

# TE OGH 2008/1/29 11Os156/07m

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.01.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 29. Jänner 2008 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Schwab als Vorsitzenden sowie den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Philipp, Dr. Danek und Mag. Lendl als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Wieltschnig als Schriftührerin, in der Strafsache gegen Herwig B\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 148 erster Fall StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 31. August 2007, GZ 10 Hv 75/07m-29, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDer Oberste Gerichtshof hat am 29. Jänner 2008 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Schwab als Vorsitzenden sowie den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Philipp, Dr. Danek und Mag. Lendl als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Wieltschnig als Schriftührerin, in der Strafsache gegen Herwig B\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen Betrugs nach Paragraphen 146., 148 erster Fall StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 31. August 2007, GZ 10 Hv 75/07m-29, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung werden die Akten dem Oberlandesgericht Graz zugeleitet.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen in Rechtskraft erwachsenen Teilstreit enthielt, wurde Herwig B\*\*\*\*\* des Verbrechens des gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 148 erster Fall StGB schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen in Rechtskraft erwachsenen Teilstreit enthielt, wurde Herwig B\*\*\*\*\* des Verbrechens des gewerbsmäßigen Betrugs nach Paragraphen 146., 148 erster Fall StGB schuldig erkannt.

Danach hat er vom 20. Februar bis 3. April 2007 in Bruck an der Mur und anderen Orten in sieben Angriffen mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, und in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von Betrugshandlungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, andere durch Vorgabe, ein zahlungsfähiger und zahlungswilliger Gast zu sein, somit durch Täuschung über Tatsachen, zur Herausgabe von Speisen, Getränken und Genussmitteln verleitet, wobei der Gesamtschaden 127,10 EUR betrug.

## Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil gerichtete, auf § 281 Abs 1 Z 11 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht. Die Strafzumessungsfrage behauptet einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot, weil trotz Annahme gewerbsmäßigen Handelns die Tatwiederholung als erschwerend gewertet worden sei. Neben Tatbestandsmerkmalen sind deliktstypische oder mit der Deliktsverwirklichung notwendig verbundene Umstände für die Strafzumessung verbraucht, wenn sie dem Tatbestand unausgesprochen zugrunde liegen, somit bei Festsetzung der Strafdrohung mitberücksichtigt wurden und diese daher mitbestimmten. Für gewerbsmäßige Begehung sind das Vorliegen einschlägiger Vorstrafen und die Tatwiederholung weder Voraussetzung des Tatbestands noch deliktstypisch oder notwendig verbunden. Nach gefestigter Rechtsprechung schließt daher Gewerbsmäßigkeit weder Tatwiederholung noch einschlägige Vorstrafen als Erschwerungsgrund aus (Ebner in WK2 § 32 Rz 61, 68). Die gegen dieses Urteil gerichtete, auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 11, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht. Die Strafzumessungsfrage behauptet einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot, weil trotz Annahme gewerbsmäßigen Handelns die Tatwiederholung als erschwerend gewertet worden sei. Neben Tatbestandsmerkmalen sind deliktstypische oder mit der Deliktsverwirklichung notwendig verbundene Umstände für die Strafzumessung verbraucht, wenn sie dem Tatbestand unausgesprochen zugrunde liegen, somit bei Festsetzung der Strafdrohung mitberücksichtigt wurden und diese daher mitbestimmten. Für gewerbsmäßige Begehung sind das Vorliegen einschlägiger Vorstrafen und die Tatwiederholung weder Voraussetzung des Tatbestands noch deliktstypisch oder notwendig verbunden. Nach gefestigter Rechtsprechung schließt daher Gewerbsmäßigkeit weder Tatwiederholung noch einschlägige Vorstrafen als Erschwerungsgrund aus (Ebner in WK2 Paragraph 32, Rz 61, 68).

Soweit die Beschwerde das angebliche Überschreiten des Ermessensspielraums durch das Erstgericht rügt, weil es insbesondere das objektive Gewicht der Taten und die geringe Schwere der Rechtsgutbeeinträchtigung außer Acht lässt, macht sie lediglich Berufungsgründe geltend.

Sie war daher bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen § 285d Abs 1 StPO). Sie war daher bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, StPO).

Daraus folgt, dass zur Entscheidung über die Berufung das Oberlandesgericht Graz zuständig ist § 285i StPO). Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 390a Abs 1 StPO. Daraus folgt, dass zur Entscheidung über die Berufung das Oberlandesgericht Graz zuständig ist (Paragraph 285 i, StPO). Die Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

## Anmerkung

E86499 11Os156.07m

## European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0110OS00156.07M.0129.000

## Dokumentnummer

JJT\_20080129\_OGH0002\_0110OS00156\_07M0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>