

Heinz Aemisegger

Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren

Aussergerichtliche Einigung und Mediation sind Instrumente der Streiterledigung, die vor allem im unterinstanzlichen Verwaltungsgerichtsverfahren zur Anwendung gelangen sollten. Dennoch kommen sie auch im bundesgerichtlichen Verfahren zum Einsatz. Einigung und Vergleich werden von den Parteien meist als gerechtere Lösungen empfunden als Urteile. Sie wirken nachhaltiger. Insbesondere können in Vergleiche auch ausserhalb des Verfahrens liegende Probleme einbezogen werden, was künftige Prozesse vermeidet und im Rahmen eines Urteils nicht möglich ist. Der Beitrag zeigt wichtige Grundsätze für mediationsähnliche Bemühungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf und erläutert diese anhand von Beispielen.

Zitiervorschlag: Heinz Aemisegger, Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
 2. Grundsätze für mediationsähnliche Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren
 - 2.1 Art. 32 und 71 BGG – Zuständigkeit, Verweis auf BZP
 - 2.1.1 Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP – Verweis auf BZP
 - 2.1.2 Art. 32 BGG – Instruktionsrichter
 3. Augenschein, Instruktionsverhandlung
 4. Beispiele
 - 4.1 Enteignungsverfahren
 - 4.2 Baubewilligungsverfahren
 - 4.3 Nutzungsplanung
- Anhang: Auszüge aus Erlassen

1. Einleitung

[Rz 1] Bis eine Streitigkeit vor das Bundesgericht gelangt, müssen in der Regel bereits mehrere Instanzen durchlaufen werden. Oft sind die im bundesgerichtlichen Verfahren sich gegenüber stehenden Parteien bereits derart zerstritten, dass sie auf einem Urteil des Bundesgerichts beharren. Für eine aussergerichtliche Einigung und auch für eine Mediation ist es dann meist zu spät. Diese Instrumente der Streiterledigung sollten daher vor allem im unterinstanzlichen Verwaltungsgerichtsverfahren zur Anwendung gelangen. Dennoch kommen sie, wenn auch meist nur ansatzweise, im bundesgerichtlichen Verfahren immer wieder zum Einsatz. Die beschränkte Kognition des Bundesgerichts spielt dabei keine Rolle. Dagegen wirkt sich der Umstand, dass das Bundesgericht als letzte Instanz entscheidet, positiv auf die Vergleichsbereitschaft der Beteiligten aus.

[Rz 2] Wie die folgenden Beispiele zeigen, kommen Vergleiche namentlich in Prozessen in Betracht, in denen sich Private gegenüberstehen und die öffentliche Hand nur als Vorinstanz tätig war. Aber selbst bei Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat können gewisse Elemente der Mediation eingesetzt und vergleichsähnliche Lösungen angestrebt werden. Nach Art. 107 Abs. 2 BGG kann das Bundesgericht auch reformatorisch entscheiden. Dies tut es oft aus prozessökonomischen Gründen, um Rückweisungen zu vermeiden. Im Rahmen mediationsähnlicher Bemühungen versucht der Instruktionsrichter in solchen Fällen bisweilen, die Positionen der Parteien zu klären und den Sachverhalt zu aktualisieren. Nicht selten wird der Sachverhalt in Zusammenarbeit mit den Parteien nochmals gemeinsam erörtert, aktualisiert und soweit möglich, im Rahmen einer «Teileinigung» neu fixiert. Dabei wird oft der Blick des Bundesgerichts für Fragen des Föderalismus und für autonome Bereiche von Kantonen und Gemeinden geschärft. Solche Bemühungen des Gerichts schaffen bei den Parteien Vertrauen. Die Akzeptanz des späteren Urteils wird gefördert.

[Rz 3] Streiterledigungen durch Einigung und Vergleich werden von den Parteien meist als gerechtere Lösungen empfunden als Urteile. Sie bringen in der Regel mehr Rechtsfrieden als urteilsmässige Verfahrensabschlüsse. Sie wirken nachhaltiger, insbesondere auch mit Blick auf das zukünftige

Verhältnis der Kontrahenten. In Vergleichen können in pragmatischer Weise bessere und vor allem nachhaltigere Lösungen gefunden werden. Es können insbesondere auch ausserhalb des Verfahrens liegende Probleme in die Streiterledigung einbezogen werden, was künftige Prozesse vermeiden kann und im Rahmen eines Urteils nicht möglich ist.

2. Grundsätze für mediationsähnliche Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren

2.1 Art. 32 und 71 BGG – Zuständigkeit, Verweis auf BZP

2.1.1 Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP – Verweis auf BZP

[Rz 4] Art. 71 BGG erklärt die Vorschriften des BZP¹ sinngemäss als anwendbar, wo das BGG keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält. In Anwendung dieser Vorschrift stützt sich das Bundesgericht bei der Erledigung des Rechtsstreites ohne Urteil in erster Linie auf die Art. 72 f. BZP. Danach erklärt das Gericht einen Rechtsstreit nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung als erledigt und entscheidet mit summarischer Begründung über die Prozesskosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes, wenn der Streit gegenstandslos geworden ist oder mangels rechtlichen Interesses dahin fällt (Art. 72 BZP). Der vor dem Richter erklärte oder dem Richter zur Verurkundung im Protokoll eingereichte Vergleich der Parteien und der Abstand einer Partei beenden gemäss Art. 73 Abs. 1 BZP den Rechtsstreit. In gerichtliche Vergleiche können ausserhalb des Prozesses liegende Streitfragen zwischen den Parteien und einer Partei mit Dritten einbezogen werden, sofern es der Beilegung des Prozesses dient (Art. 73 Abs. 2 BZP). Gerichtlicher Vergleich und Abstand sind nach Art. 73 Abs. 4 BZP wie das Urteil vollstreckbar.

2.1.2 Art. 32 BGG – Instruktionsrichter

[Rz 5] Nach Art. 32 Abs. 1 BGG haben der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin die Verfahrensleitung bis zum Entscheid inne. Sie sind damit auch für die Einleitung allfälliger Schritte in Richtung Vergleichslösung zuständig. Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin entscheidet gemäss Art. 32 Abs. 2 BGG als Einzelrichter beziehungsweise als Einzelrichterin über die Abschreibung von Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit, Rückzugs oder Vergleichs. Alle drei genannten Erledigungsmöglichkeiten können bei mediationsähnlichen Verfahrenslösungen zum Einsatz kommen, wobei Rückzug und Vergleich wegen des im

¹ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, SR 273.

bundesgerichtlichen Verfahren geltenden Devolutiveffekts im Vordergrund stehen. Die instruktionsrichterlichen Verfügungen sind nicht anfechtbar (Art. 32 Abs. 3 BGG).

3. Augenschein, Instruktionsverhandlung

[Rz 6] Mediation und Einigung spielen in Verfahren betreffend öffentlich-rechtliche Streitigkeiten d.h. bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde heute eine untergeordnete Rolle. Früher, als das Bundesgericht häufig als erst- und letztinstanzliches Gericht wirkte und bei «civil rights» nicht selten im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK die konventionsrechtlich vorgeschriebene Rechtsweggarantie gewährleisten musste, war das anders. Damals wurden namentlich im Bau-, Planungs-, Umwelt- und Enteignungsrecht in pragmatischer Weise regelmässig Augenscheine und Instruktionsverhandlungen durchgeführt. Im Rahmen solcher Instruktionsverfahren kam es oft zu Vergleichslösungen, zu deren Zustandekommen die mediationsähnliche Tätigkeit des Bundesgerichts viel beitrug.

[Rz 7] Nach Art. 55 Abs. 2 BGG kann der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin die notwendigen Beweismassnahmen selbst vornehmen oder der zuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde übertragen. Von einer solchen Übertragung wird in der Praxis kaum Gebrauch gemacht. Dagegen werden im bundesgerichtlichen Instruktionsverfahren regelmässig Amtsberichte von sachkundigen Fachbehörden eingeholt.

[Rz 8] Augenscheine werden durch eine bundesgerichtliche Delegation, bestehend aus dem Instruktionsrichter oder der Instruktionsrichterin einem weiteren Mitglied des Gerichts und einem Gerichtsschreiber oder einer Gerichtsschreiberin vorgenommen. Im Rahmen der Ortsbesichtigung wird in der Regel eine Instruktionsverhandlung durchgeführt. Auch blosser Instruktionsverhandlungen ohne Ortsbesichtigung erfolgen in der Regel durch die genannte bundesgerichtliche Delegation.

[Rz 9] Trotz der veränderten prozessualen Rechtslage kommt es im bundesgerichtlichen Verfahren auch heute immer wieder zu instruktionsrichterlichen mediationsähnlichen Bemühungen und Einigungen. Solche Schritte haben jedoch in der Regel nur Aussicht auf Erfolg, wenn der Instruktionsrichter aufgrund detaillierter Dossierkenntnisse sich um die Erzielung einer Einigung bemüht, namentlich indem er konkrete Vergleichsvorschläge ausarbeitet und im Köcher bereit hält, um sie den Verfahrensbeteiligten im «richtigen Moment» zu unterbreiten. Dazu sind Phantasie und gute Ideen gefragt. Um dies erfolgreich zu tun, muss er versuchen, sich in die Situation der Parteien hinein zu fühlen. Oft muss er ihnen das verengte Blickfeld etwas öffnen. Er muss Fingerspitzengefühl und taktisches Geschick einsetzen. Hilfreich ist, dass in

den gerichtlichen Vergleich auch ausserhalb des Prozesses liegende Streitfragen zwischen den Parteien und einer Partei mit Dritten einbezogen werden können, sofern es der Beilegung des Prozesses dient (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 73 Abs. 2 BZP). Unternimmt der Instruktionsrichter mediationsähnliche Bemühungen oder unterbreitet er sogar Vergleichsvorschläge, so darf er sich hinsichtlich der möglichen späteren Falllösung den Parteien gegenüber nicht festlegen. Er sollte sorgfältig darauf achten, unparteiisch zu bleiben, um für das weitere Verfahren unbefangen² zu sein. Er sollte neutral, objektiv und transparent sein. Er sollte die Parteien von den Vorteilen einer aussergerichtlichen Vergleichslösung überzeugen und es unterlassen, Druck auf sie auszuüben. Erlaubt und sinnvoll ist es, den Parteien für den Fall der Streiterledigung durch Urteil, allfällige mögliche Risiken zurückhaltend anzudeuten. Bisweilen ist die Klarstellung sinnvoll, gewisse in den Vergleichsverhandlungen von den Parteien gemachte Zugeständnisse seien für die später allenfalls notwendige urteilsmässige Streiterledigung unbeachtlich. Bedeutsam ist oft überdies, dass die Parteien wissen, dass das Bundesgericht mit Blick auf Art. 107 Abs. 2 BGG reformatorisch entscheiden kann. Dieser Umstand gibt dem Instruktionsrichter mehr Spielraum bei der Anregung von Vergleichslösungen. Da Mediationsbemühungen nur bei relativ wenigen Fällen zweckmässig und sinnvoll sind, ist eine sorgfältige Auswahl derselben notwendig. Wichtig ist schliesslich, mögliche Fragen und Probleme zu antizipieren. Wie wird an Augenscheinen und Instruktionsverhandlungen protokolliert? – Die Parteien sollten informiert werden, dass sie sich vor einer allfälligen Urteilsfällung zum Protokoll äussern können. – Wie geht man mit dem Vorschlag von Augenscheinsteilnehmern um, nach der Ortsbesichtigung gemeinsam etwas zu trinken oder zu essen? Wie beantwortet man die Einladung einer Gemeinde zu einem «verre d'amitié»? usw.

[Rz 10] Ein gerichtlicher Vergleich kommt nach Art. 71 BGG i.V.m. Art. 73 Abs. 4 BZP einem gerichtlichen Urteil gleich. Er beinhaltet nicht selten Eigentumsübertragungen von Grundstücken. Das führt zu ausserbuchlichem Grundeigentumserwerb im Sinne von Art. 656 Abs. 2 ZGB. Als Ausweis für die Eigentumsübertragung im Grundbuch (Eintrag) dient in diesem Fall die bundesgerichtliche Abschreibungsverfügung des Instruktionsrichters oder der Instruktionsrichterin mit der Bescheinigung der Rechtskraft und mit der Ermächtigung zur Eintragung im Grundbuch. Zur Erbringung des Ausweises genügt die Wiedergabe der für die Eigentumsübertragung notwendigen Angaben.³

² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_150/2009 vom 8. September 2009.

³ Art. 18 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 der Verordnung betreffend das Grundbuch, GBV, SR 211.432.1.

4. Beispiele

4.1 Enteignungsverfahren

[Rz 11] Mediation und Einigung kommen vor Bundesgericht ab und zu im Enteignungsverfahren vor. Am häufigsten ist dies bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe der Fall. Aber auch die Frage, ob eine formelle Enteignung rechtmässig ist, oder ob eine materielle Enteignung zu bejahen ist, hat schon Anlass zu solchen Bemühungen gegeben. In solchen Verfahren wirkt der Umstand, dass das Bundesgericht letztinstanzlich entscheidet, als vergleichsfördernd. In einem Zürcher Fall betreffend materielle Enteignung hatte der Instruktionsrichter des Bundesgerichts die Auffassung, es liege entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts keine Auszonung, sondern eine einen Teil des Landes betreffende entschädigungspflichtige Nichteinzonung vor. Am Augenschein kamen die Parteien überein, dass der Kanton das Land, dessen Zonierung von der bundesgerichtlichen Delegation als möglicherweise entschädigungspflichtig bezeichnet wurde, im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs ausserbuchlich (Art. 656 Abs. 2 ZGB) erwerbe.

4.2 Baubewilligungsverfahren

[Rz 12] Im Baubewilligungsverfahren können Mediation und Einigung Bedeutung bekommen, wenn sich Nachbarn im Streit gegenüber stehen. In einem Fall hat sich der Streit wegen einem Garageprojekt entzündet. Der Nachbar bekämpfte dieses. Am Augenschein ergab sich, dass der Bauherr dem Projektgegner früher den Bau eines Schwimmbads verunmöglicht hat. Durch einen vom Bundesgericht angeregten Vergleich konnte gestützt auf Art. 656 Abs. 2 ZGB ausserbuchlich ein Landabtausch vorgenommen werden, mit der Folge, dass sich beide Vorhaben reibungslos verwirklichen liessen.

[Rz 13] In Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens wurde ein Grundeigentümer aus Ortsbildschutzgründen zur Rückgängigmachung einer ohne Bewilligung vorgenommenen Fassadenrenovation verpflichtet. Die vorgenommene Renovation führte zu einer ausserordentlich hohen Reduktion des Heizölbedarfs. Das Bundesgericht begab sich an Ort und Stelle und suchte mit dem Grundeigentümer, den zuständigen Behörden und externen Fachleuten nach einer verhältnismässigeren Lösung. Diese wurde zwar gefunden aber die Gemeindebehörden legten dennoch Wert darauf, dass das Bundesgericht einen Grundsatzentscheid fällte.⁴ Die Vergleichsbemühungen des Bundesgerichts haben aber immerhin die zuständigen Behörden sensibilisiert, in Fällen dieser Art alternative Vorgehensweisen zu suchen. Zudem konnten sie bei der im bundesgerichtlichen Urteil

getroffenen Lösung aktiv mitwirken und mitgestalten, was nicht zuletzt mit Blick auf die Gemeindeautonomie wichtig war.

[Rz 14] Ähnlich geht das Bundesgericht oft vor, wenn es umfangreichere Projekte oder gar Grossprojekte zu beurteilen hat. Bisweilen sind in solchen Fällen bis zum Eingang der Beschwerde schon Jahre verstrichen. Auch wenn Vergleichslösungen aussichtslos sind, führt das Bundesgericht aus föderalistischen Gründen und zur Wahrung der Gemeindeautonomie dennoch Augenscheine und Instruktionsverhandlungen durch, etwa um einen vom Referenten ins Auge gefassten reformatorischen Entscheid unter Einbezug der Parteien besser vorzubereiten. Auf diese Weise werden zeitraubende Rückweisungen vermieden und Kantonen und Gemeinden wird die Möglichkeit geboten, ihre Anliegen gebührend einzubringen.⁵

4.3 Nutzungsplanung

[Rz 15] In einem Planungsfall war die Ziehung der Zonengrenze zwischen der Wohnzone und der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen umstritten. Am bundesgerichtlichen Augenschein wurde auf Anregung des Bundesgerichts eine neue Zonenplanlösung erarbeitet und in einem Vergleich festgehalten, wobei allerdings die Zustimmung der Gemeindeversammlung und die Genehmigung des Kantons vorbehalten wurde. Das bundesgerichtliche Verfahren konnte in der Folge vom Instruktionsrichter als durch Vergleich erledigt vom Protokoll abgeschrieben werden.

Anhang: Auszüge aus Erlassen

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) SR 173.110

Art. 32 Instruktionsrichter oder Instruktionsrichterin

¹ Der Präsident oder die Präsidentin der Abteilung leitet als Instruktionsrichter beziehungsweise Instruktionsrichterin das Verfahren bis zum Entscheid; er oder sie kann einen anderen Richter oder eine andere Richterin mit dieser Aufgabe betrauen.

² Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin entscheidet als Einzelrichter beziehungsweise Einzelrichterin über die Abschreibung von Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit, Rückzugs oder Vergleichs.

³ Die Verfügungen des Instruktionsrichters oder der Instruktionsrichterin sind nicht anfechtbar.

Art. 55 Grundsatz

¹ Das Beweisverfahren richtet sich nach den Artikeln 36, 37

⁴ Urteil 1C_27/2008 vom 6. Februar 2009.

⁵ Zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 1C_344/2007 vom 12. März 2010 (Arosa, Tschierschen).

und 39–65 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273).

² Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann die notwendigen Beweismassnahmen selbst vornehmen oder der zuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde übertragen.

³ Zu Zeugeneinvernahmen, Augenschein und Parteiverhör zieht er oder sie einen zweiten Richter oder eine zweite Richterin bei.

Art. 56 Anwesenheit der Parteien und Urkundeneinsicht

¹ Die Parteien sind berechtigt, der Beweiserhebung bei-zuwohnen und in die vorgelegten Urkunden Einsicht zu nehmen.

² Wo es zur Wahrung überwiegender öffentlicher oder priva-ter Interessen notwendig ist, nimmt das Gericht von einem Beweismittel unter Ausschluss der Parteien oder der Gegen-parteien Kenntnis.

³ Will das Gericht in diesem Fall auf das Beweismittel zum Nachteil einer Partei abstellen, so muss es ihr den für die Sache wesentlichen Inhalt desselben mitteilen und ihr aus-serdem Gelegenheit geben, sich zu äussern und Gegenbe-weismittel zu bezeichnen.

Art. 71 (Ergänzendes Recht)

Wo dieses Gesetz keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind die Vorschriften des BZP sinngemäss anwendbar.

Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess BZP (SR 273)

Art. 72 Gegenstandslos gewordener Rechtsstreit

Wird ein Rechtsstreit gegenstandslos oder fällt er mangels rechtlichen Interesses dahin, so erklärt ihn das Gericht nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung als erledigt und entscheidet mit summarischer Begründung über die Prozesskosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes.

Art. 73 Gerichtlicher Vergleich und Abstand

¹ Der vor dem Richter erklärte oder dem Richter zur Verurkundung im Protokoll eingereichte Vergleich der Parteien und der Abstand einer Partei beenden den Rechtsstreit.

² In den gerichtlichen Vergleich können ausserhalb des Prozesses liegende Streitfragen zwischen den Parteien und einer Partei mit Dritten einbezogen werden, sofern es der Beilegung des Prozesses dient.

³ Ist die Einrede erhoben worden, der Anspruch sei nicht fällig oder er sei von einer Bedingung abhängig, oder ist ein Prozessmangel gerügt worden, so kann der Kläger die Klage unter dem Vorbehalt zurücknehmen, sie nach Eintritt der Fälligkeit oder der Bedingung oder nach Behebung des Prozessmangels wieder einzureichen.

⁴ Gerichtlicher Vergleich und Abstand sind wie das Urteil vollstreckbar.

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) SR 173.32

Art. 37 Grundsatz

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

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

Art. 33b⁶Hter. Gültliche Einigung und Mediation

¹ Die Behörde kann das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Die Einigung soll einschliessen, dass die Parteien auf Rechtsmittel verzichten und wie sie die Kosten verteilen.

² Zur Förderung der Einigung kann die Behörde eine neutrale und fachkundige natürliche Person als Mediator einsetzen.

³ Der Mediator ist nur an das Gesetz und den Auftrag der Behörde gebunden. Er kann Beweise abnehmen; für Augenscheine, Gutachten von Sachverständigen und Zeugeneinvernahmen braucht er eine vorgängige Ermächtigung der Behörde.

⁴ Die Behörde macht die Einigung zum Inhalt ihrer Verfügung, es sei denn, die Einigung leide an einem Mangel im Sinne von Artikel 49.

⁵ Soweit die Einigung zustande kommt, erhebt die Behörde keine Verfahrenskosten. Misslingt die Einigung, so kann die Behörde davon absehen, die Auslagen für die Mediation den Parteien aufzuerlegen, sofern die Interessenlage dies rechtfertigt.

⁶ Eine Partei kann jederzeit verlangen, dass die Sistierung des Verfahrens aufgehoben wird.

Verordnung betreffend das Grundbuch (GBV) SR 211.432.1

Art. 18

² Erfolgt der Eigentumserwerb ausserbuchlich (Art. 656 Abs. 2 ZGB), so wird der Ausweis für die Eigentumsübertragung erbracht:

d.

im Falle eines Urteils: durch das Urteil mit der Bescheinigung der Rechtskraft und mit der Ermächtigung zur Eintragung;

³ Zur Erbringung des Ausweises genügt die Wiedergabe der für die Eigentumsübertragung notwendigen Angaben.

⁶ Eingefügt durch Anhang Ziff. 10 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, in Kraft seit 1. Jan. 2007 (SR 173.32).