

Muriel Beck Kadima

## **Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht**

---

Die Autorin kommt nachfolgend zum Schluss, dass sich auf Bundesverwaltungsgerichtsebene die wenigsten Verfahren für Mediation eignen. In der Mehrzahl der Verfahren besteht nämlich weder Verhandlungsspielraum noch ein Kräfteverhältnis der Parteien, die ihnen ein partnerschaftliches Aushandeln einer Lösung der Streitangelegenheit ermöglichen würde. Damit fehlen bereits zentrale Voraussetzungen für eine Mediation: Freiwilligkeit und Ergebnisoffenheit. Durch Mediation erlangte Lösungen haben zudem ihre Grenzen am öffentlichen Interesse an der Entwicklung einer klaren, transparenten und – im Sinne der Rechtsgleichheit – für alle geltenden Rechtspraxis.

---

Zitiervorschlag: Muriel Beck Kadima, Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Erwartungen rechtsschutzsuchender Personen gegenüber Behörden
  - a) Individualisierte, zukunftssträchtige Lösungen
  - b) Verständliche Entscheide und rasche Verfahren
3. Funktionen eines Gerichts
  - a) Die Schutz- und Kontrollfunktion des Gerichts und Art. 33b VwVG
  - b) Die rechtsprechende und urteilende Rolle eines Gerichts und Art. 33b VwVG
  - c) Die Rechtsfortbildung und Art. 33b VwVG
  - d) Zwischenfazit
4. Mediation in Verwaltungsverfahren
5. Mediations- und Gerichtsverfahren im Vergleich
  - a) Die Konfliktlösung
  - b) Der Konfliktgegenstand und der angewandte Wertmassstab
  - c) Folgen einer Mediation beziehungsweise eines Gerichtsverfahrens
  - d) Chancen und Risiken einer Mediation
6. Eignung aussergerichtlicher Mediation am Bundesverwaltungsgericht
  - a) Allgemein
  - b) Aussergerichtliche Mediation am Bundesverwaltungsgericht
  - c) Fazit

## 1. Einleitung

[Rz 1] Um feststellen zu können, ob die Mediation ein Instrument ist, das in bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren für alle Parteien Gewinn bringend eingesetzt werden kann, wird im vorliegenden Artikel zuerst an die Erwartungen rechtsschutzsuchender Personen gegenüber der Verwaltung und an die Funktionen eines Gerichts erinnert. Nach einem Vergleich der Mediation mit dem Gerichtsverfahren wird die Eignung aussergerichtlicher Mediation nach Art. 33b des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) untersucht. Gemäss Art. 33b Abs. 1 VwVG kann die Behörde, also auch ein Gericht, das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Artikel 33b Abs. 2 VwVG statuiert, dass die Behörde zur Förderung der Einigung eine neutrale und fachkundige natürliche Person als Mediator einsetzen kann. Die Behörde macht sodann die Einigung zum Inhalt ihrer Verfügung, es sei denn, diese leide an einem Mangel im Sinne von Artikel 49 VwVG (Art. 33b Abs. 4 VwVG). Jede Partei kann jederzeit verlangen, dass die Sistierung des Verfahrens aufgehoben wird (Abs. 6).

[Rz 2] Unter Mediation wird ein mittlergestützter Streitbeilegungsversuch mit Hilfe eines unparteiischen und unabhängigen Dritten ohne Entscheidungsmacht verstanden. Dabei versuchen möglichst gleich starke Parteien auf der Basis eines Konsenses selbstständig und eigenverantwortlich eine dauerhafte, für alle tragbare Lösung für den vorgebrachten, individuellen Konflikt zu finden. Als wichtigste Grundlage für die Mediation steht am Anfang die eigentliche Möglichkeit, überhaupt verhandeln zu können<sup>1</sup>. Verfahrensbedingungen sind also insbesondere die Freiwilligkeit und

<sup>1</sup> Morris Knecht, Chancen und Probleme des Mediationsverfahrens nach dem neuen VwVG, Masterarbeit im Verwaltungsrecht, Universität Freiburg, 2008

Ergebnisoffenheit. Wenn die Verwaltung keinen Ermessensspielraum hat, ist Mediation nicht möglich, denn nur wenn ein gewisser Spielraum zur Lösungserzielung besteht, kann darüber verhandelt und gesprochen werden<sup>2</sup>.

## 2. Erwartungen rechtsschutzsuchender Personen gegenüber Behörden

[Rz 3] Bereits seit einer gewissen Zeit ist ein Paradigmawechsel im Verhalten der Rechtsschutzsuchenden gegenüber der Verwaltung festzustellen<sup>3</sup>. In einer demokratisierten Gesellschaft sind hierarchische Konfliktlösungen immer weniger gefragt. Mitbestimmung wird vermehrt verlangt. Es besteht allgemein ein gewandeltes Verständnis des Staates, von welchem auch beim Treffen von Entscheidungen Dienstleistungen und nicht nur autoritative Verfügungen erwartet werden. Aber auch das Selbstverständnis der Behörden verpflichtet sich dem Gedanken von Verhandlung und Vermittlung, indem diese zunehmend die Verwaltungsverfahren der Öffentlichkeit zugänglich machen und ihre Entscheidungsfindung auf die Koordination und Kooperation mit anderen Behörden und mit Privaten abstellen<sup>4</sup>.

### a) Individualisierte, zukunftssträchtige Lösungen

[Rz 4] In der individualisierten Gesellschaft wird der Staat immer öfters als Partner angesehen, mit welchem individualisierte Lösungen direkt ausgehandelt werden wollen. Dies dürfte dazu führen, dass Mediationen auch in Verwaltungsverfahren vermehrt Anwendung finden werden, da diese eine besondere Mitwirkung ermöglichen, dank welcher unterschiedliche Positionen von Beteiligten dargelegt, individuelle Anliegen berücksichtigt und gemeinsame Lösungen erarbeitet werden können. Partizipative Verfahren erhöhen somit nicht nur die Kundenzufriedenheit, weil sich Adressaten und Adressatinnen von Verwaltungsentscheidungen ernster genommen fühlen, sondern auch die Chance, dass die spezifisch ausgehandelten Lösungen inhaltlich tragfähiger und zukunftssträchtiger<sup>5</sup> sind als hoheitlich gefällte Entscheide.

### b) Verständliche Entscheide und rasche Verfahren

[Rz 5] Es ist nicht zu verkennen, dass es nicht allen Menschen gelingen dürfte, sich staatlichen Stellen gegenüber als

<sup>2</sup> Karine Siegwart, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, zu Art. 33b VwVG, RZ 30, S. 759

<sup>3</sup> Anne-Catherine Salberg, Médiation, de la rupture au lien, in: AJP/PJA 12/2002, S. 1401 ff.

<sup>4</sup> Karine Siegwart, a.a.O., RZ 5, S. 750

<sup>5</sup> August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005, S. 84

Partner zu etablieren, um so ihren Positionen Nachdruck verleihen zu können und diese in die sie betreffenden Entscheidung einfließen zu lassen. Indessen erwarten auch sie Dienstleistungen von Seiten des Staates, die ihnen den Verkehr mit den Behörden erleichtern. Dazu gehören verständliche, individualisierte Entscheide und rasche Verfahren, die dazu beitragen, dass keine langen und allenfalls kostspieligen Folgeverfahren mehr entstehen. Die Mitwirkung an Verfahren trägt dazu bei, dass Verwaltungsverfahren und Entscheide nachvollziehbar werden. Einigungsverfahren – darunter Mediationen – sind ein Mittel unter vielen der Partizipation, in welchen inhaltlich für alle Parteien verständliche Lösungen ausgehandelt werden können. Die Frage, ob sich Mediationen in allen Verfahren und auf allen Verfahrensstufen eignen, wird später noch behandelt. Rasche Verfahren sind aber sicher wünschenswert, wenn dadurch zur Zufriedenheit aller Beteiligten ein Konflikt einer tragbaren Lösung zugeführt werden kann. Das Ziel darf hingegen nicht die Effizienz, sondern muss weiterhin der Rechtsfrieden unter Berücksichtigung der privaten und öffentlichen Interessen sein. Dazu gehört das Einhalten von Verfahrensgarantien.

### 3. Funktionen eines Gerichts

[Rz 6] Bevor untersucht wird, ob die zuvor skizzierten Erwartungen rechtsschutzsuchender Personen (individualisierte, rasche und verständliche Entscheide für zukunftssträchtige Lösungen) auch durch die Gerichte erfüllt werden können und sollen, wird vorerst an die wichtigsten Funktionen eines Gerichts (Schutz- und Kontrollfunktion, Rolle des Rechtsprechens und Urteilens sowie der Rechtsfortbildung) erinnert. Dabei werden sie mit Art. 33b VwVG konfrontiert, um deren Kompatibilität zu prüfen.

#### a) Die Schutz- und Kontrollfunktion des Gerichts und Art. 33b VwVG

[Rz 7] Zum Kern der Schutz- und Kontrollfunktion eines Gerichts gehört die Rechtmässigkeitskontrolle eines Verwaltungsaktes nach Art. 5 der Bundesverfassung (BV). Auf individuelle Begehren hin sorgt das Gericht dafür, dass die Verwaltung die vom Gesetzgeber aufgestellten Rechtsmassstäbe einhält. Damit schützt es die Parteien vor Willkür (Art. 9 BV) und garantiert die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), sowie die Verhältnismässigkeit behördlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV).

[Rz 8] Diesen Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns wird in Art. 33b Abs. 4 VwVG dahingehend Rechnung getragen, dass die Behörde (also in sinngemässer Anwendung auch das Gericht) bevor sie die Einigung zum Inhalt ihrer Verfügung (beziehungsweise seines Entscheides) macht, eine Prüfung im Sinne von Art. 49 VwVG vorzunehmen hat. Geprüft werden das Einhalten von Bundesrecht, die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens, die richtige

und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Angemessenheit des Verwaltungsakts. Damit sind sowohl auf Verwaltungsebene wie auch in einem Gerichtsverfahren erzielte Einigungen dem Grundsatz der Gesetzesmässigkeit<sup>6</sup> unterstellt. Solange sich das Resultat der Mediationsverhandlungen also im Rahmen des Rechts bewegt, kann die Regelung der Konfliktsituation auch einvernehmlich getroffen werden<sup>7</sup>. So steht Art. 33b VwVG weder in Widerspruch zum Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen noch zum zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts, zumal die ausgehandelte öffentlich-rechtliche Lösung, mit der sich die Parteien in der Einigung einverstanden erklärt haben, erst durch die Überführung in die Verfügung selber rechtsverbindlich wird<sup>8</sup>. Der Rechtsmittelverzicht von Art. 33b Abs. 1 VwVG hindert indessen Gerichte daran, mittels Mediation gefundene Einigungen auf Verwaltungsebene, die in deren Verfügungen aufgenommen wurden, zu überprüfen. Damit sind sie in ihrer Schutz- und Kontrollaufgabe beeinträchtigt.

#### b) Die rechtsprechende und urteilende Rolle eines Gerichts und Art. 33b VwVG

[Rz 9] Gerichte haben die Aufgabe, im Einzelfall nach Massgabe des geltenden Rechts – gemäss Art. 190 BV die Bundesgesetze und das Völkerrecht – durch einen durchsetzbaren Rechtsspruch in richterlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit Gerechtigkeit Ausdruck zu verleihen<sup>9</sup>.

[Rz 10] Die Anwendung von Art. 33b VwVG entbindet das Gericht nicht von der Befugnis zur Streitentscheidung, auch wenn zwischenzeitlich das Verfahren sistiert wird. Richter und Richterinnen behalten die Hoheit über das Verfahren, indem sie entscheiden, ob sich die Einigung zur konkreten Streitbeilegung eignet und ob – im Einverständnis mit den Parteien – das Verfahren während eines aussergerichtlichen Einigungsverfahrens sistiert werden soll. Sodann überprüfen sie, ob die Vereinbarung rechtens ist, und integrieren sie in den Entscheid. Überdies können Richterinnen und Richter das Einigungsverfahren mitgestalten, indem sie zur Förderung der Einigung einen Mediator oder eine Mediatorin einsetzen bzw. den Parteien vorschlagen, diesen oder diese

<sup>6</sup> Thomas Pfisterer, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, zu Art. 33b VwVG, RZ 8, S. 480;

<sup>7</sup> Christine Guy-Ecabert, La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral, in: LeGes.-16(2005), H. 2, S. 99

<sup>8</sup> Parlamentarische Initiative (05.442 s) von Carlo Schmid-Sutter zur Aufhebung von Art. 33b VwVG

<sup>9</sup> Heike Seifert, Mediation – Eine neue Form der Streitschlichtung, in: Rainer Pitschas / Harald Walther (Hrsg.): Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Vorträge und Arbeitsergebnisse der Projekt-Werkstatt am 27. Januar 2005 mit weiteren Beiträgen. Speyer: Dt. Hochschule für Verwaltungswissenschaften, 1. Aufl., 2005, Speyerer Arbeitsheft Nr. 173, S. 76

beizuziehen. Gerichte sind indessen nicht teilnehmende Partei an der Mediation, weshalb sie beispielsweise diese im Hinblick auf die Aufhebung der Sistierung nicht abbrechen können. Im Gegensatz dazu können sich Verwaltungsbehörden in einer Doppelrolle befinden<sup>10</sup>: namentlich wenn sie sowohl Partei in der Mediation als auch verfügende Instanz sind; sie können also ein Mediationsverfahren jederzeit abbrechen, haben aber auch die Kontrollhoheit über eine allfällige Einigung, die sie sodann in ihre Verfügung integrieren.

### c) Die Rechtsfortbildung und Art. 33b VwVG

[Rz 11] Eine Verselbstständigung der Rechtsprechung und Rechtsfortbildung durch die Parteien an einer Mediation ist nicht zu befürchten, denn die in Art. 33b Abs. 4 VwVG vorgesehene gerichtliche Kontrolle der gefundenen Einigung verhindert dies. Indessen würde eine allzu verbreitete Konfliktschlichtung durch Einigung oder Mediation Gerichte wohl an der Rechtsfortbildung hindern. Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung dient aber auch der Rechtssicherheit und damit der Vorhersehbarkeit behördlichen Handelns. Würden nun Parteien in Mediationsverfahren bzw. aussergerichtlichen Einigungen gesetzliche Vorschriften interpretieren, ohne einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstehen, würde die Rechtsfortbildung von der streitentscheidenden Rechtsprechung auf Private übertragen, was u.a. gegen die Rechtssicherheit verstossen könnte. Damit würde aber auch der Beitrag der Gerichte zur Orientierung sowohl von Behörden wie auch von Privaten für künftiges Verwaltungshandeln untergraben. Werden nun Rechtskonflikte vermehrt oder gar ausschliesslich mit Hilfe von auf spezifische Situationen zugeschnittenen Einigungen geschlichtet, ist es kaum möglich, daraus allgemeine Orientierungshilfen für die Zukunft abzuleiten, weil jeweils nur der Einzelfall im Fokus des Entscheids steht. Bei unklaren Rechtslagen oder im Falle von Gesetzesrevisionen müssen aber Verwaltungsgerichte zur Rechtsfortbildung beitragen. Nur Gerichte können grundsätzliche rechtliche Fragestellungen unter Berücksichtigung des bestehenden Normengefüges bearbeiten und beantworten und somit allgemeine Grundsätze für das Verhalten der Behörden und der Einzelnen in Beziehung zu den Behörden festlegen. Und nur sie haben wegen ihrer richterlichen Unabhängigkeit die Legitimation, der Rechtsprechung autoritativen Charakter zu verleihen.

### d) Zwischenfazit

[Rz 12] Mediationen in Verwaltungsgerichtsverfahren behindern Gerichte weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtsfortbildung. Je geringer indessen die Anzahl Beschwerdeverfahren ist, desto schwieriger dürfte es Gerichten fallen, ihre rechtsfortbildende Funktion voll auszuüben.

Individualisierte, durch Mediation erlangte Lösungen haben folglich ihre Grenzen am öffentlichen Interesse an der Entwicklung einer klaren, transparenten und – im Sinne der Rechtsgleichheit – für alle geltenden Rechtspraxis. Durch den Rechtsmittelverzicht wird zudem die Funktion des Schutzes und der Kontrolle beeinträchtigt. Eine Zunahme von partizipativ ausgehandelten Regelungen auf nichtgerichtlicher Ebene birgt somit die Gefahr in sich, dass Rechtsschutzsuchende dadurch ihr Recht und ihren Anspruch auf Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit untergraben, zumal Art. 33b VwVG explizit vorsieht, dass die Einigung den Verzicht auf Rechtsmittel einschliessen soll.

## 4. Mediation in Verwaltungsverfahren

[Rz 13] Im Zivil- und Strafprozess sowie in gewissen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren hat die Mediation bereits grossangelegten Einzug gefunden<sup>11</sup>. Im Verwaltungsrecht gibt es viele Gebiete, wo sich Mediation anbietet, z.B. im Umweltrecht (Umweltverträglichkeitsprüfung), aber auch viele, in denen eine solche nicht in Frage kommt.

[Rz 14] Geeignet sind Verwaltungsverfahren für Mediation, wenn der Gegenstand des Konflikts, die Streitsache, verhandelbar ist, namentlich wenn ein Ermessensspielraum besteht oder die gesetzlichen Rahmenbedingungen wegen unbestimmten Rechtsbegriffen flexibel gehandhabt werden können. Nur wenn der Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörde (immer in Berücksichtigung des Legalitätsprinzips) gross ist, ist eine konsensorientierte Kooperation und ein gütlicher Ausgleich der Interessen möglich. Da die Mediation Ergebnis orientiert ist, muss dieses offen sein, um darüber verhandeln zu können. Die Parteien müssen überdies kompromissbereit und konfliktfähig sein, damit sie Verhandlungsanreize<sup>12</sup> verspüren. Partnerschaftliches Aushandeln ist sodann nur unter gleich starken Partnern möglich, also wenn kein Machtgefälle besteht. Wenn sich ein komplexer Sachverhalt nicht vollständig eruieren lässt, kann Mediation ein nützliches Mittel zur Streitbeilegung sein, auch wenn dieser nicht in allen Einzelheiten dargelegt werden kann. Häufige Routineentscheide sollten hingegen nicht mittels Mediation gefällt werden, da das Gleichbehandlungsgebot so eher verletzt werden könnte.

[Rz 15] Ungeeignet ist Mediation also, wenn ein Machtgefälle zwischen den Konfliktparteien oder kaum Einigungswille der Streitparteien vorhanden ist, ein Präzedenzfall eine autoritative Lösung erfordert und kein Verhandlungs- oder Ermessensspielraum besteht. Dass die Behördenvertretung in

<sup>10</sup> Morris Knecht, a.a.O., Ziff. 2.3.2; Thomas Pfisterer, a.a.O., zu Art. 33b VwVG, RN 16 ff., S. 484

<sup>11</sup> Christine Guy-Ecabert: La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance, in: AJP/ PJA 1/2009, S. 47-56; Jean A. Mirimanoff: L'essor de la médiation civile en Europe et en Suisse et le rôle des juges, in: Die Schweizerische Richterzeitung 2006/1

<sup>12</sup> Karine Siegwart, a.a.O., RZ 18, S. 756

der Streitsache Verfügungsgewalt hat, soll sie nicht davon abhalten, vorgängig in einer Mediation auszuhandeln, was verhandelbar ist.

## 5. Mediations- und Gerichtsverfahren im Vergleich<sup>13</sup>

[Rz 16] Nachfolgend wird ein allgemeiner Vergleich zwischen Mediations- und Gerichtsverfahren angestellt. Dabei werden nur einige fundamentale Unterschiede skizziert.

### a) Die Konfliktlösung

[Rz 17] In der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird ein Konflikt mittels hoheitlichem Akt oder aufgrund von Vermittlung und Vergleich, wobei der Vorschlag von richterlicher Seite kommt, gelöst. Dabei wird Vergangenes aufgearbeitet<sup>14</sup>. Richter und Richterinnen sind zwar neutral, müssen sich dann aber in diesen normgebundenen Verfahren für eine Partei entscheiden. Die Verantwortung für die Konfliktlösung wird in Gerichtsverfahren also dem Gericht übergeben. Die Beschwerdeführenden suchen nicht autonom eine Lösung, sondern wollen eine autoritative Lösung vom Gericht. Dies kann insbesondere dann ein Vorteil sein, wenn komplexe und komplizierte Verfahren ein grosses Fachwissen oder juristisches Wissen erfordern. Das Risiko besteht indessen darin, dass die Lösung am Schluss nicht gefällt und deshalb nicht lange verhält, beziehungsweise der Konflikt nicht wirklich gelöst wird. Richter und Richterinnen können die Verantwortung für die Suche von Lösungen teilweise auch an die Parteien zurückgeben, indem sie selber vermittelnd tätig sind. Aber auch in diesen Vergleichsverhandlungen wird der Lösungsvorschlag – und wenn nötig der letzte Entscheid – von Seiten des Gerichts erwartet.

[Rz 18] Demgegenüber versuchen in einer Mediation die Parteien den Konflikt mit einem für alle angemessenen Ausgang unter Moderation einer allparteilichen dritten Person, der Mediatorin oder dem Mediator, selber zu lösen. Dabei wird der Blick auf die Zukunft gerichtet<sup>15</sup>, damit die Lösung künftig verhält. Eine sogenannte win-win-Situation wird angestrebt; die Parteien suchen gemeinsam einen Weg, bis alle zufrieden sind und eine angemessene Lösung gefunden ist. Wenn ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht, birgt die Mediation das Risiko, dass die Parteien überfordert sind, eine angemessene Lösung zu finden, oder das Ergebnis nicht

wirklich ausgehandelt sondern von der schwächeren Partei – zum Beispiel dem Frieden zu Liebe – übernommen oder dieser aufgezwungen wird. In solchen Fällen liegt es in der Verantwortung der medierenden Person, rechtzeitig zu intervenieren und, wenn nötig, die Mediation abzubrechen, damit das Gerichtsverfahren wieder aufgenommen werden kann.

[Rz 19] Die Freiwilligkeit aller Beteiligten, sowohl beim Einstieg wie beim Ausstieg aus der Mediation, ist ein zentrales Prinzip dieses Verfahrens. Ein Gerichtsverfahren ist hingegen nur für die Person, die den gerichtlichen Weg wählt, also für die beschwerdeführende Person, freiwillig; die andere Partei muss unfreiwillig am Verfahren teilnehmen.

### b) Der Konfliktgegenstand und der angewandte Wertmassstab

[Rz 20] In einem Gerichtsverfahren ist der Konfliktgegenstand klar limitiert, da zum Einen nur Angelegenheiten, für die ein Rechtsweg offen steht, einklagbar sind. Andererseits ist der Gegenstand des Verfahrens auf die Rechtsbegehren zu den umkämpften Rechtsgütern beschränkt. In der Mediation ist das Objekt, das einer Lösung zugeführt wird, unlimitiert.

[Rz 21] Die hinter den Positionen der Parteien stehenden Anliegen und Interessen werden während der Mediation heraus kristallisiert. Somit können auch Konflikte, die nicht justiziabel sind, weil keine Rechtsnormen dafür vorhanden sind, Gegenstand der Mediation sein. Die Grenzen bestehen in der Verhandelbarkeit. In Bezug auf das Verwaltungsrecht bedeutet das, dass in Bereichen, für welche verwaltungspolizeiliche Rechtsnormen bestehen, kein Verhandlungsspielraum besteht, also auch kein Raum für Mediationen. Der in Gerichtsverfahren angewandte Wertmassstab ist das staatlich normierte Recht (Legalitätsprinzip). Dadurch werden nicht nur die Rechtsgleichheit und der Schutz vor Willkür garantiert, sondern der Verwaltungsakt beziehungsweise das Urteil werden voraussehbar. Demgegenüber können die Beteiligten an einer Mediation den Rahmen der anzuwendenden Normen autonom und ohne Einschränkungen weiter stecken. Dabei wird nicht ein Schuldiger gesucht, sondern ein einvernehmliches Resultat, das die unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse der Parteien berücksichtigt<sup>16</sup>.

### c) Folgen einer Mediation beziehungsweise eines Gerichtsverfahrens

[Rz 22] Im Gerichtsverfahren liegt als Resultat in jedem Fall ein Gerichtsentscheid mit einem klar definierten ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittelweg vor. Indessen kann nur die beschwerdeführende Person durch Rückzug der Beschwerde aus dem Verfahren aussteigen. Dabei lässt sie den

<sup>13</sup> Andreas Heierli: Mediation und Gerichtsbarkeit, Diplomarbeit (FH), Aargau, 2003; Sven Moor, Richteramt und Mediation, in: Rainer Pitschas / Harald Walther (Hrsg.): Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Vorträge und Arbeitsergebnisse der Projekt-Werkstatt am 27. Januar 2005 mit weiteren Beiträgen. Speyer: Dt. Hochschule für Verwaltungswissenschaften, 1. Aufl., 2005, Speyerer Arbeitsheft Nr. 173, S. 199 ff.

<sup>14</sup> Heike Seifert, Mediation – Eine neue Form der Streitschlichtung, a.a.O., S. 76 und 93

<sup>15</sup> Christine Guy-Ecabert, a.a.O., S. 52

<sup>16</sup> Thomas Pfisterer, Praxishilfe zur Erarbeitung von Konsens- und Mediationslösungen im Verwaltungsbereich, in: Thomas Pfisterer [Hrsg.], Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich 2004, S. 137



behaupteten Anspruch fahren. Der Ausstieg aus der Mediation bleibt normalerweise ohne direkte Folgen hinsichtlich des Anspruchs. Er kann sich in Ausnahmefällen eskalierend auf den Konflikt auswirken, ansonsten bleibt die Konfliktlösung über andere Wege weiterhin offen. Artikel 33b VwVG sieht den Fortgang des Gerichtsverfahrens vor; ein Scheitern wird nicht sanktioniert. Am Ende eines erfolgreichen Ausgangs einer Mediation steht eine Vereinbarung, welche in eine Verfügung überführt wird, wobei Art. 33b VwVG den Rechtsmittelverzicht vorsieht.

#### **d) Chancen und Risiken einer Mediation**

[Rz 23] Chancen einer Mediation bestehen darin, dass den Begehren und Motivationen der Streitpartner mehr Platz eingeräumt werden kann als in klassischen Gerichtsverfahren; eine breite Interessenermittlung findet statt. Der Versuch, gesellschaftliche Konflikte mit Behörden zuerst mediativ zu regulieren, kann dazu führen, dass Gerichte nicht mehr bemüht werden müssen. Diese werden nur noch in Fällen, in denen aussergerichtliche Möglichkeiten ausgeschöpft sind, angegangen. Es gibt keine Folgeverfahren, was die Gerichte entlastet. In Bezug auf die Effizienz des Rechtsschutzes werden möglichst geringe Mittel für ein möglichst wirksames Resultat eingesetzt, da eine win-win-Situation angestrebt wird, und so keine weiteren Gerichtsverfahren nötig sind. Die Verfahrensdauer wird bei komplexen Verfahren eher verkürzt, da alle Parteien gemeinsam und zeitgleich am Verhandlungstisch sitzen und sachkompetente Experten beigezogen werden können. Die Parteien engagieren sich und gestalten den Inhalt der künftigen Verfügung mit<sup>17</sup>.

[Rz 24] Der Einsatz von Mediation birgt aber durchaus auch Gefahren. Neben der bereits erwähnten möglichen Behinderung der Gerichte an der Rechtsfortbildung, insbesondere wenn grundsätzliche Rechtsprobleme in Frage stehen, könnte die Mediation zur reinen Sparmassnahme verkommen, um sich komplizierter, langwieriger Verfahren zu entledigen. Die Entstaatlichung des Rechtsschutzes und Individualisierung der Justiz hat somit nicht nur Vorteile. Da Art. 33b VwVG bei Einigungen den Verzicht auf die Rechtsmittelerhebung verlangt, entfällt die Rechtmässigkeitskontrolle des Verwaltungshandelns durch eine gerichtliche Instanz.

## **6. Eignung aussergerichtlicher Mediation am Bundesverwaltungsgericht**

### **a) Allgemein**

[Rz 25] Mediationen finden in Zusammenhang mit

Gerichtsverfahren in verschiedenen Formen statt. Dabei ist zu bemerken, dass Gerichte bereits vor der Einführung von Art. 33b VwVG von so genannten mediativen Elementen<sup>18</sup> bei der Beilegung eines Konfliktes Gebrauch machten, beispielsweise mittels Verhandlungen, Vergleichen oder Schlichtungen. Diese sind keine Mediationen im eigentlichen Sinn, sondern lediglich Schlichtungstechniken, da sie nicht freiwillig sind, Richter oder Richterinnen den Streit entscheiden und die Parteien an den Streitgegenstand gebunden sind. Mediationen im engen Sinn sind entweder gerichtsnah beziehungsweise gerichtsintern<sup>19</sup> oder aussergerichtlich. Da Art. 33b Abs. 2 VwVG von einer aussergerichtlichen Mediation ausgeht, wird auf die Darlegung von gerichtsinternen Formen verzichtet, um den Rahmen des vorliegenden Artikels nicht zu sprengen. Hinzuweisen ist indessen darauf, dass bei einem gerichtsinternen Angebot, beispielsweise von Richtermediatoren und –mediatorinnen darauf geachtet werden muss, dass diese von den Parteien tatsächlich als allparteilich und unabhängig angesehen werden.

[Rz 26] Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren können Mediationen nicht uneingeschränkt stattfinden; Grenzen sind – wie bereits erwähnt – der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz<sup>20</sup>, die Verfahrensgarantien, die Rechtsstaatlichkeit sowie die Rechtssicherheit. Diesen Grenzen wird in Art. 33b VwVG Rechnung getragen. Die Vereinbarung wird durch das Gericht geprüft und in einen rechtswirksamen Entscheid überführt.

### **b) Aussergerichtliche Mediation am Bundesverwaltungsgericht**

[Rz 27] Eine Umfrage über die Anwendung von Art. 33b VwVG am Bundesverwaltungsgericht sowie Recherchen auf der Datenbank des Gerichts haben ergeben, dass Art. 33b Abs. 2 (also die Mediation) am Gericht noch nie angewandt wurde. Auch von Absatz 1, also die aussergerichtliche Einigung mit Suspendierung des Verfahrens, wurde bisher höchst selten Gebrauch gemacht.

[Rz 28] In der erwähnten Umfrage wurde vor allem die Befürchtung zum Ausdruck gebracht, dass dem Gericht durch Anwendung von Art. 33b VwVG die hoheitliche Entscheidungsmacht entzogen werde. Wie bereits dargestellt, ist diese Befürchtung unbegründet. Die Entscheidungsmacht bleibt weitgehend in den Händen des Gerichts. Erstens muss die Richterin oder der Richter einem Verfahren nach Art. 33b VwVG zustimmen, zweitens kommt nach dem Mediations- oder Einigungsverfahren das Verfahren an das Gericht

<sup>17</sup> Thomas Pfisterer, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, zu Art. 33b VwVG, RZ 6, S. 480

<sup>18</sup> Kathrin Dietrich, Mediative Elemente im Beschwerdeverfahren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, 2003

<sup>19</sup> Rainer Pitschas/Harald Walther (Hrsg.): Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, a.a.O.

<sup>20</sup> Dazu gehören: wirksamer Rechtsschutz, Rechtsweggarantie, Legalitätsprinzip, Willkürverbot, Verhältnismässigkeitsgebot

zurück kommt und drittens nimmt das Gericht in seiner Kontrollfunktion eine umfassende Prüfung der vorgelegten Einigung nach Art. 49 VwVG vor, einschliesslich der Kontrolle der Angemessenheit, wenn es im Rahmen des Beschwerdeverfahrens diese Befugnis hat. Somit höhlt die Mediation den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht aus. Allerdings trifft es zu, dass Richter und Richterinnen sodann verpflichtet sind, die Einigung oder Mediationsvereinbarung in den Entscheid zu überführen, vorausgesetzt diese halten der genannten Prüfung stand<sup>21</sup>.

[Rz 29] Trotzdem ist nicht erstaunlich, dass Mediationen bisher auf Bundesverwaltungsgerichtsebene noch keinen Einzug fanden.

[Rz 30] Nach einer erfolgreichen Mediation beziehungsweise Schlichtung folgt meist die Abschreibung einer Beschwerde, was ein materielles Urteil verhindert. Kommen Parteien mit ihrem Streit bis vor Gericht, also nachdem sie erstinstanzlich gescheitert sind, streben sie jedoch in den meisten Fällen einen materiellen Richterspruch an. Zwar ist das Scheitern von Verhandlungen in vorinstanzlichen (nichtstreitigen oder streitigen) Verfahren grundsätzlich kein Indiz für eine fehlende Eignung der Mediation am Gericht, da zwischenzeitlich Ereignisse eingetreten sein könnten, die zu einer erhöhten Verhandlungsbereitschaft führen. Dies kann schon alleine dadurch geschehen, dass zwischen dem letzten Verhandlungsversuch und dem Gerichtsverfahren eine gewisse Zeit vergangen ist. Aber es gilt zu beachten, dass in verwaltungsgerichtlichen Verfahren – ausser in Personalangelegenheiten – Behördenvertreter auf der Gegenseite stehen, die nicht persönlich betroffen sind, weshalb die Bereitschaft, eine win-win-Situation zu erlangen, weniger gross sein dürfte als in Mediationen zwischen Privaten.

[Rz 31] Überdies dürften sich viele Rechtsgebiete, mit welchen das Bundesverwaltungsgericht befasst ist, für Mediationen schon deshalb nicht anbieten, weil kaum Verhandlungsspielraum noch Verhandlungsanreize<sup>22</sup> bestehen. So sind über die Hälfte der Richterinnen und Richter am Bundesverwaltungsgericht in etwa 80% der Verfahren im Asyl- und Ausländerrecht tätig, in welchen nicht nur ein grosses Machtgefälle zwischen den Parteien besteht, sondern auch kaum Entscheidungsspielraum seitens der Behörden<sup>23</sup>. Nicht genügend Verhandlungsspielraum besteht dann, wenn ein Präzedenzfall eine autoritative Lösung fordert, wichtige

Entscheidungen auf politischer Ebene gefordert sind, die Klärung einer (ausschliesslichen) Rechtsfrage Konfliktgegenstand ist, die Kontinuität einer Rechtspraxis erforderlich ist oder der Gegenstand einer Entscheidung die Interessen von Personen oder Organisationen betrifft, die nicht verfahrensbeteiligt sind oder sein können. Damit erscheint die Möglichkeit einer grosszügigen Förderung von Mediation und von mediativen Methoden in Bundesverwaltungsgerichtsverfahren auch künftig kaum gegeben.

[Rz 32] Um eine Verhärtung der Streitpositionen zu verhindern und damit Gerichte zu entlasten, wäre indessen empfehlenswert, dass in Vorverfahren Einigungen oder Mediationen nach Art. 33b VwVG vermehrt Platz finden, auch als Beitrag zu einer erhöhten Akzeptanz der Verwaltungsentscheide und zur Vermeidung von Missverständnissen und Fehlinterpretationen dieser Verfügungen. Selbstverständlich ist gerade in Verwaltungsverfahren zu beachten, dass die häufig auftretende Situation der Subordination des Privaten und der mangelnden persönlichen Betroffenheit der Behördenvertretung das Suchen einer win-win-Situation erheblich erschwert. Trotzdem eignen sich die ersten Instanzen am meisten für Einigungsprozesse. Sie sehen, hören und kennen den Kreis der Verfahrensbeteiligten unter Umständen persönlich. Sie haben den Überblick über einschlägige Fälle, kommen jeweils früh zum Zug und können den allfälligen Spielraum am ehesten allgemeinverträglich ausschöpfen<sup>24</sup>.

### c) Fazit

[Rz 33] Mediation kann sich in Verwaltungsverfahren zwar als geeignete Streitbeilegungsmethode erweisen, erfährt aber im Vergleich zum Verkehr von Privaten untereinander, grössere Einschränkungen. Trotzdem ist Mediation insbesondere auf erstinstanzlicher Ebene zu fördern, nicht nur um Folgeverfahren – und damit Kosten – zu vermeiden, sondern auch um zur Minderung von Konflikteskalationen beizutragen. Auf Bundesverwaltungsgerichtsebene eignen sich indessen die wenigsten Verfahren für Mediation. In der Mehrzahl der Verfahren besteht nämlich weder Verhandlungsspielraum noch ein Kräfteverhältnis der Parteien, die ihnen ein partnerschaftliches Aushandeln einer Lösung der Streitangelegenheit ermöglichen würde. Damit fehlen bereits zentrale Voraussetzungen für eine Mediation: Freiwilligkeit und Ergebnisoffenheit.

---

<sup>21</sup> Karine Siegwart, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, zu Art. 33b VwVG, RZ 77, S. 776

<sup>22</sup> Karine Siegwart, a.a.O., RZ 27 ff., S. 758

<sup>23</sup> Karine Siegwart, a.a.O., RZ 31, S. 750; Anja Büttner, Verwaltungsgerichte Wiesbaden und Darmstadt, in: Rainer Pitschas / Harald Walther (Hrsg.): Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Vorträge und Arbeitsergebnisse der Projekt-Werkstatt am 27. Januar 2005 mit weiteren Beiträgen. Speyer: Dt. Hochschule für Verwaltungswissenschaften, 1. Aufl., 2005, Speyerer Arbeitsheft Nr. 173, S. 265

---

<sup>24</sup> Thomas Pfisterer, a.a.O., RZ 19, S. 485

\* \* \*