

# TE OGH 2017/12/12 140s104/17a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.12.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 12. Dezember 2017 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Philipp als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und Dr. Oshidari sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Mann in Gegenwart des Rechtshörers Biley als Schriftführer in der Strafsache gegen Johann G\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 3g VerbotsG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Geschworenengericht vom 22. August 2017, GZ 40 Hv 18/17a-78, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch über die Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nach § 22 Abs 1 StGB aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen.

Mit seiner Berufung gegen die Anordnung der vorbeugenden Maßnahme wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Die Entscheidung über die gegen den Strafausspruch gerichteten Berufungen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft kommt danach dem Oberlandesgericht Wien zu.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen, auf dem Wahrspruch der Geschworenen beruhenden Urteil wurde Johann G\*\*\*\*\* – soweit für das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde relevant – „des“ Verbrechens nach § 3g VerbotsG (I), „des“ Vergehens nach § 50 Abs 1 Z 1 und 2 WaffG (II/A), (richtig:) mehrerer Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 3 WaffG (II/B/1 bis 3), je eines Vergehens nach § 50 Abs 1 Z 4 WaffG (II/C/1) und nach § 50 Abs 1 Z 5 WaffG (II/C/2), je mehrerer Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (III/A/1 und 2) und nach § 27 Abs (erg:) 1 Z 1 achter Fall, Abs 4 Z 1 SMG (III/B), sowie je zweier Vergehen der Urkundenunterdrückung nach § 229 Abs 1 StGB (V/A) und der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241e Abs 3 StGB (V/B) schuldig erkannt und hiefür zu

einer dreijährigen, gemäß § 43a Abs 4 StGB in Ansehung eines zweijährigen Teils bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe verurteilt. Unter einem wurde die Unterbringung des Angeklagten in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nach § 22 Abs 1 StGB angeordnet.

Nach dem Inhalt des Schuldspruchs hat erin G\*\*\*\*\* und anderen Orten im Bezirk M\*\*\*\*\*

(I) sich zwischen Anfang 2016 und Anfang 2017 in fünf Fällen auf andere als die in den §§ 3a bis 3f Verbotsg bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn betätigt, indem er mehreren Personen eine Vielzahl im Urteil näher bezeichneter NS-Devotionalien, die er für Zwecke der einseitig propagandistisch vorteilhaften Darstellung des NS-Regimes gehortet hatte, unter demonstrativem Gebrauch der NS-Symbolik – zumindest implizit einzelne nationalsozialistische Maßnahmen und Zielsetzungen gutheißen – präsentierte (A), weiteren Personen über WhatsApp im Urteil wörtlich wiedergegebene fremdenfeindliche, verhetzende und NS-propagandistische Textnachrichten (C, E) sowie Abbildungen von ihm selbst und zwei weiteren Personen beim Posieren mit NS-Devotionalien, wie NS-Wehrmachtsuniformen und -mäntel mit Hakenkreuzsymbol, Hakenkreuzarmbinden und -fahnen sowie Schusswaffenattrappen (B) übermittelte und sich an mehreren Körperstellen Hakenkreuze einritzte und aufmalte (H).

(II) ab einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt nach dem 4. Oktober 2013 und jedenfalls vor dem 1. März 2017 zumindest fahrlässig

A) unbefugt eine Schusswaffe der Kategorie B, und zwar eine mit Schalldämpfer ausgestattete Pistole vom Typ „Walther CCP 9 mm“ besessen;

„B) Waffen bzw. Munition besessen, obwohl ihm dies zufolge aufrechten Waffenverbots (ON 13) gemäß § 12 Waffeng verboten ist, und zwar

1) die unter Hauptfrage A [gemeint: Hauptfrage II = Schuldspruch II/A] angeführte Waffe

2) die unter Hauptfrage C [gemeint: Hauptfrage IV = Schuldspruch II/C] angeführte Waffe

3) drei Patronen '7,62 x 54 R', eine Patrone '7 mm Rem Mag. NORMA', eine Patrone 'NK 1972' und ein Springmesser 'AK-47 CCCP'

C) Kriegsmaterial, nämlich ein Sturmgewehr vom Typ „Automat Kalaschnikow AK-47“,

1) unbefugt besessen;

2) einem Menschen überlassen, der zu dessen Besitz nicht befugt ist, und zwar zumindest der Tanja B\*\*\*\*\* unter Aufforderung, damit einen Beschuss der häuslichen Wohnwand durchzuführen, sowie der weiteren nicht ernst gemeinten Aufforderung sich damit umzubringen;

(III) vorschriftswidrig Suchtgift

A) erworben und besessen und zwar THC-haltiges Cannabiskraut

1) in wiederholten Angriffen vor dem 2. Februar 2017 eine nicht mehr feststellbare Menge;

2) am 2. Februar 2017, zumindest 11,4 Gramm Cannabiskraut brutto;

B) in wiederholten Angriffen Ende 2016 und Anfang 2017 der abgedeutet verfolgten, am 7. Juni 1999 geborenen Tanja B\*\*\*\*\* „zumindest“ verschafft, indem er sie hierfür an seinem vorrätigen Cannabiskraut teilhaben ließ, wobei er durch die Tat einer Minderjährigen den Gebrauch von Suchtgift ermöglicht hat und selbst volljährig und mehr als zwei Jahre älter als die Minderjährige ist;

(V) am 14. Jänner 2017 jeweils durch Lochen und Zerschneiden

A) Urkunden, über die er nicht verfügen darf, nämlich den Führerschein und die Sozialversicherungskarte (E-Card) des Almir S\*\*\*\*\*, beschädigt, wobei er mit dem Vorsatz gehandelt hat, zu verhindern, dass sie im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechts, eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache gebraucht werden;

B) unbare Zahlungsmittel, über die er nicht verfügen darf, und zwar die Bankomatkarte und die Kreditkarte des Almir S\*\*\*\*\*, mit dem Vorsatz, deren Verwendung im Rechtsverkehr zu verhindern, beschädigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich die auf § 345 Abs 1 Z 6 und 13 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, der teilweise Berechtigung zukommt:

Die Fragenrüge (Z 6) erblickt eine – nicht näher präzierte – „Verletzung der in den §§ 312–317 StPO enthaltenen Vorschriften“ darin, dass der Beschwerdeführer zu A/II (auch) des Vergehens nach § 50 Abs 1 Z 2 WaffG schuldig erkannt wurde, obwohl die in Zusammenhang mit Verstößen gegen das Waffengesetz gestellten Hauptfragen (II bis V) nur auf die Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 1, 3, 4 und 5 WaffG gerichtet waren.

Soweit mit diesem Vorbringen die Auffassung zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Geschworenen (auch) nach der rechtlichen Unterstellung des als erwiesen erachteten Täterverhaltens zu fragen sein sollten, um eine entsprechende Subsumtion durch den Schwurgerichtshof zu ermöglichen, lässt die Beschwerde eine methodengerechte Ableitung aus dem Gesetz vermissen (vgl dazu RIS-Justiz RS0100770; Lässig, WK-StPO § 312 Rz 9 mwN).

Dass die – den im Anklagetenor (Punkt II; ON 58 S 2) erhobenen, von der Staatsanwaltschaft nur § 50 Abs 1 Z 1 WaffG unterstellten (ON 58 S 4) Vorwurf wortident wiedergebende, von den Geschworenen bejahte – Hauptfrage II, ob nämlich der Beschwerdeführer eine Schusswaffe der Kategorie B (§ 50 Abs 1 Z 1 WaffG), die mit einem Schalldämpfer ausgestattet war (und damit auch eine verbotene Waffe im Sinn des § 17 Abs 1 Z 5 WaffG darstellt; § 50 Abs 1 Z 2 WaffG) unbefugt besessen hat, nicht sämtliche für die vorgenommene rechtliche Beurteilung erforderlichen Tatbestandsmerkmale umschreiben würde, behauptet sie (mit Recht) ebenso wenig wie, dass nach der echt idealkonkurrierenden strafbaren Handlung des § 50 Abs 1 Z 2 WaffG (zur Qualifikation der in Z 1–5 des § 50 Abs 1 WaffG normierten Tatbilder als kumulatives Mischdelikt vgl RIS-Justiz RS0129796) überhaupt nicht gefragt hätte werden dürfen, weil die Anklagebehörde diese bei ihrer Subsumtion der der Anklage zugrunde liegenden, eben beschriebenen Tat nicht angenommen hat (vgl dazu § 312 Abs 2 StPO; Ratz, WK-StPO § 345 Rz 48; Lässig, WK-StPO § 312 Rz 16 je mwN).

Schließlich wird auch nicht mit Bestimmtheit geltend gemacht, dass der Schwurgerichtshof seinen ihm durch § 317 Abs 2 StPO eingeräumten Ermessenspielraum dadurch überschritten hätte, dass er – entgegen § 312 Abs 2 StPO – nicht für jede der nach dem Vorgesagten zusammentreffenden strafbaren Handlungen eine besondere Hauptfrage gestellt, die Sachverhalte vielmehr in einer zusammengefasst hat (vgl dazu Lässig, WK-StPO § 317 Rz 4 mwN).

Davon abgesehen wurden die Geschworenen vorliegend ohnehin sowohl über die Tatbestandsvoraussetzungen des § 50 Abs 1 Z 2 WaffG (vgl Rechtsbelehrung S 5) als auch über die Möglichkeit des § 330 Abs 2 StPO (vgl diesbezüglich Rechtsbelehrung S 12) in Kenntnis gesetzt, von welcher sie auch (bei Beantwortung der Hauptfragen I und VI) Gebrauch machten (RIS-Justiz RS0118085).

Bleibt anzumerken, dass die unzutreffende Annahme (bloß) eines Vergehens nach § 50 Abs 1 Z 1 und 2 WaffG im Urteil (US 9, II/A) dem Angeklagten zum Vorteil gereicht.

Mit dem weiteren Vorwurf eines „Feststellungsmangels“, weil die Geschworenen die Hauptfrage VI (nach dem – vor dem 2. Februar 2017 begangenen – Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG) unter Streichung der Wortfolge „Kokain und“ bejaht haben (US 5), in der Hauptfrage VII (nach dem – am 2. Februar 2017 begangenen – Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG) aber „aus Aktenwidrigkeit Kokain nicht gestrichen wurde“, spricht die – gleichfalls auf Z 6 gestützte – Rüge weder den in Anspruch genommenen, noch einen anderen in § 345 Abs 1 StPO genannten Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt an.

Im Übrigen kann schon mit Blick auf den unterschiedlichen Tatzeitraum von einem – vage angedeuteten – insoweit widersprüchlichen Wahrspruch der Geschworenen (Z 9) zu den Hauptfragen VI und VII, der zudem – zufolge Verwirklichung des in Rede stehenden Vergehens schon durch den Erwerb und Besitz von THC-hältigem Cannabiskraut – keine entscheidende Tatsache beträfe, keine Rede sein, während

ein Widerspruch zwischen Niederschrift (§ 331 Abs 3) und Wahrspruch ohne Verbesserungsauftrag unter dem Aspekt der Nichtigkeitsgründe bedeutungslos ist (vgl zum Ganzen Ratz, WK-StPO § 345 Rz 66, 69; RIS-Justiz RS0118546).

Davon abgesehen war die Hauptfrage VII – trotz sprachlich missglückter Formulierung durch Wiedergabe der im Anklagetenor zum Anklagefaktum III/A zusammenfassend für die Unterpunkte 1 (Hauptfrage VI) und 2 (Hauptfrage VII) angeführten einleitenden Passage „und zwar Kokain und THC-haltiges Cannabiskraut“ (ON 58 S 3) – mit hinreichender

Deutlichkeit ohnehin nur auf den vorschriftswidrigen Erwerb und Besitz von zumindest 11,4 Gramm THC-haltigen Cannabiskrauts gerichtet, weshalb die ersichtlich begehrte Streichung von Kokain nicht erforderlich war und dieses Suchtmittel folgerichtig auch nicht in den Schuldspruch aufgenommen wurde (US 8).

In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde daher bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§§ 285d Abs 1, 344 zweiter Satz StPO).

Zutreffend zeigt die Sanktionsrüge (Z 13) hingegen auf, dass die – gemäß § 338 StPO

der gemeinsamen Beratung von Schwurgerichtshof und Geschworenen vorbehaltene – Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nach § 22 Abs 1 StGB Feststellungen zu einweisungsrelevanten Tatsachen vermissen lässt und daher mit einem Rechtsfehler iSd § 345 Abs 1 Z 13 erster Fall StPO behaftet ist.

Vorauszuschicken ist, dass die Anordnung einer vorbeugenden Maßnahme nach § 22 StGB einen Ausspruch nach § 260 Abs 1 Z 3 StPO darstellt, der grundsätzlich mit Berufung und nach Maßgabe des § 345 Abs 1 Z 13 StPO auch mit Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft werden kann. Dabei sind Überschreitung der Anordnungsbefugnis (§ 345 Abs 1 Z 13 erster Fall StPO) und Ermessensentscheidung innerhalb dieser Befugnis zu unterscheiden. Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde ist jedenfalls die Überschreitung der Anordnungsbefugnis (Ratz in WK2 StPO Vor §§ 21 bis 25 Rz 8 ff mwN; vgl auch RIS-Justiz RS0090075), deren Grundvoraussetzungen die Ergebnisbedeutung des Rechtsbrechers gegenüber dem Missbrauch eines berauschenden Mittels oder Suchtgifts sowie die Verurteilung wegen einer im Rausch oder sonst im Zusammenhang mit der Gewöhnung des Täters begangenen strafbaren Handlung oder wegen Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung im Zustand voller Berauschung (§ 287 StGB) sind.

Vorliegend beschränken sich die Konstatierungen in Bezug auf die Anlasstat darauf, dass „der Angeklagte bei der Begehung der Tat unter einer psychischen Störung und einer Verhaltensstörung durch Alkohol im Sinne eines Abhängigkeitssyndroms (ICD-10: F10.2) sowie durch Cannabinoide im Sinne eines schädlichen Gebrauchs (F 12.1) litt, wobei es sich um keine überdauernde seelische bzw geistige Abnormität von höherem Grad“ handle (US 12 f). Diese Sachverhaltsgrundlage lässt eine rechtsrichtige Beurteilung der materiellrechtlichen, dem richterlichen Ermessen entzogenen, Voraussetzungen des § 22 Abs 1 StGB nicht zu, weil weder Feststellungen dazu getroffen wurden, welche der vom Schuldspruch umfassten (mehreren) strafbaren Handlungen im Rausch oder sonst im Zusammenhang mit der Gewöhnung des Täters begangen wurden, noch (für den letzteren Fall), ob eine Kausalbeziehung zwischen der (jeweiligen) Tat und der Gewöhnung des Rechtsbrechers besteht (vgl Ratz in WK2 StGB § 22 Rz 8 ff), worauf die Rüge mit Recht verweist.

Nichtigkeit des Sanktionsausspruchs liegt überdies in Bezug auf die Gefährlichkeitsprognose vor (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO iVm § 345 Abs 1 Z 13 zweiter Fall StPO), weil in den Entscheidungsgründen durch die bloße Verwendung der verba legalia (RIS-Justiz RS0119090) zu einer der in § 22 Abs 1 StGB genannten Erkenntnisquellen, nämlich zur Art der Tat (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 715), kein ausreichender Sachverhaltsbezug hergestellt wird (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 716) und die Prognosestaten ihrer Art nach nicht umschrieben sind (RIS-Justiz RS0113980 [T8]).

Die aufgezeigten Mängel erfordern die Aufhebung des Urteils im aus dem Spruch ersichtlichen Umfang (damit nicht im Ausspruch über die Strafe; vgl dazu RIS-Justiz RS0090093) schon bei der nichtöffentlichen Beratung und insoweit die Verweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht (§§ 285e, 344 Abs 1 StPO).

Mit seiner gegen die Anordnung der vorbeugenden Maßnahme gerichteten Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Die Entscheidung über die Berufungen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen den Strafausspruch kommt danach dem Oberlandesgericht zu (§ 285i StPO).

Die

Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

### **Schlagworte**

Strafrecht;

**Textnummer**

E120261

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2017:0140OS00104.17A.1212.000

**Im RIS seit**

09.01.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

09.01.2018

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

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)