

Juria

Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung

Nachfolgend werden die Voten aus dem ersten Podium an der Tagung «Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren» vom 10. Juni 2010 in Aarau wiedergegeben. Das Podium stand unter der Leitung von Markus Metz.

Zitiervorschlag: Juria, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4

MARKUS METZ: Ich möchte Frau Nationalrätin Corina Eichenberger begrüßen, die uns für das Podium noch Hilfe leistet und möchte ihr gleich eine erste Frage stellen, wenn Sie das so erlauben. Wir haben jetzt viel gehört von Mediation. Aber was eigentlich dahinter ist oder die Person, die dahinter ist oder sein kann, von der haben wir eigentlich noch wenig bis gar nichts erfahren. Ich möchte deshalb fragen, wie sieht denn das Berufsbild, wie sieht die Ausbildung, wie sehen die Ausbildungsvoraussetzungen aus, die eine solche Person einer Mediatorin oder eines Mediators mitbringen muss, damit eine solche Mediation auch erfolgreich sein kann, denn das ist ja wahrscheinlich das Wichtigste, dass diese Person zu einer Mediation auch zu führen in der Lage ist. Bitte schön.

CORINA EICHENBERGER: Verehrte Anwesende, ich habe heute mitfolgen dürfen in diesen Referaten und wir haben heute gesehen, dass Mediation sehr eng mit der Rechtsanwendung und den Rechtsanwendenden, den Richtern und Rechtsanwälten verbunden ist. Ich habe mir deshalb die Frage gestellt, was unterscheidet eigentlich einen Rechtsanwalt/eine Rechtsanwältin von einer Mediatorin oder einem Mediator? Beide verdienen ja von ihren Klienten oder eben zu mediierenden Personen hohe Glaubwürdigkeit, sehr viel Vertrauen, müssen sich diesen beiden Werten auch in jeder Begegnung wieder neu stellen. Eine Mediatorin/ein Mediator meine ich, geht etwas weiter in dem Sinne, dass die Geisteshaltung etwas offener sein soll. Das Einfühlungsvermögen ist sehr wichtig, in diesem Sinne, dass halt die Lösungen, weniger in der Mediation in verwaltungsrechtlichen Sachen, aber vor allem im Privatrecht, mit der Parteiautonomie, für die freie Gestaltung offen ist. Ich meine, dass dies ein zentraler Punkt ist, um auch die Voraussetzung der Allparteilichkeit zu erfüllen. Die Kombination von Juristin/Jurist mit Mediation ist ja eigentlich eine ideale Kombination zur Ausübung dieses Berufes. Sie hat grosse Vorteile der Kenntnisse, die sich gegenseitig befruchten. Aber ich meine, sie hat auch gewisse Nachteile. Wir Juristinnen und Juristen sind in einer Denkschule aufgewachsen. Wir haben gelernt, im juristischen Gerüst zu denken und dies kann in einer Mediation hindernd sein. Es ist wichtig, dass in einer Mediation der Fächer auch der Lösungen sehr viel offener ist und dass man nicht schon a priori an die Lösung denkt, sondern mit den Parteien eben einführend Schritt für Schritt geht, soweit wie sie im Prozess des Findens einer Lösung sind. Das meine ich, sei ein wichtiger Teil des Berufsbilds der Mediatorin/des Mediators.

MARKUS METZ: Dankeschön. Haben Sie jetzt aus dem Publikum Fragen an die Podiumsteilnehmenden?

PETER BÖSCH: In der neuen Zivilprozessordnung haben wir Bestimmungen, die den Mediationsprozess schützt gegen Attacken, also das Mediationsgeheimnis (Vertraulichkeit). Wie steht es im Verwaltungsprozess? Ich denke daran, dass jetzt in der Verwaltung häufig Mediationen gemacht werden. Personalrechtliche Probleme werden mediiert. Bei Altlasten werden mit Mediationen Kosten unter den Verursachern verteilt. Mediatoren, welche nicht Anwälte, Geistliche oder Ärzte

sind und sich nicht auf ihr Berufsgeheimnis berufen können, wie sind die geschützt? Oder muss man da noch etwas machen?

THOMAS PFISTERER: Also, das Thema der Vertraulichkeit. Die Vertraulichkeit ist Voraussetzung für eine Mediation, weil ich als Partei erst mit dem Schutz der Vertraulichkeit bereit bin, Informationen auf den Tisch zu legen, die ich sonst nicht herausgebe. Es geht darum, das Konflikt-, das Problemlösungspotential auszuschöpfen. Geschützt ist die Vertraulichkeit im Zivilprozessrecht. Im Verwaltungsverfahren nach Art. 33b, wo es darum geht, den Abschluss einer Verfügung vorzubereiten, ist die Situation etwas anders. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, meine ich, dass auch hier im Grundsatz eine Vertraulichkeit herrsche, denn er hat ja in Art. 16 Abs. 1bis einen Schutz des Mediators vor Zeugnissen geschaffen. Es gibt ein Zeugnisverweigerungsrecht, nur ein Recht und keine Pflicht, das ist ein gewisses Problem. Es gibt Fälle, das habe ich schon erlebt, da hat man in einer Verfahrensvereinbarung die im Gesetz nicht weiter geregelte Vertraulichkeit ausgeweitet, wenn alle Beteiligten einverstanden sind. Aber faktisch habe ich nie ein Problem mit der Vertraulichkeit erlebt. Man hat die Vertraulichkeit gelebt und gleichzeitig die Öffentlichkeit respektiert. Anwesend waren bei Verhandlungen immer nur die Parteien, kein Dritter, der da die Vertraulichkeit hätte brechen können. Oder man hat sich über die Öffentlichkeitsarbeit vereinbart. Das ist immer akzeptiert und immer eingehalten worden. Man hat z. B. vereinbart, diese Information geben wir heraus, jene Information oder Akten geben wird nicht heraus. Ich habe auch schon erlebt, dass die Beteiligten gleichzeitig an einer Medienkonferenz aufgetreten sind. Und miteinander, Behörde und verschiedene Parteien, miteinander gesagt haben, das ist das, was wir Euch bekannt geben, mehr nicht wegen der Vertraulichkeit.

CHRISTINE GUY-ECABERT: Je partage votre avis dans les grandes lignes avec peut-être quelques petites nuances. Je pense qu'on est là dans un domaine totalement différent de la procédure civile et dans lequel on est confronté à un devoir de transparence, d'information du public qui doit absolument être respectée. Ce qu'on doit en revanche protéger, c'est les transactions, les négociations entre les parties pour éviter que des tiers ne s'y immiscent pour essayer d'en influencer voire d'en manipuler le résultat. Je ne partirais peut-être pas d'un principe de secret ou d'une présomption de confidentialité, mais au contraire d'un principe de transparence, d'information mais qui doit être aussi discuté, négocié par les parties et avec des "poches" ou des espaces de confidentialité permettant de faire avancer les négociations parce qu'on sait bien que si tout le processus est public, on n'aboutira pas à une solution.

MARKUS METZ: Weitere Bemerkungen aus dem Podium? Dann möchte ich eine Klammerbemerkung auf tun zu der Bemerkung von Frau Kollegin Beck Kadima, wegen der beschränkten Anwendbarkeit oder Möglichkeit der Mediation in unserem, im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Bedenken Sie, bei 20%, die der Mediation offen stehen, bei unseren jährlich 7'000 Fällen sind das immer noch 1'400 mögliche Mediationsfälle pro Jahr und das scheint mir doch eine Anzahl zu sein, die ganz relevant sein könnte, wobei ich sogar noch diskutieren würde, ob es dann nur 20% sind. Aber immerhin auch schon bei 20% sind das eigentlich sehr viele Fälle, die eben diesem Verfahren offen stehen würden. Insoweit möchte ich das aus meiner Sicht etwas relativieren. Ich habe eine weitere Frage an das Podium: Was geschieht dann, wenn die Parteien mit Hilfe einer Mediatorin oder eines Mediators zu einer Lösung kommen, während dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, diese Lösung dann dem Gericht unterbreiten und das Gericht sagt nein, das geht nicht. Was geschieht dann in einem solchen Fall? Wem darf ich die Frage vorlegen?

THOMAS PFISTERER: Jemand muss es versuchen. Dieser Fall sollte vermieden werden. Also, ich vertrete die Meinung und habe das auch so praktiziert, dass die Behörde dem Konsensprozess nicht einfach zuschauen darf, von aussen. Die Behörde muss sich an diesem Prozess beteiligen. Sonst geht es nicht. Sie ist zugleich letztverantwortlich und Verhandlungsteilnehmer. In dieser zweiten Rolle muss sie «vom hohen Podest herunter» und am Verhandlungstisch mitarbeiten. Aber sie darf dabei die Unabhängigkeit nicht verlieren. Der instruierende Beamte oder Richter muss beispielsweise sagen, rechtlich könnte es etwa in diese oder jene Richtung gehen. Aber er muss klarstellen, dass er nicht (allein) entscheidende Instanz ist. Die Behörde muss sagen, rechtlich könne der Entscheid in dieser oder jener Bandbreite fallen. Oder die Behörde kann den Parteien mitteilen, diese oder jene Sachverhaltsfrage könne kritisch sein. Sie kann fragen, ob die Parteien hier einen gemeinsamen Weg finden könnten: «Wollen Sie wirklich ein weiteres Gutachten? Das kostet so und soviel Franken, so und soviel Monate Zeit. Wollen Sie das? Wenn Sie darauf bestehen, kann das Gericht darüber entscheiden und kann sagen, ja oder nein. Aber es gäbe Wege, ohne diese zusätzlichen Sachverhaltsabklärung.» Wenn sich die Parteien über den Sachverhalt, bzw. das Ausmass weiterer Abklärungen einigen, hat man meist sehr viel gewonnen. Wie schön ist es, wenn man einen Fall entscheiden kann, bei dem der Sachverhalt nicht mehr strittig ist. Da hat man doch bereits sehr viel erreicht. Also, die Behörde muss mit den Beteiligten zusammen an der Lösung arbeiten. Das ist etwas anderes als im Zivilprozess.

OTMAR SCHNEIDER: Allerdings würde ich hier die Frage stellen, ob nicht auch bei einer privaten Mediation Rahmenbedingungen seitens der Behörden oder der Gerichtsinstanz definiert werden könnten, in welchen sich die Parteien dann bewegen können und in welchen kreativ - und nicht nur nach rein juristischen Gesichtspunkten - nach Lösungen gesucht werden kann. Das wäre diese Zusammenarbeit zwischen Parteien, Mediatoren oder Richtern, von der ich denke, dass sie in solchen Kontexten sehr wichtig sein wird.

THOMAS PFISTERER: Darf ich den Ball noch einmal aufnehmen

von Herrn Schneider. Ich glaube, da haben Sie sehr recht. Das Verwaltungsverfahren und die Zivilprozessordnung gehen in die gleiche Richtung. Natürlich gibt es immer noch die völlig ausserverfahremässige Mediation. Aber jetzt bietet das Gesetz eine zusätzliche Chance, mit dieser in das Verfahren integrierten Mediation. Diese Verbindung von Mediation und Recht zeigt sich deutlich bei Art. 217 ZPO zur Genehmigung der Vereinbarungen. Was ist dieser Art. 217 anderes als eben eine Aufforderung zum Gespräch? Die Schlichtungsbehörde oder das Gericht müssen genehmigen. «Genehmigen» ist das Wort. Diese Genehmigung führt die ZPO ein, weil wir wollen, dass die Einigung vollstreckbar ist wie ein rechtskräftiger (Gerichts-) Entscheid. Man darf die öffentliche «Gewalt» nur für die Vollstreckung zur Verfügung stellen, wenn die Vereinbarung rechtmässig ist. Die Rechtmässigkeitsprüfung findet auch im Zivilprozess statt. Das ist eine grosse Herausforderung für unsere Friedensrichter Land auf, Land ab, die sie bisher so oft nicht gekannt haben. Wegen dieser Rechtskontrolle liegt es nahe, dass die Behörde, die nachher genehmigen muss, schon vorher, im Laufe des Einigungsprozesses, sagt, welche zwingenden Normen erfüllt sein müssen. Und wenn die Behörde die Genehmigung verweigern müsste, dann liegt es doch nahe, dass sie das Fallbeil nicht einfach herunterlässt, sondern mit den Parteien das Gespräch sucht, um die Vereinbarung möglichst zu «retten». Art. 217 führt in der ZPO zum Gespräch. Das gleiche Gesprächsklima braucht das Verwaltungsverfahren. Der Unterschied zwischen Verwaltungsverfahren und Zivilprozessordnung ist hier nicht mehr so gross wie früher.

REVITAL LUDEWIG: Ich bin Rechtspsychologin an der Universität St. Gallen und in der Ausbildung von Richtern tätig. Ich hätte eine Frage an Herrn Pfisterer und Frau Beck Kadima. Ich weiss nicht, ob ich Sie richtig verstanden habe. Im Verwaltungsrecht haben wir Fälle, in denen der Bürger einen Konflikt mit dem Staat hat oder einen Konflikt zwischen zwei Behörden. Meine Frage wäre, warum in diesem Fall die Mediation extern sein soll? Externe Mediationen sind wunderbar, um die Gerichte zeitlich zu entlasten. Ich wäre vielmehr dafür, dass die Richter eine mediative Vergleichsverhandlung durchführen, d.h. das Wissen aus der Mediation nutzen und selber entscheiden, wann mediative Methoden in der Verhandlung sinnvoll sind und wann man urteilen muss. Darum wollte ich Frau Beck Kadima fragen, ob Sie genau das meinen oder meinen Sie, dass Mediationen immer extern sein müssen.

MURIEL BECK KADIMA: Ich habe mich eigentlich an den Art. 33b VwVG angelehnt und habe deshalb nur diese aussergerichtliche Mediation, die externe Mediation, betrachtet. Ich denke, dass mediative Elemente oder wie es auch sonst genannt wird, von vielen Richtern und Richterinnen benutzt werden, in Verfahren, die dazu geeignet sind. Ich habe die Bereiche Asyl- und Ausländerrecht erwähnt, weil ich selber auf diesem Bereich tätig bin. Hier sehe ich keine Möglichkeit Verhandlungen einzusetzen, auch aus politischen Gründen.

Aber in anderen Gebieten, die Einigung und Mediation schon vor dem Erlass des Art. 33b VwVG kannten, ist es durchaus sinnvoll, dass Richter und Richterinnen vermehrt solche Verhandlungstechniken lernen und auch anwenden. Da bin ich absolut dafür. Ich denke auch, die Mediation nach Art. 33b VwVG müssten wir vermehrt einsetzen, uns überlegen, in welchen Fällen dies möglich ist. Wir sollten öfters daran denken, dass diese Möglichkeit besteht und dass wir diese vorschlagen oder anwenden. Die Angst vieler Richter und Richterinnen, die Hoheit über das Verfahren zu verlieren, ist unbegründet. Wenn wir Art. 33b VwVG richtig interpretieren, dann bleibt die Rechtskontrolle, wie das gesagt wurde, weiterhin in unserer Verantwortung. Aber wir haben vielleicht mehr Chancen, dass eben die Parteien zufrieden nach Hause gehen und nicht noch die Verfahren weiterziehen oder neue Verfahren, beispielsweise Wiedererwägungsverfahren, einleiten.

THOMAS PFISTERER: Sie haben mir eine Frage gestellt. Selbstverständlich gibt es Einigung und Mediation nach wie vor ausserhalb Art. 33b VwVG, z. B. bevor ein Verwaltungsverfahren angehoben wird. Art. 33b VwVG bezieht sich ausserdem nur auf die Vorbereitung von Verfügungen im Sinne von Art. 5 bzw. 25a VwVG.

CORINA EICHENBERGER: Ich möchte den Rahmen noch etwas weiter fassen. Ich finde es sehr wünschenswert, wenn Richterinnen und Richter Kenntnisse in den Mediationstechniken und Gesprächstechniken haben. Das hilft ihnen sicher auch, eine Einigung oder eine Vergleichslösung zu finden. Aber man muss immer bedenken, dass eine Mediation ja auch scheitern kann. Man muss vorsichtig sein, das Gericht zur Mediation anzuhalten, wenn es dann doch später auch noch entscheiden muss. Das finde ich gefährlich. Man muss trennen: den Mediationsweg, die Genehmigung der Vereinbarung und am Schluss das Gericht, das doch frei über den Fall muss entscheiden können.

CHRISTINE GUY-ECABERT: Je répondrai de façon très claire et peut-être provoquante : à chacun son métier. On ne peut pas être un juge et un médiateur. C'est peut-être possible pour de rares personnes, mais ça demande des capacités énormes et un changement de position considérable. Vous ne pouvez pas être un avocat et un médiateur sauf en disposant aussi de ces capacités de changer de logique de fonctionnement. En revanche, un juge peut être un conciliateur. En effet, la conciliation s'inscrit dans sa tâche, qui consiste à dire le droit. Mais pour moi, il n'est pas un médiateur.

OTMAR SCHNEIDER: Die Mediation ist ein eigenständiges Verfahren zur Entscheidungsfindung. Daneben gibt es das mediative Handeln im Sinne von Einfließenlassen von mediativen Elementen, Techniken usw. in die Gesprächsführung oder auch in richterliche, behördliche Schlichtungsverhandlungen. Man muss beides auseinanderhalten, das ist sehr wichtig. Dann aber ist es hilfreich zu sagen, es gibt beides; beides soll möglich sein. Nicht entweder oder – auch hier nicht. Der Richter

hat seine Spezifika, wenn er vermittelt und da mediative Elemente einfließen lässt; das hat einen hohen Wert. Das andere ist die Mediation. Dort wird mit Hilfe eines Ausserstehenden, der nicht am Entscheid beteiligt ist, zusätzliches Potential zur Problemlösung ausgeschöpft.

REVITAL LUDEWIG: Darf ich noch etwas dazu sagen. Ich finde die Rückmeldung sehr gut. Ich glaube, dass wir nicht nur zwei Möglichkeiten haben, sondern drei. Wir haben die Mediation, die aussergerichtlich ist und die sinnvoll ist. Wir haben dann Vergleiche und wir haben mediative Vergleichsverhandlungen. Das sind drei verschiedene Formen. Es wäre wichtig, wenn Juristen die Mediationsausbildung machen würden. Sie sollen die Ausbildung machen, damit Sie innerhalb ihrer Tätigkeit nachher mediative Vergleichsverhandlungen durchführen können. Sie sollen nicht eine klassische Mediation durchführen, bei der der Mediator keine Entscheidungsfunktion hat. Klassische Mediatoren haben wir noch und noch. Es gibt viele Psychologen, die als Mediatoren arbeiten. Sie machen eine wichtige Arbeit. Wir müssen schauen, in welchem Kontext wir jetzt sind: Wie können wir Verwaltungsrichtern und Juristen im Verwaltungsrecht helfen? Die eine Möglichkeit wäre, aussergerichtliche Mediatoren einzusetzen. Diese können die Gerichte entlasten. Sicherlich. Die Gerichte haben sehr viel Arbeit und es wäre daher wichtig, sie zu entlasten, wo es möglich ist. Das andere wäre, die Mediation, die mediativen Techniken in die Verhandlung direkt einzubeziehen.

JEAN A. MIRIMANOFF: Je suis un ancien juge, je suis encore conciliateur et je suis un jeune médiateur. Alors effectivement, il s'agit de trois activités totalement différentes et je suis d'accord avec ce qui a été dit jusqu'à présent. Toutefois une nuance peut-être. Ce qui est totalement désastreux, c'est malheureusement ce qu'on a fait en Suisse, c'est le mélange des rôles. Alors effectivement, je dirais, même pour un conciliateur, s'il doit juger après, il n'aura pas du tout les mêmes confidences. Alors ça c'est mon expérience de 25 ans. Il n'aura pas du tout les mêmes confidences de ses justiciables. En revanche j'aimerais quand-même signaler que l'expérience qui a été faite au Canada par certains de mes collègues magistrats qui ont même en appel du reste fait une formation de médiation, qui ont été magistrat médiateur ce qui signifie que si par hypothèse le processus n'aboutissait pas, ils ne devaient en tout cas pas juger le cas même si techniquement ils en avaient les capacités : il ne faut jamais mélanger les rôles. Je crois que le choix final du système de médiation externe ou interne c'est un choix politique. Mais ce qui est fondamental, c'est de ne pas mélanger les rôles.

MARKUS METZ: Ja, ich meine auch, dass sei sehr wichtig, dass diese Unterscheidung eben gemacht wird. Befinden wir uns in einem Stadium der mediativen Schlichtung in einem Gerichtsverfahren oder eben in einer echten Mediation durch einen Mediator/eine Mediatorin während eines Gerichtsverfahrens, während dessen Dauer das Verfahren dann sistiert ist und da sehe ich, da möchte ich Herrn Pfisterer schon noch

etwas «kitzeln», da frage ich mich dann schon, was ist die Rolle des Instruktionsrichters in dieser Mediationsphase. Darüber müssten wir dann schon noch diskutieren. Darf ich den Ball einmal so zuspielen?

THOMAS PFISTERER: Ich bemühe mich, das Wort Mediation nur dann zu verwenden, wenn es um einen Dritten geht, einen privaten, neutralen Dritten, der vermittelt. Herr Mirimanoff hat recht, diese Wörter, diese Begriffe, sind auseinanderzuhalten. Es ist modisch, es gehört zum guten Ton, dass man «Mediation macht». Wenn wir fragen, was ist darunter zu verstehen, dann bekommen sie nicht immer überzeugende Antworten. Ich habe in der Zeit, in der ich in behördlicher Verantwortung stand, selten echte Mediationen erlebt, etwa in Fällen, in denen die Behörde, zur Überzeugung kam, dass ihr Fachwissen fehlt, oder die Zeit fehlt, oder wo der Staat im fraglichen Gebiet Grundeigentum hat. In solchen Fälle, nur dann, möchte ich von Mediation reden. Alles andere ist Schlichtungsarbeit. Eine Verwaltung, ein Friedensrichter, eine Schlichtungsbehörde nehmen Schlichtung wahr. Bei der Schlichtungsarbeit kann man das traditionelle einfache Verfahren wählen und die Lösung aufzeigen, die gleichsam auf der Hand liegt. Oder die Schlichtung orientiert sich an den Erkenntnissen und Erfahrungen der Mediation; sie wendet mediative Elemente an; sie ist mediationsgeleitet. Mediativ arbeiten heisst, die Parteien zu aktivieren, auf die Problemlösungskapazität der Parteien abzustellen, Parteieinflüsse zu ermöglichen. Das meine ich mit «mediationsgeleiteter Schlichtung. Diese Schlichtung angelehnt an die Mediation ist die hauptsächliche, wenn auch indirekte Anwendung von Art. 33b VwVG. Eigentliche Mediationen sind Sonderfälle.

BENJAMIN SCHINDLER: Gestatten Sie mir eine Verständnis- oder Abgrenzungsfrage: Inwiefern ist die Aufgabe eines Mediators mit derjenigen einer Ombudsperson vergleichbar? Gibt es Überschneidungen und Parallelen? Und daran anschliessend die Folgefrage: Wäre es nicht konsequent, nach Schaffung von Art. 33b VwVG die Einführung einer Ombudsstelle auf Bundesebene voranzutreiben bzw. erneut an die Hand zu nehmen?

CHRISTINE GUY-ECABERT: Il existe une grande différence entre le médiateur et l'ombudsman. Il y a une parenté entre le médiateur administratif et l'ombudsman parce que le champ d'application de leurs activités respective concerne les relations entre l'administration et les administrés. Mais il y a une grande différence dans la mesure où un ombudsman a parfois – et je dis bien parfois – des activités proches de la médiation: Il faut bien voir que, dans la plupart des modèles pratiqués en Occident, en tout cas dans les modèles les plus anciens, l'ombudsman n'a pas de contact personnel avec les parties et que tout se traite sur dossier. Si vous prenez le médiateur de la République française, c'est un ombudsman très connu. Même s'il y a quelques rencontres entre lui ou ses collaborateurs – qui font partie de ce qu'on appelle la "médiature" – et les citoyens, tout se traite sur dossier. Ce modèle s'est transformé au cours du temps.

On voit que, progressivement, l'ombudsman a des activités proches de la médiation qui tendent à davantage mettre sur un pied d'égalité l'administration et l'administré. Mais surtout ce qui distingue l'ombudsman du médiateur c'est qu'il a une fonction de surveillance et c'est sa fonction essentielle, c'est toute sa force aussi, la force que n'a pas le médiateur puisque, après que l'ombudsman a éventuellement fait une médiation, il peut engager un processus de recommandation à l'administration. Cette recommandation n'est pas obligatoire mais si l'administration ne suit pas la recommandation, l'ombudsman a un instrument très puissant, son rapport annuel. Il peut y dénoncer les dysfonctionnements, d'une part, mais aussi proposer des révisions législatives et on trouve là une espèce de cercle vertueux qui instaure une dynamique dont ne bénéficie pas le médiateur traditionnel et en tout cas pas un médiateur administratif qui interviendrait dans le contexte de l'art. 33 b de la PA. Ce qui est aussi intéressant, c'est de voir que, de plus en plus, on introduit dans l'administration fédérale des instances qui ont des pratiques de médiation mais aussi avec certaines caractéristiques de l'ombudsman. Je pense par exemple au processus qui a été introduit par la loi fédérale sur la transparence où certains collaborateurs du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence se sont formés à la médiation et qui ont de véritables rencontres avec les parties. Mais si la médiation n'aboutit pas, ils ont aussi une possibilité de faire une recommandation et un rapport, ce qui équivaut à des instruments de surveillance. Donc, on vit dans certains cas un glissement du médiateur administratif vers l'ombudsman.

ARNOLD MARTI: Auf die Gefahr hin, dass Sie mir jetzt wieder vorwerfen, ich mache alles durcheinander, doch noch die Frage. Also, wir haben gehört, es gibt auch mediative Einigung seitens der Gerichte. Oder wir können das ja auch anders bezeichnen: Einigungsbemühungen innerhalb des Gerichtes. Hat man sich da schon überlegt oder sogar schon entschieden, ob Art. 33b VwVG sinngemäss auch für diese Konstellationen anzuwenden ist oder nicht, und allenfalls hat es hier ja auch Kommentatoren anwesend, die die Frage beantworten könnten.

THOMAS PFISTERER: Aus dem Internet ist mir kein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bekannt, der dazu eine Antwort gäbe. Aber wenn ich die Frage richtig verstanden habe, Herr Kollege Marti, dann meine ich, dass Art. 33b VwVG in erster Linie als Einladung auch an die Verwaltung und das Bundesverwaltungsgericht zu werten ist, eben mit Mediationswissen und -können die Schlichtungsarbeit zu betreiben, mediationsgeleitete Schlichtungsarbeit. Das ist möglich. Und hier besteht kein Rollenkonflikt. Das habe ich selbst am Bundesgericht verschiedentlich erlebt; Herr Aemisegger hat genau davon gesprochen.

MURIEL BECK KADIMA: Ich kann vielleicht dazu noch sagen, dass das Bundesverwaltungsgericht Art. 33b Abs. 5 VwVG relativ oft anwendet, ohne dass deshalb Abs. 1 oder 2 vorher angewandt wurde. Also meine ich, es gebe sicher gewisse

analoge Anwendungen, insbesondere was die Kosten betrifft. Aber bei Abs. 1 und 2, da seheich keine analoge Anwendung für Verhandlungen, die jetzt mediativer angegangen werden würden.

ANDREA SCHNYDER: Ich kann mir das alles eigentlich relativ gut und plastisch vorstellen, dort, wo man zwei Parteien hat, die sich gegenüberstehen, im Sinne auch von zwei Privaten. Ich denke da an baurechtliche Verfahren. Da kann ich mir das sehr gut vorstellen. Wo ich noch ein bisschen Probleme habe ist dort, wo sich, und das ist die Mehrzahl der Fälle, eine Behörde und ein Privater gegenüberstehen. Da sind es nicht zwei Parteien im klassischen Sinne, wie wir das im Zivilprozess kennen. Wie sieht das dort wirklich aus, also wenn im Stadium des Rechtsmittelverfahrens ein Verwaltungsgericht eine mediationsgeleitete Schlichtung durchführen möchte. Man hat ja dann auf der einen Seite eine Behörde: Mich würde interessieren, wie dann die Rolle dieser Behörde aussieht? Das ist eine schwierige Situation, in der sich die Behörde befindet.

OTMAR SCHNEIDER: Ich denke, es hat auch hier, je nach Fall, durchaus Raum für ein Gespräch. Die Behörde der ersten Instanz hat ja die Möglichkeit, auf ihren Entscheid zurückzukommen, solange das Verfahrensrecht dies erlaubt. Sie kann sich an den Tisch setzen mit der anderen Partei, mit der privaten Partei. Es kann ja sein, dass sie sich mit Sachverhaltsfragen auseinandergesetzt haben, die man einvernehmlich lösen kann. Es kann sein, dass die Behörde Fragen nicht berücksichtigt hat, die der Private berücksichtigt haben möchte. So gibt es ein relativ grosses Spektrum, wo man sich Gespräche und eine neue Lösung vorstellen kann. Gespräche können dazu führen, dass eine Behörde aufgrund der neuen Erkenntnisse bereit ist, die Verfügung zu ändern.

OTMAR SCHNEIDER (auf Nachfrage): Ja, es ist möglich, dass eine erstinstanzliche Behörde einen Entscheid im Beschwerdeverfahren selber ändert. Aber es ist schwieriger. Es ist eine Herausforderung für eine Behörde, vom Entscheid, der nun angefochten ist, abzuweichen und sich neuen Erkenntnissen zu öffnen. Es ist wahrscheinlich auch eine hohe Kunst, dann als Mediator oder als vermittelnder Richter den Spielraum tatsächlich nochmals zu öffnen.

HEINZ AEMISEGGER: Also ich mache das regelmässig. Und meistens führt das dazu, dass das Bundesgericht eine Einigung zwischen den Parteien erreichen kann, d.h. eine Gemeinde und ein Bauwilliger, der einen Abbruchbefehl erhalten hat, zum Beispiel. Da geht man die Sache anschauen und kommt mitunter zum Eindruck, die Art, wie der Kanton, bzw. die Gemeinde den Fall entschieden hat, bildet keine rechtlich vertretbare Lösung. Dann redet man mit den Parteien, mit der Gemeinde, mit dem Privaten, und findet letztlich eine mögliche Einigung. Die Gemeinde kann jedoch z.B. aus welchen Gründen auch immer keinen Vergleich unterzeichnen. Damit wird die Fällung eines Entscheides unumgänglich. Dann steht man vor dem Problem, wie kann die mit den

Parteien erarbeitete, rechtlich zulässige Lösung in die Form eines Urteils gegossen werden. Ein regelmässig angewandter Weg besteht darin, dass im (mündlichen) Einverständnis von Gemeinde und Kanton, aber unter Aufhebung des beim Bundesgericht angefochtenen Verwaltungsgerichtsurteils auf der Basis der am Augenschein entwickelten Lösung entschieden wird. Ich habe einen solchen Fall aus Winterthur in meinem schriftlichen Votum angeführt. Die Gemeinde konnte keinen Vergleich unterzeichnen; es war rechtlich nicht machbar. Zudem kann der Devolutiveffekt der beim Bundesgericht eingereichten Beschwerde ein Hindernis bilden: die Sache ist bei uns hängig. Da kann oft nicht einfach ein «Vergleich» zwischen einer Behörde und einem Privaten abgeschlossen werden. In der Regel findet man aber einen Ausweg. Er kann darin bestehen, dass das Gericht einen Grundsatzentscheid trifft. Das geschah im erwähnten Winterthurer Fall. Die Gemeinde wusste, wie das Bundesgericht voraussichtlich entscheiden wird, ebenso der Private. Alle Beteiligten waren zufrieden, die Gemeinde, der Private und das Gericht.

KATRIN DIETRICH: Also zumindest im VwVG ist das vielleicht insofern ein bisschen anders, als die Behörde ja bis zu unserem Urteil ihren Entscheid in Wiedererwägung ziehen kann; also bei uns müsste man nicht unbedingt entscheiden.

THOMAS PFISTERER: Das Gesetz spricht von Parteien und der Parteibegriff ist im VwVG definiert. Er kann eine Behörde umfassen. Und dann haben wir, wie Frau Dietrich gesagt hat, den Art. 58 VwVG, der die Widererwägung zulässt. Es sind also zwei Dinge zu unterscheiden. Ich glaube, da hat Herr Aemisegger recht. Das Inhaltliche: man sucht sich über den Inhalt der Verfügung zu einigen. Eine andere Frage ist, in welche Form man das Ergebnis bringt. Aber weil es schwierig ist, eine geeignete Form zu finden, keine Einigung zu machen, ist vermutlich auch nicht vertretbar.

MARKUS METZ: Ich möchte Sie mit einer Frage in die Pause entlassen. Ich meine, es sei zu diskutieren, ob wir in bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren mit der echten Mediation, also mit der Drittmediation – im Gegensatz zur gerichtsintern geleiteten Mediation – nicht oftmals einfach zu spät kommen würden. Und damit wünsche ich Ihnen eine gute Pause.

* * *