

«KONSENSUALE STREITBEILEGUNG; CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY»
«RÈGLEMENT CONSENSUEL DES DIFFÉRENDS; RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES»

Prof. Dr. Andreas Stöckli, Rechtsanwalt

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

Thesen

1. Obwohl der Verfügung zur Regelung verwaltungsrechtlicher Rechtsverhältnisse auch heute noch eine unangefochtene Vorrangstellung zukommt, haben sich ihre Erscheinung und ihr Zustandekommen massgeblich verändert, zumal sie sich auch für konsensuale und kooperative Elemente geöffnet hat. Darüber hinaus haben einvernehmliche Regelungen im Staat-Bürger-Verhältnis an Bedeutung gewonnen. Das «Verhandlungsmodell» ist neben das «Hierarchiemodell» getreten. Zurückzuführen sind diese Entwicklungen auf fundamentale Veränderungen in Staat und Gesellschaft, die mit erheblichen Auswirkungen etwa auf das Spektrum der Staatsaufgaben, die politische Steuerung des Verwaltungshandelns und die Steuerungskraft des Gesetzes sowie die Stellung des der Verwaltung entgegnetretenden Bürgers eingegangen sind.
2. Der Staat ist als Verhandlungspartner allerdings nicht ein Partner unter anderen, sondern er hat wegen seiner komplementären Aufgaben eine Sonderstellung inne, die sein Handeln rechtfertigt und zugleich bindet. Die Asymmetrie von Kompetenz und Freiheit hat auch hier Geltung. Das Recht zu einseitiger Verbindlichkeit bleibt Vorrecht des Staates und Kern seiner Hoheitsmacht; auch der kooperierende Staat nimmt Zuflucht bei seiner Befugnis, Kompromisse notfalls einseitig für verbindlich zu erklären. Die Vorstellung eines Diskurses auf Augenhöhe zwischen Verwaltung und Bürgern stellt insofern keine Realität dar.
3. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln lässt sich durch strukturelle, prozessuale und ergebnisbezogene Aspekte charakterisieren. Der Konsens im Sinne der Zustimmung der Beteiligten zu einem gemeinsam erarbeiteten Verhandlungsergebnis stellt einen wesentlichen Bestandteil des kooperativen Verwaltungshandelns dar; es geht insofern über die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Verfügungs- bzw. Entscheidungsverfahren hinaus, wobei eine trennscharfe Linie kaum gezogen werden kann.
4. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht können nach verschiedenen Kriterien systematisiert werden und unterschiedliche Formen annehmen. Die verschiedenen Formen können sowohl losgelöst und unabhängig (allenfalls mit dem Ziel der Vermeidung) von einseitig-hoheitlichen Verfahren, insbesondere von Verfügungsverfahren, als auch im Umfeld und Rahmen von solchen förmlichen Verfahren zum Zug kommen. Im letztgenannten Fall können die kooperativen und konsensualen Elemente vor, während oder nach einem einseitig-hoheitlichen Verfahren Platz greifen. Kooperative und konsensuale Elemente sind nicht nur im Umfeld von Verfügungs-, sondern etwa auch im Rahmen von Planungs- oder Rechtsmittelverfahren anzutreffen. Hinsichtlich der Akteurkonstellationen ist zwischen Ein- und Mehrparteienverfahren zu unterscheiden, wobei Einigungen in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter Umständen auch ohne Mitwirkung der entscheidungsbefähigten Behörde zustande kommen können. Ohne wegen des fehlenden Numerus Clausus eine abschliessende Aufzählung anzustreben, fallen insbesondere das öffentlich-rechtliche und privatrechtliche 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 sowie besondere Schlichtungsverfahren zu den konsensualen Handlungsformen. Als Al-

ternativen zum einseitig-hoheitlichen Vorgehen stellen das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln und die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht «Alternative Formen der Streitbeilegung» dar.

5. Es werden verschiedene Argumente zugunsten des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns ins Feld geführt; zu nennen sind beispielsweise die Ermöglichung des Umgangs mit Komplexität, die Verhinderung von Vollzugsdefiziten, der Gewinn an Effektivität und Effizienz, die Verfahrensbeschleunigung, die Vermeidung von langwierigen Rechtsstreitigkeiten sowie die Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen. Des Weiteren wird dem kooperativen Verwaltungshandeln eine Kompensationsfunktion mit Blick auf die geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns attestiert. Ausserdem wird es als Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur («New Public Management») angesehen, in welcher der Staat dem Bürger als Partner begegnet. Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln ist aber nicht ohne Kritik geblieben. So wird etwa auf die Gefahr der Relativierung des Legalitätsprinzips und des Rechtsgleichheitsgebots, die selektive Interessenberücksichtigung, die Gefährdung von Rechten Dritter, die Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit, die fehlende Transparenz und Erschwerung der Kontrolle sowie die Gefahr des Distanzverlustes hingewiesen. Diesen Einwänden kann begegnet werden, sofern aus rechtsstaatlicher Hinsicht überzeugende Antworten im Sinne von rechtlichen Bewältigungsstrategien gefunden werden können.
6. Sofern das massgebliche Recht konsensuale Handlungsformen nicht explizit oder implizit ausschliesst, hängt deren Wahl im Einzelfall von der Frage ab, ob sie einen effektiven, effizienten und mit den Grundwerten der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Gesetzesvollzug gewährleisten. Der Verwaltung kommt hierbei ein erhebliches Ermessen zu. Insofern kann von einem Formenwahlermessen gesprochen werden. Eine gesetzliche Ermächtigung für konsensuale Handlungsformen ist nicht erforderlich. Rechtsnormen können das konsensuale Vorgehen begünstigen, indem sie entsprechende Vorgehensweisen vorsehen; teilweise besteht sogar die gesetzliche Verpflichtung, eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ). Das öffentliche Interesse an einem autoritativen Vollzug überwiegt etwa in Fällen, in denen ein Interesse an der Entwicklung einer klaren, transparenten und für alle gleichermaßen geltenden Rechtspraxis besteht, rechtliche Grundsatzfragen zu klären sind oder die Kontinuität einer Entscheidungspraxis erforderlich ist.
7. Konsensuale Formen der Streitbeilegung sind in der Praxis im Rahmen von Verfügungs- oder Rechtsmittelverfahren relativ wenig verbreitet. Dies gilt in besonderem Masse für Mediationsverfahren. Verhandlungslösungen könnten gestärkt werden, indem die Behörden – in Abkehr von der Schriftlichkeit – vermehrt von den im Prozessrecht bestehenden Möglichkeiten der mündlichen Kommunikation mit und unter den Verfahrensbeteiligten (z.B. Durchführung von mündlichen Verhandlungen, Instruktionsverhandlungen und Augenscheinen) Gebrauch machen. Verfügungs- und Rechtsmittelinstanzen sind weiter auch ohne gesetzliche Grundlage befugt, im Einzelfall (vor dem eigentlichen Verfahren) Schlichtungsverfahren durchzuführen; von einer gesetzlichen Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor einem Verfügungs- oder Rechtsmittelverfahren ist aber grundsätzlich abzuraten, da ein solches – im Gegensatz zum Zivilverfahren – nur ausnahmsweise bei Vorliegen bestimmter (rechtlicher und faktischer) Voraussetzungen erfolgsversprechend und zielführend ist. Zur Förderung von Konsenslösungen in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren trägt auch die bereits heute in verschiedenen Gesetzen vorgesehene Unentgeltlichkeit der konsensualen Verfahren bei. Da die «Konsenskultur» in der administrativen und verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit noch nicht «überall in allen Köpfen» angekommen ist, braucht es letztlich auch einen gewissen «Kulturwandel» in der Verwaltung und an Verwaltungsgerichten, damit konsensuale Vorgehensweisen dort nutzbar gemacht werden, wo sie Sinn ergeben und zu besseren Ergebnissen führen.
8. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kommt in zahlreichen, wenn nicht fast in allen Bereichen des öffentlichen Rechts vor; so etwa im Raumplanungs- und Baurecht, im Umweltrecht, im Enteignungsrecht, im öffentlichen Wirtschaftsrecht (z.B. Kartell-, Preisüberwachungs- und Vergaberecht), im

Sozialversicherungsrecht, im Öffentlichkeitsrecht, im Staatshaftungsrecht, im öffentlichen Personalrecht und sogar (in engen Grenzen) im Steuerrecht. Der Anwendungsbereich des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns hängt von verschiedenen Faktoren ab; auch gibt es Unterschiede hinsichtlich der Eignung der verschiedenen Formen des konsensualen Verwaltungshandelns. Grundvoraussetzung ist, dass entweder in Bezug auf die Rechtsanwendung oder hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung Verhandlungsspielraum besteht. Grundsätzlich sind aber weder das zwingende öffentliche Recht noch Sachverhalte verhandelbar. Weitere Erfolgsvoraussetzungen beziehen sich auf die Beteiligten (so ist etwa ein gewisses «Tauschpotenzial» vorausgesetzt), die Art des Konflikts sowie in förmlichen Verfahren auf die verfahrensrechtlichen Spielräume für (mündliche) Verhandlungen. Verallgemeinernd lässt sich auch sagen, dass sich Möglichkeiten zu Verhandlungen insbesondere dort eröffnen, wo komplexe Aufgaben- und Problemstellungen keine standardisierten Lösungen zulassen. Kaum Raum für konsensuale Lösungen dürfte es – nicht zuletzt aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots – etwa im Bereich des sanktionierenden Verwaltungsrechts geben.

9. Was die rechtlichen Rahmenbedingungen und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der einvernehmlichen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht anbelangt, ist – neben den einfachgesetzlichen Vorgaben – insbesondere an den rechtsstaatlichen, verfahrensgrundrechtlichen und prozessrechtlichen Prinzipien anzuknüpfen. Diese legen für die konsensualen Handlungsformen und -modalitäten Rahmenbedingungen und Schranken fest, ohne diese Handlungsmodalitäten per se für unzulässig zu erklären. Sie belassen einen gewissen Raum für konsensuales Handeln, wenngleich dieser – insbesondere im Vergleich zum grundsätzlich dispositiven Privatrecht – (erheblich) eingeschränkt ist, weshalb das konsensuale Handeln im öffentlichen Recht nur in einem beschränkten Umfang zum Tragen kommen kann.