

Verwaltungsstrafrecht Droit pénal administratif

KGVS A3 09 22

Baubusse - KGE A3 09 22 vom 27. Januar 2010

Vom Bundesgericht mit Urteil 6B_199/2010 vom 19. August 2010 bestätigt

Anklageprinzip; ordentliches Verfahren; summarisches Verfahren; rechtliches Gehör; Strafzumessung

- Ordentliches und summarisches Verwaltungsstrafverfahren (Art. 34i ff. VVRG; E. 1.1).
- Rechtliches Gehör bei Erlass einer kommunalen Busse; ist eine kommunale Bussenverfügung fälschlicher Weise im summarischen Einspracheverfahren anstatt im ordentlichen Verfahren ausgesprochen worden, so wird das rechtliche Gehör nicht verletzt, falls dem Verfügungsadressaten im Einspracheverfahren das rechtliche Gehör gewährt wurde (E. 2.1).
- Eine kommunale Bussenverfügung (Baubusse) hat den allgemeinen Erfordernissen des Anklageprinzips zu genügen; die kommunale Verfügung muss sich zu den Tat- und Täterfaktoren äussern (E. 2.2).
- Anforderung an Umschreibung der Tat- und Täterfaktoren bei kommunaler Bussenverfügung (E. 6).

Ref. CH:

Ref. VS: Art. 19 VVRG, Art. 34 VVRG, Art. 54 BauG

Principe de l'accusation; procédure sommaire et procédure ordinaire; droit d'être entendu; taux de l'amende

- procédure ordinaire et procédure sommaire en droit pénal administratif (art. 34i ss. LPJA; consid. 1.1).
- Droit d'être entendu lors d'un prononcé communal d'amende; si ce prononcé a été rendu en procédure sommaire, alors qu'il aurait dû l'être en procédure ordinaire, le droit d'être entendu est respecté si le contrevenant a pu l'exercer dans la procédure de réclamation (consid. 2.1).
- Une telle amende (ici amende de construction) doit correspondre aux réquisits du principe de l'accusation; la décision communale doit être motivée quant aux questions relatives à l'état de fait et à l'auteur de l'infraction (consid. 2.2).
- Exigences auxquelles la décision communale doit satisfaire à cet égard (consid. 6).

Réf. CH:

Réf. VS: art. 19 LPG, art. 34 LPG, art. 54 LC

Gekürzter Sachverhalt

X. ist einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Y. AG, welche Eigentümerin der Parzelle Nr. B., gelegen auf dem Gebiet der Gemeinde A. (Gemeinde), ist. Mit Eingabe vom 14. Januar 2008 ersuchte X. die Gemeinde namens der Y. AG um Erteilung einer Bewilligung für die Errichtung eines Mehrfamilienhauses auf der erwähnten Parzelle. Nachdem die Gesuchstellerin die Baueingabe auf Anordnung der Gemeinde korrigiert und ergänzt hatte, erteilte die Gemeinde mit Verfügung vom 20. März 2008 die Baubewilligung. Anlässlich der Bauabnahme stellte die Gemeinde gemäss Protokoll vom 24. Juli 2008 mehrere Abweichungen vom Baugesuch fest. Sie beanstandete die Erstellung eines zusätzlichen und nicht bewilligten unterirdischen Anbaus auf der Nordseite, die baubewilligungspflichtige und nicht baugesuchskonform ausgeführte Rollierung auf der südöstlichen Seite der Liegenschaft, die nicht bewilligte Untermauerung des Treppenaufgangs zum Dachgeschoss und nicht mit der Baueingabe übereinstimmende Balkonbrüstungen. Mit Schreiben vom 18. November 2008 teilte die Gemeinde der Bauherrin diese Mängel mit und stellte es ihr frei, bis am 25. November 2008 ein dem Ist-Zustand entsprechendes nachträgliches Abänderungsgesuch einzureichen. Ein solches reichte X. am 24. November 2008 im Namen der Y. AG ein. Mit Verfügung vom 12. Februar 2009 erteilte die Gemeinde die nachträgliche Baubewilligung für den unterirdischen Anbau. Gleichzeitig beanstandete die Gemeinde weitere Abweichungen der Baute, welche nicht im Abänderungsgesuch der Y. AG aufgeführt gewesen seien. Gerügt wurden die um 46 cm überhöhte Niveaulinie des Gebäudes, die Balkone, welche in den theoretischen Gebäudeabstand (recte: Grenzabstand) hineinragen würden, den Umstand, dass die Rollierung den Grenzabstand nicht respektiere sowie die Führung des Zugangs über die Nachbarparzelle. Mit Bezug auf diese Mängel wurde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Ansetzung einer weiteren Frist für die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs verfügt. Die Gemeinde behielt sich Strafmassnahmen nach Art. 54 BauG und Art. 99 des Bau- und Zonenreglements vor. Die Gemeinde legte X. in der Folge am 24. Juni 2009 eine Busse von Fr. 10 000.– auf. X. focht diese Bussenverfügung am 10. Juli 2009 mittels Einsprache bei der Gemeinde an. Mit Einspracheentscheid vom 21. Juli 2009 bestätigte die Gemeinde ihre Bussenverfügung. Gegen den Einspracheentscheid gelangte X. (Berufungskläger) am 14. August 2009 mittels Berufung an den Einzelrichter des Kantonsgerichts. Das Kantonsgericht forderte

den Berufungskläger am 18. Januar 2010 auf, sich zu seinen persönlichen Verhältnissen zu äussern, worauf dieser am 25. Januar 2010 seine Steuererklärung für das Jahr 2008 hinterlegte.

Erwägungen

1. Gemäss Art. 14 Ziff. 2 und Art. 194bis Ziff. 1 der Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Februar 1962 (StPO; SGS/VS 312.0) können Entscheide der kantonalen und kommunalen Behörden über strafbare Handlungen, welche unter anderem in Anwendung der kommunalen und kantonalen Gesetzgebung gefällt worden sind, mit Berufung bei einem Richter des Kantonsgerichts angefochten werden.

1. 1. Der Einspracheentscheid der Gemeinde ist ein administrativer Strafentscheid i.S.v. Art. 14 Ziff. 2 und Art. 194bis Ziff. 1 StPO, welcher dem Grundsatz nach der Berufung unterliegt. Bei einer Busse von Fr. 10000.– ist gemäss Art. 34i Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 34l des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) das ordentliche Verfahren durchzuführen. In diesem Verfahren erlässt die Verwaltungsbehörde eine einzige Strafverfügung, welche Anfechtungsobjekt der Berufung an das Kantonsgericht bildet. Das ordentliche Verfahren schreibt - von hier nicht interessierenden Ausnahmen nach Art. 21 f. VVRG abgesehen - die zwingende Anhörung des Verfügungsadressaten vor, bevor die Strafverfügung erlassen wird (Art. 34l i.V.m. Art. 19 Abs. 1 VVRG). Die Gemeinde hat die angefochtene Bussenverfügung allerdings im summarischen Verfahren nach Art. 34i und 35 VVRG und ohne vorgängige Anhörung des Betroffenen erlassen, indessen anschliessend das nur im summarischen Verfahren vorgesehene Einspracheverfahren (Art. 34k VVRG) durchgeführt. Da der Berufungskläger vor Erlass der Bussenverfügung nicht angehört wurde, wird zu prüfen sein, ob sein rechtliches Gehör verletzt wurde und ob gegebenenfalls eine Verletzung nachträglich geheilt worden ist. Vorliegend hat der Berufungskläger überdies eine Einspracheverfügung angefochten, obwohl das ordentliche Verfahren die eigentliche Bussenverfügung als Anfechtungsobjekt vorsieht (Art. 34l i.V.m. Art. 17 ff. VVRG).

Die Wahl des falschen Verfahrens durch die Gemeinde steht indessen einem Eintreten des Kantonsgerichts auf die vorliegende Berufungsklage nicht grundsätzlich entgegen. So sehen beide Verwaltungsstrafverfahren - sowohl das ordentliche als auch das summarische - als Rechtsmittel gegen den Entscheid der Verwaltungsbehörde die Berufung an das Kantonsgericht vor (Art. 34k Abs. 3 und Art. 34l VVRG i.V.m. Art. 14 Ziff. 2 StPO). Überdies darf den Parteien aus der mangelhaften

Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil erwachsen (Art. 32 VVRG). Es sind in casu keine Gründe ersichtlich, wonach dem Berufungskläger aus dem zusätzlichen kommunalen Einspracheverfahren, welches ihm gewährt wurde, ein Nachteil erwachsen ist. Die Berufung gegen den Einspracheentscheid ist im Sinne dieser Erwägungen trotz der falschen Verfahrenswahl der Vorinstanz entgegenzunehmen.

(...)

2. Der Berufungskläger beanstandet eine mehrfache Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er rügt zunächst, vor Erlass der Bussenverfügung nicht angehört worden zu sein. Ferner beanstandet er sinngemäss eine Verletzung des Anklageprinzips, da die Bussenverfügung seinen objektiven und subjektiven Tatbeitrag nicht in rechtsgenügender Weise umschreibe und nicht zwischen dem individuellen Tatbeitrag von ihm und anderen am Bau beteiligten Personen differenziere (Rz. 3.1-3.3 der Berufungserklärung). Die Gemeinde habe überdies die ihr obliegenden Informationspflichten verletzt, da der amtliche Geometer Paul Imhof am 24. Juni 2008 die Niveaulinie festgelegt habe ohne dem Berufungskläger so schnell wie möglich mitzuteilen, dass diese nicht mit den Baugesuchsunterlagen übereinstimme (Rz. 4.2 und 6.4). Schliesslich verletze auch die ungenügende Begründung der Strafzumessung sein rechtliches Gehör (Rz. 6.1).

2. 1. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. So haben die Parteien nach Art. 19 Abs. 1 VVRG Anspruch, von der zuständigen Behörde schriftlich oder mündlich angehört zu werden, bevor die Verfügung ergeht. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen, damit der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Die Begründung gilt als genügend, wenn der Betroffene in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Entscheidung zu verstehen und sie in Kenntnis der Sache anfechten kann (BGE 134 I 83 E. 4.1; 133 I 270 E. 3.1; 126 I 15 E. 2a/aa; 125 II 369 E. 2c; 124 II 146 E. 2a; 123 I 131 E. 2c; 122 IV 8 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 1P.666/2005 vom 21 Februar 2006 E. 4.1).

2. 1. 1. Wie in E. 1.1 dargelegt, hat die Gemeinde die Baubusse im summarischen anstatt des vorliegend anwendbaren ordentlichen Verwaltungsstrafverfahrens ausgesprochen. Dies hatte zur Folge, dass dem Berufungskläger die Bussenverfügung eröffnet wurde, ohne dass er vorgängig zu den Tatvorwürfen hätte Stellung nehmen können. Er hätte indes, gestützt auf Art. 34I i.V.m. Art. 19 Abs. 1 VVRG, vor Erlass der Bussenverfügung zwingend angehört werden müssen. Indem die Gemeinde den Berufungskläger nicht vorgängig angehört hatte, wurde sein rechtliches Gehör verletzt.

2. 1. 2. Der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung formeller Natur, mit der Folge, dass seine Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt (BGE 127 V 431 E. 3d/aa; 126 I 19 E. 2d/bb; Urteil des Bundesgerichts 1C_297/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 2.1). Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine allfällige Verweigerung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die unterbliebene Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die obere Instanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz (BGE 133 I 204 E. 2.2, 2.3; 130 II 530 E. 7.3; 127 V 431 E. 3d/aa; 126 I 68 E. 2; 126 V 130 E. 2b; 124 II 132 E. 2; 118 Ib 111, E. 4b; 116 Ia 94 E. 2; Arthur Häfliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985, S. 132 f.). Verstösse gegen die Begründungspflicht gelten zudem als behoben, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine hinreichende Begründung, etwa in der Vernehmlassung, nachschiebt (Lorenz Kneubühler, *Die Begründungspflicht: Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide*, Diss. Bern 1998, Bern 1998, S. 214 m.w.H.).

2. 1. 3. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde in casu geheilt. Dem Berufungskläger wurde bereits im Rahmen des Einspracheverfahrens die Möglichkeit eingeräumt, sich zu allen Tatvorwürfen zu äussern. Ferner hatte ihm die Gemeinde schon mit Schreiben vom 27. März 2009 mitgeteilt, seine Argumente aus dem parallel geführten Einspracheverfahren gegen die Wiederherstellungsverfügung auch im damals noch gegen die Y. AG geführten Bussenverfahren zu berücksichtigen (Sachverhalt lit. E.). Schliesslich konnte sich der Berufungskläger auch vor Kantonsgericht zu den Tatvorwürfen äussern. Da der urteilende Richter

überdies den Einspracheentscheid mit voller Kognition überprüft (vgl. Art. 194bis Ziff. 2 i.V.m. Art. 177 StPO), ist dem Berufungskläger durch den Verfahrensfehler der Gemeinde kein Nachteil erwachsen und die Gehörsverletzung kann als geheilt angesehen werden.

2. 2. Mit Bezug auf die Rüge der Verletzung des Anklageprinzips ist zunächst festzustellen, dass im ordentlichen Strafprozess die Anklageschrift die prozessuale Grundlage des Verfahrens bildet. Soweit im Verwaltungsstrafprozess ein administrativer Strafentscheid der richterlichen Überprüfung unterliegt, übernimmt dieser die Funktion der Anklage (Kurt Hauri, Verwaltungsstrafrecht, Bern 1998, S. 155; vgl. auch Art. 73 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0], wonach die Überweisung der administrativen Strafverfügung an das überprüfende Gericht als Anklage gilt). Der Einspracheentscheid der Gemeinde hat mithin dem Anklageprinzip genüge zu tragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.291/2001 vom 23. Januar 2002 E. 1c).

Die dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlungen sind in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (BGE 120 IV 348 E. 2b S. 353). Dies ergibt sich aus dem Anklagegrundsatz, der damit zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten bezweckt und der Beachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dient (BGE 126 I 19 E. 2a; 120 IV 348 E. 2b S. 354). Die Tat ist zu individualisieren, d.h. ihre tatsächlichen Verumständlungen oder Tatbestandsmerkmale sind anzugeben. Die Darstellung des tatsächlichen Lebensvorgangs ist auszurichten auf den gesetzlichen Tatbestand, der nach Auffassung der Anklage als erfüllt zu betrachten ist, das heisst es ist anzugeben, welche einzelnen Vorgänge und Sachverhalte den einzelnen Merkmalen des Straftatbestandes entsprechen (BGE 120 IV 348 E. 3c S. 355).

Der Einspracheentscheid der Gemeinde hält dem Anklageprinzip stand. Die Gemeinde beschreibt im angefochtenen Entscheid, welche Tathandlungen ihrer Ansicht nach gegen die Baugesetzgebung verstossen und inwiefern sie in der tatsächlich realisierten Tiefe der Süd-Balkone, der Höhe der Niveaulinie sowie den Umgebungsarbeiten eine objektive Verletzung der Baugesetzgebung erblickt. Wie der Berufungskläger in Rz. 6.2 seiner Berufungsschrift zwar korrekt einwendet, bildet die Ausgestaltung der Balkonbrüstungen nicht Gegenstand der Einspracheverfügung. Die Gemeinde hat diesen Aspekt jedoch auch nicht bei der Begründung des Verschuldens und mithin bei der Strafzumes-

sung berücksichtigt, weshalb das Anklageprinzip nicht verletzt wurde. Die Führung des Zugangs über die Nachbarparzelle ohne entsprechende Grunddienstbarkeit wurde dem Berufungskläger hingegen sowohl in der Bussenverfügung als auch in der angefochtenen Einspracheverfügung («Tatsächliches») vorgeworfen und bildet damit Gegenstand der Tatvorwürfe. Diese werden ausschliesslich dem Berufungskläger zur Last gelegt, weshalb die Frage, ob sich allenfalls Dritte wie der Architekt strafbar gemacht haben, nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet. In subjektiver Hinsicht führt die Gemeinde aus, weshalb der Berufungskläger um die Strafbarkeit dieser Tathandlungen hätte wissen müssen. Die Frage, ob die umschriebenen Tathandlungen dem Berufungskläger oder einer juristischen Person anzulasten sind, ist eine Rechtsfrage, welche nicht unter dem Gesichtspunkt des Anklageprinzips zu prüfen ist. Nach dem Gesagten hat die Gemeinde die dem Berufungskläger vorgeworfenen Sachverhalte in genügender Weise konkretisiert. Seine Verteidigungsrechte blieben mithin gewahrt, weshalb die Rüge der Verletzung des Anklageprinzips fehl geht.

(...)

6. Der Berufungskläger rügt sinngemäss eine willkürliche Strafzumessung durch die Gemeinde. Die angefochtene Verfügung berücksichtige in ihrer Begründung weder die Tat- noch die Täterkomponenten. Sein Verschulden werde unzutreffend als schwerwiegend gewürdigt, weshalb die Busse viel zu hoch ausgefallen sei (Rz. 6 der Berufungsschrift).

6. 1. Verstösse gegen das Baugesetz sind mit einer Busse von Fr. 1'000.– bis Fr. 100'000.– bedroht (Art. 54 Abs. 1 BauG). In schweren Fällen, so insbesondere bei Ausführungen von Bauten und Anlagen trotz rechtskräftigem Bauabschlag, bei Verletzung der Vorschriften aus Habgier oder im Wiederholungsfall, kann die Busse zum einen bis zu Fr. 200'000.– betragen, in leichten Fällen kann sie zum anderen reduziert werden (Art. 54 Abs. 2 und 5 BauG). Das Baugesetz lässt strengere Strafbestimmungen anderer Gesetze oder Reglemente zu, was vorliegend aber nicht der Fall ist (vgl. Art. 99 BZR: Höchststrafe von Fr. 50'000.–).

6. 2. Die Spezialgesetzgebung enthält - vom allgemeinen Strafrahmen abgesehen - keine besonderen Vorschriften, weshalb auf die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) abzustellen ist (Art. 59 Abs. 1 EGStGB). Der Richter bestimmt nach Massgabe von Art. 106 Abs. 3 StGB den Betrag der Busse je nach den Verhältnissen des Täters, so dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Ver-

schulden angemessen ist. Die Bemessung der Busse richtet sich im Übrigen nach den allgemeinen Regeln von Art. 47 StGB, wonach der Richter bei der Strafzumessung das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden bestimmt sich nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Tat zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

6. 3. Die Gemeinde beurteilt die Übertretungen des Berufungsklägers gemäss Einspracheverfügung insgesamt als schwer. Hinsichtlich der für die Beurteilung des Verschuldens relevanten Tatfaktoren legt sie sinngemäss dar, dass nicht nur die mehrfachen Verstösse gegen die Baugesetzgebung, sondern gerade der Umstand, dass sich der Berufungskläger bezüglich der Balkontiefe mehrfach nicht an die nachgereichten Baupläne hielt, strafscharfend ins Gewicht fällt. Ferner sei auch aus spezialpräventiven Gründen eine der relativen Schwere des Verschuldens angemessene Sanktion angezeigt. Diese Beurteilung ist angesichts der in E. 4 nachgewiesenen Tathandlungen nicht zu beanstanden, zumal der Berufungskläger keine stichhaltigen Gründe dartut, die es erlauben würden, von einem leichten Fall i.S.v. Art. 54 Abs. 5 BauG auszugehen. Das Bauen ohne Baubewilligung oder in Abweichung einer solchen ist als schwerwiegende Widerhandlung gegen die Bauordnung zu betrachten (Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1999, S. 242). Der Berufungskläger hat die Baubewilligung in mehreren Fällen vorsätzlich und teilweise massiv überschritten, weshalb sein Verschulden als erheblich zu betrachten ist. Eine Sanktion in der Höhe von Fr. 10'000.–, welche immer noch am unteren Ende des Strafrahmens anzusiedeln ist, erweist sich mithin als verhältnismässig und seinem Verschulden angemessen.

6. 4. Die Vorinstanz hat sich nicht zu den Täterkomponenten geäussert, weshalb an dieser Stelle zu prüfen ist, ob in der persönlichen Sphäre des Berufungsklägers liegende Gründe bestehen, welche sich allenfalls strafmindernd auswirken. Der vom Berufungskläger hinterlegten Steuererklärung aus dem Jahre 2008 ist zu entnehmen, dass er in geordneten Familienverhältnissen lebt und für den Unterhalt seiner Gattin sowie seiner beiden schulpflichtigen Kinder aufkommt.

Einem totalen Familieneinkommen von Fr. 268'547.– stehen Schuldzinsen von rund Fr. 30'000.– sowie die Aufwendungen für die allgemeinen Lebenshaltungskosten der Familie gegenüber. Ferner beläuft sich sein subsidiär zu berücksichtigendes Vermögen nach Abzug der Passiven auf rund 3.4 Mio. Franken. In Anbetracht seiner guten Einkommens- und Vermögensverhältnisse erweist sich die Höhe der Busse als verhältnismässig. Nach dem Gesagten ist die ausgesprochene Busse von Fr. 10'000.– nicht zu beanstanden.