

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 139 (2020)

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

**Autor:** Stöckli, Andreas

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1052944>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 09.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**



# Verhandlung statt autoritativer Vollzug?

Über konsensuales Verwaltungshandeln und konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht

ANDREAS STÖCKLI\*

---

\* Prof. Dr. iur. Andreas Stöckli, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg. Für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise danke ich Andre Spielmann, Rechtsanwalt, sowie meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter Noah Grand, MLaw.



# Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung . . . . .	156
B.	Grundlagen . . . . .	160
I.	Wandel der Staatsaufgaben und Veränderung der Aufgabenwahrnehmung durch die Verwaltung . . . . .	160
II.	Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als Verfassungsgebot? . . . . .	164
III.	Merkmale des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns . . . . .	165
1.	Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln – Begriffliche Annäherung . . . . .	165
2.	Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als formelle oder informelle «Handlungsform» (und nicht bloss «Verfahrensmodus»); Verhältnis zu einseitig-hoheitlichen Verfahren . . . . .	168
3.	Akteurkonstellationen . . . . .	171
4.	Kooperation und Konsens als «Alternative Mechanismen der Streitbeilegung» im Verwaltungsrecht . . . . .	173
IV.	Vorzüge und Gefahren . . . . .	175
1.	Vorzüge . . . . .	175
a.	Umgang mit Komplexität, Verhinderung von Vollzugsdefiziten, Gewinn an Effektivität und Effizienz . . . . .	175
b.	Kompensation für eine geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns, Abbau von Rechtsunsicherheit . . . . .	178
c.	Vermeidung von (langwierigen) Rechtsstreitigkeiten, Beschleunigung von Verfahren . . . . .	179
d.	Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen . . . . .	180
e.	Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur . . . . .	181
f.	Weitere Vorzüge . . . . .	181
2.	Gefahren und Kritik . . . . .	182
a.	Relativierung des Legalitätsprinzips und des Gebots rechtsgleicher Rechtsanwendung . . . . .	183
b.	Selektive Interessenberücksichtigung . . . . .	183
c.	Gefährdung von Rechten Dritter . . . . .	184
d.	Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit . . . . .	185
e.	Fehlende Transparenz, Erschwerung von Kontrolle . . . . .	186
f.	Distanzverlust . . . . .	186
g.	Weitere Gefahren und Kritik . . . . .	187
C.	Formen und Einsatzbereiche . . . . .	188
I.	Formenwahlermessen . . . . .	188
II.	Übersicht über die einzelnen Formen . . . . .	191
1.	Verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Vertrag . . . . .	192
2.	Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns . . . . .	196
3.	Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren . . . . .	198
a.	Vorabsprachen . . . . .	200
b.	Verständigungen als Verfügungsgrundlage . . . . .	203
4.	Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren . . . . .	210
5.	Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren . . . . .	215
6.	Ombudsstelle . . . . .	219
7.	Besondere Schlichtungsstellen und Schlichtungsverfahren . . . . .	220
III.	Einsatzbereiche . . . . .	222

D.	Rahmenbedingungen und Schranken . . . . .	224
I.	Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von kooperativen und konsensualen Handlungsformen . . . . .	224
1.	Anforderungen an die Beteiligten . . . . .	225
2.	Anforderungen an die Art des Konflikts . . . . .	226
3.	Verhandlungsspielraum . . . . .	227
a.	Sachverhaltsfeststellung . . . . .	227
b.	Rechtsanwendung . . . . .	229
4.	Verfahrensrechtlicher Spielraum und Transparenz . . . . .	231
II.	Rechtsstaatliche Prinzipien als Rahmenbedingungen und Schranken . . . . .	232
1.	Gesetzesmässigkeitsprinzip . . . . .	234
2.	Öffentliches Interesse . . . . .	236
3.	Verhältnismässigkeitsprinzip . . . . .	238
4.	Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot . . . . .	239
5.	Grundsatz von Treu und Glauben . . . . .	241
6.	Verfahrensgarantien . . . . .	242
7.	Verfahrensgrundsätze . . . . .	247
8.	Fazit . . . . .	249
E.	Zusammenfassung und Schlussbetrachtung . . . . .	251

## A. Einleitung

Obwohl die Politik in der Schweiz seit jeher von einer ausgesprochenen Konsenskultur geprägt ist, stiessen vertragliche oder auf Einvernehmen beruhende hoheitliche Regelungen von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen noch bis weit ins 20. Jahrhundert hinein auf erhebliche Bedenken, wenn nicht gar auf schroffe Ablehnung. Prägnant brachte diese Sichtweise ZACCARIA GIACOMETTI in den 1960 erschienenen «Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts» zum Ausdruck: «Über öffentlichrechtliche Gegenstände gibt es jedoch kein Paktieren zwischen Imperiumsträger und Privatpersonen.»<sup>1</sup> Dieses Verständnis hat das Denken von Juristinnen und Juristen über Jahrzehnte hinweg geprägt.<sup>2</sup> Nachdem Verhandlungs- und Vertragselemente in der

1 ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 443; vgl. auch WALTER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944, S. 67; FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 211 f. Vgl. zur Entwicklung von Lehre und Praxis zum verwaltungsrechtlichen Vertrag in der Schweiz ANDREAS ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert, Habil. Freiburg, Bern/Stuttgart 2010, S. 330 ff.; vgl. auch MAX IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77 (1958) II, S. 1a–218a, S. 30a ff.; HENRI ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, ZSR 77 (1958) II, S. 461a–663a, S. 471a ff.

2 Kritisch in Bezug auf den subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrag etwa auch noch FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986, S. 208 f. Die Stimmen, die dem vertraglichen bzw. kooperativen Handeln der Verwaltung gegenüber kritisch eingestellt sind, sind seither deutlich leiser geworden, sie sind aber nicht gänzlich verstummt; vgl. z.B. PIERRE TSCHAN-

Rechtspraxis stetig an Bedeutung gewinnen, kam gegen Ende des 20. Jahrhunderts auch in der Schweizer Rechtslehre die Forderung auf, dass der Staat bzw. die Verwaltung mit den Rechtsunterworfenen vermehrt das Gespräch suchen und mit ihnen partnerschaftlich und einvernehmlich Rechtsverhältnisse regeln und Streitigkeiten beilegen müsse.<sup>3</sup> In jüngerer Zeit hat die Idee einer vermehrt auf der Grundlage von Verhandlungen und Zusammenarbeit operierenden Verwaltung ihren Ursprung wohl in den Vereinigten Staaten<sup>4</sup>, wobei das Postulat in der Folge insbesondere in Deutschland<sup>5</sup> und in anderen europäischen Staaten aufgenommen worden ist.<sup>6</sup> Die rechtswissenschaftliche Diskussion in der Schweiz über das «kooperative», «partizipative», «integrative», «paktie-

---

NEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008, Rz. 142; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 Rz. 15; vgl. auch MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Eine Annäherung, Bern 2010, S. 42.

- 3 Vgl. PAUL RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBI 92 (1991), S. 381–406; vgl. auch KURT EICHENBERGER, Gewandelte Staatlichkeit im entfalteten Leistungsstaat, Kooperatives Zusammenwirken zwischen Staat und Bürger, NZZ vom 4. 10. 1990, S. 77 f.; ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil. St. Gallen, Zürich 1995, S. 314 ff.; CHARLES-ALBERT MORAND, La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'Etat propulsif, Paris 1991, S. 181–219.
- 4 Vgl. auch AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 76; HANSPETER PFENNINGER, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg, Freiburg 1996, S. 39 ff., der allerdings darauf hinweist, dass auch die Schweizerische Nationalbank – einer Entwicklung in den Vereinigten Staaten folgend – bereits in den 1920er Jahren zu Formen der informell-konsensualen Kooperation griff; RICHLI (Fn. 3), S. 383. Siehe zur US-amerikanischen Diskussion in den 1980er und 1990er Jahren: LAWRENCE SUSSKIND/JEFFREY CRUIKSHANK, Breaking the Impasse, Consensual Approaches to Resolving Public Disputes, New York 1987; LAWRENCE SUSSKIND/GERARD MCMAHON, Theorie und Praxis ausgehandelter Normsetzung in den USA, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, Baden-Baden 1990, S. 67–95. Vgl. auch den vom US-amerikanischen Kongress im Jahr 1989 erlassenen «Administrative Dispute Resolution Act», der 1996 erneuert wurde (Pub. Law 104–320 [amending Pub. Law 101–552 and Pub. Law 102–354]).
- 5 Vgl. etwa das von WOLFGANG HOFFMANN-RIEM und EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN im Jahr 1990 herausgegebene Werk «Konfliktbewältigung durch Verhandlungen» oder die (politikwissenschaftliche) Habilitationsschrift von ARTHUR BENZ, Kooperative Verwaltung, Funktionen, Voraussetzungen und Folgen, Baden-Baden 1994. Vgl. auch MARKUS KALTENBORN, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, Habil. Bochum, Baden-Baden 2007; HERMANN PÜNDER, Kooperation statt Konfrontation, Die Verwaltung 38 (2005), S. 1–34; HELGE ROSSEN-STADTFELD, Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven, Verwaltungsarchiv 97 (2006), S. 23–48; JENS-PETER SCHNEIDER, Kooperative Verwaltungsverfahren, Verwaltungsarchiv 87 (1996), S. 38–67.
- 6 Vgl. auch die Hinweise bei MÄCHLER (Fn. 4), S. 76 f. Vgl. zur Situation von «Alternative Dispute Resolution» im Verwaltungsrecht in der EU und in den einzelnen Staaten der EU die Beiträge im Sammelband von DACIAN C. DRAGOS/BOGDANA NEAMTU (Hrsg.), Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Berlin/Heidelberg 2014. Vgl. auch die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats Rec(2001)9 «on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties» (verabschiedet am 5. September 2001).

rende», «konsensuale» oder «einvernehmliche» Verwaltungshandeln und Verwaltungsverfahren ist seither nicht abgeflacht.<sup>7</sup> Kooperationen zwischen Verwaltung und Privaten werden auch in jüngster Zeit zu den bedeutenden Entwicklungen des Verwaltungsrechts gezählt.<sup>8</sup> Sie sind Bestandteil der namentlich in Deutschland geführten Kontroversen über die reformorientierte bzw. «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», welche die Steuerungsperspektive in den Vordergrund rückt und mit der sich auch die schweizerische Verwaltungsrechtslehre beschäftigt.<sup>9</sup> In einem erst kürzlich erschienenen schweizerischen Lehrbuch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht wird das «Kooperationsprinzip» – neben den «traditionellen» Grundsätzen des Verwaltungsrechts – zu einem wei-

- 
- 7 Aus der grossen Fülle an Literatur zum kooperativen Verwaltungshandeln und zur konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht (mit unterschiedlichem Fokus) etwa ANDREAS ABEGG, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Habil. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009; JEAN-LUC BAECHLER/IVAN JABBOUR, *La médiation et la conciliation en droit administratif*, *Tour d'horizon*, ZBl 120 (2019), S. 235–259; FRANÇOIS BELLANGER/AURÉLIE GAVILLET, *La résolution amiable des différends en matière administrative*, in: Jean A. Mirimannoff (Hrsg.), *La résolution amiable des différends en Suisse, Interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Bern 2016, S. 145–170; MICHÈLE GUTH, *Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017; CHRISTINE GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation, Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Diss. Neuenburg, Zürich/Basel/Genf 2002; PETER HÖSLI, *Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002; MÄCHLER (Fn. 4); PANDORA NOTTER, *Mediation im Verwaltungsverfahren*, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2013; ALEXIS OVERNEY, *La médiation en matière administrative*, in: Jean A. Mirimannoff (Hrsg.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Basel 2011, S. 191–213; PFENNINGER (Fn. 4); THOMAS PFISTERER, *Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht («konferieren statt prozessieren»)*, ZSR 121 (2002) II, S. 169–315; die Beiträge im Sammelband von THOMAS PFISTERER (Hrsg.), *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich*, Zürich/Basel/Genf 2004; sowie die zahlreichen weiteren Beiträge dieses Autors zum Thema (vgl. an anderen Stellen in diesem Beitrag und im Literaturverzeichnis); GERHARD SCHMID, *Kooperatives Verwaltungshandeln*, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), *Festgabe Walter Straumann*, Solothurn 2013, S. 489–498; DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013, passim.
- 8 Vgl. ANDREAS LIENHARD, *Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, Beobachtung aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive*, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 349–379, S. 354 f.
- 9 Vgl. JAN PHILIPP SCHAEFER, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft*, Habil. Heidelberg, Tübingen 2016, S. 244 ff.; vgl. zur «Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft» ANDREAS VOSSKUHL, § 1 *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1–63; vgl. dazu aus schweizerischer Perspektive LORENZ ENGI, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft» und schweizerisches Verwaltungsrecht, ZBl 111 (2010), S. 153–161; ANDREAS LIENHARD, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft?, Vom Sinn und Unsinn des Neuen*, AJP 2010, S. 1381–1393.

teren «Grundsatz und Leitbild» des Verwaltungsrechts erhoben.<sup>10</sup> Das Anliegen einer vermehrt einvernehmlich agierenden und konsensual-streitschlichtenden Verwaltung bzw. Verwaltungsjustiz wurde auch von den Gesetzgebern von Bund und Kantonen aufgenommen, indem in allgemeinen Verfahrenserlassen<sup>11</sup> und in Spezialgesetzen<sup>12</sup> entsprechende Regelungen geschaffen worden sind.

Es haben sich verschiedene Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung<sup>13</sup> im Verwaltungsrecht herausgebildet, die vom verwaltungsrechtlichen Vertrag und der informellen Absprache über die Verständigung und Mediation in förmlichen Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren bis zu Verfahren vor Ombudsstellen und besonderen Schlichtungsverfahren reichen. Sie sind in praktisch allen Bereichen des Verwaltungsrechts anzutreffen. In diesem Beitrag sollen einerseits die alle Formen gleichermaßen prägenden Charakteristika des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns herausgearbeitet werden; andererseits ist auf die Besonderheiten der einzelnen Formen einzugehen. Es soll demnach der Versuch unternommen werden, Ansätze für allgemeine und besondere Lehren des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen

- 
- 10 Vgl. PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 78 ff.
  - 11 Vgl. z.B. im Bund: Art. 33b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021); im Kanton Luzern: § 41a und 41b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 3. Juli 1972 (Nr. 40). Siehe für weitere Beispiele BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242 ff., 249 ff., GUTH (Fn. 7), S. 74 ff., sowie an verschiedenen Stellen in diesem Beitrag.
  - 12 Vgl. z.B. Art. 41a des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01) betreffend das umweltschutzrechtliche Kooperationsprinzip; Art. 29 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251); Art. 50 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1). Siehe für weitere Beispiele GUTH (Fn. 7), S. 86 ff., sowie an verschiedenen Stellen in diesem Beitrag.
  - 13 Vgl. zum Begriff der «konsensualen Streitbeilegung» im öffentlichen Recht GUTH (Fn. 7), S. 5 ff. Im öffentlichen Verfahrensrecht wird der Begriff der «Streitigkeit» im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen dem «nichtstreitigen Verfahren» (= erstinstanzliches Verwaltungsverfahren) und dem «streitigen Verfahren» (= Rechtsmittelverfahren) verwendet (vgl. statt vieler RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 48 ff.; BGE 114 V 228 E. 4c). Zu Recht wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass diese Begriffsverwendung nicht vollends zu überzeugen vermöge, zumal auch im erstinstanzlichen Verfahren streitig sein könne, ob eine Verfügung zu erlassen sei und welchen Inhalt diese haben soll. Dies sei insbesondere in Mehrparteienverfahren augenfällig, in denen mehrere Parteien gegensätzliche Interessen vertreten. Aber auch im Verhältnis zwischen Parteien und Verwaltungsbehörde könne insofern von einer Streitigkeit gesprochen werden, als die Behörde im erstinstanzlichen Verfahren nicht nur die Rolle der (unparteiischen) Entscheidungsinstanz, sondern auch der (in diesem Sinne parteiischen) Vertreterin des öffentlichen Interesses einnehme. Im Übrigen seien von vornherein alle erstinstanzlichen Verfahren streitig, in denen eine Partei die Rechtmässigkeit eines Realakts bestreitet und von der Verwaltungsbehörde eine Verfügung über den Realakt verlange (vgl. Art. 25a VwVG); vgl. zum Ganzen REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATTHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 8.

Streitbeilegung im Verwaltungsrecht zu entwickeln. Dabei wird es insbesondere auch darum gehen, diese teilweise neue Verwaltungswirklichkeit in das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht einzubetten und die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Grenzen auszuloten. Im Vordergrund steht der «erstinstanzliche» Vollzug von Verwaltungsrecht durch Verwaltungsbehörden; thematisiert wird aber auch die konsensuale Streitbeilegung im Rechtsmittelverfahren.

Der erste Teil (B.) beschäftigt sich mit den Grundlagen. Es wird aufgezeigt, dass die Entwicklung zu einer vermehrt einvernehmlich handelnden Verwaltung insbesondere auf einen Wandel der Staatsaufgaben und ein geändertes Verständnis der Staat-Bürger-Beziehung zurückzuführen ist. Danach werden die Merkmale und Grundstrukturen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns dargestellt. Konsensuale Formen des Verwaltungshandelns und der Streitbeilegung im Verwaltungsrecht werden auch den «Alternativen Formen der Streitbeilegung» zugeordnet. Ebenfalls ist auf die für und gegen diese Form des Verwaltungshandelns vorgetragenen Argumente bzw. die Vorzüge und Gefahren einzugehen. Im zweiten Teil (C.) werden die einzelnen Formen dargestellt und gewürdigt sowie ausgewählte Einsatzbereiche aufgezeigt. Der dritte Teil (D.) behandelt die (rechtlichen und faktischen) Rahmenbedingungen und Schranken des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns. Bevor eine Einbettung in die rechtsstaatlichen Prinzipien erfolgt und die entsprechenden Rahmenbedingungen und Grenzen aufgezeigt werden – die sich fundamental von den Verhältnissen im Privatrecht unterscheiden –, werden die (vornehmlich faktischen) Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns dargestellt. Eine Schlussbetrachtung im vierten Teil (E.), die auch Möglichkeiten der Stärkung des konsensualen Verwaltungsrechtsvollzugs thematisiert, rundet den Beitrag ab.

## **B. Grundlagen**

### **I. Wandel der Staatsaufgaben und Veränderung der Aufgabenwahrnehmung durch die Verwaltung**

«Die Gefässe, in die hinein sich das Verwaltungsrecht konkretisiert, stehen in einem komplexen Wechselwirkungsverhältnis zu den Staatsaufgaben und den zu deren Bewältigung angewandten Regelungstechniken.»<sup>14</sup> Die schweizerische Verwaltungsrechtslehre gründet zu wesentlichen Teilen in der deutschen Dogmatik des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts des ausgehenden 19. Jahr-

---

14 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64.



hunderts, die massgeblich von OTTO MAYER geprägt wurde.<sup>15</sup> Als zentrale Rechtsfigur wurde dabei auch der Verwaltungsakt (gemäss neuerer schweizerischer Terminologie: die Verfügung) als Ausdruck der einseitig befehlenden und gebietenden Verwaltung übernommen.<sup>16</sup> Das übernommene rechtsstaatliche Verwaltungsrecht war geprägt vom Konstitutionalismus, der Fürst und Verwaltung nur in ganz spezifischen Bereichen, insbesondere bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum beschränkte, von den Lehren des deutschen Idealismus, «die von einem überhöhten, die objektive Vernunft verkörpernden, allein massgebenden Willensbildungs- und -verwirklichungssystem Staat»<sup>17</sup> ausgingen, wobei der Verwaltungsakt als dessen Produkt erschien (was eine Verständigung der Verwaltung mit dem Bürger ausschloss),<sup>18</sup> sowie von der Idee des liberalen Ordnungsstaats mit einem beschränkten, auf die Eingriffsverwaltung ausgerichteten Aufgabenfeld.<sup>19</sup>

Obwohl der Verfügung auch heute noch eine «unangefochtene Vorrangstellung»<sup>20</sup> zukommt und sie sowohl im positiven Recht als auch in der Verwaltungsrechtslehre einen «zentralen Kristallisationspunkt»<sup>21</sup> darstellt, hat sich ihre Erscheinung und ihr Zustandekommen massgeblich verändert,<sup>22</sup> zumal sie sich auch für konsensuale und kooperative Elemente geöffnet hat.<sup>23</sup> Darüber hinaus haben einvernehmliche Regelungen im Staat-Bürger-Verhältnis, seien sie rechtlich bindender oder informeller, zivil- oder öffentlich-rechtlicher Natur, an erheblicher Bedeutung gewonnen.<sup>24</sup> 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 entgegentretenden Bürgers einhergegangen sind.<sup>25</sup> So können die Erweiterung und Ausdifferenzierung der Handlungs-

15 Vgl. MÄCHLER (Fn. 4), S. 3 f.; vgl. ausführlich zu den Anfängen und zur Entwicklung des Verwaltungsrechts in der Schweiz MARKUS MÜLLER, *Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft*, Bern 2006, S. 75 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 130 (2011) II, S. 331–437; DERS., Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band III: Verwaltungsrecht in Europa, Grundlagen, Heidelberg 2010, S. 313–349.

16 MÄCHLER (Fn. 4), S. 5, 615.

17 MÄCHLER (Fn. 4), S. 615.

18 Vgl. dazu MÄCHLER (Fn. 4), S. 7 f.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 95. Vgl. OTTO MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, AöR 3 (1888), S. 3–86, S. 30.

19 Vgl. dazu ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 3 ff., S. 615.

20 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65.

21 MÄCHLER (Fn. 4), S. 615.

22 Vgl. dazu umfassend MÄCHLER (Fn. 4), S. 10 ff., S. 74 ff.

23 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65.

24 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65; vgl. zur Geschichte der «kooperativen Verwaltung» PFENNINGER (Fn. 4), S. 29 ff.

25 Vgl. dazu eingehend MÄCHLER (Fn. 4), S. 10 ff. Vgl. zu den verwaltungsrechtlichen Konstruktionen des Bürgers im Wandel der Zeit SUSANNE BAER, «Der Bürger» im Verwaltungsrecht, Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Habil. Berlin, Tübingen 2006, S. 83 ff.

und Verfahrensformen der Verwaltung bzw. die Verschiebung des Gewichts ihrer einzelnen Erscheinungen als unmittelbare Konsequenz des Wachstums und qualitativen Wandels der Staatsaufgaben angesehen werden,<sup>26</sup> wobei namentlich die Zunahme gestaltender, planender, lenkender und leistender Verwaltungsaufgaben im 20. Jahrhundert Rückwirkungen auf die Handlungs- und Verfahrensmodi der Verwaltung zeitigte.<sup>27</sup> Gewandelte Staatsaufgaben rufen nach modifizierten Regelungstechniken, wobei ein gesteigertes Bedürfnis nach flexiblen und offenen Normen festzustellen ist.<sup>28</sup> Diese wiederum «zeitigen insofern Folgen hinsichtlich der angewandten Handlungsformen, als sich Spielräume für Verhandlungen und einen verstärkten Einbezug Privater in den Entscheidungsfindungsprozess geradezu anbieten».<sup>29</sup> Mit anderen Worten haben die «Schwierigkeiten, der Komplexität moderner Industriegesellschaften allein durch einseitig-hoheitliches staatliches Handeln nach dem Modell ordnungsrechtlicher Gefahrenabwehr gerecht zu werden, [...] Grenzen dieses Modus der Aufgabenwahrnehmung zunehmend verdeutlicht».<sup>30</sup> Im «Gewährleistungsstaat»<sup>31</sup> scheint sich dieses Phänomen zu verstärken, zumal «komplexe Beaufsichtigungs- und Steuerungsvorgänge» in die Wege geleitet werden.<sup>32</sup> Die Tendenz zu vermehrten einvernehmlichen Regelungen im Staat-Bürger-Verhältnis «basiert auf der Grundüberzeugung, dass die Mitwirkung Betroffener bei der Informationsgewinnung, die Suche nach Optimierungswegen und die Herstellung eines zumindest partiellen Interessenausgleichs im Rahmen der Ausfüllung von Entscheidungsspielräumen letztlich in einem Effizienz- und Effektivitätsgewinn resultieren».<sup>33</sup> Damit einher geht eine «Relativierung des im

26 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64.

27 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65; vgl. auch KURT EICHENBERGER, *Hochleistungsverwaltung des entfalteten Sozialstaates* (1989), in: Georg Müller/René Rhinow/Gerhard Schmid (Hrsg.), *Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Basel/Genf/München 2002, S. 351–365, S. 358; PFENNINGER (Fn. 4), S. 45 ff. Vgl. zum Paradox des modernen Staats, der über alle Macht verfügt, die Gesellschaft zu einen und zu allgemeiner Wohlfahrt zu führen, hierzu aber auf die Kooperation mit eben dieser Gesellschaft angewiesen ist; ABEGG (Fn. 1), S. 189 ff.

28 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 75; SCHMID (Fn. 7), S. 490.

29 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64. Zum Bedeutungswandel des Verwaltungsverfahrens, der mit einer geringeren rechtssatzmässigen Determinierung des Verwaltungshandelns einhergeht, vgl. DIES. (Fn. 4), Rz. 185 ff.; vgl. auch SCHMID (Fn. 7), S. 490; FRIEDRICH SCHOCH, § 37 *Entformalisierung staatlichen Handelns*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Heidelberg 2005, S. 131–227, § 37 Rz. 30.

30 HELMUT SCHULZE-FIELITZ, § 12 *Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 823–902, Rz. 64.

31 Vgl. dazu grundlegend CLAUDIO FRANZIUS, *Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Habil. Berlin, Tübingen 2009; vgl. zur Gewährleistungsverwaltung auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, § 1 Rz. 43 ff.; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 51 ff.

32 SCHMID (Fn. 7), S. 490.

33 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65.

Konstitutionalismus wurzelnden hierarchischen Staat-Bürger-Verhältnisses, das auf einer strikten Trennung von Staat und einseitig von diesem gesteuerter Gesellschaft beruhte».<sup>34</sup>

In den Politikwissenschaften wurde, um den Charakter der im kooperativen Rechtsstaat bestehenden Verhandlungsbeziehungen zwischen Staat und Bürgern zu umschreiben, die Metapher vom «Schatten der Hierarchie» entwickelt.<sup>35</sup> SCHAEFER führt diesen Gedanken weiter wie folgt aus: «Während der souveräne Staat seine Macht aus dem Verzicht der Bürger auf eigene Gestaltungsräume bezieht, beruht die Hoheit des kooperierenden Staates auf Akzeptanz der Bürger, ferner auf dem spezifischen Nutzen staatlicher Infrastruktur zur Artikulation kollektiver Interessen. Hinreichend starke und gut organisierte Lobbys bedienen sich des Staates zur Verstärkung ihrer Gestaltungsansprüche. Der kooperierende Staat bittet um Gefolgschaft und Gehorsam in der Hoffnung, dass dies dem temporären Eigeninteresse seiner Bürger entspricht.»<sup>36</sup>

Diese Entwicklungen zeigen auf, dass das «Verhandlungsmodell» als Koordinationsmechanismus neben das «Hierarchiemodell» getreten ist.<sup>37</sup> Es stellt sich gar die Frage, ob heute statt von Subordination von einer Gleichordnung zwischen Bürgern und Verwaltung auszugehen ist. Obwohl in der Verwaltungsrealität zahlreiche Bereiche bestehen, in denen Private und Verwaltung auf dem Boden der Gleichordnung miteinander verkehren, greift die «Gleichordnungsthese» zu kurz.<sup>38</sup> Freiheitlich-demokratische Verfassungen, wie namentlich auch die schweizerische Bundesverfassung, bestimmen das Bürger-Staat-Verhältnis «asymmetrisch» in der Unterscheidung von «bürgerlicher Freiheit und staatlicher Kompetenz»:<sup>39</sup> Während der Bürger in rechtlich verfasster Freiheit handelt, agieren staatliche Organe in rechtlich verliehener Kompetenz.<sup>40</sup> «Gerade in seiner rechtlichen Verfasstheit ist der demokratische Rechtsstaat *Staat*, dessen Organe befugt sind, Verbindlichkeiten einseitig zu begründen.»<sup>41</sup> Gewisse Staatsauf-

---

34 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 99, der als Ursachen der Veränderung im Staat-Bürger-Verhältnis die Ausweitung und Veränderung bei den staatlichen Aufgaben, die Erhöhung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung und die Eigendynamik sozialer Abläufe, einen stark gestiegenen Transaktions- und Koordinationsaufwand und transnationale Herausforderungen nennt; vgl. zu den historischen Entwicklungslinien und der staatsrechtlichen bzw. staatsrechtlichen Diskussion betreffend die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft CHRISTOPH ERRASS, *Kooperative Rechtssetzung*, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 99 ff.

35 Vgl. ARTHUR BENZ, *Der moderne Staat*, 2. Aufl., Oldenburg 2008, S. 211; vgl. auch SCHAEFER (Fn. 9), S. 252.

36 SCHAEFER (Fn. 9), S. 252.

37 Dieser Befund von EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2. Aufl., Heidelberg 2006, S. 177, für Deutschland trifft auch auf die Schweiz zu.

38 Vgl. dazu ausführlich SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 14 f.

39 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 15.

40 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 15.

41 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 14.

gaben erfordern den Einsatz hoheitlicher Mittel und einseitiger Entscheidungen und lassen sich nicht in Gleichordnung und Konsens realisieren.<sup>42</sup> Und auch dort, «wo Kooperation die Normalität darstellt, ist der Staat daher nicht ein Partner unter anderen, sondern hat wegen seiner komplementären Aufgaben eine Sonderstellung inne, die sein Handeln rechtfertigt und zugleich bindet».<sup>43</sup> «Hierarchisches Modell und Verhandlungsmodell stehen folglich nicht vollständig gleich. Die Asymmetrie von Kompetenz und Freiheit hat auch hier Geltung [...], mindert jedoch nicht die Legitimität kooperativen Handelns.»<sup>44</sup>

## II. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als Verfassungsgebot?

Wenngleich die schweizerische Bundesverfassung, wie bereits oben beschrieben, von einem «asymmetrischen» Bürger-Staat-Verhältnis im Sinne von «bürgerlicher Freiheit und staatlicher Kompetenz» ausgeht,<sup>45</sup> ist sie nicht auf bestimmte Koordinationsmechanismen bzw. theoretische Modelle in diesem Verhältnis – im Sinne etwa des Hierarchie- oder des Verhandlungsmodells – festgelegt.<sup>46</sup> Der Bundesverfassung lässt sich kein generelles Ge- oder Verbot für kooperatives und konsensuales Staats- bzw. Verwaltungshandeln ableiten.<sup>47</sup> In grundsätzlicher Weise gegen ein kooperatives und konsensuales Handeln der Verwaltung sprechen namentlich weder das Gewaltmonopol des Staats noch die verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Prinzipien,<sup>48</sup> wobei Letztere diesem Handeln gewisse Rahmenbedingungen vorgeben und Grenzen setzen.<sup>49</sup> Die Bundesverfassung bietet aber auch keine Grundlage für die Annahme, wonach die staatlichen Behörden mit den Bürgern in erster Linie in Kooperation und Konsens interagieren müssten.<sup>50</sup> Diese Auffassung lässt sich namentlich nicht den Grundrechten, dem Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>51</sup> oder dem Subsidiaritätsprinzip<sup>52</sup> entnehmen.<sup>53</sup> Allerdings ist es der Verwaltung in gewissen Konstellationen aus grundrechtlichen Gründen verwehrt, ohne Zustimmung des Betroffenen ein Rechtsverhältnis zu regeln oder eine Handlung vorzunehmen.<sup>54</sup>

42 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 14.

43 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 177.

44 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 177.

45 Vgl. B./I.

46 MÄCHLER (Fn. 4), S. 85 ff.; vgl. auch für Deutschland SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 177.

47 MÄCHLER (Fn. 4), S. 85.

48 Vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 85 f.

49 Vgl. D./II.

50 Vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 37.

51 Vgl. auch D./II./3.

52 Vgl. dazu auch ERRASS (Fn. 34), S. 170 ff.

53 Vgl. dazu ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 86 ff.

54 Vgl. MÄCHLER (Fn. 4), S. 88, der als Beispiel das Verbot der staatlichen Zwangs- oder Pflichtarbeit nennt (vgl. auch Art. 4 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 [SR 0.101; EMRK]).

Weiter werden an verschiedenen Stellen in der Bundesverfassung Staat und Verwaltung zu einem kooperativen Vorgehen angehalten.<sup>55</sup> In Kantonsverfassungen ist zuweilen die Vorgabe zu finden, dass die Verwaltung nicht nur rechtmässig, effizient, sparsam und bürgerfreundlich, sondern auch «kooperativ» zu handeln hat.<sup>56</sup> Einige Kantone sehen im Übrigen auch die Institution der Ombudsstelle als Form des streitschlichtenden Verwaltungshandelns in ihren Verfassungen vor.<sup>57</sup>

### III. Merkmale des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns

#### 1. *Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln – Begriffliche Annäherung*

Kooperation umfasst im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben begrifflich eine Fülle sehr unterschiedlicher Erscheinungsformen.<sup>58</sup> Der Begriff lässt sich namentlich als empirischer, typologischer oder normativer fassen.<sup>59</sup> In einem weiten Sinn umfasst der Begriff «die Gesamtheit der Erscheinungsformen des bewussten (intendierten) Zusammenwirkens von Verwaltungsbehörden mit Privaten».<sup>60</sup> Der Begriff des «kooperativen Staats»<sup>61</sup> fasst diese Vielfalt der Formen der Arbeitsteilung zwischen «Staat» und «Gesellschaft» zusammen.<sup>62</sup> Kooperation kann sich auf verschiedene Ebenen beziehen, namentlich auf die Rechtssetzung,<sup>63</sup> die Verwaltungsorganisation (z.B. die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private oder das Zusammenwirken in kollegial strukturierten Verwaltungsgremien), die Handlungsformen und die Ausgestaltung des Verfahrens.<sup>64</sup> Der Begriff findet aber nicht nur

55 Vgl. In Bezug auf das Zusammenwirken von Bund und Kantonen: Art. 44 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 46 Abs. 2, Art. 48, Art. 53 Abs. 4, Art. 61a Abs. 2, Art. 63a Abs. 4, Art. 135 Abs. 2 lit. d BV; in Bezug auf die Rechtssetzung: Art. 147, Art. 109 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BV; in Bezug auf die Verwaltungsorganisation: Art. 178 Abs. 3 BV; vgl. dazu auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 90 f.; ERRASS (Fn. 34), S. 175 f.

56 Vgl. Art. 70 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (Nr. 101); vgl. auch § 61 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Luzern (KV) vom 17. Juni 2007 (Nr. 1) bezogen auf Gerichte: «Wo es die Art der Rechtssache zulässt, soll Vermittlung angeboten und Verständigung angestrebt werden.»

57 Vgl. z.B. Art. 96 der Verfassung des Kantons Bern (KV) vom 6. Juni 1993 (Nr. 101.1); Art. 119 der Verfassung des Kantons Freiburg (KV) vom 16. Mai 2004 (Nr. 101); Art. 43 Abs. 1 der Constitution du Canton de Vaud (Cst-VD) du 14 avril 2003 (Nr. 101.01); Art. 81 KV/ZH.

58 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 66.

59 Vgl. dazu ausführlich SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 66 ff.

60 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 67.

61 Vgl. dazu grundlegend ERNST-HASSO RITTER, Der kooperative Staat, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, AöR 104 (1979), S. 389–413.

62 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 67.

63 Vgl. zur kooperativen Rechtssetzung ERRASS (Fn. 34); vgl. zur regulierten Selbstregulierung PETER HETTICH, Kooperative Risikoversorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 512 ff.

64 Vgl. KARLEN (Fn. 10), S. 79.

Verwendung für die soeben beschriebenen Formen des Zusammenwirkens von staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren, sondern auch für die Zusammenarbeit zwischen Gemeinwesen und zwischen Verwaltungsbehörden.<sup>65</sup> Im Vordergrund sollen nachfolgend die «kooperativen» und «konsensualen» Handlungsformen und Verwaltungsverfahren stehen, die sich zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten abspielen.

Kooperatives Verwaltungshandeln lässt sich durch strukturelle, prozessuale und ergebnisbezogene Aspekte charakterisieren;<sup>66</sup> es wird in diesem Zusammenhang auch von «charakteristischen Funktionsvoraussetzungen» der Kooperation von Verwaltung und Privaten gesprochen.<sup>67</sup> *Strukturelles* Merkmal von Kooperation ist – im Unterschied zu hoheitlicher Ausübung staatlicher Herrschaft –, dass sich die beteiligten Akteure im jeweiligen Interaktionsprozess wechselseitig als gleichberechtigt anerkennen;<sup>68</sup> «charakteristischerweise wird trotz der Asymmetrien von Kompetenzen und Verhandlungsmacht auf die Ausübung einseitiger Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung einvernehmlich verzichtet».<sup>69</sup> Die kooperative Aufgabenerfüllung erfolgt im Gegensatz zur hierarchisch-hoheitlichen nicht durch einseitige Anordnung, sondern im Zusammenwirken mit den Betroffenen.<sup>70</sup> *Prozedural* vollzieht sich Kooperation demnach «in Formen unmittelbarer Interaktion und dialogischer Kommunikation über Ziele, Werte, Interessen, Problem- und Situationsbeschreibungen oder Kenntnisse der Beteiligten, durch die der Vorgang der staatlichen Entscheidungsfindung für die Perspektive der Privaten geöffnet wird».<sup>71</sup> Kennzeichen kooperativer Aufgabenerfüllung ist, dass die involvierten Akteure in einer Beziehung stehen, die durch «Face-to-face»-Kontakte geprägt ist.<sup>72</sup> Im Kooperationsprozess können Informationen und Argumente ausgetauscht werden. «Damit wird ein breiteres Spektrum an Verhaltensprämissen der Beteiligten zur Disposition gestellt als bei hoheitlicher, hierarchischer Steuerung.»<sup>73</sup> Die Verwaltungsbehörden öffnen den Entscheidungsvorgang, indem sie die Betroffenen an der Entscheidungsfindung beteiligen.<sup>74</sup> Kooperation ist demnach mit Verhandlungsprozessen verbunden, die *ergebnisbezogen* auf eine freiwillige Einigung zwischen den beteiligten Akteuren abzielen.<sup>75</sup> «Die Wechselseitigkeit der Beziehung zwischen den Kooperationspartnern beschränkt sich nicht auf die Verhandlungsprozesse zur Vorbereitung einer Entscheidung,

65 Vgl. KARLEN (Fn. 10), S. 79 f.

66 Vgl. BENZ (Fn. 5), S. 37 ff.; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

67 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

68 BENZ (Fn. 5), S. 38; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

69 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70; vgl. auch BENZ (Fn. 5), S. 38.

70 BENZ (Fn. 5), S. 38.

71 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70; vgl. auch BENZ (Fn. 5), S. 38.

72 BENZ (Fn. 5), S. 38; vgl. auch PFISTERER (Fn. 7), S. 200.

73 BENZ (Fn. 5), S. 39.

74 BENZ (Fn. 5), S. 39.

75 BENZ (Fn. 5), S. 39; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

sondern zeigt sich darüber hinaus auch in der Zustimmung zum Verhandlungsergebnis», wobei es auf eine spezifisch rechtliche Handlungsform nicht ankommt.<sup>76</sup> Konsens im Sinne der Zustimmung der Beteiligten zu einem gemeinsam erarbeiteten Verhandlungsergebnis ist demnach Bestandteil des kooperativen Verwaltungshandelns.<sup>77</sup> PFISTERER ist zuzustimmen, wenn er festhält, das «Ungewohnte liegt bei den Konsenslösungen in der gemeinsamen Erarbeitung des Inhalts, die sonst die rechtsanwendende Behörde allein besorgt, durch alle Beteiligten».<sup>78</sup> Diese Ausführungen machen auch deutlich, dass kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln über die Gewährung des rechtlichen Gehörs in Verfahren auf Erlass einer Verfügung hinausgeht,<sup>79</sup> wenngleich auch die Gehörsgewährung einen Austausch zwischen Behörden und Privaten ermöglicht und insofern auch das Verfügungsverfahren mit «kooperativen Elementen» durchzogen ist.<sup>80</sup> Um von einem kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln zu sprechen, dürften aber intensivere Kooperationsformen verlangt sein.<sup>81</sup> Schliesslich ist das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln abzugrenzen vom partizipativen Verwaltungshandeln, worunter die (blosse) Mitwirkung der Bevölkerung bei Verwaltungsentscheidungen (so etwa in der Raumplanung; vgl. Art. 4 Abs. 2 RPG<sup>82</sup>) zu verstehen ist, die nicht auf Einverständnis abzielt.

76 BENZ (Fn. 5), S. 39; vgl. auch SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

77 Vgl. BENZ (Fn. 5), S. 39; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70; PFISTERER (Fn. 7), S. 200 f., erblickt im konsensualen Verwaltungshandeln indes eine qualifizierte Form der Kooperation. Kooperatives Verwaltungshandeln erschöpfe sich in Zusammenarbeit und Verhandlungen («face-to-face»), während das konsensuale Verwaltungshandeln auf gemeinsame Erarbeitung und Zustimmung der Beteiligten zu einer Einigung abziele («im gleichen Boot»).

78 PFISTERER (Fn. 7), S. 227.

79 Vgl. dazu ausführlicher PFISTERER (Fn. 7), S. 202 f.; vgl. auch BENZ (Fn. 5), S. 39; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern, Bern 2000, S. 126.

80 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 127, 144.

81 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 147. Während kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf kooperatives Verwaltungshandeln besteht (vgl. B./II.), sieht es bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs anders aus (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV). Auch die – in der Praxis verbreitete – Vorabzustellung von Entscheidungswürfen dürfte noch nicht dem kooperativen Verwaltungshandeln zuzurechnen sein, wenngleich diese Form der Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Umständen Türen öffnet für konsensuale Lösungen; vgl. auch MICHAEL FEHLING, § 38 Informelles Verwaltungshandeln, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Voskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1457–1521, § 38 Rz. 28, der diese Vorgehensweise bereits als Sonderfall der Vorabgespräche qualifiziert. Die Erstellung eines Verfügungs- bzw. Entscheidungswurfs vor dem Anhören der Parteien ist im Übrigen mit der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließenden Berücksichtigungspflicht zu vereinbaren; vgl. BGer, Urteil 2P.193/2000 vom 13.10.2000, E. 2b; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 32 VwVG Rz. 20. Allerdings lässt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör kein Anspruch auf Zustellung des Verfügungs- oder Entscheidungswurfs ableiten.

82 Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).



2. *Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als formelle oder informelle «Handlungsform» (und nicht bloss «Verfahrensmodus»);  
Verhältnis zu einseitig-hoheitlichen Verfahren*

Nachdem die strukturellen, prozessualen und ergebnisbezogenen Aspekte des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns erarbeitet worden sind, stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um eine eigentliche «Handlungsform» oder bloss um einen bestimmten «Verfahrensmodus» bzw. eine bestimmte «Kreationsprozedur»<sup>83</sup> handelt und wie das Verhältnis des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns zu einseitig-hoheitlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere zum Verfügungsverfahren, ausgestaltet ist. Der verwaltungsrechtliche Begriff der Handlungsform bezeichnet «Gestalttypen von hoher begrifflicher Abstraktheit, in die hinein sich das Verwaltungshandeln unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmten Rechtsfolgen materialisiert und dadurch rechtlich greifbar wird».<sup>84</sup> Der Terminus der Handlungsform wird demnach in einem weiten Sinne verstanden, unter den sich grundsätzlich sämtliches Tätigwerden der Verwaltung subsumieren lässt.<sup>85</sup> Herkömmlicherweise werden die Handlungsformen der Verwaltung anhand der Kriterien des angestrebten (rechtlichen oder tatsächlichen) Erfolgs (Rechtsakte oder Realakte), der (öffentlich- oder privatrechtlichen) Rechtsgrundlage, des (verwaltungsinternen oder privaten bzw. individuellen oder generellen) Adressatenkreises, der (konsensualen oder hoheitlichen) Handlungsweise sowie des (konkreten oder abstrakten) Anordnungsobjekts charakterisiert.<sup>86</sup> Trotz Formenvielfalt ist die Verfügung, die im Rahmen eines strukturierten Verwaltungsverfahrens ergeht, unverändert das zentrale Handlungsinstrument eines Verwaltungsträgers zur Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall in einseitiger (ohne Einverständnis des Verfügungsadressaten) und verbindlicher Weise.<sup>87</sup>

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kann auf einen Rechtserfolg ausgerichtet sein (z.B. verwaltungsrechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag) oder bloss informellen Charakter haben (z.B. informelle Vorabsprachen,

83 Vgl. zu diesem Begriff TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 297 ff., der darunter eine «Verfahrensweise», mithin «eine standardisierte, auf ein bestimmtes Ergebnis zielende Abfolge von Handlungsbeiträgen» versteht, wobei das bestimmte Ergebnis die «Heranbildung einer Verwaltungshandlung» meine.

84 PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 118 (1999) II, S. 353–455, Rz. 43; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 50; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 5. Zur (verfahrens-)rechtlichen Bedeutung der Handlungsform vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 49 ff.

85 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 52.

86 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 50; TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 129 ff.

87 Vgl. zur Verfügung als zentrale Handlungsform der Verwaltung statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 848 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 28 ff.; BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 135 ff.



Absprachen).<sup>88</sup> Weiter kann kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln nach dem Kriterium des Adressatenkreises danach unterschieden werden, ob es innen- (verwaltungsinterne Akteure) oder aussengerichtet (private Akteure) ist, wobei in diesem Beitrag in erster Linie das kooperative und konsensuale Handeln zwischen Verwaltung und Privaten interessiert. Nach dem Kriterium der Rechtsgrundlage kann das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln im Übrigen auch in öffentlich-rechtliches (insbesondere verwaltungsrechtlicher Vertrag, aber auch sämtliches informell-kooperatives Handeln) und privatrechtliches (insbesondere privatrechtlicher Vertrag) Kooperationshandeln unterteilt werden.

Die Frage, ob kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln eine eigenständige Handlungsform darstellt, stellt sich insbesondere in Konstellationen, in denen im Umfeld bzw. im Rahmen von einseitig-hoheitlichem Verwaltungshandeln und damit einhergehenden Verfahren,<sup>89</sup> namentlich im Verfügungsverfahren, informell-kooperative Elemente einfließen. In diesen Fällen kommt es zu einer Durchmischung von Elementen formloser Kooperation und förmlichen Verwaltungsverfahren.<sup>90</sup> In anderen Konstellationen liegt die Qualifikation als Handlungsform hingegen auf der Hand: So ist anerkannt, dass (auf Rechtserfolg ausgerichtete) Vertragshandeln der Verwaltung auf öffentlich- oder privatrechtlicher Grundlage, das in sämtlichen Stadien der Ausarbeitung Verhandlungsprozesse ermöglicht und auf Zustimmung und Einverständnis der Beteiligten beruht, eine kooperative und konsensuale Handlungsform darstellt.<sup>91</sup> Dies gilt auch dann, wenn eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit im Rahmen oder Umfeld eines förmlichen Verwaltungs-, Verwaltungsbeschwerde- oder Klageverfahrens durch einen Vergleichsvertrag, der eine spezifische Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags darstellt, erledigt wird.<sup>92</sup> Werden diese Handlungsinstrumente gewählt, ersetzen sie die Verfügung als Handlungsform und wirken insofern als Surrogate zum Verfügungshandeln.

In Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln sind die folgenden Differenzierungen angezeigt: Informell-konsensuales Verwaltungshandeln kann in der Form der Absprache als Surrogat rechtsförmigen Verwaltungs-

88 Vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 16 f.; vgl. zum zentralen Unterscheidungskriterium des angestrebten Erfolgs in Bezug auf die Handlungsformen der Verwaltung TSCHANNEN (Fn. 2), S. 68 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 28; vgl. zu Begriff und Erscheinungsformen des informell-kooperativen Verwaltungshandelns HÖSLI (Fn. 7), S. 7 ff.; FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 1 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 16.

89 Einseitig-hoheitlich sind insbesondere die aussengerichteten Rechtsakte der Rechtsverordnung, des Nutzungsplans und der Verfügung sowie die innengerichteten Verwaltungsakte der Verwaltungsverordnung und des Dienstbefehls; vgl. dazu die Übersicht bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 7.

90 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 63.

91 Vgl. zum Verwaltungsvertrag und zum privatrechtlichen Vertrag als Handlungsformen der Verwaltung C./II./1.

92 Vgl. zum verwaltungsrechtlichen Vergleich ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 278; GUTH (Fn. 7), S. 35 ff., 53 ff.; vgl. auch C./II./3./b. und C./II./4.

handelns dienen, indem dadurch rechtlich verbindliches Verfügungs- (und damit auch das damit im Zusammenhang stehende förmliche Verwaltungsverfahren), Vertrags- oder allenfalls sogar rechtssetzendes Handeln vermieden wird.<sup>93</sup> In diesem Sinne verstandene informell-konsensuale Absprachen bereiten eine in Rechtsform ergehende Verwaltungsentscheidung nicht bloss vor, sondern treten an deren Stelle und bilden dadurch selber Verfahrensendakt und demnach Handlungsform.<sup>94</sup> In diesem Zusammenhang stehen etwa auch die kooperativen Formen der verwaltungsrechtlichen Streitbeilegung durch Schlichtung<sup>95</sup> sowie durch Ombudsinstitutionen<sup>96</sup>. Informell-konsensuales Handeln kann sich aber auch auf Rechtsakte und die damit verbundenen Verfahren, insbesondere die Verfügung und das damit verbundene Verwaltungsverfahren, beziehen,<sup>97</sup> sei es im Sinne von Vorabsprachen, die aus Verhandlungen im Vorfeld von förmlichen Verwaltungsverfahren entstehen und ein Verfügungsverfahren vorbereiten,<sup>98</sup> oder sei es in Form von (allenfalls mit Unterstützung eines Konfliktmittlers bzw. Mediators zu erreichenden) Verständigungen bzw. gütlichen Einigungen, die in ein bereits eingeleitetes förmliches Verfügungsverfahren eingebettet sind und zur Grundlage der letztlich einseitig ergehenden Verwaltungsentscheidung gemacht werden, weshalb die in «Verfügungsform zu transferierende Entscheidung als solche konsensual generiert» wird.<sup>99</sup> Auf das Kriterium der Vorabbindungswirkung abstellend kommt THURNHERR zum Schluss, dass auch solche Formen des informell-konsensualen Verwaltungshandelns als eigenständige Handlungsformen und nicht bloss als unselbstständige Bestandteile eines unilateralen Verfahrens zu qualifizieren sind.<sup>100</sup> Die schlichte Anhörung hingegen, die ebenfalls kooperative Elemente beinhaltet, wird hingegen nicht als eigenständige Handlungsform betrachtet, sondern nur, aber immerhin, als «ein die Gehörsfunktion wahrnehmender Baustein eines förmlichen Verfah-

93 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143; vgl. auch PETER HETTICH, Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 823–857, Rz. 20.103; vgl. zur Vermeidung eines Grundverfahrens durch Konsensverfahren auch PFISTERER (Fn. 7), S. 206 f. Vgl. zu informellen Absprachen ausführlich C./II./2.

94 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143.

95 Vgl. C./II./7.

96 Vgl. C./II./6.

97 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 144 ff., 863 ff., 961 ff.; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.103.

98 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 147, 961, 963 ff.; vgl. zu Verhandlungen im Vorfeld des Verfahrens auch PFISTERER (Fn. 7), S. 205. Vgl. zu Vorabsprachen ausführlich C./II./3./a.

99 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 147, 961, 1004 ff.; vgl. zu Verfügungsverfahren begleitende Konsensverfahren PFISTERER (Fn. 7), S. 206. Vgl. zu Verständigungen als Verfügungsgrundlage C./II./3./b.

100 Vgl. ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 144 ff., die allerdings noch den Vorbehalt anbringt, dass dort, wo lediglich Private an einer gütlichen Einigung, die zur Grundlage einer Verfügung gemacht werden soll, beteiligt sind, diese mangels behördlicher Partizipation nicht einer staatlichen Handlungsform zugeordnet werden könne (Rz. 149); vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1422.

rens».<sup>101</sup> Es ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinzuweisen, dass in der Praxis eine trennscharfe Linie zwischen den einzelnen Kooperationsformen kaum gezogen werden kann, «da die Abstufungen teilweise graduell sind und die Grenzen zwischen der Gewährung des Gehörsrechts und einer intensiveren Involvierung Privater durchaus fliessend sein können».<sup>102</sup>

Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass das (formelle und informelle) kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln, so wie es oben beschrieben worden ist, in praktisch allen Erscheinungsformen eine eigenständige Handlungsform darstellt; dies gilt selbst dann, wenn es in ein anderes einseitig-hoheitliches Verwaltungshandeln und -verfahren integriert ist bzw. es sich im Umfeld eines solchen Verfahrens abspielt. Es stellt in solchen Konstellationen nicht bloss einen «besonderen Verfahrensmodus» dar.

Ebenfalls kann zusammenfassend festgehalten werden, dass kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln 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 kann.<sup>103</sup> Im letztgenannten Fall können die kooperativen und konsensualen Elemente vor, während oder nach<sup>104</sup> einem einseitig-hoheitlichen Verfahren Platz greifen.<sup>105</sup> An dieser Stelle ist weiter zu erwähnen, dass kooperative und konsensuale Elemente nicht nur im Umfeld von Verfügungsverfahren anzutreffen sind, sondern etwa auch im Rahmen von Planungs-<sup>106</sup> oder Rechtsmittelverfahren (namentlich Beschwerde-, Einsprache- und Klageverfahren)<sup>107</sup>.

### 3. Akteurkonstellationen

Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln weist hinsichtlich der beteiligten Akteure unterschiedliche Erscheinungsformen auf. Zu differenzieren ist insbesondere zwischen einerseits «bipolaren» (bzw. «bilateralen») und andererseits «multipolaren» (bzw. «multilateralen») Kooperationsverhältnis-

---

101 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 146 f.

102 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 146.

103 Vgl. dazu auch PFISTERER (Fn. 7), S. 203 ff.

104 Vgl. PFISTERER (Fn. 7), S. 205, der ausführt, dass auch für die Umsetzung von (konsensual zustande gekommenen) Verwaltungsverfügungen Konsensverfahren vorgesehen werden können. Konsenslösungen nach Erlass einer Verfügung sind etwa auch in Konstellationen denkbar, in denen gegen eine Verfügung Beschwerde erhoben worden ist und die verfügende Behörde ihre Verfügung nach informeller Verständigung mit dem Beschwerdeführer und allenfalls weiteren Beteiligten in Wiedererwägung zieht und eine neue Verfügung erlässt, sodass das Beschwerdeverfahren hinfällig wird (vgl. auf Bundesebene Art. 58 VwVG, der die Wiedererwägung im Verbund mit der Beschwerde zulässt); vgl. dazu auch GUTH (Fn. 7), S. 59 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 20 f.; PFISTERER (Fn. 7), S. 242.

105 Vgl. dazu auch PFISTERER (Fn. 7), S. 203 ff.

106 Vgl. auch Fn. 327.

107 Vgl. C./II./4.

sen.<sup>108</sup> Bei bipolaren Konsensverfahren trifft die zuständige Behörde auf einen Beteiligten bzw. eine Partei (in diesem Zusammenhang wird auch von «Einparteienverfahren» gesprochen), während sie bei multipolaren Konstellationen mit mehreren Beteiligten bzw. Parteien konfrontiert ist (in diesem Zusammenhang wird auch von «Mehrparteienverfahren» gesprochen).<sup>109</sup> In der Praxis sind Konsenselemente bei «Einparteienverfahren» beispielsweise im Steuer-, Sozialversicherungs-, öffentlichen Personal- oder Enteignungsrecht und bei «Mehrparteienverfahren» etwa im Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht (z.B. Beteiligung der projektzulassenden Behörde, der Projektgesuchsteller, der besonders betroffenen Dritten wie Nachbarn, der betroffenen Gemeinden und der nach Gesetz beschwerdelegitimierten Umweltverbände) anzutreffen.<sup>110</sup> Rechtsmittelverfahren, die ebenfalls für konsensuale Elemente zugänglich sind, und Verfahren vor Ombudsstellen beispielsweise stellen aufgrund der besonderen Beteiligungsstruktur, die sich in der Regel durch eine Mehrzahl von Beteiligten (z.B. im Rechtsmittelverfahren: Beschwerdeführer, Beschwerdegegner, Vorinstanz)<sup>111</sup> neben der verfahrensleitenden Behörde, der vornehmlich die Rolle der «Streitschlichterin» zukommt, auszeichnet, praktisch immer «Mehrparteienverfahren» dar.<sup>112</sup>

Während bei bipolaren Konsensverfahren die Mitwirkung der für die Entscheidung zuständigen Behörde zwingend erscheint, ist dies bei multipolaren Konstellationen nicht der Fall. Obwohl der Regelfall darin bestehen dürfte, dass die zuständige Behörde an diesem Prozess beteiligt ist, sei es als «Konfliktmittlerin» zwischen zwei oder mehreren Parteien (z.B. die Ombudsstelle oder die Rechtsmittelinstanz bei einem prozessualen Vergleich), sei es als Beteiligte an der Verständigung selbst (z.B. informelle Vorabsprache im Rahmen eines Verfügungsverfahrens), wodurch sie unter Umständen verschiedene Rollen einnimmt,<sup>113</sup> ist auch der Fall denkbar, dass eine Einigung zwischen den von einer Verwaltungsangelegenheit betroffenen Beteiligten bzw. Parteien ohne Mitwirkung der zuständigen Behörde (weder als Konfliktmittlerin noch

108 Vgl. in Bezug auf das informell-kooperative Verwaltungshandeln PFENNINGER (Fn. 4), S. 22 f., der weiter zwischen «kollektiven» (der Verwaltung stehen eine oder mehrere gesellschaftliche Gruppen gegenüber) und «individuellen» (der Verwaltung stehen eine oder mehrere Einzelpersonen gegenüber) Kooperationen unterscheidet.

109 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Ein- und Mehrparteienverfahren in Zusammenhang mit dem konsensualen Verwaltungshandeln GUTH (Fn. 7), S. 15 ff.

110 Vgl. dazu ausführlicher GUTH (Fn. 7), S. 15 ff.

111 Vgl. zu den Parteien und Beteiligten im Anfechtungsstreitverfahren ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Habil. Zürich, Zürich 2000, S. 155 ff.

112 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 22 ff., mit Beispielen. Diese Autorin weist darauf hin, dass vor Rechtsmittelinstanzen in der Praxis insbesondere im Zusammenhang mit Staatshaftungsansprüchen konsensuale Streitbeilegungsmechanismen zum Zuge kommen; vgl. auch die Beispiele bei C./II./4.

113 Vgl. zur Doppelrolle der Behörde BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 159 f.; GUTH (Fn. 7), S. 19 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 98 f.; PFISTERER (Fn. 7), S. 208 f. Vgl. auch C./II./3./b.

als Partei einer Vereinbarung) getroffen wird.<sup>114</sup> So sieht Art. 33b Abs. 1 VwVG die Möglichkeit vor, dass die zuständige Verwaltungsbehörde das Verwaltungsverfahren auf Erlass einer Verfügung «im Einverständnis mit den Parteien sistieren [kann], damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können», wobei die Behörde gemäss Abs. 4 die Einigung zum Inhalt ihrer Verfügung macht. Obwohl diesfalls eine Beteiligung der für den Erlass der Verfügung zuständigen Behörde am Einigungsverfahren nicht ausgeschlossen ist (so z.B. bei «Einparteienverfahren»), ist sie nicht erforderlich.<sup>115</sup> Ein weiteres Beispiel einer Einigung zwischen Parteien ohne Beteiligung der zuständigen Behörde stellt der ausserprozessuale Vergleich im Umfeld eines Rechtsmittelverfahrens dar.<sup>116</sup> In engem Zusammenhang damit steht beispielsweise auch die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren – ein privatrechtlicher Vertrag, worin ein Nachbar gegenüber dem (tatsächlichen oder künftigen) Bauherrn in der Regel gegen Entgelt verspricht, auf die Erhebung eines Rechtsbehelfs (z.B. Einsprache, Rechtsmittel) zu verzichten oder einen bereits erhobenen Rechtsbehelf zurückzuziehen.<sup>117</sup>

#### 4. *Kooperation und Konsens als «Alternative Mechanismen der Streitbeilegung» im Verwaltungsrecht*

Unter dem in den USA entwickelten Begriff der «Alternative Dispute Resolution» (Alternative Streitbeilegung) werden Verfahren verstanden, die konventionelle (administrative, legislative und gerichtliche) Streitbeilegungs- und Entscheidungsverfahren ergänzen, ohne diese vollständig zu ersetzen.<sup>118</sup> Es werden darunter insbesondere auch eine Vielzahl von einvernehmlichen Streiterledigungsverfahren subsumiert; so etwa auch Verfahren, in denen ein neutraler Dritter die Parteien bei der einvernehmlichen Beilegung ihrer Konflikte unterstützt (Mediation) oder die Austragung von Streitigkeiten vor einem durch die Parteien eingesetzten Schiedsgericht.<sup>119</sup> Ein wesentlicher Grund für das Vordringen der alternativen Streitbeilegung liegt im Bestreben nach Entlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit, die zuweilen an die Grenzen ihrer Leistungsfähig-

114 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148 f.

115 Vgl. dazu PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 91, 96; NOTTER (Fn. 7), S. 114 ff.; vgl. auch BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 151. Anders hingegen etwa BVGer, Urteil A-1046/2016 vom 15.12.2016, E. 1.7.1, wo (bezogen auf Mediationsverfahren) mindestens zwei Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG verlangt werden, wobei die für die Verwaltungsangelegenheit zuständige (verfügende) Behörde nicht als Partei gilt. Vgl. dazu auch C./II./3./b.

116 Vgl. dazu GUTH (Fn. 7), S. 58 ff.

117 Vgl. dazu ausführlich ERIK LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008.

118 Vgl. PFISTERER (Fn. 7), S. 197; NOTTER (Fn. 7), S. 36; vgl. dazu auch VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005.

119 NOTTER (Fn. 7), S. 36.

keit angelangt.<sup>120</sup> Ein weiterer Faktor liegt auch in der öffentlichen Wahrnehmung des staatlichen Streitbeilegungsangebots als starr, langwierig und teilweise auch sachfremd, das nicht mehr modernen Ansprüchen an Flexibilität, Verfahrensgeschwindigkeit und Spezialisierung genüge.<sup>121</sup> Während alternative Formen der Streitbeilegung im Zivilrecht eine starke Ausdehnung erfahren haben, hat man sich mit den vorgenannten Methoden alternativer Streitbeilegung bislang nur in verhältnismässig geringem Umfang auf verwaltungsrechtliches Terrain gewagt.<sup>122</sup>

Wenngleich der Begriff der «Alternativen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht» keine klaren Konturen aufweist,<sup>123</sup> können die verschiedenen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der einvernehmlichen Streitbeilegung in verwaltungsrechtlichen Verfahren<sup>124</sup> als solche verstanden werden – im Sinne einer Alternative zum herkömmlichen, einseitig-hoheitlichen Handeln der Verwaltung.<sup>125</sup> In der Regel werden unter diesen Begriff aber auch Verfahren subsumiert, die nicht zwingend auf eine konsensuale Streitbeilegung hinauslaufen. Angesprochen ist insbesondere die Schiedsgerichtsbarkeit, die auch im öffentlichen Recht zur Anwendung kommt, wobei ihr Anwendungsbereich beschränkt ist.<sup>126</sup> Obwohl die Einsetzung des Schiedsgerichts (bei der echten Schiedsgerichtsbarkeit) auf einer Vereinbarung der Parteien beruht und dem eigentlichen Schiedsverfahren auch eine Schlichtung vorausgehen kann, handelt es sich nicht um eine Form der konsensualen Streitbeilegung im eigentlichen Sinn, zumal Schiedsgerichte grundsätzlich autoritativ entscheiden.<sup>127</sup> Sie werden deshalb in dieser Untersuchung nicht weiter behandelt.<sup>128</sup>

120 CHRISTOPH A. STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Habil. Halle-Wittenberg, Tübingen 2006, S. 1.

121 Vgl. PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 153 (in Bezug auf die Mediation); vgl. für Deutschland STUMPF (Fn. 120), S. 1.

122 In den USA scheinen Alternative Formen der Streitbeilegung auch im Verwaltungsrecht eine grössere Verbreitung zu haben; vgl. MEYER (Fn. 118), S. 36 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 36; vgl. auch die Hinweise bei Fn. 4.

123 Vgl. dazu umfassend STUMPF (Fn. 120), passim, der unter diesem Begriff die Formen der Schiedsgerichtsbarkeit, des Schiedsgutachtens, der Mediation und der Schlichtung behandelt; der Begriff wird auch bei BENJAMIN SCHINDLER, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum*, Band VIII, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, Heidelberg 2019, S. 601–662, Titel vor Rz. 59, verwendet.

124 Vgl. dazu C./II.

125 Vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 16; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 59 ff.

126 So auch die Feststellung von DANIELA THURNHERR, *Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven*, ZSR 138 (2019) II, S. 101–199, S. 125.

127 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 238.

128 Vgl. zur Schiedsgerichtsbarkeit im öffentlichen Recht umfassend ELEANOR MCGREGOR, *L'arbitrage en droit public suisse, Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2015; vgl. auch TARKAN GÖKSU, *Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit: Unterschiede zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, ZSR 137 (2018) I,

#### IV. Vorzüge und Gefahren

Es wurde bereits in verschiedenen Studien herausgearbeitet, dass zur Begründung von kooperativem und konsensuellem Verwaltungshandeln theoretische Konstruktionen, wie etwa die Lehren vom Gesellschaftsvertrag, die Diskurs- und die Systemtheorie, herangezogen werden können.<sup>129</sup> Ebenfalls wird in diesem Zusammenhang vielfach auf sozialpsychologische Studien zur Verfahrensgerechtigkeit Bezug genommen.<sup>130</sup> Diese Theorien und Studien knüpfen an die Überzeugung an, «dass ein sachgerechter Entscheidungsprozess allein oder zusammen mit materiellen Anleitungen eine freiheitliche und menschengerechte Gesellschaftsordnung zu verbürgen vermag».<sup>131</sup> In der Folge ist auf die Vorzüge des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns einzugehen, wobei die «rechtspraktischen» Argumente im Vordergrund stehen (1.). Es soll aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln auch Gefahren birgt und insofern nicht ohne Kritik geblieben ist (2.). Dabei ist auch zu beachten, dass die Wertung von Vorzügen und Gefahren letztlich auch eine Frage des Standpunkts ist. Was aus der einen Perspektive als positiv beurteilt wird, wird aus anderer Perspektive als nachteilig angesehen.<sup>132</sup>

##### 1. Vorzüge

Nachfolgend ist auf die Vorzüge des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns einzugehen,<sup>133</sup> wobei freilich nicht alle Argumente in gleicher Weise auf die vielfältigen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns zutreffen und sie überdies teilweise miteinander verknüpft und überlappend sind.

##### a. *Umgang mit Komplexität, Verhinderung von Vollzugsdefiziten, Gewinn an Effektivität und Effizienz*

Vor dem Hintergrund der Komplexität der modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft, die sich mit ineinander verwobenen Problemlagen ökonomischer, technologischer und sozialer Art konfrontiert sieht, «haben gesetzliche Lösungen und deren Vollzug durch das traditionelle Handlungsinstrumenta-

---

S. 473–494; MÄCHLER (Fn. 4), S. 566 ff.; STEFAN VOGEL, Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht, ZBl 111 (2010), S. 670–683; vgl. für Deutschland STUMPF (Fn. 120), S. 4 ff.

129 Vgl. insbesondere MÄCHLER (Fn. 4), S. 93 ff.; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 51 ff., 64 ff.; RICHLI (Fn. 3), S. 388 ff. Vgl. zu neuen Legitimationsmechanismen für Kooperationen zwischen Staat und Privaten ABEGG (Fn. 1), S. 401 ff.

130 Vgl. insbesondere MÄCHLER (Fn. 4), S. 99 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 60 ff.; RICHLI (Fn. 3), S. 390 ff.

131 MÄCHLER (Fn. 4), S. 620.

132 HÖSLI (Fn. 7), S. 75.

133 Vgl. auch die umfassende Aufzählung bei MÄCHLER (Fn. 4), S. 82 ff.



rium den Nachteil, dass sie zu dezisionistisch auftreten, da sie versuchen, anfallende Probleme auf einen Schlag zu lösen». <sup>134</sup> Bei der traditionellen Gesetzesanwendung tritt an die Stelle der Information vielfach die unsichere Prognose. <sup>135</sup> Der zunehmenden Komplexität von Sachverhalten, die insbesondere auch in mehrpoligen Beziehungen und den damit verbundenen divergierenden Interessenlagen der beteiligten Akteure begründet sein kann, kann ein «iterativer Ansatz», der auf eine intensive Mitwirkung der Betroffenen und «Feedback» aufbaut, vielfach besser gerecht werden. <sup>136</sup> Durch die kooperative und konsensuale Form der Aufgabenwahrnehmung kann der Informationsfluss zwischen der Behörde und den Beteiligten verbessert, privates Fachwissen, das in der Verwaltung nicht vorhanden ist, für die Problembewältigung generiert und fruchtbar gemacht und dadurch die Wissensbasis verbreitert werden. <sup>137</sup> Wechselseitige Ungewissheiten in Bezug auf die Sach- und Rechtslage lassen sich abbauen, und die Erwartungs- und Verhaltenssicherheit der Beteiligten kann erhöht werden. <sup>138</sup> Insofern kann durch den Einbezug der Beteiligten bei der Entscheidenvorbereitung und -findung der Begrenztheit der menschlichen Leistungs- und Entscheidungskapazitäten entgegengetreten werden. <sup>139</sup> In diesem Zusammenhang steht ein vielfach genannter Grund für das Aufkommen von Verhandlungselementen im Verwaltungsrecht, nämlich die oft beklagten «Vollzugsdefizite», d.h. die Schwierigkeiten der Behörden, das Recht anzuwenden und durchzusetzen, <sup>140</sup> wobei die Gründe für diese Defizite vielfältig sind. <sup>141</sup>

Ein weiteres Argument, das zugunsten des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns vorgetragen wird, besteht im Gewinn an Effektivität und Effizienz. <sup>142</sup> Verhandlungen und Verständigungen, die zwar vorerst Mehraufwand mit sich bringen, zahlen sich aus, wenn sich dadurch mit Verzögerungen verbundene Streitverfahren vermeiden lassen. <sup>143</sup> Kooperative und konsensuale Elemente bei der Regelung von öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen füh-

134 PFENNINGER (Fn. 4), S. 53.

135 PFENNINGER (Fn. 4), S. 53 f.

136 PFENNINGER (Fn. 4), S. 53, 59; vgl. auch RICHLI (Fn. 3), S. 389; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 867 (bezogen auf informell-konsensuale Absprachen).

137 HÖSLI (Fn. 7), S. 70; MÄCHLER (Fn. 4), S. 83; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 51; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1307; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 75; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105; PFISTERER (Fn. 7), S. 199; SCHAEFER (Fn. 9), S. 263.

138 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875.

139 MÄCHLER (Fn. 4), S. 82.

140 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 74; MÄCHLER (Fn. 4), S. 82; PFENNINGER (Fn. 4), S. 55, 57, 59; PFISTERER (Fn. 7), S. 199; RICHLI (Fn. 3), S. 388; vgl. zu den Grenzen hoheitlicher Rechtsdurchsetzung auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 873.

141 Vgl. dazu PFENNINGER (Fn. 4), S. 57.

142 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 71 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 83; NOTTER (Fn. 7), S. 71; PFENNINGER (Fn. 4), S. 54 ff.; RICHLI (Fn. 3), S. 388; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 51.

143 HÖSLI (Fn. 7), S. 71; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 55; PFISTERER (Fn. 7), S. 265 f.



ren demnach unter Umständen schneller zu einer dauerhaften Konfliktbereinigung.<sup>144</sup> Sie stehen somit auch im Dienste der Beschleunigung des Verwaltungshandelns und -verfahrens.<sup>145</sup> Effizienz- und Effektivitätssteigerungen liegen aber nicht nur in der Vermeidung von langwierigen Rechtsstreitigkeiten,<sup>146</sup> sondern etwa auch im verbesserten Informationsaustausch zwischen der Behörde und Privaten und den daraus resultierenden Synergieeffekten des gekoppelten «Know-how» begründet.<sup>147</sup> Indem die Verwaltung ihre Vorstellungen frühzeitig aufzeigen kann und die privaten Akteure ihre Sicht der Dinge darlegen können, lassen sich auf Missverständnissen beruhende administrative Leerläufe sowie zeitraubende und kostspielige Fehlplanungen auf privater Seite vermeiden.<sup>148</sup> Durch Vorabsprachen im Umfeld von förmlichen Verwaltungsverfahren (z.B. über die Genehmigungsfähigkeit eines bestimmten Projekts) und die damit einhergehende Verfahrensbeschleunigung kann Planungs- und Investitionssicherheit geschaffen werden.<sup>149</sup> Aus der Sicht der privaten Akteure dürfte das Argument der Effizienzsteigerung ein wesentlicher Beweggrund sein, um mit der Verwaltung zu kooperieren.<sup>150</sup> Dabei dürfte aber nicht nur Effizienzsteigerung im Sinne von Zeitgewinn und Synergien zu Buche schlagen; so wird treffend hervorgehoben, dass auch auf der Kommunikationsebene Vorteile zu finden sind, indem etwa «die Beeinflussungsmöglichkeit im Rahmen des kooperativen Verwaltungshandelns wesentlich weniger aufwendig [ist] als etwa das Lobbying im Zuge der Gesetzgebung».<sup>151</sup> Dieser Umstand wiederum wirft aus rechtsstaatlicher Hinsicht die Frage nach der Sicherstellung von Unabhängigkeit und Integrität der Verwaltungsbehörden beim kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln auf.<sup>152</sup>

Freilich dürfen diese Ausführungen nicht darüber hinwegtäuschen, dass in den meisten Bereichen der Verwaltungstätigkeit auch heute noch der autoritative Vollzug die effektivste und effizienteste Vorgehensweise darstellt; dies gilt namentlich für die Massenverwaltung sowie für Verfahren, bei denen weder die Rechts- noch die Sachlage «unübersichtlich», «gestaltungspielraumeröffnend» oder «kompliziert» ist.<sup>153</sup>

144 PFENNINGER (Fn. 4), S. 55; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105 (Rechtssicherheit kann schneller hergestellt werden).

145 HÖSLI (Fn. 7), S. 72; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968, die in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinweist, dass kein grundrechtlicher Anspruch auf Durchführung von konsensual ausgerichteten Verfahren, die mit Beschleunigungspotenzial verbunden sind, besteht. Ein solcher ergebe sich insbesondere nicht aus Art. 29 Abs. 1 BV, der auch ein Verbot der Rechtsverzögerung beinhaltet.

146 Vgl. auch B./IV./1./c.

147 PFENNINGER (Fn. 4), S. 55; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 71.

148 HÖSLI (Fn. 7), S. 71 f.

149 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968.

150 HÖSLI (Fn. 7), S. 71; PFENNINGER (Fn. 4), S. 55.

151 PFENNINGER (Fn. 4), S. 55 f.

152 Vgl. B./IV./2./f.

153 HÖSLI (Fn. 7), S. 74.

*b. Kompensation für eine geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns, Abbau von Rechtsunsicherheit*

Nach Art. 5 Abs. 1 BV bildet das Recht Grundlage und Schranke behördlichen Tätigwerdens. Das Legalitätsprinzip hat in der Vergangenheit eine beachtliche Stärkung erfahren; es gilt über die Eingriffsverwaltung hinaus in sämtlichen Bereichen administrativer Tätigkeit.<sup>154</sup> Anders als es das Bild einer strikt rechtsgebundenen Verwaltung vermittelt, variiert der Grad rechtssatzmässiger Determinierung in den verschiedenen Bereichen des administrativen Gesetzesvollzugs stark.<sup>155</sup> Namentlich in Folge der steigenden Komplexität der zu regelnden Materien und des zunehmenden Handelns ausserhalb der klassischen Eingriffsverwaltung (Leistungs-, Infrastruktur- und Risikoverwaltung) ist das Bedürfnis nach «flexiblen, offenen Regelungstechniken» gestiegen, zumal sich die betreffenden Materien nicht leicht in generell-abstrakte Form giessen lassen.<sup>156</sup> «Eine Konsequenz davon bildet, dass die die Verwaltung anleitenden, vermehrt final programmierten Erlasse regelmässig Beurteilungs- und Ermessensspielräume eröffnen.»<sup>157</sup> Die Verwaltung kann sich diesfalls nicht mehr auf die schematische Anwendung vorgezeichneter Inhalte beschränken; vielmehr kommt der Vollzug der «Teilhabe an der Rechtsverwirklichung» gleich.<sup>158</sup> Bestehen erhebliche Beurteilungsspielräume und sind im Einzelfall komplexe Interessenabwägungen vorzunehmen, drängen sich in verstärktem Masse kooperative und konsensuale Handlungsmodalitäten auf, um die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten zu beheben.<sup>159</sup> Dies gilt auch dann, wenn die zu beurteilenden Sachverhalte durch hohe Komplexität gekennzeichnet sind, weil sich vielfältige und schwierige technische, wirtschaftliche oder soziale Fragen stellen, oder wenn in gewissen Bereichen Gesetzesflut und Übernormierung dazu geführt haben, dass die anwendbaren Bestimmungen nur noch schwer überschaubar sind.<sup>160</sup> HÖSLI hält treffend fest: «Probleme lassen sich gemeinsam definieren und Lösungsansätze zusammen erarbeiten. Ein gegenseitiger Informationsaustausch bietet der Behörde die Gelegenheit darzulegen, wie sie unbestimmte Rechtsbegriffe auslegt und welche Rechtspraxis sie verfolgt. Umgekehrt kann die Behörde vom spezifischen Fachwissen des Privaten profitieren, dessen Rechtsauffassung kennenlernen sowie mögliche Widerstände erkennen. Private und Behörden erhalten damit Kenntnis von der Beurteilung der Rechts- und

154 Eingehend zu diesen Entwicklungen MÄCHLER (Fn. 4), S. 46 ff.; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 185; vgl. zum Geltungsbereich des Legalitätsprinzips HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 378 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19 Rz. 22 ff.

155 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

156 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

157 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

158 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

159 HÖSLI (Fn. 7), 69 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 104; PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 188, 867.

160 HÖSLI (Fn. 7), S. 69 f.

Sachlage des Gegenübers. Auf diese Weise lassen sich Ungewissheiten abbauen sowie Erwartungs- und Verhaltenssicherheiten erhöhen.»<sup>161</sup> Kooperative und konsensuale Elemente dienen demnach dazu, eine geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns zu kompensieren und Rechtsunsicherheiten im Vollzug abzubauen.<sup>162</sup> «Umgekehrt dispensiert die Möglichkeit konsensualer Rechtskonkretisierung den Gesetzgeber indes auch von einer Überstrapazierung des Legalitätsprinzips»;<sup>163</sup> kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sind allerdings nicht geeignet, die Vorgaben und Funktionen des Legalitätsprinzips vollständig zu ersetzen bzw. zu übernehmen.<sup>164</sup> Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage hängen auch beim kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln letztlich von vielfältigen Faktoren wie etwa der grundsätzlichen Regulierbarkeit, der Grundrechtsrelevanz oder den mit einer Aufgabe verbundenen finanziellen Konsequenzen ab.<sup>165</sup>

c. *Vermeidung von (langwierigen) Rechtsstreitigkeiten, Beschleunigung von Verfahren*

Durch eine umfassende Aufarbeitung des Sachverhalts und den Einbezug aller relevanter Interessen können die Entscheidungsgrundlagen verbessert und potenzielle Konflikte frühzeitig abgebaut werden.<sup>166</sup> Bei den einzelnen involvierten Akteuren vorhandene Auffassungen können korrigiert und unterschiedliche Standpunkte einander angenähert werden.<sup>167</sup> Im Rahmen von auf Konsens ausgerichteten Verfahren haben die Beteiligten die Möglichkeit, einander so entgegenzukommen, dass beim Ausgang des Verfahrens keine Differenzen mehr bestehen.<sup>168</sup> Dadurch werden gerichtliche Auseinandersetzungen entbehrlich.<sup>169</sup> Konsensuale Elemente können demnach auch der Verfahrensbeschleunigung dienen.<sup>170</sup> Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln stellt insofern ein Instrument zur Konfliktvorbeugung, -eindämmung und -bewältigung dar.<sup>171</sup>

161 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

162 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 69 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 104; PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 188; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 45 f. («sinkende Steuerungsfähigkeit traditionellen Ordnungsrechts»); SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 75.

163 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 188.

164 Vgl. dazu differenziert MÄCHLER (Fn. 4), S. 102 ff.

165 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 189. Vgl. zum Legalitätsprinzip als Rahmenbedingung des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns D./II./1.

166 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

167 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

168 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

169 HÖSLI (Fn. 7), S. 70 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 604; MÄCHLER (Fn. 4), S. 83; RICHLI (Fn. 3), S. 388; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 51.

170 Vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.1 (bezüglich Vorabsprachen); FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 49.

171 HÖSLI (Fn. 7), S. 71; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 967.

*d. Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen*

Zugunsten des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns wird vielfach hervorgehoben, dass durch Verhandlung und Kompromiss die Akzeptanz von Verwaltungsentscheiden bei den Betroffenen gesteigert werden kann.<sup>172</sup> Akzeptanz als psychologisches Phänomen bedeutet die «individuelle Bereitschaft, etwas anzunehmen, etwas zu billigen».<sup>173</sup> Zwar sind der Inhalt bzw. die materielle Richtigkeit eines Entscheids für die individuelle Akzeptanz stets ein bedeutender Faktor, ausschlaggebend ist aber vor allem die Art und Weise, wie ein Verfahren abgewickelt wurde und Entscheide zustande gekommen sind.<sup>174</sup> Wird dieser Prozess vom Betroffenen als fair und gerecht empfunden, steigt seine Akzeptanzbereitschaft.<sup>175</sup> Im asymmetrischen Bürger-Staat-Verhältnis<sup>176</sup> sind die Bedingungen hierfür nicht besonders günstig, denn für die Betroffenen bedeutet der Umstand, dass die Behörde einseitig und autoritativ entscheidet, einen erheblichen «Kontrollverlust».<sup>177</sup> Wenngleich bereits durch Partizipationsmöglichkeiten im Verfahren auf Erlass von Verfügungen Kontrollverlustgefühle und eine daraus resultierende Abnahme der Akzeptanzbereitschaft vermindert werden können,<sup>178</sup> dürften weitergehende kooperative und konsensuale Elemente in der verwaltungsrechtlichen Entscheidungsfindung, namentlich das Aushandeln und die Kompromissfindung, die Akzeptanz der Betroffenen zusätzlich erhöhen.<sup>179</sup> Diese Auffassung dürfte indes bei immateriellen Streitigkeiten über Werte und Weltanschauungen nicht zutreffend sein. So weist MÜLLER in nach-

172 Vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 47 f.; GUTH (Fn. 7), S. 177; HÖSLI (Fn. 7), S. 74; SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 23; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 604; MÄCHLER (Fn. 4), S. 84; NOTTER (Fn. 7), S. 71; PFENNINGER (Fn. 4), S. 61; PFISTERER (Fn. 7), S. 199; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1327; RICHLI (Fn. 3), S. 389; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875; THOMAS WÜRTEMBERGER, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Baden-Baden 1996, S. 54 ff., 100 ff.; vgl. zur Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens MARKUS MÜLLER, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 57–68.

173 MÜLLER (Fn. 172), S. 61.

174 MÜLLER (Fn. 172), S. 61 f.; vgl. auch DERS., Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2010, S. 315–331, S. 322 f.

175 MÜLLER (Fn. 174), S. 323; zu den Merkmalen eines gerechten und fairen Verfahrens vgl. DERS. (Fn. 172), S. 63 ff.

176 Vgl. dazu B./I.; vgl. zum öffentlichen Verfahren als asymmetrischer Kontakt MÜLLER (Fn. 174), S. 320 ff.

177 MÜLLER (Fn. 172), S. 63.

178 MÜLLER (Fn. 172), S. 66 f.; vgl. auch DERS. (Fn. 2), S. 41.

179 Vgl. WÜRTEMBERGER (Fn. 172), S. 54 ff., 100 ff., für den das Aushandeln und die Kompromissfindung zentrale Akzeptanzfaktoren darstellen; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 61 f.; skeptisch MÜLLER (Fn. 2), S. 41, der die Auffassung vertritt, dass ein zwingendes und förmliches (Gerichts-)Verfahren mit angemessenen Partizipationsmöglichkeiten als befriedigender wahrgenommen werde als ein alternatives Verfahren, das auf Vermittlung und Konsensfindung zwischen den Streitparteien ausgerichtet sei, wobei dies insbesondere auf immaterielle Streitig-

vollziehbarer Weise darauf hin, dass dem Bedürfnis von Streitenden, für gewisse Werte einzustehen, durch das autoritative Urteil einer neutralen Stelle besser Rechnung getragen werde als durch Streitschlichtung.<sup>180</sup>

*e. Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur*

Eine auf Kommunikation und weniger auf Konfrontation ausgerichtete administrative Konfliktlösungsstrategie trägt auch dem Wandel des Selbstverständnisses der Verwaltung Rechnung, «die nicht länger eine überhöhte, ausgesonderte Klasse eines obrigkeitlichen Staates bildet», sondern dem Bürger als «Partner» begegnet.<sup>181</sup> Dies entspricht auch dem mittlerweile weit verbreiteten betriebswirtschaftlichen Verwaltungsmodell («New Public Management»), das durch «Kunden- und Bürgerorientierung» charakterisiert ist.<sup>182</sup> Wesentlich zu einer neuen Verwaltungskultur tragen auch neue Informations- und Kommunikationstechnologien bei, die ein «Klima des Zusammenwirkens und [...] der Kooperation» begünstigen.<sup>183</sup>

*f. Weitere Vorzüge*

Als weitere Gründe zugunsten des kooperativen und konsensualen Agierens der Verwaltung genannt werden die Möglichkeit im Rahmen von Verhandlungen flexible, auf den Einzelfall bezogene, massgeschneiderte Lösungen zu erzielen,<sup>184</sup> Proteste Dritter «abzupuffern», Verständnis zu wecken und einen sachgerechten Interessenausgleich bei mehrpoligen Konfliktlagen zu suchen,<sup>185</sup> bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechtsverhältnisse zu regeln, um damit die Grenzen der territorialen Souveränität zu überwinden,<sup>186</sup> im Rahmen von informellen Absprachen, die nicht unmittelbar auf Rechtswirkungen gerichtet sind, eine erhöhte Flexibilität zu schaffen,<sup>187</sup> durch Bürgernähe der Staatsverdrossenheit und Bürokratiekritik entgegenzuwirken<sup>188</sup> sowie eine Entlastung des Staats zu erreichen, ohne dass dieser seine sozialstaatliche Verantwortung

---

keiten über Werte und Weltanschauungen zutrefte; DERS. (Fn. 172), S. 61 («sie [Akzeptanz] ist auch nicht das Ergebnis von Verhandlung und Kompromiss»).

180 MÜLLER (Fn. 2), S. 42.

181 MÄCHLER (Fn. 4), S. 108, 82; SCHAEFER (Fn. 9), S. 247.

182 Vgl. ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse, Habil. Bern, Bern 2005, S. 34 f.; vgl. auch STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 92 ff.

183 Vgl. zu diesem Aspekt MÄCHLER (Fn. 4), S. 108 f.

184 MÄCHLER (Fn. 4), S. 83 f.; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 73; PFENNINGER (Fn. 4), S. 58; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 967.

185 MÄCHLER (Fn. 4), S. 84.

186 MÄCHLER (Fn. 4), S. 109 f.

187 HÖSLI (Fn. 7), S. 73; PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; MÄCHLER (Fn. 4), S. 84; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875.

188 HÖSLI (Fn. 7), S. 73 f.

aufgeben müsste.<sup>189</sup> Kooperationen ermöglichen im Übrigen auch eine «experimentelle Gesetzgebung», indem auf der Grundlage freiwilliger und rechtlich unverbindlicher Vereinbarungen (normvertretende) Regulierungen vorgenommen werden, deren Wirkungen und Folgen nicht mit Sicherheit im Voraus abgeschätzt werden können; bei Nichtbewähren der Regulierung erweist sich eine Änderung oder Aufhebung derselben als wenig problembehaftet.<sup>190</sup> Bezogen auf Mediationsverfahren wird ausgeführt, dass ein Mediator als Vermittler als unabhängiger erachtet wird als die entscheidbefugte Behörde und dass in solchen Verfahren mehr geregelt werden könne als in einem gewöhnlichen Verwaltungsverfahren.<sup>191</sup> Nebst dem eigentlichen Streitgegenstand könnten weitere Themen einbezogen werden, wie ökonomische, soziale und psychologische Betrachtungsweisen; es seien «Kombi-Lösungen» möglich.<sup>192</sup>

## 2. Gefahren und Kritik

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln ist freilich nicht ohne Kritik geblieben.<sup>193</sup> Es wird vor einer drohenden Aushöhlung von Verfassungsprinzipien gewarnt.<sup>194</sup> In der Folge ist ein Überblick über die gegen einvernehmliches Verwaltungshandeln vorgebrachten Einwände zu geben. Die weiter unten zu diskutierenden (verfassungsrechtlichen) Rahmenbedingungen und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns haben nicht zuletzt zum Ziel, Antworten auf diese Problem- und Gefahrenlagen zu geben.<sup>195</sup> Mit anderen Worten kann den nachfolgend zu diskutierenden Kritikpunkten und Einwänden nur mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn auf sie aus rechtsstaatlicher Sicht überzeugende Antworten im Sinne von «rechtlichen Bewältigungsstrategien» gefunden werden können.<sup>196</sup> Auch für die kritischen Vorbringen gilt, dass nicht alle in gleicher Weise auf die vielfältigen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns in gleicher Weise zutreffen und sie überdies teilweise miteinander verknüpft und überlappend sind.

189 PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 71.

190 PFENNINGER (Fn. 4), S. 57.

191 NOTTER (Fn. 7), S. 71.

192 NOTTER (Fn. 7), S. 71.

193 Vgl. etwa die Übersichten bei HÖSLI (Fn. 7), S. 75 ff. (zum informell-kooperativen Verwaltungshandeln), MÄCHLER (Fn. 4), S. 120, sowie bezogen auf Deutschland bei WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, Baden-Baden 1990, S. 13–41, S. 26 ff., und SCHAEFER (Fn. 9), S. 282 ff.

194 Vgl. dazu eingehend in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 55 ff.

195 Vgl. D./II.

196 Vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 120 f.; vgl. zu den «rechtlichen Bewältigungsstrategien» im Zusammenhang mit dem informellen Verwaltungshandeln FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 67 ff.

a. *Relativierung des Legalitätsprinzips und des Gebots rechtsgleicher Rechtsanwendung*

Sofern das Ergebnis eines Aushandlungsprozesses zwischen Verwaltung und Bürgern aus einem Kompromiss besteht, kann die Gefahr drohen, dass generell-abstrakte Rechtsvorschriften, welche die Verwaltungstätigkeit steuern und nach denen sich die Verwaltungsbehörden zu richten haben, relativiert, gelockert oder unterlaufen werden.<sup>197</sup> Um den Kompromiss zu suchen, kommt die Behörde dem Privaten entgegen, indem sie ihm beispielsweise Fristen gewährt, rechtswidrige Zustände duldet oder ihre Tätigkeit auf andere Weise nach den Wünschen des Privaten ausrichtet.<sup>198</sup> Umgekehrt kann es dazu kommen, dass der Private Zugeständnisse macht, die über das hinausgehen, was die Verwaltung verlangen könnte.<sup>199</sup> «Das Recht droht damit zu einem Tauschobjekt zu verkommen.»<sup>200</sup> Ausserdem ist seine rechtsgleiche Anwendung und Durchsetzung in Frage gestellt.<sup>201</sup> Kritisiert wird die «duldend-opportunistische Einkalkulierung von Normverstössen durch die Verwaltung».<sup>202</sup> Weiter unten wird aufzuzeigen sein, dass das Legalitätsprinzip und das Rechtsgleichheitsgebot auch beim kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln uneingeschränkt gelten und diesem Schranken auferlegen, ohne diese Form des Verwaltungshandelns vollständig zu unterbinden; das zwingende öffentliche Recht darf nicht zur Verhandlungsmasse degenerieren.<sup>203</sup> «Es würde dem rechtsstaatlichen Modell gesetzgebundenen Verwaltungshandelns widersprechen, wenn die Verwaltung darüber verhandelte, ob und wieweit sie eine gesetzliche Vorgabe ausführt.»<sup>204</sup> HOFFMANN-RIEM ist zuzustimmen, wenn er meint, dass besonders problematisch wäre, «wenn die Verwaltung die Anwendung von Rechtsnormen, die Durchsetzung von Pflichten und die Sanktionierung von Normverstössen zur Disposition stellte und die Normenimplementation als Gegenleistung für Kooperation und Konsens einschränkte».<sup>205</sup>

b. *Selektive Interessenberücksichtigung*

Eine weitere Gefahr von Aushandlungsprozessen im Verwaltungsrecht wird darin gesehen, dass bestimmte Interessen nicht berücksichtigt und andere bevorzugt werden.<sup>206</sup> Sofern der Private von Anfang an bei der Aufarbeitung des

197 HÖSLI (Fn. 7), S. 76; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 56; HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 26 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 74; MÄCHLER (Fn. 4), S. 120.

198 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

199 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

200 HÖSLI (Fn. 7), S. 76 f.

201 HÖSLI (Fn. 7), S. 77.

202 Vgl. die Hinweise bei SCHAEFER (Fn. 9), S. 282; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 27.

203 Vgl. D./II./1.

204 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 26 f.

205 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 27.

206 HÖSLI (Fn. 7), S. 77; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.2 (betreffend informell-kooperatives Verwaltungshandeln); FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 53; HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28; PFENNINGER (Fn. 4), S. 74; MÄCHLER (Fn. 4), S. 120.



Sachverhalts mitwirkt und gemeinsam mit der Behörde eine Lösung erarbeitet, kann die Behörde leicht in die Versuchung geraten, «der Einfachheit halber die Ansichten des Privaten zu übernehmen und dessen Interessen vorrangig zu berücksichtigen».<sup>207</sup> Die öffentlichen Interessen sowie die Interessen Dritter drohen vernachlässigt zu werden, da sich die Behörde an das Ausgehandelte gebunden fühlt und dabei die erforderliche unvoreingenommene Beachtung aller relevanter Interessen unterlässt.<sup>208</sup> Aufgrund der Machtungleichgewichte, die in der Struktur der Gesellschaft angelegt sind, kann das Risiko der selektiven Interessenberücksichtigung verstärkt werden.<sup>209</sup> Gewisse von staatlichen Entscheidungen betroffene Akteure verfügen über erhöhte Möglichkeiten, auf politische und administrative Prozesse Einfluss zu nehmen. Wenngleich dies auch beim einseitig-hoheitlichen, förmlichen Verwaltungshandeln zur Geltung kommen dürfte, akzentuiert sich dieser Umstand bei (informalen) Aushandlungsprozessen.<sup>210</sup> «Informale Aushandlungsprozesse erhöhen das Risiko, dass die auch sonst bestehenden Unterschiede in den Durchsetzungschancen folgenreich werden.»<sup>211</sup> Durch kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln drohen deshalb die Grundsätze der Verfahrenschancengleichheit und der gleichmässigen Interessenberücksichtigung vernachlässigt zu werden.<sup>212</sup>

### c. *Gefährdung von Rechten Dritter*

Sind Aushandlungsprozesse mit einseitiger Interessenberücksichtigung verbunden, dürften in erster Linie die Rechte und Interessen Dritter, die von einer verhandelten Verwaltungsangelegenheit in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen sein können, unbeachtet bleiben.<sup>213</sup> Eine Vernachlässigung von Drittinteressen kann sich etwa ergeben, wenn sich ein Privater und die Verwaltung im Vorfeld eines förmlichen Entscheids über dessen wesentliche Inhalte informell abgesprochen haben, sodass sich die Behörde bei einer Einsprache gegen die nachfolgende förmliche Verfügung faktisch an die Abmachung gebunden fühlt.<sup>214</sup> Es ist zu befürchten, dass die Behörde in solchen Fällen die Vorbringen des Einsprechers nicht mit derselben Objektivität prüft, wie sie es ohne entsprechende Vorabbindung tun würde.<sup>215</sup> Dies kann insbesondere auch im Bereich der Ermessensbetätigung problematisch sein, da in diesem Bereich eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung vielfach eingeschränkt bzw. ausgeschlossen

207 HÖSLI (Fn. 7), S. 77.

208 HÖSLI (Fn. 7), S. 77; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.106; SCHAEFER (Fn. 9), S. 284.

209 HÖSLI (Fn. 7), S. 77; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28.

210 HÖSLI (Fn. 7), S. 77 f.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28.

211 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28.

212 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28; HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

213 HÖSLI (Fn. 7), S. 78; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.2 (betreffend informell-kooperatives Verwaltungshandeln); FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 60; MÄCHLER (Fn. 4), S. 120; TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 137.

214 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

215 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.



ist.<sup>216</sup> Dieser Problemlage kann begegnet werden, indem die von einer Verwaltungsangelegenheit Betroffenen in hinreichender Weise in den (Aushandlungs-)Prozess einbezogen und Rechtsschutzmöglichkeiten für Dritte eröffnet werden.<sup>217</sup>

*d. Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit*

Als Vorteile des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns wurden Effizienzsteigerungen und Beschleunigungspotenziale genannt.<sup>218</sup> Verhandlungen und Verständigungen können indes auch das Gegenteil zur Folge haben. Dies gilt etwa dann, wenn Verhandlungen von den Beteiligten bewusst als Verschleppungsstrategie eingesetzt werden.<sup>219</sup> Lange andauernde Verständigungsprozesse sind mit erheblichem Personal-, Zeit- und Kostenaufwand verbunden; steht am Ende des Prozesses kein Ergebnis, lassen sich die erhofften Effektivitäts- und Effizienzgewinne nicht erzielen, vielmehr verkehren sie sich in ihr Gegenteil.<sup>220</sup> Dies kann auch dazu führen, dass Gesetze nicht oder nur mit grosser Verzögerung umgesetzt werden, wodurch die Vollzugsdefizite nicht abgebaut werden, sondern anwachsen.<sup>221</sup> Wird dennoch eine Einigung erzielt, diese aber nicht in eine rechtlich verbindliche Form (Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag) überführt und hält sich der Private schliesslich doch nicht an die informelle Absprache, hat die Verwaltungsbehörde noch eine entsprechende hoheitliche Anordnung zu erlassen, die darüber hinaus mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.<sup>222</sup> «Schlagen demnach informelle Handlungsweisen in langwierige Verständigungsprozesse um, werden die zügige Verwaltungstätigkeit behindert und Verfahren verschleppt, ohne dass sich Rechtsstreitigkeiten vermeiden lassen.»<sup>223</sup>

216 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

217 Vgl. dazu ausführlich und differenziert THURNHERR (Fn. 7), Rz. 690 ff. (in Bezug auf Verwaltungsverträge), Rz. 887 ff. (in Bezug auf Absprachen), Rz. 977 ff. (in Bezug auf Vorabsprachen), Rz. 1004 (in Bezug auf gütliche Einigungen als Verfügungsgrundlage); vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 25. Vgl. auch die allgemeinen Ausführungen bei D./I./1. und D./II./6. sowie in Bezug auf Vorabsprachen C./II./3./a.

218 Vgl. B./IV./1./a. und c.

219 HÖSLI (Fn. 7), S. 75; PFENNINGER (Fn. 4), S. 73 f.

220 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 75; vgl. dazu auch PFISTERER (Fn. 7), S. 265 f.

221 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

222 HÖSLI (Fn. 7), S. 76. Ein Beispiel für eine gescheiterte Kooperation stellt die informelle Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) und der Verpackungsindustrie zur Reduzierung von PVC-Verpackungen von 1985 dar. Diese Vereinbarung scheiterte am unüberschaubaren Kreis der Betroffenen. Die nicht in das Abkommen einbezogenen ausländischen Hersteller setzten weiterhin auf PVC-Verpackungen, was die wirtschaftlichen Interessen der Kooperationsbeteiligten so stark tangierte, dass sie nicht gewillt waren, die Vereinbarung aufrechtzuerhalten. In der Folge wurde eine Verordnung mit einem Verbot der Getränkeverpackungen aus PVC erlassen, wobei eine darauf gestützte Verfügung von Branchenvereinigungen angefochten worden ist; vgl. BGE 118 Ib 367; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 73 f.

223 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

*e. Fehlende Transparenz, Erschwerung von Kontrolle*

Insbesondere informelle Absprachen werden vielfach in einem «Klima der Vertraulichkeit» geschlossen, wobei nicht immer alle Handlungen und deren Beweggründe dokumentiert werden.<sup>224</sup> «Werden die Vorgänge oder gar der Verfahrensabschluss nicht schriftlich festgehalten, sind die wahren Hintergründe und Motive des entsprechenden Verwaltungshandelns für Dritte kaum durchschaubar und nur mit Schwierigkeiten zu rekonstruieren.»<sup>225</sup> Beklagt wird insofern die fehlende Transparenz.<sup>226</sup> Es wird in diesem Zusammenhang sogar von der «Dunkelkammer des Rechtsstaats» gesprochen.<sup>227</sup> Dadurch kann die Kontrolle des Verwaltungshandelns beispielsweise durch parlamentarische oder verwaltungsinterne Aufsichtsinstanzen oder durch die Öffentlichkeit erschwert sein.<sup>228</sup> Denn «[e]in Geflecht informell-kooperativer Abhängigkeiten ist erheblich schwerer kontrollierbar als ein förmliches Entscheidungsverfahren».<sup>229</sup> Soweit informelle Absprachen formelle Akte ersetzen, kann es schliesslich an einem Anknüpfungspunkt fehlen, an dem der Rechtsschutz Platz greifen und letztlich auch die gerichtliche Kontrolle einsetzen könnte.<sup>230</sup> In diesem Zusammenhang ist freilich darauf hinzuweisen, dass in den vergangenen Jahren – nicht zuletzt infolge von Art. 29a BV – der Rechtsschutz gegen informelles Handeln gestärkt worden ist (vgl. etwa im Bund Art. 25a VwVG).<sup>231</sup>

*f. Distanzverlust*

Mit kooperativem und konsensualem Verwaltungshandeln kann weiter die Gefahr verbunden sein, dass die involvierte Behörde ihre Neutralität und Unparteilichkeit verliert.<sup>232</sup> «Durch ständige, auf Konsens bedachte Zusammenarbeit mit privaten Absprechepartnern geht sie der notwendigen Distanz verlustig, und es ist zu befürchten, dass sie ihre Tätigkeit zu sehr nach den Interessen der

224 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

225 HÖSLI (Fn. 7), S. 78 f.; vgl. auch TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 137.

226 HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.106.

227 SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

228 HÖSLI (Fn. 7), S. 79; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 59; SCHAEFER (Fn. 9), S. 283; vgl. zur Verwaltungskontrolle FELIX UHLMANN, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118 (2017), S. 471–489; ANDREAS STÖCKLI, Verwaltungskontrolle – eine Einführung, in: Jahrbuch 2018/2019 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2019, S. 3–46.

229 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

230 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

231 Vgl. dazu statt vieler GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Diss. Freiburg, Bern 2019, S. 40 ff., 129 ff., 234 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19 Rz. 21 ff. Vgl. auch D./II/6.

232 HÖSLI (Fn. 7), S. 79; vgl. auch SCHAEFER (Fn. 9), S. 263 («Argwohn der Kollusion»); THURNHERR (Fn. 7), Rz. 877 (Fn. 2750); vgl. zu Unparteilichkeitsproblemen bei informal-kooperativem Verwaltungshandeln eingehend MICHAEL FEHLING, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Freiburg i.Br., Tübingen 2001, S. 315 ff.

beteiligten Privaten ausrichtet.»<sup>233</sup> Es kann dabei zu einer (unbemerkten) Vermengung von Gemeinwohl- und privaten Individualinteressen kommen.<sup>234</sup> Das Bestreben des staatlichen Absprachepartners, «das Vertrauen des Privaten in ihn nicht zu enttäuschen, beraubt ihn seiner Unabhängigkeit und bindet ihn in seiner dem Recht verpflichteten Entscheidungsfindung».<sup>235</sup> Die Verwaltung läuft Gefahr, in eine «Grauzone» zu geraten, «in der Kooperation in Kollaboration umschlägt».<sup>236</sup> Gefährdet ist dadurch die sachgerechte und rechtsgleiche Berücksichtigung aller betroffenen Interessen durch eine zu Objektivität verpflichteten Behörde.<sup>237</sup>

g. *Weitere Gefahren und Kritik*

Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln wird schliesslich auch dahingehend kritisch beurteilt, dass entsprechendes Handeln, namentlich wenn es in informeller Weise erfolge, die Gesetzgebung erschwere, da der Gesetzgeber die Wirkung gesetzlicher Massnahmen nicht mehr zuverlässig einzuschätzen vermöge,<sup>238</sup> dass die Behörde, die das letzte Wort habe und jeweils auch einseitig-hoheitlich entscheiden könne, über ein «Erpressungspotenzial» verfüge,<sup>239</sup> dass die autoritative Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen den Vorteil habe, den in Wirklichkeit immer bestehenden Machtvorsprung der Verwaltung für alle Beteiligten unmissverständlich klarzustellen,<sup>240</sup> dass die Auseinandersetzung über rechtspolitisch relevante Interessenlagen nicht mehr in der parlamentarischen Öffentlichkeit, sondern hinter den verschlossenen Türen eines «administrativen Arkanraums» statfinde,<sup>241</sup> dass das Parlament auf kaltem Weg von politischer Verantwortung entbunden werde, wenn Verfahrensergebnisse nicht mehr von der Staatsverwaltung, sondern von privaten externen Konfliktmittlern herbeigeführt würden,<sup>242</sup> dass eine Umkehrung der Demokratie stattfinde, indem Einzelnen am demokratisch legitimierten Gesetz vorbei Vetopositionen eingeräumt würden,<sup>243</sup> dass das förmliche auf Erlass einer Verfügung gerichtete Verwaltungsverfahren auf die Bewältigung von Komplexität ausgerichtet sei, während Verhandlungslösungen und die Zwischenschaltung von Konfliktmittlern wieder Komplexitätsspielräume eröffneten,<sup>244</sup> dass eine selek-

233 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

234 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

235 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

236 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

237 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

238 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

239 Vgl. HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.106.

240 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 28 Rz. 15.

241 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

242 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

243 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 58 («Aufweichung demokratischer Legitimation durch selektive Partizipation»).

244 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

tive Informationsgewinnung und -verarbeitung stattfindet,<sup>245</sup> dass durch förmlichen Rechtsmittelverzicht die Rechtsschutzgarantien unterlaufen werden,<sup>246</sup> dass es nicht einsichtig sei, durch die Übertragung der Verfahrensführung an einen privaten Konfliktmittler bzw. Mediator, die einer Privatisierung des Verfahrens gleichkomme, den Sachverstand der Verwaltungsbehörden brach liegen zu lassen und zu riskieren, dass die «Gemeinwohlorientierung des öffentlichen Dienstes im Bewusstsein seiner Mitarbeiter» verblasse,<sup>247</sup> dass durch den Beizug externer Konfliktmittler öffentliche Haushaltsmittel verschwendet würden,<sup>248</sup> dass es zu einer eigentümlichen Vermischung von hoheitlicher und privatautonomer Handlungslogik komme<sup>249</sup> oder dass die vielfach beklagten administrativen Vollzugsdefizite letztlich auch in der Anwendung verfassungsrechtlicher Prinzipien, die überspitzt formuliert als Aufforderung zu zeitökonomisch und wirtschaftlich ineffizientem Staatshandeln interpretiert werden können, begründet sein können und insofern als Kosten des demokratischen Rechtsstaates hinzunehmen seien.<sup>250</sup>

## C. Formen und Einsatzbereiche

In Vertiefung der Grundlagen sind nachfolgend die vielfältigen Formen (II.) und ausgewählte Einsatzbereiche (III.) des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns darzustellen. Vorab ist die Frage zu klären, inwiefern bei der Wahl der Handlungsform Ermessen besteht (I.).

### I. Formenwahlermessen

Vor dem Hintergrund der umfangreichen Handlungsformen und -modalitäten<sup>251</sup> stellt sich die Frage, ob die Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben über Formenwahlermessen verfügt. Auf der normvollziehenden Ebene steht dabei insbesondere das Verhältnis zwischen der Verfügung und dem verwaltungsrechtlichen Vertrag bzw. der informell-konsensualen Absprache zur Diskussion. Des Weiteren muss dem Verhältnis zwischen der «klassischen» Verfügung und ihrer Anreicherung mit informell-konsensualen Elementen Beachtung geschenkt werden. In der älteren schweizerischen Rechtslehre wurde ein

245 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 877 (Fn. 2750).

246 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 284.

247 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 284 f.

248 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 285.

249 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 285 f.

250 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 285.

251 Vgl. zu den Handlungsformen der Verwaltung ausführlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 841 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 125 ff.

Formenwahlermessen bzw. eine Wahlfreiheit noch gemeinhin verneint, wobei diese Sichtweise insbesondere mit Blick auf das Verhältnis zwischen Verfügung und verwaltungsrechtlichem Vertrag formuliert wurde.<sup>252</sup> In der neueren Lehre wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Auffassung vor dem Hintergrund «der Handlungsformenvielfalt, den damit einhergehenden spezifischen Motivationen und den daraus resultierenden variablen Kombinationsmöglichkeiten» nicht zu überzeugen vermag.<sup>253</sup> THURNHERR ist beizupflichten, dass «der Behörde ein gewisser Spielraum beim Entscheid für oder gegen eine bestimmte Handlungsmodalität nicht abgesprochen werden kann», wenngleich eine «nach Lust und Laune»<sup>254</sup> auszuübende Wahlfreiheit wegen des rechtsstaatlichen Rationalitätsgebots abzulehnen ist.<sup>255</sup>

THURNHERR schlägt in Bezug auf die Wahl einer bestimmten Handlungsmodalität in überzeugender Weise ein zweistufig angelegtes Verfahren vor: In einem *ersten Schritt* ist zu eruieren, ob es einen expliziten oder impliziten Ausschluss für bestimmte Handlungsformen und -modalitäten durch das zur Anwendung gelangende Recht gibt.<sup>256</sup> Auf Verhandlungen basierende Modalitäten der Rechtskonkretisierung sind – sofern kein ausdrücklicher Ausschluss auf generell-abstrakter Ebene besteht<sup>257</sup> – grundsätzlich dort zulässig, wo Gesetz und

252 Vgl. LUKAS BRÜHWILER-FRÉSEY, Verfügung, Vertrag, Realakt und andere verwaltungsrechtliche Handlungssysteme: Eine Untersuchung über ihr gegenseitiges Verhältnis, Diss. Freiburg, Bern 1984, Rz. 380; KURT EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 75–92, S. 75 ff.; RENÉ RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 295–322, S. 321; TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 127, 138, lehnt eine «Wahlfreiheit» bereits wegen unterschiedlicher Steuerungswirkungen von Handlungsformen ab und spricht sich für den «Vorrang der Verfügung» aus; vgl. für einen «Vorrang der Verfügung» auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 12 f.

253 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 167.

254 RHINOW (Fn. 252), S. 321.

255 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 167; vgl. auch ABEGG (Fn. 7), S. 154 ff.; für ein Formenwahlermessen in Bezug auf informell-konsensuales Verwaltungshandeln etwa HÖSLI (Fn. 7), S. 177, 185, 201.

256 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168; vgl. in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 21 ff.; BERNHARD WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1–24, S. 13 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 194 f.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012, Rz. 2965 ff.; vgl. auch BGE 136 I 142 E. 4.1; BGE 136 II 415 E. 2.6.1.

257 So z.B. Art. 12 Abs. 2 USG, wonach Emissionsbegrenzungen durch Verordnung oder Verfügung festgelegt werden, wobei sich die rechtsanwendenden Behörden zuweilen darüber hinwegsetzen, indem die Anforderungen an die vorsorgliche Emissionsbegrenzung entgegen den gesetzlichen Vorgaben durch Absprache statt Verfügung festgesetzt werden; vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168 (Fn. 522); ALEXANDER ZÜRCHER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Diss. Basel, Zürich 1996, S. 372 ff. Nach der Rechtsprechung ist es indes zulässig, emissionsbegrenzende Massnahmen in verwaltungsrechtliche Verträge aufzu-

Verordnung Raum offen lassen, sei es durch Einräumung von Ermessen, sei es durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.<sup>258</sup> Sofern demgegenüber die konsensuale Konkretisierung des Sachverhalts zur Diskussion steht, bedarf es keines derartigen Spielraums; in diesem Fall verlagert sich die Diskussion gänzlich auf den zweiten Prüfschritt.<sup>259</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung für konsensuales Handeln und einvernehmliche Lösungen ist demnach entbehrlich.<sup>260</sup> Es ist deshalb zutreffend, wenn gesagt wird, dass das Legalitätsprinzip in erster Linie Konsequenzen hinsichtlich des mit einer bestimmten Handlungsform transportierten Inhalts entfalte.<sup>261</sup> Allerdings steht es dem Gesetz- und Verordnungsgeber offen, auf alternative, konsensuale Handlungsmodalitäten aufmerksam zu machen und eine gewisse (rechtlich nicht verbindliche) Präferenz für bestimmte Formen zum Ausdruck zu bringen, indem er die Behörden ausdrücklich zu deren Wahl motiviert, wie er dies beispielsweise mit dem Erlass von Art. 33b VwVG, Art. 41a USG, Art. 23 AltIV<sup>262</sup>, Art. 50 ATSG, Art. 34 Abs. 1 BPG<sup>263</sup> und Art. 29 KG getan hat.<sup>264</sup>

Führt der erste Prüfschritt zum Ergebnis, dass sich der Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Handlungsform festgelegt hat, ist in einem *zweiten Schritt* zu fragen, welche Handlungsform einen effektiven, effizienten und mit den Grundwerten der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Gesetzesvollzug gewährleistet bzw. «das rechtliche Steuerungspotenzial einer Norm am Besten zu aktivieren und längerfristig sicherzustellen vermag».<sup>265</sup> Dabei sind freilich auch die verfahrensrechtlichen Konsequenzen der einzelnen Handlungsmög-

---

nehmen (vgl. BGer, Urteil 1A.14/2006 vom 18.8.2006, E. 2.3; BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.4; WIEDERKEHR/RICHLI [Fn. 256], Rz. 2981).

Es kommt, wenn auch selten, vor, dass das anwendbare Verfahrensrecht das Primat einer bestimmten Handlungsform (der Verfügung) statuiert und für alternative Handlungsformen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verlangt (vgl. Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 [Nr. 155.21]).

258 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168; vgl. für den verwaltungsrechtlichen Vertrag TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 23; WALDMANN (Fn. 256), S. 14; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2966 f.; für das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 168. Vgl. zum Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Rechtsanwendung D./I./3./b.

259 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168. Vgl. zum Verhandlungsspielraum hinsichtlich des Sachverhalts D./I./3./a.

260 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169; vgl. für den verwaltungsrechtlichen Vertrag BGE 136 I 142 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 21; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2965; für das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 168 f.; für die konsensuale Streitbeilegung in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren GUTH (Fn. 7), S. 71. Vgl. auch D./II./1.

261 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169.

262 Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung, AltIV) vom 26. August 1998 (SR 814.680).

263 Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

264 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169. Weitere Beispiele für solche Normen, die auch auf kantonaler Ebene anzutreffen sind, sind an anderen Stellen (über den ganzen Beitrag verteilt) zu finden.

265 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 170 ff., insbesondere Rz. 173; vgl. auch WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 134.

lichkeiten (sowohl hinsichtlich der Adressaten und Partner der Verwaltung als auch betroffener Dritter) mitzuberücksichtigen.<sup>266</sup> Im Vordergrund steht demnach die Frage nach der besten Eignung einer Handlungsform in Bezug auf die Erreichung des Gesetzeszwecks, wobei der Verwaltung in diesem Zusammenhang ein erhebliches Ermessen zukommt.<sup>267</sup> Man kann demnach mit PFISTERER auch von einem «Wettbewerb der Lösungswege» sprechen,<sup>268</sup> der allerdings erst auf der zweiten Ebene der Prüfung zum Tragen kommt. Ob eine konsensuale Handlungsform gewählt wird, entscheidet sich auf dieser Ebene demnach aufgrund einer Abwägung der Vor- und Nachteile in Bezug auf den effizienten und effektiven Gesetzesvollzug im Einzelfall.<sup>269</sup> Sofern keine spezifische Handlungsform gesetzlich vorgeschrieben ist, ist im Übrigen ein Wechsel von einer Handlungsschiene auf eine andere zulässig, indem etwa von einem einseitig-hoheitlich geführten Verfügungsverfahren zu einem eher kooperativen Vorgehen, sei es informell oder auf Rechtswirkungen ausgerichtet, umgeschwenkt wird.<sup>270</sup>

## II. Übersicht über die einzelnen Formen

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln im Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten kann – wie bereits weiter oben eingehend dargelegt<sup>271</sup> – nach unterschiedlichen Kriterien systematisiert werden. In der Folge sollen die einzelnen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht<sup>272</sup> im

266 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 173.

267 Vgl. zum Kriterium der besseren Eignung im Verhältnis zum Verfügungsmässigen Handeln THURNHERR (Fn. 7), Rz. 171 ff.; vgl. auch in Bezug auf das Verhältnis Verfügung und Verwaltungsvertrag BGE 136 I 142 E. 4.1; BGE 136 II 415 E. 2.6.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 24 ff., die verschiedene sachliche Gründe für die Wahl der Vertragsform nennen (dauerhafte Bindung, konsensuale Konkretisierung von Ermessensspielräumen oder einvernehmliche Konfliktbeilegung); WALDMANN (Fn. 256), S. 13 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 195 f.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2970 ff. (die diesem Kriterium allerdings kritisch gegenüberstehen; vgl. DIES. [Fn. 256], Rz. 3060; vgl. auch BVGE 2015/15 E. 2.4.1); in Bezug auf das Verhältnis zwischen Verwaltungsvertrag und informell-konsensuellem Verwaltungshandeln vgl. PFENNINGER (Fn. 4), S. 72; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

268 PFISTERER (Fn. 7), S. 270.

269 PFISTERER (Fn. 7), S. 270 ff., 279, der in diesem Zusammenhang auf verschiedene Eignungskriterien des konsensualen Handelns hinweist, wobei vorab zu diskutieren sei, was konsensuale Prozesse zu einer besseren Aufgabenerfüllung und zu einer Integration von Konflikten beitragen können und welche Rolle Verhandlungstauglichkeit und -bereitschaft spielen. Vgl. zu den Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns D./I. Vgl. zur Wahl des optimalen Lösungswegs zwischen verschiedenen konsensualen Handlungsformen, wie z.B. der Einigung, des Vergleichs, der Schlichtung und der Mediation auch THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, AJP 2010, S. 1540–1558, S. 1555 ff.

270 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1051.

271 Vgl. B./III.

272 Vgl. zum Begriff Fn. 13.



Sinne einer typologischen Beschreibung – überblicksartig<sup>273</sup> – dargestellt werden. Es wird dabei nicht das Ziel verfolgt, sämtliche Formen abschliessend zu erfassen; ein solches Unterfangen wäre angesichts des fehlenden Numerus Clausus und der vielfältigen Kombinierbarkeit von Formen auch kaum zu bewältigen.<sup>274</sup> In die Betrachtung werden sowohl die «erstinstanzliche» Bewältigung von Verwaltungsangelegenheiten und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten als auch die Rechtsmittelverfahren einbezogen<sup>275</sup>. Es werden dabei auch die Vor- und Nachteile und mögliche Einsatzbereiche der einzelnen Formen sowie Abgrenzungen zu anderen Formen aufgezeigt.

### 1. *Verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Vertrag*

Als verwaltungsrechtlicher Vertrag (öffentlich-rechtlicher Vertrag, Verwaltungsvertrag) gilt die Vereinbarung eines Verwaltungsträgers mit einem anderen Rechtssubjekt über die Regelung konkreter Rechtsverhältnisse.<sup>276</sup> Unterschieden wird zwischen koordinationsrechtlichen (abgeschlossen zwischen Verwaltungsträgern) und subordinationsrechtlichen (abgeschlossen zwischen einem Verwaltungsträger und einem Privaten) Verträgen,<sup>277</sup> wobei vor-

273 Eine vertiefte Darstellung der einzelnen Formen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Zu den einzelnen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns liegen auch bereits vertiefte und aktuelle Monographien vor; vgl. etwa zum verwaltungsrechtlichen Vertrag ABEGG (Fn. 7), zum informell-konsensualen Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7) und PFENNINGER (Fn. 4), zum Vergleich MÄCHLER (Fn. 4), S. 278 ff., zu Ombudsstellen ROLF STEINER/ANDREAS NABHOLZ, Ombuds-Mediation, Mediation in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2003, sowie zur Mediation GUY-ECABERT (Fn. 7), NOTTER (Fn. 7), und die zahlreichen Schriften von PFISTERER (siehe Literaturverzeichnis). Vgl. auch die Typologie der verschiedenen Formen der konsensualen Streitbeilegung im deutschen Verwaltungsrecht bei KALTENBORN (Fn. 5), S. 29 ff.

274 Vgl. auch BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 146 f., die, obwohl sie nicht von einem Numerus Clausus ausgehen, in Bezug auf die einvernehmliche Streitbeilegung im Verwaltungsrecht insbesondere drei Formen, die Mediation, die Schlichtung sowie Verfahren vor einer Ombudsperson, unterscheiden; ähnlich auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 236 ff., welche die Formen Ombudsstellen, Schlichtung, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit unterscheiden, wobei Letztere nicht als «règlement amiable au sens propre» qualifiziert wird.

275 Vgl. zu kooperativen und konsensualen Elementen in der Verwaltungsrechtspflege grundlegend MÄCHLER (Fn. 4), S. 155 ff.

276 Vgl. ausführlich zum verwaltungsrechtlichen Vertrag ABEGG (Fn. 7); JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Basel 2014, § 19; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1286 ff.; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.79 ff.; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011, S. 415 ff.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018, Rz. 970 ff.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 600 ff. (insbesondere bezogen auf die Geltung der Verfahrensgrundrechte); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 188 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2940 ff. Vgl. zu Verfahrensfragen im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020, Rz. 2462 ff.

277 Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1304, 1307; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.81; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 15 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2942.



liegend die subordinationsrechtlichen Verwaltungsverträge im Vordergrund stehen. Gleich wie die Verfügung sind Verwaltungsverträge unmittelbar auf Rechtswirkungen ausgerichtet und haben eine individuell-konkreten Regelungscharakter; anders als bei der Verfügung, die von der Behörde einseitig-hoheitlich erlassen wird, beruht das Zustandekommen des Verwaltungsvertrags auf dem Einverständnis der Parteien.<sup>278</sup> Charakteristisches Merkmal des verwaltungsrechtlichen Vertrags ist – insbesondere in Abgrenzung zur mitwirkungsbedürftigen Verfügung – weiter auch die inhaltliche Gestaltungsfreiheit.<sup>279</sup> Der Verwaltungsvertrag grenzt sich von der informellen Absprache<sup>280</sup> einerseits dadurch ab, dass Ersterer auf Rechtswirkungen und Rechtsverbindlichkeit beruht, während Letztere bloss auf faktische Wirkungen und eine «explizite Abkehr von der Rechtsverbindlichkeit»<sup>281</sup> ausgerichtet ist.<sup>282</sup> Andererseits werden informelle Absprachen oftmals formlos abgeschlossen, während für verwaltungsrechtliche Verträge in der Regel Schriftlichkeit verlangt wird.<sup>283</sup> Zwischen Verwaltungsvertrag und informeller Absprache besteht aber eine gewisse Austauschbarkeit, da sich teilweise dieselben Konstellationen sowohl auf rechtliche als auch auf tatsächliche Weise oder mittels einer Kombination dieser beiden Optionen bewältigen lassen.<sup>284</sup>

278 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1288 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 4 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3051 ff.

Der Umstand, dass gewisse Verfügungen auch von der Mitwirkung der Privaten abhängig sind (sog. mitwirkungsbedürftige Verfügungen) oder dass der Inhalt einer Verfügung zuvor zwischen dem Verwaltungsträger und dem künftigen Verfügungsadressaten ausgehandelt worden ist (man könnte von einer «paktierten Verfügung» sprechen; vgl. auch SCHOCH [Fn. 29], § 37 Rz. 43; vgl. dazu auch C./II./3./b.) macht diese noch nicht zu einem verwaltungsrechtlichen Vertrag; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.79; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 6; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3054.

In der Praxis kommen im Übrigen auch Kombinationen zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und Verfügung vor, so etwa bei Konzessionen, bei Erschliessungsvereinbarungen in Verbindung mit einer Baubewilligung (vgl. BGE 112 II 107 E. 1) oder bei Anstellungsverhältnissen im öffentlichen Dienst, wenn sie zwar durch mitwirkungsbedürftige Verfügung begründet werden, aber Fragen durch ergänzende Parteivereinbarung geregelt werden, die nicht generell-absolut und verbindlich normiert bzw. ihrer Natur nach nur schwer durch Verfügung festlegbar sind (vgl. VGer ZH, Urteil PK.2002.00003 vom 14.8.2002, E. 2b); vgl. WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3055.

279 Vgl. dazu ausführlicher WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3052; vgl. auch BVGE 2015/15 E. 2.4.2.

280 Vgl. C./II./2.

281 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

282 WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3058; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 151.

283 Vgl. WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190, 208; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3058; vgl. zur Schriftlichkeit als Gültigkeitsvoraussetzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags auch BGer, Urteil 1C\_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4.1.

284 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 151.

Anders als etwa im bundesdeutschen Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>285</sup> gibt es in der Schweiz keine allgemeine Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrags; so regelt das VwVG auf Bundesebene einzig das Verfügungshandeln (vgl. Art. 1 Abs. 1 VwVG); es ist auf vertragliches Handeln nicht anwendbar.<sup>286</sup> Trotzdem lassen sich in zahlreichen Gebieten des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone vertragliche Lösungen finden, so etwa im Pflichtlager-, Umwelt-, Planungs-, Bau-, Steuer- und Abgabe-, Subventions-, Energie-, Schul-, Personal-<sup>287</sup>, Krankenversicherungs- und Konzessionsrecht sowie im Zusammenhang mit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben oder der Benützung öffentlich-rechtlicher Anstalten.<sup>288</sup> In diesem Zusammenhang ist weiter auch der Vergleichsvertrag zu erwähnen, «der häufiger vorkommt als gemeinhin angenommen wird»;<sup>289</sup> er ist vor allem im Rahmen von Rechtsmittelverfahren verbreitet, kann aber auch im Rahmen erstinstanzlicher Verfahren oder ausserhalb von Verfahren zum Tragen kommen.<sup>290</sup> Der Verwaltungsvertrag ist heute auch in Verwaltungsbereichen anzutreffen, die traditionell als vertragsfeindlich eingestuft wurden, so etwa im Ausländerrecht (vgl. Art. 58b AIG<sup>291</sup>), im klassisch hoheitlichen Bereich der polizeilichen Sicherheit sowie im Bereich der Sozialhilfe.<sup>292</sup>

Als Motive für die Wahl des verwaltungsrechtlichen Vertrags vielfach genannt werden das Bedürfnis nach dauerhafter Bindung, die Begründung eigent-

285 Vgl. §§ 54–62 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846) geändert worden ist; vgl. zum verwaltungsrechtlichen Vertrag im deutschen Verwaltungsrecht VOLKER SCHLETTE, Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Habil. Göttingen, Tübingen 2000.

286 Vgl. statt vieler WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2941.

287 Vgl. zum Vertragshandeln im Bundespersonalrecht HELBING, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BPG, Art. 34 Rz. 11. Vgl. insbesondere Art. 34 Abs. 1 BPG, wonach bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis primär eine Einigung zu suchen ist, bevor durch den Arbeitgeber verfügt wird. Die Einigung erfolgt mittels eines Vertrags (bzw. eines Vergleichs); vgl. dazu ausführlich HELBING, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BPG, Art. 34 Rz. 11 ff.

288 Vgl. dazu ausführlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1320 ff. (bezogen auf die Zulässigkeit von solchen Verträgen); vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946.

289 WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946; vgl. auch PFISTERER (Fn. 7), S. 244.

290 WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946; vgl. zum Vergleichsvertrag ausführlicher C./II./3./b. und C./II./4.

Aktuelle Beispiele für Vergleiche ausserhalb von Verwaltungsverfahren sind etwa jene, die der von Submissionsabsprachen geschädigte Kanton Graubünden mit einigen an den Submissionsabsprachen beteiligten Bauunternehmen im Zusammenhang mit dem «Bündner Baukartell» abgeschlossen hat. Bestandteil dieser Vergleiche bildete neben den Schadenersatzzahlungen insbesondere die Zusicherung des Kantons, die beteiligten Unternehmen bei künftigen Vergabeverfahren weiterhin zuzulassen, sie also nicht zu sperren; vgl. etwa Medienmitteilung der Regierung des Kantons Graubünden vom 14. Juni 2019 «Kanton schliesst Vergleichsvereinbarungen mit in WEKO-Verfahren involvierten Bauunternehmen ab».

291 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

292 Vgl. ABEGG (Fn. 7), S. 148; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946.

licher Austauschverhältnisse, die konsensuale Konkretisierung von erheblichen Ermessensspielräumen der Behörde sowie die einvernehmliche Beilegung von verwaltungsrechtlichen Konflikten zwischen Gemeinwesen und Privaten.<sup>293</sup> Als Vorteil des verwaltungsrechtlichen Vertrags wird zudem hervorgehoben, dass Private zu Leistungen verpflichtet werden können, zu denen die Verwaltung einen Privaten mittels Verfügung nicht zwingen könnte.<sup>294</sup>

Abzugrenzen ist der verwaltungsrechtliche Vertrag überdies vom privatrechtlichen Vertrag, welcher der Regelung von privatrechtlichen Rechtsverhältnissen dient.<sup>295</sup> Seine Zulässigkeit als Handlungsform der Verwaltung wird heute nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>296</sup> Die Abgrenzung zwischen verwaltungs- und privatrechtlichem Vertrag fällt zuweilen schwer. Sind dem Gesetz keine Hinweise zu entnehmen (ausdrückliche Regelung oder Verweis auf Zivilgerichte), ist der Vertrag anhand seines Gegenstands zu qualifizieren, wobei in erster Linie danach zu fragen ist, ob der Vertrag in unmittelbarer Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe abgeschlossen wurde.<sup>297</sup> Privatrechtliche Verträge, an denen die Verwaltung als «Vertragspartner» beteiligt ist, sind heute in Teilen der Leistungs- und Bedarfsverwaltung (z.B. öffentliches Dienst- und Beschaffungsrecht) sowie in den Bereichen der Verwaltung des Finanzvermögens und der staatlichen Teilnahme an der Wettbewerbswirtschaft verbreitet und anerkannt.<sup>298</sup> Sofern das zivilrechtliche Handeln der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dient, bleibt die Verwaltung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden.<sup>299</sup> Nicht ausgeschlossen ist im Übrigen die Kombination von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag.<sup>300</sup>

293 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1314 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 24 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2947; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 152.

294 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1317; vgl. zur Zulässigkeit solcher Verträge auch BGE 136 I 142 E. 4.2, und D./II./1.

295 HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.80; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 7; vgl. zum privatrechtlichen Vertrag als Handlungsform der Verwaltung auch MOOR/POLTIER (Fn. 276), S. 483 ff.

296 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 42 Rz. 1 ff., die allerdings zu Recht auf den Vorrang des öffentlichen Rechts und den Ausnahmecharakter des privatrechtlichen Handelns der Verwaltung hinweisen.

297 Vgl. BGE 134 II 297 E. 2.2.; ABEGG (Fn. 7), S. 54 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1292 ff.; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.80; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 7 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 191 f.

298 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1384 ff.; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.91 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 42 Rz. 4 ff.

299 Vgl. statt vieler BGE 139 I 306 E. 3.2.2; BGE 129 III 35 E. 5; BGE 127 I 84 E. 4c; BGE 109 Ib 146 E. 4; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 Rz. 9; JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018, S. 52 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 7 Rz. 49 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 42 Rz. 6; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 18 ff.

300 Vgl. dazu WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3048.

## 2. *Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns*

Informell-konsensuales Verwaltungshandeln kann in verschiedenen Formen in Erscheinung treten,<sup>301</sup> wobei nachfolgend zwischen informellen Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, die in diesem Abschnitt zu behandeln sind,<sup>302</sup> und Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen Verfahren<sup>303</sup> unterschieden wird.<sup>304</sup> Erstere bereiten einen staatlichen Akt nicht bloss vor, sondern treten gänzlich an dessen Stelle und bilden dadurch selber einen «Verfahrensendakt», während Letztere einen Verwaltungsakt bloss vorbereiten.<sup>305</sup> Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns können als *normersetzende* oder *normvollziehende* Absprachen in Erscheinung treten.<sup>306</sup> Während normersetzende Absprachen getroffen werden, um den Erlass einer Rechtsnorm abzuwenden,<sup>307</sup> sind normvollziehende Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns auf der Ebene des Gesetzesvollzugs darauf ausgerichtet, eine förmliche Verwaltungsentscheidung nicht bloss vorzubereiten, sondern ganz oder teilweise an ihre Stelle zu treten;<sup>308</sup> im letztgenannten Fall handelt es sich demnach um eine formlose, unverbindliche Verständigung zwischen Behörde und Privaten über die einvernehmliche Regelung einer Verwaltungsangelegenheit.<sup>309</sup> In diesem Sinne umschriebene informelle Absprachen dienen der «Verhaltenslenkung ohne Rechtsbindung».<sup>310</sup> Es wird bewusst

301 Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen HÖSLI (Fn. 7), S. 28 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 22 ff.; vgl. auch zum deutschen Verwaltungsrecht FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 27 ff.; STEFFEN KAUTZ, Absprachen im Verwaltungsrecht, Zulässigkeit, Grenzen und Folgen, Diss. Bayreuth, Berlin 2002, S. 50 ff.

302 Zuweilen wird in diesem Zusammenhang auch von «Arrangements» und «Gentlemen's Agreements» gesprochen; vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 37 ff.; vgl. zu den «Gentlemen's Agreements» im öffentlichen Recht auch ETIENNE POLTIER, Les gentlemen's agreements à participation publique, ZSR 106 (1987) I, S. 367–402.

303 Vgl. dazu C./II./3.

304 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143 ff.

305 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143 f.

306 Vgl. zu dieser Unterscheidung HÖSLI (Fn. 7), S. 28 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 24 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 34 ff. Zu den normvollziehenden Absprachen zählen allerdings nicht nur die informellen Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, sondern auch die Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen Verwaltungsverfahren; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 32 f.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 26 f.

307 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 28 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 24 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 36 f. Für ein Beispiel einer letztlich gescheiterten normersetzenden Absprache vgl. BGE 118 Ib 367 (vgl. dazu Fn. 222). Zu den normersetzenden Absprachen werden auch die staatlich induzierten Selbstverpflichtungen der Wirtschaft gezählt, bei denen die Zusagen gegenüber dem Staat (horizontal) regelmässig von Wirtschaftsverbänden abgegeben werden, welche die Absprache sodann auf einer zweiten Ebene (vertikal) verbandsintern zwischen ihren Mitgliedern umsetzen müssen; vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 36; PFENNINGER (Fn. 4), S. 24 ff. Entsprechende Absprachen können auch unter den Begriff der «regulierten Selbstregulierung» gefasst werden; vgl. zu den verschiedenen Formen HETTICH (Fn. 63), Rz. 519 ff.

308 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 32 f.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 26 f.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 34 f.

309 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 7.

310 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 8.

vom gesetzgeberisch vorgesehenen Regelfall der Statuierung von Rechten und Pflichten in einem förmlichen Verfahren Abstand genommen.<sup>311</sup> Die Inanspruchnahme von informellen Absprachen ist demnach wesentlich vom «Bestreben nach erweiterten Steuerungsoptionen» geleitet.<sup>312</sup> Hoheitliches Handeln kann durch konsensuale Arrangements abgewendet werden.<sup>313</sup> «Die Behörde baut mit anderen Worten auf das freiwillige Einlenken des privaten Gegenübers, ohne dabei die Option späterer Verfügungen oder Verordnungen aus der Hand zu geben.»<sup>314</sup> Die Absprache steht demnach unter dem «Damoklesschwert» einer ansonsten drohenden hoheitlichen Massnahme.<sup>315</sup> Informelle Absprachen kennzeichnen sich durch die rechtliche Unverbindlichkeit des Vereinbarten, das nicht mit hoheitlichen Mitteln vollstreckbar ist.<sup>316</sup> Es bestehen demnach bedeutende Unterschiede zur auf Rechtswirkungen gerichteten Verfügung, an deren Nichtbefolgung unmittelbar Sanktionen geknüpft werden können.<sup>317</sup> Absprachen teilen mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag die «konsensuale Genese»; anders als dieser begründen sie keine verbindlichen Rechte und Pflichten, die in Erfüllungsansprüche münden.<sup>318</sup> Obwohl zumindest teilweise eine gewisse Substituierbarkeit zwischen dem verwaltungsrechtlichen Vertrag und der informellen Absprache besteht, «drängt sich der Vertrag doch eher dort auf, wo eigentliche Austauschverhältnisse vorliegen und beide Parteien über ein Interesse an der rechtsverbindlichen Fixierung sowie der Durchsetzbarkeit des Vereinbarten verfügen».<sup>319</sup> Demgegenüber scheint die informelle Absprache für die konsensuale Konkretisierung von gesetzlichen Pflichten prädestiniert, «bezüglich derer der involvierte Private [...] über Problemlösungskapazitäten verfügt, die jene der Behörden übersteigen».<sup>320</sup> THURNHERR weist weiter darauf hin, dass in diesen Konstellationen regelmässig «die explizite Abkehr von der Rechtsverbindlichkeit zugunsten nicht erzwingbarer privater Zugeständnisse» handlungsleitendes Motiv bilde.<sup>321</sup> Von den ebenfalls einen faktischen Erfolg anstrebenden Warnungen und Empfehlungen unterscheiden sich Absprachen

311 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

312 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

313 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 8.

314 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 8.

315 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 864.

316 Vgl. BGE 118 Ib 367 E. 9, wonach sich aus informellen Absprachen weder ein Anspruch auf Erfüllung noch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ableiten lässt; BVGer, Urteil B-2625/2009 vom 4.3.2010, E. 4; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2846 f. Ausführlich zu den (beschränkten) mittelbaren rechtlichen Wirkungen (insbesondere diejenigen aus Culpä in contrahendo und dem Vertrauensprinzip) PFENNINGER (Fn. 4), S. 186 ff.; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 925, und die Ausführungen unter D./II./5.

317 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865.

318 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865.

319 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

320 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

321 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876; vgl. zu den Vor- und Nachteilen der informellen Absprache im Verhältnis zum verwaltungsrechtlichen Vertrag auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 72.

dadurch, dass die Eingriffswirkung der Ersteren zwar letztlich vom Verhalten der adressierten Öffentlichkeit abhängen, von den Betroffenen selbst aber nicht beeinflusst werden können.<sup>322</sup> Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns sind vor allem im Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>323</sup> und im Umweltrecht<sup>324</sup> anzutreffen.

### 3. *Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren*

Informell-konsensuales Verwaltungshandeln kommt nicht nur in der ein förmliches Verfahren substituierenden Form der informellen Absprache, sondern auch in den Formen der Vorabsprache im Umfeld eines förmlichen Verfah-

322 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865.

323 Exemplarisch ist auf Art. 9 des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20) hinzuweisen, wonach der Preisüberwacher, wenn er einen Missbrauch konstatiert, eine einvernehmliche formlose Regelung anstrebt. Kommt keine einvernehmliche Regelung zustande, untersagt der Preisüberwacher nach Art. 10 PüG die Erhöhung ganz oder teilweise oder verfügt eine Preissenkung (vgl. dazu auch PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 589 ff.); vgl. auch BVGer, Urteil B-2625/2009 vom 4.3.2010, E. 4, betreffend eine Vereinbarung («Gentlemen's Agreement») im Hinblick auf die Aufhebung der Milchkontingentierung über befristete Marktentlastungsmassnahmen zwischen dem Bundesamt für Landwirtschaft und verschiedenen milchproduzierenden Organisationen; vgl. dazu auch WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2847.

Eine besondere Form von Vereinbarungen zur Abwendung eines rechtsförmigen Verwaltungshandelns stellen die (privatrechtlichen) Zugangsvereinbarungen nach Art. 11a Abs. 1 des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 30. April 1997 (SR 784.10) zwischen Fernmeldediensteanbietern dar. Erst wenn sich die Fernmeldediensteanbieter über die Bedingungen des Zugangs zu Einrichtung und Diensten nicht einigen können, werden diese durch die Kommunikationskommission (ComCom) auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM verfügt (Art. 11a Abs. 1 FMG; Art. 64 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste [FDV] vom 9. März 2007 [SR 784.101.1]). Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen über den Zugang werden durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

324 In der Schweiz werden informelle Absprachen insbesondere im Umweltrecht diskutiert – ein Bereich, der durch ein notorisches Vollzugsdefizit gekennzeichnet ist (vgl. ELISABETH BRAUN, Abfallminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft: Bedingungen zur Umsetzung von Artikel 41 USG, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1998, passim; PFENNINGER [Fn. 4], passim; THURNHERR [Fn. 7], Rz. 874; ZÜRCHER [Fn. 257], S. 365 ff.). Im Umweltrecht ist denn auch mit Art. 41a Abs. 1 USG der Grundsatz der Kooperation vom Gesetzgeber normiert worden, aus dem sich allerdings kein Vorrang «konsensualer Bewältigungsstrategien» ableiten lässt. Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmlichen Handelns haben vor allem in Bereichen Bedeutung, in denen der Erlass einer Verfügung deshalb entbehrlich ist, weil diese nicht Rechtmässigkeitsvoraussetzung für die Vornahme einer Handlung oder die Ausübung einer Tätigkeit bildet. Obwohl das USG verschiedentlich den Erlass einer Verfügung vorsieht, ist im Verwaltungsalltag eine grundsätzlich «liberale Absprachepraxis» verbreitet. Im Vordergrund stehen Sanierungsabsprachen, die dann zur Anwendung gelangen, wenn zumindest begründete Zweifel daran bestehen, dass eine Anlage nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht; vgl. zum Ganzen THURNHERR (Fn. 7), Rz. 874; vgl. zum umweltrechtrechtlichen Kooperationsprinzip grundlegend URSULA BRUNNER, Kommentar zu Art. 41a USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl. (1.–8. Lieferung), Zürich 1998 ff.; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich, Zürich 2001, S. 375 ff.

rens<sup>325</sup> und der Verständigung bzw. gütlichen Einigung als Verfügungsgrundlage vor.<sup>326</sup> Im Unterschied zu den ein förmliches Verfahren substituierenden informellen Absprachen bereiten Vorabsprachen ein förmliches Verfahren, namentlich ein Verfügungsverfahren,<sup>327</sup> lediglich vor.<sup>328</sup> Das primäre Abgrenzungskriterium liegt demnach darin, dass sich an die Vorabsprache eine förmliche Rechtsfolgenentscheidung anschliesst (bzw. eine solche zumindest beabsichtigt ist), während informelle Absprachen an deren Stelle treten.<sup>329</sup> Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Vorabsprachen und gütlichen Einigungen als Verfügungsgrundlage ist zunächst auf eine Gemeinsamkeit hinzuweisen, die darin besteht, dass in einem späteren Stadium ein verbindlicher Entscheid ergeht bzw. ergehen soll.<sup>330</sup> Der Unterschied dieser Handlungsformen liegt darin, dass auf Vorabsprachen ein förmliches Verfahren (auf Erlass einer Verfügung) folgt, «deren Inhalt unter Berücksichtigung der einschlägigen Verfahrensbestimmungen konkretisiert wird, während im Rahmen gütlicher Einigungen bereits die alsdann in Verfügungsform zu transferierende Entscheidung als solche konsensual generiert wird».<sup>331</sup> Als Vorbemerkung ist weiter festzuhalten, dass sich eine intensivere Nutzung von kooperativen Elementen im Verfügungsverfahren als Alternative zum Verwaltungsvertrag und zu informellen Absprachen erweisen kann.<sup>332</sup>

Verständigungen im Umfeld von förmlichen Verfahren sind nicht nur im Rahmen des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens, sondern auch im Rechtsmittelverfahren anzutreffen. Nachfolgend ist auf Vorabsprachen (a.) und Verständigungen (b.) im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verwaltungs-

325 Während der Begriff Vorabsprache das Ergebnis beschreibt, weisen die in diesem Zusammenhang ebenfalls verwendeten Begriffe der Vorverhandlung bzw. der Vorverständigung (vgl. z.B. KAUTZ [Fn. 301], S. 61; FEHLING [Fn. 81], § 38 Rz. 28) auf den zeitlich vorgelagerten Kommunikationsprozess hin; vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 965; vgl. zur konsensgerichteten Verfahrensvorbereitung auch PFISTERER (Fn. 7), S. 250.

326 Als besondere Form eines kooperativen Verfahrens im Rahmen eines förmlichen Verfahrens gilt die Umweltverträglichkeitsprüfung, die in Art. 10a ff. USG und in der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV) vom 19. Oktober 1988 (SR 814.011) geregelt ist; vgl. auch HETTICH (Fn. 63), Rz. 459; PFISTERER (Fn. 7), S. 250.

327 Vorabsprachen sind nicht nur im Verfügungsverfahren, sondern etwa auch in Verfahren der Raumplanung, namentlich der Nutzungsplanung, möglich. Dabei stellen sich insbesondere Fragen bezüglich der Konsequenzen für den politischen Planungsprozess; vgl. dazu TAMARA NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 225 ff. Vorabsprachen sind im Übrigen auch im Vorfeld der Normsetzung anzutreffen; vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 28.

328 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961. Zur Abgrenzung zwischen Vorabsprachen und weniger intensiven Kooperationsformen im Rahmen von förmlichen Verfahren (wie z.B. die Mitwirkungs- und Anhörungsrechte im Rahmen des rechtlichen Gehörs) vgl. B./III./1. und B./III./2.

329 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961. Vgl. zur Abgrenzung zwischen Vorabsprachen und einseitigem vertrauensbegründendem Verhalten der Behörden im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens (z.B. in der Form von Zusagen) DIES. (Fn. 7), Rz. 962.

330 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961.

331 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961.

332 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 144 (Fn. 439); vgl. auch BRUNNER (Fn. 324), Art. 41a USG Rz. 33.



fahren näher einzugehen, bevor weiter unten<sup>333</sup> einvernehmliche Formen der Streitbeilegung im Rahmen von Rechtsmittelverfahren zu thematisieren sind.

#### *a. Vorabsprachen*

Der hauptsächliche Anwendungsbereich für Vorabsprachen dürfte heute im Vorfeld von Antrags- und Bewilligungsverfahren liegen, so etwa im Zusammenhang mit der Errichtung umweltbelastender Anlagen, die sich durch eine Vielfalt zu berücksichtigender rechtlicher Vorgaben und Interessenlagen kennzeichnen.<sup>334</sup> Vielfach geht dabei der Anstoss zu Vorverhandlungen und Vorabsprachen von Privaten aus, «die angesichts der sich abzeichnenden verfahrens- bzw. materiellrechtlichen Komplexität vor der eigentlichen, mit erheblichem Aufwand verbundenen Gesuchseinreichung an der Klärung spezifischer Fragen interessiert sind».<sup>335</sup> Da bei Bewilligungsverfahren die Erteilung der Bewilligung Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Vorhabens bzw. einer Tätigkeit ist, kommen informell-konsensuale Elemente nur in Kombination mit rechtsförmlichem Handeln und nicht als dessen Surrogat in Frage.<sup>336</sup> Vorverhandlungen und Vorabsprachen sind aber auch im Vorfeld von nicht mitwirkungsbedürftigen Anordnungen möglich (z.B. betreffend die Durchsetzung umweltrechtlicher oder wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Vorschriften) mit dem Ziel, den potentiellen Adressaten beispielsweise im Hinblick auf die Klärung umstrittener Sachverhaltsfragen frühzeitig in das Verfahren einzubeziehen.<sup>337</sup> Vorabsprachen können sich auf reine Verfahrensfragen beschränken, sie können sich aber auch auf inhaltliche Festlegungen beziehen.<sup>338</sup>

Vorverhandlungen und Vorabsprachen ergehen mit Blick auf ein späteres förmliches Verwaltungsverfahren.<sup>339</sup> Es wird damit kein grundsätzliches «Ausweichen auf alternative Steuerungsmechanismen», sondern eine «Kombination informeller und förmlicher Elemente» beabsichtigt.<sup>340</sup> Das Vorverfahren mag das anschliessende förmliche Verfahren ein Stück weit zu entlasten; indem beispielsweise ein bestimmter Aspekt des Bewilligungsverfahrens bereits eingehend erörtert wurde, kann von einer Wiederholung (des rechtlichen Gehörs) in Bezug auf diesen Aspekt im Verfügungsverfahren abgesehen wer-

333 Vgl. C./II./4.

334 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963; vgl. auch KAUTZ (Fn. 301), S. 61.

335 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963.

336 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963.

337 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963; vgl. auch KAUTZ (Fn. 301), S. 61 f.

Vgl. auch das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, das als «Vorverfahren sui generis» den Betroffenen in Konkretisierung der offen formulierten Gesetzesgrundlage eine eigene Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung erlauben soll (vgl. dazu BGE 135 II 60 E. 2–3.2). Dieses Verfahren mündet allerdings nicht in eine Vorabsprache.

338 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 29; KAUTZ (Fn. 301), S. 57 f.

339 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 966.

340 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 970.



den.<sup>341</sup> Vorverhandlungen ermöglichen in erster Linie eine frühzeitige Verständigung zwischen der Verwaltung und Privaten beispielsweise über die Voraussetzungen der Bewilligungsfähigkeit eines bestimmten Projekts.<sup>342</sup> Ein solches Vorgehen kann mit Blick die anzuwendenden offenen Normen und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit (für Behörden und Private) eine kompensatorische Wirkung entfalten.<sup>343</sup> «Setzt die Kooperation bereits im Stadium der Vorbereitung des Antrags ein und verständigen sich beide Seiten über bestimmte Voraussetzungen der späteren Genehmigung, wird Planungs- und Investitionssicherheit geschaffen und eine beachtliche Zeitersparnis erreicht, indem die behördliche Auffassung zur Sach- und Rechtslage bei der (erstmaligen) Gesuchsausarbeitung berücksichtigt werden kann.»<sup>344</sup> Die Verfahrensbeschleunigung dient demnach nicht nur der Behörde, sondern insbesondere auch den Privaten, die in Bezug auf das Vorhaben Klarheit erlangen.<sup>345</sup> In Fällen, in denen es nicht um Antrags- oder Bewilligungsverfahren, sondern um die Festlegung von Pflichten im Einzelfall geht, so beispielsweise bei der Anordnung von Sanierungsmassnahmen für bestehende, nicht umweltrechtskonforme Anlagen,<sup>346</sup> kommt die mit Vorabsprachen einhergehende Verfahrensbeschleunigung (infolge der Reduktion des «Rechtsmittelrisikos») primär der Behörde zu Gute.<sup>347</sup> Auf privater Seite schlägt die intensivere Einflussmöglichkeit auf den späteren förmlichen Entscheid positiv zu Buche.<sup>348</sup> Soweit sich in diesen Fällen die gesetzlichen Ziele bereits auf diese Weise erreichen lassen, kann eine kooperativ erarbeitete Lösung den Erlass einer einseitig-hoheitlichen Massnahme überflüssig machen;<sup>349</sup> «die Vorverhandlungen münden diesfalls nicht in eine Verfügung, sondern in eine informell-konsensuale Absprache».<sup>350</sup>

Obwohl Vorabsprachen grundsätzlich nicht mit rechtlichen Bindungswirkungen einhergehen, sich aus ihnen in aller Regel keine Ansprüche ableiten lassen und das anschliessende förmliche Stadium seine Offenheit für neue Er-

341 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 966.

342 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968, die auf weitere Vorzüge (Ermöglichung eines auf den Einzelfall zugeschnittenen Vorgehens, Vorbeugung von Rechtsstreitigkeiten, Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung durch Private) von Vorabsprachen hinweist (vgl. DIES. [Fn. 7], Rz. 967).

343 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968.

344 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968.

345 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968; ebenfalls die Prozessökonomie hervorhebend BGE 140 I 326 E. 6.1.

346 Vgl. auch Art. 16 Abs. 3 USG, wonach die Behörde vom Inhaber der Anlage Sanierungsvorschläge einzuholen hat, bevor sie erhebliche Sanierungsmassnahmen anordnet; vgl. dazu BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen*, Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 158 ff.

347 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969.

348 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969. Es ist davon auszugehen, dass Art. 16 Abs. 3 USG betreffend die Mitwirkung bei der Anlagensanierung über Art. 29 Abs. 2 BV hinausgeht; vgl. WAGNER PFEIFER (Fn. 346), Rz. 158.

349 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969; vgl. auch WAGNER PFEIFER (Fn. 346), Rz. 158.

350 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969.

kenntnisse bewahren muss,<sup>351</sup> können sich dennoch faktische Bindungswirkungen ergeben.<sup>352</sup> Es ist nämlich von einer «erhöhten Wahrscheinlichkeit auszugehen, dass die Behörde bei einer erneuten Beurteilung im förmlichen Hauptverfahren die Ausfüllung von Spielräumen gemäss ihren früher getätigten Zusicherungen vornehmen wird».<sup>353</sup> Namentlich bei Dauerkontakten und bei öffentlichkeitswirksamen Vereinbarungen können die Beteiligten wegen des drohenden Vertrauens- und Imageverlustes davon ausgehen, dass die Gegenseite die Absprache nicht ohne guten Grund brechen wird.<sup>354</sup>

Es kommt nicht selten vor, dass das Bedürfnis nach informellen Vorabsprachen in Verfahren gross ist, die über einen erheblichen Kreis an Drittbetroffenen aufweisen (z.B. Bewilligungsverfahren für komplexe Bauprojekte). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit diese Dritten bereits in das Stadium der Vorverhandlungen einzubeziehen sind bzw. zur Wahrung ihrer Verfahrensrechte einbezogen werden müssen.<sup>355</sup> Dabei lassen sich gewichtige Argumente für eine frühzeitige Partizipation anführen,<sup>356</sup> wobei der Einbezug Drittbetroffener auch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein und die Vorzüge von Vorabsprachen neutralisieren kann.<sup>357</sup> THURNHERR plädiert in überzeugender Weise dafür, die «Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit» von Drittbetroffenen in das förmliche Hauptverfahren zu verlagern, wobei sie ergänzende Massnahmen vorschlägt (namentlich Schaffung von Transparenz bezüglich der informellen Vorabsprache; Kompensationsmechanismen bezüglich der nachträglichen Überprüfung des Endentscheids), um dessen Offenheit sicherzustellen und der faktischen Bindungswirkung Schranken zu setzen.<sup>358</sup>

351 Vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 978 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 7.

352 Vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 981; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 8.

353 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 981.

354 FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 8; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 981.

355 Vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 977 ff.

356 Zu nennen sind z.B. die Effektivität der Einflussmöglichkeit wegen der faktischen Bindungswirkung der Vorabsprache, die Möglichkeit einer umfassenden Informations- und Interessenberücksichtigung sowie die gesteigerte Akzeptanz der Entscheidung aufgrund der frühzeitigen Mitwirkung; vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 990.

357 Zu nennen sind z.B. der mit der Aufblähung des Teilnehmerkreises entstehende Zuwachs an Komplexität, welcher der Grundidee informeller Vorabsprachen, eine rasche und unbürokratische Klärung von Fragen betreffend das Verfahren oder den Inhalt zu ermöglichen, entgegensteht; die fehlende Erkennbarkeit der Drittbetroffenheit; die Befürchtung neuer Ausweichstrategien; vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 991.

358 Dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 996 ff., zusammenfassend Rz. 1022.

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat sich im wegweisenden Flachglas-Urteil zu den Kriterien zulässiger selektiver Vorabbindungen geäussert (BVerwGE 45, 309). Gefordert wird, dass die Kompetenzordnung gewahrt werden muss, die Vorabsprache eines sachlichen Grunds bedarf und die informell vorweggenommene Entscheidung nicht zu beanstanden ist sowie die Anforderungen an eine gerechte Abwägung berücksichtigt werden, mit der Konsequenz, dass die Rechte Dritter und der Allgemeinheit zumindest in den Abwägungsprozess zu integrieren sind. Dieser Ansatz geht demnach weniger weit als jener von THURNHERR, indem er den Ausschluss Drittbetroffener ohne Evaluation möglicher Alternativen akzeptiert; vgl. dazu auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 993; FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 112 f.

*b. Verständigungen als Verfügungsgrundlage*

Von den informellen Vorabsprachen sind die Verständigungen bzw. gütlichen Einigungen im Rahmen eines Verfügungsverfahrens zu unterscheiden, die insofern in ein förmliches Verfahren eingebettet sind, als zunächst ein solches eingeleitet und anschliessend im Hinblick auf eine gütliche Einigung sistiert wird, die schliesslich in Verfügungsform gegossen wird.<sup>359</sup> Für Verwaltungsverfahren auf Bundesebene wurde mit Art. 33b VwVG («Gütliche Einigung und Mediation») im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege eine Bestimmung beschlossen und auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt, die zu diesem Vorgehen Regelungen enthält.<sup>360</sup> Vereinzelt Kantone sehen vergleichbare Bestimmungen vor.<sup>361</sup> Des Weiteren sind in Spezialgesetzen Bestimmungen zu finden, wonach im Umfeld bzw. im Rahmen von Verwaltungsverfahren einvernehmliche Lösungen anzustreben sind bzw. angestrebt werden können.<sup>362</sup> Neben

359 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148.

360 Vgl. zu Art. 33b VwVG ausführlich die Kommentierungen von PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 1 ff., und SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 1 ff., sowie THOMAS PFISTERER, Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 101–125; DERS., Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33b VwVG, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4; vgl. auch BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl., Bern 2015, S. 316 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 603 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1326 ff. Art. 33b VwVG war in der Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BBl 2001 4202–4479) noch nicht vorgesehen und wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingeführt; vgl. SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 15 ff.; vgl. aber den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 2. Juli 2007 im Zusammenhang mit der Parlamentarischen Initiative von Carlo Schmid-Sutter betreffend «Aufhebung von Artikel 33b VwVG» (Nr. 05.442 s) (abrufbar auf <<http://www.parlament.ch>> [besucht am 8.3.2020]). Vgl. zur Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 33b VwVG BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 252 ff., die aufzeigen, dass dieses Thema das Bundesverwaltungsgericht bisher nur in wenigen Fällen beschäftigt hat.

361 Vgl. Kanton Luzern: § 41a und § 41b VRG/LU; Kanton Tessin: Art. 23 der Legge sulla procedura amministrativa (LPAm) del 24 settembre 2013 (Nr. 165.100); vgl. auch Kanton Aargau: Art. 19 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG) vom 4. Dezember 2007 (Nr. 271.200), wonach die (erstinstanzlichen und Rechtsmittel-)Behörden zum Abschluss von Vergleichen berechtigt sind, sofern eine einvernehmliche Lösung als vorteilhaft erscheint, wobei das Verfahren durch Sachentscheid abgeschlossen wird.

362 Vgl. z.B. *im Sozialversicherungsrecht*: Art. 50 ATSG, der von «Vergleich» spricht, wobei der Versicherungsträger den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen hat (vgl. dazu UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 50 ATSG Rz. 1 ff.; MIRIAM LENDFERS, Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht, Knifflige Aspekte der gütlichen Einigung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers [Hrsg.], Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2013, S. 201–212); *im Kartellrecht*: Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 KG, wo der Begriff der «einvernehmlichen Regelung» verwendet wird, die von der Wettbewerbskommission in Form der Verfügung zu genehmigen ist (vgl. dazu CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2016; Sekretariat der WEKO, Merkblatt Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018); vgl. auch Art. 37 Abs. 2 KG betreffend die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen; *im Umweltrecht*: Art. 55c USG und Art. 12d des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 (SR 451) be-

der Konstellation, dass die Einigung später in Verfügungsform gegossen wird, ist auch denkbar, dass das Verfahren durch einen Vergleichsvertrag<sup>363</sup> abgeschlossen wird, ohne dass die Einigung in Form einer Verfügung ergehen würde.<sup>364</sup> Im Zusammenhang mit gütlichen Einigungen in Verwaltungsverfahren finden vielfach die Begriffe «Einigung», «Vergleich», «Schlichtung» und «Mediation» Verwendung, worunter teilweise Unterschiedliches verstanden wird, weshalb nicht von gefestigten Begriffen gesprochen werden

---

treffend Vereinbarungen zwischen Gesuchstellern und Organisationen, die zur ideellen Verbandsbeschwerde nach den entsprechenden Gesetzen legitimiert sind; vgl. dazu REGINA MEIER, Das ideelle Verbandsbeschwerderecht, Eine Darstellung der Regelungen auf Bundesebene, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 185 ff.; UVEK, Verhandlungsempfehlungen, Empfehlungen für das Verhandeln bei Projekten, die dem Verbandsbeschwerderecht unterliegen, Bern 2004; *in baurechtlichen Verfahren*: Einigungsverhandlungen in kantonalen Baubewilligungsverfahren (z.B. § 128 Abs. 4 des Raumplanungs- und Baugesetzes (RBG) des Kantons Basel-Landschaft vom 8. Januar 1998 [Nr. 400]) und in bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren (vgl. z.B. in Bezug auf die Plangenehmigung von elektrischen Anlagen Art. 16 Abs. 2 lit. b, Art. 16h Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen [Elektrizitätsgesetz, EleG] vom 24. Juni 1902 [SR 734.0], Art. 5 der Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen [VPeA] vom 2. Februar 2000 [SR 734.25]); *im öffentlichen Beschaffungsrecht*: vgl. zu Offertverhandlungen im öffentlichen Beschaffungsverfahren Art. 20 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1); ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009; das totalrevidierte BöB enthält neu die Möglichkeit im Rahmen von Vergabeverfahren einen Dialog durchzuführen (vgl. Art. 24 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019 [AS 2020 641 ff.]; Art. 6 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 12. Februar 2020 [AS 2020 691 ff.]; beide Erlasse treten am 1. Januar 2021 in Kraft).

Sofern diese spezialgesetzlichen Bestimmungen dem VwVG unterstehende Verfahren betreffen, kann Art. 33b VwVG unter Umständen subsidiär anwendbar sein; vgl. ausführlich zum Verhältnis von Art. 33b VwVG zu Spezialgesetzen PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 64 ff.; vgl. zum Verhältnis von konsensorientierten Regelungen im Kartellgesetz und Art. 33b VwVG SERAINA DENOTH, Mediation in Verwaltungsverfahren, insbesondere in kartellrechtlichen Verfahren, Jusletter vom 31. März 2008, Rz. 40 ff.

363 Im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz wird der Vergleichsvertrag wie folgt umschrieben (§ 55 VwVfG/D): «Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag [...], durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird [...]»; vgl. zum Vergleichsvertrag umfassend MÄCHLER (Fn. 4), S. 278 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1323.

364 Zum Abschluss eines Verwaltungsverfahrens durch Vergleich im Sinne eines verwaltungsrechtlichen Vertrags, der nicht noch in eine Sachverfügung überführt wird (vgl. dazu auch GUTH [Fn. 7], S. 35 ff.), bestehen nur wenige gesetzliche Grundlagen; vgl. z.B. Art. 123 Abs. 2 lit. a des Gesetzes des Kantons Glarus über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 4. Mai 1986 (III G/1), wo der Vergleichsvertrag eine allgemeine gesetzliche Verankerung erfahren hat. Einigungsverfahren, die zu einer vertraglichen Lösung führen, sind im Enteignungsrecht vorgesehen; vgl. auf Bundesebene Art. 45 ff., insbesondere Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Enteignung (EntG) vom 20. Juni 1930 (SR 711), wonach der Einigung der Parteien, die im Protokoll der Einigungsverhandlungen festgehalten wird, die Wirkung eines «rechtskräftigen Urteils der Schätzungskommission» zukommt und insofern eine Überführung in eine Verfügung nicht erforderlich ist; vgl. zum Enteignungsvertrag auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1320, 2429 f., 2438 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 460 ff.

kann.<sup>365</sup> Nachfolgend sollen die Begriffe «Einigung» und «Vergleich» als Ergebnisse eines Verständigungsprozesses und die Begriffe «Schlichtung» und «Mediation» als Methoden bzw. Vorgehensweisen im Rahmen der Konsensfindung Verwendung finden.<sup>366</sup> Eine «Einigung» stellt die (informelle) Verständigung dar, die den Verfügungsinhalt einvernehmlich konkretisiert und in eine Verfügung aufgenommen wird,<sup>367</sup> während der Begriff «Vergleich» als verwaltungsrechtlicher Vertrag die unmittelbare Begründung von Rechtswirkungen intendiert und der Konsens als solcher Grundlage des Rechtsverhältnisses bildet.<sup>368</sup> Ob das Verfahren durch Verfügung oder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag (Vergleich) abgeschlossen wird, kann Auswirkungen auf den Rechtsschutz haben, zumal gegen den Vertragsschluss die Beschwerdemöglichkeit grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>369</sup> «Schlichtung» bedeutet sodann die Konsensfindungsarbeit bzw. Vermittlung unter Führung einer Behörde, die auch für den Endentscheid zuständig ist (und bei fehlender Einigung auch unilateral entscheiden kann), während bei der «Mediation» die Konsenssuche bzw. Streitbeilegung durch einen neutralen Dritten als Konfliktmittler («Mediator») erfolgt, der nicht für die Entscheidungsfindung zuständig ist.<sup>370</sup> «Schlichtung» und «Mediation» als Methoden der Streitbeilegung können freilich auch in Rechtsmittelverfahren Anwendung finden, wobei in der Praxis auf dieser Ebene vor allem Schlichtungstätigkeiten durch die Rechtsmittelbehörde verbreitet sind, die in einen Vergleich münden können.<sup>371</sup>

Einigungen (im Sinne von Art. 33b VwVG) können im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich in zwei Akteurkonstellationen eingegangen werden: zum einen zwischen der verfügenden Behörde und den Parteien,

365 Vgl. zu diesen Begriffen auch PFISTERER (Fn. 269), S. 1557 f.; DERS., in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 20 ff.; vgl. auch zur fehlenden einheitlichen Terminologie THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148 (Fn. 449).

366 Ähnlich auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 20 ff.

367 Im Sinne eines Synonyms findet im Steuerrecht der Begriff des «Rulings» Verwendung (vgl. BVGE 2008/51 E. 2.3.1). Auf diese wird zuweilen Art. 33b VwVG angewendet (vgl. BVGE 2008/51 E. 2.3.1; BGer, Urteil 2C\_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.2).

368 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154, in Bezug auf das Verhältnis zwischen Verwaltungsvertrag und gütlicher Einigung als Verfügungsgrundlage. Anders PFISTERER (Fn. 269), S. 1557 f., der primär darauf abstellt, ob der Entscheidungsinhalt «von oben» vorgeschlagen (= Vergleich) oder «von unten» durch gegenseitiges Nachgeben generiert (= Einigung) wird. Zuweilen werden in Gesetzen Verständigungen im Rahmen von Verwaltungsverfahren, die in eine Verfügung münden, allerdings als «Vergleich» bezeichnet (z.B. Art. 50 ATSG). Das Bundesgericht scheint in Bezug auf Verwaltungsverfahren die Begriffe «Einigung» und «Vergleich» als Synonyme zu verstehen, wobei es ausführt, dass sich die Rechtsnatur (Vertrag oder gemeinsamer Antrag auf Erlass einer Verfügung mit dem Inhalt der Einigung) nach dem anwendbaren Verfahrensrecht bestimme (vgl. BGer, Urteil 1C\_227/2017 vom 25.1.2019, E. 3.6).

369 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 34 Rz. 4 ff.; vgl. auch BVGE 2008/51 E. 2.4, und die Ausführungen unter D./II./6.

370 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 146 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 603; NOTTER (Fn. 7), S. 33 ff.; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 21 ff. Zur Mediation ausführlicher C./II./5.

371 Vgl. C./II./4.

zum anderen – in Konstellationen mit multipolarer Interessenstruktur auf der Parteiseite – zwischen den Parteien.<sup>372</sup> Bezogen auf Art. 33b VwVG ist dies nicht ganz selbstverständlich; stellt man nämlich auf den Wortlaut von dessen Abs. 1 ab, findet die Einigung zwischen den Parteien (im Sinne von Art. 6 VwVG) statt; die verfügende Behörde ist darin nicht eingeschlossen. In der Rechtsprechung und in einem Teil der Lehre wird deshalb der Einbezug von Behörden auf solche beschränkt, die nicht in der Sache verfügen.<sup>373</sup> Diese Auffassung mag bezogen auf die besonderen Bedürfnisse von Mediationsverfahren begründet sein.<sup>374</sup> Sie ist aber auf jeden Fall abzulehnen für die übrigen, ohne Einschaltung eines neutralen Konfliktmittlers stattfindenden gütlichen Einigungen, die grundsätzlich auch zwischen der entscheidenden Behörde und dem nachmaligen Verfügungsadressaten stattfinden können.<sup>375</sup> In Fällen, in denen einzig Private (allenfalls unter Beizug eines externen Konfliktmittlers) am Einigungsprozess beteiligt sind, beschränkt sich die behördliche Partizipation auf die Einleitung und Sistierung des Verfahrens, die Kenntnisnahme und Überprüfung der Einigung sowie die Einkleidung in Verfügungsform.<sup>376</sup> Die Behörde zieht sich vorübergehend zurück und scheidet als Schaltstelle zwischen den Parteien aus;<sup>377</sup> wird ein Mediator eingesetzt, dient dieser als Schaltstelle zur zuständigen Behörde, aber auch zwischen den Parteien.<sup>378</sup> Die ohne behördliche Beteiligung zustande gekommene Einigung ist als gemeinsamer Antrag der Parteien zum Erlass einer Verfügung zu qualifizieren.<sup>379</sup> Bei Verständigungsprozessen, an denen auch die letztlich verfügende Behörde partizipiert, befindet sich diese insofern in einer Doppelrolle, «als sie nicht nur aus einer partnerschaftlichen Position heraus agiert, sondern gleichzeitig die ‹Letztverantwortung für Verfahren und Ergebnis› trägt».<sup>380</sup> Dieser Umstand allein begründet allerdings noch keine unzulässige Vorbefassung bzw. eine Ausstands-

372 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148. Zu den Vor- und Nachteilen dieser beiden Grundkonstellationen THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1016, die keine der beiden a priori als geeigneter qualifiziert.

373 Vgl. BVGer, Urteil A-1046/2016 vom 15.12.2016, E. 1.7.1 (bezogen auf die Mediation); BVGer, Urteil A-6085 vom 22.1.2010, E. 3.2; SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxis-kommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 28, allerdings ohne nähere Begründung.

374 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148.

375 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148; vgl. auch BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 151; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 608; NOTTER (Fn. 7), S. 114 ff.; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 91, 96; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1329.

376 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 149.

377 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1012 ff.

378 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1008.

379 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 149; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 164; ausdrücklich auch im Zusammenhang mit dem ideellen Verbandsbeschwerderecht Art. 55c Abs. 1 USG und Art. 12d Abs. 1 NHG.

380 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1011; vgl. zu dieser Doppelrolle auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86.

pflicht.<sup>381</sup> Die Einigung wird diesfalls nicht automatisch zum Inhalt der Verfügung; dazu ist vielmehr ein «eigenständiger, letztverantwortlich gefällter Behördenentscheid über den Erlass einer Verfügung» erforderlich.<sup>382</sup>

Bezüglich der Rechtsnatur von gütlichen Einigungen im Rahmen von erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren besteht keine eindeutige Rechtsauffassung. Gemeinhin wird danach differenziert, ob nur Sachverhalts- oder auch Rechtsfragen Gegenstand der Einigung bilden; letztere gelten als Verträge, sofern sie auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind, während bei Ersteren die Meinungen auseinandergehen.<sup>383</sup> In einem neueren Entscheid hat sich das Bundesgericht dahingehend geäußert, dass die Rechtsnatur von Verständigungen im Verwaltungsverfahren letztlich vom anwendbaren Verfahrensrecht, d.h. von der konkreten verfahrensrechtlichen Ausgestaltung, abhängen.<sup>384</sup> Bezogen auf gütliche Einigungen, wie sie in Art. 33b VwVG vorgesehen sind, hat THURNHERR – ausgehend von der legislatorischen Konzeption – überzeugend aufgezeigt, dass ihnen, unabhängig davon, ob sie sich nur auf Sachverhalts- oder auch auf Rechtsfragen erstrecken, keine Vertragsqualität attestiert werden kann.<sup>385</sup> «Während verwaltungsrechtliche Verträge die unmittelbare Begründung von Rechtswirkungen intendieren und der Konsens als solcher Grundlage des Rechtsverhältnisses bildet, wird mittels gütlicher Einigungen nicht das eigentliche Rechtsverhältnis konsensual konkretisiert.»<sup>386</sup> Das im Rahmen der gütlichen Einigung Vereinbarte wird erst rechtswirksam, wenn es in eine Verfügung überführt wird, wobei die verfügende Behörde gehalten ist, die Einigung auf Mängel im Sinne von Art. 49 VwVG zu überprüfen (Art. 33b Abs. 4 VwVG).<sup>387</sup> Obwohl der Grundsatz von Treu und Glauben es den an der Einigung Teilnehmenden untersagt, grundlos davon abzuweichen oder deren spätere Transformation in Verfügungsform anderweitig zu vereiteln,<sup>388</sup> und – unter

381 Vgl. PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86, der aber auf erforderliche Begleitmassnahmen zur Sicherstellung der Unbefangenheit hinweist. Vgl. zur Thematik der Vorbefassung auch D./II./6.

382 PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 164.

383 Vgl. dazu und zu den einzelnen Lehrmeinungen THURNHERR (Fn. 7), Rz. 153. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage in einem Fall, in dem es um eine Verständigung zwischen einer Steuerbehörde und einem Steuerpflichtigen über bestimmte Aspekte des steuerrechtlich relevanten Sachverhalts ging, offengelassen (BVGE 2008/51 E. 2.3, 2.4); das Bundesgericht spricht in solchen Konstellationen von einer Vereinbarung über verfahrensrechtliche Rechte und Pflichten als «Grundlage für den Erlass einer Verfügung» (BGer, Urteil 2C\_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1, 2.2.2).

384 BGer, Urteil 1C\_227/2017 vom 25.1.2019, E. 3.6; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 346 ff., S. 468 ff.

385 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 38 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1332; anders BVGer, Abschreibungsentscheid A-8272/2008 vom 14.1.2010, E. 2.1, wo von einem Vergleich im Sinne eines Vertrags die Rede ist.

386 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

387 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 164.

388 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.



Vorbehalt der Überprüfung – gemäss Art. 33b Abs. 4 VwVG ein Anspruch gegenüber der zuständigen Behörde besteht, dass die Einigung in den Entscheid aufgenommen wird,<sup>389</sup> wird mit der gütlichen Einigung als solcher keine unmittelbare Rechtsgestaltung beabsichtigt; sie stellt insofern einen Realakt dar.<sup>390</sup> Ihr kommt aber im Gegensatz zur Vorabsprache eine gesteigerte Bindungswirkung zu, weshalb sie nicht nur als «entscheidungssteuernd», sondern als «entscheidungs determinierend» charakterisiert werden kann.<sup>391</sup> Die Zuordnungsschwierigkeiten akzentuieren sich aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmungen. So qualifizieren etwa die herrschende kartellrechtliche Literatur und die Rechtsprechung die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 Abs. 1 KG, die den Beteiligten vom Sekretariat der WEKO vorgeschlagen wird, Ergebnis von Verhandlungen bilden kann und der Verfügungsmässigen Genehmigung durch die WEKO unterliegt, als verwaltungsrechtlichen Vertrag, dessen Verbindlichkeit unter der Suspensivbedingung der Verfügungsmässigen Genehmigung durch die WEKO steht.<sup>392</sup> In Anbetracht dessen, dass das Vereinbarte erst mit der Genehmigung Rechtswirkungen entfaltet,<sup>393</sup> ist die Vertragsqualität indes fraglich und eine Einordnung bei den informellen Verständigungen als Verfügungsgrundlage nicht abwegig,<sup>394</sup> zumal dem Sekretariat nach Art. 23 KG auch keine definitiven und verbindlichen inhaltlichen Entscheidkompetenzen zukommen.

Grundvoraussetzung für die Anwendung von Einigungsverhandlungen im Rahmen von Verfügungsverfahren (und demnach für die Anwendung von Bestimmungen wie Art. 33b VwVG) ist, dass ein Verhandlungsspielraum besteht, der sich auf die Sachverhaltsfeststellung oder die Rechtsanwendung beziehen kann; es müssen m.a.W. mehrere Konfliktlösungen möglich sein.<sup>395</sup> Darüber hinaus muss bei den Parteien freilich auch eine gewisse Kompromissbereitschaft vorhanden sein.<sup>396</sup> Die Durchführung des Einigungsverfahrens beruht denn auch auf Freiwilligkeit und dem Einverständnis der Parteien (vgl. Art. 33b Abs. 1 VwVG).<sup>397</sup> Da die Parteien nicht zu einer Verständigung gezwungen

389 Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 803; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 613; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 172 f.; SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 77; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1005 f.

390 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

391 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

392 Vgl. BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 88, m.w.H.; BVGer, Urteil B-1324/2010 vom 2.7.2010, E. 5.1.2.

393 Vgl. zu den eingeschränkten Rechtswirkungen der einvernehmlichen Regelung vor der Genehmigung BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 19.

394 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 40; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 156.

395 Vgl. die Ausführungen bei D./I./3.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 798; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 610; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1329; vgl. auch BVGer, Urteil A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2 (Entscheidungsspielraum in Bezug auf ein Aufsichtsverfahren des BAKOM gegenüber einer Verfügungsadressatin verneint).

396 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 799.

397 Vgl. statt vieler RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1330; vgl. auch D./I./1.



werden können, steht es ihnen auch offen, die Wiederaufnahme des zwecks gütlicher Einigung zuvor sistierten Verwaltungsverfahrens zu verlangen (vgl. Art. 33b Abs. 6 VwVG).<sup>398</sup> Im Gegenzug besteht kein Anspruch der Parteien darauf, dass die Behörde das Verwaltungsverfahren zwecks Aufnahme von Einigungsverhandlungen sistiert.<sup>399</sup> Inhalt der Verfügung gemäss Art. 33b Abs. 4 VwVG können grundsätzlich nur Gegenstände werden, welche die Behörde – im Rahmen von Art. 49 VwVG – unabhängig von einer Verständigung verfügen könnte; es dürfte allerdings wie bei verwaltungsrechtlichen Verträgen bezüglich verzichtbarer Rechte im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig sein, Leistungen zu vereinbaren und zum Verfügungsinhalt zu machen, welche die Behörde mittels (autoritativer) Verfügung nicht auferlegen könnte.<sup>400</sup> Die Einigung soll den Verzicht auf Rechtsmittel<sup>401</sup> sowie die Kostenverteilung einschliessen (Art. 33b Abs. 1 VwVG). Dadurch soll eine dauerhafte Lösung sichergestellt und gleichzeitig eine Entlastung der Gerichte bewirkt werden.<sup>402</sup> Um Einigungsversuche zu fördern, hat der Gesetzgeber in Art. 33b Abs. 5 VwVG festgelegt, dass keine Verfahrenskosten erhoben werden, soweit eine Einigung zustande kommt. Hinsichtlich der Auferlegung von Kosten für Beweismassnahmen ist die Praxis nicht einheitlich.<sup>403</sup> Gelingt keine Einigung, ist die Sistierung aufzuheben und das Verfügungsverfahren zu einem Ende zu führen.<sup>404</sup>

Schliesslich ist zu bedenken, dass Verständigungen im Rahmen von Verfügungsverfahren auch dadurch gefördert werden können, dass das Prozessrecht – in Abkehr von der reinen Schriftlichkeit – mündliche Kommunikationsmöglichkeiten (z.B. mündliche Vergleichsverhandlungen, Instruktionsverhandlungen, Parteiverhandlungen, Augenscheine) eröffnet.<sup>405</sup>

398 Vgl. statt vieler RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1330.

399 Vgl. BVGer, Urteil A-5567/2015 vom 20.1.2016, E. 2.2; BVGer, Urteil A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 611; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.33; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1330.

400 Vgl. dazu D./II./1.; anders KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 609, wonach «[v]ertraglich vereinbarte Leistungen von Privaten, die zwar als solche zulässig sind, aber mangels ausreichend bestimmter gesetzlicher Grundlage nicht verfügt werden können, [...] auch nicht aufgrund von Art. 33b Abs. 4 VwVG Bestandteil einer Verfügung werden [können]».

401 Der Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel ist zulässig, da die Parteien dazu in voller Kenntnis des Verfügungsinhalts einwilligen. Auf die Wiedererwägung als ausserordentliches Rechtsmittel, auf die gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV unter Umständen ein Anspruch besteht, kann hingegen nicht verzichtet werden. Ebenso bleibt eine Anfechtung wegen Verfahrensmängeln möglich; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 614; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1331; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 804.

402 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1331.

403 Vgl. dafür BVGer, Urteil A-1789/2006 vom 31.10.2007, E. 2.2; dagegen: BVGer, Urteil A-8272/2008 vom 14.1.2010, E. 3.3.

404 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1333.

405 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 77 ff.; PFISTERER (Fn. 7), S. 241 ff.; vgl. auch D./I./4.

#### 4. *Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren*

Konsensuale Streitbeilegung ist nicht nur auf der Ebene des erstinstanzlichen Verfahrens möglich, sondern auch im Rechtsmittel- und im Klageverfahren. Freilich ist auch auf dieser Ebene das Anwendungsfeld angesichts der zwingenden Natur des Verwaltungsrechts und der rechtsstaatlichen Prinzipien beschränkt.<sup>406</sup> Sowohl auf Bundes- als auch auf Kantonsebene sehen die verfahrensrechtlichen Erlasse die Möglichkeit der Verständigung bzw. des Vergleichs vor.<sup>407</sup> Anders als etwa im Zivilprozess sind im üblichen Verwaltungsprozess meist keine vorgängigen Schlichtungsverfahren vorgesehen.<sup>408</sup> Für Beschwerdeverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) finden sich in Art. 39 EMRK Bestimmungen über die gütliche Einigung.<sup>409</sup> Auf Bundesebene ist zunächst zwischen Beschwerdeverfahren (in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht zu unterscheiden: Die auf das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht anwendbaren Gesetze, das Verwaltungsgerichtsgesetz<sup>410</sup> sowie das VwVG<sup>411</sup>, enthalten keine Bestimmungen über die Schlichtung bzw. den Vergleich.<sup>412</sup> Da eine gesetzliche Grundlage für diese Form der Verfahrenserledigung nicht erforderlich ist,<sup>413</sup> sind Verständigungen und Vergleiche in Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht möglich, wenn auch in der Praxis nicht stark verbreitet.<sup>414</sup> Das Bundesverwaltungsgericht nimmt diesfalls vielfach auf

406 Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.213; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 60 f., der neben den materiell-rechtlichen Schranken auch auf prozessuale Hürden auf dem Weg zu einer gütlichen Einigung hinweist (insbesondere die vorherrschende Schriftlichkeit und die fehlende Kultur der Durchführung von mündlichen Verhandlungen); vgl. auch FULVIO CAMPOLLO, *Il giudice amministrativo mediatore di conflitti, Mediazione in senso lato con particolare riferimento alla PA e alla procedura amministrativa ticinese*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/1; für die Rechtslage in Deutschland SCHAEFER (Fn. 9), S. 268.

407 Vgl. ausführlich mit aktuellen Übersichten BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 72 ff., 122 ff.; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 456 ff.

408 Vgl. SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61. Vgl. zu besonderen Formen von Schlichtungsverfahren C./II./7.

409 Vgl. dazu umfassend HELEN KELLER/MAGDALENA FOROWICZ/LORENZ ENGI, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights*, Oxford 2010; vgl. auch CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, § 13 Rz. 70 ff.

410 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

411 Vgl. Art. 37 VGG.

412 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220.

413 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241 f.; ULRICH CAVELTI, *Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungsrechtspflege*, AJP 1995, S. 175–178, S. 157; vgl. auch D./II./1.

414 Vgl. die Hinweise bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 252 ff.; MURIEL BECK KADIMA, *Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4, Rz. 27, die in ihrem Beitrag zum Schluss kommt (Rz. 33), dass sich die wenigsten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht wegen des vielfach fehlenden Verhandlungsspielraums und vielfach vorhandenen Machtgefälles zwischen den Parteien, das ein partnerschaftliches Aushandeln einer Lösung erschwere, für mediative bzw. konsensuale Elemente eignen würden; sie fordert

Art. 33b VwVG Bezug, der auch im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht zur Anwendung kommt.<sup>415</sup> Es hat Einigungen gestützt auf Art. 33b VwVG etwa in Beschwerdeverfahren betreffend die Staatshaftung<sup>416</sup>, den (staatlich regulierten) Strompreis<sup>417</sup> und das Plangenehmigungsverfahren<sup>418</sup> zugelassen. Des Weiteren wird vorgeschlagen, Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP)<sup>419</sup> sinngemäss anzuwenden.<sup>420</sup> In Bezug auf das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren ist der Vergleich im Zusammenhang mit den Aufgaben des Instruktionsrichters angesprochen (Art. 32 Abs. 2 BGG<sup>421</sup>). Des Weiteren erklärt Art. 71 BGG die Vorschriften des BZP für sinngemäss anwendbar, sofern das BGG keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält, weshalb in Bezug auf die Erledigung einer Streitigkeit infolge Vergleichs auf Art. 72 f. BZP Bezug genommen wird.<sup>422</sup> Obwohl die vergleichswisen Streiterledigungen in öffentlich-rechtlichen Verfahren vor Bundesgericht vor der Geltung des BGG häufiger waren, da damals das Bundesgericht noch in weitgehenderer Weise Direktprozesse durchführen konnte, kommen sie auch heute noch, wenn auch selten(er), vor.<sup>423</sup> In Klageverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht kommen ebenfalls die Bestimmungen des BZP zur Anwendung (Art. 44 Abs. 1 VGG, Art. 122 Abs. 3 BGG), weshalb in Bezug auf die vergleichsweise Erledigung ebenfalls Art. 73 BZP einschlägig ist.<sup>424</sup> Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass sowohl im bundesverwaltungs- als auch im bundesgerichtlichen Ver-

---

indes eine Förderung von entsprechenden Elementen auf erstinstanzlicher Ebene; vgl. auch RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1677.

415 Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1328; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 2.37. Das Bundesverwaltungsgericht hat Art. 33b Abs. 5 Satz 1 VwVG verschiedentlich bei Beschwerderückzügen und Vergleichen herangezogen und von der Auferlegung von Verfahrenskosten abgesehen; vgl. BVGer, Abschreibungsentscheide B-622/2015 und B-624/2015 (20.4.2015); B-1600/2014 (4.8.2014); B-4677/2007 (27.2.2008); B-1204/2007 (7.4.2008); A-1792/2006 (27.2.2008). Offengelassen in BVGer, Abschreibungsentscheid B-6547/2018 vom 16.1.2019, da bereits gestützt auf Art. 6 lit. a des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine entsprechende Kostenverlegung zulässig ist (vgl. auch RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER [Fn. 13], Rz. 1328).

416 BVGer, Abschreibungsentscheid A-6197/2012 vom 11.12.2013, E. 3; BVGer, Abschreibungsentscheid A-8272/2008 vom 14.1.2010; BVGer, Abschreibungsentscheid A-1789/2006 vom 31.10.2007, E. 2.

417 BVGer, Zwischenverfügung A-5452/2009 vom 16.2.2010, E. 2.

418 BVGer, Urteil A-2575/2013 vom 17.9.2014, E. 1.3 (betreffend die Abtretung dinglicher Rechte im Rahmen eines Plangenehmigungsverfahrens für ein Nationalstrassenbauprojekt).

419 SR 273.

420 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220.

421 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

422 Vgl. HEINZ AEMISEGGER, Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4, Rz. 4; GUTH (Fn. 7), S. 124.

423 Vgl. AEMISEGGER (Fn. 422), Rz. 6, 11 ff., der vor allem die Bereiche Enteignungs-, Baubewilligungs- und Nutzungsplanverfahren nennt; GUTH (Fn. 7), S. 123 f.

424 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242; GUTH (Fn. 7), S. 76.

fahren prozessuale «Türen»<sup>425</sup> für Verhandlungen mit und zwischen den Parteien bestehen, die in einen Vergleich münden können.<sup>426</sup> In bundesrechtlichen Sachgesetzen finden sich überdies verfahrensrechtliche Bestimmungen, die den Vergleich als Möglichkeit der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten im Rechtsmittelverfahren vorsehen.<sup>427</sup>

Mechanismen der Streitschlichtung und des Vergleichs im Rechtsmittel- sowie im Klageverfahren sind auch in kantonalen Verfahrensgesetzen verankert.<sup>428</sup> So lassen sich etwa Bestimmungen finden, die es den Rechtspflegebehörden ermöglichen, Vergleichsverhandlungen anzuregen, eine gütliche Einigung anzustreben oder den Parteien Vergleichsvorschläge zu unterbreiten.<sup>429</sup> Es bestehen weiter auch Bestimmungen, die den Vergleich als Beendigungsgrund für ein eingeleitetes Verfahren anführen.<sup>430</sup> Der Vergleich ist zuweilen auch bei den Bestimmungen über die Vollstreckung und den Verwaltungszwang zu finden, denen durch Rechtspflegebehörden genehmigte oder verkündete Vergleiche unterworfen werden,<sup>431</sup> sowie bei den Kosten.<sup>432</sup> Vereinzelt kantonale Verfahrensgesetze legen auch die Voraussetzungen für das Eingehen von Vergleichen fest.<sup>433</sup> Zutreffenderweise wird darauf hingewiesen, dass Vergleiche in der kan-

425 Vgl. zu den «Türen» für Konsensformen PFISTERER (Fn. 7), S. 241 ff.

426 Z.B. die Möglichkeit von mündlichen Verhandlungen, Instruktionsverhandlungen oder Augenscheinen (vgl. betreffend Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht: Art. 39, 40 VGG, Art. 57 Abs. 2 VwVG; betreffend Verfahren vor Bundesgericht: Art. 55 und 57 BGG); vgl. dazu auch AEMISEGGER (Fn. 422), Rz. 6 ff.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61. Grundrechtliche Ansprüche auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung sind verankert in Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2); vgl. zur Gerichtspraxis dazu WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1158 ff.

427 Vgl. z.B. Art. 50 ATSG, der die Möglichkeit des Vergleichs bei Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen nicht nur im erstinstanzlichen, sondern ausdrücklich auch für Einsprache- und Beschwerdeverfahren vorsieht; vgl. dazu z.B. BGE 140 V 108; BGE 138 V 147; BGE 135 V 65.

428 Ausführliche Übersichten sind zu finden bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 75 f., 126 ff.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 468 ff. In den Kantonen Luzern und Tessin finden sich Art. 33b VwVG nachgebildete Bestimmungen (vgl. Fn. 361).

429 Vgl. z.B. Art. 92 des Freiburger Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 23. Mai 1991 (Nr. 150.1) («Die Beschwerdeinstanz kann sich um eine Einigung der Parteien bemühen, wenn die Angelegenheit sich dafür eignet und das öffentliche Interesse oder das Interesse Dritter dem nicht entgegensteht»); Art. 41 des Graubündner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 31. August 2006 (Nr. 370.100) («Die Instruktionsrichterin oder der Instruktionsrichter kann in jedem Stadium des Verfahrens eine Referentenaudienz durchführen, an der eine gänzliche oder teilweise Einigung der Parteien über die Streitsache oder über das weitere Verfahren angestrebt wird»); vgl. für weitere Beispiele GUTH (Fn. 7), S. 129 f.

430 Vgl. z.B. Art. 39 des Berner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 23. Mai 1989 (Nr. 155.21); vgl. dazu auch und für weitere Beispiele GUTH (Fn. 7), S. 128 f.

431 Vgl. z.B. Art. 114 Abs. 3 VRPG/BE; Art. 79 Abs. 2 lit. a VRG/GR.

432 Vgl. z.B. § 25 Abs. 1 lit. b des Zuger Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG) vom 1. April 1976 (Nr. 162.1).

433 Vgl. z.B. Art. 92 VRG/FR (siehe Fn. 429); Art. 19 VRG/GR («Um das Verfahren vollständig oder zum Teil zu erledigen, können die Parteien einen Vergleich abschliessen, soweit ihnen die

tonalen Verwaltungsrechtspflege aber auch zugelassen sind, wenn keine gesetzliche Grundlage dafür besteht.<sup>434</sup>

Vergleiche treten in unterschiedlicher Form auf und zeitigen jeweils unterschiedliche Rechtswirkungen.<sup>435</sup> Wesentlich ist die Unterscheidung zwischen der direkten Einigung unter den Parteien (ausserprozessualer Vergleich) und jener unter Mitwirkung der Rechtsmittelinstanz (prozessualer Vergleich); bezüglich der Rechtswirkungen ist auch bedeutsam, ob der Vergleich allein zwischen privaten Parteien abgeschlossen wird, die nicht über den Streitgegenstand verfügen können,<sup>436</sup> oder ob die verfügende Verwaltungsbehörde daran beteiligt ist.<sup>437</sup> Sofern der Streitgegenstand *nicht zur Disposition* der Parteien steht, führt eine Einigung zwischen ihnen nicht ohne Weiteres zu einer Beendigung des Verfahrens.<sup>438</sup> Die Parteien haben diesfalls die Möglichkeit, der Vorinstanz zu beantragen, die Verfügung im Sinne der Einigung in Wiedererwägung zu ziehen oder der Beschwerdeinstanz einen gemeinsamen Antrag auf deren entsprechende Anpassung zu stellen; im letztgenannten Fall wird die Beschwerdeinstanz den Vorschlag der Vorinstanz zur Stellungnahme unterbreiten.<sup>439</sup> In diesen Konstellationen ist freilich stets zu prüfen, dass die Einigung zwischen den Parteien im Rahmen des rechtlich Zulässigen bleibt, keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt und nicht zulasten Dritter erfolgt ist.<sup>440</sup> Mit dieser Überprüfungspflicht geht eine Begründungspflicht hinsichtlich des Abschreibungsbeschlusses, mit dem ein Vergleich durch eine Beschwerdeinstanz genehmigt wird, einher.<sup>441</sup> Sofern der Streit-

---

Verfügung über den Streitgegenstand oder ein Ermessensspielraum zusteht»); vgl. für weitere Beispiele BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242 f.

434 MÄCHLER (Fn. 4), S. 469; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 130 ff., mit einer Darstellung der Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich – ein Kanton, in dem der Vergleich im Verwaltungsrechtspflegegesetz keine Erwähnung findet; die Hinweise bei Fn. 413 sowie die Ausführungen bei D./II./1.

435 Vgl. dazu umfassend MÄCHLER (Fn. 4), S. 178 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 47 ff. (Rechtsnatur), S. 111 (Inhaltskontrolle), S. 139 ff. (Rechtsschutz); vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3396 ff.

436 Die «Verfügung über den Streitgegenstand» ist nur gegeben, wenn einerseits das Verfahren prozessrechtlich zur Verfügung der Parteien steht, d.h. wenn das Verfahren der Dispositionsmaxime folgt (vgl. dazu D./II./7.), und andererseits das anzuwendende materielle Recht Raum für Verhandlungen lässt; ähnlich auch GUTH (Fn. 7), S. 69, 83.

437 Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.216.

438 Haben sich eine Bauherrschaft und ein Anwohner, der gegen ein Bauvorhaben erfolglos Einsprache geführt und die Baubewilligung mit Beschwerde angefochten hat, dahingehend geeinigt, dass Erstere ihr Bauprojekt abändert und die Anwohner im Gegenzug ihren Widerstand aufgeben, ist das Verfahren damit nicht beendet. Die angefochtene Baubewilligung, über welche die Parteien nicht verfügen können, bleibt vorerst bestehen; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217.

439 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217.

440 Vgl. eingehend zur Überprüfung von Vergleichen durch Rechtsmittelinstanzen GUTH (Fn. 7), S. 114 ff., die sich, um die Vorteile konsensualer Streitbeilegung nicht in Frage zu stellen, in überzeugender Weise dafür ausspricht, keine überhöhten Anforderungen an die Inhaltskontrolle von Vergleichen zu stellen; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217.

441 Vgl. BGE 135 V 65 E. 2, wo das Bundesgericht zumindest eine «summarische Begründung» verlangt, die darzulegen hat, «dass und inwiefern der Vergleich mit Sachverhalt und Gesetz

gegenstand der *Parteidisposition unterliegt* (etwa bei Entschädigungen, die unter den Parteien geschuldet sind), kann sich die Beschwerdeinstanz grundsätzlich damit begnügen, vom Vergleichsabschluss bloss Kenntnis zu nehmen und die Prozess erledigung festzustellen; nur wenn das Vereinbarte offensichtlich vor dem Recht nicht standhält, hat das Gericht die Erledigungserklärung zu versagen.<sup>442</sup>

Nur in Fällen, wo der Streitgegenstand zur Disposition der Parteien steht, ist ein *ausserprozessualer Vergleich* überhaupt möglich.<sup>443</sup> In der Lehre werden zuweilen aber auch der Rechtsmittelrückzug<sup>444</sup> bzw. die Rechtsmittelanerkennung sowie die Wiedererwägung und der Erlass einer neuen Verfügung (verbunden mit dem Rückzug eines Rechtsmittels), die nach Einigung zwischen den Parteien erfolgen, zu den ausserprozessualen Vergleichen gerechnet.<sup>445</sup> Das Verfahren wird bei ausserprozessualen Vergleichen meist durch Mitteilung des Vergleichs und Rückzug des Rechtsmittels beendet;<sup>446</sup> es kommt insofern auch nicht zu einer Überprüfung des Inhalts durch die Rechtsmittelinstanz,<sup>447</sup> und der ausserprozessuale Vergleich stellt auch keinen Vollstreckungstitel für eine definitive Rechtsöffnung dar.<sup>448</sup> Der *prozessuale Vergleich* ist ein unter Mitwirkung der Rechtsmittelinstanz zwischen den Parteien abgeschlossener (verwaltungsrechtlicher) Vertrag, «in welchem diese gegenseitig nachgeben und dadurch den Streit bzw. die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigen».<sup>449</sup> Die prozessuale

---

übereinstimmt»; GUTH (Fn. 7), S. 137; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217a; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3397.

442 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.218; vgl. auch VGer ZH, Entscheid VB.2018.00281 vom 24.6.2019, E. 4.4.6 (Rechtsmissbrauch und Sittenwidrigkeit sind vorbehalten); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1323; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3398.

443 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 58; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.219.

444 Eine Vereinbarung zwischen Beschwerdeführer und privatem Beschwerdegegner, wonach ein Rechtsmittel (z.B. in Bezug auf ein Bauverfahren) gegen Entgelt zurückgezogen wird, ist im Rahmen der Sittenwidrigkeit zulässig. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist (bezogen auf Bauverfahren) eine «verpönte Kommerzialisierung [...] erst dann gegeben, wenn mit der entgeltlichen Verichtsvereinbarung allein der drohende Verzögerungsschaden des Bauherrn vermindert werden soll. Soweit sich der wirtschaftliche Wert des Verichts bloss aus dem möglichen Schaden wegen der Verlängerung des Bewilligungsverfahrens, nicht aber aus schutzwürdigen Interessen des Nachbarn ergibt, ist die Kommerzialisierung des Verichts sittenwidrig» (BGE 123 III 101 E. 2c; vgl. auch VGer ZH, Entscheid VB.2011.00376 vom 29.8.2011; GUTH [Fn. 7], S. 61).

445 Vgl. dazu ausführlicher GUTH (Fn. 7), S. 59 ff.

446 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 136; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.219; z.B. BVGer, Abschreibungsentscheid B-6547/2018 vom 16.1.2019. Nur ausnahmsweise hat ein ausserprozessualer Vergleich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge, nämlich dann, wenn alle Parteien mit der Aufhebung einverstanden sind, das Verfahren der Dispositionsmaxime unterliegt und keine Gefahr besteht, dass Rechtsnormen verletzt und Interessen Dritter tangiert werden; vgl. VGer ZH, Entscheid VB.2018.00281 vom 24.6.2019, E. 4.3 f.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3398.

447 GUTH (Fn. 7), S. 136. Vgl. auch Hinweise bei Fn. 442.

448 GUTH (Fn. 7), S. 58; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.219.

449 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220; vgl. auch BVGer, Abschreibungsentscheid A-6197/2012 vom 11.12.2013, E. 3.1; CAVELTI (Fn. 413), S. 175; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1323.

Form und die Rechtswirkungen des Vergleichs bestimmen sich nach dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht.<sup>450</sup> Ein prozessualer Vergleich liegt vor, wenn eine zwischen den Parteien vorweg getroffene Vereinbarung dem Gericht zu den Akten eingereicht wird (vorzugsweise mit einem Antrag über die Art der Fortführung des Verfahrens); der Vergleich kann aber auch erst vor der zuständigen Rechtsmittelbehörde – z.B. anlässlich einer Instruktions- bzw. Parteiverhandlung oder eines Augenscheins – zustande kommen; diesfalls ist er zu protokollieren.<sup>451</sup> Erweist sich ein prozessualer Vergleich im Rahmen der Überprüfung als mangelhaft, ist es die Pflicht der Rechtsmittelinstanz, auf eine Verbesserung hinzuwirken.<sup>452</sup> Sofern das Rechtsmittelverfahren als durch gerichtlichen Vergleich erledigt abgeschlossen wird, wird der Inhalt des Vergleichs regelmässig in die Abschreibungsverfügung aufgenommen; diese kann wie ein Urteil vollstreckt werden und stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar.<sup>453</sup>

##### 5. *Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren*<sup>454</sup>

Mediation bedeutet wörtlich «Vermittlung» und bezeichnet ein besonderes Streitbeilegungsverfahren, in dem ein oder mehrere unabhängige und unparteiliche Dritte (Mediatorinnen und Mediatoren) die Konfliktparteien darin unterstützen, ihren Konflikt auf dem Verhandlungsweg einvernehmlich zu lösen.<sup>455</sup> Im Gegensatz zu einem Schiedsgericht hat der Mediator keinerlei Entscheid-

450 Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220; vgl. zu den unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen GUTH (Fn. 7), S. 122 ff.

451 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220.

452 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.221; vgl. zur Überprüfung von prozessualen Vergleichen durch die Rechtsmittelinstanz weiter oben in diesem Abschnitt.

453 Vgl. BGE 135 V 65 E. 2.7; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.221; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3397; vgl. z.B. Art. 73 Abs. 4 BZP; vgl. zum Rechtsschutz gegen Vergleiche ausführlich GUTH (Fn. 7), S. 139 ff.; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.223.

454 Vgl. ausführlich zur Mediation im Verwaltungsrecht GUY-ECABERT (Fn. 7); NOTTER (Fn. 7); OVERNEY (Fn. 7); zur Mediation in kartellrechtlichen Verfahren DENOTH (Fn. 362), Rz. 33 ff.; vgl. zur Rechtslage in Deutschland BERND HOLZNAGEL/ULRICH RAMSAUER, § 40 Mediation im Verwaltungsrecht, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl., München 2016, S. 921–954; ULRIKE RÜSSEL, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, Diss. Hagen, Baden-Baden 2004; SCHAEFER (Fn. 9), S. 267 ff.; STUMPF (Fn. 120), S. 273 ff.; zur Rechtslage in Österreich SASCHA FERZ, Mediation im öffentlichen Bereich, Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Studie für Österreich und Deutschland, Habil. Graz, Wien 2013.

455 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237 f.; BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 146; NOTTER (Fn. 7), S. 35 f. Vgl. zur Mediation als Konsenshilfe eingehend PFISTERER (Fn. 7), S. 212 ff.; vgl. auch zu Begriff und Arten der Mediation CHRISTINE GUY-ECABERT, Conciliation ou médiation?, RJN 2011, S. 17–39; OTMAR SCHNEIDER, Grundlegendes zu Einigung und Mediation, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4; KARINE SIEGWART, Einführung in Begriffe und Arten der Mediation, in: Thomas Pfisterer (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 15–29.



kompetenzen.<sup>456</sup> Mediation fusst auf den Prinzipien bzw. Zielen der Freiwilligkeit und Selbstbestimmung, der Informiertheit und Offenlegung, der Neutralität des Konfliktmittlers und der Vertraulichkeit sowie des Erreichens von «Win-win»-Lösungen<sup>457</sup> und Nachhaltigkeit.<sup>458</sup> Obwohl ein Mediationsverfahren einzelfallspezifisch ausgestaltet sein kann, gliedert sich ein solches Verfahren vielfach in fünf Phasen.<sup>459</sup> Die Mediation ist in der Schweiz nicht nur für Zivilverfahren<sup>460</sup>, sondern auch für Straf-<sup>461</sup> und Verwaltungsverfahren auf Gesetzesstufe implementiert worden.<sup>462</sup> Mit dem Erlass von Art. 33b VwVG<sup>463</sup> wurde auf Bundesebene die Möglichkeit der Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren (vor Bundesverwaltungsgericht) eingeführt;<sup>464</sup> einige wenige Kantone kennen vergleichbare Bestimmungen.<sup>465</sup> Mediation in verwal-

456 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237 f.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62.

457 Als Methode für ein sachgerechtes und erfolgreiches Mediationsverfahren kann das von ROGER FISHER und WILLIAM L. URY entwickelte Harvard-Konzept herangezogen werden, das ein «Win-win»-Ergebnis anstrebt; vgl. ROGER FISHER/WILLIAM URY/BRUCE PATTON, Das Harvard-Konzept, Der Klassiker der Verhandlungstechnik, Sonderaufl., Frankfurt a.M./New York 2014; vgl. dazu auch NOTTER (Fn. 7), S. 40 f.

458 Vgl. ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 38 ff.

459 Phase 1: Einstieg in die Mediation und Mediationsvereinbarung; Phase 2: Themensuche und -bewertung; Phase 3: Konfliktanalyse und -bearbeitung, Interessenklärung; Phase 4: Lösungsmöglichkeiten suchen und ausarbeiten; Phase 5: Schlussvereinbarung; vgl. dazu NOTTER (Fn. 7), S. 41 ff.

460 Vgl. Art. 213 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

461 Vgl. Art. 17 der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO) vom 20. März 2009 (SR 312.1); vgl. zum Versuch der Einführung der Mediation in die Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0) NOTTER (Fn. 7), S. 49 ff.

462 Vgl. CHRISTINE GUY-ECABERT, La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance, AJP 2009, S. 47–56; THOMAS PFISTERER, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, AJP 2008, S. 3–17. Im Gegensatz etwa zu Deutschland kennt die Schweiz kein allgemeines Mediationsgesetz; vgl. PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 6. In Deutschland werden Mediationsverfahren im Umfeld von Verwaltungsverfahren, die durch einen privaten Konfliktmittler erfolgen, den sog. «Privatverfahren» zugeordnet; vgl. IVO APPEL, § 32 Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 851–940, Rz. 102 ff.

463 Vgl. zu Art. 33b VwVG (ohne Berücksichtigung der Mediation) bereits ausführlich C./II./3./b.

464 Art. 33b VwVG findet auch Anwendung in Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 37 VGG; Art. 2 Abs. 4 VwVG); vgl. statt vieler NOTTER (Fn. 7), S. 56. Vgl. zu mediativen Elementen im bundesgerichtlichen Verfahren AEMISEGGER (Fn. 422), passim.

465 Vgl. insbesondere § 41a und § 41b VRG/LU; vgl. auch § 19 und § 34 Abs. 2<sup>bis</sup> VRPG/AG; Art. 125 ff. Justizgesetz (JG) des Kantons Freiburg vom 31. Mai 2010 (Nr. 130.1) (diese Bestimmungen finden grundsätzlich auch Anwendung auf Verfahren der Verwaltungsrechtspflege vor dem Freiburger Kantonsgericht); vgl. zu diesen kantonalen Bestimmungen auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 249; NOTTER (Fn. 7), S. 61 ff. Im Kanton Wallis wurde ein Vorentwurf zu einem Gesetz über die Mediation im Gerichts- und Verwaltungsverfahren vom 9. September 2011 ausgearbeitet, der auch Bestimmungen zur Mediation in Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren vorsah. Der Staatsrat des Kantons Wallis hat in der Folge wegen einer zu starken Opposition in der Vernehmlassung, wobei die Kritik vor allem von Behörden gekom-



tungsrechtlichen Verfahren ist aber grundsätzlich auch zulässig, wenn das anwendbare Verfahrensrecht diese nicht vorsieht.<sup>466</sup> Wenngleich der Anwendungsbereich von Art. 33b VwVG grundsätzlich alle (Mehrparteien-)Verfahren erfasst,<sup>467</sup> die unter das VwVG fallen, werden in der Praxis Mediationsverfahren in Verwaltungssachen nur sehr zurückhaltend eingesetzt.<sup>468</sup> Eine Mediation drängt sich insbesondere dort auf, wo sich Private gegenüberstehen und Verhandlungsspielräume bestehen, so z.B. in komplexen baurechtlichen Verfahren.<sup>469</sup> In vielen Bereichen des Verwaltungsrechts erscheint das Instrument der Mediation, die mit einem erheblichen Zusatzaufwand verbunden sein kann (auch im Verhältnis zu einfachen Einigungs- und Schlichtungsbemühungen durch die Behörde ohne Einbezug eines externen Konfliktmittlers), aber als ungeeignet.<sup>470</sup> «Gegen eine Mediation spricht insbesondere das oft vorhandene Ungleichgewicht zwischen den Verfahrensbeteiligten sowie die Offizialmaxime, die es der Verwaltungsbehörde und dem Verwaltungsgericht nur begrenzt erlaubt, die Verfahrensherrschaft aus der Hand zu geben.»<sup>471</sup>

---

men ist, von der Weiterverfolgung des Gesetzesprojekts abgesehen; vgl. dazu BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 250. Vgl. zur Diskussion im Kanton Zürich INGRID INDERMAUR, Braucht das VRG ZH eine Mediationsnorm?, Jusletter vom 28. November 2016.

466 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 60, die allerdings zu Recht darauf hinweist, dass eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich ist, sofern der Mediator nicht nur zwischen den Parteien vermitteln soll, sondern ihm weitere Befugnisse, wie etwa die Feststellung des Sachverhalts, übertragen werden sollen.

467 Vgl. auch C./II./3./b. und Fn. 375.

468 Vgl. die Hinweise bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 252 ff., 255 f., die (im Jahr 2019) darauf hinweisen, dass vor Bundesverwaltungsgericht «une procédure de médiation n'a été envisagée que dans de rares cas et n'a abouti dans aucune affaire»; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 153.

SCHAEFER (Fn. 9), S. 278 ff., weist im Zusammenhang mit dem zurückhaltenden Einsatz von Mediation in Verwaltungsverfahren in Europa (im Gegensatz zu den USA) auch auf die unterschiedlichen Staatsverständnisse hin; so würde in Europa der Staat tendenziell als Leistungsträger und Unterstützer individueller Freiheit angesehen werden, in den USA hingegen als deren Gegner; in den USA sei man deshalb eher geneigt, Funktionen des Verwaltungsverfahrens einer privaten Mediatorenbranche zu übertragen.

469 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62; vgl. eingehend zur Eignung von Mediation im Verwaltungsverfahren NOTTER (Fn. 7), S. 127 ff., die zwischen *allgemeinen* Eignungskriterien, wo sich die Frage stellt, ob die Parteien und der Konflikt für eine Mediation geeignet sind, und *besonderen* Eignungskriterien, wo es um die Frage geht, ob hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung oder der Rechtsanwendung Verhandlungsspielraum besteht, unterscheidet. Wenngleich der Entscheid über die Einsetzung eines Mediators im Verwaltungsverfahren im Ermessen der entscheidungsbefähigten Behörde steht, muss die Behörde über die Eignungskriterien hinaus prüfen, ob die Einsetzung eines Mediators gemäss Art. 5 BV zulässig ist, d.h. die Mediation muss rechtmässig, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein; vgl. dazu ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 143 ff.

470 So SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 255 f.; skeptisch in Bezug auf den Einsatz von Mediation im Beschwerdeverfahren BECK KADIMA (Fn. 414), *passim*; NOTTER (Fn. 7), S. 56 ff., die aber meint, dass das Mediationsverfahren nach Art. 33b VwVG in erster Linie auf erstinstanzliche Verfahren zugeschnitten sein dürfte.

471 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62. Die Sachverhaltsfeststellung durch einen Mediator steht allerdings nicht im Gegensatz zur Untersuchungsmaxime, zumal im öffentlichen Verfahren in

Nach Art. 33*b* Abs. 2 VwVG kann die Behörde zur Förderung einer gütlichen Einigung eine «neutrale und fachkundige natürliche Person» als Mediator einsetzen. Art. 33*b* VwVG normiert eine «mitlaufende» und «behördennahe» Mediation, die in ein laufendes, formelles Verwaltungsverfahren eingebettet ist.<sup>472</sup> Die Mediation spielt sich nicht in einem rechtsfreien Raum ab; zum einen ist in Bezug auf das Ergebnis der Verhandlungen das Recht zu beachten, zum anderen kommen im Mediationsverfahren grundlegende Verfahrensgarantien, wie namentlich das Gleichbehandlungsgebot und der Anspruch auf rechtliches Gehör zur Anwendung.<sup>473</sup> Werden Beweise abgenommen, sind die Vorschriften des VwVG zu beachten.<sup>474</sup> Das Konsensverfahren wird durch den Mediator geleitet. Seine Aufgabe besteht vornehmlich darin, auf eine Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien und auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken.<sup>475</sup> Der Mediator, der von der Behörde beauftragt wird, fungiert demnach als «Konsensgehilfe» oder als «Katalysator» der Einigungsverhandlungen;<sup>476</sup> in Bezug auf das Verwaltungsverfahren ist er als «Verfahrensgehilfe» zu betrachten, indem er gewisse öffentliche Verfahrensaufgaben wahrnimmt.<sup>477</sup> Unter Wahrung seiner Neutralität darf er nicht zugunsten einer Seite Partei ergreifen, da dies eine allseits als gerecht empfundene Einigung verunmöglichen würde.<sup>478</sup> Der Umstand, dass zwischen dem Mediator und den Parteien ein Vertrauensverhältnis besteht, kommt auch darin zum Ausdruck, dass ihm nach Art. 16 Abs. 1<sup>bis</sup> VwVG im Rahmen seiner Tätigkeit ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird. Dadurch werden seine Unabhängigkeit und Akzeptanz als neutraler Vermittler gestärkt.<sup>479</sup> Der Mediator ist «nur an das Gesetz und den Auftrag der Behörde» gebunden (Art. 33*b* Abs. 3 VwVG). Er darf Beweise abnehmen; für Augenscheine, Gutachten von Sachverständigen und Zeugen einvernehmen braucht er indes eine vorgängige Ermächtigung der Behörde (Art. 33*b* Abs. 3 VwVG). Die den Mediator beauftragende Verwaltungsbehörde ist Verfahrensleiterin und verfügende Behörde, kann sich aber trotzdem an den Verhandlungstisch setzen und sich daran beteiligen; dadurch nimmt sie eine «Doppelrolle» ein.<sup>480</sup> Mediationslösungen werden vom Ge-

---

der Regel nicht das Unmittelbarkeits-, sondern das Mittelbarkeitsprinzip gilt; vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 693.

472 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

473 NOTTER (Fn. 7), S. 118, 215.

474 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

475 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1335.

476 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

477 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

478 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1335.

479 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1335.

480 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 216. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass eine Einigung zwischen der verfügenden Verwaltungsbehörde und einer Partei durch Mediation gefördert werden kann. Mediationen nach Art. 33*b* VwVG können demnach auch in «Einparteienverfahren» zur Anwendung kommen, wenngleich sich dieses Instrument vor allem in

setzgeber dadurch gefördert, dass auch bei Misslingen der Einigung darauf verzichtet werden kann, den Parteien die Auslagen für den Mediator aufzuerlegen, sofern die Interessenlage dies rechtfertigt (Art. 33b Abs. 5 VwVG).

## 6. Ombudsstelle

Vermittlungsdienste bei Konflikten zwischen Einzelnen und der Verwaltung werden in der Schweiz auch durch staatliche Ombudsstellen angeboten. In einzelnen Kantonen und Städten sind seit den 1970er Jahren Ombudsstellen nach skandinavischem Vorbild geschaffen worden.<sup>481</sup> Da die Wahl der Ombudspersonen regelmässig durch das Parlament erfolgt, wird auch von «parlamentarischen» Ombudsstellen gesprochen.<sup>482</sup> Ombudspersonen werden aufgrund von Anzeigen Privater oder aus eigener Initiative tätig.<sup>483</sup> Die Hauptaufgaben einer Ombudsperson bestehen in der Beratung, Kontrolle und Vermittlung.<sup>484</sup> So können Ombudspersonen bei Konflikten zwischen Einzelnen und der Verwaltung mit Beratungsdienstleistungen unterstützen oder durch Gespräche mit den Beteiligten vermitteln.<sup>485</sup> Den Ombudspersonen steht zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben vielfach ein umfassendes Akteneinsichtsrecht zu, und die Verwaltungsbehörden sind zur Auskunft verpflichtet.<sup>486</sup> Die förmlichen Sanktionsmöglichkeiten sind aber eher beschränkt: Gewisse Ombudsstellen sind befugt, im Einzelfall eine Empfehlung an die Verwaltung abzugeben; des Weiteren besteht im Rahmen der Berichterstattung gegenüber dem Parlament die Möglich-

---

«Mehrparteienverfahren» aufdrängen dürfte; vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 114 ff.; vgl. auch Fn. 374 und 375.

481 Die erste Ombudsstelle wurde 1971 in der Stadt Zürich ins Leben gerufen. Ombudsstellen sind heute auch in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Freiburg, Genf, Waadt, Zug und Zürich sowie in den Städten Bern, Luzern, Rapperswil-Jona, St. Gallen und Winterthur vorgesehen (vgl. <<https://www.ombudsstellen.ch/>> [besucht am 9.3.2020]). Weitere Kantone sehen die Möglichkeit der Errichtung von Ombudsstellen in ihren Rechtsgrundlagen vor (z.B. Art. 96 KV/BE). Auf Bundesebene ist der Versuch zur Einführung einer Ombudsstelle (letztmals 2004) gescheitert (vgl. dazu NOTTER [Fn. 7], S. 75). Allerdings gibt es die Institution der Ombudsstelle im Bereich von Radio und Fernsehen, deren Rechtsgrundlage sich im Bundesrecht findet (Art. 91–93 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 24. März 2006 [SR 784.40]). Ombudsstellen sind auch in einzelnen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften vorgesehen (z.B. Hochschulen, öffentlich-rechtlich organisierte Kirchen); vgl. zum Ganzen auch NOTTER (Fn. 7), S. 74 f.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63 (Fn. 331); vgl. weiterführend zur Institution der Ombudsperson und zu Ombudsverfahren WALTER HALLER, Der schwedische Justitieombudsman, Diss. Zürich, Winterthur 1965; DERS., Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 705–117; STEINER/NABHOLZ (Fn. 273), passim; KARINE SIEGWART, Ombudsstellen und Mediation, ZBl 103 (2002), S. 561–578, S. 565 ff.

482 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63.

483 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

484 STEINER/NABHOLZ (Fn. 273), S. 41 ff.; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 73.

485 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

486 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

keit, auf Missstände in Verwaltungsbehörden hinzuweisen.<sup>487</sup> Ombudsstellen unterscheiden sich demnach insofern von verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelinstanzen, als sie nicht über förmliche Entscheidungskompetenzen verfügen.<sup>488</sup> Vorteile von Ombudsverfahren können in der Niederschwelligkeit, Unentgeltlichkeit und Formlosigkeit gesehen werden.<sup>489</sup> Im Übrigen können Ombudspersonen je nach Persönlichkeit, Amtsführung und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit eine nicht zu unterschätzende Kontrollfunktion in Bezug auf die Verwaltungstätigkeit ausüben.<sup>490</sup> Wenngleich zwischen Mediation in Verwaltungsverfahren und Vermittlung durch eine Ombudsstelle eine gewisse Ähnlichkeit besteht,<sup>491</sup> müssen die beiden Streitbeilegungsverfahren auseinandergehalten werden: Ein Mediator wird für die Durchführung eines Mediationsverfahrens im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens im Einzelfall eingesetzt; es geht darum, im Sinne der Entscheidungsvorbereitung eine Einigung zwischen Parteien in einem förmlichen Verwaltungsverfahren zu suchen. Eine Ombudsperson ist hingegen eine auf Dauer eingerichtete Institution, die ausserhalb eines förmlichen Verfahrens zwischen Behörden und Bürgern vermittelt, wobei vor allem auch die Kontrolle des Verwaltungshandelns im Vordergrund steht.<sup>492</sup>

## 7. *Besondere Schlichtungsstellen und Schlichtungsverfahren*

In verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts sind schliesslich besondere Schlichtungsstellen und Schlichtungsverfahren vorgesehen, die nicht in ein förmliches Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahren eingebettet sind.<sup>493</sup> Als Beispiel eines solchen Schlichtungsverfahrens besonders hervorzuheben ist jenes, welches beim Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes vorgesehen ist (vgl. Art. 13 und 14 BGÖ<sup>494</sup>;

487 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

488 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769; NOTTER (Fn. 7), S. 74.

489 NOTTER (Fn. 7), S. 73; vgl. auch SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63.

490 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 74.

491 In der französischen Sprache wird die Ombudsperson denn auch vielfach als «médiateur» bezeichnet; vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237.

492 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 76; SIEGWART (Fn. 481), S. 576 ff.

493 Neben dem nachfolgend ausführlich darzulegenden Schlichtungsverfahren betreffend Informationszugangsgesuche sind beispielhaft zu nennen die Schlichtungsstelle nach Art. 12c FMG (vgl. auch Art. 42 ff. FDV), die bei Streitigkeiten zwischen Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten von jeder Partei angerufen werden kann, und Schlichtungsverfahren im öffentlichen Personalrecht (vgl. z.B. Art. 33 Abs. 4 BPG). Vgl. zur Schlichtungstätigkeit auch PFISTERER (Fn. 7), S. 245 ff.

494 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3).

Art. 12 und 13 VBGÖ<sup>495</sup>).<sup>496</sup> Das Schlichtungsverfahren ist so konzipiert, dass es dem Verwaltungsrechtspflegeverfahren vorgeschaltet und zwingend zu durchlaufen ist; seine Durchführung ist einer anderen als der entscheidungsbefähigten Behörde, nämlich dem eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB), der über eine gewisse Unabhängigkeit verfügt und demnach Neutralität garantieren kann, übertragen.<sup>497</sup> Das Ziel dieses Schlichtungsverfahrens besteht darin, eine einvernehmliche Regelung insbesondere zwischen derjenigen Person, die ein Gesuch um Einsicht in amtliche Dokumente gestellt hat, und der Verwaltungsbehörde, bei der das Gesuch um Einsicht gestellt worden ist, zu finden.<sup>498</sup> Das Schlichtungsverfahren bezweckt demnach auch, ein förmliches Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren zu vermeiden.<sup>499</sup> Das Schlichtungsverfahren untersteht den eigens dafür geschaffenen Regeln im BGÖ (Art. 13 und 14 BGÖ) und in der dazugehörigen Verordnung (Art. 12 und 13 VBGÖ), hingegen nicht dem VwVG, wobei die Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit zum Tragen kommen.<sup>500</sup> Obwohl das Schlichtungsverfahren nicht zwingend im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vonstatten zu gehen hat (vgl. Art. 12 Abs. 2 VBGÖ), dürfte eine solche vielfach erfolgsversprechend sein.<sup>501</sup> Kann im Rahmen der Schlichtung eine einvernehmliche Regelung getroffen werden, gilt das Verfahren als erledigt (Art. 13 Abs. 3 BGÖ); scheitert hin-

495 Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ) vom 24. Mai 2006 (SR 152.31).

496 Vgl. dazu ausführlich GREGOR T. CHATTON, *La procédure de médiation administrative instaurée par la LTrans, Un nouvel hybride parmi les modes amiables de règlement des conflits administratifs*, Jusletter vom 3. April 2017, der das Schlichtungsverfahren nach BGÖ insbesondere mit administrativen Mediationsverfahren vergleicht und zum Schluss kommt, dass es sich beim Schlichtungsverfahren nach BGÖ um eine «Mischform» handle; CHRISTINE GUY-ECABERT, Kommentierung der Art. 13 und 14 BGÖ, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), *Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ)*, Stämpfli Handkommentar, Bern 2008, S. 247–270. Schlichtungsverfahren im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsprinzip sind auch in einigen Kantonen vorgesehen, wenngleich die Ausgestaltung zum Teil vom «Bundesmodell» abweicht. Es gibt aber auch Kantone, die im Bereich des Informationszugangs kein vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren vorsehen (z.B. Kanton Bern); vgl. dazu auch GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 5.

497 Vgl. GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 4 ff.

498 Vgl. GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 3. Einen Schlichtungsantrag kann allerdings auch eine Person stellen, die nach Art. 11 BGÖ angehört worden ist, sofern die Behörde gegen ihren Willen den Zugang gewähren will (Art. 13 Abs. 1 lit. c BGÖ).

499 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 3.

500 Vgl. auch GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 12.

501 So wird die Zunahme von einvernehmlichen Regelungen in der Praxis des EDÖB mitunter auch auf die verstärkte mündliche Durchführung der Schlichtungsverfahren zurückgeführt; vgl. EDÖB, 26. Tätigkeitsbericht 2018/2019, S. 65 (vgl. <http://www.edoeb.admin.ch>) [besucht am 11.3.2020]; vgl. auch GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 42.

gegen die Schlichtung, so hat der für das Schlichtungsverfahren zuständige Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte eine Empfehlung abzugeben (Art. 14 BGÖ), die keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfaltet und insofern auch keine Verfügung darstellt.<sup>502</sup> Mittelbar geht sie aber mit Rechtswirkungen einher, da sie der Verfügung der Behörde vorangeht und sowohl das Verhalten des Gesuchstellers als auch der Behörde beeinflussen und vorbestimmen kann.<sup>503</sup> Der Gesuchsteller kann anschliessend, sofern er mit der Empfehlung nicht einverstanden sein sollte, innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt der Empfehlung eine Verfügung von der Behörde, bei der Einsicht verlangt worden ist, verlangen (Art. 14 Abs. 1 BGÖ). Im Übrigen erlässt die Behörde eine Verfügung, wenn sie in Abweichung von der Empfehlung entweder das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, aufschieben oder verweigern will oder den Zugang zu einem amtlichen Dokument, das Personendaten enthält, gewähren will (Art. 14 Abs. 2 BGÖ). Das Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Für das Schlichtungsverfahren hat der Gesetzgeber die Unentgeltlichkeit vorgesehen (Art. 17 Abs. 2 lit. b BGÖ). Bereits der hohe prozentuale Anteil der einvernehmlichen Regelungen, die im Rahmen des Schlichtungsverfahrens erzielt werden, deutet darauf hin, dass sich dieses Verfahren in der Praxis zu bewähren scheint.<sup>504</sup>

### III. Einsatzbereiche

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kommt, wie auch die Beispiele bei den einzelnen Formen gezeigt haben, in zahlreichen, wenn nicht fast in allen Bereichen des öffentlichen Rechts vor,<sup>505</sup> so etwa im Raumplanungs- und Baurecht<sup>506</sup>, im Umweltrecht<sup>507</sup>, im Enteignungsrecht<sup>508</sup>, im öffentlichen

502 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 14 Rz. 8.

503 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 14 Rz. 8.

504 Vgl. EDÖB, 26. Tätigkeitsbericht 2018/2019, S. 64 f. (vgl. <http://www.edoeb.admin.ch> [besucht am 11.3.2020]), wonach die einvernehmlichen Lösungen zwischen 2013 und 2016 bei 40 Prozent und in den Jahren 2017 und 2018 bei 60 bzw. 55 Prozent (im Verhältnis zu den Empfehlungen) lagen.

505 So auch die Feststellung von HÖSLI (Fn. 7), S. 117, in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln.

506 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 117, 278, 327, 362, 418, 423, 444, 587, 612 und bei C./II./3./a.; vgl. weiter auch NOTKER DILLIER, Vereinfachung und Beschleunigung des Baubewilligungsverfahrens unter Berücksichtigung neuer Formen der Konfliktbewältigung, VVGE 193/1994 Nr. 50, S. 187–250.

507 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 222, 257, 324, 326, 346, 348, 362, 379, 614, 631 und bei C./II./3./a.; vgl. weiter auch MARTIN PESTALOZZI, Aktuelle Probleme des Verhandelns aus Sicht der Umweltverbände, URP 2005, S. 182–192; THOMAS PFISTERER, Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, URP 2005, S. 99–125; ELKE STAEHELIN-WITT/RAYMOND SANER/BEATRICE WAGNER PFEIFER, Verhandlungen bei Umweltkonflikten, Ökonomische, soziologische und rechtliche Aspekte des Verhandlungsansatzes im alpinen Raum, Zürich 2005.

508 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 364, 423, 586.

Wirtschaftsrecht (z.B. Kartell-<sup>509</sup>, Preisüberwachungs-<sup>510</sup> und Vergaberecht<sup>511</sup>)<sup>512</sup>, im Sozialversicherungsrecht<sup>513</sup>, im Öffentlichkeitsrecht<sup>514</sup>, im Staatshaftungsrecht<sup>515</sup>, im öffentlichen Personalrecht<sup>516</sup> und sogar (in engen Grenzen) im Steuerrecht<sup>517, 518</sup> wobei in einigen dieser Bereiche rechtliche Grundlagen bestehen, die einvernehmliches Handeln vorsehen und damit begünstigen. Freilich sind die Möglichkeiten in gewissen Verwaltungsrechtsbereichen faktisch oder rechtlich begrenzt, während andere Bereiche mehr Raum lassen. 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 Verhandlungsspielräume bestehen.<sup>519</sup> Verallgemeinernd kann gesagt werden, dass sich Möglichkeiten zu Verhandlungen insbesondere dort eröffnen, «wo komplexe Aufgaben- und Problemstellungen keine standardisierten Lösungen zulassen».<sup>520</sup> «Wo sich jedoch keine besonders schwierigen rechtlichen und tatsächlichen Fragen stellen, drängt sich schon aus Gründen der Effektivität des Verwaltungshandelns und der Gleichbehandlung der Privaten ein schematisches Vorgehen auf.»<sup>521</sup> Allerdings ist auch in solchen Fällen konsensuales Handeln nicht ausgeschlossen, etwa weil «sich der Ausgleich von öffentlichen und privaten Interessen aufgrund der konkreten Umstände als besonders heikel erweist».<sup>522</sup> Kaum Raum für konsensuale Lösungen dürfte es im Übrigen im Bereich des sanktionierenden Verwaltungsrechts geben.<sup>523</sup>

509 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 530, 531, 580, 596 sowie bei C./II./3./b.

510 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 323.

511 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 362.

512 Vgl. auch RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 16 Rz. 4.

513 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 362, 368, 427, 568, 596 sowie bei D./I./3./b.

514 Vgl. ausführlich C./II./7.

515 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 112, 416.

516 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 287, 493.

517 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 367, 383, 567, 577, 661 sowie bei D./I./3./a.

518 Vgl. auch die beispielhaften Übersichten bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 256 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 16 ff., 22 ff., 26 ff., 86 ff.; HÖSLI (Fn. 7), S. 120 ff. (betreffend das informell-kooperative Verwaltungshandeln); MÄCHLER (Fn. 4), S. 456 ff.; SCHMID (Fn. 7), S. 493 ff.

519 Vgl. dazu und zu weiteren Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von konsensualen Handlungsformen D./I.

520 HÖSLI (Fn. 7), S. 119.

521 HÖSLI (Fn. 7), S. 119 f.

522 HÖSLI (Fn. 7), S. 120.

523 Vgl. auch Fn. 580 und Fn. 596.



## **D. Rahmenbedingungen und Schranken**

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kommt – wie die Übersicht über die einzelnen Formen gezeigt hat – sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Praxis in grosser Vielfalt vor. Nachdem dem konsensualen Verwaltungshandeln bis weit ins 20. Jahrhundert hinein mit einer gewissen Skepsis begegnet worden ist,<sup>524</sup> gehört es heute zum festen Bestandteil des Verwaltungsrechts. Die grundsätzliche Zulässigkeit der aufgezeigten Formen ist heute allgemein anerkannt und wird nicht mehr in Frage gestellt.<sup>525</sup> Der Rechtsordnung sind aber verschiedene Rahmenbedingungen zu entnehmen, die dem konsensualen Verwaltungshandeln Grenzen setzen. Obwohl hinsichtlich der einzelnen Formen des konsensualen Verwaltungshandelns zum Teil unterschiedliche rechtliche Vorgaben gelten und die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die unterschiedlichen Formen teilweise unterschiedliche Fragen aufwerfen, soll nachfolgend der Versuch unternommen werden, die Rahmenbedingungen und Grenzen in allgemeiner Weise für sämtliche Formen des einvernehmlichen Verwaltungshandelns aufzuzeigen, wobei auch Raum gelassen werden soll, um auf Besonderheiten bezüglich spezifischer Formen einzugehen. Die Ausführungen werden vor Augen führen, dass ein gewisser (rechtlicher) Spielraum für konsensuales Handeln besteht, wobei dieser begrenzt ist und das konsensuale Handeln deshalb nur in einem beschränkten Mass zum Tragen kommen kann. Zunächst sind – im Sinne von Eignungskriterien – die Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von kooperativem und konsensuellem Verwaltungshandeln aufzuzeigen (I.), bevor das konsensuale Verwaltungshandeln in den Kontext der rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien gestellt wird (II.).

### **I. Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von kooperativen und konsensualen Handlungsformen**

Es wurde bereits weiter oben aufgezeigt, dass der Behörde bei der Wahl der Handlungsform ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, vorausgesetzt, eine bestimmte Handlungsform bzw. -modalität sei nicht durch rechtliche Vorschriften explizit oder implizit ausgeschlossen.<sup>526</sup> Die Behörde hat dieses Ermessen freilich pflichtgemäss, d.h. nach den Kriterien rechtsstaatlicher Rationalität auszuüben und jene Handlungsform zu wählen, die für die Verwirklichung des anzuwendenden Rechts am besten geeignet ist.<sup>527</sup> Geht es um die

<sup>524</sup> Vgl. die Hinweise in der Einleitung.

<sup>525</sup> Vgl. in Bezug auf das Vertragshandeln statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 20; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 129 ff.; in Bezug auf die Mediation NOTTER (Fn. 7), S. 143 ff.

<sup>526</sup> Vgl. C./I.

<sup>527</sup> Vgl. C./I.



Frage, ob kooperative und konsensuale Formen zum Zug kommen sollen, sind die nachfolgenden «Eignungskriterien» von Bedeutung.<sup>528</sup>

### 1. Anforderungen an die Beteiligten

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungs(rechtspflege)verfahren beruhen auf Zustimmung und Freiwilligkeit der Beteiligten.<sup>529</sup> Eine konsensuale Festlegung von Rechten und Pflichten oder eine konsensuale Beilegung von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten kann durch die Behörde nicht erzwungen werden; es muss insofern auch die Möglichkeit bestehen, aus Verhandlungen auszusteigen.<sup>530</sup> Umgekehrt besteht von Seiten der Parteien grundsätzlich kein Anspruch auf ein konsensuales Vorgehen.<sup>531</sup> Besteht ein gewisser Druck zur Teilnahme an einem konsensualen Vorgehen (z.B. an einem Mediationsverfahren), verhindert dies aber nicht zwingend eine Konfliktbereinigung auf diesem Weg.<sup>532</sup> Aus dem Grundsatz der Freiwilligkeit folgt, dass die an einem konsensualen Vorgehen Beteiligten bereit sein müssen, aktiv zu kooperieren; es muss demnach Kompromiss- und Verhandlungsbereitschaft vorhanden sein.<sup>533</sup> Die Beteiligten müssen des Weiteren in der Lage sein, ihre eigenen Interessen durch die Verhandlungen zu wahren (Autonomie).<sup>534</sup> Sie müssen auch über ein Mindestmass an Verhandlungsmacht und «Tauschpotenzial» verfügen.<sup>535</sup> Insofern scheiden Verhandlungslösungen grundsätzlich aus, wenn ein zu grosses Machtgefälle zwischen den Beteiligten vorhanden ist.<sup>536</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verwaltung als Verhandlungspartnerin aufgrund ihrer Hoheitsmacht die Befugnis zu einem einseitigen Entscheid behält; in diesem Zusammenhang wird von einer sog. «Drohmacht» des Staats gesprochen.<sup>537</sup> Verhandlungsmacht des Gegenübers des Staats kann sich insbesondere aus einer besonderen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder aus einem gesteigerten Droh- oder Blockade-

528 Vgl. auch spezifisch in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsverfahren GUTH (Fn. 7), S. 65 ff.; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 143 ff.; in Bezug auf die Mediation NOTTER (Fn. 7), S. 127 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 64 ff.

529 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241; GUTH (Fn. 7), S. 66 f.; PFISTERER (Fn. 7), S. 254 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 128; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105; KARLEN (Fn. 10), S. 263.

530 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66; NOTTER (Fn. 7), S. 128; vgl. auch Art. 33b Abs. 6 VwVG; BGE 145 II 259 E. 2.5.1, betreffend die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 KG.

531 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66; vgl. auch BGE 145 II 259 E. 2.5.1, betreffend die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 KG; in Bezug auf Art. 33b VwVG vgl. C./II./3./b.

532 NOTTER (Fn. 7), S. 128.

533 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 799; NOTTER (Fn. 7), S. 128.

534 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66; NOTTER (Fn. 7), S. 129.

535 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 129; vgl. zum «Tauschpotenzial» beim informell-kooperativen Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 146; vgl. auch SCHAEFER (Fn. 9), S. 253. PFISTERER (Fn. 7), S. 212, spricht von einem «Tauschverhältnis mit Kooperationsbonus».

536 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 129; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105; HÖSLI (Fn. 7), S. 151.

537 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 250 f.; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 151.

potenzial ergeben; Verhandlungen lassen sich aus Sicht des Staats insofern überhaupt nur sinnvoll mit Privaten führen, deren wirtschaftliche Potenz oder politischer Einfluss «Tauschpotenzial» hat.<sup>538</sup> Im öffentlichen Recht muss allerdings auch beim konsensualen Verwaltungshandeln die Letztverantwortung (insbesondere hinsichtlich der Einhaltung der rechtsstaatlichen Prinzipien) bei der Behörde verbleiben.<sup>539</sup>

Bedeutsam ist auch die Festlegung des Kreises der an einer Verhandlung Beteiligten: Einerseits sollten alle Betroffenen (auch Drittbetroffene) einbezogen werden,<sup>540</sup> damit diese ihre Rechte und Interessen geltend machen können; andererseits sollte es sich, um die Einigungsfindung nicht übermässig zu erschweren, um eine überschaubare Anzahl von Teilnehmenden handeln, wobei unter Umständen Vertretungsverhältnisse zu schaffen sind.<sup>541</sup> Namentlich bei informell-konsensuellem Handeln kann angesichts der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung einer Absprache erst ein stabiles Vertrauensverhältnis den Beteiligten die notwendige Erwartungssicherheit in die Einhaltung der Absprache bieten.<sup>542</sup> Vorausgesetzt ist weiter auch eine hinreichende fachliche Kompetenz der Verhandlungspartner und eines allfälligen Verhandlungsleiters bzw. Konfliktmittlers.<sup>543</sup> Verhandlungen dürften im Übrigen vielfach nur von Erfolg gekrönt sein, wenn sich die beteiligten Akteure an gewisse Verhaltensregeln (z.B. ergebnisorientiertes Arbeiten, offene Informationspraxis, Loyalität und Aufrichtigkeit, Wahrung von Vertraulichkeit) halten.<sup>544</sup>

## 2. *Anforderungen an die Art des Konflikts*

Konsensuales Verwaltungshandeln kann zur Konfliktvermeidung, aber freilich auch zur Konfliktlösung zur Anwendung gelangen. Dienen konsensuale Handlungsformen der Konfliktlösung, ist vorausgesetzt, dass der Konflikt kompromissfähig ist, d.h. es muss Optimierungsmöglichkeiten geben bzw. es muss ein Interessenausgleich möglich sein.<sup>545</sup> Zwischen den Beteiligten muss eine «Win-win-Lösung» oder zumindest eine für alle akzeptable Lösung zu erzielen sein.<sup>546</sup> Ob ein Konflikt kompromissfähig ist, hängt von der Art und der Dimension des Konflikts ab. Sofern der Konflikt bereits eskaliert ist, erscheint ein Kompromiss eher unwahrscheinlich.<sup>547</sup> Kaum kompromissfähig ist ein Konflikt

538 SCHAEFER (Fn. 9), S. 253 (Fn. 54), 254 (Fn. 62).

539 Vgl. dazu ausführlich PFISTERER (Fn. 7), S. 208 ff.

540 Vgl. zu den Besonderheiten bezüglich Drittbetroffener bei Vorabsprachen C./II./3./a.

541 NOTTER (Fn. 7), S. 129; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 143 f.; vgl. zur Ausgestaltung der Verfahrensbeteiligung eingehend auch PFISTERER (Fn. 7), S. 255 ff.

542 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 144 f.; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105.

543 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 145.

544 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 146 ff.

545 NOTTER (Fn. 7), S. 130; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 150.

546 NOTTER (Fn. 7), S. 130.

547 NOTTER (Fn. 7), S. 130.

auch dann, wenn der Konfliktgegenstand grundlegende Gegensätze zwischen den Beteiligten beinhaltet oder die Interessen weit auseinanderliegen.<sup>548</sup> So erweisen sich etwa Konflikte über Grundsatz- oder Wertungsfragen als kaum oder gar nicht geeignet für Verhandlungslösungen.<sup>549</sup> Als Beispiel kann der Streit über die Ansiedlung von Kernenergieanlagen genannt werden; wer solche Anlagen ablehnt, kann sich nicht auf eine Verhandlung über die Modalitäten der Errichtung der Anlage einlassen.<sup>550</sup>

### 3. Verhandlungsspielraum

Verhandlungslösungen setzen auch im Verwaltungsrecht das Vorliegen eines Verhandlungsspielraums voraus.<sup>551</sup> Obwohl das Verwaltungsrecht zwingender Natur ist und die Behörden sowohl den Sachverhalt als auch das Recht von Amtes wegen zu eruieren bzw. anzuwenden haben, kann auch im Verwaltungsrecht Raum für Verhandlungselemente bestehen; dieser kann sich sowohl auf die Sachverhaltsfeststellung als auch auf die Rechtsanwendung beziehen.<sup>552</sup>

#### a. Sachverhaltsfeststellung

Bei der Sachverhaltsfeststellung besteht Verhandlungsspielraum, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt noch Veränderungen zugänglich ist, wenn demnach ein «flexibler Sachverhalt»<sup>553</sup> vorliegt,<sup>554</sup> oder wenn sich die Beteiligten

548 NOTTER (Fn. 7), S. 130; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 150.

549 NOTTER (Fn. 7), S. 130; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 150.

550 NOTTER (Fn. 7), S. 130.

551 Vgl. allgemein BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240; PFISTERER (Fn. 7), S. 250 ff.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 60; in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2970; in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsverfahren GUTH (Fn. 7), S. 85 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 798; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 610; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1329; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 149; in Bezug auf die Mediation im Verwaltungsverfahren KARLEN (Fn. 10), S. 263; NOTTER (Fn. 7), S. 131 ff.

552 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 95 ff.; HÖSLI (Fn. 7), S. 149; NOTTER (Fn. 7), S. 130.

553 So NOTTER (Fn. 7), S. 132 f.

554 So kann sich etwa der künftige Adressat einer Verfügung im Rahmen von Verhandlungen bereit erklären, die zu beurteilenden Verhältnisse zu verändern, so beispielsweise durch eine Projektänderung, eine Anpassung des Gesuchs oder eine Änderung des Angebots in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren. Hierbei handelt es sich faktisch um einen Interessenausgleich zwischen den Parteien und rechtlich um eine Veränderung der Entscheidungsgrundlage, die den Erlass einer Verfügung erlaubt, mit deren Inhalt alle einverstanden sind; vgl. dazu ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 132 f.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 96.

Es dürfte auch zulässig sein, (sanktionierende) Verwaltungsverfahren, die darauf abzielen, einer bestimmten Person wegen Pflichtverletzungen eine bestimmte Tätigkeit in Unternehmen zu verbieten, ohne Sanktion abzuschliessen, wenn sich diese Person im Laufe des Verfahrens aus den entsprechenden Funktionen zurückzieht und sich gegenüber der Behörde verpflichtet, keine entsprechenden Tätigkeiten mehr auszuüben. Der rechtmässige Zustand dürfte dadurch wiederhergestellt sein. Allfällige weitere Sanktionen bleiben aber vorbehalten; vgl. etwa auch Medienmitteilung der FINMA vom 21.12.2017 («FINMA beendet Verfahren gegen Pierin Vincenz»).

über Sachverhaltsfragen einigen können.<sup>555</sup> Letzterem steht der im öffentlichen Verfahrensrecht geltende Untersuchungsgrundsatz, der Ausdruck des Legalitätsprinzips ist, nicht grundsätzlich entgegen.<sup>556</sup> Zwar obliegt der Behörde – unter Vorbehalt der Mitwirkungspflichten der Parteien – die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Beweisführung; sie ist weder an die Sachverhaltsdarstellungen der Parteien gebunden, noch verpflichtet, den Beweisanträgen der Parteien Folge zu leisten.<sup>557</sup> Die Behörde hat das Ziel zu verfolgen, die sog. «materielle Wahrheit» zu erforschen, d.h. festzustellen, was wirklich geschehen ist.<sup>558</sup> Hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsabklärungen und der Art und Weise der Sachverhaltsermittlung kommt der Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.<sup>559</sup> Die Behörde hat den Sachverhalt nur insofern umfassend abzuklären, als die betreffenden Massnahmen verhältnismässig sind bzw. nicht zu einem unzumutbaren Aufwand führen.<sup>560</sup> Bei der Sachverhaltsermittlung als «interaktiver» bzw. «arbeitsteiliger» Prozess<sup>561</sup> ist die Behörde überdies vielfach auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen.<sup>562</sup> Vor diesem Hintergrund werden Verhandlungen und Einigungen über den Sachverhalt unter Umständen als zulässig angesehen.<sup>563</sup> Dies gilt insbesondere in Situationen, in denen Unsicherheiten betreffend die Sachverhaltsfeststellung bestehen und diese nur schwer oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand beseitigt werden können.<sup>564</sup> Die Relativierung des Untersuchungsgrundsatzes steht diesfalls im Dienste der Prozessökonomie. Die Verständigung kann dabei auch beinhalten, dass einerseits die Verwaltung die Partei(en) von einer weiteren Mitwirkung bei der Klärung des Sachverhalts entbindet und andererseits die Parteien auf den Antrag der Abnahme zusätzlicher Beweise verzichten.<sup>565</sup> In Verwaltungsverfahren kann eine solche Verständigung demnach auch als Vereinbarung über verfahrensrechtliche Rechte und Pflichten angesehen werden.<sup>566</sup> In Rechtsprechung und Lehre werden beispielsweise Verständigungen zwischen

555 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 95 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 133 f.

556 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68 f.

557 Vgl. zum Untersuchungsgrundsatz statt vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 142 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 92 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1313 ff.

558 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 92.

559 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68.

560 Vgl. WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1380; vgl. ausführlich zur Sachverhaltsfeststellung im Verwaltungsverfahren ISABELLE HÄNER, Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33–54.

561 Vgl. dazu umfassend CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019; vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1407.

562 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68 f.

563 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68 f., 95 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 133 f.

564 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 95 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 133 f.

565 Vgl. BGer, Urteil 2C\_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1; NOTTER (Fn. 7), S. 19, 134.

566 Vgl. BGer, Urteil 2C\_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1; NOTTER (Fn. 7), S. 19.

Steuerpflichtigen und Steuerbehörden über bestimmte Elemente des steuerrechtlich relevanten Sachverhalts (sog. «Steuerruling») als zulässig angesehen, insbesondere wenn dieser durch eine amtliche Untersuchung nicht oder nur unter unverhältnismässig grossen Schwierigkeiten geklärt werden kann; auch Bewertungsfragen können Gegenstand von Verständigungen sein; Verständigungen dürfen sich allerdings nicht auf eigentliche Rechtsfragen beziehen, da Bestand und Umfang der Steuerschuld ausschliesslich durch das Gesetz festgelegt werden.<sup>567</sup> Einigungen über den Sachverhalt sind unter der Geltung von Art. 50 ATSG beispielsweise auch im Sozialversicherungsrecht zulässig.<sup>568</sup>

#### b. *Rechtsanwendung*

Das Gesetzesmässigkeitsprinzip und die Rechtsgleichheit bringen es mit sich, dass die Behörden das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben, wobei öffentliches Recht grundsätzlich zwingendes Recht darstellt.<sup>569</sup> Weder über das anzuwendende öffentliche Recht noch über die Auslegung von öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen darf verhandelt werden.<sup>570</sup> Konsensuales Verwaltungshandeln ist indes zulässig, wenn im Rahmen der Rechtsanwendung Verhandlungsspielraum besteht.<sup>571</sup> Ein solcher Verhandlungsspielraum liegt vor, wenn die Behörde aufgrund offener Rechtsnormen, die in unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensklauseln oder in der Durchführung von Interessenabwägungen liegen können,<sup>572</sup> über einen Beurteilungsspielraum verfügt und sich nach dem Zweck der offenen Normierung Verhandlungen zwischen den Beteiligten eignen.<sup>573</sup> In Anlehnung an die von SCHINDLER entwickelte Typologie des Verwaltungs-

567 Vgl. zur Zulässigkeit von Verständigungen im Steuerrecht (sog. «Rulings») BGE 119 Ib 431 E. 4a; BGer, Urteil 2C\_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1; BGer, Urteil 2C\_296/2009 vom 11.2.2010, E. 3.1; BVGE 2008/51 E. 2.3; PETER RICKLI, Die Einigung zwischen Behörde und Privaten im Steuerrecht, Diss. Basel, Basel 1987; RENÉ SCHREIBER/ROGER JAUN/MARLENE KOBIERSKI, Steuerruling – Eine systematische Auslegeordnung unter Berücksichtigung der Praxis, ASA 80, S. 293–335; JÜRGEN STEINER, Einigung und Mediation im Verwaltungsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Mehrwertsteuerrechts, zsis) 2011, Monatsflash Nr. 1; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 18 ff.

568 Vgl. BGE 140 V 77 E. 3.2.1; BGE 138 V 147 E. 3.3.

569 Vgl. zum Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 154 ff.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 99 ff.

570 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 28 Rz. 33; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 136.

571 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240; GUTH (Fn. 7), S. 85 ff.; NOTTER (Fn. 7), S. 135 ff. Vgl. auch bereits C./I. mit weiteren Hinweisen.

572 Vgl. dazu allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 26 Rz. 1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 390 ff. Nach der neuen Lehrmeinung von BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, S. 189 ff., 315 ff., ist auf die Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen zu verzichten. Die offenen Rechtsnormen seien nach dem Zweck, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden mit der offenen Normierung eines Entscheidungsspielraums gewähre, voneinander abzugrenzen. Unterschieden wird zwischen Einzelfallermessen, Anpassungsermessen, Sachverständigenermessen, politischem Ermessen und Managementermessen.

573 Vgl. ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 135 ff.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 90 ff.

ermessens, die verschiedene Typen von Ermessen (im Sinne von Gestaltungsspielräumen der Verwaltung) nach dem Zweck der offenen Normierung unterscheidet,<sup>574</sup> besteht Verhandlungsspielraum insbesondere in Fällen, in denen die offene Rechtsnorm eine einzelfallgerechte Lösung anvisiert (sog. «Einzelfallermessen»).575 Weniger gut geeignet, wenn auch nicht auszuschliessen sind Verhandlungslösungen hingegen, sofern Rechtsnormen «Sachverständigenermessen» oder «politisches Ermessen» einräumen, zumal es diesfalls weniger um eine einzelfallgerechte Lösung geht, sondern vielfach ein hoheitlicher Entscheid erforderlich ist.<sup>576</sup> Grundsätzlich kein Verhandlungsspielraum für konsensuales Verwaltungshandeln (in der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags) im Rahmen der Rechtsanwendung besteht beispielsweise im Steuerrecht<sup>577</sup>, im Bereich der organisierten Sterbehilfe<sup>578</sup> oder in Bezug auf die Einzonung von Grundstücken<sup>579</sup>. Aus Gründen der Rechtsgleichheit dürfte – selbst bei offenen Normen (wie etwa im Kartellrecht oder im Finanzmarktrecht) – auch beim sanktionierenden Verwaltungshandeln (insbesondere auch hinsichtlich der Sanktionierbarkeit und der Modalitäten der Sanktion) grundsätzlich kein Verhandlungsspielraum bestehen,<sup>580</sup> wobei die zuständige Behörde von der Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten grundsätzlich auch nicht einseitig absehen darf.

In der Praxis ist im Übrigen die Grenze zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung nicht immer eindeutig zu ziehen, weshalb sich auch der Verhandlungsspielraum nicht immer klar zuordnen lässt bzw. er gleichzeitig sowohl bei der Sachverhaltsfeststellung als auch bei der Rechtsanwendung bestehen kann.<sup>581</sup>

Fräglich ist, ob einvernehmliche Lösungen nicht nur bei Unsicherheiten über die Sachlage, sondern auch bei Unsicherheiten über die Rechtslage zulässig sind. Hinsichtlich der in Art. 50 ATSG vorgesehen Vergleichsmöglichkeit hat das Bundesgericht festgehalten, dass sofern der Vergleich im Gesetzesrecht zugelassen sei, den Parteien «bei ungewisser Sach- oder Rechtslage die Befugnis eingeräumt [wird], ein Rechtsverhältnis vertraglich zu ordnen, um die be-

574 SCHINDLER (Fn. 572), S. 321 ff. (vgl. auch Fn. 572).

575 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 91 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 139 f.

576 So NOTTER (Fn. 7), S. 140 ff.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 92 f., die allerdings auch beim politischen Ermessen Verhandlungsspielraum erkennt.

577 Vgl. BGE 136 I 142 E. 4.2; BGE 121 II 273 E. 1c; BGer, Urteil 2C\_296/2009 vom 11.2.2010, E. 3.1; BGer, Urteil 2A.227/2006 vom 10.10.2006, E. 3.1; vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2979; zulässig sind Verständigungen im Steuerrecht aber unter Umständen bei Unsicherheiten über den Sachverhalt (sog. «Steuerruling»); vgl. D./I./3./a.

578 Vgl. BGE 136 II 415 (es besteht kein Raum für eine Vereinbarung zwischen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und einer privaten Sterbehilfeorganisation im Bereich der organisierten Sterbehilfe).

579 Vgl. BGE 122 I 328 E. 4a; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 23.

580 Vgl. bezüglich des Kartellrechts die Ausführungen bei Fn. 596; vgl. auch BVGer, Urteil A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2 (Entscheidungsspielraum in Bezug auf ein Aufsichtsverfahren des BAKOM gegenüber einer Verfügungsadressatin verneint).

581 NOTTER (Fn. 7), S. 143.

stehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Dabei und damit wird in Kauf genommen, dass der Vergleichsinhalt von der Regelung des Rechtsverhältnisses abweicht, zu der es bei umfassender Klärung des Sachverhalts und der Rechtslage allenfalls gekommen wäre. Ein Vergleich ist somit zulässig, soweit der Verwaltung ein Ermessensspielraum zukommt sowie zur Beseitigung rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheiten». <sup>582</sup> Die Befugnis zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt die Behörde allerdings nicht, «bewusst eine gesetzwidrige Vereinbarung zu schliessen, also von einer von ihr als richtig erkannten Gesetzesanwendung im Sinne eines Kompromisses abzuweichen». <sup>583</sup>

#### 4. *Verfahrensrechtlicher Spielraum und Transparenz*

Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren erweisen sich aufgrund der vorherrschenden Schriftlichkeit als wenig zugänglich für Verständigungen zwischen den Beteiligten; <sup>584</sup> einvernehmliche Lösungen sind regelmässig auch darauf angewiesen, dass das Prozessrecht Raum bzw. «Türen» für mündliche Verhandlungen zwischen den Beteiligten eröffnet bzw. bereithält. <sup>585</sup> Solche prozessrechtlichen «Türen» liegen etwa in der Möglichkeit, Vergleichsverhandlungen <sup>586</sup>, Instruktionsverhandlungen, mündliche Parteiverhandlungen oder Augenscheine durchzuführen. <sup>587</sup> Als für Verhandlungslösungen förderlich erweisen sich auch Einwendungs- (im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs) oder Einspracheverfahren (im Sinne eines Rechtsmittelverfahrens vor der verfügenden Behörde). <sup>588</sup>

Eine weitere Anforderung an das konsensuale Verwaltungshandeln ist ein Mindestmass an «Amtlichkeit» sowie Transparenz. <sup>589</sup> Was die Transparenz anbelangt, ist zu fordern, dass die einzelnen Handlungen, Verhandlungsschritte und Abmachungen in einer Weise durch Protokolle und Aktennotizen dokumentiert werden, dass sich die einzelnen Schritte rekonstruieren lassen und das

582 BGE 140 V 77 E. 3.2.1; BGE 138 V 147 E. 2.4.

583 BGE 140 V 77 E. 3.2.1; BGE 138 V 147 E. 2.4; die bundesgerichtliche Rechtsprechung befürwortend GUTH (Fn. 7), S. 96 ff.

584 Vgl. SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61. Vgl. zum Grundsatz der Schriftlichkeit im öffentlichen Prozessrecht WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3128 ff.

585 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 77 ff.; PFISTERER (Fn. 7), S. 241 ff. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV kann in der Regel kein Anspruch auf mündliche Anhörung abgeleitet werden; vgl. BGE 140 I 68 E. 9.6.1; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3151 ff.

586 Die Durchführung von Vergleichsverhandlungen bzw. Einigungsverfahren ist allerdings nur sehr selten als Verpflichtung der Behörden vorgesehen (vgl. aber etwa Art. 45 ff. EntG).

587 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 77 ff. Sie weist darauf hin, dass die Möglichkeit von Instruktions- und mündlichen Parteiverhandlungen von den Behörden eher selten eingesetzt werden. Verhandlungen und Einigungen erfolgen aber nicht selten im Rahmen von Augenscheinen, die namentlich in Baubewilligungsverfahren verbreitet sind. Vgl. auch PFISTERER (Fn. 7), S. 249 f.

588 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 82; PFISTERER (Fn. 7), S. 214 ff.

589 Vgl. dazu ausführlich HÖSLI (Fn. 7), S. 153 ff.; vgl. in Bezug auf die Transparenz des informellen Verwaltungshandelns auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 111.



Ergebnis überprüfbar ist, damit es auch einer effektiven Kontrolle unterzogen werden kann.<sup>590</sup> Auch sollte, namentlich bei bedeutenden Vorgängen, eine hinreichende Information der Öffentlichkeit in Betracht gezogen werden.<sup>591</sup>

## II. Rechtsstaatliche Prinzipien als Rahmenbedingungen und Schranken

Die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien des Verwaltungsrechts erweisen sich als zentrale Anknüpfungspunkte für die Ermittlung der Rahmenbedingungen, der Zulässigkeit und der Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Die insbesondere in Art. 5 Abs. 1–3, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Gesetzesmässigkeit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Rechtsgleichheit und Willkürverbot) bilden Grundlage und Schranke des gesamten staatlichen Handelns,<sup>592</sup> d.h. auch des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns – und zwar unabhängig davon, ob es in rechtlich verbindlicher oder informeller Form ergeht.<sup>593</sup> Die rechtsstaatlichen Prinzipien und (verfahrens-)grundrechtlichen Ver-

590 HÖSLI (Fn. 7), S. 154 f. Dies lässt sich auch aus dem Akteneinsichtsrecht als Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), das mit einer Aktenführungspflicht einhergeht, ableiten. Die Behörden sind verpflichtet alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.2 ff.; BGE 130 II 473 E. 4; vgl. zur Aktenführungspflicht ausführlich WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 VwVG Rz. 35 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS [Fn. 276], Rz. 507 ff.). Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör gilt gemäss vorherrschender Auffassung grundsätzlich nur in gesetzlich geregelten Rechtsanwendungsverfahren, wobei die Verfahrensgesetze konkretisierende Normen dazu enthalten (vgl. z.B. Art. 26 ff. VwVG). Erfolgen Verhandlungen im Umfeld bzw. im Rahmen von solchen gesetzlich geregelten Anwendungsverfahren, kommen demnach die verfassungsrechtlichen (und unter Umständen auch die gesetzlichen) Verfahrensgarantien zum Tragen (vgl. betreffend Mediationsverfahren im Rahmen von Verwaltungsverfahren NOTTER [Fn. 7], S. 118). Nach neueren Lehrmeinungen sind die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien aber grundsätzlich auch auf andere Handlungsformen der Verwaltung, namentlich auch auf Verwaltungsverträge und informelle Absprachen, anwendbar; vgl. dazu D./II./6.

Vor diesem Hintergrund nicht unproblematisch ist die «Transparenzpraxis» des Sekretariats der WEKO zu einvernehmlichen Regelungen nach Art. 29 KG, die nur in eingeschränktem Masse den formulierten Transparenzanforderungen Rechnung trägt (vgl. Sekretariat der WEKO, Merkblatt Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, S. 5 [Ziff. 3 der Vorlage Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG]).

591 Vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 106; PFISTERER (Fn. 7), S. 264 f.; vgl. zur Öffentlichkeit und Transparenz des Staatshandelns allgemein KARLEN (Fn. 10), S. 74 ff.; TSCHANNEN (Fn. 299), § 28.

592 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien des Verwaltungsrechts DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), §§ 7 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 320 ff.; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 Rz. 1 ff.; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 237 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 1274 ff.

593 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 239; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 159 f.

bürgungen<sup>594</sup> stellen demnach die Eckwerte dar, nach denen die Zulässigkeit und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns zu bestimmen sind.<sup>595</sup> Neben diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben hält zum Teil auch das einfache Gesetzesrecht Voraussetzungen und Schranken für das konsensuale und kooperative Verwaltungshandeln bereit, die den verfassungsrechtlichen Rahmen teilweise konkretisieren, teilweise aber auch weitergehende Einschränkungen vorsehen.<sup>596</sup> Obwohl deshalb im Einzelfall allein aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben kein abschliessendes Urteil über die Zulässigkeit von kooperativem und konsensualem Verwaltungshandeln getroffen werden kann, sollen sich die nachfolgenden Ausführungen auf die allgemeinen, verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen beschränken. Dabei ist jeweils

594 Die Grundrechte stellen ebenfalls Rahmenbedingungen des konsensualen Handelns dar, wobei sie sich insbesondere auf den Inhalt beziehen und nachfolgend grundsätzlich nicht näher zu betrachten sind. Behandelt werden bloss (aber immerhin) einige ausgewählte verfahrensgrundrechtliche Fragen (vgl. D./II/6.). Vgl. allgemein zu den Implikationen der Grundrechte auf das konsensuale Verwaltungshandeln MÄCHLER (Fn. 4), S. 127 ff. Vgl. zur demokratischen Legitimation des kooperativen Verwaltungshandelns ABEGG (Fn. 1), S. 408 ff.

595 So auch spezifisch in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsverfahren GUTH (Fn. 7), S. 101 ff.; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 159 ff.; in Bezug auf die Mediation NOTTER (Fn. 7), S. 143 ff.; vgl. auch allgemein MÄCHLER (Fn. 4), S. 119 ff.

596 Vgl. z.B. Art. 50 Abs. 1 ATSG, wonach sich die Vergleichsmöglichkeit auf «sozialversicherungsrechtliche Leistungen» beschränkt; vgl. dazu ausführlich KIESER (Fn. 362), Art. 50 ATSG Rz. 11 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 86 ff.

Vgl. auch Art. 29 KG, wonach sich die einvernehmliche Regelung auf die «Art und Weise der Beseitigung [einer Wettbewerbsbeschränkung]» beziehen muss. Es geht darum, «wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt bzw. wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden kann. Dabei ist nur das zukünftige Verhalten des Unternehmens Regelungsgegenstand, also nicht die Frage, ob ein früheres Verhalten zulässig sei, sondern die Frage, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist». Einvernehmliche Regelungen setzen weiter voraus, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet; vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.2; vgl. auch BGer, Urteil 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2.1; BGer, Urteil 2A.415/2003 vom 19.12.2003, E. 3.4.4. Das Bundesverwaltungsgericht hat ebenfalls festgehalten, dass sich eine einvernehmliche Regelung inhaltlich weder auf die Rechtsanwendung noch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen darf; beides sei «nicht verhandelbar»; BVGer, Urteil B-1324/2010 vom 2.7.2010, E. 5.1.2; vgl. auch BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 38; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 30. Ebenfalls unzulässig ist eine Vereinbarung über die Sanktionierbarkeit und die Sanktionshöhe; vgl. BVGer, Urteil B-2977/2007 vom 27.4.2010, E. 7.4.5.6; BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 39; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 32 ff.; vom Bundesgericht offengelassen (BGer, Urteil 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2.1). Nach der herrschenden Auffassung besteht ebenfalls kein Raum für ein Aushandeln der Sanktion zwischen Wettbewerbsbehörde und Unternehmen im Sinne eines «Plea Bargaining», d.h. eines Einverständnisses eines Wettbewerbsverstosses durch das Unternehmen im Austausch mit einem Erlass oder einer deutlich geringeren Sanktion, als sie nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen zu erwarten wäre. Indes kommt nach der Praxis der WEKO bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen des Ermessens eine Reduktion der Sanktion infolge Kooperation in Frage; vgl. dazu BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 44 ff.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 50 ff.

Vgl. im Übrigen auch die Regelungen in den Verfahrensgesetzen betreffend den Vergleich im Rechtsmittelverfahren, die zum Teil Zulässigkeitsvoraussetzungen festlegen (vgl. Fn. 433).

zwischen der Zulässigkeit der Wahl der Handlungsform und der inhaltlichen Ausgestaltung einer Verhandlungslösung zu unterscheiden.<sup>597</sup>

### 1. *Gesetzesmässigkeitsprinzip*

Das Gesetzesmässigkeitsprinzip, das die Bindung aller staatlichen Organe ans Gesetz zum Hauptanliegen hat,<sup>598</sup> verlangt nicht, dass die Verwaltung oder gerichtliche Rechtsmittelinstanzen zum Einsatz kooperativer und konsensualer Handlungsmodalitäten durch eine Rechtsnorm ausdrücklich ermächtigt sein müssen.<sup>599</sup> Das anwendbare Recht darf die konsensuale Rechtsverwirklichung aber weder explizit noch implizit ausschliessen, wobei Letzteres auf die für Konsenslösungen grundsätzlich notwendigen Verhandlungsspielräume bei der Rechtsanwendung verweist.<sup>600</sup> Das Legalitätsprinzip entfaltet deshalb insbesondere Wirkungen bezüglich des mit einer bestimmten Handlungsform transportierten Inhalts.<sup>601</sup> Allerdings steht es dem Gesetz- und Verordnungsgeber offen, auf alternative, konsensuale Handlungsmodalitäten aufmerksam zu machen und eine gewisse (rechtlich nicht verbindliche) Präferenz für bestimmte Formen zum Ausdruck zu bringen, indem er die Behörden ausdrücklich zu deren Wahl motiviert, wie er dies beispielsweise mit dem Erlass von Art. 33b VwVG, Art. 41a USG, Art. 23 AltIV, Art. 50 ATSG, Art. 34 Abs. 1 BPG und Art. 29 KG getan hat;<sup>602</sup> teilweise besteht sogar die gesetzliche Verpflichtung, (vor einem allfälligen Verfügungsverfahren) eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ<sup>603</sup>).

Aus der Bindung aller staatlicher Tätigkeit ans Gesetz lässt sich weiter ableiten, dass eine Behörde nur Gegenstände zum Inhalt von Verhandlungen und Einigungen machen darf, wofür sie sachlich, örtlich und funktionell zuständig

597 So auch HÖSLI (Fn. 7), S. 159 ff., in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln.

598 Vgl. zum Gesetzesmässigkeitsprinzip statt vieler DUBÉY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 7; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19; FELIX UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1025–1048; vgl. spezifisch zum kooperativen Verwaltungshandeln ROLF MAEGLI, Gesetzesmässigkeit im kooperativen Verwaltungshandeln, URP 1990, S. 265–291.

599 Vgl. allgemein THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169; vgl. in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag statt vieler BGE 136 I 142 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 21; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2965; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 168 f.; in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren GUTH (Fn. 7), S. 71.

600 Vgl. dazu bereits C./I. und D./I./3./b. Verhandlungsspielräume können sich aber auch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen (vgl. D./I./3./a.); diesfalls braucht es keinen Verhandlungsspielraum bezüglich der Rechtsanwendung.

601 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169.

602 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 72.

603 Vgl. C./II./7.

ist.<sup>604</sup> Dies gebietet die zwingende Natur der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, über die auch keine abweichenden Vereinbarungen getroffen werden dürfen.<sup>605</sup>

Es versteht sich im Weiteren von selbst, dass der Inhalt eines konsensual zustande gekommenen Akts rechtmässig sein muss.<sup>606</sup> In Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag führt das Bundesgericht – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre<sup>607</sup> – aus, «[der] Vertragsinhalt darf nicht gegen eine gültige Rechtsnorm verstossen und muss auf einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtssatz beruhen, der in Form eines Gesetzes erlassen worden sein muss, wenn es sich um eine wichtige Regelung handelt. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind geringer als bei Verfügungen, sofern das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wegen der Zustimmung zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die Privaten als geringfügig erscheint. Auch die Grundlage im Gesetz kann bei Verträgen im Allgemeinen schmäler sein als bei Verfügungen, weil staatliche Eingriffe in die Rechte der Privaten weniger intensiv und damit weniger wichtig sind, wenn die Betroffenen ihnen zustimmen».<sup>608</sup> Weiter hält das Bundesgericht fest, dass «eine Vertragspartei auch zu Leistungen verpflichtet werden [darf], die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte».<sup>609</sup> Letzteres dürfte allerdings auf Bereiche beschränkt sein, in denen Private über ihre Rechte disponieren bzw. auf ihre Rechte verzichten dürfen.<sup>610</sup> Ausserdem finden Leistungsversprechen Privater,

604 Vgl. in Bezug auf das informell-kooperative Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 137, 168.

605 Vgl. BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.7; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2976; vgl. zur «Prorogation» im Verwaltungsrecht ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 489 ff.

606 Vgl. in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag statt vieler BGE 136 I 142 E. 4.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 29 ff.; in Bezug auf das informell-kooperative Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 169 ff.; in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren GUTH (Fn. 7), S. 84.

607 Vgl. GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrags und zulässige Vertragsinhalte, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 25–38, S. 36 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 29 f. Vgl. auch differenziert DUBEY/ZUFFREY (Fn. 276), Rz. 1097 ff.

608 BGE 136 I 142 E. 4.1. Dem Bundesgericht ist insofern zu widersprechen, als Verhandlungslösungen nicht stets weniger einschneidend sind als hoheitlich angeordnete Massnahmen; vgl. auch D./II./3. Bei einem krassen Verstoß des Inhalts eines verwaltungsrechtlichen Vertrags gegen Rechtsnormen erkennt das Bundesgericht auf die Nichtigkeit des Vertrags; vgl. BGE 136 II 415 E. 3, betreffend eine Vereinbarung zwischen der Zürcher Staatsanwaltschaft und einer privaten Sterbehilfeorganisation, die in krasser Weise gegen das Strafgesetzbuch und das Betäubungsmittelgesetz versties.

609 BGE 136 I 142 E. 4.2, wobei diese Festlegung mit dem Teilsatz ergänzt wird, dass aber vorausgesetzt werde, dass «die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen». Dieser zweite Teil des Satzes scheint zumindest auf den ersten Blick im Widerspruch zum ersten Satz zu stehen. Er dürfte dahingehend verstanden werden, dass die Leistung, über die verhandelt wird, in grundsätzlicher Weise im Gesetz vorgesehen sein muss.

610 Vgl. zum Verzicht auf verwaltungsrechtliche Rechte HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 795 ff.; vgl. zum Grundrechtsverzicht ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016,

die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen, ihre Grenze im Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>611</sup> In Bezug auf Erschliessungsabgaben erscheint es deshalb zulässig, «wenn Private gegenüber einer Gemeinde auf dem Vertragsweg einen höheren Beitragssatz akzeptieren als im kommunalen Reglement vorgesehen, solange sie gesamthaft nicht mehr als den voraussichtlichen Gesamtaufwand der Erschliessung übernehmen».<sup>612</sup> Diese sich auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag beziehenden Überlegungen dürften grundsätzlich auch für andere Formen des konsensualen Verwaltungshandelns gelten, insbesondere auch was das informell-konsensuale Handeln anbelangt.<sup>613</sup> So dürfte beispielsweise ein Privater im Rahmen von informellen Absprachen gegenüber dem Staat das Versprechen machen, bei der Sanierung einer Industrieanlage Massnahmen zugunsten des Umweltschutzes zu treffen, die über das gesetzliche Mindestmass hinausgehen.<sup>614</sup>

## 2. *Öffentliches Interesse*

Dem öffentlichen Interesse<sup>615</sup> kommt bereits bei der Wahl der Handlungsform Bedeutung zu, indem der Einsatz konsensualer Handlungsformen einem öffentlichen Interesse entsprechen muss.<sup>616</sup> Weiter oben wurden in allgemeiner Weise die Vorzüge des konsensualen Handelns beschrieben,<sup>617</sup> die regelmässig öffentliche Interessen zum Ausdruck bringen. Lassen sich diese Vorteile im konkreten Einzelfall realisieren, zumal auch die Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz konsensualer Handlungsformen gegeben sind, liegt die Wahl konsensualer Handlungsformen auch im öffentlichen Interesse.<sup>618</sup> Ein öffentliches Interesse besteht beispielsweise, sofern die gesetzlichen Vorgaben und die öffentlichen Interessen, die damit verfolgt werden, durch konsensuales Handeln, das auch den Einbezug von privatem Sachverstand mit sich bringt, im Einzelfall effektiver vollzogen und umgesetzt werden können.<sup>619</sup> Ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt es beispielsweise, wenn dadurch langwierige Verfahren vermieden und nachhaltige Lösungen gefunden werden können.<sup>620</sup>

---

Rz. 334; RALPH MALACRIDA, *Der Grundrechtsverzicht*, Diss. Zürich, Zürich 1992; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 171 ff.

611 Vgl. dazu D./II./3.; vgl. auch DUBÉY/ZUFFREY (Fn. 276), Rz. 1100; HÖSLI (Fn. 7), S. 173, in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln.

612 BGE 136 I 142 E. 4.2.

613 Vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 171 ff.

614 HÖSLI (Fn. 7), S. 199.

615 Vgl. zum öffentlichen Interesse als rechtsstaatliches Prinzip statt vieler DUBÉY/ZUFFREY (Fn. 276), § 8; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 527 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 20.

616 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184 ff.; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.; vgl. dazu auch ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 122 ff.

617 Vgl. B./IV./1.

618 Ähnlich auch GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184 ff.; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.

619 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.

620 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.

Selbst wenn solche öffentlichen Interessen für das konsensuale Handeln bestehen, verbleibt der Verwaltungsbehörde – bei fehlenden gesetzlichen Vorgaben – aber ein erheblicher Spielraum bei der Auswahl der Handlungsform.<sup>621</sup> Nur wenn das öffentliche Interesse an einer konsensualen Vorgehensweise – im Verhältnis zu einer einseitig-hoheitlichen – deutlich überwiegt, ist diese Vorgehensweise angezeigt.<sup>622</sup> Ein Anspruch Privater auf konsensuales Verwaltungshandeln lässt sich aus dem öffentlichen Interesse allerdings nicht ableiten.<sup>623</sup> Umgekehrt ist auf konsensuales Verwaltungshandeln grundsätzlich zu verzichten, sofern die öffentlichen Interessen an einem autoritativen Vollzug überwiegen.<sup>624</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn 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.<sup>625</sup>

Da sich die Verwaltung bei sämtlichem Handeln nach öffentlichen Interessen auszurichten hat, muss auch der Inhalt einer konsensualen Lösung im öffentlichen Interesse liegen.<sup>626</sup> Da öffentliche Interessen grundsätzlich im Rahmen des demokratischen Willensbildungsprozesses bestimmt werden,<sup>627</sup> sind im konkreten Anwendungsfall die Interessen massgebend, die durch die anzuwendenden Rechtsnormen vermittelt werden.<sup>628</sup> Die Wahl kooperativer und konsensualer Handlungsformen entbindet die Verwaltungsbehörden nicht davon, stets sämtliche von der Rechtsordnung vorgegebenen öffentlichen Interessen zu verfolgen und die daraus fliessenden Wertungen angemessen zu berücksichtigen.<sup>629</sup> Gerade bei informellen Verhandlungen kommt der Repräsentation von durchsetzungsschwachen Allgemeininteressen, die in der deutschen Lehre unter dem Stichwort des «Viertschutzes» thematisiert wird,<sup>630</sup> durch entsprechende Fachbehörden eine besonders hohe Bedeutung zu; bei bedeutenden, umweltrelevanten Projekten kann etwa auch der Einbezug eines «Umweltbeauftragten» der Verwaltung oder von ausgewählten «Public-Interest-Organisationen» erwägenswert erscheinen.<sup>631</sup> So darf insbesondere der Erfolgszwang, dem die Behörden und die Beteiligten bei Verhandlungsprozessen ausgesetzt sind, nicht dazu führen, dass öffentliche Interessen privaten Partikularinteressen untergeordnet werden.<sup>632</sup> Zu-

621 Vgl. auch C./I.

622 HÖSLI (Fn. 7), S. 185.

623 HÖSLI (Fn. 7), S. 185.

624 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 185 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 146.

625 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240; GUTH (Fn. 7), S. 102; NOTTER (Fn. 7), S. 146.

626 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 186 f.

627 Vgl. BGE 138 I 378 E. 8.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 20 Rz. 5.

628 HÖSLI (Fn. 7), S. 186.

629 So ausdrücklich HÖSLI (Fn. 7), S. 186.

630 Vgl. dazu FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 104 ff.

631 So für Deutschland FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 105; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 99 f.

632 HÖSLI (Fn. 7), S. 186; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 102.

geständnisse von Behörden und die Berücksichtigung von anerkannten Interessen des Kooperationspartners sind nur insoweit zulässig, «als diese nach Auslotung aller relevanter Interessen und nach sorgfältiger Gewichtung derselben als gerechtfertigt erscheinen».<sup>633</sup> Im Übrigen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Konsenslösung je weniger in Frage kommt, desto stärker die öffentlichen Interessen und die von den Privaten verfolgten Interessen auseinanderliegen.<sup>634</sup>

### 3. *Verhältnismässigkeitsprinzip*

Auf der Ebene der Wahl der Handlungsform ist dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz<sup>635</sup> insofern Rechnung zu tragen, als konsensuales Verwaltungshandeln den Erfordernissen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit Rechnung tragen muss. Sollte sich zeigen, dass die Nachteile die Vorteile überwiegen, dass die Erreichung des angestrebten Zwecks erschwert oder gar verhindert wird oder dass es an den oben beschriebenen Erfolgsbedingungen mangelt, erweist sich das konsensuale Vorgehen als ungeeignet, weshalb darauf verzichtet werden sollte.<sup>636</sup> Mit Blick auf die Erforderlichkeit hat eine staatliche Massnahme zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme ebenfalls zum Ziel führen würde.<sup>637</sup> Die Auffassung, dass Verhandlungslösungen stets weniger einschneidend seien als hoheitlich angeordnete Massnahmen, zumal sie auf der Zustimmung des Privaten beruhen, vermag indes nicht zu überzeugen; eine konsensuale Lösung muss nicht a priori die mildere Massnahme sein; sie kann den Privaten unter Umständen durchaus auch stärker treffen als der Einsatz einseitig-hoheitlicher Handlungsinstrumente.<sup>638</sup> Dies trifft namentlich zu, wenn mit dem Privaten eine Vereinbarung getroffen wird, die diesen stärker in die Pflicht nimmt als die Verwaltung mit autoritativen Anordnungen einfordern könnte.<sup>639</sup> Die Erforderlichkeit ist demnach weniger nach der Form als nach dem Inhalt zu beurteilen.<sup>640</sup> Weiter dürfte hinsichtlich der Wahl der Handlungsform die Zumutbarkeit der Wahl der konsensualen Vorgehensweise meistens gegeben sein, da es anstelle des konsensualen Vorgehens vielfach ohnehin zu einem (autoritativen) Verwaltungsentscheid kom-

633 HÖSLI (Fn. 7), S. 187.

634 GUTH (Fn. 7), S. 102 f.

635 Vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip als rechtsstaatliches Prinzip statt vieler DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 9; MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013; BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1049–1071; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 550 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 21.

636 HÖSLI (Fn. 7), S. 195; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 103; NOTTER (Fn. 7), S. 147.

637 Vgl. BGE 136 II 457 E. 6.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 21 Rz. 6.

638 HÖSLI (Fn. 7), S. 195 f.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 104; RICHLI (Fn. 3), S. 396 f.

639 HÖSLI (Fn. 7), S. 196; vgl. dazu auch D./II/1.

640 HÖSLI (Fn. 7), S. 196; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 104.



men würde.<sup>641</sup> Zu Recht wird im Übrigen darauf hingewiesen, dass aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip keine Verpflichtung zu kooperativem und konsensualem Handeln abgeleitet werden kann;<sup>642</sup> dies würde bereits der Freiwilligkeit als Grundvoraussetzung für kooperatives Handeln entgegenstehen.<sup>643</sup> Vielmehr hat die Behörde im Einzelfall zu prüfen, ob ein konsensuales Vorgehen erfolgsversprechender bzw. geeigneter ist als ein einseitig-hoheitliches, wobei ihr hierbei ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>644</sup>

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wirkt sich auch auf den Inhalt von konsensual getroffenen Entscheidungen aus.<sup>645</sup> Wie bereits weiter oben dargelegt, darf der Private im Rahmen von Vereinbarungen mit staatlichen Behörden Verpflichtungen eingehen, die über das gesetzlich Vorgesehene hinausgehen und zu denen er mittels Verfügung nicht verpflichtet werden könnte, sofern es sich um Bereiche handelt, in denen der Private auf Rechte verzichten bzw. über diese verfügen kann.<sup>646</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt von der Behörde grundsätzlich nicht, auf freiwillig angebotene Mehrleistungen von Privaten zu verzichten.<sup>647</sup> In diesem Fall muss aber ein überwiegendes öffentliches Interesse an der konsensual ausgehandelten Lösung bestehen.<sup>648</sup> Ausserdem müssen «Leistung» und «Gegenleistung» in einem vernünftigen Verhältnis zueinanderstehen und die Verhandlungslösung ausgewogen ausgestaltet sein.<sup>649</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip bietet demnach für den Privaten auch einen gewissen Schutz vor einer unter Umständen übermässigen Verhandlungsmacht des Staates.<sup>650</sup>

#### 4. *Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot*

Hinsichtlich des Rechtsgleichheitsgebots<sup>651</sup> stellt sich zunächst die Frage, ob diesem eine Verpflichtung zu einvernehmlichem Handeln entnommen werden kann.<sup>652</sup> So ist etwa der Fall denkbar, dass eine Behörde mit einem Privaten

641 GUTH (Fn. 7), S. 103; NOTTER (Fn. 7), S. 147; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 201.

642 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 197 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 88; RICHLI (Fn. 3), S. 396 f.

643 Vgl. dazu D./I./1.; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 198.

644 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 198; vgl. auch C./I.

645 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 199.

646 Vgl. D./II./1.

647 HÖSLI (Fn. 7), S. 199.

648 HÖSLI (Fn. 7), S. 199; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 104.

649 HÖSLI (Fn. 7), S. 197, 200.

650 HÖSLI (Fn. 7), S. 197.

651 Vgl. zum Rechtsgleichheitsgebot statt vieler DUBÉY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 610), Rz. 738 ff.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, § 18; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 586 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 23 Rz. 1 ff.; vgl. zu den Implikationen des Rechtsgleichheitsgebots in Bezug auf konsensuales Verwaltungshandeln auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 134 ff.

652 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 176 ff.

eine Vereinbarung getroffen hat und eine andere Privatperson nun verlangt, ebenfalls Verhandlungen führen zu wollen.<sup>653</sup> Mit Blick auf die Freiwilligkeit als Grundvoraussetzung für konsensuales Handeln erscheint eine Verpflichtung zu solchem Handeln als «systemwidrig».<sup>654</sup> Der Behörde kommt bei der Frage, ob die Erfolgsvoraussetzungen für einvernehmliches Handeln gegeben sind, ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.<sup>655</sup> Allerdings hat die Behörde diese Beurteilung nach pflichtgemäsem Ermessen durchzuführen, d.h. sie darf ausschliesslich auf sachliche Erwägungen abstellen.<sup>656</sup> Es versteht sich von selbst, dass eine Ablehnung beispielsweise aus Gründen der Religion, des Geschlechts oder der Staatsangehörigkeit einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV darstellen würde.<sup>657</sup> Sind Verhandlungen aufgenommen worden, lässt sich dem Rechtsgleichheitsgebot auch kein Anspruch auf Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ableiten.<sup>658</sup> Es ist schwer vorstellbar, dass in zwei vergleichbaren Fällen die rechtlich relevanten Umstände so liegen, dass die Behörde aus Gründen der Rechtsgleichheit angehalten ist, eine einvernehmliche Lösung zu treffen.<sup>659</sup> Die Behörde muss die Möglichkeit haben, bei fehlenden Erfolgsaussichten die Verhandlungen abubrechen; dies gilt freilich auch für die Privaten.<sup>660</sup> In Verwaltungsbereichen, in denen der Rechtsgleichheit eine besondere Bedeutung zukommt (z.B. Steuerrecht, andere Bereiche der Massenverwaltung oder beim Aussprechen von Verwaltungssanktionen), dürfte es für Verhandlungslösungen kaum Raum geben.<sup>661</sup>

Weiter muss auch die inhaltliche Ausgestaltung von Verhandlungslösungen dem Rechtsgleichheitsgebot Rechnung tragen.<sup>662</sup> Beim einvernehmlichen Verwaltungshandeln besteht eine gewisse Gefahr von Ungleichbehandlungen, da durch die Auswahl der Verhandlungspartner und Beteiligten, die Festlegung der Verhandlungsgegenstände sowie die Verhandlungsführung eine Besser- bzw. Schlechterstellung von einzelnen Akteuren resultieren kann.<sup>663</sup> Nicht zuletzt auch deshalb ist beim konsensualen Vorgehen die Einhaltung von Transparenzvorgaben zu fordern.<sup>664</sup> Soll in einem Einzelfall eine einvernehmliche

653 HÖSLI (Fn. 7), S. 176.

654 HÖSLI (Fn. 7), S. 176; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 105.

655 Vgl. C./I.

656 HÖSLI (Fn. 7), S. 177; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 105.

657 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 105; HÖSLI (Fn. 7), S. 177.

658 HÖSLI (Fn. 7), S. 177.

659 Vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

660 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 177 f.

661 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 105 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 23. Vgl. zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von Steuerabkommen im Rahmen der Rechtsanwendung Fn. 577. Vgl. zum sanktionierenden Verwaltungshandeln (etwa im Kartellrecht) Fn. 580 und 596.

662 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 178 f.

663 GUTH (Fn. 7), S. 105. Diesem Aspekt ist insbesondere auch bei Verteilungsverfahren (z.B. Submissionsverfahren) besondere Beachtung zu schenken.

664 GUTH (Fn. 7), S. 105; vgl. auch D./I./4.

Regelung getroffen werden, die inhaltlich von vergleichbaren, autoritativ entschiedenen Fällen abweicht, müssen hierfür sachliche Gründe vorliegen.<sup>665</sup> Allein der Umstand, dass konsensuale Handlungsformen eingesetzt werden, rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von vergleichbaren Fällen nicht.<sup>666</sup> Sofern die Behörde vergleichbare Sachverhalte in einer bestimmten Weise jeweils gleich beurteilt, verbleibt aus Gründen der Rechtsgleichheit grundsätzlich kein Raum, in einem Einzelfall eine einvernehmliche Regelung mit einem anderen Inhalt zu treffen.<sup>667</sup> Dies gilt freilich auch, wenn die vergleichbaren Fälle jeweils einvernehmlich geregelt worden sind.<sup>668</sup> Insofern schränkt das Rechtsgleichheitsgebot die Möglichkeiten der Behörden ein, im Rahmen von Verhandlungen individuelle Lösungen zu treffen.<sup>669</sup> Allerdings dürfte kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln vor allem dort zum Einsatz kommen, wo die Rechtslage wegen offener Normen oder einem komplexen Geflecht von Normen «unübersichtlich» ist und/oder die zu beurteilenden Sachverhalte komplex sind und keine «standardisierten» Lösungen zulassen.<sup>670</sup> Da die in solchen Konstellationen getroffenen Regelungen sehr stark situationsbezogen sind, dürften sie praktisch kein weiteres Mal auftreten; in solchen Fällen vermag das Rechtsgleichheitsgebot wegen mangelnder Vergleichbarkeit kaum zu begrenzen.<sup>671</sup> Oder mit anderen Worten: Ist der alternative Weg des konsensualen Verwaltungshandelns «gerade mit der Eigenart der Situation begründet, so steht das Rechtsgleichheitsgebot einer Regelung, die vom «Normalen» abweicht, nicht entgegen».<sup>672</sup>

## 5. Grundsatz von Treu und Glauben

Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verpflichten die staatlichen Organe dazu, nach Treu und Glauben zu handeln. Ausprägungen davon sind der Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs.<sup>673</sup> Das Handeln nach Treu und Glauben betrifft sämtliche Bereiche staatlicher Tätigkeit, unabhängig davon, in welcher Form gehandelt wird. Im Zusammenhang mit dem konsensualen Verwaltungshandeln stellen sich Fragen des Vertrauensschutzes insbesondere hinsichtlich des informell-konsensualen Handelns, seien es informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, seien es Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld

665 HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

666 HÖSLI (Fn. 7), S. 178; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 106.

667 HÖSLI (Fn. 7), S. 178; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 106.

668 HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

669 HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

670 Vgl. ausführlich HÖSLI (Fn. 7), S. 117 ff., 179.

671 HÖSLI (Fn. 7), S. 179; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 106.

672 HÖSLI (Fn. 7), S. 179.

673 Vgl. zum Grundsatz von Treu und Glauben allgemein DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 12; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 610), Rz. 818 ff.; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 565 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 22.

von förmlichen Verfahren.<sup>674</sup> Dies hängt damit zusammen, dass diese Formen des Verwaltungshandelns nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind<sup>675</sup> und sich die Frage stellt, ob informelle Absprachen und Verständigungen bzw. im Hinblick auf diese erfolgende Ermessensbetätigungen und Zusicherungen trotzdem – gestützt auf Vertrauensschutzüberlegungen – Rechtswirkungen entfalten können. Lehre und Rechtsprechung gehen zu Recht davon aus, dass informelle Absprachen und Verständigungen (in oder ausserhalb von förmlichen Verfahren) als solche wegen der fehlenden Vertrauensgrundlage und Vorbehaltslosigkeit keine rechtlichen Ansprüche bzw. Verpflichtungen zu begründen vermögen.<sup>676</sup> Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die im Hinblick auf die Absprachen und Verständigungen erfolgten Ermessensbetätigungen und Zusicherungen rechtliche Bindungswirkungen erzeugen können, wobei im Einzelfall freilich die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gegeben sein müssen (Vertrauensgrundlage, Vertrauensbetätigung, fehlende überwiegende öffentliche Interessen).<sup>677</sup>

## 6. *Verfahrensgarantien*

Verfahrensgrundrechte vermitteln zum einen Rechte im Verfahren, zum anderen statuieren sie Rechte auf ein Verfahren.<sup>678</sup> Hinsichtlich der Reichweite der Verfahrensgrundrechte kommt dem Begriff des Verfahrens eine zentrale Bedeutung zu.<sup>679</sup> Es ist unbestritten, dass dieser sowohl das nichtstreitige Verwaltungungsverfahren als auch den Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess umfasst; die Anforderungen an die einzelnen Verfahrensarten unterscheiden sich aber teilweise.<sup>680</sup> Neben den rechtlich geregelten Verfahren bestehen aber auch Verfahren, die in eine verwaltungsrechtliche Handlungsform münden, indes keine oder nur eine punktuelle gesetzliche Regelung erfahren haben; dies gilt insbesondere für Verfahren, die zu einer anderen verwaltungsrechtlichen Handlungsform als zu einer

674 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 107 f.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 193 ff.

675 Vgl. C./II./2. und 3.

676 Vgl. BGE 118 Ib 367 E. 9; BVGer, Urteil B-2625/2009 vom 4.3.2010, E. 4; PFENNINGER (Fn. 4), S. 195 f.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865 f., 979, 1005 f.

677 Vgl. dazu ausführlich PFENNINGER (Fn. 4), S. 196 ff.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 107 f.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 925, 980.

678 Vgl. allgemein zu den Verfahrensgrundrechten EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 275 ff.; JACQUES DUBÉY, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018, Rz. 3979 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, §§ 40 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 179 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 817 ff.; DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477–1498.

679 THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2.

680 THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2.

Verfügung führen.<sup>681</sup> Darunter fallen, wenn auch nicht ausschliesslich, grundsätzlich sämtliche Formen des konsensualen Verwaltungshandelns, sei es auf Rechtswirkungen gerichtet (z.B. verwaltungsrechtlicher Vertrag), sei es informell (z.B. informelle Absprachen und Verständigungen), sei es ausserhalb (z.B. verwaltungsrechtlicher Vertrag, informelle Absprache) oder im Rahmen (z.B. Vorabsprachen, Verständigungen) eines förmlichen Verfügungsverfahrens. Die Grundrechtsrechtsprechung und -wissenschaft gehen traditionellerweise von einem engeren, auf die gesetzlich geregelten Verfahren beschränkten Begriff aus und vernachlässigen in verfahrensgrundrechtlicher Hinsicht die anderen Verfahrens- und Handlungsformen.<sup>682</sup> Dem Umstand, dass auch in diesen Konstellationen rechtsstaatliche Schutzbedürfnisse bestehen können, hat der Gesetzgeber für den Realakt, worunter auch sämtliches informell-konsensuales Verwaltungshandeln fällt, mit Art. 25a VwVG aus dem Gesichtspunkt des nachträglichen Rechtsschutzes Rechnung getragen;<sup>683</sup> auch das Bundesgericht leitet aus der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV in bestimmten Konstellationen einen Anspruch auf Rechtsschutz ab, selbst wenn dies gesetzlich nicht vorgesehen ist, wobei sich der Begriff der «Rechtsstreitigkeiten» als Schlüsselbegriff erweist.<sup>684</sup> Besonders anspruchsvoll ist die Frage, ob und inwiefern Dritte, die von einem Verwaltungsvertrag (oder einer informellen Vereinbarung<sup>685</sup>) betroffen sind, Rechtsschutz in Anspruch nehmen dürfen.<sup>686</sup> Sofern einvernehmliche Regelungen in die Form einer Verfügung bzw. eines Entscheids überführt werden, ist der Rechtsschutz dagegen grundsätzlich gewährleistet, wenn kein Rechtsmittelverzicht gültig vereinbart worden ist; es sind aber namentlich in Bezug auf die Beschwerdegründe Besonderheiten zu beachten, zumal der konsensual zustande gekommene Entscheid durch die an einer Einigung Beteiligten aus Grün-

681 THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2.

682 So die treffende Feststellung von THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2, 42, und die Hinweise bei ihr in Fn. 135 auf Lehre und Rechtsprechung.

683 Vgl. zu Art. 25a VwVG statt vieler ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 25a VwVG Rz. 1 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 25a VwVG Rz. 1 ff. Vgl. zum Rechtsschutz gegen Realakte auf kantonaler Ebene WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 2336, 2414.

684 Vgl. BGE 143 I 336 E. 4.1; OFK BV-BIAGGINI, Art. 29a Rz. 4; THURNHERR (Fn. 678), Rz. 14, 42; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a Rz. 10 ff.; vgl. grundlegend zur Thematik des Zugangs zur Justiz REGINA KIENER, Zugang zur Justiz, ZSR 138 (2019) II, S. 5–99.

685 Auf Bundesebene greift beim informellen Staatshandeln Art. 25a VwVG.

686 So ist gegen den Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen Rechtsschutz grundsätzlich ausgeschlossen, ausser das Spezialgesetz sehe ein entsprechendes Rechtsmittel vor. Das Rechtsschutzdefizit könnte behoben und Art. 29a BV Rechnung getragen werden, wenn nach der Zwei-Stufen-Theorie, wonach dem Vertragsabschluss eine Verfügung vorausgeht, verfahren oder ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung eingeräumt würde. Das Bundesgericht ist diesbezüglich sehr zurückhaltend; vgl. etwa BGer, Urteil 8C\_596/2017 vom 1.3.2018 (betreffend einen nicht berücksichtigten Stellenbewerber); vgl. aber die weitergehenden Postulate in der Lehre (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [Fn. 2], § 34 Rz. 6; THURNHERR [Fn. 7], Rz. 709 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR [Fn. 87], S. 209 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI [Fn. 256], Rz. 3029).

den des Vertrauensschutzes nicht leichthin wieder in Frage gestellt werden sollte.<sup>687</sup>

Die Geltung der Verfahrensgrundrechte, die bereits vor dem Entscheid bzw. einer Vereinbarung zum Tragen kommen, ist ausserhalb der traditionellen, rechtlich geregelten Verwaltungsverfahren bis heute in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings nicht anerkannt.<sup>688</sup> In jüngster Zeit wurden nun aber in der Wissenschaft (bedeutende) Ansätze für ein breiteres, handlungsformenübergreifendes Verfahrensverständnis, welche die Bedeutung der Verfahrensgrundrechte auch in diesen Kontexten thematisieren, ausgearbeitet, die sich insbesondere auch auf das Vertragshandeln und das informell-konsensuale Verwaltungshandeln beziehen.<sup>689</sup> Dadurch erfolgt eine stärkere «Verrechtlichung»<sup>690</sup> und «Prozeduralisierung» dieser Handlungsformen, indem sie verfahrensgrundrechtlich eingebunden werden. Bei der Ausdehnung des Geltungsbereichs der Verfahrensgarantien sind allerdings nicht nur die subjektiven Schutzinteressen (der Vertrags- und Absprachepartner sowie Drittbetroffener) zu berücksichtigen, sondern auch, ob die betreffende Verfahrensart (etwa aufgrund des Konsenserfordernisses) bereits Schutzmechanismen aufweist, welche die Geltung bestimmter Verfahrensgrundrechte obsolet machen,<sup>691</sup> und ob spezifische Interessen, wie etwa die legitimen Interessen an einer gewissen Informalität, die dem betreffenden Verwaltungshandeln einen Mehrwert im Vergleich zum förmlichen Handeln verschaffen, gegen eine Ausdehnung des verfahrensgrundrechtlichen Schutzes sprechen.<sup>692</sup>

687 Vgl. dazu ausführlich GUTH (Fn. 7), S. 139 ff. Am Rand ist auf BGE 145 II 259 hinzuweisen, wonach in eine Untersuchung der WEKO involvierte Unternehmen, die an einer angeblich unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt sind, nicht legitimiert sind, die Verfügung anzufechten, mit der eine einvernehmliche Regelung mit einem anderen an der Abrede und der Untersuchung beteiligten Unternehmen genehmigt worden ist.

688 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 678), Rz. 42, m.w.H.

689 Vgl. grundlegend THURNHERR (Fn. 7), Rz. 526 ff. (allgemein), Rz. 600 ff. (in Bezug auf Verwaltungsverträge), Rz. 863 ff. (in Bezug auf informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns), Rz. 961 ff. (in Bezug auf Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von Verfügungsverfahren); vgl. auch in Kurzform THURNHERR (Fn. 678), Rz. 43. Vgl. zu den Implikationen der Verfahrensgrundrechte für das konsensuale Verwaltungshandeln auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 136 ff. Sicherzustellen sind etwa eine hinreichende Berücksichtigung von Belangen Drittbetroffener, die Wahrung der Rechte, die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessen (wie etwa auch des Akteneinsichtsrechts, das mit einer Aktenführungspflicht einhergeht), und eine unparteiliche Verfahrensgestaltung; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 100 ff., 109.

690 Vgl. allgemein in Bezug auf das informelle Verwaltungshandeln FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 83 ff.

691 Wenngleich die konsensuale Entscheidungsfindung Chancen hinsichtlich der Verwirklichung von verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen beinhaltet, ist sie diesbezüglich auch mit Gefahren verbunden, die insbesondere im Ausschluss nicht beteiligter Dritter am Aushandlungsprozess erblickt werden können; vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 574 ff. Vgl. z.B. betreffend den Einbezug Drittbetroffener bei Vorabsprachen C./II./3./a.

692 Zu diesen Kriterien grundlegend und ausführlicher THURNHERR (Fn. 7), Rz. 526 ff.; vgl. auch DIES. (Fn. 678), Rz. 43.

Ohne an dieser Stelle diese Ansätze vertiefen zu wollen, soll auf eine ausgewählte verfahrensgrundrechtliche Frage eingegangen werden, nämlich die Frage, inwiefern eine informelle Vorabsprache bzw. eine informelle Verständigung im Rahmen eines förmlichen Verfügungsverfahrens eine Befangenheit (und Ausstandspflicht) qua Vorbefassung begründen kann.<sup>693</sup> Das Gebot der Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde lässt sich aus dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV ableiten.<sup>694</sup> Unter Vorbefassung wird die Konstellation verstanden, wonach sich dieselbe Amtsperson in einem früheren Stadium in behördlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst hat und dabei zumindest ähnliche Fragen zu beantworten hatte.<sup>695</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht für Justiz- wie auch für Verwaltungspersonen im Kern der Garantie der Unbefangenheit, «dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben».<sup>696</sup> Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können allerdings nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht unbesehen auf das Handeln von Verwaltungsbehörden übertragen werden; bei Exekutiv- und Verwaltungsbehörden sei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener Aufgaben einhergehe.<sup>697</sup> Liegt die amtliche Mehrfachbefassung im öffentlichen Interesse und ist sie in diesem Sinne systembedingt, besteht nicht bereits darin eine unzulässige Vorbefassung.<sup>698</sup> Ob eine systembedingt vorbefasste Amtsperson tatsächlich voreingenommen erscheint, entscheidet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, wobei vorab nach Verfahrensart, Funktion oder Streitgegenstand des betreffenden Verfahrens zu unterscheiden ist.<sup>699</sup> So wurde eine Vorbefassung im Hauptverfahren grundsätzlich verneint hinsichtlich eines Zwischenentscheids in einer identischen Angelegenheit<sup>700</sup>, einer vorsorglichen Massnahme<sup>701</sup> oder eines Zwischen-

693 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 984 ff.; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86.

694 Vgl. statt vieler BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. zur Vorbefassung als Grund für Befangenheit umfassend BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 143 ff.; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 71 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 202 ff.

695 Vgl. statt vieler BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 73.

696 BGE 140 I 326 E. 5.2.

697 BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 225, 227.

698 BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 227.

699 BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch BGE 137 II 431 E. 5.2; BGE 125 I 119 E. 3d und 3f; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 678), S. 949 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 227.

700 BGE 131 I 113 E. 3.7.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 77.

701 BGer, Urteil 5A\_584/2010 vom 30.11.2010, E. 3; BGer, Urteil 4C.514/1996 vom 15.12.1997, E. 2a; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 78.



entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege<sup>702</sup>. Des Weiteren führen nach der Gerichtspraxis Vermittlungsversuche<sup>703</sup>, die blosser Meinungsbildung im Rahmen der Verfahrensinstruktion<sup>704</sup> oder das Erörtern von Prozessaussichten im Rahmen von Vergleichsverhandlungen<sup>705</sup> grundsätzlich nicht zur Befangenheit. In diesen Fällen wurde zuweilen mit der fehlenden Präjudizwirkung hinsichtlich des späteren Entscheids argumentiert.<sup>706</sup> Der Umstand, dass bereits Festlegungen und Wertungen in derselben Angelegenheit getroffen wurden, vermag für sich alleine demnach noch keine Befangenheit zu begründen; «ausschlaggebend ist vielmehr, ob der Eindruck entsteht, eine Amtsperson könne sich davon nicht mehr lösen und der Verfahrensausgang sei daher bereits vorbestimmt».<sup>707</sup> So hat das Obergericht des Kantons Zürich den Anschein der Befangenheit in einem Fall angenommen, in dem ein Richter im Rahmen eines Vergleichsgesprächs nur mit einer Partei allein verhandelte, da er sich des Verdachts aussetzte, er könnte dieser Zusicherungen gemacht oder Hinweise erteilt haben oder er sei von ihr beeinflusst worden.<sup>708</sup> Das Bundesgericht bejahte die Befangenheit der Mitglieder einer Baukommission, die im Rahmen von Vorabklärungen im Hinblick auf das anstehende Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben umfassend und detailliert Stellung nahmen und auch Beratungsfunktionen wahrnahmen.<sup>709</sup> Bezüglich informeller Vorabsprachen und Verständigungen im Rahmen von Verfügungsverfahren ist nun zum einen zu beachten, dass diese zwar keine rechtliche, aber doch eine starke faktische Bindungswirkung entfalten.<sup>710</sup> Zum anderen kann sich eine besondere Problematik dadurch ergeben, dass Drittbetroffenen, die an den Vorabsprachen und Verständigungen nicht beteiligt sind, effektive Einflussmöglichkeiten auf den förmlichen Endentscheid verlustig gehen.<sup>711</sup> Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass vor einer vorschnellen Annahme einer Unbefangenheit zu warnen ist, da damit diesen als legitim betrachteten Handlungsformen der Boden entzogen

702 BGE 131 I 113 E. 3.7; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 79.

703 BGer, Urteil 1P.32/1997 vom 20.3.1997, E. 5a; BVGer, Urteil A-161/2010 vom 1.7.2010, E. 3.2.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

704 ARK, Entscheid vom 17.9.2003, VPB 68 (2004) Nr. 42, E. 3d; BVGer, Urteil A-161/2010 vom 1.7.2010, E. 3.2.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

705 BGE 114 Ia 153 E. 3b/cc; BGer, Urteil 5A.8/2001 vom 22.5.2001, E. 3e; BVGer, Urteil A-161/2010 vom 1.7.2010, E. 3.2.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

706 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 985.

707 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 985.

708 OGer ZH, Urteil vom 23.7.2013, SJZ 110 (2014), S. 22 f.; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

709 BGer, Urteil 1C\_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.3; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 229.

710 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986.

711 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986.

wäre.<sup>712</sup> Deshalb ist es angezeigt, der Problematik der Vorbefassung bei Vorabsprachen und informellen Verständigungen durch Begleitmassnahmen zu begegnen.<sup>713</sup> Es müssen Mechanismen vorgesehen werden, «welche entweder die Selektivität der Vorabsprachen [und Verständigungen] gänzlich ausschalten oder zumindest die Offenheit des Verfahrensausgangs im förmlichen Stadium mittels einer Reduktion der Wahrscheinlichkeit faktischer Bindungswirkungen sicherstellen».<sup>714</sup>

## 7. Verfahrensgrundsätze

Verfahrensgrundsätze zeigen im Sinne von dogmatischen Konstrukten die prägenden Merkmale gesetzlich geregelter Verfahrensordnungen auf.<sup>715</sup> Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, welche Leitlinien für konsensuales Handeln, das im Rahmen von förmlichen Verfügungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren ergeht (z.B. Verständigungen und Vergleiche in einem förmlichen Verfügungs- und Beschwerdeverfahren), aus den diesen Verfahren zugrundeliegenden Verfahrensmaximen entnommen werden können. Bereits weiter oben wurde dargelegt, dass der im gesamten öffentlichen Verfahrensrecht herrschende *Untersuchungsgrundsatz* Verhandlungen und Verständigungen über den Sachverhalt zwar gewisse Grenzen setzt, solche aber nicht vollständig ausschliesst.<sup>716</sup> Ebenfalls wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass es der Verfahrensgrundsatz der *Rechtsanwendung von Amtes wegen* ausschliesst, dass über das anzuwendende öffentliche Recht oder die Auslegung von öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen Verhandlungen geführt werden; konsensuales Handeln ist allerdings zulässig, wenn im Rahmen der Rechtsanwendung Verhandlungsspielraum besteht.<sup>717</sup>

Es stellt sich vorliegend deshalb insbesondere noch die Frage, welche Bedeutung der *Offizial-* bzw. der *Dispositionsmaxime* zukommt.<sup>718</sup> Hierbei geht es um die Frage, ob die zuständige Behörde oder aber die Parteien befugt sind, ein Verfahren einzuleiten, den Gegenstand eines Verfahrens festzulegen und über diesen zu verfügen.<sup>719</sup> Liegt die Herrschaft über das Verfahren bei der Behörde, spricht man von der *Offizialmaxime*; die *Dispositionsmaxime* bedeutet

712 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986.

713 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986; so auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86, in Bezug auf Einigungsverfahren nach Art. 33b VwVG.

714 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 987.

715 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 78; vgl. grundlegend zu den Verfahrensgrundsätzen ALFRED KÖLZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich, Zürich 1973.

716 Vgl. D./I./3./a.; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240.

717 Vgl. D./I./3./b.

718 Vgl. zu diesen Verfahrensgrundsätzen statt vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138 ff.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 82 ff.

719 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 82; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138.

hingegen, dass das Verfahren «zur Disposition» der Parteien steht.<sup>720</sup> Im öffentlichen Verfahrensrecht gilt die *Offizialmaxime* für Verwaltungsverfahren, die von Amtes wegen eingeleitet werden, so etwa Verfahren, in denen die Behörde gegenüber einer bestimmten Person eine Leistungspflicht (z.B. öffentliche Abgabe), eine Verwaltungsmassnahme (z.B. Beschlagnahme gefährlicher Gegenstände) oder eine Verwaltungssanktion (z.B. Entzug einer Bewilligung wegen Pflichtverletzung) anordnen will.<sup>721</sup> Die *Dispositionsmaxime* beherrscht den Zivilprozess, sie kommt aber auch im öffentlichen Verfahrensrecht zur Anwendung, so etwa in Verfahren, die von einer Partei durch ein Gesuch (z.B. Bewilligungs- oder Subventionsgesuch), eine Klage (z.B. Klage auf Schadenersatz gegen den Staat) oder ein Rechtsmittel (z.B. Beschwerde gegen die Verweigerung eines Asylgesuchs) eingeleitet werden.<sup>722</sup> Bei Rückzug eines Begehrens durch eine Partei, wird das Verfahren grundsätzlich abgeschrieben; nur ausnahmsweise kann es aufgrund gesetzlicher Anordnung dazu kommen, dass das Verfahren trotz Rückzugs des Gesuchs oder des Rechtsmittels weitergeht und die Behörde in der Sache entscheidet.<sup>723</sup> Grundsätzlich sind sowohl in von der *Offizial-* als auch in von der *Dispositionsmaxime* beherrschten öffentlich-rechtlichen Verfahren Verständigungen, Einigungen und Vergleiche zulässig; die *Offizialmaxime* schliesst nicht aus, dass zwischen der Behörde und den Parteien eine einvernehmliche Lösung in einem förmlichen Verfahren getroffen wird.<sup>724</sup> Allerdings sind nur in Verfahren, die der *Dispositionsmaxime* unterliegen, «ausserprozessuale» Vergleiche, d.h. Vergleiche, die ohne Mitwirkung der Behörde zustande kommen und zu einem Verfahrensabschluss führen, zulässig, wobei solche Vergleiche in inhaltlicher Hinsicht das anwendbare materielle Recht zu beachten haben.<sup>725</sup> Im Übrigen ist zu beachten, dass die Zuweisung der Verfahrensherrschaft eine Bedeutung hinsichtlich der Stellung und der «Verhandlungsmacht» der Beteiligten in Verhandlungen haben kann. In erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, die der *Offizialmaxime* unterliegen, kann die Verwaltung etwa ihre «Drohmacht», das Rechtsverhältnis bei fehlender Einigung – unabhängig vom Verhalten der Parteien – autoritativ festzulegen, in Verhandlungen ausspielen. In Beschwerdeverfahren hingegen, in denen die

720 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 82; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138 f.

721 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 83 f.; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138.

722 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 86; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 139 ff.

723 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 86. So müssen etwa steuerrechtliche Einspracheverfahren trotz Rückzugs der Einsprache weitergeführt werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig ist; vgl. dazu KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 923.

724 Anders offenbar GUTH (Fn. 7), S. 69 ff.; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240, die meinen, dass sich Verwaltungsverfahren wegen der Untersuchungs- und der *Offizialmaxime* weniger gut für einvernehmliche Lösungen eignen.

725 Vgl. zum «ausserprozessualen» Vergleich auch C./II./4.

Verfahrensherrschaft den Beschwerdeführenden zusteht, kann etwa die Möglichkeit des Beschwerderückzugs dazu führen, dass die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde in eine einvernehmliche Lösung einwilligt und die erlassene Verfügung in Wiedererwägung zieht.

Im Übrigen wurde an verschiedenen Stellen in diesem Beitrag darauf hingewiesen, dass konsensuales Handeln (insbesondere auch im Rahmen von Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren) im Dienst des allgemein anerkannten Grundsatzes der *Prozessökonomie* stehen kann.<sup>726</sup>

## 8. Fazit

Den rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien sind verschiedene Rahmenbedingungen und Grenzen für das konsensuale Handeln zu entnehmen, die sich auf die Wahl oder den Inhalt konsensualer Lösungen beziehen können. Die wesentlichen rechtsstaatlichen Leitlinien lassen sich wie folgt zusammenfassen: Zunächst einmal ist keine Ermächtigung durch eine Rechtsnorm erforderlich; das anwendbare Recht darf die konsensuale Rechtsverwirklichung aber weder explizit noch implizit ausschliessen; letzteres weist auf die für Konsenslösungen grundsätzlich notwendigen Verhandlungsspielräume bei der Rechtsanwendung hin. Aufgrund der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts darf aber weder über das anzuwendende Recht noch über die Auslegung von Rechtsnormen verhandelt werden. Verhandlungsspielräume können sich auch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen, die keinen Verhandlungsspielraum auf der Ebene der Rechtsanwendung erfordern. Rechtsnormen können das konsensuale Vorgehen begünstigen, indem sie entsprechende Vorgehensweisen vorsehen; teilweise besteht sogar die gesetzliche Verpflichtung, (vor einem allfälligen Verfügungsverfahren) eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ<sup>727</sup>). Aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip fliesst auch die Voraussetzung, dass die an einer einvernehmlichen Regelung beteiligte Behörde sachlich, örtlich und funktionell zuständig sein muss. Weiter muss der Inhalt eines konsensual zustande gekommenen Akts rechtmässig sein. Unter gewissen Voraussetzungen darf eine Partei an einer konsensual generierten Regelung zu Leistungen verpflichtet werden, die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte. Es ist hierbei allerdings dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, das den privaten Verhandlungspartner vor einer übermässigen Verhandlungsmacht des Staats schützt. Weder aus der Handlungsmaxime des öffentlichen Interesses noch aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip lässt sich eine Verpflichtung zu einem konsensualen Handeln ableiten; dies gilt grundsätzlich auch für das Rechtsgleichheitsgebot. Sofern die rechtlichen Vorgaben einen

---

726 Vgl. insbesondere B./IV./1./c.; vgl. zum Verfahrensgrundsatz der Prozessökonomie statt vieler KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 103 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1489 ff.

727 Vgl. C./II./7.

Spielraum für ein konsensuales Handeln geben, muss das entsprechende Ermessen der Behörde bei der Wahl der Handlungsform insbesondere nach den Grundsätzen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit getroffen werden; es ist insbesondere zu fragen, welches die geeignetste Vorgehensweise ist, um den Gesetzeszweck zu verwirklichen. Zu berücksichtigen sind dabei auch die Erfolgsvoraussetzungen für konsensuales Handeln.<sup>728</sup> Für die Wahl der konsensualen Handlungsform bedarf es demnach eines sachlichen Grunds. Weiter ist der Repräsentation von durchsetzungsschwachen Allgemeininteressen Beachtung zu schenken. In Verwaltungsbereichen, in denen der Rechtsgleichheit eine besondere Bedeutung zukommt (z.B. Steuerrecht, andere Bereiche der Massenverwaltung oder sanktionierendes Verwaltungsrecht), dürfte es für Verhandlungslösungen kaum Raum geben. Das Rechtsgleichheitsgebot schränkt unter Umständen auch die Möglichkeit ein, im Rahmen von Verhandlungen individuelle Lösungen zu finden. Der Grundsatz von Treu und Glauben erhält insbesondere bei informellen Absprachen und Verständigungen (bzw. im Hinblick auf diese erfolgende Ermessensbetätigungen und Zusicherungen) Bedeutung, indem unter Umständen rechtliche Bindungswirkungen entstehen können. Im Zusammenhang mit den Verfahrensgrundrechten ist die Frage umstritten, ob diese – ausserhalb von rechtlich geregelten (Verfügungs- und Rechtsmittel-)Verfahren – auch beim konsensualen Verwaltungshandeln gelten; es bestehen überzeugende Ansätze, die den Geltungsbereich der Verfahrensgrundrechte auch auf diese Handlungsformen ausdehnen wollen. Besondere Bedeutung kommt dabei der hinreichenden Berücksichtigung von Belangen Drittbetroffener und der Vertrags- bzw. Absprachepartner (vor der Einigung und durch die Gewährung von Rechtsschutzmöglichkeiten), der Transparenz und einer unparteilichen Verfahrensgestaltung zu. Die Beteiligung der Behörde an einer Vorabsprache oder an einer informellen Verständigung im Rahmen eines förmlichen Verfügungsverfahrens führt grundsätzlich nicht zu einer Befangenheit qua Vorbefassung. Im Übrigen schliessen die prozessrechtlichen Maximen (Offizial- bzw. Dispositionsmaxime, Untersuchungsgrundsatz und Rechtsanwendung von Amtes wegen) konsensuale Handlungsformen in Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren nicht aus, wobei sie gewisse Einschränkungen zur Folge haben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien dem konsensualen Verwaltungshandeln und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht gewisse Rahmenbedingungen vorgeben und Schranken auferlegen, ohne diese Handlungsmodalitäten aber 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.<sup>729</sup>

728 Vgl. D./I.

729 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241.

## E. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

In der schweizerischen Verwaltungsrechtslehre – die in wesentlichen Teilen in der deutschen Dogmatik des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts des ausgehenden 19. Jahrhunderts gründet, was auch dazu führte, dass der Verwaltungsakt als Ausdruck der einseitig befehlenden und gebietenden Verwaltung übernommen wurde – stiessen vertragliche oder auf Einvernehmen beruhende hoheitliche Regelungen noch bis weit ins 20. Jahrhundert hinein auf erhebliche Skepsis, wenn nicht sogar auf schroffe Ablehnung. Gegen Ende des 20. Jahrhunderts kam alsdann vermehrt der Ruf auf, dass der Staat bzw. die Verwaltung mit den Rechtsunterworfenen vermehrt das Gespräch suchen und mit ihnen partnerschaftlich und einvernehmlich Rechtsverhältnisse regeln und Streitigkeiten beilegen solle.

Obwohl der Verfügung 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, seien sie rechtlich bindender oder informeller, zivil- oder öffentlich-rechtlicher Natur, an Bedeutung gewonnen. 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 entgegentretenden Bürgers einhergegangen sind. Der Bundesverfassung lässt sich allerdings kein Gebot zu kooperativem Verwaltungshandeln ableiten; umgekehrt schliesst sie dieses aber auch nicht aus. In den Politikwissenschaften wurde, um den Charakter der im kooperativen Rechtsstaat bestehenden Verhandlungsbeziehungen zwischen Staat und Bürgern zu umschreiben, die Metapher vom «Schatten der Hierarchie» entwickelt. Das «Verhandlungsmodell» ist demnach neben das «Hierarchiemodell» getreten, wobei diese Modelle nicht vollständig gleichstehen. Gewisse Staatsaufgaben erfordern den Einsatz hoheitlicher Mittel und einseitiger Entscheidungen und lassen sich nicht in Gleichordnung und Konsens realisieren. Und auch dort, wo Kooperation die Normalität darstellt, ist der Staat nicht ein Partner unter anderen, sondern 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.<sup>730</sup> Die Vorstellung eines Diskurses auf Augenhöhe zwischen Verwaltung und Bürgern stellt insofern keine Realität dar.<sup>731</sup> Mit

---

730 SCHAEFER (Fn. 9), S. 250 f.

731 SCHAEFER (Fn. 9), S. 257.

dem vermehrten Einsatz kooperativer Handlungsformen hat ein qualitativer Wandel stattgefunden, wobei wohl nicht von einem eigentlichen Paradigmenwechsel gesprochen werden kann, zumal das kooperative Verwaltungshandeln nach wie vor – im Vergleich zum einseitig-hoheitlichen Handeln – eine Randerscheinung darstellt.<sup>732</sup>

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 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, da die Abstufungen teilweise graduell sind und die Grenzen zwischen der Gewährung des Gehörsrechts und einer intensiveren Involvierung Privater durchaus fließend sein können. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln stellt in praktisch allen Erscheinungsformen eine eigenständige Handlungsform dar; dies gilt selbst dann, wenn es in ein anderes einseitig-hoheitliches Verwaltungshandeln und -verfahren integriert ist bzw. es sich im Umfeld eines solchen Verfahrens abspielt. Es stellt in solchen Konstellationen nicht bloss einen «besonderen Verfahrensmodus» dar. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kann 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 entscheidzuständigen Behörde zustande kommen können. Als Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Vorgehen stellen das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln und die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht «Alternative Formen der Streitbeilegung» dar, wobei dazu auch etwa die öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit gerechnet wird, die allerdings nicht eine Form der konsensualen Streitbeilegung im eigentlichen Sinne darstellt, zumal Schiedsgerichte grundsätzlich autoritativ entscheiden; sie wurden deshalb in diesem Beitrag nicht näher behandelt.

Zur Begründung von kooperativem und konsensualem Verwaltungshandeln wird auf theoretische Konstruktionen (Lehren vom Gesellschaftsvertrag, Diskurstheorie, Systemtheorie) Bezug genommen. Sie knüpfen an der Überzeugung an, dass ein sachgerechter Entscheidungsprozess allein oder zusam-

---

732 Vgl. auch für Deutschland SCHAEFER (Fn. 9), S. 255 (Fn. 69).



men mit materiellen Anleitungen eine freiheitliche und menschengerechte Gesellschaftsordnung zu verbürgen vermag. Auf der «rechtspraktischen» Ebene werden zahlreiche Gründe 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 rechtsatzmässige 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.

Bezüglich der Frage, ob eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Handlungsformen und -modalitäten besteht, sollte ein zweistufiges Verfahren zur Anwendung gelangen: In einem ersten Schritt ist zu eruieren, ob es einen expliziten oder impliziten Ausschluss für bestimmte Handlungsformen und -modalitäten aufgrund des massgeblichen Rechts gibt. 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, (vor einem allfälligen Verfügungsverfahren) eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ). Führt der erste Prüfschritt zum Ergebnis, dass sich der Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Handlungsform festgelegt hat, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, welche Handlungsform einen effektiven, effizienten und mit den Grundwerten der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Gesetzesvollzug gewährleistet. Dabei sind freilich auch die verfahrensrechtlichen Konsequenzen der einzelnen Handlungsmöglichkeiten (sowohl hinsichtlich der Adressaten und Partner der Verwaltung als auch betroffener Dritter) mitzubedenken. Im Vordergrund steht demnach die Frage nach der besten Eignung einer Handlungsform in Bezug auf die Erreichung des Gesetzeszwecks, wobei der Verwaltung in diesem Zusammenhang ein erhebliches Ermessen zukommt. Man kann insofern auch von einem «Wettbewerb der Lösungswege» (im Verhältnis zum einseitig-hoheitlichen Handeln, aber auch innerhalb der verschiedenen konsensualen Formen) sprechen. Das öffentliche Interesse an einem autoritativen Vollzug überwiegt aber beispielsweise in Fällen, in denen ein Inter-

esse 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.

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht können nach verschiedenen Kriterien systematisiert werden und unterschiedliche Formen annehmen. Dazu zählen, ohne wegen des fehlenden Numerus Clausus eine abschliessende Aufzählung anzustreben, insbesondere das öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vertrags-handeln, informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, Vorab-sprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren, Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren, Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren, Verfahren vor Ombudsstellen sowie besondere Schlichtungsverfahren. Diese Formen weisen spezifische Charakteristika, Vor- und Nachteile sowie Chancen und Risiken auf. So kann etwa die Durchführung einer Mediation in einem Verwaltungsverfahren einen «Mehr-wert» schaffen, wenn zwei oder mehrere Parteien an einem Streit beteiligt sind und ein neutraler Konfliktmittler aus Sicht der Beteiligten besser als die ent-scheidbefugte Behörde in der Lage ist, eine für alle akzeptable Verständigung herbeizuführen. Zuweilen besteht zwischen den einzelnen Formen auch eine gewisse Austauschbarkeit (so etwa zwischen dem verwaltungsrechtlichen Ver-trag und der informellen Absprache). Weiter ist zu bedenken, dass eine diskur-sive Öffnung des Verwaltungsverfahrens als Alternative zum Vertrags- oder in-formellen Absprachehandeln in Frage kommen kann. Gewisse konsensuale Verfahren sind – sofern eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung besteht – primär und zwingend zu durchlaufen (z.B. Schlichtungsverfahren nach BGÖ), während andere konsensuale Verfahren (etwa aufgrund ihrer Niederschwellig-keit, wie beispielsweise die Verfahren vor der Ombudsstelle) auch parallel zu anderen Verfahren ablaufen können.

Wenngleich insbesondere in Rechtsmittelverfahren gelegentlich Vergleiche abgeschlossen werden, zeigen Berichte aus der Praxis auf, dass konsensuale Formen der Streitbeilegung im Rahmen von Verfügungs- oder Rechtsmittelver-fahren relativ wenig verbreitet sind. Dies gilt in besonderem Masse für Media-tionsverfahren, die mit einem erheblichen Zusatzaufwand verbunden sind. Ver-handlungslösungen können gestärkt werden, indem die Behörden – in Abkehr von der Schriftlichkeit<sup>733</sup> – vermehrt von den im Prozessrecht bestehenden Möglichkeiten der mündlichen Kommunikation mit und unter den Verfahrens-beteiligten (z.B. Durchführung von mündlichen Verhandlungen, Instruktions-verhandlungen und Augenscheinen) Gebrauch machen.<sup>734</sup> Verfügungs- und

733 Treffend auch SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61: «Rein schriftlich geführte Verfahren führen in der Tendenz zu einer rhetorischen Verhärtung der Kommunikation und das gemeinsame Suchen nach einer Kompromisslösung ist auf dem Schriftweg kaum möglich.»

734 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 162 ff.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61.

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<sup>735</sup> – nur ausnahmsweise bei Vorliegen bestimmter (rechtlicher und faktischer) Voraussetzungen erfolgsversprechend und zielführend ist.<sup>736</sup> 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,<sup>737</sup> 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.

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.

Was schliesslich die rechtlichen Rahmenbedingungen, Zulässigkeit und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der ein-

735 Im Zivilprozess ist die Durchführung von Schlichtungsverfahren die Regel; vgl. Art. 197 ff. ZPO.

736 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 165 ff.

737 PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 44.

vernehmlichen 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 in die Illegalität zu verbannen. 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.<sup>738</sup> Die Behörden können bzw. sollten konsensuale Formen – im Rahmen der rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen – dort nutzen, wo rechtlicher Spielraum besteht und sich diese aufgrund der faktischen Bedingungen als erfolgsversprechend erweisen. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie konsensuale Formen der Streitbeilegung im Verwaltungsrecht sind keine «Allheilmittel», sie können aber unter Umständen zu sachgerechteren und akzeptableren Lösungen führen und das einseitig-hoheitliche Staatshandeln, sofern die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen beachtet werden, in einem durchaus auch positiven Sinne ergänzen.

## Literatur

- ANDREAS ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert, Habil. Freiburg, Bern/Stuttgart 2010.
- ANDREAS ABEGG, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Habil. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009.
- HEINZ AEMISEGGER, Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern, Bern 2000.
- MARC AMSTUTZ/MANI REINERT (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER/-IN).
- IVO APPEL, § 32 Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 851–940.

---

738 Vgl. auch die Zusammenfassung bei D./II./8.

- CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Auer/Müller/Schindler).
- GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Diss. Freiburg, Bern 2019.
- JEAN-LUC BAECHLER/IVAN JABBOUR, La médiation et la conciliation en droit administratif, Tour d'horizon, ZBl 120 (2019), S. 235–259.
- SUSANNE BAER, «Der Bürger» im Verwaltungsrecht, Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Habil. Berlin, Tübingen 2006.
- MURIEL BECK KADIMA, Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- FRANÇOIS BELLANGER/AURÉLIE GAVILLET, La résolution amiable des différends en matière administrative, in: Jean A. Mirimanoff (Hrsg.), La résolution amiable des différends en Suisse, Interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels, Bern 2016, S. 145–170.
- EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012.
- ARTHUR BENZ, Der moderne Staat, 2. Aufl., Oldenburg 2008.
- ARTHUR BENZ, Kooperative Verwaltung, Funktionen, Voraussetzungen und Folgen, Baden-Baden 1994.
- CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2016.
- GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI).
- ELISABETH BRAUN, Abfallminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft: Bedingungen zur Umsetzung von Artikel 41 USG, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1998.
- LUKAS BRÜHWILER-FRÉSEY, Verfügung, Vertrag, Realakt und andere verwaltungsrechtliche Handlungssysteme: Eine Untersuchung über ihr gegenseitiges Verhältnis, Diss. Freiburg, Bern 1984.
- URSULA BRUNNER, Kommentar zu Art. 41a USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl. (1.–8. Lieferung), Zürich 1998 ff.
- WALTER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944.

- FULVIO CAMPELLO, Il giudice amministrativo mediatore di conflitti, *Mediazione in senso lato con particolare riferimento alla PA e alla procedura amministrativa ticinese*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/1.
- ULRICH CAVELTI, Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungspflege, *AJP* 1995, S. 175–178.
- GREGOR T. CHATTON, La procédure de médiation administrative instaurée par la LTrans, Un nouvel hybride parmi les modes amiables de règlement des conflits administratifs, *Jusletter* vom 3. April 2017.
- SERAINA DENOTH, Mediation in Verwaltungsverfahren, insbesondere in kartellrechtlichen Verfahren, *Jusletter* vom 31. März 2008.
- NOTKER DILLIER, Vereinfachung und Beschleunigung des Baubewilligungsverfahrens unter Berücksichtigung neuer Formen der Konfliktbewältigung, *VVG* 193/1994 Nr. 50, S. 187–250.
- DACIAN C. DRAGOS/BOGDANA NEAMTU (Hrsg.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin/Heidelberg 2014.
- JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Basel 2018.
- JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Basel 2014.
- BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER/-IN).
- KURT EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung des entfalteten Sozialstaates (1989), in: Georg Müller/René Rhinow/Gerhard Schmid (Hrsg.), *Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Basel/Genf/München 2002, S. 351–365.
- KURT EICHENBERGER, Gewandelte Staatlichkeit im entfalteten Leistungsstaat, *Kooperatives Zusammenwirken zwischen Staat und Bürger*, *NZZ* vom 4.10.1990, S. 77 f.
- KURT EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, in: *Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 75–92.
- LORENZ ENGI, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft» und schweizerisches Verwaltungsrecht, *ZBl* 111 (2010), S. 153–161.
- CHRISTOPH ERRASS, *Kooperative Rechtssetzung*, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010.

- MICHAEL FEHLING, § 38 Informelles Verwaltungshandeln, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1457–1521.
- MICHAEL FEHLING, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Freiburg i.Br., Tübingen 2001.
- SASCHA FERZ, Mediation im öffentlichen Bereich, Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Studie für Österreich und Deutschland, Habil. Graz, Wien 2013.
- ROGER FISHER/WILLIAM URY/BRUCE PATTON, Das Harvard-Konzept, Der Klassiker der Verhandlungstechnik, Sonderaufl., Frankfurt a.M./New York 2014.
- FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.
- CLAUDIO FRANZIUS, Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Habil. Berlin, Tübingen 2009.
- ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- TARKAN GÖKSU, Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit: Unterschiede zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZSR 137 (2018) I, S. 473–494.
- CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016.
- ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich, Zürich 2001.
- MICHÈLE GUTH, Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, Conciliation ou médiation?, RJN 2011, S. 17–39.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance, AJP 2009, S. 47–56.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, Kommentierung der Art. 13 und 14 BGÖ, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Stämpfli Handkommentar, Bern 2008, S. 247–270.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation, Diss. Neuenburg, Zürich/Basel/Genf 2002.



- FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht, Eine Einführung*, Bern 1986.
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- WALTER HALLER, Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 705–717.
- WALTER HALLER, *Der schwedische Justitieombudsman*, Diss. Zürich, Winterthur 1965.
- ISABELLE HÄNER, Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33–54.
- ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Habil. Zürich, Zürich 2000.
- PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 2013.
- PETER HETTICH, Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 823–857.
- PETER HETTICH, *Kooperative Risikovorsorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014.
- WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Band I, Baden-Baden 1990, S. 13–41.
- WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 2 Bände, Baden-Baden 1990.
- BERND HOLZNAGEL/ULRICH RAMSAUER, § 40 Mediation im Verwaltungsrecht, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl., München 2016, S. 921–954.
- PETER HÖSLI, *Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002.
- MAX IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77 (1958) II, S. 1a–218a.

- INGRID INDERMAUR, Braucht das VRG ZH eine Mediationsnorm?, Jusletter vom 28. November 2016.
- MARKUS KALTENBORN, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, Habil. Bochum, Baden-Baden 2007.
- PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018.
- STEFFEN KAUTZ, Absprachen im Verwaltungsrecht, Zulässigkeit, Grenzen und Folgen, Diss. Bayreuth, Berlin 2002.
- HELEN KELLER/MAGDALENA FOROWICZ/LORENZ ENGI, Friendly Settlements before the European Court of Human Rights, Oxford 2010.
- REGINA KIENER, Zugang zur Justiz, ZSR 138 (2019) II, S. 5–99.
- REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATTHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil. St. Gallen, Zürich 1995.
- ALFRED KÖLZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich, Zürich 1973.
- ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- MIRIAM LENDFERS, Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht, Knifflige Aspekte der gütlichen Einigung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2013, S. 201–212.
- ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009.
- ANDREAS LIENHARD, Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, Beobachtung aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 349–379.
- ANDREAS LIENHARD, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft?, Vom Sinn und Unsinn des Neuen, AJP 2010, S. 1381–1393.

- ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse, Habil. Bern, Bern 2005.
- ERIK LUSTENBERGER, Die Verichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008.
- AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005.
- ROLF MAEGLI, Gesetzesmässigkeit im kooperativen Verwaltungshandeln, URP 1990, S. 265–291.
- RALPH MALACRIDA, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich, Zürich 1992.
- OTTO MAYER, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), S. 3–86.
- ELEANOR MCGREGOR, L'arbitrage en droit public suisse, Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2015.
- REGINA MEIER, Das ideelle Verbandsbeschwerderecht, Eine Darstellung der Regelungen auf Bundesebene, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015.
- CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019.
- VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005.
- PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.
- CHARLES-ALBERT MORAND, La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'Etat propulsif, Paris 1991, S. 181–219.
- ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013.
- GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrags und zulässige Vertragsinhalte, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 25–38.
- JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018.

- JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013.
- MARKUS MÜLLER, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 57–68.
- MARKUS MÜLLER, Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2010, S. 315–331.
- MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Eine Annäherung, Bern 2010.
- MARKUS MÜLLER, Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Bern 2006.
- PANDORA NOTTER, Mediation im Verwaltungsverfahren, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2013.
- TAMARA NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informelle Absprachen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005.
- ALEXIS OVERNEY, La médiation en matière administrative, in: Jean A. Mirimanoff (Hrsg.), La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Basel 2011, S. 191–213.
- MARTIN PESTALOZZI, Aktuelle Probleme des Verhandelns aus Sicht der Umweltverbände, URP 2005, S. 182–192.
- HANSPETER PFENNINGER, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg, Freiburg 1996.
- THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33b VwVG, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, AJP 2010, S. 1540–1558.
- THOMAS PFISTERER, Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 101–125.
- THOMAS PFISTERER, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, AJP 2008, S. 3–17.

- THOMAS PFISTERER, Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, URP 2005, S. 99–125.
- THOMAS PFISTERER (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich/Basel/Genf 2004.
- THOMAS PFISTERER, Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht («konferieren statt prozessieren»), ZSR 121 (2002) II, S. 169–315.
- ETIENNE POLTIER, Les gentlemen's agreements à participation publique, ZSR 106 (1987) I, S. 367–402.
- WOLFGANG PORTMANN/FELIX UHLMANN (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BPG).
- HERMANN PÜNDER, Kooperation statt Konfrontation, Die Verwaltung 38 (2005), S. 1–34.
- RENÉ RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 295–322.
- RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014.
- RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.
- PAUL RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBl 92 (1991), S. 381–406.
- PETER RICKLI, Die Einigung zwischen Behörde und Privaten im Steuerrecht, Diss. Basel, Basel 1987.
- ERNST-HASSO RITTER, Der kooperative Staat, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, AöR 104 (1979), S. 389–413.
- HELGE ROSSEN-STADTFELD, Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven, Verwaltungsarchiv 97 (2006), S. 23–48.
- ULRIKE RÜSSEL, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, Diss. Hagen, Baden-Baden 2004.

- BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1049–1071.
- JAN PHILIPP SCHAEFER, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft, Habil. Heidelberg, Tübingen 2016.
- BENJAMIN SCHINDLER, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum, Band VIII, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, Heidelberg 2019, S. 601–662.
- BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 130 (2011) II, S. 331–437.
- BENJAMIN SCHINDLER, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band III: Verwaltungsrecht in Europa, Grundlagen, Heidelberg 2010, S. 313–349.
- BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010.
- BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002.
- VOLKER SCHLETTE, Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Habil. Göttingen, Tübingen 2000.
- GERHARD SCHMID, Kooperatives Verwaltungshandeln, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann, Solothurn 2013, S. 489–498.
- EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.
- OTMAR SCHNEIDER, Grundlegendes zu Einigung und Mediation, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- JENS-PETER SCHNEIDER, Kooperative Verwaltungsverfahren, Verwaltungsarchiv 87 (1996), S. 38–67.
- FRIEDRICH SCHOCH, § 37 Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. Heidelberg 2005, S. 131–227.

- RENÉ SCHREIBER/ROGER JAUN/MARLENE KOBIERSKI, *Steuerruling – Eine systematische Auslegeordnung unter Berücksichtigung der Praxis*, ASA 80, S. 293–335.
- HELMUT SCHULZE-FIELITZ, § 12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 823–902.
- KARINE SIEGWART, *Einführung in Begriffe und Arten der Mediation*, in: Thomas Pfisterer (Hrsg.), *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 15–29.
- KARINE SIEGWART, *Ombudsstellen und Mediation*, ZBl 103 (2002), S. 561–578.
- JÜRGEN STEINER, *Einigung und Mediation im Verwaltungsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Mehrwertsteuerrechts*, zsis) 2011, Monatsflash Nr. 1.
- ROLF STEINER/ANDREAS NABHOLZ, *Ombuds-Mediation, Mediation in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2003.
- ANDREAS STÖCKLI, *Verwaltungskontrolle – eine Einführung*, in: *Jahrbuch 2018/2019 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht*, Bern 2019, S. 3–46.
- CHRISTOPH A. STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Habil. Halle-Wittenberg, Tübingen 2006.
- LAWRENCE SUSSKIND/JEFFREY CRUIKSHANK, *Breaking the Impasse, Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York 1987.
- LAWRENCE SUSSKIND/GERARD MCMAHON, *Theorie und Praxis ausgehandelter Normsetzung in den USA*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Band I, Baden-Baden 1990, S. 67–95.
- THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018.
- DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477–1498.
- DANIELA THURNHERR, *Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven*, ZSR 138 (2019) II, S. 101–199.



- DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013.
- PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016.
- PIERRE TSCHANNEN, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern 2008.
- PIERRE TSCHANNEN, *Amtliche Warnungen und Empfehlungen*, ZSR 118 (1999) II, S. 353–455.
- PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014.
- FELIX UHLMANN, *Legalitätsprinzip*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1025–1048.
- FELIX UHLMANN, *Die Kontrolle des Verwaltungshandelns*, ZBl 118 (2017), S. 471–489.
- STEFAN VOGEL, *Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht*, ZBl 111 (2010), S. 670–683.
- STEFAN VOGEL, *Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten*, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008.
- ANDREAS VOSSKUHLE, § 1 *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1–63.
- BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen*, Zürich/St. Gallen 2017.
- BERNHARD WALDMANN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Eine Einführung*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1–24.
- BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN).
- BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*).
- BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2019.

- RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Bern 2020.
- RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I*, Bern 2012.
- ELKE STAEHELIN-WITT/RAYMOND SANER/BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Verhandlungen bei Umweltkonflikten, Ökonomische, soziologische und rechtliche Aspekte des Verhandlungsansatzes im alpinen Raum*, Zürich 2005.
- THOMAS WÜRTEMBERGER, *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, Baden-Baden 1996.
- ROGER ZÄCH ET AL. (Hrsg.), *KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, DIKE-KG).
- ALEXANDER ZÜRCHER, *Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz*, Diss. Basel, Zürich 1996.
- HENRI ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, ZSR 77 (1958) II, S. 461a–663a.