



Braucht das VRG ZH eine Mediationsnorm?

Spielräume für Verständigung im Verwaltungsverfahren des Kantons Zürich am Beispiel eines Schulverfahrens

Autor: Ingrid Indermaur

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Verwaltungsrecht

Zitiervorschlag: Ingrid Indermaur, Braucht das VRG ZH eine Mediationsnorm?, in: Jusletter 28. November 2016

In der schweizerischen Rechtsordnung gibt es mittlerweile eine stattliche Anzahl von Bestimmungen zu Schlichtungsverfahren. Nicht so im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich. Die Autorin legt am Beispiel eines Schulverfahrens dar, inwiefern sich die formale Struktur dieses Prozessgesetzes als zu starr erweist für bestimmte Lebenssachverhalte und wie bereits heute die Verfahren effizienter, rechtsfriedenfördernder und moderner geführt werden könnten. Zudem wagt sie einen Normierungsvorschlag de lege ferenda.

Inhaltsverzeichnis

- I. Fragestellung
- II. Thesen
- III. Ein Fall aus der Praxis
- IV. Kurzer Abriss des Verwaltungsverfahrens des Kantons Zürich
- V. Zwingendes öffentliches Recht und Konsensverfahren – ein Widerspruch?
 - 1. Begriff und Zweck von Konsensverfahren
 - 1.1. Zum einvernehmlichen Verwaltungshandeln allgemein
 - 1.2. Zur Mediation im Besonderen – kurz erklärt
 - 2. Mögliche Einbettung von Konsensverfahren ins Verwaltungsverfahren
- VI. Möglichkeiten zu mediativem Handeln gemäss VRG de lege lata
 - 1. Im Rekursverfahren nach §§ 19 ff. VRG
 - 2. Im Beschwerdeverfahren nach §§ 41 ff. VRG
- VII. Normierung der Konsensverfahren im VRG de lege ferenda
- VIII. Schlussfolgerung

I. Fragestellung

- [Rz 1] Das Verwaltungsverfahren des Kantons Zürich, geregelt im Verwaltungsrechtspflegegesetz von 1959 (VRG; [LS 175.2](#)) wie es heute im Jahr 2016 gilt, enthält keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zugunsten von Schlichtungs- oder Mediationsverfahren. Es ist im Gegenteil nach wie vor das schriftliche Verfahren für den Gang durch die Rechtsmittelinstanzen vorgesehen.

[Rz 2] Ist das gewollt? Handelt es sie hierbei um qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers? Oder ist eine ausdrückliche Regelung gar nicht nötig, vielleicht jedoch wünschenswert? Inwiefern gibt es Bedarf und Raum für mediatives Handeln oder Mediation im Verwaltungsverfahren? Immerhin kommen die Regeln des VRG in der Regel dann zur Anwendung, wenn öffentlichrechtliche Angelegenheiten entschieden werden müssen (zum Beispiel in kantonalen Steuer-, Sozial- und Jugendhilfe-, Bildungssachen etc.). Die Relevanz dieser Verfahrensbestimmungen ist offensichtlich.

II. Thesen

[Rz 3] Die zu belegenden *Thesen* dieses Beitrags beziehen sich in erster Linie auf die Verfahren im schulischen Umfeld der Volksschule, welche inhaltlich und formell im kantonalen Recht geregelt sind:

- 1. Konflikte im Bereich der Volksschule lassen sich auf dem herkömmlichen Rechtsmittelweg kaum auf effiziente, kostengünstige und rechtsfriedenfördernde Art und Weise lösen. Diese Art von Konflikten würde sich jedoch häufig und grundsätzlich gut eignen für mediatives Handeln im Verwaltungsverfahren oder für (behördennahe) Mediation.*
- 2. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich bietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage Möglichkeiten für mediatives Handeln sowie zur Sistierung zugunsten einer Mediation.*

[Rz 4] Diese Thesen möchte ich nachfolgend anhand eines Beispiels aus meiner Praxis veranschaulichen. Ich war die Anwältin der Schülerin beziehungsweise deren Eltern.

III. Ein Fall aus der Praxis

[Rz 5] Eine Primarschülerin, wohnhaft im Kanton Zürich, leidet an einer schwer einzuordnenden Behinderung im Bereich Sprache und/oder Gehör, über deren genaues Ausmass keine Klarheit besteht. Es gibt dazu verschiedene, divergierende Expertenmeinungen und Diagnosen. In der Vergangenheit ist es deswegen auch immer wieder zu Fehlbehandlungen gekommen (beispielsweise wurde dem Kind trotz nachweisbarer Hörfähigkeit monatelang ein Hörgerät aufgezwungen). Während die einen von einer Entwicklungsstörung der Sprache mit Störungen im Sprachausdruck ausgehen, vermuten andere eine zentrale Verarbeitungsstörung des Gehörten. Einig sind sich die Schulvertreter und die Eltern, dass die Schülerin ein besonderes pädagogisches Bedürfnis hat und eine Sonderschulung indiziert ist. Das ist allerdings der einzige gemeinsame Nenner. Die Eltern sind überzeugt, dass den Spracherwerbsschwierigkeiten primär und dringlich mit intensiver Logopädie, entweder in einer Sprachheilschule oder mittels integrierter Sonderschulung in die Regelklasse zu begegnen sei. Die Schulbehörden hingegen stellen sich auf den Standpunkt, dass eine Gehörlosenschule mit Erlernen der Gebärdensprache angezeigt sei.

[Rz 6] Da man sich nicht einigen konnte, beschloss die zuständige Schulpflege die Zuweisung zu einer Sonderschule für Gehörbeeinträchtigte. Der Beschluss hatte die Qualität einer einfachen Mitteilung, eine rechtlich genügende Begründung fehlte gänzlich. Die aufschiebende Wirkung des Rekurses an den Bezirksrat als erste Instanz wurde entzogen und die gesetzlich vorgeschriebene Rekursfrist von üblicherweise 30 Tagen wurde ohne Begründung auf 5 Tage verkürzt. Die Folge war ein Rechtsstreit, der rund 16 Monate lang dauerte, 7 Schriftenwechsel erforderte (üblicherweise sind es ein bis zwei Schriftenwechsel) und der nie materiell entschieden wurde.

[Rz 7] Auf tatsächlicher Ebene weigerte sich die Schülerin, in die entsprechende Sonderschule zu gehen. Die Eltern waren verzweifelt: Während sie jeden Tag die Kämpfe ihres Kindes erlebten, mussten sie sich von Behördenseite den Vorwurf gefallen lassen, dass sie letztlich Ursache seien für die Schulverweigerung. Es kam in der Folge gar

zu einer Gefährdungsmeldung an die KESB.

- [Rz 8] Während der Prozessdauer blieben allerdings Eltern und Schulbehörden nicht untätig. Es fanden viele Gespräche am runden Tisch statt. Es wurde von allen Seiten eine tragbare Kommunikationsbasis «zurückerarbeitet» und mit viel allseitigem Goodwill konnte eine pragmatische Lösung gefunden werden. Die Schülerin erhielt ein massgeschneidertes Massnahmen- und Schulsetting an ihrem Wohnort mit Logopädie, teilweiser Integration in der Regelklasse und Unterricht in einer kleinen Gruppe. Dieses Setting brachte Fortschritte bei der Schülerin und die Situation konnte sich beruhigen.
- [Rz 9] Nach Ablauf des entsprechenden Schuljahres erging dann endlich der Endentscheid des Bezirksrats: Das Verfahren wurde als gegenstandslos abgeschlossen. Schliesslich war das Schuljahr vorbei und damit die jährlich zu überprüfende Sonderschulzuweisung obsolet. Letztlich ging es nur noch um die Auferlegung der Kosten für das Verfahren.
- [Rz 10] Diese Verfahrenserledigung ist juristisch durchaus korrekt und elegant, verursachte wenig Begründungsaufwand für den Bezirksrat, was man grosszügig bei den Kosten berücksichtigen konnte und hinterliess vordergründig weder «Gewinner noch Verlierer». Dennoch ist ein solcher Ausgang nach so langer Zeit und derart intensiver Auseinandersetzung mit einer komplexen Situation höchst unbefriedigend. Der Fall war vom Tisch, aber nicht gelöst. Er wurde letztlich am runden Tisch und dank mediativem Engagement aller Beteiligten auf der operativen Schulebene gelöst.
- [Rz 11] Die rekurrierenden Eltern, die einen erheblichen Aufwand hatten in zeitlicher, emotionaler und finanzieller Hinsicht, hätten sich gewünscht, dass der Entscheid der Schulpflege auch inhaltlich durch eine übergeordnete Instanz – am liebsten durch ein unabhängiges Gericht – beurteilt wird. Die Feststellung, dass der Rechtsstreit seines «Gegenstands abhanden» gekommen ist, trifft die Wahrnehmung und das Bedürfnis der Rechtsuchenden in keiner Weise. Aus ihrer Warte hat der Elefant eine Maus geboren. Wozu gibt es dann überhaupt eine Rechtsmittelmöglichkeit, fragten sie sich. Dieser Mechanismus ist nicht selten im Bereich der Volksschule. Durch diese Art der Rechtsanwendung kann das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit und letztlich der Anspruch auf Zugang zum Recht leiden.
- [Rz 12] Hätte der Bezirksrat andere Möglichkeiten gehabt? Hätte er beispielsweise statt einer weiteren schriftlichen Eingabe die Parteien zu einer Einigungsverhandlung vorladen oder zu einer Mediation auffordern können? Hätte er eine aktive rechtsfriedenfördernde Rolle zum Wohl der Schülerin übernehmen können statt das Verfahren bis zur Gegenstandslosigkeit zu bewirtschaften?

IV. Kurzer Abriss des Verwaltungsverfahrens des Kantons Zürich

- [Rz 13] Das Verwaltungsrecht regelt die Besorgung der gesetzlich übertragenen Staatsaufgaben durch die zuständige Behörde, deren Organisation und das einzuhaltende Verfahren.¹ Das Verwaltungsrecht gehört zum öffentlichen Recht, ist in der Regel zwingender Natur und dient der Wahrung öffentlicher Interessen.²
- [Rz 14] Die Behörden können auf verschiedene Arten handeln. Die wichtigsten Handlungsformen sind die Verfügung (oder Beschlüsse), der verwaltungsrechtliche Vertrag oder auch das tatsächliche Tätigwerden durch Realakte.³
- [Rz 15] Der Rahmen jeden behördlichen Handelns ist das Recht (Legalitätsprinzip), das öffentliche Interesse sowie die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, von Treu und Glauben und der Rechtsgleichheit sowie das Willkürverbot.⁴

[Rz 16] Gegen jede Form des Verwaltungshandelns kann der Rechtsweg beschränkt werden. Sofern keine Einsprache vorgesehen ist, steht in der Regel der Rekurs an die übergeordnete Behörde offen.⁵ In Schulsachen ist dies im Kanton Zürich der entsprechend zuständige Bezirksrat. Ein Rekurs hat in der Regel aufschiebende Wirkung, die Rekursinstanz hat volle Kognition und das Recht wird von Amtes wegen angewendet. Die erstinstanzlichen Rekursentscheide können dann in der Regel ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weitergezogen werden und schliesslich – wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind – ans Bundesgericht.

V. Zwingendes öffentliches Recht und Konsensverfahren – ein Widerspruch?

[Rz 17] Ob alternative Formen der Konfliktlösung innerhalb dieser Leitplanken des zwingenden öffentlichen Rechts möglich und zulässig sind, war in der Vergangenheit umstritten, beziehungsweise es wurde darauf hingewiesen, dass dabei ein besonderes Augenmerk darauf zu richten sei, dass Mediation nicht rechtsungleiche Behandlung rechtfertige und auch nicht dazu dienen könne, dass die Aufgabe der Verwaltung – nämlich zu verfügen – umgangen werde.⁶

[Rz 18] Die neuere Lehre und Forschung kommen hingegen zum Ergebnis, dass Konsensverfahren zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben sowohl im Rahmen des informellen als auch des formellen Verwaltungshandelns möglich sind, wobei immer die erwähnten Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns zu beachten sind.⁷ Der Anwendungsbereich von Konsensverfahren im Bundesverwaltungsrecht ist mittlerweile breit angelegt und etabliert.⁸ Sogar im Steuerrecht entspricht Steuerruling⁹ langjähriger Praxis.¹⁰ Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen, inwiefern es legitim ist, dass starke Marktteilnehmer auf Augenhöhe mit den staatlichen Organen verhandeln und sich so allenfalls Vorteile verschaffen, können im Rahmen dieses Beitrags allerdings nicht diskutiert werden.

[Rz 19] Spätestens seit der Einführung von Art. 33b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), welcher seit dem 1. Januar 2007 in Kraft ist, dürfte die Diskussion um die Vereinbarkeit von öffentlichem Recht und Mediation an Relevanz verloren haben beziehungsweise sich dahingehend verlagert haben, wo, wie und unter welchen Rahmenbedingungen Mediation im öffentlichen Recht konkret zur Anwendung kommen kann.

[Rz 20] Diese Gesetzesbestimmung hat folgenden Wortlaut:

Art. 33b VwVG:

Gütliche Einigung und Mediation

1

Die Behörde kann das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Die Einigung soll einschliessen, dass die Parteien auf Rechtsmittel verzichten und wie sie die Kosten verteilen.

2

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

3

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

Ermächtigung der Behörde.

4

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

5

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

6

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

[Rz 21] Die Grundsatzdiskussion für oder gegen Konsensverfahren im öffentlichen Recht muss damit zwar nicht mehr geführt werden,¹¹ dennoch bleibt eine kritische, rechtsstaatlich sensibilisierte Auseinandersetzung mit der Frage, in welchen Fällen konsensuales Handeln geeignet ist und in welchen eben gerade nicht, m.E. weiterhin nötig.¹²

[Rz 22] Das Verwaltungsverfahrensgesetz selber gibt dazu in Art. 49 VwVG einige Leitplanken vor: Die gütlich erzielte Einigung leidet an einem Mangel, wenn durch deren Inhalt Bundesrecht verletzt wird, bei Unangemessenheit oder bei Fehlern bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes.

1. Begriff und Zweck von Konsensverfahren

1.1. Zum einvernehmlichen Verwaltungshandeln allgemein

[Rz 23] Die Terminologie für das «einvernehmliche Verwaltungshandeln» oder für das mediative Handeln ist uneinheitlich. In der Literatur wird auch von informeller Kooperation gesprochen oder Begriffe wie Abkommen, Abrede, Absprache, Kompromiss, Übereinkunft, Vergleich, Verständigung, Vereinbarung, Vertrag, Zusicherung oder Vorentscheid etc. verwendet.¹³ Einvernehmliches, mediatives Verwaltungshandeln ist unabhängig von einer allparteilichen Drittperson und von einem bestimmten Verfahrensablauf, wie ihn beispielsweise die Mediation vorschreibt, möglich.

[Rz 24] Das einvernehmliche Verwaltungshandeln zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass statt oder vor Erlass einer Verfügung die Behörde mit den Privaten einen Konsens sucht oder Kooperation vereinbart. Private sollen auf diese Weise freiwillig und formlos zu einem bestimmten Handeln bewegt werden, so dass idealerweise auf eine einseitig hoheitliche Anordnung verzichtet werden oder dass zumindest ein Rechtsstreit dagegen vermieden werden kann.¹⁴ Aber auch die Wiedererwägung einer Verfügung durch die Erlassbehörde kann zu den Konsensverfahren gezählt werden, wenn damit aufgrund neuer Tatsachen oder aus besserer Einsicht auf Entscheide zurückgekommen wird.¹⁵ Vorteile ergeben sich auf alle Seiten. Zu den augenfälligsten gehören: Akzeptanz des Verwaltungshandelns, kurze Verfahrensdauer, Prozessökonomie, weniger Kosten, Entlastung der Behörden und Gerichte etc.

1.2. Zur Mediation im Besonderen – kurz erklärt

[Rz 25] Mediation ist ein strukturiertes Verfahren, um Streitigkeiten beizulegen. Die Konfliktparteien sollen ihre

Auseinandersetzung freiwillig und fair unter Anleitung einer allparteilichen Verfahrensleitung, der Mediatorin oder dem Mediator, eigenverantwortlich lösen.¹⁶

[Rz 26] Das Mediationsverfahren lässt sich zur Hauptsache in sechs Phasen einteilen: In Phase 1 werden die Rahmenbedingungen geklärt (wie Verhaltensregeln, Vertraulichkeit, Ort, Ablauf, Dauer, Honorar, Teilnehmer etc.) und es wird das Arbeitsbündnis geschlossen. In Phase 2 werden die Themen gesammelt, wobei jede Konfliktpartei ihre Streitpunkte und Positionen darlegen kann. In Phase 3 erfolgt die Konfliktherhellung. Es stellen sich hier Fragen nach den Interessen und Bedürfnissen. Was ist wem wirklich wichtig und aus welchen Gründen? In Phase 4 suchen die Konfliktparteien gemeinsam nach Optionen und Möglichkeiten. Ziel ist es, möglichst kreativ zu sein und zu einer Art Team zu werden. In Phase 5 werden die realisierbaren Lösungen dann konkret verhandelt¹⁷ und ausgehandelt, was schliesslich zu einer schriftlichen Vereinbarung führt (Phase 6), die dann in der Realität umgesetzt werden kann.¹⁸

2. Mögliche Einbettung von Konsensverfahren ins Verwaltungsverfahren

[Rz 27] Wie bereits dargelegt, sind Konsensverfahren bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren – also vor Erlass einer anfechtbaren Verfügung – möglich. Konsensverfahren sind jedoch auch noch später, im strittigen, formellen Verwaltungsverfahren denkbar, wobei grob drei verschiedene Formen unterschieden werden können:¹⁹

- Einigung zwischen den Parteien: Die Parteien können ihren Konflikt selbständig und ohne Unterstützung eines Dritten lösen. Beispielsweise kann das Verfahren gemäss Art. 33b Abs. 1 VwVG sistiert werden, damit sich die Parteien gütlich einigen können.²⁰
- Einigung mit Hilfe von behördlicher Vermittlung: Die Verwaltungsbehörde kann versuchen, mit mediativen Elementen zwischen den Parteien zu schlichten. Die Schlichtung ist ohne Weiteres durch den gesetzlichen Auftrag des Behördenhandelns gedeckt.²¹ In einem Schlichtungsversuch kann unter Umständen stärker und direkter auf die Vergleichsbereitschaft der Parteien eingewirkt und es können Vergleichsvorschläge eingebracht werden. Eine behördliche Schlichtung ist auch dann möglich, wenn den Parteien die Bereitschaft fehlt, sich auf eine Mediation einzulassen.²²
- Ein Konflikt kann ausserdem zwischen den Parteien eines Verwaltungsverfahrens insofern beigelegt werden, als dass zwischen den Parteien von einem neutralen oder allparteilichen Dritten (einem Mediator oder einer Mediatorin) vermittelt wird. Dieser Dritte ist nicht für die Entscheidungsfindung zuständig und wird daher oft als unabhängig wahrgenommen.²³

VI. Möglichkeiten zu mediativem Handeln gemäss VRG de lege lata

[Rz 28] Das VRG enthält keine direkte Bestimmung zur Möglichkeit der Sistierung zugunsten einer Mediation wie zum Beispiel das VwVG des Bundes oder einzelne Kantone.²⁴ Dennoch gibt es Raum für einvernehmliche Bemühungen.

[Rz 29] Ein Blick ins Stichwortverzeichnis des VRG-Kommentars, der «Bibel»²⁵ des öffentlichen Verfahrensrechts des Kantons Zürich, ist zunächst nicht gerade vielversprechend. Das Stichwort «Mediation» wird einzig im Zusammenhang mit der Ombudsperson im Kanton erwähnt.²⁶ Stichworte wie Vermittlung, Schlichtung, Einigungsverhandlung, Konsensverfahren etc. fehlen gänzlich.

[Rz 30] Weitaus ergiebiger ist dagegen das Gesetz selber. Werden die Bestimmungen aus der Perspektive des «homo mediator»²⁷ gelesen, so zeigt sich ein erheblicher Gestaltungsspielraum zugunsten mediativer Handlungsmöglichkeiten in der Verfahrensführung.

1. Im Rekursverfahren nach §§ 19 ff. VRG

[Rz 31] Das Rekursverfahren wird grundsätzlich schriftlich geführt. Der Rekurs ist innert Frist mit Antrag und Begründung bei der zuständigen Behörde einzureichen (§ 23 VRG). Daraufhin erhalten die anderen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Vernehmlassung (§ 26b VRG). Anschliessend kann die Rekursinstanz einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder zu einer mündlichen Verhandlung vorladen (§ 26b Abs. 3 VRG).

[Rz 32] In einer mündlichen Verhandlung kann der entscheidrelevante Sachverhalt unter Umständen besser ermittelt werden, die Parteien können unmittelbar mit (zusätzlichen) Erkenntnissen konfrontiert werden und es kann zudem eine Einigung versucht werden.²⁸ Es ist denkbar, dass in einer solchen mündlichen Verhandlung eine vollständige Einigung, eine Teileinigung oder eine Vereinbarung über das weitere Vorgehen (zum Beispiel Sistierung des Verfahrens zugunsten einer Mediation, Versuchsphasen, weitere Abklärungen, um dann später das formelle Verfahren fortzusetzen) erzielt wird. Das alles ist auf dem Schriftweg nur schwer realisierbar, denn keine der Prozessparteien wird von sich aus vorzeitig von ihrer Position abrücken, da ein solcher Vorschlag als Schwäche oder Unsicherheit interpretiert werden könnte. Zudem sind solche «Anträge» beziehungsweise «Vorschläge» prozessrechtlich nicht vorgesehen. Wie wären sie zu stellen und zu behandeln? Welche Kostenfolgen wären zu gewärtigen? Einem vorsichtig prozessierenden Anwalt wäre dies zu risikobehaftet. Hinzu kommt, dass Einigungsbemühungen in erster Linie in der Kompetenz der Verfahrensleitung liegen und eben gerade nicht bei den Prozessparteien.

[Rz 33] Einen weiteren, grossen Vorteil einer mündlichen Verhandlung ist darin zu sehen, dass Einigungsgespräche nicht protokolliert werden dürfen.²⁹ Sind alle Beteiligten dazu bereit, kann es sogar kontraproduktiv sein, Äusserungen, Ideen oder allfällige Zugeständnisse im Hinblick auf eine gütliche Einigung zu protokollieren, da sie sonst – bei Scheitern – in den Akten wären und daher ins formelle Verfahren Eingang gefunden hätten, auch wenn sie im eigentlichen Sinne nicht verwertbar wären. Es reicht mithin eine Protokollnotiz, dass Einigungsgespräche geführt werden. Gelingt eine Einigung, wird dies ebenfalls protokolliert. Sowohl das Rekurs- als auch das Beschwerdeverfahren gemäss VRG kennen den Vergleich als mögliche Erledigungsform, wobei der gerichtliche vom ausserprozessualen Vergleich unterschieden wird.³⁰ Bei Scheitern findet der ordentliche Prozess seinen Fortgang.

[Rz 34] Einen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung im verwaltungsinternen Rekursverfahren gibt es nicht.³¹ Aber die Verfahrensleitung hat diese Gestaltungsmöglichkeit, die – wie skizziert – erheblich ist. Nach meinen eigenen Erfahrungen wird dieser Spielraum in der Verfahrensführung zugunsten einer gütlichen Einigung durch die Bezirksräte im Kanton Zürich allerdings praktisch nicht genutzt, wobei mir dazu statistische Erhebungen fehlen. Worin mögen die Gründe dafür liegen? Gerade im eingangs geschilderten Praxisfall wäre eine mündliche Verhandlung wohl äusserst hilfreich gewesen. In Schulsachen sind alle Beteiligten auf eine mittel- bis längerfristige Zusammenarbeit angewiesen zum Wohl der Schülerin oder des Schülers. Diese Ausgangslage ist geradezu optimal für Einigungsbemühungen. Eine Einigung hat zudem in einem frühen Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens wohl mehr Chancen, als wenn sich die Fronten während der Dauer eines langwierigen Prozesses weiter verhärten. Wenn es um Fragen wie die Angemessenheit oder Geeignetheit einer Beschulung geht, gibt es auch immer mehrere denkbare Optionen, weshalb hier auch kein zwingendes öffentliches Recht einer Verhandlung entgegenstehen würde. Und da der Faktor Zeit in Schulsachen absolut vorrangig ist, wäre eine schnelle Verfahrenserledigung wichtig.

2. Im Beschwerdeverfahren nach §§ 41 ff. VRG

[Rz 35] Im Gegensatz zur Rekursinstanz ist das Verwaltungsgericht ein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 29a und 30 der Bundesverfassung (BV). Der wesentliche Unterschied zwischen der Beschwerde ans Verwaltungsgericht

und dem Rekurs nach §§ 19 ff. VRG besteht in der Überprüfungsbefugnis. Während die Rekursinstanz volle Kognition hat, ist jene des Verwaltungsgerichts grundsätzlich auf eine Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt.³²

[Rz 36] Auch für die Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ist Schriftlichkeit vorgesehen. Gemäss § 59 VRG kann jedoch auf Antrag der Parteien oder von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung angeordnet werden. Obwohl es sich wörtlich um eine «kann»-Vorschrift handelt, besteht im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung.³³ Soweit das VRG für das Beschwerdeverfahren keine eigenen Bestimmungen enthält, kommen jene des Verwaltungsverfahrens entsprechend zur Anwendung und ergänzend dazu die Vorschriften der Zivilprozessordnung für die Prozessleitung, das prozessuale Handeln und die Fristen (§§ 70 und 71 VRG). Der Verweis betrifft den 1. Teil des 9. Titels der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (d.h. Art. 124–149 ZPO) sowie den 6. Teil, 1. und 2. Abschnitt des GOG (d.h. §§ 117–147 GOG).

[Rz 37] Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere von Interesse, dass gemäss Art. 124 Abs. 3 ZPO das Verwaltungsgericht auch im Beschwerdeverfahren jederzeit versuchen kann, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen oder/und gestützt auf Art. 126 ZPO das Verfahren zu sistieren, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind.

[Rz 38] Im Verweis auf die GOG-Bestimmungen findet sich auch die Bestimmung zur unentgeltlichen Mediation, wobei diese gemäss ZPO allerdings bisher nur auf familienrechtliche Verfahren betreffend Kinderbelange zur Anwendung kommen soll.

[Rz 39] Obwohl eine Verfahrenserledigung durch Vergleich oder Anerkennung im VRG nicht geregelt ist, hat das Verwaltungsgericht verschiedene Möglichkeiten, das Verfahren zu beenden.³⁴ Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich ist folgende: Bei einem Vergleich, der unter Mitwirkung des Verwaltungsgerichts zustande gekommen ist, kommen zwei Erledigungsarten in Betracht. Sofern der Vergleich zur Wiedererwägung durch die verfügende Behörde führt, kann das Beschwerdeverfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden. Oder aber es wird dem erzielten Vergleich mit einem summarisch begründeten Beschwerdeentscheid Rechnung getragen.³⁵

[Rz 40] Wird ein aussergerichtlich erzielter Vergleich eingereicht und wird darin der Rückzug der Beschwerde vereinbart, so wird das Beschwerdeverfahren ebenfalls gegenstandslos und kann abgeschrieben werden. Ein aussergerichtlicher Vergleich ohne Rückzugsklausel führt wiederum zu einer summarischen Prüfung und daher zu einem materiellen Endentscheid durch das Verwaltungsgericht.³⁶

[Rz 41] *Zwischenfazit:* Sowohl im Rekurs- als auch im Beschwerdeverfahren ist es möglich, mündliche Einigungsverhandlungen durchzuführen und im Vergleichsfall das Verfahren zu erledigen. Es ist dank dem Verweis auf die ZPO auch möglich, das Beschwerdeverfahren zugunsten von aussergerichtlichen Einigungsbemühungen zu sistieren. Da die Verfahrenssistierung als prozessleitende Zwischenverfügung³⁷ ein in der Praxis allseits anerkanntes Rechtsinstitut ist, ist die Sistierungsmöglichkeit m.E. ohne Weiteres analog auch für das Rekursverfahren anwendbar.³⁸

VII. Normierung der Konsensverfahren im VRG de lege ferenda

[Rz 42] Braucht es nun – trotz der bereits bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten von Konsensverfahren – eine

explizite gesetzliche Grundlage im VRG?

[Rz 43] Unter Hinweis auf das Legalitätsprinzip, die Rechtsnatur des formellen Verfahrensrechts und die im Bereich des öffentlichen Rechts einzuhaltenden rechtsstaatlichen Prinzipien ist eine gesetzliche Grundlage im VRG m.E. nötig. Durch eine Normierung bekämen die Konsensualvarianten einen festen Platz im Handlungsspektrum der Verfahrensleitung, würden officialisiert, aufgewertet und dank der Transparenz könnte sich eine Rechtspraxis dazu entwickeln. Da bereits nach geltendem Recht mündliche Einigungsverhandlungen durchgeführt werden können, ginge es zur Hauptsache darum, die Sistierung des Verfahrens zugunsten einer «gütlichen Einigung» oder Mediation zu verankern. Als Vorbild könnte der bestehende Art. 33b VwVG dienen. Eine knappe, offene Formulierung würde jedoch m.E. ebenfalls ausreichen. Beispielhaft hier die Formulierung im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons St. Gallen zum Verständigungsversuch: «Die Rekursinstanz versucht in geeigneten Fällen eine gütliche Verständigung.»³⁹

[Rz 44] Eine Mediationsnorm müsste als «kann»-Vorschrift ausgestaltet sein, denn es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Mediation geeignet, erforderlich und verhältnismässig ist und ob ein öffentliches Interesse dafür besteht. Zudem muss das Gesetz einen Ermessensspielraum belassen. Ein Sistierungsentscheid zugunsten einer Mediation oder eines anderen Konsensverfahrens ist zu begründen. Der Mediator selber rückt in seiner Rolle in die Nähe einer «beliehenen» Amtsperson, die zwar unparteilich und nur dem Gesetz verpflichtet ist, aber im klaren Auftrag handelt, die öffentlichen Interessen zu wahren. Damit wird der Mediator zur einer Art Sachverständiger eigener Art, der mit der Entscheidvorbereitung betraut ist und zur Feststellung des Sachverhaltes beiträgt. Der Mediator wird also zum Verfahrensgehilfen, wobei das Gesetz sowohl Grundlage als auch Schranke darstellt.⁴⁰ Es besteht also ein gradueller Unterschied zur Rolle des Mediators im privaten Bereich, die die Parteien in ihrer selbstbestimmten Konfliktbeilegung unterstützt.

VIII. Schlussfolgerung

[Rz 45] Es besteht bereits heute ein beachtlicher Spielraum für mediative Verfahrensführung vor Rekurs- und Beschwerdeinstanz. Dieser wird jedoch noch zu wenig aktiv genutzt. Es empfiehlt sich daher, dass der Gesetzgeber einen entsprechenden Impuls und einen klaren Akzent zugunsten von effizienten, rechtsfriedensfördernden und modernen Verfahrensstrukturen setzt. Letztlich kann so das Vertrauen in die Rechtspflege gestärkt und der Zugang zum Recht besser gewährleistet werden.

[Rz 46] Gerade im eingangs geschilderten Praxisfall wäre eine mündliche Verhandlung wohl hilfreich gewesen, denn es darf nicht darauf vertraut werden, dass in jedem Fall auf der operativen Ebene früher oder später eine Einigung erzielt werden kann. In Schulsachen sind alle Beteiligten auf eine mittel- bis längerfristige Zusammenarbeit zum Wohl der Schülerin oder des Schülers angewiesen. Dies gehört zum gesetzlichen Auftrag der Volksschule und daran haben sich alle Beteiligten, auch die Rechtsmittelinstanzen, zu orientieren. Diese Ausgangslage ist geradezu optimal für Einigungsbemühungen. Eine Einigung hat zudem in einem frühen Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens erfahrungsgemäss mehr Chancen, als wenn sich die Fronten während der Dauer eines langwierigen Prozesses weiter verhärten. Wenn es um Fragen wie die Angemessenheit oder Geeignetheit einer Beschulung geht, gibt es auch immer mehrere denkbare Optionen, weshalb hier auch kein zwingendes öffentliches Recht einem Verhandeln entgegenstehen würde. Und da der Faktor Zeit in Schulsachen absolut vorrangig ist, wäre eine schnelle Verfahrenserledigung wichtig.

[Rz 47] Wenn die formale Struktur eines Rechtsverfahrens zu starr ist, um der tatsächlichen Entwicklung eines Kindes und dessen (Bildungs-)Bedürfnissen Rechnung zu tragen, und daher infolge der Veränderung der Ausgangslage riskiert wird, dass gar nicht mehr inhaltlich entschieden werden kann, dann braucht es eine Anpassung des

Verfahrensrechts. Es könnte – einen Schritt weitergedacht – sogar geprüft werden, inwiefern im Volksschulbereich die gesetzliche Pflicht zur Durchführung einer dem strittigen Verfahren vorgelagerte Mediation vorgesehen werden sollte. Dies allenfalls sogar als *lex specialis* im Volksschulgesetz. Zumindest jedoch sollte die Durchführung einer mündlichen Einigungsverhandlung in einem sehr frühen Stadium des Rekursverfahrens (m.E. vorzugsweise noch vor Abschluss des ersten Schriftenwechsels also bereits nach Eingang der Rekurschrift und Aktenbeizug) in Angelegenheiten der Volksschule obligatorisch erklärt werden.

Lic.iur. INGRID INDERMAUR ist Rechtsanwältin und Mediatorin in Zürich; sie ist Partnerin bei der Advokatur Aussersihl (www.advokaturaussersihl.ch).

Basis für diesen Beitrag bildet die Facharbeit, die die Autorin im Mai 2016 für den Zertifizierungslehrgang CAS Mediation und Konfliktlösungskompetenz an der Universität Freiburg i.Üe. eingereicht hat. Im beschriebenen Praxisfall war die Autorin die Anwältin der Schülerin und deren Eltern.

-
- 1 Vgl. TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 1 N 20.
 - 2 Vgl. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich St. Gallen 2016, N 49.
 - 3 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 841 ff.
 - 4 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §§ 19–23 sowie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 320.
 - 5 Vgl. §19b Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG).
 - 6 PFISTERER THOMAS, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, in: AJP 12/2010, S. 1540 ff., S. 1553; vgl. ausführlich das Referat von SCHWANDER Ivo (Universität St. Gallen) zum Thema «Legalitätsprinzip, Rechtsgleichheit, Ermessen – zentrale Aspekte des öffentlichen Rechts und der Umgang mit ihnen in der Mediation» anlässlich der Tagung «Mediation in Politik und Verwaltung» vom 2. November 2006 in Zürich, Tagungsband S. 1 ff. und insbesondere S. 4 ff.
 - 7 NOTTER PANDORA, Mediation im Verwaltungsverfahren, Diss. Bern 2013, S. 16 m.w.H.
 - 8 Zum Beispiel Art. 55c des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG; [SR 814.01](#)), Art. 12d des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; [SR 451](#)) und Art. 14 ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; [SR 700](#)).
 - 9 Gemäss REICH MARKUS, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, S. 58, sind Steuerabkommen (Steueruling) Vereinbarungen zwischen einem Steuerpflichtigen und der Steuerbehörde, mit welchem die Steuerleistungen beziehungsweise Bestand, Umfang oder Art der Erfüllung der Steuerpflicht abweichend von der gesetzlichen Ordnung geregelt werden.
 - 10 Vgl. NOTTER, S. 18.
 - 11 Vgl. PFISTERER, S. 1542.
 - 12 Als besondere Eignungskriterien werden u.a. genannt: Verhandlungsspielraum bei der Sachverhaltsfeststellung oder/und der Rechtsanwendung, Einzelfallbeurteilung, keine Widerhandlung gegen Rechtsgleichheitsgrundsatz, Mediation muss im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein. Vgl. dazu PFISTERER, S. 1556, und NOTTER, S. 149 f.
 - 13 NOTTER, S. 16, Fn 92.
 - 14 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1422 ff. und 1797; NOTTER, S. 16 f.
 - 15 Vgl. NOTTER, S. 20 f.
 - 16 Vgl. HAAS ESTHER/WIRZ TONI, Mediation – Konflikte besser lösen, Beobachter Ratgeber, 4. Aufl., Zürich 2015, S. 11 ff.
 - 17 Vgl. dazu zum Beispiel FISHER ROGER/URY WILLIAM/PATTON BRUCE, Das Harvard Konzept: die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, 25. Aufl., Frankfurt a.M. 2015.
 - 18 Vgl. dazu zum Beispiel HAAS/WIRZ, S. 30 ff.; vgl. dazu vertieft DIEZ HANNELORE, Werkstattbuch Mediation, Köln 2005.
 - 19 Vgl. NOTTER, S. 32 ff.
 - 20 Vgl. WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2016 (zitiert: PK VwVG-BEARBEITER/IN, Art. N); PK VwVG-SIEGWART, Art. 33b N 2 und 27 ff.
 - 21 Vgl. PK VwVG-SIEGWART, Art. 33b N 52.
 - 22 PFISTERER, S. 1540 ff.
 - 23 NOTTER, S. 34.
 - 24 Zum Beispiel § 34 Abs. 2^{bis} des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Aargau ([SAR 271.200](#)).
 - 25 Vgl. Infotext der Schulthess Juristische Medien Verlag AG zur 3. Auflage des VRG Kommentars, ausführlich zitiert in FN 26 nachstehend, vgl. insbesondere den Leporello zur Publikation des Verlags, <https://www.schulthess.com/buchshop/detail/ISBN-9783725559657/Griffel-Alain-Hrsg./Kommentar-zum-Verwaltungsrechtspflegegesetz-des-Kantons-Zuerich-VRG> (Website zuletzt besucht am 27. Oktober 2016).

- 26 GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2014, (zitiert: VRG Kommentar-BEARBEITER/IN, § N), VRG Kommentar-JAAG, Vorbem. zu §§ 87–94a N 18.
- 27 DUSS-VON WERDT JOSEPH, homo mediator, Klett-Cotta Fachbuch 2005.
- 28 VRG Kommentar-GRIFFEL, § 26b N 32.
- 29 SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zitiert: BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. N); BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 235 N 11.
- 30 Vgl. VRG Kommentar-GRIFFEL, § 28 N 27 f. Wegen der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts muss die Rekursinstanz gerade im Falle einer ausserprozessualen Einigung den Vergleich summarisch auf Angemessenheit und Rechtmässigkeit prüfen, bevor sie das Verfahren als erledigt abschreibt.
- 31 Vgl. VRG Kommentar-GRIFFEL, § 26b N 33.
- 32 VRG Kommentar-DONATSCH, Vorbem. zu §§ 41–71 N 4.
- 33 Vgl. VRG Kommentar-GRIFFEL, § 26b N 33.
- 34 Vgl. VRG Kommentar-DONATSCH, § 63 N 10 m. H. zur Praxis des Verwaltungsgerichts.
- 35 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2011.00044](#) vom 30. August 2011 E. 5.4.
- 36 Vgl. dazu VRG Kommentar-DONATSCH, § 63 N 11 ff. m.w.H.
- 37 NOTTER, S. 157.
- 38 Vgl. dazu VRG Kommentar-BERTSCHI/PLÜSS, Vorbem. zu §§ 4–31 N 34 ff.
- 39 Art. 54 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen (VRP) vom 16. Mai 1965 ([sGS 951.1](#)).
- 40 Vgl. NOTTER, S. 87 ff.