

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.103 vom 24. August 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-08-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2014.103](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.103)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.103 du 24 août 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.103 del 24 agosto 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 28. April 2014 sowie aus § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (OG, SG 153.100) und den §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb zum Rekurs legitimiert (§ 13 VRPG). Auf den form- und fristgerecht erhobenen Rekurs ist einzutreten.

1.2 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Kosten der anwaltlichen Vertretung, nachdem sich der Rekurrent mit der Rekursbegründung darauf beschränkt hat (vgl. oben Sachverhalt).

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft nach § 8 VRPG und Art. 110 BGG umfassend, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler VGE VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011, E. 1.1 mit Hinweis). Das Verwaltungsgericht ist demgegenüber mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift nicht befugt, über die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids zu befinden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen (zur Kognition des Gerichts beim Sprungrekurs gemäss dem baselstädtischen Rekursverfahren: Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 62; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, Buser [Hrsg.] S. 442; statt vieler: VD.2012.55 vom 20. Dezember 2012 E. 3.1)

### **E. 2**

2.1 Der Rekurrent ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinem Hauptantrag, ihm sei die bedingte Entlassung aus dem Massnahmenvollzug zu bewilligen, unterlegen. Demgegenüber drang er mit seinem Eventualantrag, ihn für den Fall der Abweisung seines Hauptantrages unverzüglich in eine (halb)offene Vollzugsanstalt zu versetzen, durch. Mit Bezug auf die Verweigerung einer Parteientschädigung erwog die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, gemäss § 7 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) und § 13 der Verordnung zum VGG (VGv, SG 153.810) erhalte die teilweise obsiegende Partei eine angemessene Parteientschädigung für die entstandenen Anwaltskosten. Dabei

seien bei der Kostenverlegung im Laufe des Rekursverfahrens eingetretene, neue Tatsachen, welche sich auf den Umfang des Unterliegens auswirkten, zu berücksichtigen. Vorliegend habe sich die Sachlage bezüglich der Bewilligung von Vollzugsöffnungen zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung und Einreichung der Rekursbegründung wesentlich anders dargestellt als zum Zeitpunkt der Fällung des Rekursentscheids. Nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens im Sinne von Art. 64 StGB obliege die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit im Hinblick auf die Bewilligung von Vollzugsöffnungen gemäss Art. 75a Abs. 1 und 2 StGB der KoFako, soweit diese Frage von der Vollzugsbehörde nicht eindeutig beantwortet werden könne. Damit sei für die Bewilligung von Vollzugsöffnungen und die Versetzung in eine offenere Vollzugsanstalt die Beurteilung durch die KoFako entscheidend gewesen. Zwar hätten verschiedene ärztliche Berichte und ein Gutachten vorgelegen, welche einen möglichst kurzfristigen Übergang in ein halboffenes Setting propagierten. Dabei handle es sich aber um Einschätzungen aus fachärztlicher Sicht. In diesen sei eine Beurteilung der Situation einzig mit Blick auf die Bedürfnisse des Rekurrenten erfolgt. Demgegenüber habe die Vollzugsbehörde eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen und die entgegenstehenden öffentlichen Interessen unter Einschluss einer allfälligen Gemeingefahr zu berücksichtigen. Eine solche habe bereits deshalb nicht ausgeschlossen werden können, weil die KoFako in ihrer Beurteilung vom Juli 2012 noch davon ausgegangen sei, dass der Rekurrent gemeingefährlich sei und unverzüglich von einem offenen Setting in den geschlossenen Vollzug versetzt werden müsse. Die neuere, aktuelle Beurteilung des Rekurrenten durch die KoFako vom 11. Dezember 2013, welche dem Strafvollzug am 20. März 2014 zugegangen sei, sei daher der entscheidende Faktor beim Entscheid über die Gewährung von Vollzugsöffnungen respektive der Versetzung in ein offeneres Setting gewesen. Dies sei dem Vertreter des Rekurrenten bewusst gewesen, habe er doch selber ausgeführt, dass die KoFako bezüglich der Vollzugslockerungen formell zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit zu befragen sei. Dennoch habe der Rekurrent ausdrücklich verlangt, dass über diese Frage unverzüglich und somit vor dem Vorliegen einer aktuellen Einschätzung der Gemeingefährlichkeit durch die KoFako zu entscheiden sei. Daher könne dem Rekurrenten für das teilweise Obsiegen keine Parteientschädigung entrichtet werden.

2.2 Der Rekurrent lässt unter Bezugnahme auf Alexandra Schwank (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, Buser [Hrsg.], S. 471) geltend machen, eine teilweise oder ganz obsiegende Partei habe gemäss herrschender Praxis einen Anspruch auf Ausrichtung einer angemessenen Parteientschädigung, soweit es sich nicht um einen Bagatellfall handle. Da er mit seinem Rekurs gegen die Verfügung vom 14. November 2013, mit welcher der Strafvollzug die Gewährung von Vollzugsöffnungen abgelehnt hatte, durchgedrungen sei, habe er Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung. Dieser Antrag sei nur aus verfahrensökonomischen Gründen mit dem Rekurs gegen die Verfügung vom 11. November 2013 verbunden und als Eventualantrag zum Antrag auf Bewilligung der bedingten Entlassung formuliert worden.

2.3 Damit unterlässt es der Rekurrent, sich mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach bei einem (teilweisen) Obsiegen aufgrund von Noven von einer Parteientschädigung abgesehen werden kann, auseinander zu setzen. Diesen Erwägungen ist indessen beizupflichten. Die Verlegung der Parteikosten folgt zwar grundsätzlich dem Unterliegerprinzip. Davon kann aber in Anwendung des Verursacherprinzips abgewichen werden. Gestützt auf das

Verursacherprinzip hat auch eine ganz oder teilweise obsiegende Partei, die von ihr zu vertretenden Kosten selber zu tragen (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 218). Vorliegend ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass der Rekurs gegen die Verfügung vom 14. November 2013 im vorinstanzlichen Verfahren erst auf der Grundlage der aktuellen Beurteilung durch die KoFako vom 11. Dezember 2013, welche dem Strafvollzug am 20. März 2014 zugestellt wurde, gutgeheissen werden konnte. Nach Art. 75a Abs. 1 StGB beurteilt die KoFako als Kommission nach Art. 62d Abs. 2 StGB die Gemeingefährlichkeit eines Täters im Hinblick auf die Bewilligung von Vollzugsöffnungen. Sie beurteilt dabei die Zulässigkeit von Vollzugsöffnungen auf der Grundlage ihrer Einschätzung der konkreten Gefährlichkeit eines Straftäters (Heer, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage 2013, Niggli/Wiprächtiger, Art. 75a StGB N 7). Artikel 75a StGB enthält damit eine Kompetenzregelung (Trechsel/Aebersold, in: StGB Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, Trechsel/Pieth [Hrsg.], Art. 75a StGB N 3). Auf eine Beurteilung der Gemeingefährlichkeit des Gefangenen durch die KoFako kann nur verzichtet werden, wenn die Vollzugsbehörde dazu eindeutig Stellung nehmen kann (Art. 75 Abs. 1 lit. b StGB). Dass dies vorliegend der Fall gewesen wäre, wird von keiner Seite geltend gemacht. Noch mit Beurteilung vom 25. Juli 2012 beurteilte die KoFako den Rekurrenten als gemeingefährlich und empfahl seine Versetzung in die geschlossene Abteilung des Massnahmenzentrums sowie den vorläufigen Verzicht auf die Gewährung von Ausgängen. Erst nach erfolgter Bewährung im Rahmen der geschlossenen Abteilung und der Erzielung von nachhaltigen Therapiefortschritten seien Vollzugslockerungen erneut in Betracht zu ziehen. Am 29. Juli 2013 meldete der Strafvollzug den Rekurrenten erneut bei der KoFako zur Beurteilung seiner Gemeingefährlichkeit in Bezug auf Vollzugsöffnungen an. Bereits mit Eingabe vom 2. September 2013 beantragte der Rekurrent die Gewährung von Vollzugslockerungen, ohne dass der noch ausstehende Bericht der KoFako abgewartet werden sollte. Deshalb entschied der Strafvollzug mit Verfügung vom 14. November 2013 darüber auf der Grundlage der Empfehlungen der KoFako vom 25. Juli 2012 und lehnte die Gewährung von Vollzugslockerungen ab. Erst mit ihrer Beurteilung vom 11. Dezember 2013 erachtete die KoFako das Setting in den Anstalten Thorberg aufgrund der geringen Übungsfelder als suboptimal für die weitere therapeutische Behandlung und empfahl, den Rekurrenten bei weiterhin positivem Verlauf in eine offenere Vollzugseinrichtung mit sozio- oder milieutherapeutischem Angebot zu versetzen. Daraus folgt, dass die Verfügung des Strafvollzugs vom 14. November 2013 zum damaligen Zeitpunkt nicht zu beanstanden war. Erst aufgrund echter Noven musste dieser Entscheid mit dem Rekursentscheid geändert werden. Wäre die Verfügung vom 14. November 2013 nicht angefochten worden, so hätte die Strafvollzugsbehörde aufgrund der mit der aktuellen Beurteilung der KoFako eingetretenen wesentlichen neuen Tatsachen eine neue Verfügung erlassen oder die bestehende in Wiedererwägung ziehen müssen. Dazu war der Strafvollzug, nachdem der Rekurrent den Rechtsweg bereits beschritten hatte, aufgrund des Devolutiveffekts im Rekursverfahren zumindest nicht mehr verpflichtet, soweit er dazu überhaupt noch berechtigt war, da er sich bereits mit Eingabe vom 12. März 2014, mithin vor dem Erhalt des KoFako-Berichts am 21. März 2014, zum Rekurs vernehmen liess. Jedenfalls wäre beim (fiktiven) erneuten Erlass einer den Antrag auf Vollzugslockerung gutheissenden Verfügung das vorliegende Rekursverfahren gegenstandslos geworden. Wie beim Eintritt der Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens richtet sich die Kostenverteilung daher auch bei der Gutheissung eines Rekurses aufgrund von echten Noven danach, wer das

Rekursverfahren veranlasst hat, wie das Verfahren mutmasslich ausgegangen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche zur Notwendigkeit einer neuen Beurteilung geführt haben (vgl. dazu: Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 198; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, Buser [Hrsg.] S. 470; Beusch, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], St. Gallen 2008, Art. 63 VwVG N 16; Maillard, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 63 VwVG N 17; Pfeleiderer, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 58 VwVG N 50; zu Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO: Jenny, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Auflage 2013, Art. 107 ZPO N 16; Rüeegg, in: Basler Kommentar ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2. Auflage 2013, Art. 107 ZPO N 8).

2.4 Indem der Rekurrent explizit vor Eingang der neuen Beurteilung durch die KoFako einen Entscheid verlangte, veranlasste er das Rekursverfahren und damit auch die Vertretungskosten, welche im Falle des Abwartens der neuen Beurteilung durch die KoFako nicht notwendigerweise entstanden wären. Die Verweigerung einer Parteientschädigung durch die Vorinstanz ist daher berechtigt und nicht zu beanstanden.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Rekurrent dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 500.■. Aufgrund des ihm gewährten Kostenerlasses gehen diese Kosten zu Lasten des Staates. Dem Vertreter des unentgeltlich prozessierenden Rekurrenten ist ein angemessenes Honorar zuzusprechen. Mangels Kostennote ist der zeitliche Aufwand zu schätzen, wobei rund drei Stunden angemessen erscheinen. Dem Vertreter des Rekurrenten ist daher ein Honorar von CHF 600.■, einschliesslich Auslagen (welche marginal angefallen sein dürften) und zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, aus der Gerichtskasse auszurichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.