

Umweltmediation im österreichischen Recht

Grundlagen – Potential – Instrumente

**Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft,
Umwelt und Wasserwirtschaft**

Schriftenreihe des BMLFUW
Band 4/2003

Republik Österreich
Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
April 2003

Erstellt von:

Ferdinand Kerschner Institut für Umweltrecht, Linz

Wilhelm Bergthaler Rechtsanwälte Haslinger / Nagele & Partner

Harald Hittinger Hittinger & Pichler OEG Communication and Environment

Im Auftrag des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft

Projektleitung im BMLFUW:

Mag. Karl-Thomas Büchele, Mag. Karl-Maria Maitz (Abteilung V/1)

MEDIENINHABER UND HERAUSGEBER:

Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft,
Abteilung V/1 - Anlagenbezogener Umweltschutz
Stubenbastei 5, 1010 Wien

Druck: Druckerei Berger, 3580 Horn

Gedruckt auf Umweltzeichenpapier

Copyright: Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 3-902 338-20-2

Unter Angabe der Quelle ist eine Verwendung zulässig.

Sollten Sie für diesen Band keine Verwendung mehr haben, können Sie diesen an das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zur Weiterverwendung bzw. Verwertung zurücksenden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft erstellt. Sie behandelt ausgewählte – von Seiten der Praxis, der Wissenschaft und auch der Legistik aufgeworfene - Rechtsfragen in Zusammenhang mit Mediation bei umweltrelevanten Projekten.

Aus juristischer Betrachtung liegt die Mediation an einer geradezu klassischen, aber auch besonders umstrittenen Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht. Sie eröffnet den Parteien im Spannungsfeld zwischen der Oficialmaxime des Verwaltungsverfahrens und der Vertragsfreiheit des Privatrechts neue Handlungsspielräume. Diese "heikle" Positionierung mag die rechtssichere Anwendung dieses Instruments bisweilen erschweren oder mit Unsicherheiten belasten.

Anliegen unserer Studie ist es, einerseits das rechtliche Potential der Mediation nach bestehender Rechtslage auszuloten. Dabei haben wir versucht, aus der Perspektive aller Betroffenen Vorzüge, aber auch Grenzen der Mediation deutlich zu machen. Wo wir völliges Neuland betreten haben, wollen wir zumindest taugliche Diskussionsgrundlagen bieten.

Andererseits sollen auch Ausbaumöglichkeiten der Umweltmediation in der Weiterentwicklung des Umweltrechts skizziert werden. Dabei schlagen wir keine umfassende Regelung in einem neuen Gesetz, sondern nur eine ganz behutsame Novellierung in Einzelfragen vor.

Grundlage für unsere Untersuchungen in diese beiden Richtungen sind die Falldokumentationen, die wir an verschiedenen Stellen erhoben haben; zu besonderem Dank sind wir hier den Umweltsanwälten *DI Dr. Johann Wimmer* (Oberösterreich) und *Dr. Wolfgang Wiener* (Salzburg) verpflichtet.

Für vielfältige Anregungen und konstruktive Kritik danken wir weiters Frau *Dr. Waltraud Petek*, Herrn *Mag. Karl-Maria Maitz* und Herrn *Mag. Karl Thomas Büchele*.

An Konzeption und Ausarbeitung der Studie waren maßgeblich Herr *Mag. Christoph Grumböck* (Institut für Umweltrecht Linz) und Frau *Dr. Verena Obrovski*, an redaktioneller Endgestaltung und Layout *Alexandra Uden* und *Denise Rohringer* (HNP Wien) beteiligt.

Die Untersuchung wurde im Dezember 2002 abgeschlossen; im Zuge der Endredaktion im März 2003 wurde – soweit möglich – neuere Judikatur und Literatur noch berücksichtigt.

Linz, Wien, Deutsch-Wagram
März 2003

Ferdinand Kerschner

Wilhelm Bergthaler

Harald Hittinger

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Inhaltsverzeichnis	3
Abkürzungsverzeichnis	7
Hinweise zur Zitierweise.....	9
I. EINLEITUNG.....	10
1. Der "Bedarf" nach Mediation.....	10
2. Ursprünge – Begriffsklärung – Grenzen der Mediation	13
3. Phasen einer Umweltmediation	17
4. Mögliche Funktionen.....	18
5. Struktur der möglichen Rechtsbeziehungen	19
6. Typischer Ablauf und Inhalt eines Mediationsverfahrens	24
6.1 Sachverhalt eines typischen Umweltkonflikts	24
6.2 Muster einer Mediationsvereinbarung	25
a) Verpflichtungen des Projektwerbers	25
b) Verpflichtungen der Anrainer	28
c) Allgemeine Bestimmungen	28
6.3 Komponenten und Ablauf eines Umweltkonflikts	30
II. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN DER MEDIATION IN ÖSTERREICH UND EUROPA.....	33
1. Europarechtliche Rahmenbedingungen	33
2. Konfliktvermittlung und Mediation im österreichischen Zivilrecht	35
2.1 Mediation im Familienrecht	36
a) Scheidungsmediation.....	36
b) Mediation bei Obsorgestreitigkeiten	37
2.2 Mediation im Nachbarrecht (Entwurf)	38
2.3 Gesetzesentwurf "gerichtsnahe Mediation"	39
3. Konfliktvermittlung und Mediation im österreichischem Verwaltungsrecht.....	41
3.1 Vermittlungsversuch	42
3.2 Beurkundung von und Bindung an Übereinkommen	43
a) Beurkundung in der Verhandlungsschrift	43
b) Beurkundung im Bescheid	43
c) Bindungswirkung der Einigung im Verfahren	44
3.3 Die "Anerkennung" der Mediation durch § 16 (2) UVP-G.....	46
4. Mediation im Entwurf eines deutschen Umweltgesetzbuches.....	48

III. EINBINDUNG DER MEDIATION IN DAS ÖSTERREICHISCHE VERWALTUNGSVERFAHREN: SCHNITTSTELLEN, BERÜHRUNGSPUNKTE, ENTLASTUNGSPOTENTIAL	51
1. Mediation als Instrument der Verwaltungsentlastung?.....	51
1.1 Dogmatische Einordnung	51
1.2 Hilfsfunktion und Ergänzungsfunktion.....	52
2. Welche Verwaltungsaufgaben kann die Mediation im Verfahrensablauf unterstützen?.....	53
2.1 Projektierungsphase	54
a) Gegenstand	54
b) Entlastungspotentiale	55
c) Grenzen und Risiken.....	56
2.2 Verfahrensfeststellung	56
a) Gegenstand	56
b) Entlastungspotentiale	57
c) Grenzen und Risiken.....	57
Exkurs: Parteieneinigung als Tatbestandsmerkmal für vereinfachtes Verfahren	58
2.3 Verfahrenseinleitung.....	59
a) Gegenstand	59
b) Entlastungspotentiale	59
c) Grenzen und Risiken.....	60
2.4 Ermittlungs- und Verhandlungsphase.....	61
a) Gegenstand	61
b) Entlastungspotentiale	61
c) Grenzen und Risiken.....	62
2.5 Entscheidungsphase	63
a) Gegenstand	63
b) Entlastungspotentiale	63
c) Grenzen und Risiken.....	64
Exkurs: Parteieneinigung als Tatbestandsmerkmal für die Genehmigungsfähigkeit	64
2.6 Nachträgliche Anpassung	65
3. Abstimmung von Mediation und Verwaltungsverfahren.....	66
3.1 Zeitliche Koordination	66
3.2 Funktionale Abstimmung.....	68
3.3 Formelle und materielle Koordination	70
a) Bedarf an Koordinationsnormen?	70
b) Der Vermittlungsauftrag gemäß § 43 (5) AVG	71
c) Verhältnis der Mediation zum Vermittlungsauftrag.....	73
aa) "Vermittlungsauftrag" als "Einfallstor" für die Berücksichtigung von Mediations-ergebnissen.....	73
bb) Vermittlungsauftrag als Mediationsauftrag?.....	76
cc) Zeitliche Koordination.....	77
d) Wechselseitige Ergänzung von Mediation und Verwaltungsverfahren.....	78
3.4 Verfahrensdauer und Mediation	78
3.5 Mediation nach dem Vorbild von § 460 Z 7a ZPO.....	79

4. Mediation und Behördenentscheidung.....	80
4.1 Umsetzung von Mediationsergebnissen im Bescheid.....	80
a) Mediationsvereinbarung als Tatbestandsmerkmal/Voraussetzung für die Durchführung eines vereinfachten Verfahrens	81
b) Durch Mediationsvereinbarung "Außerstreitstellung" von Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen	84
c) Verfassungsrechtliche Grenzen.....	85
d) Disponibilität subjektiv-öffentlicher Rechte?.....	89
e) Die öffentlich-rechtliche Bindungswirkung der Mediationsvereinbarung; Einwendungen als Vertragsbruch.....	94
f) Die Beurkundung.....	97
4.2 Mediation und öffentlich-rechtliche Rechtsatzformen.....	98
a) Verwaltungsrechtlicher Vertrag	98
b) Pläne und Programme	100
4.3 Wechselwirkungen zwischen Mediationsvereinbarung und Genehmigungsbescheid	102
a) Diskrepanz zwischen Mediationsvereinbarung und Bescheid	102
b) Wegfall des Bescheides	105
c) Wegfall der Mediationsvereinbarung	106
aa) Zivilrechtliche Gestaltungsmittel und Rechtsfolgen	106
bb) Auswirkungen des Wegfalles einer Mediationsvereinbarung auf ein nachfolgendes Verwaltungsverfahren	110
IV. MEDIATION UND VERTRAGSRECHTLICHE INSTRUMENTE: KOOPERATIONSVEREINBARUNG UND MEDIATIONSVEREINBARUNG.....	115
1. Der Kooperationsvertrag ("Arbeitsvereinbarung").....	115
1.1 Rechtliche Qualifikation.....	115
1.2 Typische Inhalte eines Kooperationsvertrages	116
1.3 Die Vereinbarung der Verschwiegenheitspflicht im Rahmen des Mediationsvertrages 119	
a) Vereinbarung einer Vertragsstrafe	120
b) Sittenwidrigkeit der Konventionalstrafe	122
c) Schadenersatzpflicht wegen Verletzung der vertraglich vereinbarten Verschwiegenheitspflicht	123
d) Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage	123
e) Schlussfolgerungen.....	125
2. Die Mediationsvereinbarung	127
2.1 Rechtliche Qualifikation der Mediationsvereinbarung	127
a) Ziel der Mediation.....	127
b) Rechtliche Analyse der typischen Inhalte der Mediationsvereinbarungen	127
c) Option des öffentlich-rechtlichen Vertrages	133
d) Zivilrechtlicher Vertrag / rechtsgeschäftliche Einordnung.....	134
aa) Mehrseitiger Vertrag	135
bb) Innominatkontrakt.....	135
cc) Entgeltliches Rechtsgeschäft	136
dd) Dauer- und/ oder Zielschuldverhältnis?	136
ee) Synallagmatische Verknüpfung.....	137
e) Disposition über Nachbarschutz / Einwendungs- und Rechtsmittelverzicht	137
aa) Disposition über nachbarrechtlichen Immissionsschutz	138
aa) Einwendungs- und/oder Rechtsmittelverzicht	141
f) Vereinbarung als Vergleich.....	143

g) Vereinbarung als Anerkenntnis.....	144
h) Vereinbarung als Verzicht	145
2.2 Formale und inhaltliche Erfordernisse der Mediationsvereinbarung.....	146
a) Inhaltliche Erfordernisse.....	147
b) Formale Erfordernisse	148
c) Schlussfolgerungen.....	149
2.3 Grenzen und Zulässigkeit von Mediationsvereinbarungen in Form eines zivilrechtlichen Vertrages	150
a) Privatautonomie.....	150
b) Sittenwidrigkeit.....	152
aa) Sittenwidrigkeit von Haftungsausschlüssen.....	153
i) <i>Haftungsausschlüsse, die das Rechtsgut Gesundheit betreffen</i>	153
ii) <i>Haftungsausschlüsse, die andere Rechtsgüter als die Gesundheit betreffen</i>	153
bb) Sittenwidrigkeit von Verzichten	154
i) <i>Der unbestimmte Verzicht auf künftige Einwendungen (§ 937 ABGB)</i>	154
ii) <i>Unverzichtbarkeit bei Gesundheitsgefährdungen</i>	155
iii) <i>Verzicht auf Belästigungsschutz</i>	156
iv) <i>Verzicht auf sachenrechtlichen Rechtspositionen</i>	158
v) <i>Verzicht auf überindividuelle Rechtsgüter</i>	158
c) Rechtspositionen Dritter (Nichtbeteiligte und/oder Nichtunterzeichner).....	159
aa) Vertrag zulasten Dritter	159
bb) Vertrag zugunsten Dritter.....	160
cc) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	162
3. Diskrepanz zwischen Mediations- und Verwaltungsverfahren.....	162
3.1 Projektänderungen	162
a) Änderungen während des Mediationsverfahrens	162
b) Nachträgliche Änderungen	162
aa) Bedingung.....	162
bb) Geschäftsgrundlage.....	163
cc) Vorbehalt.....	164
dd) Neuverhandlungsklausel.....	164
ee) Salvatorische Klausel.....	165
3.2 Übererfüllung gesetzlicher Verpflichtungen	166
4. Rechtsschutz.....	168
V. RECHTSPOLITISCHE VORSCHLÄGE	170
1. Verfahrensrechtliche Vorschläge	170
2. Materiellrechtliche Vorschläge	171
VI. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	173
ANHANG 1: AUSGEWÄHLTE VERTRAGSINHALTE AUS MEDIATIONSVEREINBARUNGEN	181
ANHANG 2: VERZEICHNIS DER ABGEKÜRZT ZITIERTEN LITERATUR	188

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS. 946/1811 idgF
ABI	=	Amtsblatt
Art	=	Artikel
AWG 2002	=	Abfallwirtschaftsgesetz 2002, BGBl. I 102/2002
AVG	=	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl. 51/1991 idgF
BMLFUW	=	Bundesministerium/Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
B-VG	=	Bundes-Verfassungsg, BGBl. 1/1930 idgF
EheRÄG	=	Eherechtsänderungsgesetz
EO	=	Exekutionsordnung, RGBl. 79/1896 idgF
EU	=	Europäische Union
ForstG	=	Forstgesetz 1975 BGBl 440/1975 idgF
GBG	=	Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955, BGBl. 39/1955 idgF
GewO	=	Gewerbeordnung 1994, BGBl. 194/1994 idgF
ggf	=	gegebenenfalls
hA	=	herrschende Ansicht
idR	=	in der Regel
insb	=	insbesondere
IPPC-RL	=	Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. 9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung
iSd	=	im Sinne des
iSv	=	im Sinne von
iZm	=	im Zusammenhang mit
JAP	=	"Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung"
JBl	=	"Juristische Blätter"
JRP	=	"Journal für Rechtspolitik"
KindRÄG	=	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl. 135/2000 idgF
lit	=	litera
mE	=	meines Erachtens
MinroG	=	Mineralrohstoffgesetz, BGBl. I 38/1999 idgF
NVwZ	=	"Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht"
Oö BauO	=	Oberösterreichische Bauordnung 1994, LGBl. 66/1994
OGH	=	Oberster Gerichtshof

ÖGUT	=	Österreichische Gesellschaft für Umwelt und Technik
ÖJZ	=	"Österreichische Juristen-Zeitung"
ÖZW	=	"Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht"
Pkt	=	Punkt
RdU	=	"Recht der Umwelt"
RL	=	Richtlinie
Rz	=	Randzahl
Seveso-II-RL	=	RL 96/82/EG des Rates vom 9.12.1996 zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen
StGB	=	Strafgesetzbuch, BGBl. 60/1974 idgF
StGG	=	Staatsgrundgesetz, RGrBl. 142/1867
uE	=	unseres Erachtens
UGBA	=	Umweltgesetz für Betriebsanlagen
UIG	=	Umweltinformationsgesetz, BGBl. 495/1993 idgF
UMG	=	Umweltmanagementgesetz, BGBl. I 96/2001 idgF
usw	=	und so weiter
uU	=	unter Umständen
UVP	=	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVP-G	=	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000, BGBl. 697/1993 idgF
UVP-RL	=	RL 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten
UVP-ÄnderungsRL	=	RL 97/11/EG des Rates vom 3.3.1997 zur Änderung der Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
vgl	=	vergleiche
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
VwVfG	=	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VwGH
WRG	=	Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl. 215/1959 idgF
zB	=	zum Beispiel
ZfU	=	"Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht"

ZPO	=	Zivilprozessordnung, RGBL 113/1895 idgF
zT	=	zum Teil

Hinweise zur Zitierweise

Die im Verzeichnis des Anhang 2 enthaltenen Vollzitate werden im Text mit Kurzzitat – Name des Autors, Erscheinungsjahr (bei Loseblattausgaben: Kennzahl des Beitrags), Seite (oder bei Kommentaren: § und Rz) – zitiert.

Falls zur Unterscheidung notwendig, wird anstelle des Erscheinungsjahrs ein Kurztitel angeführt.

I. Einleitung

1. Der "Bedarf" nach Mediation

Der umweltrechtliche Interessenkonflikt im Zeitalter der "Industriegesellschaft" ist (noch immer) von einem Schwarz-Weiß-Bild geprägt. Erst in den letzten Jahren finden in der öffentlichen Wahrnehmung konsensuale Formen des umweltpolitischen Diskurses stärkeren Niederschlag; auch diese wurzeln freilich im tradierten – konfrontativen – Grundmuster: auf der einen Seite Umwelteingriffe mit erheblichem Gefahrenpotential im Dienste industrieller Expansion, auf der anderen Seite die engagierte Öffentlichkeit, die solche Vorhaben kritisch hinterfragt oder gar mit Leidenschaft bekämpft¹.

Der "umweltbewegte" Aktivist, der zivilen Widerstand gegen die drohende Naturzerstörung übt, ist zu einem soziologischen Typus geworden, den die britische Umweltrechtsprofessorin *Joanne Scott* als "Swampy" charakterisiert.² Als Grund für diese Polarisierung und Triebfeder des Bürgerprotests wird nicht nur das wachsende Umweltbewusstsein der Bevölkerung ausgemacht, sondern auch das latent vorhandene **Misstrauen der Rechtsunterworfenen gegen all das, was dem Herrschaftsbereich des Staates zuzurechnen ist.**

Im Umweltbereich zählt dazu insbesondere das Verfahren der Genehmigungserteilung, das sich diesem Engagement mit den typischen Formen hoheitlichen Verwaltungshandelns nicht oder nur unzureichend öffnen kann: sei es die Amtswegigkeitsmaxime, das Legalitätsprinzip oder der Verursachergrundsatz - all diesen ist gemein, dass sie bestimmte Themen der Parteiendisposition weitgehend entziehen. Der Bürger ist von seiner verfahrensrechtlichen Rolle her automatisch in die Position des Einwenders gedrängt; echte Mitwirkungs- oder Gestaltungsmöglichkeiten stehen ihm nicht offen. Er befürchtet oft eine **bloße "Legitimation des Vorhabens durch das Verfahren"**, ohne dass die wahren Umweltsachprobleme angegangen oder gar gehört werden. Verfahrensablauf und verfahrensrechtliche Positionen rücken in den Mittelpunkt und drängen manche Sachfragen - vor allem wenn sie vorhabensübergreifende (regional- oder umwelt-)politische Aspekte betreffen - in den Hintergrund. Die Lösung der vorhabensbezogenen Sachfragen wird vielfach auf die Beurteilung des Sachverständigen reduziert, dessen Auswahl (anders als im Zivilprozess)

¹ *Zieher* 1999, 225, spricht plakativ von "Frontalkonfrontationen"; vgl auch. *Ferz* 2002, 318.

² *Scott* 1998, 1, ordnet diesen Typus bildhaft "the side of the angels" zu und hebt vor allem dessen Verweigerung gegenüber komplexen verfahrensrechtlichen Abläufen hervor: "'Swampy', (...) has devoted his young life to tunnelling relentlessly in the path of any new intended road or airport runway development; thus causing massive disruption. Swampy has tunnelled not only relentlessly but also thoughtlessly, both of his own safety and of the wider issues which lead to decisions to construct, or in his view 'de-struct'".

von den Parteien kaum beeinflussbar ist und dessen inhaltliche Arbeit nur auf gleicher fachlicher Ebene verfahrenswirksam erörtert werden kann.

Dieser **formale Ablafraster mit kontradiktorischer Rollenverteilung**³ ist in einem Verwaltungsverfahren, sei es auch noch so bürgernahe geführt, nur schwer aufzubrechen. Dieses Defizit wird im Rahmen der Fortentwicklung des Umweltverfahrensrechts durchaus erkannt: Gerade die fortschrittlichsten Instrumente wie die Umweltverträglichkeitsprüfung bemühen sich verstärkt um die Integration sozialer Aspekte in das Verfahren.⁴ Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, dass sich die Sozialverträglichkeit eines Vorhabens oder auch einer vorhabensbezogenen Entscheidung mit den herkömmlichen Instrumenten des Verfahrensrechts nicht mehr oder nur unzureichend bewerkstelligen lässt.

Die **Integration sozialer Komponenten und deren engagierter Repräsentanten verlangt ein offeneres Forum**. Diesen "Bedarf" belegen gerade auch Großverfahren⁵ über typischerweise umstrittene Anlagen wie Entsorgungsanlagen oder Kraftwerke; zunehmend ist die Entwicklung zu beobachten, dass über solche Vorhaben "Volksbefragungen" durchgeführt werden.⁶ Freilich bestehen gegen die Einrichtung **klassischer plebiszitärer Instrumente** in diesem Bereich grundsätzliche **verfassungsrechtliche Bedenken**; sie sind im Hinblick auf das Legalitätsprinzip bei allen Fragen, die einer individuellen behördlichen Entscheidung unterliegen, ausgeschlossen.⁷ Der Verfassungsgesetzgeber hat gerade in solchen Verfahren auf andere effektivere Instrumente der Bürgerbeteiligung verwiesen.⁸

Als solches Instrument stellt sich zunehmend jenes der **Mediation** heraus; gerade in der österreichischen Verwaltungspraxis sind seit längerem rudimentäre Formen oder

³ *Schrader* 1999, 156 benennt diese Konstellation als "formale Zweierbeziehung mit dominantem Partner statt mit offenem Austausch".

⁴ Vergleiche *Stein* 1997, 260, der die Berücksichtigung sozialer Fragen als den entscheidenden Faktor bei der Fortentwicklung der Umweltverträglichkeitsprüfung anspricht. Allgemein wird im UVP-rechtlichen Schrifttum eher die Scopingphase und die darin vorgesehene öffentliche Erörterung als Einfallstor für eine "environmental mediation" nach amerikanischen Vorbild gesehen (*Nisipeanu*, 1993, 323 FN 42; *Schoeneberg* 1993, 58; für Österreich: *Wimmer/Bergthaler* 1998, 174.)

⁵ *Ramsauer* 1997, 161.

⁶ Vergleiche etwa aus der jüngeren Zeit die Volksbefragungen zu Abfallbehandlungsanlagen in *Zistersdorf* und *Arnoldstein*, sowie auch den Beschluss der Kärntner Landesregierung 15 A - 7/146/01: "Wesentliche Änderungen bei thermischen Anlagen (z.B. Kapazitätserweiterungen, Anlagenneuerrichtungen, Entsorgung zusätzlicher Abfallstoffe) sind dem Kollegium der Kärntner Landesregierung zur Beratung und Beschlussfassung vorzulegen. Außerdem ist in der Standortgemeinde eine Volksbefragung durchzuführen."

⁷ Nach dem zweiten Satz des Art 49b Abs 1 B-VG, können "Angelegenheiten, über die eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, (...) nicht Gegenstand einer Volksbefragung sein."

⁸ Vergleiche die Materialien zu Art 49b Abs 1 B-VG (IA 137/A XVII. GP, 4), wonach Volksbefragungen "keinen unmittelbaren Eingriff in das Legalitätsprinzip gemäß Art 18 B-VG darstellen" sollen; "dies bedingt, dass konkrete Verfahren, über die ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, daher ausschließlich nach den hierfür geschaffenen Gesetzen entschieden werden. In solchen Angelegenheiten soll daher die Durchführung einer Volksbefragung ausgeschlossen werden";

Abwandlungen der Mediation, in jüngerer Zeit auch klassische Formen der Mediation im Vordringen begriffen.⁹

Der Bedarf an Mediation kann aber nicht nur aus dem Partizipationsinteresse der engagierten Öffentlichkeit begründet werden, er ergibt auch im Kontext der Bemühungen um eine **Verfahrensbeschleunigung und Verfahrensprivatisierung** Sinn¹⁰: Aus dieser Perspektive bietet Mediation die Möglichkeit, zeit- und kostenaufwändige Auseinandersetzungen zwischen Projektwerbern und Projektgegnern zu minimieren oder im Vorfeld "abzufangen"¹¹, die andernfalls in einen "Gutachtenskrieg" ausarten können oder - als Folge der beschränkten Kognitionsbefugnis der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts - oft über rein formale Fragen entschieden werden. Zeit- und Kostenökonomie ist dabei also nur ein Aspekt; es geht auch darum, die Auseinandersetzung der Parteien tatsächlich über die materiell wesentlichen Fragen zu führen.¹²

Letztlich belegen die aufgezeigten formellen und materiellen Aspekte der Mediation eine Tendenz, vorhabensbezogene Verfahren und Entscheidungen auch **standortpolitisch zu legitimieren**.¹³

Insoweit ist der Bedarf an Mediation aus ganz unterschiedlichen Gesichtspunkten evident; der UVP-Gesetzgeber hat im Umweltbereich als Erster darauf auch mit einer eigenen Bestimmung reagiert.

diesbezüglich wären Instrumente der "Bürgerbeteiligung" einzuführen, um eine "stärkere Einbeziehung von Bürgern in Verwaltungsverfahren zu verwirklichen."

⁹ ÖGUT 1999, 47, listet aus der österreichischen Praxis 6 klassische Mediationsverfahren, 13 mediationsähnliche Verfahren und 5 Verfahren mit mediativen Elementen aus der österreichischen Verwaltungspraxis auf. *Hellriegel* 2002, 94, verweist auf die Konfliktmittlungspraxis des oberösterreichischen Umwelthanwalts; diesen hebt auch *Barbian* 1992, 187 ff in besonderer Weise hervor.

¹⁰ Die Einbeziehung von "Konsenstechniken" in förmliche Verfahren gehört wohl zu den maßgeblichen Faktoren der neueren Verfahrensentwicklung; vgl aus jüngerer Zeit etwa die preisgekrönte Arbeit von *Ehrke* 2002 zum Abgabenrecht oder die Funktion der "öffentlichen Erörterung" in Großverfahren – dazu *Kante* 2002, 197. Auch *Steinacher* 2003, 129, sieht die Mediation als Teil einer Entwicklung zur "Aufweichung des staatlichen Konfliktlösungsmonopols".

¹¹ Diese Komponente betont vor allem *Harrison* 1997, 87.

¹² Dazu *Harrison* 1997, 87f. *Claus* 1999, 285, macht den **"ökonomischen Nutzen" der Mediation** an vier Aspekten fest: Verringerung von Konfliktkosten nach dem Prinzip "Brandschutz statt Feuerwehr", Rationalitätsgewinne durch mehrdimensionale Lösungen, Effektivitätssteigerung, Gewinne durch Beschleunigung von Entscheidungsprozessen und Überwindung von Innovationshemmnissen.

¹³ Diese Funktion als **soziale Friedensicherung (Sozialverträglichkeit)** bedingt eben auch die Behandlung von Sachfragen, die formal zwar im Verfahren irrelevant sein mögen, im sozialen Umfeld aber als bestimmend empfunden werden. Hinzu kommt auch das Element der **Bestandssicherheit**: Da Genehmigungen der sogenannten "Beschleunigungs-gesetzgebung" mangels Nachbarbeteiligung keine Sperrwirkung gegenüber Unterlassungsansprüchen gemäß § 364 ABGB entfalten können, bedarf es insoweit auch einer zivilrechtlichen Absicherung, die z.B. ein Mediationsvertrag leisten kann. Gleiches gilt aus der Perspektive der Nachbarn, die die Umgebungswidmung ihres Wohnbereiches vor zukünftigen Änderungen durch vertragliche "Konservierung" schützen können.

Diese rechtliche Ausgangslage und die auf Basis derselben möglichen Entwicklungen, aber auch Ansätze einer Fortentwicklung der rechtlichen Grundlagen sind Gegenstand der vorliegenden Studie.

2. Ursprünge – Begriffsklärung – Grenzen der Mediation

Als Ursprungsland der modernen Mediation gelten die Vereinigten Staaten von Amerika. Dort wurde in den 70er Jahren begonnen, Streitparteien verschiedene Konfliktlösungsmodelle als Alternative zu den ordentlichen Gerichtsverfahren anzubieten (Alternative Dispute Resolution): Die Palette der Instrumente reicht von schiedsähnlichen Modellen mit relativ großer Regelungsdichte bis zu losen, uU professionell "begleiteten" Verhandlungsrunden – darunter eben auch die Mediation als "Mittellösung"¹⁴.

Die **europäische Entwicklung** folgt zum Teil diesen Vorbildern, hat zum Teil aber auch eigenständige Wurzeln in der Vermittlungsfunktion von "Ombudsleuten" und "Bürgerbeauftragten". Daraus ist wohl auch zu erklären, dass ein inhaltliches Schwergewicht der Mediation in verbrauchernahen Materien liegt.¹⁵ Ein weiteres Einfallstor ist das Familienrecht, das prozessual traditionell einen starken außerstreitigen Akzent und materiell einen rechtlich allein nicht oder nur ungenügend fassbaren Streitgegenstand hat und sich insoweit als offen für die Mediation erweist. Im Umweltrecht sind in der praktischen Konfliktbewältigung mediative Elemente im Ländervergleich unterschiedlich ausgeprägt, zum Teil durchaus schon etabliert; die gesetzgeberische Integration und Reglementierung dieses Instruments hinkt aber – mit wenigen Ausnahmen – hinter der Entwicklung anderer Rechtsbereiche hinterher.

Die **österreichische Entwicklung** passt ins europäische Bild: Mediative Konzepte werden seit längerem gehandhabt, gerade auch als Instrument der Umweltschlichter. Die explizite gesetzgeberische Anerkennung erfolgte aber erst jüngst. Vorreiter war auch hier das Familienrecht¹⁶: Gerade in diesem Bereich werden außergerichtliche Vereinbarungen in Form von Mediationsvereinbarungen zusehends häufiger eingesetzt und anerkannt. Zuerst hat die

¹⁴ Vgl den Überblick bei *Hellriegel* 2001, 41 ff; *Holznagel* 1989, 421ff, 429.

¹⁵ Mediative Akzente werden – abseits des hier interessierenden Zusammenhangs – auch auf der Ebene der (internationalen) Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend stärker; dazu *Hempel* 2002, 182.

¹⁶ Aus anderen Rechtsbereichen ist vor allem die Diversion im Strafrecht hervorzuheben – dazu *Loderbauer* 2002, 174.

Mediation im Zuge des EheRÄG 1999 in § 99 Abs 1 EheG¹⁷ eine positiv-rechtliche Verankerung gefunden. Im Umweltbereich ist der UVP-Gesetzgeber mit der Novelle 2000 (BGBl I 2000/89) gefolgt.

Im Rahmen dieser ersten legislativen Anerkennung stellt sich vorab die Frage, von welchem Mediationsmodell ausgegangen wird.

Ein eigener Definitionsversuch wird in den genannten Gesetzesstellen nicht unternommen; nach den Materialien ist wohl davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das **fachsprachliche Begriffsverständnis** aufgreift. Dieses sei im Folgendem kurz skizziert.

Zur Mediation ieS:

Unter Mediation versteht man die Einschaltung eines neutralen unparteiischen Dritten in den Konflikt, der sowohl verfahrens- als auch ergebnisorientiert eingreift und die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen unterstützt, jedoch über keine eigene Entscheidungskompetenz verfügt¹⁸.

Über eine Reihe von Leitprinzipien wird die Mediation inhaltlich näher bestimmt und von anderen alternativen Konfliktlösungsmodellen abgegrenzt:¹⁹.

- **Leitung:** Die Verfahrensleitung erfolgt durch einen externen, allparteilichen und von den Konfliktparteien anerkannten Dritten (Mediator bzw Mediatorenteam).
- **Selbstbestimmtheit und Eigenverantwortung:** Die Beteiligten der Kontroverse nehmen ihre Interessen und Bedürfnisse eigenverantwortlich wahr und vertreten diese innerhalb des Umweltmediationsverfahrens.
- **Informiertheit:** Alle Beteiligten erhalten einen uneingeschränkten Zugang zu den entscheidungsrelevanten Informationen und nützen diesen auch.

¹⁷ § 99 Abs 1 EheG lautet: "Ein zwischen Ehegatten zur Erzielung einer gütlichen Einigung über die Scheidung und deren Folgen berufsmäßig und auf der Grundlage einer fachlichen Ausbildung in Mediation vermittelnder Dritter (Mediator) ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm bei den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen anvertraut oder sonst bekannt wurden. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der Verjährung oder sonstige Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Scheidung der Ehe gehemmt."

¹⁸ vgl statt vieler Breidenbach 1995, 4 mwN.

¹⁹ Diese Zusammenstellung orientiert sich an den Ergebnissen einer Arbeitsgruppe, in der der Förderverein Umweltmediation eV, die Interessengemeinschaft Umweltmediation eV, die Fernuniversität Hagen, die Universität Oldenburg, die Mediator GmbH und der Deutsche Anwaltsverein vertreten sind. Siehe in diesem Zusammenhang auch Dolp/Soder/Hütter 2001, 11 (12) sowie Fitsch 2001,70 (72).

- **Freiwilligkeit:** Weder die Konfliktparteien noch der Mediator können zur Durchführung eines Vermittlungsverfahrens²⁰ noch zum Abschluss einer Vereinbarung gezwungen werden. Mit diesem Grundsatz ist implizit auch ein umfassendes Beendigungsrecht verbunden; jedem Beteiligten steht das Recht zu, das Verfahren ohne Angabe von Gründen zu beenden.
- **Beteiligung aller Betroffenen:** Am Umweltmediationsverfahren sind nach Möglichkeit alle vom geplanten Projekt betroffenen Personen und Institutionen zu beteiligen. Falls erforderlich sind Vertretungs- und Delegationsregelungen zu treffen. Derartige Regelungen sind insb dann erforderlich, wenn eine große Zahl an Verfahrensbeteiligten zu erwarten ist, was bei großen umweltrelevanten Projekten regelmäßig der Fall sein wird.
- **Ergebnisoffenheit:** Mediationsverfahren bei umweltrelevanten Vorhaben sind ergebnisoffen (zB auch in Richtung Verzicht auf das Projekt ["Nullvariante"] oder Möglichkeit der Kompensation). Sie sollen weder der bloßen Akzeptanzbeschaffung noch der Verfahrenverschleppung dienen – solcher Missbrauch des Mediationsverfahrens ist tunlichst zu unterbinden.
- **Vertraulichkeit:** Eine Weitergabe von Informationen, die aus dem Mediationsverfahren stammen, ist ohne ausdrückliche Zustimmung des jeweiligen Betroffenen nicht gestattet (dazu im Detail unter IV 1.2).
- **Erfolgskriterium:** Mediation ist nur dann erfolgreich, wenn sie mit einer für alle Beteiligten zufrieden stellenden und grundsätzlich verbindlichen Vereinbarung abgeschlossen wird, die schließlich auch umzusetzen ist.

Diese Prinzipien spiegeln sich auch in der Definition der Mediation im österreichischen Entwurf des Bundesgesetzes über die gerichtsnaher Mediation²¹ wider.

In dessen § 1 heißt es:

²⁰ Vgl aber jetzt den Entwurf des BMJ zu einem Nachbarrechts-Änderungsgesetz (JMZ 5.007/104-I 2/2002), der von einer entsprechenden Verpflichtung, Vermittlungsverfahren durchzuführen, ausgeht (vgl S 19 f). Dagegen und vor allem auch gegen die Kostentragungsregel (ausnahmslose Verpflichtung des Antragstellers, unabhängig vom Ausgang der nachfolgenden Verfahren!) bestehen allerdings erhebliche Bedenken.

§ 1 (1) *Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen.*

(2) *Gerichtsnaher Mediation ist Mediation zur Lösung von Konflikten, zu deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind.*

Der rechtliche und praktische Gewinn einer solchen Legaldefinition ist freilich beschränkt; mit der mangelnden Klarstellung der Ergebnisverbindlichkeit – die, wie unten gezeigt wird, aber ein wesentliches Erfolgskriterium ist – bleibt einzige Rechtsfolge die terminologische Abgrenzung, welche individuellen Konfliktlösungsvarianten als Mediation in engeren Sinn qualifiziert werden können.²²

Der Anwendung der Mediation sind auch **Grenzen** gesetzt; manche (verhärtete) Konfliktkonstellationen sind mit diesem Instrument zumindest nicht effizient bewältigbar. Dies betrifft – nach Erfahrungen in den Vereinigten Staaten – insbesondere Fälle, in denen grundsätzliche Wertedebatten zur Diskussion stehen²³. Derartige Konfliktumstände sind gerade im Bereich des Umweltrechts denkbar; beispielhaft seien das Thema Atomkraft oder einzelne Aspekte der Gentechnik erwähnt, bei denen manche Streitpositionen aus prinzipiell unvereinbaren gesellschaftspolitischen Handlungsoptionen abgeleitet sind. Unvereinbar deshalb, weil sich diese Positionen gerade über die bedingungslose Ablehnung und Bekämpfung der jeweils gegnerischen Position definieren und bestimmen.

Um Mediation wirkungsvoll einsetzen zu können, müssen daher folgende **allgemeine Voraussetzungen** vorliegen:

- der Konflikt muss noch kompromissfähig sein,
- es müssen ausreichende Verhandlungsanreize für die Beteiligten vorliegen,

²¹ www.parlingkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/002/ME00283.html.

²² Aus Sicht der Praxis ist vor einem unnötigen Dogmatismus bei der Legaldefinition der Mediation, der bestimmte Erscheinungsformen der alternativen Konfliktregelung ausgrenzt und sich auf eine einzige Methodik festlegt, zu warnen. Wesentlicher als bloss terminologische oder theoretische Differenzierungen ist für die Praxis die Etablierung von Standards – vgl die Publikationen des deutschen Fördervereins Umweltmediation e.V.; ähnlich gegen eine zu enge methodische Beschränkung des Gesetzgebers bei der Anerkennung alternativer Konfliktregelungsmodelle Ferz 2002, 322 zum "Ephesos"-Modell.

²³ Hütter 1999, 160 (167).

- es muss die Möglichkeit bestehen, die Beteiligten an die Verhandlungsergebnisse zu binden²⁴.

3. Phasen einer Umweltmediation

Der eigentlichen Mediation geht meist eine sog **Anlaufphase (Initiierungsphase)** voraus, in der die konfligierenden Parteien Erkundigungen über die wesentlichen Merkmale der Mediation sowie etwaige Finanzierungsmöglichkeiten einholen. In Anschluss an diesen informellen Abschnitt folgt das eigentliche Mediationsverfahren, das sich in eine Vorbereitungs-, eine Durchführungs- und eine Entscheidungsphase unterteilen lässt²⁵.

- **Vorbereitungsphase:** Die sachgerechte Vorbereitung des Verfahrens ist für den Erfolg der Mediation essentiell. In diesen Abschnitt fällt insbesondere die Auswahl und Beauftragung des Mediators bzw des Mediatorenteams (der "*Mediationsauftrag*"), die gemeinsame Konfliktanalyse, die Identifizierung der betroffenen Personen, die Klärung etwaiger Vertretungsbefugnisse, die Festlegung der Verfahrensregeln und der Verhandlungsmodalitäten (Verhandlungsort, zeitlicher Rahmen, Termine, Geheimhaltungsinteressen, Öffentlichkeitsbeteiligung) sowie die Einigung über die Kostentragung und den Einsatz von Sachverständigen. Wichtig ist, dass schon in dieser Phase den Beteiligten der Eindruck vermittelt wird, als gleichberechtigte Akteure an den Verhandlungen teilzunehmen. Am Ende dieses Abschnittes, in dem noch keine inhaltliche Erörterung des Streitgegenstandes stattfindet, steht der Abschluss des "*Kooperationsvertrages*". Nach geläufiger Terminologie darf dieser Vertrag²⁶, der am Beginn des Mediationsverfahrens von allen Beteiligten geschlossen wird, nicht mit der "*Mediationsvereinbarung*", die am Ende des Konfliktlösungsverfahrens die Ergebnisse des Verhandlungsprozesses zusammenfasst und ausschließlich von den Konfliktparteien unterzeichnet wird, verwechselt werden. Wir halten die bisweilen geübte terminologische Abgrenzung –

²⁴ Ramsauer 1997, 163.

²⁵ Ramsauer 1997, 167.

²⁶ In der Praxis zeigt sich, dass die Konfliktparteien - gerade in der sensiblen Vorbereitungsphase eines Mediationsverfahrens - davor zurückschrecken, einen "Vertrag" zu errichten. Häufig wird daher ein Terminus wie "Arbeitsvereinbarung" vorgezogen. Auch von der persönlichen Unterfertigung dieser Arbeitsvereinbarung wird aus den oben erwähnten Vorbehalten manchmal Abstand genommen und eine einvernehmliche "Absegnung" mittels Beschlusses bevorzugt. Wenngleich diese "Aufweichungen" primär psychologisch motiviert sind, verdeutlichen sie doch die Vorbehalte, die einer allzu juristischen Ausprägung des Instituts der Mediation entgegenstehen; rechtlich kann dieser mangelnde Bindungswille dazu führen, dass anstelle eines *Kooperationsvertrages* eine bloße Gefälligkeitszusage vorliegt (sh näher unter Pkt. IV.1).

Mediationsvereinbarung für den einen, Mediationsvertrag für den anderen Vertrag (manchmal uneinheitlich und in entgegengesetztem Sinne gebraucht) - für wenig geglückt (zur Klärung der Begriffe unter I.5).

- **Durchführungsphase:** Diese Phase beginnt mit der Festlegung eines Verhandlungsplanes und des inhaltlichen Ablaufes der Gesprächsrunden. Anschließend erfolgt eine gemeinsame Problembeschreibung, eine Bestandsaufnahme sowie ein (im Idealfall) möglichst uneingeschränkter Informationsaustausch. Weiters besteht in dieser Phase die Möglichkeit, Fachleute von zuständigen Behörden, Experten von Bürgerinitiativen und Sachverständige in die Verhandlungen miteinzubeziehen. Dieser Abschnitt ist für das Mediationsverfahren von besonderer Bedeutung, weil darin die Klärung des maßgeblichen Sachverhalts erfolgt, der die Grundlage für ein adäquates Ergebnis darstellt. Weiters wird in dieser Phase durch die Erarbeitung verschiedener Optionen sowie die Sammlung neuer Ideen und Alternativen eine wichtige Grundstruktur für die Problemlösung in der nächsten Phase geschaffen.
- **Entscheidungsphase:** Diesem Abschnitt kommt wohl die größte praktische Bedeutung im Mediationsverfahren zu. Ziel dieser Phase ist die Suche einer für beide Konfliktseiten akzeptablen Lösung. Wird eine Einigung erzielt, ist diese in einen Vertrag einzubetten. Weiters muss geklärt werden, wie die getroffenen Maßnahmen in der Praxis umgesetzt werden können, insb ob Streitigkeiten ausschließlich im Zivilrechtsweg ausgetragen werden müssen, oder ob die Einigung von der Behörde im verwaltungsrechtlichen Entscheidungsprozess berücksichtigt werden kann/soll und somit auch im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Instanzenzuges geltend gemacht werden kann.

4. Mögliche Funktionen

Schon einleitend ist deutlich geworden, dass einem Mediationsverfahren ganz verschiedene Funktionen zukommen können. Wenn über eine (maßvolle) Regelung der Mediation im Umweltverfahren nachgedacht werden soll, muss zumindest einigermaßen Klarheit darüber bestehen, welche Aufgaben diese erfüllen soll. Geklärt werden muss aber auch im Vorhinein, welche allenfalls nachteiligen Effekte verhindert bzw möglichst hintangestellt werden müssen.

Kritiker der Mediation im Allgemeinen, aber auch im Umweltbereich im Besonderen sehen sowohl auf Betreiber- als auch auf Betroffenenseite mehr oder minder große **Missbrauchsgefahren**²⁷: Vom Projektwerber wird vor allem die Verschleppungsgefahr und das Risiko des Missbrauches der bei der Mediation erlangten Informationen hingewiesen. Von Seiten der Beteiligten wird hingegen das Risiko des - salopp ausgedrückt - "Einkochens" gesehen. Nach dem Motto "Mitgegangen, mitgefangen, mitgehangen" werde de facto die Nullvariante ausgeschlossen und ein konsequentes Durchsetzen eigener Positionen sehr erschwert. Drittens könnten Umweltstandards "abgekauft" werden: Es wird ein Entgelt für den Verzicht auf ein hohes Schutzniveau geboten, wobei die Abfindungssumme gerade nicht für Zwecke des Umweltschutzes verwendet wird.

All diesen möglichen Effekten gilt es entgegenzuwirken.

An möglichen positiven **Aufgaben der Mediation** lassen sich zusammenfassen:

- Konfliktmittelung und Konfliktvermeidung
- Entlastung der Behörde
- Verfahrensbeschleunigung - damit einhergehende Standortsicherung
- Gewährleistung umfassender Sachverhaltsermittlung / gemeinsame Auswahl der Sachverständigen
- Bestandssicherung vor allem durch Rechtssicherheit / weit gehender Ausschluss nachträglicher Verfahren
- Nachhaltigere Sachlösungen - Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus²⁸
- Verwirklichung des umweltrechtlichen Kooperationsprinzips

Nur wenn man über „ob“ bzw Gewicht dieser Funktionen entschieden hat, kann man funktional-adäquate Regelungen finden. Die Einbettung des primär privatrechtlichen Instituts der Parteeinigung in den Zusammenhang von Umweltverfahren bedingt **Grenzen der privatautonomen Gestaltung**. Das Instrument des Vertrags ist auch hier in den Dienst der umweltrechtlichen Prinzipien (Schutz, Vorsorge, Nachhaltigkeit) zu stellen.

5. Struktur der möglichen Rechtsbeziehungen

Da wohl unbestrittenes Ziel jeder Umweltmediation ein möglichst alle Akteure langfristig²⁹ rechtlich bindender Konsens ist, bedarf es vorweg einer Klärung der betroffenen Personen

²⁷ Einen guten Einblick in die Meinungspalette gibt der Diskussionsbericht in *Ökobüro* 2000, 55f.

²⁸ Aus Sicht der Mediationspraxis ist dies derzeit einer der wesentlichen Anreize für Bürgerinitiativen, sich auf eine Mediation einzulassen.

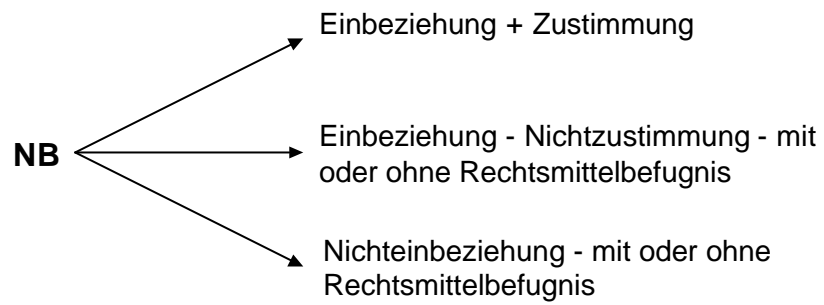
und der möglichen Rechtsbeziehungen. Anders ausgedrückt: Der **Wirkungskreis der Mediation** – Wer kann wie gebunden werden? Wer steht außerhalb? etc – muss näher bestimmt und dessen Überschneidung mit bzw Abgrenzung zum Verfahrensgegenstand herausgearbeitet werden. Dem sollen die nachfolgenden Grafiken dienen; in diesen wird auch die von uns verwendete Terminologie festgelegt.

Als "Akteure" sind zu berücksichtigen:

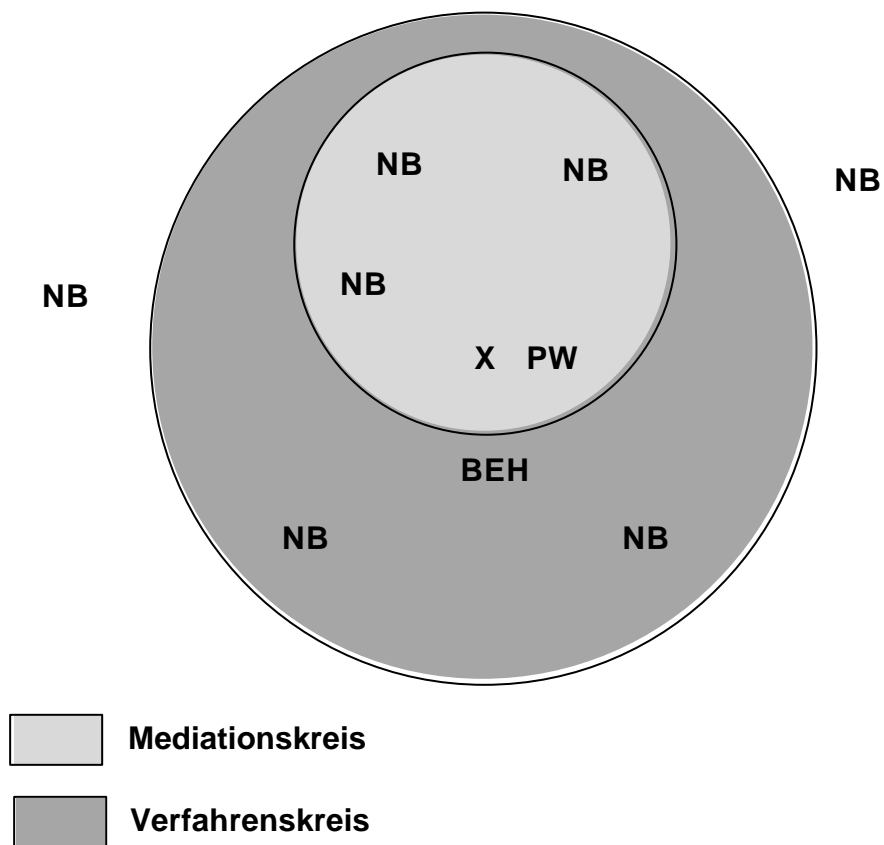
- Vorhabensträger/ Projektwerber → PW
- Nachbarn / Vorhabensbetroffene → NB
- Genehmigungsbehörde → BEH
- Standortgemeinde → GDE
- Mediator / Mediatorenteam → M

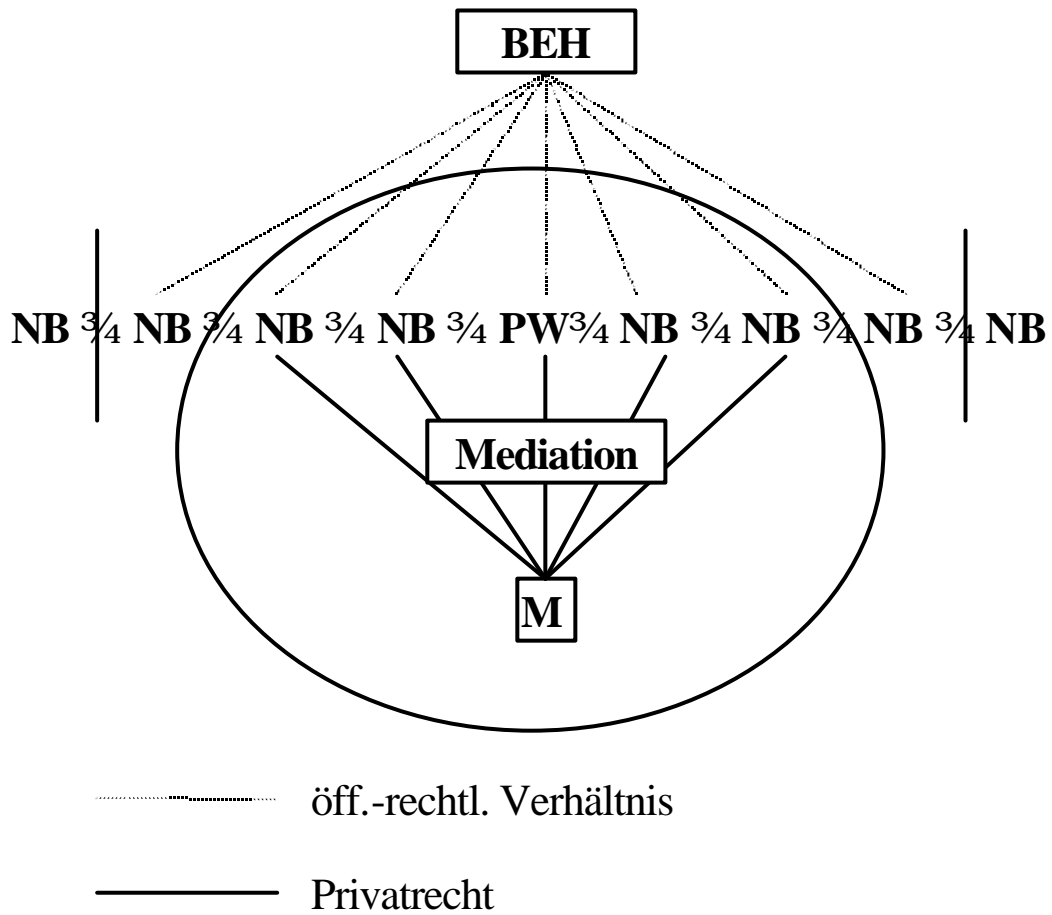
²⁹ Auch hier: Im Sinne eines nachhaltigen Umwelt- und Bestandsschutzes (siehe oben).

Bei den Vorhabensbetroffenen (NB) kann je nach Einbeziehung in die Mediation nach Zustimmung und Rechtsmittelbefugnis unterschieden werden



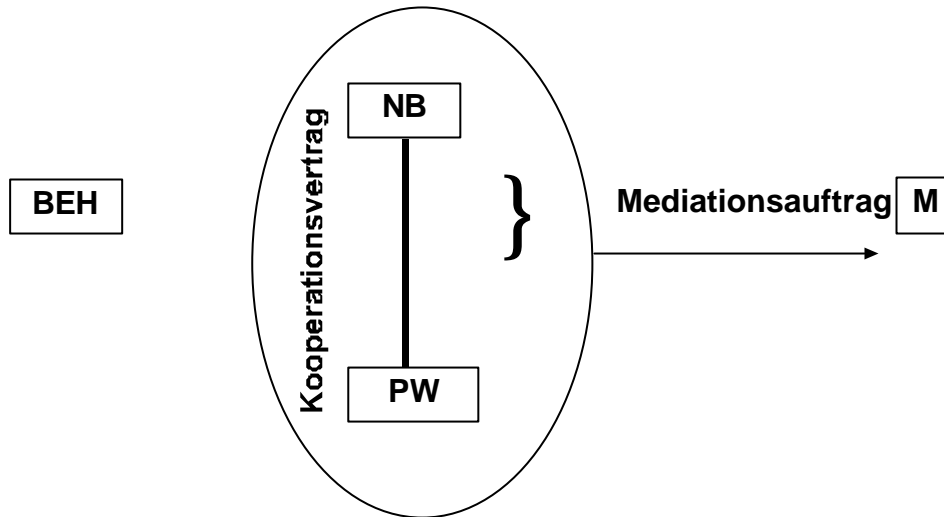
Grafik 1: Übersicht über die Akteure



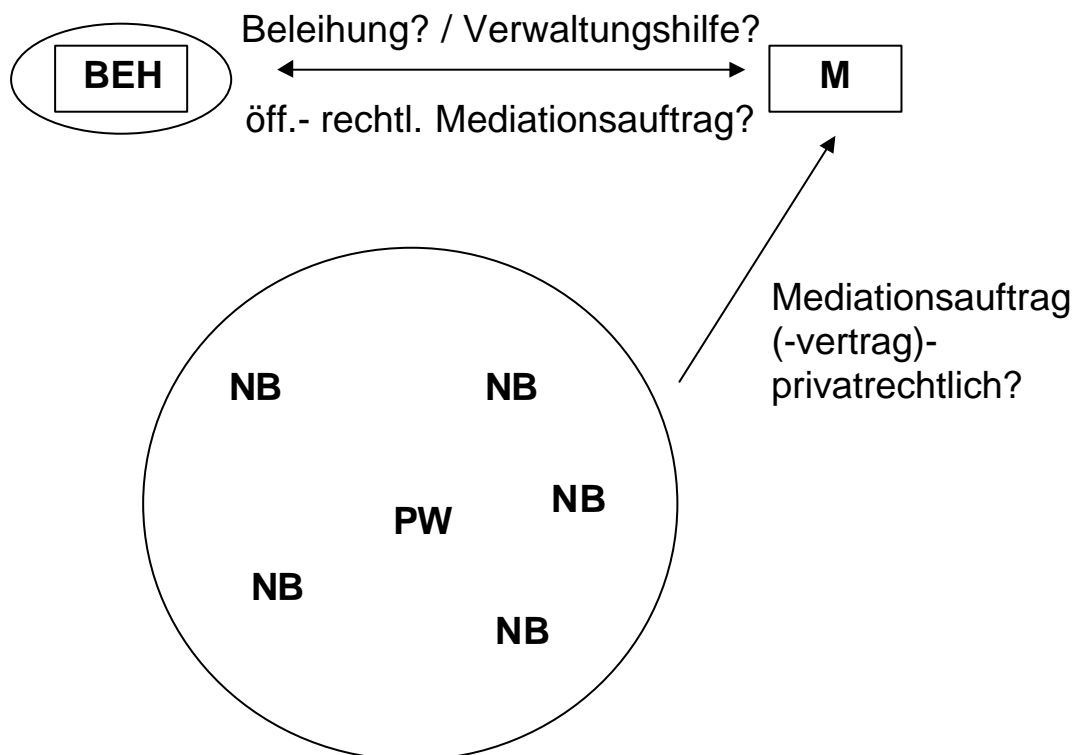
Grafik 2: Mögliche Rechtsbeziehungen**Übersicht**

Grafik 3: Konkrete Rechtsverhältnisse bei Mediation

a.) Kooperationsvertrag

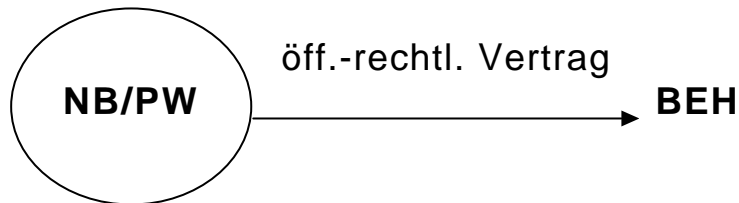


b.) Alternativen des Mediationsauftrages

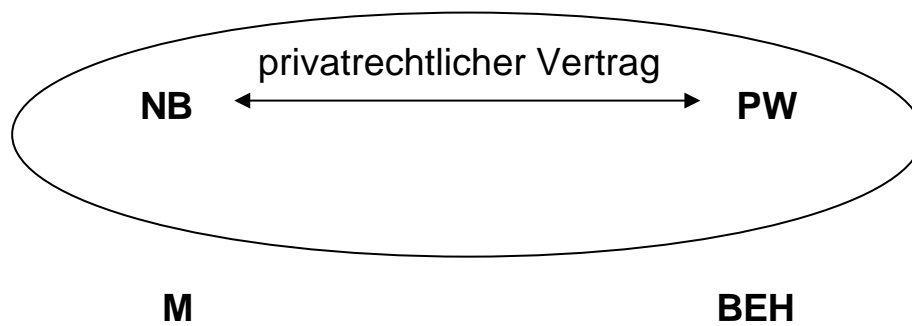


c.) Alternativen der Mediationsvereinbarung

aa.)



bb.)



6. Typischer Ablauf und Inhalt eines Mediationsverfahrens

Nachfolgend wird der Gegenstand unserer Studie durch Schilderung eines – aus Elementen verschiedener Einzelfälle konstruierten – Sachverhalts näher verdeutlicht. Dies dient dazu, die Sachthemen – in deren Rahmen die von uns erörterten Rechtsfragen auftreten – in einem möglichst praxisnahen Zusammenhang zu zeigen.

6.1 Sachverhalt eines typischen Umweltkonflikts

Ein Unternehmen betreibt eine thermische Abfallbehandlungsanlage. Im Zuge von Modernisierungsmaßnahmen beabsichtigt es, die bestehende Anlage zu erweitern. Schon im Vorfeld der Projekterweiterung kommt es zu heftigen Konflikten. Das Unternehmen, die betroffenen Anrainer und die Standortgemeinde verfolgen dabei divergierende Interessen.

Die **betroffenen Anrainer** befürchten durch die Erweiterung gesundheitsgefährdende Beeinträchtigungen durch Abgase aus der Verbrennungsanlage, massive Belästigungen während der verschiedenen Bauphasen sowie nach Inbetriebnahme der Anlage eine

Verschlechterung der Lebensqualität insgesamt; es sei mit enormen Geruchs- und Lärmimmissionen aus der Betriebsanlage sowie mit einem erhöhten Aufkommen von Schwerverkehr (zu- und abfahrende LKW) zu rechnen. Außerdem könne nach Ansicht der Nachbarn auch eine Beeinträchtigung der örtlichen Wasserversorgung nicht ausgeschlossen werden.

Auf der anderen Seite begrüßt die **Standortgemeinde** das Erweiterungsprojekt grundsätzlich. Sie erwartet durch die Vergrößerung des Betriebes eine Sicherung bestehender sowie die Schaffung neuer Arbeitsplätze, weiters seien zusätzliche steuerliche Einnahmen zu erwarten.

Der **Projektwerber** verfolgt vorwiegend betriebswirtschaftliche Interessen; er argumentiert, dass der Standort ohne Erweiterung der Betriebsanlage wirtschaftlich nicht mehr konkurrenz- und lebensfähig wäre, daher in weiterer Konsequenz abgesiedelt werden müsse.

Trotz der ungelösten Interessengegensätze beantragt das Unternehmen bei der zuständigen Behörde die Erteilung der Genehmigung für den Ausbau und den Betrieb der erweiterten Anlage. Daraufhin steigt der Unmut der Bevölkerung, schließlich eskaliert der Konflikt. Die Projektgegner konstituieren sich zum gemeinsamen Vorgehen gegen die Anlage zu einer Bürgerinitiative. Ihr Ziel ist es, das Projekt mit allen Mitteln zu bekämpfen, weshalb im Genehmigungsverfahren mit einer Flut von Einwendungen und Rechtsmitteln zu rechnen ist. Ein rasches Genehmigungsverfahren ist nicht zu erwarten

Nach Vermittlungstätigkeiten der zuständigen Umweltschutzbehörde erklären sich die Konfliktparteien (Anrainer und Projektwerber) jedoch mit der Durchführung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens (Mediationsverfahren) einverstanden.

Schließlich einigen sich die Parteien auf ein Team vom Umweltmediatoren; es kommt zum Abschluss eines Kooperationsvertrages.

6.2 Muster einer Mediationsvereinbarung

Ausgehend vom oben dargelegten Sachverhalt schließen die Konfliktparteien nach mehreren Verhandlungszyklen, in denen neben den oben genannten Streitpunkten noch weitere Interessenkonflikte zutage treten, eine Mediationsvereinbarung. Inhalt dieser Vereinbarung sind einerseits Zusicherungen des Projektwerbers und andererseits Verpflichtungen der Anrainer.

a) *Verpflichtungen des Projektwerbers*

- **Zu- und Abfahrt / Verkehr**

Der Projektwerber verpflichtet sich, im Zuge der Erweiterung der Abfallbehandlungsanlage, Studien über alternative Zufahrtsmöglichkeiten zur Anlage zu erstellen und die Ergebnisse dieser Studien bei der Planung der Anlagenerweiterung zu berücksichtigen.

Ein auf dem Betriebsgelände befindlicher Weg, der für die betroffenen Anrainer von besonderer Bedeutung ist, wird vom Projektwerber den Anrainern zu folgenden Bedingungen als Wegedienstbarkeit überlassen.

Die Wegedienstbarkeit erstreckt sich auf eine Breite von 5 m.

Aufgrund der Servitut ist der Projektwerber verpflichtet, innerhalb der oben definierten Wegfläche das Gehen und Befahren mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen zu dulden.

- **Luftschadstoffe**

Der Projektwerber verpflichtet sich zum Einsatz der besten verfügbaren Technik³⁰, um eine zusätzliche Immissionsbelastung zu vermeiden sowie die bestehenden Immissionsbelastungen zu verringern.

Er verpflichtet sich, die Lagerung und Verbrennung von gefährlichen Kunststoffabfällen zu unterlassen.

Der Projektwerber verpflichtet sich, genaue Aufzeichnungen über den Betrieb der Verwertungsanlage zu führen, in welche die betroffenen Anrainer jederzeit während der Betriebszeiten der Verwertungsanlage Einsicht nehmen können.

Weiters verpflichtet er sich zur Errichtung von Messstationen zur Kontrolle der Schadstoffbelastung.

- **Abwasser /Grund- und Trinkwasserschutz**

Der Projektwerber hat auf seine Kosten Abwasseruntersuchungen durchzuführen und Grundwasserkontrollmessungen anzustellen.

Werden auf Grund von Grund- bzw Trinkwasseruntersuchungen Verunreinigungen über dem Grenz- und Richtwert für Trinkwasser festgestellt und sind diese der Abfallbehandlungsanlage zuzuordnen, bewirkt dies die Verpflichtung des Projektwerbers, auf eigene Kosten unverzüglich eine ausreichende Ersatztrinkwasserversorgung einzurichten und eingetretene Schäden der Betroffenen in angemessener Weise abzugelten.

- **Lärm**

Der Projektwerber wird die betroffenen Anrainer dabei unterstützen, beim Magistrat der betroffenen Stadt XY eine rasche Realisierung von Lärmschutzanlagen zu erreichen. Der Projektwerber erklärt sich bereit, sich an der Errichtung einer derartigen Anlage mit einem Anteil von 30 % einmalig zu beteiligen.

Der Projektwerber verpflichtet sich, einen "Monatsbericht", in dem die aktuellen Emissionswerte numerisch und graphisch dargestellt werden, in einer geeigneten Weise zu veröffentlichen.

- **Information und Kontrolle**

³⁰ Die "Stand der Technik"-Klauseln übernehmen zum Teil gesetzliche Definitionen, betonen zum Teil aber auch besonders den Aspekt der "Fortschrittlichkeit".

Der Projektwerber verpflichtet sich weiters, den betroffenen Anrainern auf deren Anfrage alle Informationen über umweltrelevante Betriebsabläufe und –ergebnisse zugänglich zu machen.

Der Projektwerber verpflichtet sich zur Duldung einer Besichtigung des Betriebsgeländes durch drei Mitglieder der Bürgerinitiative ohne vorherige Anmeldung. Diese kann dreimal jährlich im Beisein eines Vertreters des Projektwerbers erfolgen. Sofern die das Betriebsgelände betretende Personen einen Schaden erleiden, wird die Haftung des Projektwerbers für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen³¹.

- **Standortentwicklung**

Der Projektwerber verpflichtet sich, maximal ein Volumen in der Höhe von XY m³ in der erweiterten Anlage thermisch zu verwerten.

Der Projektwerber verpflichtet sich weiters, für den Standort XY künftig keine weiteren Ansuchen um behördliche Genehmigung einer Anlagenerweiterung einzubringen.

Der Projektwerber verzichtet auf Rechtsmittel gleich welcher Art hinsichtlich des Aspekts der heranrückenden Wohnbebauung gemäß § 31 Abs 5 öö BauO, sofern die Eigentümer der betreffenden Grundstücke erklären, das Eindringen von Immissionen iSd § 364 ABGB bis zu dem in Abs 2 leg cit festgesetzten Ausmaß entschädigungslos zu dulden.

- **Kostenersatz**

Der Projektwerber verpflichtet sich, den betroffenen Anrainer einen Pauschalbetrag von 10.000 Euro als Kostenersatz für deren Aufwendungen, insb im Zusammenhang mit rechtsanwaltlicher Vertretung im Mediationsverfahren sowie für die Zurückziehung von Berufungen zu bezahlen.

³¹ *Derartige Bestimmungen sind in Mediationsvereinbarungen häufig zu finden, sie sind in Bezug auf Personenschäden im Hinblick auf das KSchG wohl bedenklich; siehe unter Pkt. IV.2.3*

b) *Verpflichtungen der Anrainer*

- **Einwendungs- und Rechtsmittelverzicht**

Die betroffenen Anrainer verpflichten sich, bei Erfüllung der oben genannten Verpflichtungen des Projektwerbers, keine Einwendungen während des Genehmigungsverfahrens zu erheben.

Weiters verpflichten sie sich, keine Berufung gegen den Genehmigungsbescheid zu erheben bzw solche zurückzuziehen, sobald der Projektwerber seine Verpflichtungen aus der Mediationsvereinbarung erfüllt hat.

- **Unterstützungsverpflichtung**

Die betroffenen Anrainer sichern zu, den Projektwerber dabei zu unterstützen, dass auch natürliche und juristische Personen, die nicht Parteien der Mediationsvereinbarung sind, keine Rechtsmittel gegen den Genehmigungsbescheid erheben.³²

- **Entschädigungsverzicht**

Bei Einhaltung der Verpflichtungen des Projektwerbers sichern die betroffenen Anrainer zu, Immissionen iSd § 364 ABGB auch über das in Abs 2 leg cit festgesetzte Ausmaß entschädigungslos zu dulden.

c) *Allgemeine Bestimmungen*

- **Vertragsdauer**

Der Vertrag erwächst mit Unterfertigung durch sämtliche Vertragsparteien in Rechtswirksamkeit und ist auf die Dauer der thermischen Verwertung von Abfällen abgeschlossen. Eine bloß vorübergehende Einstellung der Verwertung berührt die Wirksamkeit dieses Vertrages nicht. Jene Vertragsbestimmungen, die Nachsorgeverpflichtungen des Unternehmers beinhalten, gelten über den oben bezeichneten Zeitraum hinaus.

Eine Beendigung oder Unterbrechung der thermischen Abfallverwertung führt nur dann zur Beendigung dieses Vertrages, wenn die Beendigung bzw Unterbrechung der Verwertung von Abfällen vorher den betroffenen Anrainer mitgeteilt wird und sich über mehr als drei Jahre erstreckt.

- **Bedingung**

Es wird festgehalten, dass Grundlage und Voraussetzung für die wechselseitig übernommenen Verpflichtungen die Erweiterung und der Betrieb der erweiterten thermischen Abfallverwertungsanlage ist. In diesem Sinne stehen sowohl die Verpflichtungen des Projektwerbers als auch die Verpflichtungen der Anrainer unter der **auflösenden Bedingung**, dass der Projektwerber den Anrainern schriftlich mitteilt, er werde die Abfallverwertungsanlage nicht in Betrieb nehmen. Zusätzlich steht der Vertrag unter der **aufschiebenden Bedingung**, dass die Anrainer bereits erhobene Berufungen und/oder Einwendungen gegen die Erweiterung und den Betrieb der Anlage zurückziehen.

³² Durch derartige Klauseln wird versucht, die Bereinigungswirkung des Mediationskonsenses über den Kreis der Beteiligten auszudehnen.

- **Neuverhandlungspflicht**

Für den Fall, dass die thermische Verwertung von Abfällen nach einer Unterbrechung, die über den oben genannten Zeitraum hinausgeht, wieder aufgenommen werden sollte, verpflichten sich die Vertragsparteien, neuerlich in Verhandlungen miteinander zu treten.

- **Schlichtung von Streitigkeiten**

Die Vertragsparteien werden sich bemühen, allfällige Streitigkeiten – wenn möglich – gütlich zu bereinigen.

Vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung unterwerfen sich die Vertragsparteien einem Schlichtungsversuch durch eine neutrale Schlichtungsstelle. Diese setzt sich aus insgesamt drei Mitgliedern zusammen, wobei die beiden Vertragsseiten (Projektwerber und Bürgerinitiative) je einen "Schiedsrichter" zu nominieren haben. Diese einigen sich sodann auf einen neutralen dritten "Schiedsrichter".

Führt dieser Schlichtungsversuch nicht binnen drei Monaten nach Anrufung der Schlichtungsstelle durch eine der Vertragsparteien zu einer gütlichen Einigung, steht es jeder Vertragspartei offen, ein ordentliches Gericht anzurufen.

- **Gerichtsstand**

Es gilt österreichisches materielles Recht. Für Streitigkeiten aus diesem Vertrag vereinbaren die Vertragsparteien als ausschließlichen Gerichtsstand die Zuständigkeit des sachlich in Betracht kommenden Gerichtes in Wien.

- **Salvatorische Klausel**

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam oder ungültig sein, so wird dadurch, sofern in diesem Vertrag nicht ausdrücklich Gegenteiliges vereinbart ist, der Bestand der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Für diesen Fall verpflichten sich die Vertragsparteien, die unwirksame Bestimmung durch eine entsprechende, dem Zweck dieses Vertrages am nächsten kommende, wirksame Bestimmung zu ersetzen.

- **Änderungen und Rechtsnachfolge**

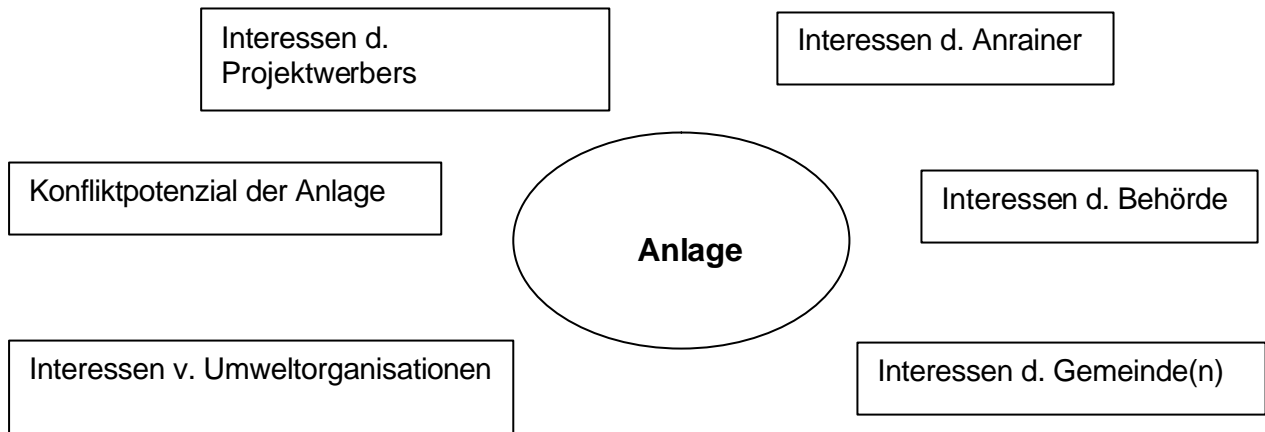
Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform und haben nur dann Gültigkeit, wenn sie von sämtlichen Vertragsparteien unterzeichnet werden; dies gilt auch für das einvernehmliche Abgehen von der Schriftform.

Dieser Vertrag gilt auch für den jeweiligen Gesamtrechtsnachfolger.

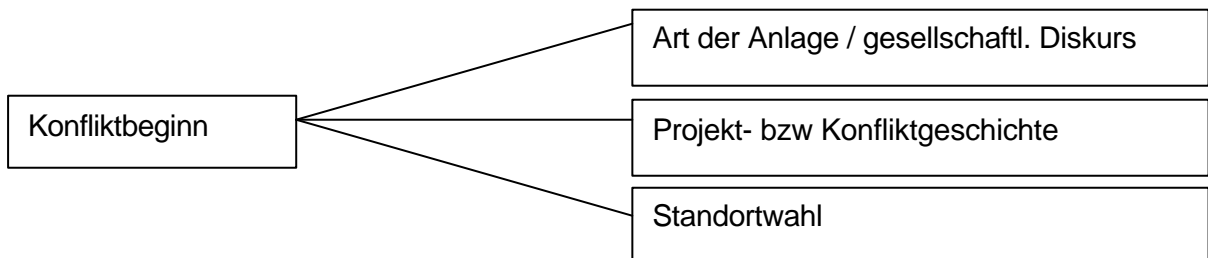
Die Vertragsparteien verpflichten sich, im Falle einer Einzelrechtsnachfolge diesen Vertrag mit allen Rechten und Pflichten auf den jeweiligen Rechtsnachfolger zu überbinden.

6.3 Komponenten und Ablauf eines Umweltkonflikts

Graphik 1: Komponenten eines Umweltkonflikts



Graphik 2: Konfliktbeginn bzw Konfliktentstehung³³:



- **Art der Anlage und gesellschaftlicher Diskurs**

Als beobachtbares Phänomen zeigt sich immer wieder, dass bei Projekten mit ähnlichem Umweltgefährdungspotential grundsätzlich unterschiedliche Eskalationsbereitschaft im Konfliktfall besteht. Es existiert somit eine Gruppe gesellschaftlich besonders intensiv

³³ Die folgenden Darstellungen stützen sich auf die Studie des *Österreichischen Ökologie-Institutes* 1996.

diskutierter Projekte, die von vornherein eine sehr hohe Konflikteskalation erwarten lassen.³⁴ Als deutlich nachvollziehbares Beispiel sei hier die unterschiedliche Einschätzung von Produktions- und Entsorgungsanlagen genannt (z.B. Chemiefabrik, Müllverbrennungsanlage).

Aufgrund der im Rahmen der Studie untersuchten Projekte kann vermutet werden, dass das Konfliktpotential von Abfallentsorgungsprojekten (z.B. Müllverbrennungsanlage, Deponie) über infrastrukturelle Projekte (z.B. Kraftwerksbau, Verkehrswegebau) zu Produktionsanlagen (z.B. Chemieanlage) abnimmt. Mit größerem Konfliktpotential vergrößert sich auch die Wahrscheinlichkeit eines Konfliktausbruches. Dies stellt jedoch nur einen Faktor unter mehreren dar.

- **Konfliktgeschichte**

Zur Eskalation kommt es immer wieder bei Projekten oder Projektgebieten mit lang bestehender Konfliktgeschichte. Diese kann sowohl aus lang anhaltenden, mehr oder minder ausgeprägten Umweltbelastungen durch bestehende Anlagen herrühren, als auch in einem schwindenden Vertrauen der betroffenen Bevölkerung zu den maßgeblichen politischen Entscheidungsstrukturen begründet sein.

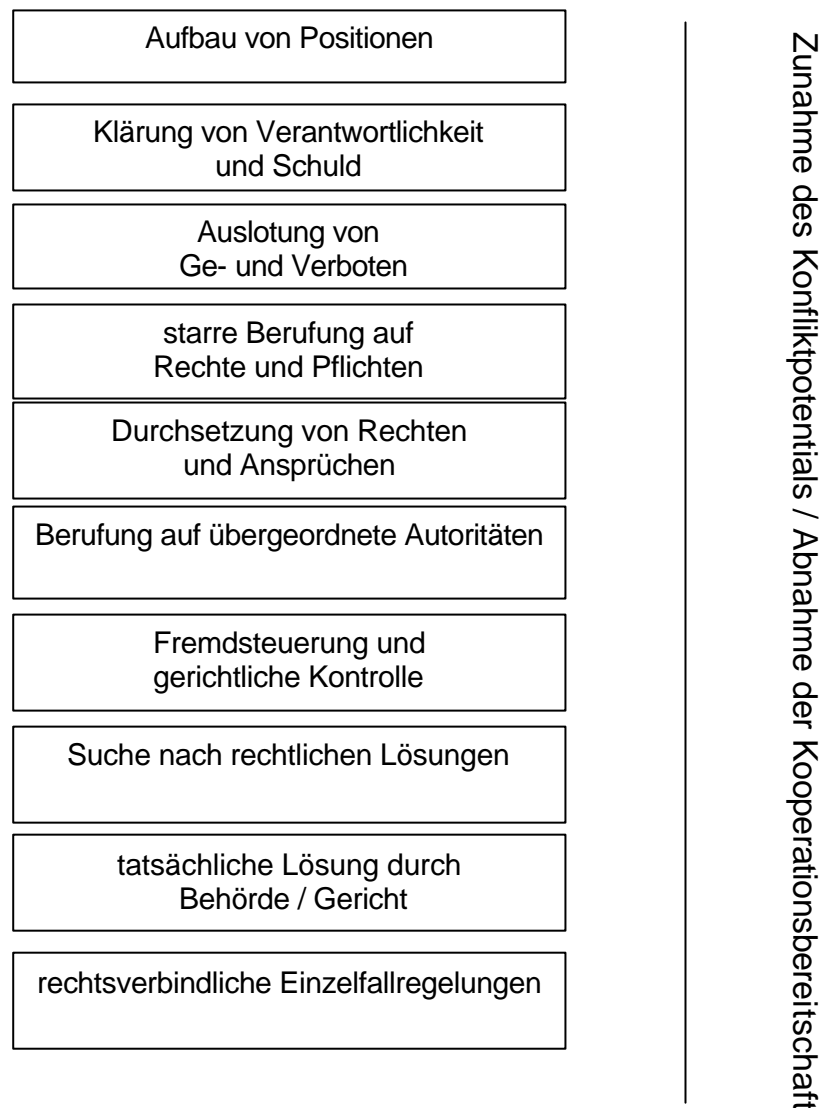
Im Kern geht es dabei häufig um einen Vertrauensverlust entweder aufgrund des Vorverhaltens des Betriebsinhabers, der Untätigkeit der zuständigen Behörde oder projektfremder Einflüsse (der Instrumentalisierung für lokale Wahlkämpfe o dgl).

Im Falle solcher "Altlasten" muss im Rahmen einer Konfliktregelung speziell zu Beginn das gegenseitige Vertrauen zwischen den Akteuren erst wieder aufgebaut werden. Dann erst kann mit der Bearbeitung des "tatsächlichen" Konflikthanlasses begonnen werden.

- **Standortwahl**

In vielen Fällen resultiert die Konflikteskalation nicht aus einer grundsätzlichen Projektablehnung, sondern aus Opposition zum Projektstandort in der "Nachbarschaft".

³⁴ Karte 2001, 26, spricht etwa von "massegeeigneten Verfahren"; seine Analyse auch ausländischer Literatur zum Thema zeigt interessante Parallelitäten in der Konfliktwahrnehmung der Öffentlichkeit auf.

Graphik 3: Typischer Ablauf eines Umweltkonflikts:

Die oben genannten Komponenten führen bei der Realisierung umweltrelevanter Projekte häufig dazu, dass ohne Durchführung eines mittlergestützten Konfliktlösungsverfahrens das Konfliktpotential einer Anlage systematisch steigt und im Gegenzug dazu die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Parteien stetig abnimmt. Am Ende eines derartigen Prozesses stehen die Konfliktparteien häufig vor unüberwindbaren Divergenzen; nicht selten kommt es zu einer "**Konflikteskalation**". Um eine Ausuferung des Konfliktes zu vermeiden, empfiehlt es sich, ein alternatives Konfliktlösungsverfahren abzuhalten. Ein solches Verfahren kann grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt der Anlagenrealisierung durchgeführt werden. Da jedoch von jeder Stufe zur nächsten (siehe Graphik 3) das Konfliktpotential der Anlage steigt und die Kooperationsbereitschaft sinkt, sollte ein Mediationsverfahren möglichst zu Beginn einer Projektverwirklichung durchgeführt werden (siehe dazu im Detail unter III 3.1).

II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Mediation in Österreich und Europa

1. Europarechtliche Rahmenbedingungen

Mediation als Instrument des Umweltrechts ist auf Gemeinschaftsebene (noch) nicht etabliert.³⁵

Ganz im Unterschied zu anderen Rechtsbereichen – dem Verbraucher-³⁶, Familien-³⁷, Arbeits-³⁸ und Lebensmittelrecht - in denen Mediation als Form außergerichtlicher Streitbeilegung zT dem Sinn nach umschrieben, zT explizit erwähnt wird,³⁹ lassen auch neuere gemeinschaftliche Regelungsentwürfe im Umweltrecht einen vergleichbaren Ansatz vermissen.

Am diesbezüglich negativen Befund *Krämers*⁴⁰ anlässlich der Konferenz "Umweltmediation in Europa" im November 2001 hat sich seither im Ergebnis zwar nur wenig geändert.

Dennoch zeichnen sich die **Einfallstore für mediative Ansätze** im Umweltrecht auch auf europäischer Ebene immer deutlicher ab. Gerade über das allgemein anerkannte **Kooperationsprinzip** können privatrechtliche Gestaltungsmittel in das EU-Umweltrecht einfließen: Zu nennen ist in diesem Zusammenhang etwa die Anerkennung, ja die Forderung von Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft ("freiwillige Selbstverpflichtungen"); gerade das 6. EU- Umweltaktionsprogramm misst solchen privatrechtlichen Ansätzen erhöhte Bedeutung zu⁴¹.

Einen weiteren Ansatzpunkt bildet die **Bürgerbeteiligung** im Verfahren über umweltrelevante Vorhaben. Dass die Kompetenz der EU zu legislativen Akten im Umweltrecht prinzipiell auch

³⁵ Zum Folgenden siehe die Darstellungen von *Krämer* 2001, 28 ff.

³⁶ Siehe etwa Kommission, Empfehlung 98/257 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtstreitigkeiten, ABI. 1998, Nr.L 115 S. 31; Entschließung des Rates vom 25.5.2002 über ein gemeinschaftsweites Netz einzelstaatlicher Einrichtungen für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten, ABI.2000, Nr. C 155 S.1. Kommission, Empfehlung 2001/310 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen, ABI.2001, Nr.L 109 S. 56. Die zitierten Dokumente sprechen allgemein Instrumente der außergerichtlichen Streitbeilegung an; sie enthalten keine Einschränkung auf das Instrument der Mediation – dazu auch *Verschraegen* 2002, 168.

³⁷ Vgl jüngst Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, ABI.2001, Nr.C 332E, S. 269, Artikel 17 Abs. 2(e).

³⁸ Vgl jüngst Kommission, KOM(2000) 379 vom 28.6.2000, die ebenfalls generell auf "Schlichtungs-, Schieds- oder Vermittlungsmechanismen" Bezug nimmt.

³⁹ Vgl dazu auch das ADR Grünbuch der EU-Kommission – dazu *Steinacher* 2003, 130 – sowie außerhalb der im Text zitierten Rechtsbereiche auch die Entwicklungen im Strafrecht (Diversion) und Schiedsrecht (dazu näher *Loderbauer* 2002 und *Hempel* 2002).

⁴⁰ *Krämer* 2001, 30 ff.

Regelungsinitiativen zum Ausbau der Öffentlichkeitsbeteiligung⁴² in Umweltverfahren trägt, steht in Anbetracht der mit der UVP-RL 85/337/EWG ansetzenden und seither beständig intensivierten Partizipationsstandards in umweltbezogenen Richtlinien außer Zweifel: Die UVP-ÄnderungsRL, die IPPC-RL, die Seveso-II-RL, die Wasserrahmen- und AbfallverbrennungsRL sowie die Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme belegen die schleichende Erweiterung der verpflichtenden Einbindung der Öffentlichkeit in Umweltverfahren. Wesentliche Impulse für die Weiterentwicklung dieser Tendenzen werden weiters der Aarhus-Konvention⁴³ und deren Implementierung im europäischen Umweltrecht zugeschrieben.⁴⁴

Der aus dieser Entwicklung bisweilen gezogenen Schlussfolgerung⁴⁵, die Umweltgesetzgebung der Kommission sei stärker vom Bemühen um materielle Mindeststandards geprägt und daher an alternativen Konfliktlösungsmodellen in diesem Bereich wenig interessiert, kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden: Gerade die UVP-RL hat in ihrer Stammfassung auf materielle Standards weitgehend verzichtet und eher auf die "selbstregulierende Kraft" eines kontradiktorischen, mit hoher Transparenz und Fachunterstützung versehenen "Prozesses" vertraut.⁴⁶ Auch wenn am Ende dieses Verfahrens eine behördliche Entscheidung steht (und die Partizipation in eine Berücksichtigungspflicht mündet), ist dieses legislatorische Vertrauen in die "Richtigkeitsgewähr" eines ausreichend transparenten Parteienverfahrens kein mediationsfremder Denkansatz.

Richtig ist aber, dass der **aktuelle legislative Trend** auf europäischer Ebene (zunächst) eher in die **materielle Ausstattung der bislang oft leeren Beteiligungsrechte** Einzelner und der Öffentlichkeit geht: Auch die Aarhus-Konvention misst dem "klassischen"

⁴¹ Siehe Mitteilung der Kommission an den Rat und das Parlament über Umweltvereinbarungen, KOM (96) 561 endg.

⁴² Gerade die nachfolgend zitierten, auf Pläne und Programme abzielenden Rechtsakte verdeutlichen, dass Mediation ein Teil der Bemühungen um verstärkte Partizipation im Verwaltungsrecht ist, aber kein Ersatz klassischer Rechtsschutzinstrumente.

⁴³ Die Aarhus-Konvention (Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten un Umweltangelegenheiten) wurde im Rahmen der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen (UN-ECE) erarbeitet; sie wurde in der vierten Umweltministerkonferenz "Umwelt für Europa" vom 23. bis zum 25.6.1998 in Aarhus, Dänemark, von Österreich und 32 weiteren europäischen Staaten unterzeichnet (auch von allen anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union).

⁴⁴ Vgl dazu *Kroiss* 2001, 93 f.

⁴⁵ *Krämer* 2001, 48.

⁴⁶ Vgl dazu *Schoeneberg* 1993, 15.

prozessualen Rechtsschutz die größte Bedeutung bei⁴⁷ - eine Schwerpunktsetzung, die bei der Umsetzung auf EU-Ebene beibehalten wird.⁴⁸

Dennoch kann aus dieser gesetzgeberischen Tendenz **keine prinzipielle Weichenstellung** zulasten außerprozessualer Instrumente und zugunsten rein prozessualer Rechtsbehelfe abgeleitet werden.⁴⁹ So geht etwa Artikel 14 der EU-Wasserrahmenrichtlinie bewusst über die üblichen Formen der Information und Anhörung der Öffentlichkeit hinaus und verlangt eine "**aktive Beteiligung**" aller interessierten Stellen an der Umsetzung. Als Formen der damit geforderten inhaltlichen Einbindung der Öffentlichkeit werden gerade alternative Konzepte außerhalb rechtlich-formalisierter Verfahren erörtert: Beiräte, Gremien, adhoc-Gruppen etc.⁵⁰ Generell rühren die vehementesten Vorbehalte gegen die Implementation der Mediation ins Umweltrecht von der Annahme her, ordnungsrechtliche Instrumente würden damit ersetzt und verdrängt werden. Dies würde – so wird befürchtet – den "**Abschreckungsfaktor**"⁵¹ des Umweltrechts entscheidend schwächen. Löst man sich von dieser Grundannahme und sieht **Mediation als ergänzendes Element**, das Ordnungsrecht – jedenfalls in den entscheidenden Teilen - unbeschadet bestehen lässt (dazu näher unter III 2), fallen diese Vorbehalte weg.

Mehr noch: Aus dieser Perspektive stellen stärkere materielle Beteiligungsrechte geradezu eine Vorbedingung für die Einführung von Mediationsinstrumenten auch im gemeinschaftlichen Umweltrecht dar. Mediation setzt materiell **ungefähr gleichstarke Kontrahenten in Hinblick auf Tausch- und Drohmacht** voraus. Die "Waffengleichheit der Parteien", der mit Aarhus nähergerückt wird, öffnet auch die Tür zu Regelungsansätzen für eine Umweltmediation auf europarechtlicher Ebene.

Insoweit mag die legislative Entwicklung im Bereich des Verbraucherschutzes oder des Arbeitsrechts durchaus als Vorbild dienen, die nach oder einhergehend mit einer Stärkung der Konsumenten- und Arbeitnehmerrechte auch alternative Foren für den Interessenausgleich eröffnete. Übertragen auf das Umweltrecht hieße das: **Die wirtschaftlich an sich unterlegene Konfliktpartei kann – sofern materiell-rechtlich mit einer gestärkten Position versehen - ihre Interessen gerade im informellen Rahmen oft effizienter als im förmlichen Verfahren vertreten und durchsetzen.**

⁴⁷ Vgl. *Kroiss* 2001, 87 f; weiters *Hecht* 2001.

⁴⁸ Wobei der diesbezüglich um Fortentwicklung bemühte Kommissionsvorschlag nach dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates, ABI C170E/02, 22 ff, wieder auf den mit Aarhus erreichten Status zurückgeführt werden soll.

⁴⁹ Zu apodiktisch urteilt diesbezüglich *Krämer* 2001, 57, der Beteiligung und Mediation als einander nahezu ausschließende Alternativen gegenüberstellt.

⁵⁰ *Jäkel* 2002, 359 mwN.

⁵¹ Gerade dieser "deterrence-based approach to environmental regulation" soll etwa nach *Lofton* 2001, 167, die Wirksamkeit des Umweltrechts verbürgen.

2. Konfliktvermittlung und Mediation im österreichischen Zivilrecht

Wie im Verwaltungsrecht (siehe unten) finden sich auch im österreichischen Zivilrecht bislang nur vereinzelt Normen, die auf Mediation Bezug nehmen. Diese Normen sind meist nur rudimentär ausgestaltet und stehen erst kurze Zeit in Geltung. Im Folgenden soll ein Einblick in die Mediation im österreichischen Zivilrecht gegeben werden, wobei einzelne Regelungen uE auch für den Bereich der "Umweltmediation" erwägenswert wären.

Das österreichische Zivilrecht kennt bislang keine allgemein gültigen Regeln bezüglich Mediation. Einzig im Bereich des Familienrechts versuchte der Gesetzgeber das Institut der Mediation vermehrt zum Einsatz zu bringen⁵².

2.1 Mediation im Familienrecht

a) *Scheidungsmediation*

Regelungen im Zusammenhang mit einer alternativen Konfliktlösung wurden in das österreichische Privatrecht erstmals durch das **EheRÄG 1999**⁵³ eingeführt. Nach der Intention des Gesetzgebers soll sich die Mediation iSd § 99 EheG auf Scheidungs- und Trennungsfälle beschränken. Aus den EB zur RV folgt, dass keine allumfassende Regelung für den "Lebenssachverhalt Mediation" angestrebt wird, vielmehr sollen Mediationsverfahren in die österreichische Zivilrechtsordnung implementiert und punktuell einige "für die Akzeptanz und Funktionsfähigkeit" des Instruments der Mediation im Familienrecht wichtige Fragen klargestellt werden⁵⁴.

Das Ziel der Mediation wird vom Gesetzgeber in § 99 Abs 1 EheG als die "Erzielung einer gütlichen Einigung über die Scheidung und deren Folgen" definiert. Die endgültige Formulierung des § 99 Abs 1 EheG ist mit jener des MEntw praktisch ident. Damit ist klargestellt, dass das Ziel der Mediation auch Aspekte mitumfasst, die für den Ablauf und die Struktur der Mediation von entscheidender Bedeutung sind. Erstens steht die Erzielung einer "gütlichen **Einigung**" im Vordergrund. Die Mediation im Zivilrecht wird also ebenso wie die Mediation im Umweltbereich als ein lösungsorientiertes (Einigungs-) Verfahren konzipiert.

⁵² Kerschner 2002, 70.

⁵³ BGBl I 125/1999.

⁵⁴ Vgl EB zu RV 1653 BlgNR XX. GP 29.

Zweitens soll die Einigung **gütlich** erzielt werden – sie soll also im beiderseitigen Einvernehmen erfolgen (vgl Grundprinzipien der Mediation)⁵⁵.

Neben diesem Ziel der Mediation finden sich in § 99 EheG weiters Regelungen über die **Verschwiegenheitspflicht** des Mediators. Deren Umfang führte in Rahmen des Gesetzesfindungsprozesses zu umfangreichen Abweichungen von den anfänglichen Vorstellungen. Während der MEntw vorsah, dass die weit reichende Verschwiegenheit des Mediators zu ihrer Gültigkeit einer ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung bedürfe, wählte die RV den Weg, dass der Mediator ex lege zur Verschwiegenheit über Tatsachen verpflichtet ist, die ihm im Rahmen des Verfahrens anvertraut würden. Der Gesetzgeber folgte schließlich dem Standpunkt der RV und verankerte die Verschwiegenheitsverpflichtung unmittelbar im Gesetz, sodass eine explizite Verschwiegenheitsvereinbarung im Rahmen des Mediationsverfahrens entbehrlich ist. Korrelierend mit der Schaffung einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht verankerte der Gesetzgeber in § 320 Z 4 ZPO ein **Vernehmungsverbot** für den Mediator im gerichtlichen Verfahren. Durch diese Vorschrift soll die Allparteilichkeit des Mediators gesichert und eine missbräuchliche Verwendung der Mediation bzw des Mediators in einem allfälligen nachfolgenden gerichtlichen Verfahren verhindert werden.

b) Mediation bei Obsorgestreitigkeiten

Durch das KindRÄG 2001⁵⁶ wurde den Eltern ein umfangreicher – wenn auch nicht unbegrenzter – Ermessensspielraum bezüglich der Gestaltung von Obsorgevereinbarungen eingeräumt⁵⁷. Gemäß § 177 ABGB müssen Obsorgevereinbarungen der Eltern vom Gericht genehmigt werden. Nach Abs 3 leg cit hat das Gericht eine Vereinbarung dann zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes nicht entgegensteht. Widerspricht eine solche Vereinbarung dem Kindeswohl, hat das zuständige Gericht auf eine Lösung hinzuwirken (vgl § 177 Abs 1 ABGB). Im Rahmen dieses Einigungsverfahrens kann auf das Institut der Mediation zurückgegriffen werden. Die diesbezüglichen Anknüpfungspunkte finden sich in § 182 e AußStrG⁵⁸. Aus dem Zusammenspiel der beiden Normen lässt sich die Ratio der

⁵⁵ Grünberger 2000, 50.

⁵⁶ BGBl I 2000/135.

⁵⁷ Vgl Gründler 2001, 701

⁵⁸ Art XVI BGBl I 2000/135: "Ein zwischen, wengleich bloß möglichen, Parteien eines Pflschaftsverfahrens oder ihren gesetzlichen Vertretern berufsmäßig und auf der Grundlage einer fachlichen Ausbildung in Mediation vermittelnder Dritter (Mediator) ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm bei den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen anvertraut oder sonst bekannt wurden. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der

genannten Neuregelung ablesen. Es geht um die Wahrung einer möglichst kontinuierlichen elterlichen Beziehung zu den Kindern⁵⁹. IdS ist die Durchführung eines Mediationsverfahrens auch hier eine sinnvolle Ergänzung zu einer staatlichen Entscheidung.

Hinzuweisen ist im gegenständlichen Zusammenhang darauf, dass sowohl bei der Scheidungsmediation als auch bei der Mediation über Obsorgestreitigkeiten **Fristen** während der Beziehung eines Mediators einer **Fortlaufhemmung** unterliegen (vgl § 99 Abs 1 letzter Satz EheG).

Eine derartige Regelung ist uE auch für die Mediation bei umweltrelevanten Projekten zu erwägen (siehe unten).

2.2 Mediation im Nachbarrecht (Entwurf)

Nach einem Entwurf eines Nachbarrechts-Änderungsgesetzes (JMZ 5.007/104-I 2/2002) soll ein Nachbar in Hinkunft auch bei so genannten negativen Immissionen (vor allem Entzug von Licht/Luft) unter bestimmten Voraussetzungen einen Abwehranspruch haben. Da dadurch allenfalls eine Prozessflut droht, wird als Begleitmaßnahme die Vorschaltung eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens überlegt (vgl Entwurf S 8). Dabei könnte gerade auch anderen, nämlich den eigentlichen Gründen der Auseinandersetzung nachgegangen werden.⁶⁰

Folgende Regelung wird erwogen:

"1. Ein Nachbar hat vor der Einbringung einer Klage im Zusammenhang mit einer Einwirkung durch den Entzug von Luft oder Licht (§ 364 Abs. 2 erster Satz zweiter Halbsatz ABGB) die Sache zur Schlichtung einem Mediator oder einer Schlichtungsstelle zu unterbreiten oder einen Antrag nach § 433 Abs 1 ZPO zu stellen. Die Klage ist nur zulässig, wenn nicht binnen drei Monaten ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens oder Einlangen des Antrags bei Gericht eine gütliche Einigung erzielt worden ist.

Verjährung oder sonstige Fristen zur Geltendmachung kindschaftsrechtlicher Ansprüche gehemmt." Vgl RV 296 BlgNR XXI. GP 89 ff.

⁵⁹ Beclin 2001/2002, 121.

⁶⁰ Vgl zu diesem Mediationszweck oben unter Pkt. I.1.

2. *Als Mediator oder Schlichtungsstelle im Sinn der Z 1 kommt nur ein Mediator im Sinn des Bundesgesetzes über Mediation in Zivilrechtssachen, eine von einer Notariatskammer, einer Rechtsanwaltskammer oder einer sonstigen Körperschaft öffentlichen Rechts eingerichtete Schlichtungsstelle oder ein Gemeindevermittlungsamt in Betracht.*
3. *Sofern die Beteiligten nichts anderes vereinbaren, hat die Kosten der Schlichtung derjenige zu tragen, der die Sache dem Mediator oder der Schlichtungsstelle unterbreitet oder den Antrag nach § 433 Abs 1 ZPO gestellt hat.*
4. *Der Kläger hat der Klage eine Bestätigung des Mediators, der Schlichtungsstelle oder des Gerichts darüber anzuschließen, dass binnen drei Monaten keine gütliche Einigung erzielt worden ist."*

Danach soll also der Streitschlichtungsversuch **zwingende Voraussetzung** für die Zulässigkeit der Klage sein. Als Mediatoren sollen in erster Linie solche iSd geplanten Bundesgesetzes über Mediation in Zivilrechtssachen (dazu unter II 2.3 unten) in Frage kommen. Als Alternative käme vor allem der prätorische Vergleich nach § 433 ZPO vor dem Richter in Betracht, wofür auch Verfahrenshilfe bezüglich der Vergleichsgebühren möglich ist. Davon abgesehen sollte grundsätzlich der Antragsteller die Verfahrenskosten tragen.

Gegen diesen Entwurf bestehen zumindest zwei erhebliche Bedenken. Der Zwang zur Mediation (oder zu Alternativen) bricht mit dem Grundsatz der Freiwilligkeit (vgl oben unter I 2). Andererseits ist keinesfalls einzusehen, dass stets der Antragsteller - für den vielleicht eine völlig klare Rechtslage spricht - die Verfahrenskosten tragen soll. Zumindest bei Prozessgewinn müsste ihm daher ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Gegner zustehen.

2.3 Gesetzesentwurf "gerichtsnahe Mediation"

Streitigkeiten unter Geschiedenen über Kindesobsorge und Unterhaltszahlungen, Proteste gegen den Fluglärm rund um die Erweiterung des Flughafens Wien-Schwechat oder Kontroversen über die Abwicklung von Bauprojekten: All diese Angelegenheiten sind potenzielle Themen, die den Stoff für eine Mediation bieten können.

Anfang des Jahres 2002 wurde vom Justizministerium ein Entwurf für ein Bundesgesetz über "gerichtsnahe Mediation" präsentiert⁶¹. Mit diesem Entwurf soll der außergerichtlichen Konfliktlösung durch neutrale Vermittler ein **rechtlicher Rahmen** gegeben werden, um die nötige **Qualität der Mediation zu** sichern. Der Entwurf beschränkt sich – im Hinblick auf kompetenzrechtliche Vorgaben – auf Regelungen der Mediation zur Lösung von Konflikten, zu deren Entscheidung an sich die ordentlichen Gerichte zuständig wären.

Zu den wesentlichen Inhalten des Entwurfes zählen unter anderem eine Legaldefinition der Mediation (§ 1 Abs 1), die Einschränkung des Regelungsbereichs auf Mediation in Zivilrechtssachen (§ 1 Abs 2), die Errichtung eines "Beirates" sowie eines "Ausschusses" für gerichtsnahe Mediation (§§ 4, 7), Vorschriften über die Voraussetzungen für eine Eintragung in eine Liste der "gerichtsnahen Mediatoren" (§ 8 ff) sowie Regelungen über die Streichung aus dieser Liste (§ 15), weiters Bestimmungen über die erforderliche Ausbildung (§ 16) und über die maßgeblichen Rechte und Pflichten der Mediatoren (§ 22 ff) sowie über die Rechtswirkungen (insb Hemmung der Verjährung von Ansprüchen) der Mediation (§ 28)⁶².

Von besonderem Interesse ist im gegenständlichen Zusammenhang die Normierung der Verschwiegenheitspflicht des Mediators: Gemäß § 24 ist dieser zur **Verschwiegenheit** über sämtliche Tatsachen, die ihm im Rahmen des Konfliktlösungsverfahrens anvertraut oder sonst bekannt wurden, **verpflichtet**. Gemäß § 24 Abs 2 sollen die Verfahrensparteien den Mediator von dieser Verpflichtung gemeinsam entbinden können. Die bisherige Rechtslage sieht in §320 ZPO hingegen eine solche Entbindung nicht vor; die genannte Bestimmung führte im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zu kontroversen Positionen. So spricht sich etwa der "Österreichische Bundesverband der Mediatoren" in seiner Stellungnahme zum genannten Gesetzesentwurf gegen die Möglichkeit der Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht und für eine Beibehaltung der bisherigen Rechtslage in der ZPO aus und fordert eine Ausdehnung der Verschwiegenheitspflicht auf sämtliche Bereiche der Mediation (dh auch für die Mediation bei umweltrelevanten Projekten)⁶³.

Neben den oben genannten Bestimmungen, die hauptsächlich Regelungen zum Berufsrecht statuieren, sieht der Gesetzesentwurf im VIII. Abschnitt unter der Überschrift "sonstige Bestimmungen" Straftatbestände für den Mediator vor. So ist gemäß § 31 eine **Verletzung der Verschwiegenheitspflicht** durch den Mediator ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung nach § 301 Abs 1 StGB, sofern dadurch ein berechtigtes Interesse verletzt wird und der in seinem Interesse Verletzte eine Bestrafung verlangt (Antragsdelikt). Sofern eine Tat des Mediators keine in die Zuständigkeit der Gerichte fallende strafbare Handlung

⁶¹ www.palinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/002/ME002841.html.

⁶² Schafbeck 2002, 80.

⁶³ www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/002/ME0028334.

bildet, begeht er eine Verwaltungsübertretung und ist mit bis zu € 3.500 zu bestrafen, wenn er sich etwa **unbefugt als "gerichtsnaher Mediator"** bezeichnet oder eine ähnlich verwechslungsfähige Bezeichnung führt sowie, wenn er gegen §§ 19, 22 Abs 2 und 3, 23 und 27 verstößt. Darüber hinaus ist der Mediator mit bis zu € 10.000 (!) zu bestrafen, wenn er - ohne gemäß § 14 (Eintragung) befugt zu sein - eine "gerichtsnahe Mediation" ausübt.

Auch diese Bestimmung führte zu heftigen Kontroversen. Die "*Plattform Mediation*" kritisiert in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf vor allem die geplanten Strafen für Mediatoren, die ohne Listeneintragung "gerichtsnahe" tätig werden. Damit würden bislang anerkannte Mediationsformen pönalisiert⁶⁴.

Wann und mit welchem Inhalt das geplante Bundesgesetz über die "gerichtsnahe Mediation" nun tatsächlich förmlich beschlossen wird, ist derzeit nicht absehbar. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, welche Auswirkungen ein derartiges Gesetz auf Mediationsverfahren bei umweltrelevanten Projekten einfließen wird. Gerade für den Umweltbereich wird man – in berufsrechtlicher Hinsicht – eine gewisse "Offenheit" einfordern müssen: Sowohl auf Behörden- als auch auf Beraterseite basieren Erfolge maßgeblich auf der Interdisziplinarität und Kooperationsbereitschaft der beteiligten Akteure; dies sollte sich auch im Funktionsverständnis der Mediatoren niederschlagen: also in der Möglichkeit der Teambildung und der individuellen Schwerpunktsetzung einzelner Kompetenzbereiche.⁶⁵ UE ist damit zu rechnen, dass eine gesetzliche Regelung – selbst wenn sie auf Konfliktlösungsverfahren im Umweltbereich formell nicht anwendbar sein sollte – eine gewisse faktische und uU im Rahmen einer etwaigen zukünftigen gesetzlichen Verankerung der Umweltmediation auch rechtliche "Vorbildwirkung" auf die Konfliktlösung im Umweltbereich entfalten wird. Unmittelbare "gerichtsnahe" Bereiche finden sich im Umweltbereich freilich schon jetzt mit zunehmender Tendenz. Soweit nämlich der öffentlich-rechtliche Nachbarschutz reduziert wird, wird in gleicher Weise der privatrechtliche Nachbarschutz wieder "reaktiviert".

3. Konfliktvermittlung und Mediation im österreichischem Verwaltungsrecht

Konfliktvermittlung ist dem österreichischen Verwaltungsverfahren nicht fremd. Sowohl im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht als auch im sektoralen Umweltverfahrensrecht findet sich die "Verpflichtung"⁶⁶ des Verhandlungsleiters, auf eine Einigung widerstreitender

⁶⁴ www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/002/ME0028320.

⁶⁵ Dazu als generelle Strategie bei *Steinacher* 2003, 133.

⁶⁶ Deren Unterlassung freilich nicht sanktioniert ist, da sie keinen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt (vgl. VwGH 10.06.1999, 96/07/0209: ["Die Unterlassung der Wasserrechtsbehörde, auf eine gütliche

Ansprüche hinzuwirken. Regelungen über die Beurkundung getroffener Übereinkommen ergänzen diesen "kooperativen" Aspekt.

Freilich zeigt schon die (alleinige) Betrauung des "Verhandlungsleiters" mit der Aufgabe der Vermittlung den wesentlichen Unterschied zur Mediation, die begrifflich einen "nicht entscheidungsbefugten" Dritten als Vermittler / Konfliktmanager voraussetzt.⁶⁷

Die Verwaltung scheidet als "Träger" der Mediation auch deshalb aus, weil mit der Mediation ja eine Alternative/Ergänzung zum förmlichen Verwaltungsverfahren eröffnet werden soll. Echte Entscheidungsfreiheit wird der Behörde überall dort kaum zugetraut, wo mit dem Vorhaben auch wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische Interessen verfolgt werden.

Gerade im Kontext der Anerkennung der Mediation als verfahrensergänzendes Instrument der Konfliktlösung – die der Gesetzgeber mit der UVP-G-Novelle 2000 explizit vorgenommen hat – gewinnen aber auch die oben angesprochenen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen neue Konturen.

3.1 Vermittlungsversuch

Als Vorbild für alle "Vermittlungsklauseln" in speziellen Verfahrensrechten dient § 43 Abs. 5 AVG:

"Stehen einander zwei oder mehrere Parteien mit einander widersprechenden Ansprüchen gegenüber, so hat der Verhandlungsleiter auf das Zustandekommen eines Ausgleichs dieser Ansprüche mit den öffentlichen und den von anderen Beteiligten geltend gemachten Interessen hinzuwirken."

Der "Streitgegenstand", über den der Verhandlungsleiter zu vermitteln hat, ist in dieser Norm nicht näher bestimmt. Aus dem Fehlen jedweder Einschränkungen folgt, dass ein Ausgleich auch in Ansehung solcher Interessen getroffen werden kann, die durch das Vorhaben zwar faktisch berührt werden, über die aber nicht im anhängigen, sondern in anderen behördlichen oder gerichtlichen Verfahren zu entscheiden ist.⁶⁸

Dem gegenüber findet sich die Verpflichtung, "auf eine Einigung hinzuwirken", in § 357 GewO oder § 45 AWG 2002 eingeschränkt auf "privatrechtliche Einwendungen".

Dass ein Vermittlungsversuch vom Verhandlungsleiter selbst nicht in Form einer Mediation unternommen werden kann, wurde schon eingangs klargestellt.

Übereinkunft zwischen den Beteiligten iSd § 60 Abs 2 WRG hinzuwirken, stellt jedenfalls keinen wesentlichen Verfahrensmangel dar"] sowie VwGH 08.02.1977, 2246/76; 11.09.1986, 86/06/0183: ["Es stellt keinen wesentlichen Verfahrensmangel dar, wenn der Versuch der gütlichen Einigung unterblieben ist"]).

⁶⁷ Hellriegel 2002, 30 ff; Loosen 2000, 7

⁶⁸ Walter/Thienel 1998, 631.

Sehr wohl kann der Vermittlungsversuch aber darauf abzielen, einen Parteienkonsens dahingehend herbeizuführen, dass außerhalb (aber de lege ferenda auch innerhalb) des Verfahrens ein Mediationsprozess eingeleitet wird. Der behördliche Vermittlungsversuch bildet insoweit gemeinsam mit der Beurkundung von Übereinkommen (dazu unter Pkt. 3.2) eine verfahrensrechtliche Klammer, mittels welcher ein Mediationsprozess während eines Verfahrens eingeleitet und dessen Ergebnis in die Verhandlung integriert werden kann.⁶⁹

3.2 Beurkundung von und Bindung an Übereinkommen

Ablauf und Techniken des Vermittlungsversuchs sind in den zitierten Normen nicht näher determiniert, wohl aber der Umgang mit dem Vermittlungsergebnis; mehrere Varianten sind zu unterscheiden:

a) *Beurkundung in der Verhandlungsschrift*

Unmittelbar an die Regelung des Vermittlungsversuchs in § 357 GewO und § 45 AWG 2002 schließt der Satz: *Eine "Einigung ist in der Niederschrift über die Verhandlung zu beurkunden."*

b) *Beurkundung im Bescheid*

Im Gegensatz zu dieser Beurkundung im Verhandlungsprotokoll verknüpft § 111 Abs. 3 WRG die Beurkundung mit dem Bescheid:

"Alle im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens getroffenen Übereinkommen sind auf Antrag der Beteiligten mit Bescheid zu beurkunden. Bilden den Gegenstand des Übereinkommens Rechtsverhältnisse, zu deren Regelung im Entscheidungswege die Wasserrechtsbehörde in Ermangelung eines Übereinkommens zuständig gewesen wäre, findet bei Streitigkeiten über die Auslegung und Rechtswirkungen eines solchen Übereinkommens § 117 sinngemäß Anwendung."

⁶⁹ Petek 2001, 60 ff, wertet dies als "Ansätze einer Verzahnung und Berücksichtigung der Ergebnisse". Ferz, 2002, 323, leitet aus § 43 (5) AVG iVm § 16 UVPG eine "Hinweis- und Anleitungspflicht" iSd § 460 Z 7a ZPO ab.

Durch Verweis auf die "dunkle" Zuständigkeitsregel⁷⁰ des § 117 WRG wird in Teilbereichen eine sukzessive Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte eröffnet; je nach Streitfrage sind unterschiedliche Rechtswege zu beschreiten: entweder (sogleich) die ordentlichen Gerichte oder zunächst die Wasserrechtsbehörde und "sukzessiv" die ordentlichen Gerichte oder nur die Behörde. Ein nicht geringer Teil der zu diesen Bestimmungen ergangenen Judikatur beschäftigt sich daher mit Fragen der Behördenzuständigkeit und des Rechtswegs.⁷¹

c) Bindungswirkung der Einigung im Verfahren

Als **Umsetzungsinstrument** ist mit dem Begriff der "Übereinkommen" primär der **privatrechtliche Vertrag** angesprochen und die Durchsetzung des darin Vereinbarten den Zivilgerichten überantwortet.

In Sonderfällen kommt dem Vertrag (zB durch Beurkundung im Bescheid, kraft gesetzlicher Vorschrift) auch **öffentlich-rechtlicher** Charakter⁷² zu. Eine besondere Leistungsfähigkeit kann dem Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrags zumindest für umweltrechtliche Konflikte auf Basis der bisherigen – zT auch uneinheitlichen⁷³ - Judikatur nicht attestiert werden. Dies mag zum einen mit der prinzipiellen Problematik der Konzeption als "unselbständige Rechtsquelle" zu tun haben (dazu näher unter III 4.2), zum anderen möglicherweise auch damit, dass aus rein privatrechtlichen Vereinbarungen ebenfalls **Bindungswirkungen** für das öffentlich-rechtliche Verfahren abgeleitet wurden.

In einer ersten "Leitentscheidung" zum Thema (VwSlg 1704 A/1950) judiziert der VwGH etwa, dass

"dieser Zweck [des Ausgleiches] nicht erreicht werden könnte, wenn die Parteien an ihre bei der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen nicht gebunden wären. Haben sie im

⁷⁰ Raschauer, 1993, § 111 Rz 14.

⁷¹ Vgl die Judikaturübersicht bei Oberleitner 2000, 332 ff.

⁷² Vgl dazu etwa die Leitsätze des VwGH 28.5.1918, Slg 12.135: "Privatrechtliche Vereinbarungen erlangen durch die genehmigende Kenntnisnahme seitens der Wasserrechtsbehörde öffentlich-rechtlichen Charakter"; VfGH 6.3.1967, Slg 5.473: "Zur Entscheidung über im Wasserrechtsbescheid beurkundete Übereinkommen sind die ordentlichen Gerichte dann berufen, wenn die Parteivereinbarung kein öffentlich-rechtlicher Akt ist. Öffentlich-rechtlicher Natur kann ein als Parteienvereinbarung bezeichneter Akt aber nur sein, wenn ihm kraft gesetzlicher Vorschrift ein solcher Charakter zukommt."

⁷³ Vgl jüngst Ehrke 2002, 109, mit Nachweisen der divergenten Entscheidungspraxis des VwGH: vgl nun auch Mast 2003, 103 ff.

*Zuge der Verhandlung auf Kosten ihrer Interessen an das öffentliche oder an das Interesse anderer am Verfahren beteiligter Parteien Zugeständnisse gemacht, dann steht es ihnen nicht zu, diese Zugeständnisse hinterher mit der Argumentation zurückzunehmen, dass ihnen das, was sie freiwillig auf sich genommen haben, gegen ihren Willen nach dem Gesetz nicht hätte auferlegt werden können. Auf den vorliegenden Fall angewendet führen diese Überlegungen zu der Erkenntnis, dass die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid, soweit dieser die Realisierung der im Zuge der Verhandlung von anderer Seite erhobenen und von ihr **formell anerkannten Forderungen** enthält, **in ihren Rechten nicht verletzt** sein kann."*

In VwSlg 6845 A wendet sich der VwGH von dieser Auffassung ausdrücklich ab⁷⁴, kehrt aber ab Mitte der 70er Jahre wieder dazu zurück.⁷⁵

Die aktuelle Judikatur kann durch folgende Rechtssätze abgebildet werden (Hervorhebungen von *uns*):

VwSlg 14.654 A/1997:

*"Die mündliche Verhandlung ist, wie die §§ 40 bis 44 AVG in ihrem Zusammenhang zeigen, nicht allein dazu bestimmt, den objektiven Sachverhalt zu klären. Sie soll auch durch Gegenüberstellung der am Verfahren Beteiligten die Erörterung der in Betracht kommenden Interessen fördern und nach Möglichkeit einen **Ausgleich zwischen konkurrierenden Interessen** herbeiführen helfen. Dieser **Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn die Parteien an ihre bei der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen nicht gebunden wären** und ihre Zugeständnisse wieder zurücknehmen."*

VwGH 10.7.1993, 1993/05/25:

*"Von der Präklusion zu unterscheiden ist die Frage, ob der Mitbeteiligte allenfalls bei der mündlichen Verhandlung eine Zustimmung zu den vom Amtssacherständigen vorgeschlagenen und dem Mitbeteiligten später im erstinstanzlichen Bescheid vorgeschriebenen Maßnahmen erklärt hat und ob **der Mitbeteiligte auch im weiteren Verlauf des Verfahrens an diese Zustimmung gebunden blieb**, sodass einer von ihm*

⁷⁴ "Die ältere Rechtsprechung (vgl. den Beschluss Slg 1704 (A.)/50), die aus dem Zwecke der Verhandlung ableitet, dass Zugeständnisse auf Kosten der Interessen einer Partei an das öffentliche Interesse später nicht mit dem Argument zurückgenommen werden dürfen, dass das, was die Partei freiwillig auf sich genommen hat, ihr gegen ihren Willen nach dem Gesetz nicht hätte auferlegt werden können, ist zwar nicht formell nach Verstärkung eines Senates erlassen worden, sie ist aber mit der gesamten zu Eingang dieses Erkenntnisses angeführten ständigen Rechtsprechung über das Bauverfahren systemtisch nicht mehr vereinbar. Aus dem Zweck der Verhandlung allein kann keinesfalls abgeleitet werden, dass eine Partei, die eine Auflage zunächst hinnimmt, unter keinen Umständen berechtigt wäre, die rechtliche Grundlage einer solchen Auflage später in Frage zu stellen."

⁷⁵ Dazu im Detail Mayer 1991, 34 f.

gegen den erstinstanzlichen Bescheid erhobenen Berufung der Erfolg hätte versagt bleiben müssen."

Ob die von der Judikatur angeführte dogmatische Grundlage – die Ableitung aus dem Zweck der mündlichen Verhandlung – allein tragfähig ist, erscheint zweifelhaft.

Auch wenn die Judikatur eine explizite Abgrenzung von der Präklusion vornimmt, betont *Hengstschläger* wohl zurecht, dass derartige Probleme "in der Regel in der Frage nach der Präklusion der Parteistellung gemäß § 42 AVG aufgehen".⁷⁶

Daneben werden in der Judikatur auch Aspekte der fehlenden Beschwer, bisweilen auch die Deutung als (impliziter) Verzicht sichtbar: Nach der baurechtlichen Rspr des VwGH ist davon auszugehen, dass keine Einwendungen erhoben wurden, wenn der Nachbar mit dem Bauwerber bei einer Bauverhandlung eine einvernehmliche Regelung getroffen hat⁷⁷. Gleiches gilt, wenn sich Nachbarn in einer Bauverhandlung über widerstreitende Interessen in einem Vergleich einigen⁷⁸. In einem anderen Erkenntnis deutet der VwGH die Zustimmung als Verzicht auf Einwendungen, der die Präklusionsfolgen auslöst⁷⁹.

Weitere "Einfallstore" für die Ableitung öffentlich-rechtlicher Wirkungen aus Vereinbarungen stellen etwa - innerhalb der jeweiligen tatbestandlichen Grenzen – die sog. **"Interessenabwägungsklauseln"**⁸⁰ oder auch die sog. **"Billigkeits- oder Zumutbarkeitsvorbehalte"**⁸¹ dar.

3.3 Die "Anerkennung" der Mediation durch § 16 (2) UVP-G

Mit § 16 (2) UVP-G idF Nov 2000 nennt der Gesetzgeber erstmals auch im Umweltrecht die Mediation als Konfliktlösungsinstrument.

Bei der Anknüpfung dieses Instruments an das Verwaltungsverfahren werden die oben skizzierten "Wurzeln" – der Vermittlungsversuch und die Beurkundung – aufgegriffen, aber zugleich spezifisch angepasst und fortentwickelt.

⁷⁶ ⁷⁷ VwGH 17.5.1984, 84/06/0024.

⁷⁸ VwGH 29.10.1987, 86/06/0292.

⁷⁹ VwGH 6.12.1990, 89/06/0058; 20.6.1995 94/05/0294.

⁸⁰ Vgl. *Hütter* 1999, 160 ff; *Dolp/Soder/Hütter* 2001, 11, 12 f. Innerhalb von gesetzlich eingeräumten Gestaltungsspielräumen wird durch § 43 Abs 5 AVG die Behörde zumindest dazu ermächtigt, einen angestrebten und erzielten Interessensausgleich (Konsens) bei der Entscheidung zu beachten.

⁸¹ Vgl. VwGH 2.2.2000, 94/14/0144; dazu *Ehrke* 2002, 109.

In der Formulierung wird nahezu wortident dem Ministerialentwurf zum UGBA aus 1999⁸² gefolgt:

"Zeigen sich im Zuge des Genehmigungsverfahrens große Interessenkonflikte zwischen dem Projektwerber/der Projektwerberin und den sonstigen Parteien oder Beteiligten, kann die Behörde das Verfahren auf Antrag des Projektwerbers/der Projektwerberin zur Einschaltung eines Mediationsverfahrens unterbrechen. Die Ergebnisse des Mediationsverfahrens können der Behörde übermittelt und von dieser im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten im weiteren Genehmigungsverfahren und in der Entscheidung berücksichtigt werden. Darüber hinaus gehende Vereinbarungen zwischen dem Projektwerber/der Projektwerberin und den Parteien oder Beteiligten können im Bescheid beurkundet werden. Der Projektwerber/die Projektwerberin kann jederzeit einen Antrag auf Fortführung des Genehmigungsverfahrens stellen."

Vergleicht man den rechtlichen Gehalt dieser Bestimmung mit den oa "Vorläufern" im AVG und Anlagenverfahrensrecht, fallen als Neuerungen die (ausdrücklich normierte) Möglichkeit der Unterbrechung des Verfahrens und das Einleitungs- und jederzeitige Fortsetzungsrecht des Projektwerbers auf.

Regelungstechnisch wird damit ein **"paralleles Konzept"** verfolgt: Die Mediation wird nicht als neues Element formell in das Verwaltungsverfahren integriert, sondern läuft getrennt von diesem und ohne nähere gesetzliche Reglementierung ab. Einer ausdrücklichen Klärung der Frage, wie weit die Behörde die Mediationsergebnisse verfahrens- und materiellrechtlich mit berücksichtigen kann, hat sich der Gesetzgeber allerdings durch den Hinweis auf die "gesetzlichen Möglichkeiten" entzogen; dahinter mag das Kalkül stehen, vor neuen gesetzgeberischen Festlegungen die Praxis das Potential der lex lata ausloten zu lassen - ein in Anbetracht der "Beweglichkeit" privatautonomer Gestaltungsmittel durchaus zutreffender Ansatz⁸³. Immerhin ist zudem zu überlegen, ob nicht die Formulierung *"...Die Ergebnisse des Mediationsverfahrens können in der Entscheidung berücksichtigt werden."* im Sinne eines pflichtgemäßen Ermessens verstanden werden muss.

Der Anspruch des Projektwerbers auf ungesäumte Entscheidung bleibt uneingeschränkt gewahrt. Eine Verfahrensunterbrechung findet nur auf seinem Antrag und solange er nicht die Fortsetzung begehrt statt.

⁸² Dazu Ferz 2002, 319.

⁸³ Insoweit halten wir die Kritik an einer zu wenig dichten Reglementierung der Mediation anlässlich der ersten legislativen Anerkennungsschritte für verfehlt und zu stark einem ordnungsrechtlichem Verständnis verpflichtet.

Das **legistische Gegenmodell** wäre die Integration der Mediation in einzelne Verfahrensschritte – z.B. die öffentliche Erörterung – bis zur Beleihung des Mediators mit verfahrensrechtlichen Aufgaben.

Zwingend damit einher ginge das Erfordernis einer näheren gesetzlichen Regelung.

Eine Würdigung des § 16 (2) UVP-G muss diesen regelungstechnischen Hintergrund im Auge behalten.⁸⁴ Das einseitige "Fortsetzungsrecht" des Projektwerbers verleiht diesem zwar ein gewisses Druckmittel und eine gewisse Vormachtstellung im Mediationsverfahren, die wiederum zusätzlicher Tausch - und Drohmacht auf der Beteiligenseite zum Ausgleich bedarf; diese ist aber gerade im UVP-Verfahren durch die umfassende Parteistellung der Akteure (Standortgemeinde, Umweltsanwalt, Bürgerinitiative) gegeben.

4. Mediation im Entwurf eines deutschen Umweltgesetzbuches

Im deutschen Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Umweltministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (kurz UGB-KomE)⁸⁵ aus dem Jahr 1998 findet sich auch in § 89 (Überschrift: Interessenausgleich) der Versuch, den "Verfahrensmittler" (neben anderen Stellen) in das Verwaltungsverfahren institutionell einzubinden.⁸⁶

"§ 89 Interessenausgleich

(1) Im Verfahren, das die Entscheidung vorbereitet, soll auf einen Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen hingewirkt und eine einvernehmliche Lösung angestrebt werden.

⁸⁴ Dies übersieht Ferz 2002, der den rechtlichen Gehalt als "vernachlässigbar" bezeichnet und die Dispositionsbefugnis des Projektwerbers über Einschaltung und Abbruch des Mediationsverfahrens rügt. Eben dies sind aber Kernelemente des externen Konzepts, das die "Freiwilligkeit" des Mediationsprozesses durch bewusste Ausgliederung aus dem Verwaltungsverfahren wahrt und den Entscheidungsanspruch sowie die Säumnisbehelfe des Projektwerbers aufrecht erhält. Diese Aspekte betont auch die RV zu § 16 UVP-G idF UVP-G Nov 2000: "Mediation ist ein Instrument, das auf Freiwilligkeit und Vereinbarung zwischen den Konfliktparteien basiert (...) Dieses Instrument soll der Konfliktlösung auch für den Umweltbereich angeboten werden. Auf Antrag des Projektwerbers kann das Genehmigungsverfahren jederzeit wieder fortgeführt werden. Damit soll sicher gestellt werden, dass ein Mediationsverfahren nicht als Verzögerungsinstrument missbraucht werden kann. Erachtet der Projektwerber das Mediationsverfahren nicht mehr für sinnvoll, kann er jederzeit die Fortführung des Genehmigungsverfahrens beantragen."

⁸⁵ Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) (1998).

⁸⁶ Zur Vorläuferbestimmung im sogenannten Professorenentwurf, nämlich § 54 Abs. 4 UGB-AT vgl. Sünderhauf 1997, 188 ff.

(2) Die Genehmigungsbehörde kann hierzu die Durchführung einzelner Abschnitte des Verfahrens, insbesondere des Erörterungstermins, einem Verfahrensmittler, einer anderen Behörde oder einer anderen Stelle übertragen.

(3) Wird ein Verfahrensmittler bestellt, so ist dieser in seiner Tätigkeit unabhängig und an Weisungen nicht gebunden. Bekleidet er ein öffentliches Amt, so darf er keiner Dienststelle angehören, die das Vorhaben beantragt hat oder für die Vorhabensgenehmigung des Vorhabens zuständig ist.

(4) Der Verfahrensmittler bedient sich einer von der Genehmigungsbehörde bestimmten Geschäftsstelle, die in Bezug auf das übertragene Verfahren nur seinen Weisungen unterliegt.

(5) Wird nach Absatz 2 die Durchführung des Erörterungstermins übertragen, so nimmt die Genehmigungsbehörde am Erörterungstermin teil.

(6) Soweit das Verfahren nach Absatz 2 übertragen worden ist, hat der Verfahrensmittler, die andere Behörde oder die andere Stelle zum Ergebnis der übertragenen Verfahrensabschnitte eine Stellungnahme abzugeben und diese möglichst innerhalb eines Monats zusammen mit den Antragsunterlagen, den eingegangenen behördlichen Stellungnahmen und Sachverständigengutachten sowie den gegebenenfalls nicht erledigten Einwendungen an die Genehmigungsbehörde weiterzuleiten."

Da der Mediator nach dieser Konzeption als Verwaltungshelfer /Beliehener tätig werden soll, stellt sich aus unserer Sicht die **Frage nach dessen Neutralität**: Aus Sicht der Praxis wird die Unabhängigkeit des Mediators auch als Unabhängigkeit gegenüber der Behörde verstanden; diese wird in der öffentlichen Wahrnehmung ebenfalls als Konfliktpartei (sei es auf Grund ihrer vermuteten Nähe zur Politik oder unmittelbar zum Projektwerber) aufgefasst. An dieser Nahebeziehung, die aus der funktionalen Zuordnung zur Behörde als Verwaltungshelfer/Beliehener resultiert, vermag zumeist – zumindest aus der Perspektive der Betroffenen – die in Abs 3 statuierte Weisungsunabhängigkeit des Mediators nichts zu ändern: Die auf den Mediationsprozess beschränkte Unabhängigkeit ist im Gesamtkontext – bei Weisungsabhängigkeit des Beliehenen nach Beendigung der Mediation oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Mediators von Folgeaufträgen durch die Behörde – nicht überzeugend gesichert.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, dass nach der österreichischen und europäischen Grundrechtsjudikatur die Unabhängigkeit eines Verwaltungssenatsmitglieds bei einer bloß befristeten Bestellung dann als nicht gewährleistet angesehen wurde, wenn es sich um einen aus einem bestimmten Bereich der Verwaltung hervorgegangenen Beamten handelte, der berufen sein könne, dort erneut andere Aufgaben wahrzunehmen. Dadurch entstehe bereits der "äußere Anschein", das betreffende Mitglied des Unabhängigen Verwaltungssenates wäre Mitglied jener Behörde und mit seinen Kollegen solidarisch, was sich nicht mit der einem Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK entsprechenden "Unabhängigkeit und strukturellen Unparteilichkeit" verträge.⁸⁷ Auch im gegenständlichen Zusammenhang wäre der vom EuGH konstatierte "**äußere Anschein**" **fehlender "struktureller Unparteilichkeit" bei bloßer ad-hoc-Weisungsfreistellung des Mediators schädlich.**

§ 89 Abs 1 leg cit legt die **Ziele** der Vermittlung fest und erinnert dabei stark an den Vermittlungsauftrag nach dem österreichischen § 43 Abs 5 AVG: **Hinwirken auf Interessenausgleich** und **Anstreben einer einvernehmlichen Lösung**. Nach den Erläuterungen⁸⁸ soll es zu einem **materiellen** Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen kommen; zB bei der Festlegung zur Festsetzung von Auflagen. Wie wohl auch § 43 Abs 5 AVG geht § 89 Abs 1 UGB-KomE somit zwangsläufig von einer **gewissen Disponibilität** der entsprechenden materiellen Rechtslage aus bzw begründet diese. Die sachlichen Grenzen einer solchen Disponibilität müssen aber wohl aus der gesamten Rechtsordnung, insbesondere aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben abgeleitet werden. Zweck der Vermittlung soll Entlastung der Genehmigungsbehörde und dadurch Verfahrensbeschleunigung sein. Nach Abs 5 soll die Genehmigungsbehörde am Erörterungstermin beteiligt sein. Trotz dieser Beteiligung der Behörde sieht Abs 6 quasi als Ende der Vermittlung aber bloß eine **Stellungnahme** des Mediators vor. Eine formelle rechtliche Einbindung des allenfalls erzielten Konsenses in die verwaltungsbehördliche Entscheidung ist - jedenfalls ausdrücklich - nicht vorgesehen.

⁸⁷ VfSlg 14939; 15242; 15439; 15462 sowie die grundlegende Entscheidung des EGMR im Fall Belilos gegen die Schweiz, EuGRZ 1989, 21 ff.

⁸⁸ UGB-KomE 641.

III. Einbindung der Mediation in das österreichische Verwaltungsverfahren: Schnittstellen, Berührungspunkte, Entlastungspotential

1. Mediation als Instrument der Verwaltungsentlastung?

1.1 Dogmatische Einordnung

Begreift man Mediation – einer starken Strömung im deutschen Schrifttum folgend – als "Teilprivatisierung des Verwaltungsverfahrens", wird ihre "staatsentlastende Wirkung"⁸⁹ besonders evident. Die Einordnung als Instrument der "Verfahrensökonomie"⁹⁰ sowie die dogmatische Klassifikation als "Verwaltungshilfe"⁹¹ bzw. gar Beleihung weisen in die gleiche Richtung.

Ähnliche rechtsdogmatische Grundlagen liegen zwar auch für Österreich vor: **Funktionelle Privatisierung** als Form der Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenwahrnehmung als "**Erfüllungsgehilfen**" bzw. "**Verwaltungshelfer**"⁹² könnte auch für die Integration verschiedener Mediationsformen in das österreichische Recht nach geltender Rechtslage die zutreffende Kategorie sein.

Das entspricht aber (noch) nicht der bisherigen legislatischen Ausgestaltung nach dem "parallelen Konzept", demzufolge Mediation keine staatliche Aufgabe und insoweit auch nicht Gegenstand einer funktionalen Privatisierung ist. Nach der lex lata ist der Mediator weder von der Behörde beauftragt, noch in irgendeiner Weise "für" die Verwaltung tätig. Er ist vielmehr **privater Vermittler**.⁹³

Zu einer echten "Aufgabenprivatisierung", in der ein bestimmter Verfahrensbereich gänzlich "enthoheitlicht" würde, bietet die derzeitige Gesetzeslage keinen Anhaltspunkt.

Ungeachtet dessen kann die Leistung des Mediators de facto und im Ergebnis der Verwaltung helfen.

⁸⁹ Hellriegel 2002, 51 (FN 161) sowie 62 mwN; Ludwig 1998, 214.

⁹⁰ Hellriegel 2002, 56 (FN 197); Holznapel in Breidenbach 1997, 147ff, 149.

⁹¹ Hellriegel 2002, 122; Maurer 1999, § 23 RN 60.

⁹² Raschauer 2002, 169, 209 und 211.

⁹³ Die auch formale Einbindung in das Verwaltungsverfahren hätte sonstige weitreichende Konsequenzen, die die oben beschriebenen Zwecke zumindest teilweise konterkarieren würden; Der Mediator könnte als "Gehilfe" der Verwaltung in Gefahr laufen, seine extern-neutrale Stellung zu verlieren – so etwa, wenn die Verwaltung den Mediator finanziert. Zudem würde eine derartige Einbindung des Mediators in die Verwaltung bei schuldhaftem Verhalten Amtshaftungsfolgen auslösen, was wohl auch keine erwünschte Konsequenz wäre.

Andererseits kann dieser eigene, über die Grenzen des Verwaltungsverfahrens hinausgehende Wirkungskreis des Mediators das Verwaltungsverfahren nicht nur entlasten, sondern in bestimmter Weise auch belasten (dazu näher im Folgenden).

1.2 Hilfsfunktion und Ergänzungsfunktion

Die pauschale Gleichsetzung⁹⁴ von Mediation mit Verwaltungsentlastung würde voraussetzen, dass sich die Mediation in der (Teil-)Auslagerung einzelner Verwaltungsdienstleistungen auf außerbehördliche Akteure, die diese schneller, effizienter oder effektiver erledigen, erschöpft.

Ein solches enges Verständnis wird aber dem Anspruch der Mediation nicht gerecht: Die Mediation erlaubt nämlich **nicht nur die Auslagerung** von Konflikten aus dem Verwaltungsverfahren, sondern **auch das Hineintragen an sich verfahrensfremder Konflikte** in den Verfahrensablauf, die sich dann – sofern die Parteien zB die Verfahrensaussetzung zuhalten – aus Sicht der Behörde als Entscheidungsblockade auswirken können.

- Beispiel:

Im Fall *Handymastenstreit Salzburg*⁹⁵ hätte der Betreiber – da die Masten nur naturschutzrechtlich bewilligungspflichtig waren und im Naturschutzverfahren den gegnerischen Bürgern und Bürgerinitiativen keine Parteistellung zukam – auch auf Entscheidung der Naturschutzbehörde ohne Abwarten der Mediationsergebnisse bestehen können; diesfalls wäre die Entscheidung wohl schneller gefallen.

Für die Behördenentscheidung waren die Mediationsergebnisse (im Rahmen des Naturschutzverfahrens) rechtlich unerheblich.

Diese Sichtweise trifft freilich nur innerhalb des gewählten naturschutzrechtlichen Verfahrensrahmens zu. Erweitert man die Perspektive zB auch darauf, dass die Projektgegner zu "zivilem Widerstand"⁹⁶ – Besetzen der Baustellen udgl – bereit waren, hat die Mediation durch Vermeidung der unweigerlich folgenden Besitzstörungs-, Unterlassungs-, Schadenersatz- und Strafverfahren schon zur

⁹⁴ Jeweils auf faktischer, nicht rechtlicher Ebene.

⁹⁵ *Carl* 2000, 29 ff.

⁹⁶ Vgl. *Carl* 2000, 32, demzufolge die Gegner "jederzeit bereit waren, ihre jeweiligen Standorte zur Verhinderung eines Weiterbaus zu besetzen; (der Betreiber) musste also um seinen geplanten

Entlastung – hier eben nicht der Verwaltung, sondern der Gerichte – beigetragen.⁹⁷

Derartige Effekte treten hauptsächlich in jenen Fällen ein, in denen die Mediation integrative Funktionen wahrnimmt und Verwaltungsdefizite – fehlende Partizipationsrechte Betroffener, zu enger Entscheidungsgegenstand – ausgleicht.

- Beispiel:

Im Fall *Lainzertunnel Wien* betraf das Mediationsverfahren überhaupt nur die nachträgliche Behebung der Konfliktbelastung eines bereits abgeschlossenen Verfahrens; Gegenstand war damit nur mehr die Optimierung eines bereits bestehenden Projektes,⁹⁸ auf die der Projektwerber – rein verfahrensrechtlich gesehen – ebenso gut hätte verzichten können.

Anerkennt man, dass der Verhandlungsgegenstand der Mediation einerseits und des Genehmigungsverfahrens andererseits nicht notwendigerweise kongruent sind, so wird deutlich, dass die Leistungsfähigkeit der Mediation für das Verfahren nicht in einer bloßen Hilfsfunktion für einzelne behördliche Leistungen, sondern auch in einer **materiellen Ergänzung**, die das Verwaltungsverfahren aufgrund der ihm inhärenten Grenzen prinzipiell nicht leisten könnte, liegt.

2. Welche Verwaltungsaufgaben kann die Mediation im Verfahrensablauf unterstützen?

Der entlastende Aspekt der Mediation lässt sich am deutlichsten anhand der Chronologie eines Genehmigungsverfahrens – oder, weiter gefasst, eines genehmigungspflichtigen Vorhabens - aufzeigen⁹⁹.

Betriebsbeginn bangen; so einigte er sich (...) auf einen vorübergehenden Baustopp, um in Ruhe über Alternativen verhandeln zu können."

⁹⁷ Ähnlich der Schluss *Hellriegls* 2002, 58, zur – freilich anders strukturierten - deutschen Verwaltungskontrolle: "**Die Beschleunigung manifestiert sich im Wegfallen nachgeschalteter Verfahren;**" Claus 1999, 283ff.

⁹⁸ ÖGUT 1999, 104. Zu den Partizipationsdefiziten im Eisenbahnrecht *Hauer* 2002.

⁹⁹ Zum Folgenden im Überblick auch *Petek* 2001, 47 ff.

2.1 Projektierungsphase

a) *Gegenstand*

Der erste abgrenzbare Abschnitt einer Vorhabenschronologie ist die Projektierungsphase; sie liegt bei Neuvorhaben im Übergang zwischen der – noch **abstrakten** – Standortwidmung oder sonstigen Planungsentscheidungen¹⁰⁰ der Gemeinde und der **konkreten** Vorbereitung einer Betriebsansiedlung. Nur um die letztere geht es hier aufgrund des ausdrücklichen Projektbezugs der vorliegenden Studie. Die Projektierungsphase ist der Einreichung vorgelagert und in der Regel nicht Gegenstand eines förmlichen Verfahrens – eine Ausnahme bildet das Scoping-Verfahren des UVP-G –, wohl aber Gegenstand behördlicher Dienstleistungen oder Rechtspflichten:

- **Projektbesprechung:** Bezirksverwaltungsbehörden haben in der Regel Projektbesprechungstage eingerichtet, an denen Juristen und gewerbetechnische Sachverständige Beratungsleistungen bei der Projektgestaltung – auch unter dem Aspekt der Konfliktvermeidung – erbringen¹⁰¹.
- **Informationserteilung:** Wird ein Projekt in der Öffentlichkeit "ruchbar", ist die Behörde häufig mit Auskunftersuchen, Anfragen nach dem Umweltinformationsgesetz, Beschwerden über bestehende und Sorgen über drohende Belastungen konfrontiert, die auch Handlungspflichten auslösen: zB Auskunftserteilung nach dem UIG, ggf nach Rückfrage beim Betreiber, ob geheimhaltungspflichtige Daten berührt sind.

¹⁰⁰ Gerade der "politiknahe" Bereich der Planungen, seien es Widmungen oder Festlegungen der Abfallwirtschaft, ist ein geeignetes Feld für die Mediation; dies belegen zahlreiche in- und ausländische Beispiele. Der Grund mag darin liegen, dass der Gestaltungsraum in dieser frühen Phase noch am relativ größten ist.

Beispiele aus Österreich (die Seitenangaben beziehen sich auf ÖGUT 1999): Yppenplatz Wien – Stadtplanung (57), Verkehrsforum Salzburg – Verkehrsplanung/Stadtplanung (86), Naturpark Weinland Steiermark – Errichtung eines Naturparks (98).

Beispiele aus dem Ausland (die Seitenangaben beziehen sich auf "1st European Symposium Paper – environmental mediation in europe" 2001): Iber Aqua – Developing a co-operative regime for the management of shared water basins in the Iberian Peninsula (99), Bantry Bay Coastal Zone Charter (104), Neue Wege für die Lokale Agenda 21 in Portugal (106), Trilateraler Seehund Management Plan (108), The French Water Management Plan procedure (110), Environmental mediation for Piacenza Province Waste Management Plan (120), Strategic Environmental Assessment: landfill site Plan and Participation in Belgium (123).

¹⁰¹ *Öberseder / Hühnmair* 1996, 61.

- **Vorarbeiten und Versuchsbetrieb:** Zur Projektierungsphase gehört auch der Sonderfall der Vorarbeiten und des Versuchsbetriebs sowie anderer vorgelagerter Bewilligungen: Versuche nach WRG, Prospektionen nach MinroG etc. Die einschlägigen Entscheidungen ergehen durchwegs ohne Partizipation der Öffentlichkeit, deren Informationsinteresse aber – zB an sensiblen Standorten¹⁰² – sehr groß sein kann.

b) Entlastungspotentiale

Diesen Komplex an Rechtspflichten und behördlichen Dienstleistungen in der Projektierungsphase kann die Mediation entlasten, in dem sie das Informationsinteresse der Öffentlichkeit befriedigt bzw. in die Mediation kanalisiert; zudem leistet die Mediation durch die frühzeitige Abfrage berührter Interessen auch wesentliche Ermittlungsarbeit für das Erkennen und Vermeiden oder Lösen sich abzeichnender Konflikte.

Bezogen auf die drei oben genannten Handlungsebenen heißt dies:

- Im Zuge der **Projektbesprechungen** leidet gerade der Aspekt der Konfliktprävention in der Regel darunter, dass diese Besprechungen nur zwischen Behörde und Betreiber stattfinden. Die Einbeziehung der betroffenen Bürger im Zuge der Mediation erhöht die Treffsicherheit der Prävention erheblich, weil die wesentlichen inhaltlichen Probleme und Konfliktstellen frühzeitig erkannt und berücksichtigt werden können. Unter diesem Gesichtspunkt wird der Mediation im Rahmen sog. "**Antragskonferenzen**" große Bedeutung zugemessen.¹⁰³
- Von der Aufgabe der **Informationserteilung** sollte die Behörde wesentlich entlastet werden; die Praxis zeigt bisweilen, dass die Mediationsparteien im Projektierungsstadium rascher und umfassender informiert sind als die Behörden.
- Letztlich kann die Mediation die Partizipationsdefizite der **Vorarbeiten- und Versuchsbetriebsentscheidungen** ausgleichen. Aus der Praxis des Mediators im Verfassersteam sind gerade in solchen Fällen Mediationen erfolgreich, da sie eine Einbeziehung der Bürger in einem für Veränderungen noch offenen Projektierungsstadium erlauben und bei der begleitenden Beweissicherung auf die

¹⁰² Man befürchtet oft die "normative Kraft" des Faktischen.

¹⁰³ Hellriegel 2002, 129 m Bsp.; Jeglitzal/Hoyer in Zilleßen 1998, 137ff, 145.

besonderen lokalen Sensibilitäten Rücksicht genommen werden kann.

Zusammengefasst kann Mediation in der Projektierungsphase eine sinnvolle Ergänzung zum Verwaltungshandeln darstellen, sei es im Rahmen eines Scoping-Prozesses oder des informellen Verwaltungshandelns der Projektvorbesprechungen; sie kann der Behörde einen Gutteil der "Öffentlichkeitsarbeit" (Auskunftserteilung) abnehmen und Partizipationsdefizite (zB bei Versuchsbetrieben) ausgleichen.

c) *Grenzen und Risiken*

Bisweilen wird dem auch eine negative Betrachtungsweise gegenübergestellt: Es bestünde die Gefahr, dass prinzipielle (in Wahrheit gar nicht einigungswillige) Projektgegner das Instrument nur zur frühzeitigen Informationsgewinnung, eigenen Öffentlichkeitsarbeit und Verschleppung nutzen würden. Solche Missbrauchsgefahr besteht freilich auf beiden Seiten: Auch der Projektwerber könnte die Mediation nur für eine "Scheinbeteiligung" oder "Stimmungsmache" inner- und außerhalb des Verfahrens nutzen.¹⁰⁴

Gefordert ist in all diesen Fällen eben die **Missbrauchskontrolle des Mediators** (insbesondere im Hinblick auf die Öffentlichkeitsarbeit).¹⁰⁵

2.2 Verfahrensfeststellung

a) *Gegenstand*

Eng verbunden mit der Projektierungsphase ist jene der Verfahrensfeststellung. Gemeint ist damit die Entscheidung der Behörde, welchem Genehmigungsverfahren ein Projekt unterzogen wird: Diese Entscheidung fällt manchmal in einem eigenen Feststellungsbescheid – so nach § 3 Abs 7 UVP-G oder § 358 GewO – manchmal schlicht dadurch, dass die Behörde ihre (vermeintliche) Zuständigkeit wahrnimmt.

Diese Entscheidungen stehen oft – insbesondere wenn partizipationsarme Verfahren gewählt werden – im Zentrum öffentlicher Kritik.

Das Partizipationsinteresse der Öffentlichkeit ist hoch, die Partizipationsmöglichkeiten hingegen traditionell gering.

¹⁰⁴ Siehe dazu die Kontroverse von *Schwarzer, Kroiss, und C. Mittendorfer* in: *Ökobüro* 2000, 55f.

¹⁰⁵ Hiefür steht dem Mediator eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung; erwähnt sei die Einrichtung von "Dialogforen", die als einzige autorisierte "Pressestelle" im Namen der jeweiligen Mediation(sgruppe)

Soweit diese Entscheidung ausschlaggebend für die Einräumung von Parteirechten ist, hat der VfGH¹⁰⁶ zumindest deren Bekämpfbarkeit durch die betroffenen (potentiellen) Parteien klargestellt: Aus dem Rechtsstaatprinzip folgt, dass dem Nachbarn auch Parteistellung bei der Beurteilung der Frage zusteht, ob die Voraussetzungen für ein vereinfachtes Verfahren überhaupt vorliegen. Gleiches muss wohl auch für die Voraussetzungen des bloßen Anzeigeverfahrens bei Anlagenänderungen nach dem Umweltmanagementgesetz (UMG) gelten.

b) *Entlastungspotentiale*

Ungeachtet dessen werden bei partizipationsarmen Feststellungsverfahren weiterhin Defizite gesehen, die das Mediationsverfahren – zumindest was die Öffentlichkeitsinformation, nicht aber die Mitbestimmung betrifft – kompensieren kann.

c) *Grenzen und Risiken*

Da die Frage der Verfahrenszuständigkeit nicht der Parteiendisposition unterliegt, ist der Einsatz der Mediation in diesem Verfahrensabschnitt nur sehr beschränkt möglich und auch nicht ausbaufähig.

Einsatzmöglichkeiten eröffnen sich dort, wo Projekte knapp an zuständigkeits- oder genehmigungsregimebestimmenden Schwellenwerten liegen (UVP, AWG, IPPC, Seveso) oder nur nach Maßgabe einer (mehr oder weniger abstrakt durchzuführenden) Prognose der Umwelterheblichkeit einer "leichteren" oder "schwereren" Verfahrensart zuzuweisen sind (Änderungsvorhaben nach UVP-G 2000, aber auch § 81 (2) Z 9 GewO im Hinblick auf die "**Emissions-**" oder §82 (2) MinroG in Bezug auf die "**Immissionsneutralität**"). In diesen Bereichen kann es durchaus zu "**vereinbarten Unterwerfungen**" des Vorhabens durch erhöhte Kapazitätsangaben oder Gefährdungsprognosen, die unbekämpft bleiben, kommen.

In diesem Zusammenhang sind auch Mediationsprozesse bei sog "**freiwilligen Umweltverträglichkeitsprüfungen**" zu sehen.¹⁰⁷ Es handelt sich dabei um Fälle, in denen

öffentliche Erklärungen abgibt, während sich die Mitglieder nur im eigenen Namen, nicht aber namens der Gruppe medial äußern.

¹⁰⁶ RdU 2001, 102.

¹⁰⁷ Die Praxis zeigt, dass eine sogenannte "freiwillige" UVP bzw. Teil-UVP, aufgrund des dadurch größeren Untersuchungsumfanges, zum einen dazu beitragen kann, dass die seitens der AnrainerInnen befürchteten Umweltauswirkungen "gemildert" werden können. Zum anderen erhält der Projektwerber ein – auch für spätere Behördenverfahren – umfangreiches Argumentarium im Sinne von Untersuchungen mit Beweischarakter.

nach geltender Gesetzeslage keine UVP-Pflicht besteht, aufgrund der besonderen Sensibilität des Standorts oder des Vorhabens aber freiwillig eine UVP durchgeführt werden soll, für die ein gesetzlicher Verfahrensrahmen fehlt.¹⁰⁸

In diesen Fällen bietet die Mediation einen Ablauf- und Erörterungsrahmen, in dem die Parteien – über die Grenzen des parallel laufenden oder nachgeschalteten UVP-freien Behördenverfahrens hinaus – ihre jeweiligen Interessen "ausgleichen" können.

Exkurs: Parteieneinigung als Tatbestandsmerkmal für vereinfachtes Verfahren

Theoretisch größere Spielräume hat die Mediation in jenen Fällen, in denen der Gesetzgeber dem Projektwerber bei Nachweis der Zustimmung seiner Nachbarn zum Vorhaben vereinfachte Genehmigungsverfahren eröffnet. Gerade im Baurecht gewinnt diese tatbestandliche Verknüpfung an Bedeutung; so erlaubt zB § 25 Abs 1 lit b OÖ BauO¹⁰⁹, soweit die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren (Anzeigeverfahren) durchzuführen, wenn die Nachbarn durch ihre Unterschrift auf dem Bauplan erklären, keine Einwendungen gegen das Bauvorhaben zu erheben.

Fraglich ist allerdings, ob Interessenkonflikte jener Intensität, die einer Mediation bedürfen, an einer derart heiklen Schnittstelle gelöst werden können. Genau besehen läuft ein Mediationsprozess, in dem die Nachbarn ihren Anspruch auf ein Regelverfahren mit Parteistellung bereits vorab gegen bestimmte privatrechtliche Zusagen des Projektwerbers eintauschen und damit aus dem öffentlich-rechtlichen Verfahren ausscheiden, auf einen **Abschied vom parallelen Konzept** hinaus. Mediation und Genehmigungsverfahren ergänzen in dieser Konstellation einander nicht mehr; sie laufen nacheinander ab. **Mit der Zustimmung zum Vorhaben begeben sich die Nachbarn mit einem Schlag de facto ihrer gesamten Tausch- und Drohmacht.** Der Druck auf die Mediationsvereinbarung, die Zusagen für diesen frühen Rechtsverzicht unumstößlich zu verbrieften, wächst damit.

Aufgrund dieser Drucksituation und des engen zeitlichen "Fensters", in dem die Mediation durchgeführt und mit hoher Verbindlichkeit abgeschlossen werden muss, erscheint diese **verfahrenspsychologische Konstellation** für eine erfolgreiche Mediation eher **ungünstig**

¹⁰⁸ Vgl etwa die UVP "Tonschieberaubbau Draxlerkogel", dokumentiert in *Sommer/Bergthaler*, 2000, 129.

¹⁰⁹ § 25 Abs 1 lit b Oö BauO lautet: "(1) Folgende Bauvorhaben sind der Baubehörde vor Beginn der Bauausführung anzuzeigen (Bauanzeige), soweit § 26 nichts anderes bestimmt: 1. der Neu-, Zu- oder Umbau von Kleinhausbauten und von sonstigen Wohngebäuden, ausgenommen Hochhäuser, einschließlich der zugehörigen Stellplätze für Kraftfahrzeuge sowie der allenfalls vorgeschriebenen Neben- und Gemeinschaftsanlagen, wenn b) die Nachbarn durch ihre Unterschrift auf dem Bauplan erklärt haben, gegen das Bauvorhaben keine Einwendungen zu erheben".

(näher dazu unter III 4.1 a).

2.3 Verfahrenseinleitung

a) *Gegenstand*

Die Phase der Verfahrenseinleitung umfasst in aller Regel die Antragsprüfung auf formelle und inhaltliche Vollständigkeit, die Gutachterausswahl (ggf. Beiziehung externer Sachverständiger) und die amtswegige Ausforschung der Parteien und Beteiligten.

An Behörden erledigungen stehen Verbesserungsaufträge (ggf. auch mit inhaltlichen Nachforderungen), Sachverständigenbestellungen, uU auch Entscheidungen über Befangenheitsrügen an.

Hinzu können – je nach Verfahrensart – erste Kundmachungsakte kommen.

b) *Entlastungspotentiale*

Neben der begleitenden Öffentlichkeitsinformation kann Mediation hier frühzeitig die Schwerpunkte sich abzeichnender Konflikte deutlich machen: Dies wiederum kann sowohl den Inhalt der Nachforderungen, aber auch die mit von Behördenseite sachverständig zu besetzenden Fachbereiche wesentlich beeinflussen.

Letztlich können auch Akzeptanzprobleme oder Zweifel an der Unbefangenheit bzw. fachlichen Eignung einzelner (Amts)Sachverständiger frühzeitig geortet und behoben werden.

Die Mediation hat in diesem Verfahrensstadium zumindest das Potential, wesentliche Verzögerungsfaktoren späterer Verfahrensabschnitte (zB "Austausch" eines wichtigen Sachverständigen wegen nachträglich hervorkommender Befangenheit, fehlende Immissionsmessungen bei einem besonders Betroffenen) zu entschärfen.

Vor dem Hintergrund, dass für die Ablehnung von Sachverständigen gem § 53 AVG¹¹⁰ nach dessen Vernehmung gleichsam ein "**Unverzüglichkeitsgebot**" gilt, kann die kritische Öffentlichkeit über ein Mediationsverfahren **verfahrensökonomisch sinnvoll** auch am Auswahlprozess der maßgeblichen Sachverständigen beteiligt werden. Wird die Bestellung eines Sachverständigen von den Mediationsparteien befürwortet, so kann dessen spätere

¹¹⁰ Die entsprechende Passage des § 53 AVG lautet: "*Die Ablehnung kann vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unüberwindbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.*"

Ablehnung nach § 59 AVG nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines unüberwindbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte; gerade diese Bescheinigung wird dann, wenn der Verhandlungsleiter etwa dem Bestellungs-vorschlag der Mediationsparteien gefolgt ist, schwer fallen.

Als Formen der Einbindung stehen **Nominierungs-, Vorschlags- und Anhörungsmodelle** zur Verfügung, die allesamt in einen Mediationsprozess integriert werden können. Gutachten gemeinsam bestellter Sachverständiger stoßen von vorherein viel eher auf Akzeptanz. Mediation könnte helfen, dass nicht "über die Köpfe hinweg" Sachverständige bestellt werden. Die **Bedeutung einer konsensualen Sachverständigenbestellung ist für die Konsensfähigkeit des Verfahrens insgesamt nicht hoch genug einzuschätzen**: Die Standardvorwürfe an Sachverständige – Parteilichkeit mit Gewinnabsicht, aus Pragmatik, aus Blindheit gegenüber den Schwächen der eigenen Disziplin sowie selbstherrlicher Kompetenzüberschreitung – treffen letztlich einen Akteur, dem im Umweltverfahren **dominante Stellung** zugesprochen wird¹¹¹.

Gerade als Konsequenz dieses Misstrauens steht die Forderung nach der Mitauswahl der Sachverständigen durch die Betroffenen auf dem legitistischen "Wunschzettel" der Bürgerinitiativen ganz oben;¹¹² die Mediation könnte hier einen Ansatz außerhalb einer rein verfahrensrechtlichen Novellierung bieten.

c) *Grenzen und Risiken*

Fraglich ist, ob sich Mediation als Instrument, allfällige Befangenheiten oder Interessenkonflikte von Sachverständigen oder sonstigen Behördenorgane zu orten, eignet. Droht hier nicht die Gefahr einer Personalisierung oder Politisierung, die einer Lösung des Sachkonflikts eher entgegensteht? Sollte sich Mediation aus solchen Fragen heraushalten, um nicht zum Forum von eigentlich "projektfremd" motivierten Auseinandersetzungen zu werden? Gibt es dazu Erfahrungen? Eine **Aufblähung der Mediation zu einem "Hearing"** über einzelne Behördenorgane würde das Instrument sicher überfordern.

Freilich bedarf es eines derartigen "inszenatorischen Exzesses" auch gar nicht. Aus Sicht der Mediatoren im Verfassersteam haben sich **pragmatische Vorgehensweisen** bewährt: Das Ausloten der kritischen Fachbereiche in der Mediationsrunde; Kontaktnahme mit den Behördenorganen unter Hinweis, dass die routinemäßige Wiederbestellung eines bestimmten

¹¹¹ Meyer 1999, 23 f.

¹¹² Meyer 1999, 33.

Sachverständigen von vornherein zu vermeidbaren Akzeptanzproblemen führt; die offene Diskussion in der Mediationsrunde, auf Basis welcher fachlichen Qualifikation – oder allgemeiner: welchen Auswahlverfahrens – die Auswahl aus Sicht der Betroffenen akzeptabel erscheint; die Weiterleitung dieses Vorschlags an die Behörde, die – wenn sie an einem konsensualen Verfahrensbeginn interessiert ist – diese Vorschläge nicht unbeachtet lassen wird.

2.4 Ermittlungs- und Verhandlungsphase

a) *Gegenstand*

Die Ermittlungs- und Verhandlungsphase beinhaltet die Kernaufgaben der

- **Sachverhaltsermittlung** (Gutachtenserstellung, Ortsaugenschein) und
- der **öffentlichen Verhandlung**, seit AVG-Novelle zudem die (fakultative) öffentliche Erörterung.

b) *Entlastungspotentiale*

In beiden Bereichen kann die Mediation Unterstützung leisten.

- Die **Sachverhaltsermittlung** kann zu manchen Beweisfragen erleichtert werden, wenn im Rahmen der Mediation Gutachten, Beweissicherungen, Überprüfungen odgl vorgenommen werden, die vom Sachverständigen bei der Befunderhebung verwertet werden können und diesem uU eigene Erhebungen ersparen. Im Extremfall können Mediationsergebnisse, die zu nachträglichen Projektänderungen führen, die Beweisfrage materiell erledigen. So können nähere amtswegige Ermittlungen zur Frage, mit welcher (unter mehreren möglichen, nach den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit uU auch Verhältnismäßigkeit abzuwägenden) lärmtechnischen Maßnahme/Auflage die Einhaltung eines bestimmten Grenzwertes sichergestellt wird, unterbleiben, wenn der Projektwerber aufgrund einer zwischenzeitlich getroffenen Mediationsvereinbarung eine der in Frage kommenden Maßnahmen in sein Projekt aufnimmt.

Selbst wenn es zu keiner förmlichen Integration der vom Projektwerber gutgeheißenen oder vorgeschlagenen Maßnahme in sein Projekt kommen sollte, hätte diese vom Projektwerber "mitgetragene" Maßnahme wohl die Vermutung des

"gelindesten Mittels" (das nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit vorzuschreiben ist) für sich.

- Die **öffentliche Verhandlung** kann durch vorbereitende (oder begleitende bzw – nach Verfahrensaussetzung - eingeschobene) Mediation als Forum der Konfliktaustragung entlastet werden; mehrere Szenarien sind denkbar:
 - Konflikte werden vorher im Rahmen der Mediation ausgetragen und führen zu einer Projektmodifikation; Einwendungen unterbleiben daher, der behördliche Vermittlungsversuch kann entfallen.
 - Konflikte führen zwar zu Einwendungen, die inhaltliche und emotionale Austragung wird aber - nach Verfahrensaussetzung - in die Mediation ausgelagert; erst nach Beilegung des Konflikts wird das Verfahren auf Basis der getroffenen Einigung fortgesetzt. Der Verhandlungsaufwand für die Behörde reduziert sich entsprechend. Gleiches gilt für den Manuduktionsaufwand: Die Behörde ist nicht verpflichtet, Parteien bei der Verhandlung über den Mediationsvertrag inhaltlich zu beraten; die Partei bewegt sich insoweit in einem **manuduktionsfreien Raum**, allerdings mit einem "Sicherheitsnetz": Soweit als Folge des Mediationsvertrags Verfahrenshandlungen gesetzt oder unterlassen werden, besteht wiederum Manuduktionspflicht.¹¹³

Zumindest **an den Schnittstellen** zwischen Mediation und Verwaltungsverfahren setzt dabei die Manuduktion ein: Bei der Einleitung der Mediation (Belehrung über Auswirkungen der Teilnahme an der Mediation auf die verfahrensrechtliche Stellung) und bei der Berücksichtigung der Mediationsergebnisse im (fortgesetzten) Ermittlungsverfahren.

c) *Grenzen und Risiken*

Klar zu stellen ist zunächst, dass die Mediation den gesetzlich gebotenen Untersuchungsrahmen oder –**umfang** nicht einschränken kann; eine "Außerstreitstellung" ist

¹¹³ Generell ist die Behörde nicht verpflichtet, Parteien über die inhaltliche Gestaltung ihrer Erklärungen zu belehren; sie hat soweit Anleitungen zu geben, als sie parteistellungsbegründende (oder dazu eben untaugliche) Erklärungen auf ihre rechtliche Wirksamkeit zu prüfen hat. Ist eine in der Verhandlungsschrift protokollierte Erklärung nicht geeignet, die angestrebte Parteistellung zu sichern, hat sie darüber aufzuklären (vgl. zu all dem VwGH 30.9.1999, 99/02/0160 einerseits sowie VwGH 16.4.1985, 84/04/0104 andererseits, jeweils mwN).

im Verwaltungsverfahren nicht möglich.¹¹⁴

Die Mediation kann (lediglich) den behördlichen Untersuchungs**aufwand** entlasten.

Die Verwertung der Sachverständigengutachten, die im Rahmen der Mediation erstattet wurden, durch den Amtssachverständigen ist zulässig. § 52 AVG im Sinne der Auslegung nach ständiger Judikatur erlaubt, dass der Sachverständige lediglich ein "aktenmäßiges Gutachten" auf Grundlage der von anderer Seite "zur Verfügung gestellten befundmäßigen Unterlagen" erstattet¹¹⁵. Auslagerungen von Teilen der Befundaufnahme in die Mediation sind daher zulässig; der Amtssachverständige ist aber verpflichtet, diese kritisch nachzuvollziehen¹¹⁶.

2.5 Entscheidungsphase

a) *Gegenstand*

Die Entscheidungsphase umfasst erstinstanzliche behördliche Entscheidung sowie den nachfolgenden ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittelzug.

b) *Entlastungspotentiale*

Die schon in den vorgelagerten Verfahrensabschnitten aufgezeigten Entlastungspotentiale schlagen auch auf die Entscheidungsphase durch:

- **Entfall von Auflagen:** Werden kritische Aspekte – auch als Ergebnis der Mediation – durch Projektmodifikation entschärft, erübrigt sich unter Umständen die Vorschreibung von Auflagen.
- Ergebnis der Mediation kann auch die "**Nullvariante**" sein. Dann entfällt jedenfalls am beantragten Standort der weitere Verfahrensaufwand völlig. Die Nullvariante ist dann kein völlig praxisfremdes Mediationsergebnis, wenn Gegenstand des Mediationsprozesses mehrere denkmögliche Standorte sind und der Projektwerber als Ergebnis der Mediation auf einzelne (zugunsten) anderer verzichtet.

¹¹⁴ VwGH 30.4.1998, 97/06/225; Ferz 2002, 324.

¹¹⁵ Vgl. statt vieler VwGH 25.6.1956, 313/54, 3.7.1984, 84/07/0028, 17.2.1992, 91/10/0139.

¹¹⁶ VwGH 14.3.1994, 93/10/0012; 27.6.1994, 94/10/0020.

- **Entfall des Abspruchs über Einwendungen:** Unterbleiben aufgrund erfolgreich abgeführten Mediationen Einwendungen oder wird ein einvernehmliches Verhandlungsergebnis erzielt, wird auch die behördliche Entscheidung erleichtert: Über Einwendungen, die sich infolge des Mediationsergebnisses erledigt haben (weil bestimmte Projektmodifikationen erzielt wurden), bedarf es keines gesonderten Abspruchs mehr.
- **Entfall der Begründungspflicht:** Liegen infolge Zurückziehung der Einwendungen nach erfolgreicher Mediation keine widerstreitenden Anträge mehr vor, wird die Begründungspflicht ebenfalls entsprechend reduziert.
- **Erleichterung bei Berücksichtigungspflichten:** Die Mediation ermöglicht über die Einbindung von Trägern bloß berücksichtigungspflichtiger Interessen die aktive Einbindung solcher Aspekte in den Gestaltungsprozess. Gewährleistet das Mediationsergebnis eine solche Berücksichtigung, entlastet dies wiederum den Entscheidungs- und Begründungsaufwand der Behörde.
- **Entfall von Rechtsmitteln:** Gelingt ein einvernehmliches Ergebnis, erübrigt sich aus Sicht der Beteiligten die Rechtsmittelerhebung.

c) *Grenzen und Risiken*

Grenzen der Berücksichtigung der Mediation in der Entscheidungsphase bestehen dort, wo über **absolute gesetzliche Schutzstandards** disponiert werden sollen. Die Parteien im Mediationsvertrag mögen über ihre Dispositionsfreiheit in wirksamer Weise verfügen, nicht aber über den (überindividuell motivierten) Schutz des Gesetzes für einzelne Umweltgüter. Die Verwaltung muss (oder müsste!) meist auch die weiter gehenden, zum Teil von den Beteiligten nicht repräsentierten Interessen, dabei im Hinblick auf die Nachhaltigkeit so wichtigen Interessen zukünftiger Generationen mit berücksichtigen. Aber auch das subjektiv-öffentliche Recht auf Schutz der Gesundheit wird keinesfalls disponibel sein.¹¹⁷

¹¹⁷ Die in der Literatur immer wieder erörterte Konstellation, Instrumente des Vertragsrechts könnten zu einem Ökodumping führen, bleibt am Beispiel der in Österreich bekannten Mediationsvereinbarungen den praktischen Beweis schuldig.

Exkurs: Parteeinigung als Tatbestandsmerkmal für die Genehmigungsfähigkeit

Umweltrechtliche Genehmigungsvorbehalte können in unterschiedliche Weise an eine Parteeinigung anknüpfen: etwa dadurch, dass sie bei Vorabzustimmung der Betroffenen nur mehr ein vereinfachtes Verfahren anordnen (dazu im Exkurs zu II 2.2 oben), oder indem sie die **Zustimmung** der Betroffenen überhaupt zum **Genehmigungskriterium** erheben.

Letzteres ist bei der relativen Abbauverbotszone des MinroG der Fall: Nach § 82 Abs. 2 Z 2 leg.cit. darf der Abbau dann von 300 Meter auf 100 Meter an das nächstgelegene Wohngebiet heranrücken, wenn der Projektwerber u.a. die Zustimmung der Standortgemeinde – sowie, vor der MinroG-Novelle 2001 (BGBl I 2002/21), der Grundeigentümer im verringerten Schutzabstand - nachweist.

Auch diese Konstellation bietet einen Anwendungsbereich für die Mediation, wobei die verfahrenspsychologische Vorbehalte, die gegen die Junktimierung mit dem vereinfachten verfahren (im Exkurs zu Pkt. III.2.2 oben) ins Treffen geführt wurden, hier dann nicht zutreffen, wenn der Mediationsprozess und das Genehmigungsverfahren parallel geführt werden können: Zum Einen wird dadurch nämlich das zeitliche "Fenster" für die Mediation angemessen erweitert, zum Anderen verlieren die Betroffenen durch ihre Zustimmung nicht ihre Parteistellung im Verfahren und können den Akt der Zustimmung bis zur Lösung des Konflikts in allen strittigen Punkten "zurückhalten"; die **Balance** der ungefähr gleichwertigen Tausch- und Drohmacht bleibt daher während des gesamten Verfahrens und Mediationsprozesses aufrecht.

Freilich wurde durch die MinroG-Novelle 2001 das Zustimmungserfordernis der Nachbarn im verringerten Schutzabstand gestrichen; hier ist nur mehr die Standortgemeinde "Anwalt" der Betroffenen und müsste daher diese Zustimmung zur Erhöhung der Tausch- und Drohmacht der Betroffenen selbst in den Mediationsprozess einbringen.

2.6 Nachträgliche Anpassung

Nachträgliche Anpassungsverfahren werden in den einzelnen Verwaltungsmaterien in verschiedensten verfahrensrechtlichen Ausformungen geregelt.

Als Grundmodell kann § 79 GewO herangezogen werden, in dem sich sowohl das Modell einer **einseitigen nachträglichen Auflagenvorschreibung** findet, als auch das Modell für **Anpassungen, die in das Wesen der Anlage eingreifen** und mit der Verpflichtung des Betreibers zur Vorlage und Verwirklichung eines Sanierungskonzeptes operieren; zu beiden nachfolgend ein Auszug aus der Gesetzesstelle:

"§ 79 (1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, dass die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde die nach dem Stand der Technik (§ 71 a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen (§ 77 Abs. 1) vorzuschreiben.

(...)

(3) Könnte der hinreichende Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen nach Abs. 1 oder 2 nur durch die Verschreibung solcher anderer oder zusätzlicher Auflagen erreicht werden, durch die die genehmigte Betriebsanlage in ihrem Wesen verändert würde, so hat die Behörde dem Inhaber der Anlage mit Bescheid aufzutragen, zur Erreichung des hinreichenden Interessenschutzes und der Begrenzung der Emissionen von Luftschadstoffen nach dem Stand der Technik innerhalb einer dem hierfür erforderlichen Zeitaufwand angemessenen Frist ein Sanierungskonzept für die Anlage zur Genehmigung vorzulegen."

Je nach Art des Anpassungsverfahrens kann die Mediation hier das oben unter Pkt. 2.1 bis 2.5 erarbeitete Entlastungspotential nochmals entfalten: Bei partizipationsarmen einseitigen Auflagenverschreibungen als Begleitinstrument zur Öffentlichkeitsbeteiligung, bei Verfahrensarten, die auf Sanierungskonzepten des Betreibers aufbauen, auch als echtes Mitgestaltungsinstrument.

3. Abstimmung von Mediation und Verwaltungsverfahren

3.1 Zeitliche Koordination

Die Frage, wann eine Mediationsverhandlung der streitgegenständlichen Angelegenheit am zweckmäßigsten stattfinden sollte, ist nach einer ersten Analyse der praktischen Anwendungsbeispiele¹¹⁸ nicht generell festzulegen: Diese Grenze wird in jedem Verfahren anders liegen. In der Praxis wird die Meinung vertreten, dass die Vorteile einer Mediation am größten sein können, wenn die Mediation **möglichst frühzeitig** begonnen wird¹¹⁹.

Insb bei Einbindung in der Planungsphase ist auch auf Seiten des Projektwerbers das Risiko, frustrierte Planungen vorzunehmen, geringer, da noch mehr Spielraum für Veränderungen ist.

Die Genehmigungsdauer für das Verfahren verringert sich meist, da Einwendungen und Berufungen größtenteils wegfallen.

¹¹⁸ Vgl dazu insb Zieher 1999, 149 f.

Dass das Projekt zum Zeitpunkt des Verfahrens noch verändert werden kann, ist auch deshalb wichtig, damit die Beteiligten nicht den Eindruck einer nachträglichen Akzeptanzbeschaffung erhalten.

Es gibt aber auch andere Szenarien: So ist es z.B. nicht sinnvoll, das Mediationsverfahren in einem Verfahrensstadium beginnen zu lassen, in dem die Einsicht auf beiden Seiten noch nicht besteht, dass ein gemeinsam zu lösender Konflikt besteht – eine Mediation kann nur bei ausreichender Konfliktanalyse und Verhandlungsbereitschaft auf beiden Seiten erfolgreich sein.

Besteht die Gefahr, dass eine Mediation nur zur Eskalation oder medialen Profilierung genutzt wird und in Wahrheit noch keine Basis besteht, die ein Mediationsverfahren zu einem Erfolg werden lassen könnte¹²⁰, so ist eine öffentliche Aussprache über ein Vorhaben ausreichend, ein Mediationsverfahren einzuleiten jedoch (noch) nicht sinnvoll; diesfalls können sich Instrumente der Bürgerbeteiligung auf die öffentliche Information beschränken, Befriedungsversuch ist nicht sinnvoll.

Dies sagt jedoch nichts darüber, ob nicht in einem weiteren Verfahrensstadium, nach der Erkenntnis auf beiden Seiten, dass eine gemeinsame Lösung des Konfliktes die beste Lösung ist, ein Mediationsverfahren eingeleitet werden kann und zu einem sinnvollen Ergebnis führen kann.¹²¹

¹¹⁹ Zieher 2000, 8.

¹²⁰ Carl 2000, 30 ff. Die Gefahr, dass ein Mediationsverfahren nur zur Eskalation oder medialen Profilierung genutzt wird, kann auch mit der besten Konfliktanalyse nie ganz ausgeschlossen werden. Die Basis für ein erfolgreiches Mediationsverfahren war im gewählten Beispiel der Handymasten sicher gegeben. Dies zeigt sich v.a. daran, dass bei der konstituierenden Sitzung des "Round Table - Connect Salzburg" von den Mitgliedern eine Arbeitsvereinbarung verabschiedet wurde und die Bedingungen für die Einzelverhandlungen an insgesamt 13 Standorten festgelegt wurden. Die Anrainerinitiativen knüpften eine Zusage zu Alternativstandorten an die Einhaltung eines von der Landessanitätsdirektion vorgeschlagenen Vorsorgewertes (Leistungsflussdichte). Auch die Prozessanalyse ergab, dass durch die Implementierung des Mediationsverfahrens eine weitere Eskalation rund um die Aufstellung von Sendemasten vermieden werden konnte. Durch die Abhaltung der Einzelstandortverhandlungen wurde die Konfliktsituation auf ein medierbares Maß reduziert. Somit wurde in den Einzelstandortverhandlungen eine gute Basis für die weiteren Verhandlungen im "Round Table" gelegt.

Die Analyse ergab jedoch auch, dass das Mediationsverfahren "Round Table - Connect Salzburg" einige Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für ein Mediationsverfahren nicht mehr erfüllte.

Dies hing u.a. mit folgenden Umständen zusammen:

- Ein von Beginn an gegebener und sich fortsetzender massiver Zeitdruck auf das Mediationsverfahren seitens einer Konfliktpartei.
- Unklare hierarchische Strukturen und fehlende Rückbindung an die größere Gruppe bei beiden Konfliktparteien.
- Missachtung der Arbeitsvereinbarung auf beiden Seiten (Zusagen aus den Protokollen nicht eingehalten, mediale Anwürfe nicht vermieden).
- Keine Offenlegung von für das Verfahren wichtigen Absichten der Konfliktparteien.
- Der "Round Table" wurde und wird zur Forcierung politischer Grundsatzdiskussionen und zur Profilierung einzelner Politiker im Vorwahlkampf missbraucht.

¹²¹ Breidenbach 1997, 1 ff. Dieser streicht deutlich hervor, dass ein Konflikt nie "fertig" ist, sondern sich regelmäßig verändert und in dieser Weise auch nie "fertig" vor einem Richter oder einer Behörde liegt.

Eine **Grenze für den spätesten Beginn** eines Mediationsverfahrens ist nicht zu erkennen: Auch in langjährigen Konflikte mit äußerst verhärteten Fronten kann durch eine Mediation Bewegung kommen, kann durch die Parteien darin ein Ausweg im konkreten Verfahren erkannt werden. Gerade Sanierungs- oder Anpassungsverfahren über längst genehmigte Anlagen bieten – wegen der "Partizipationsarmut" dieser Verfahrenstypen einerseits, der hohen Betroffenheit der Nachbarn andererseits – einen guten "Nährboden" für den Einsatz der Mediation; letztlich gilt dies auch noch für das Auflassungs- (und Nachnutzungs-)verfahren.

Resümierend können sich **im gesamten Lebenszyklus eines Betriebsanlagenprojekts – von der Standortplanung bis zur Stilllegung** – Situationen ergeben, in denen das Verwaltungsverfahren ein Informations- oder Beteiligungsinteresse nicht befriedigen kann; solche Defizite kann die Mediation aufgreifen und kompensieren.

3.2 Funktionale Abstimmung

De lege lata können der Mediation verschiedene Aspekte im Verwaltungsverfahren zukommen, von der Sachverhaltsklärung über die Feststellung der technischen Machbarkeit bis zur Erarbeitung eines von den Konfliktparteien als sachgerecht empfundenen Lösungsvorschlages.

Was der Mediationsvertrag jedoch prinzipiell nicht leisten kann, ist die Berücksichtigung von öffentlichen Interessen, die die einzelnen Konfliktparteien nicht berühren – es ist davon auszugehen, dass die Konfliktparteien idR egoistisch handeln und versuchen, nur ihren Konflikt aus der Welt zu schaffen.

Öffentliche Interessen, die die Konfliktparteien nicht unmittelbar betreffen, werden idR von einem Mediationsvertrag nicht berücksichtigt werden.

Die Behörde hat bei der endgültigen Erledigung des Antrags des Projektwerbers auf diese Umstände Rücksicht zu nehmen.

In den übrigen Aspekten, also denen, die vornehmlich die Parteien und deren konkreten Konflikt selbst betreffen, kann die Mediation ein Behördenverfahren weitgehend unterstützen.

De lege ferenda könnte der Stellenwert der Mediation auch ausgebaut werden.

Als erste "Ausbaustufe" wären z.B. die **"Beauftragung"** eines Mediators/Mediatorenteams mit dem Vermittlungsversuch und – weiter gehend – die **Beleihung eines Mediators/Mediationsteams mit der Durchführung einer öffentlichen Erörterung** denkbar.

Auch eine darüber hinausgehende **Auslagerung** von Teilen der Projektgenehmigung(sverfahren) – z.B. **privatrechtlich disponibler Aspekte** (dinglicher Rechte) – kommt in Frage (dazu näher unten); eine solche Erweiterung muss aber **verfassungsrechtliche Schranken** achten:

Wie weit der Gesetzgeber dispositives Verwaltungsrecht schaffen kann, hängt wohl einerseits mit der Frage der (zwingenden) **Kernbereiche**¹²² der Verwaltung zusammen. Soweit eine völlige Privatisierung möglich ist, soweit wird auch eine (zumindest teilweise) Bindung an den Konsens der Beteiligten möglich sein. Andererseits wird bei der Disponibilität des materiellen Verwaltungsrechts entscheidend sein, ob wesentlich in **Grundrechte** der Betroffenen eingegriffen werden kann¹²³. Zudem kann der privatautonome Konsens niemals in fremde (private oder öffentlich-rechtliche) Rechtspositionen eingreifen.

Dies wiederum ist zu einem wesentlichen Teil auch von den Umständen, unter denen eine Partei über ihre Rechte disponiert, abhängig: Zwar sind auch die Privatautonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen grundrechtlich verbürgt, aber eben in bestimmten Grenzen: Die bloße Zustimmung des Beteiligten reicht dann nicht für eine Richtigkeitsgewähr des zwischen den Parteien privatautonom Verhandelten, wenn "strukturell ungleiche Verhandlungsstärke" vorliegt; diesfalls können gesetzgeberische Eingriffe in die Vertragsfreiheit nicht nur legitimiert, sondern geradezu geboten sein.¹²⁴

Auch an dieser grundrechtlichen Konstellation zeigt sich, dass Mediation vergleichbarer Tausch- und Drohmacht bedarf, um mit ihren originär privatrechtlichen Mitteln zum Erfolg führen zu können.

¹²² Zum privatisierungsfesten Kernbereich *Wiederin* 2000, 75 ff.

¹²³ Vgl zu Deutschland insofern *Hellriegel* 2002, 100 ff; als Kriterien gelten die tragenden Prinzipien der Verfassung, insbesondere die Grundrechte; vgl BVerfGE 49,89127. Intensität, Formalität und Unmittelbarkeit als Eingriffselemente bedürfen freilich stets einer Konkretisierung im Einzelfall.

¹²⁴ *Meier* 1995, 119ff.

3.3 Formelle und materielle Koordination

a) *Bedarf an Koordinationsnormen?*

These: Die Behörde soll grundsätzlich nicht in das eigentliche Mediationsverfahren eingebunden werden; denkbar ist allenfalls die Teilnahme von Behördenvertretern zwecks Informationsbeschaffung über Betroffenheitslagen udgl.

Die Leistungsfähigkeit der Mediation ist schon auf Basis der derzeitigen Rechtslage sehr hoch; die Abstimmung läuft über die gegebenen Schnittstellen zwischen privatem und öffentlichem Umweltrecht.

Eine weitere Reglementierung ist nicht unmittelbar geboten; insbesondere ist die Rolle der Behörde nur beschränkt ausbaufähig:

Die Behörde hat zuerst die Verpflichtung, ein Verfahren zu entscheiden. Im Regelfall wird die Behörde über den Antrag einen Bescheid erlassen, der alle beteiligten Interessen ausreichend schützt:

Die Behörde kann in dieser Hinsicht freilich auch von den Parteien nicht bedachte Interessen beachten. Nimmt eine Behörde an dem Mediationsverfahren selbst als Beobachter teil, so kann sie unter Umständen wertvolle Einblicke über das Gesamtprojekt bekommen, die im Rahmen des normalen Verfahrens nicht möglich gewesen wären.

Auch hilft die faktische Einbindung der Behörde für die Umsetzung der Mediationsvereinbarung.¹²⁵

Inwiefern eine Behörde ein Mediationsverfahren selbst leiten kann, ist hingegen sehr fraglich. Als Voraussetzung für das Gelingen einer Mediation wird im Allgemeinen angesehen, dass der Mediator allparteilich ist und keine rechtliche Parteistellung hat¹²⁶ – Voraussetzungen, die die Behörde erfüllt (vgl. oben). Weiters vorausgesetzt wird aber auch das Unvermögen des Mediators zu autoritativen Entscheidungen.

Der Konflikt soll einerseits in den Händen der Parteien bleiben, andererseits sollten diese möglichst offen miteinander umgehen können.

Beide Möglichkeiten stehen, wenn die **Behörde** die Mediation durchführt, nicht zur Verfügung: Gerade die Behörde, die im Falle des Scheiterns der Mediation das Verfahren autoritativ entscheiden und dabei alles Vorgebrachte mit berücksichtigen kann, hat die Möglichkeit zur

¹²⁵ Vgl die Probleme durch die Nichteinbindung der Behörde im Verfahren *Kunz-Straße, Vöcklabruck*, in *Zieher* 1999, 78 f.

Mediationsleitung daher wohl nicht.

b) Der Vermittlungsauftrag gemäß § 43 (5) AVG

Fall: Der Projektwerber begehrt die Erteilung einer Genehmigung für die Erweiterung einer Betriebsanlage: Im Zuge des Genehmigungsverfahrens kommt es zu widerstreitenden Ansichten des Projektwerbers und der betroffenen Anrainer. Die Anrainer behaupten sowohl in subjektiv-öffentlichen als auch in privaten Rechten beeinträchtigt zu sein; der Projektwerber bestreitet dies.

- Variante a: Der Verhandlungsleiter versucht selbst auf einen Ausgleich hinzuwirken (de lege lata);
- Variante b: Der Verhandlungsleiter unterbricht das Genehmigungsverfahren, um ein Mediationsverfahren zu ermöglichen (de lege ferenda).

These: Die Durchführung eines Mediationsverfahrens kann de lege ferenda grundsätzlich als Erfüllung des in § 43 Abs 5 AVG formulierten Vermittlungsauftrages verankert werden.

Gemäß § 43 Abs 5 AVG hat der Leiter eines Verwaltungsverfahrens auf einen Ausgleich zwischen einander widersprechenden Ansprüchen und Interessen hinzuwirken. Widersprüche iSd § 43 Abs 5 AVG können sowohl öffentlich-rechtlicher als auch zivilrechtlicher Natur sein. Eine Disponibilität über "öffentliche Interessen" ist jedoch so weit ausgeschlossen, als in den Materiengesetzen nicht Abweichendes normiert ist¹²⁷. Solches ist wohl auch dann der Fall, wenn das öffentliche Recht an privatrechtliche Tatbestandsmerkmale (wie vor allem "dingliche Rechte") anknüpft. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch die § 45 AWG 2002, § 71 Abs 3 GWG, § 357 GewO, § 4 Abs 5 LRG-K, § 19 Abs 1 Schieß- und SprengmittelG, § 113 WRG, die sehr ähnlich wie § 43 AVG formuliert sind und jedenfalls für privatrechtliche Einwendungen ein vergleichbares Verfahren vorsehen.

Die Verhandlungsführung steht im Ermessen des Verhandlungsleiters, aus diesem Grund stellt es - wie bereits erörtert - grundsätzlich auch keinen Verfahrensmangel dar, wenn der Versuch einer gütlichen Einigung misslingt oder gar unterbleibt. Das Unterbleiben eines Vermittlungsversuchs verletzt die Rechte der Nachbarn nach der Rspr des VwGH nicht¹²⁸.

¹²⁶ Zieher 2000, 9.

¹²⁷ Mayer 1994, 114 (118).

¹²⁸ VwGH 8.2.1977, 2246/76 uvam; Walter/Thienel I², § 43 AVG E 19.

Das könnte de lege ferenda zu ändern sein.

UE könnten Mediationsverfahren eine sinnvolle Ergänzung zum Vermittlungsauftrag nach § 43 Abs 5 AVG darstellen (wie diese Ergänzung im Einzelfall aussehen kann, wird noch erörtert). Fraglich ist jedoch die Abgrenzung der Mediation vom Vermittlungsauftrag sowie, ob bzw wie Mediationsverfahren in die Systematik des § 43 Abs 5 AVG eingegliedert werden können.

Die Materialien zu § 43 Abs 5 AVG enthalten diesbezüglich keine ausdrücklichen Anhaltspunkte.

Nach dem Wortlaut ist beim Vermittlungsauftrag nach § 43 Abs 5 AVG die Vermittlungstätigkeit unmittelbar dem Verhandlungsleiter aufgetragen. Welcher Instrumente er sich dabei zu bedienen hat, ist der Bestimmung aber nicht zu entnehmen¹²⁹. Seiner Verpflichtung, auf einen Ausgleich hinzuwirken, könnte er wohl auch dadurch genügen, dass er den Parteien den Abschluss einer Kooperationsvereinbarung, die ein Mediationsverfahren eröffnet, nahe legt. Dieses Verständnis zeigt, dass die Durchführung eines Mediationsverfahrens dem System des österreichischen Verwaltungsverfahrens nicht fremd ist und dass aus diesem Grund eine allfällige nähere Verankerung der Mediation im AVG bzw in den einzelnen Materiegesetzen keinen Bruch mit den tragenden Prinzipien des österreichischen Verwaltungsrechts darstellt (sh III.2.1).

Einer genaueren Erörterung bedarf in diesem Zusammenhang auch die Frage, wie gewährleistet werden kann, dass ein Vermittlungsverfahren iSd § 43 Abs 5 AVG (Mediationsverfahren) durchgeführt wird, wenn dies im Interesse beider Konfliktparteien liegt. Die Parteien haben bislang kein subjektives Recht, mit dem sie die Abhaltung eines Vermittlungsverfahrens nach § 43 Abs 5 AVG durchsetzen können. Die Abhaltung eines Vermittlungsverfahrens nach § 43 Abs 5 AVG steht de lege lata im Ermessen des Verhandlungsleiters. Wird ein derartiges Verfahren nicht durchgeführt, oder kommt keine Einigung zustande, werden subjektive Rechte der Verfahrensparteien nicht beeinträchtigt (siehe oben). Da jedoch die Abhaltung eines Mediationsverfahrens zumeist vorrangig im Interesse der Konfliktparteien und weniger im Interesse der Behörde liegt, (zu beachten sind aber die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit; vgl auch § 39 Abs 2 AVG), sollte sichergestellt werden, dass die Durchführung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens unabhängig von der Ermessensentscheidung des Verfahrensleiters ist (Risiko: bei Anfechtbarkeit Möglichkeit der Verfahrenverschleppung).

¹²⁹ Ferz 2002, 734.

Sollte die Mediation in das System des Vermittlungsauftrages nach § 43 Abs 5 AVG gesetzlich eingebunden werden, müsste den Mediationsparteien ein Antragsrecht auf Durchführung eines derartigen Verfahrens eingeräumt werden, da die Abhaltung eines Mediationsverfahrens nicht alleine im Ermessen des Verhandlungsleiters liegen darf, sondern an sachliche Kriterien gebunden sein muss. Wie dieses Antragsrecht in concreto ausgestaltet sein sollte, insbesondere ob es generell oder nur dann gewährt werden sollte, wenn zwischen den Verfahrensparteien Konsens über die Durchführung eines Mediationsverfahrens besteht, ist, ebenso wie die Frage der rechtspolitischen Durchführbarkeit einer dazu nötigen Gesetzesänderung, näher zu untersuchen.

c) *Verhältnis der Mediation zum Vermittlungsauftrag*

§ 43 Abs 5 AVG gibt der Behörde einerseits Möglichkeiten und andererseits Grenzen vor, die Mediationsergebnisse und den Mediationskonsens ins Verwaltungsverfahren zu transferieren. Nachfolgend soll versucht werden, den Vermittlungsauftrag möglichst weit für die Rezeption der Mediation zu öffnen; daran anschließend ist zu prüfen, ob der Vermittlungsauftrag nicht überhaupt als Mediationsauftrag verstanden oder in einen solchen umgearbeitet werden könnte.

aa) *"Vermittlungsauftrag" als "Einfallstor" für die Berücksichtigung von Mediations-
ergebnissen*

Auf das Entlastungspotential, das eine erfolgreiche Mediation für die Vermittlungsaufgabe des Verhandlungsleiters hat, sei hier nur verwiesen; sie wurde bereits oben unter III.2.1 bis 2.6 dargestellt.¹³⁰

Der gesetzgeberische Auftrag, auf einen "*Ausgleich ... hinzuwirken*", kann – bei einem weiten Verständnis – nicht nur auf die Verhandlungsleitung bezogen werden, sondern auch als **Hinweis, wie Entscheidungsfreiräume zu nutzen sind**, gelesen werden.

Der Vermittlungsauftrag würde damit in Richtung eines materiellen Verständnisses geöffnet, wie es eben – explizit – der UVP-Gesetzgeber durch Anordnung der Berücksichtigung der Ergebnisse der Mediation in der Genehmigungsentscheidung statuiert hat; freilich unter gleichzeitiger Einschränkung auf die **'gesetzlichen Möglichkeiten'**: Solche Möglichkeiten

¹³⁰ Die Behörde kann durch ein Mediationsverfahren (durch Mitwirkung der Parteien des Mediationsverfahrens) auch leichter feststellen, welche Maßnahmen im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegen. In einem alternativen Konfliktlösungsverfahren können weiters auch die Interessen von betroffenen Personen berücksichtigt werden, denen im behördlichen Genehmigungsverfahren keine

bieten sich nun nicht nur dort, wo der Gesetzgeber explizit die Beurkundung von Übereinkommen im Spruch der Entscheidung vorsieht, sondern uE **bei allen Entscheidungsspielräumen**, also beim Ermessen im weitesten Sinne: sei es bei unbestimmten Gesetzesbegriffen, beim Ermessen i.e.S., bei Abwägungs- und Zumutbarkeitsklauseln der einschlägigen Genehmigungsvorbehalte bzw. Eingriffstatbestände.

Wenn der Gesetzgeber Entscheidungen in das Ermessen der Verwaltungsbehörden stellt oder unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die dem Vollzugsorgan einen gewissen Entscheidungsspielraum eröffnen, will er damit keinesfalls Willkür ermöglichen, er möchte vielmehr sicherstellen, dass die Verwaltungsbehörden bei ihrer Entscheidungsfindung auf die **Umstände des Einzelfalls** Bedacht nehmen können¹³¹. Die Behörde hat den gesetzlichen Auftrag, im Einzelfall den Gesetzessinn zu ermitteln, den Regelungsplan an Hand des konkreten Sachverhalts nach ratio des Gesetzes, dessen Zielen und den Wertungen der gesamten Rechtsordnung zu konkretisieren. Unter Ermessen versteht man (im Gegensatz zur Gebundenheit) die Möglichkeit der Behörde, zwischen zwei oder mehreren rechtlich gleichwertigen Lösungen zu wählen¹³². Nach Art 130 Abs 2 B-VG liegt Ermessen dann vor, wenn der Gesetzgeber "von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde selbst überlässt". Insofern liegt im Ergebnis eine Einschränkung bzw Abschwächung des Art 18 B-VG, also des Legalitätsprinzips, vor.

Ermessen kann einer Verwaltungsbehörde grundsätzlich auf zweierlei Arten eingeräumt werden. Entweder durch ausdrückliche Verleihung eines Ermessensspielraumes mittels sog "Kann- (Darf-) Bestimmungen"¹³³ und/oder durch unbestimmte Rechtsbegriffe¹³⁴, sofern diese einen Ermessensspielraum eröffnen und nicht bloß aus dem praktischen Unvermögen einer weiteren sprachlichen Präzisierung resultieren¹³⁵. Die Absicht des Gesetzgebers, Ermessen einzuräumen, muss jedenfalls zum Ausdruck kommen¹³⁶.

Parteistellung zu kommt (§ 8 AVG). Das könnte in weiterer Folge auch die Akzeptanz behördlicher Entscheidungen erhöhen.

¹³¹ *Antoniolli-Koja* 1996, 252; zum Ermessen ausführlich und überzeugend auch *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, 1999, Art 130 Ab 2.

¹³² *Antoniolli-Koja* 1996, 251.

¹³³ Dabei bildet die Verwendung des Wortes "kann" bzw "darf" nur ein Indiz für das Vorliegen einer Ermächtigung zur Ermessensübung (vgl *Raschauer* 1998, 299).

¹³⁴ Auf die graduellen (relativen) Unterschiede zwischen "Ermessen" und unbestimmten Rechtsbegriffen wird im gegenständlichen Zusammenhang nicht näher eingegangen (vgl *Bernard* in *Ermacor* 1979, 92; *Antoniolli-Koja* 1996, 252).

¹³⁵ *Antoniolli-Koja* 1996, 265.

¹³⁶ *Pesendorfer* 2002, 530.

Der Umfang des Ermessensspielraums wird durch zwei wesentliche Determinanten – die **Umstände des Einzelfalles** und die Übung im **Sinne des Gesetzes** – bestimmt¹³⁷.

UE kann gerade auch der **Mediationskonsens solche Umstände des Einzelfalles abbilden bzw begründen. Liegt der private Konsens "im Sinne des Gesetzes", dann kann er in der behördlichen Entscheidung berücksichtigt werden:**

Bei der Ermittlung des Sinnes des Gesetzes ist neben den allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung (etwa historische, systematische, teleologische Interpretation) auf die **im Gesetz zutage tretenden Wertungen** zurückzugreifen, die auch in den einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen zum Ausdruck kommen (§ 77 GewO)¹³⁸.

Im gegenständlichen Zusammenhang muss also ermittelt werden, ob bzw wann die Bezugnahme auf den Mediationskonsens im "Sinn des Gesetzes" liegt.

Nach dem Sinn der Genehmigungsvorschriften, dem Zusammenspiel unbestimmter Rechtsbegriffe in den Materiengesetzen (vgl insb § 77 Abs 1 S 1 GewO) und der Ermächtigung der Behörde, Auflagen vorzuschreiben (vgl ebenso § 77 leg cit), kann ein Entscheidungsspielraum der zuständigen Behörde abgeleitet werden, der es - wie gezeigt ermöglicht, auf Ergebnisse eines Mediationskonsenses bei der Erlassung eines individuellen Verwaltungsakts (Bescheid) Bedacht zu nehmen. Für den Umfang einer möglichen Bezugnahme muss – in der Art eines **"beweglichen Systems"** - auf verschiedene Komponenten Bedacht genommen werden. Maßgeblich werden bei Fehlen sonstiger konkreter gesetzlicher Elemente neben der Wertigkeit der berührten Rechtsgüter auch das Ausmaß bzw die Art des Eingriffs in die Rechtspositionen der Betroffenen sein. Je nachhaltiger und gewichtiger Rechte der Nachbarn tangiert werden, desto sachlicher und konkreter muss eine Mediationsvereinbarung ausgestaltet sein, um bei der Erlassung eines Bescheides berücksichtigt werden zu können. Der **Konsens** selbst ist idS also als **sachliches Abwägungskriterium** heranzuziehen.

Die Behörde wird also nicht umhin können, trotz der so genannten Richtigkeitsgewähr von Verträgen eine gewisse sachliche Angemessenheitsprüfung vorzunehmen. Kurz: Der private Konsens muss "im Sinne des Gesetzes" gem Art 130 Abs 2 B-VG sein.

Aus § 43 Abs 5 AVG ergibt sich deutlich, dass die Behörde einen Mediationskonsens nicht unbesehen übernehmen darf. Sie hat - soweit die Vorgaben des § 43 Abs 5 AVG -

- **öffentliche Interessen** zu wahren
- sowie die Interessen **anderer Beteiligter** zu berücksichtigen, die nicht am Vermittlungsverfahren (Mediationsverfahren) beteiligt sind.

¹³⁷ Raschauer 1998, 306.

¹³⁸ Raschauer 1998, 306.

Grenzen ergeben sich somit einerseits aus zwingenden öffentlichen Interessen und andererseits aus den Interessen Dritter, die nicht am Mediationsverfahren beteiligt sind. Was mit den öffentlichen Interessen und den Interessen Dritter iSd § 43 Abs 5 AVG in concreto gemeint, bedarf einer näheren Analyse.

bb) Vermittlungsauftrag als Mediationsauftrag?

Zu erwägen ist auch, ob der Vermittlungsauftrag nicht überhaupt als Mediationsauftrag gedeutet bzw – sollte dies nicht der Fall sein – zu einem solchen ausgebaut werden könnte und sollte.

Einer Deutung als Mediationsauftrag nach der lex lata steht nun nicht nur die mangelnde Unabhängigkeit des Verhandlungsleiters entgegen; auch in struktureller Hinsicht taugt die Konzeption des Vermittlungsversuchs nicht für eine Vollrezeption der Mediation:

Zunächst setzt die Norm mit der Bezugnahme auf "widersprechende Ansprüche" bereits eine Anspruchstellung, also einen aufgebrochenen – und nicht wie § 16 UVP-G einen "sich abzeichnenden" - Konflikt, voraus. Im Zusammenhang mit Mediationsverfahren bei umweltrelevanten Projekten erscheint diese Wortwahl jedenfalls zu eng, da Mediation auch bzw vor allem schon dann zum Einsatz kommen soll, wenn noch keine konkreten Widersprüche vorliegen (aber zu erwarten sind); ein Mediationsverfahren soll vielmehr auch dem Entstehen von Widersprüchen entgegenwirken.

Eine weitere Grenze des § 43 Abs 5 AVG ist darin zu sehen, dass das behördliche Vermittlungsverfahren viel zu spät ansetzt (es setzt ein behördliches Ermittlungsverfahren voraus), Mediationsverfahren sollten aber zum frühest möglichen Zeitpunkt beginnen können, da im Zuge eines Verwaltungsverfahrens der Dissens zwischen den Konfliktparteien mitunter schon so ausgeprägt sein kann, dass ein sinnvolles und zielführendes Mediationsverfahren nicht mehr abgehalten werden kann.

Insgesamt erweist sich § 43 Abs 5 AVG als zu eng gefasst und in der Konfliktchronologie zu spät verankert; zudem ist die Beauftragung des Verhandlungsleiters mit der Vermittlung mit den Prinzipien der Mediation unvereinbar. Sollte das Mediationsverfahren in das System des § 43 AVG eingegliedert werden, bedarf es einer entsprechenden Adaptierung.

Entscheidet sich der Gesetzgeber zu einer solchen Umgestaltung, müsste freilich die materielle Berücksichtigung der Mediationsvereinbarung in der Entscheidung näher determiniert werden. Das bloß extensive Verständnis der "Hinwirkensverpflichtung" hilft dann nicht mehr weiter, da diese ja an den Vermittler, hier also den Mediator, nicht aber die entscheidungsbefugte Behörde gerichtet wäre.

Die Palette möglicher Regelungen ist breit: Denkbar wären etwa Bestimmungen, die Mediationsvereinbarungen als Tatbestandmerkmale enthalten, an die bestimmte verfahrens- bzw materiellrechtliche Konsequenzen anknüpfen, sowie Normen, die es der Behörde ermöglichen bzw unter gewissen Voraussetzungen sogar vorschreiben, Mediationsvereinbarungen zu beurkunden (siehe unter Pkt. III 4.1 unten).

Damit könnte auch das Problem der Letztverantwortung der Verwaltung für die von ihr getroffenen Entscheidungen geklärt werden. Trifft die Behörde eine Entscheidung, die der Rechtsordnung widerspricht (zB Beurkundung einer Vereinbarung, die den gesetzlichen Vorschriften widerspricht), kann sie unter den Voraussetzungen des AHG einem Amtshaftungsanspruch ausgesetzt sein. Dieser hängt von den Grenzen der behördlichen Überprüfungspflicht ab. Durch die Schaffung einer neuen gesetzlichen Regelung könnten diese Grenzen des § 43 Abs 5 AVG klarer festgelegt werden und die Behörde so vor etwaigen Amtshaftungsansprüchen bewahren.

cc) Zeitliche Koordination

Gesondert zu erörtern ist, wie die Mediation in den Ablauf eines verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahrens **eingegliedert** werden kann sowie die Frage, wie die Behörde trotz Durchführung einer Mediation ihrer Pflicht zur fristgerechten Entscheidung nachkommen kann. Ist hierzu die **Verfahrensunterbrechung (Verfahrensaussetzung)** geeignet? Relevant ist dies vor allem für die Entscheidungspflicht gemäß § 73 AVG. Für den Fall der Abhaltung eines Mediationsverfahrens sind de lege ferenda grundsätzlich zwei Optionen denkbar, mit denen eine fristgerechte Entscheidung der Behörde sichergestellt werden kann. Einerseits könnte der Behörde die Möglichkeit einräumt werden, das Ermittlungsverfahren rechtskräftig mit Bescheid – vergleichbar der Situation bei "Vorfragen" gemäß § 38 AVG – zu unterbrechen; andererseits wäre aber auch eine "ex-lege-Unterbrechung" vorstellbar, die jedoch uE eher abzulehnen ist. Die Behörde muss das Verfahren wieder an sich ziehen können.

d) *Wechselseitige Ergänzung von Mediation und Verwaltungsverfahren*

Die beiden Verfahrensarten Mediation und amtswegiges Verwaltungsverfahren könnten sich derart ergänzen, dass eine erfolgreiche Mediation als Anhaltspunkt für eine sachgerechte Lösung herangezogen werden kann bzw eine Mediation durch das Verwaltungsverfahren vorbereitet werden und die Mediationsvereinbarung mit Rechtskraft erfüllt werden kann.

Zur Ergänzungsfunktion der Mediation wurde schon ausführlich oben unter Pkt. III 1 und 2 Stellung genommen.

Die Handlungsmöglichkeiten des § 111 Abs 3 WRG bzw § 16 Abs 2 UVP-G können dafür als Ansatzpunkte genommen werden, wonach ein wasserrechtliches Übereinkommen einerseits von der Behörde beurkundet werden oder auch als Anlass für eine Regelung, die Dritte bindet, genommen werden kann (vgl VwGH 2. 10. 1997, 97/07/0082).

Jedenfalls ist eine Mediationsvereinbarung zumindest faktisch in der Lage, eine Behörde derart unter Argumentationsdruck zu stellen, dass sie ihrerseits wird begründen müssen, warum sie einen Mediationsvertrag nicht als sachgerechte Lösung, letztlich also nicht "im Sinne des Gesetzes" angesehen hat.

3.4 Verfahrensdauer und Mediation

Verfahrensrechtliche Vorkehrungen müssen nach den Ansprüchen der Praxis Folgendes vorsehen:

- Schaffung einer Verfahrenssituation, in der Mediation zum Ziel führen kann
- Keine Druckmittel von außen

Schon allein diese beiden Voraussetzungen zeigen, dass ein Mediationsverfahren mit Endtermin von außen nicht zu befürworten sein kann, da das Verfahren von der Art her so gelagert sein sollte, dass die einander gegenüberstehenden Parteien selbst an einer gemeinsamen Lösung und an einem gemeinsamen Weiterkommen interessiert sind: Will eine Partei ohnedies nur blockieren, so sollte das Verfahren nicht mit Hilfe eines eingeschobenen Mediationsverfahrens gelöst werden, da dies nur zu Frustrationen führt.

Verfahren, bei denen immenser Zeitdruck herrscht, eignen sich – außer bei ausnehmend großer Kompromissbereitschaft – auch nicht für Mediationsverfahren.

Demnach ist eine **Aussetzung des Verfahrens mit Unterbrechung des Fristenlaufes**

gem § 73 AVG zu favorisieren –, auch wenn sich die Verpflichtung, das Verfahren "ohne unnötigen Aufschub" abzuschließen, ohnedies nach den Umständen des Einzelfalls richtet¹³⁹: Daher könnte schon derzeit argumentiert werden könnte, ein Abwarten der Entscheidung im Mediationsverfahren und Zuwarten mit der Bescheiderlassung verstoße nicht gegen die Entscheidungspflicht des § 73 Abs 1 AVG¹⁴⁰:

Jede Partei wäre aber nach Ablauf von sechs Monaten in der Lage, einen Devolutionsantrag nach § 73 Abs 2 AVG zu stellen und damit die im Instanzenzug übergeordnete Behörde in die Lage zu versetzen, die Sinnhaftigkeit des Zuwartens der Behörde und damit auch die Sinnhaftigkeit des Mediationsverfahrens an sich im konkreten Verfahren zu überprüfen.

Dies ist allerdings nicht das Umfeld, in dem ein Mediationsverfahren stattfinden sollte.

Das Antragsrecht auf Einleitung eines Mediationsverfahrens und auf Wiederaufnahme des hoheitlichen Verfahrens muss zumindest dem Projektwerber zustehen, sodass dieser, wenn er die Chance einer Lösung erblickt oder die Mediation als gescheitert ansieht, auf diesem Weg seinen Sachentscheidungsanspruch geltend machen und den Verfahrensablauf gestalten kann.

Ob eine (anzustrebende) Chancengleichheit der Konfliktparteien im Mediationsverfahren auch die Einräumung eines gleichartigen Rechts an Projektgegner gebietet, ist nicht zwingend:

Das Gleichgewicht muss – im Hinblick auf die Balance der Tausch- und Drohmacht – insgesamt, nicht notwendig aber in jeder verfahrensrechtlichen Position bestehen.

Hinzu kommt, dass auf Projektgegnerseite nicht unbedingt eine homogene Meinungslage besteht; bei divergenten Meinungen – ein Teil will die Mediation fortsetzen, ein anderer nicht – könnte die "destruktive" Fraktion den Mediationsprozess einseitig zum Scheitern bringen.

Insoweit ist bei der Ausdehnung der verfahrensrechtlichen Unterbrechungs- und Fortsetzungsrechte auf Projektgegnerseite Vorsicht geboten.

3.5 Mediation nach dem Vorbild von § 460 Z 7a ZPO

Die Verpflichtung der Behörde iS des § 460 Z 7a ZPO¹⁴¹, einen Vermittlungsversuch

¹³⁹ Vgl nur VwGH 7. 4. 1964, 2313/63.

¹⁴⁰ Vgl zum Zuwarten im Vergleich zur förmlichen Aussetzung des Verfahrens *Thienel* 2000, 141 f und die dort zitierte Lit und Jud.

¹⁴¹ § 460 Z 7a ZPO lautet: "*Scheint eine Versöhnung der Ehegatten nicht möglich, so hat sich das Gericht durch Befragung der Parteien ein Bild davon zu machen, ob und mit welcher Hilfe die Parteien zu einer gütlichen Einigung gelangen können, und auf entsprechende Hilfeangebote hinzuweisen. Auf*

durchzuführen, sich ein Bild durch die Befragung der Konfliktparteien zu machen und eine Erledigung mittels Mediation zumindest in den Raum zu stellen, kann – unter Würdigung der oben angeführten Zwischenergebnisse - eine sinnvolle Ergänzung des Verwaltungsverfahrens darstellen.

4. Mediation und Behördenentscheidung

4.1 Umsetzung von Mediationsergebnissen im Bescheid

Fall: Die Parteien eines Umweltkonfliktes schließen eine (umfassende) Mediationsvereinbarung, in dem sich der Projektwerber neben der Einhaltung sämtlicher öffentlich-rechtlicher Vorschriften auch zu überschießenden Maßnahmen verpflichtet; im Gegenzug dazu verzichten die Projektgegner auf Einwendungen und Rechtsmittel gegen das Anlagenprojekt.

These: Grundsätzlich ist vorstellbar, die Durchführung eines Mediationsverfahrens bzw den Abschluss einer Mediationsvereinbarung zum Tatbestandsmerkmal bestimmter Materiengesetze bzw des AVG zu erheben.

Bereits in der geltenden Rechtsordnung finden sich einzelne Regelungen, die dem System dieser These zumindest ähneln.

Beispiele: Enteignung: Treffen die Parteien eines Enteignungsverfahrens eine Entschädigungsvereinbarung, erübrigt sich unter bestimmten Voraussetzungen die gerichtliche bzw behördliche Bemessung¹⁴². Können die Parteien keine Einigung erzielen, setzt die Behörde die Entschädigungssumme fest. Die Vereinbarung über die Entschädigungssumme ist zwar keine obligatorische Voraussetzung für eine Enteignung, da mangels Einigung die Behörde entscheidet. Liegt jedoch eine derartige Vereinbarung vor, stellt sie gleichsam ein Tatbestandsmerkmal der behördlichen Entscheidung dar.

gemeinsamen Antrag der Parteien ist die Tagsatzung zur Inanspruchnahme solcher Hilfeangebote zu erstrecken".

¹⁴² Spielbüchler in Rummel I², § 365 Rz 12.

Als weiteres Beispiel sei § 66 Abs 4 ForstG¹⁴³ erwähnt; hier entscheidet die Behörde mangels Vereinbarung über das Recht zur Bringung, liegt jedoch eine Vereinbarung vor, wird diese von der Behörde bei ihrer Entscheidung im Bescheid berücksichtigt.

Ähnliche Systeme finden sich auch in meisten Bauordnungen; stellvertretend für viele sei § 25 OÖ BauO kurz erörtert. Nach § 25 Abs 1 lit b leg cit¹⁴⁴ ist, soweit die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren (Anzeigeverfahren) durchzuführen, wenn die Nachbarn durch ihre Unterschrift auf dem Bauplan erklären, keine Einwendungen gegen das Bauvorhaben zu erheben. Diese Erklärung ist als Einwendungsverzicht zu qualifizieren (zu den Rechtsproblemen, die sich aus dem Verzicht auf subjektiv-öffentliche Rechte ergeben, siehe unten).

De lege ferenda wäre uE denkbar, die Abhaltung eines Mediationsverfahrens bzw die Mediationsvereinbarung als **Tatbestandsmerkmal eines Materiengesetzes** vorzusehen, an das unterschiedliche rechtliche Konsequenzen anknüpfen könnten.

Wirkung könnte einem Konsens in dreifacher Hinsicht zukommen:

- Wirkung auf die Durchführung eines Genehmigungsverfahrens (Bindung/Berücksichtigung von "Außerstreitgestelltem"; keine öffentliche Erörterung etc.)
- Wirkung auf verfahrensrechtliche Positionen der Betroffenen (Verzicht auf Einwendungen, Rechtsmittelverzicht, Präklusion)
- Wirkung auf materiellrechtliche Positionen der Betroffenen (zB Verzicht auf subjektiv-öffentliche Rechte, die auch von Amts wegen zu berücksichtigen wären)

De lege ferenda wären Vereinfachungen im Bewilligungsverfahren denkbar:

a) *Mediationsvereinbarung als Tatbestandsmerkmal/Voraussetzung für die Durchführung eines vereinfachten Verfahrens*

¹⁴³ § 66 Abs 4 ForstG lautet: "Über die Notwendigkeit und die Art und Weise der Bringung hat, wenn hierüber zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommt, auf Antrag einer Partei die Behörde unter Berücksichtigung der Erfordernisse gemäß Abs. 1 letzter Satz zu entscheiden".

¹⁴⁴ § 25 Abs 1 lit b Oö BauO lautet: "(1) Folgende Bauvorhaben sind der Baubehörde vor Beginn der Bauausführung anzuzeigen (Bauanzeige), soweit § 26 nichts anderes bestimmt: 1. der Neu-, Zu- oder Umbau von Kleinhausbauten und von sonstigen Wohngebäuden, ausgenommen Hochhäuser, einschließlich der zugehörigen Stellplätze für Kraftfahrzeuge sowie der allenfalls vorgeschriebenen Neben- und Gemeinschaftsanlagen, wenn b) die Nachbarn durch ihre Unterschrift auf dem Bauplan erklärt haben, gegen das Bauvorhaben keine Einwendungen zu erheben."

Fall: Nach der Durchführung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens (Mediationsverfahrens) verpflichten sich die Projektgegner in einer Mediationsvereinbarung, das Anlagenprojekt zu akzeptieren und (unter bestimmten Bedingungen) auf die Erhebung von Einwendungen und Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Genehmigungsbescheid zu verzichten.

These: Der Abschluss einer Mediationsvereinbarung (bestimmten Inhalts) könnte zu bestimmten Vereinfachungen im Genehmigungsverfahren führen.

- **Legistisches Potential**

UE könnte ein hohes Maß an Verbindlichkeit von Mediationsergebnissen dadurch erreicht werden, dass die Mediationsvereinbarung als Tatbestandsmerkmal des AVG (soweit es sich wirklich um rein verfahrensrechtliche Vorschriften handelte, wäre eine allgemeine Vorschrift vielen Einzelvorschriften wohl vorzuziehen) vorgesehen wird. Materiengesetze könnten daran anknüpfen (und auch materielle Berücksichtigungen ermöglichen). Bei Erfüllung des Tatbestands könnten Vereinfachungen im Verwaltungsverfahren folgen (wobei die Vereinfachungen von der Art der Anlage und den von ihr ausgehenden Risiken abhängig zu machen sind; Denkbar wäre eine Art "bewegliches System", nach dem das Maß der Belästigung, das Ausmaß der Gefährdung, der Kreis der potentiell Betroffenen, usw zu berücksichtigen sind). In diesem Sinne wäre etwa zu erwägen, ob die Behörde bei Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung (Einwendungsverzicht), de lege ferenda von ihrer Verpflichtung, subjektiv-öffentliche Rechte der Nachbarn im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen, befreit werden kann. Oder (vgl. oben 3) es könnte die bloße Durchführung eines vereinfachten (ev. beschleunigten) Genehmigungsverfahrens bzw. in gewissen Fällen bloß eines Anzeigeverfahrens die Folge sein (siehe § 25a OÖ BauO). Damit kann - wie mehrfach erwähnt - die Verpflichtung zur amtswegigen Beachtung zwingender objektiv-öffentlicher Interessen jedoch nicht berührt werden (Offizialmaxime). Die zentrale Frage der Abgrenzung des zwingenden vom dispositiven Verwaltungsrecht stellt sich auch hier. Fraglich ist, ob die Behörde bei Vorliegen des Tatbestandsmerkmals auch verzichtete subjektiv-öffentliche Rechte in ihrer Entscheidung von Amtswegen berücksichtigen muss. Zweifelhafte ist weiters, wie die Behörde mit Einwendungen zu verfahren hat, die trotz einer entsprechenden Mediationsvereinbarung erhoben werden. Hier sind Regelungen zu erwägen, die die Behörde an einen Verzicht binden.

Subjektiv-öffentliche Rechte, die in der Mediationsvereinbarung Berücksichtigung finden, könnten im Ergebnis (de lege ferenda) als **präkludiert** anzusehen sein.

Neben der Präklusion, die wohl das dogmatisch am schärfsten konturierte Institut in diesem Zusammenhang bietet, werden als weitere Grundlage die Ableitung aus dem Zweck der Verhandlung, die fehlende Beschwer oder die Deutung als impliziter Verzicht zu erwägen sein (zur diesbezüglichen Judikatur siehe II.3.2.c vorne).

Untrennbar mit diesem Problem ist die Frage verbunden, welche Inhalte eine Mediationsvereinbarung aufweisen muss, um die oben genannten Folgen auszulösen; nicht jede Vereinbarung kann selbstverständlich zur Durchführung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens führen, weil ansonsten die Gefahr bestünde, dass alternative Konfliktlösungsvarianten zur Umgehung behördlicher Ermittlungsverfahren missbraucht werden könnten. Unklar sind weiters die Folgen für etwaige zivilrechtliche Ausgleichs- und Unterlassungsansprüche. Es ist wohl davon auszugehen, dass auch dann eine behördliche Genehmigung iSd § 364 a ABGB vorliegt, wenn grundsätzlich ein ordentliches Genehmigungsverfahren durchzuführen gewesen wäre und nur der Abschluss einer Mediationsvereinbarung entsprechenden Inhaltes zur Abhaltung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens führt, in dem den ursprünglichen Parteien keine formelle Parteistellung mehr zukommt. Das Recht auf Gehör bestand ja grundsätzlich. Diese Frage ist deshalb von Relevanz, weil Projektwerber wohl keine Mediationsverfahren abhalten werden, wenn sie anschließend mit etwaigen Unterlassungsansprüchen rechnen müssen. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass § 364 Abs 2 dispositives Recht ist; die Erhebung einer Unterlassungsklage kann also vertraglich – **bei "Realverzicht"** sogar mit **dinglicher Wirkung** – ausgeschlossen werden (dazu näher unten).

- **Verfahrenspsychologische Vorbehalte**

Aus verfahrenspsychologischer Sicht ist die Junktimierung eines Mediationsprozesses mit dem Ergebnis des Verlustes oder der Beschränkung von Parteirechten freilich sehr problematisch. Nicht selten verlangen Parteien in der sensiblen Initiierungsphase einer Mediation Zusicherungen (etwa der Behörde), dass sie sich mit Einlassung in den Mediationsprozess nicht ihrer verfahrensmäßigen Rechte begeben. Dem könnte man nun entgegenhalten, dass ohnehin nicht die bloße Beteiligung an einer Mediation, sondern nur der Abschluss einer bindenden, das heißt die Teilnehmer absichernden Vereinbarung die Erleichterung des Verfahrens auslöse.

Ein prinzipielles Unbehagen bleibt aber auch bei dieser Lösung bestehen: Gerade die Mediation, die Partizipationsdefizite beheben soll, tauscht in dieser Konstellation

öffentlichrechtliche gegen privatrechtliche Beteiligung ein. Ob dies immer ein gutes "Geschäft" ist, mag bisweilen fraglich sein: Ist nicht die Gefahr einer gesteuerten Informationslage im Mediationsverfahren größer? Wie wird sichergestellt, dass im der Mediation folgenden vereinfachten Verfahren nicht noch Änderungen oder Ergänzungen des Projekts vorgenommen werden (unter Ausschluss der Öffentlichkeit), die in der Mediation nie erörtert wurden?

Diese beiden Fragen verdeutlichen, dass es im Fall einer Junktimierung der Mediation mit dem vereinfachten Verfahren auch einen "Weg zurück" geben müsste, der den Parteien die Angst nimmt, sie begäben sich mit Einlassung in die oder mit Abschluss der Mediation unwiderruflich ihrer verfahrensmäßigen Rechte. Dies bedeutet wiederum einen durchaus komplexen Regelungsbedarf, der die Mediation in ein strenges, für sie uU nicht geeignetes rechtliches Korsett mit genau geregelten "Nichtigkeitsgründen" udgl zwingen würde.

b) Durch Mediationsvereinbarung "Außerstreitstellung" von Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen

Fall: Der Betreiber einer thermischen Abfallbehandlungsanlage beantragt bei der zuständigen Behörde die Erteilung einer Genehmigung für die Erweiterung und den Betrieb der erweiterten Anlage. Zur Vermeidung von Streitigkeiten zwischen dem Projektwerber und betroffenen Anrainern, wird im Vorfeld des behördlichen Genehmigungsverfahrens ein Mediationsverfahren durchgeführt. Dabei können sich die Konfliktparteien auf eine "Außerstreitstellung" der Einhaltung bestimmter Abstandsvorschriften für die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes einigen.

These: De lege ferenda wäre eine "Außerstreitstellung" von Rechts- und/oder Sachfragen im Verwaltungsverfahren, die Teil einer Mediationsvereinbarung sind, eine (zeit-)ökonomische und effiziente Variante, Ergebnisse eines Mediationsverfahrens im anschließenden Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen.

Zwar ist de jure im Verwaltungsverfahren eine "Außerstreitstellung" wie im Zivilprozessrecht nicht möglich¹⁴⁵, die Behörde hat vielmehr das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen; uE sollte jedoch erwogen werden, für den Fall der Abhaltung eines Mediationsverfahrens bzw des Abschlusses einer entsprechenden Vereinbarung de lege ferenda innerhalb sachlich gehobener Grenzen ein derartiges "Rechtsinstitut" auch für den Bereich des Verwaltungsverfahrenrechtes zu schaffen. Fraglich ist jedoch, inwieweit

¹⁴⁵ VwGH 30.4.1998, 97/06/0225; Ferz 2002, 324; Walter/Thienel, I², 534 und E 21 zu § 39 AVG.

derartige Normen, ohne mit der *Offizialmaxime* in Widerspruch zu geraten, rechtspolitisch verwirklicht werden können. In diesem Zusammenhang wäre - in Anlehnung an das oben genannte System - etwa denkbar, den Abschluss einer Mediationsvereinbarung als Tatbestandsmerkmal für eine "Außerstreitstellung" gewisser Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen im Genehmigungsverfahren vorzusehen (relevant vor allem die Rechtsfrage der unzumutbaren Belästigung). Dabei wäre natürlich vorauszusetzen, dass der Vertrag eine entsprechende Außerstreitstellung beinhaltet.

Auch diese Fragen bedürfen einer näheren Erörterung.

c) *Verfassungsrechtliche Grenzen*

Die Grenzen einer hierfür wohl unumgänglichen Gesetzesänderung ergeben sich aus dem Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG), dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip, dem Gleichheitsgrundsatz sowie aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, das aus dem Gleichheitssatz abgeleitet wird (Art 7 B-VG und Art 2 StGG).

- **Gleichheitsgrundsatz/Sachlichkeitsprinzip**

Der VfGH hat gegen eine Regelung, die zur Vereinfachung und Beschleunigung eines Bewilligungsverfahrens Nachbarrechte beschränkt oder gar gänzlich ausschließt, an sich keine Bedenken¹⁴⁶. Er hält in seiner ständigen Judikatur fest, dass auch der völlige Ausschluss von betroffenen Nachbarn aus dem Genehmigungsverfahren zulässig sei, weil ein Mitspracherecht aus der österreichischen Verfassung nicht abgeleitet werden könne. Den Umfang der Parteirechte im Verwaltungsverfahren bestimme der einfache Gesetzgeber¹⁴⁷. Trifft diese Prämisse zu, kann daraus ein Größenschluss gezogen werden: Wenn nach der Ansicht der VfGH sogar der völlige Ausschluss von Parteirechten legitim ist, dann ist es umso mehr zulässig, dass betroffene Personen privatautonom darüber disponieren können. In diesem Sinne sind keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Regelung ersichtlich, die den Parteien die Entscheidung über gewisse subjektiv-öffentliche Rechte überlässt, was unter Umständen den Ausschluss der Parteistellung im formellen Sinne im anschließenden Verwaltungsverfahren nach sich zieht.

¹⁴⁶ VfGH 11.3.1998, B 123/97, RdU 1998/126.

¹⁴⁷ VfSlg 6664/1972.

- **Rechtsstaatlichkeitsprinzip**

Das Rechtsstaatlichkeitsprinzip erfordert, dass nicht die Parteien die Entscheidung darüber treffen, ob die Anlage mit den zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts übereinstimmt, sondern dass die Letztentscheidung bei der Behörde verbleibt. Eine Regelung, die den Parteien lediglich gewisse subjektiv-öffentliche Rechte zur Disposition überträgt, die Letztentscheidung, bei der zwingende öffentliche Rechte zu beachten sind, jedoch der Behörde überlässt, kann mit dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip nicht in Widerspruch geraten. In der Einschränkung bzw im Ausschluss der Parteirechte kann nach der Judikatur des VfGH somit kein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip erblickt werden¹⁴⁸.

- **Legalitätsprinzip**

Das Legalitätsprinzip ist in diesem Kontext in zweifacher Hinsicht zu beachten. Es nimmt einerseits den Gesetzgeber in die Pflicht, ausreichend determinierte gesetzliche Bestimmungen zu erlassen¹⁴⁹ und andererseits bindet es die hoheitliche Verwaltung, die Rechtsakte nur auf Grund der Gesetze erlassen darf. Auf die generelle Abschwächung des Legalitätsprinzips durch Art 130 Abs 2 B-VG (Ermessen) wurde schon oben hingewiesen.

- Bindung des Gesetzgebers:

Hier ist fraglich, ob der Gesetzgeber mit der Erlassung einer Vorschrift, durch die er gewisse Entscheidungen über subjektiv-öffentliche Rechte gleichsam auf die Parteien "delegiert" und eine darüber abgeschlossene Vereinbarung zum Tatbestandsmerkmal eines Gesetzes erhebt, der verfassungsrechtlichen Determinierungspflicht entspricht. Diesbezügliche Beispiele aus der geltenden Rechtsordnung (siehe oben), die derartige Systeme - zumindest im Ansatz - bereits vorsehen, lösen offenbar keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken aus; der VfGH hatte sich zwar bereits mit einer Bestimmung der Wiener BauO, die im Wesentlichen ein der genannten These ähnliches System vorzieht, zu befassen, äußerte jedoch gegen jenen Absatz, der den Einwendungsverzicht normiert, keine verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁵⁰. Dennoch sind die Grenzen, die aus dem Legalitätsprinzip folgen, im gegenständlichen Zusammenhang zu beachten

¹⁴⁸ VfSlg 8279/1978.

¹⁴⁹ Novak 1992, 492.

¹⁵⁰ VfGH 12.12.2000, G 97/00.

- Bindung der Verwaltung:

"Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden" (Art 18 B-VG). Über die Frage der Intensität der behördlichen Bindung herrscht in Lehre und Rspr jedoch keine Einhelligkeit. Im Sinne eines "differenzierten Legalitätsprinzips"¹⁵¹ ist es - abgesehen vom allgemeinen Bereich des Ermessens iwS - nach der Jud der VfGH möglich, in einzelnen Bereichen der Verwaltung bloß eine geringe behördliche Bindung an die Gesetze zu fordern, in anderen Gebieten wiederum sind besonders strenge Anforderungen an das Legalitätsprinzip zu stellen. Für die eingangs genannte These ist diese Frage deshalb von besonderer Bedeutung, weil zweifelhaft ist, ob bzw inwieweit die Verwaltungsbehörde – wenn auch auf Basis einer gesetzlichen Grundlage - einen Teil ihrer Ermittlungstätigkeit bzw sogar einen Teil ihrer Entscheidungsbefugnis auf Private "delegieren" kann, ohne gleichzeitig gegen das Legalitätsprinzip zu verstoßen. Bei einer restriktiven Auffassung des Art 18 B-VG könnten Fälle, in denen die behördliche Entscheidung zumindest teilweise auf Grund privatautonomer Vereinbarungen erfolgt, nicht mit dem Legalitätsprinzip in Einklang gebracht werden; folgte man einer derart rigorosen Auffassung, müsste man streng genommen nicht mehr von einer "Verwaltung auf Grund der Gesetze", sondern von einer Verwaltung auf Grund von Vereinbarungen (formalgesetzliche Delegation) sprechen, was zur Konsequenz hätte, dass die oben genannte These auch de lege ferenda nicht verwirklicht werden könnte, weil eine solche Bestimmung verfassungswidrig wäre. Da - wie bereits erwähnt - nach Ansicht des VfGH in gewissen Bereichen des Verwaltungshandelns eine differenzierte Betrachtungsweise des Legalitätsprinzips geboten ist, scheint eine Regelung, wie sie in der These vorgeschlagen wurde, mit den Grundsätzen des Art 18 B-VG jedoch nicht generell unvereinbar zu sein. **Es müssen** ja nach hA auch **nur wesentliche Voraussetzungen und Inhalte des behördlichen Handelns** umschrieben sein¹⁵².

Ausgehend von der Rspr des VfGH werden in der Lehre "legalitäts-sensible Bereiche"¹⁵³ und "Zonen verdünnter Legalität"¹⁵⁴ unterschieden¹⁵⁵.

- "Legalitäts-sensible Bereiche":

Das Legalitätsprinzip erweist sich bei genauerer Betrachtung nicht als eine starre und unveränderliche Größe, verschiedene Regelungsinhalte erfordern vielmehr ein

¹⁵¹ Novak 1992, 491 ff.

¹⁵² Vgl Stolzlechner 2001, Rz 479.

¹⁵³ Novak 1992, 496.

¹⁵⁴ Bezeichnung nach Schäffer 1971, 147.

¹⁵⁵ Beachte in diesem Zusammenhang auch ÖZW 1975, 97 (98 f).

unterschiedliches Maß an gesetzlicher Vorherbestimmung¹⁵⁶. Zu den sensiblen Bereichen gehören traditionell jene Gebiete des Verwaltungsrechts, in denen besondere Rechtsschutzbedürfnisse bestehen; nach der Jud des VfGH also vor allem solche, in denen die Behörde zu Eingriffen in Rechtspositionen Privater ermächtigt wird (Eingriffsverwaltung). Dazu zählen etwa Teile des Verwaltungsstrafrechts¹⁵⁷ und das Abgabenrecht¹⁵⁸. Das Anlagenrecht ist allerdings stets oder meist Teil der Eingriffsverwaltung.

- "Zone verdünnter Legalität":

Neben den oben genannten Bereichen, in denen eine strenge Bindung an die Gesetze gefordert wird, existieren aber auch Bereiche, die bloß geringere Anforderungen an die gesetzliche Determinierung stellen. Dazu zählen nach der Jud des VfGH etwa das Raumordnungsrecht¹⁵⁹ (finale Determinierung) und bestimmte Regelungen des Wirtschaftsrechts¹⁶⁰ (Regelungen über die Preisgestaltung).

Allgemeine Grundsätze, nach denen eindeutig festgestellt werden könnte, in welchen Bereichen eine restriktive Handhabung des Legalitätsprinzips geboten erscheint, hat der VfGH bislang noch nicht aufgestellt; bei der Frage, ob in concreto ein strenger Maßstab anzulegen ist oder ob geringere Anforderungen genügen, muss aus der Jud des VfGH abgeleitet werden.

Unter solchen sachlichen Voraussetzungen widerspricht uE eine "Delegierung" einzelner, an sich von der Behörde wahrzunehmender Befugnisse auf Private, grundsätzlich nicht den Grundsätzen des Art 18 B-VG.

Wesentliche zwingende öffentliche Interessen müssen dabei freilich von der Behörde wahrgenommen werden, da bei der Mediation nur die subjektiv-öffentlich-rechtlichen Positionen zur Disposition stehen.

UE kann weiters zumindest teilweise auf die Judikatur zu den Regelungen über das Wirtschaftsrecht zurückgegriffen werden; im gegenständlichen Zusammenhang erfolgt zwar – wie gerade erörtert – eine Gestaltung geschützter Rechtspositionen sowohl bei der Erteilung als auch aus der Untersagung einer Genehmigung, die Entscheidung über die Neugestaltung der Rechtsverhältnisse erfolgt jedoch nicht durch die Behörde - was eine strenge gesetzliche Determinierung rechtfertigen könnte - **sondern**

¹⁵⁶ Kleewein 2000, 562

¹⁵⁷ VfGH Slg 4037/1961.

¹⁵⁸ VfGH Slg 4035/1961; 5993/1969; 9227/1981.

¹⁵⁹ VfGH Slg 8280/1978.

¹⁶⁰ VfGH Slg 10.313/1984; 10.468 und 10.595/1985.

privatautonom durch die Verfahrensparteien selbst. Weiters können sie bei Abschluss einer Mediationsvereinbarung ohnehin nur über jene subjektiv-öffentlichen Rechte entscheiden, die zumindest in gewissem Maße der Parteiendisposition unterliegen; welche subjektiv-öffentlichen Rechte hierzu zählen, ist aus der Rechtsordnung zu beantworten (siehe im Detail unten). Hierzu zählen wohl das Recht auf die Geltendmachung von Belästigungsschutzvorschriften sowie jene subjektiv-öffentlichen Rechte, die auf das (disponible) Privatrecht verweisen (zB Rechte aus dem Eigentum und andere dingliche Rechte). Eine Disposition über öffentliche Interessen, die eventuell eine strenge gesetzliche Bindung rechtfertigen könnte, ist ohnehin ausgeschlossen.

Untrennbar mit dem oben angeschnittenen Problem ist die zentrale Frage der Disponibilität subjektiv-öffentlicher Rechte verbunden:

d) *Disponibilität subjektiv-öffentlicher Rechte?*

Fall: Im Zuge eines Mediationsverfahrens bietet der Projektwerber den betroffenen Anrainern die Errichtung einer Lärmschutzwand an, zu der er nach den geltenden Rechtsvorschriften nicht verpflichtet gewesen wäre (überschießende Vereinbarung), im Gegenzug dazu erklären sich die Projektgegner dazu bereit, im anschließenden Genehmigungsverfahren keine Einwendungen gegen die Betriebsanlage zu erheben.

These: Bereits de lege lata gibt es disponible Verwaltungsvorschriften. Ein entsprechender Ausbau de lege ferenda wäre möglich.

Fraglich ist, wie Vereinbarungen, die inhaltliche Verfügungen (zumeist erfolgen diese in Form eines Verzichts) über subjektiv-öffentliche Rechte zu beurteilen sind. Die grundsätzliche **zivilrechtliche Wirksamkeit eines Verzichts** auf die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte, lässt sich aus der Rspr des OGH ableiten¹⁶¹. Problematisch ist jedoch, inwieweit die Behörde an eine solche Vereinbarung gebunden ist bzw ob sie sich überhaupt an eine solche Vereinbarung halten darf.

Selbst wenn sich die Disponibilität von subjektiv-öffentlichen Rechten im Zivilrecht aus dem Grundsatz der Privatautonomie (dazu gehört die Freiheit, etwas nicht zu tun; aber auch im Zivilrecht gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt - siehe unter II 3.2.c) ergibt, so bleibt dennoch die Frage der Verbindlichkeit einer derartigen Verfügung im Verwaltungsverfahren

¹⁶¹ OGH 11.2.1999, 2 Ob 384/97b; RdU 1994, 164.

offen. Aus § 1444 ABGB kann für das öffentliche Recht jedenfalls kein allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden.

Releviert können subjektiv-öffentliche Rechte im verwaltungsbehördlichen Genehmigungsverfahren nur von Personen werden, denen Parteistellung zukommt. Aus diesem Grund ist für die Frage die Disponibilität subjektiv-öffentlicher Rechte vorab zu klären, wem im konkreten Bewilligungsverfahren Parteistellung zukommt. § 8 AVG unterscheidet zwischen Beteiligten und Parteien. Maßgeblich für die Unterscheidung zwischen Parteien und Beteiligten ist, ob jemand einen Rechtsanspruch oder nur ein rechtliches Interesse an der Verwaltungssache hat, was jeweils der Rechtsordnung zu entnehmen ist. Damit verweist § 8 AVG auf die jeweiligen in der Verwaltungssache anzuwendenden Rechtsvorschriften und knüpft an die dort vorgesehenen Berechtigungen ein Bündel prozessualer Rechte¹⁶².

Die dadurch erworbenen subjektiv-öffentlichen Rechte sind für das Mediationsverfahren von entscheidender Bedeutung. Sie sind meist der Grund dafür, warum Projektwerber ein Mediationsverfahren abhalten. Durch die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte, insbesondere durch die Erhebung von Einwendungen, können Projektgegner ein Genehmigungsverfahren mitunter empfindlich verzögern. Darum ist es durchaus verständlich, warum Projektwerber durch die Abhaltung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens danach trachten, Einwendungen durch verschiedenste Zugeständnisse möglichst hintanzuhalten. Besonders fraglich ist nun aber, ob bzw inwieweit Parteien auf die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte verzichten können.

Ausgehend von der Definition der subjektiven Rechte im Allgemeinen findet der dem Einzelnen aus einem subjektiv-öffentlichen Recht zustehende Anspruch im gegenständlichen Konnex nicht im Zivilrecht, sondern im öffentlichen Recht seinen Grund. Normiert das öffentliche Recht im Zusammenhang mit der Genehmigung von umweltrelevanten Anlagen Ansprüche des Einzelnen¹⁶³, zu deren Durchsetzung er die zuständige Behörde in Anspruch nehmen kann, handelt es sich um subjektiv-öffentliche Rechte. Dies ist immer dann der Fall, wenn das Gesetz den Beteiligten eines Genehmigungsverfahrens die Möglichkeit (**nicht die Verpflichtung!**) einräumt, bestimmte Einwendungen zu erheben, die in der Folge von der Behörde - deren Beachtlichkeit vorausgesetzt - grundsätzlich zu berücksichtigen sind.

Inwieweit derartige Rechte der Disposition der Parteien unterliegen, ist in der Lehre, insbesondere wegen der diesen Rechten meist innewohnenden Berücksichtigungswürdigkeit von Allgemeininteressen, äußerst umstritten. Auch die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ist im Hinblick auf einen solchen Verzicht uneinheitlich und

¹⁶² *Walter/Mayer 1995, Rz 118.*

¹⁶³ *Vgl Balthasar 1998, 328.*

unübersichtlich. Einhelligkeit besteht lediglich darüber, dass auch subjektiv-öffentliche Rechte nicht gänzlich von der Parteidisposition ausgeschlossen sind. **Ihre Disponibilität hängt - wohl auch gegenüber der Behörde - vom jeweiligen gewährten Rechtsanspruch und dem Einzelfall ab**¹⁶⁴. Zu beachten ist dabei vor allem der Normzweck. **Eine Disposition ist wohl dann ausgeschlossen, wenn das öffentliche Interesse nur durch die Durchsetzung subjektiver Interessen gewahrt werden kann** (vor allem aus Gründen umfassender Sachverhaltsermittlung).

Vor allem vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips und dem Umstand, dass subjektiv-öffentliche Rechten mit Pflichten des Staates (Wahrung des öffentlichen Interesses) untrennbar verbunden sind, wurde in der neueren Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts der Verzicht tendenziell als unzulässig erachtet, wenn nicht spezifische positivrechtliche Anhaltspunkte für eine Disponibilität sprechen¹⁶⁵; die ältere Rechtsprechung neigte hingegen zu einer gegenteiligen Auffassung; sie erklärte lange Zeit - pauschal und lediglich unter Berufung auf "allgemeine Rechtsgrundsätze" - den Verzicht auf subjektiv-öffentliche für zulässig, wenn nichts Gegenteiliges normiert ist und der Parteidisposition nicht "öffentliche Interessen entgegenstehen"¹⁶⁶; sie vertrat also die Ansicht, dass ein Verzicht auf subjektiv-öffentliche Rechte überall dort zulässig sei, wo das Gesetz nichts Entgegenstehendes aussagt (Verzichtbarkeit als Grundsatz).

Ausgehend von der neueren Judikatur ist ein Teil der Lehre der Meinung, dass eine Disponibilität über ein subjektiv-öffentliches Recht dort möglich sein soll, wo die betroffenen Rechte ausschließlich dem Vorteil des Berechtigten und dessen Individualinteresse dienen und **nicht überwiegend öffentliche Interessen** verfolgen¹⁶⁷: Aus dem Kriterium "nicht überwiegend" lässt sich im Gegenschluss folgern, dass die Disponibilität eines primär subjektiven Interesses nicht allein dadurch gehindert wird, dass an der Einhaltung der spezifischen Schutznorm auch öffentliche Interessen bestehen. Diese Klarstellung ist in Anbetracht der Tatsache, dass Nachbarschutznormen neben dem Schutzanspruch des Einzelnen auch dem Umweltschutz allgemein dienen können, von wesentlicher Bedeutung, verdeutlicht aber zugleich die Schwierigkeit der damit geforderten Einzelfallbetrachtung, ob in concreto nun überwiegende, gleichrangige oder untergeordnete öffentliche Interessenlagen bestehen.

Anzusetzen ist bei der allgemeinen Struktur subjektiv-öffentlicher Rechte: Subjektiv-öffentliche Rechte in einem verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren (etwa die Rechte aus der Parteistellung wie insbesondere das Recht auf Erhebung von Einwendungen) verfolgen zwar

¹⁶⁴ Oberndorfer 1967, 68 (69).

¹⁶⁵ Kucsko-Stadlmayer 1998, 577.

¹⁶⁶ Vgl etwa VwSlg 17.268 A/1932; VwSlgNF 2944/1953, 4047 A/1956.

vorwiegend subjektive Interessen, es kann jedoch nicht geleugnet werden, dass sie zumindest auch in einem gewissen Maße der Wahrung öffentlicher Interessen dienen (zB die Einhaltung von Abstandsvorschriften soll nicht nur die Nachbarn vor einer zu dichten Bebauung schützen, sie soll auch der Wahrung des Ort- und Landschaftsbildes nützen; Rechte aus der Parteistellung sollen nicht nur den Nachbarn dienen, ihre Interessen durchzusetzen, sie sollen auch eine ausreichende Sachverhaltsfeststellung gewährleisten und meist auch den Interessen Dritter, vor allem späterer Rechtsnachfolger dienen).

Dennoch erscheint uE ein Verzicht auf derartige Rechte mit der oben genannten Auffassung nicht grundsätzlich in Widerspruch zu stehen, denn die Behörde kann (zumindest de lege lata) auch durch die Erklärung einer Verfahrenspartei, sie verzichte auf die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte im Genehmigungsverfahren, nicht von ihrer Verpflichtung zur Beachtung (subjektiv wie objektiv) zwingender öffentlicher Interessen entlassen werden (Offizialmaxime, Grundsatz der materiellen Wahrheit¹⁶⁸). Die Frage ist nur, welche öffentliche Interessen (Schutz Dritter / späterer Generationen) **zwingend** vom Gesetzgeber ausgestaltet sind; öffentliche Interessen, die durch subjektiv-öffentliche Rechte gleichsam "mediatisiert" sind, können wegen der genannten Verpflichtung der Behörde durch Parteienvereinbarungen also weder tangiert noch beeinträchtigt werden. Den Parteien fehlt also grundsätzlich die Möglichkeit, über den in den Verwaltungsvorschriften festgelegten Umfang der von der Behörde wahrzunehmenden Interessen, durch einen Verzicht oder durch das Unterlassen von Einwendungen endgültig einseitig zu disponieren. Eine solche Verfügungsmöglichkeit kommt ihnen nur in jenen Fällen zu, in denen die Verwaltungsvorschriften klarstellen, dass das von der Behörde wahrzunehmende Recht dispositiven Charakter hat¹⁶⁹ (vergleiche dazu oben). Insofern widerspricht uE ein Verzicht auf die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte nicht der oben zitierten Auffassung der neueren Lehre.

Für eine grundsätzliche Disponibilität von subjektiv-öffentlichen Rechten spricht im Übrigen auch die dem Berechtigten eingeräumte Freiheit, von seiner Rechtsmacht zur Durchsetzung einer staatlichen Pflicht Gebrauch zu machen. Er muss, soweit gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, sein subjektives Recht nicht ausüben und dieses insbesondere auch nicht prozessual geltend machen. Vor allem kann der Träger eines subjektiven Rechts, selbst wenn er meint, darin beeinträchtigt zu sein, von dessen prozessualer Geltendmachung durch Erhebung von Einwendungen bzw Rechtsmitteln (Rechtsmittelverzicht nach § 63 Abs 4 AVG)¹⁷⁰ **unter bestimmten sachlichen Voraussetzungen** Abstand nehmen. Darin kann

¹⁶⁷ Kucsko-Stadlmayer 1998, 584.

¹⁶⁸ Walter/Mayer 1995, Rz 320 u 323.

¹⁶⁹ Oberndorfer 1967, 68.

¹⁷⁰ § 63 Abs 4 AVG lautet: "Eine Berufung ist nicht mehr zulässig, wenn die Partei nach der Zustellung oder Verkündung des Bescheides ausdrücklich auf die Berufung verzichtet hat."

eine gewisse, freilich sachlich beschränkte Verfügbarkeit des subjektiv-öffentlichen Rechts gesehen werden. Das bedeutet, dass dort, wo die Rechtsordnung ein derartiges Verfahren für die Geltendmachung eines subjektiv-öffentlichen Rechts vorsieht, der Berechtigte darüber zumindest faktisch disponieren kann (beim Rechtsmittelverzicht kann er sogar rechtlich über ein subjektiv-öffentliches Recht disponieren). Es hängt von seinem Willen ab, ob er eine mit seinem Recht korrelierende staatliche Entscheidungspflicht in Gang setzen will.

Aus **§ 63 Abs 4 AVG** kann jedoch auch ein Gegenschluss gezogen werden: Aus der genannten Bestimmung könnte die Wertung des Gesetzgebers abgeleitet werden, dass ein Verzicht auf die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte **erst nach einer behördlichen Entscheidung** zulässig ist ("*...wenn die Partei nach Zustellung oder Verkündung ... verzichtet hat*"), dass ein Verzicht im Vorhinein jedoch ausgeschlossen ist.

Der Grund dafür kann nur darin liegen, dass der Betroffene erst bei Entscheidung der 1. Instanz bereits weiß, was auf ihn zukommt, womit er rechnen muss. Die Gefahr eines vorherigen Verzichts liegt im Risiko einer Fehlentscheidung, in der Ungewissheit des Verfahrensausgangs. Dem könnte aber durch eine entsprechende (auch juristische) Qualifikation des Mediators entgegen gewirkt werden. Die Zulässigkeit eines "a-priori-Verzichts" müsste uE jedenfalls also an eine vorherige rechtliche Aufklärung (entweder durch Mediator oder Verhandlungsleiter – vgl näher unten) geknüpft werden.

Selbst wenn im Ergebnis die Nichtausübung eines Rechts auf die gleichen rechtlichen Konsequenzen wie ein Verzicht hinausläuft, kann jedoch nach hA beides rechtlich nicht gleichgesetzt werden¹⁷¹. Dennoch liegt in der faktischen Macht der Nichtausübung ein gewisses Indiz für eine mögliche Verzichtbarkeit.

Als Konsequenz dieser Überlegungen kann grundsätzlich geschlossen werden, dass wohl all jene Mediationsvereinbarungen als zulässig erachtet werden könnten, die einen (vertraglichen) Verzicht auf die Erhebung bestimmter Einwendungen enthalten, wenn dieser nicht überwiegend die Interessen der Allgemeinheit bzw dem öffentlichen Interesse widerspricht; zur Grenze gem § 63 Abs 4 AVG noch näher unten.

Fraglich sind jedoch die Rechtswirkungen einer derartigen Vereinbarung. Die zivilrechtlichen Grenzen einer Mediationsvereinbarung ergeben sich aus § 879 ABGB (siehe unten); ansonsten ist eine Vereinbarung der Konfliktparteien wie jeder andere zivilrechtliche Vertrag verbindlich.

Problematisch ist jedoch, inwieweit die Behörde an einen Verzicht einer Verfahrenspartei gebunden ist. Nach der Ansicht einiger Autoren ist eine privatrechtliche Vereinbarung, in der

¹⁷¹ *Kucsko-Stadlmayer* 1998, 579 mnN.

ein Nachbar auf die Erhebung von Einwendungen verzichtet, zumindest im gewerbebehördlichen Genehmigungsverfahren, unerheblich¹⁷².

De lege ferenda sollte jedoch erwogen werden, eine Bindung der Behörde an die Mediationsvereinbarung vorzusehen; wie eine derartige Bindung im Einzelfall sichergestellt werden kann, insbesondere ob die oben angeführten Thesen ("Außerstreitstellung", Tatbestandmerkmal) dazu ausreichen, ist noch näher zu erörtern.

e) *Die öffentlich-rechtliche Bindungswirkung der Mediationsvereinbarung; Einwendungen als Vertragsbruch*

Einer eingehenden Analyse ist weiters die Frage zu unterziehen, wie die Behörde mit Einwendungen zu verfahren hat, die entgegen einer Mediationsvereinbarung erhoben werden.

- **Problemstellung**

Würde die Behörde trotz einer Mediationsvereinbarung, in der auf die Erhebung von Einwendungen verzichtet wurde, ein diesbezügliches Vorbringen einer der Verfahrensparteien berücksichtigen und ihre Entscheidung danach ausrichten, entstünde allenfalls ein Spannungsverhältnis zwischen einer privatrechtlichen Vereinbarung, die mitunter einen klag- bzw. exekutierbaren Anspruch enthält, und der öffentlichen-rechtlichen Entscheidung der Behörde. Um dieses Spannungsverhältnis erst gar nicht entstehen zu lassen (als dogmatische Grundlagen kommen die Ableitung aus dem Zweck der Verhandlung, Präklusion und Deutung als impliziter Verzicht in Frage – dazu unter II.3.2.c oben), sollte ein Weg gefunden werden, der es der Behörde ermöglicht, Einwendungen, auf deren Geltendmachung wirksam privatrechtlich verzichtet wurde, unberücksichtigt zu lassen; denn nur so kann den Parteien eines Mediationsverfahrens die Sicherheit zu gegeben werden, dass - abgesehen von einer möglichen zivilrechtlichen Bindung - das wechselseitig Vereinbarte nicht einfach dadurch zunichte werden kann, dass eine Verfahrenspartei vertragswidrig Einwendungen im Verwaltungsverfahren erhebt. Soweit die Einwendung inhaltlich den zwingenden, von Amts wegen zu beachtenden Sachbereich betrifft, kann – wie festgestellt - die Mediationsvereinbarung ohnehin niemals binden.

- **Zurückweisung einer Einwendung**

¹⁷² Mache/Kinscher 1982, § 74 Rz 40; Grabler/Stolzlechner/Wendl 1998, § 74 Rz 17.

Als unzulässig zurückzuweisen sind Einwendungen, wenn mit ihnen nicht die Verletzung subjektiver Rechte behauptet wird; weiters öffentlich-rechtliche Einwendungen, die im Genehmigungsverfahren nicht zu berücksichtigen sind, sowie privatrechtliche Einwendungen.

Da es sich bei jenen Einwendungen, die entgegen einer Mediationsvereinbarung abgegeben werden, zumeist um begründete Behauptungen handelt, mit denen Eingriffe in subjektive Rechte geltend gemacht werden, scheint eine Zurückweisung - zumindest de lege lata - nicht möglich (vgl aber bereits oben: soweit Disposition in verfahrens- und/oder materiellrechtlicher Sicht wirksam, keine Beachtung mehr!).

- **Abweisung einer Einwendung**

Abzuweisen sind Einwendungen dann, wenn sie zwar zulässig und rechtzeitig erheben wurden, jedoch in der Sache nicht gerechtfertigt sind. Da nach der Ansicht mancher¹⁷³ ein privatrechtlicher Vertrag weder einen Einfluss auf das Verwaltungsverfahren noch auf die materielle Begründetheit einer Einwendung haben kann, besteht somit - de lege lata - keine Möglichkeit, eine Einwendung abzuweisen. Diese Ansicht trifft jedoch zumindest dort nicht zu, wo öffentliches Recht (unmittelbar oder mittelbar) auf Privatrecht verweist. Die privatrechtliche Disposition schlägt dann im öffentlichen Recht durch.

Das bedeutet, dass eine Abweisung bzw eine Zurückweisung einer an sich begründeten und zulässigen Einwendung allein auf Grund der Tatsache, dass darüber zuvor eine Mediationsvereinbarung abgeschlossen wurde, zumindest de lege lata nicht möglich ist. Ausnahmen sind in jenen Fällen gegeben, denkbar, in denen das öffentliche Recht auf die Privatrechtsordnung verweist und über derartige - an sich private - Rechte verfügt wurde. Inwieweit de lege ferenda eine solche Möglichkeit vorgesehen werden kann, ist noch zu erörtern.

Der Behörde eröffnet sich jedoch noch ein anderer Weg, derartige Einwendungen im Verwaltungsverfahren unberücksichtigt zu lassen:

- **Präklusion**

Gemäß § 42 Abs 1 AVG verliert eine Person ihre Stellung als Partei, soweit sie nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung oder während der Verhandlung

¹⁷³ Mache/Kinscher 1982, § 74 Rz 40; Grabler/Stolzlechner/Wendl 1998, § 74 Rz 17.

Einwendungen erhebt. Verspätet erhobene Einwendungen werden nicht berücksichtigt; es wird vielmehr angenommen, dass diese Person dem Projekt zustimmt. Durch den Verlust der Parteistellung scheidet die betroffene Partei aus dem Verfahren aus. Ihre Interessen bleiben im anschließenden Genehmigungsverfahren jedoch nicht völlig unberücksichtigt; die Behörde hat sie in ihrer Entscheidung jedenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen (siehe oben).

Grundsätzlich ist es also zulässig, dass Einwendungen nach Abschluss einer Mediationsvereinbarung, aber vor Ende der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Derartige Einwendungen wären also grundsätzlich von der Behörde zu berücksichtigen

Aus dem Umstand, dass eine Person, die keine bzw verspätet Einwendungen erhebt, als dem Projekt zustimmend angesehen wird, könnte uE abgeleitet werden, dass auch diejenige als zustimmend angesehen werden kann, die in einer Mediationsvereinbarung auf die Erhebung von Einwendungen verzichtet hat. So wie die Präklusionsfolgen für jeden eintreten, der - aus welchen Gründen immer - keine Einwendungen erhebt, könnten zumindest de lege ferenda demnach dieselben Folgen auch für denjenigen gelten, der privatrechtlich auf die Erhebung von Einwendungen verzichtet hat und dies der Behörde zur Kenntnis bringt (verfahrensrechtlich).

Anhaltspunkte, die in eine ähnliche Richtung weisen, finden sich schon de lege lata in der Jud des VwGH. Nach dessen Ansicht ist davon auszugehen, dass keine Einwendungen erhoben wurden, wenn der Nachbar mit dem Bauwerber bei einer Bauverhandlung eine einvernehmliche Regelung getroffen hat¹⁷⁴. Auch wenn sich Nachbarn in einer Bauverhandlung über widersprechende Interessen in einem Vergleich einigen sei davon auszugehen, dass keine Einwendungen erhoben wurden¹⁷⁵. Von besonderer Bedeutung ist jenes Erk, in dem der VwGH festhält, dass die Zustimmung als Verzicht auf Einwendungen zu deuten sei, der die Präklusionsfolgen auslöse¹⁷⁶. Freilich ist hier jeweils Ansatz der Umstand, dass in solchen Fällen eben keine Einwendung vorliegt.

Aus der oben zitierten Jud des VwGH könnte zumindest ein gewisser Ansatzpunkt für eine Anwendung der Präklusionsfolgen bei einer zivilrechtlichen Vereinbarung über einen Verzicht auf die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte gewonnen werden. Wie schon angedeutet und noch näher ausgeführt wird (IV 2 e) aa), steht allerdings bis zur Bescheiderlassung sowohl der öffentlich-rechtlichen als auch zivilrechtlichen Wirkung die zwingende Wertung des § 63 Abs 4 AVG entgegen. Das steht aber de lege ferenda einer Neuregelung nicht entgegen, der Behörde die Möglichkeit zu geben, derartige Einwendungen unberücksichtigt zu lassen. Die Präklusionsfolgen scheinen dazu am besten geeignet.

¹⁷⁴ VwGH 17.5.1984, 84/06/0024.

¹⁷⁵ VwGH 29.10.1987, 86/06/0292.

Die bisherigen Ansätze der Judikatur, aus privatrechtlichen Vereinbarungen Bindungswirkungen für das öffentliche Verfahren abzuleiten, stützen sich dogmatisch auf mehrere Säulen: Vorherrschend ist die Ableitung aus dem Zweck der Verhandlung; daneben werden zT Aspekte der **Präklusion** und die Deutung als **(impliziter) Verzicht** bemüht (dazu näher unter II 3.2 c).

f) *Die Beurkundung*

These: Eine weitere Möglichkeit, Mediationsergebnisse in das Verwaltungsverfahren einfließen zu lassen, stellt die behördliche Beurkundung dar:

Nur rechtlich Zulässiges kann von der Behörde beurkundet werden. In diesem Sinne ist auch § 16 Abs 2 UVP-G zu verstehen, wo es heißt: "*Die Ergebnisse (eines Mediationsverfahrens) können der Behörde übermittelt und von dieser im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten (...) berücksichtigt werden. Darüber hinausgehende Vereinbarungen .. können im Bescheid beurkundet werden.*" In diesem Zusammenhang ist wieder fraglich, was mit der Formulierung "der gesetzlichen Möglichkeiten" gemeint ist; ob hier ein materieller Spielraum eröffnet wird, ist noch näher zu erörtern.

Enthält ein Mediationskonsens Vertragspassagen, die im Hinblick auf das Legalitätsprinzip nicht Inhalt eines Bescheids (Frage der normativen Qualifikation einer Beurkundung) sein können, ist demnach allgemein¹⁷⁷ zu fragen, ob die Vereinbarung zumindest teilweise beurkundet werden kann. Dies erscheint uE – sofern sich die Vertragsteile von einander abgrenzen lassen – möglich. Die Bindung der Verwaltung an eine Mediationsvereinbarung kann, soweit eine diesbezügliche gesetzliche Bestimmung geschaffen wird, somit differenziert ausgestaltet sein.

Bei der Ermittlung des Sachverhalts kann die Mediationsvereinbarung auch als Beweismittel herangezogen werden; dies gilt jedenfalls dort, wo das Gesetz explizit auf eine Parteienvereinbarung abstellt (etwa beim Abbau in der relativen Abbauverbotszone des MinroG) oder zumindest den Parteiwillen im Rahmen der "Billigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung" zu berücksichtigen hat. Über solche tatbestandlichen Einfallstore hinaus mag die Mediationsvereinbarung auch Indizien für weitere Beweisfragen

¹⁷⁶ VwGH 6.12.1990, 89/06/0058; 20.6.1995 94/05/0294.

¹⁷⁷ Sowohl im Anwendungsbereich des § 16 Abs 2 UVP-G als auch (de lege ferenda) eine Normierung erweiterter Beurkundungsmöglichkeiten auch in anderen Materiegesetzen.

(Betroffenheitslagen, Eignung bestimmter Schutzmaßnahmen) liefern¹⁷⁸, unmittelbare Beweiskraft in "harten" Sachverhaltsfragen (zB Ausschöpfung des Standes der Technik bei der Minimierung von Luftschadstoffen) wird ihr hingegen nicht zukommen; sie kann aber – durch Beweissicherungsregelungen – die Beweisaufnahme auch in diesen Punkten erleichtern.

Eine Bindung der Behörde an die privatautonom vereinbarte Methodik der Beweisaufnahme, deren Ergebnisse und der Wahl der Emissionsbegrenzungen, besteht – schon im Hinblick auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs 2 AVG) - freilich nicht, wohl aber – bei gleicher fachlicher Ebene – eine Verpflichtung zur Auseinandersetzung mit diesen Mediationsergebnissen im Rahmen der Entscheidung(sbegründung).

Auch in diesem Zusammenhang ist zu erwägen, Umstände, die Gegenstand eines Mediationsverfahrens waren, im anschließenden Verwaltungsverfahren "außer Streit" zu stellen. Mit dieser Überlegung korrespondiert wiederum die Frage, ob bzw in welchem Umfang auf subjektiv-öffentliche Rechte in einer Mediationsvereinbarung verzichtet werden kann und welche Wirkung ein derartiger Verzicht auf das nachfolgende Verwaltungsverfahren hat (dazu oben).

Eine Beurkundung einer Mediationsvereinbarung in einem Hoheitsakt ist überall dort möglich, wo das öffentliche Recht auf eine privatrechtliche Vereinbarung abstellt (zu beachten sind in diesem Zusammenhang etwa § 111 WRG¹⁷⁹ und § 45 AWG 2002¹⁸⁰). Gelangt die Behörde zum Ergebnis, dass der Mediationskonsens mit der behördlichen Bindung in Widerspruch steht, so darf dieser Teil der Vereinbarung jedenfalls nicht in den Bescheid aufgenommen werden (Legalitätsprinzip).

4.2 Mediation und öffentlich-rechtliche Rechtsatzformen

a) *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*

Der eigenständigen Kreation von neuen Rechtsquellen steht nicht nur die Dichte der in der

¹⁷⁸ § 46 AVG bestimmt, dass als Beweismittel alles in Betracht kommt, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts geeignet und zweckdienlich ist; im Sinne des Grundsatzes der Unbeschränktheit der Beweismittel gehört dazu auch ein Mediationsvertrag als Urkunde iSd § 47 AVG.

¹⁷⁹ § 111 Abs 3 1. Satz WRG lautet: "Alle im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens getroffenen Übereinkommen sind auf Antrag der Beteiligten mit Bescheid zu beurkunden."

¹⁸⁰ § 45 AWG lautet: "Werden von Nachbarn privatrechtliche Einwendungen gegen die Behandlungsanlage vorgebracht, so hat der Verhandlungsleiter auf eine Einigung hinzuwirken; die

Bundesverfassung geregelten Formen der Rechtserzeugung und das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Legitimation staatlicher Rechtserzeugung gegenüber, insb spricht das System des Rechtsschutzes vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts dagegen: dieses System schafft nicht einen allgemeinen Rechtsschutz, sondern eröffnet diesen nur für ganz bestimmte Rechtsakte.

Eine Rechtssetzung durch Private mit verbindlicher Wirkung für Dritte kommt daher ohne eigene verfassungsgesetzliche Ermächtigung nicht in Betracht.

Auch der Versuch, der zwischen Parteien geschaffenen Mediationsübereinkunft allgemeine Wirkung zu verschaffen, indem sich die Behörde dieser Vereinbarung anschließt, muss wohl scheitern: Da ein solcher Verwaltungsvertrag mit Außenwirkung (gleich einem Hoheitsakt) nicht in der Verfassung als eigenständige Rechtsquelle vorgesehen ist, insb keine isolierte Bekämpfbarkeit vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts vorgesehen ist, könnte dieser Vertrag höchstens als sog "unselbständige Rechtsquelle" anerkannt werden, also dann, wenn rechtlich vorgesorgt ist, dass im Streitfall eine bekämpfbare hoheitliche Rechtsquelle, also ein Bescheid oder eine Verordnung zu erlassen ist (VfSlg 9226/1981).

Zur Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge fehlt im österreichischen Rechtsbestand eine explizite Norm.

Der Verfassungsgerichtshof bejaht grundsätzlich die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge, macht sie aber von zwei Voraussetzungen abhängig: Zum einen von der Gewährleistung des Rechtsschutzes, zum anderen von der ausreichenden gesetzlichen Determinierung des Vereinbarungsinhaltes. Der Verwaltungsgerichtshof fordert – darüberhinausgehend – bisweilen eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung was auch der hA entspricht¹⁸¹.

Die **Leistungsfähigkeit** des Instituts ist jedenfalls ohne Vorliegen einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung **begrenzt**, weil sich der Inhalt der Vereinbarung im Rahmen der durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen bewegen muss (und – mangels Selbständigkeit - unter diesem Primat der hoheitlichen Erledigung nur wenig eigenständige Lösungskraft entfalten kann). *Ehrke*¹⁸² hat für das Abgabenrecht herausgearbeitet, dass Vereinbarungen bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes in Betracht kommen, weil dort gesetzliche Mitwirkungsrechte und –pflichten des Abgabepflichtigen bestehen; im Umweltrecht sind diese Spielräume – wegen des Amtswegigkeitsprinzips und absoluter Schutz- und Gewährleistungspflichten – wohl geringer.

erzielte Einigung ist in der Niederschrift über die Verhandlung zu beurkunden. Im übrigen sind solche Einwendungen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen."

¹⁸¹ Zum Gesamten siehe *Ehrke* 2002, 108 ffzuletzt *Mast* 2003, 103 ff (112).

In diesem Sinne existieren zwar bereits¹⁸³ verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Privaten im Bereich der Hoheitsverwaltung, die entscheidungsersetzende Bedeutung haben können und von der Behörde zu beurkunden sind; für den Fall, dass diese nicht zustande kommen, haben die Behörden den Konflikt mittels autoritativer Entscheidung zu lösen.

Sie entscheiden auch über den Inhalt (Auslegung) einer derartigen Vereinbarung im Streitfall. Derartige Vereinbarungen können – wenn sie auch über die Konfliktparteien hinausgehende Wirkung haben sollen – als Anlass für einen Bescheid genommen werden. Immerhin sind die bescheiderlassenden Behörden dann an den verfassungsrechtlich zulässigen Inhalt des Vertrages gebunden, bescheidmäßige Abweichungen daher auch beim VwGH bekämpfbar. Insofern kann daher - freilich in engen Grenzen - dem verwaltungsrechtlichen Vertrag gestaltende Wirkung zukommen.

Werden sie in einen derartigen Bescheid nicht aufgenommen, bleibt der Wert der Vereinbarung jedoch auf das Verhältnis der Parteien beschränkt; sie kann die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Parteien nicht beeinflussen.

Widerspricht eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die von der Behörde einer Partei auferlegt wurde, einer Vereinbarung dieser Partei mit einer anderen, so kann bloß im Zivilrechtsweg uU auf Schadenersatz aus der Vereinbarung geklagt werden, an der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung einer Partei ändert dies jedoch nichts (bei Widerspruch Vorrang des öffentlichen Rechts; vgl sogleich unten).¹⁸⁴

Für die Mediation im Umweltrecht bedeutet dies, dass Mediation einerseits für privatrechtliche Verpflichtungen der Parteien untereinander praktisch unbegrenzt sinnvoll sein kann.¹⁸⁵

Der zweckmäßigste Weg zur Verbindlicherklärung des "öffentlich-rechtlichen Vertrages" in der eigentlichen Frage der Genehmigung eines Projektes könnte nun der sein, eine Verpflichtung der Behörde vorzusehen, sich in einem Genehmigungsbescheid mit dem Mediationsvertrag auseinander zu setzen – der Grundgedanke des § 16 Abs 2 UVP-G sollte insofern ausgedehnt werden, jedenfalls soweit es um die subjektiven Rechte der Parteien geht.

Ein sachlich nicht gerechtfertigtes Ignorieren des Mediationsvertrages könnte etwa einen Begründungsmangel darstellen und den Bescheid mit Willkür belasten.

Auf der anderen Seite wäre ein Konterkarieren der Vereinbarung durch die Behörde zB dann geboten, wenn der Inhalt der Vereinbarung nicht durch das Gesetz gedeckt ist.

¹⁸² Ehrke 2002, 115 ff.

¹⁸³ Vgl Raschauer 1998, Rz 1263 ff.

¹⁸⁴ So zB der VwGH 31. 1. 2002, 2000/06/0107.

Im gegebenen Zusammenhang ist jedenfalls zu beachten, dass eine Bindung der Behörde an Entscheidungen Privater – insb die Bindung oberster Organe wie des Bundesministers etwa bei Erlassung einer Trassenverordnung – durch einfaches Gesetz nicht vorgesehen werden kann (vgl nur VfSlg 2323, 6913, 12.506).

Den obersten Organen stünde daher auch jeweils die Möglichkeit zu, mittels Weisung – entgegen eines Mediationsvertrages – in Verwaltungsverfahren einzugreifen: Die Belastung eines ohne begründete Auseinandersetzung mit einer derartigen Vereinbarung erlassenen Rechtsaktes mit Rechtswidrigkeit stellte demgegenüber eine beachtliche – wohl verfassungskonforme - Lösung dar.

b) Pläne und Programme

Hinzuweisen ist auch noch darauf, dass der Mediation ähnliche Funktionen, wie sie für das Bescheidverfahren entwickelt wurden, auch in *Verordnungserlassungsverfahren* zukommen können.

Wenngleich dies den Rahmen der vorliegenden Untersuchung, die auf Projektverfahren beschränkt ist, sprengen würde, sei angemerkt, dass das "Frühzeitigkeitsgebot" der Mediation bei vielen Konflikten geradezu bedingt, bereits in vorgelagerten Stadien – der Flächenwidmung, der Trassenvergleiche etc – den Vermittlungsprozess einzuleiten. Gerade der "politiknahe" Bereich der **Planungen**, seien es Widmungen oder Festlegungen der Abfallwirtschaft, ist ein geeignetes Feld für die Mediation; der Grund mag darin liegen, dass der Gestaltungsraum in dieser frühen Phase noch am relativ größten ist. Im Folgenden eine kurze Auswahl expliziter Beispiele:

- *Beispiele aus Österreich* (die Seitenangaben beziehen sich auf ÖGUT 1999): Yppenplatz Wien – Stadtplanung (57), Verkehrsforum Salzburg – Verkehrsplanung/Stadtplanung (86), Naturpark Weinland Steiermark – Errichtung eines Naturparks (98).
- *Beispiele aus dem Ausland* (die Seitenangaben beziehen sich auf "1st European Symposium Paper – environmental mediation in europe" 2001): Iber Aqua – Developing a co-operative regime for the management of shared water basins in the Iberian Peninsula (99), Bantry Bay Coastal Zone Charter (104), Neue Wege für die Lokale Agenda 21 in Portugal (106), Trilateraler Seehund Management Plan (108), The French Water Management Plan procedure (110), Environmental mediation for

¹⁸⁵ Zu denken ist dabei zB an die Gründung von Vereinen zur besseren Kooperation (zB Marktverein im Verfahren Yppenplatz, Wien – siehe *Zieher* 2000, 57).

Piacenza Province Waste Management Plan (120), Strategic Environmental Assessment: landfill site Plan and Participation in Belgium (123).

Der "Reiz" der Mediation in solchen Fällen liegt vor allem darin, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung im Verordnungserlassungsverfahren materiell aufgewertet werden kann.

Nach dem üblichen Ablauf geht der Verordnungserlassung zwar eine formal geregelte Veröffentlichung (Kundmachung) voraus, in der die Betroffenen die Möglichkeit der Stellungnahme haben.

Für eine echte diskursive oder kontradiktorische Auseinandersetzung mit den eingelangten Stellungnahmen fehlt aber oft ein geeignetes Forum; für die Betroffenen eröffnet sich im Wesentlichen nur die nachprüfende Kontrolle des Verfassungsgerichtshofes.

Die begleitende Einschaltung eines Mediationsprozesses ermöglicht es dem verordnungserlassenden Organ, die Sachverhaltsermittlung zu intensivieren und damit auch die materiellen Erlassungsvoraussetzungen der jeweiligen Verordnung vollständig und überprüfungssicherer abzuhandeln.

In gestuften Verfahren (vorgeschaltete Verordnungserlassung, nachfolgende Bescheidverfahren) eröffnet die Mediation Potentiale für eine verbesserte Verknüpfung der Zustimmungsvoraussetzungen zum Projekt mit den einzelnen Verordnungs- bzw. Genehmigungsstadien: Als **Begleitinstrument sowohl des vorgeschalteten Verordnungserlassungsverfahrens als auch des nachfolgenden Bescheidverfahrens** ermöglicht die Mediation flexiblere Lösungen, durch vertragliche Absicherung aber auch stärkere Bindungen in wesentlichen Details. Damit könnte Mediation auch als Hilfsinstrument bei erfolgreicher Anwendung das Dilemma der Trassenvorhaben lösen, in den unterschiedlichen Rechtsatzformen und Verfahrensstufen - Trassenverordnung, Bescheidgenehmigung – eine durchgehende und vollstreckbare Berücksichtigung der Ergebnisse der Umweltverträglichkeitsprüfung sicherzustellen.¹⁸⁶

4.3 Wechselwirkungen zwischen Mediationsvereinbarung und Genehmigungsbescheid

Abgesehen von der unproblematischen "Idealvariante", in der der Genehmigungsbescheid der Mediationsvereinbarung vollinhaltlich entspricht (diese Fälle scheinen in der Praxis freilich bisher ohnedies die Regel), sind jedoch auch Konstellationen nicht auszuschließen, bei

¹⁸⁶ Dazu jüngst ausführlich *Hauer* 2002.

denen es zu inhaltlichen Widersprüchen zwischen der behördlichen Entscheidung und dem Konfliktlösungsvertrag kommen kann. Solche Fälle führen insbesondere auch dann zu Problemen, wenn eine Mediationsvereinbarung zum Tatbestandsmerkmal einer Regelung im AVG bzw in einem Materiengesetzes erhoben wird.

Einer näheren Untersuchung sind folgende drei Fälle zu unterziehen.

a) *Diskrepanz zwischen Mediationsvereinbarung und Bescheid*

Fall: Der Projektwerber verpflichtet sich in einer Mediationsvereinbarung zur Errichtung eines 80 m hohen Rauchgaskamins, um die Immissionsbelastung der Nachbarn zu reduzieren. Im nachfolgenden Genehmigungsverfahren wird dem Projektwerber zwar die Errichtung eines Kamins vorgeschrieben, dieser darf jedoch eine Höhe von 60 m nicht überschreiten.

These: (Zusicherungen) Verpflichtungen aus einer Mediationsvereinbarung (Gebot) können im Einzelfall einem nachfolgenden behördlichen Verbot widersprechen.

Da die Behörde – zumindest de lege lata - nicht verpflichtet ist und wegen ihrer Verpflichtung zur amtswegigen Wahrung objektiv-öffentlicher Interessen wohl auch de lege ferenda sicher nicht generell verpflichtet werden kann, einen Genehmigungsbescheid nach den Ergebnissen einer Mediationsvereinbarung auszurichten, sind Fallkonstellationen denkbar, in denen es zu einer Diskrepanz zwischen einer vorab getroffenen Mediationsvereinbarung und einer nachfolgender behördlichen Entscheidung kommt.

Für derartige Fälle kann bzw sollte bereits in der Mediationsvereinbarung ausdrücklich vorgesorgt werden. Denkbar sind in diesem Zusammenhang verschiedene zivilrechtliche Vertragskonstruktionen (siehe ausführlich dazu unter Pkt. IV.3.).

Fraglich ist jedoch, wie sich eine solche Diskrepanz auf eine Mediationsvereinbarung auswirkt, wenn keine entsprechenden Klauseln in die Mediationsvereinbarung aufgenommen wurden. Dass ein inhaltlicher Widerspruch zwischen einem zivilrechtlichen Vertrag und einer behördlichen Genehmigung nicht pauschal zur Nichtigkeit der privatrechtlichen Vereinbarung führen kann bzw muss, wird weiter unten noch näher dargelegt. Der Zivilrechtsordnung stehen neben der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit noch andere Rechtsinstitute zur Verfügung, die auch in den Fällen einer Diskrepanz zwischen Mediationsvereinbarung und Bescheid zu befriedigenden Ergebnissen führen können.

Steht eine nachfolgende behördliche Entscheidung einer Leistung aus einer zuvor abgeschlossenen Mediationsvereinbarung entgegen, handelt es sich wohl meist um einen **Fall der nachträglichen rechtlichen Unmöglichkeit**¹⁸⁷.

Dabei wird zwischen der vom Schuldner bzw vom Gläubiger zu vertretenden und der zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit unterschieden. Da eine behördliche Entscheidung grundsätzlich weder in den Machtbereich des Projektwerbers noch in den der betroffenen Anrainer fällt, kann prinzipiell davon ausgegangen werden, dass hier meist eine zufällige Unmöglichkeit vorliegen wird.

Anders wird es aber sein, wenn Nachbarn gegen Handlungs- bzw Unterlassungsgebote verstoßen, zu denen sie sich zuvor in einer Mediationsvereinbarung wirksam verpflichtet haben. Denkbar ist auch, dass die Unmöglichkeit dem PW angelastet werden kann. Abgesehen von ausdrücklichen Verpflichtungen des PW wird eine Mediationsvereinbarung nämlich idR eindeutig so zu verstehen sein, dass der PW alles Mögliche und Zumutbare unternehmen muss (soweit das in seinem Machtbereich liegt), dass eine vollständige oder möglichst weit gehende Übereinstimmung zwischen der Mediationsvereinbarung und dem Genehmigungsbescheid erreicht wird. In solchen Fällen kann die Unmöglichkeit zurechenbar sein (vgl dazu gleich unten). Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch allfällige "Vorwirkungen" aufschiebend bedingter Mediationsvereinbarungen; auch ein Verstoß gegen mögliche Vorwirkungen (soweit solche nicht die verfolgten öffentlichen Interessen vereiteln!) kann uU zu einer Zurechenbarkeit der Unmöglichkeit führen.

Rechtsfolgen der zufälligen Unmöglichkeit: Der zufällige Untergang der Leistung hebt die Verbindlichkeit des Schuldners auf (§ 1447; vgl auch §§ 880, 1048 ABGB).

Der Vertrag bzw einzelne Leistungsversprechen aus dem Vertrag sind also so anzusehen, als wären sie nicht geschlossen worden. Es kommt somit zur Aufhebung der synallagmatischen Verpflichtungen.

UU fällt der ganze Vertrag weg, wenn von der Unmöglichkeit die maßgeblichen Teile des Vertrages betroffen sind¹⁸⁸. Werden von der Unmöglichkeit nur einzelne Vertragsteile erfasst, bleiben die restlichen Verpflichtungen davon jedoch unberührt, so ist davon auszugehen, dass der übrige Vertrag bestehen bleibt, soweit dies mit dem Normzweck bzw mit dem hypothetischen Parteiwillen übereinstimmt.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass ein Widerspruch zwischen einer behördlichen Genehmigung und einer Mediationsvereinbarung dazu führen kann, dass die

¹⁸⁷ OGH JBI 1983, 428 (OGH 15.9.1982, 1 Ob 16/82); RdW 1995, 177 (OGH 27.10.1994, 6 Ob 503/94); *Kerschner* 2001, 756.

wechselseitigen Verbindlichkeiten aufgehoben werden. Von der Aufhebung werden meist nicht die alle Mediationsvereinbarungen, sondern nur einzelne Verpflichtungen betroffen sein. Über die Restgültigkeit der Vereinbarung entscheidet der Normzweck bzw der (hypothetische) Parteiwille.

Ist die Unmöglichkeit von Leistungen auf Handlungen oder Unterlassungen der Vertragsparteien zurückzuführen, so muss uE im Hinblick auf eine zufällige bzw zu vertretende Unmöglichkeit differenziert werden.

Verstößt eine Vertragspartei gegen wirksam begründete Handlungs- bzw Unterlassungs**verpflichtungen** aus einer Vereinbarung (zB Pflicht zur Antragsänderung), so handelt es sich um einen Fall der zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit.

Meist werden Mediationsvereinbarungen jedoch unter **aufschiebenden Bedingungen** geschlossen. Die Folge solcher Vertragskonstruktionen besteht darin, dass die Verfahrensparteien selbst darüber entscheiden können, ob sie eine Mediationsvereinbarung wirksam werden lassen oder nicht. Bis zum Eintritt der Rechtskraft bestehen aber – abgesehen von möglichen Vorwirkungen - grundsätzlich keine wechselseitigen Verpflichtungen.

Denkbar ist - wie bereits ausgeführt - weiters, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung von Verpflichtungen aus der Mediationsvereinbarung dem Projektwerber, allenfalls auch den Nachbarn zugerechnet werden kann. Der Projektwerber hat grundsätzlich alles in seiner Macht stehende Zumutbare und Mögliche zu unternehmen, dass die Zusicherungen aus der Mediationsvereinbarung durchführbar werden. IdS hat er also alles zu unterlassen, was der Verwirklichung seiner vertraglichen Verpflichtungen entgegensteht. Verstößt er gegen diese Verpflichtung, so hat er die Unmöglichkeit zu vertreten. Analoges kann auch für die Nachbarseite gelten.

In den Fällen der zu vertretenden nachträglichen rechtlichen Unmöglichkeit sind die §§ 920 f ABGB anzuwenden¹⁸⁹. Diese Form der Unmöglichkeit liegt nämlich auch dann vor, wenn die Erbringung einer Leistung infolge einer gesetzlichen oder behördlichen Anordnung (etwa bei der Versagung einer behördlichen Genehmigung) nicht mehr erbracht werden kann¹⁹⁰.

¹⁸⁸ *Koziol/Welser* II¹² 2001, 44.

¹⁸⁹ *Reischauer* in *Rummel* I³, § 920 Rz 1.

¹⁹⁰ *Reischauer* in *Rummel* I³, § 920 Rz 3.

b) *Wegfall des Bescheides*

Fall: Die Parteien eines Mediationsverfahrens schließen eine umfassende Mediationsvereinbarung; durch Rechtsmittel Dritter wird ein - diesem Vertrag vollinhaltlich Rechnung tragender - Genehmigungsbescheid durch eine Entscheidung einer übergeordneten Instanz aufgehoben.

These: Der Abschluss einer Mediationsvereinbarung kann die Verwaltungsbehörden grundsätzlich nicht verpflichten, einen entsprechenden Genehmigungsbescheid zu erlassen.

Für den Fall, dass eine Mediationsvereinbarung ausdrücklich keine Regelungen über eine allfällige "negative" behördliche Entscheidung bzw über die Folgen des Wegfalls eines an sich übereinstimmenden Genehmigungsbescheides enthält, kann davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien zumindest schlüssig eine **aufschiebende Bedingung** vereinbart haben. Eine Mediationsvereinbarung wird von vornherein idR ja nur für den Fall der Vorhabensverwirklichung abgeschlossen.

Für jene in der Praxis wohl äußerst seltenen Fälle, in denen kein solch zwingender sachlicher Zusammenhang besteht, der bereits dem Vertragszweck zu entnehmen ist, können sich die Vertragsparteien für den Fall der Aufhebung bzw Nichterteilung eines Genehmigungsbescheides allenfalls **subsidiär** auf den **Wegfall der Geschäftsgrundlage** berufen (zum Wegfall der Geschäftsgrundlage vgl unten IV.3.3.1.b).

c) *Wegfall der Mediationsvereinbarung*

aa) *Zivilrechtliche Gestaltungsmittel und Rechtsfolgen*

Bei einer Mediationsvereinbarung wird es sich derzeit meist (siehe näher unten IV 2) um einen zivilrechtlichen Vertrag handeln. Solche Verträge können wegen Willensmängel unter den Voraussetzungen, die das ABGB statuiert, angefochten bzw angepasst werden. In Betracht kommt insbesondere eine Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder List. Im Folgenden wird dargelegt, wann ein solcher Willensmangel beachtlich ist und wie sich ein solcher Vertragswegfall auf einen Genehmigungsbescheid auswirkt, der sich (in legitimer Weise, ganz oder teilweise) auf den Konsens stützt.

Irrtum: Im Irrtumsrecht unterscheidet man zwischen Erklärungsirrtum, Geschäftsirrtum und Motivirrtum. Da es sich bei der Mediationsvereinbarung um ein entgeltliches Rechtsgeschäft

handelt, sind selten Fälle vorstellbar, bei denen ein Motivirrtum beachtlich wäre (Beachtlichkeit nur bei Täuschung). Deshalb wird diese Irrtumsform in den folgenden Darstellungen außer Acht gelassen. Vorstellbar sind jedoch Fälle des Erklärungsirrtums und – da die Mediationsvereinbarung in der Regel als Vergleich zu qualifizieren ist - vereinzelt Fälle des Geschäftsirrtums. Besonders zu beachten ist im gegenständlichen Zusammenhang der Irrtum über die Vergleichsgrundlage:

- **Irrtum über die Vergleichsgrundlage**

Fall: In einer Mediationsvereinbarung verpflichtet sich der Projektwerber, Schallschutzmaßnahmen der Art X zu ergreifen; die Maßnahmen sind aber für die von der Anlage ausgehenden Art Schallemissionen völlig ungeeignet. Die betroffenen Anrainer stimmen der Verwirklichung des Anlagenprojektes jedoch nur deshalb zu, weil sie – wie auch der Projektwerber - von einer Wirksamkeit der Schallschutzmaßnahme ausgehen.

These: Die Irrtumsanfechtung einer Mediationsvereinbarung ist nur in sehr begrenztem Maße möglich, weil Mediationsvereinbarungen meist in der Form eines Vergleichs abgeschlossen werden.

Bei Mediationsvereinbarungen handelt es derzeit idR um zivilrechtliche Verträge, die sehr häufig als Vergleiche zu qualifizieren sind. Durch einen Vergleich wird eine bestehende Ungewissheit durch einen Vertrag bereinigt. Aus diesem Grund kann ein Vertrag nicht angefochten werden, wenn sich nachträglich die wahre Sach- oder Rechtslage herausstellt. Daher kann eine Mediationsvereinbarung in Form eines Vergleichs wegen eines Irrtums über bei Vergleichsabschluss umstrittene Fragen nicht angefochten werden (vgl § 1385 ABGB).

Nehmen jedoch die Verfahrensparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Punkte als **festehend/unbestritten** an (= Vergleichsgrundlage) und wollten sie diese Punkte nicht der Streitbereinigung unterwerfen, berechtigt ein Irrtum darüber zur Anfechtung, soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen.

Ebenso kann ein Vergleich angefochten werden, wenn einem der Vertragsparteien bei Vertragsschluss ein Erklärungsirrtum unterlaufen ist.

- **Erklärungsirrtum**

Fall 1: In einer Mediationsvereinbarung verpflichtet sich der Projektwerber zur Anwendung eines bestimmten Verfahrens XY. Die Anrainer verwechseln dieses Verfahren mit dem

Verfahren Z und gehen daher davon aus, dass durch die Anwendung des vom Projektwerber angebotenen Verfahrens die Lutschadstoffemissionen deutlich reduziert würden. Sie verzichten daher auf die Erhebung von Einwendungen bzw Rechtsmittel.

Fall 2: Eine Partei eines Mediationsverfahrens unterzeichnet eine vorformulierte Vertragsurkunde, ohne sie vorher durchzulesen, weil sie auf Grund der Verhandlungen eine ganz genaue Vorstellung über den Inhalt hat. Weicht der Inhalt der Vertragsurkunde von den Vorstellungen des Unterzeichners ab, liegt ein Fall eines Erklärungsirrtums vor.

These: Beim Abschluss der Mediationsvereinbarung kann es zu einem Erklärungsirrtum kommen, der - soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen - zur Anfechtung der Mediationsvereinbarung berechtigt.

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende meint, etwas anderes zu erklären, als er tatsächlich erklärt oder wenn ihm die Erklärung gar nicht als solche bewusst ist. Er irrt also über die Erklärung selbst¹⁹¹. Zu den Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung und den Folgen einer solchen siehe sogleich unten.

- **Geschäftsirrtum**

Der Geschäftsirrtum sei an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber erwähnt, weil eine Anfechtung einer Mediationsvereinbarung wegen eines derartigen Irrtums nur dann möglich ist, wenn sie nicht in Form eines Vergleiches oder Anerkenntnisses geschlossen wurde, was im Einzelfall nur sehr selten vorkommen wird.

Im Falle eines Geschäftsirrtums irrt der Erklärende über die Art des Rechtsgeschäfts, seinen **Inhalt** (verkehrswesentliche oder vereinbarte Eigenschaft) oder über eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft der Person des Geschäftspartners. Der Geschäftsirrtum bezieht sich somit immer auf Aspekte, die einen Inhalt des Rechtsgeschäftes bilden¹⁹².

- *Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung*

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 871 ABGB (Beachtlichkeit des Irrtums, Kausalität des Irrtums für den Vertragsschluss, fehlendes Vertrauensschutzbedürfnis beim Gegner des Irrenden) kann der Irrende den Vertrag anfechten.

¹⁹¹ Koziol/Welser I¹² 2001, 133.

¹⁹² Koziol/Welser I¹² 2001, 135.

Die Geltendmachung eines Irrtums (Gestaltungsrecht) hat gerichtlich zu erfolgen; eine bloß außergerichtliche Erklärung reicht nach hA nicht aus¹⁹³. Die irrende Partei einer Mediationsvereinbarung muss den Irrtum also durch Klage oder Einrede geltend machen und so die Rechtsgestaltung verlangen¹⁹⁴.

- *Rechtsfolgen einer Irrtumsanfechtung*

In Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Anfechtung ist an dieser Stelle näher auf die Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrtum einzugehen.

Ein Irrtum ist wesentlich, wenn die Vertragsparteien den Vertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen hätten. Unwesentlichkeit liegt hingegen dann vor, wenn nach dem übereinstimmenden hypothetischen Parteiwillen ein Vertrag zwar geschlossen worden wäre, aber mit einem anderen Inhalt¹⁹⁵.

Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit eines Irrtums in einer Mediationsvereinbarung wird häufig fraglich sein, ob auf Grund eines gemeinsamen hypothetischen Parteiwillens Einigkeit gefunden werden kann. Diese ist Voraussetzung für eine Vertragsanpassung. Eine Anpassung (Reduktion) einer Gegenleistung aus einer Mediationsvereinbarung ist uE typischerweise nur schwer möglich, weil manche Leistungen aus einer Mediationsvereinbarung schlicht keiner Anpassung zugänglich sind (man bedenke, dass die Leistungen bzw. Gegenleistungen in einer Mediationsvereinbarung typischerweise in der Gewährung von Informations- bzw. Inspektionsrechten, in der Errichtung von Immissionsschutzmaßnahmen, in einem Verzicht auf Einwendungen bzw. Rechtsmittel zu erblicken sind; solche Pflichten/Rechte können kaum angepasst werden). Ausgenommen davon sind Mediationsvereinbarungen, die Geldleistungen beinhalten. Bei solchen Vereinbarungen wird eher eine Anpassung möglich sein.

Aus diesem Grund wird es sich bei einem Irrtum in einer Mediationsvereinbarung wohl meist um einen wesentlichen Irrtum handeln, der grundsätzlich zu einer Anfechtung berechtigt und schließlich zu einer rückwirkenden Aufhebung des Vertrages führen wird.

- **List**

¹⁹³ Das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung folgt nicht zwingend aus dem Gesetz und ist auch sonst fraglich; siehe in diesem Zusammenhang ausführlich *Kerschner* 1984, 59 ff.

¹⁹⁴ OGH JBI 1996, 578.

¹⁹⁵ *Rummel in Rummel* I³, § 871 Rz 1.

Fall: Der Projektwerber verpflichtet sich, Emissionen der Art X um 40 % zu reduzieren. Das hat jedoch aus technischen Gründen zur Folge, dass gesundheitsschädliche Emissionen der Art Y um 10 % steigen. Obwohl dieser Umstand dem Projektwerber sehr wohl bekannt ist, verschweigt er im Mediationsverfahren diese Tatsache den betroffenen Anrainern, die darauf hin in der anschließenden Mediationsvereinbarung auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 364a ABGB verzichten.

These: Ein Irrtum im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Mediationsvereinbarung kann auch arglistig herbeigeführt worden sein. In einem solchen Fall billigt das Gesetz dem Irrenden erweiterte Anfechtungsrechte zu (§ 870 ABGB). Zu den Voraussetzungen einer Vertragsanfechtung wegen List sowie zu dessen Rechtsfolgen siehe sogleich unten.

- **Drohung**

Fall: Nach Durchführung eines Mediationsverfahrens geht der Projektwerber auf sämtliche Forderungen eines betroffenen Anrainers ein, weil dieser damit "droht", sämtliche ihm zustehende Einwendungen und Rechtsmittel gegen die Verwirklichung der Anlage des Projektwerbers vorzubringen.

These: Wird eine Mediationsvereinbarung durch eine rechtswidrige Drohung erwirkt, so räumt die Rechtsordnung dem Bedrohten ein Anfechtungsrecht ein.

- *Voraussetzungen für eine Vertragsanfechtung wegen Drohung/List*

Voraussetzungen für eine Vertragsanfechtung wegen Drohung/List sind deren Rechtswidrigkeit und Kausalität. Im Gegensatz zu § 871 ABGB ist die Anfechtung wegen Drohung bzw List somit nicht an das Vorliegen noch weiterer Voraussetzungen geknüpft.

Besonders zu beachten ist im oben zitierten Fall die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit. Die "Drohung", sämtliche Rechtsmittel gegen eine Projektverwirklichung vorzubringen, ist grundsätzlich nicht rechtswidrig. Rechtswidrigkeit liegt gemäß § 870 nämlich nur dann vor, wenn das verwendete bzw angedrohte Mittel oder das angestrebte Ziel oder die Zweck-Mittel-Relation rechtswidrig ist. Das Vorbringen der Verfahrenspartei, mit dem sie die Bekämpfung eines Projekts mit sämtlichen ihr von der Rechtsordnung zur Verfolgung seiner Interessen eingeräumten Mittel ankündigt, erfüllt die oben genannten Voraussetzungen nicht, was zur Folge hat, dass ein Projektwerber eine unter solchen Umstände geschlossene

Vereinbarung **nicht** anfechten kann¹⁹⁶. Anderes wäre nur bei einer völligen Unverhältnismäßigkeit (sachliche Unangemessenheit) zwischen Mittel und Zweck zu überlegen.

- *Rechtsfolgen von List und Drohung*

Gemäß § 870 ABGB ist der Bedrohte bzw. Überlistete nicht verbunden, den Vertrag zu halten. Daraus lässt sich ableiten, dass er ein Anfechtungsrecht besitzt. Die Anfechtung ist ebenso wie bei § 871 ABGB gerichtlich geltend zu machen und führt idR zu einem Wegfall der Mediationsvereinbarung. In Analogie zu § 872 ABGB steht dem Überlisteten/Bedrohten das Recht zu, statt der Auflösung eine Anpassung des Vertrags zu begehren, was aber aus den oben angeführten Gründen eher unwahrscheinlich ist.

bb) *Auswirkungen des Wegfalles einer Mediationsvereinbarung auf ein nachfolgendes
Verwaltungsverfahren*

Sollte der Abschluss einer Mediationsvereinbarung – bereits *de lege lata* oder *de lege ferenda* – ein **Tatbestandsmerkmal** für Vereinfachungen in Genehmigungsverfahren darstellen, so sieht man sich beim Wegfall einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Problem konfrontiert, dass plötzlich das Tatbestandsmerkmal für die entsprechende Verfahrensvereinfachung fehlt. Problematisch sind dabei nur jene Fälle, wo die Mediationsvereinbarung erst nach einer erstinstanzlichen behördlichen Entscheidung wegfällt.

- **Wegfall einer Mediationsvereinbarung vor der Durchführung eines Genehmigungsverfahrens**

Unproblematisch – und daher nicht näher zu thematisieren – sind jene Fälle, bei denen eine Mediationsvereinbarung bereits vor einer behördlichen Entscheidung angefochten bzw. aufgehoben wird. In derartigen Fallkonstellationen muss das Genehmigungsverfahren nach allgemeinen Vorschriften durchgeführt werden. Ein Rechtsschutzdefizit für betroffene Anrainer besteht somit nicht; diese können ihre Rechte durch die Erhebung von Einwendungen und Rechtsmittel nach allgemeinen Regeln geltend machen bzw. durchsetzen.

Problematischer ist jedoch jene Konstellation, bei der eine Mediationsvereinbarung erst nach einer behördlichen Entscheidung wegfällt. Bei einer nachträglichen Aufhebung einer

¹⁹⁶ So auch der BGH NJW 1981, 811 ("Abfindungsvereinbarung"); dazu auch *Engelhardt* NuR 1981, 145 ff.

Mediationsvereinbarung ist hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen zu unterscheiden, ob das behördliche Genehmigungsverfahren mit oder ohne formellen Verfahrensvereinfachungen (zB "Außerstreitstellung") stattgefunden hat.

- **Wegfall einer Mediationsvereinbarung nach Durchführung eines Genehmigungsverfahrens ohne formelle Verfahrensvereinfachungen**

In diesem Zusammenhang ist insb denkbar, dass einzelne bzw sämtliche Parteien einer Mediationsvereinbarung von der Erhebung von Einwendungen/Rechtsmittel Abstand genommen haben. Hier haben zwar die Nachbarn faktische Nachteile, das Verwaltungsverfahren ist aber "mangelfrei" abgelaufen.

Wurde nach der Durchführung eines Mediationsverfahrens ein Genehmigungsbescheid erlassen und wird später die zivilrechtliche Vereinbarung – aus welchem Grund auch immer - aufgehoben, können die Verfahrensparteien vor Ablauf der Berufungsfrist gemäß § 63 Abs 5 AVG – was zeitlich allerdings praktisch kaum vorstellbar ist - nach den allgemeinen Vorgaben des Verwaltungsverfahrensrechts die behördliche Entscheidung mit Rechtsmitteln bekämpfen.

Voraussetzung für die Erhebung von Rechtsmitteln ist allerdings die Parteistellung im Genehmigungsverfahren. Gemäß der Legaldefinition des § 8 AVG sind Parteien Personen, die "an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind". Wer welche "Rechtsansprüche" und "rechtlichen Interessen" hat bzw geltend machen kann, darüber gibt das AVG selbst keine Auskunft, das ist vielmehr der materiellen Rechtsordnung zu entnehmen¹⁹⁷. An die Stellung als Partei knüpft ein Bündel von Rechten an¹⁹⁸, von denen die Betroffenen im durchzuführenden Verfahren Gebrauch machen können¹⁹⁹. Im gegenständlichen Zusammenhang ist insbesondere das Recht zur Erhebung des ordentlichen Rechtsmittels der Berufung gemäß § 63 AVG von Bedeutung.

Parteistellung (und somit das Recht zur Berufung) behält eine Person etwa im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren gemäß § 356 Abs 1 GewO²⁰⁰ iVm § 42 Abs 1 AVG grundsätzlich aber nur dann, wenn sie spätestens **am Tag vor Beginn der Verhandlung bei der zuständigen Behörde oder während der Verhandlung Einwendungen erhebt.**

¹⁹⁷ Hengstschläger 2002, 53.

¹⁹⁸ Hengstschläger 2002, 58.

¹⁹⁹ Wiederin 1998, 63.

²⁰⁰ Hier wird deshalb auf die Bestimmungen der GewO Bezug genommen, weil es sich bei Mediationsverfahren im Zusammenhang mit umweltrelevanten Projekten wohl typischerweise um Verfahren nach der GewO handeln wird.

Wurden also trotz einer anfechtbaren, nichtigen oder bedingten Vereinbarung keine Einwendungen erhoben und fällt eine solche Vereinbarung nachträglich weg bzw erfüllt der Projektwerber seine Verpflichtungen aus einer bedingten Mediationsvereinbarung nicht, so sehen sich die Projektgegner uU mit dem Problem konfrontiert, dass sie unwiderruflich aus dem behördlichen Genehmigungsverfahren ausgeschieden sind, ohne dass sie irgendwelche Gegenleistungen aus der Mediationsvereinbarung erhalten haben und ohne befugt zu sein, Rechtsmittel gegen einen Genehmigungsbescheid zu erheben. UU können nicht einmal zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden!

Dieses mit dem Unterlassen von Einwendungen und Rechtsmitteln verbundene Risiko dürfte in der Praxis aber – diese Hypothese kann jedenfalls aus einer Analyse einschlägiger Mediationsvereinbarungen aus der bisherigen Praxis gezogen werden – bisher häufig vernachlässigt worden sein. Während sich nach dem Willen der Parteien ein Einwendungs- bzw Rechtsmittelverzicht regelmäßig nur auf jene Tatsachen beschränken soll, die auch Gegenstand der Verhandlungen waren, so erstreckt sich ein solcher Verzicht faktisch im Ergebnis und insoweit auch rechtlich nicht nur auf diese Tatsachen, sondern immer auf das ganze Verfahren. Denn werden im Verfahren keine Einwendungen erhoben, so können diese nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr releviert, ja nicht einmal mit Rechtsmittel geltend gemacht werden, weil die Rechtsmittellegitimation grundsätzlich von der Parteistellung im Verwaltungsverfahren abhängt (siehe oben). Insofern ist auch ein Einwendungs-/Rechtsmittelverzicht, der ausdrücklich unter der Bedingung abgegeben wird, dass der Projektwerber bestimmte Verpflichtungen erfüllt, besonders problematisch, denn die überwiegende Zahl der Verpflichtungen des Projektwerbers betrifft nicht Zusicherungen, die vor bzw während des Genehmigungsverfahrens erfüllt werden müssen, sondern solche, die erst nach Aufnahme des Betriebes erfüllt werden müssen, also zu einem Zeitpunkt, in dem die Erhebung/Einbringung von Einwendungen/Rechtsmittel durch betroffene Anrainer schon längst ausgeschlossen ist (allenfalls besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, nachträgliche Auflagen gemäß § 79 a GewO zu erwirken).

- **Wegfall einer Mediationsvereinbarung nach Durchführung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens**

Fällt nach Ablauf der Berufungsfrist eine Mediationsvereinbarung weg, die ein Tatbestandsmerkmal für Verfahrensvereinfachungen darstellt, so empfiehlt sich uE eine Lösung, die sich an der formellen Rechtskraft des Bescheides orientiert. Bis zu dieser muss

jedenfalls die zu einer nachprüfbaren Sachentscheidung zuständige Behörde, vor allem die Berufungsbehörde die neue Sach- und Rechtslage beachten²⁰¹.

Sollte nach Eintritt der formellen Rechtskraft eines Bescheides ein Tatbestandsmerkmal desselben – auch welchen Gründen auch immer – wegfallen, so können davon betroffene Personen keine öffentlich-rechtlichen Ansprüche (Einwendungen/Rechtsmittel) mehr geltend machen. Die maßgebliche Zäsur für die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte bildet somit die formelle Rechtskraft des Genehmigungsbescheides. Unter formeller Rechtskraft versteht man, dass ein Bescheid nicht mehr der Anfechtung durch ordentliche Rechtsmittel unterliegt. Sie tritt ein, wenn auf ein ordentliches Rechtsmittel (Berufung) verzichtet bzw wenn ein solches zurückgezogen wird, wenn die Frist für die Einbringung eines ordentlichen Rechtsmittels ungenützt laufen ist, sowie weiters – dies sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt -, wenn ein letztinstanzlicher Bescheid erlassen wird²⁰². Dh dass selbst dann, wenn ein Tatbestandsmerkmal für eine behördliche Entscheidung wegfällt, der behördliche Rechtsgestaltungswille das maßgebliche Kriterium für die Verbindlichkeit des Rechtsaktes sein muss; dies entspricht auch einer möglichst umfassenden Rechtssicherheit: Auf eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde müssen sämtliche Rechtsunterworfenen vertrauen können. Die Ansicht, dass die formelle Rechtskraft (dh der ungenützte Ablauf der Berufungsfrist) die maßgebliche Zäsur für die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte selbst bei einem nachträglichen Wegfall einer Mediationsvereinbarung, auf deren Grundlage formellen Vereinfachungen im Verwaltungsverfahren stattgefunden haben ("Außerstreitstellung"), darstellen muss, ist uE nicht nur im Sinne einer umfassenden Rechtssicherheit, sondern auch deshalb zu bejahen, weil nur sie mit den Grundprinzipien des österreichischen Verwaltungsrechts (Fehlerkalkül) im Einklang steht.

Fraglich ist jedoch, was zu gelten hat, wenn durch den Wegfall einer Mediationsvereinbarung eine wesentliche Änderung der Sach- und/oder Rechtslage eintritt. Eine solche Änderung könnte etwa dann angenommen werden, wenn die Mediationsvereinbarung eine maßgebliche Grundlage für die Erlassung eines Genehmigungsbescheides dargestellt hat. In diesem Fall könnte uE erwogen werden, ob die formelle Rechtskraft des Bescheides durchbrochen werden kann und das Genehmigungsverfahren etwa gem § 69 AVG wieder aufzunehmen ist: Der Konsenswegfall als "neue Tatsache". Dem kann hier aber nicht näher nachgegangen werden.

Mit alledem ist jedoch noch keinesfalls ausgeschlossen, dass betroffene Nachbarn zivilrechtliche Ansprüche erheben, sofern einer Verfahrenspartei am Wegfall einer

²⁰¹ Vgl dazu *Raschauer* 1998, Rz 945.

²⁰² *Thienel* 2002, 225.

Mediationsvereinbarung ein Verschulden vorzuwerfen ist (zB List); denkbar sind in solchen Fällen insbesondere Schadenersatzansprüche, bei rechtsmissbräuchlicher Erschleichung von Genehmigungen auch Unterlassungsansprüche (Abwehransprüche); ein solcher Rechtsmissbrauch wird von der Lehre dann bejaht, wenn durch die Ausnutzung der Genehmigung anderen unverhältnismäßige Nachteile – insbesondere Gesundheitsschädigung – zugefügt wurden und der Betreiber davon Kenntnis hatte.²⁰³

²⁰³ *Gimpel-Hinteregger* 1994, 297.

IV. Mediation und vertragsrechtliche Instrumente: Kooperationsvereinbarung und Mediationsvereinbarung

Wie im Rahmen der Einleitung bereits erwähnt, existieren in der österreichischen Rechtsordnung weder ausdrückliche Bestimmungen, die den Ablauf eines Mediationsverfahrens regeln, noch ausdrückliche Normen, die Auskunft über die rechtliche Wirkung und etwaige Grenzen von Mediationsvereinbarungen geben. Aus diesem Grund werden in diesem Abschnitt die formalen und inhaltlichen Erfordernisse sowie die rechtlichen Grenzen einer Kooperationsvereinbarung ausgelotet. Dabei wird auch erörtert, wie ein vertraulicher Umgang mit Informationen aus dem Konfliktlösungsverfahren gesichert werden kann.

Grundvoraussetzung für eine sinnvolle Erörterung dieser Probleme ist allerdings, dass Klarheit darüber besteht, wie die einzelnen Vereinbarungen rechtlich zu qualifizieren sind. Zu diesem Zweck wird im folgenden Abschnitt auf die rechtliche Qualifikation des Kooperationsvertrages und der Mediationsvereinbarung näher eingegangen.

1. Der Kooperationsvertrag ("Arbeitsvereinbarung")

1.1 Rechtliche Qualifikation

Beim Kooperationsvertrag handelt es sich nach hA um einen **zivilrechtlichen Vertrag**²⁰⁴, in dem die Verfahrensbeteiligten gemeinsam mit dem Mediator bzw mit dem Mediatorenteam einerseits den konkreten Ablauf des Mediationsverfahrens festlegen sowie andererseits auf den konkreten Fall zugeschnittene Rechte und Pflichten begründen.

Ein zivilrechtlicher Vertrag ist ein (zumindest) zweiseitiges Rechtsgeschäft, in dem ein Vertragspartner dem anderen, weil dieser damit einverstanden ist, Verpflichtungen auferlegt, die einseitig nicht mehr rückgängig gemacht werden können²⁰⁵. Aufgrund der Privatautonomie kann jeder frei entscheiden ob, mit wem und mit welchem Inhalt er einen Vertrag abschließen will. Das Selbstbestimmungsrecht kann aber nicht uneingeschränkt ausgeübt werden. Die maßgebliche Grenze stellt das zwingende Recht (*ius cogens*) dar. Während das öffentliche Recht zum überwiegenden Teil zwingend ist (siehe dazu im Detail unten), gibt das Gesetz im Privatrecht den Parteien weitgehend freie Hand. Allerdings greifen

²⁰⁴ AA *Hellriegel* 2002, für Deutschland.

²⁰⁵ *Koziol/Welser* I 2001, 103.

auch hier zwingende Normen ein²⁰⁶. Dementsprechend liegen die zivilrechtlichen Grenzen der so genannten "Arbeitsvereinbarung" dort, wo durch freies Parteihandeln die Rechtsordnung selbst, die in ihr verankerten Grundwerte oder sonstige höhere Zwecke gefährdet würden und aus diesem Grund auch das Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt ist.

Arbeitsvereinbarungen, die diesen Grundwerten widersprechen, können das Endergebnis des Mediationsverfahrens erheblich gefährden. Beim Abschluss des Kooperationsvertrages sollten über diese Grenzen hinaus, die bei sämtlichen zivilrechtlichen Verträgen zu beachten sind, auch die in der Einleitung genannten Grundprinzipien der Mediation berücksichtigt werden. Verfahrensordnungen, die diesen Prinzipien widersprechen, haben zur Folge, dass nicht mehr von einem Mediationsverfahren im "institutionellen" Sinne gesprochen werden kann.

Das zieht zwar bislang noch keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen nach sich. Kommt es allerdings im Zuge einer etwaigen gesetzlichen Änderung zu einer Verankerung der Mediation als gesetzliches Tatbestandsmerkmal, kann eine Verletzung der genannten Prinzipien negative rechtliche Folgen dergestalt nach sich ziehen, dass Vorteile, die durch die Abhaltung eines derartigen Verfahren gewährt werden (zB "Außerstreitstellung"), nicht eintreten können. Gerade bei "Arbeitsvereinbarungen" ist **stets von vornherein auch der Rechtsfolgenwille zu klären**. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass die Parteien zur Gänze oder nur zum Teil keine rechtliche Verbindlichkeit erzeugen, sondern nur so eine Art "Gefälligkeitszusage" (Gentlemen – Agreement) erklären wollen. Das mag in der Praxis gar nicht so selten sein.

1.2 Typische Inhalte eines Kooperationsvertrages

Wie bereits erwähnt schließen die Beteiligten des Konfliktlösungsverfahrens gemeinsam mit dem Mediator bzw dem Mediatorenteam zur Festsetzung des konkreten Verfahrensablaufs idR einen Kooperationsvertrag. Dieser ist dem Grunde nach ein „Arbeitsvertrag“, in dem die Prinzipien der Mediation festgeschrieben und allenfalls sonstige Rechte und Pflichten begründet werden.

²⁰⁶ Koziol/Welser I 2001, 40.

Der Kooperationsvertrag sollte insbesondere folgende Punkte beinhalten:

- Verhandlungsgegenstand
- Ziele des Konfliktlösungsverfahrens
- Dauer des Verfahrens (Zeitplan)
- Informationspflicht, Transparenz, Vertraulichkeit
- Umgang mit Behörden / Gerichten während des Verfahrens
- Beiziehung externer Beteiligter (Sachverständiger)
- Beschlussfassung (Einstimmigkeit; Feststellung der Beschlussfähigkeit)
- Arbeitsweise (Arbeitsgremien, Tagesordnung, Protokolle)
- Umgang mit Medien
- Bekenntnis zum Verfahren
- Finanzierung²⁰⁷

Im folgenden Abschnitt werden typische Inhalte eines Kooperationsvertrages exemplarisch erörtert:

Die Parteien verpflichten sich, während des Verfahrens fair und gerecht zu sein, volle Bereitschaft zur Kooperation zu zeigen und die spezifischen Bedürfnisse der verschiedenen Parteien zu beachten sowie den Weg der einvernehmlichen Konfliktlösung zu beschreiten, und alles zu unterlassen, was diesem Vorhaben schädlich ist. Gerade bei diesen sehr allgemein gehaltenen Zusagen ist der Wille zur rechtlichen Verbindlichkeit zu überprüfen. In einer Vielzahl der Fälle werden diese allgemeinen Bestimmungen durch individuelle Verhaltensvorschriften und Kommunikationsregeln konkretisiert. Einen Bestandteil des Mediationsvertrages bilden weiters notwendige Formalia, wie Zeit und Ort der Verhandlungen und Regelungen über die Bezahlung des Mediators²⁰⁸. Die folgenden Vertragsinhalte sind von großer praktischer Bedeutung und werden deshalb auch ausführlicher behandelt.

Es geht hier um Vereinbarungen, in denen sich die Verfahrensparteien zur Unterlassung gerichtlicher Schritte während des Mediationsverfahrens verbinden, und vor allem um die Pflicht der Konfliktlösungsparteien, alle für das Verfahren nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen, und die Abmachung, keine Informationen aus dem Verfahren ohne Zustimmung an Dritte weiterzugeben.

Die praktischen und teilweise gravierenden rechtlichen Probleme, die sich aus der Vereinbarung der Unterlassung gerichtlicher Schritte, der Pflicht zur Offenlegung aller maßgeblichen Informationen und dem Vernehmungsverbot, das uE nicht nur für den

²⁰⁷ ÖGUT 2001, 24.

²⁰⁸ *Fitsch* 2000/2001, 70 (74).

Mediator, sondern auch für die übrigen Verfahrensbeteiligten gesetzlich geregelt sein sollte, ergeben, sind nicht Teil dieser Studie und werden aus diesem Grund auch nicht näher erörtert. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Aspekte einer eingehenden Erörterung bedürften.

Wegen der großen praktischen Bedeutung soll aber der Frage der **Vertraulichkeit** näher nachgegangen werden.

Die Verschwiegenheit im Mediationsverfahren ist deshalb von besonderer Brisanz, weil sich der Projektwerber regelmäßig dazu verpflichtet, den übrigen Verfahrensbeteiligten alle nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen, um ein effizientes Mediationsverfahren zu ermöglichen. Denn nur wenn beide Seiten offen über entscheidungserhebliche Tatsachen Auskunft geben, kann eine adäquate und zweckmäßige Vereinbarung abgeschlossen werden. Im Rahmen der Offenlegung können mitunter auch Informationen preisgegeben werden, die umfassende Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten, deren Verwertung durch einen der Beteiligten dem Projektwerber uU beträchtlichen Schäden zufügen kann.

Aus diesem Grund sind Verschwiegenheitspflichten unumgänglich:

Die Notwendigkeit einer strengen **Verschwiegenheitspflicht** ergibt sich aber nicht nur aus den schutzwürdigen Interessen des Projektwerbers, sondern direkt aus den Prinzipien des Mediationsverfahrens selbst. Insbesondere das Partizipations- und das Transparenzprinzip verlangen nach einer Geheimhaltung der offen gelegten Daten und Fakten²⁰⁹. Denn nur wenn die Verfahrensbeteiligten keine negativen Folgen zu befürchten haben, kann effizient verhandelt werden.

In den derzeitigen gesetzlichen Bestimmungen, die auf Mediationsverfahren Bezug nehmen, sind kaum Verschwiegenheitsvorschriften enthalten. Einzig Art XVI § 1 KindRÄG²¹⁰, der eine Verschwiegenheitspflicht für den Mediator in Familienstreitigkeiten statuiert, und §24 des Entwurfs des Bundesgesetzes über gerichtsnaher Mediation²¹¹, der Bestimmungen über die Verschwiegenheit des Mediators im gerichtsnahen Mediationsverfahren enthält, normieren

²⁰⁹ Grünberger 2000, 50.

²¹⁰ Art XVI § 1 KindRÄG lautet: "Ein zwischen, wenngleich bloß möglichen, Parteien eines Pflugschaftsverfahrens oder ihren gesetzlichen Vertretern berufsmäßig und auf Grundlage einer fachlichen Ausbildung in Mediation vermittelnder Dritter (Mediator) ist zur Verschwiegenheit über Tatsachen verpflichtet, die ihm bei den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen anvertraut oder sonst bekannt wurden. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der Verjährung oder sonstiger Fristen zur Geltendmachung kundschaftsrechtlicher Ansprüche gehemmt."

²¹¹ § 24 (1) des Entwurfs lautet: "Der Mediator ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen Unterlagen vertraulich zu behandeln. Gleiches gilt für Hilfspersonen des Mediators sowie Personen, die im Rahmen der Praxisausbildung bei einem Mediator unter dessen Anleitung tätig sind."

derartige Pflichten. Insbesondere fehlen Vorschriften, die - abgesehen von der eben erwähnten Verschwiegenheitspflicht für den Mediator - auch den sonstigen Verfahrensbeteiligten **verfahrensbezogen** die Pflicht auferlegen, Informationen (Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) vertraulich zu behandeln. Der Mangel derartiger positiv-rechtlicher Regelungen dürfte unter anderem einer der Gründe dafür sein, warum Mediationsverfahren bei umweltrelevanten Projekten derzeit mit großer Reserviertheit betrachtet werden²¹².

Verschwiegenheitspflichten sind nicht nur für den Mediator, sondern **für sämtliche Verfahrensbeteiligten** zu erwägen, weil nicht nur diesem, sondern vor allem den betroffenen Verfahrensparteien - soweit sachlich erforderlich - Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen, wobei die Verschwiegenheitspflicht der Konfliktparteien aber jedenfalls **auf das Mediationsverfahren beschränkt bleiben sollte**. Bei Vereinbarungen oder gesetzlichen Festlegungen von Vertraulichkeitspflichten der Parteien muss stets auch Folgendes beachtet werden: Wird den Parteien bei Scheitern der Mediation untersagt, erworbene Informationen im Verwaltungsverfahren zu verwerten, kann bzw wird das nicht gerade die Motivation zur Mediation fördern.

Zur Sicherung der vertraulichen Informationen bieten sich im Wesentlichen zwei Varianten an. Die Vertraulichkeit kann einerseits im Kooperationsvertrag vereinbart werden; die zweite Variante besteht darin, neue gesetzliche Bestimmungen zu schaffen, welche die Verfahrensbeteiligten zur Verschwiegenheit verpflichten.

Im Folgenden werden die angesprochenen Möglichkeiten für den Mediator und die übrigen Verfahrensbeteiligten separat erörtert.

1.3 Die Vereinbarung der Verschwiegenheitspflicht im Rahmen des Mediationsvertrages

Fruchtbares Verhandeln kann nur dann gedeihen, wenn sich an das Verhandeln selbst keine negativen Konsequenzen für die Verfahrensbeteiligten knüpfen. Insbesondere muss ein gewisser vertraulicher Umgang mit sämtlichen Informationen aus dem Verfahren gesichert sein. Müssten die Parteien befürchten, ihre Äußerungen würden in einem späteren Verfahren gegen sie verwendet, wäre eine offene Diskussion schon von Beginn an ausgeschlossen²¹³.

UE ist davon auszugehen, dass Projektwerber eher zur Abhaltung eines Mediationsverfahren geneigt sein werden, wenn schon zu Beginn des Verfahrens der vertrauliche Umgang mit

²¹² Schneider in Breidenbach/Henssler 1997, 180.

Informationen - sei es im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung oder durch eine entsprechende gesetzliche Regelung - sichergestellt wird. Ob mit diesen Varianten tatsächlich ein vertraulicher Umgang gewährleistet werden kann, bedarf noch einer näheren Erörterung.

Die Vereinbarung einer Verschwiegenheitspflicht für das Mediationsverfahren im Rahmen des Kooperationsvertrages erfolgt in einem zivilrechtlichen Vertrag, in dem sich sowohl der Mediator als auch die sonstigen Betroffenen dazu verpflichten, keinerlei Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse an Dritte weiter zu geben. Eine derartige Vereinbarung ist aus zivilrechtlicher Sicht soweit unbedenklich, als sie nicht gegen gesetzliche oder vertragliche Redepflichten verstößt. Derartige Redepflichten sind - abgesehen von der Zeugenaussagepflicht im Zuge eines gerichtlichen Verfahrens - für den Kooperationsvertrag nicht ersichtlich; die Vereinbarung einer Verschwiegenheitspflicht erscheint aus zivilrechtlicher Sicht somit jedenfalls möglich.

An dieser Stelle ist nun zu sichten, mit welchen privatrechtlichen "Präventivmitteln" einer Pflichtverletzung vorgebeugt werden kann. Ob solche zusätzlichen Druckmittel nötig bzw. sinnvoll sind, kann nur im konkreten Fall entschieden werden.

a) *Vereinbarung einer Vertragsstrafe*

Ein effektives Druckmittel, um zwischen den Vertragsparteien eine besonders starke Bindung an den Vertrag zu erreichen, stellt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe (Konventionalstrafe) dar.

Darunter versteht man die Abrede über einen pauschalierten Schadenersatz für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer Vertragspflicht²¹⁴. Die Konventionalstrafe hat den Zweck, Nachteile, die dem Gläubiger aus einer Vertragsverletzung durch den Schuldner entstehen können, auszugleichen. Sie verfolgt demnach eine Doppelfunktion. Einerseits dient sie als Druckmittel gegen den Schuldner, um ihn zu einem vertragsgemäßen Verhalten zu veranlassen, und andererseits ist sie eine Pauschalierung des Schadenersatzes²¹⁵. Diese Pauschalierung hat den Vorteil, die oft sehr schwierige Feststellung der Schadenshöhe entbehrlich zu machen. Deshalb gebührt nach überwiegender Meinung²¹⁶ die Vertragsstrafe sogar dann, wenn kein Schaden eingetreten

²¹³ Hager 2000, 117; Breidenbach/Hessler 1997, 156.

²¹⁴ Koziol/Welser, II 2001, 20.

²¹⁵ Beck-Mannagetta 1991, 185.

²¹⁶ Reischauer in Rummel² § 1336 Rz 5.

ist²¹⁷. Die Pflicht zur Leistung der Konventionalstrafe ist demnach vom Nachweis eines konkreten Schadens unabhängig²¹⁸, es muss lediglich jener Umstand eingetreten sein, der den Grund für den Abschluss der entsprechenden Vereinbarung bildete.

Insbesondere für den Projektwerber, dem in Bezug auf die Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ein besonders hohes Sicherheitsbedürfnis zukommt, kann die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung einer derartigen Verschwiegenheitspflicht ein wesentliches Kriterium für die Abhaltung eines Mediationsverfahrens sein. Vorteile einer Vertragsstrafe im Mediationsverfahren ergeben sich vor allem für den Projektwerber. Diese liegen darin, dass die sonstigen Verfahrensparteien mit dem Druckmittel, bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht mit einer empfindlichen finanziellen Bürde belastet zu werden, zur Vertragstreue und somit zum vertraulichen Umgang mit Informationen verhalten werden. Ein weiterer Vorteil der Vertragsstrafe für den Projektwerber ergibt sich aus der Pauschalierung des Schadenersatzes. Verstößt eine der Parteien gegen die Verschwiegenheitspflicht, ergibt sich alleine aus den oben genannten Grundsätzen eine umfassende Pflicht zur Leistung der Konventionalstrafe. Der Projektwerber hat dabei nicht einmal einen Schaden nachzuweisen, allein die Tatsache, dass einer der Verfahrensbeteiligten gegen die vereinbarte Pflicht zum vertraulichen Umgang mit Informationen verstoßen hat, reicht aus, um die Leistungspflicht auszulösen.

Warum sollten sich aber die Konfliktlösungsparteien unter einer Vertragsstrafe zur umfassenden Verschwiegenheit verpflichten, wenn diese Pflicht lediglich dem Projektwerber Vorteile verschafft und den übrigen Vertragsparteien nur Pflichten und das Risiko einer empfindlichen finanziellen Belastung auferlegt? Darüber hinaus sind bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch die Grundprinzipien der Mediation zu beachten. Entscheidende Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Freiwilligkeit zu. **Der Einsatz der Vertragsstrafe sollte daher nur bei besonders schutzwürdigen Interessen der Beteiligten erwogen werden.**

Probleme können sich weiters dann ergeben, wenn die am Ende des Mediationsverfahrens abgeschlossene Mediationsvereinbarung Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens wird (dazu weiter unten). In diesem Fall sollte auch für den Mediator bei umweltrelevanten Projekten - ebenso wie für den Mediator in Familienangelegenheiten - ein

²¹⁷ OGH 4.4.1990, 9 Ob A 78, 79/90; JBI 1992, 663.

²¹⁸ *Kerschner* 1985, 30.

Aussageverweigerungsrecht erwogen werden, damit das Institut Mediation vor Gericht nicht missbräuchlich verwendet werden kann²¹⁹.

b) *Sittenwidrigkeit der Konventionalstrafe*

Bei der Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist stets auch die "Gute-Sittenklausel" des § 879 Abs 1 ABGB zu beachten. Wie oben bereits erörtert umfasst die Vertragsfreiheit neben der Abschlussfreiheit in der Regel auch die Freiheit zur inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages durch die Vertragsparteien²²⁰ (Privatautonomie). So gesehen kann der Abschluss einer Vertragsstrafe als Ausprägung des Grundsatzes der Selbstbestimmung gesehen werden. Auf den ersten Blick scheint die Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit dem Grundsatz der "Vertragsgerechtigkeit" nicht ganz zusammen zu passen, weil der Gläubiger neben einer Verpflichtung des Schuldners noch ein zusätzliches Druckmittel gegen diesen in die Hand bekommt; dieses System ist jedoch dann sachlich gerechtfertigt, wo ein starkes Druckmittel für ein rechtmäßiges Handeln als Verstärkung der vertraglichen Pflicht erforderlich ist.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass bei der Prüfung eines Vertrages, der eine Konventionalstrafe enthält, fast immer die Frage nach der "Sittlichkeit" gestellt wird. Unter den guten Sitten werden jene Rechtsnormen verstanden, die im Gesetz selbst nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben²²¹.

Sittenwidrigkeit ist vor allem dann gegeben, wenn die vom Richter vorzunehmende Abwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenskollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten ergibt²²².

Für die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht im Mediationsverfahren bedeutet das, dass die entsprechenden Vertragspassagen stets unter Berücksichtigung des § 879 Abs 1 ABGB zu vereinbaren sind. Besondere Beachtung bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht im Zuge eines Mediationsverfahrens verdienen dabei jene Entscheidungen des OGH, die alleine aus der Tatsache, dass die Höhe der Vertragsstrafe

²¹⁹ Vgl auch die Stellungnahme des Österreichischen Bundesverband der MediatorInnen zum Gesetzesentwurf über eine "gerichtsnahe Mediation" (www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/002/ME0028334.html).

²²⁰ Larenz 1982, 50.

²²¹ Gschnitzer in Klang² IV/1, 180.

²²² OGH RdW 1998, 199.

jedes vernünftige Maß überschreitet, eine Sittenwidrigkeit begründen²²³. Vor allem muss eine gewisse Verhältnismäßigkeit zum potentiellen Schaden gegeben sein.

Gegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe spricht – wie schon erörtert - im gegenständlichen Zusammenhang freilich auch gerade der Umstand, dass die Anrainer im Mediationsverfahren uU Informationen erhalten, die – etwa bei Scheitern der Mediation – in einem allfälligen anschließenden Genehmigungsverfahren von maßgeblicher Bedeutung sind. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe darf also keinesfalls dazu führen, dass die Nachbarn (faktisch) daran gehindert werden, im Verwaltungsverfahren subjektiv-öffentliche Rechte (Einwendungen) geltend zu machen.

c) Schadenersatzpflicht wegen Verletzung der vertraglich vereinbarten Verschwiegenheitspflicht

Es wird zwischen einer Haftung aus Vertrag (ex contractu) und einer Haftung aus Delikt (ex delicto) unterschieden.

Die Unterscheidung zwischen Vertragshaftung und Deliktshaftung ist im österreichischen Recht von grundlegender Bedeutung. Bei der Vertragshaftung kommt es zu einer weit reichenden Gehilfenzurechnung (§ 1313a ABGB statt § 1315 ABGB). Bei der Haftung ex contractu hat die vertragsbrüchige Partei meist auch den Schaden am bloßen Vermögen zu ersetzen; schließlich gibt es noch Unterschiede in der Beweislastverteilung. Während bei der Deliktshaftung der Geschädigte dem Schädiger ein Verschulden nachzuweisen hat (§ 1296 ABGB), hat sich bei der Vertragshaftung der Schädiger zu entlasten, dass ihn kein Verschulden an der Vertragsverletzung trifft (§ 1298 ABGB)²²⁴ trifft.

Wird in einer Mediationsvereinbarung ausdrücklich Verschwiegenheit als Vertragsbestandteil aufgenommen, hat dies für einen etwaigen Schadenersatzanspruch bei deren Verletzung weit reichende Konsequenzen. Der Gläubiger (meist wird das der Projektwerber sein) kann bei deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch wegen Vertragsverletzung geltend machen.

d) Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage

²²³ Krejci in Rummel I³, § 879 Rz 120a.

²²⁴ Reischauer 1998, 473 und 560.

Präventivwirkung im Zusammenhang mit der Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht kommt auch dem Unterlassungsanspruch bzw der Unterlassungsklage zu. Während der oben erörterte Schadenersatzanspruch (mit Ausnahme der Vertragsstrafe) erst dann geltend gemacht werden kann, wenn schon ein Schaden eingetreten ist, steht demjenigen, dem bloß der Eintritt eines Schaden konkret droht, der Unterlassungsanspruch zur Verfügung.

Bei den Unterlassungsansprüchen werden obligatorische Ansprüche von solchen unterschieden, die sich aus den absolut geschützten Rechten ergeben.

Im Folgenden wird auf Unterlassungsansprüche aufgrund der Vereinbarung näher eingegangen, weil hier die Frage zur Diskussion steht, inwiefern der Kooperationsvertrag am Beginn des Mediationsverfahrens dazu geeignet ist, den vertraulichen Umgang mit Informationen zu gewährleisten.

Der Unterlassungsklage (auch iVm einer einstweiligen Verfügung) kommt Präventivfunktion zu, weil mit ihr künftiges Zuwiderhandeln verhindert werden soll.

Die Rechtfertigung der Gewährung präventiven Rechtsschutzes liegt in der Gefährdung der Rechtsposition des Klägers durch künftig zu erwartende Eingriffe in seine Rechte, also in einer Wiederholungsgefahr oder einer unmittelbar drohenden Rechtsverletzung²²⁵. Für den Erfolg einer Unterlassungsklage wird ein fortdauernder Zustand gefordert, der dem Kläger keine Sicherung gegen weitere Rechtsverletzungen bietet²²⁶.

Wäre die Geltendmachung einer Unterlassungsklage nun alleine von der Voraussetzung der Wiederholungsgefahr abhängig, böte sie für die Verfahrensbeteiligten des Mediationsverfahrens kein effizientes Druckmittel zur Durchsetzung der Verschwiegenheitspflicht. Es soll ja nicht nur die wiederholte Weitergabe von Informationen, sondern schon die **erstmalige Verwertung von Informationen untersagt** werden. Diese Problematik ist der Judikatur natürlich schon lange bekannt. Aus diesem Grund gewährt sie auch eine vorbeugende Unterlassungsklage, wenn der Schutz des Klägers vor einem unmittelbar drohenden Eingriff des Beklagten notwendig ist²²⁷.

Die hier an die Stelle der Wiederholungsgefahr tretende Erstgefahr muss in einer konkreten Gefährdung liegen. Hauptanwendungsbereich der vorbeugenden Unterlassungsklage ist neben dem Schutz vor Eingriffen in dingliche Rechte vor allem der Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes²²⁸, also ein Bereich, der genauso wie die Vereinbarung einer

²²⁵ Schuster-Bonnott 1974, (174).

²²⁶ Rechberger 2000, § 406 Rz 15.

²²⁷ OGH 30.11.1987, 1 Ob 561/91, ÖBI 1989, 52.

²²⁸ OGH 24.11.1966, 5 Ob 298/66, JBI 1968, 150 .

Verschwiegenheitspflicht im Rahmen der Arbeitsvereinbarung den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bezweckt.

Für das Mediationsverfahren selbst bedeutet das, dass derjenige, der ein Interesse an der Geheimhaltung von Informationen hat, nachweisen muss, dass die konkrete Gefahr einer Verletzung der vertraglich vereinbarten Verschwiegenheitspflicht drohe.

Neben den oben genannten Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Unterlassungsklage ist zu betonen, dass der Erfolg einer solchen Klage nicht von einem Verschulden, sondern nur von der Rechtswidrigkeit des Verhaltens abhängig ist²²⁹.

Durch die Vereinbarung einer zivilrechtlichen Verschwiegenheitsverpflichtung steht dem Gläubiger zweifellos ein obligatorischer Unterlassungsanspruch zur Durchsetzung seiner Interessen zur Verfügung, der auch rasch mittels Einstweiliger Verfügung durchsetzbar ist. Im vorliegenden Fall ist aber weiters zu untersuchen, ob nicht auch ein Unterlassungsanspruch aus absolut geschützten Rechtsgütern abgeleitet werden könnte. Es geht hier somit um die Frage, ob Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unter absolut geschützte Rechtsgüter (zB Patent- und Markenrechte) subsumiert werden können. Dies hätte zur Folge, dass die Geltendmachung einer Unterlassungsklage nicht von einer entsprechenden zivilrechtlichen Vereinbarung abhängig ist. Es reicht vielmehr die bloße Tatsache, dass die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes droht. Relevant kann diese Frage vor allem im Zusammenhang mit Patent- und Markenrechten sein, da diese als absolut geschützte Rechtsgüter verstanden werden²³⁰. Werden nun im Zuge eines Mediationsverfahrens Informationen über derartige Rechte preisgegeben, so kann der Betroffene unabhängig von einer obligatorischen Verpflichtung eine vorbeugende Unterlassungsklage geltend machen.

e) *Schlussfolgerungen*

Der am Beginn des Mediationsverfahrens abgeschlossene Kooperationsvertrag kann grundsätzlich gewährleisten, das Publikwerden von vertraulichen Informationen zu verhindern. Wie oben dargelegt, existieren im österreichischen Zivilrecht verschiedene

²²⁹ Hirsch 1998, 541.

²³⁰ Hauser/Thomasser 1998, Rz 701.

Instrumente, die im Bezug auf eine entsprechende Vereinbarung präventive Wirkung entfalten können. Beim Einsatz dieser Instrumente ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in der Praxis die Gefahr besteht, dass auf die Vereinbarung entsprechender Vertragsbestimmungen vergessen wird. Weiters ist hervorzuheben, dass die Durchsetzung einer obligatorischen Verschwiegenheitspflicht mit einem zusätzlichen und mitunter sehr kostspieligen Rechtsgang verbunden sein kann.

UE wäre eine gesetzliche Regelung wie jene des Art XVI § 1 KindRÄG 2001 oder des § 24 des Entwurfs des Bundesgesetzes über gerichtsnaher Mediation einer zivilrechtlich vereinbarten Verschwiegenheitsverpflichtung des Mediators vorzuziehen. Mit einer derartigen Regelung könnte möglichen Streitigkeiten, die sich aus einer vertraglichen Vereinbarung ergeben, vorgebeugt werden. Derartige Regelungen könnten im Vergleich zu den derzeit bestehenden gesetzlichen Regelungen jedoch um einzelnen Punkte erweitert werden. Insbesondere könnten uE die existierenden gesetzlichen Vorschriften um einen Absatz über Verschwiegenheitspflichten für sämtliche Verfahrensbeteiligte erweitert werden, denn diese sehen bisher eine solche Verpflichtung lediglich für den Mediator vor. **Sachlich sinnvoll erschiene, diese auf den Prozessablauf zu beschränken und allenfalls zu befristen.** Von der Möglichkeit, den Mediator von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, ist uE Anstand zu nehmen, damit er nicht einseitig von einer Verfahrenspartei dazu missbraucht wird, einen allfälligen (Zivil-) Prozess zu gewinnen²³¹.

Weiters könnte durch eine gesetzliche Vorschrift die in dieser Studie nicht zu erörternde Frage der Verschwiegenheitspflicht im gerichtlichen Verfahren gelöst werden, die sich aus der Vereinbarung einer Verschwiegenheitsverpflichtung und gesetzlich vorgesehenen Zeugenaussagepflichten ergeben (beachte § 320 Z 4 ZPO). Weiters wäre eine gesetzliche Regelung einer bloßen Vereinbarung deshalb vorzuziehen, weil zivilrechtliche Vereinbarungen, die den Vertragsparteien die potentielle Gefahr einer beträchtlichen finanziellen Belastung vor Augen führen (hier erscheint die Vereinbarung einer Vertragsstrafe besonders problematisch), überhaupt von vornherein abschreckende Wirkung auf die Abhaltung von Mediationsverfahren entfalten könnten. Zwar ist bei einer gesetzlichen Norm, die den Verfahrensparteien eine umfassende Verschwiegenheitsverpflichtung auferlegt, nicht ausgeschlossen, dass deliktische Schadenersatzansprüche oder Unterlassungsansprüche auf Grund absolut geschützter Rechtsgüter geltend gemacht werden. UE wäre die negative psychologische Wirkung auf die Verfahrensparteien bei einer gesetzlichen Regelung, die die Verfahrensparteien zu einem vertraulichen Umgang mit Informationen aus dem Mediationsverfahren verpflichten, beträchtlich geringer als bei einer entsprechenden

²³¹ Vgl idZ auch die Bedenken des des Österreichischen Bundesverband der MediatorInnen zum Gesetzesentwurf über eine "gerichtsnaher Mediation" (www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/002/ME0028334.html).

vertraglichen Verpflichtung. **Auch bei einer gesetzlichen Regelung wäre es wohl sinnvoll, die Vertraulichkeitspflicht der Parteien auf den Prozess der Mediation zu beschränken.**

2. Die Mediationsvereinbarung

2.1 Rechtliche Qualifikation der Mediationsvereinbarung

a) *Ziel der Mediation*

Die eigentliche Lösung des Konfliktes wird für die Parteien des Konfliktlösungsverfahrens erst durch ein vom Mediationsverfahren getrenntes Schuldverhältnis, die Mediationsvereinbarung, verbindlich²³². Diese wird von den Konfliktparteien - dazu könnte neben dem Projektwerber und den sonstigen Beteiligten auch die Behörde zählen - am Ende des Mediationsverfahrens geschlossen. Denn nur diese Parteien können - sie werden deshalb auch als die Herren des Konsenses bezeichnet - für die Neuordnung ihrer persönlichen Verhältnisse verantwortlich sein. Die Vereinbarung muss sich innerhalb der Grenzen des zwingenden Rechts bewegen, denn nur so kann sie dem Anspruch der Zweckmäßigkeit und Umsetzbarkeit gerecht und von der Behörde bzw den Gerichten beachtet bzw angewendet werden.

Um eine zielführende Erörterung der zu bearbeitenden Fragen zu gewährleisten, ist es erforderlich, vorab wieder Überlegungen über die rechtliche Qualifikation einer derartigen Vereinbarung anzustellen. Als Grundlage dafür soll eine Analyse der typischen Inhalte von Mediationsvereinbarungen dienen (b).

Für eine verbindliche Umsetzung der Verhandlungsergebnisse stehen den betroffenen Parteien grundsätzlich zwei verschiedene Rechtsformen zur Verfügung, nämlich einerseits der öffentlich-rechtliche Vertrag, andererseits der zivilrechtliche Vertrag.

b) *Rechtliche Analyse der typischen Inhalte der Mediationsvereinbarungen*

Oben wurde eine Art Muster einer Mediationsvereinbarung (I. 6.6.2.) dargestellt. Im Anhang 1 findet sich eine Übersicht ausgewählter Mediationsvereinbarungsinhalte. Bei der Analyse dieser sehr unterschiedlichen und heterogenen Vertragspflichten und Rechte wird zum

²³² Fitsch 2000/2001, 139.

Ersten deutlich erkennbar, dass **die Parteien** - also der PW und die NB, aber auch Standortgemeinden - **grundsätzlich privatrechtliche Rechtsfolgen herbeiführen wollen**. Zum anderen wird aber wohl auch auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse zumindest abgezielt. Das gilt vor allem für die typischen Einwendungs- und Berufungsverzichte der NB. Vereinzelt findet man Ähnliches auf PW-Seite (zB für Verzicht auf Anträge auf Betriebserweiterung; für Zusagen der Gemeinde, bei künftigen Planungsakten auf die Vereinbarung oder die Lage des PW bzw der NB zu achten). Möglich erscheint auch, dass zugleich privat- und öffentlich rechtliche Folgen erkennbar beabsichtigt sind. Das könnte besonders beim Einwendungs- bzw Rechtsmittelverzicht zutreffen, wenn er nicht nur zivilrechtlich verbindlich sein, sondern auch - entsprechende Zulässigkeit vorausgesetzt - die Verwaltungsbehörde binden soll. Oder ein Verzicht auf materiellrechtlichen Immissionsschutz soll - soweit möglich - auch im öffentlichen Recht greifen.

Da die behördlichen Genehmigungen die genehmigte Tätigkeit / Anlage unter öffentlichen Gesichtspunkten nur erlauben, den Antragsteller aber nicht dazu verpflichten, kann dazu - weil eben ein "horizontales" und kein vertikales" Rechtsverhältnis - das privatrechtliche Verhältnis anderes vorsehen. Kurz: Was dem PW öffentlich-rechtlich erlaubt ist, kann ihm (teilweise oder zur Gänze) privatrechtlich untersagt sein. Solche Beispiele finden sich in vorliegenden Vertragswerken sogar relativ häufig: Der PW verpflichtet sich zur Einhaltung strengerer Grenzwerte, zu besserem Immissionsschutz als behördlich vorgeschrieben. Diese vertraglich privatrechtlich begründeten Unterlassungspflichten dürfen nur keinem öffentlich-rechtlichen Müssen widersprechen.

Zwischen den beiden grundsätzlich voneinander unabhängigen Rechtsverhältnissen²³³ sind folgende Beziehungen denkbar:

1. Was öffentlich-rechtlich erlaubt ist, kann privatrechtlich untersagbar sein (zB höherer/strengerer Immissionsschutz).
2. Was öffentlich-rechtlich verboten ist, kann auch - zugleich - privatrechtlich verboten sein. Das privatrechtliche Immissionsschutzverhältnis "überlagert" dann das öffentlich-rechtliche (zB. Auflagen können auch privatrechtlich durchsetzbar sein).
3. Was privatrechtlich erlaubt ist, kann öffentlich-rechtlich verboten sein (zB strengerer Immissionsschutz nach öffentlichem Recht).

²³³ Vgl dazu *Kerschner* 1994, 784 ff.

Ein "Gleichlauf" entsteht auch dann, wenn das öffentliche Recht selbst an der privatrechtlichen Rechtsposition anknüpft; das wird idR bei Verschiebung der dinglichen Rechtslage der Fall sein (dazu vgl unten IV.2.2.1.e);

4. Ein Normenwiderspruch kann sich ergeben:

- a) Das öffentliche Recht schreibt bei Inanspruchnahme der Genehmigung zwingend bestimmte Verhaltensweisen vor (zB Erfüllung konkreter Auflagen); privatrechtlich wird anderes vereinbart. Der PW wird jedenfalls privatrechtlich verpflichtet sein, sich um Änderung der zwingend vorgeschriebenen Verhaltensweise zu bemühen (zB durch Projekt- oder Anlagenänderungsanträge).
- b) Privatrechtlich wird der PW zu etwas verpflichtet, was öffentlich-rechtlich verboten ist. Auch hier kann aber der PW privatrechtlich zumindest insoweit verbunden sein, sich um eine entsprechende öffentlich-rechtliche Erlaubnis zu bemühen. Das öffentlich-rechtliche Verbot kann auch nur vorübergehend sein. Dann können die NB eben dieses Privatrecht innerhalb dieser Frist nicht ausüben. Es ruht in dieser Zeit.

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

Werden in einer Mediationsvereinbarung sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen angestrebt, ist deren rechtliche Koexistenz nach den beschriebenen Grundsätzen zu beurteilen. Bei Vereinbarkeit ist in der Folge die Zulässigkeit bzw Wirksamkeit autonomer Vereinbarungen zu prüfen. Aufgrund der weit reichenden Privatautonomie im Privatrecht sind nur geringe Grenzen erkennbar²³⁴. Im öffentlich-rechtlichen Bereich ist die Lage grundsätzlich anders. Das öffentliche Recht macht nur ausnahmsweise für eine Vereinbarung "auf": In doch eher sehr engen Grenzen kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag wirksam sein²³⁵, was derzeit nach der Rspr des VfGH jedenfalls eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung voraussetzt. Solche sind - soweit ersichtlich - im hier untersuchten Bereich nicht gegeben. Außerdem erscheint fraglich, ob ein solcher Vertrag jedenfalls eine Mitwirkung der Behörde voraussetzt. Das öffentliche Recht kann aber auch schlicht eine privatrechtliche Vereinbarung als Tatbestandsmerkmal aufnehmen. Nahe liegenderweise werden dabei die Grenzen zumindest gleich eng wie beim verwaltungsrechtlichen Vertrag zu ziehen sein.²³⁶

²³⁴ Vgl dazu näher unten IV.2.3.

²³⁵ Dazu näher IV.2.1.c).

Die in den Mediationsvereinbarungen begründeten Pflichten und meist korrespondierenden Rechte unterscheiden sich auch im **Grad der Verbindlichkeit**: So finden sich bloße **Wissenserklärungen**, die allenfalls Vertrauen begründen bzw in Sicherheit wiegen und bei abweichendem Verhalten allenfalls Schadenersatzpflichten auslösen können. Auch rechtlich unverbindliche **"Gefälligkeitszusagen"** sind möglich. Im Regelfall liegen aber **Willenserklärungen** vor. Recht häufig finden sich dabei allerdings bloße **Verwendungszusagen** iSd § 880a ABGB, die also keine klagbaren Leistungspflichten begründen, aber doch eine Pflicht zum Bemühen um einen bestimmten Erfolg. Verletzung einer solchen Bemühenspflicht führt zu Schadenersatz.

Beispiele: Der PW wird die betroffenen Anrainer unterstützen, um beim Magistrat eine rasche Realisierung von Lärmschutz zu erreichen.

Auf NB-Seite:

"Die betroffenen Anrainer sichern zu, den PW dabei zu unterstützen, dass auch natürliche und juristische Personen, die nicht Parteien der Mediationsvereinbarung sind, keine Rechtsmittel gegen den Genehmigungsbescheid erheben". Im letzten Beispiel entstehen natürlich bei den einbezogenen Dritten keinerlei Pflichten. Selbst wenn solches beabsichtigt wäre, läge ein unwirksamer Vertrag zu Lasten Dritter vor.

Die meisten Zusagen begründen erkennbar gewollte gerichtliche klagbare **Leistungspflichten**. Wie allgemein müssen diese den erforderlichen Grad der Bestimmbarkeit aufweisen, was zT bei den vorliegenden Vertragswerken fraglich ist.

Diese **Leistungspflichten** können je nach deren **Inhalt** auf ein positives **Tun** oder ein **Unterlassen** oder ein **Dulden** gerichtet sein. Sie beziehen sich idR auf das zu genehmigende Projekt: Der PW verpflichtet sich zur besten verfügbaren Technik, zur Anpassung an neue Technologien, zur Einhaltung bestimmter Grenzwerte, zu Messeinrichtungen, zu Information, zum Dulden von Kontrollen und Inspektionen etc. Die Pflichten können aber auch nur mittelbar mit dem Projekt zusammenhängen oder überhaupt projektfremd sein (Kompensationsleistungen). Auch reine Geldleistungen kommen vor. Diesbezüglich ist auf die im Anhang vorgeführten Beispiele zu verweisen.

Schließlich lassen sich die Vereinbarungen nach ihrer bloßen **Innen-** oder **Außenwirkung** unterscheiden. Bloß obligatorische Versprechen binden nur die jeweiligen Vertragspartner. Bindung der jeweiligen Einzelrechtsnachfolger (vor allem bei Verkäufen) versucht man -

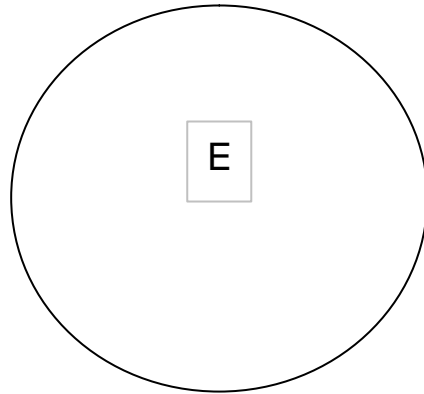
²³⁶ Vgl zur Disponibilität des öffentlichen Rechts ausführlich III.4.1.d).

freilich auch nur mit obligatorischer Wirkung - durch so genannte "**Überbindungsklauseln**" zu erreichen (vgl zB oben den Musterfall). Fließen öffentlich-rechtliche Verträge in einen **dinglichen Bescheid** ein, so entsteht bei Dinglichkeit des Bescheides Sukzessionswirkung für den Rechtsnachfolger. Gerade im nachbarlichen Bereich bieten sich aber auch privatrechtlich dingliche, also grundsätzlich gegenüber jedermann **wirkende Vereinbarungen zur Begründung von Dienstbarkeiten** (Servituten), aber auch **Reallasten** an. Insbesondere die inhaltlich sehr elastischen, flexiblen Dienstbarkeiten sind für die Gestaltung der dinglichen Rechtspositionen höchst geeignet.²³⁷ Sie müssen nur zur "vorteilhafteren oder bequemerer Benützung" der herrschenden Liegenschaft bestimmt sein (§ 437 ABGB). Insbesondere die "**verneinende**" **Servitut**, die zu einem Unterlassen verpflichtet, bietet ein breites Anwendungsfeld für eine Verbesserung des Immissionsschutzes zu Gunsten der Anrainer. Die dingliche Rechtsposition kann aber auch zu Gunsten des PW durch eine "bejahende" Servitut diesen dinglich zu an sich nach § 364 Abs 2 ABGB unzulässigen Immissionen berechtigen. Über Dienstbarkeiten sind - wie ausgeführt – aber nur Duldungs- und Unterlassungspflichten verdinglichbar.

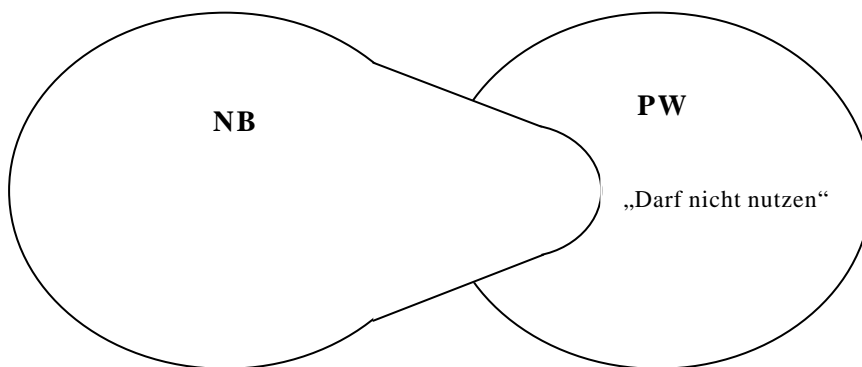
²³⁷ Vgl zu den Servituten etwa Iro 2002, 174 ff.

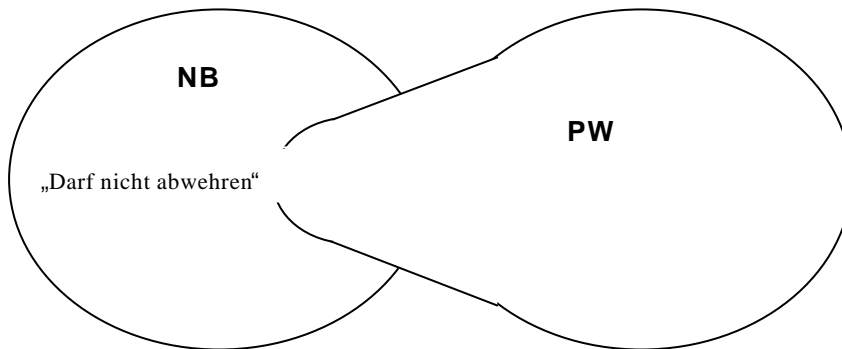
Graphik

E Summe aller Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeiten eines Eigentümers



Verneinende Servitut



Bejahende Servitut

Pflichten zu positiven Leistungen sind als beschränkt dingliche Rechte nur über **Reallasten** begründbar.²³⁸ Die sachlichen Grenzen der möglichen Leistungspflichten sind noch nicht völlig geklärt.²³⁹ Darunter fallen aber jedenfalls positive regelmäßig wiederkehrende Leistungen aus dem Ertrag der Liegenschaft, die einem typischen **Versorgungszweck des Reallastberechtigten** dienen. Legt man diesen Versorgungszweck nicht zu eng aus, wird die Reallast durchaus ein brauchbares Instrument iZm Mediationsvereinbarungen sein können. Bisher hat man – aber soweit ersichtlich - noch kaum darauf zurückgegriffen.

Mögliches Beispiel: Der PW verpflichtet sich zum Bau, zur Erhaltung und Wiederinstandsetzung von Lärmschutzwänden oder Lärmschutzfenstern auf den betroffenen Nachbarliegenschaften.

c) *Option des öffentlich-rechtlichen Vertrages*

Bereits unter III.4.2 wurde nachgewiesen, dass die **Leistungsfähigkeit** des Instituts jedenfalls ohne Vorliegen einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung **begrenzt**, weil sich der Inhalt der Vereinbarung im Rahmen der durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen bewegen muss (und – mangels Selbständigkeit - unter diesem Primat der hoheitlichen Erledigung nur wenig eigenständige Lösungskraft entfalten kann).

²³⁸ Vgl wieder *Iro* 2002, 189 ff; zuletzt zum Anwendungsbereich der OGH 5 Ob 218/02y, 12. 9. 2002.

²³⁹ Ein bloßes Konkurrenzverbot ist nach der Rspr kein möglicher Inhalt; vgl zuletzt OGH 5 Ob 167/02y und 5 Ob 218/02y (wohl bewegliche Elemente der Reallast: periodisch zu erbringende Leistung, die mit dem Ertrag der Liegenschaft im Zusammenhang steht, Versorgungszweck).

d) *Zivilrechtlicher Vertrag / rechtsgeschäftliche Einordnung*

Um die behördenunabhängigen Verhandlungsteilnehmer wie Bürger, Bürgerinitiativen oder die betroffene Gemeinde an eine erzielte Verhandlungslösung zu binden, kommt - wie gezeigt - vorwiegend der Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages in Betracht (zum öffentlich-rechtlichen bzw. gemischt privat- und öffentlich-rechtlichen Vertrag siehe oben b) und c)). Als Vertragspartner der genannten Parteien werden regelmäßig die Projektwerber auftreten, die sich zur Setzung von Maßnahmen sowie zur Verhinderung oder Kompensation nachteiliger Auswirkungen des Projekts verpflichten. Allerdings ist auch denkbar, dass die Behörde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung als Vertragspartner auftritt. Diesfalls sind auch - freilich in engen sachlichen Grenzen - verwaltungsrechtliche Verträge möglich.

Denkbar ist auch, dass die Behörde die Verpflichtung der Verteilung der unternehmerischen Leistungen an die Begünstigten übernimmt²⁴⁰. Eine hoheitliche Bindung der Behörde an die Mediationsvereinbarung kann in einem solchen Fall jedoch nicht erreicht werden. Die Behörde tritt hier vielmehr als Träger von Privatrechten auf, die sich dazu verpflichtet, unternehmerische Leistungen (Kompensationszahlungen für den Verzicht auf Rechtsbehelfe) an die betroffenen Bürger auszusahlen²⁴¹. Sie schließt also im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung einen zivilrechtlichen Vertrag.

In der Praxis sieht eine Mediationsvereinbarung typischerweise so aus, dass der Projektwerber seine Leistungen von Gegenleistungen der Begünstigten abhängig macht. Als "Tauschobjekte" kommen dabei insbesondere Verzichte auf die Durchsetzung von privaten und/oder öffentlichen Ansprüchen der Betroffenen gegen den Betrieb des Projektwerbers in Betracht. Die Grenzen der Zulässigkeit eines solchen Verzichts werden noch näher erläutert.

Die spezifische rechtliche Einordnung der Mediationsvereinbarung unter einen Vertragstyp des ABGB hängt wesentlich vom Inhalt des Vereinbarten ab. Dieser Inhalt wird - wie bei sämtlichen Verträgen - durch zwei einander entsprechende Willenserklärungen der Verfahrensparteien getragen²⁴². Es entsteht somit ein Rechtsgeschäft, ein zivilrechtlicher Vertrag. Typischerweise werden die Streitparteien einen Vergleich schließen, denkbar wäre aber auch, dass die Mediationsvereinbarung in Form eines Verzichts oder eines Anerkenntnisses abgeschlossen wird. In der Praxis kommen meist Mischformen vor.

²⁴⁰ Holzner 1990, 230.

²⁴¹ Holzner 1990, 193; vgl. für Österreich auch OGH JBI 1994, 621 ff.

²⁴² Koziol/Welser I¹² 2001, 87.

Lassen sich - wie gleich zu zeigen sein wird - die einzelnen Vertragselemente isoliert gesehen relativ gut zuordnen, so ist die grundsätzliche Qualifikation der in der Praxis bisher vorkommenden Mediationsvereinbarungen eher schwierig und bisher wohl auch kaum versucht worden. Auch hier kann nur eine erste Annäherung erfolgen. Dass diese nötig ist, zeigt sich bei vielen Fragen der Wirksamkeit, Durchsetzbarkeit und in Leistungsstörungsfällen.

aa) Mehrseitiger Vertrag

Da idR NB, oft vertreten durch Bürgerinitiativen, weiters Standortgemeinden und PW beteiligt sind, liegt kein "normales" zweiseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein mehrseitiger Vertrag vor. Jedenfalls gilt das für die Gegenseite des PW. **Durch Auslegung in Einzelfall ist zu ermitteln, wer sich wem gegenüber wozu verpflichtet.** Die Standortgemeinde nimmt dabei meist eine spezifische Position ein. Durch die Mehrzahl von Berechtigten und Verpflichteten ändert sich natürlich nichts an der Vertragsnatur.

Meist verspricht der PW allen NB (oder in deren Vertretung einer Bürgerinitiative) dieselben oder gleichen Leistungen.

Insofern scheint also **Gesamtgläubigerschaft** vorzuliegen, sodass auf die Regeln der §§ 888-890 ABGB zurückgegriffen werden könnte.²⁴³

Da aber die Leistungen idR jedem einzelnen NB zukommen und insofern auch meist klagbare gesonderte Ansprüche entstehen sollen, werden wohl durchaus zumindest auch voneinander getrennte einzelne Schuldverhältnisse begründet werden, wobei die Erfüllung gegenüber jedem Vertragspartner zu erfolgen hat. Auch die regelmäßig angestrebte Gegenleistung, nämlich Verpflichtung, Einwendungen und Rechtsmittel zu unterlassen, wird jeden einzelnen NB treffen²⁴⁴. Eine Gesamtgläubigerschaft ieS wird meist zu verneinen sein. Da zumindest de lege lata kein rechtlich wirksamer Vorausverzicht auf Einwendungen möglich sein wird²⁴⁵, kann insofern **das tatsächliche Unterlassen solcher Einwendungen nur aufschiebende Bedingung** für die Leistungsverpflichtungen des Projektwerbers sein. Wird anderes formuliert, entspricht dem Parteiwillen beider wohl eine Umdeutung in eine Bedingungskonstruktion. Stets liegt dann zwar ein entgeltliches, aber nur einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft vor.

²⁴³ Zur Gesamtgläubigerschaft vgl umfassend *Riedler* 1998.

²⁴⁴ Zur möglichen (Un-)Wirksamkeit solcher Unterlassungsverpflichtungen vgl unten e).

²⁴⁵ Vgl unten e).

bb) Innominatkontrakt

Analysiert man die in der Praxis getroffenen Mediationsvereinbarungen quasi "im Paket", so lässt sich das Konglomerat an verschiedensten Rechten und Pflichten nicht oder kaum einem bekannten oder gar gesetzlich geregelten Vertragstyp zuordnen. Man kann daher von einem **Innominatkontrakt** oder Vertrag sui generis sprechen²⁴⁶.

Bei vertraglichen **Regelungslücken** ist daher jeweils eine Analogie zu vergleichbaren Vertragsregelungen zu bewirken. Dabei ist allerdings Vorsicht geboten: Verzicht ist meist ein unentgeltliches Rechtsgeschäft; hier stellt dieser aber meist eine Gegenleistung bzw eine aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit der Gegenleistung dar.

cc) Entgeltliches Rechtsgeschäft

Schon für die Auslegung (§ 914 oder § 915 ABGB), aber auch für Anfechtbarkeit und Ausmaß der Haftung ganz wesentlich ist die Qualifikation als ent- oder unentgeltliches Rechtsgeschäft. In der Praxis mag es schon vorkommen, dass sich wirklich nur der PW zu einer Leistung verpflichten will. Dabei ist allerdings dessen Freigebigkeit genau zu hinterfragen. Findet sich aber wirklich keine Gegenleistung, so sind vor allem § 915 ABGB (im Zweifel die geringere Last) und die restriktive Haftungsregel nach § 945 ABGB (Mängelhaftung nur bei Wissentlichkeit) anzuwenden. Sonst gelten bei Entgeltlichkeit die Leistungsstörungenregeln der §§ 918 ff ABGB. Bei Werkvertrags-elementen wird auch Gewährleistung in Betracht kommen. Bei servitutsähnlichen Pflichten zur Unterlassung bzw Dulden mag man auch auf die Dienstbarkeitsregeln (§§ 472 ff ABGB) zurückgreifen, wenn nicht ohnedies "echte" Dienstbarkeiten gewollt sind.

dd) Dauer- und/ oder Zielschuldverhältnis?

Die meisten Verpflichtungen der Beteiligten sind auf Dauer - nämlich für die Zeit des Anlagen- bzw Vorhabensbetriebs angelegt. Das gilt auch für den Verzicht auf Rechtsmittel, der meist nicht nur für die Eröffnung des Projekts, sondern grundsätzlich auch für die Betriebsphase gelten soll. Der Betrieb wird manchmal sogar als aufschiebende Bedingung vereinbart.²⁴⁷ Es sind aber immer wieder auch Zielschuldelemente festzustellen, die also mit Erfüllung

²⁴⁶ Vgl dazu etwa *Rummel in Rummel* 2000, § 859 Rz 21.

²⁴⁷ Die Zusage, keine Einwendung im Genehmigungsverfahren zu erheben, kann davon nach der erkennbaren Parteiabsicht gar nicht betroffen sein.

erlöschen sollen. Der Dauerschuldcharakter wird aber meist überwiegen, sodass auch ohne besondere Vereinbarung aus "wichtigem Grund" gekündigt werden kann.

Wegen des Dauerschuldcharakters sollte - soweit erkennbar und vorhersehbar - auf **zukünftige Umstandsänderungen** Bedacht genommen werden. So sollte vor allem für die maßgebliche Änderung der Sach- und Rechtslage insbesondere in Hinblick auf den Immissionsschutz vorgesorgt werden; zB spätere wissenschaftliche Erkenntnisse bezüglich der Gefährlichkeit der Immissionen; Erforderlichkeit nachträglicher Auflagen; Änderung der Umweltgesetze.

ee) Synallagmatische Verknüpfung

Offenkundig wird in den meisten Mediationsvereinbarungen eine möglichst weit gehende Abhängigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung zumindest angestrebt ("do ut des"). Wegen der Art der versprochenen Leistungen können dabei aber auch schwierige Fragen der zeitlichen Verknüpfung und damit auch von Zurückbehaltungsrechten auftreten.

Wenn sich etwa der PW zu einem Dauerverhalten verpflichtet hat (zB Duldung der Kontrolle, ständige technologische Verbesserung etc), so ist es natürlich nicht möglich, deren Erfüllung (auf Dauer) als Voraussetzung für den "Einwendungsverzicht" zu machen. Sinnvolle Interpretation muss dabei ergeben, dass davon nur die zeitlich bis dahin mögliche Leistung des PW erfasst sein kann. Gerade bezüglich des "Einwendungs- und Rechtsmittelverzichts" kann wohl idR eine synallagmatische Verknüpfung nur in Form einer (aufschiebenden) Bedingung hergestellt werden.

Bei der Begründung von Servituten bzw Reallasten sollte auch stets die Frage des Zeitpunkts der Verbücherung geregelt werden. Die Einverleibung, zumindest aber - soweit zulässig - eine **Vormerkung** sollte jedenfalls schon während des Genehmigungsverfahrens erfolgen, um für die behördliche Entscheidung eine klare dingliche Rechtsposition zu schaffen.²⁴⁸ Durch Übergabe eines Rangordnungsbeschlusses an einen Treuhänder könnte einerseits weitgehend die Zug-um-Zug-Verknüpfung gewahrt und andererseits die Rechtsposition der Nachbarn schon weitgehend "verdinglicht" sein.

e) Disposition über Nachbarschutz / Einwendungs- und Rechtsmittelverzicht

²⁴⁸ Vgl dazu gleich unten.

Bei fast allen Mediationsverfahren stehen zwei Hauptbereiche im Vordergrund, nämlich auf Seite der NB die **Regelung der Immissionsschutzlage** und auf der Seite des PW aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung bzw des Bestandsschutzes der **Einwendungs- und /oder Rechtsmittelverzicht** der NB. Wegen der praktisch ganz überragenden Bedeutung soll diesen beiden Bereichen nochmals vertiefend nachgegangen werden.

aa) Disposition über nachbarrechtlichen Immissionsschutz

Durch die in den letzten Jahren vom Gesetzgeber intensiv geförderte Beschleunigung der Verfahren (Stichwort: vereinfachte Genehmigungsverfahren / bloße Anzeigeverfahren) und die damit **verbundene Reduktion der Parteistellung** von NB **leidet in Wahrheit der Bestandsschutz von Anlagen (Vorhaben)**, weil vor allem **aufgrund des Art 6 MRK auch nachträglich und unbefristet sehr weitgehend gerichtliche Immissionsabwehr möglich ist²⁴⁹**. Soweit der öffentlich-rechtliche Nachbarschutz wieder abgebaut wird, soweit lebt der nur "zurückgedrängte" privatrechtliche Nachbarschutz wieder auf. Selbst im Fall eines ordentlichen Genehmigungsverfahrens mit Parteistellung bleibt den Nachbarn jedenfalls im Bereich der GewO die Möglichkeit, bei unzureichendem Immissionsschutz nachträglich gem § 79a GewO ein Verfahren zur Erteilung nachträglicher Auflagen einzuleiten. Diese für alle Beteiligten evident **unsichere Rechtslage könnte durch eine Mediationsvereinbarung grundsätzlich bereinigt werden**, die auch die zukünftigen Interessen beider berücksichtigt und sachlich befriedigende Umweltproblemlösungen enthält. Ganz maßgeblich wäre dabei allerdings, dass die Vereinbarung ebenso für potentielle Einzelrechtsnachfolger (insb Käufer) sowohl auf Seite des PW als auch auf jener der NB gilt. Das würde voraussetzen, dass das Mediationsergebnis entweder in einen **dinglichen Bescheid** mündet oder weitgehend **grundbücherlich abgesichert ist**.

Beim nachbarrechtlichen **Immissionsschutz** lassen sich im Wesentlichen **drei maßgebliche Schutzbereiche** unterscheiden:

1. Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen
2. Schutz dinglicher Rechte, insbesondere des Liegenschaftseigentums
3. Schutz vor unzumutbarer Belästigung

ad 1:

²⁴⁹ Vgl dazu grundsätzlich *Kerschner* 1997, 279 ff.

Der Lebens- und Gesundheitsschutz ist zu Recht nach hA nicht disponibel. Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.²⁵⁰ Die Behörde hat bei konkreter Gesundheitsgefährdung von Amts wegen einzuschreiten (vgl vor allem § 360 Abs 4 GewO). Gesundheitsschädliche Immissionen können von vornherein gar nicht ortsüblich iSd § 364 Abs 2 ABGB werden.²⁵¹ Der dabei zu diskutierenden Frage, wann eine erhebliche Gesundheitsgefährdung vorliegt (ernsthafte Möglichkeit von Dauerfolgen?), kann hier nicht näher nachgegangen werden.

ad 2:

Nach den §§ 74 ff GewO und entsprechenden Bestimmungen in anderen Materiengesetzen sind Gefährdungen der dinglichen Rechte von Nachbarn zu vermeiden. Der privatrechtliche, mit dem Liegenschaftseigentum verbundene Immissionsschutz nach den §§ 364 ff ABGB ist eindeutig grundsätzlich dispositiver Natur.²⁵² **Durch Dienstbarkeiten können** - wie oben schon festgestellt - **die dinglichen Rechtspositionen verschoben werden**: Die NB können an sich nach § 364 Abs 2 ABGB unzulässige Immissionen dulden (PW ist Servitutsberechtigter), der PW kann sich umgekehrt mit dinglicher Wirkung verpflichten, an sich zulässige Immissionen zu unterlassen (NB sind Servitutsberechtigte). Mit einer solchen Verschiebung der dinglichen Rechtspositionen ändern sich auch entsprechend die Sekundärrechte, insb Schadenersatz- und Ausgleichsansprüche. In der Praxis spricht man dabei von so genannten "Realverzichten".²⁵³ So ist bereits bei *Ehrenzweig*²⁵⁴ zu lesen: ".....So kann zB für eine Fabrik eine Dienstbarkeit des Inhalts begründet werden, dass dem Nachbar kein Anspruch auf Schadenersatz wegen der Belästigungen durch den Fabriksbetrieb (§ 364a) erwachsen soll."

Dem Bedürfnis nach Verdinglichung auch für sonstige Immissionen iSd § 364a samt den daraus resultierenden Ersatzansprüchen²⁵⁵ entspricht gänzlich die Dienstbarkeit. Schon *Geller*²⁵⁶ hat völlig zutreffend im Realverzicht nur den Ausdruck für die letzte praktische Konsequenz der **Duldung der nachteiligen Einwirkungen** gesehen.

Diese Veränderungen der dinglichen Rechtspositionen **greifen** für den "Realverzichtenden" notwendigerweise **auch im öffentlichen Recht, wenn dieses** - wie §§ 74 ff GewO und viele

²⁵⁰ Vgl näher unten IV.2.3.

²⁵¹ Vgl OGH RdU 2000, 31; RdU 2000, 110.

²⁵² Vgl etwa *Spielbüchler* in Rummel³ 2000, § 364 Rz 1.

²⁵³ Vgl vor allem OGH ÖZW 1994, 109 mAnm *Rummel*.

²⁵⁴ System I/2, 326 ff.

²⁵⁵ Zur Frage der Einordnung unter die dinglichen Rechte nach § 9 GBG vgl Anmerkung von *Rummel*, ÖZW 1994, 109 ff.

andere gleich lautende oder ähnliche Bestimmungen - **beim dinglichen Recht anknüpft**, also auf die Ausgestaltung der dinglichen Rechte verweist. Sind diese durch Dienstbarkeiten verändert, dann kann, ja darf die Behörde insoweit gar nicht mehr von Amts wegen auf Gefährdung der dinglichen Rechte erkennen. Es liegt dann eben sicherlich kein Eingriff in ein fremdes dingliches Recht mehr vor. Auch der materielle öffentlich-rechtliche Immissionsschutz der Nachbarn hat sich damit verändert. Der nachbarrechtliche Eigentumsschutz erfasst selbstverständlich nicht nur Substanzeingriffe, sondern auch den Schutz vor unzulässigen Immissionen. Wohl um auch Nichteigentümern den Belästigungsschutz zukommen zu lassen, wird im öffentlichen Bereich meist zwischen Substanzbeeinträchtigung und Belästigungsschutz unterschieden²⁵⁷.

Soweit der Liegenschaftseigentümer dinglich auch bezüglich des Immissionsschutzes verfügt, muss das uE eindeutig auch beim öffentlich-rechtlichen Belästigungsschutz insoweit durchschlagen: Dh die Behörde darf entsprechende Interessen des Eigentümers, der real auf bestimmten Immissionsschutz verzichtet hat, auch nicht mehr beim Belästigungsschutz berücksichtigen.

Das Institut der Dienstbarkeit ist zwar mitunter bei Mediationsvereinbarungen bereits benutzt worden. Dessen Potential ist allerdings ungleich höher als bisher angenommen.

ad 3:

Nicht so klar gestaltet sich die einvernehmliche Regelung der **unzumutbaren Belästigung** aller Nachbarn, die nicht über dingliche Rechte verfügen. Dieser Belästigungsschutz dürfte zwar auch auf privaten, nämlich ideellen Nachbarinteressen als Vorstufe zum Gesundheitsschutz beruhen, doch begründet dieser derzeit wohl **allein ein subjektives öffentliches Recht** der Nachbarn im Genehmigungsverfahren. In der Praxis entzündet sich der Konflikt sehr häufig bei der Frage der unzumutbaren Belästigung. Da hier geradezu ein klassischer Fall eines **unbestimmten Rechtsbegriffs** vorliegt, kommt insofern der Genehmigungsbehörde ein erheblicher sachlicher **Beurteilungsspielraum** zu, der gerade - wie betont -in der Praxis aber große Anwendungsprobleme bereitet. Da dem Mediationskonsens jedenfalls Empfehlungscharakter zukommt, **darf jedenfalls die Behörde einer einschlägigen Vereinbarung dann Beachtung zukommen lassen**, wenn diese nicht willkürlich erscheint, sondern auf sachlichen Kriterien aufbaut. Mehr noch: Unter den genannten Voraussetzungen (vor allem: "im Sinne des Gesetzes") **muss** der Konsens sachliches Abwägungskriterium sein.

²⁵⁶ Theorie und Praxis des Rechts der Dienstbarkeiten, ZBl 1920, 507.

²⁵⁷ Vgl zB VwGH 19.9.1989, 86/04/0103.

Zur Klarstellung und um Bindungswirkung zu erzeugen, **sollten die einschlägigen Materiengesetze (insbes die GewO) ausdrücklich die unzumutbare Belästigung** - allenfalls unter gewissen sachlichen Einschränkungen - **dispositiv stellen**. Freilich müsste dies die Zustimmung aller Nachbarn voraussetzen. Zumindest sollte die Behörde einen solchen Belästigungskonsens zu berücksichtigen haben oder zumindest darauf Bedacht nehmen müssen. Das wäre auch in den Grenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrages denkbar (dazu oben IV2.1.c)). Dem den Konsens über die (un-) zumutbare Belästigung berücksichtigenden **Bescheid** könnte **dingliche Wirkung** eingeräumt werden.

Ein anderer, wohl pragmatischerer Ansatz bestünde darin, dem zustimmenden Nachbarn die Berufung auf unzumutbare Belästigung zu versagen: "Ein Nachbar, der einer einvernehmlichen Regelung der unzumutbaren Belästigung zugestimmt hat, hat diesbezüglich kein Berufungsrecht" (oä). Dem Genehmigungsbescheid könnte man insofern auch dingliche Wirkung zukommen lassen. Dabei müsste die Zustimmung klären, ob nur die gegenwärtige Sach- und Rechtslage erfasst oder auch zukünftige Änderungen der Sach- und Rechtslage mit eingeschlossen werden.

Eine Dispositivität bezüglich der unzumutbaren Belästigung wäre **rechtspolitisch** auch dadurch zu erzielen, dass man deren **Beurteilung generell den ordentlichen Gerichten** anheim stellt. Eine solche Transferierung in den zivilrechtlichen Nachbarschutz ließe sich etwa folgendermaßen erreichen: **Abwehranspruch bei unzumutbarer Belästigung trotz behördlicher Bewilligung**. Damit wäre der Weg frei für eine entsprechende Verfügung im Rahmen der Mediationsvereinbarung, die qua Servitut wieder grundbücherlich gegenüber Rechtsnachfolgern verdinglicht werden könnte.

aa) Einwendungs- und/oder Rechtsmittelverzicht

In den meisten Mediationsvereinbarungen verzichten die NB auf die Erhebung von Einwendungen und Rechtsmitteln gegen den Genehmigungsbescheid. Jedenfalls nach dem Wortlaut der Verzichtserklärungen findet sich weder eine sachliche noch zeitliche Befristung. Wie schon an anderer Stelle gezeigt, stößt ein solcher **genereller "a-priori-Verzicht"** auf erhebliche rechtliche **Bedenken**. **Die Gefahr, dass der Verzichtende weder seine Rechte ausreichend kennt noch von vornherein weiß, wie die Genehmigungsentscheidung ausfallen wird, und sich der Verzichtende damit völlig unüberschaubaren Risiken aussetzt, kann groß sein**. Man weiß allenfalls noch nicht, worauf man sich eingelassen hat. Daraus erklärt sich zweifellos auch, dass § 63 Abs 4 AVG

einen Rechtsmittelverzicht erst **nach Zustellung bzw Verkündung des Bescheids für zulässig** erklärt. Der Gegenschluss liegt nahe: Jeder frühere Verzicht ist unwirksam. Aufgrund nachträglicher Wertungsänderung durch § 42 AVG könnte man allerdings überlegen, in vielen Fällen den maßgeblichen Zeitpunkt auf den Schluss der mündlichen Verhandlung vorzuverlegen: Wer bis dahin keine Einwendungen erhebt, hat keine Parteistellung und daher auch keine Rechtsmittelbefugnis mehr. Einen vorzeitigen Verzicht ermöglicht hingegen § 255 Abs 2 BAO allerdings auch nur dann, wenn aus der Niederschrift hervorgeht, dass dem Verzichtenden im Zeitpunkt der Abgabe der Inhalt des zu erwartenden Bescheides bekannt war.

Unproblematisch dürfte daher allein die in der Praxis bisher häufig vorkommende **Bedingungskonstruktion** sein: Die Nichterhebung von Einwendungen bzw Rechtsmitteln ist aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit der Verpflichtungen des PW. Damit ist (allerdings) keinerlei durchsetzbare Verpflichtung zum Unterlassen von Einwendungen verbunden. Wer also diesbezüglich rechtlich ganz sicher gehen will, wählt somit die Bedingungskonstruktion, die also die Rechtsposition des NB nicht beschränkt, dem PW aber auch bis zum erstinstanzlichen Bescheid keine völlige Sicherheit bietet.

Sollte eine privatrechtliche und/oder öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit des "a-priori-Verzichts" angestrebt werden, dann sollte dieser jedenfalls ausdrücklich sachlich **auf** (im Mediationsverfahren) bereits **erkennbare Umstände** begrenzt werden.

Aus allgemeinen Überlegungen und nach der Wertung des § 255 Abs 2 BAO ergibt sich nämlich ansonsten, dass ein **Vorwegverzicht nur dann wirksam sein kann, wenn die Konsequenzen überschaubar** sind. Das setzt wohl ausreichende **Aufklärung** über Einwendungs- und Rechtsmittelmöglichkeiten und eine **sachliche Verknüpfung** mit der zukünftigen Verwaltungsentscheidung voraus. Das deutsche BVerfG hält dann offenbar einen Vorausverzicht für wirksam, wenn er unter der auflösenden Bedingung erfolgt, die Verwaltungsentscheidung werde mit einem bestimmten vorgesehenen Inhalt ergehen.²⁵⁸ Für das österreichische Recht erscheint dieser Weg allerdings kaum gangbar, weil der NB, der keine rechtzeitigen Einwendungen erhebt, auch seine Parteistellung und somit seine Rechtsmittelbefugnis verliert! Im Zeitpunkt des Bescheiderlassens ist es somit für ihn allemal zu spät.

²⁵⁸ Vgl BVerfGE 19, 159 (161 ff); dazu auch *Sünderhauf* (1997)247 mwN.

Der belastende **Hoheitsakt** muss nach herrschender deutscher Ansicht bei Vertragsschluss **nur in seinen Umrissen erkennbar sein**. Bei Durchführung eines Mediationsverfahrens müssten diese Voraussetzungen idR erfüllt sein. Liegen diese sachlichen Voraussetzungen vor, dann sollte auch die Verwaltungsbehörde eine trotz Verzicht gemachte Einwendung zurückweisen können. Eine **ausdrückliche Regelung im AVG für den Vorausverzicht** und dessen Zulässigkeitschranken (ausreichende Aufklärung über Einwendungs- und Rechtsmittelbefugnisse / Durchführung einer Mediation / Überschaubarkeit der Konsequenzen) wäre jedenfalls aus Rechtssicherheitsgründen sehr **empfehlenswert**, wenn nicht überhaupt nötig.

f) *Vereinbarung als Vergleich*

These: In der Praxis werden Mediationsvereinbarungen meist Vergleiche darstellen.

Gemäß § 1380 ABGB ist der Vergleich ein Neuerungsvertrag, durch den streitige oder zweifelhafte Rechte dergestalt festgelegt werden, dass jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu tun oder zu unterlassen verbindet. Durch den Vergleich legen die Vertragsparteien unter beiderseitigem Nachgeben strittige bzw zweifelhafte Rechte einverständlich neu fest²⁵⁹; er ist ein zweiseitig verbindlicher, entgeltlicher Vertrag. Wird eine unstreitige und unzweifelhafte Schuld (§ 1381 ABGB) erlassen oder erfolgt ein Anerkenntnis ohne Nachgeben der anderen Seite, entsteht kein Vergleich²⁶⁰ (dazu gleich unten).

Im Rahmen des Vergleichs wird die Ungewissheit eines Rechts dadurch beseitigt, dass an Stelle der strittigen oder zweifelhaften Verhältnisse ein Vertrag tritt, der neue Verbindlichkeiten schafft und sie dergestalt feststellt, dass sie in der Folge weder dem Grunde noch der Höhe nach in Frage stehen werden können (zB Festlegen der zumutbaren Belästigung). Da der Vergleich einen neuen Rechtsgrund schafft und auch beim Abweichen der Feststellung von der wahren Rechtslage konstitutiv wirkt, bleibt er auch dann wirksam, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das verglichene Recht gar nicht bestanden hat. Das hat zur Folge, dass der Vergleich grundsätzlich auch bei einer falschen Vergleichsgrundlage wirksam bleibt. Daraus lässt sich ableiten, dass eine Mediationsvereinbarung im Form eines Vergleichs gemäß § 1387 ABGB keiner Anfechtung wegen eines Irrtums über den wahren Sachverhalt zugänglich ist; dies schließt jedoch - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen (§§ 870 ff

²⁵⁹ Ertl in Rummel II² 2000, § 1380 Rz 1.

²⁶⁰ Koziol/Welser II¹² 2001, 111.

ABGB) - eine Anfechtung wegen Irrtums über die unbestrittene Vergleichsgrundlage (§ 1385 ABGB) bzw wegen eines Erklärungsirrtums nicht aus²⁶¹

Beispiel: Alle Parteien gehen bei Vergleichsabschluss unbestrittenerweise davon aus, dass vereinbarte Technologie nicht gesundheitsschädlich ist.

Die Zweifelhaftigkeit des verglichenen Rechts ist nach hL unabdingbare Voraussetzung eines Vergleichs. Zweifelhaft (streitig) ist ein Recht ua dann, wenn die Parteien sich nicht darüber einigen können, ob bzw in welchem Umfang es entstanden ist, noch besteht oder welchem der Beteiligten es zusteht. Dies kann sich sowohl auf gegenwärtige als auch auf zukünftige Tatsachen- oder Rechtsfragen beziehen. Selbst die Zweifel an der Beweisbarkeit des Rechts genügen.

Wie schon thesenhaft erörtert, lässt sich aus den konkreten Mediationsvereinbarungen ableiten, dass diese häufig oder sogar zumeist in Form eines Vergleichs abgeschlossen werden.

Einerseits verpflichten sich bei umstrittener Immissionsschutzlage Projektwerber dazu, Leistungen (zB Anlagenmodifikation, Ausgleichszahlungen oder andere bewertbare Leistungen) für die betroffenen Anrainer zu erbringen, im Gegenzug dazu sind diese Personen bereit, von der Erhebung von Einwendungen oder Rechtsmitteln Abstand zu nehmen. In einem solchen Fall liegt - die Verfahrensteile hätten ja auf ihrem Standpunkt beharren können - **ein beiderseitiges Nachgeben vor**, wie es für das Zustandekommen eines gültigen Vergleichs erforderlich ist. Weiters ist – wie erörtert - die für den Abschluss eines Vergleichs unabdingbare Voraussetzung die **Zweifelhaftigkeit des Rechts** zu beachten (ob die Zweifelhaftigkeit objektiv oder subjektiv sein muss, ist noch näher zu prüfen). Diese ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass bei nicht völlig klarer Sach- oder Rechtslage (wie zumeist) die zuständige Behörde noch nicht über den Antrag des Projektwerbers und somit auch noch nicht über allenfalls bestehende Parteienrechte entschieden hat (Unsicherheit der Rechtslage). Bis zur behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung kann daher nicht eindeutig gesagt werden, ob bzw in welchem Umfang ein Recht besteht. Ob die Voraussetzung der Strittigkeit des Rechts erfüllt ist, hängt vom Einzelfall ab. Da gerade im nachbarlichen Bereich meist unbestimmte Rechtsbegriffe (wie unzumutbare Belästigung / wesentliche und ortsunübliche Beeinträchtigung) anzuwenden sind, wird die **Rechtslage meist unsicher und umstritten sein**.

²⁶¹ Koziol/Welser II¹² 2001, 111 f.

Grundsätzlich kann jedes (zivilrechtliche) Recht oder Rechtsverhältnis Gegenstand eines Vergleichs sein, das der freien Verfügung der Parteien unterliegt²⁶². Auf die Frage, welche Rechte der Verfügung der Parteien unterliegen und ob auch ein zivilrechtlicher Vergleich über subjektiv-öffentliche Rechte möglich ist, wird gleich weiter unten näher eingegangen.

g) *Vereinbarung als Anerkenntnis*

Fall: Im Rahmen des Konfliktlösungsverfahrens werden Zweifel über das Bestehen einer Servitut oder die Einhaltung von Abstandsvorschriften durch einseitiges Nachgeben einer Verfahrenspartei beseitigt.

These: Mediationsvereinbarungen können im Einzelfall auch Anerkenntnisse enthalten.

Das Anerkenntnis ist ein Feststellungsvertrag, mit dem ein Streit oder Zweifel über ein Recht durch einseitiges Nachgeben des Schuldners beseitigt werden. Es ist im ABGB nicht besonders gesetzlich geregelt, doch ist es als ein Vertrag anzusehen, der als Unterart des Vergleichs verstanden wird und auf den im Wesentlichen die selben Regeln anzuwenden sind²⁶³. Das gilt vor allem für die Irrtumsanfechtung²⁶⁴. Das Anerkenntnis unterscheidet sich vom Vergleich dadurch, dass lediglich einer Partei das von ihr bezweifelte Recht in vollem Umfang zusteht und nur eine Seite nachgibt. Wie der Vergleich bildet auch das Anerkenntnis einen neuen, selbständigen Verpflichtungsgrund.

Nach der österreichischen Rechtsordnung sind abstrakte Rechtsgeschäfte grundsätzlich unzulässig, aus diesem Grund ist ein konstitutives Anerkenntnis nur wirksam, wenn dadurch ein Streit oder Zweifel über das Bestehen eines Rechts beseitigt werden soll²⁶⁵. Wie erörtert liegt diese Situation in Mediationsfällen meist vor. Das Anerkenntnis muss im Gegensatz zur weit verbreiteten Meinung nicht unentgeltlich sein und ist es meist auch nicht²⁶⁶. Liegt nun aber ein entgeltliches Anerkenntnis vor, ist die Abgrenzung zum Vergleich sehr problematisch; Anhaltspunkte für eine etwaige Abgrenzung bietet dann nur noch die Ausgangssituation. Es ist jedoch festzuhalten, dass eine genaue Abgrenzung meist nicht erforderlich ist, weil an den Vergleich und das Anerkenntnis idR die gleichen Rechtsfolgen geknüpft werden.

²⁶² OGH SZ 36/114; JBI 1964, 369.

²⁶³ *Koziol/Welser* II¹² 2001, 113.

²⁶⁴ OGH 24.4.1991, 1 Ob 561/91, JBI 1991, 791.

²⁶⁵ *Koziol/Welser* II¹² 2001, 113.

²⁶⁶ *Ertl in Rummel* II² 2000, § 1380 Rz 6.

h) Vereinbarung als Verzicht

Fall: Die Nachbarn verzichten auf die Geltendmachung von Einwendungen und / oder Rechtsmittel im Genehmigungsverfahren

These: Pauschalverzichte sind gemäß oder analog § 937 ABGB unwirksam.

Verzichtserklärungen sind daher zu konkretisieren.

Die gesetzliche Grundlage für den zivilrechtlichen Verzicht findet sich in § 1444 ABGB. Dort heißt es: "In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtigt ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben zum Vorteil seines Schuldners entsagen, und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben". Bei einem Verzicht (auch Entsagung bzw Erlass genannt) handelt es sich um ein Verfügungsgeschäft, das einen Erlöschensgrund für alle Arten verzichtbarer Rechte darstellt²⁶⁷. Aus der Qualifikation des Verzichts als Verfügungsgeschäft folgt, dass er wiederum nur auf Grund eines gültigen Titels möglich ist. Als Titel kommen insbesondere Austausch, Schenkung sowie Streitbereinigung in Betracht²⁶⁸. Ein Verzicht kann daher auch gegen Entgelt erfolgen; eine derartige Entsagung bedarf jedenfalls eines Vertrages, dabei ergeben sich jedoch schwierige Abgrenzungsprobleme zum Vergleich, die jenen zum entgeltlichen Anerkenntnis stark ähneln. In unseren Mediationsfällen wird meist Streitbereinigung beabsichtigt sein, sodass die Verfügung auch wirksam titulierte ist.

Verzichtbar sind nur Rechte, insbesondere schuldrechtliche Ansprüche, soweit deren Bestand nicht im öffentlichen Interesse liegt²⁶⁹. Unverzichtbar ist ein Schuldverhältnis als Ganzes, weil es aus wechselseitigen Rechten und Pflichten besteht²⁷⁰.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem die Frage, inwieweit ein Verzicht auf subjektiv-öffentliche Rechte im Rahmen eines Mediationsverfahrens möglich ist (Anrainer verzichten auf die Erhebung von Einwendungen bzw auf die Geltendmachung von Rechtsmittel). Dieser Aspekt ist für Mediationsverfahren von besonderem Interesse; Verhandlungsgegenstand und Verhandlungsmotivation eines derartigen Verfahrens sind vorwiegend subjektiv-öffentliche Rechte und die damit zusammenhängende Möglichkeit der

²⁶⁷ Rummel in Rummel II² 2000, § 1444 Rz 1.

²⁶⁸ Rummel in Rummel II² 2000, § 1444 Rz 1.

²⁶⁹ Von Tuhr 1957, 266.

Projektgegner, das verwaltungsbehördliche Genehmigungsverfahren empfindlich zu verzögern. Auf die rechtlichen und dogmatischen Probleme, die sich aus dem Verzicht auf subjektiv-öffentliche ergeben, sowie darauf, ob ein derartiger Verzicht innerhalb der österreichischen Rechtsordnung zulässig ist, ist bereits eingegangen worden bzw wird weiter unten näher eingegangen. Festzuhalten ist schon hier, dass die Rspr des OGH einen **Verzicht auf die Geltendmachung auf Rechtsmittel** (auch VwGH-Beschwerden) **privatrechtlich** grundsätzlich für zulässig hält.²⁷¹

2.2 Formale und inhaltliche Erfordernisse der Mediationsvereinbarung

These: Die formalen und inhaltlichen Erfordernisse entsprechen grundsätzlich jenen zivilrechtlicher Verträge.

Im Folgenden werden die formalen und inhaltlichen Erfordernisse einer Mediationsvereinbarung in Form eines zivilrechtlichen Vertrages dargelegt.

a) Inhaltliche Erfordernisse

Für den Abschluss einer Mediationsvereinbarung in Form eines zivilrechtlichen Vertrages gelten die üblichen Voraussetzungen.

Die Mediationsvereinbarung kommt wie sämtliche zivilrechtliche Verträge durch **übereinstimmende Willenserklärungen** der Verfahrensparteien zustande (§ 861 ABGB)²⁷². Es wird meist ein **mehrseitiger** Vertrag vorliegen; vgl oben d).

Bestimmtheit eines Angebots zum Abschluss einer Mediationsvereinbarung liegt vor, wenn es die wesentlichen Punkte des Vertrages enthält, so dass durch die bloße Zustimmung durch die andere Verfahrenspartei der Vertrag "perfekt" werden kann. Dieser Voraussetzung kann schon Genüge getan sein, wenn sich die Punkte aus den Umständen oder durch Heranziehung der gesetzlichen Dispositivnormen bestimmen lassen. Einen gesetzlichen Typus der Mediationsvereinbarung gibt es nicht. Maßgeblich ist daher nur die Bestimmbarkeit der gegenseitigen Verpflichtungen und Verfügungen.

²⁷⁰ Koziol/Welser II¹² 2001, 107.

²⁷¹ Vgl OGH 11. 2. 1999, 2 Ob 384/97 b (Kurzleitsatz in RdU 1999, 164) und SZ 66/133 = EvBl 1994/66.

²⁷² OGH SZ 45/102; JBI 1984, 487.

Der Bindungswille des Antragstellers muss im Angebot eindeutig zum Ausdruck kommen. Daher liegt kein zur Annahme geeignetes Angebot vor, wenn bloß zu Verhandlungen eingeladen wird, in Sitzungen während des Mediationsverfahrens Vorschläge unterbreitet werden, die erst diskutiert werden müssen. Oder es wird bloß erklärt, es bestehe die Absicht einen bestimmten Vertrag zu schließen²⁷³. Für das Mediationsverfahren und die anschließende Vereinbarung bedeutet dies, dass die Erklärungen während des Verfahrens und der Inhalt der das Verfahren abschließenden Mediationsvereinbarung stets auseinander gehalten werden müssen. Nur ein Angebot mit ausreichendem Bindungswillen kann zum Abschluss einer Mediationsvereinbarung führen. Im Einzelfall mag – sofern es keinen Formvorbehalt gibt – uU der genaue Abschlusszeitpunkt (gemeinsamer Bindungswille) fraglich sein.

Beim Abschluss einer Mediationsvereinbarung ist eine Unterscheidung der abgegebenen Willenserklärungen in Angebot und Annahme häufig nicht möglich. Der Inhalt der Schlussurkunde entwickelt sich vielmehr aus dem Verhandlungsprozess sowie aus der ständig fortlaufenden Diskussion. Außerdem ist denkbar und in der Praxis wohl nicht selten, dass die Verfahrensparteien einen von dritter Seite (zB vom Mediator) ausformulierten Vertrag unterzeichnen²⁷⁴. Auch hier ist eine Unterscheidung in die entsprechenden Parteienrollen nicht möglich.

b) Formale Erfordernisse

Das Gesetz überlässt es den Parteien eines zivilrechtlichen Vertrages regelmäßig selbst, in welcher Form sie ihr Rechtsgeschäft abschließen wollen; mündlich oder schriftlich, vor dem Notar, mit oder ohne Zeugen. Es gilt also der Grundsatz der Formfreiheit (§ 883 ABGB). Diese Freiheit bedeutet, dass der Abschluss eines schuldrechtlichen Geschäftes an keine besondere Form gebunden ist. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, es existieren vielmehr zahlreiche Sonderregeln, die diesem Grundsatz Schranken setzen. Derartige Sonderregeln können sich einerseits unmittelbar aus dem Gesetz oder andererseits aus einer Parteienvereinbarung selbst ergeben²⁷⁵. **Für den Abschluss einer Mediationsvereinbarung empfiehlt sich jedenfalls die Schriftform** (siehe dazu unten).

²⁷³ *Kozio/Welser* I¹² 2001, 111 f.

²⁷⁴ Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass der Mediator über eine eigene Entscheidungskompetenz verfügt. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen die Verfahrensparteien im Zuge der Diskussion über einzelne Verhandlungspunkte übereinkommen und der Mediator diese Punkte in einer schriftlichen Urkunde festhält.

²⁷⁵ *Kozio/Welser* I¹² 2001, 166.

Sinnvoll wird es daher idR sein, schon im Kooperationsvertrag einen **Schriftformvorbehalt** zu vereinbaren.

Für Mediationsvereinbarungen in Form von zivilrechtlichen Verträgen besteht grundsätzlich kein gesetzliches Formgebot. Weder für den Verzicht noch für das Anerkenntnis noch den Vergleich finden sich im Gesetz Bestimmungen, aus denen eine Formvorschrift abgeleitet werden könnte. Einzig für den unentgeltlichen Verzicht wird von einem Teil der Lehre die Einhaltung besondere Formvorschriften erwogen. So erachtet es *Rummel* für nicht unproblematisch, dass auch der unentgeltliche Verzicht formfrei zulässig sein soll. Wenn man das Titelgeschäft als Schenkung für formbedürftig ansieht, ist zweifelhaft, ob der Vollzug durch einfache Erklärung ohne weiteren Publizitätsakt die Formzwecke des § 1 NZwG erfüllt²⁷⁶. Wird also im Rahmen einer Mediationsvereinbarung schenkungshalber auf ein Recht verzichtet (was nur äußerst selten der Fall sein wird, weil idR eine "do-ut-des-Situation" gegeben ist), kann nach der oben vertretenen Ansicht die Einhaltung der Schriftform erforderlich sein.

Allgemeine **Formvorschriften** bzw **Publizitätsvorschriften** sind auch dann zu beachten, wenn im Rahmen einer Mediationsvereinbarung **dingliche Verfügungen** getroffen werden. Denkbar sind hier insbesondere Vereinbarungen über Dienstbarkeiten²⁷⁷ (auch als "Realverzicht"²⁷⁸) oder Verträge über die Ablöse von Grundstücken bzw Grundstücksteilen. Formvorschriften im Zusammenhang mit Mediationsvereinbarungen können sich aus einem Mediationskonsens ergeben, welche die Begründung einer Servitut zum Inhalt hat. Nach § 481 Abs 1 ABGB ist für die Begründung von Servituten an Liegenschaften eine Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Das gilt in gleicher Weise für Reallasten. Wird im Rahmen der Mediationsvereinbarung die Übertragung eines Grundstückes oder Grundstücksteiles vereinbart, ist die Formvorschrift des § 431 ABGB zu beachten; auch hier ist eine Intabulation im Grundbuch vorgesehen²⁷⁹. Zu beachten ist dabei allerdings, dass aus der Pflicht zur Intabulation keine Formvorschriften für die Mediationsvereinbarung selbst abgeleitet werden kann. Wie sich aus den §§ 432 f ABGB und §§ 31 ff GBG ergibt, setzt die Intabulation die Vorlage einer Urkunde über das Erwerbsgeschäft, also das den Titel angegebende Grundgeschäft sowie die Vorlage einer sog Aufsandungserklärung voraus²⁸⁰. Die daraus

²⁷⁶ *Rummel* in *Rummel* II² 2000, § 1444 Rz 8.

²⁷⁷ Vgl oben e).

²⁷⁸ Vgl OGH 15.7.1993, 8 Ob 501, 502/92, ÖZW 1994, 109 m Anm *Rummel* und oben e).

²⁷⁹ *Koziol/Welser* I¹² 2001, 315; zum Problem, das aus der aufschiebenden Bedingtheit der Verpflichtungen des PW entstehen kann, vgl schon oben.

²⁸⁰ *Koziol/Welser* I¹² 2001, 320.

resultierenden Formvorschriften (Schriftlichkeit) müssen nicht unbedingt schon durch die Mediationsvereinbarung erfüllt werden; es ist lediglich eine eintragungsfähige Urkunde vorzulegen, die durchaus eine dritte, von der Mediationsvereinbarung unabhängige Urkunde sein kann. Das Gleiche gilt für die Eintragung einer Dienstbarkeit. Zweckmäßigerweise sollte der Mediationskonsens jedoch in einer schriftlichen Urkunde festgehalten werden.

c) *Schlussfolgerungen*

Grundsätzlich sind keine gesetzlichen Formvorschriften für Mediationsvereinbarungen in Form eines privatrechtlichen Vertrages einzuhalten. Das folgt aus dem Grundsatz der Formfreiheit (siehe oben).

Lediglich für den Fall, dass im Rahmen eines Mediationskonsenses ein unentgeltlicher Verzicht vereinbart wird (siehe oben), wäre - nach Ansicht eines Teils der Lehre - die Einhaltung von Formvorschriften (**Notariatsakt**) sehr ratsam.

Zu beachten sind weiters die erforderlichen Publizitätsakte bei der Neugestaltung dinglicher Verhältnisse. Werden im Rahmen einer Mediationsvereinbarung beispielsweise Grundstücke bzw Grundstücksteile abgelöst oder Dienstbarkeiten begründet bzw auf solche verzichtet, ist ein Formalakt, eine Intabulation in das Grundbuch, erforderlich. Dafür ist eine einverleibungsfähige Urkunde unabdingbare Voraussetzung. Für eine derartige Urkunde wird Schriftlichkeit gefordert.

Aus Gründen der leichteren Beweisbarkeit sowie der Vermeidung von Streitigkeiten empfiehlt sich jedenfalls, die Mediationsvereinbarung in schriftlicher Form abzufassen.

2.3 Grenzen und Zulässigkeit von Mediationsvereinbarungen in Form eines zivilrechtlichen Vertrages

Im Rahmen der Projektverwirklichung (Betriebsanlagengenehmigung, Betriebsanlagenänderungsbewilligung, etc) können sowohl öffentlich-rechtliche wie auch privatrechtliche Positionen betroffen sein. Es stellt sich daher die Frage nach den zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Dispositionsgrenzen und deren Verhältnis zueinander.

a) *Privatautonomie*

Fall: Im Rahmen einer Mediationsvereinbarung gestattet ein Anrainer dem Projektwerber, vorübergehend Baumaterial auf seinem Grundstück zu lagern, sofern sich dieser nach Ende der Bauarbeiten zur umfassenden Rekultivierung verpflichtet.

These: Mediationsvereinbarungen sind nur soweit unproblematisch, als sie subjektive private Rechte einer Vertragspartei betreffen, die der uneingeschränkten Rechtsmacht des Einzelnen unterliegen.

Wie bei jedem Rechtsgeschäft räumt die Privatrechtsordnung auch den Parteien eines Mediationsverfahrens weitgehend die Möglichkeit ein, ihre rechtlichen Beziehungen zueinander nach ihrem eigenen Willen zu gestalten. Dem Parteiwillen ist somit vom Gesetz weitestgehend freie Hand gegeben. Der Abschluss einer Mediationsvereinbarung ist somit zunächst vom Erfordernis materieller Gerechtigkeit entlastet. Die Gültigkeit und Richtigkeit einer derartigen Vereinbarung ergibt sich aus dem Verfahren ihres Zustandekommens, dem dem Abschluss vorgelagerten Prozess des Verhandeln, in dem jeder der Beteiligten seine Standpunkte darlegt, Zugeständnisse macht und Forderungen erhebt. Dadurch soll ein für alle Teile akzeptables Ergebnis erzielt werden (Grundsatz der subjektiven Äquivalenz).

Mediationsvereinbarungen unterliegen als zivilrechtliche Verträge aber den **allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit**²⁸¹.

Die äußerste Grenze freier Parteidisposition stellt dabei das zwingende Recht dar. Es kann durch den Willen der Vertragsparteien nicht abgeändert werden. Während das öffentliche Recht zum überwiegenden Teil zwingender Natur ist, weil das Interesse der Allgemeinheit, um welches es im öffentlichen Recht vorwiegend geht, grundsätzlich der Parteidisposition entzogen sein muss, finden sich in der Privatrechtsordnung nur ausnahmsweise zwingende Normen²⁸². Allerdings existieren auch in der Privatrechtsordnung zwingende Normen.

Dementsprechend liegen die zivilrechtlichen Grenzen einer Mediationsvereinbarung dort, wo durch freies Handeln der Verfahrensparteien die Rechtsordnung selbst, die in ihr verankerten Grundwerte oder sonstige höhere Zwecke gefährdet würden und aus diesem Grund auch die Privatautonomie eingeschränkt ist.

Unproblematisch sind daher Mediationsvereinbarungen, in denen die Verfahrensparteien versuchen, Streitigkeiten zu lösen, die subjektive private Rechte betreffen, die der

²⁸¹ Vgl für Deutschland zur Mediation Hager 2000, 122.

²⁸² Koziol/Welser I¹² 2001, 40.

uneingeschränkten Parteidisposition unterliegen. Wesensmerkmal derartiger Rechte ist, dass der Berechtigte nach seinem freien Willen über die Geltendmachung seiner Rechtsposition entscheiden kann. So kann beispielsweise ein betroffener Anrainer dem Projektwerber gestatten, sein Grundstück zu befahren, vorübergehend bestimmte Gegenstände (Maschinen, Baumaterial,...) darauf zu lagern oder mehr als an sich nach § 364 Abs 2 ABGB zulässig zu immitieren.

Nach der heutigen Dogmatik ist unter einem subjektiven privaten Recht eine Rechtsmacht zu verstehen, die dem Einzelnen zur Befriedigung menschlicher Interessen von der Rechtsordnung verliehen ist und deren Geltendmachung allein vom Willen des Berechtigten abhängt²⁸³.

Mediationsvereinbarungen, die sich im diesem Rahmen bewegen, sind uneingeschränkt zulässig.

b) Sittenwidrigkeit

Fall: Im Rahmen einer Mediationsvereinbarung verzichten Projektgegner auf das Recht, die Vereinbarung wegen listiger Irreführung anzufechten, sofern sich der Projektwerber dazu verpflichtet, bestimmte Sicherheitsstandards einzuhalten.

These: Eine maßgebliche Grenze von Mediationsvereinbarungen bildet das Sittenwidrigkeitsverdikt nach § 879 ABGB.

Die Rechtsgüter Eigentum und Gesundheit sind genuin zivilrechtlicher Natur. Die Parteien einer Mediationsvereinbarung können im Weg privatautonomer Rechtsgestaltung über die ihnen zugeordneten Rechtsgüter zwar grundsätzlich frei verfügen, doch sind gerade beim Rechtsgut Gesundheit maßgebliche Schranken gesetzt.

Relevante Inhalte eines Mediationskonsenses sind vor allem Änderungen des dispositiven Rechts (zB Haftungsausschlüsse) und Verzichte. Beide Aspekte sind vor allem am Sittenwidrigkeitsverdikt des § 879 Abs 1 ABGB zu messen.

²⁸³ F. Bydlinski 1996, 137 f.

Der Missbrauch der Privatautonomie wird durch die Androhung der Nichtigkeit des unerwünschten Geschäfts verhindert. Dem § 879 Abs 1 leg cit kommt insofern präventive Wirkung zu, er soll abschrecken²⁸⁴.

Da diese gesetzliche Anordnung auf zivilrechtliche Verträge aller Art anwendbar ist, setzt sie auch der privatautonomen Gestaltung von Mediationsvereinbarungen Grenzen.

Fraglich ist dabei allerdings, welche Geschäfte konkret von § 879 Abs 1 erfasst werden, denn die Bestimmung selbst gibt darüber keine nähere Auskunft. Es ist somit Aufgabe des Rechtsanwenders herauszuarbeiten, welche Vereinbarungen und Rechtsgeschäfte mit der "Gute-Sittenklausel" noch vereinbar sind und bei welchen dies nicht mehr der Fall ist.

Grundsätzlich werden die guten Sitten mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt, zu dem jedenfalls die allgemeinen Rechtsgrundsätze zählen²⁸⁵; für die Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, ist das Gesamtbild der Vereinbarung entscheidend. Dieses Gesamtbild setzt sich aus Inhalt, Zweck, Beweggrund und Begleitumständen des Rechtsgeschäfts zusammen²⁸⁶.

Die Qualifikation einer Vereinbarung als sittenwidrig dient dazu, die Privatautonomie dort einzuschränken, wo sie mit wichtigen Wertungen der Rechtsordnung in Widerspruch gerät, ohne dass *expressis verbis* entsprechende Verbotsnormen bestünden²⁸⁷.

Im folgenden Abschnitt werden exemplarisch typische Vertragsinhalte einer Mediationsvereinbarung dargestellt und erörtert, ob sie mit dem Sittenwidrigkeitsverdikt vereinbar sind (vor allem auch Drittwirkung der Staatszielbestimmung umfassender Umweltschutz).

aa) Sittenwidrigkeit von Haftungsausschlüssen

i) Haftungsausschlüsse, die das Rechtsgut Gesundheit betreffen

Fall: Dem PW werden Immissionen erlaubt, die zu einer konkreten Gesundheitsgefährdung führen können.

²⁸⁴ Krejci in Rummel I³ 2000, § 879 Rz 1.

²⁸⁵ Koziol/Welser I¹² 2001, 162.

²⁸⁶ Krejci in Rummel I³ 2000, § 879 Rz 49.

²⁸⁷ Krejci in Rummel I³ 2000, § 879 Rz 145.

These: Haftungsausschlüsse, die die Rechtsgüter Leben und Gesundheit betreffen, werden idR unwirksam sein.

Zahlreiche Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre sind gesetzlich nicht ausdrücklich verboten. Der Persönlichkeitsschutz schlägt aus diesem Grunde meist unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit durch. Vereinbarungen, die dem verfassungs-, straf- oder zivilrechtlich zwingend gebotenen Schutz der körperlichen Integrität widersprechen, sind demnach prinzipiell nichtig²⁸⁸.

Daraus folgt, dass auch Mediationsvereinbarungen, die Haftungsfreizeichnungen für Schäden an der Gesundheit zum Inhalt haben, nichtig sind. Selbst ein Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit kann nicht wirksam vereinbart werden²⁸⁹.

ii) Haftungsausschlüsse, die andere Rechtsgüter als die Gesundheit betreffen

Fall: Die Nachbarn verzichten auf den Ersatz von Vermögensschäden, wie etwa auf den Ersatz der Minderung des Verkehrswertes ihrer Liegenschaften²⁹⁰.

These: so genannte Haftungsfreizeichnungen sind im Rahmen der Eingriffshaftung gemäß § 364 a ABGB, aber jederzeit auch für den Fall leichter Fahrlässigkeit bei der Verschuldenshaftung möglich.

Mediationsvereinbarungen, die Haftungsausschlüsse zum Inhalt haben, die nicht die Rechtsgüter Lebens und/oder Gesundheit betreffen, sind idR nur bezüglich Vorsatz und grober Fahrlässigkeit sittenwidrig²⁹¹. Der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist hingegen zulässig.

bb) Sittenwidrigkeit von Verzichten

Für den Verzicht iSd § 1444 ABGB lassen sich folgende Beschränkungen erkennen:

i) Der unbestimmte Verzicht auf künftige Einwendungen (§ 937 ABGB)

²⁸⁸ Krejci in Rummel I³ 2000, § 879 Rz 69.

²⁸⁹ Krejci in Rummel I³ 2000, § 879 Rz 116; so auch die neuere Rspr SZ 71/58 = RdW 1998, 455.

²⁹⁰ Vgl OGH RdU 2002, 70 (Amtshaftung für Vermögensschäden).

²⁹¹ Apathy in Schwimann V² 1988, § 879 Rz 11.

Fall: Im Zuge eines Mediationsverfahrens verzichtet eine Verfahrenspartei pauschal und ohne noch abschätzen zu können, welche Auswirkungen das zur Diskussion stehende Anlagenprojekt auf seine Rechte haben wird, auf die Geltendmachung von Einwendungen im Genehmigungsverfahren und auf Rechtsmittel.

These: Mediationsvereinbarungen könnten uU unbestimmte Verzichte iSd § 937 ABGB enthalten.

Unbestimmte Verzichte auf zukünftige Einwendungen aus einem Rechtsverhältnis sind gemäß § 937 ABGB ungültig. Das könnte zwar schon aus der mangelnden Bestimmtheit (§ 869 ABGB) abgeleitet werden, hat aber seine ratio vor allem im Verdacht der Unerlaubtheit, Sittenwidrigkeit und des Verstoßes gegen zwingendes Recht. Durch § 937 ABGB soll eben die Schaffung abstrakter Verbindlichkeiten vermieden werden, bei denen die Unerlaubtheit des Vertragsinhaltes nicht feststellbar wäre²⁹².

Während in der bisherigen Rspr die überwiegenden Fälle, die unter dem Aspekt des § 937 ABGB untersucht wurden, dessen Anwendbarkeit verneint worden ist, könnte diese Bestimmung uE gerade beim Abschluss einer Mediationsvereinbarung uU beachtlich sein. Verzichtet eine Verfahrenspartei im Rahmen einer Mediationsvereinbarung im Vorhinein pauschal auf sämtliche Einwendungen bezüglich der Vertragsgültigkeit, so könnte der diesbezüglich abgeschlossene Vertrag schon mit § 937 ABGB in Widerspruch geraten. Dies hätte die Unwirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung zur Folge.

Ein Verzicht auf Geltendmachung von Umständen, die den Verfahrensparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bekannt sind, verstößt dagegen nicht gegen § 937 ABGB. Es bedarf dafür also stets einer **Konkretisierung der verzichteten Rechte.**

Von diesem Einwendungsverzicht bezüglich der Vertragsgültigkeit ist der häufige Verzicht auf Einwendungen und Rechtsmittelverfahren im Genehmigungsverfahren zu unterscheiden. Durchaus entsprechend der Wertung des § 937 ABGB wäre ein solcher privatrechtlicher Vorausverzicht geeignet, zwingendes öffentliches Recht zu umgehen. Nach § 63 Abs 4 AVG ist ein ausdrücklicher Berufungsverzicht erst nach Zustellung eines Bescheides zulässig. Würde ein vorheriger Verzicht privatrechtliche Wirkung haben, würde § 63 Abs 4 AVG wohl weitgehend umgangen. An dessen Wertungen sind auch die Zivilgerichte gebunden. Der OGH hat denn bisher in der Sache auch nur Verzichtserklärungen (bzw Verpflichtungen zum

²⁹² Rummel in Rummel II² 2000, § 1444 Rz 4.

Zurückziehen von Rechtsmitteln) als verbindlich anerkannt, die **nach Zustellung** des erstinstanzlichen Bescheides erfolgt sind²⁹³.

Ausgehend davon ist für Mediationsvereinbarungen in Form eines Verzichts Folgendes zu beachten:

ii) Unverzichtbarkeit bei Gesundheitsgefährdungen

Fall: Die Nachbarn sichern gegen Bezahlung eines beträchtlichen Geldbetrages zu, gegen die Anlagenimmissionen auch nach Inbetriebnahme keine Rechtsmittel bzw Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Die Anlage verursacht gesundheitsschädliche Immissionen.

These: Der Verzicht auf Abwehransprüche bei konkreter Gesundheitsgefährdung kann, muss aber nicht stets unwirksam sein.

Zur grundsätzlichen Unverzichtbarkeit auf die Rechtsgüter Leben und Gesundheit kann auf die Ausführungen zur Unzulässigkeit eines **Haftungsschlusses** auf Gesundheitsschäden verwiesen werden (siehe oben a). Ein Verzicht auf die Geltendmachung von Rechten zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit ist demnach grundsätzlich sittenwidrig.

Jedoch ist weitgehend anerkannt, dass **nicht schon jede bloße Gefährdung der Gesundheit rechtswidrig** sein muss. Selbst ein so hohes Rechtsgut wie die menschliche Gesundheit muss nicht gegen jede Beeinträchtigung geschützt werden, wenn der Betroffene mit der Gefährdung einverstanden ist. In Lehre und Rspr ist anerkannt, dass eine beschränkte Dispositionsfähigkeit über die Rechtsgüter Leben und Gesundheit gegeben ist. Insbesondere eben die Einwilligung zu einer Gefährdung muss nicht notwendigerweise unzulässig sein. Das lässt sich einerseits aus dem § 90 StGB sowie andererseits aus zahlreichen, im Alltag durchaus üblichen Einwilligungen in Gesundheitsgefährdungen, wie etwa die Einwilligung in eine Schönheitsoperation, in eine Tätowierung oder in ein – mitunter äußerst – risikobehaftetes Freizeitvergnügen, ableiten. Derartige Vereinbarungen werden von der Rspr regelmäßig als zulässig erachtet. Maßgeblich ist dabei das Ausmaß der Gefährdung; es hat jedenfalls eine **Interessenabwägung** zu erfolgen.

Daraus kann uE abgeleitet werden, dass auch den Parteien eines Mediationsverfahrens ein bestimmtes – wenn auch sehr eingeschränktes – Maß an Dispositionsfähigkeit über die

²⁹³ Vgl OGH v 11.2.1999, 2 Ob 384/97b.

Gefährdung dieser Rechtsgüter eingeräumt werden muss. Eine klare Abgrenzung zwischen dem unverzichtbaren und damit unveräußerlichen Teil der Persönlichkeitsrechte von jenem, der den Parteien zur Disposition steht, kann abstrakt nicht oder nur schwer vorgenommen werden²⁹⁴.

Ein globaler Verzicht auf die Abwehr von Gesundheitsgefährdungen ist jedenfalls unwirksam, speziell auf einzelne konkrete allenfalls schon. Selbst der Verzicht auf die Geltendmachung einzelner Gesundheitsbeeinträchtigungen ist jedenfalls dann sehr bedenklich, wenn sich das Ausmaß der Gefährdung und deren Einwirkungen auf Leben und Gesundheit des Menschen – speziell bei Immissionen aus Betriebsanlagen – nicht von vornherein auch nur einigermaßen abschätzen lassen²⁹⁵. Die Ausführungen zur Unzulässigkeit von Haftungsausschlüssen, die die Rechtsgüter Leben und Gesundheit betreffen, gelten tendenziell uE auch für den Verzicht auf die Geltendmachung von Gesundheitsgefährdungen, weil für den Verzichtenden, ähnlich wie für den Betroffenen eines Haftungsausschlusses, die mitunter lebensbedrohliche Tragweite eines derartigen Verzichts meist nicht absehbar ist.

Die disponible Schwelle wird jedenfalls immer bei der ernsthaften Möglichkeit erheblicher Dauerfolgen überschritten sein.

iii) Verzicht auf Belästigungsschutz

Fall: Die Nachbarn sichern zu, sich nicht auf unzumutbare Belästigungen zu berufen.

These: Vereinbarungen bezüglich der unzumutbaren Belästigung sollte weitgehend Verbindlichkeit zukommen.

Unter Belästigungen versteht der VwGH Einwirkungen auf den menschlichen Organismus durch Geruch, Lärm, Staub, Erschütterungen ua, **die unterhalb der Gesundheitsgefährdungsschwelle** liegen. Alles was geeignet ist, zu belästigen und die Sinnesorgane anzusprechen, gilt als Belästigung im Sinne des § 74 Abs 2 Z 2 GewO.

Hierzu werden auch Beeinträchtigungen und andere nachteilige Einwirkungen gezählt, die zu Störungen der Befindlichkeit, zu Leistungseinbußen und/oder zu einer Beeinflussung von Verhaltensweisen im Bemühen um Bewältigung der Umweltsituation führen oder als Folge dieser Bemühungen anzusehen sind.

²⁹⁴ Koziol/Welser I¹² 2001, 77.

²⁹⁵ OGH SZ 71/58.

Ein Verzicht auf die Geltendmachung von Belästigungsschutzvorschriften (zB nach der GewO) ist, soweit er sich unterhalb der Grenze einer potenziellen Gesundheitsgefährdung hält, wohl zulässig. Denkbar wären in diesem Zusammenhang etwa Mediationsvereinbarungen, in denen Anrainer einer Betriebsanlage auf Rechtsschutz gegen unzumutbare Lärmimmissionen verzichten. Einer derartige Vereinbarung steht, soweit sich die Lärmbeeinträchtigung unterhalb eines gesundheitsgefährdenden Niveaus bewegt, zivilrechtlich grundsätzlich nichts im Wege. Fraglich ist allerdings auch hier, ob und inwieweit es sich hier um eine privatrechtlich geschützte Rechtsposition handelt. Dieser Belästigungsschutz könnte allenfalls im Rahmen des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes nach § 364 Abs 2 ABGB anzusiedeln sein (vgl dazu schon oben e). Dem steht allerdings entgegen, dass der Schutz der dinglichen Rechte (einschließlich des Liegenschaftseigentumszwecks) und der Schutz vor unzumutbarer Belästigung im öffentlichen Recht idR gesondert angeknüpft werden (vgl § 74 Abs 2 Z 1 und Z 2 GewO). Systematische Argumente sprechen allerdings dafür, dass Z 1 nur den Substanzschutz und Z 2 den eigentlichen Immissionsschutz erfassen, sodass erst gemeinsam umfassender Immissionsschutz gewährleistet ist. Insoweit müsste ein privatrechtlicher Verzicht auf Belästigungsschutz auch auf das öffentliche Recht durchschlagen. Demnach würde – wie schon oben zu e) gezeigt - auch der öffentlich-rechtliche Belästigungsschutz der Parteiendisposition unterliegen.

Einer näheren Betrachtung ist stets die Frage zu unterziehen, welche Wirkung ein derartiger Verzicht auf die Rechtsnachfolger hat; denkbar ist in diesem Zusammenhang die Einräumung einer Servitut.

iv) Verzicht auf sachenrechtlichen Rechtspositionen

Fall 1: Die Nachbarn stimmen bestimmten Lärmimmissionen des Projektwerbers zu.

Fall 2: Durch die Verwirklichung eines geplanten Anlagenprojekts wird die weitere Ausübung einer bestimmten Wegedienstbarkeit unmöglich. Die Nachbarn verzichten auf diese, sofern der Projektwerber für gleichwertige Alternativen zur bestehenden Dienstbarkeit sorgt.

These: Die dingliche Immissionsschutzlage ist disponibel. Durch Servitutsvereinbarung entsteht auch Bindung für die Rechtsnachfolger.

Auf sachenrechtliche Rechtspositionen kann - wie schon gezeigt - grundsätzlich verzichtet werden. Zur Drittwirksamkeit eines derartigen Verzichts sind allerdings die entsprechenden

Publizitätsakte zu beachten²⁹⁶. Daraus folgt, dass für die Preisgabe an beweglichen dinglichen Sachen generell die Aufgabe des tatsächlichen Besitzes und für den Verzicht eine grundbücherliche Eintragung erforderlich ist²⁹⁷.

Insofern ist also denkbar, dass Konfliktparteien auf einzelne Rechtspositionen verzichten, die aus dem Eigentumsrecht abgeleitet werden können. Dazu zählen insbesondere die Unterlassungsansprüche gemäß § 364 Abs 2 ABGB sowie die Ausgleichsansprüche gemäß § 364a ABGB.

Diese Frage ist für Mediationsverfahren von besonderer Bedeutung. Der OGH anerkennt grundsätzlich die Zulässigkeit solcher "Realverzichte" und auch deren Intabulationsfähigkeit.²⁹⁸

v) Verzicht auf überindividuelle Rechtsgüter

Fall: Die Nachbarn verzichten auf die Einhaltung von Immissionsvorschriften, die nicht nur dem Schutz privater Güter, sondern auch und vor allem überindividuellen ökologischen Interessen dienen.

These: Ein "Verzicht" auf den Schutz überindividueller Interessen ist unwirksam.

Fraglich kann im Zusammenhang mit Mediationsverfahren bei umweltrelevanten Projekten vor allem auch sein, inwieweit über überindividuelle Rechtsgüter disponiert werden kann. Als Beispiel lässt sich etwa anführen, dass Immissionen aus einer Betriebsanlage meist nicht nur die unmittelbare Nachbarliegenschaft belasten, sondern auch ins Grundwasser oder in die Luft gelangen und auf diese Weise Allgemeininteressen beeinträchtigen könnten. Es gebietet das BVG-umfassender Umweltschutz eine **Ökologisierung der Sittenwidrigkeitsklausel**, sodass solche Verzichte jedenfalls auch privatrechtlich als unwirksam anzusehen sind. Die Staatszielbestimmung hat so genannte unmittelbare Drittwirkung.

Die Unwirksamkeit eines solchen Verzichtes wird sich aber nicht nur aus der Ökologisierung der Sittenwidrigkeitsklausel, sondern schlicht auch aus dem Umstand ergeben, dass dem Einzelnen ohnehin keine Befugnis zukommt, über überindividuelle Interessen zu verfügen.

²⁹⁶ Rummel in Rummel II² 2000, § 1444 Rz 8.

²⁹⁷ Klang in Klang VI, 529.

²⁹⁸ Vgl. dazu schon ausführlich oben e) und OGH 15.7.1993, 8 Ob 501, 502/92, ÖZW 1994, 109 m Anm Rummel.

c) *Rechtspositionen Dritter (Nichtbeteiligte und/oder Nichtunterzeichner)*

Sofern im Folgenden von Dritten, Nichtunterzeichnern oder Nichtbeteiligten gesprochen wird, sind darunter Personen zu verstehen, die in ein Mediationsverfahren entweder gar nicht einbezogen wurden bzw vorzeitig ausgeschieden sind, oder solche, die sich weigerten, nach Durchführung eines Mediationsverfahrens eine Vereinbarung zu unterzeichnen. Andererseits ist darunter kein uneingeschränkter Personenkreis zu verstehen; erfasst sollen von den folgenden Ausführungen nur "Nachbarn" werden, die sich in einem gewissen räumlichen Naheverhältnis zu einer Anlage bzw einem Anlagenprojekt aufhalten. Als Richtschnur für die räumliche Bestimmung des Kreises der potenziellen Betroffenen kann auf den – wenn auch selbst sehr unbestimmten – Nachbarbegriff des § 74 GewO zurückgegriffen werden.

aa) *Vertrag zulasten Dritter*

Die privatautonome Rechtsgestaltung setzt die Zustimmung der Beteiligten bzw Betroffenen voraus. Sie reicht in der Folge so weit, dass den ausgehandelten Ergebnissen eine Vermutung der Richtigkeit im Sinne einer internen Angemessenheit zukommt. Im Bezug auf die Interessen Dritter gilt dieser Grundsatz jedoch nicht, da Dritte ihre Interessen, die oft in Polarität zu den Belangen der anderen Vertragsparteien stehen, nicht in die Verhandlungen einbringen können²⁹⁹. Aber selbst wenn die Interessen Dritter, mit jenen der anderen Vertragsparteien korrelieren, oder wenn dem Dritten Rechte eingeräumt werden, liegt es an diesem, die Ansprüche zu akzeptieren oder zurückzuweisen (§ 882 ABGB)³⁰⁰.

In diesem Sinne würde beispielsweise die Verpflichtung eines Dritten ohne dessen Zustimmung dem oben erwähnten Grundsatz der Privatautonomie völlig widersprechen. Diese allgemeine **Unzulässigkeit von Vertragsverhältnissen zulasten Dritter** hat zur Folge, dass eine Mediationsvereinbarung unzulässig (nichtig) ist, die den Rechtspositionen Dritter - nicht am Verfahren beteiligter Personen bzw Personengruppen – zuwiderläuft. Durch eine solche Vereinbarung können Personen nicht verpflichtet werden. Sie können ihre Rechte somit auch nach Abschluss einer Mediationsvereinbarung nach wie vor so geltend machen, als hätte nie ein Mediationsverfahren stattgefunden. Aus diesem Grund ist es daher nicht möglich, dass Nichtbeteiligte/Nichtunterzeichner durch den Abschluss einer Mediationsvereinbarung in ihren Rechtspositionen beeinträchtigt werden³⁰¹.

²⁹⁹ Meier 1995, 122.

³⁰⁰ Krejci in Rummel I³ 2000, § 879 Rz 128.

³⁰¹ Vgl auch Hellriegel 2002

bb) Vertrag zugunsten Dritter

Eine Verschlechterung von Rechtspositionen Nichtbeteiligter/Nichtunterzeichner (Vertrag zulasten Dritter) ist durch den Abschluss einer Mediationsvereinbarung - wie gerade dargelegt - ausgeschlossen. Allenfalls kann jedoch überlegt werden, ob bzw wie **Dritten** durch den Abschluss einer Mediationsvereinbarung **Rechte eingeräumt** werden können. In diesem Zusammenhang kennt das österreichische Zivilrecht die Figur des Vertrages zugunsten Dritter. Bei einem derartigen Vertrag verpflichtet sich gemäß § 881 Abs 1 ABGB der Versprechende (= Schuldner) gegenüber dem Verbrechensempfänger zu einer Leistung an einen Dritten (= Begünstigter). Je nachdem, ob dem Begünstigten ein unmittelbarer Anspruch gegen den Versprechenden eingeräumt wird oder nicht, kann zwischen einem "echten" und einem "unechten" Vertrag zugunsten Dritter unterschieden werden.

Inhalt eines Vertrages zugunsten Dritter kann grundsätzlich alles sein, was sich auch sonst für eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung eignet³⁰². IdS kann also auch – und dies ist für den Bereich der Umweltmediation wohl von besonderer Bedeutung - eine **Verpflichtung zu einer Unterlassung** ein Bestandteil eines Vertrages zugunsten Dritter sein³⁰³.

Beim "unechten" Vertrag zugunsten Dritter ist der Versprechende nur dem Verbrechensempfänger zu einer Leistung an den Dritten verpflichtet³⁰⁴. Der Dritte selbst hat keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Schuldner. Sollte eine Mediationsvereinbarung im Einzelfall als ein "unechter" Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert werden, so ergibt sich daraus für den Begünstigten selbst noch keine unmittelbare Verbesserung seiner Rechtspositionen. Insbesondere ist er nicht befugt, die Einhaltung bestimmter Verpflichtungen aus der Mediationsvereinbarung einzuklagen. Die Wirkung des "unechten" Vertrags zugunsten Dritter liegt im Zusammenhang mit Mediationsverfahren bei umweltrelevanten Projekten somit weniger auf einer rechtlichen, als vielmehr auf einer faktischen Ebene. Nichtunterzeichner/Nichtbeteiligte können gegen den Projektwerber/ –betreiber zwar nicht unmittelbar vorgehen, sie partizipieren uU aber mittelbar an den Ergebnissen eines Mediationsverfahrens, wenn die Verpflichtungen des Projektwerbers/ –betreibers so ausgestaltet sind, dass sie potenziell auch Dritten zugute kommen können; eine solche Verpflichtung wäre etwa die Zusicherung einer Emissions- bzw Immissionsreduktion oder die Errichtung einer Lärmschutzvorkehrung. Maßgeblich ist also die Auslegung der Verpflichtungen des Einzelfalls.

Anders ist die Situation beim "**echten**" **Vertrag zugunsten Dritter**. Bei dieser Rechtsfigur wird dem Dritten ein unmittelbarer Anspruch gegen den Versprechenden zugestanden. Ob

³⁰² *Koziol/Welser II*¹² 2001, 134

³⁰³ OGH SZ 66/121.

³⁰⁴ *Dullinger* 2002, 119.

ein unmittelbarer Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden begründet wird, ist gemäß § 881 Abs 2 ABGB aus der Vereinbarung, der Natur und dem Zweck des Vertrages zu ermitteln. Im Zweifel erwirbt der Dritte ein solches Recht dann, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteil gereichen soll³⁰⁵.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Mediationsvereinbarung als "echter" Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert werden kann, sind somit mehrere Aspekte zu beachten: Zunächst ist zu fragen, ob die Leistung aus dem Vertrag hauptsächlich einen Dritten begünstigen soll. Dabei ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, wem die Leistungen aus der Vereinbarung hauptsächlich zum Vorteil gereichen. Von einer Mediationsvereinbarung profitieren meist nicht nur die unmittelbaren Verfahrensparteien, sondern uU gerade auch jene Nachbarn, die gar nicht am Konfliktlösungsprozess beteiligt waren bzw vorzeitig aus dem Verfahren ausgestiegen sind.

Es ist daher danach zu fragen, ob die Natur oder der Zweck des Vertrages darin besteht, Dritten (Nichtbeteiligten bzw Nichtunterzeichnern) ein Klagerecht gegen den Versprechenden zu verschaffen. Auch dies wird häufig nicht anzunehmen sein. Auszuschließen ist das aber keinesfalls. Als "echter" Vertrag zugunsten Dritter wird ein Mediationskonsens demnach nur dann zu werten sein, wenn die Parteien des Mediationsverfahrens in ihrer Konfliktlösungsvereinbarung Dritten ausdrücklich oder ausreichend konkludent einen durchsetzbaren Anspruch verleihen wollen. Besonders auf den Willen des PW wird dabei zu achten sein. In praxi wird eine solche Ausdehnung der Klageligitimation auf Nichtbeteiligte bzw Nichtunterzeichner damit zwar eher selten anzufinden sein. UE könnte sie aber dazu beitragen, die Akzeptanz und die Durchsetzbarkeit eines Mediationsergebnisses auch über den Kreis der ursprünglichen Verfahrensparteien hinaus zu erhöhen.

cc) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Hinzuweisen ist im gegenständlichen Zusammenhang noch auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Diese Rechtsfigur greift erst dann, wenn bereits ein Schaden eingetreten ist. Es ist also zu fragen, ob nach Eintritt eines Schadens auch ein begünstigter Dritter seine Schadenersatzforderungen auf die Verletzung einer vertraglichen Pflicht stützen kann, dh ob auch ihm die Vorzüge der vertraglichen Haftung zugute kommen sollen.

³⁰⁵ Dullinger 2002, 120.

Ob im Einzelfall eine Mediationsvereinbarung als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifiziert werden, ist anhand strenger Kriterien zu beurteilen³⁰⁶. In unseren Fällen ist jedoch ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter keinesfalls auszuschließen.

3. Diskrepanz zwischen Mediations- und Verwaltungsverfahren

3.1 Projektänderungen

a) *Änderungen während des Mediationsverfahrens*

Fall: Im Zuge eines Mediationsverfahrens stellt sich heraus, dass das Grundstück, auf dem das Anlagenprojekt verwirklicht werden sollte, mit Dienstbarkeiten behaftet ist. Dies bedingt eine Adaptierung des ursprünglichen Projektplanes.

These: Änderungen des ursprünglichen Anlagenprojekts, die eine Folge des Mediationsverfahrens bilden, sind aus zivilrechtlicher Sicht unproblematisch, weil sie in der anschließenden Mediationsvereinbarung berücksichtigt werden können.

Werden Projektänderungen schon im Mediationsverfahren vorgeschlagen, so kann in der anschließenden Vereinbarung ohnehin darauf Bedacht genommen werden. Sonst kann man für solche Umstandsänderungen mit verschiedenen zivilrechtlichen Optionen vorsorgen.

b) *Nachträgliche Änderungen*

aa) *Bedingung*

Fall: Die Mediationsvereinbarung steht unter der (auflösenden) Bedingung, dass der Projektwerber den Anrainern schriftlich mitteilt, er werde den Betrieb einer thermischen Abfallbehandlungsanlage nicht aufnehmen, weil die dazu erforderliche behördliche Genehmigung nicht erteilt wurde.

These: Bedingungskonstruktionen stellen eine effiziente zivilrechtliche Möglichkeit dar, für ungewisse, zukünftige Ereignisse in Mediationsvereinbarungen vorzusorgen.

³⁰⁶ Zu den Kriterien siehe *Dullinger* 2002, 122.

Bedingung ist die einem Rechtsgeschäft von den Parteien hinzugefügte Beschränkung, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht werden kann (§§ 696, 704 ABGB).

Die Bedeutung einer Bedingung liegt darin, dass die Konfliktparteien eines Mediationsverfahrens ihre Rechtsverhältnisse den zukünftigen, aber auch gegenwärtigen unbekanntem Eventualitäten anpassen können, deren Bestehen bzw Eintritt oder Nichteintritt im Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung noch nicht oder nicht eindeutig vorhersehbar ist.

So könnte etwa auch eine bestimmte behördliche Entscheidung zu einer Bedingung des Mediationskonsenses gemacht werden. Dabei wäre sowohl die Vereinbarung einer auflösenden als auch jene einer aufschiebenden Bedingung denkbar, wobei für die Wahl der konkreten Bedingungskonstruktion die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sein werden. Wichtig ist dabei, dass auch ein bedingter Vertrag Vorwirkungen insofern erzeugt, dass die Parteien grundsätzlich alles Mögliche und Zumutbare tun müssen, damit die Bedingung – je nachdem – ausfällt oder eintritt.

Wird das Projekt überhaupt nicht genehmigt, fällt idR auch die Mediationsvereinbarung weg bzw wird sie gegenstandslos³⁰⁷.

bb) Geschäftsgrundlage

Die Verfahrensparteien gehen beim Abschluss der Mediationsvereinbarung häufig – ohne ausdrückliche Bedingungsvereinbarung - mit Selbstverständlichkeit vom Bestehen, Fortbestehen oder vom Eintritt bestimmter Umstände aus. Irren sich die Konfliktparteien über derartige Geschäftsgrundlagen (beispielsweise weil dem Projektwerber im Bescheid eine unerwartete Auflage vorgeschrieben wird), so stellt sich die Frage der Beachtlichkeit derartiger Fehleinschätzungen³⁰⁸.

Es stellt sich also die Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen Fehlvorstellungen der Konfliktparteien beim Abschluss der Mediationsvereinbarung zu berücksichtigen sind, wenn in der Vereinbarung weder Bestimmungen für einen derartigen Fall getroffen wurden, noch der betreffende Umstand zum Inhalt des Vertrages erhoben wurde. In Betracht kommen Anfechtung bzw Anpassung des Vertrages wegen Irrtums oder – sehr restriktiv, weil die

³⁰⁷ Vgl ausführlicher oben III.4.3.b).

³⁰⁸ *Kozio/Welser* I¹² 2001, 144.

Umstandsänderungen in unseren Fällen meist vorhersehbar - Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage³⁰⁹.

cc) Vorbehalt

Fall: siehe oben (Bedingung)

These: siehe oben (Bedingung)

Denkbar wäre weiters, dass die Konfliktparteien der Mediationsvereinbarung unter dem Vorbehalt der behördlichen bzw einer mit dem Mediationskonsens vertretbaren behördlichen Genehmigung schließen. Auch bei der Vereinbarung eines Vorbehalts kann es sich dogmatisch uE nur um eine Bedingung handeln; dazu daher schon oben a).

dd) Neuverhandlungsklausel

Fall: Für den Fall einer Diskrepanz der behördlichen Genehmigung mit der Mediationsvereinbarung verpflichten sich die Vertragsparteien, neuerlich in Verhandlungen miteinander zu treten.

These: Für den Fall, dass die behördliche Genehmigung einer vorab abgeschlossenen Mediationsvereinbarung entgegensteht, können die Verfahrensparteien eine Vereinbarung treffen, in der sie sich zu neuerlichen Verhandlungen verpflichten.

Neuverhandlungspflichten sind aber nicht nur für jene Fälle denkbar, in denen eine Diskrepanz zwischen einer Mediationsvereinbarung und einer behördlichen Entscheidung gegeben ist, sondern auch in allen Fällen, in denen eine neuerliche Verhandlung sinnvoll erscheint (längere Einstellung eines Betriebes, Wiederaufnahme einer stillgelegten Produktion; siehe Musterfall).

Basis der Neuverhandlung kann allenfalls der noch teilwirksame Vertrag sein. Eine derartige Verhandlungspflichtung ist uE wohl durch Beugestrafen grundsätzlich vollstreckbar. Eine Pflicht der Parteien, durch die Neuverhandlung auch tatsächlich einen neuen Konsens zu finden, kann freilich nicht begründet werden: Ein Konsens ist nicht erzwingbar.

³⁰⁹ Dazu näher etwa *P.Bydlinski* 2002, 137 ff.

ee) *Salvatorische Klausel*

Unter einer salvatorischen Klausel ist eine Vertragsbestimmung zu verstehen, die vorsieht, dass im Falle der Nichtigkeit einzelner Vertragsteile an deren Stelle andere, möglichst ähnliche Bestimmungen treten³¹⁰ (Eventualvereinbarung). Die Nichtigkeit einer Mediationsvereinbarung oder einzelner Vertragsteile einer derartigen Vereinbarung kann sich auch aus der nachfolgenden Entscheidung der Behörde ergeben; dazu ausführlicher oben III.4.3.

Eine salvatorische Klausel kann zweierlei Zwecke verfolgen:

1. *Erhaltungszweck*: Es soll inhaltlich zum Ausdruck kommen, dass die Parteien nicht die gänzliche Unwirksamkeit einer fehlerbehafteten Bestimmung, sondern deren Restgültigkeit wünschen. Dabei ist stets der konkrete Parteiwille zu ermitteln.
2. *Ersetzungszweck*: Mit einer "Ersetzungsklausel" (Eventualklausel) bestimmen die Konfliktparteien, welche Regelung an die Stelle eines nichtigen Teils der Mediationsvereinbarung treten soll (sozusagen Parteiwille 2. Stufe). Denkbar wäre hier etwa eine Bestimmung, in der die Verfahrensparteien vorsehen, dass an die Stelle der nichtigen Vertragspassage eine Regelung treten soll, die der Intention der Parteien am nächsten kommt³¹¹.

Zu problematisieren ist in diesem Zusammenhang vor allem die Frage, inwieweit Mediationsvereinbarungen bzw einzelne Teile eines Mediationskonsenses, die dem öffentlichen Recht widersprechen, mit § 879 Abs 1 ABGB vereinbar sind. Ein Verständnis des § 879 Abs 1 ABGB, wonach pauschal jeder zivilrechtlichen Vertrag, der dem öffentlichen Recht entgegensteht, nichtig sei, geht nach zutreffender hA zu weit. **Entscheidend** für die Nichtigkeit eines zivilrechtlichen Vertrages kann wohl nur der **Schutzzweck** der übertretenen (öffentlich-rechtlichen) Norm sein (zwingende öffentliche Interessen!), der im Einzelfall eigens zu ermitteln ist.

3.2 Übererfüllung gesetzlicher Verpflichtungen

Fall: Im Zuge eines Mediationsverfahrens zur Errichtung einer Müllverbrennungsanlage verpflichtet sich der Projektwerber nicht nur zur Einhaltung sämtlicher behördlicher Auflagen, sondern auch dazu, bestehende Emissionsgrenzwerte nicht auszuschöpfen und die

³¹⁰ *Tschaler* 1998, 281.

³¹¹ *Tschaler* 1998, 281.

Schadstoffemissionen in einem Zeitraum vom 5 Jahren 15 % unter die vorgeschriebene Emissionsgrenzwerte zu reduzieren.

These: Eine zivilrechtliche Mediationsvereinbarung kann gegenüber der verwaltungsbehördlichen Entscheidung überschießend sein. Dh Mediationsvereinbarungen können auch Verpflichtungen enthalten, die zu einem "Mehr" an Umweltschutz führen.

- "Überschießende Vereinbarungen" haben grundsätzlich keine Auswirkungen auf das nachfolgende Verwaltungsverfahren, es sei denn, der Projektwerber verpflichtet sich zB zur Änderung seines ursprünglichen Projektantrages, um weitere Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen. Derartige Verpflichtungen können eindeutig auch über das gesetzlich vorgeschriebene Mindestmaß hinausgehen³¹². Dieser zivilrechtliche Verpflichtung darf kein öffentlich-rechtliches Hindernis entgegenstehen; uU ist dafür eine Genehmigung, Anzeige etc nötig. Hierfür kann der Genehmigungswerber sein ursprüngliches Ansuchen ändern oder sich mit entsprechenden Auflagen einverstanden erklären. Das Einverständnis zu solchen Auflagen kann als Verzicht auf die Bekämpfung derartiger Vorschriften im Instanzenzug angesehen werden.

Abgesehen von den oben genannten Möglichkeiten des Projektwerbers, sich zur Einhaltung höherer Standards zu verpflichten, kann er über derartige "Auflagen" parallel oder alternativ zum Genehmigungsbescheid auch einen zivilrechtlichen Vertrag abschließen. Derartige Vereinbarungen können wie jeder andere privatrechtliche Vertrag auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden. Losgelöst vom oben dargelegten System, das eine Art "freiwillige Selbstverpflichtung" des Genehmigungswerbers im behördlichen Genehmigungsverfahren darstellt, erscheint ein Einfließen überschießender zivilrechtlicher Vereinbarungen zwischen dem Projektwerber und den übrigen Parteien eines Mediationsverfahrens in den Genehmigungsbescheid prima vista aufgrund des Legalitätsprinzips nicht möglich, sofern diesbezüglich keine gesetzlichen Bestimmungen existieren (als Beispiel sei hier § 111 Abs 3 WRG genannt, der die Möglichkeit der Beurkundung einer privatrechtlichen Vereinbarung in einem Bescheid vorsieht³¹³). Das ändert jedoch an der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer solcherart überschießenden Vereinbarung

³¹² Vgl näher oben IV.2.1.b).

³¹³ Es wäre allerdings Folgendes überlegenswert: Wenn die Genehmigung den gesetzlich vorgegebenen öffentlichen Interessen entspricht, so fragt es sich, warum ein höherer nachbarlicher Immissionsschutz, der vom Konsens des Projektwerbers getragen ist, dem Legalitätsprinzip widersprechen soll? Vgl aber B. Davy 1990, 137 unter Hinweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

nichts; behördliche Auflagen sind idR als bloße Mindestanforderungen zu verstehen, die von der Behörde ohnehin von Amts wegen zu berücksichtigen sind³¹⁴; sie hindern den Projektwerber keinesfalls darin, sich unabhängig von den behördlichen Vorgaben jederzeit in einem privatrechtlichen Vertrag **zur Einhaltung höheren (aber auch gleichen) Standards zu verpflichten**. Lediglich eine Vereinbarung über ein Unterschreiten der behördlichen Vorgaben ist ausgeschlossen, soweit es das öffentlich-rechtliche Verhältnis betrifft. Eine privatrechtliche "Erlaubnis" bleibt allerdings möglich. Diese würden dann "griffig", wenn dies auch das öffentliche Recht erlaubt.

Eine Analyse der Mediationsvereinbarungen aus der bisherigen Praxis bestätigt, dass ein Bedarf an solchen Vereinbarungen besteht, und zeigt, dass Projektwerber im Zuge alternativer Konfliktlösungsverfahren regelmäßig Verpflichtungen übernehmen, die im Wege eines herkömmlichen behördlichen Genehmigungsverfahrens nicht vorschreibbar gewesen wären. Damit wird im Ergebnis auch höherer Umweltschutz erreicht und ein weiteres Ziel der Umweltmediation umgesetzt.

Fall: Im Zuge eines Mediationsverfahrens zur Errichtung einer Müllverbrennungsanlage verpflichtet sich der Projektwerber zur Errichtung eines 85 m hohen Rauchgaskamins, obwohl die behördlich vorgeschriebene Mindesthöhe für derartige Kamine lediglich 50 m beträgt.

Eine derartige Vereinbarung scheint aus zivilrechtlicher Sicht unproblematisch. Sie kann, losgelöst vom verwaltungsbehördlichen Genehmigungsverfahren, im Zivilrechtsweg eingeklagt und durchgesetzt werden. Einen Einfluss auf das behördliche Genehmigungsverfahren hat eine solche Vereinbarung - außer 50 m sind zwingend vorgeschrieben oder ein höherer Kamin wäre einem eigenen Genehmigungsverfahren zu unterziehen – grundsätzlich jedoch nicht.

Ist für die Erfüllung der privatrechtlichen Verpflichtung eine öffentlich-rechtliche Genehmigung erforderlich, so muss sich der Projektwerber um diese bemühen.

Privatrechtliche Zusicherungen des Projektwerbers, die über die behördlichen Auflagen hinausgehen, können nicht bloß eine obligatorische, sondern ebenso wie der verwaltungsbehördliche Genehmigungsbescheid eine dingliche Wirkung entfalten. Dies ist vor allem für die Frage der Rechtsnachfolge von Bedeutung. Für eine derartige Vereinbarung empfiehlt sich die Rechtsform der Servitut zu wählen (verneinende Servitut).

³¹⁴ Hanusch 2001, § 357, Rz 9.

Fall: Der Anlagenbetreiber verpflichtet sich dazu, strengere als die gesetzlich vorgesehenen Emissionsgrenzwerte einzuhalten. Eine derartige Verpflichtung sollte nicht nur für den ursprünglichen Projektwerber, sondern auch für dessen Rechtsnachfolger verbindlich sein.

Projekts Die These, dass sich Projektwerber im Zuge eines Konfliktlösungsverfahrens freiwillig zur Einhaltung höherer Standards (privatrechtlich zum Erfolg geringerer Immissionen) verpflichten können, ist uE ein "essential" für effiziente Mediationsverfahren. Denn gerade derartige Selbstverpflichtungen schaffen dem Projektwerber die notwendige Verhandlungsgrundlage. Das Angebot, freiwillig höhere Standards einzuhalten, fungiert im Mediationsverfahren gleichsam als "Tauschobjekt", um die Akzeptanz des zu fördern und so etwaige Zugeständnisse der Projektgegner und damit Beschleunigungseffekte zu erwirken.

4. Rechtsschutz

Fall: Der Errichter eines Sportstadions verpflichtet sich in einem vorgelagerten Mediationsverfahren dazu, auf dem Stadionareal keine "Go-Kart-Bahn", keine Großdiskothek und kein Einkaufszentrum zu errichten. Beabsichtigt bzw verwirklicht der Projektwerber entgegen dieser Vereinbarung eines der ausgeschlossenen Vorhaben, stellt sich die Frage, wie die Vertragspartner dagegen vorgehen können.

These: "Überschießende" Mediationsvereinbarungen sind grundsätzlich wie andere zivilrechtliche Vereinbarungen auch bei den ordentlichen Gerichten einzuklagen. Sind darin auch verwaltungsrechtliche Vereinbarungen enthalten, dann entscheidet darüber die zuständige Behörde.

Fraglich ist allein, ob bzw inwieweit auch die Behörde den privatrechtlichen Konsens in die Verwaltungsentscheidung "einbauen" kann.

Beispielsweise wird ein nach § 111 Abs 3 WRG beurkundetes Übereinkommen durch die Beurkundung zu einer öffentlichen Urkunde (siehe auch § 66 Abs 4 ForstG). Das hat nach § 47 AVG Auswirkungen auf die **Beweiskraft** im Verwaltungsverfahren. Beurkundete Übereinkommen stellen jedoch keine Exekutionstitel nach § 1 VVG oder § 1 EO dar³¹⁵.

³¹⁵ *Kaan/Braumüller* 2000, § 111 Rz 104.

These: Wenn den öffentlichen Interessen entsprochen ist, kann die Behörde bei Einverständnis des Projektwerbers höhere Umweltstandards vorschreiben (Antragsprinzip!!).

Ein zivilrechtliches Übereinkommen verliert nach Ansicht mancher durch die Beurkundung in einem Bescheid seine Eigenschaft als privatrechtlicher Vertrag und wird zum öffentlich-rechtlichen Vertrag³¹⁶. Nicht entnommen werden kann dieser Ansicht allerdings, wie die Umwandlung eines zivilrechtlichen Vertrages in einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dogmatisch begründet werden kann und wie eine derartige hoheitliche Umwandlung mit den grundsätzlichen Auffassungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbar ist. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag wird grundsätzlich zwischen einem Hoheitsträger und einem Rechtsunterworfenen geschlossen. Im gegenständlichen Zusammenhang schließen jedoch Rechtsunterworfenen ohne behördliche Disposition eine zivilrechtliche Vereinbarung³¹⁷. Die Fragestellung ist wohl falsch: Es geht nicht um die "Mutation" der Vereinbarung, sondern darum, ob der privatrechtliche Vertrag auch öffentlich-rechtliche Wirkung hat.

Fälle solcher Anerkennung privatrechtlicher Vereinbarungen im öffentlichen Recht sind unserer Rechtsordnung nicht unbekannt: Die Behörde erlässt nur dann einen Bescheid, wenn keine Parteienübereinkommen vorliegt. Als Beispiele seien hier einzelne Fälle der Enteignungsentschädigung, die Fälle des § 117 WRG sowie jene des § 66 Abs 4 ForstG genannt. Das öffentliche Recht knüpft hier an die Parteienvereinbarung an!

De lege ferenda wäre es also möglich, dass der Gesetzgeber verstärkt an privatrechtliche Vereinbarungen anknüpft³¹⁸.

³¹⁶ OGH v. 25. 5. 1977, 1 Ob 7/77.

³¹⁷ Siehe dazu *Raschauer* 1998, Rz 1263 ff.

³¹⁸ Zum Problem schon ausführlich oben III.4.

V. Rechtspolitische Vorschläge

These: Von einer durchgehenden Reglementierung des Mediationsverfahrens ist unbedingt abzuraten, weil sonst viele Vorteile der Mediation verloren gehen könnten. Zur Klarstellung mancher umstrittener Fragen im Sinne der Rechtssicherheit, aber auch zur schrittweisen Weiterentwicklung des Instituts der Mediation im Umweltbereich könnte eine punktuelle Regelung in maßvoller Weise sinnvoll sein. Dabei sollte vor allem eine stärkere Verzahnung mit dem Verwaltungsverfahren angestrebt werden.

Im Folgenden werden verfahrensrechtliche und materielle rechtliche Vorschläge versucht.

1. Verfahrensrechtliche Vorschläge

1. In § 43 Abs 5 AVG sollte ausdrücklich die Mediation als Mittel des Interessenausgleichs angeführt werden. Zugleich könnten die sachlichen Grenzen des Interessenausgleichs konkretisiert werden, um die verfahrensrechtliche Zulässigkeit zu bestimmen.
2. Ebenfalls in § 43 Abs 5 AVG könnte eine Unterbrechung des Verwaltungsverfahrens zur Durchführung eines Mediationsverfahrens vorgesehen werden.
Eine derartige Regelung existiert bereits im UVP-G 2000. Nach § 16 Abs 2 leg cit kann die Behörde das Verfahren auf Antrag des Projektwerbers zur Einschaltung eines Mediationsverfahrens unterbrechen. UE ist im Hinblick auf diese Bestimmung zu überlegen, ob es nicht im Sinne einer verstärkten Anwendung alternativer Konfliktlösungsvarianten wäre, das Antragsrecht auf Unterbrechung des Verfahrens bzw auf Abhaltung einer Mediation nicht nur dem Projektwerber, sondern sämtlichen Parteien des Genehmigungsverfahrens einzuräumen. Freilich wäre bei einer derartigen Regelung die Gefahr evident, dass Projektgegner Mediationsverfahren als bloßes Verzögerungsinstrument missbrauchen³¹⁹; einer solchen Gefahr kann durch ein Antragsrecht des Projektwerbers auf Fortsetzung des Genehmigungsverfahrens entgegengetreten werden; mit einer solchen Regelung könnte verhindert werden, dass es für den Projektwerber zu ungewollten Verzögerungen kommt³²⁰ (siehe § 16 Abs 2 letzter Satz UVP-G).

³¹⁹ Ferz 2002, 321.

³²⁰ Ferz 2002, 320.

3. Ebenfalls im AVG: Ein Mediationskonsens muss (kann) bei einer Ermessensentscheidung und bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe berücksichtigt werden, wenn er "im Sinne des Gesetzes" ist (oder: auf einen Mediationskonsens ist Bedacht zu nehmen). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das AVG der systematisch nahe liegendste Ort; betont man auch den materiellen Aspekt, ist eine Absicherung in den entsprechenden Materiengesetzen geboten.
4. Regelung der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren: Gesetzlich regelungsbedürftige Vertraulichkeitsinteressen – außerhalb von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, die ohnehin geschützt sind – werden im Mediationsverfahren aus praktischer Sicht nicht gesehen. Letztlich wird es genügen, als Bestandteil der Kooperationsvereinbarung eine einheitliche "Sprachregelung" für die Öffentlichkeitsarbeit zu finden; dieser Themenbereich kann damit der Vereinbarung überlassen werden. Weiter gehende Vertraulichkeitsverpflichtungen – etwa hinsichtlich der erlangten Informationen für die Zeit nach Beendigung des Mediationsverfahrens – erscheinen nicht zweckmäßig.
5. Ausdrückliche Regelung des Vorausverzichts auf Einwendungen/Rechtmittel im AVG: Sofern die derzeit allein unbedenkliche Bedingungskonstruktion (Unterlassen der Einwendungen/Rechtmittel) als unzureichend erscheinen sollte, müsste ein wirksamer Vorausverzicht zumindest an folgende Voraussetzungen anknüpfen:
 - ausreichende (Rechtmittel-) Aufklärung durch den Verhandlungsleiter / oder Mediator?
 - Durchführung einer Mediation
 - Überschaubarkeit der Konsequenzen / sachliche Begrenzung des Verzichts auf den Mediationsgegenstand.Sachlich könnte dabei an die Präklusionswirkungen angeknüpft werden.
6. Stärkere Einbindung der Nachbarn bei der Auswahl der Sachverständigen; zumindest sollte der, der der Beiziehung eines konkreten Sachverständigen zugestimmt hat, diesen nicht mehr im Nachhinein ablehnen dürfen.

2. Materiellrechtliche Vorschläge

In den einzelnen **Materiengesetzen** (zB GewO, WRG, AWG) könnte an Mediationsvereinbarungen angeknüpft werden (Konsens als Tatbestandsmerkmal); zB konsensmäßige Festlegung der zumutbaren Belästigung. Die Bindung der Behörde könnte

voraussetzen, dass die Vereinbarung der Verwaltungsvereinfachung dient und einen sachlich angemessenen Interessenausgleich beinhaltet. Allgemein muss der private Konsens "im Sinne des Gesetzes" sein.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

Mediation als Instrument der alternativen Konfliktlösung auch im Umweltbereich findet auf österreichischer und europäischer Ebene zunehmend Anerkennung. Sie erweist sich als **leistungsfähiges Instrument**, das **neben den Kanon der klassischen Partizipationsformen** (Parteistellung, behördlicher und gerichtlicher Rechtsschutz) tritt. Eine Vorreiterrolle in der allgemeinen gesetzlichen Rezeption der Mediation nehmen das Familienrecht und – insbesondere auf europäischer Ebene – der Bereich verbrauchernaher Materien ein. Zwar sind die Rechtsgrundlagen für die Mediation in österreichischen Recht erst in Ansätzen etabliert, ihre praktische Bedeutung ist aber unbestritten; auch dies zeigt die Beweglichkeit und Leistungsfähigkeit dieses Instruments.

1. Mediation im Umweltrecht sollte **nicht als Ersatz** sondern eher **als Ergänzung bestehender partizipativer Instrumente** (Nachbarparteistellung, Beteiligungs-, Anhörungs- und Informationsrechte) fungieren. Um einen – auch im Sinne der umweltgesetzlichen Wertungen - fairen Ausgleich widerstreitender Interessen generieren zu können, setzt Mediation ungefähr **gleichgewichtige Tausch- und Drohmacht** auf beiden Seiten voraus. Mediation kann daher die klassischen Partizipationsinstrumente nicht substituieren; sie funktioniert vielmehr nur auf deren Grundlage.
2. Diese Ergänzungsfunktion der Mediation bedeutet zugleich, dass Mediation **nicht schlichtweg zu einer "Privatisierung** des Verfahrens" führen sollte. Ihre höchste Leistungsfähigkeit entfaltet Mediation in einem Modell, das die Offizialmaxime des Verfahrens als Regelfall bestehen lässt; im Ausnahmefall – bei unausweichlichen Konfrontationen – bietet sich die Mediation als konfliktlösendes Konsensmodell an, das letztlich die Verwaltung wiederum unterstützt.
3. Im **öffentlichen** Umweltrecht verbrieft § 16 Abs 2 UVP-G die erste explizite Anerkennung und definiert eine Schnittstelle für die Integration der Mediation in ein UVP-Verfahren. Im **privaten** Umweltrecht soll nach dem Entwurf eines Nachbarrechtsänderungsgesetzes Mediation den streitigen nachbarrechtlichen Verfahren zwingend vorgeschaltet werden.
Der Gesetzgeber folgt dabei dem **fachsprachlich geprägten Begriffsverständnis** von Mediation: Einschaltung eines neutralen unparteiischen Dritten in den Konflikt, der

sowohl verfahrens- als auch ergebnisorientiert eingreift und die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen unterstützt, jedoch über keine eigene Entscheidungskompetenz verfügt.

Inhaltlich ausgefüllt wird diese Definition durch die **Leitprinzipien**: externe allparteiliche Leitung, Selbstbestimmtheit und Eigenverantwortung, Informiertheit, Freiwilligkeit, Beteiligung aller Betroffenen, Ergebnisoffenheit, Vertraulichkeit und Erfolgsorientierung.

5. Das bestehende Umwelt-, und Verfahrensrecht ist für die Mediation grundsätzlich offen, und zwar nach einem **parallelen Konzept**: Mediation kann **vor**, **parallel** zu oder **nach** einem Genehmigungsverfahren laufen; eine zwingende oder automatische Verschränkung der Abläufe oder Ergebnisse ist nicht vorgesehen, kann aber über bestimmte **Schnittstellen** (Aufnahme der Mediationsergebnisse ins Projekt, Einigungsversuch des Verhandlungsleiters, Berücksichtigung im Bescheid (soweit "im Sinne des Gesetzes"), privatrechtliche Vereinbarungen mit dinglicher Sicherstellung) umgesetzt werden.
6. Im **öffentlichrechtlichen Verfahren** kann Mediation in verschiedenen Stadien wesentliche Funktionen wahrnehmen:
 - a) In der **Projektierungsphase** kann Mediation als *Begleitinstrument* bei Projekt(vor)besprechungen (zwischen Betreiber und Behörde), als *Informationsquelle* für die Öffentlichkeit im Planungsstadium und als *Kontroll- und Beweissicherungsforum* bei Vorarbeiten und Versuchsbetrieben wirksam werden. Auf diese Weise werden Konsenspotentiale frühzeitig ausgelotet und Konflikte – durch entsprechende Vorhabensoptimierung - vermieden.
 - b) In der Phase der **Verfahrensfeststellung** findet die Mediation nach der lex lata – da Verfahrenszuständigkeiten vom Gesetzgeber in der Regel objektiv festgelegt und (von Ausnahmen abgesehen) nicht in die Disposition der Verfahrensparteien gestellt sind – nur geringe Spielräume vor. Sie kann aber in all jenen Fällen, in denen Parteien eine strengere Umweltprüfung fordern, als nach dem Gesetz vorgesehen ist, als Rahmen für solche *zusätzlichen "Verträglichkeitsprüfungen"* (etwa unter sinngemäßer Anwendung der UVP oder FFH-Richtlinien) dienen und auf diese Weise wertvolle Ermittlungsergebnisse beisteuern. Auch dort, wo die Zustimmung der Nachbarn Tatbestandsmerkmal für ein vereinfachtes Verfahren ist (zB § 25 OÖ BauO), könnte Mediation eingesetzt werden; das enge zeitliche Fenster und die – im Einigungsfall - damit verbundene Aufgabe der Parteirechte

der Nachbarn (Preisgabe der Tausch- und Drohmacht – sh unter 2 oben) sind für die Mediation aber ungünstig.

- c) Unter den **behördlichen** Aufgaben bei der **Verfahrenseinleitung** kann mit Hilfe der Mediation insbesondere die verfahrenspsychologisch heikle *Sachverständigenbestellung* "demokratisiert" werden. Die alleinige behördliche Bestellungskompetenz wird nicht eingeschränkt, sondern es wird durch *Nominierungs-, Vorschlags- oder Anhörungsmodelle* ein Forum geschaffen, in dem mögliche Befangenheitsmomente aufgezeigt und für den Verfahrensleiter wesentliche Entscheidungshilfen geliefert werden.
- d) In der **Ermittlungs- und Verhandlungsphase** besteht zunächst – ähnlich wie in der Projektierungsphase – die Möglichkeit, Mediation als *Optimierungsinstrument für das Vorhaben* einzusetzen und den Betroffenen einen mitgestaltenden Einfluss auf Aspekte des Vorhabens zu geben. Zusätzlich können die Beweismittel, die in der Mediation erhoben werden, den behördlichen *Untersuchungsaufwand entlasten*.

Zur Rolle des Einigungsversuchs und der Manuduktionspflicht siehe unter 10.

- e) Das **Entlastungspotential** der Mediation in der **Entscheidungsphase** liegt vor allem in der *Reduktion der Auflagen- und Begründungserfordernisse*, wenn das Mediationsergebnis in die Vorhabenskonzeption eingeflossen ist.
 - f) In **nachträglichen Anpassungsverfahren** kann Mediation das unter a) – e) für die Verfahrenschonologie erarbeitete Entlastungspotential nochmals entfalten: bei partizipationsarmen Verfahrenstypen als *Begleitinstrument* zur Öffentlichkeitsbeteiligung, bei Verfahrenstypen, die auf Sanierungskonzepten des Betreibers aufbauen, auch als *Mitgestaltungsinstrument*.
7. In **zeitlicher** Hinsicht wird der Einsatz der Mediation in der Chronologie eines Vorhabens (und dessen Genehmigungsverfahrens) aus praktischer Sicht möglichst **frühzeitig** empfohlen, weil sowohl das Gestaltungspotential als auch die Möglichkeit, Eskalationen abzufangen, in der Anfangsphase am größten sind. Ungeachtet dieser Präferenz bestehen Einsatzmöglichkeiten aber im **gesamten Lebenszyklus** eines Projekts (also auch bei "nachträglichen" Verfahren) – von der Planungsphase bis zur Stilllegung.

8. In **funktionaler** Hinsicht ist die Stellung des Mediators nach der lex lata die eines **privaten Vermittlers**. Ein Ausbau in Richtung einer Beleihung mit der Durchführung einzelner Verfahrensstufen – zB der öffentlichen Erörterung – ist de lege ferenda (bis zur Schranke der Kernbereiche der Hoheitsverwaltung) möglich, aber verfahrenspsychologisch kritisch: Durch die funktionale Wahrnehmung von Behördenaufgaben gefährdet der Mediator – zumindest in der öffentlichen Wahrnehmung – seine Neutralität; die Statuierung seiner Weisungsunabhängigkeit im Mediationsverfahren, wie sie etwa im Entwurf des deutschen Umweltgesetzbuchs erfolgt, ändert daran nichts, wenn der Mediator nach Beendigung der Mediation in eine weisungsunterworfenen oder wirtschaftlich von der Behörde abhängige Position zurückkehrt.
9. Einer **allzu engen Verschränkung** von Mediation und Behördenverfahren stehen grundsätzliche **Bedenken** entgegen: Bei zu starker Einbindung der Behörde in den Mediationsprozess stehen einerseits die Freiheit der Mediation, andererseits die Unbefangenheit der Behördenorgane auf dem Spiel. Zudem ist auch die Betrauung des Mediators mit behördlichen Aufgaben dessen Unabhängigkeit (die aus Sicht der Vorhabensbetroffenen auch gegenüber der Behörde bestehen sollte) nicht dienlich.
10. Der **Vermittlungsauftrag des § 43 Abs 5 AVG** erlaubt zwar dem Verhandlungsleiter nicht, selbst einen Mediationsversuch zu leiten, wohl aber auf die Einleitung eines Mediationsprozesses hinzuwirken.
Die **Manuduktionspflicht** des Verhandlungsleiters besteht *nicht während* des Mediationsprozesses, wohl aber bei der *Einleitung* desselben (Belehrung über Auswirkungen der Teilnahme an der Mediation auf verfahrensrechtliche Stellung) und bei der *Berücksichtigung* der Mediationsergebnisse im (fortgesetzten) Ermittlungsverfahren.
Eine Ausweitung des Vermittlungsauftrags des § 43 Abs 5 AVG zu einem echten Mediationsauftrag ist auf bloß *interpretativem* Wege nicht möglich, da der Verhandlungsleiter als Auftragsadressat für die Position des Mediators mangels Unabhängigkeit ausscheidet (sh 9. oben). Auch für einen *legistischen* Ausbau ist § 43 Abs 5 AVG von seiner Konzeption zu eng gefasst, da die Norm bereits aufgebrochene Konflikte voraussetzt und erst in der Verhandlungsphase einsetzt.
11. Die **Berücksichtigung der Mediationsergebnisse im Bescheid** ist über **mehrere Rezeptionsnormen** möglich; schon die bestehende Rechtslage eröffnet dazu Einfallstore, die auch ausbaufähig sind:

- a) *De lege lata* sind als Rezeptionsnormen nicht nur explizite gesetzliche Ermächtigungen oder Aufträge, Parteeinigungen im Spruch des Bescheids zu **beurkunden** anzusehen, sondern **alle behördlichen Entscheidungsspielräume**, die im Sinne einer materiell verstandenen "Hinwirkens-" (§ 43 Abs 5 AVG) bzw. "Berücksichtigungsmöglichkeit", allenfalls -verpflichtung (§ 16 WPG) für eine Aufnahme der Mediationsergebnisse genutzt werden können. Im Rahmen der bei der Ermessensübung (im weitesten Sinn) geforderten Bedachtnahme auf die Umstände des Einzelfalls stellen die Mediationsergebnisse eben solche Umstände dar, die im Sinne des Gesetzes – d. h. im Rahmen der Genehmigungskriterien - zu berücksichtigen sind. Gerade Genehmigungstatbestände, die mit Billigkeits- oder Zumutbarkeitsklauseln operieren oder Interessenabwägungen vorsehen, sind für eine zumindest partielle Rezeption offen.
- b) *De lege ferenda* könnten die Rezeptionsnormen ausgebaut werden: Einer prinzipiell möglichen Aufnahme der Mediation als Tatbestandsmerkmal für ein vereinfachtes Verfahren stehen – wegen der verfrühten Aufgabe der Parteeinstellung der Vorhabensbetroffenen – erhebliche (insb auch verfahrenspsychologische) Vorbehalte entgegen. Vor allem steht der Vorausverzicht auf gesetzliche Partizipationsrechte im Widerspruch zur Ergänzungsfunktion der Mediation (die diesfalls zu einer Ersatzfunktion erweitert würde) und zugleich im Verdacht einer Übereilung oder Übervorteilung durch (zu) frühzeitige Zustimmung. Eine ausdrückliche **Rezeption der Mediationsergebnisse in Genehmigungstatbestände** (als Abwägungskriterium, Bedachtnahmegebot, Element der Zumutbarkeitsprüfung) wäre zu befürworten. Verfassungsrechtliche Grenzen stehen all dem dort entgegen, wo es *überwiegend* um öffentliche Interessen geht, die für die Parteien nicht disponibel sind; dies ist etwa bei überindividuellen Umweltschutzaspekten der Fall.
- c) Die **Bindung der Parteien** an den Mediationskonsens wird von der Rechtsprechung aus dem *Zweck der mündlichen Verhandlung* – den Ausgleich der wiederstreitenden Interessen beizuführen – abgeleitet; dies soll bedingen, dass die Parteien in ihre Erklärungen im Verfahren gebunden sind und allfällige Zugeständnisse nicht mehr zurückziehen können. Als weitere Grundlage kommt auch die Präklusion und die Deutung als impliziter Verzicht in Betracht. Diese **dogmatische Grundlage** ist **präzisions- und ausbaufähig**, muss aber auch von verstärkten Manuduktionspflichten gegenüber den Parteien begleitet sein.

- d) Das Institut des **öffentlich-rechtlichen Vertrags** halten wir sowohl de lege lata als auch de lege ferenda (auf bestehender verfassungsrechtlicher Ausgangslage) für nur eingeschränkt leistungsfähig; dies vor allem deshalb, weil es als *unselbständige Rechtsquelle* gegenüber Bescheid und Vertrag keinen besonderen Mehrwert für die Mediation zu bieten vermag.
- e) Über die Grenzen des Bescheides hinaus kann Mediation auch eine **Verknüpfung zu vorgeschalteten Verordnungserlassungsverfahren** eröffnen; dem unter 6. oben genannten Frühzeitigkeitsgebot kommt die Vorverlegung des Mediationsbeginns jedenfalls entgegen. Vor allem als Begleitinstrument in gestuften Verfahren – etwa bei UVP-pflichtigen Trassenvorhaben – kann eine vertragliche Vereinbarung detailgenauer als die Trassenverordnung die Anforderungen an die Detailprojekte in den nachfolgenden Genehmigungsverfahren determinieren.
12. Das **Nebeneinanderbestehen von Bescheid und Mediationsvereinbarung** (zu dieser unter 16 f), die uU über einzelnen Genehmigungstatbestände partiell verschränkt sind, wirft die Frage nach den Rechtsfolgen auf, die Widersprüche zwischen den beiden Rechtsquellen oder der Wegfall oder die Verletzung einer Rechtsquelle auf die jeweils andere haben:
- a) **Inhaltliche Diskrepanz zwischen Bescheid und Vertrag:** Steht der Bescheid der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen entgegen, liegt meist ein Fall der *nachträglichen rechtlichen Unmöglichkeit* vor, die – sofern nicht einem Vertragspartner zurechenbar – zum Wegfall des Vertrags bzw (bei Restgültigkeit nach dem hypothetischen Parteiwillen) der betroffenen vertraglichen Bestimmung führt.
- b) **Einwendung trotz Verzichts** in der Mediationsvereinbarung: Schon nach bestehender Rechtslage bietet die öffentlich-rechtliche Judikatur Ansätze, Parteien und Behörde an den Mediationskonsens zu binden: Diese werden dogmatisch aus dem *Sinn der Verhandlung* abgeleitet oder auf *Präklusion* gestützt; bisweilen findet sich auch die Deutung als (*impliziter*) *Verzicht*. *Zivilrechtlich* kann ein Rechtsmittelverzicht spätestens ab Bescheiderlassung mittels Gestaltungsurteils durchgesetzt und vollstreckt werden.
- c) **Wegfall des Bescheids** nach Mediationsvereinbarung: Kommt es nach Abschluss der Mediation zum Wegfall des Bescheides, wird – sofern nicht ohnehin vereinbart (was zu empfehlen ist) – zu unterstellen sein, dass die

Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Genehmigung eine *aufschiebende Bedingung* für die Mediationsvereinbarung bilden; subsidiär kann mit *Wegfall der Geschäftsgrundlage* argumentiert werden.

- d) **Wegfall der Mediationsvereinbarung** kann insbesondere bei Anfechtung wegen Willensmängeln (Irrtum, List, Drohung) eintreten. Kommt es dazu *vor Genehmigung*, kann die Behörde auf den damit verbundenen Wegfall von Bewilligungsvoraussetzungen oder die "Verschiebung der Gewichte" im Abwägungsprozess noch reagieren. *Nach Genehmigung* bleiben dem betroffenen Nachbarn – bei eingetretener Präklusion – nur mehr die ihm materiengesetzlich oder verfahrensrechtlich zukommenden Rechte auf Anregung/Beantragung nachträglicher Anpassungen, uU Wiederaufnahme. Zivilrechtlich stehen ihm Schadenersatzansprüche, bei missbräuchlich erschlichener Genehmigung wohl auch Abwehransprüche zu.
13. Ablauf und Ergebnissicherung der Mediation sind – vor der Verknüpfung mit dem Genehmigungsverfahren – durch privatrechtliche Gestaltungsmittel geprägt: Der *Kooperationsvertrag*, der den Ablauf der Mediation regelt, die *Mediationsvereinbarung*, die die Ergebnisse festhält.
14. Die **Kooperationsvereinbarung** regelt typischerweise Verhandlungsgegenstand, Ziele, Dauer, Information, Beziehung externer Sachverständiger, Finanzierung etc durch einen zweiseitigen Vertrag.
In der verfahrenspsychologisch heiklen Anfangsphase ist bisweilen kein Rechtsfolgewille vorhanden und beschränkt sich die Abrede auf eine wechselseitige "Gefälligkeitszusage".
15. Besondere Bedeutung wird der Frage der **Verschwiegenheit** und Vertraulichkeit beigemessen. Zur Wahrung dieser Interessen stellt zwar das Privatrecht verschiedene Instrumente bereit: Vertragsstrafe, Schadenersatz, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage; auf Grund der unter 14. erwähnten Vorbehalte scheint deren Anwendung nicht zweckmäßig. Erfahrungen aus der Praxis belegen, dass die begleitende "Öffentlichkeitsarbeit" der Mediation auch durch sanfte Vereinbarungen ("Sprachregelungen") geordnet werden kann.

16. **Mediationsvereinbarungen** sind in der Regel mehrseitige, entgeltliche Innominatkontrakte mit Dauerschuldcharakter, bisweilen mit starken Elementen eines Vergleichs (§ 1380 ABGB), eines Anerkenntnisses oder Verzichts (§ 937 ABGB).
17. Die Vertragsfreiheit ist durch die **Grenze des Sittenwidrigkeitsverdikts** des § 879 ABGB beschränkt:
- a) **Haftungsausschlüsse**, die die Rechtsgüter Leben und Gesundheit betreffen, sind unwirksam. Haftungsausschlüsse, die andere Rechtsgüter betreffen, sind im Rahmen der Eingriffshaftung gemäß § 364 a ABGB, aber auch für den Fall leichter Fahrlässigkeit bei der Verschuldenshaftung möglich.
 - b) **Vorweg-Verzichte** der Betroffenen auf sämtliche, wie immer gearteten und auf welchen Umständen auch immer beruhenden Einwendungen und Rechtsmittel sind gemäß § 937 ABGB wegen mangelnder Bestimmtheit unwirksam.
Ein Verzicht auf Geltendmachung von Umständen, die den Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bekannt sind, verstößt dagegen nicht gegen § 937 ABGB.
 - c) Der Verzicht auf **Abwehransprüche** ist bei unzumutbarer Belästigung weitgehend zulässig, bei darüberhinausgehenden Gesundheitsgefährdungen mit der Möglichkeit erheblicher Dauerfolgen nicht.
 - e) Die **dingliche Immissionsschutzlage** ist disponibel; durch Servituts- oder Reallastvereinbarung entsteht auch Bindung für Rechtsnachfolger.
 - f) Ein Verzicht auf den Schutz **überindividueller** Interessen ist unwirksam.
 - g) In Mediationsvereinbarungen können **keine Lasten zum Nachteil Dritter** statuiert werden.
 - h) Mediationsvereinbarungen können Rechte zugunsten Dritter verbürgen. Ein echter Vertrag zugunsten Dritter liegt im Zweifel eher nicht vor.
18. Mediationsvereinbarungen können durch grundbücherliche Eintragung von Dienstbarkeiten oder Reallasten mit **dinglicher Wirkung** ausgestattet werden; exemplarisch seien **Dienstbarkeiten** angeführt, die auf Unterlassung von Emissionen über die vertragliche festgelegten Grenzwerte oder außerhalb bestimmter Betriebszeiten gerichtet sind oder die die Unterlassung der Lagerung, Zwischenlagerung, Manipulation und Ab- oder Verladung von Abfällen gebieten.

Gleichermaßen können z.B. **Reallasten** der Errichtung und Erhaltung von Lärmschutzwänden verbüchert werden.

Anhang 1: Ausgewählte Vertragsinhalte aus Mediationsvereinbarungen

1. Teil: Verpflichtungen aus der bisherigen Praxis

a) Vertrag über die Erweiterung einer Müllverbrennungsanlage

Ein Unternehmen betreibt eine thermische Abfallbehandlungsanlage. Es beantragte bei der zuständigen Behörde die Erteilung der Genehmigung für den Ausbau und den Betrieb der ausgebauten Abfallverwertungsanlage. Im Genehmigungsverfahren wurden seitens der Nachbarn (Einschreiter) sowie seitens einer nach UVP-G gegründeten Bürgerinitiative (BI) Einwendungen erhoben. Parallel zum Genehmigungsverfahren wurden zwischen dem Unternehmen und den Einschreitern informelle Gespräche geführt, deren vorrangiges Ziel es war, Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Genehmigungsbescheid möglichst hintanzuhalten und eine für beide Parteien bestmögliche Lösung zu finden.

Vertragsparteien

Unternehmen und Bürgerinitiative als solche sowie sämtliche Mitglieder derselben

Maßgebliche Verpflichtungen des Projektwerbers

- Erstellung von Studien über alternative Zufahrtsmöglichkeiten zur Betriebsanlage;
- Durchführung von Maßnahmen zur Vermeidung von Emissionen sowie zur Reduktion der Immissionsbelastung der Einschreiter;
- Erstellung von genauen Aufzeichnungen über den Betrieb der Verwertungslage;
- Errichtung von Messstationen zur Kontrolle der Schadstoffbelastung, Durchführung von Abwasseruntersuchungen;
- Unterstützung bei der Erwirkung der Errichtung von Lärmschutzmaßnahmen sowie einmalige Beteiligung an den Baukosten ("Verwendungszusage");
- Schaffung von betriebsinternen technischen Voraussetzungen für eine Fernwärmeanbindung sowie Unterstützung bei der Beschaffung öffentlicher Mittel zur Realisierung einer Fernwärmeanbindung ("Verwendungszusage");
- Veröffentlichung von Berichten über aktuelle Emissionswerte; Einräumung von Informations- und Inspektionsrechten;
- Kostenersatz für Mediationsverfahren (Pauschalbetrag).

Verpflichtungen der Einschreiter

- Verpflichtung der Einschreiter, keine Berufungen gegen den Genehmigungsbescheid zu erheben bzw solche zurückzuziehen, sobald der Projektwerber seine Verpflichtungen aus der Mediationsvereinbarung erfüllt hat;
- Verpflichtung, den Projektwerber dabei zu unterstützen, dass auch natürliche und juristische Personen, die nicht Parteien der Mediationsvereinbarung sind, keine Rechtsmittel gegen den Genehmigungsbescheid erheben.

b.) Mediationsvereinbarung über eine Sportanlage

Der Projektwerber ist mit der Errichtung einer Sportanlage betraut. Zur Abstimmung der Interessen zwischen Anrainer und dem Projektwerber sowie zur Vermeidung von Auseinandersetzungen vor bzw während des Baues wurde die Abhaltung "informeller Gespräche" vereinbart. Ziel dieser Gespräche war eine umfassende wechselseitige Information sowie eine aktive Beteiligung der Anrainer bei der Realisierung des Bauvorhabens

Vertragsparteien

Projektwerber und betroffene Anrainer

Maßgebliche Verpflichtungen des Projektwerbers

- Erarbeitung eines homogenen Nutzungskonzepts mit Geschäften, Büros, Gastronomie usw; die Errichtung eines "Vergnügungsparks" sowie eines Einkaufszentrums wird ausdrücklich ausgeschlossen;
- Durchführung von Verkehrsmaßnahmen; Schaffung ausreichender Parkflächen, Errichtung einer Fußgängerunterführung, usw;
- Einbeziehung der Anrainer in die Planung der Anlage;
- Informations- und Inspektionsrechte der Anrainer, Beteiligung der Anrainer an der Öffentlichkeitsarbeit;
- Regelungen über die Rechtsnachfolge.

Verpflichtungen der Anrainer

- Verpflichtung zur offenen Informationspolitik;
- Gestaltungswünsche; die Anrainer verpflichten sich, sich für die Errichtung eines Bus- Shuttledienstes einzusetzen.

c.) Mediationsvereinbarung über die Änderung einer Betriebsanlage

Der Projektwerber hat um Genehmigung für eine wesentliche Änderung einer Betriebsanlage zur thermischen Verwertung von Kunststoffabfällen angesucht. Zur Abstimmung der wechselseitigen Interessen sowie zur Vermeidung von Auseinandersetzungen wurde die Abhaltung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens vereinbart. Dafür wurde eine Bürgerinitiative gegründet, welche vordringlich folgende Anliegen verfolgt:

- Verringerung der Immissionssituation,
- Minimierung der Schadstoffemissionen durch den Einsatz der besten verfügbaren Technik,
- Informations- und Kontrollrechte,
- Einsatz von Ersatzbrennstoffen.

Vertragsparteien

Projektwerber und Bürgerinitiative

Verpflichtungen des Projektwerbers

- Standortpolitische Zusagen: insb Verbot der Verbrennung gefährlicher Kunststoffabfälle; Abfälle werden nur als Sekundärbrennstoff eingesetzt; Verpflichtung, die Anlage keinesfalls in eine der Abfallentsorgung dienende Anlage umzurüsten;
- Dynamisierungsklausel: Lässt sich aufgrund längerer Datenreihen ein eindeutiger Trend der Reduktion von problematischen Inhaltsstoffen ableiten, so wird im Einvernehmen mit der Bürgerinitiative und dem Projektwerber eine weitere Senkung der Grenzwerte angestrebt; diese soll einvernehmlich in den Vertrag aufgenommen werden;
- Reduktion von Luftschadstoffen;
- Messung der Luftschadstoffbelastung;
- Schalldämmende Maßnahmen;
- Informations- und Inspektionsrechte (Anrainerversammlung).

Verpflichtungen der Bürgerinitiative

- Offene Informationspolitik: Die Mitglieder des Bürgerbeirates verpflichten sich zu einer offenen Informationspolitik gegenüber den von ihnen vertretenen BürgerInnen/MitarbeiterInnen;
- Verzicht auf Berufung und Stellungnahmen;

- Einsatz höherer Ersatzbrennstoffmengen: Die Bürgerinitiative erklärt sich unter verschiedenen Bedingungen bereit, dem Einsatz von Ersatzbrennstoffen zuzustimmen.

d.) Vertrag über ein Verkehrsprojekt

Der Vertrag betrifft Begleitmaßnahmen für die Realisierung eines Verkehrsprojektes. Es sollen Streitigkeiten zwischen dem Projektwerber bzw der Baufirma und den betroffenen Anrainer während der Bauzeit nach Möglichkeit verhindert werden.

Vertragsparteien

Projektwerber und Anrainer

Maßgebliche Verpflichtungen des Projektwerbers

- Einschränkung der Bauzeiten;
- Errichtung von Spritz- und Schallschutzwänden während der Bauarbeiten;
- Durchführung von Kontrollmessungen, die über die vorgeschriebenen Lärm- und Erschütterungsmessungen hinaus gehen;
- Einrichtung einer Clearingstelle für die rasche Abwicklung von Schadensfällen;
- Maßnahmen zur Erhöhung der Verkehrssicherheit; Maßnahmen zur Verkehrsberuhigung;
- Informationsrechte.

Verpflichtung der Anrainer

- Bei Einhaltung der zugesicherten Punkte keine weiteren Forderungen an den Projektwerber.

e.) Vertrag über die Erweiterung einer Abfallbehandlungsanlage

Der Projektwerber ist Rechtsnachfolger einer Gesellschaft, die eine Abfallverwertungsanlage betrieben hat. Die Vorgesellschaft hat mit verschiedenen Gemeinden eine Vereinbarung bezüglich Umfang, Ausgestaltung und Nutzungsdauer einer Abfalldéponie geschlossen. Diese Vereinbarung lässt bei Nichtausschöpfung des ursprünglichen Déponievolumens unter bestimmten Voraussetzungen eine Restnutzung des Volumens zu. Der Projektwerber strebt aus diesem Grund eine Restnutzung der Abfalldéponie an.

Vertragsparteien

Projektwerber und betroffene Gemeinden

Verpflichtungen des Projektwerbers

- Mengemäßige Begrenzung der Ablagerung bestimmter Abfälle;
- Verpflichtung zur Rekultivierung der gesamten Deponie innerhalb einer festgesetzten Frist;
- Keine Ansuchen um Genehmigung einer weiteren Deponieerweiterung;
- Durchführung regelmäßiger Grundwasseruntersuchungen, Deponiegasanalysen und Sickerwasserproben;
- Einsichtnahme der Gemeindebürger in Untersuchungsberichte;
- Betrieb eines Altstoffsammelzentrums einschließlich Problemsstoffsammlung;
- Lärm-, Sichtschutz- und Gestaltungsmaßnahmen;
- Zustimmung zur Umwidmung bestimmter Grundstücke und Rechtsmittelverzicht des Projektwerbers;
- Bedingter Rechtsmittelverzicht bei "heranrückender Wohnbebauung".

Verpflichtungen der Gemeinde(n)

- Berücksichtigung der Interessen des Projektwerbers (betriebsbedingter Immissionen) bei Umwidmung bestimmter Grundstücke;
- Informationspflicht gegenüber Projektwerber und betroffenen Anrainer bei bestimmten Bauansuchen; Aufklärungspflichten über Immissionen und Existenz der Vereinbarung.

f.) Vertrag über Betrieb und Sanierung einer Abfalldeponie

Zur Überbrückung des Zeitraumes bis zur Inbetriebnahme einer neuen Abfalldeponie bzw einer thermischen Abfallbehandlungsanlage ist eine begrenzte Erweiterung einer schon bestehenden Abfalldeponie geplant. Der Projektwerber (Abfallverband) hat diesbezüglich um eine Bewilligung angesucht. Zur Vermeidung von Interessenskollisionen wird ein alternatives Verfahren abgehalten.

Vertragsparteien

Abfallverbände, Anrainer und betroffene Gemeinden

Verpflichtungen des Projektwerbers

- Sanierung der bestehenden Deponie;
- Entfernung und Umlagerung von kontaminiertem Erdreich;

- Oberflächenabdichtung und Rekultivierungsmaßnahmen;
- Adaptierung bestehender Anlagenteile (Sickerwasserreinigungsanlage);
- Nachsorgemaßnahmen; Wartung bestimmter Anlagenteile;
- Demontage einzelner Anlagenteile nach Beendigung der Deponierung;
- Grundwasserkontrollen;
- Regelungen über Schadenersatzansprüche sowie Beweislastverteilung;
- Informations- und Inspektionsrechte;
- Verpflichtung, einzelne Grundstücksteile nach Ende des zulässigen Deponiebetriebes an Anrainer zu verpachten.

Verpflichtungen der Betroffenen

- Rechtsmittelverzicht; Zurückziehung von Rechtsmitteln.

g) Vertrag über Schotterabbau

Ein Unternehmen beabsichtigt in einem Gebiet, das der örtsansässigen Bevölkerung als Erholungsraum dient und für die lokale Wasserversorgung von maßgeblicher Bedeutung ist, Schotter abzubauen. Dabei ist mitunter mit erheblichen Immissionen zu rechnen. Um einen Ausgleich der divergierenden Interessen zu finden, wurde ein alternatives Konfliktlösungsverfahren abgehalten.

Vertragsparteien

Unternehmen und betroffene Gemeinde

Verpflichtungen des Projektwerbers

- Lärmschutzmaßnahmen (Errichtung eines Lärmschutzwalles);
- Durchführung von Schallmessungen; Erstellung eines schallschutztechnischen Gutachtens;
- zeitliche und örtliche Betriebsbeschränkung;
- Landschaftsschutz- und Rekultivierungsmaßnahmen
- Dienstbarkeiten;
- Grundbücherlich gesichertes Materialabbauverbot;
- Grundwasserkontrollmessungen, Maßnahmen zur Sicherung der Trinkwasserversorgung;

- Informations- und Inspektionsrechte.

Verpflichtungen der Gemeinde

- 50 % der Einnahmen aus dem Abbauvertrag werden für Natur- und Umweltschutz verwendet;
- Gemeinde verpflichtet sich, die Vereinbarung so umzusetzen, dass die Lebensqualität für die Bevölkerung erhalten bleibt;

Die Gemeinde verpflichtet sich, das Unternehmen bei anderen Behördenwegen zu unterstützen.

2. Teil: Liste gründerbücherlich sicherstellbarer Leistungen:

In der Praxis werden wesentliche Vertragsinhalte bisweilen auch gründerbücherlich abgesichert und damit verdinglicht; beispielhaft seien angefügt:

- die Dienstbarkeit der Unterlassung von Emissionen über die vertraglich festgelegten Grenzwerte;
- die Dienstbarkeit der Unterlassung des Betriebes von bestimmten emissionsintensiven Anlagenteilen;
- die Dienstbarkeiten der Unterlassung der Lagerung, Zwischenlagerung; Manipulation und Ab- oder Verladung von Abfällen;
- die Dienstbarkeit der Unterlassung von Zu- und Ablieferungen und von Ladetätigkeit in bestimmten Zeiträumen;
- die Reallast der Errichtung und Erhaltung von Lärmschutzwänden

Anhang 2: Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Antoniolli-Koja*, Allgemeines Verwaltungsverfahren (1996)
- Apathy*, in: *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, (1988)
- Balthasar*, Das subjektiv (öffentliche) Recht im Amtshaftungsverfahren, ÖJZ 1998, 328
- Barbian*, Innovative Umweltpolitik Qua Verfahren: Die Institution des oberösterreichischen Umweltschlichters, ZfU 1992, 187 ff
- Beclin*, Die wichtigsten Neuerungen durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001), JAP 2001/2002, 121
- Beck-Mannagetta*, Probleme der Konventionalstrafe, ÖJZ 1991, 185
- Breidenbach*, Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, (1995)
- Breidenbach*, Komplementäre Streitbehandlung durch Vermittlung, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, (1997)
- Breidenbach/Henssler (Hrsg)*, Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, (1997)
- Bydlinski F.*, System und Prinzipien des Privatrechts, (1996)
- Bydlinski P.*, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil (2002)
- Bundesministerium für Umwelt*, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), (1998)
- Carl*, Handymasterei in Salzburg, in: *ÖKOBÜRO* (Hrsg), Umweltmediation- Ein geeignetes Instrument für betroffene BürgerInnen? Chancen und Gefahren aus Sicht von Umweltorganisationen und Bürgerinitiativen, (2000)
- Claus*, Der Nutzen der (Umwelt)mediation, Zeitschrift für Medien 1999, 283
- Davy, Benjamin*, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht (1990)
- Dolp/Soder/Hütter*, Mediation im österreichischen Umweltschutzrecht- Praktische Überlegungen für Vorhabenwerber, Beteiligte und Behörden aus Anlass des UVP-G, RdU 2001, 11
- Dullinger*, Bürgerliches Recht, Schuldrecht Allgemeiner Teil (2002)
- Duve/Ponschab*, Wann empfehlen sich Mediation, Schlichtung oder Schiedsverfahren in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten?, Zeitschrift für Mediation 1999, 263
- Ehrke*, Konsensstechniken im Abgabenrecht, (2002)
- Ertl*, in: *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, (2000)
- Ermacora* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979)
- Ferz*, Umweltmediation in Österreich, Betrifft JUSTIZ 2001, 30

- Ferz*, Das UVP-G als Experimentierfeld für Bürgerbeteiligungstrends?, ZfV 2002, 318ff, 323f, 734
- Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages, JAP 2000/2001, 70ff und 139
- Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung (1994)
- Gschnitzer*, in: *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV/1
- Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österr Bundesverfassungsrecht, Band II/2 (1999)
- Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur Gewerbeordnung (1998)
- Grünberger*, Die Regelungen der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 50
- Gründler*, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701
- Hager*, Konflikt und Konsens, (2000)
- Hanusch*, Kommentar zur GewO, (2001)
- Harrison*, Environmental Mediation: The Ethical and Constitutional Dimension, in: Journal of Environmental Law 1997
- Hauer*, Nachbarschutz und Eisenbahnbau, (2002)
- Hauser/Thomasser*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, (1998)
- Hecht*, Partizipation und Access to Justice im Umweltbereich – Umsetzung der Aarhus-Konvention in Österreich (2001)
- Hehn*, Standards für Umweltmediation, Zeitschrift für Mediation 1999, 246
- Hellriegel*, Mediation im Umweltrecht, (2002)
- Hempel*, Modelle alternativer Konfliktregelung – Schiedsgericht, in: *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Entstaatlichung. Gefahr für den Rechtsstaat? (2002) 182.
- Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht, (2002)
- Hirsch*, Ist der Unterlassungsanspruch wirklich verschuldensunabhängig?, JBl 1998, 541
- Holznagel*, Der Einsatz von Konfliktmittlern, Verwaltern und Schiedsrichtern im amerikanischen Umweltrecht, Verw 1989, 421ff
- Holznagel*, Konflikt durch Verhandlung, (1990)
- Holznagel*, Mediation im Verwaltungsrecht, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, (1997)
- Hütter*, Das Problem der "Interessensabwägung", JRP 1999, 160 (167)
- Iro*, Bürgerliches Recht, Sachenrecht² (2002)
- Jeglitzka/Hoyer*, Deutsche Verfahren alternativer Konfliktlösung bei Umweltstreitigkeiten – eine Dokumentation, in: *Zilleßen* (Hrsg), Mediation: kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik, 1998, 137ff
- Jekel*, Die Information und Anhörung der Öffentlichkeit nach der EU-Wasserrahmenrichtlinie, 2002, 345 (359)

- Kaan/Braumüller*, Handbuch Wasserrecht, (2000)
- Kerschner*, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984)
- Kerschner*, Kommentar zur OGH 29.11.1983,4 Ob 124/82, ZAS 1985, 30
- Kerschner*, Nachbarrecht im Spannungsfeld zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JBI 1994, 781
- Kerschner*, Reprivatisierung des Nachbarrechts? Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (1997), 279 ff.
- Kerschner*, Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JBI 2001, 756
- Kerschner*, Bürgerliches Recht, Familienrecht (2002)
- Kleewein*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBI 2000, 562
- Klang*, in: *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band VI
- Kostka*, Kooperation, Partizipation oder starker Staat, Zeitschrift für Mediation 1999, 140
- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I, (2001)
- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II, (2001)
- Krämer*, Umweltmediation und Umweltpolitik der Europäischen Union, in: *BMLFUW et al* [Veranstalter], Environmental Mediation in Europe, (2001)
- Krejci*, in: *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, (2000)
- Kroiss*, Die Verbandsbeschwerde im Umweltrecht- neue Impulse für Österreich durch die Aarhus-Konvention, RdU 2001, 93f
- Kucsko-Stadlmayer*, Der Verzicht auf öffentliche Rechte, in: Festschrift Friedrich Koja, (1998), 577ff
- Lankau*, "Lösung statt Prozeß", Zeitschrift für Mediation 1999, 18
- Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, (1982)
- Loderbauer*, Modelle alternativer Konfliktregelung – Diversion, in: *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Entstaatlichung. Gefahr für den Rechtsstaat? (2002) 174.
- Lofton*, Environmental Enforcement: The Impact of Cultural Values and Attitudes on Social Regulation, in: Environmental Law Reporter (2001)
- Loosen*, Pragmatischer Interessenausgleich versus verfahrensförmige Rechtsverwicklung, Hagen, (2000)
- Ludwig*, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, (1998)
- Mache/Kinscher*, Gewerbeordnung (1982)
- Mast*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsordnung? (2003)
- Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, (1999)
- Mayer*, Wasserkraftwerke im Verwaltungsrecht (1991)

- Mayer*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1994, 114 (118)
- Meier*, Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts (1995)
- Meyer*, Erwartungen der Betroffenen bei Umweltverfahren, in: *Janauer / Kerschner / Oberleitner*, Der Sachverständige in Umweltverfahren (1999), 22
- Nisipeanu*, Das Scoping-Verfahren nach § 5 UVPG – Dargestellt an (ab-)wasserwirtschaftlichen Genehmigungsverfahren, NVwZ 1993, 319
- Nowak*, Das "differenzierte Legalitätsprinzip" in der verfassungsrechtlichen Rechtssprechung, in: Festschrift Ludwig Adamovich (1992), 491ff
- Oberndorfer*, Zum Verzicht im öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialrecht, JBI 1967, 68 (69)
- Öberseder/Hüthmair*, Beschleunigung der Betriebsanlagenverfahren – Maßnahmen und praktische Erfahrungen der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen, in: *Schwarzer* (Hrsg), Die Beschleunigung von Betriebsanlagengenehmigungen (1996), 61
- ÖGUT*, Umweltmediation in Österreich- Einstellungen, Informationsstand und Erwartungen (1998)
- ÖGUT*, Umweltmediation – Praktische Erfahrungen in Österreich (1999)
- ÖGUT*, Das Handbuch Umweltmediation (2001)
- Österreichisches Ökologie-Institut*, Konfliktregelung bei ausgewählten umweltrelevanten Projekten (1996)
- Pesendorfer*, Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, ÖJZ 2002, 530.
- Petek*, Mediation im Verhältnis zum Verwaltungsverfahren und Berücksichtigung bei behördlichen Entscheidungen (2001)
- Petek*, in: *Environmental Mediation in Europe* (2001)
- Ramsauer*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung (1997)
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, (1998)
- Raschauer*, Die Aufgaben der Verwaltung, in: *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre (2002)
- Raschauer*, Kommentar zum Wasserrecht, (1983)
- Rechberger*, Kommentar zur ZPO, (2000)
- Reischauer*, Neuere Rechtsprechung und Lehre zu §1298 ABGB, JBI 1998, 473 und 560
- Reischauer*, in: *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (2000)
- Riedler*, Gesamt- und Teilnichtigkeit im österreichischen Recht (1998)
- Rummel*, in: *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II (2000)

- Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971)
- Schefbeck*, Bundesgesetz über gerichtснаhe Mediation, JRP 2002, 80.
- Schoeneberg*, Umweltverträglichkeitsprüfung (1993)
- Schmid*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Europa, in: *Betrifft JUSTIZ* (65), 2001
- Schmidt*, Mediation und andere Formen der Partizipation in der öffentlichen Verwaltung, *Zeitschrift für Mediation* 1999, 290
- Schneider*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung (1997)
- Schrader*, Mediation im Umweltgesetzbuch, *Zeitschrift für Mediation* 1999, 155
- Schuster-Bonnott*, Die Gefahr des Zuwiderhandelns gegen Unterlassungsverpflichtungen (Wiederholungsgefahr), *JBl* 1974, 174
- Scott*, EC Environmental Law (1998)
- Spielbühler*, in: *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, (2000)
- Stein*, Legal Framework and Practical Experience: The Integration of Social Aspects in EIA (1997), 237 (260)
- Steinacher*, Anwaltliches Berufsbild und Mediation, *AnwBl* 2003, 129
- Stevens-Bartol*, Mediation im Arbeitsrecht, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung (1997)
- Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht (2001)
- Sünderhauf*, Mediation bei der außergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland (1997)
- Thienel*, Verwaltungsverfahren, (2000)
- Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht, (2002)
- Tschaler*, Zur Statthaftigkeit der Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in AGB bei Verbraucherverträgen, *ÖJZ* 1998, 281
- Verschraegen*, Mediation: Sinnige Mode oder moderner Unsinn? in: *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Entstaatlichung. Gefahr für den Rechtsstaat? (2002) 166.
- Von Tuhr*, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II (1957)
- Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts (1995)
- Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I (1998)
- Wiederin*, Nachbarn im Anlagenverfahrensrecht, *JRP* 1998, 63
- Wimmer/Bergthaler*, Der Gegenstand der UVP: Aufgaben und Grenzen der vorhabensbezogenen UVP, in: *Bergthaler/Weber/Wimmer* (Hrsg), Die Umweltverträglichkeitsprüfung, (1998)
- Zieher*, Akzeptanz von Mediation im Umweltbereich, *Zeitschrift für Mediation* 1999, 224

Zieher, Umweltmediation- Praktische Erfahrungen mit Umweltmediation als
Konfliktregelungsverfahren (1999)

Zieher, Was ist Umweltmediation, in *ÖKOBÜRO* (Hrsg), Umweltmediation- Ein geeignetes
Instrument für betroffene BürgerInnen? Chancen und Gefahren aus Sicht von
Umweltorganisationen und Bürgerinitiativen (2000), 8f

Zilleßen, Die Stellung der Mediation im politischen System der Demokratie, *Zeitschrift für
Mediation* 1999, 278

1st European Symposium Paper – Environmental mediation in Europe, (2001)