung kann hier vorsorglich etwas anderes angeordnet werden; gleichzeitig liegt ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit vor, weshalb die ausdrückliche gesetzliche Grundlage unentbehrlich ist²²¹.

217 Zu dieser Unterscheidung KOPP, S. 129.

218 So die Folgerungen in BGE 113 Ib 62 E. 3 = Pra 76 Nr. 153 zu Art. 10 USG.

219 D.h. der Eingriff als solches muss im Gesetz vorgesehen sein; dass er vorsorglich angeordnet wird, muss demgegenüber meine Erachtens nicht ausdrücklich im Gesetz selber enthalten sein; zu beachten ist, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip und insbesondere die Interessenabwägung eine weitere Schranke bildet.

220 Vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O.

221 Vgl. BGE 119 Ib 196.

Im Bereich der öffentlichen Abgaben wird ebenso eine klare gesetzliche Grundlage verlangt²²². Zwar ist hier eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen²²³. Angesichts der strengen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage ist aber grundsätzlich auch eine solche zu schaffen, wenn öffentliche Abgaben vor der definitiven Einschätzung sichergestellt oder vorweg provisorisch erhoben werden sollen, zumal die provisorische Steuerschuld den definitiv geschuldeten Betrag um einiges übersteigen kann²²⁴. In Bezug auf Kautionen, die grundsätzlich gleichermassen der Sicherstellung öffentlichrechtlicher Forderungen dienen können, lässt es das Bundesgericht allerdings nach wie vor offen, ob dazu eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Können sie nicht als Nebenbestimmungen qualifiziert werden, muss aber im Bereich des Abgaberechts grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage verlangt werden²²⁵. Eine gesetzliche Grundlage im öffentlichen Recht ist auch erforderlich, wenn es um eine besondere Sicherstellung von feststehenden Forderungen geht, ansonsten das Gemeinwesen auf das Privatrecht verwiesen wird²²⁶.

80. Aus dem auf den konkreten Fall anwendbaren Recht kann sich sodann ergeben, dass vorsorgliches Handeln überhaupt unzulässig ist.

Entbehrt das Fällen der Bäume der Bewilligungspflicht und kann die Baubehörde nach Gesetz höchstens bei Erteilung der Baubewilligung auf die Umgebung der Baute Einfluss nehmen, darf sie, vorbehaltlich rechtsmissbräuchlichen Vorgehens durch den Bauherren, nicht vorsorglich einen Fällstopp anordnen. Dies war um so mehr der Fall, als die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit der Umgebungsgestaltung nicht auch die Erhaltung der Bäume erforderte²²⁷. In diesem Fall wäre weder eine definitive Anordnung – das Erteilen bzw. Verweigern einer Fällbewilligung – möglich gewesen, noch liess es das anwendbare Recht zu, bereits vorsorglich die Eigentümerfreiheiten einzuschränken und die Umgebungsgestaltung vorweg festzulegen. Da eine Umgebungsgestaltung erst mit der Erteilung der Baubewilligung erfolgen durfte, legte das materielle Recht gleichzeitig den Zeitpunkt fest, von welchem weg die Behörden handlungsbefugt waren.

Umgekehrt bedeutet jedoch die Festlegung von Sanierungsfristen für Anlagen auf Verordnungsstufe nicht, dass keine vorsorglichen Massnahmen mehr zulässig wären²²⁸.

Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 2 lit. d SVG lassen es demgegenüber nicht zu, dass der Lernfahrausweis Personen unter 18 Jahren, die ohne Führerschein ein Fahrzeug gelenkt haben, generell vorsorglich auf unbestimmte Zeit verweigert

222 HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2094 ff.

223 RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O.

224 Vgl. BGE 98 Ia 372.

225 BGE 121 II 89 E. 3a; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2109; vgl. auch vorne, Rz. 34.

226 Vgl. vorne, Rz. 35.

227 RB ZH 1994 Nr. 88.

228 SCHAUB, S. 76 f.

wird; die Bestimmung erfordert erst beim Antrag auf Erteilung des Lernfahrausweises eine Prüfung in jedem Einzelfall²²⁹.

81. Sodann ist auf den Fall hinzuweisen, in welchem sich widersprechendes materielles Recht anzuwenden ist: Hier wird im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu erwägen sein, ob die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn gewahrt werden kann; insbesondere die Interessenabwägung wird ergeben, welche der beiden Rechtsnormen zurückzutreten hat²³⁰.

82. In beschränktem Umfang ist es auch zulässig, die Durchsetzung des künftigen Rechts zu sichern, soweit es um eine negative Vorwirkung geht, die zur Nichtanwendung des bestehenden Rechts führt. Vorausgesetzt ist dabei, dass neben der Gefahrenlage und der tatsächlichen Dringlichkeit die Voraussetzungen zur negativen Vorwirkung erfüllt sind und insbesondere eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im bestehenden Recht vorhanden ist. Im übrigen aber ist eine vorsorgliche Sicherung des künftigen Rechts nicht zulässig, ansonsten die verpönte positive Vorwirkung umgangen würde²³¹.

3. Bedeutung verfahrensrechtlicher Normen

83. Findet die zwischenzeitliche Regelung ihre Grundlage im materiellen Recht, stellt sich die Frage, welchen Stellenwert die verfahrensrechtlichen Normen noch haben, soweit sie sich zu den Voraussetzungen und zum Inhalt vorsorglicher Massnahmen äussern. Viele Verfahrensgesetze widersprechen den hier aufgestellten Anforderungen allerdings zumindest dem Wortlaut

229 BGE 104 Ib 103 = Pra 67 Nr. 142; vgl. auch weitere Beispiele bei KOPP, S. 114.

230 Vgl. dazu SCHAUB, S. 46, wo auf das Beispiel verwiesen wird, dass aus lufthygienischen Gründen die Kadaververwertungsanlage zwar geschlossen, gestützt auf die seuchenpolizeilichen Vorschriften diese aber weiter betrieben werden muss.

231 Vgl. zur Vorwirkung HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 279 ff. Die Bausperre zur Sicherung der Planungsvorschriften findet eine Grundlage auch in Art. 27 RPG, ZBl 1995, S. 184. Vgl. auch RB ZH 1994 Nr. 88, wo das Fällen der Bäume ohne Bewilligung unter anderem noch vor Inkrafttreten der Baumschutzverordnung als zulässig erachtet und der von der städtischen Behörde angeordnete Fällstopp aufgehoben wurde; umgekehrt hätte nur unter Missachtung der verpönten positiven Vorwirkung entschieden werden können. Vgl. aber KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 8, mit Hinweis auf einen Fall, in dem vorsorglich eine noch nicht in Kraft gesetzte Verordnung zum Schutz des Feldgehölzes gesichert wurde.

nach nicht und verlangen ebenso einen besonderen Anordnungsgrund²³² oder lassen ein entsprechendes Vorgehen zumindest offen²³³.

Würde das Verfahrensrecht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen hingegen enger fassen und beispielsweise nur in abschliessend aufgezählten Fällen zulassen, müsste eine solche Verfahrensnorm zurücktreten, weil die Rechtsgrundlage der vorsorglichen Massnahmen im materiellen Recht liegt. Im Verhältnis zwischen kantonalem Verfahrensrecht und Bundesrecht ergäbe sich unmittelbar eine Verletzung von Bundesrecht²³⁴.

Das Gesagte gilt grundsätzlich auch für den umgekehrten Fall, wenn das Verfahrensrecht die vorsorglichen Massnahmen in weiteren Fällen zulässt als es das materielle Recht verlangt und etwa bei den Massnahmen, die den Status quo ändern, keine besondere Gefahrenlage voraussetzt, sondern allein auf die Interessenabwägung abstellt.

4. Der generelle Entzug der aufschiebenden Wirkung in den Verfahrensgesetzen im Besonderen

84. Vereinzelt sind – neben den Normen im materiellen Recht – auch Verfahrensrechtsgesetze anzutreffen, nach welchen die aufschiebende Wirkung für sämtliche Rechtsmittel generell entzogen ist. Dies betrifft die Kantone Waadt²³⁵ und Graubünden²³⁶. Sodann entbehren die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht²³⁷ sowie diejenigen in den Kantonen Solothurn²³⁸ und Basel-Stadt²³⁹ der aufschiebenden Wirkung. In allen Fällen ist jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass sie im Einzelfall erteilt wird²⁴⁰.

232 Art. 94 OG auch i.V.m. Art. 113 OG; zu den kantonalen Verfahrensrechten vgl. etwa § 44 Abs. 1 VRG-AG für die aufschiebende Wirkung, während Abs. 2 enger formuliert ist; Art. 27, Art. 68 VRG-BE.

233 So wird Art. 56 VwVG weiter ausgelegt und die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auch gewährt, wenn bedrohte Interessen gefährdet sind, während Art. 55 VwVG keine Gründe nennt; in der Praxis werden beide Bestimmungen somit gleich ausgelegt: BGE 117 V 191, dazu auch vorne, Rz. 69. Als Beispiele aus dem kantonalen Recht § 17 VRG-BS, § 34 VVG-BS und ähnlich wie Art. 56 VwVG formuliert: § 7 VVG-BS; Art. 41 VRG-FR; Art. 21 und Art. 66 LPA-GE; § 6, § 25 und § 55 VRG-ZH.

234 SCHAUB, S. 61; ohne dass auf das Vereitelungsverbot zurückgegriffen werden müsste.

235 Art. 45 LJPA-VD.

236 Art. 22 VVG-GR, Art. 57 VGG-GR.

237 Art. 111 OG.

238 § 70 VRG-SO.

239 § 17 VRG-BS.

240 Vgl. aber hinten, Rz. 127.

85. Geht man davon aus, dass das materielle Recht die Rechtsgrundlage der vorsorglichen Massnahmen und der aufschiebenden Wirkung bildet, die Zulässigkeit derselben aber auch gleichzeitig begrenzt, müsste die aufschiebende Wirkung bei dieser verfahrensrechtlichen Ausgangslage grundsätzlich immer dann erteilt werden, wenn keine besondere Gefährdung besteht, wenn beispielsweise bei einer verfügten Betriebsschliessung weder eine schwere Gefahr für die öffentlichen Interessen noch zeitliche Dringlichkeit gegeben ist. Dies führt allerdings zu einer Umkehr der vom Gesetzgeber angestrebten Lösung²⁴¹. Bevor dieser Schluss gezogen werden darf, ist zunächst nach den Intentionen des Gesetzgebers zu fragen.

86. Hierzu können gewaltenteilende und demokratische Gründe²⁴² angeführt werden. Im besondern dürfte auch die Theorie der sofortigen Wirksamkeit von Verfügungen eine Rolle spielen. Das schweizerische Recht bekundete zudem lange Zeit Mühe bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das Schwergewicht wurde mehr auf die demokratische als auf die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung gelegt.

87. Dieser Grundlegung, insbesondere auch der Theorie der sofortigen Wirksamkeit der Verfügung steht auf der einen Seite das Argument entgegen, dass eine rechtsmittelmässige Überprüfung des ersten Entscheides über zwei Instanzen hinweg im Bereich dessen liegt, was für eine objektive – oder «richtige» – Rechtsanwendung erforderlich ist; *im Regelfall* besteht insoweit auch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass neue Gesichtspunkte auftreten können²⁴³. Umgekehrt entzieht der Gesetzgeber dementsprechend, wenn neue Gesichtspunkte als Ausnahmefall erscheinen, die aufschiebende Wirkung in der Regel auch nur denjenigen Rechtsmitteln, bei welchen der Rechtsmittelbehörde ohnehin nur eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis zusteht²⁴⁴, wie dies für die ausserordentlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision, aber auch für die staatsrechtliche Beschwerde zutrifft; bei letzterer spielen darüber hinaus auch föderalistische Gründe eine wichtige Rolle.

Auf der anderen Seite haben gewaltenteilende Überlegungen nach heutiger Rechtsauffassung einen anderen Stellenwert; die begrenzte Wirkung demokratischer Kontrollmechanismen im Rechtsanwendungsbereich ist erkannt; die richterliche Kontrolle über die Verwaltungstätigkeit ist dement-

241 Die Praxis geht häufig diesen Weg, vgl. hinten, Rz. 123.

242 Die vom Volk gewählte Exekutive vermag eine genügende Kontrolle zu gewährleisten!

243 Kritisch zu diesem Argument entsprechend dem theoretischen Ausgangspunkt: KLEY-STRULLER, S. 255; vgl. auch vorne, Rz. 59.

244 Vgl. VON SALIS, S. 81.

sprechend in den Vordergrund gerückt. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit kann somit als allgemein anerkannt gelten²⁴⁵.

Nach wie vor anders zu gewichten sind föderalistische Gründe, soweit sie im Rahmen des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens angeführt werden. Die staatsrechtliche Beschwerde insgesamt bildet ein Rechtsmittel, dessen Eigenständigkeit besonders betont wird.

88. Im Verwaltungsrechtspflegeverfahren drängt sich im Lichte der materiellrechtlichen Grundlegung eine Umkehrung der Perspektive auf und sollte generell vom Entzug der aufschiebenden Wirkung ausgegangen werden. Doch ist hier der Gesetzgeber selber zum Handeln aufgerufen. Die Rechtsanwendung hingegen wird sich Zurückhaltung auferlegen müssen, wenn es darum geht, entgegen den ursprünglichen Absichten des Gesetzgebers – Betonung des gewaltenteilenden Elementes und damit der Theorie der sofortigen Wirksamkeit der Verwaltungsakte – zu entscheiden. Zugunsten einer zurückhaltenden Auslegung kann im Bereich der Gerichtsbarkeit ins Feld geführt werden, dass es keineswegs eine Ausnahme darstellt, wenn institutionelle oder funktionelle Gründe zu einer «eingeschränkteren» – hier verstanden im Sinne der vorsorglichen – Rechtsanwendung führen²⁴⁶.

245 Ansonsten würde man sich von Art. 98a OG kaum einen Entlastungseffekt für das Bundesgericht erhoffen; KLEY-STRULLER, S. 40 ff., 254 ff.

246 Insbesondere die Prüfungsdichte im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren ist von solchen Überlegungen geprägt, dazu KÄLIN, S. 197 ff.

V. Inhaltliche Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

1. Vorgehen

89. Aus dem bisher Gesagten ist deutlich geworden, dass die verschiedenen vorsorglichen Massnahmen im Hinblick auf die materiellrechtliche Grundlage auch unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen müssen, damit deren Anordnung zulässig ist. Es ist zu unterscheiden, ob es sich um Regelungsmassnahmen oder Sanktionsmassnahmen handelt, oder ob Sicherungsmassnahmen, insbesondere die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, in Frage stehen.

Selbstredend müssen vorsorgliche Massnahmen im Einklang mit dem übergeordneten Recht stehen und die Rechtsgleichheit sowie den Grundsatz von Treu und Glauben beachten. Die nachfolgenden Überlegungen werden sich schwergewichtig auf die zwei wichtigsten Punkte zur materiellen Rechtmässigkeit vorsorglicher Anordnungen konzentrieren: Einerseits soll bei den Regelungs- und Sanktionsmassnahmen der Anordnungsgrund besondere Beachtung finden, andererseits das Verhältnismässigkeitsprinzip, wobei dieses vorab im Hinblick auf den Anordnungsgrund abgehandelt wird. Auch diesbezüglich gilt aber, dass die Massnahme ebenso in der Sache verhältnismässig sein muss²⁴⁷.

2. Regelungsmassnahmen

A. Die Entscheidungssystematik: Das Verhältnis von Entscheidprognose, Anordnungsgrund und Interessenabwägung

90. Die folgenden Kriterien stehen in Frage: Anordnungsgrund, Entscheidprognose und die Interessenabwägung. Wie vorne gezeigt, findet man in der Praxis die verschiedensten Vorgehensweisen²⁴⁸. Nach der hier vertretenen Auffassung steht bei der Anordnung von Regelungsmassnahmen die Sicherungsfunktion, die in der besonderen Gefahrenlage, welche den Anordnungsgrund bildet, ihre Konkretisierung findet, im Vordergrund. Die Entscheidprognose, welche die Befriedungsfunktion zum Ausdruck bringt, ist deshalb

²⁴⁷ Vgl. KOPP, S. 112 ff., 129 ff. Zur Rechtsgleichheit, vgl. hinten, Rz. 109, und zum Vertrauensschutz insbesondere Rz. 93, 186 und Rz. 191.

²⁴⁸ Vgl. vorne, Rz. 41.

bedeutsam, weil sie auch die Wahrscheinlichkeit vermindert, dass für die Zwischenzeit eine Massnahme getroffen wird, die vom Endentscheid abweicht. Sie wird aber infolge ihrer sekundären Funktion in erster Linie als Element des Anordnungsgrundes zum Zuge kommen.

Das Erfordernis der Interessenabwägung ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip²⁴⁹. Die Interessenabwägung im Besondern ist auch deshalb vorzunehmen, weil vorsorgliche Massnahmen lediglich auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruhen und gerade bei einer nicht eindeutigen Erfolgsprognose die eine wie die andere Lösung möglich ist²⁵⁰.

91. Um den Anordnungsgrund näher zu bestimmen, soll zunächst ein Vergleich mit der Gefahrenabwehr im Polizeirecht gezogen werden:

Eine polizeirechtlich relevante Gefahr liegt vor, wenn die Sachlage mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens zu einem erheblichen Schaden (für die Polizeigüter) führt²⁵¹. Aus der materiellrechtlichen Grundlage der vorsorglichen Massnahmen ergibt sich, dass nur eine *Gefahr* für die Verwirklichung des Gesetzeszweckes vorsorgliches Handeln rechtfertigt. Eine genügende *Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts* sodann ist gegeben, wenn neben dem voraussichtlichen *Kausalverlauf* auch *zeitliche Dringlichkeit* besteht und mit sofortigem Handeln der Schaden abgewendet werden kann.

Die *Entscheidprognose* sagt nun ebenfalls etwas über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Nachteils aus, da der Nachteil nur bedeutsam ist, wenn der Endentscheid entgegen der zwischenzeitlichen Regelung ausfällt. Ist die Entscheidprognose überwiegend negativ, ist auch die Gefährdung für die Gesetzesverwirklichung nur eine angebliche²⁵². Ist sie überwiegend positiv, besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Nachteil eintritt, würde man von der Massnahme absehen. Bei dieser Wahrscheinlichkeitsprüfung ist somit eine rechtliche Perspektive einzunehmen und danach zu fragen, ob der bisher bekannte Sachverhalt die Tatbestandsvoraussetzungen der anwendbaren Norm wahrscheinlich zu erfüllen vermag und auch zu einer definitiven Anordnung führen wird oder nicht.

249 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 489 f.

250 Anderer Meinung: SCHOCH, S. 1583 ff., 1586 ff.; der Autor steht dem Modell der Interessenabwägung allerdings allgemein eher skeptisch gegenüber. Zu beachten ist jedoch, dass gerade der Einbezug der Erfolgsprognose nicht ohne Einfluss auf die Gewichtung der gegenüberstehenden Interessen bleibt. Von einem Methodensynkretizismus könnte nur gesprochen werden, wenn die Interessenabwägung auch bei klarer Erfolgsprognose vorgenommen würde.

251 REINHARD, S. 105, auch zum Folgenden.

252 Vgl. MEIER, S. 217; HOHL, S. 176.

92. Damit ergibt sich folgende Systematik:

- Entscheidungslogisch können *Erwägungen zu den Erfolgsaussichten* in der Hauptsache durchaus an den Anfang gestellt werden²⁵³: Denn ist die Hauptsachenprognose *überwiegend negativ*, entsteht voraussichtlich auch kein Nachteil und sind die Massnahmen vorweg nicht erforderlich. Die Gefährdung des Gesetzeszweckes ist in diesem Fall nicht genügend ausgewiesen²⁵⁴.

Umgekehrt vermag aber eine überwiegend positive Prognose nicht von vornherein die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu rechtfertigen. Da das Erfordernis des gesetzmässigen Handelns verlangt, dass Sachverhalt und Rechtslage feststehen, muss grundsätzlich auch ein genügender Anordnungsgrund vorhanden sein, damit das vorweggenommene Handeln gerechtfertigt ist. Nur bei einer klaren, *auf Gewissheit beruhenden positiven Prognose* – wie im übrigen auch bei einer eindeutig negativen – kann man einwenden, dass ein weiteres Verfahren gar nicht mehr erforderlich ist; allerdings muss dann im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sofort in der Sache entschieden werden²⁵⁵.

- Kann weder eine überwiegend negative noch eine eindeutige, auf Gewissheit beruhende positive Prognose gestellt werden, muss weiter der *Nachteil*, welcher die Vorwegnahme des Entscheidungsergebnisses zu rechtfertigen vermag, festgestellt und gewichtet werden; dieser Nachteil ergibt sich daraus, dass im Hinblick auf den Sinn und Zweck des anwendbaren Rechts im konkreten Fall ein Zuwarten nicht verlangt werden kann. Sodann ist die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Nachteils festzustellen und zwar zunächst nach dem Kausalverlauf sowie in zeitlicher Hinsicht (Dringlichkeit) und alsdann unter Einbezug der Erfolgsprognose. Dabei erscheint es gerechtfertigt, den Grundsatz der Variabilität der Wahrscheinlichkeit insoweit anzuwenden²⁵⁶, als bei einem möglicherweise sehr grossen Schaden oder bei einem sehr hochwertigen Rechtsgut die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit kleiner sein müssen, als wenn der potentielle Schaden geringer ist. Dieser Grundsatz wird vorab bei einer negativen Vorhersage zum Zuge kommen²⁵⁷.

253 So in der Regel die Praxis: Vgl. etwa VPB 1995/59 Nr. 3, S. 34 E. 3; 1994/58 Nr. 6, S. 70 und Nr. 7, S.76. BGE 111 V 57 = Pra 75 Nr. 69; MEYLAN, S. 58 f.

254 Hier bleibt als Handlungsgrundlage nur die polizeiliche Generalklausel.

255 Anders BGE 107 Ib 47; 115 Ib 158 f. E. 2 = Pra 79 Nr. 149; demgegenüber BGE 121 II 120 E. 2a = Pra 85 Nr. 45 in Anwendung von Art. 15 OHG.

256 REINHARD, S. 108.

257 Deshalb darf nur bei einer *überwiegend* negativen Prognose vorweg, ohne auch nach dem Nachteil zu fragen, von einer vorsorglichen Massnahme abgesehen werden.

- Der so festgestellte und bewertete potentielle Nachteil wird im Rahmen der *Verhältnismässigkeitsprüfung* mit den entgegenstehenden Interessen abgewogen. Die entgegenstehenden Interessen müssen um so mehr zurücktreten, je schwerer die Interessen, die zugunsten der Regelungsmassnahme sprechen, gewichtet werden können. Umgekehrt fallen die Interessen zur Erhaltung des Status quo um so mehr ins Gewicht, wenn der zu erwartende Schaden nicht ausnehmend schwer wiegt und überdies dessen Eintritt nicht überwiegend wahrscheinlich erscheint.

B. Die Entscheidungsprognose

a. Feststellung der Prognose

93. Einen Entscheid – und einen publizierten dazu – zu finden, in welchem die Entscheidungsprognose massgeblich ist, erweist sich als nicht gerade leichtes Unterfangen²⁵⁸. Ein – nicht publiziertes – Beispiel, in welchem die Entscheidungsprognose massgebend war, bildet etwa der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 9. Juli 1996: Darin lehnte der Regierungsrat die vorsorgliche Promotion eines Schülers ab, weil der erzielte Notendurchschnitt keinen Erfolg seiner Beschwerde verheissen liess. Die Zurückhaltung der Praxis beim Stellen der Entscheidungsprognose kommt nicht von ungefähr. Denn es wird regelmässig verlangt, dass die Entscheidungsprognose eindeutig ausfallen muss²⁵⁹. In solchen Fällen aber kann häufig auch sogleich in der Sache entschieden werden.

Es mag auf der anderen Seite kaum zu erstaunen, dass das Kriterium der Erfolgsaussichten unausgesprochen mitunter dennoch den Ausschlag zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen gibt²⁶⁰. Dies geschieht nicht ganz unberechtigt. Denn, wie angeführt, kann der Einbezug der Prozesschancen gleichzeitig verhindern, dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine dem materiellen Ergebnis – und insoweit, in inhaltlicher Hinsicht, auch dem materiellen Recht – entgegengesetzte Zwischenlösung getroffen wird, die sich nachträglich doch als ungerechtfertigt erweist. Überlegungen zu den Erfolgsaussichten sind somit auch deshalb geboten²⁶¹. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, wird sich im Rahmen der Prognose immerhin eine gewisse Bandbreite ergeben, in welcher sie als offen deklariert werden darf.

258 Vgl. auch VPB 1991/55 Nr. 1, S. 21.

259 Vgl. etwa BGE 117 V 191, mit Hinweisen, sowie etwa VPB 1994/58 Nr. 6, S. 70. Als Beispiel aus dem kantonalen Recht etwa Art. 68 Abs. 5 lit. b VRG-BE; KUHN, S. 108.

260 So STEINMANN, S. 150 Anm. 150.

261 Vgl. vorne, Rz. 56, 75.

Zum Teil verlangt bereits das Gesetz eine Erfolgsprognose wie etwa Art. 15 OHG, wonach das Gesuch um Entschädigung summarisch zu prüfen ist²⁶² oder Art. 18 IRSG²⁶³, wonach das Verfahren nach diesem Gesetz nicht offensichtlich unzulässig oder unzweckmässig erscheinen darf. Zu erwähnen ist auch Art. 20 Abs. 4 AVIG i.V.m. Art. 31 AVIV; nach diesen Bestimmungen hat die versicherte Person einen Anspruch auf angemessenen Vorschuss für kontrollierte Tage, wenn sie ihre Anspruchsberechtigung glaubhaft macht. Sodann ist auf Art. 169 DGB zu verweisen; zur Sicherstellung der Steuerforderung muss der Bestand derselben zumindest provisorisch geprüft werden²⁶⁴. Schliesslich sei als Beispiel Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG erwähnt, wonach die Vorbereitungshaft wegfällt, wenn die Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist²⁶⁵.

94. Neben der eindeutig positiven Prognose auf der einen Seite der Skala und der eindeutig negativen Prognose auf der anderen Seite der Skala können grundsätzlich vier weitere Zwischenstufen unterschieden werden: Die Rechtmässigkeit der Verfügung ist entweder *überwiegend* wahrscheinlich oder immerhin *mehr* wahrscheinlich, die Gesichtspunkte für und gegen die Rechtmässigkeit halten sich die *Waage*, oder aber die Rechtmässigkeit erscheint *mehr* unwahrscheinlich, weil die Zweifel daran doch überwiegen, oder *überwiegend* unwahrscheinlich²⁶⁶.

Die Erfolgsprognose ergibt sich einerseits aus dem Beweismass der Tatsachen und andererseits aus der Überprüfung der Rechtslage²⁶⁷.

95. Was den *Sachverhalt* angeht, so sind – vorerst unabhängig der Graduierung bei der Erfolgsprognose – grundsätzlich drei Beweisgrade zu unterscheiden: Die Gewissheit im Sinne der richterlichen Überzeugung, die überwiegende Wahrscheinlichkeit sowie die einfache Wahrscheinlichkeit²⁶⁸. Gewissheit besteht, wenn sich die entscheidende Instanz vom massgebenden Sachverhalt derart überzeugt hat, dass das Gegenteil als unwahrscheinlich erscheint. Verlangt man lediglich die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dann gilt derjenige Sachverhalt, der sich von den verschiedenen Möglichkeiten am ehesten zugetragen hat. Dieser Beweisgrad herrscht insbesondere im Sozialversicherungsrecht vor und ersetzt denjenigen der Gewissheit²⁶⁹. Bei der

262 BGE 121 II 120 E. 2a = Pra 85 Nr. 45.

Vgl. auch die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, RB ZH 1994 Nr. 1, wonach bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ebenfalls eine summarische Prüfung verlangt wird.

263 BGE 116 Ib 100 = Pra 79 Nr. 209.

264 ASA 49, Nr. 34.

265 Vgl. BGE 122 II 148.

266 SCHOCH, S. 1293.

267 VOGEL, S. 96 f.: Die Fragen werden von der Praxis nicht immer auseinandergehalten, vgl. auch BGE 121 II 120 E. 2a = Pra 85 Nr. 45.

268 In diesem Sinne HOHL, S. 147 auch zum Folgenden.

269 KIESER, S. 262.

einfachen Wahrscheinlichkeit schliesslich genügt der Eindruck, dass sich die Tatsachen zugetragen haben, ohne auszuschliessen, dass sich die Verhältnisse auch anders gestalten könnten²⁷⁰. In diesem Fall sind die Tatsachen glaubhaft gemacht. Dabei können sich verschiedene Grade auch der Glaubhaftmachung ergeben. Im Minimum muss der Beweisgrad aber auf 51% festgesetzt werden können, damit noch eine positive Prognose vorliegt.

96. Auf der *rechtlichen Seite* sodann kann gestützt auf die vorhandenen Tatsachen eine vollständige oder summarische Prüfung der Rechtsfragen in Betracht gezogen werden²⁷¹. Wie weit die rechtliche Prüfung reichen soll, lässt sich mit Blick auf die bereits praktizierten Kognitionsbeschränkungen entscheiden: Die summarische Prüfung wird sich auf eine willkürfreie Rechtsanwendung beschränken dürfen; es genügt, wenn die (vorzeitig) vorgenommene Stellungnahme zur materiellen Rechtslage gestützt auf den sich wahrscheinlich zugetragenen Sachverhalt nicht geradezu willkürlich ist, d.h. die gewählte Auslegung nicht geradezu unhaltbar ist. Je nach dem darf entweder die angefochtene Verfügung oder aber das Hauptbegehren nicht offensichtlich unbegründet bzw. aussichtslos sein²⁷².

97. *Fügt man die verschiedenen Varianten der möglichen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zur Tatsachen- und Rechtslage zusammen*, so ergibt sich in Bezug auf die Stufen der Erfolgsprognose das folgende Bild.

- Ein *eindeutiger Fall* liegt erst vor, wenn je nach dem im ordentlichen Verfahren üblichen Beweismass entweder Gewissheit gegeben ist, oder die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich der Sachverhalt so und nicht anders zugetragen hat; auf der rechtlichen Seite sodann muss klares Recht vorliegen. In diesem Fall kann die Aussage zum Verfahrensausgang eindeutig positiv oder negativ ausfallen.
- Besteht auf Seiten des Sachverhaltes demgegenüber lediglich die überwiegende Wahrscheinlichkeit und genügt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit²⁷³ auch im ordentlichen Verfahren nicht, so liegt kein eindeutiger Fall mehr vor, auch wenn grundsätzlich klares Recht gegeben ist. In diesem Fall ist von der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* in der Erfolgsprognose auszugehen. Dies gilt ebenso im umgekehrten Fall, wenn die Tatsachen gewiss sind, in rechtlicher Hinsicht aber nur geprüft werden kann, ob das Hauptbegehren nicht geradezu zu einer unhaltbaren Rechtsauslegung führt. Auch hier liegt ledig-

270 BGE 104 Ia 413; KUHN, S. 234 ff.; SCHAUB, S. 78.

271 Vgl. BGE 104 Ia 413, SCHAUB, a.a.O.

272 Vgl. VOGEL, S. 97. Zum Begriff der Aussichtslosigkeit, BGE 119 Ia 253.

273 Diese Aussage gilt natürlich nur für die positive Prognose.

lich überwiegende Wahrscheinlichkeit und nicht bereits Gewissheit des Erfolges vor.

Von diesem Erfolgsgrad weg wird auch die Frage nach dem Anordnungsgrund zu stellen sein.

- Liegt auf Seiten des Sachverhaltes *einfache Wahrscheinlichkeit* vor, ist dieser nur glaubhaft gemacht und das Hauptsachenbegehren nicht offensichtlich unzulässig, darf dann von einer *offenen Prognose* ausgegangen werden, wenn das Beweismass gegen die 50% Grenze geht. Liegt die Prognose hinsichtlich des Sachverhaltes einiges über bzw. unter der 50% Grenze, ohne dass bereits überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben ist, muss dazu zwar Stellung genommen werden. Eine gewisse Bandbreite für eine offene Prognose muss aber auf der anderen Seite gerade in Fällen hingenommen werden, in denen noch andere Beweismittel, insbesondere Gutachten oder Augenscheine, ausstehend sind²⁷⁴. Diese Unbestimmtheit lässt sich dahingehend rechtfertigen, dass im öffentlichen Verfahrens- und Prozessrecht die Untersuchungs- und nicht die Verhandlungsmaxime gilt. Deshalb darf auch nicht leichthin entgegen den Parteiinteressen entschieden werden. Zum andern sind entsprechend dem Grundsatz der Variabilität der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts selbst noch bei (einfacher, nicht aber überwiegender) Unwahrscheinlichkeit des Obsiegens in der Hauptsache Massnahmen gerechtfertigt, soweit ein sehr schwerer Nachteil in Frage steht²⁷⁵. Zu beachten ist aber, dass das Gesagte immer nur die Sachverhaltsabklärung, nicht jedoch die rechtliche Seite des Falles betrifft: Ein offensichtlich rechtswidriges Hauptbegehren kann die Anordnung der Massnahme nie rechtfertigen, eine willkürliche Verfügung kann nie zum Entzug der aufschiebenden Wirkung führen.
- Eine *mehr negative Prognose* kann nur bei einem sehr gewichtigen Nachteil die Anordnung einer Regelungsmassnahme rechtfertigen²⁷⁶. In solchen Fällen verhilft sich die Praxis häufig damit, dass sie mit der Überprüfung der Hauptsache aufhört, wenn die Prognose nicht überwiegend negativ ausfällt und eine Abweisung des Begehrens nicht geradezu ausgeschlossen²⁷⁷ bzw. die Verfügung nicht von vornherein rechtswid-

274 Oder etwa die Umweltverträglichkeitsprüfung noch offen ist: Vgl. dazu etwa VPB 1994/58 Nr. 6. S. 70. und Nr. 7. S. 76.

275 Für das Zivilprozessrecht etwa MEIER, S. 147 ff., 297. mit Hinweisen.

276 Dazu hinten, Rz. 113.

277 So VPB 1989/53 Nr. 34. S. 224 E. 3. wobei dort gewichtige öffentliche Interessen, der Schutz der Bevölkerung vor Überschwemmungen, in Frage standen.

rig²⁷⁸ ist. Damit wird eine mehr negative Prognose weder bejaht noch verneint.

- *Überwiegende Unwahrscheinlichkeit* ist gegeben, wenn die Zweifel, ob sich der Sachverhalt zugetragen hat, klar überwiegen. Von überwiegender Unwahrscheinlichkeit ist auch auszugehen, wenn der Sachverhalt glaubhaft ist, das Rechtsbegehren aber gestützt auf diesen Sachverhalt offensichtlich unbegründet ist.

Ab diesem Erfolgsgrad kann die Massnahme vorweg abgelehnt werden.

98. Abgesehen von den vorne genannten Fällen²⁷⁹ sollen hier weitere Beispiele genannt werden, welche Aufschluss über die Handhabung der Erfolgsprognose geben:

Nach Art. 30 Abs. 1 LMG muss die Beschlagnahmung beanstandeter Ware für den Konsumenten erforderlich sein, d.h. dass die Beanstandung nach Art. 27 LMG bereits eindeutig feststeht; lediglich die Art der definitiven Massnahme gemäss Art. 28 LMG ist noch unsicher. Nach Abs. 2 genügt andererseits aber auch bereits begründeter Verdacht; hier reicht mit anderen Worten der Eindruck, dass die Ware zu beanstanden ist, aber bei pflichtgemässer Würdigung der Umstände Zweifel bestehen bleiben; dabei können meiner Auffassung nach die Zweifel auch wenig überwiegen, wenn eine sehr schwere Gefährdung dargetan ist²⁸⁰. Besteht hingegen über die Beanstandung wie auch über die Massnahme selbst Gewissheit, so ist sofort zu entscheiden²⁸¹.

Weiter kann hier auf Art. 16 NHG verwiesen werden, wonach die Schutzwürdigkeit des Objektes feststehen muss, wobei eine Inventarisierung zwar nicht erforderlich ist, aber ein über den Kanton oder die Gegend des gelegenen Objektes hinausgreifendes Interesse bestehen muss²⁸². Art. 29 NHV verlangt sodann, dass die Schutzwürdigkeit aufgrund der vorhandenen Erkenntnisse bejaht werden kann. Nach dieser Bestimmung ist wohl keine vollständige Sachverhaltsabklärung, aber eine umfassende rechtliche Prüfung erforderlich.

278 So wohl bezüglich Denkmalschutzmassnahmen ZG-GVP 1987/88, S. 26 E. 4c; hier bestand die Gefährdung darin, dass ein Objekt vollständig zerstört werden könnte. Ebenso das Bundesgericht in einem Verfahren um vorzeitige Besitzeinweisung gemäss Art. 76 EntG auf dem Rothenthurmer Hochmoor: Es genügte zur Ablehnung des Besitzeinweisungsbegehrens, dass die Natur- und Landschaftsinteressen nicht völlig abwegig erschienen, um das Begehren abzuweisen: BGE 111 Ib 96 = Pra 74 Nr. 216, wobei dort auch die Zuständigkeit zum Einspracheverfahren abzugrenzen war; dazu auch hinten, Rz. 161.

279 Rz. 93.

280 Gefahrenverdacht genügt hier, vgl. zu diesem Begriff REINHARD, S. 110. Vgl. auch vorne, Rz. 23.

281 Vgl. die Botschaft zum Lebensmittelgesetz, Sonderdruck, S. 51. Analog zudem der Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten, dazu insbesondere BBl 1995 II 985, 1007, 1021; Art. 24.

282 BGE 117 Ib 245 E. 2a = Pra 81 Nr. 131; BGE 100 Ib 163 E. 2 = Pra 63 Nr. 208; zur Kritik hinten, Rz. 114.

Geht es um vorsorgliche Massnahmen nach Art. 16 USG, versteht sich von selbst, dass gleichermassen eine definitive Sanierung grundsätzlich gerechtfertigt sein muss²⁸³.

99. Besonderheiten weisen häufig Gesetze auf, in welchen es um die Verwirklichung von Bauwerken geht: Hier muss nicht der Endentscheid als solcher feststehen, doch muss das Projekt selber bereits in ein gewisses Verfahrensstadium gelangt und somit ein öffentliches Interesse dargetan sein, damit vorsorgliches Handeln zulässig ist:

So ist auf die vorsorgliche Enteignung gemäss Art. 4 lit. a EntG zu verweisen, wonach sich das Enteignungsrecht auch auf die künftige Erweiterung eines Werkes erstreckt. Aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich, dass die Voraussetzungen zur formellen Enteignung feststehen müssen; im Verfahren ergeben sich aber diesbezüglich gewisse Erleichterungen und muss der Werkplan nicht aufgelegt werden²⁸⁴. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Werk entsteht, wird auch bei der vorzeitigen Besitzeinweisung – die von der Enteignung für künftige Werke strikt zu trennen ist – gemäss Art. 76 EntG verlangt: Der Enteigner muss bereits mit dem Enteignungsrecht ausgestattet sein und das Werk, für welches enteignet wird, bewilligt und zum Bau freigegeben sein; hingegen müssen die Einsprachen gegen die Enteignung und die Begehren gemäss Art. 7-10 EntG noch nicht entschieden sein²⁸⁵, wobei die Schätzungskommission auch hier eine Erfolgsprognose vornimmt und zumindest verlangt, dass die Einsprachen nicht völlig abwegig erscheinen²⁸⁶.

Für Baulinien zur Freihaltung des Raumes, der für einen Seeuferweg entlang des Zürichsees benötigt wird, hat das Bundesgericht hingegen festgehalten, dass konkrete Vorstellungen über einen Seeuferweg genügen und ein Ausführungsprojekt noch nicht vorhanden sein muss²⁸⁷. Demgegenüber werden gemäss Art. 22 NSG die Baulinien, die in erster Linie wohngygienischen Zwecken dienen, erst mit dem Ausführungsprojekt festgelegt²⁸⁸. Der Freihaltung des Strassenraumes dienen hier Projektierungszonen gemäss Art. 14 ff. NSG, die gestützt auf das generelle Projekt erlassen werden können. In diesem Fall, wie bei den Baulinien im erstgenannten Fall, ist die Erfolgsprognose sehr vage, da der endgültige Entscheid sowohl nach seinem «Ob» als auch nach seinem «Wie» noch von einem grossen Ermessensspielraum abhängt.

283 BGE 120 Ib 93, wo die Sanierungspflicht unbestritten war. SCHAUB, S. 70 f.; bei einem Unterschreiten der Grenzwerte und wenn auch sonst keine gemäss USG relevante Emission vorliegen würde, käme auch eine Massnahme gemäss Art. 16 Abs. 4 USG nicht in Betracht.

284 Vgl. insbesondere Art. 27 Abs. 3 EntG. BGE 120 Ib 278 E. 7 = Pra 84 Nr. 269; BGE 121 II 125 = Pra 85 Nr. 42; HESS/WEIBEL, Art. 4, Rz. 28 ff.

285 BGE 121 II 123 = Pra 85 Nr. 42; BGE 116 Ib 32; 116 Ib 247 E. 4b = Pra 80 Nr. 65; BGE 115 Ib 431 E. 4d; vgl. auch Art. 15 RLG, Art. 24 VPS.

286 BGE 111 Ib 96 = Pra 72 Nr. 216.

287 BGE 118 Ia 399 E. b, 409. Unter Umständen ist aber ein generelles Projekt erforderlich: BGE 118 Ia 274 f. = Pra 83 Nr. 8. Ähnlich bei Planungszonen gemäss Art. 27 RPG, welche die künftige Nutzungsplanung sichern: Auch hier muss die Planungsabsicht noch nicht konkret feststehen: BGE 113 Ia 365 = Pra 77 Nr. 189. Hier fallen die Entscheide auf politischer Ebene. Zum Ganzen auch SIEGRIST, S. 214 ff., 276 ff.

288 BGE 120 Ib 141 E. 3.

b. Einzelfragen zur Entscheidungsprognose: Bindung an die Prognose, Problem der Vorbefasstheit

100. Im Rahmen des Vertrauensprinzips stellt sich die Frage der Bindung an die vorsorgliche Massnahme insgesamt in verschiedene Richtungen: Einerseits wird sie bedeutsam bei der Restitution, wenn die Endentscheidung anders ausfällt, andererseits auch in Bezug auf die Abänderbarkeit der Massnahme im Laufe des Verfahrens²⁸⁹.

Was die Bindung an die Erfolgsprognose im Besonderen angeht, so muss diese grundsätzlich bejaht werden, wobei die Tragweite eher gering bleiben dürfte. Im Hinblick auf das aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitete Vertrauensprinzip kann sich eine betroffene Person zwar darauf verlassen, dass die Stellungnahme zum möglichen Ausgang des Verfahrens insoweit Richtigkeit beansprucht, als der Sachverhalt abgeklärt ist und die Rechtsprüfung im Rahmen der Kognition Richtigkeit beansprucht²⁹⁰. Auf der anderen Seite setzt die Vorläufigkeit der Regelung und die damit verbundene beschränkte Überprüfung des Sachverhaltes und der Rechtsfragen der Bindung gleichzeitig auch eine wesentliche Grenze²⁹¹. Realisiert sich die infolge der beschränkten Überprüfung vorbehaltene Möglichkeit des anderweitigen Tatsachenverlaufes, so kann sich der durch eine vorsorgliche Massnahme Begünstigte grundsätzlich nicht auf das Vertrauensprinzip berufen, da er mit dieser Möglichkeit rechnen musste und ihm der gute Glaube fehlt²⁹².

101. Es wird sodann immer wieder auf die psychologische Bindung hingewiesen, die sicher nicht ausser Acht gelassen werden kann. Die für den endgültigen Entscheid zuständige Behörde wird bei ihren Erwägungen die der vorsorglichen Massnahme zugrundeliegende Begründung zumindest beiziehen²⁹³.

In rechtlicher Hinsicht ist bedeutsam, inwiefern deshalb die von Art. 58 BV geforderte Unbefangenheit der Gerichtsinstanz beeinträchtigt wird²⁹⁴.

289 Vgl. dazu hinten, Rz. 192, und hinten, Rz. 186, 191.

290 Vgl. auch MARTENS, S. 29.

291 Eine gefestigte Vertrauensgrundlage ergeben demgegenüber Verfügungen, die auf einer umfassenden Ermittlung des Sachverhaltes beruhen, dazu WEBER-DÜRLER, S. 173 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 819a.

292 In diesem Sinn auch BGE 120 Ib 95.

293 Vgl. HOHL, S. 196; SCHOCH, S. 1353ff.; LIMBERGER, S. 179 ff.

294 Bezüglich der Verwaltungsbehörden verlangt das Bundesgericht gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BV lediglich, dass die Behörde keine persönlichen Interessen am Entscheid aufweisen darf, wiewohl es immer wieder betont, dass sich die Unbefangenheit nach Art. 58 BV bestimme: Vgl. BGE 117 Ia 408 ff.; sowie etwa BGE 107 Ia 137 = Pra 70 Nr. 215, wo problematischerweise das Fehlen persönlicher Interessen genügt; im Bereich der EMRK ist immerhin Art. 13 EMRK massgebend, womit dort derselbe Unbefangenheitsbegriff gilt, wie er gestützt auf Art. 58 BV entwickelt wurde, dazu ZIMMERLI/KIENER in Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Walter Kälin, Urs Bolz (Herausgeber), Bern 1995, S. 187.

Geht man die Kriterien, die zur Annahme der Befangenheit führen, durch²⁹⁵, so kann zumindest generell eine Voreingenommenheit nicht angenommen werden²⁹⁶: Als erstes ist festzuhalten, dass – ähnlich dem Revisionsverfahren – die Möglichkeit einer anderen Entscheidung bestehen bleibt, soweit neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen sind; insoweit ist das Verfahren somit nach wie vor offen²⁹⁷. Sodann sprechen die verfahrensrechtlichen Umstände dagegen, da die Anordnung vorsorglicher Massnahmen insbesondere durch Gerichte Teil desselben Verfahrens bildet. Innerhalb der Zulässigkeitsvoraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen stellt die Erfolgsprognose zudem lediglich einen Teilaspekt dar. Auch werden vorsorgliche Massnahmen insgesamt aufgrund einer eingeschränkten Kognition angeordnet, während der Endentscheid unter Ausschöpfung der vollständigen Überprüfungsbefugnis zu erfolgen hat.

Wesentlich erscheint meines Erachtens auch, wie die Anordnung der vorsorglichen Massnahme begründet wird: Legt das Gericht in der Begründung seine Erwägungen offen und weist es insbesondere auf die Möglichkeit der anderweitigen Endentscheidung hin, kann auch der Anschein der Vorbefasstheit vermieden werden.

102. Heikel ist die Frage, wenn der Entzug der aufschiebenden Wirkung oder die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme angefochten ist, und die obere Instanz die Prognoseentscheidung der unteren Instanz überprüfen muss, ohne dass diese bereits in der Sache entschieden hat. Hier besteht die Gefahr, dass die funktionelle Zuständigkeit nicht eingehalten wird und sich die obere Instanz zuvor zur Sache ausspricht²⁹⁸. Diesbezüglich sollte ihre Überprüfungsbefugnis jedenfalls nicht weiter reichen, als diejenige der Vorinstanz²⁹⁹.

C. Anordnungsgrund: Der schwere, wahrscheinlich eintretende Nachteil

a. Schwerer Nachteil

103. Häufig wird beim Nachteil, welcher die Anordnung von Regelungsmassnahmen zu begründen vermag, Bezug genommen auf das Kriterium des

²⁹⁵ Dazu ZIMMERLI/KIENER, a.a.O., S. 182.

²⁹⁶ So auch BGE 114 Ia 57 = Pra 77 Nr. 188.

²⁹⁷ Keine unzulässige Vorbefasstheit besteht etwa auch zwischen Haftbewilligungs- und Hafterstreckungsrichter: Vgl. der Hinweis in BGE 117 Ia 374 = Pra 81 Nr. 49.

²⁹⁸ So insbesondere BGE 99 Ib 221 E. 6a = Pra 62 Nr. 176; VPB 1991/55 Nr. 1, S. 22.

²⁹⁹ Vgl. dazu hinten, Rz. 176. Zum analogen Problem, wenn die Zuständigkeit des Kollegiums oder einer anderen Behörde gewahrt werden muss, hinten, Rz. 161.

nicht oder nicht leicht weder gutzumachenden Nachteils³⁰⁰. Mit dieser Klausel ist nicht der Umstand angesprochen, dass der zwischenzeitliche Nachteil infolge des Zeitablaufes stets irreparabel ist³⁰¹. Vielmehr geht es darum, die Schaffung von Zuständen zu vermeiden, die sich nicht mehr oder nicht mehr leicht im Sinne der Endentscheidung ändern lassen und dementsprechend die Wirksamkeit des Entscheides vereiteln. Als Massstab kann insoweit die Wahrscheinlichkeit dienen, dass die Entscheidung infolge Wegfalls des Anfechtungsgegenstandes oder des Rechtsschutzinteresses gegenstandslos wird³⁰².

Diese Klausel stimmt damit überein, dass es auch dem Zweck des Gesetzes entspricht, bei einer solchen Gefährdung die Gesetzesdurchsetzung mit vorsorglichen Massnahmen sicherzustellen. Auf der anderen Seite erweist sich die Klausel aber auch als zu eng, weil das Gesetz selber unter Umständen seine sofortige Verwirklichung erfordert, ohne dass auch die Wirksamkeit der Entscheidung gefährdet wäre. Insoweit kann es somit genügen, dass eine Gefährdung gewichtiger, vom Gesetz geschützter Rechtsgüter ein Zuwarten ausschliesst.

Um diesen Fall miteinzubeziehen, ist es deshalb gerechtfertigt, statt von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil insgesamt von einem schweren Nachteil zu sprechen.

104. Vorne wurde bereits erwähnt, dass die Praxis zumindest in der Ausgangsformel nicht durchwegs einen schweren Nachteil im genannten Sinn verlangt³⁰³.

Von einer schweren Gefährdung ging insbesondere die frühere Rechtsprechung bei der Anwendung von Art. 55 VwVG aus³⁰⁴. Als eher strikt erweisen sich auch die zahlreichen Spezialnormen des Bundesverwaltungsrechts, wo häufig ein erheblicher Nachteil vorausgesetzt wird. Ebenso setzen die meisten Kantone besondere Gründe oder eine erhebliche Gefährdung der in Frage stehenden Interessen voraus.

In der Mitte scheint demgegenüber das Erfordernis der überzeugenden Gründe zu liegen, wie es heute insbesondere von der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts³⁰⁵ und auch teils von derjenigen der Bundesver-

300 Vgl. etwa RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1091; KÖLZ/HÄNER, Rz. 146.

301 Vgl. dazu vorne, Rz. 43.

302 SCHOCH, S. 1003, 1408.

303 Vgl. vorne, Rz. 41 auch zum Folgenden.

304 BGE 98 V 220 ff. = Pra 62 Nr. 20, KUHN, S. 110; immerhin noch BGE 115 Ib 444 E. 7, wo wiederum eine schwere und unmittelbare Gefährdung öffentlicher Interessen verlangt wurde.

305 Etwa BGE 117 V 191.

waltung³⁰⁶ verlangt wird. Nach der hier ausgebreiteten Darlegung genügt eine derartige Bewertung des Nachteils zur Anordnung von Regelungsmassnahmen allein von der Formel her jedoch nicht.

Betrachtet man allerdings die Fälle, in welchen diese mittlere Formel «überzeugende Gründe» zur Anwendung gelangt ist, so zeigt sich häufig, dass dennoch die Abwendung eines schweren Nachteils im Vordergrund stand.

So kann im Sozialversicherungsrecht die aufschiebende Wirkung konkret entzogen werden, wenn die Gefahr des Beitragsverlustes³⁰⁷ oder von Prämienverlusten³⁰⁸ dargetan ist.

Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung bei der Anfechtung einer Kündigung des Dienstverhältnisses sodann müsste die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch die Weiterbeschäftigung eines Beschwerdeführers derart gefährdet sein, dass sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigt³⁰⁹.

Nicht zu genügen vermag ferner eine einfache Interessenabwägung, bei welcher kein besonderer Anordnungsgrund vorausgesetzt und somit das Entscheidungsergebnis bereits bei einem überwiegenden Nachteil vorweggenommen wird³¹⁰. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht bei der Anwendung von Art. 55 VwVG zumindest nach der Formel davon aus³¹¹. Beachtlich erscheint allerdings, dass das Bundesgericht unter Umständen auch hier den schweren Nachteil, der ohne die Massnahme entstünde, betont.

So hat das Bundesgericht zur Rechtfertigung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bei Preisüberwachungsmassnahmen etwa darauf verwiesen, dass diese ohne diese Massnahme nutzlos würden³¹².

Klar auf der Linie des «überwiegenden Nachteils» bleibt jedoch derjenige Teil der Praxis der Bundesverwaltungsbehörde, welcher sich mit einer einfachen Interessenabwägung begnügt; der Sache nach herrschen Fälle vor, bei denen technische Einrichtungen in Frage stehen.

So wurde generell ein grosses öffentliches Interesse am vorzeitigen Bau eines Spurwechsel-Schaltposten bejaht, ohne dass für sich genommen die besondere Gefahrenlage erwogen wurde³¹³. Ebenso wurde der Entzug der aufschiebenden

306 VPB 1995/59 Nr. 3, S. 33; 1991/55 Nr. 1, S. 20.

307 BGE 110 V 47 E. c = Pra 73 Nr. 230.

308 VPB 1977/41 Nr. 37.

309 VPB 1995/59 Nr. 3.

310 Dazu vorne, Rz. 53, 74.

311 Ebenso geht das Bundesgericht bei der Anwendung von Art. 111 Abs. 2 OG von einer einfachen Interessenabwägung, bei welcher der überwiegende Nachteil genügt, aus, vgl. BGE 115 Ib 67 = Pra 78 Nr. 133; da es sich dabei um Sicherungsmassnahmen handelt, unterliegt deren Anordnung aber anderen Voraussetzungen, hinten, Rz. 123 f.

312 BGE 99 Ib 222 E. b = Pra 62 Nr. 176; vgl. auch KUHN, S. 109 f., STEINMANN, S. 149 f.

313 VPB 1994/58 Nr. 6.

Wirkung als zulässig erachtet, als es um die beschränkte Inbetriebnahme eines Instrumentenlandesystems ging; auch in diesem Fall wurde keine besondere Gefährdung des öffentlichen Interesses dargelegt³¹⁴.

Auf Gesetzesstufe fällt in diesem Zusammenhang Art. 28 BoeB auf, welcher vom generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung ausgeht und lediglich damit gerechtfertigt wird, dass durch die Rechtsmittelerhebung Mehrkosten entstehen könnten. Darauf ist zurückzukommen³¹⁵.

105. Die Feststellung und Gewichtung des Nachteils erfordert, dass eine Folgendiskussion geführt wird. Es ist von der Frage auszugehen, was die Folgen der Nichtgewährung der vorsorglichen Massnahmen sein können, wenn das damit zu schützende Interesse obsiegt. Dabei ist im wesentlichen zu unterscheiden zwischen Massnahmen, welche die Wirksamkeit des Entscheides sichern sollen und solchen, welche im Hinblick auf den Gesetzeszweck einen sonstigen erheblichen Nachteil verhindern wollen. Im Folgenden sollen einige praktische Beispiele dazu erwähnt werden.

- **106.** Die *Wirksamkeit des angestrebten Entscheides* kann bei Massnahmen im Natur- und Heimatschutz gefährdet sein. Denn nur so lange ein Objekt auch schützenswert ist, lässt sich eine Unterschutzstellung gestützt auf die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung rechtfertigen.

Kraft Art. 16 NHG kann das Eidgenössische Departement des Innern bei unmittelbarer Gefahr für Naturlandschaften im Sinne von Art. 15 NHG, bei geschichtlichen Stätten oder Kulturdenkmälern von nationaler Bedeutung vorsorgliche Massnahmen treffen. Verlangt wird hier, dass der bisherige Bestand des Objekts betroffen ist³¹⁶. Ziel ist es somit, das Objekt als ganzes zu erhalten, soweit es sich als schutzwürdig erweist. Gemäss Art. 24sexies Abs. 5 BV sind Moorlandschaften ungeschmälert zu erhalten. Besteht die Gefahr, dass in einer zu schützenden Moorlandschaft Bauten erstellt werden sollen, ist die Gefährdung gegeben und eine Massnahme gestützt auf Art. 16 NHG gerechtfertigt³¹⁷.

- Den gleichen Zweck verfolgen Baulinien oder Projektierungszonen: Die Realisierung eines projektierten öffentlichen Werkes könnte ohne diese Regelungsmassnahmen häufig übermässig erschwert oder sogar

314 VPB 1994/58 Nr. 7.

315 Hinten, Rz. 122.

316 BGE 100 Ib 164 = Pra 63 Nr. 208; BGE 117 Ib 243 E. 2a = Pra 81 Nr. 131; vgl. auch BGE 119 Ib 280 E. 8eb = Pra 83 Nr. 190.

317 BGE 117 Ib 243; im übrigen sind die Kantone gemäss Art. 29 NHV verpflichtet, bis zur Inventarisierung Sofortmassnahmen zur unveränderten Erhaltung der dort genannten Biotope und Moorlandschaften zu ergreifen. Art. 29 NHV bringt die Klarstellung, dass vorsorgliche Massnahmen durch die kantonalen Behörden bereits notwendig sind, wenn die Schutzwürdigkeit noch nicht rechtskräftig festgestellt ist, aber sich aufgrund der vorhandenen Erkenntnisse und Unterlagen die nationale Bedeutung ergibt; vgl. auch vorne, Rz. 98.

verhindert werden. Es wäre jedenfalls mit der Rechtssicherheit kaum zu vereinbaren, wenn das Gemeinwesen erst bei einer konkreten Gefährdung seines Projektes, etwa weil der Eigentümer seinerseits die Bebauung seines Grundstückes beabsichtigt, eine derartige Massnahme erlässt³¹⁸.

- Auf Seiten der Individualinteressen wird teils verlangt, dass die beschwerdeführende Person eine aktuelle und schwer wieder gutzumachende Beeinträchtigung der rechtlichen Interessen in Kauf nehmen müsste.

Dies ist z.B. der Fall, weil der bewilligungspflichtige Beruf während des Bewilligungsverfahrens nicht ausgeübt werden kann³¹⁹.

Unter Umständen ist es auch gerechtfertigt, eine vorläufige Baubewilligungen zu erteilen, wenn die Bewilligung von existentieller Bedeutung wäre³²⁰.

Dieser Ansatz tendiert dazu, dass Massnahmen erst gerechtfertigt sind, wenn die definitive Bewilligungserteilung für eine Gesuchstellerin oder einen Gesuchsteller nutzlos werden könnte. Zu eng ist es jedoch, wenn man nur rechtliche Nachteile genügen lässt, insbesondere wenn auch bei der Rechtsmittellegitimation tatsächliche Gründe ausreichen³²¹.

Selten sind jedoch Entscheide über den Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Nachbarbeschwerden. Die aufgefundenen Fälle zeigen aber, dass die Praxis auch hier ein besonderes Interesse des Bauherrn verlangt und das Interesse allein an der sofortigen Wirksamkeit einer Verfügung nicht genügen kann³²². Damit vorweg ein genügend gewichtiger Nachteil angenommen werden kann, sollte meines Erachtens das Interesse des Bauherrn zumindest derart gefährdet sein, dass dieser in Anbetracht der konkreten Umstände gezwungen wird, das Bauvorhaben aufzugeben. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn das Projekt unrentabel zu werden droht³²³.

Im Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung bei der Beschwerde gegen die Betriebsbewilligung des Kernkraftwerkes Olten-Gösgen hat es der Bundesrat demgegenüber bereits gelten lassen, dass die Kosten der Stilllegung des Kernkraftwerkes weit kleiner waren, als diejenigen beim Aufschub der Inbetrieb-

318 SIEGRIST, S. 18 ff., 216; vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 1985 in: ZBl 1986, S. 140 f.

319 Vgl. VRP, S. 403 f., SGGVP 1977 Nr. 22, S. 44 f..

320 AGVE 1988, S. 417.

321 Insoweit missverständlich Art. 94 i.V.m. Art. 113 OG. Für die staatsrechtliche Beschwerde wird am Wortlaut von Art. 94 OG festzuhalten sein, vgl. Art. 88 OG.

322 RDAF 1977, S. 350, 1980, S. 332.

323 Vgl. auch vorne, Rz. 66. Art. 26 Abs. 2 SuG dürfte ebenfalls in diesem Sinn auszulegen sein.

nahme. Dort spielten allerdings gleichzeitig weitere öffentliche Interessen eine Rolle. Insbesondere fiel auch die genügende Energieversorgung und die Vermeidung einer Verteuerung des Strompreises ins Gewicht³²⁴; hier kam es somit erheblich auf die Breitenwirkung des Schadens an: Breite Bevölkerungskreise wären vom zwischenzeitlichen Nachteil betroffen gewesen.

Auch im Sozialversicherungsrecht können die prekären finanziellen Verhältnisse eines Selbständigerwerbenden den Ausschlag geben, vorsorgliche Massnahmen zu gewähren.

Der besondere Schutz des Herabsetzungs- und Erlassverfahrens zugunsten der Beitragspflichtigen würde in Frage gestellt, wenn zur Eintreibung der Beiträge das Vermögen vor Abschluss des Herabsetzungs- und Erlassverfahrens verwertet werden müsste³²⁵.

- **107.** Eine Besonderheit ergibt sich, wenn die vorsorglichen Anordnungen getroffen werden, um *generell den Vollzug des Gesetzes zu garantieren*. Auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts ist dieses Argumentationsmuster häufig anzutreffen. Im Interesse der Gesamtheit der Versicherten kommt der ordnungsgemässen Finanzierung der Sozialversicherungswerke hohe Bedeutung zu³²⁶. Eine ähnliche Motivierung liegt im übrigen auch der provisorischen Einschätzung im Steuerverfahren zugrunde: Der Staat dürfte kaum in der Lage sein, seine Aufgaben sachgerecht zu erfüllen, wenn er auf die Steuereinnahmen warten müsste, bis die Einschätzungen rechtskräftig entschieden sind. Zuweilen erkennt die entscheidende Instanz, dass die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist, ansonsten die anderen Rechtsgenossen geradezu zu widerrechtlichem Verhalten verleitet würden und damit auch die Durchsetzung des materiellen Rechts gefährdet wäre³²⁷. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auch auf die Asyl- und Ausländergesetzgebung zu verweisen: Um die illegale Einreise in die Schweiz zu verhindern, greift der Gesetzgeber bisweilen zu drastischen Massnahmen: In Art. 13a ANAG etwa ist die Vorbereitungshaft vorgesehen, um die Durchführung eines Wegweisungsverfahrens sicherzu-

324 VPB 1979/43 Nr. 45, S. 216, dazu auch KUHN, S. 122 ff.

325 BGE 117 V 191 E. 2: Da der Sozialversicherung ein Rechtsverlust der Beiträge drohte, gewährte das Gericht lediglich ein vorläufiges Verwertungsverbot.

326 BGE 110 V 46 E. 7 a, b = Pra 73 Nr. 230; ähnlich begründet ist der generelle Entzug der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 111 UVG: Hier geht es um die möglichst reibungslose Durchführung der Versicherung, dazu SCARTAZZINI, S. 326.

327 Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. August 1981, ZBl 1981, S. 477. Vgl. auch SHOG 1989, S. 161 f., betreffend des Entzugs der aufschiebenden Wirkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine Revision des Nutzungsplanes: Bei einer Aus- und Abzonung würde die Planungsmassnahme durch kurzfristig eingereichte Baugesuche vereitelt. AGVE 1988, S. 416, 1986, S. 309 f.; vgl. auch RDAF 1980, S. 329, insbes. 323; VPB 1993/57 Nr. 33.

stellen. In Bezug auf die Ausschaffungshaft hat das Bundesgericht immerhin festgehalten, dass der Vollzug der Wegweisung erheblich gefährdet sein muss³²⁸. Tendenziell wird der vorläufige Status von Eingereisten, die nicht als Flüchtlinge anerkannt aber auch nicht zurückgeschoben werden können, möglichst unattraktiv gestaltet, um die illegale Einreise zu verhindern³²⁹.

- **108.** Nicht immer geht es allerdings geradezu um die Sicherung der Wirksamkeit des Endentscheides. Vielmehr kann es auch das *gefährdete Rechtsgut* selber sein, das vorsorgliche Massnahmen erfordert, insbesondere wenn dieses infolge seines Eigenwertes überhaupt keine Beeinträchtigung erfahren darf. Hier ist der Schutz von Leben und Gesundheit zu erwähnen; diese Rechtsgüter fallen bereits für sich genommen sehr stark ins Gewicht³³⁰.

Erneut sei auf Art. 30 LMG verwiesen, wonach eine Beschlagnahme der Ware zum Schutze des Konsumenten zulässig ist. Aus der Voraussetzung, dass die Massnahme erforderlich sein muss, folgt aber, dass nicht jeder Verdacht einer Rechtsverletzung genügt, sondern auch eine Gesundheitsgefährdung dargetan sein muss.

Gemäss Art. 16 Abs. 4 USG ordnen die Behörden die Sanierung von Anlagen vorsorglich an. Notfalls können sie auch die Stilllegung einer Anlage verfügen. Die Gefahrenlage für Gesundheit und Umwelt, die zur Anordnung vorsorglicher Massnahme gegeben sein muss, erfordert, dass die Gefährdung einiges Gewicht aufweist. Die Stilllegung kann insbesondere bei schwerwiegender Gefährdung geboten sein³³¹.

Im Dienstrecht sodann muss der Verdacht auf eine schwerwiegende Dienstpflichtverletzung lauten, damit vorsorglich die (provisorische) Dienstenthebung verfügt werden kann³³².

- Ist sodann die definitive Anordnung bereits mit einer schweren Gefahrenlage begründet, kann auf eine noch gewichtigere Gefährdung der bedrohten Interessen verzichtet werden.

Dies trifft zu beim Führerscheinentzug aus Sicherheitsgründen (Sicherungsentzug)³³³; hier ist die aufschiebende Wirkung generell zu entziehen. Ebenso kann der

328 BGE 122 II 49.

329 Vgl. dazu Michael MARUGG, Vorübergehender Schutz für Gewaltflüchtlinge, Asyl 1995/4, S. 103.

330 Vgl. auch REINHARD, S. 108; zudem die vorsorglich gewährte Bachverbauung, weil Überschwemmungen drohten: VPB 1989/53 Nr. 34 E. 3 und 4.

331 SCHRADER, Kommentar USG, N 48, 50 zu Art. 16. Vgl. auch AGVE 1980, S. 279 ff., wo lediglich mittelmässig gravierende Immissionen in Frage standen, was zum Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht genügte, ebenso AGVE 1978, S. 290 ff.

332 SORE 1992, S. 36 f.

333 BGE 107 Ib 398 = Pra 71 Nr. 44: Auf Warnentzüge trifft dies nicht zu. Vgl. bezüglich Disziplinarstrafen, BGE 105 Ia 9; vgl. auch BONNARD, S. 290 ff.

häufige Entzug der aufschiebenden Wirkung bei vorsorglichen Massnahmen³³⁴ oder die sofortige Entlassung aus dem Dienstverhältnis aus wichtigem Grund³³⁵ erwähnt werden.

- Um die rasche Verwirklichung des öffentlichen Interesses geht es oftmals auch bei vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Errichtung öffentlicher Werke. Zu erwähnen ist etwa die vorzeitige Besitzeinweisung gemäss Art. 76 EntG, wonach dem Enteigner bedeutende Nachteile drohen müssen. Der bedeutende Nachteil wird unter anderem auch darin gesehen, dass ein dringendes Bedürfnis der Öffentlichkeit am Werk vorhanden sein muss³³⁶. Unter Umständen aber verzichtet bereits das Spezialgesetz selber auf den Nachweis des Nachteils, wenn es das Bedürfnis nach einer raschen Verwirklichung des öffentlichen Werkes generell als gegeben erachtet, wie dies gerade im Nationalstrassengesetz³³⁷, aber auch – in geringerem Mass – gemäss Elektrizitätsgesetz³³⁸ der Fall ist. Hier muss ebenso nicht noch eine Gefährdung des öffentlichen Interesses im konkreten Fall nachgewiesen sein. Aber auch private Interessen können infolge ihrer Gewichtung eine rasche Verwirklichung erfordern, ohne dass noch zusätzlich nach einem besonderen Nachteil gefragt wird.

So geht der Verordnungsgeber generell von einer schwerwiegenden Betroffenheit der privaten Interessen aus bei der Vorschussgewährung von Arbeitslosentaggeldern: Der Anspruch auf die Versicherungsleistung muss lediglich glaubhaft sein, damit der Vorschuss gewährt werden kann³³⁹.

Ferner ist auf Art. 15 OHG zu verweisen. Auch danach wird ein Vorschuss bereits gewährt, wenn die Folgen der Straftat kurzfristig nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen sind. Daneben kann das Opfer aber einen besonderen Nachteil darlegen, indem es die Notwendigkeit der finanziellen Hilfe nachweist.

334 Vgl. etwa der Hinweis zum Lebensmittelgesetz in der Botschaft dazu, Sonderdruck, S. 51. SCHAUB, S. 88; BGE 120 Ia 209 E. 5 = Pra 84 Nr. 65; URP 1994, S. 8 ff. Vgl. auch KUHN, S. 93. Über den Entzug ist aber von Fall zu Fall zu entscheiden, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, vgl. SORE 1992, S. 37.

335 Vgl. etwa VRP, S. 548 ff., SGGVP 1986 Nr. 68; EGV-SZ 1993, S. 18 f.

336 HESS/WEIBEL, Art. 76, Rz. 8; daneben werden Notstandsarbeiten erwähnt oder aber die Tatsache, dass nur noch einzelne Fälle unerledigt sind. Zum letzteren sind insoweit Vorbehalte angebracht, als damit offenbar allein auf die Erfolgsprognose abgestellt werden soll. Betreffen die unerledigten Fälle jedoch nur Fragen, die auch zu einem späteren Zeitpunkt noch berücksichtigt werden können, ist gegen dieses Kriterium nichts einzuwenden.

337 Vgl. Art. 39 Abs. 3 NSG, BGE 104 Ib 177 f., 105 Ib 103 f.; vgl. auch KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 12, 25, Rz. 4.

338 Art. 53 ElG, BGE 116 Ib 35: Die vorzeitige Besitzeinweisung nach Art. 53 ElG verlangt gleichwohl eine Interessenabwägung.

339 Art. 31 AVIV, Art. 20 Abs. 4 AVIG.

- Ist das geschützte Rechtsgut weniger gewichtig, kann die Breitenwirkung des Schadens den Ausschlag geben und den Nachteil wiederum als genügend gewichtig erscheinen lassen, wie dies der bereits erwähnte Bundesratsentscheid über die Betriebsbewilligung des Kernkraftwerkes Olten-Gösgen zeigt³⁴⁰.
- **109.** Schliesslich vermögen auch Gründe der *Rechtsgleichheit* vorsorgliche Anordnungen zu rechtfertigen³⁴¹.

In einem Fall wurde der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei sogenannten Sammelverfügungen, welche mehrere Adressaten aufweisen, als erforderlich betrachtet, ansonsten sich eine beschwerdeführende Adressatin – im konkreten Fall ging es um eine Erhöhung der Mindestbeiträge für Kollektivversicherungen bei Krankenkassen – ungerechtfertigte Konkurrenzvorteile hätte verschaffen können³⁴².

Bildet die Rechtsgleichheit Anordnungsgrund, ist gleichwohl danach zu fragen, ob auch die Verhältnismässigkeit im Einzelfall gewahrt wird. Bei Sammelverfügungen ist zu beachten, dass es den übrigen Betroffenen ebenso anheimgestellt ist, selber ein Rechtsmittel einzulegen. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass vorsorgliche Massnahmen die Beschwerdeführenden nicht bestrafen sollen. Im genannten Fall war die Anordnung aber insoweit zu rechtfertigen, als staatliche Massnahmen gleichzeitig wettbewerbsneutral ausfallen müssen.

110. Die Durchsicht der relevanten Nachteile zeigt, dass häufig geradezu ein stossendes Ergebnis erzielt würde, wenn von einer vorsorglichen Massnahme abgesehen würde. Auffallend häufig geht auch der Gesetzgeber diesen Weg, wenn er vorsorgliche Massnahmen vor Einleitung des Hauptverfahrens vorsieht.

Geht es um die Bewertung der Rechtsgüter bzw. der Interessen und des Schadenspotentials, besteht allerdings ein grosser Spielraum. Legt der Gesetzgeber die Bewertung selber fest, läuft er Gefahr, dass diese mit der Zeit überholt ist. Korrekturen in der Rechtsanwendung sind diesbezüglich nur in beschränktem Umfang möglich.

340 Vorne, Rz. 106 am Ende.

341 Zur Gefährdung der Rechtsanwendung, vgl. auch vorne, Rz. 107.

342 VPB 1991/55 Nr. 1; nunmehr könnte auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe angeführt werden: BGE 121 I 129 = Pra 85 Nr. 33.

b. Zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, insbesondere zeitliche Dringlichkeit

111. Vorauszuschicken ist, dass das Kriterium der Wahrscheinlichkeit zunächst danach zu bestimmen ist, ob sich nach dem voraussehbaren Kausalverlauf die Gefahr verwirklicht oder nicht. Wie weit diesbezüglich die Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, hängt von der Feststellung des Sachverhaltes ab³⁴³.

Was sodann die zeitliche Dringlichkeit angeht, so kommt es darauf an, ob mit der Massnahme nicht zugewartet werden kann, bis das Verfahren durchlaufen ist³⁴⁴. Hat die Behörde bereits eine längere Zeit verstreichen lassen, bis sie die Massnahme erlässt, kann sie sich nicht mehr auf die Dringlichkeit berufen³⁴⁵.

Lässt sie sich beispielsweise sieben Monate Zeit, verweigert sie das rechtliche Gehör, wenn sie eine vorsorgliche Anordnung trifft, ohne eine einzige Untersuchungshandlung vorzunehmen und ohne die angebotenen Entlastungsbeweise wenigstens teilweise abzunehmen³⁴⁶.

Desgleichen kann die Behörde nicht lange Zeit verschiedene Lokale, in denen Drogen umgesetzt werden, dulden und in der Folge, wenn es bezüglich eines derartigen Lokales um den Patententzug geht, die aufschiebende Wirkung entziehen. Die zeitliche Dringlichkeit ist alsdann zuwenig dargetan³⁴⁷.

c. Die Entscheidprognose als weiteres Kriterium der Wahrscheinlichkeitsprüfung

112. Wie angeführt gehört auch die Erfolgsprognose zur Prüfung der Wahrscheinlichkeit, ob der schwere Nachteil eintritt³⁴⁸. Massgebend im Zusammenhang mit der Bestimmung des Nachteils ist eine Prognose, welche zwischen derjenigen der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und der wenig überwiegenden Unwahrscheinlichkeit liegt.

Während die überwiegend positive Erfolgsprognose den in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht schweren Nachteil nochmals als gewichtiger erscheinen lässt, vermindert die offene Erfolgsprognose diese Gewichtung. Dies kann bei der Interessenabwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung durchaus ausschlaggebend sein.

343 Vgl. dazu hinten, Rz. 160.

344 Vgl. SCHAUB, S. 71, 97; BGE 120 Ib 93 E. c und 95 E. b, sowie AGVE 1978, S. 297.

345 AGVE 1980, S. 279 ff., 281 E. c.

346 TVR 1994, S. 46 E. 3.

347 RDAF 1995, S. 158 ff.

348 Dazu auch vorne, Rz. 93 ff., auch zum Folgenden.

113. Vorsorgliche Massnahmen rechtfertigen sich wie angeführt unter Umständen auch dann noch, wenn die Zweifel wenig überwiegen und der Grad der Unwahrscheinlichkeit des Obsiegens erreicht wird. Da eine derartige Handlung aber auch unter dem Gesichtswinkel der endgültigen Entscheidung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit keine Rechtfertigung finden kann, muss der Nachteil in einem solchen Fall sehr schwer wiegen, damit die Gefährdung insgesamt noch als genügend gewichtig angesehen werden darf. Insbesondere ist danach zu fragen, ob eine solche Anordnung noch vom Zweck der Norm, deren Durchsetzung gesichert werden soll, gedeckt ist. Entweder sind sehr hochwertige Rechtsgüter betroffen³⁴⁹, oder aber es besteht die Gefahr, dass das Streitobjekt überhaupt untergeht und damit das Verfahren gegenstandslos wird, wie dies bei der Zerstörung von Natur- und Heimatschutzobjekten der Fall sein kann³⁵⁰. In einem solchen Fall muss selbstverständlich ebenso die Verhältnismässigkeit beachtet werden und eine entsprechende inhaltliche Ausgestaltung erfolgen: Eine solche Massnahme lässt sich jedenfalls nur über eine kurze Zeit hin aufrechterhalten und vermag bei einem schweren Eingriff die entgegenstehenden Interessen kaum zu überwiegen.

Lautet die Prognose demgegenüber dahin, dass das Begehren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit abzulehnen ist, kann kein genügender Anordnungsgrund mehr vorliegen. Hier ist auch die Gefährdung in der Durchsetzung des Gesetzeszweckes zu gering. In einem solchen Fall bleibt lediglich die polizeiliche Generalklausel, wobei diese nur zum Schutz von Polizeigütern angerufen werden kann³⁵¹.

114. Zu beachten ist, dass es dort, wo sich der Gesetzgeber über die Erfolgsprognose ausspricht, unter Umständen nicht genügt, dass die Behörde lediglich eine Wahrscheinlichkeitsprüfung vornimmt. Zuvorderst zu erwähnen ist hier Art. 16 NHG, wonach die Schutzwürdigkeit des Objektes sogar feststellen muss. Desgleichen verlangt Art. 29 NHV, dass die Schutzwürdigkeit aufgrund der vorhandenen Erkenntnisse bejaht werden kann. Die Folgen derartiger Bestimmungen können allerdings höchst unbefriedigend ausfallen: Ist die Schutzwürdigkeit zwar möglich, bleiben aber vorderhand Zweifel bestehen, darf die Behörde nicht einschreiten.

349 Vgl. VPB 1989/53 Nr. 53, S. 224 E. 3.

350 Vgl. ZG-GVP 1987/88, S. 26.

351 REINHARD, S. 74 f., 157 ff.

D. Zur Verhältnismässigkeit der Massnahme

115. Ist der Nachteil im vorerwähnten Sinn festgestellt und gewichtet, ist zu prüfen, ob die Massnahme insbesondere im Hinblick auf die Gefahrenlage verhältnismässig ist³⁵².

Das Verhältnismässigkeitsprinzip bildet unabhängig von seiner Einbettung in die Freiheitsrechte einen verfassungsmässigen Grundsatz. Da vorsorglich gewährte Begünstigungen eine Abweichung vom Erfordernis des gesetzmässigen Handelns darstellen, ist es gerechtfertigt, diesen Grundsatz auch in solchen Fällen zur Anwendung zu bringen³⁵³.

116. Die *Eignung* der Massnahme im Hinblick auf die Beseitigung eines bereits eingetretenen Nachteils dürfte kaum weitere Probleme aufwerfen. Anders dagegen kann die Eignung der Massnahme bei einer noch nicht eingetretenen Gefahr fraglich sein, insbesondere wenn es darum geht, die Gefahr als solche abzuwenden, und statt einer definitiven Anordnung vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Ist die Gefahrenabwehr der primäre Zweck des Gesetzes, dürfte dazu eine Kautionsleistung jedenfalls nicht genügen³⁵⁴.

117. Was sodann die *Erforderlichkeit* angeht, so muss diese in persönlicher, örtlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht erfüllt sein. Steht ein milderes Mittel zur Wahrung des gefährdeten Interesses zur Verfügung, ist dieses zu wählen. Die Erforderlichkeit wirft verschiedene Einzelfragen auf.

- Bezüglich der Wirkungsweise in *persönlicher Hinsicht* gilt das Störerprinzip. Dieses wird insbesondere für das erstinstanzliche Verfahren beachtlich sein³⁵⁵. Die Rechtsmittelinstanz dagegen kann nur vorsorg-

352 Vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip allgemein HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 486 ff.; die Verhältnismässigkeit der Massnahme kann unter Umständen bereits anhand der Erfolgsprognose vorweg entschieden werden, einerseits, wenn die Prognose überwiegend unwahrscheinlich ist, andererseits, wenn sie eindeutig positiv ausfällt und deshalb sofort in der Hauptsache entschieden werden muss, vgl. vorne, Rz. 92.

353 Vgl. etwa den Anwendungsfall, in welchem sich die Verwaltung zu Lasten des Begünstigten auf das Verhältnismässigkeitsprinzip beruft: BGE 107 V 87 = Pra 71 Nr. 118, KNAPP, Rz. 539 ff., mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 491: Dort wird allerdings darauf hingewiesen, dass zumindest die Elemente der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn auf die Eingriffsverwaltung zugeschnitten sind. Soweit die Behörde die Vorwegnahme nicht zum Regelfall erhebt, bildet auch die Rechtsgleichheit eine Schranke, wobei hier die Drittanfechtung zumindest im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren stark eingeschränkt ist, dazu KÄLIN, S. 246 ff.

354 Vgl. BGE 98 Ia 373, wobei hier aber nach dem Reglement offenbar ein Schaden auch in Kauf genommen wurde, der alsdann finanziell auszugleichen war; dazu auch hinten, Rz. 219.

355 SCHAUB, S. 67.

liche Massnahmen (im engeren Sinn) anordnen, welche die Verfahrensbeteiligten betreffen.

- In *sachlicher Hinsicht* ist erneut auf das Verhältnis zwischen vorsorglichen Massnahmen und aufschiebender Wirkung hinzuweisen: Im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist von einer eigentlichen Stufung zwischen aufschiebender Wirkung und vorsorglicher Massnahme auszugehen. Während der Entzug der aufschiebenden Wirkung die vollumfängliche Interessenverwirklichung bereits während der Verfahrensdauer erlaubt, können mit den vorsorglichen Massnahmen differenziertere Lösungen getroffen werden.

Die Praxis neigt zwar dazu, vorsorgliche Massnahmen erst anzuordnen, wenn die aufschiebende Wirkung für sich allein nicht geeignet ist, die bedrohten Interessen zu schützen³⁵⁶. Dies trifft allerdings nur auf diejenigen Fälle zu, in welchen sie keine Folgen zeitigt, wie etwa bei der negativen Verfügung, oder wenn eine Änderung des bestehenden Zustandes nicht durch die aufschiebende Wirkung allein verhindert werden kann, sondern – soweit im Rahmen des Streitgegenstandes möglich – zusätzlich sichernde Massnahmen notwendig sind.

Mit anderen Worten: Das Verhältnis zwischen aufschiebender Wirkung und vorsorglicher Massnahme ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht nur nach dem Element der Geeignetheit zu untersuchen, sondern gleichermassen nach der Erforderlichkeit³⁵⁷.

- Unter Umständen, wenn gegenüber der Verfügung kein Aliud anzuordnen ist, sollte ein *Teilentzug der aufschiebenden Wirkung* möglich sein, auch wenn ein Verfahrensgesetz selbst die Teilrechtskraft von Verfügungen nicht ausdrücklich vorsieht. Dies wirkt sich dann zugunsten der beschwerdeführenden Person aus, wenn eine belastende Verfügung angefochten ist.
- Häufig wird dafür gehalten, dass mit der vorsorglichen Massnahme im engeren Sinn die Endentscheidung nicht vorweggenommen werden darf. Im Hinblick auf den Anordnungsgrund, den schweren und dringlichen Nachteil, ist dieses *Vorwegnahmeverbot* zu relativieren: Erfordert die Beseitigung des Nachteils eine Vorwegnahme, so ist die entsprechen-

356 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 245 f.; Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 1995, in: URP 1996, S. 233.

357 Vgl. auch SALADIN, S. 207; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 246; SCHAUB, S. 13; STEIMANN, S. 150. Entscheid der Eidgenössischen BVG-Beschwerdekommision, ZG-GVP 1994/95, S. 315 f., wo die mildere vorsorgliche Massnahme aber abgelehnt wurde.

de Massnahme zu ergreifen³⁵⁸. Gerade dort, wo die aufschiebende Wirkung nicht greift, werden Massnahmen dieser Art aktuell. Zu verweisen ist hier etwa auf die vorsorgliche Aufnahme eines Studierenden an die Universität³⁵⁹. Ebenso kann die Entschädigung gestützt auf das Opferhilfegesetz (Art. 15 OHG) vorweg geleistet werden. Unter Umständen genügt aber auch eine in sachlicher Hinsicht weniger weit reichende Anordnung; zu denken ist etwa an eine teilweise Erteilung einer Bewilligung.

Das Vorwegnahmeverbot ist eher im Zusammenhang damit zu sehen, dass dabei häufig die entgegenstehenden Interessen überwiegen³⁶⁰. Dies trifft insbesondere im Fall zu, wo die vorsorglichen Massnahmen einen Zustand herbeiführen, der nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, und sie insoweit präjudiziell wirken. Daraus indessen ein generelles Vorwegnahmeverbot abzuleiten, ist kaum sachgerecht. Eine Einzelfallprüfung muss zulässig bleiben.

- Dass die vorsorgliche Massnahme in sachlicher Hinsicht nicht über das Erforderliche hinausgehen darf, lässt sich auch zusammenfassen im Prinzip der *schonenden Rechtsausübung*, insbesondere wenn sie belastende Auswirkungen hat. So musste die Ausgleichskasse zwar die Betreuung einleiten, um den Verwirkungsfolgen der Beiträge zu entgehen. Indessen wurde ihr vorsorglich verboten, auch die Verwertung der gepfändeten Liegenschaft zu verlangen³⁶¹.
- Als eine besondere Ausprägung der Erforderlichkeit erscheint die zürcherische Lösung der Natur- und Heimatschutzinventare. Fehlt es an einer konkreten Gefährdung eines potentiellen Schutzobjektes, sind grundsätzlich auch keine vorsorglichen Schutzmassnahmen erforderlich. Auf der anderen Seite sind gerade die Natur- und Heimatschutzobjekte anfällig für nicht wieder gutzumachende Nachteile. Aus diesem Grund werden Inventare erstellt, welche die Vermutung der Schutzwürdigkeit begründen und mit welchen sich die Behörden bei einem späteren Erlass einer Verfügung über das potentielle Schutzobjekt auseinanderzusetzen haben, sei es anlässlich des Verfahrens über die definitive

358 KUHN, S. 180 ff., 198 ff.; vgl. auch GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 10; zu absolut deshalb VRP, S. 403 f., SGGVP 1977 Nr. 22.

359 Zum Bereich der Schule, vgl. vorne, Rz. 6.

360 Vgl. VOGEL, S. 95: Dort wird das Verbot der vorläufigen Vollstreckung von Geldleistungen unter anderem auch damit begründet. MEIER, S. 299. Deshalb wohl zu allgemein AGVE 1986, S. 310.

361 BGE 117 V 191 E. 2c/bb. Vgl. zur sachlichen Begrenzung vorsorglicher Massnahmen auch TVR 1994, S. 47 E. 4 und 5. SCHAUB, S. 48 f.

Unterschutzstellung, sei es anlässlich der Beurteilung einer Umbau- oder Abbruchbewilligung. Diese Inventare haben zwar insoweit vorsorglichen Charakter, sind aber weder behördenverbindlich noch stellen sie Verfügungen dar und bewirken eine Eigentumsbeschränkung. Eine Verfügung wird erst angenommen, wenn das Inventar dem Grundeigentümer mitgeteilt wird. Diese Mitteilung bildet eine vorsorgliche Massnahme, die auf ein Jahr befristet ist³⁶².

Grundsätzlich ist *vorsorgliches Handeln in unverbindlicher Form* nicht ganz unproblematisch, da mittelbare Auswirkungen auf die Stellung des Einzelnen nicht von vornherein auszuschliessen sind. Beim Natur- und Heimatschutzinventar jedenfalls wird sich die Inventarisierung grundsätzlich auch im Verkehrswert des Grundstückes niederschlagen, zumal die Inventare öffentlich sind³⁶³. Allerdings kommt den Grundeigentümern nach zürcherischem Recht das Provokationsrecht zu: Sie können jederzeit einen definitiven Entscheid darüber verlangen, ob das Objekt schutzwürdig ist und in welchem Umfang Schutzmassnahmen geboten sein werden, soweit ein aktuelles Interesse besteht; und dieses wiederum ist jedenfalls vorhanden, wenn Verkaufs- oder Bauabsichten dargetan sind³⁶⁴.

- Bei den *vorsorglichen Massnahmen* hat der *Verfügungs- oder Streitgegenstand* eine besondere Bedeutung. Die vorsorgliche Massnahme darf nicht darüber hinausreichen. Die Abgrenzung ist deshalb bedeutsam, weil der Gegenstand gleichzeitig die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Behörden bestimmt³⁶⁵. Es gilt insoweit der Grundsatz, dass die vorsorgliche Massnahme nicht dazu führen darf, dass mehr erreicht wird, als mit dem Hauptprozess verlangt werden kann³⁶⁶. Dieser Grundsatz darf jedoch nicht verabsolutiert werden. Unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips ergibt sich, dass vorsorgliche Massnahmen darauf beschränkt bleiben sollen, die Wirksamkeit des Endergebnisses zu sichern. Nach der Erforderlichkeit ist es aber auch geboten, das wirksamste Mittel einzusetzen³⁶⁷. Ist das Ergebnis des Entscheides gefährdet und droht das Verfahren gegenstandslos zu werden, müssen

362 §§ 203 f., 205, 209, 213 PBG ZH; RB ZH 1990 Nr. 13; Robert IMHOLZ, Die Denkmalschutz-Bestimmungen des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes, in: Dokumente und Informationen zur Schweizerischen Orts-, Regional- und Landesplanung (DISP) Nr. 67, 1982, S. 34 ff.

363 § 203 Abs. 2 PBG ZH.

364 § 213 PBG ZH; IMBODEN, a.a.O., S. 42 f.

365 Vgl. dazu auch hinten, Rz. 152.

366 So insbesondere HASENBÖHLER, S. 21.

367 RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 58 B IV b, S. 181.

vorsorgliche Massnahmen zulässig bleiben, soweit der Sachzusammenhang zum Streitgegenstand gewahrt bleibt. Selbst Zuständigkeitsvorschriften dürfen nicht entgegen ihrem Zweck angewendet werden, dass sie den Rechtsschutz und die objektive Rechtsanwendung geradezu verhindern³⁶⁸.

Die Praxis geht hier allerdings unterschiedliche Wege, wie die folgenden Beispiele zeigen:

Im Verfahren gegen die Aufhebung einer Schutzverfügung für ein bestimmtes Gebiet, in welchem unter anderem der Weidgang und die Düngung untersagt wurden, konnten nicht auch aktive Massnahmen, wie Bewässerungs-, Rodungs- oder Pflegemassnahmen vorsorglich beantragt werden, welche gleichzeitig den (gesetzlich vorgeschriebenen) Vollzug der Schutzverfügung sichergestellt hätten³⁶⁹. Man kann sich fragen, ob bei drohendem Untergang des Streitobjektes – hier eines Biotops – vorsorgliche Massnahmen nicht zumindest insoweit angezeigt gewesen wären, als sie der Aufrechterhaltung des Zustandes gedient hätten, wie er im Zeitpunkt der Aufhebung der Schutzverfügung bestanden hat; denn wäre das Biotop untergegangen, so wäre auch das Verfahren gegenstandslos geworden. Eine weitere Vernachlässigung des Vollzuges der Schutzverfügung hätte jedenfalls zur Folge haben können, dass die Unterstellung unter den Biotopschutz nicht mehr zu rechtfertigen gewesen wäre. Die Sachlage wurde vom Bundesgericht wohl nicht derart dramatisch beurteilt.

Anders entschieden hat demgegenüber das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, als in einem Verfahren über die Abbruchbewilligung eines Gebäudes dessen Schutzwürdigkeit vorfrageweise geklärt werden musste. Da das Dach undicht war, verpflichtete die Baurekurskommission die Eigentümerin zulässigerweise vorsorglich, dieses abzudichten, obwohl die gesetzlich vorgesehenen Schutzmassnahmen auch hier nicht im Streite lagen³⁷⁰.

Ein anderer Fall aus dem Kanton Schwyz betraf in der Hauptsache die Kosten-Gutsprache durch die Krankenkasse für einen Spitalaufenthalt in einem konkreten Fall. Das beschwerdeführende Spital verlangte jedoch eine generelle, alle künftigen Fälle betreffende Gutsprache, was den Rahmen des Streitgegenstandes bei weitem sprengte³⁷¹. In diesem Fall wäre mangels besonderer Gefährdung allerdings auch nach der hier vertretenen Auffassung keine vorsorgliche Massnahme erforderlich gewesen.

- In den Fällen, in welchen eine Massnahme in der Form einer Endverfügung ergeht und demzufolge das Endverfahren nicht von vornherein

368 Vgl. zur Rechtsanwendung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, Daniel THÜERER, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR 1987 II, S. 417 ff., 499 ff.

369 Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 1995, in: URP 1996, S. 232 ff.

370 Nur beschränkt veröffentlicht in RB ZH 1994 Nr. 1.

371 Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, Zwischenentscheid vom 25. September 1996 (unveröffentlicht).

feststeht, ist in jedem Fall eine *Befristung* vorzusehen³⁷² oder aber zwingend die provisorische Anordnung in eine *definitive überzuführen*. Die zulässige Dauer der Befristung bemisst sich nach dem Zeitpunkt, in welchem die endgültige Verfügung wahrscheinlich ergehen kann³⁷³. Damit wird vermieden, dass die zunächst als vorsorglich gedachte Massnahme letztlich doch zu einer endgültigen wird und in zeitlicher Hinsicht über das Erforderliche hinausreicht. Eine Befristung drängt sich auch deshalb auf, weil eine Restitution bei langem Zuwarten infolge des Vertrauensprinzips unter Umständen ausgeschlossen ist³⁷⁴.

118. Als letztes Element im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung folgt die *Interessenabwägung*. Bezüglich der Feststellung und Gewichtung des Nachteils, der durch die vorsorgliche Anordnung zu beseitigen ist, kann auf das vorne Gesagte verwiesen werden³⁷⁵.

Um den schweren Nachteil, der zum Erlass vorsorglicher Anordnungen führt, zu überwiegen, müssen auf der anderen Seite noch schwerere Nachteile drohen. Auch diese Nachteile sind vorerst festzustellen und zu gewichten.

Die entgegenstehenden Interessen werden häufig darin gesehen, dass auf dieser Seite gleichsam keine nicht wieder gutzumachenden Nachteile geschaffen werden dürfen und der Endentscheid dementsprechend nicht präjudiziert werden soll. Zugunsten der Rechtsschutzinteressen wird jeweils ins Feld geführt, dass das Rechtsmittel für die beschwerdeführende Person nicht illusorisch werden darf³⁷⁶. Dieser Nachteil wird mitunter als absolute Schranke der vorsorglichen Massnahmen betrachtet.

Dabei werden die Irreparabilitäten verschieden ausgelegt. Zum Teil wird auf tatsächliche Schwierigkeiten hingewiesen:

Vorab tatsächliche Schwierigkeiten wurden angeführt, als sich ein Bauherr um eine vorzeitige Bewilligung bemühte; hier machte die entscheidende Instanz geltend, der Bauherr könnte sich der Vollstreckung des Wiederherstellungsbefehles wider-

372 SCHIMMELPFENNIG, S. 156; ZG-GVP 1987/88, S. 17 ff., betreffend einer vorsorglichen Unterschutzstellung eines Gebäudes. Auch die Massnahmen gestützt auf Art. 16 NHG werden regelmässig befristet: Vgl. BGE 100 Ib 162 = Pra 63 Nr. 208; BGE 117 Ib 244 = Pra 81 Nr. 131; zum Teil wird dies auch im Gesetz so vorgesehen, beispielsweise wenn ein Gebäude provisorisch inventarisiert werden kann, vgl. § 209 PBG ZH. Ebenso die als Endverfügung erlassene Katastrophenschutzmassnahme: BGE 113 Ib 65 = Pra 76 Nr. 153; vorläufige Betriebssanierung: BGE 113 Ib 396 = Pra 78 Nr. 10.

373 BGE 117 Ib 248 E. c: Es ist nicht unverhältnismässig, eine vorsorgliche Verfügung zum Schutz eines Hochmoores rund vier Jahre vor Inkraftsetzung der definitiven Schutzverordnung zu erlassen. Vgl. BGE 122 IV 262 E. 2a, bezüglich der Befristung von Polizeinotverordnungen.

374 Vgl. hinten, Rz. 186.

375 Vorne, Rz. 103 ff.

376 BGE 105 Ia 8.

setzen; die Rückgängigmachung des zwischenzeitlich geschaffenen Zustandes sei mit Unsicherheiten behaftet³⁷⁷.

In Art. 76 Abs. 4 EntG wird einerseits verlangt, dass die Entschädigungsforderung trotz Inbesitznahme noch geprüft werden kann, andererseits dürfen durch die vorzeitige Besitzinweisung keine nicht wieder gutzumachenden Schäden entstehen. Letzteres wäre etwa eingetreten, wenn Teile des Hochmoores Rothenthurm bereits für die Erweiterung des Waffenplatzes zerstört worden wären; die gleiche Flora und Fauna hätte sich wohl kaum wiederherstellen lassen³⁷⁸.

Zum Teil werden aber auch rechtliche Schwierigkeiten angeführt:

Sobald ein Bauherr Investitionen tätigt und Dispositionen trifft, könnte das Verhältnismässigkeitsprinzip der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes unter Umständen entgegenstehen³⁷⁹.

Gleichermassen rechtliche Schranken können sich im Dienstrecht ergeben. Wird dem Rechtsmittel gegen eine Verfügung, welche die sofortige Entlassung vorsieht, die aufschiebende Wirkung entzogen, kann dies zur Folge haben, dass die Stelle bereits neu besetzt ist und eine Weiterbeschäftigung infolge der Stellenplafonierung nicht mehr möglich ist³⁸⁰.

Sodann kann die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden, wenn in einem Asylverfahren ein Verstoß gegen das Recht auf Nichtrückschiebung (non-refoulement) gemäss Art. 3 EMRK droht³⁸¹. Hier wird auch darauf hingewiesen, dass das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK nicht durch einen Entzug der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen werden darf. Diesbezüglich geht der Bundesrat von einer absoluten Schranke aus.

Unter Umständen genügt auch eine schwere Beeinträchtigung wichtiger Rechtsgüter, eine schwere Einschränkung der Grundrechte oder sonstige schwerwiegende tatsächliche Nachteile.

Im Sozialversicherungsrecht wird das Interesse erwogen, den Gang zum Fürsorgeamt nicht antreten zu müssen, wobei im konkreten Fall die Gefahr der Nichtwiedereinbringlichkeit zuviel bezahlter Rente das Interesse des Privaten überwog³⁸².

Andererseits nehmen das Gesetz und die Praxis nicht wieder rückgängig zu machende Zustände auch in Kauf.

377 AGVE 1986, S. 311.

378 Vgl. Art. 76 Abs. 4 EntG, BGE 111 Ib 91 = Pra 74 Nr. 216; HESS/WEIBEL, Art. 76, Rz. 7; vgl. auch BGE 110 Ib 56 E. 2 = Pra 73 Nr. 236.

379 BGE 117 Ia 250 f.; vgl. die diesbezüglichen Ansätze in AGVE 1986, S. 311 und BGE 115 Ib 442 E. aa, im letzteren Fall wurde insbesondere auf die Gefahr, dass beträchtliche Summen in ein Werk investiert werden könnten, verwiesen; anders VPB 1994/58 Nr. 6, S. 68, 71, bezüglich des Schaltpostens, der nur geringe Kosten verursachte. Vgl. auch hinten, Rz. 187.

380 BVR 1992, S. 131 f.; EGV-SZ 1993, S. 18 f.

381 VPB 1993/57 Nr. 33, S. 310.

382 BGE 105 V 269 E. 3 = Pra 69 Nr. 225.

Auf die Rückerstattung des Vorschusses gestützt auf das Opferhilfegesetz können die Kantone verzichten, wenn das Opfer in eine schwierige Lage gebracht würde³⁸³.

Wird der Beschwerde im Submissionsverfahren die aufschiebende Wirkung nicht gewährt und der Vertrag mit einer anderen Anbieterin oder einem anderen Anbieter geschlossen, nachträglich aber die Rechtswidrigkeit des Zuschlages festgestellt, ist gemäss Art. 34 BoeB lediglich Schadenersatz geschuldet und wird der Zuschlag nicht aufgehoben³⁸⁴.

Desgleichen tritt der Enteignungsbann generell und unabhängig der Interessen des Eigentümers ein. Praxisgemäss ist aber gestützt auf Art. 44 EntG der durch den Enteignungsbann verursachte Schaden zu ersetzen, selbst wenn nachträglich die Enteignung nicht stattfindet³⁸⁵.

Ebenso könnten Sicherheitsgründe einen sofortigen Vollzug einer Arreststrafe rechtfertigen, obwohl bei einer erfolgreichen Anfechtung derselben diese regelmässig längst abgesessen ist³⁸⁶.

Gesetzgebung und Praxis zeigen zweierlei. Ziel sollte es zum einen in erster Linie sein, die Wirksamkeit des Entscheides auf beide Seiten hin zu erhalten³⁸⁷. Dennoch lassen sich andererseits nicht wieder rückgängig zu machen- de Nachteile nicht gänzlich vermeiden³⁸⁸. In einem solchen Fall kann das Entscheidungsergebnis unter Umständen für keine der beiden Seiten offen gehalten werden. Betrachtet man die Irreparabilität des Schadens für die entgegenstehende Seite als absolute Schranke, wie dies etwa gemäss Art. 76 EntG der Fall ist, wird das Risiko des Rechtsverlustes vorweg dem Gesuchsteller aufgebürdet. Bei privaten Bauwerken kann das Zuwarten durchaus zur Existenzfrage werden. Gerade in solchen Fällen kann aber infolge des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auf der anderen Seite der Abbruch der Baute und damit die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gleichermassen in Frage gestellt sein, da unter Umständen bereits hohe Summen investiert werden. Hier können gegebenenfalls Überlegungen zur Entscheidprognose weiterführen. Ist dies gleichermassen ausgeschlossen, wird entsprechend dem stark ins Gewicht fallenden Interesse an der Rechtmässigkeit einer Baute häufig zu Lasten des Bauwilligen entschieden werden müssen. Die Frage ist dabei, wie weit die Sozial- oder Umweltpflichtigkeit des Eigentümers reichen soll. Unter Einbezug finanzieller Ausgleichsmöglichkeiten würden sich je-

383 Art. 5 OHV. Anders wiederum verlangt das Sozialversicherungsrecht zur Befreiung von der Rückerstattung zu viel bezogener Renten neben der grossen Härte ein guter Glaube, der bei vorsorglichen Massnahmen oder dem Entzug der aufschiebenden Wirkung in der Regel nicht gegeben ist, Art. 47 Abs. 1 AHVG, ZAK 1988, S. 523, BGE 105 V 269 E. 3 = Pra 69 Nr. 225, SCARTAZZINI, S. 336; hinten, Rz. 188.

384 Art. 32 Boeb; GADOLA, Beschaffungswesen, S. 973 f.

385 HESS/WEIBEL, Art. 44, Rz. 2.

386 BGE 105 Ia 8.

387 SCHOCH, S. 911 ff.

388 Vgl. auch SCHAUB, S. 76 f.

denfalls in einigen Fällen ausgewogenere Lösungen eröffnen. Dazu brauchte es jedoch eine gesetzliche Grundlage, soweit es abgelehnt wird, ein Recht auf Entschädigung aus Art. 4 Abs. 1 BV abzuleiten³⁸⁹.

Von einiger Tragweite erweist sich sodann Art. 13 EMRK. Bei Eingriffen, die Rechte der EMRK berühren und jedenfalls einen nicht wieder rückgängig zu machenden Nachteil bewirken, darf die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden³⁹⁰.

3. Sicherungsmassnahmen, insbesondere die Anordnung der aufschiebenden Wirkung

A. Gesetzliche Regelung als Ausgangspunkt

119. Wird die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen entzogen, sind die Voraussetzungen zur Erteilung derselben anders zu beurteilen, als wenn Regelungsmassnahmen³⁹¹ erlassen werden. Ausgangspunkt bildet der Sinn und Zweck des gesetzlichen Entzuges, wobei auch hier eine Harmonisierung mit dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung gesichert werden soll, herbeizuführen ist.

Der Zweck kann einerseits darin bestehen, dass im Regelfall die Voraussetzungen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung von der Sachlage her generell gegeben sind, etwa weil es um die Beseitigung einer dringenden Gefahr geht, oder wenn das Sachgesetz allgemein den Vollzug des Gesetzes als gefährdet ansieht, wie dies auf Art. 111 UVG zutrifft. Andererseits ist auf Art. 28 BoeB zu verweisen, wonach die aufschiebende Wirkung ebenfalls von Gesetzes wegen entzogen ist, ohne dass im Regelfall aber ein schwerer Nachteil ausgeräumt werden müsste.

Weiter ist auch Art. 111 Abs. 2 OG zu erwähnen, wo das Verfahrensrecht die aufschiebende Wirkung generell und nicht nur bezogen auf einen bestimmten Sachbereich entzieht.

Ferner sind auch die ausserordentlichen Rechtsmittel in Betracht zu ziehen, welchen die aufschiebende Wirkung regelmässig nicht zukommt. Dies gilt für die Revision etwa gemäss Art. 142 OG ebenso, wie für die staatsrechtliche Beschwerde³⁹². Bei der Revision spielen Rechtssicherheitsüberlegun-

389 Vgl. hinten, Rz. 216.

390 Die Konventionsorgane sind aber bei der Anwendung von Art. 6 EMRK auf vorsorgliche Massnahmen zurückhaltend, vgl. dazu hinten, Rz. 165.

391 Zur begrifflichen Unterscheidung, vgl. vorne, Rz. 70, 72.

392 KÄLIN, S. 378.

gen eine Rolle, bei der staatsrechtlichen Beschwerde sind es die funktionellen Überlegungen, die im Vordergrund stehen.

120. Die unterschiedliche Ausgangslage ist bei der Herausarbeitung der Voraussetzungen zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung je zu berücksichtigen. Um aber eine minimale Übereinstimmung mit dem anzuwendenden materiellen Recht herbeizuführen, muss in allen Fällen immer dann, wenn der angefochtene Entscheid mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerrechtlich ist, die aufschiebende Wirkung erteilt werden; denn in diesem Fall widerspricht es auch dem Sinn und Zweck des materiellen Rechts, die Wirksamkeit einer Entscheidung vorweg herbeizuführen, welche mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerrechtlich sein wird.

Weiter wäre nach der hier vertretenen Auffassung der Entzug der aufschiebenden Wirkung in den übrigen Fällen, wenn der angefochtene Entscheid zumindest nicht offensichtlich unbegründet ist und erhebliche Zweifel ausgeräumt werden können, eigentlich nur bei einer besonderen Gefahrenlage mit dem zu sichernden materiellen Recht zu vereinbaren. Wie erwähnt hat unter Umständen der Gesetzgeber selber die Gefahrenlage auf diese Weise eingeschätzt, oder aber es sprechen funktionelle Gründe für eine Vorwegnahme des Entscheidungsergebnisses. In diesem Fall können auf der anderen Seite nur sehr gewichtige Nachteile zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen. Liegen jedoch keine derartigen Gründe vor, welche den generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung auf Gesetzesstufe zu rechtfertigen vermögen, muss – um eine minimale Harmonisierung mit dem materiellen Recht zu erreichen – zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Einzelfall ein lediglich überwiegender Nachteil genügen und darf nicht zunächst eine schwer ins Gewicht fallende Gefährdung der Interessen verlangt werden, damit die Gewährung der aufschiebenden Wirkung begründet ist.

B. Genereller Entzug im Sachgesetz, Erteilung im Einzelfall

121. Nach Art. 111 UVG entfällt die aufschiebende Wirkung in allen Instanzen, wenn die Verfügung oder der Entscheid die Einreihung von Betrieben und Versicherten in die Prämientarife oder eine Prämienforderung betrifft³⁹³. Art. 111 UVG bildet zu Art. 111 Abs. 1 OG somit eine Spezialbestimmung, weil sie die aufschiebende Wirkung auch den Rechtsmitteln gegen Verfügungen, welche die Adressaten zu einer Geldleistung verpflichten, entzieht. Das Eidgenössische Versicherungsgericht verlangt unter Einbezug von Art. 93 UVG,

³⁹³ BGE 111 V 54 = Pra 75 Nr. 69, SCARTAZZINI, S. 325 ff.; Vgl. dazu auch hinten, Rz. 127.

wonach die Prämien im voraus zu schätzen und zu entrichten sind, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nur aus zwingenden Gründen erfolgen darf; die Erfolgsprognose wird dabei miteinbezogen³⁹⁴. Dieser Ansatz ist gerechtfertigt: Es ist das besondere Anliegen des Gesetzgebers, die reibungslose Durchführung der Versicherung zu gewährleisten; dies aber kann nur erreicht werden, wenn im Regelfall die aufschiebende Wirkung entzogen bleibt. Nur ein schwerer Nachteil seitens des Versicherten vermag die Einräumung derselben zu rechtfertigen.

122. Umstritten sind die Kriterien, die zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung führen sollen, bei Art. 28 BoeB. Zum einen wird dafür gehalten, die aufschiebende Wirkung nur zu erteilen, wenn dafür überzeugende Gründe geltend gemacht werden³⁹⁵; zum andern wird aber die Meinung vertreten, der gesetzliche Entzug liesse sich nur aufrechterhalten, wenn die Verzögerung zu einem bedeutenden Schaden führe, wobei selbst diese Tatsache noch nicht als ausreichend angesehen wird³⁹⁶. In der Tat muss jedenfalls die Erfolgsprognose mitberücksichtigt werden. Zwar nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass ein widerrechtlich erfolgter Zuschlag bestehen bleiben kann. Andererseits bleibt aber die finanzielle Kompensation gemäss Art. 34 BoeB höchst unvollständig, weil nicht einmal das gesamte negative Interesse ersetzt werden muss³⁹⁷. Aus diesem Grund sollte auch hier ein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerrechtlicher Zuschlag vorweg zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen. Im übrigen aber ist von einer einfachen Interessenabwägung auszugehen. Grundsätzlich muss somit weder der Nachteil für die öffentlichen Interessen noch derjenige für die beschwerdeführende Person vorweg besonders gewichtig sein. Zu beachten ist allerdings, dass bei einer wenig mehr positiven Erfolgsprognose zugunsten des Beschwerdeführers auch der Nachteil, welcher dieser geltend machen kann, bereits für sich einiges Gewicht aufweist und demzufolge nur eine schwerere Gefährdung der öffentlichen Interessen die privaten Interessen aufzuwiegen vermag³⁹⁸. Bei einem Patt in der Gewichtung der Nachteile, insbesondere wenn auf beiden Seiten nicht wieder gutzumachende Nachteile entstehen könnten und auch die Erfolgsprognose offen bleiben muss, wird gemäss der gesetzlichen

394 Zu Art. 111 UVG: BGE 111 V 57 E. 3; die Erwägung I auf S. 56 ist insoweit etwas missverständlich.

395 So GADOLA, Beschaffungswesen, S. 972; vgl. auch BBl 1994 IV 1199.

396 GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, S. 166, auch zum Folgenden.

397 GADOLA, Beschaffungswesen, S. 973 f.; kritisch dazu auch GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, S. 168.

398 Eine vollständige Umkehrung der Regel liegt hier nicht vor. Dies wäre nur der Fall, wenn in jedem Fall eine schwere Gefährdung der öffentlichen Interessen zur Beibehaltung des Entzuges der aufschiebenden Wirkung verlangt würde.

Ausgangslage wohl zugunsten der raschen Verwirklichung des öffentlichen Interesses zu entscheiden sein und ist der Beschwerdeführer auf die Entschädigung zu verweisen.

C. Genereller Entzug im Verfahrensgesetz, Erteilung im Einzelfall

123. In der Rechtsanwendung können die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, welche generell vom Entzug der aufschiebenden Wirkung auch bei ordentlichen Rechtsmitteln ausgehen, nicht ausser Acht gelassen werden, selbst wenn man von einer materiellrechtlichen Grundlegung der aufschiebenden Wirkung ausgeht. Angesichts dessen, dass aber gerade im Hinblick auf die Gesetzmässigkeit staatlicher Entscheidungen dem Status quo ein besonderes Gewicht zukommt, während gewaltenteilige Interessen aus heutiger Sicht einen anderen Stellenwert einnehmen, ist es bei den ordentlichen Rechtsmitteln gerechtfertigt, von einer einfachen Interessenabwägung auszugehen³⁹⁹. Sowohl die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 111 Abs. 2 OG⁴⁰⁰ wie auch diejenige der kantonalen Gerichte sehen diese Lösung vor⁴⁰¹. Zum Teil setzt sich die Rechtsanwendung sogar über den generell vorgesehenen Entzug der aufschiebenden Wirkung hinweg und kehrt die Regel zur Ausnahme um, so dass beispielsweise die Bauausführungen bei Drittbeschwerden grundsätzlich zu unterbleiben haben, es sei denn, es entstünde dem Bauherrn ein gewichtiger Nachteil⁴⁰². Man kann in dieser Praxis allerdings auch das Ergebnis einer generalisierten Interessenabwägung sehen, da die Wiederherstellung des bisherigen Zustandes fraglich sein kann.

124. Insgesamt gilt die folgende Systematik: Wiederum ist die Entscheidung an den Anfang der Überlegungen zu stellen; ist der angefochtene Entscheid gestützt auf die glaubhaft gemachten Tatsachen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerrechtlich, ist die aufschiebende Wirkung in jedem Fall zu gewähren⁴⁰³. Andernfalls ist von einer einfachen Interessenabwägung auszugehen, bei welcher ein überwiegender Nachteil genügt. Zunächst sind die jeweiligen Nachteile festzustellen. Die Entscheidungprognose

399 Dazu auch vorne, Rz. 84 ff.

400 Vgl. die Praxis im Kanton Waadt, RDAF 1975, S. 280 f., MEYLAN, S. 56 ff., im Besonderen zum Führerscheinentzug, wobei der Autor das umgekehrte System bevorzugen würde; das neue Gesetz ist dem nicht gefolgt: Art. 45 LJPA geht nach wie vor vom generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung aus.

401 Für die wenig publizierte Praxis etwa BGE 115 Ib 67 = Pra 78 Nr. 133; STEINMANN, S. 149 f.

402 Vgl. den Hinweis bei SCHAUB, S. 33 auf PVG 1991, Nr. 93; sowie für den Kanton Waadt POLTIER, S. 266.

403 Vgl. vorne, Rz. 92, 97.

ihrerseits wird hier wiederum zur Gewichtung der Nachteile beizuziehen sein. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung hat grundsätzlich dasjenige Interesse Vorrang, welchem der schwerere Nachteil droht. Dies kann aber auch dazu führen, dass bei einer negativen Prognose der Beschwerde, aber einem drohenden irreparablen Schaden, die aufschiebende Wirkung dennoch zu erteilen ist, soweit auf der anderen Seite keine schwerere Gefährdung der Interessen geltend gemacht werden kann. Nicht wieder gutzumachende Nachteile sind soweit als möglich zu vermeiden, weshalb auch bei einer solchen Interessenlage die Gewährung der aufschiebenden Wirkung noch gerechtfertigt sein kann. Stehen sich gleichgewichtige Nachteile gegenüber, wird hier aber, anders als bei der Anwendung von Art. 28 BoeB, der Vermeidung von rechtswidrigen Zuständen das grössere Gewicht zukommen müssen.

125. Dies wird insbesondere auch bei *Drittbeschwerden* zu berücksichtigen sein. Zu beachten ist, dass man allerdings auch in solchen Fällen eine teilweise Erteilung der aufschiebenden Wirkung in Betracht ziehen kann, da ein Abwarten des gesamten Entscheides unter Umständen nicht erforderlich ist⁴⁰⁴. Zum Teil entziehen auch die Gesetze die aufschiebende Wirkung nur insoweit, als das laufende Verfahren einen Einfluss auf die Verwirklichung des Endentscheides hat⁴⁰⁵. Eine solche Regelungen kann dem Gedanke der Verhältnismässigkeit des Verfahrens Rechnung tragen. Soweit das verfahrensrechtlich begründete Zuwarten nicht erforderlich ist, um auch das gesetzmässige Handeln zu garantieren, kann die aufschiebende Wirkung zu einem Teil entzogen werden.

126. Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass das Gesagte nur im Hinblick auf die Sicherungsmassnahmen gilt. Sollen gestützt auf Art. 113 i.V.m. Art. 94 OG Regelungsmassnahmen angeordnet werden, welche insbesondere ein Aliud beinhalten und bei welchen eine teilweise Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht möglich ist, sind die dort genannten Voraussetzungen zu erfüllen⁴⁰⁶.

404 Vgl. analog dem Teilentzug der aufschiebenden Wirkung, vorne, Rz. 12.

405 Anders wohl die Praxis im Kanton Aargau: AGVE 1988, S. 199, sowie 1987, S. 344; zu beachten ist, dass die Ausgangslage in diesen Fällen jeweils umgekehrt war und es um den Geltungsbereich der von Gesetzes wegen geltenden aufschiebenden Wirkung ging, die ohne besondere Gefährdung für den Bauherrn lediglich hätte teilweise eintreten sollen. Eher kritisch auch GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 484.

406 Vgl. vorne, Rz. 90 ff.

D. Ausnahmslose Geltung der aufschiebenden Wirkung von Gesetzes wegen

127. Unter Umständen sehen die Gesetze selber vor, dass es generell bei der Aufrechterhaltung des Status quo bleiben soll, weil stets ein überwiegender Nachteil zu erwarten ist⁴⁰⁷.

In dieser Hinsicht sei insbesondere auf die Bestimmungen von Art. 55 Abs. 2 VwVG und Art. 111 Abs. 1 OG verwiesen, wonach bei Verfügungen, welche den Verfügungsadressaten zu einer Geldleistung verpflichten, die aufschiebende Wirkung in keinem Fall entzogen werden darf⁴⁰⁸. Diese Bestimmung erfährt allerdings erhebliche Ausnahmen. Dies betrifft insbesondere Bereiche, in welchen der Staat auf die Geldleistungen besonders angewiesen ist: So hat das steuerpflichtige Individuum die Steuern bereits gestützt auf eine provisorische Einschätzung zu bezahlen; bei allfälligem Verzug zieht dies eine Verzugszinspflicht nach sich⁴⁰⁹. Art. 97 Abs. 2 AHVG sodann kehrt zwar die Regelung von Art. 111 Abs. 2 OG um und es werden zum Entzug der aufschiebenden Wirkung überzeugende Gründe verlangt⁴¹⁰; doch sind die Ausgleichskassen befugt, die aufschiebende Wirkung auch zu entziehen, wenn sie eine Geldleistung zum Gegenstand haben. Ferner fällt nach Art. 111 UVG die aufschiebende Wirkung in allen Instanzen sogar von Gesetzes wegen weg. Zudem kann der Gesetzgeber die Ausnahme auch insofern lockern, als er die Sicherstellung von noch nicht feststehenden Forderungen einführt⁴¹¹.

Das absolute Verbot, die aufschiebende Wirkung bei Verfügungen, die den Adressaten zu einer Geldleistung verpflichten, zu entziehen, wird durch die genannten Bestimmungen stark relativiert, weshalb dieses praktisch auch kaum problematisch wird.

Die generelle Geltung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 111 Abs. 1 OG hat aber zur Folge, dass im Betreibungsverfahren jedenfalls keine definitive Rechtsöffnung verlangt werden kann⁴¹².

407 Vgl. Art. 111 Abs. 2 OG.

408 BGE 109 V 232.

409 Vgl. etwa Art. 162 DBG.

410 Vorne, Rz. 41, 104.

411 Vgl. vorne, Rz. 34.

412 Dies gilt allerdings auch für die provisorischen Steuerschulden: Selbst wenn eine provisorische Einschätzung erfolgt ist, kann nicht allein gestützt darauf die definitive Rechtsöffnung erreicht werden; vgl. Art. 165 DBG. Hingegen sieht der Gesetzgeber die sofortige Vollstreckbarkeit der Sicherstellungsverfügung vor: Art. 169 DGB; vgl. auch VOGEL, S. 93 f., der nachweist, dass auch vorsorglich angeordnete Geldleistungen vollstreckt werden können; davon zu unterscheiden ist die Sicherstellung von Forderungen durch Arrest.

128. Weiter ist auf die Regelung von Art. 47 WaG zu verweisen. Danach werden Bewilligungen und Anordnungen, die gestützt auf das Waldgesetz ergehen, erst mit ihrer Rechtskraft wirksam. Die Gerichte haben danach somit keine Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu entziehen⁴¹³. Angesichts des schweren Schadens, der bei einer vorweggenommenen Waldrodung entsteht, ist diese Bestimmung insoweit gerechtfertigt. Auf der anderen Seite fällt die Regelung zu strikt aus, da sie nicht nur Rodungsbewilligungen sondern sämtliche Anordnungen, insbesondere auch die Bewilligung zu Grossveranstaltungen im Wald gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. b WaG erfasst. Gerade in einem solchen Fall kann nicht generell von einem schweren Nachteil ausgegangen werden, während die Interessen an der Veranstaltung bis nach Durchlaufen des Instanzenzuges meistens dahingefallen sind. Insgesamt hätte es auch genügt, die aufschiebende Wirkung generell in Anknüpfung an die Rechtsmittelfrist zu erteilen, mit der Möglichkeit, den Entzug in Ausnahmefällen, wenn dem Wald kein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, zuzulassen⁴¹⁴.

E. Ausserordentliche Rechtsmittel

129. Dass bei der *Revision* – wie auch bei der als Nichtigkeitsbeschwerde ausgestalteten Revision, wie sie das bisherige zürcherische Recht noch kennt⁴¹⁵ – der generelle Entzug der aufschiebenden Wirkung seine besondere Rechtfertigung hat, wurde bereits gesagt⁴¹⁶: Einerseits handelt es sich hier um ausserordentliche Rechtsmittel, bei welchen das Einbringen neuer Gesichtspunkte einen Ausnahmefall bildet. Andererseits fallen aber auch Rechtssicherheitsgründe ins Gewicht, insbesondere, wenn der angefochtene Entscheid bereits rechtskräftig ist⁴¹⁷, wobei die aufschiebende Wirkung dann nicht mehr erteilt werden kann, wenn der Entscheid vollstreckt ist. In diesem Fall kommen nur noch vorsorgliche Massnahmen in Frage.

Im Einzelfall wird jeweilen zu prüfen sein, ob die Rechtssicherheitsgründe, wie sie vom Gesetzgeber vorausgesetzt werden, auch tatsächlich vorhanden sind und ob sie die Interessen, welche für die aufschiebende Wirkung

413 BGE 119 Ib 303 = Pra 83 Nr. 160; Hans-Peter JENNI, Schriftenreihe Umwelt (hrsg. BUWAL), Nr. 10, 1993, S. 99 auch zum Folgenden.

414 Vorausgesetzt, man geht von der Wirksamkeitstheorie aus. JENNI, a.a.O., will den Entzug auch bei offensichtlich unbegründeten Beschwerden zulassen.

415 § 67 lit. a und b VRG-ZH, wobei die Bestimmungen aufgehoben und nur noch die eigentlichen Revisionsgründe zugelassen werden sollen.

416 Vgl. vorne, Rz. 119.

417 Vgl. dazu auch Ursina BEERLI-BONORAND, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich 1985, S. 160 f.

sprechen, überwiegen. Dies gilt insbesondere für den Fall, in welchem die Verletzung erheblicher Verfahrensmängel ein Revisionsgrund bildet⁴¹⁸, da diese häufig formeller Natur sind und unabhängig der materiellrechtlichen Rechtslage zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides führen⁴¹⁹. Diese stark zu gewichtenden Interessen erfordern jedenfalls, dass auch die Rechtssicherheitsgründe erheblich ins Gewicht fallen müssen. Indem Art. 68 Abs. 2 VwVG überhaupt auf einen Verweis auf Art. 55 VwVG verzichtet, ist die Erteilung der aufschiebenden Wirkung immer ausgeschlossen. Dies ist indes im Hinblick auf die Tragweite des Revisionsgrundes der Verletzung wesentlicher Verfahrensrechte zu weitgehend.

130. Beim ausserordentlichen Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde, dem keine Devolutivwirkung zukommt und das als neues Verfahren angesehen wird, sieht das OG die aufschiebende Wirkung nicht vor⁴²⁰. Die staatsrechtliche Beschwerde bildet auch ein Aufsichtsmittel gegenüber den Kantonen. Diese sollen aber grundsätzlich nicht daran gehindert werden, ihre Gesetze und Entscheide zu vollziehen⁴²¹. Interessant ist hier das Vorgehen des Bundesgerichts: Stimmt die Gegenpartei – hier in der Regel der Kanton oder die Gemeinde – der aufschiebenden Wirkung zu, wird die beantragte Massnahme gewährt⁴²². Dieses Vorgehen lässt sich im Hinblick auf die Besonderheit der staatsrechtlichen Beschwerde zwar rechtfertigen; für die übrigen Rechtsmittel aber wäre entsprechend den Regeln über den öffentlich-rechtlichen Vertrag vorzugehen⁴²³.

Ansonsten nimmt der für den Entscheid zuständige Abteilungspräsident⁴²⁴ eine Interessenabwägung vor, wobei die aufschiebende Wirkung nur gewährt wird, wenn dies wirklich notwendig ist und ein erheblicher Nachteil dargetan werden kann. Es soll somit nicht ohne Not in die Hoheit der Kantone eingegriffen werden. Dementsprechend muss auch eine schwere Gefährdung der privaten Interessen dargetan sein. So könnten höchstens Zahlungsschwierigkeiten des Steuerpflichtigen die Vollstreckung der Steuerschuld durch den Kanton hemmen⁴²⁵.

Das Vorwegnahmeverbot gilt auch hier nicht absolut. Vielmehr erteilt das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung bei entsprechendem Nachteil auch

418 Vgl. etwa Art. 66 Abs. 2 lit. c VwVG.

419 G. MÜLLER in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 100.

420 KÄLIN, S. 378.

421 AUER, S. 254.

422 Es muss hier immer ein entsprechender Antrag vorliegen: Art. 94 OG.

423 Vgl. dazu Ulrich E. CAVELTI, Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungspflege, AJP 1995, S. 175 ff.

424 Art. 94 OG.

425 BGE 107 Ia 269.

dort, wo der Endentscheid allenfalls vorweggenommen wird: Die Inkraftsetzung der neuen Regelung über den Numerus clausus an der Universität Zürich wurde auf diese Weise hinausgeschoben, so dass die Betroffenen ihr Studium vorweg beginnen konnten⁴²⁶. Im übrigen aber gewährt das Bundesgericht im abstrakten Normenkontrollverfahren die aufschiebende Wirkung regelmässig nicht. Nach seiner Rechtsprechung rechtfertigt es sich nicht, die aufschiebende Wirkung anzuordnen, wenn bloss einige wenige eine Norm anfechten, das angefochtene Gesetz aber für die Allgemeinheit gilt und zudem im demokratischen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet worden ist⁴²⁷.

Über die Erfolgsprognose spricht sich das Bundesgericht zu Recht ebenfalls aus. Da hier besondere, funktionelle Gründe den generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen, wird auch der Stellenwert des Status quo abgeschwächt. Allerdings sollte auch im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren eine überwiegend positive Prognose für die Beschwerdeführenden, wenn der angefochtene Entscheid mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig ist, zum Entzug der aufschiebenden Wirkung führen.

Die Praxis des Bundesgerichts erscheint insgesamt eher restriktiv. Kritisiert wird dies vorab bei der Stimmrechtsbeschwerde, welche selbst im Vorfeld der Wahlen und Abstimmungen – auch wenn es um vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn geht – nicht leichthin zu einer Verschiebung des Urnengangs führt, obwohl das Gericht in der Folge die äusserst schwierige Frage der Kassation der Wahl oder Abstimmung beurteilen muss⁴²⁸.

Insgesamt sind auch die Rechtsunsicherheiten, die aus dem generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung folgen, zu berücksichtigen. Dies betrifft insbesondere den Fall, wenn beispielsweise eine Gemeinde eine durch das Verwaltungsgericht erteilte Bewilligung anfecht und die private Gegenpartei bereits davon Gebrauch machen kann.

4. Sanktionsmassnahmen

131. Vorsorgliche Massnahmen, die einzig darauf ausgerichtet sind, ein unmittelbar gesetzliches oder Verfügungsmässig festgelegtes Verbot oder

426 Vgl. zu diesem Fall auch BGE 121 I 22 = Pra 84 Nr. 126.

427 Vgl. die unveröffentlichte Verfügung des Abteilungspräsidenten zu BGE 121 I 22 = Pra 84 Nr. 216. Vgl. dazu auch STEINMANN, S. 142, mit Hinweis auf BGE 115 Ia 234 = Pra 79 Nr. 24, wo die aufschiebende Wirkung ebenfalls entzogen wurde. Im Kanton Luzern wird die aufschiebende Wirkung bei der abstrakten Normenkontrolle überhaupt ausgeschlossen, LGVE 1984 Nr. 45.

428 KÄLIN, S. 381 mit Anm. 221 und den dortigen Hinweisen.

Gebot durchzusetzen, sind praktisch nicht anzutreffen⁴²⁹. Hingegen kommen Sanktionsmassnahmen in den Bereichen, in welchen nachträglich ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werden kann, eher vor. Im Folgenden soll nur von diesen Massnahmen die Rede sein.

A. Zur Beseitigung einer Gefahrensituation

132. Derartige Sanktionsmassnahmen können bereits für die Abwehr eines *möglichen Rechtsverstosses*, mithin für die Gefahrenabwehr aktuell werden. Wie vorne angeführt, haben diese Massnahmen deshalb auch regelnden Charakter, weil sie vorweg auf die Durchsetzung des gesetzlichen Verbotes ausgerichtet sind, die Behörde dieses Verbot somit vorweg feststellt. Infolge dieses Elementes muss auch bei diesen Massnahmen ein besonderer Anordnungsgrund gegeben sein.

133. Die gesetzliche Grundlage zum Erlass einer solchen Massnahme ergibt sich wiederum aus dem unmittelbar zu sichernden Recht. Sie ist vom Gesetzeszweck noch gedeckt, wenn eine entsprechende Gefährdung für die Durchsetzung dieser Gesetzesnorm besteht. Eine weitere ausdrückliche gesetzliche Grundlage für eine solche Massnahme ist insoweit nicht erforderlich, als nichts angeordnet wird, was über die voraussichtlich aus dem Gesetz herzuleitenden Pflichten hinausgeht⁴³⁰.

134. Ein genügender Anordnungsgrund liegt vor, wenn der Eintritt der Gefahr mit genügender Wahrscheinlichkeit dargetan ist⁴³¹. Dazu gehört bei solchen präventiven Massnahmen einerseits, dass in tatsächlicher Hinsicht der Kausalverlauf bejaht werden kann und auch die zeitliche Dringlichkeit feststeht. Andererseits aber muss in rechtlicher Hinsicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen, dass überhaupt ein Rechtsverstoss in Frage steht. In diesen Fällen ist somit nicht etwa von einer Erfolgsprognose für das allfällige Bewilligungsverfahren auszugehen, sondern lediglich davon, ob das Verbot wahrscheinlich Anwendung finden kann. Ist der Verdacht überwiegend unbegründet, ist ein Einschreiten jedenfalls unzulässig. Überwiegen die Zweifel hingegen nur wenig mehr, muss eine entsprechend schwere Gefährdung für die Gesetzesverwirklichung dargetan sein⁴³².

135. Sodann muss die Massnahme verhältnismässig sein; sie muss geeignet und erforderlich sein, um die Gefahr abzuwenden. Vor allem darf sie nichts

429 Vgl. vorne, Rz. 20.

430 Vgl. vorne, Rz. 77 ff.

431 Entsprechend dem vorne Gesagten, Rz. 91.

432 Vgl. zu den Regelungsmassnahmen vorne, Rz. 97, 113.

darüber Hinausreichendes beinhalten. Schliesslich müssen die gefährdeten Interessen der Rechtsdurchsetzung die privaten Interessen überwiegen. Auch hier wird ins Gewicht fallen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Gefahrenverwirklichung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ausfällt. Aber auch die Bedeutung der zu erwartenden Rechtsverletzung wird eine Rolle spielen.

136. Präventive Sanktionsmassnahmen zur vorsorglichen Abwehr einer Rechtsverletzung, die unter den gegebenen Voraussetzungen zweifellos zulässig sind, erweisen sich als wenig bedeutsam. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass der Verdacht eines Rechtsverstosses mangels Beweisen häufig nicht ausreicht, um präventiv einzugreifen. Abgesehen davon wird aus Verhältnismässigkeitsgründen in der Regel bereits von vorweggenommenen Kontrollmassnahmen abzusehen sein, insbesondere wenn es gleichzeitig um die Durchsetzung einer Bewilligungspflicht geht. In solchen Fällen erübrigt sich somit auch vorsorgliches Handeln⁴³³.

Um eine Sanktionsmassnahme im hier verstandenen Sinn handelt es sich immerhin bei der auf Art. 23 BewG abgestützten (zivilrechtlichen) Grundbuchsperr⁴³⁴. Diese dient dazu, die Bewilligungspflicht für die ausländischen Personen, die ein Grundstück in der Schweiz erwerben wollen, sicherzustellen. Das Gesetz enthält ein für den Eigentümer unmittelbar geltendes Verbot, derartige Grundstücke an ausländische Personen zu verkaufen, indem die Umgehung der Bewilligungspflicht in Art. 28 BewG unter Strafe gestellt wird.

B. Massnahmen bei angemasseter Rechtsposition, insbesondere vorsorglicher Baustopp/Nutzungsstopp

137. Häufiger sind demgegenüber Sanktionsmassnahmen bei angemasseter Rechtsposition im Zusammenhang mit einem nachfolgenden Bewilligungsverfahren. In diesen Fällen hat der mutmassliche *Rechtsverstoss bereits stattgefunden*. Bezüglich der Voraussetzungen zum Erlass derselben kann an das soeben in Abschnitt A. Gesagte angeknüpft werden. Da sich hier aber in tatsächlicher Hinsicht die Gefahr bereits verwirklicht hat, ist lediglich noch zu prüfen, ob die Annahme, dass eine Rechtsverletzung vorliegt, nicht überwiegend unbegründet ist. Dabei ist zu beachten, dass es gerade in diesen Fällen, in welchen es um die Durchsetzung der Bewilligungspflicht geht, die Rechtsgleichheit den eigentlichen Anordnungsgrund bildet. Gegenüber denjenigen, welche sich an die Bewilligungspflicht halten, soll durch Anmassung

⁴³³ Vgl. auch MÄDER, S. 331.

⁴³⁴ Vgl. BGE 111 Ib 182 = Pra 75 Nr. 62.

keine Besserstellung erreicht werden können⁴³⁵. Demzufolge darf hier darauf verzichtet werden, eine weitere Gefährdung von Rechtsgütern oder gar die Gefahr vorauszusetzen, dass sich das rechtmässige Bauen beispielsweise nicht mehr verwirklichen lässt bzw. die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes nicht mehr möglich sein wird. Es genügt, wenn ein Rechtsverstoss wahrscheinlich eingetreten ist. Dementsprechend ist auch auf eine Erfolgsprognose für das Baubewilligungsverfahren zu verzichten.

138. Anmerungsweise ist allerdings festzuhalten, dass anders zu entscheiden wäre, wenn statt eines Baustopps vorsorglich der Abbruch der Baute verfügt wird. In diesem Fall geht es nach der hier vertretenen Auffassung um eine Regelungsmassnahme: Die Abbruchverfügung beinhaltet die Regelung einer Pflicht, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und dementsprechend ohne weiteres zu beachten wäre. Deshalb ist in einem solchen Fall eine Erfolgsprognose auch über die nachträgliche Bewilligungsfähigkeit der Baute zu stellen⁴³⁶.

139. Nicht einheitlich wird das Verhältnismässigkeitsprinzip gehandhabt. Teils wird davon ausgegangen, dass es nicht anwendbar ist und die mutmassliche Rechtsverletzung für sich genommen genügt, um das vorsorgliche Handeln zu rechtfertigen⁴³⁷. Zum andern aber wird die Meinung vertreten, dass zumindest geringe Rechtsverletzungen vorsorgliches Handeln nicht zu rechtfertigen vermögen⁴³⁸. Letztere Ansicht ist gerechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesen Fällen ausgeschaltet werden sollte. Zu beachten ist, dass die Geeignetheit und Erforderlichkeit jedenfalls gegeben ist, soweit ein Verstoss gegen das geltende Recht wahrscheinlich ist und die vorsorgliche Massnahme nicht weiter reicht, als es die Rechtsdurchsetzung erfordert. Bei der Interessenabwägung wird selbstverständlich die rechtsgleiche Durchsetzung des Rechts stark ins Gewicht fallen. Im Ergebnis werden folglich geringfügige Rechtsverletzungen, die im übrigen auch den Abbruch einer Baute nicht zu rechtfertigen vermögen, zugelassen werden können.

435 Diese Überlegung spielt auch beim Entzug der aufschiebenden Wirkung gegen Sanktionen eine Rolle: Indem der Beschwerdeführer Reklametafeln eigenmächtig angebracht hatte, hätte man ihn gegenüber denjenigen, welche das Verfahren durchlaufen, bevorteilt, wenn die Behörde der angefochtenen Verfügung, wonach die Tafeln zu entfernen waren, die aufschiebende Wirkung nicht entzogen hätte, ZBl 1981, S. 477. Zur Bedeutung der Rechtsgleichheit bei Regelungsmassnahmen, Rz. 109.

436 Anders offenbar AGVE 1988, S. 416 f.

437 So AGVE, a.a.O.

438 MÄDER, S. 333, auch zum Folgenden.

VI. Verfahren bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen

1. Erlassform

140. Im erstinstanzlichen Verfahren stellt sich in erster Linie die Frage, welche Handlungsform die Behörde wählen soll, ob sie von einer End- oder Zwischenverfügung auszugehen hat. Von der Handlungsform hängt unter Umständen die Zuständigkeit und im weiteren die Gewährung des Rechtsschutzes ab. Die Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen wird häufig dahingehend eingeschränkt, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil dargetan sein muss und die Fristen verkürzt sind. Besondere summarische Verfahren dagegen sind in den Gesetzen nicht anzutreffen⁴³⁹, jedoch praktisch anerkannt, wobei deren Zulässigkeit nicht unmittelbar von der Form der Zwischenverfügung abhängt⁴⁴⁰.

Wie vorne aufgezeigt, ist der Begriff der Zwischenverfügung eher vage und kann das Erfordernis, dass ein enger Zusammenhang zum Hauptverfahren bestehen muss, verschieden ausgelegt werden, was eine konkrete Handlungsanleitung erschwert⁴⁴¹. Ob an die Form der Zwischenverfügung anknüpfen ist, hängt in erster Linie von der gesetzlichen Ausgangslage ab⁴⁴². Gerade die unterschiedliche Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der staatsrechtlichen Beschwerde⁴⁴³ und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde⁴⁴⁴ muss in diesem Zusammenhang gesehen werden.

141. Bei der Anwendung der verfahrensrechtlichen Norm, die den Erlass einer Zwischenverfügung auch im *erstinstanzlichen Verfahren* verlangt⁴⁴⁵, kann vor Einleitung des Verfahrens zunächst von folgender Interessenlage ausgegangen werden⁴⁴⁶:

Auf der einen Seite bringen Zwischenverfügungen in verschiedener Hinsicht eine Verkürzung des Rechtsschutzes⁴⁴⁷. Das Rechtsschutzbedürfnis ist um so grösser, je unsicherer der Erlass und der Inhalt der Endverfügung ist.

439 Auch der Kanton Bern enthält keine diesbezügliche Regelung, obwohl dort einige Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzutreffen sind, vgl. Art. 26 ff. VRG-BE.

440 Vgl. BGE 120 Ib 95 E. c.

441 Vgl. zur Begriffsbestimmung vorne, Rz. 27.

442 HAEFLIGER, S. 343.

443 Art. 87 OG.

444 Art. 97 OG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG.

445 Art. 45 Abs. 1 VwVG gilt auch für das erstinstanzliche Verfahren, vgl. SALADIN, S. 84.

446 Zum Folgenden BGE 104 Ib 133 f. = Pra 68 Nr. 79.

447 Letztlich lässt sich auch das Bundesgericht davon leiten, wenn es zu entscheiden hat, ob das Anfechtungsobjekt eine End- oder eine Zwischenverfügung darstellt, vgl. BGE 104 Ib 133 f. = Pra 68 Nr. 79, KÄLIN, S. 339.

Wird das Provisorium zu einer definitiven Regelung und bleibt die Massnahme bestehen, erweist sich dies im Hinblick auf das Gebot des gesetzmässigen Handelns als problematisch, weil in diesem Fall weder Sachverhalt noch Rechtsfragen je umfassend überprüft werden⁴⁴⁸. Zudem bleibt in solchen Fällen die Erfolgsprognose über die Endverfügung häufig noch sehr vage, weshalb auch die Unsicherheiten grösser sind, ob sich die vorsorgliche Massnahme im Nachhinein noch rechtfertigen lässt und ob nicht doch ein Zustand geschaffen wird, der dem materiellen Recht inhaltlich widerspricht.

Auf der anderen Seite sind verfahrensökonomische Gründe zu berücksichtigen: Steht das Verfügungsverfahren unmittelbar bevor, kann dieses vor dem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen unter Umständen nicht eingeleitet werden. Alsdann könnte die vollumfängliche Rechtsschutzgewährung, wie sie bei Endverfügungen möglich ist, eine unnötige Verschleppung mit sich bringen⁴⁴⁹. Diese Umstände, die für den Erlass einer Zwischenverfügung sprechen, können jedoch nur vorgebracht werden, wenn die Einleitung des Hauptverfahrens einigermaßen sicher ist.

Für die Wahl der Handlungsform vor Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens ist somit in erster Linie bedeutsam, inwiefern der Erlass der Hauptverfügung bereits feststeht. Ist diese noch nicht absehbar, ist die Form der Endverfügung zu wählen.

Demgegenüber können unmittelbar vor sowie nach der Einleitung des Verfügungsverfahrens dort, wo vorsorgliche Massnahmen von Gesetzes wegen in die Form von Zwischenverfügungen zu kleiden sind, Rechtsschutzinteressen höchstens dann zur Handlungsform der Endverfügung zurückführen, wenn eine allfällige Zwischenverfügung mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteils voraussichtlich nicht anfechtbar ist, aber ein empfindlicher Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen in Frage steht und keine prozessökonomischen Gründe entgegenstehen⁴⁵⁰.

142. Bei der Formenwahl im *Rechtsmittelverfahren* wird es infolge des bereits feststehenden Streitgegenstandes, der allein die endgültige Entscheidung verlangt, unzulässig sein, nach dem soeben Gesagten vorzugehen. Hier muss eine Zwischenverfügung erlassen werden.

143. Lässt die gesetzliche Ausgangslage dagegen eine andere Auslegung zu, wie dies vorab für Art. 87 OG zutrifft, wo der Begriff der Zwischenverfügungen nicht einzeln festgelegt wird, kann das Rechtsschutzinteresse sowohl vor als auch nach Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens vermehrt berück-

448 Vgl. vorne, Rz. 50.

449 BGE 104 Ib 133 = Pra 68 Nr. 79.

450 Wie dies zum Beispiel bei der provisorischen Dienstenthebung der Fall war: BGE 104 Ib 134 E. 2 = Pra 68 Nr. 79.

sichtigt werden. So qualifiziert das Bundesgericht angefochtene vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn auch als Endentscheid⁴⁵¹ oder lässt die Frage offen⁴⁵². Dabei steht die Begründung im Vordergrund, dass vorsorgliche Massnahmen sonst nie zur Beurteilung gelangen würden, da sie wesensgemäss mit dem Endentscheid dahinfließen⁴⁵³. Ebenso liegen nach der bundesgerichtlichen Praxis Endentscheide vor, wenn ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgelehnt wird⁴⁵⁴. Nicht ganz gerechtfertigt ist von dieser Warte aus zwar, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung als Zwischenverfügung qualifiziert wird⁴⁵⁵. Die Ungleichbehandlung hängt aber damit zusammen, dass der Rechtsmittelbehörde bezüglich der Formenwahl kein Handlungsspielraum offensteht.

Dennoch trifft es der Sache nach bei Anordnungen über die aufschiebende Wirkung ebenso zu, dass diese nachträglich nicht mehr zur Beurteilung gelangen können. Wohl erfährt der mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung geschaffene Zustand unter Umständen ex post eine Rechtfertigung. Ob allerdings die Voraussetzungen zur vorweggenommenen Rechtsänderung vorhanden gewesen sind, wird gleichermassen nicht beurteilt werden können.

144. Abstrahiert man von der gesetzlichen Ausgangslage, hat die Auffassung des Bundesgerichts, wie sie bei der Auslegung von Art. 87 OG in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn vertreten wird, viel für sich. Gerade wenn man bei den vorsorglichen Massnahmen von einer materiellrechtlichen Grundlage ausgeht und zudem in Betracht zieht, dass interimistisch immer entweder eine Rechtsänderung oder eine vorweggenommene Durchsetzung einer unmittelbar anwendbaren Norm in Frage steht und über diesen Punkt abschliessend entschieden wird, ist dieser Ansatz gerechtfertigt.

Letztlich kommt es darauf an, wie man den Begriff der Zwischenverfügung definiert und welche Folgen man daraus ableitet. Begrifflich ist es selbstverständlich so, dass vorsorgliche Massnahmen das Hauptverfahren nicht abschliessen und zudem häufig auch im Rahmen desselben erlassen werden⁴⁵⁶. Von ihrem Gegenstand her aber wird über eine materiellrechtliche Frage endgültig entschieden. Eine Versöhnung der Standpunkte könnte der Gesetzgeber herbeiführen, indem er vorsorgliche Massnahmen, soweit sie in engem Zusammenhang zu einem Hauptverfahren ergehen, wohl als Zwischenverfügungen qualifiziert und dementsprechend eine verkürzte Anfechtungsfrist sowie dieselben vereinfachten Zuständigkeitsregelungen vorsieht,

451 So in BGE 114 II 369 E. 2.

452 BGE 116 Ia 447 f. = Pra 80 Nr. 153

453 LUDWIG, S. 174.

454 KÄLIN, S. 341, mit Hinweis auf BGE 100 Ia 20 E. 1 und 97 I 485 E. 1b.

455 So die Praxis des Bundesgerichts, BGE 117 Ia 248, 116 Ia 179 E. 2, mit weiteren Hinweisen.

456 Für eine klare Einhaltung der Begriffe tritt LUDWIG, a.a.O., ein.

jedoch die Anfechtbarkeit nicht dadurch einschränkt, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil verlangt wird⁴⁵⁷. Im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen ist der Begriff ohnehin unergiebig⁴⁵⁸. Die Unsicherheiten bei der begrifflichen Erfassung der Zwischenverfügung haben ihre Ursache nicht zuletzt darin.

2. Verfahrensablauf

A. Grundsätze

145. Wie angeführt, enthalten die Verfahrensgesetze regelmässig keine Regelungen über das summarische Verfahren. Es drängt sich somit auf, die entsprechenden Lücken zu schliessen. Wie das Bundesgericht mit Recht festgehalten hat, verlangt das Gesetzmässigkeitsprinzip nicht, dass öffentliches Verfahrensrecht immer geschriebenes Recht sein muss⁴⁵⁹. Dementsprechend ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht unabdingbar.

146. Klarzustellen bleibt, dass die nachfolgenden Ausführungen ebenso für das vorsorgliche Handeln in der Form einer Endverfügung gelten, wobei das Verfahren auch hier nur insoweit auf ein summarisches beschränkt werden darf, als es die Dringlichkeit erfordert.

147. Zunächst gibt das Verfassungsrecht einen Rahmen vor. Unter Umständen ergeben sich daraus absolute Schranken, und es muss ein vollständiges Verfahren durchgeführt werden.

Sind keine solchen Schranken vorhanden, wird das Verhältnismässigkeitsprinzip wegleitend sein müssen: Die Verfahrensrechte dürfen insbesondere nicht über das Notwendige hinaus eingeschränkt werden.

Entsprechend des jeweils dringlichen Charakters ist auf der anderen Seite aber auch das Flexibilitätsbedürfnis zu berücksichtigen.

B. Antragsberechtigung

148. In der Regel können sowohl die entscheidende Behörde von Amtes wegen wie auch die Parteien einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen stellen. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 55 Abs. 2 und Art. 56 VwVG. Gleich ausgestaltet ist auch Art. 111 Abs. 2 OG über die

457 Vgl. etwa die immer anfechtbaren Zwischenverfügungen gemäss Art. 49 OG.

458 Hinten, Rz. 172 ff.

459 BGE 121 II 393 E. b.

Anordnung der aufschiebenden Wirkung, während das Bundesgericht vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn gestützt auf Art. 94 OG, der gemäss Art. 113 OG auch für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren gilt, nur auf Antrag der Parteien hin erlässt⁴⁶⁰.

Abgesehen davon, dass die unterschiedliche Behandlung der aufschiebenden Wirkung und der vorsorglichen Massnahmen nicht gerechtfertigt ist, muss man bei einer materiellrechtlichen Grundlegung der vorsorglichen Massnahmen in jedem Fall davon ausgehen, dass grundsätzlich immer dann von Amtes wegen einzuschreiten ist, wenn dies Sinn und Zweck der Anwendung des materiellen Rechts erfordern⁴⁶¹.

Auf der anderen Seite tritt dieser Ansatz aber auch in einen gewissen Widerspruch zur Dispositionsmaxime⁴⁶².

Meines Erachtens kommt es darauf an, inwiefern die Gesetzgebung die Verantwortung für den Streitgegenstand und die richtige Rechtsanwendung der entscheidenden Behörde überträgt und auch übertragen muss. Im Verwaltungsrecht geht es einerseits um die Anwendung von zwingendem Recht. Den Beschwerdeführenden steht es andererseits aber auch zu, auf die Durchsetzung ihrer Rechtsposition zu verzichten. Soweit nicht die Officialmaxime gilt und auch die *reformatio in melius* unzulässig ist, sollten vorsorgliche Massnahmen zugunsten der Beschwerdeführenden nicht von Amtes wegen angeordnet werden⁴⁶³. Immerhin vermag die Fragepflicht der Behörde, welche rechtsunkundigen Personen die chancengleiche Durchsetzung ihrer Rechte sichert, einen Ausgleich zu schaffen⁴⁶⁴.

Der Grundsatz der prozessualen Gleichheit der Parteien gebietet es zudem, dass sämtlichen Beteiligten dasselbe Antragsrecht zukommt. Dies dürfte allgemein anerkannt sein⁴⁶⁵.

460 STEINMANN, S. 143.

461 So SCHAUB, S. 68, 96.

462 Vgl. auch KÖLZ/KOTTUSCH, S. 446 f.: Die Dispositionsmaxime steht in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der objektiven Rechtsanwendung.

463 Dementsprechend ist der gesetzgeberische Entscheid, dass im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nach Art. 94 OG vorsorgliche Anordnungen nur auf Antrag einer Partei hin gewährt werden, zutreffend.

464 Vgl. KÖLZ/HÄNER, Rz. 54, RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 892.

465 Vgl. BGE 91 I 90 ff. = Pra 54 Nr. 95; als sehr komplex erwies sich früher die Rechtslage in Deutschland. Vor der Gesetzesnovelle zur Verwaltungsgerichtsordnung in § 80a war es umstritten, ob der durch die Verfügung Begünstigte bei Drittanfechtung überhaupt einen Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung stellen könne, dazu eingehend SCHOCH, S. 1026 ff.

C. Zuständigkeit

149. Zuständig zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die in der Hauptsache funktionell und sachlich zuständige Behörde. Werden die vorsorglichen Massnahmen selber angefochten, bilden diese die «Hauptsache» und geht die Zuständigkeit zum Erlass weiterer Massnahmen auf die Rechtsmittelinstanz über⁴⁶⁶.

Vor Einleitung des Hauptverfahrens hat diejenige Behörde zu entscheiden, welche auch für die Endverfügung zuständig ist. Die Behörde kann gemäss den Verfahrensgesetzen überdies häufig zusammen mit der Endverfügung über den Entzug der aufschiebenden Wirkung bestimmen⁴⁶⁷. Wiederum mit Bezug auf die materiellrechtliche Grundlegung des vorläufigen Rechtsschutzes muss dies auch für andere vorsorgliche Massnahmen gelten, die bis zur Rechtskraft der Verfügung gelten müssen⁴⁶⁸. Im Hinblick auf die erforderliche Flexibilität wäre es nicht gerechtfertigt, die Zuständigkeit der verfügenden Instanz zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen anders auszugestalten als diejenige der Rechtsmittelinstanz.

150. Zeigt sich das Bedürfnis nach vorsorglichen Massnahmen erst nach Eröffnung der Verfügung und vor der Rechtsmitteleinlegung, wird einerseits dafür gehalten, dass die Zuständigkeit bei der verfügenden Behörde verbleibt, da dieser auch die entsprechende Sachnähe zukommt und noch unsicher ist, ob überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen wird⁴⁶⁹. Andererseits wird im Zusammenhang mit der Beweissicherung darauf verwiesen, dass der Verwaltungsbehörde Parteistellung zukommt⁴⁷⁰. Meines Erachtens verdient die erste Auffassung Zustimmung. Zum einen ist die Verwaltungsbehörde gleichzeitig zur objektiven Rechtsanwendung verpflichtet. Wird es sich um die öffentlichen Interessen handeln, welche zu schützen sind, wird sie bereits entsprechend der Interessenlage die notwendigen Massnahmen ergreifen. Geht es dagegen um den Schutz entgegenstehender Interessen, wird sie sich eine Rechtsverweigerung zu Schulden kommen lassen, wenn sie beantragte vorsorgliche Massnahmen unterlässt.

151. Ferner ist auf den Spezialfall zu verweisen, in welchem die Zuständigkeit der Behörde in der Hauptsache streitig ist, jedoch gleichzeitig vorsorgliche Massnahmen gefragt sind. Hier entsteht ein eigentliches Dilemma: Einerseits ist dringliches Handeln geboten, andererseits ist gerade auch im

466 Vgl. SCHAUB, S. 69, mit Hinweis auf die unveröffentlichte Praxis des Bundesgerichts.

467 So Art. 55 Abs. 2 VwVG.

468 SCHAUB, S. 69, 94 f.

469 SCHAUB, S. 69.

470 MARTI, S. 221. In Anlehnung an die Rechtslage im Kanton Basel-Landschaft hält auch KUHN, S. 164 f., dafür, dass die Rechtsmittelinstanz zuständig sein soll.

Hinblick darauf, dass eine Erfolgsprognose gestellt werden muss, die Zuständigkeit zu beachten.

Der Entscheid über die Zuständigkeit in der Sache muss grundsätzlich vorangehen. Ist dies jedoch aus zeitlichen Gründen nicht möglich, sollte aber ausnahmsweise auch diejenige Behörde entscheiden können, bei welcher das Rechtsmittel anhängig gemacht wurde.

152. Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit bestimmt sich auch anhand des Streitgegenstandes bzw. – im erstinstanzlichen Verfahren – anhand des Verfügungsgegenstandes⁴⁷¹. Ausnahmsweise, wenn die Wirksamkeit des Entscheidergebnisses gefährdet ist und der Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand gewahrt wird, darf nach der hier vertretenen Auffassung die vorsorgliche Massnahme auch darüber hinaus reichen⁴⁷².

153. Ist für den Gesamtentscheid eine Kollegialbehörde zuständig, wird oftmals zumindest für die dringenden Fälle entweder die oder der Vorsitzende⁴⁷³ oder aber die instruierende Behörde⁴⁷⁴ als zuständig erklärt. Mit einer derartigen Regelung trägt der Gesetzgeber wiederum dem Bedürfnis nach einer flexiblen, dem Dringlichkeitserfordernis angepassten Regelung Rechnung.

Kann das Kollegium allerdings selber entscheiden, sollte die Kompetenz nicht delegiert werden, da immerhin die Möglichkeit nicht ganz ausgeschlossen ist, dass in Bezug auf die Erfolgsprognose gestützt auf das Vertrauensprinzip eine Bindungswirkung entsteht⁴⁷⁵. Die anordnende Behörde kann allerdings eine Verwahrung anbringen, dass die Begünstigten auf eigenes Risiko handeln⁴⁷⁶.

471 KÖLZ/HÄNER, Rz. 182.

472 Dazu vorne, Rz. 117.

473 Vgl. Art. 55 Abs. 3 VwVG; Art. 94 OG, Art. 111 Abs. 2 OG: Das Bundesgericht entscheidet über vorsorgliche Anordnungen grundsätzlich nicht im Kollegium. Ein Weiterzug ist nicht vorgesehen, STEINMANN, S. 146 f.

474 Art. 75 Abs. 3 VwVG.

475 Vgl. Rz. 100, 186. Auch in diesem Fall – sinngemäss den Regeln über die Verbindlichkeit von Auskünften – ist nicht die Zuständigkeit in der Hauptsache, sondern diejenige für den Erlass der vorsorglichen Massnahme massgebend, damit die Bindungswirkung gemäss dem Vertrauensprinzip eintreten kann, vgl. dazu WEBER-DÜRLER, S. 105 ff., KÄGI-DIENER, S. 135 ff., 138 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 569 ff., bezüglich den Grundsätzen über die Verbindlichkeit von Auskünften.

476 Vgl. hinten, Rz. 191.

D. Koordinationsfragen

154. Unter Umständen ist es erforderlich, dass zur Erstellung einer Baute oder Anlage mehrere Bewilligungen einzuholen sind.

Dabei ist zu beachten, dass sich die Fragen der formellen Koordination häufiger im erstinstanzlichen Verfahren stellen werden, weil im Rechtsmittelverfahren ein einheitliches Verfahren zur Verfügung stehen muss⁴⁷⁷.

Ein Koordinationsbedürfnis ist aber auch bei subjektiver Komplexität gegeben, wenn mehrere Beschwerdeführende vorhanden sind, die gegensätzliche Interessen verfolgen.

Gemäss Art. 22a Abs. 2 lit. a RPG kann die für die Koordination verantwortliche Behörde verfahrensleitende Anordnungen treffen. Welche Kompetenzen dabei der verantwortlichen Behörde zugeschrieben werden, wird von der Wahl des jeweiligen Modells, des Konzentrations- oder des Koordinationsmodells, abhängen⁴⁷⁸. Zwar sind vorsorgliche Massnahmen begrifflich durchaus als verfahrensleitende Entscheide zu bezeichnen. Da vorsorgliche Massnahmen jedoch immer auch eine materiellrechtliche Regelung beinhalten, verstösst ein Kanton nicht gegen Art. 22a Abs. 2 lit. a RPG, wenn er die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht der Koordinationsbehörde überantwortet.

155. Koordinationsfragen in materieller Hinsicht können im konkreten Fall auftreten, wenn beispielsweise eine zweite Bewilligung ebenso Voraussetzung zur Erstellung einer Baute oder Anlage bildet. In diesem Fall zeitigt der Entzug der aufschiebenden Wirkung oder die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im engeren Sinn gegebenenfalls keine Wirkung. Die vorsorglichen Anordnungen sind hier mit den übrigen Bewilligungen abzustimmen⁴⁷⁹.

Hängt ein zweites Verfahren davon ab, dass in einem ersten Verfahren ein gewisses Verfahrensstadium erreicht ist, so ist es unter Umständen unzulässig, der Verfügung des ersten Verfahrens die aufschiebende Wirkung zu entziehen, damit das zweite Verfahren doch vorzeitig eingeleitet werden kann:

So darf beispielsweise im eisenbahnrechtlichen kombinierten Plangenehmigungsverfahren der Plangenehmigungsverfügung die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden, damit vorzeitig die Besitzeinweisung nach Art. 76 EntG gewährt werden kann. Im eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren ist vorausge-

477 Zur Koordinationspflicht im Rechtsmittelverfahren, vgl. BGE 114 Ib 353 = Pra 78 Nr. 242; Art. 33 Abs. 4 RPG.

478 Zu diesen Modellen Arnold MARTI, Bewilligungen von Bauten und Anlagen – Koordination oder Konzentration der Verfahren, AJP 1994, S. 1535 ff., 1540.

479 Vgl. auch MEYLAN, S. 55 f. mit Anm. 37.

setzt, dass die Beschwerde gegen die Plangenehmigung vom Departement entschieden ist. Erst dann lässt sich im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 76 EntG auch die vorzeitige Besitzeinweisung halten⁴⁸⁰.

Umgekehrt kann die Erteilung der aufschiebenden Wirkung die Fortsetzung des anderen Verfahrens auch in unzulässiger Weise hemmen:

Im Enteignungs- und Plangenehmigungsverfahren wird dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht die aufschiebende Wirkung nicht erteilt, da mit dem Bau des Werkes ohnehin nicht begonnen werden kann und somit auch kein Nachteil entsteht. Im Verfahren um die vorzeitige Besitzeinweisung wird die Voraussetzung für die vorweggenommene Inbesitznahme, insbesondere der dem Enteigner entstehende Nachteil, ohnehin noch zu prüfen sein⁴⁸¹.

156. Sind in einem Verfahren mehrere Personen mit gegensätzlichen Interessen beteiligt und wird eine Verfügung, die nur einen Teil der beantragten Begünstigung gutheisst⁴⁸², sowohl von Dritten wie von den Adressaten selber angefochten, kann es eintreten, dass der Beschwerde des Adressaten aufschiebende Wirkung zukommt, derjenigen der Drittbeschwerdeführenden hingegen die aufschiebende Wirkung entzogen wird⁴⁸³. Auch hier ist ein koordiniertes Vorgehen sinnvoll, zumal damit auch eine unnötige Anfechtung des Entzuges der aufschiebenden Wirkung verhindert werden kann.

E. Das summarische Verfahren

157. Die entscheidenden Instanzen sprechen häufig davon, im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen einen «Prima facie»-Entscheid (auf-den-ersten-Blick-Entscheid) zu treffen. In der Regel wird davon ausgegangen, dass sich die Behörden auf die Akten abstützen können und keine weiteren Abklärungen zu treffen haben⁴⁸⁴. Prima-facie-Entscheid bedeutet aber auch, dass die

480 BGE 115 Ib 434, 438 E. a; die Anwendung von Art. 76 EntG verlangt unter anderem, dass das Werk nach den Spezialbestimmungen bewilligt und zum Bau freigegeben ist, so auch BGE 121 II 123 = Pra 85 Nr. 42.

481 BGE 115 Ib 96, 104 Ib 176 = Pra 68 Nr. 1; bezüglich Einsprachen gegen Ausführungsprojekte im Nationalstrassenbau. Geht es allein um ein Enteignungsverfahren, kommt Art. 111 OG aber nicht zur Anwendung: Art. 115 Abs. 1 OG, HESS/WEIBEL, Art. 77, Rz. 13.

482 Vgl. vorne, Rz. 12 f.; vorausgesetzt, die Verfügung kann weder in Teilrechtskraft erwachsen noch als negative Verfügung betrachtet werden.

483 Vgl. VPB 1988/52 Nr. 60, S. 345.

484 Vgl. etwa BGE 99 Ib 221 = Pra 62 Nr. 176; VPB 1995/59 Nr. 3, S. 33. Aus der kantonalen Praxis, vgl. etwa EGV-SZ 1993, S. 18.

rechtliche Prüfung eingeschränkt werden muss, weil keine genügende Zeit zur Klärung der Rechtsfragen besteht⁴⁸⁵.

158. Im Einzelnen fordern die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien eine Differenzierung:

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestimmt sich die Tragweite des Anspruchs auf *rechtliches Gehör* von Art. 4 Abs. 1 BV jeweilen nach der konkreten Interessenlage, wobei einerseits der Dringlichkeit, andererseits aber auch der Tragweite der Anordnung Rechnung zu tragen ist. Sodann ist von Bedeutung, ob ein die volle Überprüfung gestattendes Rechtsmittel gegeben ist⁴⁸⁶. Diese allgemeine Aussage wird für sämtliche Elemente des rechtlichen Gehörs Geltung beanspruchen können. Zu beachten ist, dass die Beschränkung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen häufig nur im Hinblick auf das Recht auf vorgängige Anhörung erwähnt wird. So besagt auch Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG, dass von der vorgängigen Anhörung nur abgesehen werden kann, wenn Gefahr im Verzug ist und gleichzeitig eine Beschwerdemöglichkeit – mit umfassender Prüfungsbefugnis – offensteht. Ist dem nicht so, muss die Anhörung durch dieselbe Instanz nachgeholt und die zur Verfahrensbeteiligung berechtigte Person angehört werden⁴⁸⁷. Die sogenannte «*superprovisorische Massnahme*» ist somit nur unter dieser Bedingung zulässig.

Nach den allgemeinen Regeln über die Gewährung des rechtlichen Gehörs darf in dringenden Fällen aber auch das Recht, dass die Behörde die angebotenen Beweise abnimmt, eingeschränkt werden⁴⁸⁸. Will die Behörde trotz der Dringlichkeit die Beweise abnehmen, kann bei überwiegenden Interessen ausnahmsweise auf die Teilnahme der Beteiligten verzichtet werden, wobei auch hier eine nachträgliche Stellungnahme zum Beweisergebnis einzuholen ist⁴⁸⁹. Auch die Prüfung der Parteivorbringen darf entsprechend der Dringlichkeit der Massnahme eingeschränkt werden.

485 Vgl. SCHAUB, S. 78; KUHN, S. 236 f., bezieht die Prima-facie-Prüfung nur auf Rechtsfragen und spricht bezüglich der Tatsachenfragen ebenso von der Glaubhaftmachung. Die Terminologie ist umstritten, vgl. KUHN, S. 234.

486 BGE 111 Ia 274 = Pra 75 Nr. 96 zur Tragweite von Art. 4 Abs. 1 BV; G. MÜLLER in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 102; RHINOW/KRÄHENMANN Nr. 81 B I 2 b, S. 263.

487 BGE 104 Ib 135 E. 5 = Pra 68 Nr. 79; BGE 99 Ia 22 = Pra 62 Nr. 101; SORE 1992, S. 36.

488 Vgl. TVR 1994, S. 46 f. E. 3, wo die Dringlichkeit verneint und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bejaht wurde, weil die angebotenen Beweise nicht wenigstens teilweise abgenommen worden sind.

489 BGE 116 Ia 100 = Pra 80 Nr. 217; vgl. dazu auch RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 82 B III c 1, S. 268; KÖLZ/HÄNER, Rz. 142.

Die Zulässigkeit einer *Kognitionsbeschränkung* sodann ergibt sich aus der Natur der Streitsache⁴⁹⁰. Diese an sich sehr weit gefasste Einschränkungsbefugnis hat im Hinblick auf die Besonderheiten der vorsorglichen Massnahmen zur Folge, dass das Beweismass auch reduziert sein kann und die Glaubhaftmachung grundsätzlich genügt; ebenso lässt sich unter diesem Aspekt die Beschränkung auf eine summarische Prüfung der Rechtsfragen rechtfertigen. Allerdings sollte auch die Kognitionsbeschränkung vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhalten.

159. Insgesamt sind in der Praxis auf Art. 4 Abs. 1 BV abgestützte Hinweise, wie weit im Einzelnen die Einschränkung des rechtlichen Gehörs bei Erlass vorsorglicher Massnahmen gehen darf, eher rar. Dass die betroffene Person zumindest im Nachhinein angehört werden muss, kann aber durchaus als *absolute Schranke* verstanden werden. Immerhin bildet das rechtliche Gehör gleichermassen ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht und dient nicht einzig der Sachverhaltsabklärung⁴⁹¹.

Fraglich ist demgegenüber, wie weit die nachholende Gewährung des rechtlichen Gehörs in Bezug auf die übrigen Teilelemente, insbesondere bezüglich der Erhebung angebotener Beweise, gehen muss. Hier sollte wiederum das Verhältnismässigkeitsprinzip wegleitend sein und nicht von einer absoluten Schranke ausgegangen werden. Eine nachträgliche gutachterliche Stellungnahme eigens zur Abklärung der Massnahme etwa dürfte dem Vorläufigkeitscharakter derselben kaum gerecht werden.

160. Die *vorgängige Einschränkung* des Anspruchs auf rechtliches Gehör muss ebenfalls vor einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten. Wie angeführt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gleichermassen die Tragweite des Entscheides in Erwägung zu ziehen. Letzteres kann insbesondere dazu führen, dass infolge eines schweren Eingriffs in die Rechtsposition des Einzelnen trotz der Dringlichkeit auf die vorgängige Anhörung nicht verzichtet werden darf oder weitere Beweise abzunehmen sind.

Was sodann die *Kognitionsbeschränkungen* angeht, so wird auch unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit im allgemeinen eine Glaubhaftmachung der Tatsachen genügen. Unter Umständen sind im Hinblick auf die Tatsachen, welche den Kausalverlauf und die zeitliche Dringlichkeit belegen sollen, weitere Erleichterungen denkbar, wenn wichtige Rechtsgüter in Gefahr sind⁴⁹². Soweit es die Zeitverhältnisse aber erlauben, sind in

490 Vgl. BGE 115 Ia 6 E. 2b = Pra 78 Nr. 157; die Rechtsgrundlage des Gebotes, die Kognition auszuschöpfen, ergibt sich ebenso aus Art. 4 Abs. 1 BV, dazu vorne, Rz. 54.

491 BGE 119 Ia 261 E. a = Pra 83 Nr. 192.

492 Vgl. vorne, Rz. 113.

solchen Fällen Augenscheine, allenfalls durch eine Delegation⁴⁹³, durchzuführen oder provisorische Stellungnahmen von Experten einzuholen. Schwere Eingriffe, mithin Entscheide von grosser Tragweite, werden in der Regel keine derart weitgehende Einschränkung in der Abklärung des Sachverhaltes rechtfertigen.

Im Hinblick auf das Beweismass kann der Gesetzgeber zudem weitergehende Anforderungen stellen:

In Auslegung von Art. 15 OHG geht das Bundesgericht davon aus, dass zwar das Entschädigungsgesuch als Hauptbegehren nur summarisch geprüft werden muss, die übrigen in lit. a und b von Art. 15 OHG alternativ genannten Voraussetzungen aber vollumfänglich zu prüfen sind⁴⁹⁴. Offenbar wird hier im Hinblick auf die sich stellenden Tatsachenfragen davon ausgegangen, dass diese ohne weiteres innert angemessener Frist geklärt werden können.

161. Bei der *Erfolgsprognose* muss unter Umständen die Zuständigkeit des Kollegiums oder einer anderen Behörde beachtet werden. Um die Tragweite der Pflicht zur Sachverhaltsabklärung auszuloten, kann in solchen Fällen somit nicht allein auf das Verhältnismässigkeitsprinzip abgestellt werden. Um die Zuständigkeit der Gesamtbehörde zu wahren, wird die zum Erlass der vorsorglichen Massnahme zuständige Behörde regelmässig nicht eine über die Glaubhaftmachung hinausgehende Prüfung vornehmen können⁴⁹⁵. Zudem dürfte sich eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis in rechtlicher Hinsicht auf Willkür hin aufdrängen.

162. Die Anforderungen an das Beweismass müssen für beide sich gegenüberstehenden Parteien gleich ausfallen⁴⁹⁶. Es geht nicht an, seitens des Privaten den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu verlangen und sich auf der anderen Seite mit der Glaubhaftmachung zu begnügen.

F. Eröffnung und Begründung der Massnahmen

163. Häufig sehen die Verfahrensgesetze vor, dass Verfügungen und Entscheide schriftlich zu eröffnen sind, wobei bei den Zwischenverfügungen auch eine mündliche Eröffnung genügen kann⁴⁹⁷. Die schriftliche Eröffnung

493 Kritisch dazu RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 82 B III c, S. 268 f.

494 BGE 121 II 120 E. a = Pra 85 Nr. 45.

495 BGE 111 Ib 96 = Pra 74 Nr. 216, wo es im Verfahren um die vorzeitige Besitzeinweisung gemäss Art. 76 EntG als genügend angesehen wurde, dass der Schätzungskommission die in den Einsprachen über die Enteignung vertretenen Anliegen des Natur- und Heimatschutzes nicht als völlig abwegig erschienen.

496 VOGEL, S. 97; MEIER, S. 147.

497 Vgl. Art. 34 Abs. 1 VwVG.

indessen ist keine Minimalanforderung von Art. 4 Abs. 1 BV⁴⁹⁸; zumindest sind Ausnahmen zulässig, soweit die Eröffnung in anderer geeigneter Form erfolgen kann⁴⁹⁹.

Hingegen ist die Massnahme zu begründen. Dabei hängt die geforderte Begründungsdichte von den Umständen des Einzelfalles ab. An erstinstanzliche Verfügungen werden jedenfalls weniger strenge Anforderungen gestellt als an Rechtsmittelentscheide.

Fragwürdig – wenn auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts möglich⁵⁰⁰ – wäre es jedoch, die Begründung bei vorsorglichen Massnahmen generell erst vor der mit voller Überprüfungsbefugnis ausgestatteten Rechtsmittelinstanz nachzuliefern. Von dieser Möglichkeit sollte nur bei entsprechender Dringlichkeit Gebrauch gemacht werden⁵⁰¹. Immerhin beeinflusst die Begründung die Verfügungsadressaten in ihrer Entscheid, ob sie das Rechtsmittel einlegen sollen⁵⁰². Zudem muss die Behörde die Voraussetzungen zum Erlass der vorsorglichen Massnahmen ohnehin prüfen, so dass eine Orientierung über die Motive immer gegeben werden kann.

498 BGE 111 Ia 4 E. 4a; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 85 B IV a, S. 288.

499 Mark E. VILLIGER, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, ZBl 1989, S. 148.

500 Es darf dem Adressaten kein Nachteil erwachsen. Dies ist nicht der Fall, wenn er seine Rechte vor der Rechtsmittelinstanz voll wahrnehmen kann: RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 85 B V c, S. 288.

501 Vgl. VILLIGER, a.a.O., S. 150.

502 VILLIGER, a.a.O., S. 163.

VII. Zum Rechtsschutz gegen vorsorgliche Massnahmen

1. Die massgebenden Garantien der EMRK

164. Soweit die in der EMRK garantierten Rechte tangiert sind, muss die *Rechtsmittelgarantie* gemäss Art. 13 EMRK beachtet werden⁵⁰³. In den Fällen, in welchen ein Anspruch vertretbar ist und eine gewisse Bedeutung erlangt, muss somit eine Rechtsmittelinstanz, die unparteiisch und weisungsungebunden ist, über die vorsorgliche Massnahme entscheiden⁵⁰⁴. Zudem muss ein Anspruch auf Prüfung der Vorbringen bestehen und die Behörde den Akt aufheben können. Ferner sind minimale Rechte zu gewährleisten, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Begründung⁵⁰⁵. Im Lichte dieser Grundsätze erscheinen verschiedene Einschränkungen in der Anfechtbarkeit vorsorglicher Massnahmen fragwürdig. So ist es unter diesem Aspekt eher problematisch, wenn Anordnungen über vorsorgliche Massnahmen, die von den letzten Gerichtsinstanzen ausgehen, nicht mehr anfechtbar sind⁵⁰⁶. Sodann erweist sich die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils als zu eng, da Art. 13 EMRK lediglich verlangt, dass der Anspruch vertretbar ist.

165. Art. 6 EMRK, der eine *Rechtsweggarantie* beinhaltet, findet demgegenüber nur in sehr beschränktem Umfang Anwendung, da vorsorgliche Anordnungen in Abhängigkeit zu einem Hauptsachenprozess ergehen, somit noch kein Entscheid über die Rechte und Pflichten im Sinne der Konvention vorliegt und die endgültige Klärung der Streitfrage vorbehalten bleibt⁵⁰⁷. Im Anschluss an diese, von den EMRK-Organen verfolgte Rechtsprechung, folgert *Herzog*, dass danach die besonderen Garantien von Art. 6 EMRK höchstens bei Anordnungen des primären Rechtsschutzes zu beachten sind, welche noch in keinem sichtlichen Zusammenhang mit einer Endverfügung ergehen. Dies trifft beispielsweise zu auf Planungszonen (vorsorgliche Nutzungspläne) oder auf Schutzmassnahmen gestützt auf die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung⁵⁰⁸.

503 VPB 1993/57 Nr. 33, S. 310.

504 Vgl. Mark E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1993, Rz. 625, 628; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 216, BGE 118 Ib 277, 284 E. d.

505 BGE 121 I 90 E. 6b = Pra 84 Nr. 136.

506 So sind etwa die vorsorglichen Anordnungen des Bundesgerichts im staatsrechtlichen- und verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht weiterziehbar: STEINMANN, S. 145 mit Anm. 25.

507 Ruth HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 72; vgl. auch VILLIGER, a.a.O., Rz. 376.

508 HERZOG, a.a.O., S. 73, 151 ff., 167.

Der Ausschluss von Art. 6 EMRK lässt sich im Hinblick auf die materiell-rechtliche Grundlage der vorsorglichen Massnahmen aber kaum halten. Denn immerhin findet ein vorweggenommener Eingriff in die Rechtsstellung der Betroffenen statt. Auch wenn die Verfügung bestätigt wird, sind die Voraussetzungen zum vorzeitigen Handeln einzuhalten. Nach der Konzeption der EMRK-Organe muss dies aber nicht gerichtlich geprüft werden können.

2. Zuständigkeitsfragen, Rechtsmittelbefugnis, aufschiebende Wirkung, Frist

166. Die *Zuständigkeit* der Rechtsmittelinstanz richtet sich entsprechend dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens nach derjenigen in der Hauptsache⁵⁰⁹.

Inwieweit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht oder die Verwaltungsbeschwerde an Bundesverwaltungsbehörden gegeben ist, bestimmt sich auch danach, ob sich die vorsorgliche Verfügung auf Bundesverwaltungsrecht abstützt⁵¹⁰. Massgebend ist dabei das materielle Bundesverwaltungsrecht.

Art. 1 Abs. 3 VwVG besagt, dass auf das Verfahren letzter kantonalen Instanzen Art. 55 Abs. 2 und 4 VwVG anwendbar ist. Neben Abs. 1 ist demzufolge auch Abs. 3 dieser Bestimmung unbeachtlich⁵¹¹. Geht man bei den vorsorglichen Massnahmen von einer prozessualen und nicht von einer materiellrechtlichen Grundlage aus, führt dies zum Schluss, dass Anordnungen der kantonalen Beschwerdeinstanz über die aufschiebende Wirkung, die von denjenigen der Vorinstanz abweichen, nicht mit einem verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel im oben genannten Sinn angefochten werden können⁵¹², weil sich in diesem Fall die Massnahme nicht auf öffentliches Recht des Bundes abstützt⁵¹³. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat hingegen bezüglich Art. 56 VwVG festgehalten, dass diese Bestimmung im kantonalen Verfahren massgebend ist⁵¹⁴.

509 Vgl. Art. 101 lit. a OG, BGE 120 Ib 99. SCHAUB, S. 81, mit zahlreichen Hinweisen auch zum Folgenden; SCARFAZZINI, S. 321.

510 Art. 5 i.V.m. Art. 44 VwVG und Art. 97 Abs. 1 OG. Aus den Kantonen vgl. etwa BVR 1992, S. 130 E. 5b.

511 BGE 102 Ib 224 = Pra 65 Nr. 108.

512 Vgl. dazu SCARFAZZINI, S. 317.

513 Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 44 VwVG je i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VwVG.

514 BGE 117 V 189 f.

167. Als letzte kantonale Instanzen werden Gerichtsbehörden über vorsorgliche Massnahmen entscheiden müssen, wenn diese mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können⁵¹⁵.

168. Zur Verfahrensstraffung trägt bei, wenn nicht das Gesamtgericht urteilt, sondern dazu eine einzelrichterliche Zuständigkeit geschaffen wird⁵¹⁶.

169. Die *Rechtsmittelbefugnis* wiederum folgt dem Hauptverfahren, und es gelten grundsätzlich dieselben Kriterien⁵¹⁷. Insbesondere kann bei Gegenstandslosigkeit der vorsorglichen Massnahmen, wenn der Endentscheid entweder rechtskräftig geworden (vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn) bzw. bereits ergangen ist (aufschiebende Wirkung), nur dann trotzdem auf eine anhängig gemachte Beschwerde gegen die Massnahmen eingetreten werden, wenn die Ausnahmevoraussetzungen zum aktuellen Rechtsschutzinteresse erfüllt sind⁵¹⁸.

Bei der staatsrechtlichen Beschwerde ist gemäss Art. 88 OG ein rechtlich geschütztes Interesse nachzuweisen. Da vorsorgliche Massnahmen wie auch die aufschiebende Wirkung über die prozessualen Rechte hinausgehen und sich auf das materielle Recht beziehen, welches vorläufig gesichert werden soll, kann nicht auf die Grundsätze, wie sie für die formelle Rechtsverweigerung gelten, abgestellt werden⁵¹⁹. Vielmehr ist in jedem Fall die Berechtigung in der Hauptsache darzulegen⁵²⁰.

170. Richtet sich ein Rekurs oder eine Beschwerde gegen die aufschiebende Wirkung, kommt dem Rechtsmittel keine *aufschiebende Wirkung* zu⁵²¹. Bei vorsorglichen Massnahmen hingegen ist über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden, wobei diese regelmässig gerechtfertigt sein dürfte⁵²².

171. Bezüglich der *Frist* kann an das von *Schaub* Gesagte verwiesen werden: Für die mit der Hauptsache erlassenen vorsorglichen Massnahmen gilt ebenso

515 Art. 98a OG.

516 Vgl. etwa Art. 128 VRG-BE, BVR 1992, S. 131 E. 5b.

517 Vgl. Art. 48 VwVG, Art. 103 OG.

518 Vgl. BGE 111 Ib 185 E. b = Pra 75 Nr. 62; zur Koordination mit dem Schadenersatzverfahren, vgl. hinten, Rz. 203.

519 Danach muss grundsätzlich keine Berechtigung in der Sache dargetan sein; die Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren genügt. Nur dort, wo sich die verfahrensrechtlichen Fragen nicht mehr von der Prüfung der Sache trennen lassen, ist die Berechtigung nachzuweisen: BGE 114 Ia 313 = Pra 77 Nr. 240.

520 BGE 116 Ia 179 E. 3. In BGE 120 Ia 212 E. 5 = Pra 84 Nr. 65 wird bezüglich der aufschiebenden Wirkung wiederum von einer formellen Rechtsverweigerung ausgegangen.

521 Darauf weist insbesondere SCHAUB, S. 102, hin. Anders offenbar TVR 1994, S. 49.

522 SCHAUB, S. 88 f.; SORE 1992, S. 37 E. 2.3.3.3.

die kürzere Frist, soweit das Gesetz diesbezüglich überhaupt eine Unterscheidung trifft⁵²³.

3. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil als besondere Anfechtungsvoraussetzung für Zwischenverfügungen

172. Kantonale Verfahrensrechte⁵²⁴ wie auch Art. 45 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwVG⁵²⁵ und die für das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren massgebende Norm von Art. 87 OG verlangen zur Anfechtung von Zwischenverfügungen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil.

173. Im Hinblick auf die bei der *staatsrechtlichen Beschwerde* vorherrschende Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts muss der Nachteil gemäss Art. 87 OG zunächst einmal ein rechtlicher sein, mithin Rechte oder rechtlich geschützte Interessen beeinträchtigen⁵²⁶. Des weiteren muss der Nachteil aktuell sein und zumindest mit gewisser Wahrscheinlichkeit drohen. Schliesslich ist erforderlich, dass er nicht wieder gutzumachen ist, d.h. auch bei einem Obsiegen nicht mehr rückgängig gemacht werden kann⁵²⁷. Bei vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn wird im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren der nicht wieder gutzumachende Nachteil regelmässig bejaht⁵²⁸.

Im *Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren* des Bundes dagegen muss der Nachteil nicht ein rechtlicher sein, sondern es genügt auch ein tatsächlicher Nachteil⁵²⁹. Des weiteren wird in diesen Verfahren auch nicht verlangt, dass der zu erwartende Schaden geradezu irreparabel ist⁵³⁰. Vielmehr reicht ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung aus. Das Interesse kann auch wirtschaftlicher Natur sein, soweit es der beschwerdeführenden Person nicht einzig darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des

523 SCHAUB, S. 84 f.

524 Vgl. etwa MARTI, S. 122; GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 300; LGVE 1992 Nr. 48, S. 323; KÖLZ, Kommentar VRG, § 19, Rz. 25.

525 HAEFLIGER, S. 346; BGE 120 Ib 99 E. c; 121 V 116.

526 BGE 117 Ia 249 E. 3.

527 Im Einzelnen zu den Voraussetzungen KÄLIN, S. 341 f.; LUDWIG, S. 178 ff.

528 Vgl. BGE 116 Ia 447 = Pra 80 Nr. 153.

529 HAEFLIGER, S. 347.

530 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 142; SCARTAZZINI, S. 318; kritisch HAEFLIGER, S. 347; BGE 99 Ib 416 E. b, wobei im konkreten Fall ohnehin ein irreparabler Schaden in Frage stand; BGE 109 Ib 132 = Pra 72 Nr. 234; BGE 112 Ib 421 E. c = Pra 77 Nr. 33; BGE 116 Ib 238 E. 2 = Pra 80 Nr. 221.

Verfahrens zu verhindern⁵³¹. Teilweise wird im konkreten Fall aber trotzdem auf die Irreparabilität des Nachteils verwiesen.

Erleiden beispielsweise die Beschwerdeführerinnen einen wirtschaftlichen Verlust, weil sie die Geschäfte während des Verfahrens nicht länger offen halten dürfen und können sie auch keinen Schadenersatz verlangen, ist der Nachteil nicht wieder gutzumachen⁵³². Dasselbe gilt für den Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Entzug des Führerscheines, da das Auto bereits während des Verfahrens nicht mehr gelenkt werden kann⁵³³. Im Sozialversicherungsrecht besteht dann kein genügender Nachteil, wenn die Rückerstattungspflicht aus dem Risikoausgleich an die Krankenkassen nicht gefährdet ist⁵³⁴. Hingegen wird ein nicht wieder gutzumachender Nachteil auch bejaht, wenn die plötzliche Einstellung der Rentenzahlungen den Versicherten aus dem finanziellen Gleichgewicht bringen und zu kostspieligen oder sonstwie unzumutbaren Massnahmen zwingen könnte⁵³⁵ oder die Vortreibung der Vollstreckung geschuldeter Beiträge zur Zwangsverwertung der hoch verschuldeten Liegenschaft führen würde⁵³⁶.

Im Unterschied zum materiellrechtlichen Nachteil, welcher die Anordnung der vorsorglichen Massnahme rechtfertigt, kann der Nachteil zudem auch formeller Natur sein. Er kann darin bestehen, dass die spätere Anfechtung der vorsorglichen Anordnung nicht mehr möglich ist, weil sie mit dem Entscheid in der Hauptsache wegfällt und deshalb auch die Verfassungskontrolle ausgeschlossen bleibt⁵³⁷.

174. Überblickt man die Rechtsprechung, so zeigt sich zunächst, dass eine erhebliche Nähe zu den Legitimationsvoraussetzungen besteht: Auch gemäss Art. 88 OG bedarf es der Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen bzw. nach Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG der Betroffenheit tatsächlicher Interessen. Sodann ist es unabdingbar, dass das Rechtsschutzinteresse grundsätzlich ein aktuelles ist. Der Unterschied zur Legitimation besteht somit einzig noch in der Tragweite des Nachteils: Bei der staatsrechtlichen Beschwerde jedenfalls muss er irreparabel sein, bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wohl von einigem Gewicht. Die genaue Abgrenzung dürfte gerade im letzteren Fall schwierig sein, weshalb die Rechtsprechung

531 BGE 120 Ib 100 E. c.; 116 Ib 347 E. c = Pra 80 Nr. 9; KARLEN, S. 84; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1238.

532 BGE 116 Ib 348 E. c = Pra 80 Nr. 9.

533 Vgl. BGE 107 Ib 397 = Pra 71 Nr. 44.

534 BGE 121 V 118.

535 BGE 109 V 233 = Pra 73 Nr. 167, verneint; BGE 105 V 267 E. 1 = Pra 69 Nr. 225, bejaht. Zum Ganzen SCARTAZZINI, S. 318 ff.

536 BGE 117 V 190 E. d; 110 V 43 E. 4: Inwiefern sich die Rechtsprechung über die Einstellung der Renten auf Nachzahlungsverfügungen nicht abgerechneter Beiträge übertragen lässt, liess das Gericht in diesem Entscheid noch offen, weil die Beschwerde ohnehin abzuweisen war.

537 BGE 116 Ia 447 = Pra 80 Nr. 153.

im Anwendungsfall mitunter doch wieder auf den nicht rückgängig zu machenden Schaden verweist⁵³⁸.

Des weiteren kommt ein weiterer Punkt dazu, welcher die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils als eher fragwürdig erscheinen lässt:

Art. 45 Abs. 3 VwVG bestimmt zwar, dass die nicht selbständig anfechtbaren Zwischenverfügungen mit Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar sind. Ist jedoch auch die Endverfügung nicht mehr anfechtbar, kann auch die Zwischenverfügung nicht mehr zur Beurteilung gelangen. Sollte die Nichtwiedergutmachung des Nachteiles verneint und eine Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung abgelehnt worden sein, kann etwa bei Drittbeschwerden, wenn der Verfügungsadressat in der Folge obsiegt, ohne dass sein Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen wurde, die Zwischenverfügung nicht mehr angefochten werden. Dasselbe gilt beim Entzug der aufschiebenden Wirkung von belastenden Verfügungen, wenn die Verfügung von der Rechtsmittelinstanz in der Folge doch aufgehoben wird. Das Bundesgericht hat auch festgehalten, dass in einem Fall, in welchem die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist und die Beschwerde in der Hauptsache abgewiesen wird, nachträglich keine Rechte mehr geltend gemacht werden könnten mit der Behauptung, es hätte seinerzeit die aufschiebende Wirkung doch erteilt werden müssen⁵³⁹.

In all den Fällen müsste stets die Hürde überwunden werden, dass bei den Legitimationsvoraussetzungen ausnahmsweise auf das aktuelle Rechtsschutzinteresse verzichtet werden darf⁵⁴⁰. Kann die Zwischenverfügung auch nachträglich nicht mehr angefochten werden, bleibt nur noch das Schadenersatzverfahren, soweit ein finanzieller Schaden überhaupt entstanden ist und sich beispielsweise der Entzug der aufschiebenden Wirkung selbst als widerrechtlich erweist⁵⁴¹.

538 Entweder hält sich das Bundesgericht nur kurz oder überhaupt nicht bei den Legitimationsvoraussetzungen auf: BGE 116 Ib 346 E. I = Pra 80 Nr. 9 (kurz); BGE 121 V 115, nicht im Hinblick auf das schutzwürdige Interesse an den vorsorglichen Massnahmen, keine Äusserung: BGE 117 V 187. Die Praxis des Bundesrates geht umgekehrt vor: Dort wird der nicht wieder gutzumachende Nachteil nicht ausdrücklich geprüft, dafür die Legitimation: VPB 1994/58 Nr. 6, S. 69.

539 BGE 99 Ib 134 E. d = Pra 62 Nr. 146, wobei dort die Beschwerdeführerin aber offenbar auch nicht versucht hatte, die Zwischenverfügung anzufechten.

540 Vgl. BGE 111 Ib 185 = Pra 75 Nr. 62: Die Ausnahmenvoraussetzungen waren dort nicht erfüllt, wobei die Zwischenverfügung selbständig angefochten worden war. Es ist fraglich, inwieweit die unterlassene selbständige Beschwerdeeinlegung gegen die Zwischenverfügung entgegengehalten werden könnte; dies bleibt in BGE 99 Ib 134 E. d = Pra 62 Nr. 146 offen.

541 Vgl. hinten, insbesondere Rz. 201.

Dieser Aspekt liegt letztlich auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren zugrunde: Eine nachträgliche Kontrolle vorsorglicher Massnahmen ist nicht wirksam und infolge der prozessualen Situation oft auch nicht mehr möglich, weshalb das Bundesgericht vorweg von einer Qualifikation der vorsorglichen Massnahmen als Zwischenverfügung absieht und den nicht wieder gutzumachenden Nachteil generell bejaht⁵⁴².

Soweit der vorgängige Rechtsschutz am Kriterium des nicht wieder gutzumachenden Nachteils scheitert, ist dieses auch im Hinblick auf Art. 13 EMRK problematisch⁵⁴³.

Aus all diesen Gründen sollte vom Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils abgesehen werden.

4. Überprüfungsbefugnis und Abklärung des Sachverhaltes

175. Die Überprüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz richtet sich in erster Linie nach der gesetzlichen Regelung. Sie kann neben der Rechtskontrolle insbesondere im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren und vor Rekurskommissionen die Ermessensüberprüfung einschliessen und sich zudem auf den Sachverhalt beziehen⁵⁴⁴.

Die untere Instanz entscheidet in der Regel mit eingeschränkter Kognition. Aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens ergibt sich, dass sich die Überprüfungsbefugnis im Laufe des Instanzenzuges wohl einengen, aber nicht ausweiten soll. Es fragt sich, inwieweit dieser Grundsatz auch hier Gültigkeit hat.

176. Meines Erachtens ist zu differenzieren: Geht es um die Überprüfung der *Erfolgsprognose*, so hat die Rechtsmittelinstanz von derselben Kognition auszugehen, wie sie sich die Vorinstanz auferlegt hat. Um der Hauptsache nicht vorzugreifen und die funktionelle Zuständigkeit zu wahren⁵⁴⁵, kann die Rechtsmittelinstanz nur prüfen, ob einerseits der Sachverhalt bis zu dem nach den Umständen gebotenen Beweismass abgeklärt wurde und andererseits die Rechtsanwendung nicht willkürlich erfolgt ist. Hat die Vorinstanz fälschlicherweise von der Erfolgsprognose abgesehen, bleibt nur die Möglichkeit der Rückweisung.

542 BGE 116 Ia 447 = Pra 80 Nr. 153.

543 Vgl. vorne, Rz. 164.

544 Für den Bund, vgl. Art. 49, Art. 71a Abs. 2, Art. 77 VwVG; Art. 104 f. OG.

545 BGE 99 Ia 322 E. 4a = Pra 62 Nr. 215.

177. In Bezug auf die anderen Sachverhalts- und Rechtsfragen dagegen ist die nach dem Gesetz vorgesehene Kognition auszuschöpfen, soweit es die Umstände erlauben. Es sind somit durchaus weitere Abklärungen zum Sachverhalt und eine weitergehende Rechtsprüfung denkbar.

In allen Fällen hat die Rechtsmittelinstanz die von der Vorinstanz zu Recht unterlassene *Anhörung* aber nachzuholen⁵⁴⁶ und muss eine allfällig nachgeschobene Begründung in der vorinstanzlichen Vernehmlassung den Parteien zur Kenntnis bringen⁵⁴⁷.

Wie weit sie darüber hinaus weitere Abklärungen zum *Sachverhalt* vornehmen soll, hängt in erster Linie von der Dringlichkeit des Entscheides ab. In der Regel haben Rechtsmittel gegen vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung, so dass die Massnahmen ohnehin sofort wirksam und damit auch vollstreckbar werden. Insgesamt ist auch vor der Rechtsmittelinstanz entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip vorzugehen: Soweit Beweise erhoben werden können, ist ein Beweisverfahren durchzuführen⁵⁴⁸.

Neue Tatsachen dürfen aber nur soweit berücksichtigt werden, als sie nicht über den Streitgegenstand hinausreichen⁵⁴⁹.

Die *Rechtsfragen* sodann können, soweit es die Dringlichkeit erlaubt, vollumfänglich geprüft werden, etwa ob die gesetzliche Grundlage genügt, ob ein Anordnungsgrund vorhanden ist und ob die Massnahme dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht.

546 Vgl. vorne, Rz. 158 f.

547 Vgl. vorne, Rz. 163.

548 Vgl. vorne, Rz. 160.

549 Vgl. GADOLA, Beschwerdeverfahren, S. 416 f.; zur Abweichung von diesem Grundsatz, vgl. vorne, Rz. 117.

VIII. Wirkung der vorsorglichen Massnahmen

1. Anknüpfung der aufschiebenden Wirkung an die Rechtsmittelfrist oder an die Rechtsmittelerhebung?

178. Der Kritikpunkt einer Lösung, wie sie insbesondere Art. 55 VwVG vorsieht, wo die aufschiebende Wirkung erst an die Rechtsmitteleinlegung anknüpft, ergibt sich zunächst aus praktischen Überlegungen⁵⁵⁰: Häufig wird sich der vorweggenommene Gebrauch der Bewilligung bereits deshalb kaum lohnen, weil das Vertrauensprinzip nicht greifen kann, wenn Dritte (z.B. Nachbarn, Verbände) ein Rechtsmittel einlegen und die Bewilligung aufgehoben wird⁵⁵¹. Auf der anderen Seite kann aber auch der Fall eintreten, dass die mangelnde aufschiebende Wirkung der Rechtsmittelfrist zu einer Zerstörung des allfälligen Streitobjektes führt, weshalb die verfügende Behörde hier ohnehin vorsorgliche Massnahmen zu treffen hat⁵⁵². Unterlässt die Behörde jedoch entsprechende Anordnungen und wird das Objekt in der Folge zerstört, wird man den durch die Bewilligung Berechtigten nicht zur Verantwortung ziehen können, es sei denn, es liege Rechtsmissbrauch vor.

Sodann kann für eine Anknüpfung der aufschiebenden Wirkung bereits an die Rechtsmittelfrist angeführt werden, dass die Rechtmässigkeit einer Verfügung erst feststeht, wenn die erforderlichen Rechtsmittel ausgeschöpft sind oder von ihnen nicht Gebrauch gemacht wurde⁵⁵³.

2. Wirksamkeits- und Vollstreckungshemmung der Hauptverfügung bei aufschiebender Wirkung des Rechtsmittels

179. Mit dem Endentscheid fallen auch die Anordnungen über die aufschiebende Wirkung dahin. Heute scheint sich die Theorie durchzusetzen, dass die aufschiebende Wirkung grundsätzlich die Wirksamkeit der Ver-

550 Kritisch zu dieser Lösung auch KNAPP, Rz. 1074. Immerhin ist die Verfügung nicht vollstreckbar: Art. 39 lit. b VwVG. Vgl. auch RDAF 1980, S. 329.

551 Vgl. WEBER-DÜRLER, S. 149.

552 Soweit nicht der Gesetzgeber Abhilfe schafft: Art. 47 WaG; zur früheren Rechtslage unter dem Forstpolizeigesetz: BGE 98 Ib 496 = Pra 62 Nr. 198.

553 Vgl. vorne, 55, 59.

fügung schlechthin und nicht bloss die Vollstreckbarkeit hemmen soll⁵⁵⁴. Angesichts der Rechtsfolgen, welche eine auf die Vollstreckbarkeit beschränkte Wirkung zeitigt, ist dies auch gerechtfertigt: Wird nur die Vollstreckbarkeit gehemmt, kann von einer erteilten Bewilligung trotz Anfechtung durch Dritte bereits Gebrauch gemacht werden.

Nach der Praxis des Bundesgerichtes ist demgegenüber von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung lediglich die Vollziehbarkeit oder aber auch die Wirksamkeit gehemmt hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, welchen Zwecken die aufschiebende Wirkung vernünftigerweise dienen soll⁵⁵⁵.

180. Legt man an die Problematik wiederum den materiellrechtlichen Massstab an, so ergibt sich das Folgende: Grundsätzlich hat die aufschiebende Wirkung zur Folge, dass eine Verfügung lediglich ex nunc Wirksamkeit erlangen kann; denn erst mit der Bestätigung durch die Rechtsmittelinstanz ist auch deren Rechtmässigkeit festgestellt. Soll demnach nur ein Teil der Rechtsfolgen einer Verfügung – nämlich die Vollstreckbarkeit – von der aufschiebenden Wirkung erfasst werden und die Wirksamkeit im übrigen eintreten, ist dies zu handhaben wie der Teilentzug der aufschiebenden Wirkung. Wiederum muss, soweit sich die aufschiebende Wirkung nur auf die sogenannte Vollstreckbarkeit beziehen soll, eine Gefährdung des Gesetzeszweckes vorhanden sein, damit die Verfügung bereits vom Erlass weg Rechtsfolgen zeitigt. Bei gestaltenden Verfügungen, die ein Tun, Dulden oder Unterlassen beinhalten, wird sich die Frage, ob die aufschiebende Wirkung nur die Vollstreckbarkeit hemme, in der Regel nicht stellen, da eine nachträgliche Vollstreckung nicht möglich ist⁵⁵⁶. Bei Verfügungen, die auf eine Geldleistung lauten, kann demgegenüber durchaus fraglich sein, ob nur die Vollstreckbarkeit oder auch die Entstehung oder zumindest die Fälligkeit der Forderung durch die Rechtsmitteleinlegung gehemmt wird. Grundsätzlich muss zwar auch hier gelten, dass diese ohne anderweitige gesetzliche Regelung erst mit Rechtskraft der Verfügung bzw. mit Entzug der aufschiebenden Wirkung fällig wird. Andererseits wird bei dieser Ausgangslage unter Umständen auch der grundlosen Rechtsmitteleinlegung Vorschub geleistet⁵⁵⁷ und damit die staatliche Aufgabenerfüllung gefährdet.

554 Anders noch, GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 3 f.; KÖLZ, Kommentar VRG, § 25, Rz. 25; auch RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1325. Demgegenüber bereits MEYLAN, S. 53 f.; SALADIN, S. 207; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 243; SCHAUB, S. 102; KÖLZ/HÄNER, Rz. 279; STEINMANN, S. 148; vgl. zur Diskussion in Deutschland: SCHOCH, S. 1162 ff.

555 BGE 106 Ia 159 E. 5 = Pra 69 Nr. 173; BGE 112 V 76. Zum Ganzen insbesondere auch STEINMANN, S. 148 f.

556 Darauf weist insbesondere KNAPP, Rz. 1094, hin.

557 STEINMANN, S. 149; KNAPP, Rz. 1095.

Die Praxis nimmt bei Geldleistungen nun aber generell auf den von GYGI postulierten Grundsatz⁵⁵⁸ Bezug und geht dort, wo sich keine Praktikabilitätsprobleme stellen und das Geld nachträglich noch eingefordert werden kann, davon aus, dass sich die eine Partei nicht zum Schaden der anderen bereichern soll, wenn im Nachhinein eine belastende Verfügung bestätigt wird. Die allgemeine präjudizielle Wirkung, dass sich die Rechtsmitteleinlegung jedenfalls bezahlt macht, wenn die Verfügung erst mit Rechtskraft wirksam wird, soll damit vermieden werden.

So dürfen die Haftpflichtversicherer nachträglich die Prämien nachfordern, wenn die Erhöhung der Prämien für die Autohaftpflicht angefochten wird. Ebenso tritt der gesenkte Spitaltarif rückwirkend in Kraft, wenn dessen Anfechtung erfolglos geblieben ist⁵⁵⁹. Im Sozialversicherungsrecht wird unabhängig der Rechtsmitteleinlegung eine (immerhin gesetzlich vorgesehene) Verzugszinspflicht mit Ablauf des Kalenderjahres, für welches die Beiträge geschuldet sind, angenommen⁵⁶⁰.

181. Meiner Auffassung nach sollte die Umkehrung des Grundsatzes, dass die aufschiebende Wirkung bei Geldleistungen nur die Vollstreckung hemmt, nicht in allen Fällen Gültigkeit haben. Durch ein überwiegendes Interesse gerechtfertigt ist die Vorwegnahme der Fälligkeit zweifellos dort, wo die staatliche Aufgabenerfüllung in Frage gestellt würde. Dies betrifft insbesondere Bereiche der Massenverwaltung wie das Sozialversicherungs- oder das Steuerrecht. In anderen Fällen allerdings, in welchen nicht gleichzeitig die Finanzierung der staatlichen Aufgaben ernsthaft gefährdet ist, sollte es bei der Wirksamkeit der Verfügung ex nunc bleiben und nicht lediglich die Vollstreckbarkeit gehemmt werden.

182. Letztlich ist es ohnehin eher fragwürdig, dass weder das Gesetz noch die Rechtsmittelinstanzen selbst vorweg diese Differenzierung vornehmen, sondern die Frage regelmässig erst ex post beantwortet wird⁵⁶¹. Da grundsätzlich von der vollständigen Wirksamkeit ex nunc auszugehen ist und im anderen Fall, wenn nur die Vollstreckbarkeit gehemmt wird, ein Teil der Rechtsfolgen der Verfügung vorweggenommen werden, wäre darüber ex ante – gemäss den oben genannten Grundsätzen auf Antrag oder von Amtes wegen⁵⁶² – zu entscheiden, welche Wirkung dem Suspensiveffekt zukommen soll. Dies drängt sich insbesondere auch auf, wenn die beschwerdeführende Person verzugszinspflichtig werden könnte, eine zwischenzeitlich bezogene

558 GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 11 f.; *ders.*, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 245.

559 BGE 112 V 76 E. 2b, mit Hinweis auf den ersten, offenbar nicht publizierten Fall.

560 SCARTAZZINI, S. 340; BGE 109 V 7 E. 4 = Pra 72 Nr. 297; ZAK 1992, S. 166 ff.: Fraglich erscheint in diesem Fall jedoch, dass die Verzugszinsen unabhängig einer von den Behörden verschuldeter Verfahrensverzögerung geschuldet sind.

561 STEINMANN, S. 149; BGE 106 Ia 159 E. 5 = Pra 69 Nr. 173; BGE 112 V 74.

562 Vgl. vorne, Rz. 148.

Rente zurückzahlen oder zwischenzeitlich Dispositionen rückgängig machen muss. Wird darüber nicht vorweg entschieden, könnte sich einer Restitution allenfalls insbesondere der Verhältnismässigkeitsgrundsatz entgegenstellen. Allenfalls drängt sich auch auf, Entstehung und Fälligkeit der Geldforderung gesetzlich festzulegen.

183. Ein spezieller Fall ist derjenige, in welchem die Aufhebung einer bisher ausgerichteten Rente angefochten ist⁵⁶³. Die aufschiebende Wirkung kann hier nicht bewirken, dass der materiellrechtlich an sich gerechtfertigte rückwirkende Widerruf⁵⁶⁴ einer Verfügung verhindert wird. Hier würde die Wirksamkeit der Verfügung als solche gefährdet. Dementsprechend kann in solchen Fällen etwa eine zu viel bezogene Rente gestützt auf Art. 47 Abs. 1 AHVG zurückgefordert werden⁵⁶⁵. Ist die Aufhebung aber lediglich ex nunc erlaubt, fällt der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verfügung grundsätzlich mit demjenigen der formellen Rechtskraft bzw. mit demjenigen des Entzuges der aufschiebenden Wirkung zusammen.

3. Restitution bei Regelungsmassnahmen

184. Die Frage, inwieweit eine Restitution zulässig ist und die Rückgängigmachung eines geschaffenen Zustandes verlangt werden darf, stellt sich nicht nur in den soeben genannten Fällen, sondern auch bei den Regelungsmassnahmen, wenn die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist oder andere vorsorgliche Massnahmen während des Verfahrens angeordnet wurden, die Entscheidung in der Folge aber gegenteilig ausfällt. Zum andern geht es aber auch um andere vorsorgliche Anordnungen, die vor Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens getroffen worden sind. Ergibt sich, dass eine Restitution unzulässig ist, kann bei zwischenzeitlich geschaffenen Dauersachverhalten unter Umständen gleichzeitig die Hauptentscheidung verunmöglicht werden.

185. Die Lehre geht zum Teil davon aus, dass bei einem gegenteiligen Endentscheid die mit der Regelungsmassnahme getroffene Interimsregelung widerrechtlich ist⁵⁶⁶.

Wird etwa die aufschiebende Wirkung zulässigerweise entzogen, weil die Wirksamkeit der Endentscheidung gefährdet ist, mithin ein schwerer Nach-

⁵⁶³ Vgl. zu diesem Fall KIESER, S. 191.

⁵⁶⁴ Dazu KNAPP, Rz. 1370ter, daran anschliessend auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 842a.

⁵⁶⁵ BGE 105 V 269 E. 3.

⁵⁶⁶ Vgl. insbesondere KNAPP, Rz. 1102; vgl. auch *ders.*, L'effectivité, S. 470.

teil droht, so kann die vorweggenommene Geltung der Verfügung nicht bedeuten, dass damit ein *unrechtmässiger* Zustand geschaffen worden ist; denn aus der Ex-ante-Betrachtung waren die Voraussetzungen zum Entzug des Suspensiveffektes gegeben. Allerdings: Stellt sich nachträglich heraus, dass die endgültige Verfügung nicht rechtens ist, erweist sich im Nachhinein auch die Annahme, es drohe ein schwerer Nachteil und damit die Massnahme als *ungerechtfertigt*⁵⁶⁷. Dies macht die zwischenzeitliche Regelung zwar nicht widerrechtlich im haftungsrechtlichen Sinn⁵⁶⁸. Da aber die erst nachträglich festgestellte Unrichtigkeit der Massnahme in der Vergangenheit begründet liegt⁵⁶⁹, ist die vorsorgliche Massnahme ex tunc aufzuheben⁵⁷⁰. Allerdings sind dabei – wie bei jeder Rückabwicklung eines mit behördlichem Einverständnis geschaffenen Zustandes – der Vertrauensschutz wie auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, insbesondere, wenn die Rückabwicklung zu Lasten des Einzelnen erfolgt.

186. Was das Vertrauensprinzip angeht, so wird dieses in der Regel wenig ins Gewicht fallen, weil infolge der Vorläufigkeit der Regelung häufig bereits der gute Glaube fehlt⁵⁷¹. Aus der Vorläufigkeit der vorsorglichen Anordnung muss die betroffene Person vernünftigerweise schliessen, dass die definitive Regelung anders ausfallen könnte und damit die zwischenzeitlich erlangten Vorteile rückgängig zu machen sind. Dazu kommt, dass Sachverhaltsabklärung und Rechtsüberprüfung nur summarisch erfolgen und somit anderweitige Erkenntnisse vorweg vorbehalten bleiben. Lediglich dort, wo ohne neue Tatsachen und Beweismittel, etwa infolge anderer rechtlicher Erkenntnisse, von einer Erfolgsprognose abgewichen wird, kann das Vertrauensprinzip allenfalls mit Erfolg angerufen werden. Ebenso ist denkbar, dass die konkreten Umstände darauf schliessen lassen, der in der Zwischenzeit erlangte Vorteil sei nicht auszugleichen.

Damit das Vertrauen geschützt wird, ist weiter vorausgesetzt, dass eine Vertrauensdisposition getätigt wird und die Interessenabwägung zugunsten

567 Vgl. vorne, Rz. 56.

568 Vgl. hinten, Rz. 195 ff.

569 KNAPP, Rz. 1370quater

570 Vgl. KOPP, S. 133 ff.: Setzt man die vorsorglichen Massnahmen inhaltlich den bedingten Verfügungen gleich, bildet die Ex-nunc-Aufhebung durchaus einen Diskussionspunkt; die Aufhebung hat alsdann vor den Regeln der Rückwirkung standzuhalten. Im Ergebnis wird sich jedoch wenig ändern, da das Vertrauensinteresse auch dort wenig ins Gewicht fallen wird.

571 Vgl. Vorne, Rz. 100.

des Betroffenen ausfällt⁵⁷². Der Vertrauensschutz kann dabei bewirken, dass die zwischenzeitliche Regelung lediglich ex nunc aufgehoben werden darf; er kann aber auch dazu führen, dass die Endverfügung überhaupt keine Wirksamkeit entfalten wird.

Hätten sich zum Beispiel die zugelassenen Studierenden an der Universität Zürich infolge der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen den Numerus clausus mit Erfolg auf das Vertrauensprinzip berufen können, hätte die Zulassungsbeschränkung auch bei Obsiegen des Kantons nicht mehr durchgesetzt werden können⁵⁷³.

Muss sich die Behörde infolge überwiegendem öffentlichen Interesse von der Vertrauensgrundlage entbinden, stellt sich die Frage, inwieweit der Staat das Risiko für die Fehlentscheidung mitzutragen und für den Vertrauensschaden aufzukommen hat⁵⁷⁴. Sind Dritte davon betroffen, kann sich im umgekehrten Fall, wenn sich die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden fühlt und der den Dritten belastende Verwaltungsakt nicht mehr aufgehoben wird, die Frage der Staatshaftung stellen⁵⁷⁵.

187. Weiter kann das Verhältnismässigkeitsprinzip einer Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes entgegenstehen. Erneut sei in diesem Zusammenhang auf die Praxis über die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verwiesen, wenn eine Baute widerrechtlich erstellt wurde. Nach dieser Praxis kann sich auch der Bösgläubige auf das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen⁵⁷⁶, wobei die Interessenabwägung wohl in vielen Fällen dazu führen wird, dass grundsätzliche Überlegungen zum Schutz der Rechtsord-

572 Nicht ohne weiteres klar ist, inwieweit getätigte Dispositionen zu berücksichtigen sind: Wendet man (sinngemäss) allein die Widerrufsregeln an, so sind sie in der Regel nicht zu berücksichtigen: dazu HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 558; geht man dagegen in Bezug auf die Erfolgsprognose von einer Auskunft aus, wären die Dispositionen unabdingbar für die Verbindlichkeit derselben, so RB ZH 1995 Nr. 96. Bei genauerem Hinsehen allerdings erweist sich die Frage von geringem praktischem Wert, weil die mangelnde Disposition kaum zu einem Obsiegen in der Interessenabwägung führen wird, WEBER-DÜRLER, S. 99 f.

573 Zum Entscheid in der Sache vgl. BGE 121 I 22 = Pra 84 Nr. 216.

574 Der Vertrauensschaden wird jedoch nur in sehr seltenen Fällen ersetzt, vgl. dazu WEBER-DÜRLER, S. 140 ff.

575 Vgl. nun die gesetzliche Regelung in Art. 34 BoeB, PVG 1977 Nr. 117. Da der Weiterbestand des an sich widerrechtlichen Zustandes im Hinblick auf das Vertrauensprinzip gerechtfertigt ist, stellt sich angesichts des strengen Widerrechtlichkeitsbegriffs allerdings die Frage, ob hier überhaupt noch eine Widerrechtlichkeit im haftungsrechtlichen Sinn vorliegt; hier kann immerhin eingewendet werden, dass ex ante eine Widerrechtlichkeit vorgelegen hat und der geschaffene Zustand gesetzeswidrig bleibt, vgl. auch hinten, Rz. 198.

576 Vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 7. April 1982, ZBl 1983, S. 284, insbesondere E. 4b, teilweise wiedergegeben bei HALLER/KARLEN, Rz. 893. BGE 116 Ia 179; 115 Ib 442 E. aa.

nung den Vorrang haben werden⁵⁷⁷. Die Fertigstellung oder das Stehenlassen einer Baute beispielsweise, die sich gemäss dem Rechtsmittelentscheid als widerrechtlich erweist, ist im Hinblick auf diese Grundsätze nur in Ausnahmefällen zulässig. Selbst ein hoher Schaden für den Bauherrn kann zum Abbruch der Baute führen, soweit die Rechtsverletzung mehr ins Gewicht fällt⁵⁷⁸.

Gleich gelagert war der Fall, in welchem infolge der sehr langen Zeit und der guten Leistungen zweier Schüler von einer nachträglichen Rückversetzung abgesehen wurde, nachdem die Zulassung derselben in die Sekundarschule vorsorglich gewährt worden war⁵⁷⁹.

188. Bezüglich der Rückzahlung zuviel bezogener Geldleistungen ist gemäss den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung vorzugehen⁵⁸⁰. Allerdings sollte hier ebenso das Verhältnismässigkeitsprinzip massgebend sein. Wird etwa ein Vorschuss gestützt auf Art. 15 OHG gewährt oder eine andere Geldleistung ausgerichtet, sei es vorsorglich, sei es, weil dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung (Aufhebung einer zuvor verfügbarmässig zugesprochen Leistung) zukommt, könnte von einer Rückerstattung abgesehen werden, wenn deshalb finanzielle Not entstünde⁵⁸¹.

Als unzulässig dürfte sich allerdings die Abschöpfung von Gewinnen erweisen, wenn beispielsweise eine Berufsausübung vorläufig bewilligt wurde. Abgesehen davon, dass dazu eine gesetzliche Grundlage erforderlich wäre⁵⁸², könnte eine derartige Restitution auch in Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsprinzip treten.

189. Bei einer Rückabwicklung zugunsten des Betroffenen⁵⁸³ werden sich demgegenüber kaum Fragen der Verhältnismässigkeit stellen. Indessen ist hier (wie im übrigen auch im andern Fall) wiederum zu beachten, dass ein Tun, Dulden oder Unterlassen für sich genommen nicht rückgängig gemacht werden kann. Eine Folgenbeseitigung in Natura ist hier somit nicht möglich, es sei denn, es gehe um finanzielle Ansprüche, wie dies beispielsweise beim Entzug der aufschiebenden Wirkung einer angefochtenen Kündigung der Fall

577 MÄDER, S. 344. Vgl. auch REYMOND, S. 407 mit Anm. 103.

578 Vgl. ZBl, a.a.O.

579 AGVE 1990, S. 494.

580 Es gelten die obligationenrechtlichen Bestimmungen von Art. 62 Abs. 2 OR (condictio ob causam finitam) analog: IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 32 B I.

581 Die Kantone sind befugt, auf die Rückerstattung zu verzichten, falls das Opfer in eine schwierige Lage gerät: Art. 5 Abs. 3 OHV. Art. 47 Abs. 1 AHVG verlangt allerdings gleichzeitig guten Glauben. Im Sozialversicherungsrecht dürfte die Inanspruchnahme der Fürsorge zudem nicht ohne weiteres genügen, um auf die Restitution zu verzichten, vgl. BGE 105 V 269 E. 3 = Pra 69 Nr. 225.

582 HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 950a.

583 Hier können auch Sanktionsmassnahmen relevant werden.

ist; die entgangenen Lohnansprüche können in diesem Fall zurückerstattet werden⁵⁸⁴.

190. Im Hinblick auf die vorsorglichen Massnahmen vor Einleitung eines Verfahrens kann eine Restitution bei einer gegenteiligen oder anderen dem Gesetz entsprechenden Verfügung in dem Fall fraglich sein, in welchem der Verfügungsadressat nicht mehr mit dem Erlass der Hauptverfügung rechnen musste. Nahm die betroffene Person zu Recht einen Verzicht der Behörden an, vermögen – entsprechend den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes⁵⁸⁵ – nur überwiegende öffentliche Interessen eine Restitution zu rechtfertigen. Hierin zeigt sich erneut die Bedeutung der Befristung einer vor Verfahrenseinleitung erlassenen Hauptverfügung.

4. Die Zulässigkeit der Verwahrung (Vorbehalt der Endverfügung)

191. Häufig verwahren sich die Behörden ausdrücklich davor, dass der vorsorglichen Massnahme Bindungswirkung zukommen soll und verweisen beispielsweise darauf, dass der vorzeitige Baubeginn auf eigenes Risiko geschieht⁵⁸⁶.

Im Fall des Numerus-clausus-Entscheides, der den Kanton Zürich betraf, erteilte das Bundesgericht der staatsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit dem Hinweis, dass die Studierenden auf eigenes Risiko mit dem Studium beginnen⁵⁸⁷.

Die Vorbehalte werden in diesem Zusammenhang kaum in Frage gestellt⁵⁸⁸. Angesichts der geringen Wirkung des Vertrauensprinzips bei vorsorglichen Massnahmen ist dies auch nicht weiter verwunderlich. Zwar erweist sich ein solcher Vorbehalt nicht als unzulässig, zumal das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in diesem Fall ohnehin nicht besonders gross ist⁵⁸⁹.

Doch bleibt auch seine Tragweite beschränkt. Insbesondere kann sich der Vorbehalt nicht auch auf das Verhältnismässigkeitsprinzip beziehen, da es sich dabei um einen Verfassungsgrundsatz handelt, an welchen die Behörde

584 BGE 99 Ib 134 = Pra 62 Nr. 146; SCHAUB, S. 106, 107.

585 WEBER-DÜRLER, S. 231 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 549 f.

586 Vgl. VPB 1994/58 Nr. 6; aus der kantonalen Praxis etwa PVG 1977, S. 184; BGE 116 Ib 36 E. c. STEINMANN, S. 150 f.

587 Vgl. BGE 121 I 22 = Pra 84 Nr. 216.

588 Vgl. SCHAUB, S. 107.

589 Vgl. zur Verwahrung durch die Behörden WEBER-DÜRLER, S. 81 ff. insbesondere S. 83.

gebunden ist. Ferner wäre es unzulässig, damit gleichzeitig einen Ausschluss der Haftung für eine widerrechtliche Massnahme erwirken zu wollen⁵⁹⁰.

5. Abänderbarkeit der Verfügung und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen

192. Bezüglich der Abänderbarkeit vorsorglicher Massnahmen bestehen verschiedene Auffassungen. Zum einen wird die Ansicht vertreten, Anordnungen über vorsorgliche Massnahmen und über die aufschiebende Wirkung sollen jederzeit abänderbar sein⁵⁹¹. Auf der anderen Seite wird jedoch wie bei anderen formell rechtskräftigen Verfügungen vorausgesetzt, dass nur eine wesentliche Änderung der Umstände, der Sach- oder Rechtslage, eine Änderung der Verfügung herbeiführen können⁵⁹². Da vorsorgliche Anordnungen im Rahmen ihres eigenen Geltungsumfanges grundsätzlich gleichermassen eine Vertrauensgrundlage bilden und in diese insoweit auch vertraut werden darf, ist letztere Auffassung gerechtfertigt.

6. Ende der Wirkung vorsorglicher Massnahmen

193. Grundsätzlich wird es so gehalten, dass die aufschiebende Wirkung mit dem Entscheid in der Hauptsache dahinfällt und – soweit erforderlich – bezüglich des weiteren Rechtsmittelverfahrens neue Anordnungen zu treffen sind. Vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn dagegen fallen erst mit dem formell rechtskräftigen Entscheid dahin⁵⁹³.

Bei Rückweisungsentscheiden kann sich aufdrängen, den Entzug der aufschiebenden Wirkung mit der Rückweisung nicht wegfallen zu lassen.

Wird beispielsweise eine bisher zu 100% ausgerichtete Rente von der Verwaltungsbehörde revisionsweise herabgesetzt und in der Folge im Rechtsmittelverfahren die Herabsetzung aufgehoben, die Sache aber zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückgewiesen, so drängt sich aus Gründen der Rechtsgleichheit auf, die revidierte Verfügung vorläufig bis zum Erlass der neuen Verfügungsverfügung weiter gelten

590 Vgl. GROSS, S. 321 ff.

591 KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 16; vgl. auch STEINMANN, S. 147, SCARTAZZINI, S. 339, GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 143.

592 SCHAUB, S. 91 f.; KUHN, S. 256; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1095.

593 Vgl. SCHAUB, S. 92 f., 104 f.; KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 18; vgl. auch SCARTAZZINI, S. 339, zur aufschiebenden Wirkung, RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1095; KÖLZ/HÄNER, Rz. 146, S. 96.

zu lassen. Denn würde die Rechtsmittelinstanz die Abklärungen selber treffen, so würde der Entzug der aufschiebenden Wirkung gleichermassen weiterhin Gültigkeit haben⁵⁹⁴.

Fraglich ist immerhin, ob es sich dabei nicht um vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn handelt. Die aufschiebende Wirkung ist ein Institut, das an eine ergangene Verfügung anknüpft. Wird diese aufgehoben, kann auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht mehr weitergelten.

594 SCARTAZZINI, S. 340; BGE 106 V 19 E. 3 = Pra 69 Nr. 279.

IX. Haftung

1. Staatshaftung

A. Allgemeines

194. Die üblichen Voraussetzungen, damit die Staatshaftung zum Tragen kommt, sind einmal, dass eine beamtete Person im Sinne des Haftungsrechts handelt, dass die Handlung oder Unterlassung im hoheitlichen Tätigkeitsbereich liegt und in Ausübung dieser Tätigkeit vorgenommen wird; sodann müssen die Widerrechtlichkeit, der Vermögensschaden sowie der adäquate Kausalzusammenhang gegeben sein. Schliesslich darf kein Grund für die Einschränkung der Haftung eintreten; vor allem ist das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes zu beachten und sind die Rechtsmittel des Verwaltungsrechtsschutzes auszuschöpfen⁵⁹⁵.

195. Anlass zu Diskussionen gibt im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Widerrechtlichkeit⁵⁹⁶.

Die dringlichste Frage ist dabei, ob die Widerrechtlichkeit der zwischenzeitlichen Regelung in Zusammenhang steht mit dem Ausgang des Hauptverfahrens. Es stellt sich mithin die Frage, ob ein Verfahrensausgang, welcher der zwischenzeitlichen Regelung entgegengesetzt ist, bereits die Widerrechtlichkeit der Interimslösung zu begründen vermag. Die Auffassung wird in der Lehre, soweit ersichtlich, überwiegend verneint⁵⁹⁷. Im Hinblick auf den Widerrechtlichkeitsbegriff gemäss dem Staatshaftungsrecht ist dies grundsätzlich gerechtfertigt.

196. Bei einer widerrechtlichen positiven Anordnung muss allgemein ein Verstoß gegen eine Rechtsnorm vorliegen, welche das verletzte Rechtsgut schützt⁵⁹⁸. Dabei reicht nicht jede Rechtsverletzung aus, sondern es muss eine

⁵⁹⁵ Zu diesen Voraussetzungen HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1748 ff.

⁵⁹⁶ Vgl. zu den übrigen Voraussetzungen im Einzelnen insbesondere SCHAUB, S. 108 ff.; vgl. auch KUHN, S. 257 ff.

⁵⁹⁷ MEYLAN, S. 61, SCHAUB, S. 110 f.; STEINMANN, S. 151; BGE 100 Ib 499 E. b.

⁵⁹⁸ Ein weiteres Beispiel vermag die Differenzierung zu unterstreichen: Art. 5 Abs. 5 EMRK sieht eine Entschädigungspflicht vor, wenn die Inhaftierung entgegen den Bestimmungen von Art. 5 EMRK erfolgt ist. Vorausgesetzt ist somit ein unrechtmässiger Freiheitsentzug. Demgegenüber sehen kantonale Strafprozessordnungen auch eine Entschädigungspflicht vor, wenn sich die Haft nachträglich als ungerechtfertigt erweist. Wie bei Art. 84 Abs. 1 BZP liegt im letzteren Fall eine Kausalhaftung vor, die weder ein Verschulden *noch eine Amtspflichtverletzung* beinhaltet, dazu GROSS, S. 90 f. sowie BGE 110 Ia 142 f. = Pra 74 Nr. 2; zudem verweist SCHAUB, S. 111, zu Recht darauf hin, dass bei neuen Erkenntnissen, die zu einer Änderung der vorsorglichen Massnahme führen, auch nicht von einer Widerrechtlichkeit der ursprünglichen Massnahme gesprochen werden könne.

Norm verletzt worden sein, die gerade den Schutz des Geschädigten bezweckt⁵⁹⁹.

In erster Linie massgebend ist das Handlungsunrecht. Selbst dort, wo der Staat in absolut geschützte Rechtsgüter eingreift, kann eine Rechtfertigung des Eingriffs dadurch erfolgen, dass die Behörde amtspflichtgemäss gehandelt hat⁶⁰⁰. Soweit Rechtsakte in Frage stehen, genügt es zudem nicht, dass sich diese im Rechtsmittelverfahren als unrichtig, gesetzeswidrig oder sogar willkürlich erweisen. Vielmehr muss der Richter oder die Beamtin eine wesentliche Amtspflicht verletzt haben⁶⁰¹ und eine ausgesprochene Verfehlung vorliegen, wie Missbrauch des Ermessens, eine Verletzung klaren Rechts oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, unkorrektes Behandeln von Akten oder gar böswilliges Handeln⁶⁰².

Die in Bezug auf die Haftung Privater entwickelte Rechtsprechung zu Art. 41 OR kann hier durchaus zum Vergleich beigezogen werden, da sich der dortige Widerrechtlichkeitsbegriff, soweit es um die Frage des Handlungsunrechts geht, nicht von demjenigen im Staatshaftungsrecht unterscheidet⁶⁰³. Auch danach ist erforderlich, dass eine prozessuale Verhaltensnorm verletzt worden ist; allein die Vermögensschädigung infolge des vorsorglichen Massnahme entgegengesetzten Verfahrensausgangs genügt nicht⁶⁰⁴.

Mit anderen Worten: Die Staatshaftung ist zwar (überwiegend) als Kausalhaftung⁶⁰⁵ ausgestaltet, doch ist gleichermassen ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm vorausgesetzt. Eine Abweichung von der objektiven Theorie, wie sie etwa in Art. 84 BZP, der die Haftung der privaten Gegenpartei (im zivilrechtlichen Verfahren) regelt, vorgesehen ist⁶⁰⁶, wäre im Hinblick auf die Bestimmungen über die Staatshaftung unzulässig⁶⁰⁷.

197. Im Lichte dieser Grundsätze ergibt sich, dass jedenfalls ein Verstoss gegen eine prozessuale Norm oder eine materiellrechtliche Norm gegeben

599 Vgl. BGE 116 Ib 374 E. 5 = Pra 81 Nr. 16, GROSS, S. 154.

600 Vgl. GROSS, S. 148 ff.

601 BGE 120 Ib 249 E. b = Pra 84 Nr. 100; BGE 118 Ib 163 = Pra 83 Nr. 32; GADOLA, Drittbeschwerde, S. 118.

602 GADOLA, Drittbeschwerde, S. 119. Der Unterschied zum willkürlichen Handeln dürfte allerdings schwer festzustellen sein, weshalb die Lehre zum Teil – und zu Recht – davon absehen möchte, vgl. etwa SCHAUB, S. 113.

603 Vgl. BGE 117 II 394 = Pra 81 Nr. 184; zum Vergleich der Widerrechtlichkeitsbegriffe, GROSS, S. 145 f.; der Begriff ist aber insoweit strenger zu handhaben, als bei Amtspersonen eine wesentliche Verletzung einer Amtspflicht vorliegen muss, vgl. das Beispiel in BGE 120 Ib 250 E. 2cc = Pra 84 Nr. 100.

604 REYMOND, S. 394; GADOLA, Drittbeschwerde, S. 103 f.; BGE 112 II 35 E. 2a.

605 Vgl. den Überblick bei GADOLA, Drittbeschwerde, S. 116.

606 Dazu hinten, Rz. 210 f.; vgl. insbesondere auch REYMOND, S. 399.

607 Etwa im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 VG.

sein muss, damit eine vorsorgliche Massnahme als widerrechtlich qualifiziert werden kann. Ordnet die Behörde Massnahmen an, ohne dass die Voraussetzungen erfüllt sind, oder weist sie entsprechende Anträge zurück, verweigert sie beispielsweise den Entzug der aufschiebenden Wirkung, obwohl eine solche begründet wäre, kann darin eine Widerrechtlichkeit im Sinne der Staatshaftungsbestimmungen liegen. Keine Widerrechtlichkeit liegt nach dieser Konzeption hingegen vor, wenn sich die Massnahme nachträglich als ungerechtfertigt erweist, weil das Verfahren gegenteilig ausfällt und die Verfügung in der Hauptsache aufgehoben wird⁶⁰⁸. In einem solchen Fall kann der Behörde keine Amtspflichtverletzung vorgeworfen werden⁶⁰⁹.

198. Andere Anknüpfungspunkte ergeben sich bei negativen Verfügungen. Hier bleibt der Suspensiveffekt wirkungslos. Die Anordnung gegenteiliger vorsorglicher Massnahmen bedarf einer qualifizierten Begründung. Besteht keine Gefahr eines schweren Nachteils, kann die Verfügung, um welche ersucht worden war, nicht vorweggenommen werden und auch kein zwischenzeitlicher Schadenersatz geltend gemacht werden. Hingegen kann für die ausgesprochen verfehlte Verfügung dasjenige Gemeinwesen, von welchem die Verfügung ausgegangen ist, ersatzpflichtig werden⁶¹⁰. Diese Schadenersatzpflicht ist von der soeben besprochenen Ersatzpflicht für den zwischenzeitlichen Schaden infolge einer angeordneten oder unterlassenen vorsorglichen Massnahme somit zu unterscheiden.

Dazu folgende Beispiele⁶¹¹:

Das zuständige Bundesamt verweigert die Bewilligung für die Einfuhr von Elefanten, die ein Zoo gekauft hatte. Im Laufe des Rechtsmittelverfahrens sterben die Elefanten in der Quarantäne unerwartet. Die letzte Instanz stellt im Nachhinein qualifizierte Rechtsmängel in der Verweigerungsverfügung fest. Nach dem Gesagten wäre die Staatshaftung insoweit zu verneinen, als sie an diesen letztinstanzlichen Entscheid anknüpft, weil im Laufe des Rechtsmittelverfahrens nicht klar war, dass

608 Zur pflichtwidrigen Unterlassung, GROSS, S. 160 f.

Fraglich ist, ob der Widerrechtlichkeitsbegriff gemäss Art. 57 LMG, wonach die Körperschaft für widerrechtlich angeordnete vorsorgliche Massnahmen haftet, weiter zu fassen ist und Massnahmen eingeschlossen sind, welche sich erst im Nachhinein als ungerechtfertigt erweisen; die Bestimmung bezweckt wohl mehr, das Schadenersatzrecht im Lebensmittelbereich zu vereinheitlichen, als den Widerrechtlichkeitsbegriff auszudehnen, da auch hier die Kantone und allenfalls die Gemeinden haftbar werden könnten, vgl. Botschaft dazu, Sonderdruck, S. 75.

609 Damit wird erneut der Stellenwert der Erfolgsprognose deutlich, da diese bis zu einem gewissen Grad Massnahmen, die sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen, zu verhindern vermag.

610 Nach der Schutznormtheorie muss allerdings ein Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung bestanden haben, vgl. SCHÖN, S. 60 f.

611 In Anlehnung an das Beispiel in HÄFELIN/MÜLLER, RZ. 1759. In diesem Sinn auch GYGI, Aufschiebende Wirkung, S. 12. SCHÖN, S. 123.

den Elefanten eine schwere und unmittelbare Gefahr droht. Hingegen kann sich der Zoo auf die falsche (negative) Verfügung des Bundesamtes berufen und gestützt darauf Schadenersatz geltend machen.

Entsteht einem Beschwerdeführer, der eine Pferdezucht betreibt, ein Schaden, weil die Eidgenössische Pferdeschaukommission einen Hengst zunächst nicht als Zuchthengst anerkannt hat, das Gesuch um Anerkennung aber nach einer Rückweisung durch das Bundesamt für Landwirtschaft nach einem Jahr gutheissen muss, kann sich der Pferdezüchter im anschliessenden Schadenersatzprozess auf die qualifizierte Unrichtigkeit der negativen Verfügung berufen⁶¹².

199. Insgesamt unterliegt der Staat als Gegenpartei den Regelungen der Staatshaftung. Art. 84 Abs. 1 BZP hingegen ist nicht anwendbar. Abgesehen davon, dass die Anwendung dieser Bestimmung im Verwaltungsprozess grundsätzlich fragwürdig ist⁶¹³, kann auch der Kanton nicht gestützt darauf haftbar gemacht werden, wenn er im Prozess vor Bundesgericht unterliegt, die vorsorglichen Massnahmen aber zu seinen Gunsten ausgefallen sind. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Haftung gemäss den entsprechenden Haftungsgesetzen zu prüfen.

200. Ähnlich ist die Norm von Art. 34 BoeB ausgestaltet. Nach Art. 28 Abs. 1 BoeB wird als gesetzliche Regelungsmassnahme die aufschiebende Wirkung ex lege entzogen. Ficht eine Mitbewerberin oder ein Mitbewerber die Vergabe des Auftrages erfolgreich an, hat die Rekurskommission aber zu Recht von der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgesehen, können die zu Unrecht abgewiesenen Mitbewerber – in Anknüpfung an den widerrechtlich erfolgten, aber nicht mehr rückgängig zu machenden Zuschlag – Schadenersatz im gesetzlich vorgesehenen Umfang verlangen. Dem Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 BoeB nach darf hier zudem wohl nicht von einem derart engen Widerrechtlichkeitsbegriff ausgegangen werden, dass nur eine ausgesprochene Verfehlung zu einer Haftung führt.

B. Die Sondernorm von Art. 55 Abs. 4 VwVG (i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VwVG)

201. Die Bestimmung von Art. 55 Abs. 4 VwVG stellt eine Spezialnorm zum Verantwortlichkeitsgesetz dar und ist gemäss Art. 1 Abs. 3 VwVG auch für die letzten kantonalen Instanzen massgebend.

Art. 55 Abs. 4 VwVG sieht vor, dass bei willkürlichem Entzug der aufschiebenden Wirkung, oder wenn einem Begehren auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung willkürlich nicht oder verspätet entsprochen wird,

612 BGE 118 Ib 163 = Pra 83 Nr. 32.

613 Vgl. hinten, Rz. 210 f. Ebenso STEINMANN, S. 153.

die Körperschaft oder autonome Anstalt, in deren Namen die Behörde verfügt hat, für den daraus erwachsenen Schaden haftet.

Die Bestimmung erweist sich nicht in allen Teilen als geglückt. E contrario und weil sie als *lex specialis* zum Verantwortlichkeitsgesetz gilt⁶¹⁴, wird die Staatshaftung überhaupt ausgeschlossen, wenn die Behörde auf den Entzug der aufschiebenden Wirkung verzichtet oder die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, selbst wenn dies in willkürlicher Art und Weise geschieht oder gar Ermessensmissbrauch vorliegt⁶¹⁵.

Gadola weist zudem zu Recht darauf hin, dass sich die Haftung gestützt auf Art. 54 Abs. 4 VwVG letztlich als weniger streng erweist als diejenige nach dem Verantwortlichkeitsgesetz, da hier nicht, wie bei Art. 3 VG, eine krasse Rechtsverletzung der rechtskräftigen Verfügung sondern bloss Willkür vorliegen muss⁶¹⁶. Ursprünglich war wohl umgekehrt beabsichtigt, die Haftung im Fall der Anordnung über die aufschiebende Wirkung strenger ausfallen zu lassen, da die Entscheidung lediglich auf einer summarischen Prüfung beruht⁶¹⁷. Praktisch ist der Unterschied in dieser Hinsicht allerdings minim, weil sich die besonders stossende Rechtsverletzung graduell kaum mehr von der Willkür unterscheiden lässt⁶¹⁸. Sachgerecht hingegen ist, dass durch den Ausschluss des Verantwortlichkeitsgesetzes auch Art. 12 VG nicht anwendbar ist; selbst eine bereits rechtskräftige Verfügung über vorsorgliche Massnahmen kann somit im Haftungsverfahren noch geprüft werden⁶¹⁹.

202. Der Wortlaut des Gesetzes lässt schliessen, dass die Haftungsbestimmung nur auf Anordnungen über die aufschiebende Wirkung im vorerwähnten Sinn anwendbar ist, während für die vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn das Verantwortlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangt⁶²⁰. Dies wird auch als Mangel angesehen und eine Lücke im Gesetz geltend gemacht⁶²¹. Infolge des teilweisen Haftungsausschlusses in Art. 55 Abs. 4 VwVG rechtfertigt sich allerdings die analoge Anwendung auf die Fälle von Art. 56 VwVG nicht und ist daran festzuhalten, dass hier keine Spezialnorm im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VG besteht. Zwar ist alsdann die Anwendung von

614 Art. 3 Abs. 2 VG, BGE 100 Ib 496 E. 1. VPB 1986/50 Nr. 30, S. 213 E. b (Bundesgerichtsentscheid).

615 SALADIN, S. 209. VPB, a.a.O.

616 GADOLA, Drittbeschwerde, S. 121.

617 Vgl. KÖLZ, Kommentar VRG, § 6, Rz. 4; SCHAUB, S. 112; KÖLZ/HÄNER, Rz. 282; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1333.

618 Vgl. vorne, Anm. 602.

619 BGE 100 Ib 500 E. 4; SCHAUB, S. 114 f.

620 So SCHAUB, S. 113; KÖLZ/HÄNER, Rz. 284; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1333.

621 GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 247; STEINMANN, S. 151 f.

Art. 12 VG nicht unproblematisch, doch kann hier durchaus eine Koordination gefunden werden.

C. Die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes

203. Im Verfahren vor Bundesgericht wie auch in den Fällen von Art. 56 VwVG gilt somit das Verantwortlichkeitsgesetz. Zu Diskussionen Anlass gibt vor allem die Tragweite von Art. 12 VG, wonach formell rechtskräftige Verfügungen nicht mehr geprüft werden können.

Im Hinblick darauf, dass die Anfechtung vorsorglicher Massnahmen unter Umständen, nach Rechtskraft der Hauptverfügung, gegenstandslos werden könnte und deshalb das Rechtsmittel gegen die vorsorgliche Massnahme abgeschrieben wird, erweist sich die strikte Anwendung von Art. 12 VG unter Umständen als nicht gerechtfertigt. Das prozessuale Vorgehen bedarf der Koordination: Entweder werden die Rechtsmittelverfahren gegen vorsorgliche Massnahmen trotz nachträglichem Wegfall des Rechtsschutzinteresses in der Sache in allen Fällen weitergeführt, indem im Hinblick auf ein allfälliges Schadenersatzverfahren ein praktisches Interesse weiterhin bejaht wird, oder aber es wird von einer strikten Anwendung von Art. 12 VG (bzw. den analogen Bestimmungen im kantonalen Recht) abgesehen. Im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde hat sich das Bundesgericht zumindest kritisch zur Einschränkung der Überprüfung der rechtskräftigen Verfügung im Haftungsprozess ausgesprochen, wenn diese aus prozessualen Gründen nicht mehr angefochten werden kann, ohne allerdings endgültig dazu Stellung zu nehmen⁶²². Die Regelung von Art. 12 VG bezweckt, die Einmaligkeit des Rechtsschutzes sicherzustellen. Kann jedoch kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden, steht dieser Grundsatz auch nicht in Frage.

Gerade aus diesem Grund dürfte sich auch die Anwendung von Art. 12 VG auf die Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen des Abteilungspräsidenten des Bundesgerichts als eher fragwürdig erweisen⁶²³. Alsdann würde sich die Unterstellung des Bundesgerichts unter das Haftungsgesetz insgesamt als illusorisch erweisen, da das Bundesgericht praktisch nur in Rechtsakten im Sinne von Art. 12 VG handelt⁶²⁴.

622 BGE 118 Ia 491 E. c, mit Hinweis auf BGE 110 Ia 142 f. = Pra 74 Nr. 2, wobei es dort um den Schadenersatz für ungerechtfertigte und unrechtmässige Inhaftierung auch gemäss Art. 5 Abs. 5 EMRK ging. Vgl. auch SCHÖN, S. 211 ff.

623 Für eine Anwendung tritt STEINMANN, S. 152, ein; dagegen wendet sich SCHAUB, S. 114.

624 Art. 1 Abs. 1 lit. c und Art. 10 VG, Art. 116 OG. Vgl. auch VPB 1986/50 Nr. 36.

2. Haftung der privaten Drittbeschwerdeführer und Verbände

A. Gestützt auf Art. 41 OR

204. Auf Bundesebene werden in der Regel zwei mögliche Rechtsgrundlagen erwähnt: Einerseits Art. 41 OR und andererseits, für das Verfahren vor Bundesgericht, Art. 40 OG i.V.m. Art. 84 BZP⁶²⁵, wo eine Kausalhaftung in dem Sinne vorgesehen ist, dass kein Verstoss gegen prozessuale Vorschriften vorliegen muss, sondern das Unterliegen im Prozess für sich allein genügt. Alsdann haftet diejenige Partei für den zwischenzeitlichen Schaden, welche vorsorgliche Massnahmen beantragt hat.

Die Bestimmungen betreffen die Haftung unter den Privaten. Deren Anwendung kann somit bei Drittbeschwerden aktuell werden.

205. Art. 41 OR erweist sich als eine äusserst strenge Bestimmung, auf welche sich ein benachteiligter Verfügungsadressat wohl kaum mit Erfolg berufen können. Fast unüberwindbar wird wiederum einerseits die Hürde der Widerrechtlichkeit, andererseits aber auch der Nachweis des Verschuldens sein⁶²⁶.

Vorweg ist zu beachten, dass auch Dritte im Rahmen der Rechtsschutzgarantie⁶²⁷ gemäss Art. 4 Abs. 1 BV ein verfassungsmässig gewährleistetes Recht auf Inanspruchnahme derjenigen Rechtsmittel haben, welche ihnen vom Verfahrensrecht eingeräumt werden⁶²⁸.

206. Die Widerrechtlichkeit verlangt – wiederum der objektiven Theorie folgend – , dass die beschwerdeführende Partei eine prozessuale Verhaltensnorm verletzt oder gegen ein ungeschriebenes Gebot der Rechtsordnung verstösst⁶²⁹.

Die Widerrechtlichkeit kann darin bestehen, dass die Rechtsmittelerhebung als solche rechtsmissbräuchlich ist. Dieser Aspekt wird insbesondere bedeutsam, wenn dem Rechtsmittel ex lege aufschiebende Wirkung zukommt und ein Entzug derselben nicht möglich ist⁶³⁰. Die beschwerdefüh-

625 Art. 19 VwVG ist abschliessend zu verstehen: KÖLZ/HÄNER, Rz. 283; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1335.

626 GADOLA, Drittbeschwerde, S. 109; REYMOND, S. 398.

627 Zu dieser Terminologie neuerdings RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 207.

628 Im Einzelnen GAODLA, Drittbeschwerde, S. 102 f.; CASANOVA, S. 109.

629 REYMOND, S. 394; GADOLA, Drittbeschwerde, S. 103; CASANOVA, S. 110 ff.; MEYLAN, S. 60; kritisch zu diesem Widerrechtlichkeitsbegriff, aber ohne Bezug auf das Verfassungsrecht, GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 248.

630 Ist ein schwerer Nachteil dargetan, ist die aufschiebende Wirkung aber in jedem Fall zu entziehen, allerdings in der Regel nur auf Antrag hin, wenn die Angelegenheit von der Dispositionsmaxime beherrscht ist. Handelt die Behörde trotzdem nicht, wird sich die Frage der staatlichen Mitverantwortung stellen, vgl. REYMOND, S. 404 f.

rende Partei darf mit dem Rechtsmittel nicht andere Zwecke als den Rechtsschutz verfolgen, etwa einzig die Verzögerung des Bauvorhabens oder die finanzielle Schädigung der Gegenpartei. Auch eine Rechtsmitteleinlegung, allein um eine ungerechtfertigte Entschädigung zu erlangen, wäre als rechtsmissbräuchlich und damit widerrechtlich zu qualifizieren. Im Einzelnen sind die Voraussetzungen von Art. 41 OR aber nur erfüllt, wenn die Absichten des Beschwerdeführers ohne jede Berechtigung und ohne jedes Interesse bleiben und die Aussichten auf Erfolg von Anfang an überhaupt nicht gegeben waren⁶³¹; die Inanspruchnahme eines staatlichen Verfahrens muss somit missbräuchlich, treuwidrig oder böswillig erfolgen⁶³².

Aber auch die Antragstellung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen kann rechtsmissbräuchlich im genannten Sinn ausfallen, wobei sich in solchen Fällen häufig das Rechtsmittel als solches missbräuchlich erweisen dürfte. Umgekehrt kann auch in unzulässigerweise darauf hingewirkt werden, dass vorsorgliche Anordnungen unterlassen werden⁶³³.

207. In Bezug auf das Verschulden reicht es nicht, dass die Prozesschancen leicht fahrlässig falsch eingeschätzt wurden. Vielmehr ist erforderlich, dass arglistiges Handeln oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt⁶³⁴. Im Falle des Rechtsmissbrauches wird die grobe Fahrlässigkeit stets bejaht werden können⁶³⁵: Legt jemand ein Rechtsmittel ohne jegliche Chance des Obsiegens, bzw. das aussichtslos ist⁶³⁶, ein und lässt er bei der Abschätzung der Prozesschancen die von ihm zu erwartende Sorgfalt vermissen, ist in der Regel auch die alleinige Schädigungs- oder Verzögerungsabsicht dargetan. Bei Laien muss der Sorgfaltsmassstab allerdings tief angesetzt werden⁶³⁷.

B. Kausalhaftung?

208. Angesichts dieser strengen Voraussetzungen ist es kaum verwunderlich, dass häufig dafür gehalten wird, die Bestimmungen über die Kausalhaftung insbesondere gemäss Art. 84 BZP auch im staatsrechtlichen oder verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren anzuwenden. Einige Kantone ha-

631 Vgl. BGE 115 II 232 = Pra 79 Nr. 13: Soweit das Begehren nicht aussichtslos ist, liegt kein Rechtsmissbrauch vor.

632 BGE 117 II 398 f.; Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 6.3.1995, in: URP 1995, S. 521 ff.

633 SCHAUB, S. 122.

634 BGE 117 II 398 E. 4, 112 II 35 E. b-d; SCHAUB, S. 125 f.; REYMOND, S. 396.

635 REYMOND, S. 395 f.; GADOLA, Drittbeschwerde, S. 108.

636 «Nulle a priori»: BGE 112 II 35 E. 2 b-d; Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 6.3.1995, in: URP 1995, S. 523 E. b.

637 GADOLA, Drittbeschwerde, S. 107 f.; CASANOVA, S. 134 ff.

ben eine derartige Kausalhaftung in ihre Verwaltungsrechtspflegegesetze aufgenommen⁶³⁸.

209. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine derartige Kausalhaftung jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Bestimmungen über eine Sicherheitsleistung, die allfällige Schäden der Gegenpartei sicherstellen soll, werden den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht gerecht. Bei derartigen Regelungen geht es um die Sicherstellung des Schadenersatzes gemäss Art. 41 OR⁶³⁹.

Fraglich ist auch, ob Art. 40 OG i.V.m. Art. 84 BZP als gesetzliche Grundlage genügt, um auch auf das staatsrechtliche oder verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren Anwendung zu finden.

210. Jedenfalls wird Art. 84 BZP der Struktur des öffentlichen Prozessrechts kaum gerecht. Diese Ansicht ist freilich stark umstritten. Die bundesgerichtliche Praxis geht dahin, die Anwendung von Art. 84 Abs. 1 BZP im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren zu bejahen, wenn es um Nachbarstreitigkeiten geht⁶⁴⁰. Der bundesgerichtlichen Auffassung folgt ein Teil der Lehre; darüber hinaus will sie die Haftungsregelung auch auf das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren angewendet wissen, insbesondere mit der Begründung, dass derjenige, welcher aus der im summarischen Verfahren erlassenen Massnahme einen Vorteil zieht, demjenigen, der einen Nachteil zu gewärtigen hat, den Schaden ersetzen muss⁶⁴¹.

Auf der anderen Seite werden aber auch die Unterschiede, die zwischen dem Zivilprozessrecht und dem öffentlichen Prozessrecht bestehen, hervorgehoben. Insbesondere wird darauf verwiesen, dass im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren zumindest die aufschiebende Wirkung auch von Amtes wegen angeordnet werden kann und das Gericht von den Parteianträgen unabhängig gestellt ist⁶⁴². Sodann gilt die Untersuchungsmaxime; das Gericht ist verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären⁶⁴³. Auch geht es im Gegensatz zu den zivilrechtlichen Verfahren keineswegs

638 Vgl. etwa Art. 30 VRG-BE.

639 KUHN, S. 265, in Bezug auf den Kanton Basel-Landschaft; MEYLAN, S. 60 f. im Hinblick auf eine ähnliche Bestimmung im früheren Recht des Kantons Waadt, wobei Art. 47 LJPA-VD eine gleichnamige Bestimmung enthält; Art. 21 LPA-GE; GADOLA, Drittbeschwerde, S. 115.

640 In BGE 112 II 34, wo es allerdings um ein kantonales Verfahren ging und sich der geschädigte Bauherr auf Art. 41 OR berufen hat, wird erneut auf BGE 91 II 144 = Pra 54 Nr. 141 verwiesen.

641 GADOLA, Drittbeschwerde, S. 112 ff.; REYMOND, S. 398, 400; KUHN, S. 261; SCHÖN, S. 120; vgl. auch die Darstellung bei STEINMANN, S. 153 ff.

642 SCHAUB, S. 122 f.; KÖLZ/HÄNER, Rz. 431.

643 STEINMANN, S. 154.

allein um die Vertretung privater Interessen; vielmehr steht ebenso die Anwendung von Normen in Frage, die gleichermassen den Schutz eines öffentlichen Interesses bezwecken. Hinzu kommen im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht auch gesetzessystematische Ungereimtheiten, auf welche insbesondere *Steinmann* hinweist. Vor allem tritt die Kausalhaftung erst im letztinstanzlichen Verfahren ein und besteht keine derartige Haftung auch für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren, dem die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen zukommt⁶⁴⁴.

Die Argumente, welche gegen die Anwendung der Kausalhaftung sprechen, überwiegen meines Erachtens nach wie vor. Dazu kommt, dass auch die Drittbetroffenen in ihren geschützten Interessen tangiert sind und einen Anspruch darauf haben, dass der Staat nicht in ihren Interessensbereich eingreift, bevor die Rechtmässigkeit einer staatlichen Anordnung feststeht⁶⁴⁵. Problematisch ist auch, dass der Rechtsschutz ohne vorsorgliche Massnahmen unter Umständen gänzlich illusorisch wird, wenn vom Antrag der vorsorglichen Massnahme wegen der Kausalhaftung abgesehen wird, in der Folge aber keine Rückgängigmachung des zwischenzeitlich geschaffenen Zustandes mehr möglich ist – beispielsweise, wenn sich der Abbruch eines Bauwerkes doch als unverhältnismässig erweist⁶⁴⁶.

Wiewohl das öffentliche Interesse pekuniär nicht unbedingt messbar ist, muss doch darauf hingewiesen werden, dass auch die primären Verfügungsadressaten dem Staat – besser der Öffentlichkeit – gegenüber nicht haften, wenn sie im Prozess unterliegen und das öffentliche Interesse zwischenzeitlich nicht verwirklicht werden konnte⁶⁴⁷. Fraglich ist auch, wie es zu halten wäre, wenn die Beschwerde von Nachbarn gegen ein öffentliches Bauwerk erfolglos bleibt.

Bei den ideellen Verbänden ist sodann nicht zu übersehen, dass diese allein im öffentlichen Interesse handeln. Das Bundesgericht hat denn auch unlängst festgehalten, dass es ebenso im öffentlichen Interesse liege, die Tätigkeit der beschwerdeberechtigten Umweltorganisationen *nicht* zu erschweren oder zu behindern⁶⁴⁸.

644 STEINMANN, a.a.O.

645 Vgl. auch Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 6.3.1995, in: URP 1995, S. 522 E. a. bb.

646 Vgl. auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 248; STEINMANN, S. 154 f.; gegen die Anwendung von Art. 84 BZP sprechen sich nun auch RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1549 aus.

647 Eine zivilrechtliche, auf Art. 41 OR abgestützte Haftung wird abgelehnt, BGE 104 II 95 = Pra 67 Nr. 204; dies gilt jedenfalls im Bereich der typischen hoheitlichen Funktionen: IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 68 B I.

648 BGE 121 II 244 E. e = Pra 85 Nr. 185.

211. Was die staatsrechtliche Beschwerde im Besonderen angeht, so mag es zwar zutreffen, dass dort die vorsorglichen Massnahmen insgesamt nur auf Antrag der Parteien erfolgen, das Rügeprinzip gilt und der Sachverhalt ohnehin nur einer Willkürprüfung unterzogen werden muss⁶⁴⁹. Auf der anderen Seite darf jedoch auch hier nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Nachbar oder die Konkurrentin verfassungsmässige Rechte rügen, welche die *staatlichen Instanzen* verletzt haben sollen.

Darüber hinaus kann es bei hohen Schadenssummen fraglich sein, ob nicht die Rechtsweggarantie gemäss Art. 5 BV und Art. 113 Abs. 1 BV verletzt würde, weil der effektive Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet ist⁶⁵⁰. Ein vorsichtiger Drittbeschwerdeführer wird jedenfalls kaum mehr wagen, vorsorgliche Massnahmen zu beantragen, wenn immer noch eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Unterliegens bleibt. Damit kann der effektive Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet werden, insbesondere soweit auf der anderen Seite eine Rückgängigmachung des geschaffenen Zustandes unzumutbar ist. Eine Kausalhaftung des primären Verfügungsadressaten würde aber ebenfalls ausser Betracht fallen, da die staatsrechtliche Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat.

212. Bezüglich der kantonalen Bestimmungen über die Kausalhaftung ist nicht geklärt, inwiefern die Kantone überhaupt eine entsprechende Kompetenz beanspruchen können. Das Bundesgericht schliesst die kantonale Kompetenz jedenfalls nicht von vornherein aus⁶⁵¹. Betrachtet man die Haftungsnorm richtigerweise als zivilrechtliche Bestimmung, dürfte eine Abstützung auf Art. 5 Abs. 1 ZGB kaum in Frage kommen⁶⁵². Eine Kausalhaftung ist infolge der überwiegenden Verantwortung der entscheidenden Behörde für den Erlass der vorsorglichen Massnahmen weder für das Funktionieren der verfahrensrechtlichen Normen über die vorsorglichen Massnahmen noch für die Verwirklichung des materiellen öffentlichen Rechts unabdingbar. Deshalb kann die Haftung auch nicht als notwendige Verlängerung der verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Kompetenzen gesehen werden. Dies aber wäre erforderlich, damit eine kantonale Haftungsnorm vor Art. 5 Abs. 1 ZGB standhält.

649 Vgl. BGE 91 I 145 = Pra 54 Nr. 98.

650 Zu Art. 113 Abs. 1 BV insbesondere KLEY-STRULLER, S. 82 ff.

651 BGE 112 II 34; 88 II 280 E. 3b = Pra 51 Nr. 152.

652 Überzeugend REYMOND, S. 391, mit den entsprechenden Anmerkungen auch zum Folgenden. Anders CASANOVA, S. 34; daran anschliessend GADOLA, Drittbeschwerde, S. 114.

3. Sicherheitsleistung der privaten Gegenpartei?

213. Damit ist weitgehend auch die Frage beantwortet, ob sich generell eine Sicherheitsleistung rechtfertigen wird. Ist eine Kausalhaftung abzulehnen, wäre es auch unverhältnismässig, generell die Sicherstellung eines allfälligen Schadens zu verlangen⁶⁵³. Eine Haftung gemäss Art. 41 OR kommt nur in Ausnahmefällen zum Tragen. Auch dürfte sich in der Praxis insbesondere bei trölerischen Beschwerden kaum aufdrängen, vorerst noch Sicherheit zu verlangen. In solchen Fällen kann vielmehr sofort entschieden werden⁶⁵⁴.

Gleich zu halten ist es mit dem Vorschuss für die Gerichtskosten und eine allfällige Parteientschädigung. Eine Ungleichbehandlung zu anderen Beschwerdeführern liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn es tatsächlich so ist, dass z.B. Nachbarbeschwerden generell ungerechtfertigt und trölerisch sind.

4. Ausdehnung der staatlichen Entschädigungspflicht

214. Zusammenfassend zeigt sich, dass der Staat nur für Widerrechtlichkeiten haftet, welche ex ante vorwerfbar sind, jedoch nicht für solche, welche sich ex post als ungerechtfertigt erweisen⁶⁵⁵.

Private Dritte und Verbände ihrerseits handeln nur widerrechtlich, wenn ihnen rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann. Dies hat häufig zur Folge, dass dem primären Verfügungsadressaten die gesamte Bürde des zwischenzeitlichen Schadens angelastet wird. Da eine Kausalhaftung der privaten Drittbeschwerdeführenden aus den genannten Gründen nicht in Betracht kommt, stellt sich in erster Linie die Frage, inwieweit sich die staatliche Entschädigungspflicht ausdehnen lässt.

215. Eine Erweiterung könnte einmal herbeigeführt werden, indem in den Fällen von vorsorglichen Massnahmen von einem einfachen Widerrechtlichkeitsbegriff ausgegangen wird; damit müsste sich die vorsorgliche Anordnung nicht als krass falsch oder, wie im Fall von Art. 55 Abs. 4 VwVG, als

653 Insoweit konsequent Art. 30 VRG-BE. Vgl. auch Art. 21 LPA-GE, wo keine Kausalhaftung vorgesehen ist, aber auf Antrag oder von Amtes wegen Sicherstellung verlangt werden kann. Ebenso Art. 47 LJPA-VD, wobei dort der Gesetzgeber wohl davon ausgegangen ist, die Bestimmung genüge als gesetzliche Grundlage auch für eine Kausalhaftung. Andererseits wird im Kanton Tessin zwar eine Sicherheitsleistung verlangt werden können, allerdings nur im Hinblick auf eine allfällige Haftung gemäss Art. 41 ff. OR: Vgl. Art. 22 LPA-TI.

654 GADOLA, Drittbeschwerde, S. 112.

655 Vgl. CASANOVA, S. 110.

willkürlich erweisen, sondern es würde jede Anordnung entgegen den gesetzlichen Bestimmungen genügen⁶⁵⁶.

Will man allerdings die Ex-post-Beurteilung ebenso mit einbeziehen, muss der Widerrechtlichkeitsbegriff nochmals weiter ausgelegt werden. Bei Regelungs- und Sanktionsmassnahmen könnte in Anlehnung an die These von Gygi eine Widerrechtlichkeit auch darin gesehen werden, dass die Massnahme nachträglich keine Rechtfertigung mehr findet und die Gefahr als falsch eingeschätzt wurde, weil der Entscheid anders ausfällt⁶⁵⁷. Damit nähert man sich einem Widerrechtlichkeitsbegriff, der auf dem Erfolgsunrecht beruht und zu einer eigentlichen Billigkeitshaftung führt⁶⁵⁸. Um diesen Schritt allgemein zu vollziehen, müsste allerdings auch das Vermögen als geschütztes Rechtsgut anerkannt werden können. Lassen aber die Haftungsgesetze bereits in Bezug auf die absolut geschützten Rechtsgüter keine derart weite Auslegung des Widerrechtlichkeitsbegriffes zu⁶⁵⁹, so dürfte dies um so weniger der Fall sein, wenn es allein um eine Vermögensschädigung geht.

Immerhin weist Art. 34 BoeB, der vor allem den Schaden Dritter bei unzulässigem Zuschlag an die Konkurrenz erfasst, nunmehr in diese Richtung, wobei hier das Gesetz bereits an den an sich widerrechtlichen Zuschlag selbst anknüpfen kann⁶⁶⁰: Die gesetzlich vorgesehene Regelungsmassnahme, der Entzug der aufschiebenden Wirkung, führt hier dazu, dass die bereits geschlossenen Verträge mit den Mitbietern nicht mehr rückgängig gemacht werden können⁶⁶¹. Ebenso ist die Entschädigung aus dem Enteignungsbann gemäss Art. 44 EntG auch geschuldet, wenn die Enteignung nachträglich nicht durchgeführt wird⁶⁶². Auf gesetzgeberischer Ebene könnte das Problem somit durchaus auf diese Weise angegangen werden. Allerdings erfasst man damit nur die Regelungs- und Sanktionsmassnahmen.

Denn bei Sicherungsmassnahmen, insbesondere bei der aufschiebenden Wirkung ex lege, ist die Sachlage anders: Wird der Zustand aufrechterhalten, bis das Rechtsmittelverfahren durchlaufen ist, besteht darin grundsätzlich keine ungerechtfertigte Massnahme, weil das Gesetzmässigkeitsprinzip die Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes ohnehin erfordert, bis Sachverhalt und Rechtslage feststehen. Im Zusammenhang mit den Haftungsfragen

656 So GADOLA, Drittbeschwerde, S. 122.

657 Vgl. Fritz GYGI, Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 447 ff., 427 f.

658 Vgl. GROSS, S. 154.

659 Vgl. WEBER-DÜRLER, Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte in: Festschrift für Otto K. Kaufmann, Zürich 1989, S. 339 ff., 348 f.

660 Soweit überhaupt eine reelle Chance für den Zuschlag bestanden hat, dazu GADOLA, Beschaffungswesen, S. 974, GALLI/LEHMANN/RECHTSTEINER, S. 169.

661 Art. 22 BoeB.

662 HESS/WEIBEL, Art. 44, Rz. 2.

wird dies vorab aktuell, wenn Dritte, Verbände oder Behörden gegen eine begünstigende Verfügung Beschwerde führen.

216. Bei diesen Massnahmen müsste man somit ohnehin den Weg über die Entschädigungspflicht für rechtmässiges Handeln gehen. Fraglich ist, ob auf diesem Weg eine umfassende Lösung, die für sämtliche Massnahmen Gültigkeit hat, erreicht werden könnte⁶⁶³.

Ansatzpunkt zu einer Lösung des Problems, welche sämtliche Typen von vorsorglichen Massnahmen miteinbezieht, müssen die Umstände sein, in welchen es zu stossenden Ergebnissen führt, wenn die Privaten für den Schaden allein einzustehen haben. Angeknüpft werden könnte hier durchaus an Art. 4 Abs. 1 BV. In Anlehnung an diese Bestimmung wird auch die Meinung vertreten, eine Entschädigungspflicht komme dann in Frage, wenn der zugefügte Schaden billigerweise nicht ohne weiteres zumutbar ist⁶⁶⁴; oder anders, gestützt auf die für Entschädigungen aus materieller Enteignung geltende Sonderopfertheorie formuliert: Der Eingriff muss den Betroffenen so treffen, dass das Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn keine Entschädigung geleistet würde⁶⁶⁵. Wird Art. 4 Abs. 1 BV als Grundlage beigezogen und daraus eine staatliche Entschädigungspflicht abgeleitet, so muss es auf der anderen Seite immer auch um den *Schutz öffentlicher Interessen* gehen⁶⁶⁶.

Dieselbe Lösung lässt sich herbeiführen, wenn der Gesetzgeber eine entsprechende Entschädigungsklausel vorsehen würde⁶⁶⁷.

217. Im Hinblick auf diese Grundsätze ist eine Entschädigungspflicht prüfenswert, wenn der Privatperson ein schwerer Nachteil entsteht, auf der gegenüberliegenden Seite der öffentlichen Interessen aber ebenfalls ein schwerer Nachteil droht. Besteht die Option einer Entschädigungspflicht, wird damit auch das betroffene private Interesse weniger stark ins Gewicht fallen und wird dem Schutz des öffentlichen Interesses der Vorzug eingeräumt werden können. Pattsituationen bei der Interessenabwägung lassen sich so vermeiden.

Zunächst kann eine *Regelungs- oder Sanktionsmassnahme* selber zu einem schweren Eingriff führen, etwa wenn nach der vorsorglichen Betriebschliessung der Betrieb gänzlich aufgegeben werden muss, obwohl sich die

663 Vgl. SCHAUB, S. 111, MEYLAN, S. 61.

664 Dazu WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 345 (mit Hinweis auf VPB 1986/50 Nr. 63, S. 349 sowie S. 408).

665 Die Sonderopfertheorie steht insoweit nur bei Eigentumsbeschränkungen zur Verfügung, vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1957.

666 Vgl. MEYLAN, S. 62, der sich skeptisch äussert, aber wohl vorab die Beeinträchtigung des Einzelnen durch die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung im Auge hat.

667 WEBER-DÜRLER, a.a.O.

Überführung der vorsorglichen Massnahme in eine definitive Anordnung nicht rechtfertigt. Regelungs- oder Sanktionsmassnahmen können zur Folge haben, dass ein Präjudiz geschaffen wird, welches die Wirksamkeit des Entscheides verunmöglicht. Zu denken ist auch an Situationen, wie sie im öffentlichen Beschaffungswesen für die unberücksichtigten Mitbewerberinnen und -bewerber entstehen können.

Umgekehrt müsste bei einer von *Verbänden oder Behörden* erhobenen Beschwerde mit *Suspensiveffekt* gleichermassen eine Entschädigung möglich sein, wenn trotz schwerem Nachteil, welcher etwa der Bauherrschaft entsteht, ein noch gewichtigeres öffentliches Interesse zu schützen ist und deshalb *keine Regelungsmassnahme* getroffen werden kann.

Bei den *Drittbeschwerden* von Nachbarn oder Konkurrenten könnte im Einzelnen das Folgende gelten: Werden mit der *Beibehaltung der aufschiebenden Wirkung* gleichermassen *überwiegende öffentliche Interessen*, etwa Umweltschutzinteressen geschützt⁶⁶⁸, sollte – wiederum bei einem schweren, wahrscheinlich eintretenden Nachteil, etwa wenn das Projekt unrentabel zu werden droht – die vom Bauherrn beantragte Regelungsmassnahme zwar nicht gewährt, aber eine angemessene Entschädigung an den Bauherrn geleistet werden⁶⁶⁹. Dies ist wie gesagt nur bei einem schweren Nachteil zulässig. Immerhin gehört das im materiellen Recht angelegte Bewilligungsverfahren als solches zum Risiko, welches in erster Linie der Bauherr zu tragen hat.

Stehen dagegen die Einzelinteressen der Nachbarschaft im Vordergrund und erweist sich die mögliche Beeinträchtigung öffentlicher Interessen als wenig gewichtig, wird beispielsweise wenig aussichtsreich die Ästhetikklausel angerufen, geht es dem Nachbarn aber in erster Linie um die Erhaltung der Aussichtslage, könnte bei *einem schweren Nachteil des Bauherrn* im oben genannten Sinn die aufschiebende Wirkung entzogen werden und, soweit ein Abbruch der Baute nicht mehr in Betracht kommen kann, eine Entschädigung an die Nachbarschaft ins Auge gefasst werden. Damit eine aus dem Fiskus zu finanzierende Entschädigung in Frage kommt, müsste die *Baute* allerdings auch *in einem öffentlichen Interesse* liegen, das volkswirtschaftlicher oder sozialpolitischer Natur sein kann. Liegt kein derartiges öffentliches Interesse vor und überwiegt zudem das Interesse an der rechtmässigen Baute, bleibt es somit beim Entzug der aufschiebenden Wirkung, und der Bauherr hat einzig die Möglichkeit, die Nachbarn für allfällige finanzielle Beeinträchtigungen auf privatrechtlichem Weg schadlos zu halten⁶⁷⁰.

668 Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 6.3.1995, in: URP 1995, S. 521.

669 Vgl. vorne, Rz. 103 ff.: Der schwere Nachteil ist immer umfassend zu prüfen; dazu gehört insbesondere auch die positive Erfolgsprognose.

670 Zur Grenze der Zulässigkeit solcher Verträge, vgl. BGE 115 II 232 = Pra 79 Nr. 13 und neuerdings Bundesgerichtsentscheid vom 20. Januar 1997 (zur Publikation vorgesehen).

5. Überlegungen de lege ferenda: Vorsorgliche Massnahmen als Deregulierungsinstrument?

218. Wenn sich die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen, insbesondere von Regelungsmassnahmen, aus dem materiellen Recht ergeben, kann auch die Frage gestellt werden, ob das materielle Recht selber diese mildern und von der Voraussetzung des schweren, wahrscheinlich eintretenden Nachteils ganz oder teilweise absehen darf.

219. Zunächst setzt das übergeordnete Recht dem Gesetzgeber Grenzen; insbesondere ist die Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit zu wahren und darf das rechtliche Gehör nicht über das zulässige Mass hinaus eingeschränkt werden⁶⁷¹.

Gerade im Hinblick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz erheben sich Bedenken. Gewährt das Gesetz vor der Abklärung von Sachverhalt und Rechtsfragen Begünstigungen, schwächt es für die Zwischenzeit bis zur Endverfügung die eigene Geltung ab; damit stellt es bis zu einem gewissen Grad seine eigene Geeignetheit und Notwendigkeit in Frage⁶⁷². Deshalb wird auch zu prüfen sein, ob nicht die präventiven Kontrollmassnahmen durch repressive zu ersetzen oder zumindest zu mildern sind, ob beispielsweise statt der Bewilligungspflicht eine Meldepflicht eingeführt werden könnte. Auf der anderen Seite besteht ausserdem die Möglichkeit, die materiellen Ziele einzuschränken⁶⁷³.

220. Will der Gesetzgeber aber einerseits am Regelungsziel festhalten, andererseits für die Zwischenzeit Erleichterungen schaffen und Begünstigungen vorweg gewähren, so wird er wegen der möglichen Widersprüchlichkeiten nicht umhin können, Kompensationsmöglichkeiten vorzusehen, die entweder in einem Realersatz oder in geldwerten Ersatzleistungen bestehen können. Diese kommen zum Zuge, wenn zwischenzeitlich oder gar auch in die Zukunft hin ein dem gesetzlichen Regelungsziel entgegenstehender Zustand geschaffen wird.

Nur unter dieser Voraussetzung wäre es zulässig, dass der Gesetzgeber die Behörde vorläufig von der Verantwortung für die Abklärung von Sachverhalt und Rechtsfragen entlastet und diese allenfalls – soweit es um Individualinteressen geht – an die Privaten zurückgibt⁶⁷⁴.

671 G. MÜLLER in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 102.

672 Vgl. BGE 98 Ia 372 E. 9.

673 Vgl. HOFFMANN-RIEM, S. 601, 616.

674 HOFFMANN-RIEM, S. 615, auch zum Folgenden.

Teilweise hat das geltende Recht diese Ansätze schon aufgegriffen, wie etwa die bereits mehrfach erwähnte Regelung von Art. 28 und Art. 34 BoeB zeigt. Hier muss der Staat einen Ausgleich schaffen, weil der bereits abgeschlossene Vertrag mit der Drittperson bestehen bleibt, mithin das Gesetz dem Bestandesschutz generell den Vorzug einräumt.

221. Auch die Privatpersonen wären zur Verantwortung zu ziehen, falls diese allein einen Vorteil aus der vorweg getroffenen Lösung erlangen, etwa wenn einem privaten Bauherrn vorweg eine Bau- oder Betriebsbewilligung erteilt werden darf, ohne dass er gleichzeitig einen schwereren Nachteil darlegen muss. Eine Lösungsmöglichkeit besteht darin, dass der Gesetzgeber den Bauherrn verpflichtet, im Falle seines Unterliegens den Zustand wiederherzustellen und einen allfälligen Schaden zu ersetzen. Allerdings stellen sich auch hier Unwägbarkeiten ein: Zunächst ist daran zu erinnern, dass eine Abbruchverfügung an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden bleibt. Da es sich dabei um die Ausdifferenzierung eines Verfassungsgrundsatzes handelt, ist dieser auch vom Gesetzgeber zu beachten. In Bezug auf den Ausgleich allfälliger Schäden ergibt sich, dass gerade Schäden für das öffentliche Interesse häufig nicht finanziell messbar sind. Nach schweizerischem Recht ist jedenfalls eine umfassende Haftpflicht für Umweltschäden noch nicht vorgesehen⁶⁷⁵. Darüber hinaus kann der Gesetzgeber nicht unbeschränkt dem materiellen Recht entgegenstehende Zustände zwischenzeitlich oder auch in die Zukunft hin dulden, selbst wenn er finanzielle Ausgleichsmöglichkeiten vorsieht. Gerade im Bereich des Umweltschutzes, aber auch im Bereich der polizeilichen Rechtsgüter, etwa bei einer dauernden Gefährdung der Gesundheit, wäre dies höchstens bei wenig ins Gewicht fallenden Abweichungen hinzunehmen⁶⁷⁶.

Wird ein Ausgleich über das Entschädigungsrecht gesucht, entsteht zwar durchaus ein Anreizsystem, sich vorweg gesetzeskonform zu verhalten, damit sich die finanziellen Verantwortlichkeiten nicht realisieren. Doch darf diese Wirkung nicht überschätzt werden. *Hoffmann-Riem* weist zu Recht darauf hin, dass sich der Anreiz, sich freiwillig gesetzeskonform zu verhalten, verringert, sobald real nicht mit einer Inanspruchnahme gerechnet werden

675 Hans Rudolf TRUEB, Die neuen Instrumente des Umweltschutzrechts: Haftpflicht, Lenkungsabgaben und Zusammenarbeit mit der Wirtschaft, URP 1996, S. 527 ff., insbes. S. 537 f.

676 HOFFMANN-RIEM, S. 616, weist auf die staatlichen Schutzpflichten und Schutzaufträge hin. Im schweizerischen Recht finden sich dazu erst Ansätze: Zum Schutz von Eigentum und Freiheitsrechte kann dem Staat auch eine Handlungspflicht zukommen, vgl. zu diesem Problem Yvo HANGARTNER/Andreas KLEY-STRULLER, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, ZBl 1995, S. 101 ff.; sodann die Umweltvollzugsbeschwerde gemäss Art. 37 des Entwurfes für eine neue Bundesverfassung von Alfred KÖLZ/Jörg Paul MÜLLER.

muss, etwa weil die Beweislast entsprechend verteilt ist oder aus tatsächlichen Gründen die Ersatzleistung uneinbringlich ist. Eine Verminderung des Anreizes ist immer auch zu verzeichnen, wenn Haftpflichtversicherungen abgeschlossen werden⁶⁷⁷.

222. Es zeigt sich, dass die Möglichkeiten, die vorsorglichen Massnahmen als Deregulierungsinstrument einzusetzen, bei genauerem Hinsehen sehr beschränkt bleiben. Ansatzpunkt der Deregulierung bilden richtigerweise die materiellrechtlichen Vorgaben des staatlichen Handelns. In erster Linie wird dort anzusetzen und werden dessen Ziele und Mittel zu überprüfen sein. Würde man etwa vermehrt zu einer Melde- statt zu einer Bewilligungspflicht greifen, wäre im Ergebnis wohl gleiches erreicht: Die Behörde kontrolliert nachträglich, ob die Voraussetzungen gegeben sind und schreitet erst im Nachhinein ein.

677 HOFFMANN-RIEM, S. 618: Sie können das Schadenvermeidungssystem geradezu konterkarieren.

X. Zusammenfassende Thesen

1. Wesensmerkmale der vorsorglichen Massnahmen sind, dass sie zur Endverfügung oder zum Endentscheid akzessorisch sind, nur vorläufig gelten und aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ergehen (Rz. 1).

2. Verfügungen werden unabhängig der formellen Rechtskraft sofort wirksam und vollstreckbar. Anordnungen über die aufschiebende Wirkung, die ihrerseits die Wirksamkeit oder die Vollstreckbarkeit der Verfügung hemmt, schaffen oder erhalten ebenfalls einen vorläufigen Zustand, bis die Entscheidung endgültig geworden ist. Deshalb bilden sie ebenso vorsorgliche Massnahmen (Rz. 3).

3. Die Abgrenzung zwischen aufschiebender Wirkung und vorsorglicher Massnahme im engeren Sinn ist streckenweise äusserst schwierig, muss aber infolge der häufig anzutreffenden unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen für die beiden Arten von vorsorglichen Massnahmen getroffen werden (Rz. 5 ff.).

Das Institut der aufschiebenden Wirkung sollte nicht aufgegeben werden, da mit der aufschiebenden Wirkung der rechtliche und tatsächliche Zustand, der Status quo, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat, aufrechterhalten werden kann.

Gilt die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen, ergibt sich eine Ordnung der vorsorglichen Massnahmen, die insgesamt zu einer gewissen Bevorzugung des Status quo führt (Rz. 14 f.).

4. Bei der Abgrenzung vorsorglicher Massnahmen zu anderen verwaltungsrechtlichen Massnahmen (Rz. 16 ff.) stellt sich auch die Frage, ob die Form der Zwischenverfügung ein formelles Abgrenzungsmerkmal darstellt. Die Unsicherheiten bei der begrifflichen Umschreibung der Zwischenverfügung lassen diesen Schluss nicht zu. Im Rechtsmittelverfahren ergehen die vorsorglichen Massnahmen zwar regelmässig in dieser Form; vor oder während des *erstinstanzlichen Verfahrens* sind sie aber in der Form von Endverfügungen denkbar.

Vorsorgliche Massnahmen in der Form von Endverfügungen können nicht als Endverfügungen mit Nebenbestimmungen qualifiziert werden, sondern bilden ihrer Natur nach Verfügungen eigener Art, die auch besonderen Voraussetzungen unterliegen (Rz. 32).

5. Den vorsorglichen Massnahmen kommen zwei Funktionen zu: Einerseits übernehmen sie Sicherungsfunktion und bezwecken die Abwendung von zwischenzeitlichen Nachteilen, andererseits kann ihnen auch Befriedungsfunktion zugeschrieben werden, wenn es gleichzeitig darum gehen soll, eine

dem Endergebnis möglichst entsprechende Lösung herbeizuführen; Mittel dazu ist die Prognose in der Hauptsache (Rz. 40 ff.). Je nach Stellenwert dieser Funktionen wird man auch die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen unterschiedlich gewichten müssen. Im Zentrum steht die Frage, welche Bedeutung der bisherige rechtliche und tatsächliche Zustand, der Status quo, vor und während des Verfahrens einnimmt (Rz. 45).

6. Das *Gesetzmässigkeitsprinzip* setzt voraus, dass Sachverhalt und Rechtsfragen abgeklärt sind, bevor die zuständige Instanz das Recht anwendet. Auf der anderen Seite kann die Verwirklichung des Gesetzeszweckes aber auch derart gefährdet sein, dass der Status quo vorweg, bevor die Tatbestandsvoraussetzungen der anwendbaren Norm feststehen, geändert werden muss. Hierin besteht genaugenommen eine Abweichung vom Erfordernis des gesetzmässigen Handelns, die aber ihre Rechtfertigung in der besonderen Gefahrenlage für die Rechtsdurchsetzung findet.

Auch die beim Erlass vorsorglicher Massnahmen regelmässig erforderliche Einschränkung der *Verfahrensrechte*, insbesondere des rechtlichen Gehörs, verlangt eine besondere Rechtfertigung.

Die Sicherungsfunktion derjenigen vorsorglichen Massnahmen, die den Status quo ändern, kann im Hinblick auf die Anforderungen an das gesetzmässige Handeln und die Verfahrensrechte somit nur beinhalten, dass eine Gefahr in der Verwirklichung des Gesetzeszweckes ausgeräumt werden muss. Diese Funktion bildet hier die primäre, die Befriedungsfunktion die sekundäre. Der Einbezug der letzteren ist aber ebenso geboten, weil damit die Gefahr verringert werden kann, dass sich die vorsorgliche Massnahme, welche den Status quo ändert, vom materiellen Recht löst. Würde man von der Erfolgsprognose absehen, wäre auch die Gefährdung in der Verwirklichung des Gesetzeszweckes nicht dargetan.

Zwischenlösungen, welche keine vorweggenommene Rechtsänderung anstreben, entsprechen den Anforderungen an das gesetzmässige Handeln so lange, als keine Gefahr für die Verwirklichung des Gesetzeszweckes droht, die wiederum eine Vorwegnahme gebieten würde. Diese Massnahmen übernehmen Sicherungsfunktion im Hinblick auf die Erhaltung des bisherigen rechtlichen und tatsächlichen Zustandes und bedürfen keiner weiteren Rechtfertigung; insoweit stellt sich auch die Frage nach der Befriedungsfunktion nicht (Rz. 50 ff.).

7. Weder im Hinblick auf die Freiheitsrechte (Rz. 58 ff.) noch im Hinblick auf die *Rechtsgleichheit* drängt sich eine andere Gewichtung der Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auf. Insbesondere kann hier nicht die Gleichverteilung der Risiken am Prozessausgang bei Drittbeschwerden von Privaten angeführt und allein oder zumindest vermehrt als in anderen Fällen auf die Entscheidprognose abgestellt werden. Auch hier steht der

Umstand entgegen, dass vor Abschluss des Verfahrens infolge noch nicht erfolgter Abklärung von Sachverhalt und Rechtsfragen durch die zuständige Instanz eine Vorwegnahme der bewilligungspflichtigen Tätigkeit grundsätzlich in Widerspruch tritt zum Erfordernis des gesetzmässigen Handelns. Dritte haben zudem ebenso einen Anspruch darauf, dass die sie betreffenden Schutzbestimmungen präventiv angewendet werden (Rz. 62 ff.).

8. Nach dem Gesagten kann von der folgenden Typisierung der vorsorglichen Massnahmen ausgegangen werden: An den Begriffen der Sicherungs- und Regelungsmassnahmen ist festzuhalten. Von den Regelungsmassnahmen sind weiter die Sanktionsmassnahmen zu unterscheiden. *Regelungsmassnahmen* beinhalten eine Vorwegnahme von Rechten und Pflichten, die ohnehin nur in Konkretisierung eines Rechtssatzes durch Verfügung entstehen können. *Sanktionsmassnahmen* legen das unmittelbar von Gesetzes wegen oder bereits in einer Verfügung enthaltene Gebot oder Verbot vorsorglich fest, weil eine Anmassung der Rechtsposition droht oder bereits eingetreten ist. *Sicherungsmassnahmen* schliesslich erhalten den Zustand, wie er vor der Verfügung bestanden hat; hierunter fällt insbesondere die aufschiebende Wirkung (Rz. 68 ff.).

9. Das *materielle Recht bildet die Grundlage* der vorsorglichen Massnahmen: Wird die Durchsetzung des Gesetzes unter Umständen überhaupt vereitelt oder erträgt das Gesetz selber keinen Aufschub, folgt die Ermächtigung, sofort zu handeln aus dem Gesetz selber. Besteht demgegenüber keine derartige Gefährdung des Gesetzeszweckes, verlangt das Gesetz, dass die Tatbestandsvoraussetzungen feststehen, damit es angewendet werden kann (Rz. 73 ff.).

Bei den Massnahmen, die gegenüber dem Endentscheid ein Aliud beinhalten oder vor Einleitung des Hauptverfahrens erlassen werden, ist jeweils auch zu prüfen, ob sich die Massnahme inhaltlich auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützt (Rz. 75 ff.).

10. Beim Erlass von *Regelungsmassnahmen* kann der folgenden Systematik gefolgt werden (Rz. 90 ff.): Erwägungen zur Erfolgsprognose (Rz. 93 ff.) können an den Anfang gestellt werden, weil bei einer überwiegend negativen Prognose die Massnahme vorweg abgelehnt werden kann und bei einer auf Gewissheit beruhenden positiven Prognose sofort zu entscheiden ist. Kann keine derartige Prognose gestellt werden, muss nach dem schweren Nachteil gefragt werden, welcher die Gefährdung der Gesetzesverwirklichung belegt und insoweit das vorweggenommene Handeln zu rechtfertigen vermag. Der Nachteil muss einmal von einigem Gewicht sein, indem entweder die Verwirklichung des Gesetzeszweckes als solche in Gefahr ist oder das Gesetz selber seine sofortige Durchsetzung verlangt (Rz. 103 ff.). Sodann muss er sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch einstellen: Einerseits sind

der Kausalverlauf und die Dringlichkeit zu prüfen (Rz. 111), andererseits gibt die Erfolgsprognose in rechtlicher Hinsicht Auskunft darüber, ob der Nachteil überhaupt bedeutsam ist (Rz. 112 ff.)

Ist der Nachteil so festgestellt und gewichtet, ist schliesslich zu prüfen, ob die Massnahme auch im Hinblick auf die festgestellte Gefährdung verhältnismässig ist (Rz. 115 ff.).

11. Die *Sicherungsmassnahmen*, die im Einzelfall anzuordnen sind, wenn der Gesetzgeber die aufschiebende Wirkung entzieht, folgen unterschiedlichen Kriterien, je nachdem, welcher Zweck mit dem generellen Entzug der aufschiebenden Wirkung verfolgt wird. Immer muss aber eine Harmonisierung mit dem materiellen Recht herbeigeführt werden. Dies bedeutet insbesondere, dass die aufschiebende Wirkung in allen Fällen zu gewähren ist, wenn der angefochtene Entscheid mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerrechtlich ist (Rz. 119 f.).

- Hat der Gesetzgeber selber generell eine Gefährdung für die Rechtsdurchsetzung angenommen, wie dies beispielsweise auf Art. 111 UVG zutrifft, werden auf der anderen Seite nur besonders gewichtige Interessen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen können (Rz. 121).
- Anders zu beurteilen ist der generelle Entzug der aufschiebenden Wirkung im Verwaltungsverfahren, welcher die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als ordentliches Rechtsmittel betrifft. Hier darf infolge der heute anders zu beurteilenden gewaltenteiligen Interessen von einer Interessenabwägung ausgegangen werden. Ein schwerer Nachteil muss nicht vorweg dargetan sein, damit die aufschiebende Wirkung erteilt werden darf; der überwiegende Nachteil genügt (Rz. 123 ff.).
- Bei der staatsrechtlichen Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel im Besonderen fällt die Rücksichtnahme auf die kantonale Hoheit vorweg stark ins Gewicht, weshalb auf der anderen Seite wiederum ein schwerer Nachteil dargetan sein muss, damit das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung gewähren kann (Rz. 130).

12. Praktisch bedeutsam sind *Sanktionsmassnahmen*, die einer angemassen Rechtsposition entgegenstehen sollen, wenn nachträglich ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werden kann. Hier ist zu prüfen, ob die angenommene Rechtsverletzung nicht überwiegend unbegründet ist. Da der rechtsgleichen Durchsetzung des Rechts in diesen Fällen ein besonderes Gewicht zukommt und diese selbst einen genügenden Anordnungsgrund bildet, kann von einer Erfolgsprognose für das Baubewilligungsverfahren abgesehen werden. Die Sanktionsmassnahme muss aber verhältnismässig sein (Rz. 131 ff.).

13. Vor Einleitung des *erstinstanzlichen Verfahrens* ist dann die *Form der Endverfügung* zu wählen, wenn der Erlass der Hauptverfügung noch unsicher ist; in diesem Fall ist das Rechtsschutzbedürfnis besonders gross. Nach Einleitung des Verfahrens sowie jedenfalls im Rechtsmittelverfahren wird die Form der *Zwischenverfügung* zu wählen sein, wenn das Gesetz selber diese Form für die vorsorglichen Massnahmen als die massgebliche bezeichnet (Rz. 140 ff.).

Wie weit das *summarische Verfahren* zulässig ist, ergibt sich aus den verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechten. Dass die betroffene Person zumindest im Nachhinein anzuhören ist, bildet eine absolute Schranke des summarischen Verfahrens. Im übrigen hat sich die Einschränkung der Verfahrensrechte und der Kognition am Verhältnismässigkeitsgrundsatz auszurichten (Rz. 145 ff., 157 ff.).

14. Bezüglich des *Rechtsschutzverfahrens* gegen die vorsorglichen Massnahmen ist einerseits Art. 13 EMRK zu beachten, welcher eine Einschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten nicht zulässt, wenn die Anordnung gleichzeitig die EMRK-Rechte tangiert. Dies betrifft vor allem die Anfechtungsvoraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils, wie er etwa in Art. 45 Abs. 1 VwVG vorgesehen ist (Rz. 164). Von der Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils sollte aber auch deshalb abgesehen werden, weil eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der zwischenzeitlichen Regelung infolge der prozessualen Situation häufig ausser Betracht fällt (Rz. 172 ff.).

15. Die aufschiebende Wirkung hemmt grundsätzlich die Wirksamkeit der Verfügung schlechthin. Dies bedeutet, dass die Verfügung erst ex nunc wirksam wird, wenn auch über das mit aufschiebender Wirkung ausgestattete Rechtsmittel entschieden ist. Soll die aufschiebende Wirkung dagegen nur die Vollstreckbarkeit hemmen, bedarf dies wiederum einer besonderen Rechtfertigung, die in einer Gefährdung des Gesetzesvollzuges bestehen kann. Welche Tragweite der aufschiebenden Wirkung zukommt, wäre aus Rechtssicherheitsgründen vom Gesetzgeber oder in der Rechtsanwendung ex ante zu entscheiden (Rz. 178 ff.).

16. Bei Regelungsmassnahmen, die sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen, weil die Endentscheidung gegenteilig ausfällt, ist eine Restitution ex tunc vorzunehmen. Unter Umständen kann der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes das Vertrauensprinzip oder das Verhältnismässigkeitsprinzip entgegenstehen (Rz. 184 ff.).

17. Eine *Staatshaftung* besteht für widerrechtliche vorsorgliche Massnahmen, d.h. für solche Massnahmen, die angeordnet wurden, ohne dass deren Voraussetzungen erfüllt waren. Keine Haftung entsteht hingegen, wenn die

zwischenzeitliche Regelung zwar die Voraussetzungen erfüllte, das Verfahren aber im nachhinein anders ausgeht. Höchstens in Anknüpfung an eine widerrechtliche negative Verfügung kann die Staatshaftung begründet werden (Rz. 194 ff.).

18. *Private Drittbeschwerdeführende* können gestützt auf Art. 41 OR haftbar gemacht werden, wenn die Rechtsmitteleinlegung oder Anträge auf vorsorgliche Massnahmen rechtsmissbräuchlich erfolgen. Eine Kausalhaftung dagegen ist für das öffentliche Prozessrecht abzulehnen (Rz. 204 ff.).

19. Da eine Staatshaftung immer nur für Handlungen, die sich bereits ex ante als ungerechtfertigt erweisen, besteht und umgekehrt die Haftung privater Drittbeschwerdeführender nur in sehr beschränktem Umfang zum Zuge kommt, wird die gesamte Bürde des zwischenzeitlichen Schadens häufig dem Verfügungsadressaten aufgebürdet.

Eine umfassende Lösung des Problems, die sämtliche Typen von vorsorglichen Massnahmen umfasst, könnte über *eine Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässiges Handeln* erreicht werden, soweit dem Schutz überwiegender *öffentlicher Interessen* der Vorrang zukommen muss. Immer dort, wo gewichtige öffentliche Interessen in Frage stehen und auf Seiten der Privaten ein ebenso gewichtiger Nachteil in Kauf genommen werden muss, wäre eine solche Entschädigung in Betracht zu ziehen – vorausgesetzt man anerkennt eine aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitete Entschädigungspflicht für rechtmässiges Handeln.

Geht es dagegen überwiegend um die Wahrung privater Interessen, bleibt höchstens die Möglichkeit, sich auf privatrechtlichem Weg zu einigen (Rz. 214 ff.).

20. Die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen als Deregulierungsinstrument einzusetzen, bleibt sehr beschränkt. Der Grund dafür liegt darin, dass der Gesetzgeber für die Zwischenzeit und unter Umständen auch in die Zukunft hin Gefahr läuft, tatsächliche Zustände in Kauf zu nehmen, die in Widerspruch zum Gesetz treten. Finanzielle Kompensation ist ebenfalls nur in beschränktem Umfang denkbar. Die Ansatzpunkte zur Deregulierung liegen demnach in erster Linie im materiellen Recht selber begründet (Rz. 218 ff.).

Literaturverzeichnis

(Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten)

- AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel und Frankfurt am Main 1984
- BAUR F., Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967
- BONNARD ALEXANDRE, L'effet suspensif des recours administratifs au Conseil d'Etat du canton de Vaud, particulièrement en ce qui concerne les retraits de permis de conduire, RDAF 1959, S. 285 ff.
- CASANOVA HUGO, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Freiburg 1982
- CAVELTI URS PETER, Die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen 1994
- DI FABIO UDO, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissen Sachverhalten – Gefahrenforschung als Anwendungsfall vorläufiger Regelungen, in: Die öffentliche Verwaltung (DöV) 1991, S. 629 ff.
- FINKELNBURG KLAUS/JANK PETER, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 1979
- GADOLA ATTILIO G., Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, AJP 1996, S. 967 ff.
- Die unbegründete *Drittbeschwerde* im öffentlichrechtlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz der Baubewilligungspetenten, ZBl 1994, S. 97 ff.
 - Das verwaltungsinterne *Beschwerdeverfahren*. Eine Darstellung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Obwalden, Zürich 1991
- GALLI PETER/LEHMANN DANIEL/RECHSTEINER PETER, Das öffentliche Beschaffungswesen. Die Neuordnung des öffentlichen Beschaffungswesens auf eidgenössischer und kantonaler Ebene unter Berücksichtigung des GATT-Übereinkommens und der Interkantonalen Vereinbarung, Zürich 1996
- GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995
- GYGI FRITZ, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983
- *Aufschiebende Wirkung* und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 1976, S. 1 ff.; französische Übersetzung in RDAF 1976, S. 145 ff.
- HAEFELIGER ARTHUR, Die Anfechtung von Zwischenverfügungen in der Verwaltungsrechtspflege des Bundesgerichts, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 341 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1993
- HALLER WALTER/KARLEN PETER, Raumplanungs- und Baurecht, 2. A., Zürich 1992
- HASENBÖHLER FRANZ, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1 ff.
- HESS HEINZ/WEIBEL HEINRICH, Das Enteignungsrecht des Bundes, Kommentar, 2 Bände, Bern 1986
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht – Vorkläarungen, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1994, S. 615 ff.
- HOHL FABIENNE, La réalisation du droit et les procédures rapides. Évolution et réformes, Fribourg 1994
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bde., 6. A., Basel und Frankfurt am Main 1986; Ergänzungsband zur 5. (und unveränderten 6.) A.: RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt am Main 1990
- KÄGI-DIENER REGULA, Entscheidungsfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen, Basel 1994
- KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994

- KARLEN PETER, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 1996, S. 79 ff.
- KAUFMANN MARTIN OTMAR, Einstweiliger Rechtsschutz: Die Rechtskraft im einstweiligen Verfahren und das Verhältnis zum Rechtsschutz, Bern 1993
- KEMPER KLAUS, Der vorläufige Verwaltungsakt, Baden-Baden 1990
- KIESER UELI, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1996
- KLEY-STRULLER ANDREAS, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995
- KNAPP BLAISE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Basel und Frankfurt am Main 1992/1993 (zitiert mit Rz.)
– *L'effectivité des décisions de justice*, ZBl 1985, S. 465 ff.
- KÖLZ ALFRED, VRG. Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich. Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959, Zürich 1978
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes. Mit einem Grundriss der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich, Zürich 1993
- KÖLZ ALFRED/KOTTUSCH PETER, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren, ZBl 1978, S. 421 ff.
- KOMMENTAR ZUM UMWELTSCHUTZGESETZ, Herausgegeben von der Vereinigung für Umweltrecht (ab 9. Lieferung) und von Alfred Kölz und Hans-Ulrich Müller (ab der 1.–8. Lieferung), Zürich 1985 ff.
- KOMMENTAR ZUR BUNDESVERFASSUNG der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Herausgegeben von Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René A. Rhinow, Dietrich Schindler, Zürich 1987 ff.
- KOPP FERDINAND JOHANNES, Vorläufiges Verwaltungsverfahren und vorläufiger Verwaltungsakt, Frankfurt am Main 1992
- KUHN HANS RUDOLF, Der vorläufige Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, Basel 1981
- LIMBERGER JUDITH, Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes bei Grossprojekten. Die regelmässige Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Verwaltungsbehörden und die Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO, Berlin 1985
- LÜCKE JÖRG, Vorläufige Staatsakte, Tübingen 1991
- LUDWIG PETER, Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, ZBJV 1974, S. 161 ff.
- MÄDER CHRISTIAN, Das Baubewilligungsverfahren. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts und der neueren zürcherischen Rechtsprechung, Zürich 1991
- MARTENS WOLFGANG, Suspensiveffekt, Sofortvollzug und vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz bei atomrechtlichen Genehmigungen, Köln u.a. 1983
- MARTI ARNOLD, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen; insbesondere die allgemeine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Zürich 1986
- MARTIN JÜRGEN, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen. Grundlagen, Inhalt, Form, Rechtswirkungen, Zürich 1996
- MEIER ISAAC, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983
- MEYLAN JACQUES, De l'effet suspensif en procédure vaudoise de recours administratif, RDAF 1970, S. 49 ff.
- MOOR PIERRE, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, Bern 1991
- POLTIER ETIENNE, La juridiction administrative vaudoise deux ans après l'entrée en fonction du Tribunal administratif, RDAF 1994, S. 241 ff.
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht. Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Bern u.a. 1993

- REYMOND JEAN-MARC, Mesures provisionnelles injustifiées ou effet suspensif en cas de recours infondé: Quelle responsabilité? In: Le droit en action, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion du Congrès commun de la Fédération Suisse des Avocats et de la Société Suisse des Juristes des 7 et 8 juin 1996, Lausanne 1996, S. 385 ff.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996
- ROHMEYER HARTWIG, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnungen im Verwaltungsprozess, Berlin 1967
- ROHNER CHRISTOPH, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, S. 215 ff.
- RUCH ALEXANDER, Aus der Rekurspraxis zum baselstädtischen Raumplanungs- und Baurecht, BJM 1990, S. 1 ff.
- SALADIN PETER, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel und Stuttgart 1979
- SCARTAZZINI GUSTAVO, Zum Institut der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in der Sozialversicherungsrechtspflege, Schweizerische Zeitung für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS) 1993, S. 313 ff.
- SCHAUB CHRISTOPH, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1990
- SCHIMMELPFENNIG HANS-CHRISTOPH, Vorläufige Verwaltungsakte, München 1989
- SCHOCH FRIEDRICH, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, München 1988
- SCHÖN FRANZ, Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz, Basel und Stuttgart 1979
- SIEGRIST MARKUS, Die Bausperre unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Aarau 1988
- SPÜHLER KARL, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994
- STEINMANN GEROLD, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBl 1993, S. 141 ff.
- SUTTER PETER, Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens, St. Gallen 1988
- VOGEL OSCAR, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 89 ff.
- VON SALIS PETER, Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1980
- VRP, St. Gallisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965. Aktualisierte, nicht amtliche Textausgabe des Gesetzes (letzte berücksichtigte Änderung II. NG vom 7. Mai 1992) mit Leitsätzen und GVP-Entscheiden im Volltext (Stand: GVP 1992) sowie Stichwortregister, Mauren 1993, herausgegeben und bearbeitet von Elkuch Ivo/Gassner Arthur/Zurmühle Ralph (*zitiert: VRP, S., SGGVP Nr.*)
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Zürich 1983
- ZOLLIKOFER GEROLD, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes und des Kantons Aargau, Zürich 1981