

Die aufschiebende Wirkung im verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*

I. Einleitung

II. Hauptteil

1. Rechtsgrundlagen
2. Zulässigkeit der aufschiebenden Wirkung in der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts
 - 2.1 In allgemeinen Verwaltungssachen
 - 2.2 In Steuersachen
 - 2.3 Europarechtliche Aspekte
3. Verfahren zur Entscheidung über die aufschiebende Wirkung
4. Voraussetzungen der aufschiebenden Wirkung
 - 4.1 Vollzugstauglichkeit des Bescheides
 - 4.2 Die zwingenden, einem Aufschub entgegenstehenden öffentlichen Interessen (negative Voraussetzung)
 - 4.3 Interessenabwägung und unverhältnismäßiger Nachteil (positive Voraussetzung)
5. Wirkungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung

III. Zusammenfassung

Deskriptoren:

Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts; aufschiebende Wirkung; vorläufiger Rechtsschutz, effektiver; Wirkung, aufschiebende; Verfahrensgarantien

Rechtsquellen:

§ 85 Abs 2 VfGG; § 30 Abs 2 VwGG; Art. 6, 13 EMRK; §§ 185, 198, 212, 212a, 236, 254 BAO; § 64 AVG

I. Einleitung

Zum einigermaßen komplexen Rechtsinstitut der aufschiebenden Wirkung¹ in den Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts besteht nicht nur eine reiche Judikatur,² sondern finden sich dazu auch zahlreiche Stellungnahmen der Lehre.³ In der Praxis kommt dem Ausspruch über die aufschiebende Wirkung einer Bescheidbeschwerde oftmals erhebliche Bedeutung zu. Es soll bereits vorgekommen sein, daß die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bereits (vor-)entscheidend für den Streit in der Hauptsache war, insofern als ein weiteres Verfahren unterblieben ist. Nachfolgend wird daher versucht, die

* RAA Mag. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU) ist Rechtsanwaltsanwarter in Salzburg.

¹ *Schwartz*, Das Provisorialverfahren auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vor dem VwGH, AnwBl 1994, 241 spricht sogar von „Unwägbarkeiten ... und einer beklagenswert kasuistischen Judikatur“.

² So liefert zB eine Sucheingabe nach § 30 Abs 2 VwGG im RIS des Bundes (<http://www.ris.bka.gv.at/>) mehr als 1700 Treffer; bei § 85 Abs 2 VfGG sind es immerhin noch mehr als 550 Beschlüsse.

³ Ausführlich *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit², 116ff; *Tlapek*, Aufschiebende Wirkung bei Verwaltungsgerichtshofbeschwerden, ÖVA 1962, 11ff; *Kopp*, Rechtsfragen der aufschiebenden Wirkung im Verwaltungsverfahren (§ 64 AVG) und im Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts (§ 30 VwGG und § 85 VfGG), JBl 1973, 57ff; *Pfersmann*, Der VwGH und die aufschiebende Wirkung, besonders in Bausachen, ÖJZ 1981, 85, 382; *Hauer*, Ist Nachbarbeschwerden in Bausachen die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen?, ÖJZ 1981, 345; *Pichler*, Zur aufschiebenden Wirkung nach § 30 Abs 2 VwGG, JBl 1981, 501; *Puck*, Die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, ZfV 1982, 359 ff, 464 ff (tw. noch zur alten Rechtslage); *Schwartz*, aaO (FN 1); *Müller*, Der Verwaltungsgerichtshof in: *Machacek* (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und dem VwGH³, 187 ff; jüngst *Urtz*, Die aufschiebende Wirkung im verfassungsgerichtlichen Verfahren in Steuersachen in: *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998), 47 ff.

wesentlichen Grundzüge des prozessualen Instruments der aufschiebenden Wirkung in der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts darzustellen unter besonderer Beachtung der Steuersachen, bei denen sich erfahrungsgemäß am häufigsten die Frage eines Antrages auf Zuerkennung aufschiebender Wirkung stellt.

II. Hauptteil

1. Rechtsgrundlagen

Die Bestimmungen des § 85 Abs 2 VfGG⁴ und § 30 Abs 2 VwGG⁵ eröffnen die Möglichkeit, eine Beschwerde an die Höchstgerichte mit einem Antrag auf aufschiebende Wirkung zu verbinden. Aufgrund der nahezu wortgleichen Textierung beider Vorschriften, aus denen sich kein inhaltlicher Wesensunterschied ableiten läßt, kann somit die Rechtsprechung des VfGH und des VwGH zur aufschiebenden Wirkung jeweils wechselseitig herangezogen werden.⁶ So hat sich etwa der VfGH ausdrücklich der verwaltungsgerichtlichen Judikatur angeschlossen, wonach Feststellungsbescheiden nur dann Vollzugstauglichkeit bescheinigt wird, wenn durch sie ein verbindlicher Ausspruch über die getroffenen Feststellungen erfolgt und dadurch die Rechtsstellung des Bescheidadressaten verändert wird.⁷

2. Zulässigkeit der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts

Einigkeit besteht darüber, daß § 85 Abs 2 VfGG und § 30 Abs 2 VwGG als die **Funktionsfähigkeit des Rechtsschutzsystems der Bundesverfassung stützende Elemente** anzusehen sind.⁸

Eine aufschiebende Wirkung kann nur Bescheidbeschwerden nach Art. 144 B-VG sowie Art. 131 B-VG und eventuell bei einer Wahlanfechtung nach Art. 141 B-VG⁹ zuerkannt werden;

⁴ IdF BGBl 1981/353: „Der Verfassungsgerichtshof hat der Beschwerde auf Antrag des Beschwerdeführers mit Beschluß aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug oder mit der Ausübung der mit Bescheid eingeräumten Berechtigung durch einen Dritten für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde maßgebend waren, wesentlich geändert haben, ist auf Antrag des Beschwerdeführers neu zu entscheiden.“

⁵ IdF BGBl 1985/10: „Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Beschluß zuzuerkennen, insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug oder mit der Ausübung der mit Bescheid eingeräumten Berechtigung durch einen Dritten für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde maßgebend waren, wesentlich geändert haben, ist auf Antrag einer Partei neu zu entscheiden. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bedarf nur dann einer Begründung, wenn die Interessen Dritter berührt werden.“

⁶ Die zunächst bestehende Judikaturdivergenz der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts wurde durch die Novellierung des § 30 Abs 2 VwGG, BGBl 1976/316, beseitigt; vgl. EB RV 79 BlgNR XIV.GP 11.

⁷ 11.12.1997, B 2672/97: „... [diese Auffassung des VwGH] gilt mutatis mutandis auch für die von ihm [VfGH] zu beurteilende Vollzugstauglichkeit iSd § 85 Abs 2 VfGG ...“.

⁸ In diesem Sinn auch VwGH 17.5.1996, AW 96/21/0267: „Dem § 30 Abs 2 und § 63 Abs 1 VwGG kann im Lichte des Rechtsschutzprinzips nicht die Bedeutung unterstellt werden, die Behörde könnte durch die vorzeitige Abschließung eines Fremden diese allenfalls durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes bewirkte Verpflichtung gem § 63 Abs 1 VwGG unterlaufen.“ Dieser dogmatischen Grundposition kommt bei der Auslegung der Voraussetzungen der aufschiebenden Wirkung wesentliche Bedeutung zu - siehe unten Pkt.4.

⁹ Wenn ein Bescheid ergangen ist vgl. § 67 Abs 3 VfGG.

nicht hingegen im Normenkontrollverfahren¹⁰ oder bei Säumnisbeschwerden.¹¹ Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung setzt jeweils einen Antrag voraus. Eine Zuerkennung aus Zweckmäßigkeitsgründen gibt es nicht.¹² Nach Auffassung des VwGH bietet das VfGG keinen Anhaltspunkt dafür, die restriktive Handhabung der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung als Instrument zur Steuerung der Zahl der Beschwerdefälle einzusetzen. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 Abs 2 leg.cit. vorliegen oder nicht.¹³

Bei der aufschiebenden Wirkung handelt es sich lediglich um die Aufschiebung einer Maßnahme, nicht um deren rückgängigmachung. Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts prüfen in diesem Verfahrensstadium lediglich die Auswirkungen eines (möglichen) Vollzuges des Bescheides, nicht (bereits) dessen Rechtmäßigkeit. Sie werden im **Provisorialverfahren** nach § 85 Abs 2 VfGG bzw. § 30 Abs 2 VfGG nicht dazu ermächtigt, Überlegungen über die Bedeutung der eingebrachten Beschwerde und ihre Begründetheit anzustellen.¹⁴

Im Falle einer Sukzessivbeschwerde¹⁵ kann es zu einem „Rechtsschutzloch“ kommen, bis der VwGH aufschiebende Wirkung zuerkennt, wenn nämlich zuvor der VfGH zunächst die aufschiebende Wirkung zuerkannt hat, anschließend jedoch die Beschwerde zurückgewiesen und abgetreten hat.

2.1 In allgemeinen Verwaltungssachen

Von wesentlicher Bedeutung ist, daß die aufschiebende Wirkung nur solchen Beschwerden zuerkannt werden kann, mit denen ein Rechtseingriff behauptet wird, also im "klassischen" Beispiel bei einem baupolizeilichen Abbruchauftrag. Der angefochtene Bescheid muß also in eine Rechtsposition eingreifen, um der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung zugänglich zu sein.¹⁶ Keine aufschiebende Wirkung gibt es daher bei Säumnisbeschwerden. Bei beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts gilt der **Grundsatz, daß der Beschwerdeführer durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht in eine bessere Verfahrenssituation versetzt werden darf, als er sie vor Antragstellung innehatte.**¹⁷

In besonders gelagerten Fällen hat der VwGH jedoch seine Ermächtigung relativ weit im Sinne der „Wirksamkeitstheorie“ interpretiert, d.h. der Bescheid muß *wirksam* werden können. Die Rsp versteht darunter, sowohl die Herstellung der dem Bescheidinhalt entsprechenden materiellen Rechtslage, als auch die Herstellung des dieser Rechtslage entsprechenden faktischen Zustandes.¹⁸ Demnach dürfe die in der Bescheidprüfung durch den VwGH gegebene Rechtsschutzfunktion nicht dadurch ausgehöhlt werden, daß der Bescheid während der Dauer des Verfahrens vollzogen wird. Droht also von den Folgen der

¹⁰ ZB VfGH 9.6.1988, V 23/88 ua.

¹¹ StRsp des VwGH zB E v 10.1.1986, ZI 85/05/0051 mwN.

¹² So ausdrücklich VwGH 17.5.1984, ZI 84/04/0116.

¹³ VwGH 11.4.1996, AW 96/09/0011.

¹⁴ Deutlich zur Irrelevanz der Erfolgsaussichten bei Prüfung des unverhältnismäßigen Nachteils VwGH 23.10.1997, AW 97/10/0036; 11.4.1996, AW 96/09/0011; eingehend zur „Zweckentfremdung“ siehe unten Pkt. II.5 aE.

¹⁵ Beschwerde an den VfGH mit Abtretungsantrag an den VwGH gem Art 144 Abs 3 B-VG iVm § 87 Abs 3 VfGG.

¹⁶ Daher gibt es bei Säumnisbeschwerden keine Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung, VwGH 10.1.1986, ZI 85/05/0051.

¹⁷ So schon VwSlgNF 1.005/A; VwSlgNF 9.248/A; VwGH 18.3.1992, ZI 92/09/0001.

¹⁸ VwSlgNF 10.381/A - verst Sen = JBl 1981, 501 m Anm Pichler.

„Umsetzung des Bescheides in die Wirklichkeit“¹⁹ eine derartige Aushöhlung der erwähnten Rechtsschutzfunktion, so ist die Vollzugsfähigkeit des angefochtenen Bescheides anzunehmen.

2.2 In Steuersachen

Die Besonderheiten für das Abgabeverfahren ergeben sich aus dessen Dreistufigkeit und den daraus resultierenden (enderledigenden) Verwaltungsakten,

- Bescheid des Finanzamtes
- Berufungsvorentscheidung
- Berufungsentscheidung der Finanzlandesdirektion

wobei die nachfolgenden Ausführungen auf die nach den Vorschriften der Bundesabgabenordnung (BAO)²⁰ erlassenen Abgabenbescheide beschränkt bleiben.²¹

Im Abgabeverfahren hat anders als im allgemeinen Verwaltungsverfahren²² die Berufung gem. § 254 BAO *keine* aufschiebende Wirkung. Dennoch stellt die Bundesabgabenordnung ein vergleichbares Instrumentarium zur Verfügung.²³

- Ein vergleichbarer Effekt wird durch die **Aussetzung der Einhebung** gemäß §§ 212a ff BAO erreicht, wobei jedoch Aussetzungszinsen zu entrichten sind.
- Eine ähnliche Wirkung wie die aufschiebende Wirkung entfaltet die **Stundung** gemäß § 212 BAO, wobei jedoch auch hier (Stundungs-)Zinsen fällig werden.
- Das **Nachsichtsverfahren** gem. § 236 BAO ermöglicht es, fällige Abgabenschulden auf Antrag ganz oder zum Teil durch Abschreibung nachzusehen, wenn ihre Einhebung nach der Lage des Falles unbillig wäre. Auch diese Lösung kann daher nicht voll überzeugen.

Dazu treten besondere Probleme durch die im Abgabeverfahren grundsätzlich möglichen Arten von Bescheiden, und zwar jene gem. §§ 198 ff BAO sowie die Grundlagenbescheide nach den §§ 185 ff BAO, zB Einheitswertbescheide für die nachfolgende Grunderwerbs- bzw. Schenkungssteuer.²⁴

Die Judikatur des VwGH vor 1983 ließ überhaupt keine Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung für Beschwerden gegen abweisende Berufungsbescheide der Finanzbehörden zu.²⁵ Nach einem kurzfristigen Umschwung²⁶ zog sich der VwGH ab 1986 in seinen Beschlüssen²⁷ wieder auf die Position zurück, eine bloß abweisende Berufungsentscheidung ändere nichts an der Fälligkeit und Vollstreckbarkeit des vom Finanzamt erlassenen erstinstanzlichen Bescheides. Der VwGH geht offenbar davon aus, daß bei einer bloß *abweisenden* Berufungsentscheidung ohnehin der erstinstanzliche Bescheid vollstreckbar bleibt.²⁸ Nach

¹⁹ So die EB RV 79 BlgNR XIV.GP 11; eingehend dazu unten Pkt. II. 4.1.

²⁰ BGBl 1961/194 idF BGBl I 1998/9.

²¹ Das Verfahrensrecht für die Landes- und Gemeindeabgaben (die Landesabgabenordnungen [LAOs] der einzelnen Bundesländer) weicht zT von der BAO ab; im einzelnen siehe *Philipp*, Die österreichischen Landesabgabenordnungen (1988), VII f und 809ff.

²² § 64 Abs 1 AVG: „*Rechtzeitig eingebrachte Berufungen haben aufschiebende Wirkung*“.

²³ Eingehend *Urtz* aaO 51ff; *Stoll*, BAO Kommentar (1994), §§ 212, 212a und 236 mwH.

²⁴ Instrukтив dazu *Schartel-Hlavenka*, Die Einheitsbewertung in ihrer verbleibenden Rechtsbedeutung, *ecolex* 1996, 701 ff.

²⁵ VwGH 5.3.1954, VwSlg 900/F, ausdrücklich bestätigt durch VwSlg 4.624/F (verst Senat); dazu *Schimetschek*, Keine aufschiebende Wirkung bei Verwaltungsgerichtshofbeschwerden in Abgabensachen?, FJ 1982, 53 ff mwH.

²⁶ 27.8.1984, 84/17/0115, AnwBl 1984, 563f m Anm *Arnold* = RdW 1985, 167 m Anm *Beiser* sowie VwSlg 5.791/F unter ausdrücklicher Ablehnung der in VwSlg 5.363/F vertretenen Rechtsansicht)

²⁷ VwGH 15.12.1986, 86/16/0027 und VwGH 25.2.1987, 87/13/007, AnwBl 1987, 295 m Anm *Arnold*, unter Verneinung der Vollzugstauglichkeit.

²⁸ VwGH 15.12.1981, 81/14/0071; zustimmend *Ritz*, BAO § 289 Rz 3.

Ansicht des Gerichtshofes führt dies zu einem Ausschluß der aufschiebenden Wirkung, da der Steuerpflichtige durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ja nicht besser gestellt werden dürfe, als vorher.

Diese Rsp dürfte jedoch mE mittlerweile überholt sein. Zu diesem Ergebnis gelangt man bereits durch verfassungskonforme Interpretation, d.h. in Auslegung des VfGH-Erkenntnisses vom 11.12.1986,²⁹ mit dem die Bestimmung des § 254 BAO als verfassungswidrig aufgehoben wurde. Im Zuge der Neuregelung wurde § 254 BAO wieder in Kraft gesetzt, jedoch um das Institut der Aussetzung der Einhebung ergänzt.³⁰ Demzufolge ist nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur eine aufschiebende Wirkung bei Abgabenbescheiden nach §§ 198 ff BAO durchaus denkbar und zu prüfen, d.h. also nicht von vornherein auszuschließen.

Bezüglich der Grundlagenbescheide gem. §§ 185 ff BAO gibt es noch keine einschlägige Rsp, sodaß diese Frage durchaus noch als offen zu bezeichnen ist. Man wird jedoch unter Fortschreibung der Judikatur des VfGH zum rechtsstaatlich gebotenen Mindestmaß an Effizienz für den Rechtsschutzwerber³¹ ebenfalls von der grundsätzlichen Möglichkeit der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung ausgehen dürfen.³²

2.3 Europarechtliche Aspekte

Es wird die Ansicht vertreten, daß das System der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechtes zu reformieren ist.³³ Der EuGH hat im *Factortame*-Urteil³⁴ ganz allgemein von der Pflicht zum Erlaß „einstweiliger Anordnungen“ gesprochen. Daraus könnte man schließen, daß Gerichte neben der vorläufigen Aussetzung einer angefochtenen Entscheidung auch sonstige einstweiligen Anordnungen zur Sicherstellung der späteren Entscheidung zu treffen hätten.³⁵ Dies könnte insbesondere so weit gehen, im Wege einer einstweiligen Anordnung die Erteilung einer behördlichen Bewilligung vorläufig zu verfügen.

Der VwGH folgert aus der europarechtlichen Judikatur jedoch, daß eine aufschiebende Wirkung nur dann zuzuerkennen sei, wenn anders die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte nicht sichergestellt werden kann. Eine zwingende Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung allein deshalb, weil der Beschwerdeführer eine Verletzung von aus dem Gemeinschaftsrecht resultierenden Rechten geltend macht, wird ausdrücklich abgelehnt.³⁶ Erweiterte man jedoch die Möglichkeiten der höchsten öffentlichen Gerichtsbarkeit im Provisorialverfahren, und gebe man ihnen insbes. die Zuständigkeit, positive Rechtsakte zu

²⁹ G 119/86, VfSlg 11.196.

³⁰ Im einzelnen dazu *Tanzer*, § 212a Entwurf-BAO - Ein taugliches Mittel zur Bereinigung Rechtslage nach Aufhebung des § 254 BAO durch den VfGH?, WBl 1987, 105; *ders.*, Nach der Aufhebung des § 254 BAO: Nun doch aufschiebende Wirkung der Berufung im Abgabenverfahren?, WBl 1987, 90; *Schaden*, Bleibt eine Lücke im Rechtsschutzsystem? - Verfassungsrechtliche Überlegung zur Aussetzung der Einhebung (§ 212 a BAO), ÖJZ 1989, 419; grundlegender *Keppert*, Die Beeinträchtigung der faktischen Effizienz des Rechtsmittelverfahrens vor dem VwGH und dem VfGH, SWK 1995 A 430 sowie *Urtz*, aaO 52f und 59ff.

³¹ VfGH 27.6.1996, B 131/95; VfSlg 13.493, 12.409, 11.196.

³² Ebenso unterstützenswert *Urtz*, aaO 55f und 70.

³³ *Müller*, aaO 212.

³⁴ 19.6.1990, C-213/89, EuGH Slg. 1990, 2433.

³⁵ Zum Unterschied zwischen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und der Gewährung eines „positiven“ einstweiligen Rechtsschutzes VfGH 11.12.1997, B 2672/97 I. 2. b).

³⁶ VwGH 7.4.1997, AW 96/07/0069 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das *Factortame*-Urteil.

setzen, so kann dies nur möglich sein, wenn die für diese Rechtsakte maßgebenden Tatsachen von den Gerichtshöfen selbst untersucht würden.³⁷

Art. 6 und Art. 13 EMRK verpflichten den nationalen Verfahrensgesetzgeber Vorkehrungen zu treffen, die nachprüfende Kontrolle einer Tribunalinstanz nicht dadurch zu entwerten, daß der (formell rechtskräftige) Verwaltungsakt bereits vor Entscheidung des kontrollierenden Tribunals vollzogen wird. Es würde dem „Geist der Konvention“ zuwiderlaufen, wenn nationales Verfahrensrecht den Rechtssuchenden bereits vor vollendete Tatsachen stellen könnte, ohne daß überhaupt eine Überprüfung durch ein Gericht iSd Art. 6 EMRK stattgefunden hätte. Das Recht auf wirksamen *gerichtlichen* Rechtsschutz erfließt va aus Art. 6 EMRK,³⁸ wobei dessen Funktion und Tragweite weitgehend dem allgemeinen rechtsstaatlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes entsprechen.³⁹ Das verfahrensrechtliche Instrument der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung stellt daher eine konventionsnotwendige Ergänzung der kassatorischen Entscheidungsbefugnisse der öffentlich-rechtlichen Höchstgerichte dar. Der nationale Gesetzgeber hat insoweit legislative Freiheit als er auf *gleichwertige* Weise sicherstellen muß, daß der Rechtsschutzsuchende nach Ergehen einer aufhebenden Tribunalentscheidung im wesentlichen so gestellt ist, als wäre der für rechtswidrig erkannte Akt ursprünglich in der vom Tribunal für rechtmäßig befundenen Form ergangen. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vor den administrativen Höchstgerichten markiert mE das verfahrensrechtliche Minimum, stellen doch die Straßburger Instanzen nicht darauf ab, ob das „beste und angemessenste Rechtsschutzsystem“ gewählt wird, sondern nehmen sie lediglich eine Gleichwertigkeitsprüfung vor.⁴⁰

3. Verfahren zur Entscheidung über die aufschiebende Wirkung

Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung kann entweder gemeinsam mit der Bescheidbeschwerde oder zu einem späteren Zeitpunkt des noch anhängigen Verfahrens beantragt werden. Der Antrag kann auch mehrmals im Verfahren eingebracht werden, somit „nachgeschoben“ werden, wenn sich die jeweiligen Umstände geändert haben gem. § 85 Abs 2 Satz 2 VfGG und § 30 Abs 2 Satz 2 VwGG.⁴¹ Auch ein späterer Antrag auf Aberkennung der aufschiebenden Wirkung durch die belangte Behörde wegen wesentlich geänderter Umstände ist zulässig.⁴² Erforderlich und zu bescheinigen ist ua stets die wesentliche Änderung der Voraussetzungen für die vorige Entscheidung.⁴³ Die bei (nachgeschobenen) Anträgen auftretenden gebührenrechtlichen Probleme sollten jedoch in der Praxis nicht übersehen werden.⁴⁴

³⁷ Diese Voraussetzung könnte allein durch den Gesetzgeber geschaffen werden.

³⁸ Die Bestimmung des Art. 13 EMRK läßt sich hier bestenfalls analog fruchtbar machen, da sie zum einen nur effektive Rechtsmittel zur Verfolgung von Konventionsrechten im Auge hat, zum anderen muß der Rechtsweg nur zu einer nationalen Instanz, nicht zu einem unabgängigen Tribunal offenstehen; im einzelnen vgl. *Matscher*, Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK, FS Seidl-Hohenveldern (1988) 315 ff mwH.

³⁹ Zutreffend erkannt von *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 395.

⁴⁰ EGMR *X gegen das Vereinigte Königreich*, A 46, Z 53 mwN.

⁴¹ Dem Beschwerdeführer wurde somit ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, einen Aufschiebungsantrag während der gesamten Dauer des verfassungs- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens einzubringen.

⁴² VfGH 6.3.1995, B 1674/92, VfSlg 14.054.

⁴³ VwGH 18.7.1996, AW 96/21/0434. Fehlt es an einer maßgeblichen Änderung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes, wird der neuerliche Aufschiebungsantrag wegen entschiedener Sache zurückgewiesen (VwGH 16.12.1997, AW 97/19/1215).

⁴⁴ Weiterführend *Müller*, Einige Änderungen im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, AnwBl 1997, 880, 882 (aA die RV); *Eisenberger/Eisenberger*, Die neuen Gebühren für VwGH- und VfGH-Beschwerden, 153, 156.

Die Verschiebung der Zuständigkeit⁴⁵ zur Entscheidung über einen Aufschiebungsantrag im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vom Senat zum jeweiligen Berichterstatter gem § 14 Abs 2 VwGG, d.h. einzelnen Richter, hat nicht gerade die Rechtssicherheit gefördert.⁴⁶ In Steuersachen muß man nach stRsp der Gerichte des öffentlichen Rechts die von der Bundesabgabenordnung geschaffenen Möglichkeiten der Stundung, Ratenzahlung oder Nachsicht nicht ausgeschöpft haben. Jedenfalls hinsichtlich der Zulässigkeitsprüfung gilt Analoges⁴⁷ auch im allgemeinen Administrativbereich.

4. Voraussetzungen der aufschiebenden Wirkung

Die Tatbestandsvoraussetzungen der aufschiebenden Wirkung ergeben sich aus dem (übereinstimmenden) Wortlaut⁴⁸ des § 85 Abs 2 VfGG bzw. § 30 Abs 2 VwGG.⁴⁹ Die Rsp interpretiert dabei die **Behauptungs- und Bescheinigungspflichten des Beschwerdeführers, die Tatbestandsvoraussetzungen der aufschiebenden Wirkung zu konkretisieren**, äußerst streng. Hier wird einerseits ein detailliertes Sachvorbringen verlangt, zum anderen die Beischaffung urkundlicher Bescheinigungsmittel, wie zB Gehaltsbestätigungen, Registerauskünfte.⁵⁰ Insbesondere in den „Apothekenfällen“, d.h. bei Beschwerden betreffend Apothekenkonzessionen, wird das Konkretisierungsgebot arg strapaziert.⁵¹ Die Anwendung des § 10 Abs 2 Z.1 und Abs 3 ApG idF vor BGBl I 1998/53 setzte nämlich eine konkrete, zahlenmäßig nachvollziehbare Behauptung des Absinkens der Zahl der ständig zu versorgenden Einwohner unter das in der genannten Vorschrift normierte Bedarfsmerkmal ebenso voraus,⁵² wie die Behauptung konkreter Wirtschaftsdaten, aus denen sich nachvollziehbar ergäbe, daß schon während des maßgeblichen Prognosezeitraumes eine Gefährdung der Existenz der Apotheke der Beschwerdeführerin zu befürchten wäre.⁵³

Es empfiehlt sich jedenfalls die ziffernmäßige Angabe der im Zeitpunkt der Antragstellung bezogenen Einkünfte, sonstigen Vermögensverhältnisse und Sorgepflichten offenzulegen.⁵⁴ Ausführungen darüber, welche Vermögensbeeinträchtigungen durch welche Maßnahmen konkret drohen sowie deren Unverhältnismäßigkeit im einzelnen, sind für einen erfolgreichen Antrag unabdingbar.⁵⁵ Fehlt eine solche ausreichende Konkretisierung, so bewertet der

⁴⁵ VwGG-Novelle 1984, BGBl 1984/298.

⁴⁶ Zu Recht kritisch *Schwartz*, aaO 241 und *Dolp*, Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (1987), 25 Anm 2; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997), 410 konstatiert eine „*ZT in sich widersprüchliche Judikatur*“, ohne diesen Befund ausdrücklich auf die Regelung des § 14 Abs 2 VwGG zurückzuführen.

⁴⁷ Vgl. § 54b Abs 3 VStG.

⁴⁸ Siehe oben FN (4 und 5).

⁴⁹ Als „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ wäre zu erwähnen, daß die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ein (taugliches) Mittel darstellen muß, um den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nachteil abzuwenden (so VwGH 16.11.1995, AW 95/04/0064).

⁵⁰ Bloße eidesstattliche Erklärungen genügen nicht, VwGH 28.11.1997, AW 97/13/0051.

⁵¹ VwGH 21.1.1997, AW 96/10/0055; 19.5.1996, AW 96/10/0009.

⁵² VwGH 15.1.1996, AW 95/10/0053.

⁵³ VwGH 6.12.1996, AW 96/10/0056; 9.5.1996, AW 96/10/0020; 8.5.1996, AW 96/10/0016.

⁵⁴ Stellvertretend für viele VwGH 8.1.1998, AW 97/17/0049.

⁵⁵ Ein Verweis auf im Verwaltungsverfahren bereits erstattete Schriftsätze genügt ebenso nicht (VwGH 7.12.1989, ZI 89/04/0070), wie der bloße Hinweis auf erst vorzulegende Bescheinigungsunterlagen (Buchhaltungsunterlagen, Parteienvernehmung (VwGH 11.3.1996, AW 95/17/0071).

VwGH dies als inhaltlichen Mangel und nicht bloß als verbesserungsfähiges Formgebrecen.⁵⁶ Die Konsequenz besteht in einer Abweisung des Aufschiebungsantrages.⁵⁷

4.1 Vollzugstauglichkeit des Bescheides

Vollzug ist weitergefaßt als Vollstreckbarkeit.⁵⁸ Dieses Tatbestandselement meint, daß der Bescheid „**in die Wirklichkeit umsetzbar**“ ist.⁵⁹ Die Umsetzung in die Wirklichkeit muß in absehbarer Zeit erfolgen.⁶⁰ Die Vollzugstauglichkeit im erwähnten Sinn wird auch in Fällen bejaht, in denen zwischen dem angefochtenen Bescheid und einem nachfolgenden behördlichen Akt ein derart enger Zusammenhang besteht, daß der angefochtene Bescheid die verbindliche Grundlage für diesen Akt bildet.⁶¹ Ein Bescheid, mit dem eine Änderung der Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers abgelehnt wird, ist einem Vollzug iSd §§ 85 Abs 2 VfGG, 30 Abs 2 VwGG nicht zugänglich.⁶² Ein bereits erfolgter Vollzug kann nicht mehr aufgeschoben werden.⁶³ Ist der Vollzug hingegen (rechtlich) unmöglich wird ebenfalls schon rein begrifflich kein Aufschub erfolgen.⁶⁴

Nach der vom VfGH und VwGH entwickelten **Abgrenzungsformel** darf der Beschwerdeführer durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht günstiger gestellt werden, als er durch Aufhebung des Bescheides gestellt wäre.⁶⁵ Deshalb wird zB Bescheiden, mit denen die Zuerkennung einer Berechtigung verweigert wurde, keine aufschiebende Wirkung zuerkannt.⁶⁶

Bei den in Steuersachen auftretenden Problemen ist im einzelnen wiederum zwischen den Abgabenbescheiden und den Grundlagenbescheiden zu unterscheiden.⁶⁷

⁵⁶ VwSlg 10.381/A - verst Senat = JBl 1981, 501 m Anm *Pichler*; jüngst erst wieder VwGH 19.3.1998, AW 98/08/0019 betreffend eine Beitragsnachverrechnung und Verhängung eines Beitragszuschlages im Krankenkassenwesen.

⁵⁷ Krit dazu *Schwartz*, aaO 250 ua mit beachtlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

⁵⁸ So sind zB auch Bescheide einem Vollzug zugänglich, mit denen ein Rechtsmittel als verspätet zurückgewiesen wird, VwGH 30.6.1997, AW 97/08/0016.

⁵⁹ Daran fehlt es zB bei einem die beantragte Zustellung (eines anderen Bescheides) abweisenden Bescheid, mit auch die Parteistellung des Beschwerdeführers im naturschutzbehördlichen Bewilligungsverfahren eines Dritten verneint wird, VwGH 12.1.1996, AW 95/10/0052.

⁶⁰ VwGH 9.10.1997, AW 97/07/0036: mangels Freigabe der erforderlichen Mittel kein Vollzug der wasserrechtlichen Bewilligung vor der Entscheidung des VwGH über die Beschwerde.

⁶¹ VwGH 7.7.1997, AW 97/06/0009, betreffend die Zuerkennung einer Parteistellung; 19.5.1996, AW 96/10/0009; vgl. auch die bei *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht², § 30 VwGG C.I.2. referierte Rsp.

⁶² Dies trifft auf einen Bescheid zu, mit dem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verweigert wird, VwGH 16.11.1995, AW 95/04/0064. Einer Beschwerde gegen einen Bescheid, mit dem ausgesprochen wird, daß die erfolgte Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu Recht erfolgt ist, kann aufschiebende Wirkung zuerkannt werden, VwGH 23.1.1995, AW 94/08/0037. Gleiches wenn im angefochtenen Bescheid implizit die parteistellung des Antragstellers als nachbar im Bauverfahren aberkannt wird, VwGH 2.8.1997, AW 97/05/0055, mH auf VwSlg Nr. 8719/A verst Senat.

⁶³ ZB wenn eine Geldleistungsschuldigkeit bereits entrichtet wurde, VwGH 7.5.1996, AW 96/17/0032, betreffend die Verschreibung von Pönalezinsen sowie den Auftrag zur Herstellung dees gesetzmäßigen Zustandes samt Verhängung einer Zwangsstrafe.

⁶⁴ ZB kann nach st Rsp während der Anhängigkeit eines Bewilligungsverfahrens ein erteilter baupolizeilicher Auftrag nicht vollstreckt werden, VwGH 9.2.1996, AW 96/06/0012.

⁶⁵ VwGH 2.12.1997, AW 97/10/0059, betreffend die Berechtigung zum Aufsteigen in die nächsthöhere Schulstufe. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung soll lediglich eine Schlechterstellung des Antragstellers verhindern, nicht hingegen ihm eine Rechtsposition verschaffen, die er bis dahin nicht innehatte. Vgl. auch die bei *Dolp*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit³, 258, angeführte Rsp.

⁶⁶ VwGH 13.11.1995, AW 95/10/0029.

⁶⁷ Eingehend dazu *Urtz* aaO, 55f und 61ff.

4.2 Die zwingenden, einem Aufschub entgegenstehenden öffentlichen Interessen (negative Voraussetzung)

Nach der ständigen Rechtsprechung dürfen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Es werden jedoch nur besonders qualifizierte öffentliche Interesse als „zwingende Interessen“ im Sinne des § 85 Abs 2 VfGG und § 30 Abs 2 VwGG angesehen. „Zwingend“ meint die Beseitigung eines konkreten Mißstandes. In der Praxis wird diese Voraussetzung meist anhand der Stellungnahme der belangten Behörde geprüft,⁶⁸ jedoch vermag der Gerichtshof auch aus eigenem das Vorliegen solcher Interessen erkennen.⁶⁹

Aus zwingenden öffentlichen Interessen gewährt etwa der VwGH keine aufschiebende Wirkung bei Beschwerden gegen Führerscheinentzugsbescheide. Andererseits haben VfGH und VwGH mehrfach ausgesprochen, daß zB ein ausgeglichener Finanzhaushalt einer Gebietskörperschaft kein zwingendes öffentliches Interesse im Sinne dieser Bestimmungen darstellt.⁷⁰ Sehrwohl stellt jedoch die *konkrete* Gefahr⁷¹ der Einbringlichkeit von Abgaben beim Abgabepflichtigen ein zwingendes Interesse dar zB völlige Vermögenslosigkeit, Konkurs.

Im weiteren werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale durch aktuelle Judikaturbeispiele dokumentiert bzw. erläutert.⁷² Die **zwingenden öffentlichen Interessen** wurden zB bejaht:

- bei Gefährdung der Einbringlichkeit der beschwerdegegenständlichen Abgaben nach den im Antrag dargestellten Einkommens- und Vermögensverhältnissen:
 - Zahlung einer Abgabenschuld von S 417.317,-- und einem monatlichen Nettoeinkommen von S 9.059,-- sowie Sorgepflichten für drei Personen;⁷³
 - Zahlung einer Abgabenschuld von S 2,6 Mio. und einem monatlichen Nettoeinkommen von S 30.000,--, sowie Hälfteigentümer eines Einfamilienhauses, auf dem ein Belastungs- und Veräußerungsverbot für seinen Vater einverleibt ist, einer unterhaltspflichtigen Ehefrau sowie sonstigen Schulden in Höhe von S 750.000,--;⁷⁴
 - Zahlung einer Abgabenschuld von S 603.492,-- und einem monatlichen Bruttoeinkommen von S 21.500,-- sowie hypothekarisch belastetem Grundbesitz und sonstigen Verbindlichkeiten von S 14,174.142,--.⁷⁵
- wenn andernfalls die endgültige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches vereitelt zu werden droht oder wenn mit dem Aufschub eine Gefahr für die Gesundheit oder das Leben von Menschen (zT auch von deren Eigentum) verbunden wäre oder eine Gefährdung der Versorgungslage breiterer Bevölkerungsteile mit bestimmten Versorgungsleistungen befürchtet werden müßte

⁶⁸ Stellvertretend für viele VwGH 17.12.1997, AW 97/06/0050; vgl. auch VwGH 13.8.1997, AW 97/06/0026, zum „Interessenbescheid“ nach § 30 Abs 2 Z 15 MRG.

⁶⁹ VwGH 11.3.1996, AW 95/17/0071 betreffend die Vorschreibung von Vergnügungssteuer.

⁷⁰ ZB VwGH 2.10.1997, AW 97/16/0046; ansonsten dürfte in Steuersachen niemals die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden.

⁷¹ Zwingende öffentliche Interessen müssen sich demnach aus den Umständen des Einzelfalles ergeben.

⁷² Erfaßt wurde dabei die Rsp beider Höchstgerichte vom 1.1.1995 bis 31.7.1998. Zur älteren Jud finden sich Nachweise bei *Puck*, ZfV 1982, 359, 464ff; *Schwartz*, AnwBl 1994, 252; *Mayer*, B-VG Kommentar², § 30 VwGG G. nach einzelnen Rechtsgebieten referiert.

⁷³ VwGH 30.9.1996, AW 96/15/0031.

⁷⁴ VwGH 2.9.1992, AW 96/15/0022.

⁷⁵ VwGH 13.1.1995, AW 94/14/0028.

- betreffend eines baupolizeilichen Auftrages zur Beseitigung von Schäden an den Straßenfassaden (zwei Fronten) eines Bürgerhauses bei sehr schadhaftem und zT bereits abgebröckeltem Verputz;⁷⁶
- das Vollzugsinteresse des Sozialversicherungsträgers überwiegt jedenfalls, wenn der angefochtene Bescheid nicht offenkundig rechtswidrig ist und seine vorläufige Vollstreckung nicht bei der antragstellenden Partei zu unwiederbringlichen Vermögensnachteilen führt
 - wie zB im Fall der exekutiven Betreuung und Verwertung in der Form eines nicht wieder auszugleichenden Wertverlustes. Ein solcher Vermögensnachteil droht jedoch *nicht unmittelbar*, wenn der Beschwerdeführer mit der Gebietskrankenkasse eine Ratenvereinbarung geschlossen hat.⁷⁷
- bei der Verpflichtung nach dem Sicherheitspolizeigesetz, sich einer erkennungsdienstlichen Behandlung unter Androhung der zwangsweisen Vorführung zu unterziehen, wenn die Beschwerdeführerin wegen schweren gewerbsmäßigen Betruges verdächtig ist und Wiederholungsgefahr besteht.⁷⁸

Hingegen verletzt der Aufschub der Zahlung einer Geldstrafe entgegen der Auffassung der belangten Behörde **keine zwingenden öffentlichen Interessen**⁷⁹

Verneint ein Höchstgericht das Bestehen zwingender öffentlicher Interessen, so werden diese als „sonstige öffentliche Interessen“ erst im Rahmen der Überprüfung der positiven Voraussetzung (II. 4.3) berücksichtigt.⁸⁰

Bejaht ein Höchstgericht das Vorliegen zwingender öffentlicher Interessen, so bricht es die Prüfung an dieser Stufe ab, sodaß *keine* aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Es müssen alle drei Voraussetzungen (II. 4.1 bis 4.3) zusammen vorliegen. Beim Fehlen auch nur einer wird die aufschiebende Wirkung nicht gewährt. Fehlt zB die positive Voraussetzung des unverhältnismäßigen Nachteils, braucht nicht mehr auf die negative Voraussetzung des zwingenden öffentlichen Interesses eingegangen werden.⁸¹

4.3 Interessenabwägung und unverhältnismäßiger Nachteil (positive Voraussetzung)

Die Höchstgerichte ziehen die berührten Interessen ins Kalkül: zum einen die zu konkretisierenden⁸² Individualinteressen des Beschwerdeführers⁸³ am Aufschub und zum anderen die Interessen der mitbeteiligten Parteien an der sofortigen Ausübung der eingeräumten Berechtigung⁸⁴ (unter Einschluß der sonstigen öffentlichen Interessen).⁸⁵

⁷⁶ VwGH 29.6.1996, AW 96/06/0019.

⁷⁷ VwGH 17.6.1997, AW 97/08/0018.

⁷⁸ VfGH 13.7.1998, B 1238/98; die Vollzugstauglichkeit des angefochtenen Bescheides wurde mit Hinweis auf den B v 4.7.1996, B 2116/98, bejaht.

⁷⁹ Bloß generalpräventive Gründe genügen nicht, selbst bei „offensichtlicher Aussichtslosigkeit in der Sache selbst“ VwGH 11.4.1996, AW 96/09/0011 betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

⁸⁰ VwGH 29.10.1981, ZI 81/06/0124.

⁸¹ Ganz deutlich jüngst VfGH 3.3.1998, B 114/98 ua sowie 26.2.1998, B 113/98 ua zum Wiener Lokalradio.

⁸² Ein konkretes Tatsachenvorbringen zur Unverhältnismäßigkeit des dem Beschwerdeführer drohenden Nachteils ist unerlässlich, VwGH 13.11.1995, AW 95/05/0064; 8.9.1995, AW 95/12/0016.

⁸³ Der Beschwerdeführer muß selbst belastet sein, sodaß zB die von der mitbeteiligten Partei zu tragenden Beseitigungskosten nicht berücksichtigt werden können, VwGH 18.2.1997, AW 96/07/0056.

⁸⁴ ZB Schaffung einer ausreichenden Bringungsmöglichkeit für ein landwirtschaftliches Anwesen, VwGH 1.4.1997, AW 97/07/007.

Als Maßstab der Unverhältnismäßigkeit dient der Vergleich mit den Nachteilen, die üblicherweise mit gleichartigen Bescheiden verbunden sind.⁸⁶ Es hat stets eine **am Einzelfall orientierte Interessenabwägung** stattzufinden. Diese erfolgt anhand der durch das Vorbringen der Parteien nicht von vornherein als widerlegt anzusehenden Annahmen des angefochtenen Bescheides.⁸⁷ In Steuersachen bildet Gegenstand der Abwägung im Einzelfall der Betrag der zu entrichtenden Abgaben, welcher dem Einkommen bzw. Vermögen des Abgabepflichtigen gegenübergestellt wird. Die Möglichkeit nachteiliger Einwirkungen durch den Vollzug muß zumindest für das Vorliegen eines unverhältnismäßigen Nachteils gegeben sein.⁸⁸

Nach der neueren Judikatur wurde als zB nicht unverhältnismäßig, d.h. **keine Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung**, angesehen:

- Die Zahlung einer Abgabenschuld von S 25.000,-- bei einem monatlichen Nettoeinkommen von S 9.000,--.
- Die Zahlung einer Abgabenschuld in Höhe von S 58.000,-- mit monatlichen Nettoverdienst von S 19.000,-- und Sorgepflichten für 6 Kinder.
- nach st Rsp stellt die bloße Ausübung der mit einer Baubewilligung eingeräumten Berechtigung für sich allein für den beschwerdeführenden Nachbarn keinen unverhältnismäßigen Nachteil dar;⁸⁹
- bei Ausschluß als Mitglied der Wiener Wertpapierbörse, wenn rechtskräftig das Ruhen der Mitgliedschaft des Beschwerdeführers verfügt wurde, ohne daß es zu einem Aufschub des Vollzuges dieses Ruhensbescheides gekommen wäre.⁹⁰
- die Aufnahme eines hypothekarisch gesicherten Darlehens auf die Liegenschaft des Beschwerdeführers zur Bedeckung seiner Geldstrafe und der Kosten in Höhe von gesamt S 208.000,-- ist zumutbar;⁹¹
- bei Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von je S 3.000,-- in zwei Fällen (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 3 Tagen) wegen einer Übertretung einer straßenpolizeilichen Verordnung;⁹²
- ein Schiliftbetreiber muß Schwierigkeiten beim Betrieb seiner Anlagen in Kauf nehmen, solange nicht geklärt ist, ob die zweitinstanzliche Beseitigung der erteilten Pistenpräparierungsbewilligung rechtmäßig erfolgte oder nicht;⁹³
- wenn der Beschwerdeführer verzinster Fremdkapital zur Abstattung der Getränkesteuerschuld in Höhe von strittigen S 570.169,-- aufnehmen muß;⁹⁴
- Hinweis auf eine mögliche Bauführung auf einem Grundstück, das im Miteigentum des Beschwerdeführers steht, wenn die zivilrechtlichen

⁸⁵ Etwaige Interessen Dritter haben bei der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung außer Betracht zu bleiben, vgl. dazu etwa die bei *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht², wiedergegebene Rsp zu § 30 Abs 2 VwGG C. sowie VwGH 30.6.1997, AW 97/08/0016.

⁸⁶ VwGH 27.2.1992, ZI 92/13/0008.

⁸⁷ VwGH 27.5.1997, AW 97/10/0008.

⁸⁸ Auch diesbezüglich trifft den Beschwerdeführer die Behauptungs- und Konkretisierungspflicht, VwGH 30.7.1997, AW 97/04/0030; 16.7.1997, AW 97/06/0030.

⁸⁹ VwGH 2.8.1997, AW 97/05/0057; 22.1.1997, AW 96/06/0033; 20.3.1996, AW 96/05/0004; 13.11.1995, AW 95/05/0064 mH auf BauSlg. Nr. 119.

⁹⁰ VwGH 9.1.1997, AW 96/17/0170 mit lesenswerter (mehrseitiger!) Interessenabwägung.

⁹¹ VwGH 11.4.1996, AW 96/09/0011, betreffend die Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des § 54b Abs 3 VStG (Aufschub oder Ratenzahlung).

⁹² VfGH 13.7.1998, B 1231/98, nach Interessenabwägung mit dem Hinweis auf § 54b VStG und § 53b Abs 2 VStG (Solange keine Fluchtgefahr besteht, „ist mit dem Vollzug [von Freiheitsstrafen] bis zur Erledigung einer vor dem VfGH oder VwGH in der Sache anhängigen Beschwerde zuzuwarten“).

⁹³ VwGH 13.11.1995, AW 95/10/0029, betreffend Bewilligung nach Vorarlberger Sportgesetz.

⁹⁴ VwGH 2.10.1997, AW 97/16/0046.

Abwehrrechte des Eigentümers (insbes. § 833 ABGB) gegenüber dem Inhaber der öffentlich-rechtlichen Bewilligung gewahrt bleiben;⁹⁵

Als unverhältnismäßig, d.h. die **aufschiebende Wirkung gewährt**, wurde zB befunden:

- wenn die Abgabepflicht S 50.000,-- betrug und deren Bezahlung einen sonst unwiederbringlichen Schaden für die Konkursmasse herbeigeführt hätte.⁹⁶
- in den „Apothekenfällen“⁹⁷ liegt ein unverhältnismäßiger Nachteil nur dann vor, wenn durch das Absinken des bedarfsbegründenden Kundenpotentials der Apotheke der Beschwerdeführerin unter die Zahl von 5.000 zu versorgenden Personen eine Gefährdung der Existenz der öffentlichen Apotheke schon während des Prognosezeitraumes zu befürchten wäre.⁹⁸
- beträchtlicher Aufwand der antragstellenden Pensionskasse bei Neuberechnung in ca. 1.500 Geschäftsfällen;⁹⁹
- die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Nigeria bei Zutreffen der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch zu prüfenden Beschwerdebehauptungen, für ihn bestehe in diesem Staat eine unmittelbare Gefährdung für Leib und Leben.¹⁰⁰
- wenn durch Vollzug des angefochtenen Bescheides die Vorstandsbeschlüsse und -maßnahmen des Schulgemeindeverbandes aufgehoben würden, und dem Schulgemeindeverband dann keine Sachbearbeiterin mehr zur Verfügung stünde, sodaß eine Beschlußfassung über das Nachtragsbudget verhindert wäre;¹⁰¹
- die aus der vorübergehenden Stilllegung eines Gewerbes drohende Gefahr des teilweisen Verlustes des Kundenkreises gegenüber der Vermeidung des Irrtums, nur ein bestimmtes Trinkwasser sei für die Zubereitung von Babynahrung geeignet;¹⁰²
- wegen fehlender rückwirkender Herstellung des gesetzlichen Zustandes zugunsten der beschwerdeführenden Pensionsversicherungsanstalt;¹⁰³
- in der Enthebung vom Amt als öffentlicher Notar in Anbetracht der damit verknüpften Bindungswirkung für andere Behörden bezüglich der Rechtsstellung des Beschwerdeführers;¹⁰⁴
- nicht bloß unbedeutende Auswirkungen auf das Landschaftsbild, den Naturhaushalt, den Charakter der Landschaft oder dessen Wert für die Erholung oder den Fremdenverkehr durch die angefochtene Bewilligung zur Errichtung und

⁹⁵ VwGH 14.8.1997, AW 97/06/32.

⁹⁶ Der VfGH hat mE nach hier offenbar übersehen, daß aufgrund des Konkurses des Abgabepflichtigen bereits zwingende öffentliche Interessen der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung entgegenstanden.

⁹⁷ Zur erhöhten Behauptungs- und Bescheinigungspflicht siehe oben Pkt. II. 4.

⁹⁸ VwGH 6.12.1998, AW 96/10/0056 mwH. Diese Rsp dürfte nach der Aufhebung des § 10 Abs 2 Z.1 und Abs 3 ApG als bedarfsbegründenden Tatbestand bei Apotheken durch den VfGH mit E v 2.3.1998, G 37/97 ua, wohl nicht mehr in dieser Schärfe (vgl. VwGH 23.5.1996, AW 96/10/0010) aufrechterhalten werden können.

⁹⁹ VwGH 20.5.1996, AW 96/17/0030 betreffend versicherungsbehördlicher Aufträge nach dem Pensionskassengesetz mit vorbildlicher, mehrseitiger Darlegung der Interessen und der unverhältnismäßigen Nachteile durch die Beschwerdeführerin.

¹⁰⁰ VwGH 17.5.1996, AW 96/21/0267, betreffend Abschiebungsaufschub.

¹⁰¹ VwGH 25.3.1996, AW 96/10/0002.

¹⁰² VwGH 2.3.1995, AW 95/10/0006 betreffend der Untersagung des Inverkehrbringens eines als diätisches Lebensmittel angemeldeten Produktes.

¹⁰³ VwGH 23.1.1995, 94/08/0037 betreffend die Wiederaufnahme eines Verfahrens gem § 69 AVG wegen Gewährung einer Ausgleichszulage gem § 292 ASVG.

¹⁰⁴ VwGH 8.1.1998, AW 97/19/1194.

zum Betrieb einer Schipistenbeleuchtungsanlage im Bereich einer Doppelsesselbahn;¹⁰⁵

- bei Aufschüttung einer Auenwiese auf ein Niveau von 413,00 m, wenn keine *vollständige* Rückgängigmachung der Auswirkungen der naturschutzbehördlich bewilligten Baumaßnahmen (Parkplatzerrichtung) zu erwarten ist;¹⁰⁶
- ein aus verfahrensökonomischer Sicht unbedingt zu vermeidendes Ergebnis.¹⁰⁷

5. Wirkungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung

Der erfolgreiche Aufschiebungsantrag entfaltet seine Wirkungen ab Zuerkennung¹⁰⁸ für die Dauer des Beschwerdeverfahrens,¹⁰⁹ nicht jedoch darüber hinaus.¹¹⁰ Die aufschiebende Wirkung kann nicht nur hinsichtlich der unmittelbaren Folgen des Bescheides sondern auch hinsichtlich der Fernwirkungen gewährt werden.¹¹¹ Es ist also ein totaler Aufschub aller Wirkungen eines Bescheides möglich.¹¹²

Mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung werden alle mit dem angefochtenen Bescheid verbundenen Wirkungen aufgeschoben, somit auch seine Gestaltungs-, Bindungs- und Tatbestandswirkung.¹¹³ Die Zuerkennung bewirkt hingegen keine positive Rechtsgestaltung.¹¹⁴ Diese Begrenzung ihrer Reichweite ergibt sich bereits daraus, daß lediglich eine Schlechterstellung des Beschwerdeführers verhindert werden soll.¹¹⁵

Im **allgemeinen Verwaltungsverfahren** hat eine Berufung aufschiebende Wirkung gemäß § 64 AVG. Wenn jedoch der Unabhängige Verwaltungssenat die Berufung abweist, tritt Rechtskraft des Bescheides mit Zustellung ein. Nach Ablauf der Leistungsfrist wird er vollstreckbar. Wird dann auch tatsächlich bezahlt, jedoch Bescheidbeschwerde mit Antrag auf aufschiebender Wirkung erhoben und entweder der aufschiebenden Wirkung stattgegeben oder der Bescheid letztlich kassiert, tritt das Verfahren in den Zustand der automatischen aufschiebenden Wirkung der Berufung (an den UVS) zurück. Hier empfiehlt es sich, nach

¹⁰⁵ VwGH 23.10.1997, AW 97/10/0036.

¹⁰⁶ VwGH 27.5.1997, AW 97/10/0008: Zuerkennung lediglich einer Teilfläche, im übrigen keine Stattgebung.

¹⁰⁷ VwGH 7.7.1997, AW 97/06/97, betreffend die Zuerkennung der Parteistellung im Baubewilligungsverfahren.

¹⁰⁸ Genauer gesagt ab der Zustellung eines Beschlusses über die aufschiebende Wirkung. Ab diesem Zeitpunkt darf die belangte Behörde keine relevanten Rechtswirkungen mehr an den Bescheid knüpfen, VwGH 13.2.1998, ZI 95/19/1762, betreffend eine Aufenthaltsbewilligung.

¹⁰⁹ VwGH 29.1.1982, ZI 81/08/0162; 16.6.1992, ZI 88/08/0105; vgl. auch *Walter/Mayer*, Grundriß des Bundesverfassungsrechts⁸ (1996) Rz 987. Eine Befristung der Zuerkennung ist möglich, uU sogar gesetzlich geboten, zB nach § 36 Abs 2 FrG VwGH 17.5.1996, AW 96/21/0267.

¹¹⁰ Bis längstens zur Zustellung der das Beschwerdeverfahren erledigenden Entscheidung, VwGH 20.5.1996, AW 96/17/0030.

¹¹¹ Lediglich die Wirkungen des angefochtenen Bescheides können hinausgeschoben werden, zB Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides; nicht beseitigt werden kann aber die aufschiebende Wirkung (§ 46 AVG) einer dann nach wie vor wirksamen Berufung (VwGH 1.9.1997, AW 97/07/0029).

¹¹² Ein Rückgängigmachen von Maßnahmen ist jedoch keinesfalls möglich VwGH 18.7.1996, AW 96/21/0434, betreffend eines Aufenthaltsverbotes.

¹¹³ VwGH 30.1.1998, ZI 96/19/2794; vgl. zu den (typischen) Rechtswirkungen eines Bescheides allgemein *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁶ (1995) Rz 451, 474ff.

¹¹⁴ VwGH 8.1.1998, AW 97/19/1194: Suspendierung der mit dem angefochtenen Enthebungsbescheid verbundenen Bindungswirkung bewirkt nicht die (angestrebte) weitere Ausübung des Amtes als Notar.

¹¹⁵ Zur diesbezüglichen Abgrenzungsformel der Höchstgerichte siehe oben Pkte. 2.1 und 4.1.

erfolglosem Antrag auf Rückzahlung an die Behörde unter Fristsetzung¹¹⁶ eine Klage nach Art. 137 B-VG („Kausalgerichtsbarkeit“) beim Verfassungsgerichtshof anzustrengen.¹¹⁷

In **Steuersachen** ist wiederum zwischen Abgabenbescheiden gem. §§ 198 ff BAO und Grundlagenbescheiden gem. §§ 185 ff BAO zu unterscheiden. Bei ersteren kommt zu keiner zwangsweisen Einbringung der Abgabenschuld mehr; bei letzteren darf die Abgabenbehörde bei weiterer Festsetzung des Abgabenbescheides nicht von den im Grundlagenbescheid getroffenen Feststellungen ausgehen, auch nicht vorläufig; andernfalls wäre der in weiterer Folge ergangene Abgabenbescheid rechtswidrig.

Erfahrungsgemäß entscheidet der VwGH über die aufschiebende Wirkung binnen 8 bis 10 Wochen.¹¹⁸ Offenbar aus Anlaß einer in der Gegenschrift der belangten Behörde geäußerten Ansicht, daß es das zwingende öffentliche Interesse am Freihalten der „ohnedies knappen Kapazitäten des Verwaltungsgerichtshofes für die Behandlung von einem wirklichen Rechtsschutzbedürfnis dienenden Beschwerden“ erfordere, Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung „bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit in der Sache selbst“ rundweg abzulehnen, sah sich der VwGH veranlaßt, generell zur praktischen Handhabung dieses verfahrensrechtlichen Instruments Stellung zu nehmen.¹¹⁹ Zunächst führte er aus, daß das VwGG keinen Anhaltspunkt dafür bietet, „die *restriktive* Handhabung der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung als Instrument zur Steuerung der Zahl der Beschwerdefälle einzusetzen. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 Abs 2 VwGG vorliegen oder nicht.“¹²⁰ ME wohl eingedenk der Regelung des § 14 Abs 2 VwGG¹²¹ fühlte sich der VwGH weiters bemüßigt - gewissermaßen als für die Sache redundantes obiter dictum - den Einzelrichtern ins Stammbuch zu schreiben, daß sie vom VwGG „im Provisorialverfahren nach § 30 Abs 2 leg.cit. *nicht* dazu ermächtigt sind, Überlegungen über die *Bedeutung* der eingebrachten Beschwerde und ihre Begründetheit anzustellen“.¹²²

Die Praxis des Verfassungs- bzw. Verwaltungsgerichtshofes in der prozessualen Behandlung derartiger Anträge hat dazu geführt, daß der Antrag auf aufschiebende Wirkung auch als untechnisches Mittel zur Verfahrensbeschleunigung eingesetzt werden kann. Es zeigt sich die Tendenz, daß bevor umfangreich über die aufschiebende Wirkung entschieden wird, meist in die Sache selbst eingetreten und (idR abweisend) entschieden oder die Beschwerde sonst wie „vorgereicht“ wird.¹²³

III. Zusammenfassung

Das Rechtsinstitut der aufschiebenden Wirkung im verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren konkretisiert im Kern die Wahrung und Gewährleistung einer

¹¹⁶ Dabei handelt es sich um eine zwingende verfassungsgerichtliche Prozeßvoraussetzung.

¹¹⁷ Dazu *Walter/Mayer*, Grundriß des Bundesverfassungsrechts⁸ (1996) Rz 1075 ff. Zum Prozeßkostenersatz in diesem Verfahren *Arnold*, Rechtsschutzlücke im Art. 137 B-VG? Gespaltene Passivlegitimation im Verfahren nach Art. 137 B-VG? Keine Anwendung des § 43 Abs 1 letzter Satz ZPO vor dem VfGH?, AnwBl 1997, 899ff.

¹¹⁸ IdR wird nämlich erst die Gegenschrift der belangten Behörde abgewartet.

¹¹⁹ 11.4.1996, AW 96/09/0011 betreffend Bestrafung nach dem AuslBG.

¹²⁰ Hervorhebung vom Verfasser.

¹²¹ IdF BGBl 1984/298, siehe oben Pkt. II.3.aE.

¹²² 11.4.1996, AW 96/09/0011 betreffend Bestrafung nach dem AuslBG; Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹²³ Als taktische Überlegung im *verfassungsgerichtlichen* Beschwerdeverfahren empfiehlt sich, wenn eine Sachentscheidung erreicht werden will und keine Gefahr im Verzug ist, keine aufschiebende Wirkung zu beantragen, bzw. wenn die Beschwerde vier bis sechs Wochen vor der Session des VfGH eingebracht wird, diese nicht mit einem Aufschiebungsantrag auszustatten, da diese dann meistens abgelehnt wird.

faktischen Position des Beschwerdeführers. Aus europarechtlicher Sicht und nach der EMRK ist sie als (provisorial)verfahrensrechtliches Instrument geboten.¹²⁴ Als **unverzichtbare Rechtsschutzeinrichtung** unterstützt sie schließlich die kassatorische Kontrolle durch die Höchstgerichte ganz wesentlich, indem sie die verwaltungsbehördliche Bindung an die Rechtsansicht der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts dadurch sicherstellt, daß deren vorzeitiges Unterlaufen durch Vollzug des angefochtenen Bescheides verhindert wird. **Beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts** ist **gemeinsam**, daß sie bei der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gem dem Wortlaut der § 85 Abs 2 VfGG und § 30 Abs 2 VwGG einen eher **strengen Maßstab** anlegen. Die geforderten Konkretisierungspflichten sind sehr ernst zu nehmen und diesbezügliche Bescheinigungsmittel vom Antragsteller rechtzeitig beizubringen.

Als grundsätzliche Argumentationslinie für die Erfolgsaussichten der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung kann und muß das rechtsstaatliche Verfassungsprinzip in seiner weitreichenden Auslegung durch den VfGH herangezogen werden, das für Rechtsbehelfe ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz fordert. Äußerst kritisch anzumerken sind deshalb die nach wie vor bestehende **Judikaturdivergenz** der Höchstgerichte **bei** der grundsätzlichen Zuerkennung (VfGH) bzw. Nichtzuerkennung (VwGH) der aufschiebenden Wirkung gegen **Abgabenbescheide nach abweisender Berufungsgentscheidung**, die mögliche Zweckentfremdung des AW-Verfahrens, um die Zahl der Beschwerdefälle zu steuern, sowie **insgesamt** die wohl kaum mehr zu überbietende **Kasuistik der Gerichtsbarkeit** des öffentlichen Rechts in diesem (sensiblen) Bereich.

¹²⁴ Grabenwarter, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (1997), 395 spricht von einem „... aus Art 6 EMRK erfließenden Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz ...“.