

# TE OGH 2022/10/19 13Os73/22t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.10.2022

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 19. Oktober 2022 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Lässig als Vorsitzenden sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Michel, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl und die Hofrättinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Brenner und Dr. Setz-Hummel LL.M. in Gegenwart des Schriftführers Richteramtsanwärter Mag. Turner in der Strafsache gegen Ing. \* B\* wegen Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall und Abs 4 Z 3 SMG sowie weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 7. März 2022, GZ 62 Hv 1/22b-178, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Einziehungserkenntnis sowie im Verfallserkenntnis aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien verwiesen.

Insoweit wird die Staatsanwaltschaft mit ihren Rechtsmitteln auf diese Entscheidung verwiesen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung gegen den Ausspruch über die Strafe werden die Akten zunächst dem Oberlandesgericht Wien zugeleitet.

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

## Text

Gründe:

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde Ing. \* B\* jeweils eines Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall und Abs 4 Z 3 SMG (I A und II) und nach § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall und Abs 4 Z 3 SMG (I B), des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall und Abs 2 SMG (I C) sowie jeweils mehrerer Vergehen nach § 50 Abs 1 „Z 4“ und 5, Abs 1a zweiter Satz WaffG und § 15 StGB (III), nach § 50 Abs 1 Z 1 und Abs 1a erster Satz WaffG (IV), nach § 50 Abs 1 Z 2 und Abs 1a erster Satz WaffG (V), nach § 50 Abs 1 Z 3 und Abs 1a erster Satz WaffG (VI) und nach § 50 Abs 1 Z 4 und Abs 1a erster Satz WaffG (VII) schuldig erkannt und unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB nach § 28a Abs 4 SMG zu einer Freiheitsstrafe von siebeneinhalb Jahren verurteilt.

[2] Danach hat er – soweit hier von Bedeutung – in W\* und andernorts vorsätzlich

(III) sowie in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Tat eine fortlaufende Einnahme durch Erzielung nachgenannter Kaufpreise zu verschaffen, Kriegsmaterial einem Menschen überlassen und zu überlassen versucht, der zu dessen Besitz nicht befugt ist, und zwar

- A) am 16. Oktober 2019 eine Maschinenpistole der Type UZI im Kaliber 9x19 mm samt zweier Magazine um 2.400 Euro,
- B) am 9. November 2020 ein Sturmgewehr der Type Kalashnikov AK47 im Kaliber 7,62x39 mm samt drei Magazinen, 400 Stück Munition in Ladestreifen und einer Kiste Munition um 2.500 Euro sowie
- C) am 18. November 2020 eine Maschinenpistole der Type Beretta im Kaliber 9x19 mm samt drei Magazinen um 2.400 Euro, weiters
- D) am 9. Dezember 2020 nachstehendes Kriegsmaterial, das er in seinem VW-Bus zum Verkauf bereithielt, wobei es jedoch beim Versuch blieb, weil er vor der Übergabe festgenommen wurde, und zwar
- 1) bis 4) vier Maschinenpistolen der Type Sudajev PPs 43 im Kaliber 7,62 mm Tokarev,
  - 5) und 6) zwei Maschinenpistolen der Type UZI im Kaliber 9x19 mm,
  - 7) eine Maschinenpistole der Type Beretta im Kaliber 9x19 mm,
  - 8) ein Sturmgewehr der Type 77 Steyr im Kaliber 5,56x45 mm und
  - 9) vier Hohlladungshandgranaten RPG 43 ohne Stabilisator,
- IV) in Bezug auf eine größere Zahl von Schusswaffen unbefugt Schusswaffen der Kategorie B besessen, und zwar
- A) bis zum 10. Dezember 2020 in seinem Container
- 1) und 2) zwei Karabiner KM 1 mit Klappkolben im Kaliber .30 Carbine,
  - 3) und 5) zwei Selbstladepistolen der Type Mauser 08 im Kaliber 9 mm Para,
  - 4) eine Selbstladepistole der Type Walther P38 im Kaliber 9 mm Para,
  - 6) eine Selbstladepistole der Type Margolin im Kaliber 8 mm,
  - 7) eine Selbstladepistole der Type Radom VIS WZ 35 im Kaliber 9 mm Para,
  - 8) und 11) zwei Selbstladepistolen der Type Tokarev M 57 im Kaliber 7,62 mm Tokarev,
  - 9) eine Selbstladepistole der Type VZ 82 im Kaliber 9 mm Makarov,
  - 10) eine Selbstladepistole der Type FEG im Kaliber 9 mm kurz,
  - 12) eine Selbstladepistole der Type Ruger Mk II Target im Kaliber .22l.r,
  - 13) einen Revolver der Type Nagant im Kaliber 8 mm Nagant,
  - 14) einen Revolver der Type Carbine im Kaliber .357 Mag.,
  - 15) eine halbautomatische Flinte der Type Browning im Kaliber 12/70 und
  - 16) einen Perkussionsrevolver der Type New Model Army im Kaliber .44,
- B) bis zum 10. Dezember 2020 in seiner Wohnung
- 1) eine Selbstladepistole der Type Glock 21 im Kaliber .45 Auto und
  - 2) eine Selbstladepistole der Type Glock 34 im Kaliber 9x19 mm sowie
- C) bis zum 22. Dezember 2020 im Kellerabteil seiner verstorbenen Mutter
- 1) eine Selbstladepistole der Type Mauser C 96 im Kaliber 9x19 mm,
  - 2) eine Selbstladepistole der Type Smith & Wesson Modell 422 im Kaliber .22l.r,
  - 3) ein Selbstladegewehr der Type Erma M 1 im Kaliber .22l.r,
  - 4) ein Selbstladegewehr der Type Garand M 1 im Kaliber .308 Win,
  - 5) ein Selbstladegewehr der Type Heckler & Koch Modell 770 im Kaliber .308 Win,
  - 6) ein Selbstladegewehr der Type G 43 im Kaliber 8x57 IS und
  - 7) ein Selbstladegewehr der Type Voere im Kaliber .22l.r,
- V) verbotene Waffen unbefugt besessen, und zwar

A) bis zum 10. Dezember 2020 in seinem Container einen Schalldämpfer und eine Vorderschaftrepeterflinte der Type St. Etienne im Kaliber 12/70 sowie

B) bis zum 22. Dezember 2020 im Kellerabteil seiner verstorbenen Mutter zwei „schießende Kugelschreiber“, fünf Schalldämpfer, einen Teleskopschlagstock und einen Schlagring,

VI) in Bezug auf eine größere Zahl von Schusswaffen nachstehende Waffen und Munition besessen, obwohl ihm dies gemäß § 12 WaffG verboten war, und zwar

A) bis zum 16. Oktober 2020 in seinem Container 612 Patronen im Kaliber 7,62 mm Tokarev,

B) bis zum 9. Dezember 2020 in seinem VW Bus

1) 880 Patronen im Kaliber 7,62x39 mm Kalaschnikov mit Vollmantelgeschoßen,

2) 2.000 Patronen im Kaliber 9x19 mm Para,

3) 10.004 Patronen im Kaliber 7,62x25 mm Tokarev sowie

4) 4 Stück handgehaltene Leucht- und Signalmunition,

C) bis zum 10. Dezember 2020 in seinem Container 11.732 im Urteil bezeichnete Patronen (1 bis 22), 19 Patronen im Kaliber 8 mm Knall, 51 Patronen im Kaliber 5,56x45 mm Knall, zwei Leuchtpistolen (LP 57 und Diana) im Kaliber 4 (23 bis 25), vier elektrische Sprengkapseln, sechs pyrotechnische Handgranaten, zwei Übhandgranatenzünder 91, 100 Gramm plastischen Sprengstoff und 100 Gramm TNT Pressling (26 bis 30), ein

Repetiergewehr Mauser Modell 98 im Kaliber 7,62x51 mm (31), sechs Bajonette (32 bis 34), eine Machete (35) und ein Elektroschockgerät (36) sowie

D) bis zum 22. Dezember 2020 im Kellerabteil seiner verstorbenen Mutter 5.675 weitere im Urteil bezeichnete Patronen (1 bis 17), zehn Signalpatronen im Kaliber 4, einen Leucht/Knallkörper 86, drei Handgranatenkörper inert, 800 Gramm Treibladungspulver, eine Knallpatrone im Kaliber 7,62x39 mm, zwei Leuchtpistolen LP 42 im Kaliber 4, ein Feldmesser 77, ein Fallschirmjägermesser, ein Buschmesser, ein Granatgewehrabshussgerät, acht Signalstifte, ein Magazin für Voere.221.r (18 bis 29), vier Sprengkapseln Nr 8 und 14,5 Kilogramm TNT Bruchstücke (30 und 31), zwei Repetiergewehre, eine Federdruckpistole, ein Kipplaufdruckgewehr und ein Spannhebelluftdruckgewehr (32 bis 36) sowie

VII) in Bezug auf eine größere Zahl von Kriegsmaterial, bis zum 10. Dezember 2020 in seinem Container und bis zum 22. Dezember 2020 im Kellerabteil seiner verstorbenen Mutter, im Urteil beschriebenes Kriegsmaterial, unter anderem mehr als zehn Maschinenpistolen und neun Sturmgewehre, unbefugt erworben und besessen.

[3] Nach „§ 26 StGB“ wurden die „sicherstellten Waffen und Munition“ und nach „§ 34 iVm§ 26 StGB“ „das sicherstellte Suchtgift“ eingezogen.

[4] Ein Betrag von „EUR 4.950“ wurde nach § 20 Abs 3 StGB“ für verfallen erklärt.

[5] Gegen den Schulterspruch VI wegen der zu VI B 4, C 23 bis 30, D 18 bis 31 angeführten Gegenstände und das Einziehungs- und das Verfallserkenntnis richtet sich die aus § 281 Abs 1 Z 5, 5a, 8 und 11 StPO (soweit ersichtlich zum Vorteil des Angeklagten) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft.

### **Rechtliche Beurteilung**

[6] Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof, dass dem Urteil – wie auch die Generalprokuratur in ihrer Stellungnahme zutreffend aufzeigt – dem Angeklagten zum Nachteil gereichende, nicht geltend gemachte Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 11 StPO anhaftet (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall

StPO):

[7] Das Einziehungserkenntnis determiniert den Gegenstand der Einziehung nicht (siehe aber RIS-JustizRS0121298 [T9]). Entgegen den Entscheidungsgründen (US 36) finden sich zu den im Erkenntnis angeführten „sicher gestellten Waffen und Munition“ weder „Fundstellen in den Feststellungen“ noch Bezugnahmen auf „einen Bestandteil des Urteils bildende Aufstellungen“. Auch der Verweis auf „das gesamte sicher gestellte Suchtgift“ (US 36) bleibt ohne Bezugspunkt.

[8] Den auf § 20 Abs 3 StGB gestützten Verfallsausspruch hat das Erstgericht nur mit der Wiedergabe des Wortlauts des § 20 Abs 1 StGB begründet (US 36) und solcherart nicht dargelegt, inwiefern der Betrag von 4.950 Euro Vermögenswerten entsprechen sollte, die für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder durch sie erlangt wurden.

[9] Der Ausspruch über die vermögensrechtlichen Anordnungen war daher bei der nichtöffentlichen Beratung sofort aufzuheben (§ 290 Abs 1 zweiter Satz StPO iVm § 285e StPO).

[10] Insoweit war die Staatsanwaltschaft mit ihren Rechtsmitteln auf diese Entscheidung zu verweisen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen:

[11] Vorgebracht wird, es handle sich bei einzelnen der vom Schulterspruch VI) umfassten um nicht unter das Waffengesetz fallende Gegenstände.

[12] Der Wegfall bloß einzelner vom Schulterspruch VI) umfasster Objekte bliebe aber ohne Auswirkung auf die Schuld- oder die Subsumtionsfrage, womit sich die Mängelrüge (Z 5) und die Tatsachenrüge (Z 5a) insoweit auf keine entscheidenden Tatsachen beziehen (RIS-Justiz RS0106268).

[13] Entgegen dem Vorwurf der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) in Bezug auf die Feststellungen zum Schulterspruch VI B 4, C 23 bis 30 und D 18 bis 31 ließ das Erstgericht das Gutachten des Sachverständigen HR Dr. \* W\* im Übrigen nicht unberücksichtigt (US 34).

[14] Äußerungen eines Sachverständigen zu Rechtsfragen sind unter dem Aspekt des § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO nicht erörterungsbedürftig (RIS-Justiz RS0130194 [T2]).

[15] Dass aus dem Beweisergebnis andere als die im Urteil gezogenen Schlüsse abzuleiten gewesen wären, kann unter dem Aspekt der Z 5 fünfter Fall des § 281 Abs 1 StPO nicht geltend gemacht werden (RIS-JustizRS0099431 [T13]).

[16] Die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 StPO sind voneinander wesensmäßig verschieden und daher gesondert auszuführen, wobei unter Beibehaltung dieser klaren Trennung deutlich und bestimmt jene Punkte zu bezeichnen sind, durch die sich der Nichtigkeitswerber für beschwert erachtet. Soweit die Rüge das eben behandelte Vorbringen auch unter dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a StPO geltend macht, wird sie diesen Anforderungen nicht gerecht (RIS-Justiz RS0115902).

[17] Die Ableitung der Feststellungen zur subjektiven Tatseite hinsichtlich der Vergehen nach dem Waffengesetz aus dem objektiven Tatgeschehen und der geständigen Verantwortung des Angeklagten (US 34) ist unter dem Aspekt der Begründungsauglichkeit (Z 5 vierter Fall) mängelfrei, auf das Gutachten des Sachverständigen war insoweit nicht einzugehen (siehe § 125 Z 1 StPO).

[18] In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokurator – gemäß § 285d Abs 1 StPO schon bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen.

[19] Mit Blick auf § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO sei hinzugefügt, dass die einzelnen Tatbilder des § 50 Abs 1 WaffG jeweils auf die Gesamtmenge der Schusswaffen der Kategorie B, der generell § 17 WaffG) oder individuell (§§ 11a und 12 WaffG) verbotenen Waffen oder Munition und des Kriegsmaterials (ausgenommen Gewehrpatronen mit Vollmantelgeschoss) zielen, die vom Täter gleichzeitig (im Sinn von zeitlich übereinstimmend) tatbestandsmäßig manipuliert werden (vgl RIS-Justiz RS0130142). Die in Z 1 bis 6 des § 50 Abs 1 WaffG normierten Tatbilder wiederum sind als kumulatives Mischa delikt aufzufassen (RIS-Justiz RS0129796), statuieren also im Verhältnis zueinander (nicht gleichartige, sondern) verschiedenenartige strafbare Handlungen.

[20] § 50 Abs 1a erster Satz WaffG jedoch ordnet (auch) für den Fall der konkurrierenden Verwirklichung mehrerer Tatbestände des § 50 Abs 1 WaffG bei vorsätzlicher Begehung hinsichtlich einer größeren Zahl von in Z 1 bis

6 des § 50 Abs 1 WaffG bezeichneten Gegenständen (arg: wer vorsätzlich eine oder mehrere der in Abs 1 mit Strafe bedrohten Handlungen in Bezug auf eine größere Zahl von Schusswaffen oder Kriegsmaterial begeht) die Bildung einer Subsumtionseinheit an (vgl auch EBRV 1166 BlgNR 21. GP 57).

[21] In diese Subsumtionseinheit sind (bei Erfüllung auch der übrigen Tatbestandselemente) – lege non distingueute – auch nach § 50 Abs 1a zweiter Satz WaffG qualifizierte, den Grundtatbestand des § 50 Abs 1 Z 5 WaffG verwirklichende Taten aufzunehmen, womit insoweit echte Idealkonkurrenz zwischen dem ersten und dem zweiten Satz des § 50 Abs 1a WaffG besteht.

[22] Mit der demnach rechtsirrigen Subsumtion als mehrere Vergehen nach den einzelnen Tatbildern des§ 50 Abs 1 WaffG und nach § 50 Abs 1a WaffG – richtig wäre die Subsumtion als ein Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 1, 2, 3, 4, 5 und Abs 1a erster Satz WaffG sowie mehrere Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 5 und Abs 1a zweiter Satz WaffG (§ 50 Abs 1 Z 4 WaffG ist insoweit kein Anknüpfungstatbestand) – ist allerdings kein Nachteil für den Angeklagten iSd § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO verbunden, weil der Subsumtionsfehler (dazu Ratz, WK-StPO § 290 Rz 23) den Strafrahmen unberührt lässt und sich auch bei der Strafzumessung (vgl US 37) nicht nachteilig ausgewirkt hat.

[23] Die Entscheidung über die Berufung gegen den Ausspruch über die Strafe kommt dem Oberlandesgericht zu (§ 285i StPO).

[24] An den (durch die unterbliebene Bildung einer Subsumtionseinheit nach § 50 Abs 1a erster Satz WaffG sowie den Schulterspruch nach § 50 Abs 1 „Z 4 und 5“, Abs 1a zweiter Strafsatz WaffG) verfehlten Ausspruch des Erstgerichts über das anzuwendende Strafgesetz besteht keine (dem Angeklagten zum Nachteil gereichende) Bindung nach § 295 Abs 1 erster Satz StPO (RIS-Justiz RS0118870).

[25] Der Kostenausspruch, der sich nicht auf die amtswegige Maßnahme bezieht (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12), beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Diese generelle Regelung gelangt auch hier zur Anwendung, weil die Staatsanwaltschaft nie kostenersatzpflichtig wird. Hat sie ein erfolgloses Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten erhoben, so hat der Angeklagte diese Kosten zu tragen (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 6).

**Textnummer**

E136694

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2022:0130OS00073.22T.1019.000

**Im RIS seit**

09.12.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

09.12.2022

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

© 2026 JUSLINE

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

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