

Juria

Mediationstagung Verwaltungsrecht – Überblick

Am 10. Juni 2010 wurde in Aarau eine Mediationstagung durchgeführt, organisiert durch das Bundesverwaltungsgericht, das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, die Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung (GEMME) sowie das Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen. Nachfolgend wird ein kurzer Überblick über die wichtigsten Inhalte dieser Veranstaltung gegeben. Gleichzeitig sind alle Referate sowie die Protokolle der Podien im Volltext in «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4 enthalten.

Zitiervorschlag: Juria, Mediationstagung Verwaltungsrecht – Überblick, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4

Inhaltsübersicht

1. Programm und Mitwirkende
2. Grundlagen: Einigung und Mediation sowie Art. 33b VwVG
 - 2.1. Grundlegendes zu Einigung und Mediation (Otmar Schneider)
 - 2.2. Art. 33b VwVG – Konsensarbeit als Chance moderner Verwaltung (Thomas Pfisterer)
3. Bundesverwaltungsgericht: Möglichkeiten der Mediation
 - 3.1. Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht (Muriel Beck Kadima)
 - 3.2. Examen de la question à partir de quelques arrêts du Tribunal administratif fédéral (Christine Guy-Ecabert)
 - 3.3. Gerichtsnaher Mediation in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Günter-Richard Apell)
4. Beiträge aus den Podien
5. Ergänzungen von Richtern
 - 5.1. Mediationsähnliche Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren (Heinz Aemisegger)
 - 5.2. La médiation entre obstacles juridiques et psychologiques (Robert Zimmermann)
 - 5.3. Principes de la médiation (Jean A. Mirimanoff)
6. Grusswort des Regierungsrats des Kantons Aargau (Urs Hofmann)
7. Referenten und Podiumsteilnehmer
8. Liste der Votanten an den Podien

1. Programm und Mitwirkende

[Rz 1] Die Tagung wollte einen Anstoss zur Auseinandersetzung mit Einigung und Mediation im neuen Art. 33b VwVG vor allem für Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter bieten. Sie wurde von über 150 Personen besucht. Entsprechend begann die Tagung mit zwei Grundlagenreferaten zu Einigung und Mediation (Otmar Schneider) und zu Art. 33b VwVG (Thomas Pfisterer). Dann folgten drei Referate zur Anwendung im Beschwerdeverfahren, nämlich zu den Möglichkeiten der Mediation vor dem Bundesverwaltungsgericht (Muriel Beck Kadima), zu Überlegungen über die Eignung, ausgehend von einigen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts (Christine Guy – Ecabert), und zum Projekt zur «Gerichtsnaher Mediation» im Verwaltungsgerichtshof Hessen (Günter Richard Apell).

[Rz 2] Dazwischen versammelten sich zwei Podien, zuerst (unter der Leitung von Markus Metz) mit den Referenten und einer Verstärkung aus der Praxis sowie der Politik (Corina Eichenberger), dann (unter Leitung von Thomas Pfisterer) die Referenten verstärkt durch Richter aus dem Bundesgericht, aus Verwaltungsgerichten und der Wissenschaft (Heinz Aemisegger, Kathrin Dietrich, Arnold Marti und Robert Zimmermann). Drei Votanten erklärten sich bereit, ihre Gedanken in einem besonderen Beitrag zusammenzufassen, aus den Podien Bundesrichter Heinz Aemisegger zu den «mediationsähnlichen Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren» und Verwaltungsrichter Robert Zimmermann « La médiation entre obstacles juridiques et psychologiques » sowie aus dem Publikum Jean A. Mirimanoff zu den « Principes de la médiation », wie sie sich in internationalen Ansätzen vorab in der Praxis des Roten Kreuzes, entwickelt haben.

[Rz 3] Den Abschluss übernahmen der Präsident des

Bundesverwaltungsgerichts (Christoph Bandli) und mit einem Grusswort des Regierungsrats des Kantons Aargau der Vorsteher des Departements Volkswirtschaft und Inneres (Urs Hofmann).

2. Grundlagen: Einigung und Mediation sowie Art. 33b VwVG

2.1. Grundlegendes zu Einigung und Mediation (Otmar Schneider)

[Rz 4] Einigung und Mediation im Sinne von Vermittlung haben eine lange Tradition in der Schweiz. In jüngster Zeit gibt es nun eine ganze Reihe von Gesetzesbestimmungen, welche Einigung und Mediation ausdrücklich erwähnen. Die Begriffe definiert das Gesetz nicht. Sie ergeben sich aus ihrem Sinn. Einigung ist Ziel, Mediation eines unter mehreren Mitteln, um es zu erreichen. Was unter Mediation zu verstehen ist, kann man heute in Bezug auf die Funktion des Mediators, die Grundsätze sowie den Ablauf des Verfahrens recht klar fassen. Mediation lässt sich damit auch differenziert unterscheiden von anderen Arten der Konfliktlösung (wie etwa Einigung direkt zwischen den Parteien, Schlichtung, hoheitlicher Entscheidung). Die Wahl des geeigneten Lösungsweges ist eine Frage der Optimierung im Einzelfall. Diese kann am besten gelingen, wenn Behörden, Richter und Mediatoren gut miteinander kooperieren.

2.2. Art. 33b VwVG – Konsensarbeit als Chance moderner Verwaltung (Thomas Pfisterer)

[Rz 5] Die moderne (Bundes-) Verwaltung steht vor neuen Herausforderungen, besitzt aber auch namentlich mit Art. 33b VwVG neue Handlungsmöglichkeiten. Das bestehende, bisherige Recht ermöglicht und beschränkt sie zugleich. Diese Integration will die Vorteile der Konsensprozesse mit den Vorteilen der Rechtsordnung verbinden.

[Rz 6] Konsensarbeit bietet der Verwaltung einen Schlüssel zu besserer Aufgabenerfüllung, rascher, billiger und konfliktvermeidend. Wenn sie von der Mediation lernt, kann die Verwaltung zumindest ihre traditionelle Schlichtungsrolle verstärken. Die Verwaltung gewinnt an Statur und Legitimation, wenn sie Lösungen schwergewichtig «von unten», mit den Parteien erarbeitet. Die Parteien sind an solchem Engagement der Verwaltung interessiert. Konsenslösungen haben u. U. auch Nachteile. Sie fordern die Verwaltung erheblich. Sie lassen sich nur bei Eignung im Einzelfall einsetzen, bedeuten Aufwand und werfen neue Rechtsprobleme auf.

3. Bundesverwaltungsgericht: Möglichkeiten der Mediation

3.1. Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht (Muriel Beck Kadima)

[Rz 7] «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.»

3.2. Examen de la question à partir de quelques arrêts du Tribunal administratif fédéral (Christine Guy-Ecabert)

[Rz 8] « Après avoir plongé dans l'analyse d'arrêts d'une instance judiciaire supérieure, il semble évident qu'une médiation administrative a davantage de chances de succès en procédure gracieuse, lorsque les positions ne sont pas cristallisées et que le conflit n'est encore que faiblement juridicisé. Au niveau d'une instance de recours, la médiation requiert du médiateur la compétence de déconstruire les positions juridicisées pour pouvoir reconstruire le conflit dans ses différents univers de sens. Il faut également que la partie gagnante en première instance accepte de remettre son gain en jeu. Or, il n'est pas facile de réunir ces conditions. Cela devrait toutefois être possible lorsque c'est l'administration qui a eu gain de cause et que le bien commun ou des principes fondamentaux de justice le requièrent. »

3.3. Gerichtsnaher Mediation in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Günter-Richard Apell)

[Rz 9] Zum Schluss zog der Autor «ein persönliches Fazit» wie folgt: «Meiner Ansicht nach bietet die Mediation allgemein und die gerichtsnaher Mediation im besonderen ein hohes Potenzial. Dies gilt zum einen in zahlenmäßiger Hinsicht. Viele Beteiligte werden das Angebot, sich ohne Risiko vor einer streitigen Entscheidung unter fachkundiger Anleitung zusammen zu setzen, um eigenverantwortlich Lösungsmöglichkeiten auszuloten, gerne annehmen. Für die

Gerichtsnaher bietet dies eine Möglichkeit, im Rahmen einer zusätzlichen 9Dienstleistung: die Qualität des Angebots insgesamt zu verbessern. Denn inhaltlich sind in der Mediation gefundene Lösungen für die Beteiligten besser an ihre persönlichen Bedürfnisse angepasst und führen deshalb zu einer hohen Akzeptanz.

[Rz 10] Für mich persönlich als Mediator hat diese Tätigkeit neue Perspektiven eröffnet. Jeder von uns hat sicherlich schon einmal erlebt, wie unbefriedigend – auch für den Richter – Urteile in bestimmten Konstellationen sein können (9Steine statt Brot:). Hier bietet die Mediation weitaus mehr Gestaltungsspielräume. Auch die Erfahrung, dass die Beteiligten die zuvor abgegebene Verantwortung für ihren Konflikt wieder annehmen können, ist in vielen Fällen sehr befriedigend.

[Rz 11] Sicherlich wird die Mediation niemals die Notwendigkeit von gerichtlichen Entscheidungen in der Mehrzahl der Fälle ersetzen können. Eine sinnvolle Ergänzung ist sie jedenfalls.»

4. Beiträge aus den Podien

[Rz 12] Das erste Podium widmete sich im Wesentlichen vier Fragenkreisen: 1. wurden die *Abgrenzungen von Mediation, Schlichtung und Vergleich* erörtert. Es ist wichtig, diese drei Lösungswege nicht zu vermischen; sonst untergräbt man die Glaubwürdigkeit der betreffenden Funktionen. *Mediation* ist im Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren eher selten; die teils hohen Erwartungen werden in Frage gestellt. Wichtiger ist die *Schlichtungsfunktion* von Verwaltung und Bundesverwaltungsgericht; sie können «*mediationsgeleitet*» vorgehen oder «*mediative Elemente*» einsetzen. In diesem Sinne wendet das Bundesverwaltungsgericht die einigungsfreundliche Kostenregelung (Art. 33b Abs. 5 VwVG) an, auch wenn es nicht um eigentliche Einigung und Mediation (Art. 33b Abs. 1 und 2 VwVG) geht. Darüber hinaus wurde die *Rolle des Mediators* hinterfragt, sein Berufsbild, etwa die Eignung von Anwältinnen und Anwälten oder Juristinnen und Juristen zur Mediation. Die Vertraulichkeit ist für die Mediation zentral; sie ist aber im Verwaltungsrecht mit seinem Bedarf nach demokratischer und rechtsstaatlicher Kontrolle besonders ausgestaltet. *Die Behörde wahrt ihre Stellung*. Angst, die Hoheit über das Verfahren zu verlieren, ist unbegründet; sie erlässt am Ende eine «normale» Verfügung. Die Behörde darf aus den Vereinbarungen nur übernehmen, was rechtmässig in eine Verfügung oder ein entsprechendes Urteil gehört. 2. ging damit die Debatte auf die *Beteiligung der Behörde an den Verhandlungsprozessen* ein – bis hin zum Bundesgericht, auf den Zusammenhang zwischen dieser Beteiligung und der Aufnahme der Vereinbarung in eine Verfügung, auf das entsprechende Gespräch zwischen Behörde und Parteien über Rechtsfragen, auf die Rolle der Behörde bei der Feststellung des Sachverhalts und auf die Einigung zwischen Behörde und Parteien vor

Bundesverwaltungsgericht. 3. vertieft wurde das Verhältnis vom Mediation und *Ombudspersonen*, mit dem Hinweis auf eine Tendenz im Bundesverwaltungsrecht, beide Funktionen zu kombinieren, so im Öffentlichkeitsgesetz. 4. sprachen die Beteiligten die *Formen der Integration des vereinbarten Inhalts in die Rechtsordnung* an, etwa die Wiedererwägung der Verfügung im Beschwerdeverfahren (Art. 58 VwVG).

[Rz 13] Das zweite Podium war von vier Themen beherrscht. 1. begann es mit der eindrücklichen Schilderung des Potentials an «*mediationsähnlichen Bemühungen*» selbst vor *Bundesgericht*; eigentliche Mediationen sind dort naturgemäss sehr selten. 2. sind bei solchen Bemühungen (nicht nur vor Bundesgericht) viele *Einzelaspekte* zu berücksichtigen wie die Eignung und die dazu in Frage kommenden Gebiete (offenbar bis zum Sozialwesen), die Beiträge der Parteien, ihre Selbst-, aber auch Mitverantwortung («das Blickfeld öffnen auf Dinge, die sie gar nicht gesehen haben», so Heinz Aemisegger), das Verhältnis des Vermittlers zur Behörde oder zum Gericht («gerichtsnahe» oder «gerichtsintern»), die Verantwortung des Instruktionsrichters und der Behörde allgemein für die Fristen, einen speditiven Ablauf der Verfahren und die Lösungssuche, die Wahrung der Unabhängigkeit der Behörde auch in Verhandlungen, erneut die Wiedererwägung im Beschwerdeverfahren. Mediationen sind vorab geeignet, wenn sie rascher als ordentliche Verfahren abgewickelt werden können; darin kann ein Motiv liegen sich zu einigen. Aber sie können auch länger dauern. 3. ist auf das «*subjektive*» *Rollenverständnis von Richtern* hingewiesen worden, die sich als zum Entscheiden und zur Machtausübung im Spannungsfeld zwischen Staat und Bürger gewählt und berufen fühlen, nicht zur «Demission» vor Mediationen; diese bedeuten tendenziell Zeitverlust und Luxus. Einzubeziehen seien auch die *Anwälte*, deren Aufgabe ja die Streitbeilegung sei. 4. schliesslich durchzogen das zweite Podium Voten zu den konsensualen Handlungsformen als *Teil der Entwicklung der Verwaltungsrechtspflege*, die primäre Bedeutung der ersten Instanzen, aber auch der Chancen der Beschwerdeinstanzen, die u. U. mit konsensualen Ansätzen lange Verfahren «reformieren» können (sogar vereinzelt vor Bundesgericht). Angesprochen wurden die *Spannungsfelder* zwischen den Bedürfnissen nach (einzelfallweise einzusetzenden) *kooperativen Handlungsformen* und deren *Integration in die Rechtsordnung* sowie der Bedarf nach *Rechtsfortbildung* und die Einordnung der Einigungs- und Mediationsergebnisse in eine «normale» Verfügung. Schliesslich liessen Einigung, Mediation und Schlichtung Situationen vermeiden, wo Entscheide oder Urteile weder die Parteien noch das Gericht befriedigten; sie verhinderten, dass das Gericht «*Steine statt Brot*» (Günter-Richard Apell) bieten müsse.

5. Ergänzungen von Richtern

5.1. Mediationsähnliche Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren (Heinz Aemisegger)

[Rz 14] «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 Vergleichen 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.»

5.2. La médiation entre obstacles juridiques et psychologiques (Robert Zimmermann)

[Rz 15] « Les présentations qui nous ont été faites de la médiation, de ses multiples facettes et possibilités, sont extrêmement intéressantes...j'ai suivi avec beaucoup d'intérêt la discussion, avec un brin de scepticisme toutefois. Je vois à la médiation dans la procédure judiciaire administrative deux obstacles principaux, l'un juridique et l'autre psychologique.... »

5.3. Principes de la médiation (Jean A. Mirimanoff)

[Rz 16] « Pour éclairer la problématique de l'universalité de la médiation dans le contexte européen, l'expérience de la Croix-Rouge nous servira de repère.... A la suite des trois principales avancées précitées et de celles d'autres continents sans doute, la nécessité d'établir par un large consensus un accord universel sur les principes de la médiation deviendra de plus en plus évidente....Pour favoriser de nouvelles avancées dans ce domaine, il convient manifestement de changer d'approche, de chercher à cerner les principes d'une manière plus globale, plus interdisciplinaire, plus scientifique et avec des acteurs de toute provenance et de tous les continents.... »

6. Grusswort des Regierungsrats des Kantons Aargau (Urs Hofmann)

[Rz 17] «Bisher hatte jeder Kanton eine eigene Straf- und Zivilprozessordnung. Anfang 2011 werden diese Verfahrensrechte schweizweit vereinheitlicht. Neu sind vor allem

im Eidgenössischen Zivilprozess und im Eidgenössischen Jugendstrafprozess Einigungs- oder Mediationslösungen vorgesehen. So steht es den Parteien eines Zivilprozesses frei, vor oder auch neben einem Gerichtsprozess anstelle der Inanspruchnahme einer staatlichen Instanz eine Mediation durchzuführen. Der Kanton Aargau unterstützt die vom Bund vorgesehene Möglichkeit der Mediation ausdrücklich. Das Verfahren der Mediation passt hervorragend zur Tradition der Vermittlungskultur, auf die wir in der Schweiz zu recht stolz sind. Ist die Schweiz doch vor über 200 Jahren selbst einmal Gegenstand eines Mediationsverfahrens gewesen.»

7. Referenten und Podiumsteilnehmer

- Bundesrichter Dr. iur. Heinz Aemisegger, Bundesgericht, Lausanne, Richter der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung, ehemaliger Präsident des Gesamtgerichts
- Dr. iur. Günter Richard Apell, Vorsitzender Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof, Kassel
- Dr. iur. Christoph Bandli, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Bern
- Lic. iur. Muriel Beck Kadima, Richterin am Bundesverwaltungsgericht/Mediatorin, Bern
- Lic. iur. Kathrin Dietrich, Richterin am Bundesverwaltungsgericht/Mediatorin, Bern
- Prof. Dr. iur. Christine Guy-Ecabert, professeure associée à l'Université de Neuchâtel (médiation et négociation)
- Lic. iur. Corina Eichenberger, Rechtsanwältin & Mediatorin, Liatowitsch & Partner, Basel; Nationalrätin Kt. Aargau, Mitglied der Rechtskommission NR, Kölliken
- Prof. Dr. iur. Arnold Marti, (Titular-) Professor Universität Zürich, Vizepräsident, Obergericht Kanton Schaffhausen, Schaffhausen
- Dr. iur. Markus Metz, Richter, Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichts, Bern
- Prof. Dr. iur. LL.M., Thomas Pfisterer, (Titular-) Professor Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, ehem. Ständerat, Verwaltungsrichter, Bundesrichter und Regierungsrat Aargau, Präsident GEMME/Schweizerischen Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung (bis 2010), Aarau
- Dr. iur. Otmar Schneider, Rechtsanwalt & Mediator SDM-FSM, Lehrbeauftragter für Wirtschaftsmediation Universität St. Gallen, Leiter Zertifikatslehrgang «Mediation in Wirtschaft, Arbeitswelt und öffentlichem Bereich» des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen (zusammen mit Thomas Flucher), St. Gallen
- Dr. iur. Robert Zimmermann, Juge au Tribunal cantonal du Canton de Vaud, Lausanne

8. Liste der Votanten an den Podien

- Heinz Aemisegger
- Günter-Richard Apell
- Christoph Auer
- Muriel Beck Kadima
- Peter Bösch
- Kathrin Dietrich
- Corina Eichenberger
- Thomas Flucher
- Christine Guy-Ecabert
- Revital Ludewig
- Arnold Marti
- Markus Metz
- Jean A. Mirimanoff
- Thomas Pfisterer
- Benjamin Schindler
- Otmar Schneider
- Andrea Schnyder
- Andrea Staubli
- Robert Zimmermann

Berichterstatter: Thomas Pfisterer

* * *