

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1247

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1247, Rn. X

## BGH 5 StR 623/23 - Beschluss vom 18. Juli 2024 (LG Hamburg)

Unzulässige Rüge der Verwertung von EncroChat-Daten.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

### Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 20. Februar 2023

in den Schuldsprüchen dahin geändert, dass schuldig sind

- der Angeklagte V. des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen (Fälle 4 und 9), des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis in vier Fällen (Fälle 7, 8, 12 und 15), davon in drei Fällen in Tateinheit mit Anstiftung zur bandenmäßigen Einfuhr von Cannabis und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis (Fälle 8, 12 und 15), sowie des Handeltreibens mit Cannabis in drei Fällen (Fälle 2, 3 und 10),

- der Angeklagte C. des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen (Fälle 4, 9, 11 und 14) sowie des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis in sechs Fällen (Fälle 1, 5, 7, 8, 12 und 15), davon in drei Fällen in Tateinheit mit Anstiftung zur bandenmäßigen Einfuhr von Cannabis und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis (Fälle 8, 12 und 15),

- der Angeklagte G. des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall 14), des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis in fünf Fällen (Fälle 1, 5, 7, 8 und 12), davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Anstiftung zur bandenmäßigen Einfuhr von Cannabis und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis (Fälle 8 und 12), sowie der Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis in Tateinheit mit Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis (Fall 13),

- der Angeklagte Ch. der bandenmäßigen Einfuhr von Cannabis in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis in drei Fällen (Fälle 8, 12 und 15),

- der Angeklagte A. der bandenmäßigen Einfuhr von Cannabis in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis in drei Fällen (Fälle 8, 12 und 15) sowie des Handeltreibens mit Cannabis (Fall 6),

in den Strafaussprüchen mit Ausnahme der in den Fällen 4, 9, 11 und 14 verhängten Einzelstrafen aufgehoben und

den Angeklagten C. betreffend im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahin geändert, dass dieser in Höhe weiterer 30.000 Euro als Gesamtschuldner haftet.

Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten V. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen, davon in drei Fällen jeweils in Tateinheit mit bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Eine ebensolche Gesamtfreiheitsstrafe hat es gegen den Angeklagten C. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen, davon in drei Fällen jeweils in Tateinheit mit bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen verhängt. Den Angeklagten G. hat es des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen, davon in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge,

sowie des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gesprochen und eine Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verhängt. Die Angeklagten Ch. und A. hat es jeweils wegen bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, den Angeklagten A. zudem wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, jeweils zu Gesamtfreiheitsstrafen von sechs Jahren und neun Monaten verurteilt. Zudem hat das Landgericht Einziehungsentscheidungen getroffen.

Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren auf die Verletzung sachlichen Rechts und auf 2  
Verfahrensbeanstandungen gestützten Revisionen. Diese haben den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

## I.

1. Das Landgericht hat die folgenden Feststellungen getroffen: 3

a) Die Angeklagten schlossen sich mit weiteren Personen zusammen, um auf Dauer angelegt Marihuana im dreistelligen 4  
Kilogramm Bereich arbeitsteilig in Spanien zu erwerben, auf dem Landweg nach H. zu verbringen und es dort gewinnbringend weiterzuverkaufen. Zugleich sollte dabei im Sinne einer Einkaufsgemeinschaft jeweils auch im Auftrag weiterer Händler Marihuana erworben und diesen nach Ankunft der Lieferung in H. zum Einkaufspreis überlassen werden.

In Umsetzung dieser Abrede verbrachte die Gruppierung um die Angeklagten im Mai 2020 etwa 226 Kilogramm 5  
Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 23,7 Kilogramm THC nach H. (Fall 8), händigte rund 98 Kilogramm (11 Kilogramm THC) an die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft aus und verkaufte die restliche Menge selbst gewinnbringend weiter. Die Angeklagten V. und C. standen dabei an der Spitze der Hierarchie, planten und koordinierten gemeinsam das Einsammeln der Gelder von den Mitgliedern der Einkaufsgemeinschaft im Vorfeld der Lieferung, den Einkauf des Marihuanas in Spanien und dessen Abverkauf in H. Auf ihre Anweisung organisierten die für die Logistik zuständigen Angeklagten Ch. und A. die Lieferung des Kaufgelds nach Spanien sowie die Abholung und den Transport des Marihuanas von Spanien nach H. durch eine Spedition. Der Angeklagte Ch. war zudem Teil der Einkaufsgemeinschaft und erhielt 18 Kilogramm Marihuana (2 Kilogramm THC), die er auf eigene Rechnung gewinnbringend weiterverkaufte. Der Angeklagte G. verwaltete als Buchhalter der Gruppierung die Gelder und die nach H. gelangten Betäubungsmittel.

Auf die gleiche Weise verbrachte die Gruppierung im Juni 2020 etwa 209 Kilogramm Marihuana (21,9 Kilogramm THC) 6  
nach H. (Fall 12). Hiervon waren 122 Kilogramm (13,69 Kilogramm THC) für die Einkaufsgemeinschaft bestimmt, als deren Teil der Angeklagte Ch. 10 Kilogramm Marihuana (1,12 Kilogramm THC) erhielt und gewinnbringend verkaufte. Von dem verbleibenden Marihuana erhielt der Angeklagte G. als besondere Entlohnung für seinen Einsatz beim Entladen des Containers zu einem Vorzugspreis 10,47 Kilogramm Marihuana (830 Gramm THC), das er auf eigene Rechnung gewinnbringend weiterverkaufte. Das restliche Marihuana setzte die Gruppierung gemeinsam gewinnbringend ab.

Nach demselben Muster - allerdings ohne Mitwirkung des Angeklagten G. - gingen die übrigen Angeklagten im April 2021 7  
erneut vor (Fall 15). Diesmal importieren sie etwa 341 Kilogramm Marihuana (51 Kilogramm THC), das jeweils zur Hälfte für die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft und zum Eigenhandel der Gruppierung vorgesehen war. Es wurde nach seiner Ankunft in H. durch die Polizei sichergestellt.

b) Ebenfalls als Mitglieder einer zum gewinnbringenden Verkauf von Marihuana dauerhaft zusammengeschlossenen 8  
Gruppierung verkauften die Angeklagten C. und G. zudem Marihuana (jeweils 10 % THC) im H. er Stadtgebiet, und zwar zwischen dem 23. März 2020 und dem 6. April 2020 90 Kilogramm (Fall 1) und weitere am 15. April 2020 erworbene 15 Kilogramm (Fall 5). Gemeinsam mit dem Angeklagten V., der sich der Gruppierung angeschlossen hatte, veräußerten sie weitere 51 Kilogramm, die sie am 27. April 2020 erworben hatten (Fall 7).

c) Die Angeklagten V., G. und A. waren zudem in weiteren Fällen auf eigene Rechnung mit dem gewinnbringenden Absatz 9  
von Cannabis befasst:

Der Angeklagte V. verkaufte am 3. und 4. April 2020 zehn Kilogramm (Fall 2) und zwischen dem 13. und dem 15. April 10  
2020 weitere 116 Kilogramm (Fall 3) Marihuana mit einer Wirkstoffkonzentration von jeweils 10 % THC, sowie am 21. Mai 2020 erworbene sechs Kilogramm Haschisch mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 360 Gramm THC (Fall 10). Der Angeklagte A. erntete am 17. April 2020 aus von ihm herangezogenen Cannabispflanzen 500 Gramm Marihuana mit mindestens 35 Gramm THC, das er gewinnbringend verkaufte (Fall 6). Der Angeklagte G. übergab am 8. Juni 2020 20 Kilogramm Marihuana (5,6 Kilogramm THC) im Auftrag und zur Unterstützung des gewinnbringenden Absatzes eines Dritten an einen Abnehmer (Fall 13).

d) Schließlich handelten die Angeklagten V., C. und G. auch mit Kokain. So verkauften die Angeklagten C. und V. im 11  
arbeitsteiligen Zusammenwirken zwei Kilogramm am 14. April 2020 (Fall 4) sowie fünf Kilogramm am 8. Mai 2020 erlangtes Kokain (Fall 9), das jeweils einen Wirkstoffgehalt von mindestens 70 % KHC hatte. Ein Kilogramm Kokain

gleicher Qualität veräußerten der Angeklagte C. und der EncroChat-Nutzer w. arbeitsteilig am 27. Mai 2020 für 30.000 Euro (Fall 11). C. setzte gemeinsam mit dem Angeklagten G. ein weiteres Kilogramm Kokain mit mindestens 80 % KHC, erworben am 10. Juni 2020, gewinnbringend ab (Fall 14).

2. Das Landgericht hat die Angeklagten auf dieser Grundlage wie folgt schuldig gesprochen: 12

Wegen ihrer Mitwirkung an dem Import des Marihuanas aus Spanien und an dessen Abverkauf hat es die Angeklagten V. und C. (Fälle 8, 12 und 15) sowie den Angeklagten G. (Fälle 8 und 12) jeweils des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln und mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gesprochen. Die Mitwirkung der Angeklagten Ch. und A. hat es in allen drei Fällen als bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bewertet. 13

Die als Teil einer Gruppierung vorgenommenen Abverkäufe von Marihuana durch die Angeklagten C., G. (Fälle 1, 5 und 7) und V. (Fall 7) hat die Strafkammer als bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bewertet. Die Auslieferung des Marihuanas durch den Angeklagten G. (Fall 13) hat sie als Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angesehen. In allen übrigen Fällen hat sie die jeweils beteiligten Angeklagten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gesprochen. 14

## II.

1. Die Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg. 15

a) Soweit die Revision des Angeklagten V. die Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten geltend macht, entspricht der Revisionsvortrag schon deshalb nicht den Voraussetzungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, weil ihm eine Angriffsrichtung nicht hinreichend klar entnommen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2023 - 5 StR 80/23 Rn. 47 mwN). Die Revision schildert undifferenziert Verwertungswidersprüche sowie Aussetzungs- und Beweisanträge, die mit unterschiedlichen Stoßrichtungen in der Hauptverhandlung angebracht worden sind, und vermengt dies mit verfassungs- und europarechtlichen Bedenken, ohne deutlich zu machen, unter welchem dieser Gesichtspunkte sie eine rechtliche Prüfung der Verwertbarkeit begehrt. Käme es ihr dabei etwa auf einen Verfahrensverstoß bei der Datenerhebung der französischen Behörden oder dem Datentransfer nach Deutschland an, hätte sie darüber hinaus die tatsächlichen Abläufe dieser Vorgänge im Zusammenhang vortragen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Februar 2023 - 4 StR 93/22, NSTZ 2023, 443). 16

b) Die Beanstandung des Angeklagten C., es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Verwendung der EncroChat-Nachrichten, ist unbegründet (vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 - 5 StR 457/21, BGHSt 67, 29). 17

Seine Rüge der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen ist deshalb unzulässig, weil sie sich auch auf die im Zusammenhang mit der vorherigen Rüge - dort allerdings nur ergänzend - vorgelegten umfangreichen fremdsprachigen Urkunden bezieht und diesen Bedeutung zumisst. 18

c) Die vom Angeklagten Ch. erhobene Rüge der Verletzung des § 261 StPO, mit der er sich gegen die Feststellung wendet, er habe seine Taten erst unter dem Druck des ihn belastenden Geständnisses des Angeklagten A. eingeräumt, entspricht nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Denn sie trägt zu den Zeitpunkten der Einlassungen unvollständig vor, indem sie verschweigt, dass der Angeklagte A. auch im Hauptverhandlungstermin vom 8. September 2022 mehrfach ergänzend zur Sache ausgesagt hat. 19

2. Die sachlich-rechtliche Nachprüfung führt zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Umstellung der Schuldsprüche in den Fällen 1 bis 3, 5 bis 8, 10, 12, 13 und 15. 20

a) Da sich diese Taten ausschließlich auf Cannabis im Sinne von § 1 Nr. 8 KCanG beziehen, sind gemäß § 2 Abs. 3 StGB die seit dem 1. April 2024 geltenden (BGBl. I 2024 Nr. 109) und hier milderen Strafvorschriften des § 34 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5, Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 3 KCanG zur Anwendung zu bringen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Mai 2014 - 5 StR 1/24; vom 24. April 2024 - 5 StR 136/24 und zur nicht geringen Menge: Beschlüsse vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24; Urteil vom 24. April 2024 - 5 StR 516/23). Den Schuldspruchänderungen steht § 265 StPO nicht entgegen, weil sich die Angeklagten insoweit nicht wirksamer als geschehen hätten verteidigen können. 21

b) Die Fälle 8, 12 und 15 sind auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen danach wie folgt zu bewerten: 22

aa) Die Angeklagten V. und C. haben sich bezogen auf die zum Verkauf durch ihre Gruppierung bestimmte Cannabismenge jeweils des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis (§ 34 Abs. 4 Nr. 3, Abs. 1 Nr. 4 KCanG) 23

strafbar gemacht. Sämtliche dem Absatz dieser Menge dienenden Handlungen, auch die Mitwirkung an der Einfuhr, gehen in der Bewertungseinheit des Handeltreibens auf (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juli 2024 - 5 StR 296/24 Rn. 6 ff.).

In Tateinheit hierzu haben sie bezogen auf die für die Einkaufsgemeinschaft bestimmte Teilmenge jeweils die Tatbestände der Anstiftung zur bandenmäßigen Einfuhr von Cannabis (§ 34 Abs. 4 Nr. 3, Abs. 1 Nr. 5 KCanG, § 26 StGB) und der Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis verwirklicht. Eine täterschaftlich begangene Einfuhr belegen die Urteilsgründe hingegen nicht. Einen über das bloße Veranlassen des Transports hinausgehenden Einfluss der Angeklagten auf die Durchführung des Einfuhrvorgangs selbst (vgl. zu den Anforderungen etwa BGH, Beschlüsse vom 14. November 2023 - 3 StR 369/23 Rn. 7; vom 27. April 2023 - 5 StR 421/22 Rn. 10 jeweils mwN) hat das Landgericht nicht festgestellt. 24

bb) Die Angeklagten Ch. und A. haben sich jeweils wegen bandenmäßiger Einfuhr von Cannabis in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis strafbar gemacht. Zwar ist die Einfuhr von zum gewinnbringenden Verkauf bestimmten Cannabis gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 5 KCanG ein unselbstständiger Teilakt des Handeltreibens an dem Cannabis gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, gleichwohl tritt der täterschaftlich verwirklichte Tatbestand der Einfuhr nicht hinter die Beihilfe zum Handeltreiben zurück. Eine Verurteilung nur wegen Beihilfe zum (bandenmäßigen) Handeltreiben würde den Unrechtsgehalt der Tat nicht ausschöpfen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Mai 2024 - 3 StR 139/24 Rn. 5 mwN). 25

Der vom Angeklagten Ch. in den Fällen 8 und 12 durch den gewinnbringenden Abverkauf eines Teils der eingeführten Cannabismenge jenseits der Bandenabrede auf eigene Rechnung zusätzlich verwirklichte Tatbestand des (täterschaftlichen) Handeltreibens mit Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG) tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter das nach § 34 Abs. 4 Nr. 3 KCanG qualifizierte Delikt zurück. 26

cc) Der Angeklagte G. hat sich in den Fällen 8 und 12 durch seine Mitwirkung an Erwerb und Absatz der von der Gruppierung für den eigenen Handel erworbenen Gesamtmenge des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis schuldig gemacht. Das Handeltreiben mit Cannabis durch den gewinnbringenden Abverkauf einer Teilmenge hiervon auf eigene Rechnung im Fall 12 tritt dahinter gesetzeskonkurrierend zurück. 27

Zugleich hat der Angeklagte durch die Verwaltung der Kaufgelder den Ankauf von Marihuana zugunsten der Einkaufsgemeinschaft unterstützt und damit den Tatbestand der Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis erfüllt. Soweit er hierdurch auch die nachfolgende Einfuhr des Cannabis im Sinne des § 27 StGB gefördert hat, ist diese nach den Grundsätzen der Bewertungseinheit Teilakt des geförderten Absatzgeschäfts, so dass die Beihilfe zur Einfuhr in der Beihilfe zum Handeltreiben aufgeht. Eine über eine Beihilfe hinausgehende Beteiligung an dem Einfuhrvorgang belegen die Urteilsgründe für den Angeklagten G. nicht. 28

c) In den übrigen Fällen sind die Schuldsprüche auf bandenmäßiges Handeltreiben mit Cannabis (Fälle 1, 5 und 7), auf Handeltreiben mit Cannabis (Fälle 2, 3, 6 und 10) sowie auf Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis in Tateinheit mit Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis (Fall 13) umzustellen. 29

d) Angesichts der im Vergleich zu den von der Strafkammer angewandten Strafraumen der § 30a Abs. 1 und § 29a Abs. 1 BtMG deutlich geringeren Strafraumen in § 34 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 KCanG unterliegen die Einzelstrafen der Aufhebung. Dies entzieht den Gesamtstrafausprüchen die Grundlage. Die Feststellungen können bestehen bleiben, weil sie rechtsfehlerfrei getroffen sind (vgl. § 353 Abs. 2 StPO). 30

3. Die den Angeklagten C. betreffende Einziehungsentscheidung war zudem aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts aufgezeigten Gründen im Fall 11 um die Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung zu ergänzen. 31