

# **VS\_GERICHTE A3 11 13 vom 3. Februar 2012**

VS Kantonsgericht, 2012-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A3 11 13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A3_11_13)

FR: VS\_GERICHTE A3 11 13 du 3 février 2012

IT: VS\_GERICHTE A3 11 13 del 3 febbraio 2012

## **Regeste**

JUGCIV A3 11 13 URTEIL VOM 3. FEBRUAR 2012 Kantonsgericht Wallis  
Öffentlichrechtliche Abteilung Der Einzelrichter des Kantonsgerichtes, Thomas Brunner,  
urteilend gemäss Art. 14 Ziff. 2 und 194bis der Strafprozessordnung vom 22. Februar 1962  
(StPO/VS; SGS/VS 312.0), unter Beizug der Gerichtsschreiberin Nadja Schwery, in Sachen  
Berufung von X\_\_\_\_\_, vertreten durch die Advokaten A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_,  
C\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_ gegen Einwohnergemeinde

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In einem ersten Schritt gilt es die Frage zu klären, welche gesetzlichen Bestimmungen auf die vorliegend angefochtene Baubusse vom 9. November 2010 anwendbar sind. Im Rahmen des Verfahrens vor Kantonsgericht wurde teils das Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom

#### **E. 1.1**

Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) in Kraft getreten, welche die Verfolgung und die Beurteilung der Bundesrechtsübertretungen regelt. Ohne gegenteilige Bestimmungen ist die StPO analog auf die kantonale rechtlichen Übertretungen anwendbar (Art. 2 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung vom 11. Februar 2009 [EGStPO; SGS/VS 312.0]). Bei der vorliegend angefochtenen Baubusse handelt es sich um eine Strafe, die auf Grund von Art. 54 Abs. 1 lit. a des Baugesetzes vom 8. Februar 1996 (BauG; SGS/VS 705.1) in Verbindung mit Ziff. 2.4 des kommunalen Bussenkonzeptes ausgefällt wurde. Die StPO ist mithin analog auf die vorliegend angefochtene Baubusse anwendbar.

#### **E. 1.2**

Auch die Bestimmungen des Übergangsrechts der StPO finden auf die Verfolgung und Beurteilung der kantonale rechtlichen Übertretungen sowie auf den Vollzug der Urteile analog Anwendung (Art. 46 Abs. 1 EGStPO). Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 453 Abs. 1 StPO ist ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid, der vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden zu beurteilen. Die angefochtene Baubusse der Gemeinde datiert vom 9. November 2010 und wurde gemäss Art. 34a ff. aVVRG bzw. nach der Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Februar 1962 (SGS/VS 312.0, StPO/VS) gefällt. Somit gelangt vorliegend das alte Recht zur Anwendung. 2. Wie bereits erwähnt wurde die vorliegend umstrittene Baubusse auf Grund von Art. 54 Abs. 1 lit. a des Baugesetzes vom 8. Februar 1996 (BauG; SGS/VS 705.1) in Verbindung mit Ziff. 2.4 des kommunalen Bussenkonzeptes ausgefällt.

Art. 56 Abs. 3 BauG bestimmt, dass das Strafverfahren durch die kantonale Spezialgesetzgebung geregelt ist. Damit verweist das BauG implizit auf die Art. 34a - 34n VVRG respektive für den vorliegenden Fall auf die Art. 34a - 34m aVVRG (Urteil des Kantonsgerichts A3 11 17 vom 29. November 2011; A 3 09 4 vom 23. April 2009 E. D). Diese teilen das Verwaltungsstrafrecht in das ordentliche und in das summarische Verfahren auf. Deshalb ist in einem zweiten Schritt die Frage zu beantworten, nach welcher Verfahrensart des aVVRG die vorliegend umstrittene Baubusse zu behandeln ist: 2.1 Im summarischen Verfahren ergehen die Strafverfügungen ohne vorherige Anhörung des Beschuldigten in Form eines summarisch begründeten Strafsentscheids. Es gelangt dort zur Anwendung, wo der Sachverhalt erwiesen erscheint und der Verstoss mit einer Busse bis Fr. 5 000.-- geahndet werden kann (Art. 34i Abs. 1 aVVRG). Gegen den summarisch begründeten Strafsentscheid kann der Beschuldigte Einsprache gemäss den Bestimmungen von Art. 34a - 34g aVVRG erheben (Art. 34k Abs. 1 aVVRG). Unterlässt er die Einsprache oder zieht er sie zurück, steht der Strafsentscheid einem vollstreckbaren Urteil gleich (Art. 34k Abs. 2 aVVRG). Einzig der Einspracheentscheid ist mit Berufung anfechtbar (Art. 34k Abs. 3 a VVRG).

- 6 -

2.2 Das ordentliche Verfahren hingegen ist in Art. 34l aVVRG geregelt: Sind die Voraussetzungen für das summarische Verfahren (Art. 34i Abs. 1 aVVRG) nicht erfüllt, hat die Behörde nach den allgemeinen Bestimmungen des vorliegenden Gesetzes oder der Sondergesetzgebung zu verfahren (Art. 34l Satz 1 aVVRG). Ihr Entscheid unterliegt der Berufung (Art. 34l Satz 2 aVVRG). Die Berufung im Allgemeinen hat ihre Regelung in den Art. 176 ff. StPO/VS gefunden; die Berufung gegen administrative Strafsentscheide in den Art. 194 f. StPO/VS. Gemäss Art. 14 Abs. 2 und Art. 194bis Ziff. 1 StPO/VS steht die Berufung bei einem Richter des Kantonsgerichts offen gegen Entscheide der kantonalen und kommunalen Behörden über strafbare Handlungen, welche unter anderem in Anwendung der kommunalen und kantonalen Gesetzgebung gefällt worden sind. Die Berufung im Sinne von Art. 194bis StPO/VS ist innert 30 Tagen bei einem Richter des Kantonsgerichts zu erheben. 2.3 Die Höhe der vorliegend umstrittenen Baubusse (Fr. 20 000.--) sprengt den Rahmen des summarischen Verfahrens (Bussen bis Fr. 5 000.--) und indiziert damit das ordentliche Verfahren. Abgesehen davon trägt das Verfahren, in dessen Rahmen die vorliegend umstrittene Baubusse erlassen worden ist, jedoch offensichtlich die Charakteristika des summarischen Verfahrens. Zu diesem Schluss führt der Einwand des Berufungsklägers, vor Ausfällung der Baubusse weder mündlich noch schriftlich angehört worden zu sein. Im Rahmen der Sitzung vom 6. April 2010 sei über die fehlende Ausnützungsziffer diskutiert worden, jedoch nie von einer drohenden Baubusse die Rede gewesen. Deshalb sei sein rechtliches Gehör verletzt worden. Den Akten lassen sich tatsächlich keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Gemeinde dem Berufungskläger die Möglichkeit eingeräumt hätte, sich zur drohenden Baubusse wegen Überschreitung der Ausnützungsziffer mündlich oder schriftlich zu äussern. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil der Anspruch auf rechtliches Gehör sich nicht nur auf den Sachverhalt erstrecken kann, sondern auch auf die rechtliche Würdigung, sofern diese für die Parteien völlig überraschend ist (Patrick Sutter, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2008, N 1 zu Art. 30 VwVG). Angesichts des Umstandes, dass die Gemeinde die Baubusse in der Höhe von Fr. 20 000.-- ausgesprochen hat, ohne dem

Berufungskläger im Vorfeld die Gelegenheit einzuräumen, sich dazu zu äussern, hat sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 19 ff. aVVRG) nicht berücksichtigt und die Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Erlass von Strafverfügungen ohne vorherige Anhörung des Beschuldigten in Form eines summarisch begründeten Strafentscheids im Sinne von Art. 34i Abs. 1 aVVRG) angewendet. Zur selben Konklusion führt auch ein Blick auf die Rechtsmittelbelehrung der Gemeinde, wonach gegen die „Busse innert 30 Tagen seit der Eröffnung bei der Entscheidbehörde Einsprache gemäss Art. 34a i.V.m. Art. 34k VwVG erhoben werden“ könne. Gegen einen allfälligen Einspracheentscheid könne innert 30 Tagen seit der Eröffnung bei einem Richter des Kantonsgerichts Berufung erhoben werden. Diese Rechtsmittelbelehrung wird in casu dahingehend ausgelegt, dass die Gemeinde wohl nicht auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) verweisen wollte, welches auf Verfahren in Verwaltungssachen

- 7 -

Anwendung findet, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen, in erster Instanz oder auf Beschwerde hin zu erledigen sind (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VwVG), sondern vielmehr auf das kantonale Verwaltungsstrafrecht (mithin bis zum 31. Dezember 2010 auf die Art. 34h ff. aVVRG). Mit ihrer Rechtsmittelbelehrung (Einsprache im Sinne von Art. 34a i.V.m. Art. 34k aVVRG) öffnete die Gemeinde mithin den Weg zur Einsprache im summarischen Verfahren. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungskläger nicht gemäss den Verfahrensgarantien der Art. 19 ff. aVVRG angehört wurde. Die vorliegend umstrittene Baubusse erging als summarisch begründeter Strafentscheid im Sinne von Art. 34i f. aVVRG (und nicht im Rahmen des ordentlichen Verfahrens nach Art. 34l aVVRG). Die Rechtsmittelbelehrung der Gemeinde (wonach innert 30 Tagen Einsprache zu erheben sei) ist damit korrekt, da gegen im summarischen Verfahren ergangene Strafentscheide Einsprache im Sinne von Art. 34k aVVRG einzulegen ist. Der Berufungskläger nahm die Baubusse der Gemeinde am Dienstag, 16. November 2010, in Empfang. Die Rechtsmittelfrist begann am folgenden Tag zu laufen und endete am Donnerstag, 16. Dezember 2010 (Poststempel). Der Berufungskläger hinterlegte die Einsprache am 14. Dezember 2010 bei der Gemeinde. Damit hat er die Einsprache rechtzeitig bei der örtlich und sachlich zuständigen Behörde eingereicht. Daraus erhellt, dass die umstrittene Baubusse vom 9. November 2010 nach wie vor bei der Gemeinde hängig ist; die Überweisung an das Kantonsgericht unterbrach die Litispandez nicht (Urteil des Bundesgerichts 1P.143/2004 vom 17. August 2004 E. 3.3.3). Auf die Berufung vom 17. Juni 2011 kann damit nicht eingetreten werden. Die Gemeinde ist gehalten, die Einsprache vom 14. Dezember 2010 an die Hand zu nehmen und darüber gesetzeskonform zu entscheiden. 3. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Gemeinde sich anlässlich des Einspracheentscheids über die Baubusse vom 9. November 2010 an die Rahmenbedingungen von Art. 34i aVVRG wird halten müssen, wonach die Höhe von Baubussen, die im Rahmen des summarischen Verfahrens erlassen werden, Fr. 5 000.-- nicht übersteigen darf. Aus der systematischen Auslegung der Art. 34a aVVRG leitet das Kantonsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass diese Obergrenze im Einspracheentscheid nicht überschritten werden darf (Urteil des Kantonsgerichts A3 11 17 vom 29. November 2011; A3 10 17 vom 28. September 2011 6.2; A3 09 20 vom 18. August 2010 E. 11). Überdies ist in Erinnerung zu rufen, dass die Höhe der Baubusse nach den

Verhältnissen des Täters zu bestimmen ist; er soll die Strafe erleiden, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 EGStGB i.V.m. Art. 106 Abs. 3 StGB). Innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens wird die Strafe nach dem Verschulden des Täters bemessen. Dabei werden das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren

- 8 -

Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 59 Abs. 1 EGStGB i.V.m. Art. 47 StGB). Die Gemeinde wird die Höhe der vorliegend umstrittenen Baubusse anhand dieser Kriterien festzulegen haben. Sie hat sich zu diesen subjektiven Tatbestandselementen zu äussern und allenfalls Abklärungen zu treffen. 4. Das Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8), in Kraft seit dem 1. Januar 2011, erklärt sich für anwendbar auf Verfahren, die bei seinem Inkrafttreten hängig sind. Da die vorliegend umstrittene Verfügung das Datum des 9. November 2010 trägt, war sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GTar (1. Januar 2011) bereits hängig, weshalb die Kosten und Entschädigungen nach dem GTar zu bemessen sind. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens haben im GTar keine explizite Regelung gefunden. Sie sind deshalb nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu verteilen. Diese sehen vor, dass die Partei, welche die Gegenstandslosigkeit verursacht hat, die Kosten zu tragen hat und zu einer Entschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden kann (Urteil des Kantonsgerichts A1 2006 155 vom 25. Mai 2007 E. 4; A1 2002 99 vom 25. August 2008; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 683). Sofern die Gegenstandslosigkeit von keiner Partei zu verantworten ist, werden die Kosten- und Parteientschädigungen so verlegt, wie sich die Prozessaussichten nach dem Stand der Streitsache vor der Gegenstandslosigkeit dargeboten haben (Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, S. 326; Alfred Kölz/Isabelle Häner, a.a.O., N. 698 f.). Diese Prozessaussichten sind anhand einer summarischen Prüfung zu beurteilen (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, *Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern*, Bern 1997, N. 8 zu Art. 110). 4.1 Nach Art. 34m VVRG i.V.m. Art. 422 Abs. 1 StPO setzen sich die Verfahrenskosten im Berufungsverfahren aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen im konkreten Straffall zusammen. Dem Kantonsgericht sind keine Auslagen erwachsen. Die Gerichtsgebühr für das Berufungs- oder Revisionsverfahren vor dem Kantonsgericht beträgt in der Regel zwischen Fr. 380.-- und Fr. 5 000.-- (Art. 22 lit. f GTar). Gemäss Art. 13 Abs. 1 GTar wird die Gerichtsgebühr – die zudem global die Kosten der Kanzlei decken soll (Art. 3 Abs. 3 GTar) – aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt. Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 aVVRG). Vorliegend wurde die Gegenstandslosigkeit durch die Gemeinde verursacht, weshalb in Anwendung von Art. 89 Abs. 4 aVVRG i.V.m.

Art. 12 und 14 Abs. 2 GTar keine Gebühren und Auslagen zu erheben sind.

- 9 -

4.2 Überdies haben sowohl die Gemeinde als auch der Berufungskläger eine Parteientschädigung anbegehrt. Die Rechtsmittelinstanz prüft den Anspruch in jedem Fall von Amtes wegen. Die Gemeinde hat das vorliegende Berufungsverfahren, das sich als gegenstandslos erwiesen hat, provoziert, indem sie das Einspracheverfahren betreffend die Baubusse nicht an die Hand genommen hat. Sie hat deshalb keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Bezüglich der Parteientschädigung des Berufungsklägers ist folgendes festzuhalten: Wie bereits ausgeführt kann die Partei, welche die Gegenstandslosigkeit verursacht hat, zu einer Entschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden. Die Gemeinde stellte sich auf den Standpunkt, dass die Baubusse entgegen ihrer Rechtsmittelbelehrung mit Berufung am Kantonsgericht (und nicht über die Einsprache bei der Gemeinde) anzufechten sei. Damit hat sie die Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens verursacht. Gemäss Art. 36 GTar ist das Honorar im Berufungs- und Revisionsverfahren vor dem Kantonsgericht zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 8 800.-- festzusetzen (vgl. dazu Thomas Domeisen, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, N. 2 zu Art. 424 StPO; Stefan Wehrenberg/Irene Bernhard, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, N 12, 15, 17 zu Art. 429 StPO, je mit Hinweisen). Im Falle des Prozessabstandes, des Beschwerderückzuges, des Säumnisurteils, des Vergleichs, des Nichteintretens und allgemein, wenn der Fall nicht durch ein Sachurteil endet, können die Honorare entsprechend gekürzt werden. Unter Berücksichtigung der Natur, Bedeutung und Schwierigkeit des Falles – Gegenstand des Verfahrens bildete zwar ein simpler Sachverhalt, aber eine nicht mehr geringe Busse und verschiedene teils nicht unproblematische Verfahrensfragen – und des Zeitaufwands – der Verteidiger der Berufungsklägerin reichte die Berufungserklärung und eine weitere, kurze Stellungnahme ein, musste ansonsten indessen keine Verfahrensvorkehrungen treffen – erachtet das Kantonsgericht ein Anwaltshonorar von Fr. 800.-- (Auslagen inkl.) als angemessen (Art. 27 Abs. 1 GTar).

Demnach erkennt das Kantonsgericht

1. Das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben. 2. Die Angelegenheit wird im Sinne der vorgenannten Erwägungen an die Gemeinde Y\_\_\_\_\_ überwiesen. 3. Es werden keine Auslagen und keine Gebühren erhoben. 4. Dem Berufungskläger wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 800.-- zugesprochen.

- 10 -

5. Dieser Entscheid ist der Gemeinde Y\_\_\_\_\_ und dem Berufungskläger schriftlich zu eröffnen.

Sitten, 3. Februar 2012

## **E. 6**

Oktober 1976 in seiner Fassung vor dem 1. Januar 2011 (aVVRG; SGS/VS 172.6)

- 5 -

und teils dasselbe Gesetz in seiner Fassung nach dem 1. Januar 2011 (VVRG; SGS/VS 172.6) angerufen. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

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