

DACH
Europäische Anwaltsvereinigung e.V.

Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit

53. Tagung der DACH in Leipzig
vom 10. bis 12. September 2015

Mit Beiträgen von

Mag. Philipp J. Graf und
Dr. Isabelle Dessulemoustier-Bovekercke-Ofner,
Rechtsanwälte, Wien

Mag. Horst Fössl, Rechtsanwalt, Wien

Dr. Michael Lips, LL.M., Rechtsanwalt und
MLaw Madeleine Schreiner, Zürich

Monique Stengel, Avocat à la Cour, Paris

lic. iur. Stephan Stauber, Rechtsanwalt,
Vorsteher des Steueramtes des Kantons Basel-Stadt, Basel

Dr. Peter Kamphausen, Anne Schulz und Sebastian Bramorski,
Rechtsanwälte, Düsseldorf

Epameinondas Kalagjakos, Rechtsanwalt, Dikigoros und
Mediator, Athen

2015



Schulthess §

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, CH-8022 Zürich
Tel.: +41 (0) 44/200 29 99, Fax: +41 (0) 44/200 29 98
www.schulthess.com

ISBN 978-3-7255-7438-4

© 2015 by Dach Europäische Anwaltsvereinigung e.V.

Das Werk einschliesslich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz, Druck und Verarbeitung: Digitalis Print GmbH, Chur

Printed in Switzerland

Verwaltungsrechtspflege in Bund und Kantonen – Einzelfragen zu
Schutzschriften, Baubewilligungen und Vergabeentscheiden

I. Verwaltungsrechtspflege im Überblick	30
A. Begriff der Verwaltungsrechtspflege	30
B. Historisches	31
1. Obere Rechtsmittelinstanzen	31
2. Untere Rechtsmittelinstanzen	31
C. Instanzen	32
1. Bund	32
2. Kantone und Gemeinden	32
D. Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht	32
1. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht	33
1.1 Rechtsgrundlage	33
1.2 Beschwerdeobjekt	33
1.3 Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe	34
1.4 Wirkung der Beschwerde	34
1.5 Verfahrensgrundsätze	35
2. Beschwerden an das Bundesgericht	36
2.1 Rechtsgrundlagen	36
2.2 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	37
2.2.1 Beschwerdeobjekt	37
2.2.2 Ausnahmen	38
2.2.3 Vorinstanzen und Beschwerdelegitimation	38
2.2.4 Beschwerdegründe	39
2.2.5 Wirkung der Beschwerde	39
2.2.6 Verfahrensgrundsätze	39
2.3 Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	40
II. Schutzschriften	43
A. Schutzschriften im Zivilverfahren	43
1. Vor Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung	43
2. Nach Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung	45
B. Schutzschriften in der Verwaltungsrechtspflege	46
1. Bedürfnis	46
2. Lehre und Rechtsprechung	47
3. Schlussfolgerungen	47

4. Vorgehen in der Praxis	48
4.1 Hinterlegende Partei	48
4.2 Behörden und Gerichte	50
III. Baubewilligungen und Vergabeentscheide – Aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln	51
A. Überblick	51
1. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und vor kantonalen Verwaltungsgerichten	51
2. Verfahren vor Bundesgericht	52
B. Baubewilligungen	53
1. Ausgangslage	53
2. Vollstreckbarkeit von Baubewilligungen	54
C. Vergabeentscheide	55
1. Ausgangslage	55
2. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht	56
3. Verfahren vor den kantonalen Verwaltungsgerichten	57
4. Weiterzug an das Bundesgericht	58
5. Standstill	59
5.1 Ausgangslage	59
5.2 Rechtsmissbräuchlicher Vertragsschluss	61
IV. Zusammenfassung	62

Verwaltungsrechtspflege in Bund und Kantonen – Einzelfragen zu Schutzschriften, Baubewilligungen und Vergabeentscheiden

Dr. Michael Lips, LL.M., Rechtsanwalt und
MLaw Madeleine Schreiner

Pestalozzi Rechtsanwälte, Zürich

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. Verwaltungsrechtspflege im ÜberblickA. Begriff der VerwaltungsrechtspflegeB. Historisches<ul style="list-style-type: none">1. Obere Rechtsmittelinstanzen2. Untere RechtsmittelinstanzenC. Instanzen<ul style="list-style-type: none">1. Bund2. Kantone und GemeindenD. Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht<ul style="list-style-type: none">1. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht<ul style="list-style-type: none">1.1 Rechtsgrundlage1.2 Beschwerdeobjekt1.3 Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe1.4 Wirkung der Beschwerde1.5 Verfahrensgrundsätze2. Beschwerden an das Bundesgericht<ul style="list-style-type: none">2.1 Rechtsgrundlagen2.2 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten2.3 Subsidiäre VerfassungsbeschwerdeII. SchutzschriftenA. Schutzschriften im Zivilverfahren<ul style="list-style-type: none">1. Vor Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung2. Nach Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung | <ul style="list-style-type: none">B. Schutzschriften in der Verwaltungsrechtspflege<ul style="list-style-type: none">1. Bedürfnis2. Lehre und Rechtsprechung3. Schlussfolgerungen4. Vorgehen in der Praxis<ul style="list-style-type: none">4.1 Hinterlegende Partei4.2 Behörden und GerichteIII. Baubewilligungen und Vergabeentscheide – Aufschiebende Wirkung von RechtsmittelnA. Überblick<ul style="list-style-type: none">1. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und vor kantonalen Verwaltungsgerichten2. Verfahren vor BundesgerichtB. Baubewilligungen<ul style="list-style-type: none">1. Ausgangslage2. Vollstreckbarkeit von BaubewilligungenC. Vergabeentscheide<ul style="list-style-type: none">1. Ausgangslage2. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht3. Verfahren vor den kantonalen Verwaltungsgerichten4. Weiterzug an das Bundesgericht5. Standstill<ul style="list-style-type: none">5.1 Ausgangslage5.2 Rechtsmissbräuchlicher VertragsschlussIV. Zusammenfassung |
|--|---|

Die Verwaltungsrechtspflege in der Schweiz ist geprägt durch den föderalistischen Staatsaufbau einerseits und durch die Verteilung von Rechtsetzungs- und Vollzugs Kompetenzen auf Bund, Kantone und Gemeinden andererseits. Dementsprechend unterscheiden sich je nach betroffener Materie die Rechtsmittel und Instanzen der Verwaltungsrechtspflege. Der vorliegende Länderbericht fasst zunächst die rechtsgeschichtliche Entwicklung und die Grundzüge der Schweizer Verwaltungsrechtspflege zusammen. Anschließend werden ausgewählte, aktuelle Fragestellungen aus der Beratungspraxis vertieft dargestellt, Fussregeln aufgezeigt und konkrete Lösungsansätze vorgeschlagen.

I. Verwaltungsrechtspflege im Überblick

A. Begriff der Verwaltungsrechtspflege

Die Terminologie mit Bezug auf die Verwaltungsrechtspflege ist in der Schweizer Literatur nicht immer einheitlich, weshalb es sich lohnt, vorab eine kurze Abgrenzung bzw. Einordnung vorzunehmen. Während einige Autoren den Begriff Verwaltungsrechtspflege als Oberbegriff verstehen, welcher auch das nichtstreitige Verwaltungsverfahren einschliesst,¹ wird vorliegend davon ausgegangen, dass sich die Verwaltungsrechtspflege auf das Streitige Verwaltungsverfahren begrenzt.²

Im Rahmen der Streitigen Verwaltungsrechtspflege kann zwischen verwaltungsinterner und verwaltungsexterner Rechtspflege unterschieden werden. Bezeichnend für die verwaltungsinterne Rechtspflege ist die Streiterledigung durch eine Behörde, welche in die Verwaltungshierarchie eingegliedert und damit nicht verwaltungsunabhängig ist. Bei der verwaltungsexternen Rechtspflege hingegen, auch Verwaltungsgerichtsbarkeit genannt, erfolgt die Streiterledigung durch ein verwaltungsunabhängiges Gericht. Im vorliegenden Beitrag steht die verwaltungsexterne Rechtspflege im Fokus.

¹ Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 47.

² So auch Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 9.

B. Historisches

1. Obere Rechtsmittelinstanzen

Die Verwaltungsrechtspflege war in der Schweiz auf Bundes- wie auch auf Kantonsebene während langer Zeit ausschliesslich oder zumindest überwiegend als verwaltungsinterne Rechtspflege ausgestaltet. Die obersten Rechtsmittelinstanzen waren typischerweise der Bundesrat bzw. die Kantonsregierung, also Exekutivbehörden. Die Einführung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit erfolgte in der Schweiz im Vergleich zu den Nachbarstaaten spät. Das erste Verwaltungsgericht wurde 1905 im Kanton Basel-Stadt geschaffen. Bis die letzten Kantone nachzogen und ebenfalls Verwaltungsgerichte schufen, dauerte es mehr als 90 Jahre und brauchte es einen gewissen Druck der Europäischen Menschenrechtskonvention («EMRK»)³. So schuf 1996 der Kanton Appenzell Innerrhoden als letzter Kanton ein Verwaltungsgericht.

Auf Bundesebene wurden ab 1928 einzelne Entscheidkompetenzen dem Bundesgericht anstelle des Bundesrates zugewiesen. Erst 1968 erfolgte dann der Systemwechsel zur Zuständigkeit des Bundesgerichts per Generalklausel.

2. Untere Rechtsmittelinstanzen

Die Verlagerung der Verwaltungsrechtspflege durch untere Rechtsmittelinstanzen auf besondere Verwaltungsgerichte erfolgte noch später als auf oberer Ebene und ist bis heute noch nicht vollständig verwirklicht.

Auf Bundesebene wurde die verwaltungsinterne, erstinstanzliche Rechtspflege im Zuge der Totalrevision der Bundesrechtspflege von 2005 und der damit einhergehenden Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts fast vollständig abgeschafft.⁴ In den Kantonen hat die Abschaffung der verwaltungsinternen Instanzen dagegen erst begonnen. Bisher sind nur punktuell gerichtliche Behörden als untere Rechtsmittelinstanzen zuständig, so etwa das Baurekursgericht im Kanton Zürich oder die Steuerrekursgerichte in den Kantonen Zürich und Aargau.

³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

⁴ Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 51.

C. Instanzen

1. Bund

Wie oben erwähnt, ist die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege auf Bundesebene kaum mehr existent (siehe I.B.2). Für Verfügungen von Bundesbehörden ist seit dem 1. Januar 2007 weitgehend das Bundesverwaltungsgericht als erste Rechtsmittelinstanz zuständig. Ausnahmsweise können auch Verfügungen von kantonalen Instanzen das Anfechtungsobjekt vor Bundesverwaltungsgericht sein, sofern dies ein Bundesgesetz ausdrücklich vorsieht.

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (nicht aber mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde) vor Bundesgericht angefochten werden. Das Bundesgericht ist einziges oberstes Gericht des Bundes. Es gibt in der Schweiz kein dem Bundesgericht übergeordnetes Verfassungsgericht.

2. Kantone und Gemeinden

Auf kantonalen und kommunaler Ebene ist die verwaltungsinterne Rechtspflege als erste Rechtsmittelinstanz noch weit verbreitet. Als zweite Rechtsmittelinstanz sind regelmässig kantonale Verwaltungsgerichte zuständig. Entscheide der kantonalen Verwaltungsgerichte können beim Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden.

D. Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht

Wie erwähnt, steht bei Verfügungen von Bundesbehörden in der Regel die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, anschliessend die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Bei Verfügungen von kantonalen Behörden führt der Weg, gegebenenfalls nach einem verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren, an ein oberes kantonales Gericht und anschliessend an das Bundesgericht, letzteres mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

Nachfolgend einige wichtige Punkte zu den Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht bzw. an das Bundesgericht.

1. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

1.1 Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bildet insbesondere das Verwaltungsgerichtsgesetz («VGG»),⁵ welches mittels subsidiärer Generalklausel in Art. 37 VGG («soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt») das Verwaltungsverfahrensgesetz («VwVG»)⁶ für anwendbar erklärt.

1.2 Beschwerdeobjekt

Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bildet regelmässig eine Verfügung einer Bundesbehörde das Anfechtungsobjekt. Ohne Verfügung kein Rechtsschutz – so die eiserne Regel.⁷ Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Art. 5 VwVG).

Der Verfügung stehen diejenigen Verwaltungshandlungen gegenüber, die keine unmittelbaren Rechtswirkungen haben, sondern lediglich einen Erfolg herbeiführen. Solche Realakte sind diejenigen Verwaltungsmassnahmen, die nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind. Sie begründen keine unmittelbaren Rechte und Pflichten der Privaten. Trotzdem muss auch hier der Rechtsschutz der Betroffenen gewährleistet sein. Art. 25a VwVG regelt daher, dass die Behörde, welche für den Realakt zuständig war, auf Gesuch hin eine Verfügung über den betreffenden Realakt erlässt.

⁵ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.32.

⁶ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

⁷ Vorbehalten bleibt der Rechtsschutz durch eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, sollte sich die zuständige Behörde weigern, eine Verfügung zu erlassen.

1.3 Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der betreffenden Verfügung hat. Die letzten beiden Voraussetzungen konkretisiert das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung folgendermassen:

«Das schutzwürdige Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Verfügungsadressaten verschaffen würde, oder – anders formuliert – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die von der Beschwerde führenden Person als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin wird verlangt, dass die Person durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht.»⁸

Das Bundesverwaltungsgericht verfügt über eine umfassende Prüfungskognition. Die Beschwerdeführerin kann daher im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit rügen (Art. 49 VwVG).

1.4 Wirkung der Beschwerde

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht besitzt in der Regel aufschiebende Wirkung und gilt daher als ordentliches Rechtsmittel (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Die angefochtene Verfügung erlangt grundsätzlich erst dann Wirksamkeit bzw. wird erst dann vollstreckbar, wenn über die Beschwerde entschieden wurde.

⁸ BVGer B-1100/2007 vom 6. Dezember 2007, E.3.3.1.

Die aufschiebende Wirkung kann jedoch auch entzogen werden, wobei das Bundesverwaltungsgericht dies von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei hin tun kann (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Zudem gibt es für bestimmte Rechtsgebiete Ausnahmen, wonach einer Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 55 Abs. 5 VwVG), so zum Beispiel für Submissionsverfahren auf Bundes- und Kantonsebene (zur aufschiebenden Wirkung siehe unten III., zur erwähnten Ausnahme für Submissionsverfahren siehe unten III.C.2).

1.5 Verfahrensgrundsätze

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich in der Sache selbst. Nur ausnahmsweise weist es die Sache an die Vorinstanz mit verbindlichen Weisungen zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Ein Rückweisungsentscheid rechtfertigt sich vor allem dann, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes oder jedenfalls aufwendiges Beweisverfahren durchzuführen ist.⁹

Grundsätzlich gilt im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht die Dispositionsmaxime – die Parteien entscheiden demnach über die Einleitung, die Beendigung und den Gegenstand des Verfahrens. Das Gericht darf aber auch zu Gunsten oder zu Ungunsten einer Partei über Parteibegehren hinausgehen. Gemäss dem Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) obliegt es dem Gericht, für die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts zu sorgen. Allerdings ermittelt das Bundesverwaltungsgericht den Sachverhalt nicht vollkommen neu, sondern beschränkt sich auf die Überprüfung, Berichtigung und Ergänzung des durch die Vorinstanz ermittelten Sachverhalts.¹⁰

Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an und ist nicht an die von den Parteien vorgebrachten rechtlichen Begründungen der Begehren gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Stützt es seinen Entscheid auf Rechtsnormen, mit denen die Parteien nicht rechnen mussten, so ist ihnen vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren.¹¹ Es gilt zu beachten, dass trotz der Rechtsanwendung von Amtes wegen das Bundesverwal-

⁹ BVGer B-7420/2006 vom 10. Dezember 2007, E. 4.1.

¹⁰ BVGer A-5274/2011 vom 19. März 2013, E. 1.5.

¹¹ BVGer A-1677/2006 vom 20. August 2007, E. 2.

tungsgericht Rechtsfragen, die nicht von den Parteien aufgeworfen wurden, nur dann nachgehen muss, wenn aufgrund der Parteivorbringen oder der Akten hinreichend Anlass dazu besteht.¹²

Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sind nicht endgültig, sondern können vor Bundesgericht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden (Art. 86 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 114 BGG).

2. Beschwerden an das Bundesgericht

2.1 Rechtsgrundlagen

Das Bundesgericht findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 188 ff. der Bundesverfassung («BV»)¹³. Auf Gesetzesstufe ist das Bundesgerichtsgesetz («BGG»)¹⁴ massgebend. Es regelt Stellung und Organisation des Bundesgerichts sowie seine Zuständigkeit und das Verfahren.

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege im Jahre 2005 wurde das Bundesrechtspflegegesetz («OG»)¹⁵ durch das BGG ersetzt. Das BGG sieht heute drei Einheitsbeschwerden vor: die Beschwerde in Zivilsachen, die Beschwerde in Strafsachen und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Diese werden deshalb Einheitsbeschwerden genannt, weil im Gegensatz zu den Beschwerden unter dem früheren OG sämtliche Rügen (falsche Rechtsanwendung und Verletzung von verfassungsmässigen Rechten) vorgebracht werden können, was den Rechtsweg für die Rechtssuchenden erheblich erleichtert.¹⁶

Vorliegend ist indes nur die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten von Interesse. Neben den Einheitsbeschwerden wurde im Zuge der

¹² BVGer A-4911/2010 vom 30. November 2010, E. 1.4.1.

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁴ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

¹⁵ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, aufgehoben per 1. Januar 2007.

¹⁶ Geschichte des Bundesgerichts, S. 4, abrufbar unter <http://www.bger.ch/geschichtliches_bger.pdf> (4. September 2015).

Totalrevision ausserdem die subsidiäre Verfassungsbeschwerde geschaffen, welche nachfolgend ebenfalls erläutert wird.

2.2 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

2.2.1 Beschwerdeobjekt

Beschwerdeobjekt der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sind Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, kantonale Erlasse und Akte im Bereich der politischen Rechte (Art. 82 BGG), wobei auf die beiden letzteren im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht näher eingegangen wird. Die Mehrheit der Beschwerden richtet sich denn auch gegen Entscheide. Angefochten werden können neben End- und Teilentscheiden auch gewisse Vor- und Zwischenentscheide (Art. 90 ff. BGG).

Mit Bezug auf Vor- und Zwischenentscheide ist eine öffentlich-rechtliche Beschwerde zulässig gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren – diese Entscheide können später nicht mehr mit dem Endentscheid angefochten werden (Art. 92 BGG). Andere, selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide hingegen können gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG nur dann selbständig mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden, wenn alternativ:

- a) der Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt, oder
- b) die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden könnte.

Sind die Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtung nicht gegeben oder wurde von der Anfechtungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht, so können diese Vor- und Zwischenentscheide mittels Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken (Art. 93 Abs. 3 BGG).

2.2.2 Ausnahmen

Das BGG enthält einen umfassenden Ausnahmekatalog, wonach eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Art. 83 BGG). So ist die Beschwerde etwa gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen bis auf wenige Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 83 lit. f BGG, siehe III.C.4). Sinn und Zweck des Ausnahmekatalogs ist zum einen die Entlastung des Bundesgerichts und zum anderen die Gewährleistung eines raschen Verfahrens.

Ausserdem sieht das BGG für öffentlich-rechtliche Beschwerden in gewissen vermögensrechtlichen Streitigkeiten eine Streitwertgrenze vor. Diese liegt auf dem Gebiet der Staatshaftung bei CHF 30000 und auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse bei CHF 15000 (Art. 85 Abs. 1 BGG). Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag nicht, so ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht folgt dabei einer restriktiven Praxis. Die Rechtsfrage muss von allgemeiner Tragweite sein – es muss ihr eine Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukommen. Allein der Umstand, dass die Frage neu ist und noch nie entschieden wurde, reicht nicht aus. Vielmehr muss sie von erheblicher präjudizieller Tragweite sein und von ihrem Gewicht her nach höchstrichterlicher Klärung verlangen.¹⁷

2.2.3 Vorinstanzen und Beschwerdelegitimation

Vorinstanzen des Bundesgerichts sind insbesondere die letzten kantonalen Instanzen, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesstrafgericht. Legitimiert ist insbesondere, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, vom angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat.

¹⁷ BGE 139 II 340, E. 4.

2.2.4 Beschwerdegründe

Dem Bundesgericht obliegt primär die Rechtskontrolle. Die Prüfungskognition des Bundesgerichts ist damit enger als diejenige des Bundesverwaltungsgerichts. Geltend gemacht werden kann die Verletzung von Bundesrecht, was auch die Verletzung der Bundesverfassung umfasst, die Verletzung von Völkerrecht, von kantonalen verfassungsmässigen Rechten, von kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und über Volkswahlen und -abstimmungen sowie von interkantonalem Recht (Art. 95 BGG).

Die Verletzung von kantonalem Recht kann grundsätzlich nicht gerügt werden (Art. 95 BGG, *e contrario*). Es kann aber gerügt werden, die Vorinstanz habe das kantonale Recht willkürlich und damit in Verletzung von Art. 9 BV angewendet. Zu beachten gilt, dass das Bundesgericht, im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht, keinesfalls eine Angemessenheitskontrolle durchführt.

Das Bundesgericht ist grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden. Die Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG).

2.2.5 Wirkung der Beschwerde

Anders als die Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht besitzt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG). Der Instruktionsrichter bzw. die Instruktionsrichterin kann aber im Einzelfall auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen (Art. 103 Abs. 3 BGG, siehe zur aufschiebenden Wirkung unten III.A.2).

2.2.6 Verfahrensgrundsätze

Im Gegensatz zur Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht wird die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten durchwegs vom Dispositionsgrundsatz beherrscht. Die Parteien entscheiden, ob sie das Verfah-

ren einleiten oder durch Beschwerderückzug oder Anerkennung beenden. Das Gericht ist an die zulässigen Begehren gebunden und darf nicht darüber hinausgehen und mehr oder anderes zusprechen, als verlangt wird. Das Bundesgericht stellt auf den vorinstanzlich festgelegten Sachverhalt ab und übt nur Rechtskontrolle aus, weshalb die Untersuchungsmaxime grundsätzlich nicht anwendbar ist.¹⁸

Wie im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gilt das Prinzip *iura novit curia*. Das Bundesgericht wendet somit das Recht von Amtes wegen an. Für die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantona-lem Recht gilt jedoch das sogenannte Rügeprinzip. Das Bundesgericht prüft solche Rechtsverletzungen nicht von Amtes wegen, sondern nur, wenn die Beschwerdeführerin diese vorgebracht und genügend begründet hat.

2.3 Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde handelt es sich um ein Auffangrechtsmittel gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanz, gegen welche die öffentlich-rechtliche Beschwerde aufgrund des Ausnahmekatalogs, Nichterreichens der Streitwertgrenze oder fehlender Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht zulässig ist. Soweit die Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht – also entweder die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, die Beschwerde in Zivilsachen oder die Beschwerde in Strafsachen – zulässig ist, bleibt kein Raum für die Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 113 BGG). Die absolute Subsidiarität gegenüber der Einheitsbeschwerde ist denn auch das Kennzeichen der Verfassungsbeschwerde.

Bei der Verfassungsbeschwerde handelt es sich um eine Variante der ordentlichen Beschwerde. Das Verfahren läuft grösstenteils gleich ab, weshalb viele der Bestimmungen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sinngemäss auch für die Verfassungsbeschwerde gelten (Art. 117 BGG).

¹⁸ Nur wenn die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht, kann das Gericht die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

Im Vergleich zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sind die folgenden Unterschiede hervorzuheben:

- a) Nur kantonale Entscheide unterliegen der Verfassungsbeschwerde. Entscheide von Bundesbehörden können keinesfalls mit Verfassungsbeschwerde angefochten werden.
- b) Im Gegensatz zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten braucht es für die Verfassungsbeschwerde ein rechtlich geschütztes Interesse. Ein bloss schutzwürdiges Interesse reicht nicht aus. Ein rechtlich geschütztes Interesse besitzt, wer in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Ein erlittener Nachteil bloss tatsächlicher Natur genügt nicht. Das rechtlich geschützte Interesse kann durch kantonales oder eidgenössisches Gesetzesrecht oder aber unmittelbar durch ein spezielles Grundrecht oder bundesverfassungsrechtliche Verfahrensgarantien begründet sein. Zu beachten gilt, dass nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot für sich alleine noch keine geschützte Rechtsstellung begründen. Vorausgesetzt wird vielmehr, dass das Gesetzesrecht, dessen willkürliche Anwendung gerügt wird, der beschwerdeführenden Person einen Rechtsanspruch einräumt oder den Schutz der angeblich verletzten Interessen bezweckt.¹⁹
- c) Das Bundesgericht nimmt im Verfahren der Verfassungsbeschwerde lediglich eine Rechtskontrolle vor. Die zulässigen Beschwerdegründe sind beschränkt auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Darunter fallen namentlich die Grundrechte, die EMRK und die Kantonsverfassungen. Letztere indes nur, wenn ihr Schutz über die entsprechenden Rechte der Bundesverfassung hinausgeht oder ein Recht gewährleistet, das die Bundesverfassung nicht garantiert.

Ist die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unsicher, so ist dennoch eine solche Beschwerde zu erheben und eventualiter das Eintreten auf die Verfassungsbeschwerde zu beantragen. Dabei hat die Beschwerdeführerin sowohl die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch die Verfassungsbeschwerde in derselben Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

¹⁹ BGE 133 I 185, E. 4.1.

Das Bundesgericht prüft beide Beschwerden im gleichen Verfahren (Art. 119 Abs. 2 BGG). Aufgrund der absoluten Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde wird auf diese aber nur eingetreten, wenn auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten werden kann. Die vorgebrachten Rügen werden nach den Vorschriften für die entsprechende Beschwerdeart geprüft (Art. 119 Abs. 3 BGG).

Zuletzt gilt es noch darauf aufmerksam zu machen, dass das Prinzip *iura novit curia* im Rahmen der Verfassungsbeschwerde durch das Rügeprinzip abgeschwächt wird. Demnach prüft das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten und von verfassungsmässigen Rechten nur insofern, als eine Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist. Werden die Anforderungen des Rügeprinzips nicht erfüllt, tritt das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein.²⁰

²⁰ BGE 134 V 138, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 1.4.

II. Schutzschriften

Die Schutzschrift richtet sich gegen befürchtete superprovisorische Massnahmen und wird vorsorglich eingereicht, bevor die befürchteten Massnahmen von der zuständigen Behörde bzw. vom zuständigen Gericht verlangt werden.

Im Schweizer Recht ist dieses Vorsorgeinstrument insbesondere im Zivilprozessrecht bekannt. In der Verwaltungsrechtspflege hingegen ist es noch wenig bekannt, obwohl auch in solchen Verfahren ein Bedürfnis nach der Verwendung von Schutzschriften besteht.

A. Schutzschriften im Zivilverfahren

1. Vor Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung

Die Schutzschrift hat ihren Ursprung in Deutschland und ist seit den 1970er Jahren auch in der Schweiz bekannt.²¹ Vor 2011 beruhte das Institut der Schutzschrift im schweizerischen Recht indes nur auf der Praxis – eine gesetzliche Kodifizierung fehlte. Die Handhabe von Schutzschriften in Zivilverfahren war denn auch «*als Spiegelbild der kantonalen Rechtszersplitterung weitgehend uneinheitlich*».²² Während einige Gerichte die eingereichten Schutzschriften entgegengenommen und berücksichtigt haben,²³ haben andere Gerichte die Schutzschrift unberücksichtigt retourniert.

Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid aus dem Jahre 1993 die Ansicht vertreten, die Nichtentgegennahme einer Schutzschrift sei zulässig und zumindest nicht willkürlich. Das Bundesgericht argumentierte, Schutz-

²¹ *Hess-Blumer*, Art. 270 ZPO, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 3 f.

²² *Leupold*, Die Schutzschrift – Grundsätzliches und prozessuale Fragen, AJP 1998, S. 1079; vgl. auch *Hess-Blumer*, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, Zürich 2001, S. 31 ff.; *Güntherich*, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht: unter besondere Berücksichtigung der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, S. 23 ff.

²³ So nimmt etwa das Handelsgericht Zürich seit 1997 Schutzschriften entgegen, Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 2. Mai 1997, ZR 1997 Nr. 46. Siehe dazu aber auch unten II.B.4.1.

schriften (bzw. entsprechende Petitionen) können aus Gründen der Beachtung der Verfahrensordnung und der Fairness des Verfahrens sowie wegen der Gefahr der unzulässigen Beeinflussung des Richters nicht als zulässig betrachtet werden.²⁴

Diejenigen kantonalen Gerichte, welche Schutzschriften entgegengenommen und berücksichtigt haben, stützten die Legitimation der Schutzschrift dagegen auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, welcher sowohl in Art. 29 Abs. 2 BV (Art. 4 Abs. 1 aBV)²⁵ als auch in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankert ist und ausserdem auch auf kantonaler Ebene in den meisten Zivilprozessordnungen wiederholt wird.²⁶ Diese Ansicht wurde auch in der Lehre zu den kantonalen Zivilprozessordnungen weitgehend geteilt.²⁷

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich unter anderem der Anspruch einer Partei auf vorgängige Anhörung. Gerade im Falle einer superprovisorischen Verfügung – dem typischen Anwendungsbereich von Schutzschriften – wird jedoch zugunsten der Dringlichkeit der Sache auf die vorherige Anhörung der Gegenpartei verzichtet und somit deren rechtliches Gehör verletzt. Die Verletzung kann zwar mit dem überwiegenden Interesse des Gesuchstellers an einer ungesäumten Verfügung gerechtfertigt werden. Wird nun aber bereits vor Einreichung des Gesuchs eine Schutzschrift hinterlegt, entfällt diese Rechtfertigung. Die Berücksichtigung der Schutzschrift beeinträchtigt den unverzüglichen Entscheid nicht so sehr, dass das Interesse an einem raschen Entscheid die Gehörsverletzung überwiegt.

Ein Teil der Lehre zum früheren Zivilprozessrecht forderte ausserdem, im Falle von superprovisorischen Verfügungen solle stets die Untersuchungsmaxime gelten, da nur so die Nichtanhörung der Gegenseite korrigiert werden könne. Dementsprechend müsse der Richter im superprovisorischen Verfahren von Amtes wegen zur Ermittlung des Prozessstoffes beitragen, weil dem Gesuchsgegner in diesem Verfahren das rechtliche Gehör verweigert wird. Demzufolge habe der Richter in Erfüllung seiner Untersuchungs-

²⁴ BGE 119 Ia 53, E. 4, bestätigt in BGer 1A.41/2004 vom 1. März 2004.

²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.

²⁶ Vgl. Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 2. Mai 1997, ZR 1997 Nr. 46; Entscheid des Obergerichts Luzerns vom 3. September 2003, sic! 2004, S. 513 ff.

²⁷ *Güntherich*, a.a.O., S. 91 ff.; *Hess-Blumer*, Die Schutzschrift, a.a.O., S. 161 ff.; *Leupold*, a.a.O., S. 1079 f.

pfligt zwingend auch eine allfällig eingereichte Schutzschrift zu berücksichtigen.²⁸

2. Nach Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung

Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung («ZPO»)²⁹ am 1. Januar 2011, welche die kantonalen Zivilprozessordnungen ablöste und in einem Bundesgesetz vereinte, wurde die Schutzschrift in der Schweiz erstmals kodifiziert. Damit wurde auch die uneinheitliche kantonale Praxis beendet.

Art. 270 ZPO lautet wie folgt:

¹ Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271–281 SchKG oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen.

² Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet.

³ Die Schutzschrift ist sechs Monate nach Einreichung nicht mehr zu beachten.

Zumindest für Zivilverfahren ist damit klar, dass Schutzschriften zulässig sind und wie damit zu verfahren ist. Die Entwicklungen im Zivilprozessrecht sind aber durchaus auch für die Verwaltungsrechtspflege von Bedeutung und zu berücksichtigen.

²⁸ *Hess-Blumer*, Die Schutzschrift, a.a.O., S. 143 f.

²⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272.

B. Schutzschriften in der Verwaltungsrechtspflege

1. Bedürfnis

Eine der ZPO vergleichbare gesetzliche Regelung fehlt in der Verwaltungsrechtspflege sowohl auf Bundes- wie auch auf Kantonsebene. Dennoch ist die Schutzschrift auch im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege von Bedeutung und wird in der Praxis entsprechend eingesetzt – wohl aber deutlich weniger oft als in Zivilverfahren.³⁰

Wie oben ausgeführt (siehe II.A.1), entwickelte die Praxis die Schutzschrift im Hinblick darauf, den Gehörsanspruch der Gegenpartei zu wahren, auch wenn diese – meist aus Zeitgründen – nicht vor dem Erlass eines ersten Entscheids angehört werden soll. Jedes superprovisorische Verfahren gibt dem Gesuchsteller die Möglichkeit, dem Richter subjektiv gefärbte und unvollständige Sachverhaltsdarstellungen zu unterbreiten, indem Tatsachen nicht offengelegt werden, von denen der Gesuchsteller weiss oder annehmen muss, dass sie zu seinen Ungunsten gewertet werden können. Die Schutzschrift dient als vorbeugendes Verteidigungsmittel, um eine derartige Einseitigkeit zu vermeiden und wird überwiegend als antizipierte Gesuchsantwort und damit als Prozesshandlung auf Vorrat betrachtet.

Dieses Schutzbedürfnis besteht nicht nur im Zivilprozess sondern gleichermassen auch in der Verwaltungsrechtspflege. Auch Verwaltungsbehörden und -gerichte können Verfügungen superprovisorisch erlassen und Entscheide ohne Anhörung der Gegenpartei fällen, wenn es die Umstände rechtfertigen.

So kann etwa das Bundesgericht einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung in einem Submissionsverfahren die aufschiebende Wirkung – welche einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht von Gesetzes wegen zukommt, sondern beantragt bzw. vom Instruktionsrichter von Amtes wegen verfügt werden muss – in dringlichen Fällen ohne Anhörung der Gegenpartei vorläufig gewähren. Auch auf kantonaler Ebene sehen

³⁰ Anders zum Beispiel in Deutschland, wo Schutzschriften auch im Verwaltungsgerichtsverfahren grundsätzlich anerkannt sind und regelmässig vorkommen, und zwar auch durch Behörden eingereichte Schutzschriften, zum Beispiel um der Verhinderung einer Abschiebung mittels einstweiligen Rechtsschutzes zuvorzukommen. Näheres dazu bei Bäumerich, DVBl 2015, S. 352 ff.

die Verwaltungsgerichtsgesetze (etwa § 6 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich) die superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vor. Denkbar ist zum Beispiel ein superprovisorisch verhängter sofortiger Baustopp, wenn ein Nachbar dies verlangt und geltend macht, die entsprechenden Voraussetzungen seien erfüllt. In beiden Fällen kann die betroffene Partei (Vergabestelle bzw. Bauherrschaft) ein Interesse daran haben, beim Gericht bzw. bei der zuständigen Behörde vorsorglich eine Schutzschrift zu hinterlegen.

2. Lehre und Rechtsprechung

Gerichtspraxis und Literatur zur Schutzschrift in der Verwaltungsrechtspflege gibt es nur wenig.

Zumindest das Bundesverwaltungsgericht hat 2009 in einer prozessleitenden Verfügung des Instruktionsrichters Position bezogen und erläutert, «(...) dass das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) das Institut der Schutzschrift nicht kennt, die von der Vergabestelle eingegangene Rechtsschrift aber gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) und Art. 12 VwVG zu den Akten zu nehmen und zu berücksichtigen ist».³¹

3. Schlussfolgerungen

Die oben erwähnte strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts,³² welche aus der Zeit vor Einführung der eidgenössischen ZPO datiert, war schon unter den damaligen Verfahrensordnungen unbefriedigend. Das Bundesgericht hielt damals fest, die Berücksichtigung der Schutzschrift könne den Richter einseitig beeinflussen. Dabei ist es gerade die möglicherweise einseitige Sachverhaltsdarstellung durch den Gesuchsteller, welche mit einer Schutzschrift etwas gemindert werden kann. Ohne Schutzschrift entscheidet das Gericht bei einem superprovisorischen Begehren einzig gestützt auf die Darstellung der gesuchstellenden Partei.

³¹ BVGer B-3402/2009 vom 27. Mai 2009 (Verfügung des Instruktionsrichters).

³² BGE 119 Ia 53, E. 4, siehe II.A.1.

Unter der heutigen Rechtslage mit der ausdrücklichen Verankerung der Schutzschrift in der ZPO kann die frühere Argumentation des Bundesgerichts auch für die Verwaltungsrechtspflege nicht mehr gelten. Dass sich der Gesetzgeber beim Zivilprozess für die Zulässigkeit von Schutzschriften entschieden hat, zeigt generell, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör der Gegenpartei die angebliche Gefahr von einseitiger Beeinflussung des Richters durch eine Schutzschrift überwiegt.

Die oben dargestellten Begründungen zur früheren Rechtslage im Zivilprozess, welche schon damals die Zulässigkeit von Schutzschriften bejahten, lassen sich ohne weiteres auf die Verwaltungsrechtspflege übertragen. Auch vor Verwaltungsbehörden und -gerichten hat jede Partei einen verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör, der im Übrigen auch aus den meisten kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetzen fliesst. Auch hier kann das Interesse an einem raschen Entscheid die Nichtberücksichtigung einer bereits vorliegenden Schutzschrift nicht rechtfertigen.

Dazu kommt, dass in der Verwaltungsrechtspflege der Untersuchungsgrundsatz vorherrscht. Soweit die Gerichte den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen, ist eine bereits vorliegende Schutzschrift auch aus diesem Grund zu berücksichtigen.

Schliesslich sind ganz allgemein keine Besonderheiten der Verwaltungsrechtspflege ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, mit Schutzschriften anders zu verfahren als im Zivilprozess.

4. Vorgehen in der Praxis

Wenn wie vorliegend die Zulässigkeit und dementsprechend auch die Berücksichtigung von Schutzschriften in der Verwaltungsrechtspflege grundsätzlich bejaht werden, dann stellen sich verschiedene Fragen zum praktischen Vorgehen.

4.1 Hinterlegende Partei

Solange für die Verwaltungsrechtspflege eine besondere gesetzliche Regelung fehlt und es keine einschlägige Rechtsprechung gibt, bleibt für die hin-

terlegende Partei und mutmassliche Gesuchsgegnerin eine gewisse Unsicherheit, ob eine Schutzschrift auch tatsächlich entgegengenommen und berücksichtigt wird. Dies wirkt sich auf die Rechtsbegehren der Schutzschrift und auf deren Begründung aus.

So sollte die hinterlegende Partei das von der Behörde bzw. vom Gericht erwartete Vorgehen in ihr Rechtsbegehren aufnehmen und ausdrücklich beantragen, wie lange die Schutzschrift von der Behörde bzw. vom Gericht aufzubewahren ist. Auch sollte die hinterlegende Partei im Rechtsbegehren ausdrücklich beantragen, dass die Behörde bzw. das Gericht die Schutzschrift der Gegenpartei und mutmasslichen Gesuchstellerin erst zustellt, nachdem diese das erwartete Gesuch gestellt hat.³³

Es ist naheliegend, das Rechtsbegehren analog zu Art. 270 ZPO zu formulieren, wobei gerade bei der Hinterlegungsfrist je nach Sachverhalt und Verfahrensablauf durchaus noch Spielraum nach oben bestehen sollte. Dass eine Schutzschrift nicht der Gegenseite zugestellt werden soll, bevor diese ein entsprechendes Verfahren einleitet, folgt eigentlich schon aus dem Sinn und Zweck von Schutzschriften. Gleichwohl hatte das Handelsgericht Zürich unter der früheren kantonalen Zivilprozessordnung eingegangene Schutzschriften in ständiger Praxis unverzüglich der Gegenpartei zugestellt.³⁴ Vorichtshalber sollte daher auch dieser Punkt im Rechtsbegehren ausdrücklich erwähnt werden.

Schliesslich sollte in der Schutzschrift selbst nicht nur die Legitimation der hinterlegenden Partei zu ihrer Einreichung, sondern auch die Grundlage für die Berücksichtigung der Schutzschrift begründet werden.

³³ In der Praxis hat sich, mit Bezug auf ein von Nachbarn angedrohtes Gesuch um einen sofortigen Baustopp mittels superprovisorischer Verfügung, etwa die folgende Formulierung bewährt: «(1) Es sei die vorliegende Eingabe als Schutzschrift anzunehmen, sechs Monate ab Einreichung aufzubewahren und den mutmasslichen Gesuchstellern nur dann zuzustellen, wenn diese ein Gesuch betreffend die Einstellung der Bauarbeiten der mutmasslichen Gesuchsgegnerin auf Parzelle Nummer ... in der Gemeinde ... stellen. (2) Es sei ein allfälliges Gesuch der mutmasslichen Gesuchsteller betreffend die Einstellung der Bauarbeiten der mutmasslichen Gesuchsgegnerin auf Parzelle Nummer ... in der Gemeinde ... abzuweisen. (3) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der mutmasslichen Gesuchsteller.»

³⁴ Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 6. April 2009, ZR 2009 Nr. 46.

4.2 Behörden und Gerichte

Aus der Sicht von Behörden und Gerichten stellt sich die Frage, wie mit eingereichten Schutzschriften umzugehen ist.

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung haben Behörden und Gerichte die im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege erhaltenen Schutzschriften insbesondere zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der hinterlegenden Partei grundsätzlich entgegenzunehmen und für die beantragte Dauer aufzubewahren. Mangels konkret beantragter Aufbewahrungsdauer erscheint in Analogie zu Art. 270 ZPO eine Frist von sechs Monaten vertretbar.³⁵

Verlangt die mutmassliche Gesuchstellerin später – das heisst während der Aufbewahrungsdauer – tatsächlich die Anordnung superprovisorischer Massnahmen gegen die hinterlegende Partei, so hat die Behörde bzw. das Gericht zunächst gestützt auf das Gesuch und die Schutzschrift zu entscheiden, ob ein Superprovisorium notwendig und gerechtfertigt ist. Kommt die Behörde bzw. das Gericht dabei zum Schluss, dass die Voraussetzungen für ein Superprovisorium erfüllt sind, erfolgt die Anordnung der verlangten Massnahmen. Mit der Anordnung der Massnahmen erfolgen prozessleitende Anordnungen zum weiteren Schriftenwechsel. Dabei ist die Schutzschrift der Gesuchstellerin zur zumindest fakultativen Stellungnahme zuzustellen.

Kommt die Behörde bzw. das Gericht gestützt auf das Gesuch und die Schutzschrift hingegen zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine superprovisorische Anordnung der betreffenden Massnahmen nicht erfüllt sind, so ist ohne Anordnung der Massnahmen der Schriftenwechsel durchzuführen. Dabei ist das rechtliche Gehör der hinterlegenden Partei und Gesuchsgegnerin vollständig zu wahren. Entsprechend ist ihr die Möglichkeit zu geben, in Kenntnis der tatsächlichen Vorbringen der Gesuchstellerin eine umfassende Gesuchsantwort einzureichen. Die Schutzschrift als vorbeugendes Verteidigungsmittel ist keine vorweggenommene Gesuchsantwort.³⁶ Zudem ist auch in diesem Fall die Schutzschrift der Gesuchstellerin zur zumindest fakultativen Stellungnahme zuzustellen.

³⁵ Allfällige Kostenfolgen für die hinterlegende Partei – insbesondere die Pflicht, die Gerichtskosten zu bevorschussen – richten sich nach dem anwendbaren Prozessrecht und der entsprechenden Gebührenverordnung.

³⁶ *Hess-Blumer*, Art. 270, a.a.O., Rz. 35.

III. Baubewilligungen und Vergabeentscheide – aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln

Unter aufschiebender Wirkung wird die vorübergehende Hemmung der Wirkung des Dispositivs eines Entscheids im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens verstanden. Sie gilt bei bestimmten Rechtsmitteln von Gesetzes wegen, bei anderen kann sie von der verfügenden Behörde oder der Rechtsmittelinstanz im Einzelfall angeordnet, aber auch entzogen werden.

Ob von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung gewährt wird oder eben nicht, ob diese von Amtes wegen angerordnet werden kann oder mittels Gesuch darum ersucht werden muss, ist oft von entscheidender Bedeutung für die Verwirklichung eines Rechtsanspruches. Nachfolgend wird zuerst ein Überblick über die aufschiebende Wirkung in der Verwaltungsrechtspflege gegeben. Anschliessend werden einige Besonderheiten der Thematik bei Baubewilligungs- und Submissionsverfahren aufgezeigt.

A. Überblick

1. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und vor kantonalen Verwaltungsgerichten

Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG hat die Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung. Vorbehalten sind spezialgesetzliche Ausnahmen (Art. 55 Abs. 5 VwVG). Die aufschiebende Wirkung kann jedoch entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die materiellen Voraussetzungen, wann der Entzug der aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt ist, sind indes – mit Ausnahme des Grundsatzes, wonach die aufschiebende Wirkung bei Verfügungen über Geldleistungen nicht entzogen werden darf – nicht gesetzlich geregelt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁷ bedeutet der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände ihren Entzug zu rechtfertigen vermöchten. Vielmehr müssen die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der betreffenden Verfügung sprechen, gewichtiger sein als jene, die für die gegenteilige

³⁷ BGE 117 V 185, E. 2b; BGE 110 V 40, E. 5b.

Lösung angeführt werden können. Im Rahmen der Interessenabwägung sind insbesondere die zu erwartenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile zu berücksichtigen sowie eindeutige Erfolgsaussichten im Hauptverfahren.

Auch die meisten kantonalen Gesetze zur Verwaltungsrechtspflege sehen vor, dass Rechtsmitteln von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt, der Entzug der aufschiebenden Wirkung aber möglich ist.³⁸ Zudem sind auch hier spezialgesetzliche Ausnahmen vorbehalten.

2. Verfahren vor Bundesgericht

Im Gegensatz zur Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht haben sowohl die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wie auch die Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 bzw. Art. 117 i.V.m Art. 103 Abs. 1 BGG). Die aufschiebende Wirkung kann jedoch vom Instruktionsrichter auf Gesuch hin oder von Amtes wegen gewährt werden. Damit die aufschiebende Wirkung gewährt wird, muss die beim Entzug der aufschiebenden Wirkung nach Art. 55 Abs. 2 VwVG erwähnte Prüfung sinngemäss vorgenommen werden (siehe III.A.1). Dabei sollen gemäss Lehre die Anforderungen an die Erteilung der aufschiebenden Wirkung höher sein, als bei deren Entzug im Rahmen des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht. Nur so könne das Bundesgericht entlastet werden und dem Ausnahmecharakter von Art. 103 Abs. 2 BGG gebührend Rechnung getragen werden.³⁹

³⁸ Zum Beispiel §§ 25 und 55 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich; § 46 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Aargau; § 34 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und § 8 der Verwaltungsprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft; anders hingegen § 17 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt.

³⁹ *Baumberger*, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, S. 180.

B. Baubewilligungen

1. Ausgangslage

In der Regel beruht das Baubewilligungsverfahren hauptsächlich auf kantonalem Recht. Demgegenüber spielt das kommunale Recht für das Baubewilligungsverfahren eine untergeordnete Rolle. Beim materiellen Baurecht hingegen spielen kommunale Erlasse – die sogenannten Bau- und Zonenordnungen – eine zentrale Rolle. Sie regeln im Rahmen des übergeordneten Rechts die zulässige Nutzung des Bodens sowie insbesondere die erlaubten Bauweisen im Detail und grundeigentümergebunden.

Erster Schritt des Baubewilligungsverfahrens ist das Baugesuch. Es ist das an die zuständige Behörde gerichtete Begehren, das in der betreffenden Bauvorlage umschriebene Projekt aufgrund der geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen und nach Massgabe des Prüfungsergebnisses die Bewilligung zur Bauausführung zu erteilen (Bauentscheid). Die Baubewilligung schliesst das Baubewilligungsverfahren ab, soweit dagegen keine Rechtsmittel ergriffen werden. Sie ist eine Polizeibewilligung, weshalb der Gesuchsteller einen Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung hat, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Mehrheit der kantonalen Baugesetze gibt betroffenen Dritten, insbesondere Nachbarn, das Recht, bereits gegen ein Baugesuch eine Einsprache zu erheben. Dieses Instrument hat insbesondere einen präventiven Charakter, indem es einem mangelhaften baurechtlichen Entscheid zuvorkommen will. Die Einzelheiten des Einspracheverfahrens sind in den Kantonen unterschiedlich ausgestaltet. In gewissen Kantonen hingegen ist es nicht vorgesehen, so zum Beispiel im Kanton Zürich.

Ist der baurechtliche Entscheid gefällt, so steht dem Gesuchsteller wie auch den betroffenen Dritten das Rechtsmittel der Beschwerde bzw. des Rekurses zur Verfügung. Für die betroffenen Dritten setzt die Beschwerdelegitimation in der Regel das vorgängige Erheben einer Einsprache voraus. Vorliegend von Interesse ist die Frage der aufschiebenden Wirkung dieses Rechtsmittels bzw. wann genau eine Baubewilligung vollstreckbar wird.

2. Vollstreckbarkeit von Baubewilligungen

Bei der Vollstreckbarkeit von Baubewilligungen und bei der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln werden die Unterschiede der kantonal geregelten Baubewilligungsverfahren deutlich. Das ist namentlich für den Rechtsschutz zugunsten Dritter von Bedeutung, deren Rechte durch die Bauarbeiten oder das Bauwerk beeinträchtigt werden können.

Im Kanton Zürich beispielsweise wird eine Baubewilligung erst dann vollstreckbar, wenn die Rekursfrist unbenutzt abgelaufen ist oder einem Rekurs die aufschiebende Wirkung entzogen wurde. Von Gesetzes wegen kommt hier einem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu (§ 339 Abs.1 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich). Anders hingegen ist die Rechtslage beispielsweise im Kanton Graubünden, wo Bauarbeiten grundsätzlich bereits dann beginnen dürfen, wenn eine Baubewilligung schriftlich eröffnet wurde, und nicht erst mit deren Rechtskraft. Vorbehalten bleiben anderslautende Anordnungen in einem Rechtsmittelverfahren (Art. 91 Abs.1 Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden).

Wird eine Baubewilligung sofort nach deren Eröffnung vollstreckbar oder wird einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung nicht von Gesetzes wegen gewährt, so ist es aus der Sicht des betroffenen Dritten unter Umständen geboten, sofort nach der Eröffnung des Bauentscheids mittels superprovisorischer Massnahme den Erlass eines einstweiligen Bauverbots und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels zu verlangen. Handelt der betroffene Dritte nicht rasch genug, so riskiert er den Beginn der Bauarbeiten⁴⁰ und damit vollendete Tatsachen, die sich auch beim Obsiegen im anschliessenden Beschwerde- bzw. Rekursverfahren nicht leicht wiedergutmachen lassen. Zu denken ist etwa an Schäden, welche die Bauarbeiten am Eigentum von Nachbarn bewirken.

Ganz anders ist die Rechtslage in denjenigen Kantonen, in welchen eine Baubewilligung erst nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollstreckbar wird und in welchen dem Rechtsmittel gegen Baubewilligungen die aufschiebende Wirkung zukommt. Hier muss die Bauherrschaft den Entzug der

⁴⁰ Gerade in einfachen Verhältnissen ist es gut möglich, dass allfällige Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung rasch erfüllt werden und die Baufreigabe kurz nach der Eröffnung der Baubewilligung erteilt werden kann.

aufschiebenden Wirkung eines von dritter Seite eingereichten Rechtsmittels verlangen – bzw. deren Beschränkung auf gewisse Bereiche des Projekts –, wenn sie das Bauprojekt vor dem Abschluss des Beschwerde- bzw. Rekursverfahrens in Angriff nehmen will. Dies in der Praxis zu erreichen kann sich indes, abhängig von den Umständen des Einzelfalles, als durchaus schwierig herausstellen.

C. Vergabeentscheide

1. Ausgangslage

Auch im Submissionsverfahren ist der Entscheid über die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln von grösster Bedeutung. So ist es für die nichtberücksichtigte Anbieterin entscheidend, dass sie mittels aufschiebender Wirkung ihrer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung den Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin verhindert.

Nur wenn das Rechtsmittel einer nicht berücksichtigten Anbieterin gegen eine Zuschlagsverfügung suspensiv wirkt, hat die nicht berücksichtigte Anbieterin als Beschwerdeführerin überhaupt noch eine Chance, den Vertrag mit der Vergabestelle abzuschliessen. Wird hingegen die aufschiebende Wirkung nicht erteilt, so darf die Vergabestelle mit der berücksichtigten Anbieterin den Vertrag bereits vor dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens abschliessen.

Ist der Vertrag erst einmal rechtmässig abgeschlossen, so sind die nicht berücksichtigten Anbieter auf Schadenersatzansprüche verwiesen, welche jedoch nicht einmal das negative Vertragsinteresse decken.⁴¹ Zudem erfordern die Geltendmachung und die erfolgreiche Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen einen beachtlichen Aufwand, denn zuerst muss in einem öffentlich-rechtlichen Gerichtsverfahren die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung erstritten werden. Gestützt darauf ist der Schaden-

⁴¹ *Galli/Moser/Lang/Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts: Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1415, zur Regelung auf Bundesebene. Dasselbe gilt auf kantonomer Ebene zum Beispiel im Kanton Zürich, siehe § 3 Abs. 2 des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001.

ersatzanspruch in einem weiteren Verfahren durchzusetzen, welches sich nach dem auf die betreffende Vergabestelle anwendbaren Submissions- und Haftungs- bzw. Staatshaftungsrecht richtet.⁴²

Wie oben dargelegt wird im Rahmen der kantonalen Verwaltungsrechtspflege und vor Bundesverwaltungsgericht von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung grundsätzlich gewährt, es sei denn, es sprechen gewichtige Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung (siehe III.A.1). Von diesem Grundsatz wird nun aber im Vergabeverfahren sowohl auf Kantons- wie auch auf Bundesebene abgewichen.

2. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

Das Submissionsverfahren auf Bundesebene wird durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen («BöB»)⁴³ geregelt.

In Abweichung zu Art. 55 Abs. 1 VwVG hält Art. 28 Abs. 1 BöB fest, dass Beschwerden gegen Zuschlagsverfügungen in Submissionsverfahren von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung haben. Das Bundesverwaltungsgericht kann diese zwar gestützt auf Art. 28 Abs. 2 BöB erteilen. Dazu ist das Gericht indes nur auf Gesuch hin befugt und darf die aufschiebende Wirkung nicht von Amtes wegen erteilen.

Um zu entscheiden, ob dem Gesuch nach aufschiebender Wirkung stattgegeben werden soll, hat das Bundesverwaltungsgericht eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind sowohl die Interessen der Beschwerdeführerin, die öffentlichen Interessen der Vergabestelle als auch allfällige private Interessen Dritter zu berücksichtigen. Dem Interesse der Vergabestelle an einer raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei zwar grundsätzlich ein grosses Gewicht zu. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung und die sich daraus ergebende Möglichkeit des Vertragsschlusses durch die Vergabestelle für die Beschwerdeführerin einschneidende Folgen hat.

⁴² Näheres dazu bei *Galli/Moser/Lang/Steiner*, a.a.O., Rz. 1414 ff.

⁴³ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1.

Zudem hat die Vergabestelle bei sorgfältiger Planung und Vorbereitung des Vergabeverfahrens und der anschliessenden Projektumsetzung von Beginn weg zu berücksichtigen, dass gegen den Zuschlag Rechtsmittel ergriffen werden können, welchen unter Umständen die aufschiebende Wirkung erteilt wird.⁴⁴ Ist die Dringlichkeit der Beschaffung durch die Vergabestelle selbst verschuldet worden, zum Beispiel durch unzureichende Zeitplanung, so rechtfertigt dies in der Regel nicht, einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu verweigern.⁴⁵ Ausgangspunkt muss stets die Gewährung des effektiven und umfassenden Rechtsschutzes sein und es ist zu verhindern, dass das Rechtsmittel zur Illusion wird. Auch soll der Suspensiveffekt nicht nur ausnahmsweise gewährt werden.⁴⁶

Das Bundesverwaltungsgericht kann, soweit auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung eingetreten wird, mittels Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung entscheiden. Mit dem Entscheid in der Hauptsache fällt die für das Beschwerdeverfahren gewährte aufschiebende Wirkung dahin.

3. Verfahren vor den kantonalen Verwaltungsgerichten

Gemäss Art. 17 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen («IVöB»)⁴⁷ haben auch Beschwerden vor den kantonalen Verwaltungsgerichten von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch auf Gesuch hin und, in Abweichung zum Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht, auch von Amtes wegen erteilt werden. Voraussetzung dafür ist, dass eine Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB). Auch hier hat das zuständige Verwaltungsgericht eine Interessenabwägung vorzunehmen (siehe dazu oben III.C.2).

⁴⁴ *Galli/Moser/Lang/Steiner*, a.a.O., Rz. 1328.

⁴⁵ Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen VPB 63.61 vom 3. März 1999, E. 2.

⁴⁶ *Galli/Moser/Lang/Steiner*, a.a.O., Rz. 1341.

⁴⁷ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001.

4. Weiterzug an das Bundesgericht

Sowohl ein selbständig eröffneter Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung als auch ein abschlägiger Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts bzw. eines kantonalen Verwaltungsgerichts kann unter gewissen Voraussetzungen mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder (bei einer kantonalen Vorinstanz) subsidiärer Verfassungsbeschwerde vor Bundesgericht angefochten werden.

Allerdings fallen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen in den Ausnahmekatalog zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (siehe I.D.2.2.2). Das heisst, vergaberechtliche Entscheide – und somit auch Entscheide betreffend die aufschiebende Wirkung in einem Submissionsverfahren – können nur unter den Voraussetzungen von Art. 83 lit. f BGG mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht angefochten werden. Dazu müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- a) Der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages erreicht den massgebenden Schwellenwert des BöB oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens;⁴⁸ und
- b) es stellt sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

Wie oben dargelegt ist die Praxis des Bundesgerichts bezüglich des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung restriktiv (siehe I.D.2.2.2). In der Mehrheit der Fälle fällt dementsprechend eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausser Betracht. In solchen Fällen ist die Beschwerdeführerin, sofern es um den Entscheid einer kantonalen Vorins-

⁴⁸ Gemäss Art. 6 Abs. 1 BöB und Art. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) gelten derzeit die folgenden Schwellenwerte: CHF 230000 für Lieferungen, CHF 230000 für Dienstleistungen, CHF 8700000 für Bauwerke und CHF 700000 für Lieferungen und Dienstleistungen bestimmter Auftraggeberinnen in Spezialbereichen.

tanz geht, auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde verwiesen, womit sie nur bestimmte Beschwerdegründe geltend machen kann (siehe I.D.2.3).

Beim Weiterzug eines Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht sind nicht nur die beiden erwähnten Voraussetzungen (Schwellenwert und Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) zu beachten. Hinzu kommen die allgemeinen Voraussetzungen des Anfechtens von Zwischenentscheiden vor Bundesgericht (siehe I.D.2.2.1). Schliesslich gilt die aufschiebende Wirkung als vorsorgliche Massnahme, weshalb bei der Anfechtung des Entscheids darüber nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden kann (vgl. Art. 98 BGG).⁴⁹ Die übrigen bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sonst möglichen Beschwerdegründe (siehe I.D.2.2.4) sind somit nur dann zulässig, wenn ein Endentscheid angefochten wird.

5. Standstill

5.1 Ausgangslage

Sowohl auf Bundes- wie auch Kantonsebene haben Beschwerden gegen Zuschlagsverfügungen in Submissionsverfahren von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (siehe III.C.2 und III.C.3). Das würde im Prinzip dazu führen, dass eine Vergabestelle nach dem Erlass der Zuschlagsverfügung den betreffenden Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin sofort abschliessen dürfte. Denn streng genommen tritt die Vollstreckbarkeit der Zuschlagsverfügung vor deren Rechtskraft ein.

Um den Rechtsschutz für unterlegene Anbieter dennoch angemessen zu gewähren, gilt der vergaberechtliche Grundsatz des sogenannten «Standstills».⁵⁰ Der Standstill ist in Art. 14 Abs. 1 IVöB und in Art. 22 Abs. 1 BöB verankert und besagt, dass der Vertrag nach dem Zuschlag nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist geschlossen werden darf und dass, im Falle der

⁴⁹ Vgl. auch *Galli/Moser/Lang/Steiner*, a.a.O., Rz. 1355.

⁵⁰ Ausführlich zu dieser Stillhaltefrist *Beyeler*, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts: Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, Rz. 2424 ff. und Rz. 2452 ff.

Anfechtung der Zuschlagsverfügung, der Vertrag erst dann abgeschlossen werden darf, wenn klar ist, dass einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zugesprochen wird.⁵¹

Die Regel des Standstill gilt nach der Eröffnung einer Zuschlagsverfügung und mit Bezug auf Beschwerden vor kantonalen Verwaltungsgerichten bzw. vor dem Bundesverwaltungsgericht. Somit reicht es bei Beschwerden an diese Instanzen aus, ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist einzureichen.

Demgegenüber gilt die Regel des Standstill grundsätzlich nicht, wenn eine kantonale Beschwerdeinstanz oder das Bundesverwaltungsgericht ein Gesuch um aufschiebende Wirkung oder eine Beschwerde gegen den Zuschlag abweist und dieser Entscheid mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder (bei einer kantonalen Vorinstanz) subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen wird.⁵² Weil für Beschwerden an das Bundesgericht kein Standstill gilt, ist das vergaberechtliche Abschlussverbot mit dem abschlägigen Entscheid eines kantonalen Verwaltungsgerichts bzw. des Bundesverwaltungsgerichts erst einmal aufgehoben.

⁵¹ Werden zwar Beschwerden gegen die Zuschlagsverfügung erhoben, aber ohne ausdrückliches Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung, so stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle den Vertrag bereits dann abschliessen darf, wenn sie Kenntnis der Rechtsbegehren hat, oder ob sie mit dem Vertragsschluss zuwarten muss, bis den Beschwerden die aufschiebende Wirkung auch nicht von Amtes wegen gewährt werden. Wird streng auf den Dispositionsgrundsatz abgestellt, so darf die Vergabestelle in dieser Situation den Vertrag abschliessen (siehe *Beyeler*, a.a.O., Fn. 2242). Dadurch wird aber für unterlegene Anbieter kaum ein angemessener Rechtsschutz gewährt. Zudem wird in der geschilderten Situation die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen zu erteilen, im Ergebnis unwirksam. Es erscheint angemessener, der Vergabestelle den Abschluss des Vertrages erst zu erlauben, wenn sie nicht mehr damit rechnen muss, dass gegen die Zuschlagsverfügung eine Beschwerde eingeht oder einer eingegangenen Beschwerde von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Beschwerdeinstanz der Vergabebehörde eine Frist für die Beschwerdeantwort ansetzt, ohne gleichzeitig eine Anordnung zur aufschiebenden Wirkung zu treffen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 24. März 1999, VB.98.00372, E. 2b; *Galli/Moser/Lang/Steiner*, a.a.O., Rz.1331).

⁵² BGer 2C_203/2014 vom 9. Mai 2015, E.1.5.1; BGer 2C_634/2008 vom 11. März 2009, E. 2.2.

Eine Beschwerdeführerin, die auf dem Rechtsweg weiter um den Erhalt des Zuschlages kämpft, muss nun so schnell wie möglich – und nicht erst kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist – beim Bundesgericht ein Gesuch um superprovisorische Gewährung der aufschiebenden Wirkung einreichen. Bis zum Erlass einer entsprechenden Anordnung durch das Bundesgericht darf die Vergabestelle nach herkömmlicher Auffassung den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin abschliessen.

Diese Rechtslage führt in der Praxis nicht selten dazu, dass Vergabestellen kurze Zeit nach dem Erhalt des betreffenden Entscheids des kantonalen Verwaltungsgerichts bzw. des Bundesverwaltungsgerichts mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag abschliessen. Vergabestellen können dies sehr rasch tun. Insbesondere kann der Vertrag mit einer schlichten Bestellung und ohne weiteres Zutun der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden, denn ein Angebot in einer Submission stellt gemäss einem neueren Entscheid des Bundesgerichts auch eine verbindliche Vertragsofferte dar.⁵³ Die schnell agierende Vergabestelle kann mit Erfolg einer nicht berücksichtigten Anbieterin zuvorkommen, denn Letztere benötigt nach dem Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids eine gewisse Zeit, um beim Bundesgericht ein Gesuch um superprovisorische Gewährung der aufschiebenden Wirkung einzureichen.

5.2 Rechtsmissbräuchlicher Vertragsschluss

Bislang wurden so abgeschlossene Verträge grundsätzlich nicht als vorzeitig und damit als rechtsgültig erachtet. Ein neuer Entscheid des Bundesgerichts weist nun aber darauf hin, dass ein solcher Vertragsschluss unter Umständen rechtsmissbräuchlich sein kann. Laut Bundesgericht fällt dies namentlich dann in Betracht, wenn die Beschwerdeführerin das Bundesgericht unverzüglich anruft und die Vergabestelle nach dem Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids schnellstmöglich über dessen Weiterzug informiert.⁵⁴ Das Bundesgericht hat indes im fraglichen Entscheid die genauen Voraussetzungen eines rechtsmissbräuchlichen Vertragsschlusses wie auch dessen Rechtsfolgen offengelassen.

⁵³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014, E. 1.3.3; Entscheidbesprechung bei *Lips/Lippuner*, AJP 2014, S. 870 ff.

⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_203/2014 vom 9. Mai 2015, E. 1.5.2.

Für die Praxis bedeutet dies, dass nach dem Vorliegen des vorinstanzlichen Entscheids der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nicht mehr sofort abgeschlossen werden sollte, sondern dass noch eine gewisse Frist abzuwarten ist. Deren genaue Dauer wird von der Praxis oder durch die Rechtsprechung zu bestimmen sein. Einstweilen erscheint eine Frist von drei bis fünf Tagen angemessen, je nach der Komplexität der sich im Einzelfall stellenden Fragen.

Die unterlegene Anbieterin schliesslich muss weiterhin unverzüglich das Bundesgericht anrufen. Neu sollte sie zudem schnellstmöglich nach dem Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids die Vergabestelle informieren, dass sie den Entscheid weiterziehen wird.

IV. Zusammenfassung

Anders als die Zivil- und die Strafrechtspflege ist die Verwaltungsrechtspflege der Schweiz weiterhin stark föderalistisch geprägt. Sowohl Bund, Kantone als auch Gemeinden haben diesbezügliche Rechtsetzungskompetenzen.

Schutzschriften werden in der Praxis zwar auch im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege eingesetzt. Eine der Zivilprozessordnung vergleichbare Regelung fehlt indes auf Bundes- und Kantonsebene. Angesichts des Bedürfnisses nach der Verwendung von Schutzschriften auch in Verwaltungsverfahren und im Interesse der Rechtssicherheit wäre der Erlass von entsprechenden gesetzlichen Grundlagen wünschenswert.

Wie anhand von Baubewilligungen und Vergabeentscheiden beispielhaft aufgezeigt, kann die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln für die Rechte der beteiligten Parteien entscheidende Bedeutung haben. Bei Baubewilligungen hängt es von der anwendbaren kantonalen Regelung ab, ob nach der Eröffnung der Bewilligung für betroffene Dritte sofortiger Handlungsbedarf besteht. Im Vergaberecht ist mit Blick auf den Vertragsschluss zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin insbesondere der sogenannte Standstill zu beachten. Zudem ist neuerdings nach dem Vorliegen des Entscheids des kantonalen Verwaltungsgerichts bzw. des Bundesverwaltungsgerichts vor dem Vertragsschluss noch eine gewisse Wartezeit einzuhalten.