

Verhandlung statt autoritativer Vollzug? Über konsensuales Verwaltungshandeln und konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht

Schweizerischer Juristentag 2020

Prof. Dr. Andreas Stöckli, Universität Freiburg

Für Generationen von Juristinnen und Juristen prägend...

«Über öffentlichrechtliche Gegenstände gibt es jedoch kein Paktieren zwischen Imperiumsträger und Privatpersonen.»

Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 443.

Paradigmenwechsel?

■ Art. 33b VwVG «Gütliche Einigung und Mediation»

Hter. Gütliche
Einigung und
Mediation

Art. 33b⁶⁸

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

Paradigmenwechsel?

- **Art. 29 KG «Einvernehmliche Regelung»**

Art. 29 Einvernehmliche Regelung

¹ Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen.

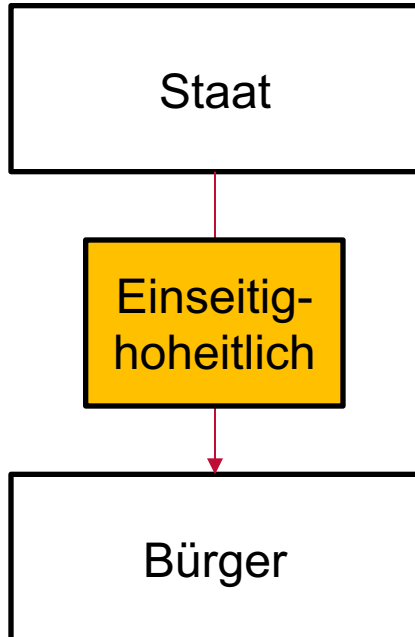
² Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission.

Thesen in der Übersicht

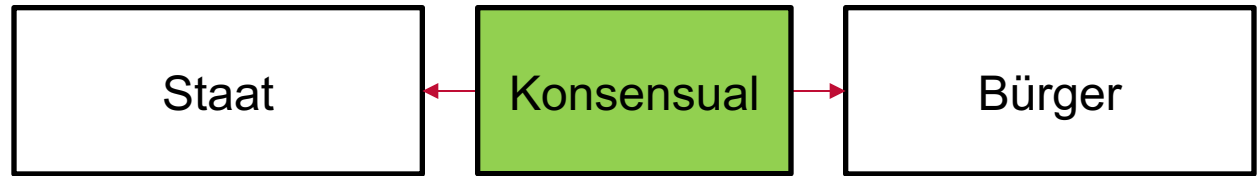
1. «Verhandlungsmodell» als Ergänzung des «Hierarchiemodells»
2. Konsens als wesentliches Element des kooperativen Verwaltungshandelns
3. Vielfältige Formen, vielfältige Einsatzbereiche
4. Zahlreiche Vorteile, zahlreiche Gefahren
5. Formenwahlermessen der Verwaltung
6. Verhandlungsspielraum als Grundvoraussetzung
7. Rechtsstaatliche Prinzipien ziehen dem kooperativen Verwaltungshandeln enge Grenzen

1. «Verhandlungsmodell» als Ergänzung des «Hierarchiemodells»

Hierarchiemodell



Verhandlungsmodell



Sonderstellung des Staats als Verhandlungspartner

2. Konsens als wesentliches Element des kooperativen Verwaltungshandelns

- **Elemente des kooperativen Verwaltungshandelns**
 - **Strukturell:** Beteiligte Akteure anerkennen sich als gleichberechtigt; Verwaltung verzichtet auf die Ausübung einseitiger Handlungsmöglichkeiten
 - **Prozedural:** Interaktion und dialogische Kommunikation; gegenseitiger Austausch von Informationen und Argumenten
 - **Ergebnisbezogen:** Konsens im Sinne der Zustimmung der Beteiligten zu einem gemeinsam erarbeiteten Verhandlungsergebnis
- Über die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einseitigen Verfügungs- und Entscheidungsverfahren hinausgehend!

3. Vielfältige Formen, vielfältige Einsatzbereiche (1/3)

- **Systematisierung des kooperativen Verwaltungshandelns**
 - Formelles oder informelles kooperatives Verwaltungshandeln
 - Innen- oder aussengerichtetes kooperatives Verwaltungshandeln
 - Öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches kooperatives Verwaltungshandeln
 - Verhältnis zu einseitig-hoheitlichen Verfahren
 - Losgelöst und unabhängig von solchen Verfahren: z.B. Vertragshandeln, informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns
 - Im Umfeld oder im Rahmen von solchen Verfahren: z.B. Vorabsprachen, Verständigungen als Verfügungsgrundlage
 - Akteurkonstellationen: Ein- und Mehrparteienverfahren

3. Vielfältige Formen, vielfältige Einsatzbereiche (2/3)

- **Vielfältige Formen des konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht**
 - Öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Vertragshandeln
 - Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns
 - Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren
 - Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren
 - Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren
 - Verfahren vor Ombudsstellen
 - Besondere Schlichtungsverfahren (z.B. Informationszugangsrecht)

**Kein Numerus
Clausus!**

3. Vielfältige Formen, vielfältige Einsatzbereiche (3/3)

▪ Vielfältige Einsatzbereiche

- In praktisch allen Bereichen des öffentlichen Rechts, insb.:
 - Raumplanungs- und Baurecht
 - Umweltrecht
 - Enteignungsrecht
 - Öffentliches Wirtschaftsrecht (z.B. Kartell-, Preisüberwachungs und Vergaberecht)
 - Sozialversicherungsrecht
 - Informationszugangsrecht
 - Staatshaftungsrecht
 - Öffentliches Personalrecht
 - ... und sogar (in engen Grenzen) im Steuerrecht
- Kaum Raum etwa im Bereich des sanktionierenden Verwaltungsrechts

4. Zahlreiche Vorteile, zahlreiche Gefahren (1/2)

- **Zahlreiche Vorteile, z.B.:**
 - Ermöglichung des Umgangs mit Komplexität, Generierung von privatem Sachverstand
 - Verhinderung von Vollzugsdefiziten
 - Gewinn an Effektivität und Effizienz
 - Verfahrensbeschleunigung, Vermeidung von langwierigen Rechtsstreitigkeiten
 - Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen
 - Kompensationsfunktion mit Blick auf die geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns
 - Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur («New Public Management»)

4. Zahlreiche Vorteile, zahlreiche Gefahren (2/2)

- **Zahlreiche Gefahren, z.B.:**
 - Relativierung des Legalitätsprinzips und des Rechtsgleichheitsgebots
 - Selektive Interessenberücksichtigung
 - Gefährdung von Rechten Dritter
 - Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit
 - Fehlende Transparenz und Erschwerung der Kontrolle
 - Gefahr des Distanzverlustes

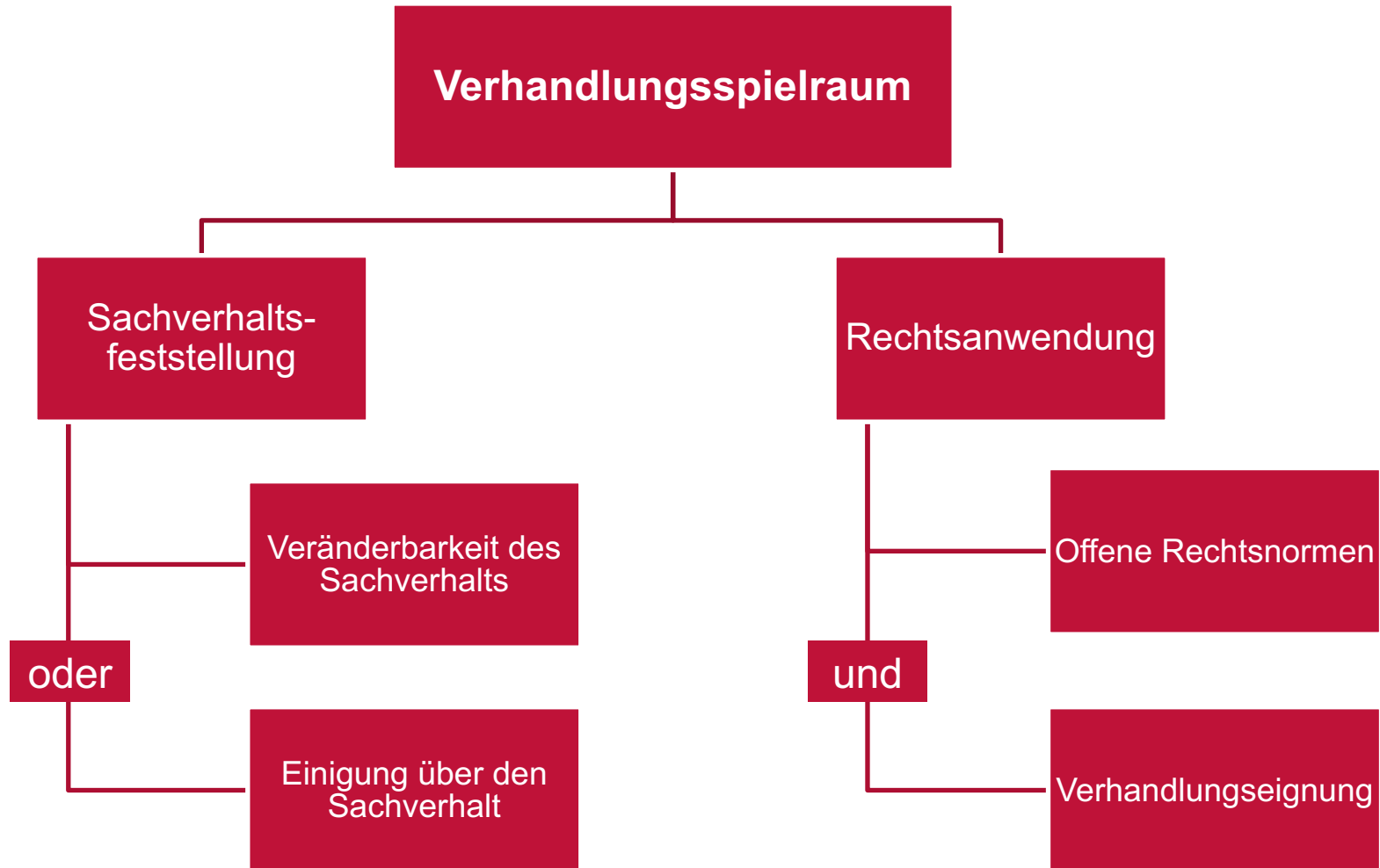
5. Formenwählermessen der Verwaltung

- **Zweistufiges Prüfprogramm**
 - **1. Schritt:** Gibt es einen expliziten oder impliziten Ausschluss für bestimmte (konsensuale) Handlungsformen und -modalitäten durch das zur Anwendung gelangende Recht? (*Frage nach dem Ausschluss*)
 - **2. Schritt:** Welche Handlungsform gewährleistet einen effektiven, effizienten und mit den Grundwerten der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Gesetzesvollzug? (*Frage nach der besten Eignung*)
- Die Wahl einer kooperativen Handlungsform setzt keine spezifische gesetzliche Grundlage voraus!
- Zur Wahl eines kooperativen Vorgehens motivierende Vorschriften sind z.B. Art. 33b VwVG, Art. 41a USG, Art. 23 AltIV, Art. 50 ATSG, Art. 34 Abs. 1 BPG und Art. 29 KG

6. Verhandlungsspielraum als Grundvoraussetzung (1/2)

- **Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz konsensualer Handlungsformen**
 - Verhandlungsspielraum hinsichtlich Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung
 - Anforderungen an die Beteiligten
 - z.B. Freiwilligkeit, Kompromiss- und Verhandlungsbereitschaft, Verhandlungsmacht und «Tauschpotenzial»
 - Anforderungen an die Art des Konflikts
 - z.B. Kompromissfähigkeit des Konflikts (Optimierungsmöglichkeiten, Interessenausgleich)
 - Verfahrensrechtlicher Spielraum
 - z.B. Möglichkeiten für mündliche Kommunikation

6. Verhandlungsspielraum als Grundvoraussetzung (2/2)



7. Rechtsstaatliche Prinzipien ziehen dem kooperativen Verwaltungshandeln enge Grenzen (1/3)

- **Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen und Grenzen (1/2)**
 - **Gesetzesmässigkeitsprinzip**
 - z.B. muss der Inhalt rechtmässig bleiben
 - **Öffentliches Interesse**
 - z.B. muss der Repräsentation von durchsetzungsschwachen Allgemeininteressen Beachtung geschenkt werden
 - **Verhältnismässigkeitsprinzip**
 - z.B. muss der private Verhandlungspartner vor einer übermässigen Verhandlungsmacht des Staats geschützt werden
 - **Rechtgleichheitsgebot und Willkürverbot**
 - z.B. ist die Möglichkeit für individuelle Lösungen eingeschränkt

7. Rechtsstaatliche Prinzipien ziehen dem kooperativen Verwaltungshandeln enge Grenzen (2/3)

- **Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen und Grenzen (2/2)**
 - **Grundsatz von Treu und Glauben**
 - z.B. können bei informellen Absprachen und Verständigungen rechtliche Bindungswirkungen entstehen
 - **Verfahrensgarantien**
 - ... sollten (ev. in modifizierter Form) auch beim kooperativen Verwaltungshandeln zur Anwendung kommen
 - z.B. muss den Belangen Drittbetroffener und der Vertrags- und Absprachepartner, der Transparenz und einer unparteilichen Verfahrensgestaltung genügend Rechnung getragen werden
 - **Verfahrensgrundsätze**
 - ... setzen konsensualen Arrangements in Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren gewisse Grenzen entgegen

7. Rechtsstaatliche Prinzipien ziehen dem kooperativen Verwaltungshandeln enge Grenzen (3/3)

Die rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien geben dem konsensualen Verwaltungshandeln und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht gewisse Rahmenbedingungen vor und auferlegen diesen gewisse Schranken, ohne diese Handlungsmodalitäten zu verunmöglichen. Sie belassen einen gewissen Raum für konsensuales Handeln, wenngleich dieser – insbesondere im Vergleich zum Privatrecht – (erheblich) eingeschränkt ist und das konsensuale Handeln deshalb im öffentlichen Recht nur in einem beschränkten Umfang zum Tragen kommen kann.

Schlussbemerkungen

- Bedeutungszuwachs des konsensualen Verwaltungshandelns, aber nach wie vor Randerscheinung; kein Paradigmenwechsel!
- Verhandlungslösungen im Rahmen von Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren können – in Abkehr von der Schriftlichkeit – durch den verstärkten Einsatz von Möglichkeiten der mündlichen Kommunikation mit und unter den Verfahrensbeteiligten (z.B. mündliche Verhandlungen) gestärkt werden
- Konsensverfahren sind kein Allheilmittel, sie können aber unter Umständen zu sachgerechteren und akzeptableren Lösungen führen und das einseitig-hoheitliche Staatshandeln in einem positiven Sinne ergänzen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

