

## **OW\_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 32 vom 26. November 2015**

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_1986\\_87 Nr. 32](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1986_87_Nr_32)

FR: OW\_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 32 du 26 novembre 2015

IT: OW\_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 32 del 26 novembre 2015

### **Regeste**

AbR 1986/87 Nr. 32, S. 115: Art. 46 Abs. 1 KV; Art. 16 Abs. 2 GOG Die Koppelung des passiven Wahlrechts an das aktive Wahlrecht gilt auch für den ausserordentlichen Staatsanwaltstellvertreter. Kann aber im konkreten Fall diese Funktion nic

### **Volltext**

AbR 1986/87 Nr. 32, S. 115: Art. 46 Abs. 1 KV; Art. 16 Abs. 2 GOG Die Koppelung des passiven Wahlrechts an das aktive Wahlrecht gilt auch für den ausserordentlichen Staatsanwaltstellvertreter. Kann aber im konkreten Fall diese Funktion nicht mit einer geeigneten einheimischen Person besetzt werden, ist die Berufung einer auswärtigen Person nicht verfassungswidrig (E. 1a). Art. 20 StGB. Auf Rechtsirrtum kann sich jemand auch dann nicht berufen, wenn feststeht, dass die Aufsichtsbehörde in Kenntnis seines Handelns nicht dagegen einschritt, sondern es duldete (E. 9). Art. 148 und 313 StG Abgrenzung des Betrugs von der Gebührenüberforderung: Der Tatbestand der Gebührenüberforderung ist kein privilegierter Spezialtatbestand, sondern ein Auffangtatbestand, wenn ein spezielles Betrugstatbestandsmerkmal wie namentlich die Arglist nicht gegeben ist (E. 10a). Art. 148 StGB Arglist: Keine Arglist, wenn die Überprüfung einer falschen Gebührenrechnung anhand des gesetzlichen Tarifs zwar kompliziert, aber nicht unmöglich ist. Keine Arglist, obwohl es voraussehbar ist, dass die Überprüfung der Rechnung durch den Kunden kaum erfolgen wird, weil zwischen dem Bürger und dem Beamten kein besonderes Vertrauensverhältnis besteht (E. 10b). Art. 313 StGB Gebührenüberforderung: Das Tatbestandsmerkmal der gewinnsüchtigen Absicht ist der unrechtmässigen Bereicherungsabsicht gleichzusetzen (E. 11). Urteil des Obergerichts vom 27. Februar Aus den Erwägungen: 1. a) Der Angeklagte rügt, dass die Bezeichnung des ausserordentlichen Staatsanwalt-Stellvertreters durch den Obergerichtspräsidenten gesetzeswidrig und verfassungswidrig ist. Der Angeklagte beruft sich dabei in erster Linie auf Art. 46 Abs. 1 der Kantonsverfassung, der bestimmt: "Wählbar in kantonale und kommunale Behörden oder Ämter ist jeder stimmberechtigte Kantonseinwohner. Bevormundete sind nicht wählbar." Es besteht kein Zweifel, dass die Regelung des passiven Wahlrechts, dessen Koppelung mit dem aktiven Wahlrecht grundsätzlich auch für die Mitglieder der Strafkommision gilt, der neben dem Staatsanwalt und dem Verhörer, die beide von der Landsgemeinde gewählt werden (Art. 60 Abs. 1 Ziff. 7 und 8 KV), ein weiteres Mitglied sowie zwei Ersatzmitglieder angehören (Art. 10 GOG). Diese werden durch den Kantonsrat gewählt (Art. 69 Ziff. 2 KV). Während die Kantonsverfassung des Amt eines Verhörer-Stellvertreters vorsieht, der vom Kantonsrat zu wählen ist (Art. 69 Ziff. 3 KV), sieht sie für den Staatsanwalt keinen Stellvertreter vor. Vielmehr obliegt die Bezeichnung eines ausserordentlichen Staatsanwalt-Stellvertreters von Fall zu Fall dem Obergerichtspräsidenten. Art. 16 Abs. 2 GOG Satz 4 bestimmt diesbezüglich: "Für die Friedensrichter sowie für den Staatsanwalt, den Jugendanwalt und den Verhörer

werden nötigenfalls durch den Obergerichtspräsidenten ausserordentliche Stellvertreter bestellt." Es kann nun aber keinem Zweifel unterliegen, dass bei Vorliegen triftiger Gründe auch eine auswärtige Person, d.h. eine Person, welche in Obwalden weder Wohnsitz noch Stimmrecht hat, ausnahmsweise als ausserordentlicher Staatsanwalt-Stellvertreter bezeichnet werden können muss. Im vorliegenden Fall befand sich der ordentliche Staatsanwalt im Ausstand. Es ist Erfahrungstatsache, dass es gerade in Fällen, in denen ein Strafverfahren gegen bekannte oder einflussreiche Personen, gegen amtierende oder ehemalige Behördemitglieder oder gar Magistratspersonen zu führen ist, zumal in einem kleinen Kanton wie Obwalden ausserordentlich schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist, aus der Reihe einheimischer Rechtsanwälte jemand für die Übernahme eines solchen Mandates zu gewinnen. So war es auch hier. Dieselben Schwierigkeiten hatten sich übrigens schon zuvor bei der Bestellung eines ausserordentlichen Verhörrichter-Stellvertreters ergeben. Festzuhalten ist ferner, dass fast zur gleichen Zeit, als gegen die Grundbuchbeamten Strafuntersuchungen wegen Gebührenüberforderung angehoben wurden, gleiche Verfahren auch gegen zwei öffentliche Schreiber eröffnet werden mussten. Unter den angeschuldigten Grundbuchverwaltern und öffentlichen Schreibern befanden sich mehrere Parlamentarier sowie ehemalige Magistratspersonen. In seiner Rüge behauptet der Angeklagte zu Recht nicht, dass jemand aus der Reihe der einheimischen Rechtsanwälte ein solches Mandat übernommen hätte. Art. 46 Abs. 1 KV kann niemals so ausgelegt werden, dass, sollte eine amtliche Funktion nicht mit einer geeigneten einheimischen Person besetzt werden können, unter Umständen sogar die Einstellung staatlicher Funktionen in Kauf zu nehmen wäre. Es kann diesbezüglich auch auf den Entscheid der Obergerichtskommission vom 19. Juni 1985 i.S. K verwiesen werden. Ist aber jemand rechtsgültig als ausserordentlicher Staatsanwalt-Stellvertreter bezeichnet worden, hat er dieses Amt grundsätzlich bis zur Erledigung des Auftrages inne. Insbesondere erlischt das Mandat nicht eo ipso mit dem Ablauf von vier Jahren, wie es der Angeklagte unter Hinweis auf die Amtsdauerbeschränkung von vier Jahren in Art. 48 Abs. 1 KV wahrhaben will. Auch aus Art. 16 Abs. 2 GOG ergibt sich nichts dergleichen. Allenfalls müsste eine stillschweigende Wiederbezeichnung angenommen werden, wie man sie vielerorts auch bei der Wiederwahl von Beamten kennt. 9. Zentrale Frage ist, ob der Angeklagte zureichende Gründe zur Annahme hatte, sowohl zur Anwendung des sog. "Selbsthilfetarifs", aber auch zum Gebührenbezug über diesen hinaus berechtigt zu sein. Hat nämlich ein Täter aus zureichenden Gründen angenommen, er sei zur Tat berechtigt, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen (Art. 20 StGB). Unter dem Gesichtspunkte des Art. 20 StGB besteht der Irrtum nicht in der irrigen Vorstellung über den Sachverhalt (Art. 19), sondern in der irrigen Vorstellung des Täters in der Annahme, die Anwendung des an sich gesetzeswidrigen und als solchen erkannten Tarifs sei aus besonderen, eben "zureichenden Gründen", erlaubt. Diese besonderen Gründe sieht der Angeklagte in der permissiven Haltung der Aufsichtsbehörden. In der Tat besteht aufgrund der Akten kein Zweifel, dass die Justizdirektoren diesbezüglich versagt hatten; welche Gründe dafür ausschlaggebend waren, lässt sich nicht mehr ermitteln und ist in diesem Zusammenhang aber auch nicht ausschlaggebend. Die Bejahung des Rechtsirrtums unter Hinweis auf das Versagen der Aufsichtsbehörde wäre indessen sehr problematisch und bedeutete nicht zuletzt die Negation der Eigenverantwortlichkeit der Beamten. Die Strafkommision hat die Frage in bezug auf die Anwendung des sog. "Selbsthilfetarifs" allerdings bejaht und die Verfahren in diesem Rahmen eingestellt. Deshalb und weil der Staatsanwalt die entsprechenden

Gebührenüberschreitungen nicht zur Anklage erhoben hat, können sie hier nicht mitbeurteilt werden. Doch präjudiziert der Entscheid der Strafkommision keineswegs die Beantwortung der Frage, soweit es sich um die Gegenstand der Anklage bildenden Gebührenüberschreitungen handelt. Aus den Akten ergibt sich, dass der Angeklagte letztlich genau wusste, dass sein Vorgehen betreffend den Gebührenbezug nicht korrekt war. Dies schliesst aber die Annahme eines Rechtsirrtums aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes schliesst nämlich bereits das unbestimmte Empfinden, etwas Unrechtes zu tun, die Annahme des Rechtsirrtums aus (BGE 104 IV 218; 100 IV 51; 99 IV 185/250). Bezeichnenderweise nannten die Grundbuchverwalter ihre Vereinbarung des eigenmächtigen Tarifs Selbsthilfe. Dabei wussten sie genau, dass es weder für den Bürger und erst recht nicht für den Beamten angeht, in gesetzeswidriger Weise zur Selbsthilfe zu schreiten. Um Rechtsirrtum handelte es sich noch viel weniger bei den weitergehenden Überschreitungen. Es ist freilich nicht zu verkennen, dass die permissive Haltung der Aufsichtsbehörden, die offensichtlich nur (aber immerhin) auf Beschwerden hin einschritten, die Versuchung eines eigenmächtigen Gebührenregimes erhöhte, und man kann sich leicht vergegenwärtigen, dass sich die ursprünglichen Skrupel allmählich verflüchtigten und damit auch das Unrechtsbewusstsein allmählich schwand, zumal offenbar selten Reklamationen eingingen. Doch genügt ein solcher Prozess keineswegs zur Annahme eines Rechtsirrtums. Anders sähe es aus, wenn ein Beamter auf Weisung seiner Behörden gehandelt hätte (BGE 98 IV 287 f.). Doch besteht zwischen der Erteilung einer Weisung und der Vernachlässigung aufsichtsrechtlicher Pflichten ein erheblicher Unterschied. Blosser Duldung erlaubt keinerlei Schlüsse auf die Rechtmässigkeit eines Verhaltens (BGE 99 IV 186; 81 VIII; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht I, Allg. Teil, Bern 1982, N 66 zu § 11 ) 10. Die Anklage geht in erster Linie auf Betrug und eventualiter auf Gebührenüberforderung. Die gesetzliche Umschreibung der beiden Tatbestände lautet wie folgt: Art. 148 StGB (Betrug) Art. 313 StGB (Gebührenüberforderung) Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selber oder einen andern am Vermögen schädigt, ..... Ein Beamter, der in gewinnsüchtiger Absicht Steuern, Gebühren oder Vergütungen erhebt, die nicht geschuldet werden oder die gesetzlichen Ansätze überschreiten, .... a) Die Gegenüberstellung der beiden Tatbestände zeigt deren Verwandtschaft. Die Gebührenüberforderung ist ein betrugsähnliches Delikt. Dabei wird die Unwissenheit oder Unaufmerksamkeit des Bürgers benützt, um überhöhte Gebühren zu kassieren, würde doch der Bürger, wäre er sich der Ungesetzlichkeit der Gebühren bewusst, diese nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht bezahlen. Betrug liegt indessen nur dann vor, wenn die Unwissenheit des Opfers nicht nur "schlicht" ausgenützt wird, sondern wenn dies auf arglistige Weise geschieht. Daraus ergibt sich einmal folgendes: Der Nicht-Beamte, der den andern zwar absichtlich irreführt oder dessen Unwissenheit benutzt, dabei aber nicht arglistig vorgeht, handelt zwar sittlich verwerflich, riskiert möglicherweise zivilrechtliche Konsequenzen, macht sich aber nicht strafbar. Der Beamte hingegen, der die Unwissenheit, Unerfahrenheit oder aber Unvorsichtigkeit des Bürgers in Gebührenfragen ausnützt, macht sich strafbar, auch wenn er dabei ohne Arglist vorgeht. Diese schärfere strafrechtliche Haftung der Beamten ist deshalb gerechtfertigt, weil der Bürger Amtspersonen gegenüber soll Vertrauen haben können. Ein Beamter macht sich demnach bereits wegen "schlichter" Gebührenüberforderung strafbar. Es stellt sich dann aber auch die Frage, ob der Tatbestand

der Gebührenüberforderung als auf Beamte zugeschnittener Spezialtatbestand die Anwendung des Betrugstatbestandes schlechthin ausschliesst. Dies bedeutete, jedenfalls in den Fällen, wo die Gebührenüberforderung von einer arglistigen Handlungsweise begleitet ist, eine Privilegierung der Beamten, indem diese, obwohl sie im Sinne des Art. 148 StGB zwar "betrügerisch" vorgingen, nur wegen Gebührenüberforderung bestraft werden könnten. Eine Privilegierung des betrügenden Beamten wäre indessen durch nichts zu rechtfertigen, weshalb es nicht angeht, dem Gesetzgeber eine solche Absicht zu unterschieben. Sind daher die Tatbestandsmerkmale des Betrugs gegeben, ist auch beim Beamten, der eine Gebührenüberforderung begeht, auf Betrug zu erkennen. Demnach erweist sich der Tatbestand der Gebührenüberforderung nach Art. 313 StGB nicht als privilegierter Spezialtatbestand, sondern als Auffangtatbestand für jene Fälle, da ein spezifisches Betrugsmerkmal, namentlich das Element der Arglist, nicht gegeben ist (Stratenwerth, a.a.O., Bes. Teil II, Bern 1984, N 25 zu § 57; H. Walder, ZGBR 1962, 137; Entscheid der Obergerichtskommission vom 14. August 1985 i.S. A/S, E. 3a). In subjektiver Hinsicht ist sowohl für Annahme des Betruges wie der Gebührenüberforderung erforderlich, dass der Beamte weiss oder zumindest im Sinne des Eventualdolus in Kauf nimmt, dass die erhobene Gebühr nicht oder nicht in der bestimmten Höhe geschuldet ist (Stratenwerth, a.a.O., N 22 zu § 57). b) Im vorliegenden Fall muss die Unrechtmässigkeit der Bereicherung bejaht werden. Ebenso steht fest, dass offensichtlich der Irrtum der Grundbuchkunden über den wirklichen Gebührentarif benutzt wurde. Damit sind wesentliche Tatbestandsmerkmale sowohl des Betrugs wie auch der Gebührenüberforderung gegeben. Die Frage, ob der Betrugstatbestand erfüllt sei, hängt entscheidend davon ab, ob das Verhalten des Angeklagten arglistig war oder ob die Art, wie er den Irrtum der Grundbuchkunden über den wirklichen Gebührentarif benutzte, als arglistig qualifiziert werden muss. Das Merkmal der Arglist wurde in die Umschreibung des Betrugstatbestandes eingeführt, um die Fälle qualifizierter Täuschung von den Verhaltensweisen abzugrenzen, bei welchen der Täter jemand lediglich durch eine "einfach", leicht durchschaubare Lüge irregeführt hat (BGE 108 Ib 298; 101 Ia 613 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat in einer reichen und konstanten Praxis zahlreiche Kriterien herausgearbeitet, bei deren Vorliegen auf Betrug zu schliessen ist: - wenn der Täter sich zur Täuschung besonderer Machenschaften bedient oder - wenn er zwar bloss falsche Angaben macht, deren Überprüfung jedoch dem Getäuschten nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar sind, oder - wenn er den Getäuschten von einer möglichen Überprüfung abhält oder wenn er nach den Umständen voraussieht, dass jener die Überprüfung unterlassen wird, weil ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht (BGE 108 IV 170 f.). Nach Auffassung des Staatsanwaltes war die Überprüfung der Grundbuchrechnungen nur mit besonderer Mühe möglich; dies nicht zuletzt deshalb, weil der Angeklagte Sammelpositionen verwendete und damit die Höhe der von ihm gemachten Zuschläge gar nicht ersichtlich war. Arglist sieht der Staatsanwalt aber auch darin verwirklicht, dass der Angeklagte aufgrund der Umstände hätte voraussehen können und müssen, dass die Kunden die Überprüfung der Rechnungen unterlassen würden und dies nur deshalb geschah, weil zwischen ihnen und dem Angeklagten ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand. Es ist zwar davon auszugehen, dass es für die Grundbuchkunden aufgrund der vom Angeklagten verwendeten Sammelpositionen praktisch unmöglich war, die Zusammensetzung der Rechnung nachzuvollziehen. Bei der Frage der Überprüfbarkeit der in den Rechnungen enthaltenen falschen Angaben kann es indessen nicht darauf ankommen. Aufgrund der ihnen bekannten Wertsummen der

Grundbuchgeschäfte konnten die Kunden durch das Konsultieren des Gebührentarifs berechnen, wieviel diese Hauptpositionen betragen. Damit liessen sich aber allfällige Differenzen zwischen der in Rechnung gestellten Sammelposition und dem zulässigen Tarif feststellen. Was den vom Tatbestandsmerkmal der Arglist anvisierten Schutz des Getäuschten betrifft, genügt es aber, dass dieser allfälliger Differenzen und damit der Falschheit der gemachten Angabe gewahr wird. Das Konsultieren des Gebührentarifs war zwar, zumal für den darin ungeübten Laien, der vielleicht nur einmal mit dem Grundbuchamt zu tun hatte, nicht einfach, doch keineswegs unmöglich. Die Berechnung des gesetzlichen Tarifs konnte für ihn möglicherweise auch aufwendig sein, so wenn er sich hierfür an Dritte wenden musste. Doch kann dies nicht als unzumutbar bezeichnet werden. Vom Bürger wird ja erwartet, dass er sich auch in vielen anderen, zum Teil komplizierten Bereichen zurecht findet, dass er die Gesetze kennt. Die Kenntnis auch von komplizierten Gesetzen kann grundsätzlich nicht als unzumutbar bezeichnet werden. Dasselbe gilt nun aber in bezug auf das Konsultieren des Gebührentarifs. In den Fällen, da die Überprüfung falscher Angaben nicht unmöglich, aber auch nicht unzumutbar ist, bleibt für die Annahme, dass das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfüllt sei, nur wenig Raum. Dann nämlich, wenn der Täuschende vorausieht, dass der Getäuschte die Überprüfung unterlassen wird. Aber auch das allein genügt nach der Rechtsprechung nicht. Vielmehr muss der Getäuschte die Überprüfung deshalb unterlassen, weil zwischen ihm und dem Täuschenden ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Der Angeklagte konnte voraussehen, dass die Grundbuchkunden die Rechnungen kaum überprüfen würden, ist doch nur gerade in einem Fall im Jahre 1973 beim Regierungsrat wegen des Gebührenbezugs Beschwerde erhoben worden. Da die Formulare das Kantonswappen aufgedruckt hatten, aber auch mit "Kanton Obwalden" überschrieben waren, waren sie geeignet, den Eindruck einer amtlichen Rechnungsstellung zu erwecken. Es ist auch davon auszugehen, dass zwischen dem Bürger und Amtsstellen ein gewisses Vertrauensverhältnis bestehen muss und auch besteht, ansonsten das Funktionieren der staatlichen Verwaltung ja grundsätzlich in Frage gestellt wäre. Indessen besteht zwischen dem eine Amtsstelle benützenden Bürger und der betreffenden Amtsstelle in der Regel kein b e s o n d e r e s Vertrauensverhältnis. Jedenfalls enthalten die Akten keine Anhaltspunkte, die den Schluss auf das Bestehen eines solchen Verhältnisses der Grundbuchkunden zum Angeklagten zuliessen, weshalb der Tatbestand des Betruges nicht erfüllt ist. 11. Der Gebührenüberforderung macht sich der Beamte schuldig, der in gewinnsüchtiger Absicht handelt (Art. 313 StGB). Diesbezüglich gilt es festzuhalten, dass nach der neuesten Rechtsprechung dem Begriffspaar "gewinnsüchtige Absicht" im besonderen Teil des Strafgesetzbuches nicht dieselbe Bedeutung zukommt wie im allgemeinen Teil. Während im allgemeinen Teil des StGB mit "Gewinnsucht" ein hemmungsloses oder besonders ausgeprägtes, zur Sucht gewordenenes Streben nach geldwerten Vorteilen erfasst werden soll, ist mit Gewinnsucht bzw. gewinnsüchtiger Absicht im besonderen Teil des StGB nicht eine in qualitativer Hinsicht aussergewöhnliche Gier nach finanziellen Vorteilen, sondern ein moralisch verwerfliches Bereicherungsstreben erforderlich, das keineswegs durch ungewöhnliches Ausmass charakterisiert ist. Das Tatbestandsmerkmal der gewinnsüchtigen Absicht läuft damit praktisch auf die unrechtmässige Bereicherungsabsicht hinaus, wie sie auch bei zahlreichen Vermögensdelikten Tatbestandsmerkmal ist (Art. 137, 140, 141 StGB u.a.m.; BGE 107 IV 1999; 109 IV 119; Stratenwerth, a.a.O., N 23 zu § 57). Dass die unrechtmässige Bereicherungsabsicht entgegen der Anahme der Vorinstanz keineswegs moralisch gerechtfertigt war, sondern im Gegenteil moralisch zu missbilligen ist, bedarf wohl keiner

weiteren Erörterung. Damit ist aber der Tatbestand der fortgesetzten  
Gebührenüberforderung zum Nachteil der Grundbuchkunden erfüllt. de| fr | it Schlagworte  
gebührenüberforderung arglist beamter staatsanwalt betrug bürge iv weiler frage kv gründer  
gesetz vertrauensverhältnis person unmöglichkeit Mehr Deskriptoren anzeigen Normen  
Bund StGB: Art.20 Art.137 Art.140 Art.141 Art.148 Art.313 StG: Art.148 Art.313  
Leitentscheide BGE 100-IV-49 S.51 101-IA-610 S.613 109-IV-117 S.119 108-IV-170  
108-IB-296 S.298 98-IV-279 S.287 99-IV-185 S.186 104-IV-217 S.218 99-IV-185 AbR  
1986/87 Nr. 32

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