

Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG



THOMAS PFISTERER
Prof. Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt, Baden/Aarau

Inhaltsübersicht

1. Zusammenfassung: kein Wundermittel, aber eine sinnvolle Ergänzung
2. Vermehrte Öffnung zu Konsensprozessen – nicht so neu
 - 2.1. Die Welt verändert sich – «konferieren statt prozessieren»
 - 2.2. Das neue Angebot gilt – umfangreiche Verfahrensreform des Bundes
3. Konsensarbeit als Teil moderner Verwaltung
 - 3.1. Neue Herausforderungen und bisheriges Recht – Kooperation und Hierarchie
 - 3.2. Chancen für eigenständige Verwaltungen – bei Eignung im Einzelfall
4. Gründe und Ziele für Einigung und Mediation
 - 4.1. Problemlösungspotential, Selbstverantwortung und Parteeinfluss
 - 4.2. Entlastung – «rascher und billiger»
 - 4.3. Konfliktvermeidung
 - 4.4. Vergleiche mit dem Ausland
5. Einigung und Mediation zur Erarbeitung einer Verfügung
 - 5.1. Entscheidvorbereitung, Freiwilligkeit und (Rechts-)Schutz
 - 5.1.1. Von der Einigung zur Verfügung
 - 5.1.2. Freiwilligkeit und «Ausstieg» – kein Zwang
 - 5.1.3. Schutz und Rechtsschutz des Einzelnen
 - 5.2. Einigung durch Verständigung
 - 5.2.1. «Einigung» und «Mediation» auseinanderhalten – Ziel und Mittel
 - 5.2.2. Die «gütliche Einigung» – «Kuchenerweiterung», Rechtsmittelverzicht und Kostenverteilung
 - 5.2.3. Teileinigung, Sachverhaltsvereinbarung und Verfahrensgerechtigkeit
 - 5.3. Mediation: Konsenshilfe zu Verfahren und Inhalt
 - 5.3.1. Mediator oder Mediatorin – Fachkunde und Neutralität
 - 5.3.2. Verfahrens- oder Inhaltshilfe – keine Entscheidbefugnis
 - 5.3.3. Vertraulichkeit mit besonderen Grenzen
 - 5.4. Verhandlungen
6. Einigung durch behördliche Schlichtung – möglichst «mediationsgeleitet»
 - 6.1. Die Schlichtungstätigkeit – Organisation und Beitrag der Kantone
 - 6.2. Die «einfache» und die «mediationsgeleitete» Schlichtung
 - 6.3. Mediation als Grundfähigkeit moderner Verwaltungen – «Koordination Mediation Schweiz»

7. Integration von Einigung und Mediation in die Rechtsordnung
 - 7.1. Anwendungsbereich von Art. 33b VwVG und von anderen Bundesgesetzen
 - 7.1.1. Innerhalb und ausserhalb des Verfahrens
 - 7.1.2. Verhältnis zu anderen Bundesgesetzen – VwVG-konforme Auslegung
 - 7.1.3. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht
 - 7.2. Entscheidungsspielräume – kein besonderes Gesetz, aber Erleichterungen
 - 7.3. Bindung an das Recht und ihre Konkretisierungen
 - 7.3.1. Blosser Schnittstellenregelung
 - 7.3.2. Rechtsbindung
 - 7.3.3. Konkretisierung für Konsenslösungen – Rechtsgleichheit
 - 7.3.4. Kein Einfallstor für die Politik, keine Betroffenen-demokratie – Öffentlichkeitsarbeit
 - 7.4. Rechtsanwendung durch die Behörde – Mitgestaltung der Parteien
 - 7.4.1. Rechtsanwendung durch Kooperation und Konsens – Mitgestaltung
 - 7.4.2. Doppelrolle der Behörde und ihre Unabhängigkeit
 - 7.5. Einführung des Rechts in die Verhandlungen – Rechtsgespräch
8. Die Wahl des optimalen Lösungsweges
 - 8.1. Kein Rechtsanspruch auf Konsensprozesse, ebenso kein Belieben der Behörde
 - 8.2. Auswahl der geeigneten Art der Entscheidvorbereitung
 - 8.2.1. Überblick über die Möglichkeiten
 - 8.2.2. Eignungsprüfung
 - 8.3. Behördlicher und privater Einfluss auf das Verfahren
 - 8.3.1. Behördliches Verfahrensmanagement, «Parteien» und Verfahrensvereinbarung
 - 8.3.2. Information, Beratung und Empfehlung – kein Zwang
 - 8.3.3. Kostenfolgen und Kostenanreize
 - 8.4. Auswahl zwischen Mediation und Schlichtung und Vergleich
 - 8.4.1. Schlichtung im Normalfall und Mediation bei besonderen Verhältnissen
 - 8.4.2. Mediation oder Vergleich

1. Zusammenfassung: kein Wundermittel, aber eine sinnvolle Ergänzung

Das Verfahrensrecht des Bundes öffnet sich für Konsensprozesse, u. a. mit Art. 33b VwVG. Es fragt sich, wie eine

Dieser Aufsatz war die Unterlage für das Referat, gehalten an der Mediationstagung «Einigung und Mediation im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren» des Bundesverwaltungsgerichts, des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, der Schweizerischen Richtervereinigung für Schlichtung und Mediation (GEMME) und des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, am 10. Juni 2010 in Aarau. Die Referate und Protokolle dieser Tagung erscheinen in der Schweizerischen Richterzeitung vom 24.11.2010 «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4 (<http://richterzeitung.weblaw.ch/content/edition.aspx?id=837>).

moderne Verwaltung Konsensarbeit sinnvoll im Spannungsfeld zwischen neuen Herausforderungen, neuen Handlungsmöglichkeiten und bisherigem Recht, zwischen Kooperation und Hierarchie einsetzen soll (Ziffern 2 und 3). Dazu sind Einigung und Mediation zu diskutieren, deren Gründe und Ziele sowie deren Rolle bei der Erarbeitung von Verfügungen; besonders wichtig ist die Verstärkung der behördlichen Schlichtung durch mediationsgeleitete Arbeit (Ziffern 4 bis 6). Dann folgt die Integration von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG sowie in die Praxis zu verwandten Bundesgesetzen. Abschliessend ist nach der Wahl des jeweils optimalen Lösungsweges zu fragen (Ziffern 7 und 8).

Einigung und Mediation sind kein Wundermittel, ebenso wenig eine rechtsstaatliche oder demokratische Gefahr. Sie bieten der modernen Verwaltung eine Chance, um je nach Einzelfall zusammen mit den Parteien eine bessere, raschere und billigere Aufgabenerfüllung zu erreichen.

2. Vermehrte Öffnung zu Konsensprozessen – nicht so neu

2.1. Die Welt verändert sich – «konferieren statt prozessieren»

«Zuerst schlichten, dann richten» ist das Motto der Zivilprozessordnung¹. Schlichtung und Mediation sind für die Zivilprozessordnung eine «wünschbare Innovation»²:

«Die Gerichte sollen nicht vorschnell angerufen werden. Vielmehr sollte der Gang vor Gericht erst die letzte Eskalationsstufe eines Konfliktes sein. Ein Gericht ist kein beliebiger Dienstleistungsbetrieb, ausgerichtet auf möglichst viele Kundenkontakte und hohen Umsatz. Das Gericht ist und bleibt eine Autorität. Es weist erst dann den Weg, wenn die Betroffenen nicht mehr imstande sind, allenfalls mit Hilfe Dritter selber einen Weg zu finden. Die einvernehmliche Lösung eines Problems hat daher klar im Vordergrund zu stehen. Das entlastet nicht nur die Gerichte, sondern dient auch den Parteien: Einvernehmliche Lösungen bringen meist nachhaltigere und günstigere Lösungen, zumal sie auch Gesichtspunkte einbeziehen können, die ein Gericht nicht berücksichtigen dürfte.»³

Die Welt verändert sich: Mehr Individualisierung und Ausrichtung auf die Zukunft, weniger Autorität, mehr Unzufriedenheit über Verwaltung und Justiz, ein verstärkter Ruf nach mehr Selbstverantwortung der Parteien und Partizipation, Effizienz, Qualität usw. Solche Veränderungen in Gesellschaft und Staat fliessen in Reformen des Verfahrensrechts ein. Eine Prozessordnung ist mehr als eine Liste von

behördlichen Befugnissen. Sie soll ein Dienstleistungsauftrag sein und den Privaten zeigen, wie sie künftig mit der Behörde zusammen Lösungen erreichen können⁴. Seit Urzeiten setzen die Menschen dem Richten die Vermittlung, das Schlichten voran, hierzulande vorab seit dem 18./19. Jahrhundert mit einem separaten Schlichtungsorgan, oft dem «Friedensrichter»⁵. Das neue Recht knüpft an die allgemeine Geschichte von Vermittlung und Schlichtung⁶, die schweizerische Vermittlungs-, Verständigungs- und Friedensrichtertradition⁷, bisherige Spezialgesetze des Bundes (hinten Ziffer 7.1.2) und eine umfangreiche Literatur⁸ an.

Die Verwaltungsrechtspflege insbesondere entwickelt sich entsprechend zwischen mehr Erwartungen an den Staat, neuem Handlungsbedarf, einer Abnahme des Steuerungspotentials des Gesetzes und der Mittel des Staates sowie seiner Reduktion auf eine Gewährleistungs- und Vermittlerrolle

⁴ Etwa Botschaft ZPO, vorab 7231 f., 7242 f.; dazu: IVO SCHWANDER, Mediation und Rechtssystem, in: Alex von Sinner/Michael Zirkler (Hrsg.), Hinter den Kulissen der Mediation. Kontexte, Perspektiven und Praxis der Konfliktbearbeitung, Bern/Stuttgart/Wien 2005, 63 ff.; DERS., Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen? (Zivilprozessordnung), in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, 2004/1, 3 ff.; KARSTEN-MICHAEL ORTLOFF, Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Assmann/Rainer Pietzner, Kommentar zur VwGO, 20. A., München 2010, Kommentar zu § 104 Rz. 20.

⁵ Botschaft ZPO, 7242; EUGEN HUBER, Das Friedensrichteramt und die gewerblichen Schiedsgerichte im schweizerischen Recht. Bericht zu Handen des Justizdepartements des Kantons Basel-Stadt, Basel 1886, 9 ff.; KARIN FISCHER, Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde. Eine Institution im Spannungsfeld zwischen Tradition und Moderne; am Beispiel des Kantons Zürich (Friedensrichteramt), Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Heft 153, Zürich 2008, 3 ff.

⁶ Botschaft ZPO, 7252 ff.; CHRISTOPHER MOORE, The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict, 3. A., San Francisco 2003, 20 ff.; JOSEPH DUSS-VON WERDT, homo mediator. Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, 24 ff.; MARCUS HEHN, Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. A., München 2009, 175 ff. In der neuen Zivilprozessordnung wird die Schlichtung besonders wichtig, schon 2004 etwa JEAN A. MIRIMANOFF, Mort ou renaissance de la judiciaire en Suisse?, in: ZSR NF 123 (2004) I 529 ff.; PHILIPP S. GELZER/PETER RUGGE, Kommentar Art. 213–218, Rz. 1 ff., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.

⁷ Botschaft ZPO, 7242, 7243; für das Verhältnis Bund Kantone: Art. 44 Abs. 3 BV.

⁸ JEAN MIRIMANOFF/MARCO PONS (Hrsg.), Amicable Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, Conciliation/Resolution Amicable des Différends/Einvernehmliche Streiterledigung. Verhandlung, Mediation, Schlichtung. Auswählende, eingeordnete und alphabetische Bibliographie, mit Internet-Links und der Schweizerischen Mediationsordnung für Wirtschaftskonflikte der Schweizerischen Handelskammern, soll demnächst wieder in www.gemme.ch erscheinen.

¹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (Botschaft ZPO), BBl 2006, 7328 und 7242 (hier: «zuerst verhandeln und schlichten, erst danach richten»).

² Botschaft ZPO, 7233, erläutert in 7241 ff.

³ Botschaft ZPO, 7241 f.

und stärkerer Angewiesenheit auf Kooperation unter den öffentlichen Aufgabenträgern und mit Privaten⁹. Partizipation, Verhandlungen, Einvernehmen, Einsprache, Wiedererwägung, Vergleich, Vertrag, Schlichtung, Konfliktmittler, Einigung und Mediation usw. gewinnen an Boden¹⁰, kurz: «konferieren statt prozessieren»¹¹.

2.2. Das neue Angebot gilt – umfangreiche Verfahrensreform des Bundes

Art. 33b VwVG¹² ist geltendes Recht.

«Art. 33b H^{ter}. Gütliche Einigung und Mediation

¹ Die Behörde kann das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung ei-

nigen können. Die Einigung soll einschliessen, dass die Parteien auf Rechtsmittel verzichten und wie sie die Kosten verteilen.

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

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

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

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

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

Die Verwaltung und das Bundesverwaltungsgericht haben diese «gesetzgeberische Grundentscheidung zu akzeptieren»¹³. Eine Grundsatzdiskussion pro und contra Einigung und Mediation ist obsolet. Heute fragt sich allein, wie sie sinnvoll einzusetzen sind. Der Bund steckt in der umfangreichsten Verfahrens- und Justizreform seiner Geschichte¹⁴. Darin hat der Gesetzgeber auch Konsensbestimmungen integriert, so in Art. 33b VwVG¹⁵. Bei der Anwendung dieser Konsensbestimmungen ist der gemeinsame Gehalt zu beachten (hinten Ziffer 7.1.2).

⁹ PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, Bern/München/Wien 1995, 189 ff., 237 ff., 248 f.; ARTHUR BENZ, *Kooperative Verwaltung. Funktionen, Voraussetzungen und Folgen*, Baden-Baden 1994 (Verwaltung), 63 ff., 305 ff., 310 ff.; DERS., *Der moderne Staat*, 2. A., München 2008 (Staat), 215 ff., 199 ff.; AUGUST MÄCHLER, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege. Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege*, Zürich 2005, 76 ff.

¹⁰ PAUL RICHLI, *Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht*, ZBl 92 (1991), 398 ff.; NOTKER DILLIER, *Vereinfachung und Beschleunigung des Baubewilligungsverfahrens unter Berücksichtigung neuer Formen der Konfliktbewältigung*, in: *Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden*, XI, 1993/1994, 187 ff., 220; HANSPETER PFENNINGER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns. Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts*, Diss. Freiburg 1996, 22 ff.; CHRISTINE GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation. Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Zürich/Basel/Genf 2002, vorab 189 ff.; DIANA MÜRNER, *Gerichtsnaher Zivilmediation. Unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich/Basel/Genf 2005, 22 ff., 80 ff.; weitere Hinweise bei THOMAS PFISTERER, *Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht («konferieren statt prozessieren»)*, in: ZSR NF 121, II, 202, vorab 199 ff., 229 ff.; in Deutschland namentlich KARSTEN-MICHAEL ORTLOFF, *Mediation ausserhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses*, in: NVwZ 2004, 33 ff.; DERS., *Mediation und Verwaltungsprozess*, in: *Haft/Gräfin Schlieffen (FN 6)*, 1007 ff., insbesondere 1028 ff.; BERND HOZNAGEL/ULRICH RAMSAUER, *Mediation im Verwaltungsrecht*, in: *Haft/Gräfin Schlieffen (FN 6)*, 683 ff.; BURKHARD HESS, *Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht*, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, F 64 ff.

¹¹ Z.B. bei PFISTERER (FN 10), 177.

¹² Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG), SR 172.021; Art. 33b wurde eingefügt durch Anhang Ziffer. 10 des Bundesgesetz vom 17. Juni 2005, über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32, in Kraft seit 1. Januar 2007.

¹³ Vgl. zu Art. 50 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), SR 830.1, BGE 9C_658/2009 vom 22.6.2010, E. 2.5.

¹⁴ CHRISTINE GUY-ECABERT, *La Médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: Petite histoire d'un pari sur l'indépendance (Médiation)*, in: AJP/PJA 2009, 47 ff.; THOMAS PFISTERER, *Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht*, in: AJP/PJA 2008, 3 ff.

¹⁵ Art. 33b VwVG geht auf einen Einzelantrag in der Rechtskommission des Ständerats zurück. Zur Entstehungsgeschichte im Übrigen: KARINE SIEGWART, *Art. 33b Rz. 15 ff.*, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *VwVG. Praxis-Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2009; Art. 50 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), SR 830.1, geht ebenso auf einen Kommissionsantrag zurück (Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für Soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999, BBl 1999, 4608 f.).

3. Konsensarbeit als Teil moderner Verwaltung

3.1. Neue Herausforderungen und bisheriges Recht – Kooperation und Hierarchie

Die moderne Verwaltung muss ihren Weg in Spannungsfeldern finden¹⁶. Sie steht vor neuen Herausforderungen, besitzt aber insbesondere mit Art. 33b VwVG auch teils neue kooperative und horizontale Handlungsmöglichkeiten. Die Verwaltung muss dieses neue Potential innerhalb des bisherigen Rechts nutzen. Dieses Recht ist oft hierarchisch und vertikal geprägt sowie primär an der traditionellen Eingriffsverwaltung orientiert. Dennoch brauchen die Konsensprozesse die Verankerung im Recht; sie sind auf seine Orientierungs-, Vermittlungs- und Organisationsfunktion angewiesen. Die Integration in Art. 33b VwVG will die Vorteile der oft eher neuen Konsensprozesse mit den Vorteilen der bestehenden Rechtsordnung (Rechtssicherheit und -gleichheit, Qualitätskontrolle, Rechtsschutz, Vollstreckbarkeit) optimal verbinden. Das Recht legitimiert Einigung und Mediation. Einerseits ermöglicht es die Konsensprozesse; andererseits beschränkt und ordnet es sie ein.

3.2. Chancen für eigenständige Verwaltungen – bei Eignung im Einzelfall

Konsensarbeit bietet der Verwaltung je nach Eignung im Einzelfall einen Schlüssel zu besserer Aufgabenerfüllung. Die Verwaltung gewinnt an Statur und Legitimation gegenüber den Bürgern, Justiz und Politik, wenn sie sich nicht allein, mit Blick «nach oben», auf das für Rechtsmittelentscheide zuständige Gericht konzentriert. Sie tut besser daran, Lösungen schwergewichtig eigenständig mit den Parteien zusammen, «von unten» zu erarbeiten. Sie ist in der besonderen Rolle der ersten Instanz, die die Probleme möglichst frühzeitig, sach- und personennah, mit Blick über die Gesamtheit der Fälle, in optimaler Kommunikation anpackt. Wenn die Verwaltung das Potential dieser speziellen Funktion nutzt, kann sie nicht allein die Gerichte entlasten. Sie kann vielfach unnötigen, oft zufälligen Einfluss der Beschwerdeinstanz und des Beschwerdeverfahrens vermeiden. Ebenso sind die Parteien an solchem Engagement der Verwaltung interessiert; rechtlichen Schutz erfährt oft eher, wer ihn von Anfang

an erhält. Im schweizerischen Volksstaat ist die Verwaltung kein abgehobener Beamtenstand. Sie arbeitet «in enger Berührung mit dem Leben» (FRITZ FLEINER)¹⁷. Verwaltung und Bürger verkehren wie normale Leute untereinander in einer alltagsgerechten Umgangs- und Konfliktkultur¹⁸.

4. Gründe und Ziele für Einigung und Mediation

4.1. Problemlösungspotential, Selbstverantwortung und Parteeinfluss

«Die Behörde kann ... im Einverständnis mit den Parteien» den Konsensweg öffnen (Art. 33b VwVG). Sein «Geheimnis» besteht darin, dass er das gemeinsame Problemlösungspotential und damit die Selbstverantwortung der Parteien optimal auszuschöpfen sucht; das ist der Mehrwert gegenüber dem ordentlichen Verfahren. Die Parteien steuern Wissen, Erfahrung und Kreativität, Sach- und Personennähe bei. Damit gewinnen sie gleichzeitig Einfluss. Sie dürfen, soweit zulässig, über die (formellen) Rechte hinaus ihre Interessen wahren sowie alles sonst für sie Erhebliche (Emotionen, Hintergrund usw.) einbringen¹⁹. Weil sie bei der Erarbeitung der Verfügung dabei sind, können sie die Ungewissheit über das Entscheidungsergebnis reduzieren. Mit der Integration ins Verwaltungsverfahren erreichen sie, dass ihre Einigung rechtlich verbindlich sowie vollstreckbar wird (Art. 33b Abs. 1, 4 VwVG). Freilich müssen sie den Rahmen des Rechts einhalten und den anderen Beteiligten ein Stück weit entgegenkommen; Einigung und Mediation gründen auch auf Mitverantwortung²⁰.

4.2. Entlastung – «rascher und billiger»

Verwaltung und Justiz haben eine volkswirtschaftliche Bedeutung und fordern ökonomisch heraus²¹. Qualität und Öko-

¹⁶ BENZ (FN 9), 305 ff., 313 ff.; ANDREAS ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten. Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert, Bern/Stuttgart 2010, 189 ff., 361 ff., 390 f.; RAINER PITTSCHAS, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, in: RAINER PITTSCHAS/HARALD WALTHER, Mediation im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. Beiträge der «Speyerer Mediationsinitiative», Frankfurt a. M. 2008, 89 ff., 96 f.; weitere Hinweise bei PFISTERER (FN 10), 279, Ziff. 226.

¹⁷ FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat (Volksstaat), in: Fritz Fleiner (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, 150, allgemein 145 ff.

¹⁸ JEAN A. MIRIMANOFF, Une nouvelle culture: La gestion des conflits, AJP/PJA 2/2009, 158; MÄCHLER (FN 9), 107 f., Rz. 43 f.; zur Rolle der ersten Instanz: PFISTERER (FN 10), 261.

¹⁹ ORTLOFF (FN 4), Kommentar zu § 104 Rz. 93 f.; SASCHA FERZ, Der Beitrag der Mediation zur Optimierung von Behördenverfahren im Anlagerecht, in: Franz Merli/Stefan Greimel (Hrsg.), *Optimierungspotentiale bei Behördenverfahren. Das Beispiel Anlagenehmigungen*, Wien 2009, 101 f., 118 f.

²⁰ Zum Hintergrund dieses Wertewandels SCHWANDER (FN 4), 67 ff.; DERS. (FN 4 Zivilprozessordnung), 7 f.

²¹ Belege zur ökonomischen Dimension der Rechtspflege bei THOMAS PFISTERER, Der kantonale Gesetzgeber vor der Reform der Bundesrechtspflege, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis*, 337 ff.;

nomie sind zu optimieren. Einigung und Mediation vermögen den Staat zu entlasten. Die Schweiz hat ein eher teures Justizsystem²². Evaluationen (Art. 170 BV)²³, das Bemühen um Ökonomie der Justiz²⁴, Verfahrensmanagement²⁵ sowie Geschäftslastbewirtschaftung²⁶ sind nötig. Die Verwaltungsrechtspflege ist kein finanzpolitischer Schonbereich.

Zum Sparpotential von Konsenslösungen fehlen hierzu-land genügend Zahlen²⁷. Immerhin ist plausibel, dass sie

zur «ökonomischen Verfahrensaus-Wahlmethode» JÜRIG GIAN SCHÜTZ, *Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Bern 2009, 61 ff.

²² Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (cepej), *European judicial systems*, Edition 2008 (data 2006), *Efficiency and quality of justice*, Strassbourg 2008, Ausgabenübersicht, 44; neuste Daten im Bericht CEPEJ Euro-parat Oktober 2010: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282010%29Evaluation&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>.

²³ WERNER BUSSMANN, *Netzwerk Evaluation in der Bundesverwaltung*, 26. Februar 2008, Bundesamt für Justiz, http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/evaluation/netzwerk/2008-02-26-bussmann-d.pdf (1.10.2010); THOMAS WIDMER, *Leitfaden für Wirksamkeitsüberprüfungen beim Bund. Instrument zur Qualitätssicherung gestützt auf die Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SE-VAL-Standards)*, Bern 2005. Erarbeitet im Auftrag des Bundesamts für Justiz, http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_evaluation/ref_umsetzung_art.html; zu Art. 170 BV: JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 170, Rz. 4, 9; PHILIPPE MASTRONARDI, *Kommentar zu Art. 170, Rz. 3 f., 13*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008 (St. Galler Kommentar).

²⁴ *Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle, Modernes Management in der Justiz. Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates Bern*, 10. August 2001 <http://www.parlament.ch/d/organe-mitglieder/kommissionen/parlamentarische-verwaltungskontrolle/veroeffentlichungen/berichte2001-2002/Documents/ko-au-pvk-justizmanagement.pdf>, vorab 12 ff., 17 ff.; PAUL TSCHÜMPERLIN, *Gerichtsmanagement am Bundesgericht: Stand und Entwicklungstendenzen*, in: Daniel Kettiger (Hrsg.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit*, Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW), Band 44, Bern 2003, 77 ff., vorab 89 ff.

²⁵ KLAUS F. RÖHL, *Court-Management in den USA*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1991, 217 ff.; DERS., *Vom Gerichtsmanagement zur Selbstverwaltung der Justiz*, in: *Deutsche Richterzeitung* 76, (1998), 241 ff.

²⁶ ANDREAS LIENHARD/DANIEL KETTIGER, *Geschäftslastbewirtschaftung bei Gerichten: Methodik, Erfahrungen und Ergebnisse einer Studie bei den kantonalen Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichten*, in: *ZBI* 110 (2009), 413 ff.

²⁷ Zur Diskussion in den USA RAINER KULMS, *Mediation zwischen effizientem Rechtsschutz und Privatisierung der Justiz*

u. U. besser, rascher und billiger sind²⁸. Erstens bringen die Beteiligten ihre Problemlösungskapazität ein, tragen sie die Realisierung besser mit und können sie sich von der Qualität des Verfahrens überzeugen sowie künftige Konflikte vermeiden²⁹. Zweitens kann die Behörde sich besser informieren, das Problemlösungspotential der Parteien nutzen und u.U. die Sachverhaltsermittlung, die Auflagen, die Begründungen usw. reduzieren und die Realisierung befördern, z.B. den Baubeginn beschleunigen. Entlastend kann der Konsensweg auch wirken, wo er komplexe Fälle besser lösen lässt oder wo das positive Recht an Grenzen stösst³⁰.

4.3. Konfliktvermeidung

Der traditionelle Verwaltungs- und Gerichtsentscheid bewältigt meist die Vergangenheit. Einigung und Mediation wollen auch künftige Streitigkeiten vermeiden helfen. Sie befassen sich mit künftigen (Dauer-)Beziehungen der Parteien, z.B. im Personalwesen, in der Nachbarschaft nach Bau- oder Umweltrecht oder mit sich wiederholenden Sachverhalten. Konsensansätze erleichtern es, erst drohende Konflikte (und Emotionen) z.B. über mögliche Immissionen künftiger Erweiterungen einzubeziehen, zu versachlichen und abzuarbeiten. Das Gesetz ebnet diesen Weg in die Zukunft u.a. durch Rechtsmittelverzichte³¹ (Art. 33b Abs. 1 Satz 2 VwVG).

4.4. Vergleiche mit dem Ausland

Einigung und Mediation sind heute international verbreitet³² und in Europa normativ vorgezeichnet durch Empfehlungen des Europarates und (für das Privatrecht) vor allem eine EU-

in den USA, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (Hrsg.), *Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Tübingen 2008, 927 ff., 945 ff.

²⁸ Botschaft ZPO, 7242; CHRISTOPH LEUENBERGER, *Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil: Modell eines einfachen und raschen Verfahrens*, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (Hrsg.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, 51 ff.

²⁹ Zu Vorteilen der konsensualen Streiterledigung zusammenfassend HEINZ AEMISEGGER, demnächst in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.

³⁰ Ein Beispiel: THOMAS PFISTERER, *Konsensarbeit am Baregg: Beschluss zur dritten Tunnelröhre (Baregg)*, in: Thomas Pfisterer, *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich. Vom Familien- über das Wirtschafts- zum Verwaltungsrecht* (Verwaltungsbereich), Zürich 2004, 93 ff.

³¹ Zur Rechtsschutz- und Entlastungsfunktion der Mediation im Verwaltungsverfahren PITTSCHAS (FN 16), 103 f.

³² HESS (FN 10), F 70 ff.; KLAUS J. HOPT/FELIX STEFFEK, *Mediation – Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme*, in: Hopt/Steffek (FN 27), 3 ff.; im gleichen Werk von KLAUS J. HOPT/FELIX STEFFEK finden sich zahlreiche Länderberichte.

Richtlinie³³. Lehrreich ist der Blick etwa in die Entwicklung in den USA³⁴, in den Niederlanden³⁵, in Österreich (Zivilrechtsmediationsgesetz und herausragende Verwaltungsrechtsfälle)³⁶ oder Deutschland (vorab die gerichtsinterne Mediation³⁷).

5. Einigung und Mediation zur Erarbeitung einer Verfügung

5.1. Entscheidungsvorbereitung, Freiwilligkeit und (Rechts-)Schutz

5.1.1. Von der Einigung zur Verfügung

Die Behörde «kann» das Verfahren sistieren, «... damit sich diese (die Parteien) über den Inhalt einigen können»; wenn die «Einigung zustande kommt», macht sie die Behörde «zum Inhalt ihrer Verfügung» und wendet sie die besondere Kostenregelung an (Art. 33 Abs. 1, 4 und 5 VwVG). Art. 33b VwVG bedeutet weder «einigen statt verfügen», noch Privatisierung des Entscheids. Die Einigung ersetzt den ordentlichen Weg nicht, sondern ergänzt ihn durch eine andere Art der Entscheidungsvorbereitung. Die «neuartige», horizontale Einigung wird in eine «bisherige», vertikale Verfügung aufgenommen³⁸. Die Einigung ist lediglich eine Grundlage für die nachfolgende Verfügung. Sie zeigt, welche übereinstimmenden Anträge³⁹ die Parteien stellen⁴⁰ und die Behörde zu prüfen hat (Art. 32 VwVG). Die Einigung entfaltet keine eigene (materiellrechtliche) Wirkung⁴¹. Sie ist kein Vertrag; dazu fehlt die Rechtsgrundlage und der Wille der Parteien sich gegenseitig zu binden. (Willens-)Mängel sind rechtlich nicht relevant⁴²; sie spielen höchstens bei Teilaspekten wie einem Rechtsmittelverzicht eine Rolle⁴³. Erst mit der Verfügung wird der Gehalt der Einigung verbindlich. Immerhin schliesst die Einigung das Risiko einer faktischen Bindung ein; hält sich die Behörde an Zusagen aus dem Einigungsprozess, ist dies rechtlich u.U. nicht begründet⁴⁴.

Die Einigung ist, wenn dazu tauglich, wörtlich oder mit Verweisung auf die Erwägungen in die Verfügung aufzunehmen und (normal) zu eröffnen (Art. 34 f. VwVG). Dazu gehört eine der einschlägigen Problematik entsprechende (zumindest summarische) Begründung⁴⁵.

³³ Europarats-Richtlinie Rec (2001) 09; EU-Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 24.5.2008, Amtsblatt der Europäischen Union L 136/3.

³⁴ Für die Bundesebene vorab der Alternative Dispute Resolution Act, 28 USC – 651; FRANK A. SANDER, Alternative Methods of Dispute Resolution, aus: Perspektive, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen. Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren, Band I, Baden-Baden 1990, 141 ff.; KULMS (FN 27), 404 ff.; VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution. Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 10 (ADR), Diss. Luzern 2005, 3 ff., 63 ff.

³⁵ LIANE SCHMIEDEL, Niederlande, in: HOPT/STEFFEK (FN 27), 329 ff.

³⁶ MARKUS ROTH/DAVID GHERDANE, Österreich, in: HOPT/STEFFEK (FN 27), 105 ff.; z.B. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Umweltmediation im österreichischen Recht. Grundlagen – Potential – Instrumente. Studie, Schriftenreihe des BMLFUW, Band 4/2003, Ziffer II/41 ff., www.umweltnet.at/filemanager/download/8321/ (11.6.2010); LARISSA KRAINER, Das Mediationsverfahren am Flughafen Wien-Schwechat – eine Einführung, in: Larissa Krainer/Peter Heintel/Gerhard Falk (Hrsg.), Das Mediationsverfahren am Flughafen Wien-Schwechat. Dokumentation, Analyse, Hintergrundtheorien, Wiesbaden 2006, 1 ff.; zum Bahnbau im Gasteinertal THOMAS FLUCHER, Konfliktlösung mit Mediation im öffentlichen Bereich, zwei Praxisbeispiele, in: Pfisterer (FN 30, Verwaltungsbereich), 77 ff.

³⁷ JAN MALTE VON BARGEN, Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Tübingen 2008, 70 ff.; HESS (FN 10), F 36 ff., 44 ff.; z.B. Niedersachsen: KATI ZENK/RAINER STROBL/JÖRG HUPFELD/ANDREAS BÖTTGER, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen. Die Evaluation eines Modellversuchs, Baden-Baden 2007, 13 ff., 34 ff.; KATI ZENK, Mediation im Rahmen des Rechts. Eine Herausforderung für die Justiz? Baden-Baden 2008, 81 ff.; WALTHER GOTTWALD, Gerichtsnaher Mediation – Erfahrungen und Lehren aus dem Modellprojekt in Niedersachsen, in: Haft/Gräfin Schlieffen (FN 6), 969 ff.; Hessen: GÜNTER APPEL, Gerichtsnaher Mediation in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, erscheint demnächst in «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4; jüngste Zusammenfassung bei ORTLOFF (FN 4), Kommentar zu § 104, Rz. 79 ff.

³⁸ Vgl. zur direkten Bundessteuer BGE 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1.

³⁹ So ausdrücklich im Verbandsbeschwerderecht Art. 55c Abs. 1 Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG), SR 814.01 und Art. 12d Abs. 1 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG), SR 451.

⁴⁰ Zum Sozialversicherungsrecht BGE 104 V 165 E. 1; analog zur Verrechnungssteuer BVGE 2008/51 E. 2.4.3.

⁴¹ Vgl. zur direkten Bundessteuer BGE 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1; BVGE 2008/51 E. 2.3.2.

⁴² Naturgemäss anders ist die Rechtslage beim privatrechtlichen Vergleich, so BGE 132 III 740 E. 1.3.

⁴³ Zum Rechtsmittelverzicht: MÄCHLER (FN 9), 158, Rz. 4, 260 f., Rz. 4.

⁴⁴ Hinweise bei PFISTERER (FN 10), 193, Ziff. 30, 194, Ziff. 32 f.

⁴⁵ Zu Art. 50 ATSG BGE 135 V 72 E. 2.4 bis 2.5; BGE 9C_658/2009 vom 22.6.2010, E. 2.3 bis 2.5 zu den Anforderungen an die Begründung.

5.1.2. Freiwilligkeit und «Ausstieg» – kein Zwang

Einigung und Mediation setzen das «Einverständnis» (Art. 33b Abs. 1 VwVG) voraus, d.h. Freiwilligkeit⁴⁶. Ohne behördlichen Zwang darf sich jede Partei jederzeit für ein Konsensverfahren entscheiden, auch nach Beginn eines Verwaltungsverfahrens oder erst im Beschwerdeverfahren. Sie darf verhandeln und dem Ergebnis nach Gutdünken zustimmen oder es ablehnen, solange das der Verfahrensablauf gestattet; negative Entscheide dürfen keine Nachteile nach sich ziehen. Freiwilligkeit schafft die Motivation zur Mitarbeit. Ein Zwang zu einer Einigung ist ein Widerspruch in sich und nicht durchsetzbar. Wenn Einigung und Mediation den Parteien Vorteile bringen sollen, dann muss man auf Einsicht und eigenen Antrieb bauen können⁴⁷. Freiwilligkeit gilt nur für die Partei selber. Sie hat keinen Rechtsanspruch auf ein Einigungsverfahren (hinten Ziffer 8.1). Das wäre ein Zwang zu Lasten anderer.

Freiwilligkeit heisst zusätzlich: Jede Partei darf «jederzeit verlangen, dass die Sistierung aufgehoben wird» (Art. 33b Abs. 6 VwVG); sie darf «aussteigen» und ins ordentliche Verfahren wechseln. Natürlich bleibt sie zur allgemeinen Mitarbeit verpflichtet (z.B. Art. 13 VwVG). Aussteigen dürfen die Parteien, solange es der Verfahrensablauf zulässt, jederzeit und ohne Begründung⁴⁸. Deswegen erleiden sie keinen Nachteil (in der Sache). Im Recht auszustei- gen steckt praktisch ein Druckmittel, ein Vetorecht, mit dem jede Partei jederzeit jeden Schritt (z.B. den Einsatz eines Mediators) von ihrer Zustimmung abhängig machen kann.

5.1.3. Schutz und Rechtsschutz des Einzelnen

Verletzt z.B. die Behörde, die einen Mediator einsetzt, Ausstandsregeln, ist dies nicht anfechtbar⁴⁹. Solche Schritte im Einigungs- oder Mediationsprozess bereiten nur eine Verfügung vor. Jede Partei kann sich dagegen selber schützen, indem sie aussteigt. Im Laufe des Verfahrens besteht kein (genügendes, weiter reichendes) Rechtsschutzbedürfnis. Rechtsschutz kann sich erst gegen die Verfügung (Art. 33b Abs. 4 VwVG) richten⁵⁰. Das reicht, auch nach der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)⁵¹.

5.2. Einigung durch Verständigung

5.2.1. «Einigung» und «Mediation» auseinanderhalten – Ziel und Mittel

Der Kern von Art. 33b VwVG ist die Einigung unter den Parteien. Sie ist das Ziel (Art. 33b Abs. 1 und 4 VwVG), die Mediation ein Mittel dazu (Art. 33b Abs. 2 f. VwVG)⁵². Wenn die Parteien ohne Mediation verhandeln und sich einigen können⁵³, umso besser. Die Parteien stehen im Vordergrund, nicht die Mediation oder die Mediatoren.

5.2.2. Die «gütliche Einigung» – «Kuchenerweiterung», Rechtsmittelverzicht und Kostenverteilung

Das Gesetz definiert den Begriff der Einigung nicht. Der Sache nach meint sie die Zustimmung der Parteien zu einem Ergebnis, das die Behörde – möglichst – in die Verfügung aufnehmen darf (Art. 33b Abs. 4 VwVG). Dazu gehören alle für die Verfügung wesentlichen Sachverhalts- und Rechtsfragen. Das Recht steht nicht zur Disposition, auch nicht «Auslegungsfragen»⁵⁴. Die Parteien arbeiten «mit zwei Augen»: Sie trachten nach einem verfügbaren Inhalt, der die Behörde überzeugt (vertikal). Gleichzeitig verständigen sie sich (horizontal). Sie vermeiden, sich wie vor dem Richter kontradiktorisch zu «bekämpfen». Sie versuchen, sinnvoll zu kommunizieren (Umgang mit Emotionen, Hintergrund der Auseinandersetzung usw.⁵⁵) und sich gegenseitig zu «verstehen», um sich «gütlich» (Randtitel von Art. 33b VwVG) zu verständigen. Die «Verständigung» enthält mehr als die Meinungen einer Mehrheit. Ihr Gehalt sind Qualitäten; sie ist ein Ergebnis, mit dem alle «leben», in dem sich alle «finden» können, auch «Minderheiten» und Einzelne.

Verständigungen lassen sich durch Tausch (Austausch von Vor- oder Nachteilen), durch Konzentration auf gemeinsame Interessen (Ausklammerung von Differenzen) oder durch neue, innovative Lösungen finden, indem die Beteiligten den «Kuchen», das Verfahren um Anliegen erweitern, die sonst Benachteiligte bevorzugen; alle sollen gewinnen

⁴⁶ Vgl. für die ZPO: Botschaft ZPO, 7336; zusammenfassend etwa VON BARGEN (FN 37), 18 ff.

⁴⁷ WALTHER GOTTWALD, Staatliche Massnahmen zur Förderung aussergerichtlicher Mediation – empfiehlt sich eine verordnete Mediation?, in: AJP/PJA 5/2007, 611 f., 615, 616 f.; DERS. (FN 37), 441 f.; MÜRNER (FN 10), 176 ff.

⁴⁸ Wie beim Urteilsvorschlag, Art. 211 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

⁴⁹ Vgl. einen Fall zu Art. 26 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251, in: BGE 2C_732/2008 vom 24.3.2009, E. 2.3.3.

⁵⁰ Zum KG: BGE 135 II 68 f. E. 3.1.2 f.; zur direkten Bundessteuer BGE 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1 und BVGE 2008/51 E. 2.4.

⁵¹ Hinweise bei THOMAS PFISTERER, Kommentar zu Art. 33b, Rz. 7, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008.

⁵² Vgl. Art. 208 Abs. 1 ZPO zur Schlichtung im Zivilprozess; Botschaft ZPO, 7332; FRITJOF HAFT, Verhandlung und Mediation, in: Haft/Gräfin Schlieffen (FN 6), 70; OTHMAR SCHNEIDER, Grundlegendes zu Einigung und Mediation, demnächst in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.

⁵³ Wie gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8272/2008 vom 14.1.2010 E. J.

⁵⁴ BGE 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1.

⁵⁵ LEO MONTADA/ELISABETH KALS, Mediation. Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage, 2. A., Basel 2007, 144, 186 ff.

(«win-win»)⁵⁶. Solche Zusatzinhalte müssen ihrerseits rechtmässig sein und verfahrensmässig korrekt zustande kommen⁵⁷. Von Gesetzes wegen sind Rechtsmittelverzicht und Kostenverteilung solche «Kuchenstücke» (Art. 33b Abs. 1 Satz 2 VwVG). Der Rechtsmittelverzicht entspricht Treu und Glauben⁵⁸; ohne ihn ist die Einigung oft nicht ernst- und dauerhaft. Hilfreich sind für Verständigungen Kompensationen, Paketlösungen, Vollzugs- oder Umsetzungsregelungen, Teilhabe an der weiteren Bearbeitung, mitunter mehrstufige Prozesse⁵⁹, gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit⁶⁰ und viele andere, phantasievolle Ansätze, die Komplexität reduzieren, Fachwissen oder Kontrollen einbauen, die Vertrauen begründen.

5.2.3. Teileinigung, Sachverhaltsvereinbarung und Verfahrensgerechtigkeit

Mitunter gelingt nur eine Teileinigung. Nicht alle Parteien machen mit oder nicht alle stimmen dem für die Verfügung notwendigen Inhalt zu. Man muss sich mitunter mit einem «möglichst breiten Konsens», einer zweitbesten Lösung begnügen. Die Einigungspartner können beantragen, diese Teileinigung in die Verfügung aufzunehmen (horizontal). Die Behörde muss dann den Rest bis zum Erlass einer (normalen) Verfügung (vertikal) leisten.

Verbreitet ist, dass Behörde und Parteien vereinbaren, die sachverhaltsmässige Abklärung der Verfügung zu beschränken. Dazu liefert die Verwaltungsrechtspflege Grund, weil sie es oft mit einem umfangreichen, komplexen, risikobeladenen, unsicheren Sachverhalt zu tun hat, der zudem kaum oder sehr aufwendig zu untersuchen ist; Experten zu finden, die wirklich neutral sind, kann ebenso schwer sein. Soweit rechtlich haltbar, beharren solche Vereinbarungen nicht auf der objektiven, «letzten» Wahrheit, d.h. auf «unnötigen» Beweismitteln und entsprechenden

Mitwirkungspflichten (Art. 12 f. VwVG)⁶¹, Abklärungsanträgen oder tendenziell unfruchtbarem Aufwand⁶². Sachverhaltsvereinbarungen schliessen eventuell Projektänderungen ein.

Möglicherweise gehen gewisse Verfahrensbeteiligte ganz oder teilweise leer aus. Wenn sie von der Fairness des Verfahrens und der Unvermeidbarkeit des Ergebnisses überzeugt werden, können sie u.U. trotzdem zustimmen⁶³. Sie müssen aber den Eindruck erhalten, dass sie ernst genommen werden und sich die Behörde alle vernünftige Mühe gibt.

5.3. Mediation: Konsenshilfe zu Verfahren und Inhalt

5.3.1. Mediator oder Mediatorin – Fachkunde und Neutralität

Der Ruf nach Vermittlung oder Mediation hat sich in den letzten Jahrzehnten im Verwaltungsverfahren verstärkt⁶⁴. Mediation ist kein Behördenersatz. Sie ergänzt die Einigung. Sie soll Verhandlungs- oder Einigungshindernisse beseitigen, damit sich Problemlösungskapazität und Selbstverantwortung der Parteien besser entfalten können. Das Gesetz definiert den «Mediator» nicht. Er tritt gleichsam zwischen die Parteien und zwischen sie und die Behörde. Der Mediator nimmt in besonderer Funktion zusätzlich an den Verhandlungen teil. Die Behörde «kann» (Art. 33b Abs. 2 VwVG) einen Mediator (oder immer auch eine Mediatorin) einsetzen. Sie klärt z.B. in einem Einstiegsgespräch (hinten Ziffer 8.3.1) ab, ob die Parteien Person, Qualität und Auftrag des Mediators gutheissen oder bei der Wahl einer bestimmten Person «aussteigen» (Art. 33b Abs. 2, 3 und 6 VwVG). Selbst bei Einverständnis aller Parteien darf die Behörde die Mediation ausschlagen oder einen anderen Weg wählen, je nach Einigung usw. (hinten Ziffer 8.1).

⁵⁶ Vgl. Art. 201 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Art. 73 Abs. 2 Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP), SR 273, dazu HEINZ AEMISEGGER (FN 29), 3, 5; ROGER FISHER/WILLIAM URY/BRUCE M. PATTON, Das Harvard-Konzept. Der Klassiker der Verhandlungstechnik, Frankfurt/New York, 23. A., 2009, vorab 93 (erstmalig englisch mit dem Titel «Getting to Yes» 1981 in Boston/Mass. erschienen).

⁵⁷ Zum Beschwerdeverfahren Art. 32 VwVG; PATRICK SUTTER, Kommentar zu Art. 32, Rz. 12, in: Auer/Müller/Schindler (FN 51), 454 ff.

⁵⁸ CHRISTINE GUY-ECABERT, La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral (juridicisation) in: LeGes 2005/2, 97 ff.; DIES., Proposer la Mediation? Examen de la question à partir de quelques arrêts du tribunal administratif fédéral, demnächst, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.

⁵⁹ Z.B. mit Einsatz des Richtplanes (Art. 6 ff. Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG], SR 700); Hinweise bei PFISTERER (FN 10), 260 ff.

⁶⁰ PFISTERER (FN 10), 265 Ziffer 189.

⁶¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7605/2007 vom 10.8.2009, E. 5.2.1 bis 5.2.3 (Asylrecht); CHRISTOPH AUER, Kommentar zu Art. 13, Rz. 23 ff., in: Auer/Müller/Schindler (FN 51), 223 ff.

⁶² Zum Steuerrecht: schon BGE 119 Ib 437 f. E. 4; BGE 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1 und BVGE 2008/51 E. 2.3.2/2.4.3; zum ATSG: UELI KIESER, Kommentar zu Art. 50, Rz. 6, ATSG-Kommentar, 2. A., Zürich 2009.

⁶³ Das Verfahren kann die Unbestimmtheit der rechtlichen Vorgabe kompensieren, so auch BGE 127 V 435 E. b/cc; zur Verfahrensgerechtigkeit: KLAUS F. RÖHL, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick, in: ZfR Soz 14 (1993), 1 ff.; zusammenfassend MÄCHLER (FN 9), 99 ff.; betreffend Konsensverfahren Hinweise bei PFISTERER (FN 10), 188 f., 199.

⁶⁴ Im deutschsprachigen Raum vorab WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Konfliktmittler in Verhandlungen, in: Forum Rechtswissenschaft, Band 22, Heidelberg 1989, 7 ff.; BENZ (FN 9), 326 ff.

«Mediator» ist eine natürliche Person, die sachkundig und neutral ist (Art. 33b Abs. 2 VwVG). «Mediator» ist kein Amt und keine geschützte Berufsbezeichnung⁶⁵. Mediator ist, wem die Behörde und Parteien vertrauen. Die Qualifikation setzt keine besondere Ausbildung oder Zertifizierung voraus; sie sind aber gute Entscheidungshilfen. Qualität kann sich ebenso aus der Erfahrung ergeben. Die «Fachkunde» meint die Eignung des Mediators, in einem Fachgebiet (z.B. der Geologie bei einem Kiesabbau) oder als Generalist der Konfliktlösung. Eignung schliesst Effizienz ein, d.h. Zeit und Verfügbarkeit. Mit Mediation kann man sich im Einzelfall eine zusätzliche (Verwaltungs-)Stelle einrichten. «Neutralität»⁶⁶ bedeutet Unabhängigkeit (z.B. kein Mandat einer Partei) und Unparteilichkeit (z.B. keine Nachbarschaft zum Projektstandort), aber auch Bindung nur an Gesetz und Auftrag der Behörde (Art. 33b Abs. 3 Satz 1 VwVG); der Mediator erhält keine Weisungen einer einzelnen Partei, lässt sich von keiner Partei einziehen, verzichtet auf Werturteile usw.

5.3.2. Verfahrens- oder Inhaltshilfe – keine Entscheidungsbefugnis

Der Mediator leistet Konsenshilfe⁶⁷. Er entscheidet nicht. Er ist Lotse, nicht Kapitän. Er nimmt nur beratend Einfluss. Trotz Neutralität dient der Mediator der «Förderung» der Einigung (Art. 33b Abs. 2 VwVG), aber «allparteilich», nicht einseitig⁶⁸. Je nach «Auftrag» (Art. 33b Abs. 3 VwVG) leistet der Mediator Verfahrenshilfe (Organisation von Verhandlungen, Kommunikation usw.) oder Inhaltshilfe (Voraussetzungen zu selbstverantwortlichen Lösungen, Sachverhalt, Information, eventuell Lösungsmöglichkeiten usw., möglichst keine Lösungsvorschläge). Er darf teilweise Beweise abnehmen (Art. 33b Abs. 3 VwVG). Er entlastet die Verwaltung; er bestellt gleichsam für den Einzelfall eine zusätzliche Verwaltungsstelle. Dafür muss sie den Mediator unterstützen, ihn unter ihren «Schirm» nehmen, arbeiten lassen, z.B. ihm einen Augenschein ermöglichen (Art. 33b Abs. 3 VwVG)⁶⁹.

5.3.3. Vertraulichkeit mit besonderen Grenzen

Um das Problemlösungspotential auszuschöpfen, bedingt Mediation Vertraulichkeit. In ihrem Schutz sollen die Parteien ihre Informationen, die «Hintergründe», ihre Vorstellungen und Lösungsbeiträge auf den Tisch legen. Wenn sie negative Folgen (z.B. im späteren Verfahren oder wegen Offenlegung von Betriebsgeheimnissen später im Markt) be-

fürchten, werden sie das unterlassen. Indem das Gesetz dem Mediator das Zeugnisverweigerungsrecht einräumt (Art. 16 Abs. 1^{bis} VwVG), setzt es Vertraulichkeit voraus⁷⁰. Dennoch müssen die rechtsstaatlichen und demokratischen Kontrollen gelten⁷¹. Mediation ist nicht geheim. Sie ist aber möglichst vertraulich zu führen, ohne sie den rechtlichen Anforderungen der Offenheit ganz zu entziehen. Zwischenlösungen sind meist möglich; gelegentlich kann Öffentlichkeitsarbeit die Einigung sogar befördern⁷². Die Vertraulichkeit ist einer der Bereiche, die die Verfahrensvereinbarung (hinten Ziffer 8.3.1) präzisieren sollte.

5.4. Verhandlungen

Eine Einigung kommt durch Verhandlungen zustande. Zunächst neigen die Verhandlungsteilnehmer im Alltag dazu, intuitiv (juristische) Positionen zu verteidigen oder zu bestreiten, die Partner zu überreden usw. Namentlich die neuere Verhandlungslehre⁷³ unterstreicht, wie stark Einigungschancen durch eine zweite Stufe möglichst rationaler, an sachlichen Regeln orientierter Verhandlungen befördert werden. Für deren Leitung lassen sich «Regeln für Verhandlungsmanager» entwickeln⁷⁴. Diese rationalen Verhandlungen greifen weiter aus: Soweit verfahrensmässig zulässig, bringt jeder seine Anliegen, Interessen, Vorschläge ein, drückt auch sei-

⁶⁵ Vgl. für die ZPO Botschaft ZPO, 7335; PFISTERER (FN 14), 16.

⁶⁶ PITTSCHAS (FN 16), 91.

⁶⁷ PFISTERER (FN 51), N 39; STEPHAN BREIDENBACH, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995, 169 ff.; vgl. auch PITTSCHAS (FN 16), 90 ff.

⁶⁸ MONTADA/KALS (FN 55), 45 ff.

⁶⁹ PFISTERER (FN 10), 277, Ziffer 221; ähnlich SIEGWART (FN 15), Rz. 54.

⁷⁰ Art. 205 ZPO schreibt für das Schlichtungsverfahren Vertraulichkeit vor; interessant etwa Art. 6 Abs. 2 Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden (KRG) vom 6. Dezember 2004, Bündner Gesetzessammlung 801.100 (mit Art. 2 Abs. 1 der Verordnung, KRV); allgemein zur Vertraulichkeit: HOPT/STEFFEK (FN 32), 39 ff.; VON BARGEN (FN 37), 39 ff.; MEYER (FN 34), 49 ff., 207 ff.; ROBERTO, Art. 216 Rz. 3 ff., in: Zivilprozess: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010.

⁷¹ GUY-ECABERT (FN 10), 251 ff.; SIEGWART (FN 15), Rz. 60.

⁷² In der Praxis finden sich mitunter Zwischenlösungen einer Vertraulichkeit während der Verhandlungen und einer vereinbarten Öffentlichkeitsarbeit nachher, so PFISTERER (FN 10), 264 f.

⁷³ Vorab FISHER/URY/PATTON (FN 56), 25 ff., 41 ff.; LAWRENCE SUSSKIND/JEFFREY CRUIKSHANK, Breaking the Impasse. Consensual Approaches to Resolving Public Disputes, Basis Books 1987, 80 ff., 117 ff.; HAFT (FN 52), 9 ff., 69 ff.; DERS., Intuitive und rationale Verhandlung, in: Haft/Gräfin Schlieffen (FN 6), 100 ff.; MOORE (FN 6), passim.

⁷⁴ HAFT (FN 52), 100 ff., 106. Nach HAFT, a.a.O., 107 f., setzen das deutsche Bundesverwaltungsgericht und (für die Bewältigung der Vielzahl von Klagen gegen die Erweiterung des Frankfurter Flughafens) der Hessische Verwaltungsgerichtshof (VGH) auf die vom Autor vertretenen Unterlagen: FRITJOF HAFT, Der Verhandlungs-Manager – Anleitung zum strukturierten Verhandeln, München 2009, «Normalfall Verhandlungsmanager», namentlich <http://normfall.org/> und <http://www.normfall.de/>. Das ist eine Software, die man zur Vorbereitung von Verhandlungen u. a. Arbeiten von Richtern, bzw. Sachbearbeitern braucht, wie am Hessischen Verwaltungsgerichtshof bestätigt wurde.

ne Emotionen aus und nennt seine Hindernisse. Gleichzeitig anerkennt und berücksichtigt er die anderen, sucht gemeinsame, möglichst zusammenfügbare Interessen, lässt alle ein Stück weit gewinnen und die Verfügung mittragen, ohne Sieger und Besiegte («win-win»). Entscheidend hängt der Verhandlungserfolg von der Kommunikation ab: Wer sich an den gleichen Tisch setzt, erleichtert die Einigungschancen oft. Das ist das Geheimnis des Verhandlungstisches (von Angesicht zu Angesicht).

Verhandeln ist ein Wagnis. Der mögliche Verfügungsinhalt, das Projekt und die Meinungen der anderen kommen auf den Tisch; man kann sie beeinflussen. Aber man muss zugleich die eigenen Karten aufdecken und riskiert Kritik sowie Druck. Da jeder jederzeit aussteigen darf (Art. 33b Abs. 6 VwVG), gilt es stets, alle am Tisch zu «halten». «Schwache» Beteiligte haben Angst vor Verhandlungen; solche gibt es auch in Verwaltungen und Gerichten.

6. Einigung durch behördliche Schlichtung – möglichst «mediationsgeleitet»

6.1. Die Schlichtungstätigkeit – Organisation und Beitrag der Kantone

Häufiger wird im Verwaltungsalltag auch künftig Schlichtung sein, nicht Mediation. Das Ziel ist die Einigung. Die Behörde kann selber eine Einigung suchen, d. h. schlichten, statt dies den Parteien zu überlassen, allenfalls mit Hilfe eines Mediators. Das gilt für Verwaltungen und Bundesverwaltungsgericht. Schlichtung gehört zu den öffentlichen Aufgaben⁷⁵ und zu den guten Traditionen der schweizerischen Verwaltung. Die Schlichtungsbehörde ist nicht neutraler Dritter, aber unabhängig (hinten Ziffer 7.4.2).

Die Wörter «Schlichtung», «Vermittlung» und «Mediation» sind mehrdeutig (erst recht für die lateinischen Landsleute⁷⁶). Schlichtung bedeutet eine intensiviertere Beteiligung am Verhandlungsprozess. Was sie im Einzelnen umfasst, bestimmt das positive Recht⁷⁷. Im Kern ist Schlichtung Verfahrensleitung der Behörde, die möglichst zur Einigung über einen Verfügungsinhalt führen soll⁷⁸. Die Verwaltung soll

nicht (Streit-)Entscheide provozieren, sondern möglichst die Parteien für Beiträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zusammenführen, sie versöhnen und die Verwaltungsarbeit erleichtern, entlasten, beschleunigen, verbessern, verbilligen, Rechtsfrieden schaffen⁷⁹. Die Behörde bewegt sich im «Schatten ihrer Autorität»: Die Beteiligten wissen, dass die Behörde letztlich entscheiden darf und muss; das ist der Einigungs- und Entscheidungsdruck⁸⁰. Freilich dürfen auch die Parteien aus solchen Verhandlungen «aussteigen» (vorne Ziffer 5.1.2).

Es gibt Verwaltungsstellen und Funktionäre, denen Verhandlungen nicht speziell liegen oder die sich wegen Umständen des Einzelfalls nicht eignen. Die (Bundes-)Verwaltung kann für die Schlichtung spezielle, ausgewiesene Fachleute einsetzen oder allgemein bereithalten, eine besondere Instruktionsstelle für Schlichtungen einrichten⁸¹ oder dem Kanton einen (informellen) Schlichtungsversuch anvertrauen⁸².

6.2. Die «einfache» und die «mediationsgeleitete» Schlichtung

Die Schlichtung bemüht sich um Dialog, Zusammenarbeit, Bereinigung der Entscheidungsgrundlagen, Lösungsmöglichkeiten und Zustimmung der Parteien⁸³. Zunächst agiert die schlichtende Behörde eher intuitiv und «von oben». Ohne viel Beweisverfahren⁸⁴ sucht sie einen Entscheid, der auf der Hand liegt («mit gesundem Menschenverstand») und mit wenig Aufwand erreichbar ist. Sie hört zu, fragt «aktiv», glättet Emotionen, versachlicht, zeigt Folgen für das Verfahren (Sachverständige, Kosten usw.) und die Wirkungen der Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit, berät rechtlich, macht allenfalls Vergleichsvorschläge usw.

Auf der zweiten, «mediationsgeleiteten» Stufe soll sich die Schlichtung stärker von der Mediation inspirieren lassen. Sie benutzt «mediative Elemente», Mediationswissen und

⁷⁵ BENZ (FN 9), 329 f.; für den Zivilprozess: MIRIMANOFF (FN 6), 535 ff.

⁷⁶ Z.B. spricht Art. 97 Abs. 3 BV vom «Schlichtungsverfahren», der französische Text von «conciliation», der italienische von «conciliazione», bei Art. 44 Abs. 3 BV finden sich «Vermittlung», «médiation» und «mediazione», vgl. den Wortlaut in den drei Sprachen in Art. 197 ff. und Art. 213 ff. ZPO.

⁷⁷ So unterscheiden sich ATSG, KG, Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ), SR 152.3, Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG), SR 942.20, usw.

⁷⁸ BGE 131 V 420 E. 3.1 spricht in diesem Sinne von einem gerichtlichen Vergleich.

⁷⁹ ORTLOFF (FN 10), 1025 f.; Art. 201 Abs. 1 ZPO: «versöhnen»; DOMINIK INFANGER, Kommentar zu Art. 201, Rz. 2, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (FN 6); schon FISCHER (FN 5), 54 f.

⁸⁰ Vgl. teils URS EGLI, Vergleichsdruck im Zivilprozess. Eine rechtstatsächliche Untersuchung, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 78, Berlin 1996, vorab 72 ff.

⁸¹ Beim Einsatz solcher Fachleute oder der Organisation einer Schlichtungsstelle können die deutschen Erfahrungen mit den gerichtlichen Richtermediatoren helfen, z.B. VON BARGEN (FN 37), 323 ff.

⁸² Hinweise bei PFISTERER (FN 10), 275 ff.

⁸³ Zum BGÖ: CHRISTINE GUY-ECABERT, Art. 13, Rz. 47, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar SHJK, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Bern 2008.

⁸⁴ DOMINIK INFANGER, Kommentar zu Art. 202 Rz. 13, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (FN 6).

-erfahrung; sie arbeitet mediationsgeleitet⁸⁵. Mediativ heisst, dass sich die Behörde bemüht, «von unten», die Parteien, deren Problemlösungskapazität und Selbstverantwortung auszuschöpfen, eine rationale Verhandlung und damit eine verfügbare Einigung zu erreichen (vorne Ziffer 4.1 und 4.4). Die Behörde stellt die rechtlich notwendigen Anforderungen, hält sich aber zurück, soweit die Parteien selber zum Ziel gelangen; sie mischt sich ein, soweit sonst keine Verfügung zustande kommt.

6.3. Mediation als Grundfähigkeit moderner Verwaltungen – «Koordination Mediation Schweiz»

Eine angemessene Grundausbildung und -erfahrung in Mediation sollte heute zu einer zeitgemässen Verwaltung und der persönlichen Qualifikation für Wahl, Anstellung und Beförderung der Verwaltungsangestellten und Verwaltungsrichter⁸⁶ gehören. Verlangt ist aber nicht eine formelle Ausbildung in Ausbildungsinstituten⁸⁷ oder nach Standards von Berufsverbänden⁸⁸. Viel können die persönliche Erfahrung und Selbststudium bringen.

Nach einer österreichischen Studie ist eine Mediationsausbildung für viele ein zweites Standbein oder eine Zusatzfähigkeit. Unabhängig von der Chance zu effektiver Mediationstätigkeit qualifiziert diese Ausbildung dazu, die angestammte Arbeit erfolgreicher zu erfüllen oder sich für die berufliche Karriere besser zu wappnen⁸⁹.

Im Blick auf die Verfahrensreform des Bundes haben sich wichtige Verbände in der «Koordination Mediation Schweiz» (KMS) für die Kontakte zum Bund und zu den Kantonen sowie den Justizorganen, den Mediatoren und der Öffentlichkeit zusammengefunden⁹⁰. Davon kann die Verwaltung profitieren.

7. Integration von Einigung und Mediation in die Rechtsordnung

7.1. Anwendungsbereich von Art. 33b VwVG und von anderen Bundesgesetzen

7.1.1. Innerhalb und ausserhalb des Verfahrens

Integration meint die Verbindung von Einigung und Mediation mit der Rechtsordnung (vorne Ziffer 3.1). Art. 33b VwVG vermag zu integrieren, wenn Einigung und Mediation «innerhalb» eines Verwaltungsverfahrens des Bundes ergehen. Das trifft zu, wenn der Erlass einer «Verfügung» (vorab Art. 5 VwVG) zu erwarten ist (Art. 1 Abs. 1 VwVG)⁹¹. Das ist bei behördlicher Schlichtung regelmässig der Fall (vorne Ziffer 6). Um Art. 33b VwVG anzuwenden, ist keine Streitigkeit erforderlich⁹²; die Parteien können auch objektive, gemeinsam erkannte Probleme gemeinsam aufarbeiten. Das VwVG ist auch anwendbar, wenn die Parteien die Einigung selber (ohne Mediator oder Behörde) erreichen. Sie dürfen einen Antrag auf Verfahrensabschluss im Sinne der Einigung (materiell) einreichen. Dies kann (formell) durch Aufnahme in eine Verfügung, durch Rückzug eines Rechtsmittels oder eines Projekts, durch eine Wiedererwägung usw. geschehen. Solches Vorgehen ist sinngemäss auch vor dem Bundesverwaltungsgericht möglich⁹³ (hinten Ziffer 7.1.3).

⁸⁵ PITSCHAS (FN 16), 100 ff.; wie auch für den Zivilprozess, namentlich in Mietsachen gefordert: GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich 2010, Art. 201, Rz. 3; ROGER WEBER, Kommentar zu Art. 274, Rz. 2/274e, Rz. 3, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529, 4. A., Basel 2007; zu den Friedensrichtern FISCHER (FN 5), 112 f.

⁸⁶ Vgl. § 5a Abs. 3 des deutschen Richtergesetzes: «Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschliesslich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit ...» <http://www.jusline.de/index.php?cpid=f92f99b766343e040d46fcd6b03d3e8&lawid=14&paid=5a> (1.10.2010).

⁸⁷ Vgl. z.B. die Liste der Ausbildungseinrichtungen des Schweizerischen Dachverbandes Mediation: <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=46&L=1> (5.10.2010).

⁸⁸ Z.B. aus dem Anwaltsverband die «Richtlinien SAV für die Mediation» http://www.swisslawyers.com/de/03_service_center/04_mediation.htm/Richtlinien_SAV_fuer_Mediation.pdf (5.10.2010).

⁸⁹ ALEXANDER NEUMANN/MANFRED BENKERT/SONJA HASSLINGER/SILIVA LANG/ERHARD PERL, Mediationsausbildung. Berufsbildung, Weiterbildung oder Hobby? Studie zu den Auswirkungen der Mediationsausbildung auf deren Absolventinnen und Absolventen, Wien 2010, 80 ff., 121 f.

⁹⁰ Die grossen Mediationsverbände haben sich zur Arbeitsgruppe «Koordination Mediation Schweiz» (KMS) zusammengeschlossen: die Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung (GEMME), der Schweizerische Dachverband für Mediation, der Fachausschuss Mediation des Schweizerischen Anwaltsverbandes, die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation sowie die Handelskammern. Diese Verbände repräsentieren über 800 ausgebildete Mediatorinnen und Mediatoren sowie Richter und Schlichter aus der ganzen Schweiz; demnächst wird «Mediationschweiz.ch» aufgeschaltet, zur Zeit gilt noch www.mediationschweiz.ch/cms.

⁹¹ FELIX UHLMANN, Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, 2 ff.

⁹² Analog KIESER (FN 62), Rz. 7.

⁹³ Beispiel eines Beschwerderückzugs im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4121/2009 vom 21.9.2009, Dispositiv, Ziff. 1 und einer Wiedererwägung im Urteil B-1989/2010 vom 5.5.2010: analog KIESER (FN 62), Rz. 3, 5, 12.

Eine Erledigung durch Rückzug usw. verhindert es nicht, die besondere Kostenbestimmung anzuwenden, vorab von einer Kostenaufgabe zu befreien (Art. 33b Abs. 1 Satz und Abs. 5 VwVG).

Weiterhin sind konsensuale Lösungen ausserhalb von Art. 33b VwVG zulässig, etwa vor Verfahrensbeginn oder parallel zum ordentlichen Verfahren. So lässt sich ein Projekt vor der Einreichung bereinigen oder können besonders komplexe und aufwendige Verfahren bewältigt werden.

7.1.2. Verhältnis zu anderen Bundesgesetzen – VwVG-konforme Auslegung

Neben dem VwVG gibt es Bestimmungen zur Konsensarbeit in der Bundesverfassung (Art. 44 Abs. 3 BV), vor allem in Art. 213 ff. ZPO sowie im Bundesverwaltungsrecht⁹⁴. Das gegenseitige Verhältnis von Art. 33b VwVG zum Spezialrecht kann hier naturgemäss bloss angesprochen, nicht behandelt werden.

Das Spezialrecht geht teils ausdrücklich vor, wie streckenweise bei der Enteignung (Art. 2 Abs. 3 VwVG). Zum Teil ergänzt es das VwVG, wenn es eingehender regelt, soweit es dem VwVG nicht widerspricht (Art. 4 VwVG)⁹⁵. Daraus wird folgen, dass zum Kartellgesetz (Art. 26 Abs. 2, Art. 29 Abs. 1 KG)⁹⁶ Art. 33b VwVG teilweise anwendbar ist, nämlich für das Verfügungsverfahren, wo er ergänzt ohne abzuweichen; Art. 26 KG weicht z.B. ab, indem das (Vor-)Verfahren nicht mit einer Verfügung abschliesst⁹⁷. Ergänzend anwendbar dürfte Art. 33b VwVG auch auf Art. 50 Abs. 1 und 2 ATSG sein, weil dieses Gesetz insoweit nicht abschliessend regelt und auf das VwVG zurückverweist (Art. 3 lit. d bis VwVG; Art. 55 Abs. 1 ATSG)⁹⁸; also sind dort wohl

Einigung und Mediation auf dem Weg zu einem «Vergleich» (hinten Ziffer 8.4.2) erlaubt. Gelegentlich verweist das Spezialgesetz auf das VwVG, so für die Mehrwertsteuer (Art. 81 Abs. 1 MWSTG), oder es schliesst Teile des VwVG aus, nicht aber Art. 33b (Art. 2 Abs. 1 VwVG)⁹⁹. Wie beim erwähnten Art. 26 KG ist dagegen Art. 33b VwVG nicht direkt anzuwenden, wo das Spezialgesetz abweichend regelt, z.B. im Preisüberwachungsrecht (Art. 9 PÜG)¹⁰⁰; allenfalls kommt eine analoge Anwendung von Art. 33b VwVG in Frage, so wohl beim Öffentlichkeitsgesetz¹⁰¹.

Welche Anwendungsregel im Verhältnis zwischen Art. 33b VwVG und den anderen Gesetzen gilt, ist einzelfallweise zu prüfen. Jedenfalls hat sich die Praxis (vermehrt) mit den Beziehungen unter diesen Regelungen auseinanderzusetzen. Dabei darf von einem gemeinsamen Gehalt der Konsensregelungen (wie ZPO, VwVG, ATSG oder KG) und einem Gebot möglichst VwVG-konform auszulegen¹⁰², ausgegangen werden. Die Verfahrens- und Justizreform (vorne Ziffer 2.2) wollte harmonisieren¹⁰³. Teils ist Art. 33b VwVG das jüngere Recht. Aber selbst wenn Spezialgesetze neuer sind, ist eine VwVG-analoge Anwendung zu erwarten¹⁰⁴.

7.1.3. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht

Das Bundesverwaltungsgericht wendet Einigung und Mediation an (Art. 2 Abs. 4 VwVG; Art. 37 VGG)¹⁰⁵, selbstverständlich sinngemäss, d. h. mit Rücksicht auf seine Rolle und die Eignung des Beschwerdeverfahrens¹⁰⁶. Vor allem die Ei-

⁹⁴ Z.B. Art. 91 ff. Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006, SR 784.40, das Verbandsbeschwerderecht mit Art. 55c USG; Art. 12d NHG; Art. 14 ff. RPG und zu Nutzungsplänen ANDRÉ JOMINI, La procédure du plan d'affectation. Un cadre pour la médiation ou d'autres processus consensuels de résolution des conflits environnementaux, in: DENIS TAPPY/THOMAS LEFEBRE, Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne et le Journal des Tribunaux, tiré à part, JdT 2002, 134 ff.; GUY-ECABERT (FN 58), 102 ff.

⁹⁵ PIERRE TSCHANNEN, Kommentar zu Art. 4, Rz. 1, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (FN 51).

⁹⁶ BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 26, Rz. 15, 18, Art. 29, Rz. 10 ff., in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997; SERAINA DENOTH, Mediation in Verwaltungsverfahren, insbesondere in kartellrechtlichen Verfahren, in: Jusletter 31. März 2008, 8 ff.

⁹⁷ BGE 135 II 69 E. 3.1.2 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1612/2010 vom 8.7.2010, E. 4.

⁹⁸ Zum Umfang der Zulässigkeit des Vergleichs im Beschwerdeverfahren (ATSG) BGE 131 V 417 ff., 422 ff.; KIESER (FN 62), Rz. 6 ff., zur Rückverweisung ins VwVG a.a.O. Art. 55, Rz. 3 ff., 6 ff., 9; Pierre Tschannen, Kommentar zu Art. 3,

Rz. 12, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (FN 51), 49 ff.

⁹⁹ BVGE 2008/51 E. 2.3.1; BGE 2C-769 vom 22.6.2010, E. 2.2.2, sagt: «... Art. 33b VwVG, der auch auf (solche) Steuerverfahren anwendbar ist (Art. 2 Abs. 1 VwVG e contrario)».

¹⁰⁰ ROLF H. WEBER, Kommentar zu Art. 9, Rz. 11, 14, Preisüberwachungsgesetz (PüG), Stämpfli Handkommentar SHKJ, Bern 2009.

¹⁰¹ So zu GUY-ECABERT (FN 83), Rz. 12.

¹⁰² BGE 135 II 69 E. 3.1.3; im Ergebnis auch BGE 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.2.

¹⁰³ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006, 1103; Botschaft ZPO, 7246; zum Projekt Justizreform: Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (Botschaft Bundesrechtspflege), BBI 2001, 4220 ff.

¹⁰⁴ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Kommentar zu Art. 4, Rz. 2, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (FN 51), 59 ff.

¹⁰⁵ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.32; anwendbares Recht allgemein: ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band X, Basel 2008, Rz. 1.4 ff. Zu Art. 33b VwVG: BVGE 2008/1 E. 2.3.

¹⁰⁶ Analog Art. 50 Abs. 3 ATSG und dazu BGE 131 V 419 f.; BGE 135 V 69 E. 1.5. ff. zum anderen Umfang des Vergleichs im Beschwerdeverfahren als im Verfügungsverfahren.

nigung durch Schlichtung (vorne Ziffer 6) kann dem Gericht einiges bieten. In diesem Sinne¹⁰⁷ hat es Konsenslösungen ermöglicht¹⁰⁸, auch Vereinbarungen zum Sachverhalt¹⁰⁹. Die Beschwerde darf alle gegen eine Verfügung zulässigen Rügen (Art. 33b Abs. 4, Art. 49 VwVG) aufgreifen¹¹⁰; dazu gehören Willensmängel der Einigung nicht (vorne Ziffer 5.1.1). Verfahrensmässige «Türen» (hinten Ziffer 7.2) für eine Einigung findet, erstens, eine Partei allenfalls, wenn sie eine Beschwerde einreicht und sich mit den anderen Beteiligten auf gemeinsame Anträge einigt, oder wenn sie die Beschwerde um den Preis einer Einigung zurückzieht. Zweitens gewinnt die Verwaltung Spielraum, indem sie etwa die angefochtene Verfügung gestützt auf eine Einigung in Wiedererwägung zieht (Art. 58 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht darf, z.B. an einer Verhandlung (Art. 57 Abs. 2 VwVG)¹¹¹, Konsenslösungen erläutern und empfehlen (hinten Ziffer 8.3.2). Wenn es gestützt auf eine Konsenslösung eine Verfügung ersetzen will, muss das Gericht ein reformatorisches Sachurteil fällen; das leistet die Einigung allein nicht. Wörtlich genommen ist deshalb ein blosser «Abschreibungsbeschluss» problematisch¹¹². Das Gericht darf (ausnahmsweise und mit Weisungen) an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG)¹¹³ und einen Konsensversuch durch die (oft besser geeignete erste Instanz der) Verwaltung verlangen, allenfalls

im Einverständnis mit den Parteien. Die Ausweitung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts auf eine Angemessenheitskontrolle (Art. 49 lit. c VwVG) wird teils als problematisch beurteilt¹¹⁴; sie ist tatsächlich gar nicht umfassend möglich. Eine Milderung kann darin liegen, dass das Gericht Konsensprozesse ermöglicht.

Vor Bundesgericht¹¹⁵ gilt das VwVG nicht. Das Bundesgericht erfüllt eine andere Rolle als das Bundesverwaltungsgericht, gerade bei Sachverhaltsfragen (Art. 97 Abs. 1/105 Abs. 1 BGG¹¹⁶). Immerhin sind namentlich «Vergleiche» vorgesehen (Art. 32 Abs. 2 BGG; Art. 71 BGG/Art. 72 f. BZP)¹¹⁷. Darin können bei besonderen Gelegenheiten und entsprechendem, mediationsähnlichem Bemühen des Instruktionsrichters Einigungen Platz finden, zumal sie sich ausdrücklich auf «ausserhalb des Prozesses liegende Streitfragen» erstrecken dürfen (Art. 73 Abs. 2 BZP). Der Entscheid kann ein reformatorisches Urteil sein, das z.B. zu einem aussergrundbuchlichen Eigentumserwerb führt (Art. 107 Abs. 2 BGG/Art. 73 Abs. 4 BZP). Das Gericht darf Konsenserfolge wohl bei den Kosten honorieren (Art. 66 Abs. 2 BGG).

7.2. Entscheidungsspielräume – kein besonderes Gesetz, aber Erleichterungen

Einigung und Mediation bereiten lediglich eine Verfügung vor, ohne Rechtswirkungen für die Privaten (vorne Ziffer 5.1.1). Schon darum setzen sie kein besonderes, ausdrückliches¹¹⁸ «Gesetz über Einigungs- und Mediationslösungen» voraus¹¹⁹. Sie sind zulässig, wenn und soweit das jeweilige Gesetz Einigungen (und damit Mediationen), d. h. mehrere «verhandelbare» Lösungen erlaubt, also dafür Entscheidungsspielraum¹²⁰ – «Türen» – für eine konsensuale Lösung, bietet, bzw. diesen Weg nicht ausschliesst¹²¹. Solche

¹⁰⁷ Vgl. MURIEL BECK KADIMA, Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht, demnächst in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8272/2008 vom 14.1.2010, B-1300/2009 vom 6.1.2010, B-5273/2009 vom 20.10.2009, A-1792/2006 vom 27.2.2008.

¹⁰⁸ So aus dem laufenden Jahr vorab die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3038/2008 vom 9.6.2010, B-1989/2010 vom 5. Mai 2010, A-5452/2009 vom 16.2.2010, A-6085/2009 vom 22.1.2010, A-8272/2008.

¹⁰⁹ So BVGE 2008/51 E. 2.3 zu Verständigungen über einen steuerrechtlich relevanten Sachverhalt.

¹¹⁰ Analog zu Art. 50 ATSG KIESER (FN 62), Rz. 14; natürlich nur so weit, wie die Prüfungsbefugnis reicht, so BENJAMIN SCHINDLER, Kommentar zu Art. 49, Rz. 2 ff., in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (FN 51), 653 ff.

¹¹¹ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (FN 105), Rz. 3, 176 (Einigung und Mediation dürften in den «Vergleichsverhandlungen» inbegriffen sein).

¹¹² Gl.M. anscheinend MADELEINE CAMPRUBI, Kommentar zu Art. 61, Rz. 6, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (FN 51), 765 ff.; sie lässt die Frage letztlich offen. Einleuchtend das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8272/2008 vom 14.1.2010 E. A, J und 3, Dispositiv Ziffer 4. Üblicherweise ist kein blosser Abschreibungsbeschluss ein Urteil, das den vorinstanzlichen Entscheid (teilweise) aufhebt bzw. die Sache an die Vorinstanz zur materiellen Änderung zurückweist, so aber die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5226/2009 vom 15.9.2009, Dispositiv Ziff. 2 und B-1300/2009 vom 6.1.2010, Dispositiv, Ziff. 4. Für die möglichen Folgen für die gerichtssinterne Zuständigkeit sei auf Art. 23 Abs. 1 lit. a VGG verwiesen; für das Bundesgericht gilt Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.10, der den «Vergleich» ausdrücklich erwähnt.

¹¹³ CAMPRUBI (FN 112), Rz. 6 und 8.

¹¹⁴ RETO FELLER/MARKUS MÜLLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung, in: ZBl 110 (2009), 444 ff., 447 ff.

¹¹⁵ Zum ganzen Abschnitt HEINZ AEMISEGGER, Beitrag «Mediation» bezogen auf das Bundesgericht, passim, zur Publikation in «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4, vorgesehen.

¹¹⁶ BZP (FN 56).

¹¹⁷ MATTHIAS HÄRRI, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER, Kommentar zu Art. 32 N 17, Basel Kommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Basel 2008; schon FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, 327; BZP (FN 56).

¹¹⁸ Vgl. BVGE 2008/51 E. 2.3.2.

¹¹⁹ GUY-ECABERT (FN 58, juridicisation), 102; allgemein MÄCHLER (FN 9), 85 ff.

¹²⁰ Analog zu Art. 52 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), SR 831.10: BGE 135 V 70 f. E. 1.7: er verwendet das Wort «Ermessensbereich»; zu Art. 50 ATSG: BGE 133 V 597 E. 6.

¹²¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6085/2008 vom 22.1.2010, E. 3.2 mit Hinweis auf das rechtliche Gehör.

Türen gibt es häufiger als viele meinen, sei es auch nur bei der Sachverhaltsfeststellung¹²².

Verfahrensmässig setzen Einigung und Mediation Orte oder Gelegenheiten für Verhandlungen voraus, ausdrücklich, indem das Gesetz auf private Vorschläge¹²³ oder das «Einvernehmen»¹²⁴ abstellt, oder sinngemäss, indem es Augenscheine, Instruktions-, Einsprache- oder sonstige Verhandlungen vorsieht. Inhaltlich bestehen Spielräume, wo das Gesetz auf wirtschaftliche Tragbarkeit¹²⁵ oder eine (Interessen-)Abwägung¹²⁶ verweist oder der Rechtsanwendung sonst entsprechenden Raum lässt¹²⁷.

Das Gesetz kann Konsensprozesse erleichtern, indem es z.B. den Rechtsmittelverzicht oder den Einsatz von Mediatoren verankert (Art. 33b Abs. 2 f. VwVG) und damit legitimiert. Das Gesetz kann darüber informieren, sie ausdrücklich erlauben und sichern. Das Gesetz macht Einigung und Mediation «salonfähig», vergrössert ihre Möglichkeiten (z.B. durch Kostenanreize) und schafft Vertrauen. Die Wahl des konsensualen Weges wird versachlicht. Wer ihn betritt, riskiert keine Vorwürfe mehr, er drücke sich um den «ordentlichen» Weg.

7.3. Bindung an das Recht und ihre Konkretisierungen

7.3.1. Blosser Schnittstellenregelung

Art. 33b VwVG integriert Einigung und Mediation der Flexibilität zuliebe nur punktuell¹²⁸, z.B. allein die Grundzüge und ausgewählte Einzelaspekte (wie Kostenerleichterungen). Anders als etwa das österreichische Zivilrecht¹²⁹ kodifiziert, «verstaatlicht», «verrechtlicht» oder «institutionalisiert» das Gesetz Einigung und Mediation nicht¹³⁰.

7.3.2. Rechtsbindung

Obschon eine Einigung, Mediation oder Schlichtung den Erlass vorbereitet, entsteht eine (normale) Verfügung; sie ist

wie immer ans Recht gebunden (Art. 5 Abs. 1 BV). Darum muss sich diese Entscheidvorbereitung an Verfassung und Gesetz, z.B. am rechtlichen Gehör und an den anderen «Allgemeinen Verfahrensgrundsätzen» (Art. 7 ff. VwVG) sowie an der Sachgesetzgebung (zur Raumplanung, Umweltschutz usw.), orientieren. «Die Behörde macht die Einigung zum Inhalt der Verfügung ...» (Art. 33b Abs. 4 VwVG), wenn sie sich überzeugt hat, dass die Einigung vom richtigen Sachverhalt ausgeht, rechtlich standhält und angemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Behörde hat allenfalls von der Einigung übergangene Aspekte selber einzufügen (hinten 6.4.2). Es genügt nicht, die Einigung bloss (eingeschränkt) zu «genehmigen»¹³¹; es reicht nicht zu prüfen, ob sie «billig», nicht «offensichtlich» rechtswidrig sei usw., ebenso wenig, ob alle Verhandlungsteilnehmer zustimmten. Im Übrigen darf jede Partei, die rechtlich nicht einverstanden ist, jederzeit «aussteigen» (vorne Ziffer 5.1.2).

7.3.3. Konkretisierung für Konsenslösungen – Rechtsgleichheit

Festzuhalten, dass Konsenslösungen ans Recht gebunden sind, genügt nicht; man muss tiefer «graben»¹³². Dem einvernehmlichen Verwaltungshandeln (z.B. durch Verträge) wird traditionell entgegengehalten, es missachte tendenziell das Gesetzmässigkeitsprinzip, die Rechtsgleichheit u.a.m.¹³³. Darum wird etwa gefolgert, dass man normal die Verfügung, nicht den verwaltungsrechtlichen Vertrag einzusetzen hat. Der Vertrag ist nur statthaft, wenn er für das fragliche Verwaltungshandeln geeigneter ist, d.h. wenn das Gesetz seinem Sinn nach keiner Konkretisierung durch eine Verfügung bedarf¹³⁴.

Das Recht begegnet Einigung und Mediation nicht einfach mit Bedenken. Es stellt sich den heutigen Herausforderungen und ist für differenzierende Konkretisierungen in die Zukunft offen. Aber im Vergleich zu einer normalen Verfügung bestehen Besonderheiten, die zu berücksichtigen sind,

¹²² Vgl. zur Konzentration auf den Spielraum beim Sachverhalt z.B. Bericht Kommission (FN 15), 4609, zum heutigen Art. 50 ATSG.

¹²³ Z.B. Art. 16 Abs. 3 US.

¹²⁴ Z.B. Art. 23 AltIV; Art. 9 PüG.

¹²⁵ Z.B. Art. 11 Abs. 2 USG.

¹²⁶ Z.B. Art. 24 RPG.

¹²⁷ So PITSCHAS (FN 16), 98.

¹²⁸ Allgemein GUY-ECABERT (FN 14), 51; PFISTERER (FN 14), 13 f.; für die ZPO analog GASSER/RICKLI (FN 85), Art. 213, Rz. 1.

¹²⁹ MARKUS ROTH/DAVID GHERDANE, in: Mediation in Österreich. Zivilrechts-Mediations-Gesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (FN 27), 112 ff.; einen Überblick über die Regelungstypen der verschiedenen Länder bei HOPT/STEFFEK (FN 32), 20 ff.

¹³⁰ Zu solchen Einwänden im Gesetzgebungsprozess PFISTERER (FN 14).

¹³¹ Dieses Wort zu verwenden weckt Missverständnisse. Selbst nach Art. 217 ZPO: findet eine Rechtskontrolle statt, so zu recht PHILIPP GELZER, Die richterliche Genehmigung von in Mediationen erzielten Vereinbarungen nach der schweizerischen ZPO, in: Anwaltsrevue 3/2009, 120; DERS.: Kommentar zu Art. 213, Rz. 14, in: Spühler/Tenchio/Infanger (FN 6); dort ebenso PETER RUGGE, Kommentar zu Art. 217, Rz. 14, in: Spühler/Tenchio/Infanger (FN 6). Die Botschaft ZPO, 7337, ist ungenau.

¹³² Sinngemäss ABEGG (FN 16), 375 ff., 382 f., 387 f., 390 ff., und MÄCHLER (FN 9), 119 ff.

¹³³ Z.B. Kommissionsbericht (FN 15), 4609; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 736a, 737; RICHLI (FN 10), 393 ff.; zusammenfassend MÄCHLER (FN 9), 119 f., Rz. 11, 444, Rz. 144.

¹³⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 133), Rz. 1071; MÄCHLER (FN 9), 367 ff., diskutiert das Abgrenzungskriterium.

namentlich zu Gesetzmässigkeit und Rechtsgleichheit¹³⁵. Speziell gelagert ist, erstens, die Art der Entscheidungsvorbereitung. Man wird die Konsensarbeit (analog den Verträgen) nur zulassen dürfen, wenn sie für das fragliche Verwaltungshandeln geeigneter (hinten Ziffer 8.2.2) ist als die normale Vorbereitungsart. Zweitens muss die konsensual getroffene Lösung nicht nur rechtmässig, sondern auch innerhalb des Entscheidungsspielraumes rechtsgleich sein. Denkbar ist, dass die Behörde unter dem Einfluss der Verhandlungen und (der Anträge aus) der Einigung zu einer Verfügung mit einem anderen Inhalt gelangt, als wenn sie nach bisheriger Praxis entschieden hätte. Die bisherige Praxis darf angepasst werden. Eine konsensbedingte Neuorientierung ist wie jede Praxisänderung mit der Rechtsgleichheit vereinbar, wenn namentlich ernsthafte und sachliche Gründe die Änderung rechtfertigen und die dafür sprechenden öffentlichen Interessen die Interessen an der bisherigen Rechtslage und an der Rechtssicherheit überwiegen¹³⁶. Drittens muss die Verwaltung bei gleich gelagerten späteren Einzelfällen wieder eine Konsenslösung ermöglichen. Konsenslösungen sind mitunter aufwendig, die Möglichkeiten der Verwaltung aber beschränkt. Das verlangt eine rechtsgleiche Aufteilung der knappen Kapazitäten für Konsensprozesse.

Die Konkretisierung der Rechtsbindung für Konsenssätze wird noch erhebliche Anstrengungen fordern.

7.3.4. Kein Einfallstor für die Politik, keine Betroffenenemokratie – Öffentlichkeitsarbeit

Einigung und Mediation sind dem demokratisch legitimierten Gesetz untergeordnet. Sie dürfen nicht politischen Einflüssen nachgeben, weder aus der öffentlichen Diskussion, noch aus dem Parlament. Die Einigungsprozesse erschliessen weder ein Tor zur Betroffenenemokratie, noch zu Sonderrechten der Verfahrensbeteiligten. Die (Verwaltungs-)Behörden besitzen nur eine sekundäre Legitimation, gleichsam auf der operativen Ebene und ohne Zugriff auf die dem Gesetz anvertrauten wichtigen Inhalte (Art. 164 Abs. 1 BV)¹³⁷. Auslegung nach der Konsensfähigkeit bezieht sich nicht auf die Zustimmung der Parteien, sondern auf die Grundhaltung der Rechtsgemeinschaft (insgesamt).

Präventive, aktive Öffentlichkeitsarbeit kann gegen (illegitime) politische Einflüsse helfen, ja Konsensprozesse stärken¹³⁸. Konsensprozesse ermöglichen es u.U., politische Auseinandersetzungen zu versachlichen. Formell Nicht-Be-

teiligte, z.B. bloss politisch Interessierte, lassen sich allenfalls an «politischen Zusatztischen» sinnvoll einbeziehen¹³⁹.

7.4. Rechtsanwendung durch die Behörde – Mitgestaltung der Parteien

7.4.1. Rechtsanwendung durch Kooperation und Konsens – Mitgestaltung

Die Rechtsanwendung fordert die Verwaltung mitunter erheblich. Sie muss Unterlagen, Sachverständige usw. beziehen. Bei Einigung und Mediation ist dieser Einbezug besonders intensiv. Die Parteien reichern die Entscheidungsvorbereitung durch Informationen, Vorschläge usw. sachlich an. Zusätzlich, persönlich wird die Rechtsanwendung durch Mitgestaltung der Parteien angereichert und gefordert, weil sie eine «einvernehmliche»¹⁴⁰ Lösung, einen Konsens erreichen soll, der rechtlich haltbar ist.

Mitgestaltung ist eine intensive Art der Beteiligung, ein aktives, konstruktives Engagement: mitkreieren, reagieren – Informationen empfangen und Inhalte beurteilen – oder agieren – Informationen beschaffen, Entwürfe und Vorschläge erstellen und unterbreiten, Änderungen beantragen, Vor- und Nachteile sowie Annäherungsmöglichkeiten zeigen usw. Einigung und Mediation wollen die Parteien stärker einbeziehen als das rechtliche Gehör (Art. 29 ff. VwVG; Art. 29 Abs. 2 BV)¹⁴¹ und die raumplanerische Mitwirkung (Art. 4 RPG). Das rechtliche Gehör gestattet dem Einzelnen, die Behörde zur Auseinandersetzung mit seinen Anliegen zu veranlassen¹⁴². Die raumplanerische Mitwirkung ermöglicht, an einem politikähnlichen Prozess teilzunehmen und darin Vorschläge einzugeben und materielle Antworten zu erhalten¹⁴³, aber ohne, dass Einzelstimmen entscheidend wären. Bei der Einigung formt dagegen jede einzelne Partei den Inhalt mit und muss letztlich zustimmen.

7.4.2. Doppelrolle der Behörde und ihre Unabhängigkeit

«Die Behörde» (Art. 7 VwVG) ist, erstens, (undelegierbar) letztverantwortlich für ordnungsgemässe, auch vollständige Verfahren und Ergebnisse, die in die Verfügung aufzuneh-

¹³⁵ Sinngemäss ABEGG (FN 16), 375 ff., 382 f., 387 f., 390 ff., und MÄCHLER (FN 9), 119 ff.

¹³⁶ BGE 127 I 52 E. 3d; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 133), Rz. 509 ff.

¹³⁷ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage nach den Grenzen der richterlichen Rechtsetzung, (Deutsche) Juristenzeitung 1981, 420 ff.

¹³⁸ PFISTERER (FN 30, Baregg), 104.

¹³⁹ Hinweise bei THOMAS PFISTERER, Grundsätze zur Verwendung von Konsens- und Mediationslösungen im Verwaltungsbereich, in: PFISTERER (FN 30, Verwaltungsbereich), 127 f., DERS. (FN 10), 257 f., 264 f.; DERS. (FN 51), Rz. 32.

¹⁴⁰ So Art. 29 Abs. 1 KG: BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 29, Rz. 12, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (FN 96); zum Ganzen Hinweise bei PFISTERER (FN 10), 185 ff.

¹⁴¹ Art. 33b VwVG folgt in der Gesetzessystematik den Bestimmungen zum rechtlichen Gehör in Art. 29 ff. VwVG nach.

¹⁴² BGE 124 V 183 E. 2b; 124 I 242 E. 2; 123 I 31 E. 2c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 133), Rz. 1672 f.

¹⁴³ BGE 133 II 120 E. 3.2; 111 Ia 168 E. 2d.

men sind (Art. 7 ff., 33b Abs. 4 VwVG); sie nimmt sich auch der (von den Parteien tendenziell wenig berücksichtigten) öffentlichen Interesse und Drittinteressen an.

Soll der Konsensprozess (für die Behörde und für die Parteien) gelingen, muss die Behörde, zweitens, «vom hohen Podest herabsteigen» und sich am Verhandlungs- und Einigungsprozess beteiligen und darin insbesondere das Recht einbringen (hinten Ziffer 7.5). Die besten Verhandlungen nützen nichts, wenn die Behörde die Einigung nicht in die Verfügung aufnehmen darf und will. Die Behörde darf auf die Entscheidungsmöglichkeiten, ihre Vorteile und Nachteile, die Praxis usw. hinweisen. Aber sie darf weder ihre überlegene Stellung zum Nachteil der Parteien ausspielen, noch ihre Unabhängigkeit verlieren.

Unabhängig ist die Behörde, wenn sie sich mit keiner Lösung so identifiziert, dass ihre letztverantwortliche, eigenständige Bewertung der Sach- und Rechtslage beeinträchtigt werden kann. Das Bundesgericht hat (vor allem für die (Zivil-) Gerichte, aber auch für Baubewilligungsbehörden) Grundsätze entwickelt. Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, lassen sie eine gewisse Doppelrolle oder Vorbefassung von vorbereitenden und entscheidenden, ja vermittelnden Funktionären oder Instanzen zu¹⁴⁴: Erstens, wenn Funktion und Organisation gesetzlich festgelegt sind, und zweitens, darin systembedingt und unvermeidbar verankerte Mehrfachrollen gelten. Diese Voraussetzungen dürften im Anwendungsbereich von Art. 33b VwVG erfüllt sein, auch für die Schlichtung. Freilich haben die Behörde und ihre Funktionäre alle sinnvollen Schutzmassnahmen zu treffen, um einen unvorhergesehenen Erlass der Verfügung zu gewährleisten. Vor allem müssen sie bei den Verhandlungen Transparenz über Vorgaben, Auffassungen, Funktionen, Rückkoppelungen schaffen und alle geeigneten Vorbehalte zur Wahrung der Letztverantwortung anbringen.

7.5. Einführung des Rechts in die Verhandlungen – Rechtsgespräch

Schon im Rahmen des rechtlichen Gehörs muss die Behörde ihre allgemeine Rechtsauffassung offenlegen, um Überraschungen und Rechtsmittelverfahren zu vermeiden¹⁴⁵. Erst recht sind rechtliche Gesichtspunkte im Einigungsprozess zu erörtern. Dieses «Rechtsgespräch» gehört zur Beteiligung der Behörde an den Verhandlungen (vorne Ziffer 7.4.2). Das

Rechtsgespräch ist nicht nur wichtig¹⁴⁶, sondern unvermeidbar, sowohl seitens der Behörde wie der Parteien. Die Behörde darf die Vereinbarung bloss in die Verfügung aufnehmen, wenn sie den gesetzlichen Anforderungen (Art. 33b Abs. 4 VwVG) genügt. Die Parteien stimmen erst zu, wenn sie auch rechtlich überzeugt sind. Gelingt dies nicht, und zwar laufend, so steigen sie aus (vorne Ziffer 5.1.2).

Hierzulande ist das Rechtsgespräch oft Praxis, aber unbewusst und zu wenig reflektiert. Rechtsgespräche führen heisst, nicht nur Ausführungen zu den (tatsächlichen und) rechtlichen Fragen anzuhören, sondern die derzeitigen Entscheidungstendenzen und -möglichkeiten offenzulegen sowie die Auseinandersetzung und Stellungnahmen darüber zu suchen. Der frühzeitige Einbezug rechtlicher Gesichtspunkte liefert zudem Massstäbe für einen sinnvollen Gehalt der Verhandlungen. Beim Rechtsgespräch ist selbstverständlich Unabhängigkeit zu wahren (vorne Ziffer 7.4.2)¹⁴⁷.

8. Die Wahl des optimalen Lösungsweges

8.1. Kein Rechtsanspruch auf Konsensprozesse, ebenso kein Belieben der Behörde

Die Parteien können ihr «Einverständnis» geben, haben aber keinen «absoluten» Rechtsanspruch auf den Weg oder das Resultat einer Einigung oder Mediation¹⁴⁸. Keine Partei kann eine andere Partei zum Konsensprozess zwingen (vorne Ziffer 5.1.2). Art. 33b VwVG ermöglicht niemandem, ein Konsensverfahren zu erreichen, indem er Anträge auf Einigung, Besprechungen, Mails usw. startet, wenn die anderen Parteien den Konsensweg ablehnen oder die Behörde ihn – zu Recht – verwirft¹⁴⁹.

Die Behörde «kann» (Art. 33b Abs. 1 Satz 1 VwVG), muss den Konsensweg aber nicht freigeben¹⁵⁰, auch nicht, wenn dies alle Parteien wünschen. Freilich darf sie ihn nicht beliebig verweigern. Die Behörde hat Spielraum, aber in Grenzen. Sie muss einen entsprechenden Antrag rechtmässig behandeln und entscheiden. Sie darf ihn nicht generell

¹⁴⁴ BGE 131 I 116 ff., E. 3.4 allgemein; BGE 119 Ia 87 Vermittlung/Schlichtung; BGE 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.5 Baubewilligungsbehörden; vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung. Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Zürich 2002, 166 f., zur «systembedingten Nähe».

¹⁴⁵ BGE 132 II 267 E. 4.2; 127 V 435 E. 2c; 126 I 19 E. 2c/bb, 2d/bb Strafverfahren; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 133), Rz. 1681.

¹⁴⁶ SCHWANDER (FN 4), 4, 8, 10; DERS. (FN 4, Zivilprozessordnung), 10; vgl. die Rechtsberatungsfunktion der Schlichtungsbehörde bei Miete usw. in Art. 201 Abs. 2 ZPO.

¹⁴⁷ Aus der Praxis: AEMISEGGER (FN 29), 5. Verwiesen sei auf die allgemeine Abforderung (nicht nur bei Schlichtung usw.) in § 104 Abs. 1 der deutschen VwGO: «Der Vorsitzende hat die Streitsache mit den Beteiligten tatsächlich und rechtlich zu erörtern.» ORTLOFF (FN 4), Kommentar zu § 104 Rz. 9–23, 27, 30–59.

¹⁴⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2.

¹⁴⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-710/2007 vom 24.9.2009 lit. B und E. 3.1.

¹⁵⁰ Vgl. zu Art. 29 KG: BGE 2A.430/2006 vom 6.2.2007, E. 6.2.

ablehnen (vorne Ziffer 2.2). Die Behörde muss im Einzelfall prüfen, ob der Konsensansatz zulässig und aus überwiegenden Gründen geeignet ist.

8.2. Auswahl der geeigneten Art der Entscheidungsvorbereitung

8.2.1. Überblick über die Möglichkeiten

Entscheide lassen sich auf verschiedenen Wegen vorbereiten. Man kann sie nach dem Entscheidungsanteil von Behörde (vertikal) oder Privaten und Parteien (horizontal) von der (reinen) Verfügung über den Vergleich, die Schlichtung, die Mediation bis zur Einigung und zum Vertrag einordnen¹⁵¹.

8.2.2. Eignungsprüfung

Behörde und Parteien wählen vernünftigerweise den Lösungsansatz, den sie für am ehesten geeignet halten¹⁵². Sie vergleichen den ordentlichen Weg zu einer Verfügung mit den Alternativen.

Die Parteien erteilen das «Einverständnis» für Einigung und Mediation nach ihrem persönlichen Gutfinden. Insoweit ist Eignung praktisch immer gegeben, wenn die Parteien sich einigen wollen. Zumindest über den Sachverhalt, bzw. um Kosten und Zeit zu sparen ist sie meist möglich.

Für die Behörde ist die Eignung schwieriger zu beurteilen. Sie muss prüfen, ob genügende objektive Gesichtspunkte für eine Einigung oder Mediation sprechen. Sie wird mitmachen, je kleiner das Interesse an einer Rechtsfortbildung ist, je mehr es auf die Verhältnisse im Einzelfall ankommt und sie auf die Parteien angewiesen ist.

Einzelne Eignungskriterien sind verfahrensmässig etwa Aufwand, Zeit, Kosten, Zahl der Beteiligten, Kommunikationsmöglichkeiten, Verhandlungschancen, Entlastungsbedarf durch einen Mediator, Rechtsmittelaussichten usw. Inhaltlich kommt es namentlich auf die Problemlage, öffentliche Interessen und Drittinteressen, Bedarf an Fachwissen, Konsenshilfe usw. an. Eignung kann mehr oder weniger gegeben sein; sie ist die Antwort auf Abwägungs- und Optimierungsfragen. Die Beurteilungen von Behörde und Parteien hängen voneinander ab und sind gegenseitig abzustimmen¹⁵³.

¹⁵¹ Vgl. das Kontinuum der Konfliktbehandlung bei BREIDENBACH (FN 67), 41 ff.

¹⁵² Das ist der «BARTNA-Test» der Amerikaner, so FISHER/URY/PATTON (FN 56), 141 ff.; Art. 213 ZPO eröffnet diese Möglichkeit, das bestgeeignete Verfahren zu wählen, so PETER RUGGLE, Kommentar zu Art. 213, Rz. 3, Kommentar Art. 213–218, Rz. 1 ff., in: Spühler/Tenchio/Infanger (FN 6).

¹⁵³ MACHTELD PEL, Referral to Mediation. A practical guide for an effective mediation proposal, The Hague 2008, 19, 51 ff.

8.3. Behördlicher und privater Einfluss auf das Verfahren

8.3.1. Behördliches Verfahrensmanagement, «Parteien» und Verfahrensvereinbarung

Die Behörde erlässt Verfügungen und amtiert zugleich als Verfahrensmanagerin. Dieser zweiten Rolle muss sie vermehrt gewahr sein. Verfahren geschehen nicht einfach; die Behörde muss sie bewusst gestalten. Je nach Lage verfügt sie formell die Sistierung¹⁵⁴, lädt zu einem Einstiegsgespräch vor, bezeichnet den Kreis der «Parteien» (Art. 6 VwVG usw.), setzt einen Mediator ein, ordnet für das Verfahren einen zeitlichen Rahmen an, gewährt z.B. den Parteien (angesichts der Aufforderung zum Kostenvorschuss) eine Fristerstreckung für eine Einigung¹⁵⁵, steuert den Ablauf durch Zusammenfassung der (Zwischen-)Ergebnisse in einem Verfügungsvorschlag¹⁵⁶ usw., stets «im Einverständnis der Parteien» (Art. 33b Abs. 1 und 6 VwVG).

Zu den Parteien¹⁵⁷ gehören in einem weiten Sinne alle, die (zur Einsprache- und späteren Beschwerdeführung usw.) legitimiert sind oder sonst Verfahrensrechte besitzen können. Die Abgrenzung des zugelassenen Kreises und ihre Reduktion im Blick auf die Grösse des «Verhandlungstisches» verursacht gelegentlich erhebliche Probleme¹⁵⁸.

Die Parteien werden den Verfahrensablauf beeinflussen wollen. Das können sie untereinander und mit der Behörde in einer Verfahrensvereinbarung tun¹⁵⁹.

8.3.2. Information, Beratung und Empfehlung – kein Zwang

Aus dieser Verfahrensverantwortung soll die Behörde die Parteien informieren, ja beraten¹⁶⁰. Wie sie einen Vergleich

¹⁵⁴ Für das Beschwerdeverfahren MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (FN 105), Rz. 3.14 und 3.16: Gegen eine Sistierung gibt es an sich kein Rechtsmittelbedürfnis: Art. 33b Abs. 6 VwVG.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 202 Abs. 3, Art. 203 ZPO; Fristerstreckung im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A.-8272/2008 vom 14.1.2010, E. I.

¹⁵⁶ Ähnlich wie der Schlichter beim Urteilsvorschlag gemäss Art. 210 f. ZPO. Ein «Fristerstreckungsgesuch» für einen Einigungsvorschlag kann mit einer Sistierung und Fristansetzung beantwortet werden (BVEG A-8272/2008 vom 14.1.2010 Ziffer I).

¹⁵⁷ Ausweitend SIEGWART (FN 15); Rz. 37, 39; Hinweise auch bei PFISTERER (FN 51), Rz. 29 ff. Wer Parteistellung beanspruchen darf, bisher jedoch nicht beteiligt war, ist grundsätzlich beizuladen: ISABELLE HÄNER, Kommentar zu Art. 6, Rz. 5 ff., Beiladung Rz. 10 ff., in: Auer/Müller/Schindler (FN 51); MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (FN 105), Rz. 3.1 ff.; GUY-ECABERT (FN 58, juridicisation), 109; Hinweise bei PFISTERER (FN 51), Rz. 29–32.

¹⁵⁸ PFISTERER (FN 10), 255 ff.

¹⁵⁹ Naturgemäss weitergehend Art. 215 ZPO.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 201 Abs. 2 ZPO. Zur niederländischen Ordnung MACHTELD PEL (FN 153), 19 ff.

vorschlagen kann, darf sie eine Einigung oder Mediation empfehlen¹⁶¹. Die Empfehlung meint eine Einstiegshilfe. Die Empfehlung will den Parteien dartun, warum wahrscheinlich die Vorteile die Nachteile des Konsensweges überwiegen; Kostenanreize können dabei helfen. Die Vorladung zu einem Einstiegsgespräch usw. ist erlaubt, nie aber eine Verpflichtung, in der Sache zu verhandeln oder gar einer Einigung zuzustimmen. Wer den Rat nicht befolgt, erleidet keinen Nachteil, weder hinsichtlich des Ausgangs des Verfahrens, noch der Kostenteilung. Sonst endet die Freiwilligkeit.

8.3.3. Kostenfolgen und Kostenanreize

Häufig entscheiden Kostenanreize über den Lösungsweg. Art. 33b Abs. 1 und 5 VwVG bieten grosszügig Kostenerleichterungen oder -befreiungen an, sogar bei Scheitern der Einigung; die Parteien sollen sich darüber einigen¹⁶². Das Bundesverwaltungsgericht nutzt die Kostenbestimmung¹⁶³.

8.4. Auswahl zwischen Mediation und Schlichtung und Vergleich

8.4.1. Schlichtung im Normalfall und Mediation bei besonderen Verhältnissen

Wie im Zivilprozessrecht ist die behördliche Schlichtung der Normalfall und die Mediation die Ausnahme. Zwischen Schlichtung und Mediation gibt es Übereinstimmungen und Unterschiede, die bei der Triage zu beachten sind¹⁶⁴. Dass im Verwaltungsrecht mehr zwingendes Recht besteht, verhindert Mediation nicht. Das Zivilrecht unterstreicht die Mediation ja ausgerechnet im stark normierten Kindesrecht¹⁶⁵.

Was den Inhalt betrifft, ist eher die Schlichtung vorzuziehen, wo ein Normalfall vorliegt, die Lösung stärker vom Ent-

scheidungsanteil der Behörde («von oben»), deren Verwaltungspraxis, vom «Schatten der staatlichen Autorität», also einem gewissen «Druck» abhängt. Die Mediation verdient den Vorzug, wo es auf Einzelfallösungen, Parteibeiträge (z.B. private Sachkenntnis und Kreativität), Interessen ankommt («von unten»). Hinsichtlich des Verfahrens ist tendenziell die Schlichtung zu wählen, wenn z.B. ein Vergleichsvorschlag (zur Rechtslage) erwünscht ist, wenn vom Ablauf, vom fachlichen, zeitlichen, personellen Aufwand her eher ein Normalfall vorliegt, wenn die Mediation ein Kostenrisiko darstellt usw. Mediation empfiehlt sich eher, wenn ein massgeschneiderter Ablauf, Individualisierung, Flexibilität sowie Formlosigkeit¹⁶⁶, besonderes Fachwissen oder zeitlicher, personeller u.a. Aufwand, eine zusätzliche Verwaltungsstelle erwünscht ist, Neutralität des Mediators einen Rollenkonflikt in der Verwaltung vermeiden hilft, mehr Konsenshilfe nötig ist, Vertraulichkeit, die Psychologie wesentlich sind.

8.4.2. Mediation oder Vergleich

«Vergleich» ist ein schillernder Begriff¹⁶⁷, aber eine Realität der Verwaltungsrechtspflege, als Vertrag¹⁶⁸ sowie in der Vorbereitung von Verfügungen¹⁶⁹. Einigung und Vergleich sind nicht dasselbe, obwohl gewisse Gesetze für Einigungen das Wort «Vergleich» verwenden¹⁷⁰ und die Umgangssprache unpräzise ist. Die Einigung ist kein weniger formalistischer Vergleich.

Der (echte) Vergleich entsteht ähnlich wie ein Urteil. Er stammt aus einer Konfrontation der Beteiligten, die die Behörde von «ihrem Recht» zu überzeugen suchen, ebenso aus der Rechtsfindungsarbeit der Behörde. Sie schlägt aus ihrer Autorität, «von oben», einen Urteilsentwurf vor, der droht zum Entscheid zu werden (und spätere Rechtsmittelverfahren zu provozieren). Die Parteien beseitigen diese Ungewissheit, indem sie gegenseitig nachgeben, sodass ihre Positionen nebeneinander bestehen und sie zustimmen können. Anders in einer Einigung, wo sich die Parteien bemü-

¹⁶¹ Das Gericht nach Art. 214 Abs. 1 ZPO, sinngemäss schon für die Schlichtung nach GASSER/RICKLI (FN 85), Rz. 4; in kindsrechtlichen Sachen kann das Gericht sogar – intensiver – «auffordern» (Art. 297 Abs. 2 ZPO) oder gar zur Teilnahme «veranlassen» (Art. 4 Abs. 2 Bundesgesetz über internationale Kindsentführung und Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21. Dezember 2007, SR 211.222.32); Botschaft ZPO, 7255 f., 7337 f.

¹⁶² GUY-ECABERT (FN 14), 55.

¹⁶³ Z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8272/2008 vom 14.1.2010, E. 3.3 und Dispositiv Ziffer 3.

¹⁶⁴ GUY-ECABERT (FN 58, *juridicisation*), 101; zur Triage im Zivilprozess vorab: JEAN A. MIRIMANOFF/SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Les mécanismes de la nouvelle conciliation judiciaire*, in: *La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens*, CEDIDAC, Vol. n° 78, Lausanne 2008, 75 ff., Fassung vom 20. Oktober 2009 in www.GEMME.ch, 10 ff., 19 ff.; MIRIMANOFF (FN 6), 539 ff.

¹⁶⁵ Art. 297 Abs. 2 ZPO, Art. 307 ZGB; nach Art. 4 BG-KKE darf die Behörde das Verfahren «einleiten» und die Betroffenen «veranlassen» teilzunehmen.

¹⁶⁶ PITSCHAS (FN 16), 98 f.

¹⁶⁷ MÄCHLER (FN 9), 278 ff., 280 f.; der Vergleich nach Art. 50 ATSG und dazu BGE 131 V 419.

¹⁶⁸ Analog dem Zivilrecht: PETER GAUCH, *Der aussergerichtliche Vergleich*, in: Peter Gauch/Pierre Tercier/Roger Zäch, *Innominatverträge*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 2 ff.

¹⁶⁹ Z.B. Art. 50 ATSG und dazu BGE 131 V 417 ff.; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983, 327; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 133), Rz. 1810a–1810c; das Bundesgerichtsgesetz regelt den Vergleich generell, nicht nur im Zivilrecht (Art. 32 Abs. 2 BGG); MATTHIAS HÄRRI, *Kommentar zu Art. 32 N 17*, in: Niggli/Uebersax/Hans Wiprächtiger (FN 117); ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Alternative Streitleredigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren*, in: FZR 2002 I, 140 ff.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 208 Abs. 1 ZPO.

hen, sich «von unten» auf einen Verfügungsinhalt zu verständigen. Der Konsensweg hat gegenüber dem Vergleich Vor-, aber auch Nachteile. Er hängt vom Geschick, den Möglichkeiten, der Verhandlungsmacht und -kultur ab¹⁷¹.

Le droit de procédure de la Confédération s'ouvre aux procédures consensuelles, entre autres par le biais de l'art. 33b PA. Il convient de se demander comment une administration moderne peut, à bon escient, travailler dans le but d'obtenir un consensus, entre nouveaux défis, nouvelles possibilités d'agir et ancien droit, entre coopération et hiérarchie (chiffres 2 et 3). A ce propos, il faut examiner l'accord amiable et la médiation, leurs motifs et objectifs ainsi que leur rôle dans la prise de décision ; il est particulièrement important de renforcer la conciliation par les autorités au moyen d'un travail axé sur la médiation (chiffres 4 et 6). Il s'agit ensuite d'ancrer l'accord amiable et la médiation dans l'art. 33b PA ainsi que dans la pratique en lien avec des lois fédérales similaires. Enfin, il convient de s'interroger sur le choix de la solution la plus adaptée à la situation (chiffres 7 et 8).

L'accord amiable et la médiation ne sont pas des solutions miracles, tout comme ils ne représentent pas un risque pour l'Etat de droit ou la démocratie. Ce sont des moyens qui offrent à l'administration moderne la possibilité d'accomplir mieux leurs tâches et de manière plus rapide et équitable en fonction du cas particulier et en collaboration avec les parties.

(trad. LT LAWYANK, Berne)

¹⁷¹ Zur Gegenüberstellung von Gerichts- (nicht nur Vergleichs-) und Mediationsansätzen: MONTADA/KALS (FN 55), 34 ff.