

Juria

Wortprotokoll der zweiten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung

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

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

THOMAS PFISTERER: Wir beginnen diese Runde mit den Richterpersönlichkeiten. Hier schlage ich Ihnen vor, dass wir mit dem dritten der anwesenden Bundesrichter, Herrn Dr. Aemisegger, ehemaliger Präsident der 1. Abteilung und Präsident des gesamten Bundesgerichtes, beginnen. Er ist vor allem eine Persönlichkeit, die in diesen Fragen nun wirklich eine ganz grosse Erfahrung hat. Er wird seinen Text, den er bereits für den Tagungsband erstellt hat, abgeben, weil er für uns über den heutigen Tag hinaus wertvoll ist. Das erlaubt es, dass wir jetzt für die Diskussion etwas mehr Zeit haben. Im Übrigen bitte ich dann die Damen und Herren Richter einfach, uns ihren Haupteindruck vom heutigen Nachmittag, ihre persönliche Würdigung, mitzugeben. Nachher öffnen wir die Diskussion für Sie, die Damen und Herrn im Saal des Grossen Rats.

HEINZ AEMISEGGER: Meine Damen und Herren, ich habe vier, fünf Minuten Zeit zu einem kurzen Statement. Ich spreche zu Ihnen als Praktiker, als Pragmatiker auch. Ich praktiziere, was Sie heute gehört haben, effektiv und zwar seit über dreissig Jahren. Ich habe insgesamt sicher hunderte von Vergleichen mit- herbeigeführt und habe wegen Erledigung durch Vergleich viele, viele Abschreibungsverfügungen unterschrieben. Sie sind natürlich auf mediationsähnliche Bemühungen zurückzuführen. Ich kenne zudem fünf, sechs Fälle, wo wir tatsächlich die eigentliche Mediation angeordnet haben. Dort sind wir so vorgegangen, dass wir ein «Kästchen» gebildet haben, einen Bereich, einen engen Bereich für eine Mediation ausgeschieden haben, z.B. zur Festsetzung einer bestimmten Höhe eines Bodenpreises usw. In den anderen Fällen haben wir, wie gesagt, mediationsähnliche Bemühungen eingesetzt. Primäres Ziel: Herbeiführung einer Einigung oder eines Vergleichs. Das Bundesgericht hat es mit zum Teil langwierigen Verfahren zu tun. Gerade nach mitunter fünf, sechs, zehn Jahren Prozessdauer wollen die Parteien zum Abschluss gelangen. Sie verlangen eine reformatorische Entscheidung, keine Rückweisung. Um das zu erreichen, muss man mitunter eben, «sur place» gehen. Man muss mit den Parteien zusammen den Sachverhalt aktualisieren. Noch mehr, man versucht, unter Einbezug von Gemeinde, bzw. Kanton wenigstens eine Teileinigung über den Sachverhalt oder in der Sache zu erreichen. Auch wenn das Gericht nachher entscheiden muss, hat es die Autonomie dieser Körperschaften besser gewahrt und den Föderalismus respektiert. Das wichtigste Vehikel der mediationsähnlichen Bemühungen vor Bundesgericht ist der Augenschein mit Instruktionsverhandlung. Der Instruktionsrichter ordnet den Augenschein an. Er wird von einem zweiten Bundesgerichtsmitglied begleitet, ebenso von einer Gerichtsschreiberin oder einem Gerichtsschreiber; wir sind immer zu dritt, aus verschiedenen Gründen, auf die ich jetzt nicht eingehen kann. Ein Vorteil für die Verhandlungssituation vor Bundesgericht ist, dass die Parteien wissen: Das ist die letzte Möglichkeit, eine Einigung zu erzielen; deshalb sind sie eher dazu bereit. Das Problem der vielen, vielen Einigungen, die wir z.

B. im Bereich des Enteignungsrechts erzielt haben, besteht darin, dass wir keine (publizierte) Rechtsprechung des Gerichts entwickelt haben. Aber wir können mit diesem Problem leben, müssen damit leben. Denn die Vorteile überwiegen, weil diese Art der Streiterledigung mehr Rechtsfrieden bringt als ein Urteil. Das habe ich praktisch immer wieder erlebt. Sie wirkt nachhaltiger als das Urteil insbesondere mit Blick auf das künftige Verhältnis der Kontrahenten. Daran muss man auch immer denken. Dieses Element kann man in den mediationsähnlichen Bemühungen ausnützen. Der Vergleich kann darüber hinaus mehr leisten, als das Urteil. Er kann Probleme lösen, die ausserhalb des Streitgegenstands liegen. Parteien empfinden den Vergleich oft als das gerechtere Ergebnis.

Ein Problem ist heute aufgetaucht, vor dem ich Sie etwas warnen muss. Der VwVG Art. 33b VwVG spricht ganz vorn von der «Sistierung». Ich muss Ihnen sagen, als ich das Amt des Abteilungspräsidenten, übernahm, «erbte» ich Fälle, die waren fünf und noch mehr Jahre sistiert. Ich habe damit radikal aufgeräumt. Bei mir gibt es keine Sistierungen über mehr als ein Jahr. Ich führe die Fälle zeitlich relativ straff und will immer wieder Bericht von den Parteien haben, wenn sie ohne Mitwirkung des Gerichts einen Vergleich zu erarbeiten wünschen, sei es mit oder ohne Mediator. Da werden Fristen gesetzt. Das Gericht ist keine Aufbewahrungsstelle für unglücklich verlaufende Verfahren.

Nun zu einigen wichtigen Punkten betreffend die Handhabung der mediationsähnlichen Schlichtung: Wichtig ist schon die Auswahl der Fälle. Lange nicht alle Fälle eignen sich. Im Bereich Umweltschutz, Enteignung, Planung usw. findet man bestens geeignete Fälle. In anderen Bereichen weniger, z. B. im Strafprozessrecht. Es braucht Fingerspitzengefühl, taktisches Geschick, man muss Phantasie einsetzen, Ideen und Lösungsansätze entwickeln. Gleichzeitig muss man die Parteien einbeziehen, von deren Phantasie profitieren, sich in die Situation der Partei hineinfühlen. Es ist wichtig, sich zu überlegen, wie sieht das aus der Sicht der Parteien aus: Wie wäre es jetzt für mich, wenn ich in der Lage dieser Partei, jener Partei wäre. Das muss man sich vorher und am Augenschein immer wieder vor Augen halten. Dann muss man aber auch den Parteien sehr oft das Blickfeld öffnen für Dinge, die sie gar nicht gesehen haben. Bisher haben sie sich vielleicht nur gegenseitig angegriffen. Also muss man ihnen zeigen, dass sie später neben- oder gar miteinander leben müssen und die Lösung danach beurteilen. Das führt dazu, dass man zusätzliche Probleme einbezieht, damit alle mit der Lösung leben können. Nötig sind dafür detaillierte Dossierkenntnisse. Man darf sich keiner Illusion hingeben: Sie müssen besser im Bild sein, als wenn Sie ein Gerichtsschreiberreferat «absegnen». Dann muss man im Prinzip konkrete Vergleichsvorschläge im Köcher haben. Man muss Vorstellungen über Lösungsmöglichkeiten im Kopf haben, schon vorher überlegt. Erlaubt und sinnvoll ist es, den Parteien für den Fall der Streiterledigung durch Urteil, allfällige

mögliche Risiken anzudeuten. Ich verwende das Wort «anzudeuten» bewusst. Der Instruktionsrichter und das weitere anwesende Gerichtsmitglied bestimmen ja das in ein eventuelles späteres Urteil einflussende Ergebnis nicht allein. Der Spruchkörper besteht bei solchen Fällen regelmässig aus fünf Gerichtsmitgliedern. Damit ist auch klar, dass Drohung und Druck mit bestimmten Entscheidvarianten nicht gerechtfertigt sind. Wenn Sie das trotzdem tun, dann disqualifizieren Sie sich; dann werden Sie u. U. befangen und wegen Befangenheit abgelehnt. Der Instruktionsrichter muss sich zurückhalten, neutral bleiben, unabhängig bleiben, objektiv bleiben, transparent sein, ganz wichtig: er muss transparent sein. Dazu gehört, dass Einzelgespräche mit einer Partei nur statthaft sind, wenn alle einverstanden sind. Es gibt Fälle, bei denen sich die Parteien nicht mehr ertragen. Ich weise Sie auf ein jüngeres Urteil hin: 1C_150/2009 vom 8.9.2009 in Sachen Baden. Die Grundsätze, die wir dort entwickelt haben, muss man sich vor Augen halten, wenn man als vermittelnder Richter tätig ist.

Ein kurzes Beispiel, noch ein einziges, bringe ich zusätzlich zu dem, was ich schriftlich abgegeben habe. Vor etwa vier Wochen haben wir einen Vergleich abgeschlossen, da ging es um die Festsetzung des Landpreises für einen Parkplatz bei einem Schwimmbad. Da lagen zwei Parteien im Streit, die Schwimmbadgenossenschaft und der Besitzer einer benachbarten Liegenschaft. Dort wurde einmal ein Restaurant betrieben; der Besitzer wollte es reaktivieren. Vor Ort sah ich sofort, dass die Festsetzung des Bodenpreises den Streit nicht löst. Die Schwimmbadgenossenschaft hatte ein «Exklusivbenutzungsrecht» des Parkplatzes für fünfzig Jahre. Offensichtlich war, dass der Restaurateur ebenfalls Parkplätze für seinen Betrieb benötigte. Formell strittig war nur der Landpreis. Also haben wir das Verfahren im Einverständnis mit den Beteiligten erweitert und gemeinsam in etwa zwei Stunden ein Nutzungskonzept entwickelt. Die Lösung enthielt die Festsetzung eines angemessenen Enteignungspreises für die Benutzung des Landes als Parkplatz für das Schwimmbad. Zudem wurden dem Eigentümer der Restaurantliegenschaft neue Parkierungsmöglichkeiten für Restaurantgäste eingeräumt. Alle Parteien haben unterschrieben. Hierauf konnte ich als Instruktionsrichter das Verfahren wegen Vergleichs abschreiben. Also, solche Lösungen kann man miteinander erarbeiten, wenn alle Verfahrensbeteiligten das wollen. Solche Lösungen können effektiv zu mehr Befriedigung führen auf allen Seiten, auch - wie Herr Apell sagte - beim verfahrensleitenden Richter selbst. In diesem Sinne stimme ich seiner Aufforderung zu, sich in dieser Richtung zu öffnen.

THOMAS PFISTERER: Danke sehr herzlich, Herr Aemisegger. Das innere, persönliche Engagement des Richters, der Behörde, das Sie, sehr geehrte Damen und Herren, gespürt haben, ist notwendig, wenn Sie konsensuale Lösungen zustande bringen wollen. Das haben wir immer wieder erfahren. Ich darf den Ball jetzt weiterspielen an Frau Dietrich: Was ist Ihre

Erfahrung? Was möchten Sie kommentieren von dem, was Sie heute gehört haben? Darf ich Sie bitten?

KATHRIN DIETRICH: Es trifft wohl zu, dass bis anhin wahrscheinlich am Bundesverwaltungsgericht nie ein Beschwerdeverfahren sistiert wurde, um eine Mediation durchzuführen. Ich denke aber, dass Mediation an unserem Gericht sehr wohl ein Thema ist und dass das Interesse dafür besteht. Ich kann mir gut vorstellen und hoffe, dass wir so ein Projekt ähnlich demjenigen in Hessen organisieren könnten. Da bestehen Möglichkeiten. Es ist zwar so, dass sich einige Rechtsgebiete dazu nicht eignen. Aber es gibt andere Gebiete der Abteilungen I und II und wahrscheinlich auch III, wo wir (immensen) Verhandlungsspielraum haben, wo auch schon die Vorinstanzen immensen Verhandlungsspielraum haben. Ich denke, das muss man nutzen. Eine andere Gelegenheit für Mediationen bietet sich am Bundesverwaltungsgericht bei Schlichtungsverfahren im Falle von Streitigkeiten unter Richtern und Richterinnen. Wir haben ein Reglement, das sich am Verfahren der Mediation anlehnt. Das Dritte sind natürlich die Verhandlungen, die wir durchaus mediativ ausgestalten können; ich persönlich mache das so. Ich habe gerade letzte Woche einen Augenschein gehabt. Zu beurteilen war die Aufhebung von Bahnübergängen. Da sind jetzt wieder Gespräche in Gang gekommen. Möglicherweise münden sie in eine andere Lösung aus, als sie das BAV verfügt hat.

ROBERT ZIMMERMANN: Dans le canton de Vaud, la médiation est inscrite dans la Constitution. Une loi spécifique sur la médiation administrative s'applique aussi à la procédure devant la juridiction administrative. Nous avons des instruments, mais ils sont relativement peu utilisés. Quels sont les obstacles aussi à la médiation du point de vue du juge administratif ? Je pense que la médiation se traite bien devant l'autorité de première instance, dans la procédure non-contentieuse. Mais devant le juge, c'est déjà plus compliqué parce qu'il y a des litiges qui ne s'y prêtent pas, notamment en matière fiscale, en matière de retrait du permis de conduire, ou en matière de retrait d'une autorisation de police. Il n'y a pas beaucoup de place pour la médiation, surtout quand l'autorité (l'Etat) est la partie adverse. L'autorité publique n'est souvent pas prête à entrer dans la médiation parce qu'elle considère qu'elle défend l'intérêt public et que celui-ci ne se transige pas. Il y a aussi un autre obstacle dont on n'a pas parlé aujourd'hui : les avocats. L'avocat n'a pas nécessairement intérêt à ce que l'affaire où il intervient se concilie ou se résolve par la médiation. Celle-ci est parfois possible dans le domaine des marchés publics : on peut parfois partager le marché entre les soumissionnaires. Certains de mes collègues pensent que jusqu'à 60% des litiges en matière de construction peuvent se résoudre par la médiation, lorsque, comme souvent, le recours contre le permis de construire, n'est que la cristallisation d'un conflit entre voisins. C'est parce que mon voisin veut agrandir sa terrasse que je déclenche le conflit que j'ai contre lui pendant des années, je fais opposition, je fais recours. Et

là, on peut éventuellement essayer de dénoyer le conflit par la médiation.

Enfin, dernière chose, il y a des obstacles subjectifs de côté des juges. En premier lieu, la pression du nombre des affaires. Faire une médiation est ressenti par le juge comme une perte de temps. Pour d'autres, la médiation, c'est du luxe: on est là pour juger : la décision est prête; elle est meilleure qu'essayer de résoudre le conflit jusqu'au bout. Enfin se posent des questions liées au pouvoir. Le juge administratif est le maître de sa procédure. Il n'est pas un juge civil. Le juge administratif prend des décisions qui touchent la collectivité publique. Le juge administratif, par sa nature, il aime décider. Il aime exercer du pouvoir. Et souvent, la médiation est ressentie par certains collègues presque comme une démission. Si je résous le litige par la médiation, je n'accomplis pas la mission pour laquelle j'ai été élu. Des réunions comme celle d'aujourd'hui, peuvent aider parce en reprenant l'exposé de Madame Guy-Ecabert, j'ai me place plutôt du côté des sceptiques. Peut-être qu'à la fin de la réunion, je serai du côté des idéalistes. En matière de médiation, il y a du progrès à faire aussi du côté des juges.

ARNOLD MARTI: Also, Einigung, Mediation, der Anstoss kam ja eigentlich von zwei Seiten. Bei uns in der Schweiz haben wir einen grossen Rückstand gehabt gegenüber den Nachbarstaaten im Ausbau der Verwaltungsrechtspflege, das begann erst so richtig ab den 1960er Jahren. Vielleicht haben wir auch bei der Mediation ein bisschen einen Rückstand. Wir haben noch, glaube ich, in der Schweiz nirgends (gerichts-)interne Mediatoren. Vielleicht haben wir das bald auch einmal. So in den 80er-Jahren kam dann das grosse Überlastungsproblem der Verwaltungsinstanzen auf allen Ebenen. Da hat man schon begonnen, über gütliche Einigungen zu sprechen. Ich war damals Gerichtsschreiber bei Heinz Aemisegger am Schaffhauser Obergericht und Verwaltungsgericht. Ich kann bestätigen, dass er schon damals auf kantonaler Ebene gütliche Einigungen auch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren praktiziert hat. Ich war sein gelehriger Schüler und habe ihm natürlich nachgeeeifert, als ich 1987 das Amt von ihm übernehmen konnte. Noch im gleichen Jahr habe ich einen NZZ-Artikel publiziert und u.a. dagegen gewettert, dass man nach Art. 58 VwVG die Verfügung nur bis zur ersten Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen kann (Überlastung der Verwaltungsjustizorgane - Die gütliche Streibeilegung als Entlastungsmassnahmen, NZZ vom 13. März 1987). Das ist meines Wissens seither nicht geändert worden; aber ich habe mit Befriedigung im Kommentar gelesen, dass man sich in der Praxis nicht an diese Bestimmung hält. Dann später - nach den 80er-Jahren - kam die «Pfisterersche Wende» zu mehr Verhandlungsmodellen, konsensuellem Verhalten, Bürger und Behörden auf einer Ebene. Damals hat quasi das antiautoritäre Zeitalter in der Justiz begonnen. Auch bei den bisherigen Sceptikern kam nun mehr «Drive» in Richtung gütliche Einigung auf. Und zum heutigen Stand würde ich kurz zusammengefasst sagen: Einigungsverhandlungen

unter der Leitung des Gerichtspräsidenten oder Instruktionsrichters, - am besten an einem Augenschein, wie das Heinz Aemisegger in seinem schriftlichen Beitrag ja schön dargestellt hat -, das ist eine wichtige Sache, eine gute Sache. Das können wir auf allen Stufen der Gerichtsbarkeit machen. Dabei können wir auch die Anwälte einspannen. Sie rühmen sich ja, dass sie auch Streitigkeiten schlichten können. Man soll ihnen daher auch Gelegenheit geben, diese Funktion wahrzunehmen. Vielleicht können sie selber einen Vergleich zustande bringen oder jedenfalls dabei helfen. Da sehe ich ein weites Feld für gütliche Einigungen auch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Dann bin ich aber auch sehr froh, dass Herr Schindler auf den Ombudsmann hingewiesen hat. Wir haben z.B. in Schaffhausen ausserordentlich gute Erfahrungen bei der Einführung eines heiklen neuen Lohnestufungssystems im öffentlichen Dienst gemacht. Da wurde prognostiziert, dass wir dutzende von Beschwerden erhalten würden, aufgrund der Erfahrung in anderen Kantonen. Dank dem eingeführten besonderen Schlichtungsverfahren vor einer speziell für diesen Zweck geschaffenen Ombudsstelle hat sich dies aber auf zwei Verwaltungsgerichtsbeschwerden beschränkt (vgl. dazu die besondere Ombudsstellenverordnung vom 27. September 2005 [SHR 180.102]). Also, ich finde unbedingt, man sollte in der ganzen Schweiz, nicht nur im Kanton Zürich, die Einführung von Ombudsmann-Institutionen gerade auch im Hinblick auf mögliche gütliche Einigungen und zur Entlastung der Verwaltungsgerichte fördern. Schliesslich zur Mediation: Da bin ich auch nach dem heutigen Tag der Meinung, dass es für die Mediation auf der Stufe jedenfalls der Verwaltungsgerichte und des Bundesgerichts in der Regel wohl zu spät ist. Es ist ja ein sehr aufwendiger und langwieriger Prozess, man kann sich nicht auf den prozessualen Streitgegenstand beschränken, sondern muss die ganze Problematik einbeziehen. Das haben wir heute verschiedentlich gehört. Überdies sollten gerichtliche Prozessverfahren beförderlich zu Ende geführt werden. Auf Verwaltungsstufe sieht das möglicherweise anders aus. Hier kann Mediation versucht werden; am besten bevor es zu formellen juristischen Verfahren kommt. Ich weiss, dass man damit bei uns im Kanton Schaffhausen im Bereich des öffentlichen Personalwesens auch schon sehr gute Erfahrungen gemacht hat. Andere grössere Angelegenheiten hat man zwar auf Stufe Verwaltung angepackt, aber möglicherweise auf der falschen Ebene. Ich denke da z.B. an die «Mediation Flughafen Kloten» im Kanton Zürich, die ja dann auch gescheitert ist.

Ein letztes vielleicht noch, da habe ich gewisse Vorbehalte zum schriftlichen Text von Heinz Aemisegger, was die kantonalen Gerichte anbetrifft. Das Bundesgericht kann es sich da möglicherweise einfacher machen; nachher gibt es ja nur noch die grundrechtliche Kontrolle von Strassburg. Ich verstehe diesbezüglich auch Äusserungen, die heute von Seiten der Gerichtsschreiber gemacht wurden. Ich habe gewisse Mühe mit einer Abschreibung gestützt auf einen Vergleich,

soweit es nicht um Fälle aus Materien geht, die sich klarerweise für eine Verhandlungslösung eignen. Ich denke z.B. an das Enteignungsrecht oder das Haftungsrecht. In allen anderen Bereichen arbeiten wir in Schaffhausen daher mit Wiedererwägung und Rückzug oder Teilrückzug. Eben, ich finde es sehr schade, dass auf Bundesebene, trotz meiner Kritik vor fünfundsiebzig Jahren, der Art. 58 VwVG immer noch mit demselben Inhalt fortbesteht. Im baurechtlichen Verfahren hat es sich auch bewährt, dass wir sogar kleinere Projektänderungen auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vornehmen können (vgl. dazu Art. 73 des Schaffhauser Baugesetzes vom 1. Dezember 1997 [SHR 700.100]). Wir haben einmal sogar in einem Fall einer grösseren Einfamilienhaus-Überbauung in einem verwaltungsgerichtlichen Entscheid aufgrund eines entsprechenden Angebots der Baugesuchstellerin am durchgeführten Augenschein eine Verbreiterung einer bisherigen, zu schmalen Erschliessungsstrasse bewilligt. Dies natürlich nach einer entsprechenden Ausschreibung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und mit Zustimmung der Strassenbau-Bewilligungsbehörde. Der Anwalt der beschwerdeführenden Nachbarn war damit nicht einverstanden. Er rügte, wir hätten das Baubewilligungsverfahren und das Strassenbauverfahren vermischt und die Baugesuchstellerin unzulässigerweise bevorzugt. Das Bundesgericht fand jedoch, nach Art. 46 des Schaffhauser Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 20. September 1971 (SHR 172.200) dürfe das Obergericht über die Anträge der Parteien hinaus gehen. Es sei im Übrigen im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips, wenn die erforderliche minimale Verbreiterung der Erschliessungsstrasse angeordnet statt einfach eine Baubewilligung verweigert worden sei (Bundesgerichtsurteil Nr. 1P.16/2000 vom 29. März 2000).

THOMAS PFISTERER: Sehr herzlichen Dank. Sie sehen wieder, wie breit die Palette der Möglichkeiten ist. Noch einmal, ich bin der Letzte, der sagt, Konsenslösungen seien ein Wundermittel. Aber ihre Möglichkeiten sind grösser, als viele auf den ersten Blick annehmen. Jetzt ist das Wort frei. Das Wort ist frei für Sie, seien es Fragen oder seien es Bemerkungen, was wünschen Sie? Benutzen Sie auch die Anwesenheit des deutschen Gastes.

THOMAS FLUCHER: Ich stelle in der Schweiz fest, die Mediation findet im öffentlichen Bereich vor allem konzentriert auf einige Sachgebiete statt: Ganz viel im Bereich Bauplanung, Umwelt, einige in benachbarten Gebieten. Ganz wenig höre ich aus dem ganzen Sozialwesen, Gesundheitswesen usw. Wie sieht das bei Ihnen aus, Herr Apell?

GÜNTER RICHARD APELL: Mein Blick war im Referat, bei den Beispielfällen, natürlich ein bisschen von der zweiten Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen geprägt; bei uns geht es eher um grössere Verfahren. Aber es ist so, dass wir, insbesondere auch in der ersten Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Mediation einsetzen. Das trifft auch zu auf Verfahren, sagen wir einmal mit sozialem Bezug. Freilich ist die ganze Sozialhilfe inzwischen bei der

Sozialgerichtsbarkeit. Wo gerichtsnahe Mediation in den Sozialgerichtsbarkeiten, in den Landessozialgerichtsbarkeiten angeboten wird, hat sie teilweise grossen Erfolg. Ein Grund besteht darin, dass dort natürlich wegen der Masse der Verfahren ein hoher Druck besteht.

MURIEL BECK KADIMA: Auch ich hätte eine Frage an Herrn Apell. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie gesagt, dass die Verfahren mit Mediation länger dauern. Und trotzdem gibt es immer mehr Kollegen und Kolleginnen, die diese Verfahren anwenden. Was ist ihre Motivation? Die Zufriedenheit der Rechtsschutzsuchenden? Welche Motivation steckt dahinter?

GÜNTER RICHARD APELL: Vielleicht haben Sie mich falsch verstanden. Man kann nicht sagen, dass Mediationen länger dauern; es ist sehr unterschiedlich. Teilweise können Mediationen Verfahren deutlich beschleunigen, etwa wenn in Verfahren grosse Aufklärungsarbeit, bei der die Parteien helfen können, stattfinden muss. Mediationen können auch länger dauern, wenn es um Klagen geht, die aus relativ einfachen formalen Gründen keinen Erfolg haben können. Häufig ist der Antrieb für Kollegen, Verfahren in die Mediation zu geben, dass so befriedigendere Ergebnisse erzielt werden können. Jeder Richter hat wahrscheinlich schon einmal dieses Gefühl gehabt, dass er mit seinem Urteil «Steine statt Brot» anbiete, bzw. dass (einfache) Urteile nicht immer befriedigen. Entscheidend ist für die Wahl des Mediationsweges am Ende einfach häufig, dass ihn die Beteiligten wollen. Diesen Willen wird man bei Gericht achten.

THOMAS PFISTERER: Vor einem Jahr hatten wir an der Generalversammlung von GEMME einen Kollegen aus der Projektleitung von Niedersachsen und die zuständige Ressortleiterin aus den Niederlanden als Referenten zu Gast. Beide haben von wesentlich kürzeren Verhandlungsfristen gesprochen als im normalen Verfahren. Sie haben von Wochen statt Monaten und Jahren gesprochen. Zwei, drei Sitzungen, die innert ein paar Wochen stattfinden, das ist ein Teil der «Belohnung». Man könne den Parteien sagen, sie erhielten rasch einen Entscheid, wenn sie sich einigen. Das sei ein «Zuckerlein», damit die Lösung zustandekommt.

GÜNTER RICHARD APELL: Das ist sicherlich so, grundsätzlich auch die Regel, dass, Mediationsverfahren schneller zu einem Ende führen als Prozessverfahren.

THOMAS PFISTERER: Das trifft in meiner praktischen Erfahrung zu. Bei der Mediation kommt man innert nützlicher Frist zu einem Ziel. Das ist befriedigend. Es gibt aber auch Mediationen, die misslingen. Das ist klar.

CHRISTOPH AUER: Ich bin trotz den sehr interessanten Ausführungen von Herrn Apell immer noch ein bisschen skeptisch und möchte das Stichwort von Herrn Zimmermann noch einmal aufnehmen: Wie steht es mit dem zwingenden öffentlichen Recht, das ja grundsätzlich nicht verhandelbar ist? Die Verwaltungsrechtspflege hat nicht bloss zur Aufgabe, einen

Rechtsstreit zu erledigen. Dafür wären die Mediation und der Vergleich in der Tat ideal. Vielmehr geht es ja auch darum, das zwingende öffentliche Recht korrekt anzuwenden. Zusätzlich sei auf die Problematik der Rechtsgleichheit verwiesen. Wenn wir z. B. alle Altlastensanierungen nur unter den Parteien im kleinen Kämmerlein verhandeln und erledigen, dann findet keine Rechtsfortbildung durch die Justizbehörden mehr statt. Ist das nicht auch ein Problem mit Bezug auf die Rechtsgleichheit? Wurden dazu in der Lehre Bedenken laut, auch in Deutschland? Wie würden Sie das beurteilen?

GÜNTER RICHARD APELL: Das zwingende Recht gilt natürlich auch für den Beteiligten in einer Mediation, auch für die Behörde. Keine Behörde würde dort bewusst gegen öffentliches Recht verstossen; das tun sie auch nicht. Trotzdem lassen sich wesentlich häufiger kooperativ Lösungen finden, als oft angenommen wird, Lösungen, die die Regeln des öffentlichen Rechts nicht verletzen. Da kann man auch den Beteiligten ein gewisses Vertrauen, eine gewisse Verantwortung zubilligen. Die Behörde muss immer, wo sie zuständig ist, für die Einhaltung des öffentlichen Rechts sorgen, auch bei Mediationen.

ARNOLD MARTI: Auf die Frage von Christoph Auer noch ein Hinweis, der für alle diese Regelungen gilt: für Art. 33b VwVG, aber auch für die neueren Spezialregeln im Umwelt-, Natur- und Heimatschutzrecht im Zusammenhang mit Vereinbarungen mit Verbänden (vgl. Art. 55c USG und Art. 12d NHG) oder für Art. 50 ATSG im Sozialversicherungsbereich. Sie setzen voraus, dass eben nicht einfach «vereinbart» und durch Vergleich abgeschrieben werden kann. Es wird eine Verfügung erarbeitet und erlassen, die zwar die Vereinbarung aufnimmt, aber wo auch geprüft werden muss, ob die zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts eingehalten sind. Und das muss man natürlich ernst nehmen.

ANDREA STAUBLI: Ja, ich möchte gerne an den Hinweis von Thomas Pfisterer zu Niedersachsen anknüpfen. Die Frage geht an Sie, Herr Apell: Von Niedersachsen haben wir von der «gerichtsinternen Mediation» gehört. Machen Sie eine Unterscheidung zwischen der «gerichtsnahen Mediation» und der «gerichtsinternen Mediation». Das wäre die erste Frage und die zweite Frage, wie lange dauert bei Ihnen eine Mediation? In Niedersachsen, haben wir gehört, gibt es die Schnellmediation; die geht etwa zwei, drei Stunden.

GÜNTER RICHARD APELL: Ich mache jeweils keinen Unterschied zwischen der gerichtsnahen und gerichtsinterner Mediation, wenn ich erläutere, was es ist. Ich meine die Mediation, die durch Richter ausgeübt wird, die als Mediatoren fortgebildet sind, aber selber in der fraglichen Streitsache nicht als Richter amtieren. Das wird teilweise als «gerichtsnah», teilweise als «gerichtsinterne» Mediation bezeichnet. Die Begriffe werden nicht immer einheitlich verwendet. «Gerichtsnah» (nicht «gerichtsintern») kann man das nennen, was Sie in der Schweiz diskutieren, nämlich die Benennung eines neutralen Dritten, den das Gericht (oder die Verwaltung) einsetzt.

HEINZ AEMISEGGER: Ich will zur Problematik der Rechtsgleichheit, die Herr Auer aufgegriffen, beifügen: Ich gehe jeden Fall, der sich eignet, mit einem mediationsähnlichen Ansatz an. Da führe ich einen Augenschein durch, eine Instruktionsverhandlung in Lausanne usw. Aber es sind am Bundesgericht eben wenige Fälle, die sich für ein solches Vorgehen eignen. Deshalb kann sich bei uns niemand beklagen, wir hätten uns in seinem Fall nicht so bemüht, wie wir dies in anderen Fällen getan haben.

THOMAS PFISTERER: In der Zeit, in der ich in der Kantonsregierung war, Herr Auer, habe ich dieses Problem der Rechtsgleichheit erlebt. In welchen Fällen kann man sich Zeit für eine konsensuale Lösung nehmen und wo eben nicht? Es gab mehr geeignete Fälle, als wir kapazitätsmässig bewältigen konnten. Wie kann man diese Kapazitäten rechtsgleich aufteilen?

GÜNTER RICHARD APELL: Darf ich einen kleinen Widerspruch zu Herrn Aemisegger anfügen, bei allem Respekt vor Ihren Erfahrungen. Aber ich kann einfach nur sagen, man sieht es den Fällen nicht wirklich an, ob sie geeignet sind oder nicht; es kommt auf den Einigungswillen der Parteien an. Immer wenn ich in die Mediation komme, liegen die Dinge anders, als es nach den Akten schien. Und wenn ich mir vor einer Mediation überlege, was könnte dabei herauskommen, dann stimmt das selten überein mit dem, was nachher passiert.

THOMAS PFISTERER: Zu dieser Aussage gibt es Stützen in der Literatur in Deutschland. - Damit können wir abschliessen mit bestem Dank an die Podiumsteilnehmerinnen und Teilnehmer sowie an Sie, sehr geehrte Damen und Herren, die aus der Runde des Saals mitgemacht oder zugehört haben.

* * *