

**Pandora Notter**

Dr. iur., Rechtsanwältin

# **Mediation im Verwaltungsverfahren**

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XVII
Rechtsquellen	XXI
Materialien	XXV
Literatur	XXVII
Abbildungen	XLV
<b>§ 1 Einleitung</b>	<b>1</b>
I. Ausgangslage und Forschungsziel	1
1. Konflikte im öffentlichen Bereich	1
2. Konsensverfahren im öffentlich Bereich	2
3. Besonderes Konsensverfahren – Mediation	3
4. Forschungsziel	5
II. Aufbau der Arbeit	6
<b>§ 2 Handeln der Verwaltungsbehörde</b>	<b>7</b>
I. Vorbemerkungen	7
II. Formen des Verwaltungshandeln	8
1. Verfügung	8
2. Verwaltungsrechtlicher Vertrag	9
3. Tatsächliches Verwaltungshandeln	10
III. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns	12
1. Vorbemerkungen	12
2. Grundsatz der Gesetzmässigkeit bzw. Legalitätsprinzip	12
3. Grundsatz des öffentlichen Interesses	13
4. Grundsatz der Verhältnismässigkeit	13
5. Treu und Glauben	14
6. Grundsatz der Rechtsgleichheit und Willkürverbot	15
IV. Alternative Formen der Konfliktlösung	16
1. Konsensverfahren	16
2. Exkurs: Besondere Konsensverfahren	18
a) Steuerruling	18
b) Wiedererwägung gemäss Art. 58 VwVG	20
V. Fazit	21

<b>§ 3</b>	<b>Verwaltungsverfahren</b>	<b>23</b>
I.	Vorbemerkungen	23
II.	Begriffe	23
III.	Gesetzliche Grundlagen	24
IV.	Verfahrensgrundsätze	25
1.	Vorbemerkungen	25
2.	Offizial- und Dispositionsmaxime	26
3.	Untersuchungsmaxime	27
4.	Rechtsanwendung von Amtes wegen	29
5.	Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung	29
6.	Anspruch auf rechtliches Gehör	30
V.	Konsensverfahren im Verwaltungsverfahren	32
VI.	Fazit	34
<b>§ 4</b>	<b>Die Mediation</b>	<b>35</b>
I.	Vorbemerkungen	35
II.	Grundlagen zur Mediation	35
1.	Begriff	35
2.	Geschichte	36
3.	Grundsätze und Ziele	38
a)	Freiwilligkeit und Selbstbestimmung	38
b)	Informiertheit und Offenlegung	39
c)	Neutralität und Vertraulichkeit	39
d)	Harvard-Konzept, „win-win“-Lösung und Nachhaltigkeit	40
4.	Phasen eines Mediationsverfahrens	41
a)	Vorbemerkungen und Vorbereitungsphase	41
b)	Phase 1: Einstieg in die Mediation, Mediationsvereinbarung	42
c)	Phase 2: Themensuche und -bewertung	43
d)	Phase 3: Konfliktanalyse und -bearbeitung, Interessenklärung	44
e)	Phase 4: Lösungsmöglichkeiten suchen und ausarbeiten	44
f)	Phase 5: Schlussvereinbarung	45
5.	Zwischenfazit	45
III.	Einführung der Mediation in das Schweizer Rechtssystem	46
1.	Vorbemerkungen	46
2.	Schweizerische Zivilprozessordnung	46
a)	Vorbemerkungen	46

b)	Einführung der Mediation in die ZPO	48
c)	Art. 213 ff. ZPO	48
3.	Schweizerische Strafprozessordnung	49
a)	Vorbemerkungen	49
b)	Einführung der Mediation in die StPO?	50
c)	Exkurs: Art. 17 JStPO	51
4.	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren	52
a)	Vorbemerkungen	52
b)	Einführung der Mediation in das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren	52
c)	Art. 33b VwVG	54
d)	Anwendungsbereich	55
aa)	Vorbemerkungen	55
bb)	Verwaltungsverfahren	56
cc)	Beschwerdeverfahren vor dem Bundesver- waltungsgericht	56
dd)	Exkurs: Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht	58
e)	Keine Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage	60
5.	Exkurs: Einführung der Mediation in kantonale Verwaltungsverfahrensgesetze	61
6.	Zwischenfazit	64
IV.	Mediation gemäss Art. 33b VwVG	65
1.	Vorbemerkungen	65
2.	Begriff und Zweck	66
3.	Kennzeichen	67
a)	Vorbemerkungen	67
b)	Zeitlicher Zusammenhang	67
c)	Beauftragung des Mediators	69
4.	Allgemeine Gründe für eine Mediation	71
5.	Zwischenfazit	72
V.	Exkurs: Ombudsstellen	72
1.	Vorbemerkungen	72
2.	Begriff und Aufgabe der Ombudsstellen	73
3.	Ombudsstellen in der Schweiz	74
4.	Zwischenfazit - Abgrenzung zur Mediation	76
VI.	Fazit	76
<b>§ 5</b>	<b>Mediator, Verwaltungsbehörde, Parteien</b>	<b>78</b>
I.	Vorbemerkungen	78

II.	Mediator	78
1.	Vorbemerkungen	78
2.	Begriff „Mediator“	78
3.	Anforderungen an den Mediator	79
a)	Vorbemerkungen	79
b)	Natürliche Person	79
c)	Neutralität	80
d)	Fachkompetenz	83
e)	Mediationsausbildung oder mediative Anforderungen?	84
f)	Schema: Merkmale eines Mediators	85
4.	Rolle und Stellung des Mediators	86
a)	Vorbemerkungen	86
b)	„Verfahrensgehilfe“	87
c)	Gesetz als Grundlage und Schranke	90
d)	Mediationsauftrag als Grundlage und Schranke	91
e)	Befugnis zur Beweisabnahme	92
5.	Vertraulichkeit des Mediators	94
a)	Vorbemerkungen	94
b)	Zeugnisverweigerungsrecht	95
c)	Geheimhaltungspflicht	95
6.	Zwischenfazit	96
III.	Verwaltungsbehörde	98
1.	Vorbemerkungen	98
2.	Rolle und Stellung der zuständigen Verwaltungsbehörde	98
a)	Doppelrolle	98
b)	Verfahrensleiterin bzw. verfügende Behörde	99
aa)	Vorbemerkungen	99
bb)	Entscheidungsvorbereitung	100
cc)	Einhaltung der Verfahrensgrundsätze	100
c)	Beteiligte im Mediationsverfahren	102
aa)	Vorbemerkungen	102
bb)	Informelles Verwaltungshandeln	103
cc)	Form der Beteiligung	103
dd)	Vertretung im Mediationsverfahren	105
3.	Handeln nach dem Grundsatz von Treu und Glauben	105
4.	Zwischenfazit	106
IV.	Die Parteien	107
1.	Vorbemerkungen	107
2.	Mediationsbeteiligte	108

a) Vorbemerkungen	108
b) Begriff der Parteien i.S.v. Art. 33b VwVG	108
c) Bestimmung der Parteien	109
d) Teilnahme der Parteien	112
e) Beschränkung des Teilnehmerkreises	113
3. Mehrparteienverfahren?	114
4. Rolle und Stellung der Parteien	116
a) Vorbemerkungen	116
b) Erweiterter Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 33b VwVG	117
c) Verfahrensgarantien im Mediationsverfahren	118
5. Handeln nach dem Grundsatz von Treu und Glauben	119
6. Exkurs: „Weitere Beteiligte“	121
a) Vorbemerkungen	121
b) Teilnahme „Nicht legitimierter Dritte“	121
c) Bestimmung der weiteren Beteiligten	123
7. Zwischenfazit	123
V. Fazit	124
<b>§ 6 Rahmenbedingungen für eine Mediation</b>	<b>127</b>
I. Vorbemerkungen	127
II. Allgemeine Eignungskriterien	127
1. Vorbemerkungen	127
2. Konfliktparteien	128
3. Konflikt	129
4. Zwischenfazit	131
III. Besonderes Eignungskriterium	131
1. Vorbemerkungen	131
2. Sachverhaltsfeststellung	132
a) Vorbemerkungen	132
b) Flexibler Sachverhalt	132
c) Sachverhaltsfragen	133
3. Rechtsanwendung	135
a) Vorbemerkungen	135
b) Beurteilungsspielräume	136
c) Verhandlungsspielräume für die Parteien	138
aa) Vorbemerkungen	138
bb) Einzelfallermessen	139
cc) Sachverständigenermessen	140
dd) Politisches Ermessen	141

4.	Zwischenfazit	142
IV.	Zulässigkeit der Mediation im Verwaltungsverfahren	143
1.	Vorbemerkungen	143
2.	Gesetzmässigkeit	144
3.	Öffentliches Interesse	145
4.	Verhältnismässigkeit	146
5.	Zwischenfazit	147
V.	Fazit	148
VI.	Prüfungsschema Rahmenbedingungen	149
<b>§ 7</b>	<b>Ablauf der Mediation im Verwaltungsverfahren</b>	<b>151</b>
I.	Vorbemerkungen	151
II.	Drei-Phasen-Ablauf	152
1.	Einleitungsphase	152
2.	Mediationsphase (informelles Verfahren)	154
3.	Umsetzungs- bzw. Abschlussphase	155
4.	Zwischenfazit	156
III.	Sistierung	156
1.	Vorbemerkungen	156
2.	Sistierungsverfügung	156
3.	Wiederaufnahme des Verfahrens	157
4.	Exkurs: Vorsorgliche Massnahmen	159
5.	Zwischenfazit	159
IV.	Mediationsauftrag	160
1.	Vorbemerkungen und Begriff	160
2.	Auswahl des Mediators	160
3.	Inhalt	162
4.	Rechtsnatur	164
a)	Vorbemerkungen	164
b)	Zwischenverfügung im Verwaltungsverfahren	164
c)	Öffentlich-rechtlicher Vertrag oder Verfügung	165
5.	Zwischenfazit	167
V.	Mediationsvereinbarung	168
1.	Vorbemerkungen und Begriff	168
2.	Inhalt	169
a)	Vorbemerkungen	169
b)	Mediationsbeteiligte, Vertretungsverhältnisse und weitere Beteiligte	171
c)	Konfliktgegenstand bzw. Mediationsgegenstand und Ziele	171

	d) Verhandlungsmodalitäten	173
3.	Rechtsnatur und Wirkung der Mediationsvereinbarung	174
	a) Vorbemerkung	174
	b) Verhandlungsvertrag	174
	c) Wirkung im Verwaltungsverfahren	177
4.	Die Vertraulichkeitsabrede zwischen den Parteien	178
	a) Vorbemerkungen	178
	b) Inhalt	178
	c) Wirkungen	179
	d) Kein Verwertungsverbot von Aussagen	180
5.	Zwischenfazit	181
VI.	Schlussvereinbarung	182
	1. Vorbemerkungen und Begriff	182
	2. Inhalt	183
	a) Vorbemerkungen	183
	b) Regelungen in öffentlich-rechtlicher Hinsicht	185
	c) Regelungen in privatrechtlicher Hinsicht	185
	3. Rechtsnatur und Wirkung	186
	a) Vorbemerkungen	186
	b) Vergleichsvertrag	187
	c) Gemeinsamer Antrag auf eine Verfügung (Wirkung im Verwaltungsverfahren)	189
	4. Mangelfrei gemäss Art. 49 VwVG	191
	a) Vorbemerkungen	191
	b) Rechtskonformität gemäss Art. 49 lit. a VwVG	192
	aa) Verletzung von Bundesrecht	192
	bb) Rechtskonformität des Ergebnisses	193
	cc) Rechtskonformes Zustandekommen der Einigung	194
	c) Richtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts i.S.v. Art. 49 lit. b VwVG	195
	d) Angemessenheit i.S.v. Art. 49 lit. c VwVG	196
	5. Zwischenfazit	197
VII.	Die Verfügung	198
	1. Vorbemerkungen	198
	2. Aufnahme der Einigung in die Verfügung	198
	a) Pflicht zur Aufnahme	198
	b) Form der Aufnahme	199
	3. Kosten	200
	a) Vorbemerkungen	200



b)	Erfolgreiche Einigung	201
c)	Keine Einigung	201
4.	Rechtsmittelverzichtserklärung	203
a)	Vorbemerkung	203
b)	Rechtsmittelverzicht als Grundrechtsverzicht	203
c)	Voraussetzungen einer wirksamen Verzichtserklärung	204
aa)	Vorbemerkungen	204
bb)	Verzichtserklärung	205
cc)	Sachkenntnis	206
dd)	Ohne Willensmangel	207
d)	Wirkung einer gültigen Rechtsmittelverzichtserklärung	208
5.	Zwischenfazit	209
VIII.	Fazit	210
<b>§ 8</b>	<b>Schlussbemerkungen</b>	<b>213</b>
I.	Zusammenfassung	213
II.	Thesen	215