



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Aufschiebende Wirkung in Strafsachen, Kommentierung Art. 103 Abs. 2 lit.
b BGG**

Thommen, Marc

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-198274>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Thommen, Marc (2011). Aufschiebende Wirkung in Strafsachen, Kommentierung Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG. In: Niggli, Marcel Alexander; Uebersax, Peter; Wiprächtiger, Hans. Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1273-1286.

VI. Schriftenwechsel, Streitverkündung und Beiladung

Sowenig wie Art. 110 OG hat Art. 102 Streitverkündung und Beiladung zum Gegenstand.⁵⁷ Im Zivilprozessrecht sind die Institute der Intervention, Streitverkündung und des Parteiwechsels positivrechtlich geregelt.⁵⁸ Für das öffentliche Prozessrecht des Bundes trifft dies nicht zu. Nun bestand und besteht weiterhin – in vielerlei Kontexten, vor allem solchen koordinations- oder nachfolgerechtlicher Natur, sogar vermehrt – das Bedürfnis, die **Rechtskraft des Urteils auf einen am Prozess bisher nicht beteiligten Dritten auszudehnen**. Deshalb hat die Rechtsprechung Art. 110 OG zur Grundlage genommen, Beiladungen Dritter zu verfügen.⁵⁹ Zu dem das Prozessthema bildenden Rechtsverhältnis (zwischen Haupt- und Gegenpartei) muss der (beizuladende) Dritte aber in einer besonders engen Beziehung stehen.⁶⁰ Diese Rechtsprechung gilt im Rahmen von Art. 102 weiterhin.⁶¹

27

Art. 103

Aufschiebende Wirkung

¹ Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

² Die Beschwerde hat im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung:

a. in Zivilsachen, wenn sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richtet;

b. in Strafsachen, wenn sie sich gegen einen Entscheid richtet, der eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme ausspricht; die aufschiebende Wirkung erstreckt sich nicht auf den Entscheid über Zivilansprüche;

c. in Verfahren auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, wenn sie sich gegen eine Schlussverfügung oder gegen jede andere Verfügung richtet, welche die Übermittlung von Auskünften aus dem Geheimbereich oder die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten bewilligt.

³ Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann über die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei eine andere Anordnung treffen.

Effet suspensif

¹ En règle générale, le recours n'a pas d'effet suspensif.

² Le recours a effet suspensif dans la mesure des conclusions formulées:

a. en matière civile, s'il est dirigé contre un jugement constitutif;

⁵⁷ Grundlegend zum Unterschied dieser beiden Institute Urteil G. Ltd vom 11.11.1994, 4P.86/1994.

⁵⁸ Art. 15–17 BZP; Art. 73–83 ZPO.

⁵⁹ BGE 130 V 501, 502 E. 1; SVR 2007 IV Nr. 8 27; vgl. auch BGE 132 V 1; 129 V 73; 127 V 377; 125 V 80; SZS 2006, 367; 2004, 451.

⁶⁰ Vgl. nebst den in der vorangehenden Fussnote erwähnten Präjudizien RKUV 2003 Nr. U485 253, wo das qualifiziert enge Verhältnis zw. Sozial- und Privatversicherung verneint und damit die Beiladung der Letzten in den Sozialversicherungsprozess abgelehnt wurde.

⁶¹ Vgl. etwa BGer, II. SRA, 27.6.2008, 9C_269/2007.

Art. 103

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

- b. en matière pénale, s'il est dirigé contre une décision qui prononce une peine ferme ou une mesure privative de liberté; l'effet suspensif ne s'étend pas à la décision sur les prétentions civiles;
- c. en matière d'entraide pénale internationale, s'il a pour objet une décision de clôture ou toute autre décision qui autorise la transmission de renseignements concernant le domaine secret ou le transfert d'objets ou de valeurs.
- ³ Le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, statuer différemment sur l'effet suspensif.

Effetto sospensivo

- ¹ Di regola il ricorso non ha effetto sospensivo.
- ² Nei limiti delle conclusioni presentate, il ricorso ha effetto sospensivo:
- a. in materia civile, se è diretto contro una sentenza costitutiva;
- b. in materia penale, se è diretto contro una decisione che infligge una pena detentiva senza sospensione condizionale o una misura privativa della libertà; l'effetto sospensivo non si estende alla decisione sulle pretese civili;
- c. nei procedimenti nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, se è diretto contro una decisione di chiusura o contro qualsiasi altra decisione che autorizza la comunicazione di informazioni inerenti alla sfera segreta o la consegna di oggetti o beni.
- ³ Il giudice dell'istruzione può, d'ufficio o ad istanza di parte, decidere altrimenti circa l'effetto sospensivo.

Inhaltsübersicht

Note

I. Sinn und Zweck der aufschiebenden Wirkung	1
1. Der Inhalt des angefochtenen Entscheides	1
2. Die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides	5
3. Die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides	6
II. Die gesetzliche Ordnung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesgericht	8
1. Abgrenzungen und Anwendungsgebiet	8
2. Die Regel: Keine aufschiebende Wirkung (Abs. 1)	12
3. Die Ausnahme: Aufschiebende Wirkung in bestimmten Rechtsgebieten (Abs. 2)	13
III. Die abweichende «andere Anordnung» (Abs. 3)	26
1. Das Anwendungsgebiet	26
2. Zeitpunkt und Zuständigkeit	28
3. Die prozessleitende Verfügung	30
4. Entscheidungspunkte für die aufschiebende Wirkung	33
5. Wirkungen	40

Materialien

E ExpKomm 98; Botschaft 2001 BBl 2001 4342, AB 2003 S 911; AB 2005 S 138; AB 2004 N 1612; AB 2005 N 648.

Literatur

St. V. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR NF 116 1997 II, 173 ff. (zit. Berti, ZSR 1997; F. GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der

5. Abschnitt: Weitere Verfahrensbestimmungen

1–4 Art. 103

Verwaltungsrechtspflege, ZBl 77/1976, 1 ff. (zit. Gygi, ZBl 1976); I. HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR NF 116 1997 II, 255 ff. (zit. Häner, ZSR 1997); M. KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984 (zit. Kummer, Zivilprozessrecht⁴); G. PIQUEREZ, Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, ZSR NF 116 1997 II, 1 ff. (zit. Piquerez, ZSR 1997); G. SCARTAZZINI, Zum Institut der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in der Sozialversicherungsrechtspflege, SZS 37/1993, 313 ff. (zit. Scartazzini, SZS 1993); G. STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBl 94/1993, 141 ff. (zit. Steinmann, ZBl 1993); O. VOGEL/K. SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006 (zit. Vogel/Spühler, Grundriss⁸).

I. Sinn und Zweck der aufschiebenden Wirkung

1. Der Inhalt des angefochtenen Entscheides

Jeder Entscheid, der nach Massgabe der Art. 90–94, unter Beachtung der zulässigen 1
Beschwerdegründe (Art. 95–98) und unter grundsätzlichem Ausschluss neuer Vorbringen und Anträge (Art. 99) an das Bundesgericht gezogen werden kann, ordnet eine **Rechtsfolge** an. Diese kann in die Form eines Sachurteils, eines Prozessurteils (Nichteintretensentscheid) oder einer Prozesserledigung ohne Urteil (Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit) gekleidet sein.

Unter den **materiellen Urteilen (Sachurteilen)** kann der angefochtene Entscheid lauten auf: 2

- Verpflichtung oder Berechtigung zu einer Zahlung oder einer anderen Leistungsart (Sach- oder Dienstleistung, Abgabe einer Willenserklärung, an deren Stelle im Falle der Gutheissung das Urteil tritt);
- Unterlassung (oft verbunden mit angedrohten Sanktionen für den Fall der Zuwiderhandlung);
- Rechtsgestaltung;
- Feststellung.¹

Jede Beschwerde, die dem Bundesgericht unterbreitet wird, greift die im angefochtenen 3
Entscheid getroffene **Rechtsfolge** an. Es stellt sich die Frage nach deren rechtlichen Schicksal im Anschluss an die Erhebung der Beschwerde, somit ab Eintritt der Rechtshängigkeit der Sache (Litispendenz) beim Bundesgericht. Diesem Fragenkreis dient das Recht der **aufschiebenden Wirkung**, welches zusammen mit **den vorsorglichen Massnahmen** (Art. 104) den **vorläufigen Rechtsschutz** bildet.

Art. 103 und 104 enthalten nur eine äusserst knappe Regelung. Im Rahmen einiger weniger 4
gesetzlicher Grundentscheidungen ist der vorläufige Rechtsschutz vor Bundesgericht der Konkretisierung durch die Praxis überlassen. Sie wird sich, wie bisher, vom BZP als subsidiär anwendbarer Rechtsquelle,² sodann von allgemeinen prozessualen Grundsätzen, schliesslich von der Rechtsprechung zu Art. 103 und 104 vergleichbaren Bestimmungen³ leiten lassen, welche die Rechtsprechung bisweilen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in Gebieten anwendet, wo es an einer entsprechenden Regelung fehlt.⁴

¹ KUMMER, Zivilprozessrecht⁴, 98 ff.

² Art. 71 i.V.m. Art. 79 ff. BZP.

³ Im Vordergrund stehen Art. 55 f. VwVG; BGE 129 II 232, 286; sic! 5/2006 358; ZBl 100/1999, 64; R DAT 1996 II Nr. 10 34.

⁴ BGE 119 V 295, 297 E. 4 (Anwendung von Art. 56 VwVG im kant. Berufsvorsorgeprozess nach Art. 73 BVG); BGer, 29.3.1994, C 150/93 (Anwendung von Art. 55 f. VwVG im kant. Beschwerdeverfahren betr. Arbeitslosenversicherung).

Art. 103 5–7

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

2. Die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides

- 5 Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis aufschiebende Wirkung und **Rechtskraft** des angefochtenen Entscheides zueinander stehen. Formelle Rechtskraft tritt ein, sobald das Urteil nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann;⁵ das Erkenntnis wird somit bei fehlender Rechtsmittelergreifung mit dem Ablauf der Beschwerdefrist formell rechtskräftig. Der Eintritt der formellen Rechtskraft zieht die materielle Rechtskraft nach sich; das heisst der formell rechtskräftige Entscheid entzieht sich jeder inhaltlichen Abänderung,⁶ sofern Identität der Sache (res iudicata) vorliegt.⁷ Weil nun das Gesetz die aufschiebende Wirkung in der Regel ausschliesst (Art. 103 Abs. 1), ist die Frage gestellt worden, ob die Einheitsbeschwerde ordentliches oder bloss ausserordentliches Rechtsmittel sei.⁸ Nach hier vertretener Auffassung ist die Einheitsbeschwerde als – vorbehaltlich der erst im Nachhinein ins Gesetz aufgenommenen subsidiären Verfassungsbeschwerde – einziger Rechtsbehelf der letztinstanzlichen Bundesrechtspflege ordentliches Bundesrechtsmittel. Als solches hemmt es – solange die Möglichkeit zu seiner Ergreifung besteht oder sofern es erhoben wird und solange es anhängig ist – den Eintritt der formellen und materiellen Rechtskraft des angefochtenen Entscheides,⁹ ganz unabhängig davon, ob ihm aufschiebende Wirkung eignet oder nicht.¹⁰

3. Die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides

- 6 Zu unterscheiden von der formellen und materiellen Rechtskraft ist die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides. Sie verläuft nicht parallel zum Eintritt der formellen (und materiellen) Rechtskraft, dies schon deswegen nicht, weil ein vollstreckter Entscheid – grundsätzlich – rückgängig gemacht werden kann. Auf dieser Ebene der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides entfaltet sich der Suspensiveffekt: Die angeordnete Rechtsfolge¹¹ kann vorläufig nicht verwirklicht werden, das Erkenntnis der kantonalen Instanz keinen Rechtstitel für Massnahmen der Zwangsvollstreckung abgeben.¹²
- 7 Aufschiebende Wirkung bedeutet somit **fehlende Vollstreckbarkeit** des erstinstanzlichen Entscheides während der Rechtshängigkeit des letztinstanzlichen Verfahrens, dies unter Vorbehalt der Anordnung einer abweichenden vorsorglichen Massnahme.¹³

⁵ KUMMER, Zivilprozessrecht⁴, 145.

⁶ Möglich ist stets die formlose Berichtigung von Kanzlei-, Schreib- und Rechnungsfehlern (BGE 119 Ib 366). Vgl. zu deren Abgrenzung zum nicht korrigierbaren Rechtsanwendungsfehler EVG, 26.4.2006, I 172/06 m.w.Hinw.

⁷ Die materielle Rechtskraft steht unter Vorbehalt der gesetzlichen Revisionsgründe (Art. 121 ff.).

⁸ Vgl. die in diese Richtung gehenden Andeutungen in der Botschaft 2001 4342 (das BGer sei «keine letzte Appellationsinstanz, die von den Parteien mit vollkommenen Rechtsmitteln angerufen werden könne»).

⁹ Davon zu unterscheiden sind die Auswirkungen der Beschwerdeeinreichung auf den Lauf der Verjährungsfristen, welche zum Untergang des streitigen Rechtsverhältnisses auch während der Prozesshängigkeit vor BGer führen können, vgl. BGE 106 Ia 155 (Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen Steuerentscheid), 106 IV 144 (wonach die staatsrechtliche Beschwerde den Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Entscheides nicht hemmt und die strafrechtliche Verfolgungsverjährung nicht weiterlaufen lässt).

¹⁰ Anders SJ 2010 I 34, E. 2.3; BGer, II. ZA, 29.11.2007, 5A_613/2007, E. 3.

¹¹ Vgl. N 1 ff..

¹² Sei es – für Geldforderungen – nach SchKG (Art. 69), sei es – für andere Verpflichtungen – nach den Mitteln des gerichtlichen Zwangsvollstreckungsrechts (vgl. Art. 70 Abs. 2).

¹³ BGE 119 V 503; SZS 2001, 197.

II. Die gesetzliche Ordnung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesgericht

1. Abgrenzungen und Anwendungsgebiet

Art. 103 (und auch Art. 104) bezieht sich einzig **auf das Beschwerdeverfahren**¹⁴ vor Bundesgericht und setzt dessen **Anhängigmachung** voraus.¹⁵ Die Art. 103 f. OG sind an die Stelle der bisherigen einzelnen Regelungen für die verschiedenen Rechtsmittel getreten¹⁶ und bringen eine einheitliche Ordnung.¹⁷ 8

Die Regelung der Art. 103 f. steht unter dem **Vorbehalt spezialgesetzlicher Ausnahmen**.¹⁸ 9

Sie ist nicht anwendbar auf Tatbestände des vorsorglichen Rechtsschutzes in den der Beschwerde ans Bundesgericht **vorausgehenden** oder **nachfolgenden** Verfahren.¹⁹ 10

Nicht Thema von Art. 103 f. sind im Weiteren die Fragen, ob in einem bestimmten **materiellrechtlichen** Kontext das Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat²⁰ und ob eine vorinstanzlich getroffene Anordnung über aufschiebende Wirkung oder vorsorgliche Massnahmen einen nach den Art. 93 und Art. 98 anfechtbaren Vor- oder Zwischenentscheid darstellt.²¹ 11

2. Die Regel: Keine aufschiebende Wirkung (Abs. 1)

In Abkehr von der bisher überwiegend geltenden Regelung²² hat der Gesetzgeber die Einheitsbeschwerde grundsätzlich nicht mit aufschiebender Wirkung ausgestattet (Art. 103 Abs. 1).²³ Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde an das Bundesgericht als eines auf Gewährung von Rechtskontrolle abzielenden «unvollkommenen» Behelfes gerechtfertigt.²⁴ Damit verbunden ist die Absicht, einer «falschen Attraktivität des Rechtsmittels» zu wehren.²⁵ In der Lehre wird aus dieser gesetzgeberischen 12

¹⁴ Und über den Verweis in Art. 117 auch auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, dies mit Ausnahme des Abs. 2 von Art. 103.

¹⁵ Einreichung der Beschwerde, vgl. N 28 f.

¹⁶ Art. 54, 70, 80, 94 und 111 OG; Art. 272b BStP; Art. 36 SchKG.

¹⁷ Botschaft 2001 4342.

¹⁸ Z.B. Art. 100 Abs. 3 AVIG; TH. NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: SBVR, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, N 891, 900, 903.

¹⁹ Vgl. z.B. BGE 127 III 569, E. 3 und 4 (aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels gegen den Rechtsöffnungsentscheid), 131 I 242 (aufschiebende Wirkung der «kleinen Appellation» nach baselstädtischem Zivilprozessrecht gegen einen Entscheid betr. Mieterausweisung), 129 II 286 (Entzug gegen einen Entscheid betr. Mieterausweisung), 129 II 286 (Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen einen Freisetzungsvorversuch mit gentechnisch verändertem Weizen), 130 V 407 (aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide über die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen); HAVE 2004, 127 (Bestätigung der Praxis zu Art. 55 VwVG unter der Geltung des ATSG).

²⁰ Vgl. BGE 117 II 209 (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln beim Gegen darstellungsrecht).

²¹ Vgl. BGE 130 IV 156 (provisorische Versiegelung beschlagnahmter Dokumente ist weder Entscheid der Beschwerdekammer noch ein solcher über eine Zwangsmassnahme, weshalb die Beschwerde ans BGer ausgeschlossen ist).

²² Z.B. Art. 111 Abs. 1 OG, wonach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen zu einer Geldleistung verpflichtenden Entscheid von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hatte. Vgl. weiter für die Berufung Art. 54 Abs. 2 OG.

²³ Dies gilt auch für die Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid betr. unentgeltliche Rechtspflege und Kostenvorschuss: BGer, II. ÖRA, 17.10.2007, 2C_128/2007, E. 3.

²⁴ Botschaft 2001 4342.

²⁵ Botschaft 2001 4342; SEILER/VON WERTH/GÜNGERICH, BGG, ART. 103 N 6.

Art. 103 13, 14

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

Entscheidung der Schluss gezogen, die nach Abs. 3 allenfalls zu treffende abweichende Anordnung sei nur sehr restriktiv zu handhaben.²⁶ Ob der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung als Regel ein für die allfällig zu treffende andere Anordnung massgeblicher Gesichtspunkt in dem Sinne ist, dass vermutungsweise nicht vom Grundsatz fehlender aufschiebender Wirkung abzugehen sei, ist allerdings zu bezweifeln; denn es kommt in jedem einzelnen Fall auf die konkrete materiell- und verfahrensrechtliche Lage an.

3. Die Ausnahme: Aufschiebende Wirkung in bestimmten Rechtsgebieten (Abs. 2)

- 13** Die gesetzliche Regel fehlender aufschiebender Wirkung gilt nicht in drei Tatbeständen, welche Art. 103 Abs. 2 lit. a–c abschliessend aufzählt. Die Ausnahmen kommen nicht zum Zuge, soweit ein entsprechender kantonaler Entscheid in diesen Rechtsgebieten mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten ist (vgl. Art. 117).

a) in Zivilsachen (Abs. 2 lit. a)

- 14** Die **Berufung** hatte nach Art. 54 Abs. 2 OG von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung; der Eintritt der Rechtskraft wurde danach durch zulässige Berufung und Anschlussberufung im Umfang der Anträge gehemmt.²⁷ Eine Ausnahme galt nur für Entscheide über die fürsorgliche Freiheitsentziehung; ihnen kam von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu, der zuständige Abteilungspräsident konnte sie auf Begehren des Berufungsklägers verfügen.²⁸ Die **Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen** hemmte dagegen den Eintritt der Rechtskraft nicht;²⁹ auf Begehren konnte der Präsident des Bundesgerichts den Vollzug des angefochtenen Entscheides aufschieben und dies von einer Sicherheitsleistung abhängig machen. Der **staatsrechtlichen Beschwerde** kam keine aufschiebende Wirkung zu; der Präsident des Bundesgerichts konnte nach Eingang der Beschwerdeschrift auf Ansuchen einer Partei diejenigen vorsorglichen Verfügungen treffen, die erforderlich waren, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen.³⁰ Die **SchKG-Beschwerde** hatte keine aufschiebende Wirkung.³¹ Die **Verwaltungsgerichtsbeschwerde** hatte aufschiebende Wirkung gegen Verfügungen, die zu einer Geldleistung verpflichteten; in den anderen Fällen nur, wenn sie der Abteilungspräsident von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügte.³² Neu hat nun die Beschwerde in Zivilsachen von Gesetzes wegen entsprechend der altrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde, der altrechtlichen SchKG-Beschwerde und der altrechtlichen staatsrechtlichen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung mehr, sofern sie im Instruktionsverfahren nicht – entsprechend der altrechtlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerde entweder auf Begehren einer Partei oder von Amtes wegen – angeordnet wird. Von Gesetzes wegen hat die Beschwerde in Zivilsachen aber aufschiebende Wirkung, wenn sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richtet. In der Botschaft werden als Beispiele Vaterschafts- oder Scheidungsurteile oder die Auflösung einer juristischen Person genannt.³³ Es

²⁶ BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung, 177 N 601.

²⁷ Vgl. dazu POUURET, Commentaire, Art. 54 N 2; GEISER/MÜNCH²-MÜNCH, Rz. 4.87 f.

²⁸ Art. 54 Abs. 3 OG.

²⁹ Art. 70 OG; dazu POUURET, Commentaire, Art. 54 N 1.

³⁰ Art. 94 OG.

³¹ Art. 80 Abs. 2 OG; dazu POUURET, Commentaire, Art. 54 N 2.1.

³² Art. 111 OG.

³³ BBl 2001 4342 f. zu Art. 97 E-BGG; vgl. auch BGE 74 II 173; weitere Beispiele bei POUURET, JdT 2002, 12 (Ungültigerklärung eines Vertrages, eines Konkurrenzverbots, eines Patents, einer Generalversammlung).

5. Abschnitt: Weitere Verfahrensbestimmungen

15 Art. 103

handelt sich um Urteile, die eine neue Rechtslage schaffen.³⁴ Für die Beschwerde in Angelegenheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gilt die Ausnahme jedoch nicht;³⁵ die Beschwerde gegen Urteile internationaler Schiedsgerichte hat von Gesetzes wegen in keinem Fall aufschiebende Wirkung. Ob konstitutive Eintragungen in Register, die gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. b mit der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können, unter Art. 103 Abs. 2 lit. a zu subsumieren sind, erscheint offen. Es handelt sich hier zwar nicht um «Urteile», aber es wird zu entscheiden sein, ob sie ihrer konstitutiven Wirkung wegen den ausdrücklich genannten Urteilen gleichzustellen sind.³⁶ Im Zweifel empfiehlt sich, ein Begehren um Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu stellen. Denn in der Regel dürfte kaum damit zu rechnen sein, dass die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen angeordnet wird, wenn der angefochtene Entscheid nicht als «Gestaltungsurteil» qualifiziert wird. Die besonderen Umstände, welche die Anordnung der Suspensivwirkung mangels Vorliegens eines Gestaltungsurteils im Sinne von Abs. 2 lit. a rechtfertigen, dürften sich aus dem angefochtenen Entscheid eher ausnahmsweise ergeben und bedürfen deshalb besonderer Darlegung. Der Eintritt der Rechtskraft von Gestaltungsurteilen wird unter Umständen zu Diskussionen Anlass geben, wenn etwa Dritte ungerechtfertigt vom Verfahren ausgeschlossen worden sind.³⁷ Allgemein wird sich die Frage stellen, welche «gestalterischen» Wirkungen des angefochtenen Entscheides von Art. 103 Abs. 2 lit. a erfasst werden sollen.

b) in Strafsachen (Abs. 2 lit. b)

Auch in Strafsachen gilt der Grundsatz von Art. 103 Abs. 1, wonach der Beschwerde im Normalfall keine aufschiebende Wirkung zukommt. Gemäss dem Bundesrat soll damit einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels entgegengewirkt werden.³⁸ Dieser (bereits für sich diskutabel) Zweck legt nach Auffassung der 1. Zivilrechtlichen Abteilung eine einschränkende Auslegung der in Art. 103 Abs. 2 genannten Ausnahmen nahe.³⁹ Richtigerweise ist die Suspensivwirkung von Art. 103 Abs. 2 nicht per se einschränkend zu gewähren. Die Auslegung hat vielmehr vor dem Hintergrund der ratio legis zu erfolgen. Die aufschiebende Wirkung soll verhindern, dass durch eine voreilige Vollstreckung des angefochtenen Entscheides Fakten geschaffen werden, die nach einem abweichenden bundesgerichtlichen Entscheid nur schwer korrigierbar sind. Je grösser die Gefahr ist, durch den sofortigen Vollzug einer angeordneten Strafe oder Massnahme solche unabänderlichen Fakten zu schaffen, desto eher ist die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Nach Art. 103 Abs. 2 lit. b (Halbsatz 1) soll der Beschwerde in Strafsachen im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung zukommen, wenn sie sich gegen einen Entscheid richtet, der eine **unbedingte Freiheitsstrafe** oder eine **freiheitsentziehende Massnahme** anordnet. Gemäss der Botschaft soll in diesen Fällen «von Gesetzes wegen» die aufschiebende Wirkung gegeben sein. Mit dieser Gewährung aufschiebender Wirkung «ex lege» werden die Vollstreckungsfolgen des kantonalen Urteils einstweilen suspendiert, um zu verhindern, dass vor der bundesgerichtlichen Entscheidung in der Sache durch eine Änderung des bestehenden Zustands nur schwer wieder rückgängig zu

³⁴ CORBOZ, RSPC 2005, 94.

³⁵ Art. 77 Abs. 2.

³⁶ Die Tendenz geht dahin, nur eigentliche Zivilurteile unter Art. 103 Abs. 2 lit. a zu subsumieren, vgl. BGE 133 III 490, nicht publ. E. 2 (BGer, I. ZA, 27.6.2007, 4A_116/2007, E. 2).

³⁷ Vgl. dazu D. POTET, L'influence de la qualité pour recourir au tribunal fédéral en matière civile sur la qualité de partie dans la procédure cantonale, PCEF 2005, 519 f.

³⁸ Botschaft 2001,4342.

³⁹ BGE 133 III 490, nicht publ. E. 2 (BGer, I. ZA, 27.6.2007, 4A_116/2007, E. 2).

Art. 103 16–19

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

machende Fakten geschaffen werden.⁴⁰ Diese Gefahr der Schaffung irreversibler Umstände ist bei letztinstanzlich ausgefallenem Freiheitsentzug besonders hoch. Deshalb tritt hier von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung ein.

- 16** Wie diese Suspensivwirkung «von Gesetzes wegen» zu verstehen ist, lässt sich am besten mit einem Blick auf die **bisherige Praxis des Kassationshofs** beantworten. Unter altem Recht wurde die Gewährung aufschiebender Wirkung von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht: In formeller Hinsicht musste sie explizit beantragt werden, und in materieller Hinsicht musste der Beschwerdeführer nachweisen, dass er bereits behördlich zum Antritt des Strafvollzugs aufgefordert worden war. Wurde die aufschiebende Wirkung bloss begehrt, ohne dies mittels eines Haftantrittsbefehls zu belegen, so wurde über den Antrag (einstweilen) nicht entschieden und dieser – sofern sich keine weiteren Änderungen ergaben – mit dem Entscheid in der Sache als gegenstandslos abgeschrieben. Über belegte Begehren wurde superprovisorisch verfügt und nach Einholung von Stellungnahmen der Gegenparteien entschieden.
- 17** **Nach neuem Recht** ist nicht mehr relevant, ob der Vollzug unmittelbar droht respektive bereits angeordnet wurde. Es wird alleine darauf abgestellt, ob im angefochtenen Entscheid eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde. Ist dies der Fall, so wirkt eine Beschwerde automatisch vollzugaufschiebend. Damit steht fest, dass die aufschiebende Wirkung in den Fällen von Art. 103 Abs. 2 nicht mehr beantragt werden muss.⁴¹ Weil sie im Sinne der Botschaft «von Gesetzes wegen» eintritt, braucht sie vom Bundesgericht nicht (mehr) explizit angeordnet zu werden. Eine explizite Anordnung ist denkbar für den Fall, dass ein Kanton den Beschwerdeführer trotz hängiger Beschwerde zum Haftantritt auffordert. Soweit die aufschiebende Wirkung nicht nach Art. 103 Abs. 2 von Gesetzes wegen eintritt, muss sie beantragt werden.⁴² Auf einen solchen Antrag hin kann der Instruktionsrichter den Suspensiveffekt verfügen (Art. 103 Abs. 3).
- 18** Die Einschränkung im Gesetzestext, wonach die aufschiebende Wirkung (nur) «im Rahmen der Begehren» eintritt, hat in Strafsachen bloss marginale Bedeutung. In der Regel wird in den vom Bundesgericht behandelten Straffällen die Aufhebung des gesamten angefochtenen Urteils verlangt. In diesem Antrag ist auch das Begehren mitenthalten, einstweilen auf den Vollzug zu verzichten.⁴³ Abweichendes gilt etwa, wenn bloss die Dauer, nicht aber die «Unbedingtheit» der Freiheitsstrafe oder zum Beispiel nur Kostenfolgen angefochten würden.

aa) Unbedingte Freiheitsstrafen/freiheitsentziehende Massnahmen

- 19** Wie erwähnt tritt die Suspensivwirkung ex lege ein, wenn sich die Beschwerde gegen einen Entscheid richtet, der eine unbedingte Freiheitsstrafe anordnet.⁴⁴ Präzisierend sind darunter sämtliche Anordnungen von Freiheitsstrafen zu verstehen, deren **Vollzug nicht** (Art. 42 StGB) oder **nur teilweise**⁴⁵ (vgl. Art. 43 StGB) aufgeschoben oder **widerrufen** (Art. 46 StGB) wurde.

⁴⁰ BGer, 2. ZA, 13.2.2009, 5A_3/2009: «*En revanche, l'effet suspensif et les mesures provisionnelles des art. 103 et 104 LTF sont en principe ordonnés pour maintenir l'état de fait et sauvegarder des intérêts menacés durant la procédure devant le Tribunal fédéral.*»

⁴¹ BGer, StA, 9.5.2008, 6B_69/2008, E. 1.

⁴² BGer, II. ÖRA, 17.10.2007, 2C_128/2007/2C_230/2007, E. 3.

⁴³ BGer, StA, 15.7.2008, 6B_371/2008, E. 3.

⁴⁴ BGer, StA, 9.5.2008, 6B_69/2008, E. 1.

⁴⁵ BGer, StA, 15.4.2008, 6B_668/2007, E. 1.1.3; StA, 26.11.2008, 6B_507/2008, E. 1.2.

5. Abschnitt: Weitere Verfahrensbestimmungen

20–23a Art. 103

Entgegen VON WERDT⁴⁶ tritt bei der **Verweigerung der bedingten Entlassung** nicht von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung ein. Wie vorne erläutert (N 1 ff.), dient das Institut der aufschiebenden Wirkung dazu, den Eintritt einer angeordneten Rechtsfolge einstweilen zu suspendieren. Bei der Verweigerung der bedingten Entlassung droht durch die angeordnete Rechtsfolge (i.c. Verbleib im Strafvollzug) gerade keine Änderung des status quo, welche während des Beschwerdeverfahrens aufgeschoben werden könnte. **20**

Auch auf die **Anordnung gemeinnütziger Arbeit** (Art. 37 StGB) ist Art. 103 Abs. 2 lit. b nicht anwendbar. Diese Strafe beschränkt die Freiheit des Betroffenen zwar auch, doch ergibt sich aus der Gesetzessystematik und den Marginalien von Art. 34–41 StGB klar, dass sie nicht zu den Freiheitsstrafen gezählt wird.⁴⁷ Bei der **Umwandlung** gemeinnütziger Arbeit (Art. 39 StGB) kann jedoch unter Umständen unbedingter Freiheitsentzug drohen, insoweit tritt die aufschiebende Wirkung ein. **21**

bb) Freiheitsentziehende Massnahmen

Unter die freiheitsentziehenden Massnahmen fallen die drei **stationären therapeutischen Massnahmen** der Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB), der Suchtbehandlung (Art. 60 StGB) und der Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) sowie die Verwahrung nach Art. 64 StGB. Werden solche Massnahmen im angefochtenen Urteil angeordnet, so tritt auch hier die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen ein. **22**

cc) Entscheid über Zivilansprüche

In Bezug auf die **adhäsionsweisen Zivilansprüche** ergibt sich aus Art. 103 Abs. 2 lit. b (Halbsatz 2), dass sich die aufschiebende Wirkung nicht von Gesetzes wegen auf die Zivilansprüche erstreckt. Will der Beschwerdeführer die Vollstreckung der Adhäsionsforderungen hemmen, so hat er dies explizit zu beantragen.⁴⁸ Der Entscheid darüber obliegt dem Instruktionsrichter (Abs. 3). **23**

dd) Kasuistik:

- Ein Beschwerdeführer wandte sich gegen eine vom Appellationsgericht Basel-Landschaft ausgefallte 6-jährige Freiheitsstrafe. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Beschwerde angesichts dieser Strafe im Rahmen der Begehren aufschiebende Wirkung zukommt. In der Beschwerde wurde unter anderem ein Freispruch verlangt. In diesem Begehren auf Freispruch ist auch der Antrag mitenthalten, einstweilen auf den Vollzug der Strafe zu verzichten. Die gestellten Rechtsbegehren stehen der nach Art. 103 Abs. 2 lit. b von Gesetzes wegen eintretenden Suspensivwirkung somit nicht entgegen.⁴⁹ **23a**
- Im selben Fall beantragte das Besondere Untersuchungsrichteramt Basel-Landschaft die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung der beim Bundesgericht eingegangenen Beschwerde. Das Bundesgericht sah keinen Anlass für eine instruktionsrichterliche Anordnung nach Art. 103 Abs. 3: «*Mit dem Institut der aufschiebenden Wirkung werden durch ein vorinstanzliches Urteil angeordnete Rechtsfolgen bis zum endgültigen Entscheid des Bundesgerichts einstweilen suspendiert. Gerade im Bereich*

⁴⁶ VON WERDT, Handkommentar, Art. 103 N 8.

⁴⁷ BGer, StA, 29.3.2008, 6B_653/2007, E. 1.

⁴⁸ BGer, StA, 1.10.2010, 6B_432/2010, E. 1.1.

⁴⁹ BGer, StA, 15.7.2008, 6B_371/2008, E. 3.

Art. 103 24, 25

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

unbedingter Freiheitsstrafen soll mit der gesetzlichen Suspensivwirkung verhindert werden, dass durch den umgehenden Vollzug nur schwer wieder gutzumachende Nachteile geschaffen werden. Die vorliegend beantragte Aufhebung der aufschiebenden Wirkung führte zur sofortigen Vollstreckbarkeit der ausgesprochenen Freiheitsstrafe». Das Besondere Untersuchungsrichteramt lege nicht dar, weshalb vor der materiellen Behandlung der Beschwerde durch das Bundesgericht mit der Vollstreckung der ausgesprochenen Freiheitsstrafe zu beginnen sei. Die Fluchtgefahr sei durch die angeordnete Sicherheitshaft gebannt. Weitere Anordnungen erübrigten sich damit.⁵⁰

- In einem die Verjährung betreffenden Fall hatte das Bundesgericht Anlass festzuhalten, dass der Umstand, dass nach Art. 103 Abs. 2 lit. b in gewissen Konstellationen von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung eintrete, die Beschwerde in Strafsachen nicht zu einem **ordentlichen Rechtsmittelverfahren** mache, während dessen Dauer die Verfolgungsverjährung weiterlaufe:⁵¹ Die aufschiebende Wirkung hemmt nur die Vollstreckbarkeit des formell rechtskräftigen Urteils. Auf den Lauf der Verfolgungsverjährung hat die Aufschiebung der Vollstreckbarkeit keinen Einfluss. Wie die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist auch die Beschwerde in Strafsachen ein unvollkommenes Rechtsmittel. Es findet keine uneingeschränkte Überprüfung aller Rechts- und Tatfragen statt. Vielmehr ist sie grundsätzlich beschränkt auf eine «revisio in iure» sowie die Überprüfung offenkundig falscher Sachverhaltsfeststellungen.⁵² Das Bundesgericht prüft, ob die kantonale Instanz zum Zeitpunkt ihres Entscheids das Bundesrecht richtig angewendet hat.⁵³ Abgesehen von den Fällen reformatorischer Entscheidung, in denen das Bundesgericht an Stelle der kantonalen Vorinstanz entscheidet, läuft die Verfolgungsverjährung während eines strafrechtlichen Beschwerdeverfahrens nicht weiter. Sie ruht vielmehr. Aus diesem Entscheid darf gefolgert werden, dass das Bundesgericht strafrechtliche Beschwerdeverfahren zumindest im Normalfall einer kassatorischen Entscheidung als ausserordentliche Rechtsmittelverfahren ansieht.⁵⁴

c) in Verfahren auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Abs. 2 lit. c)

- 24** Die zentrale und wichtigste Bestimmung des BGG zur **internationalen Rechtshilfe in Strafsachen** (RH) ist Art. 84. Im Rahmen der Kommentierung von Art. 84 wird die RH umfassend erörtert. Spezielle Fragestellungen werden bei Art. 43 (ergänzende Beschwerdeschrift), Art. 100 Abs. 2 lit. b (Beschwerdefrist), Art. 103 Abs. 2 lit. c (aufschiebende Wirkung) und Art. 107 Abs. 3 (Nichteintretensentscheid) behandelt. Für Probleme der RH, welche über die in Art. 103 Abs. 2 lit. c geregelte aufschiebende Wirkung der Beschwerde hinausgehen, wird auf die Kommentierungen zu den obgenannten Gesetzessartikeln verwiesen.
- 25** Grundsätzlich hat die Einheitsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1). Art. 103 Abs. 2 bezeichnet *Ausnahmen* von diesem Grundsatz. Zu ihnen gehört in bestimmten Fällen die RH (lit. c). Gemäss Art. 103 Abs. 2 lit. c hat die Beschwerde in Verfahren auf dem Gebiet der RH (im Umfang der Begehren) aufschiebende Wirkung,

⁵⁰ BGer, StA, 15.7.2008, 6B_371/2008, E. 3.

⁵¹ BGer, StA, 6B_440/2008/6B_441/2008/6B_454/2008,, E. 3.3.

⁵² BGE 133 IV 286.

⁵³ BGer, StA, 9.7.2008, 6S.115/2007, E. 2.1.

⁵⁴ Ähnlich ZIEGLER, SJZ 2006, 56 f.; s. aber SCHMID, Handbuch, N 1628 («tendenziell eher ordentliches»).

5. Abschnitt: Weitere Verfahrensbestimmungen

26, 27 Art. 103

wenn sie sich gegen eine Schlussverfügung⁵⁵ oder gegen jede andere Verfügung⁵⁶ richtet, welche die *Übermittlung von Auskünften aus dem Geheimbereich* oder die *Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten* (an die ersuchende Behörde) bewilligt.⁵⁷ Dem Entscheid, mit welchem die *Auslieferung* bewilligt wird, kommt gemäss ausdrücklicher Spezialvorschrift von Art. 21 Abs. 4 lit. a IRSG ebenfalls von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zu.⁵⁸ Ohne aufschiebende Wirkung wäre der Rechtsschutz durch das Bundesgericht als zweite Gerichtsinstanz weitgehend wirkungslos. Gemäss Art. 103 Abs. 3 kann der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin über die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei auch eine andere⁵⁹ Anordnung treffen, als in Abs. 1–2 vorgesehen.

III. Die abweichende «andere Anordnung» (Abs. 3)

1. Das Anwendungsgebiet

Abs. 1 ist ausdrücklich als Regel formuliert, Abs. 2 hingegen nicht. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Beschwerde auch in den unter die lit. a–c des Art. 103 Abs. 2 fallenden Fällen stets aufschiebende Wirkung hätte. Vielmehr bezieht sich die durch Abs. 3 eingeräumte Möglichkeit, eine «andere Anordnung» zu treffen, auf beide vorangehenden Absätze. 26

Auch bei der von Regel (Abs. 1) und Ausnahmetatbeständen (Abs. 2) abweichenden anderen Anordnung ist zu berücksichtigen, dass es bei Art. 103 nur um den Prozess **vor dem Bundesgericht** geht, nicht um die aufschiebende Wirkung im vorangehenden Verfahren unterer Stufe;⁶⁰ ebensowenig werden damit allfällig bei den kantonalen Behörden verbliebene Befugnisse tangiert.⁶¹ Auch beschlägt Art. 103 Abs. 3 nicht die Frage, was nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens mit der aufschiebenden Wirkung geschieht, welche im Verlaufe des zum Bundesgericht führenden Verfahrens durch einen Verwaltungsakt oder Gerichtsentscheid einem Rechtsmittel entzogen worden ist.⁶² 27

⁵⁵ Vgl. Art. 80d und 80e IRSG (Art. 80e IRSG in der Fassung gemäss Ziff. 30 Anhang VGG, in Kraft seit 1.1.2007).

⁵⁶ Zur Anfechtbarkeit von *Vor- und Zwischenentscheiden* in RH-Sachen s. Art. 84 N 24 ff. sowie Art. 93 Abs. 2.

⁵⁷ Vgl. auch Art. 21 Abs. 4 lit. b IRSG, der mit Art. 103 Abs. 2 lit. c übereinstimmt. Zur bisherigen Praxis s. BGE 120 Ib 179; 115 Ib 64; 113 Ib 257, 267 f. E. 4b. Zu den Begriffen der *Übermittlung von Auskünften aus dem Geheimbereich* bzw. der *Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten* s. BGE 132 II 1; 132 II 178; 131 II 169; 130 II 193; 130 II 236; 130 II 302; 129 II 453; 127 II 151; 126 II 258; 126 II 495; 123 II 134; 123 II 161; 123 II 268; 123 II 595; 120 Ib 112; 116 Ib 452; 115 Ib 64; 115 Ib 517; 112 Ib 576; vgl. auch MOREILLON, EIMP, N 195 f., 314–317, 328 ff., 341 ff., 370 f.; ZIMMERMANN, *Coopération*², N 188 ff., 220 ff.

⁵⁸ Dies galt schon nach altem Recht (Art. 21 Abs. 4 lit. a IRSG blieb in der Revision gemäss Ziff. 30 Anhang VGG unverändert).

⁵⁹ Gemeint ist hier primär ein ausnahmsweises Abweichen von der in Art. 103 Abs. 1 verankerten Regel (der grundsätzlich fehlenden aufschiebenden Wirkung). In begründeten Ausnahmefällen erlaubt das Gesetz aber auch ein Abweichen von den in Abs. 2 (lit. a–c) geregelten Grundsätzen.

⁶⁰ Vgl. z.B. BGE 116 Ib 344, E. 3 (Verwaltungsbeschwerde); SVR 2003 KV Nr. 16 61 (Anfechtung einer Präsidialverfügung beim Schiedsgericht in der Krankenversicherung).

⁶¹ BGE 107 Ia 3 (Weiterziehung eines Strafurteils ans BGer belässt kant. Behörden Zuständigkeit zu Anordnung u.a. von Verhaftung oder Haftentlassung).

⁶² Z.B. die in ZAK 1987, 263 und BGE 129 V 370 bestätigte Rechtsprechung nach BGE 106 V 18, wonach der mit der revisionsweise verfügten Herabsetzung oder Aufhebung einer Rente oder

Art. 103 28–31

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

2. Zeitpunkt und Zuständigkeit

- 28** Eine abweichende andere Anordnung über die aufschiebende Wirkung kann während des bundesgerichtlichen Verfahrens jederzeit getroffen werden, frühestens nach Eingang der Beschwerde (Anhängigmachung der Sache), spätestens bis zur Fällung des Endurteils (Art. 61), mit welchem allfällig getroffene Massnahmen dahinfallen. Allerdings müssen grundsätzlich die Prozessvoraussetzungen erfüllt, namentlich gemäss Art. 62 der Kostenvorschuss geleistet sein, soll die Partei in den Genuss der aufschiebenden Wirkung gegenüber dem sie (z.B. zur Zahlung von Schadenersatz) verpflichtenden Urteil gelangen.⁶³
- 29** Das Gesetz bezeichnet **den Instruktionsrichter** als zuständig, das heisst entweder den Präsidenten oder den von ihm mit der Instruktion des Falles betrauten Richter.⁶⁴

Die Verfügungen des Instruktionsrichters über eine andere Anordnung im Bereich der aufschiebenden Wirkung sind nicht anfechtbar,⁶⁵ das heisst es gibt keinen Weiterzug an den Spruchkörper.

3. Die prozessleitende Verfügung

- 30** Die abweichende andere Anordnung erlässt der Instruktionsrichter in Form einer **prozessleitenden Verfügung**, die grundsätzlich⁶⁶ jederzeit bis zum Urteil abgeändert werden kann. Mit dem Urteil fällt sie automatisch dahin; ihrer Erwähnung im Dispositiv des bundesgerichtlichen Urteils bedarf es nicht.
- 31** Soweit die verfügte andere Anordnung belastend wirkt, ist der davon betroffenen Partei dazu das **rechtliche Gehör** zu gewähren. Doch ist nach der Rechtsprechung anerkannt, dass bei zeitlicher Dringlichkeit der Anspruch auf rechtliches Gehör eingeschränkt werden kann.⁶⁷ Im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes vor Bundesgericht waren schon bisher **superprovisorische**, nicht auf Anhören der Gegenpartei hin ergangene Verfügungen zulässig.⁶⁸ Die Möglichkeit – unter Umständen Gebotenheit – superprovisorischer Verfügungen besteht auch unter der Geltung des BGG.⁶⁹

Hilflosenentschädigung verbundene Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bei Rückweisung der Sache an die Verwaltung auch für den Zeitraum dieses Abklärungsverfahrens bis zum Erlass der neuen Verfügungsverfügung andauert. Hier bildet die aufschiebende Wirkung die Hauptsache, d.h. sie ist das Prozessthema des bundesgerichtlichen Verfahrens, worüber urteilsmässig befunden wird. Unter der Geltung des BGG werden solche dem BGer als Hauptsache unterbreitete Begehren um aufschiebende Wirkung nicht nur die Hürde der Eintretensvoraussetzungen nach Art. 93 zu nehmen haben, sondern auf die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sein (Art. 98, der sich nicht nur auf vorinstanzliche Entscheide betr. vorsorgliche Massnahmen, sondern über seinen Wortlaut hinaus aus systematischen Gründen auch auf die aufschiebende Wirkung bezieht).

⁶³ In dringlichen Fällen (z.B. wo Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die vorinstanzlich obsiegende Partei das Urteil sofort vollstrecken lassen will, z.B. die Betreibung einleitet) besteht die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung superprovisorisch zu erteilen und nach Zahlung des Kostenvorschusses erneut darüber zu befinden.

⁶⁴ Art. 32 Abs. 1.

⁶⁵ Art. 32 Abs. 3.

⁶⁶ D.h. wenn nicht Gründe bestehen, die einem Rückkommen auf die Verfügung im Wege stehen, seien sie sachlicher oder vertrauensrechtlicher Natur.

⁶⁷ SJ 2006 I, 9, wonach dies allerdings nur in restriktiver Weise geschehen darf.

⁶⁸ Auch hier über den Verweis in Art. 71 auf Art. 79 ff. BZP.

⁶⁹ Präsidialverfügung vom 3.2.2007 in der Sache 9C_7/2007: Kant. Gericht verpflichtet IV-Stelle in Gutheissung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde zum umgehenden Erlass einer Verfügung über den Rentenanspruch; aufschiebende Wirkung der von der IV-Stelle hiegegen erhobenen

5. Abschnitt: Weitere Verfahrensbestimmungen

32–38 Art. 103

Nach superprovisorisch verfügter anderer Anordnung ist den Parteien im Rahmen des Schriftenswechsels **Gelegenheit zur Äusserung** einzuräumen, und nach Eingang der Stellungnahmen ist die Verfügung allenfalls zu ändern. 32

4. *Entscheidungsansätze für die aufschiebende Wirkung*

Ob eine abweichende andere Anordnung über die aufschiebende Wirkung zu treffen ist, hängt stets von den konkreten materiell- und verfahrensrechtlichen Gegebenheiten **des Einzelfalles** ab. 33

Bei seiner Entscheidung wird sich der Instruktionsrichter von jenen Gesichtspunkten leiten lassen, welche die **bisherige Praxis** für die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung formuliert hat.⁷⁰ Neu ist nach BGG nur die Regelung, wann von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung besteht (nur in den Fällen des Abs. 2) und wann nicht (die Regel nach Abs. 1). Davon abgesehen jedoch ist das Recht der aufschiebenden Wirkung durch das BGG **nicht grundsätzlich neu geordnet** worden. Die in einem Teil der Lehre vertretene Auffassung,⁷¹ Gewährung und Entzug der aufschiebenden Wirkung stets von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen, stellt nach hier vertretener Auffassung keinen selbständigen Leitgesichtspunkt dar. Denn die vorsorglichen Massnahmen, zu denen die aufschiebende Wirkung gehört, haben sich wesensgemäss auf allen Stufen und somit auch vor Bundesgericht ohnehin auf das Nötigste zu beschränken. 34

Stellt sich die Frage nach einer anderen Anordnung, ist stets zu prüfen, ob diese nicht durch eine **Verfahrensbeschleunigung**, das heisst durch eine Beurteilung innert kurzer Zeit, entbehrlich gemacht werden kann. Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes stellen immer einen Prozess im laufenden Hauptprozess dar, sind eine Komplikation, welche nach Möglichkeit zu vermeiden ist. Lässt sich somit im Vergleich zu einer umgehenden Beurteilung durch den Erlass einer anderen Anordnung nichts gewinnen, ist davon abzusehen und zur sofortigen Erledigung zu schreiten. 35

Scheidet demgegenüber die Möglichkeit zu umgehender Beurteilung der Hauptsache aus, ist weiter zu prüfen, ob das Verfahren **voraussichtlich kürzere oder längere Zeit** dauern wird.⁷² Abweichende andere Anordnungen sind eher zu treffen, wenn mit einer längeren Verfahrensdauer zu rechnen ist und sich die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (oder deren Entzug in den Fällen des Abs. 2) aufgrund der weiteren Leitgesichtspunkte rechtfertigt. 36

Zu berücksichtigen sind, wie nach bisheriger Praxis,⁷³ **eindeutige Prozessaussichten**,⁷⁴ sofern solche feststellbar sind. 37

Lassen die Leitgesichtspunkte der sofortigen Beurteilbarkeit, der voraussichtlichen Verfahrensdauer und der eindeutigen Prozessaussichten noch Raum für eine abweichende andere Anordnung, hat praxisgemäss eine **Interessenabwägung** Platz zu greifen. Diese hat alle ersichtlichen auf dem Spiele stehenden berechtigten Interessen zu berücksichtigen und sie im Lichte des Gebots schonender Rechtsausübung, der Verhält-

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten superprovisorisch gewährt; vgl. nunmehr Urteil in der Sache vom 20.3.2007.

⁷⁰ RDAT 1995 II Nr. 64 169.

⁷¹ BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung, 177 N 601.

⁷² Vgl. (zu Art. 55 Abs. 1 VwVG) ZBl 106/2005, 63.

⁷³ Z.B. ZAK 1986, 306; SVR 2001 KV Nr. 12 31; RDAT 1995 II Nr. 64 169.

⁷⁴ BGE 115 Ib 157, wonach bei Warnungsentzügen die aufschiebende Wirkung verweigert werden kann, wenn die angeordnete Administrativmassnahme offensichtlich begründet und die Beschwerde aussichtslos ist.

Art. 104

4. Kapitel: Beschwerdeverfahren

nismässigkeit, der Kontinuität des Verfahrens und der in Art. 104 enthaltenen Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen.⁷⁵

- 39 Eine andere Anordnung des Instruktionsrichters ist begrenzt durch **spezialgesetzliche** Bestimmungen, die Art. 103 vorgehen.⁷⁶

5. Wirkungen

- 40 Die instruktionsrichterliche Verfügung derogiert die sich aus Abs. 1 und 2 ergebende Wirkung hinsichtlich (Nicht-)Vollstreckbarkeit der im vorinstanzlichen Entscheid getroffenen Rechtsfolge nur in dem Umfange, als eine abweichende Massnahme tatsächlich angeordnet worden ist. Soweit hingegen die Verfügung des Instruktionsrichters nicht in das Dispositiv des angefochtenen Entscheides eingreift, bleibt es bei der gesetzlichen Rechtslage gemäss Art. 103 Abs. 1 oder Abs. 2, das heisst der angefochtene Entscheid kann in entsprechendem Umfang vollstreckt oder nicht vollstreckt werden.⁷⁷

Art. 104

Andere vorsorgliche Massnahmen

Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen.

Autres mesures provisionnelles

Le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés.

Altre misure cautelari

Il giudice dell'istruzione può, d'ufficio o ad istanza di parte, ordinare misure cautelari al fine di conservare lo stato di fatto o tutelare provvisoriamente interessi minacciati.

Inhaltsübersicht

Note

I. Das Verhältnis von aufschiebender Wirkung und anderen vorsorglichen Massnahmen	1
1. Der vorläufige Rechtsschutz	1
2. Negative Verfügungen	3
II. Arten vorsorglicher Massnahmen.....	5
III. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen	11
1. Anwendungsgebiet	11
2. Zeitpunkt und Zuständigkeit	12
3. Die prozessleitende Verfügung	13
4. Entscheidungspunkte der Anordnung vorsorglicher Massnahmen	14

⁷⁵ Vgl. z.B. ZBJV 142/2006, 694 betr. Bewilligungszug zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung in acht Kantonen.

⁷⁶ BGE 119 Ib 302 (zu Art. 47 WaG); vgl. auch FN 18.

⁷⁷ Vgl. Ansetzung neuer Frist für die Kollokationsklage nach Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen Kollokationsverfügung und -plan BGE 130 III 769, E. 4.