



wertschaetzen.de/ entstanden. Erklärtes Ziel der Kampagne ist die Reduzierung von Lebensmittelabfällen um 50% bis 2030. Denn jedes Jahr werden in Deutschland rund elf Millionen Tonnen Lebensmittel in Industrie, bei Großverbrauchern, im Handel und in den Privathaushalten weggeworfen.<sup>10</sup>

Nicht Gegenstand der derzeitigen Strategie in Deutschland ist eine Strafflosstellung des Containerns oder Änderungen des Abfallgesetzes. Andere Länder wie Frankreich oder Tschechien beschreiten diese gesetzlichen Lösungsstrategien (s. hierzu unter Punkt IV). In Deutschland dagegen muss sich derjenige, der Lebensmittel aus dem Supermarktmülleimer entwendet, am deutschen Strafrecht messen lassen, so ehrenwert seine Motive auch sein mögen.

## II. Strafbarkeit des Containerns

Durch das Containern können gleich mehrere Straftatbestände berührt sein. Denn die Müllcontainer der Supermärkte sind in der Regel nicht frei zugänglich, sondern befinden sich auf dem Gelände des Marktes. Zudem sind sie häufig gegen Wegnahme durch eine entsprechende Schließvorrichtung gesichert. Insoweit kann neben dem klassischen Diebstahl auch der Straftatbestand der Sachbeschädigung oder des Hausfriedensbruchs verwirklicht werden.

### 1. Diebstahl

Der Straftatbestand des Diebstahls gem. § 242 StGB dient dem Schutz des Eigentums.<sup>11</sup> Da die formale Rechtsposition des Eigentümers geschützt wird, kommt es auf den Wert des Gegenstands nicht an, so dass auch geringwertige Sachen erfasst werden.<sup>12</sup> Selbst Gegenstände, die materiell oder immateriell völlig wertlos sind, werden von der h.M. nicht vom Eigentumsschutz ausgenommen.<sup>13</sup>

Dagegen schließt es der formale Eigentumsschutz nach Ansicht von *Bosch* nicht aus, Diebstahl dann zu verneinen, wenn dem Tatobjekt weder materieller noch immaterieller Wert zukommt, da es dann an einem Strafbedürfnis fehle. Er folgert dies aus dem Rechtsgedanken in § 303 StGB, wonach die Zerstörung wertloser Gegenstände keine Sachbeschädigung sei. Es wäre widersprüchlich, wenn der Täter die wertlose Sache zwar wegnehmen und zerstören, nicht aber wegnehmen und behalten dürfte.<sup>14</sup> Allerdings kommt es auch im Rahmen des § 303 StGB laut h.M. auf einen Vermögenswert der Sache gerade nicht an. Vielmehr knüpft auch der Schutz des § 303 StGB an die funktionale und soziale Sinnbedeutung der Sache

für den Berechtigten an.<sup>15</sup> Insofern scheidet auch die Sachbeschädigung erst dann aus, wenn jegliches Interesse an dem Gegenstand fehlt, also auch kein irgendwie geartetes Gebrauchs- oder Affektionsinteresse gegeben ist.<sup>16</sup>

Bei weggeworfenen Lebensmitteln könnte man nun grundsätzlich davon ausgehen, dass ihnen weder ein Vermögenswert zukommt, noch ein irgendwie geartetes Interesse an ihnen seitens der Inhaberin des Supermarktes besteht. Gerade das Interesse an weggeworfenen Lebensmitteln wird jedoch über die Pflicht des Supermarktbetreibers zur ordnungsgemäßen Entsorgung der Abfälle, der Sorge vor Umsatzeinbußen bei Containern in großem Stil und sinkender Nachfrage sowie Haftungsrisiken konstruiert.<sup>17</sup> Die Diskussion findet sich aber – da die h.M. das Eigentum im Rahmen des § 242 StGB als rein formale Rechtsposition geschützt sieht – bei der Frage einer eventuellen Eigentumsaufgabe durch Wegwerfen. Meines Erachtens könnte aber genauso gut der Schutzzweck des § 242 StGB bei weggeworfenen Lebensmitteln versagt werden. Neben der Argumentation von *Bosch* kann man den Gedanken heranziehen, dass das Rechtsgut nach der (jetzt) h.M. einzig das Eigentum und nicht mehr der Gewahrsam ist.<sup>18</sup> Ist der Gewahrsam und insofern die tatsächliche Sachherrschaft über einen Gegenstand an sich nicht geschützt, so kann die formale Eigentumsposition ohne jeglichen materiellen oder immateriellen Wert für den Berechtigten kein schutzwürdiges Interesse sein. Ein Strafbedürfnis ist hier nicht zu erkennen, zumal der ultima-ratio-Gedanke des Strafrechts eine teleologische Reduktion nahelegt.<sup>19</sup>

*Vogel* hingegen möchte bei fehlendem materiellen oder immateriellen Interesse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ultima-ratio-Gedanken dadurch Rechnung tragen, dass sorgfältig die Fragen einer möglichen Dereliktion, eines möglichen Einverständnisses, einer möglichen Einwilligung oder einer Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO geprüft werden sollten.<sup>20</sup>

Ob bei der Entsorgung von Müll das Eigentum aufgegeben wurde, also eine sog. Dereliktion gem. § 959 BGB vorliegt, ist umstritten. Voraussetzung der Aufgabe des Eigentums nach § 959 BGB ist die Absicht des Eigentümers, auf sein Eigentum zu verzichten. Da es sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, kommt es für die Auslegung der Erklärung nicht auf den objektiven Empfängerhorizont einer dritten Person an, sondern auf den tatsächlichen subjektiven Willen

<sup>10</sup> Vgl. Fn. 8.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler nur *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 242 Rn. 2. m. zahlr. w. Nachw. Mit ausführlicher Begründung, dass der Gewahrsam nicht zusätzlich geschütztes Rechtsgut ist s. *Schmitz*, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 6 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 242 StGB Rn. 5; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 6.

<sup>13</sup> So *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 242 Rn. 11; *Wittig*, in: BeckOK-StGB, 41. Ed. (Stand: 1.2.2019), § 242 Rn. 3.1; *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 10; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 242 Rn. 2.

<sup>14</sup> So *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 242 Rn. 7.

<sup>15</sup> S. *Fischer*, § 303 Rn. 3; zur Wertlosigkeit auch *Saliger*, in: SSW-StGB, § 303 Rn. 2.

<sup>16</sup> So *Zaczyk*, in: NK-StGB, § 303 Rn. 1; *Wieck-Noodt*, in: MK-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 303 Rn. 13.

<sup>17</sup> Vgl. die Literaturangaben in Fn. 5.

<sup>18</sup> So *Fischer*, § 242 Rn. 2 m.w.N.; anders aber noch *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, § 242 Rn. 3 m.w.N.

<sup>19</sup> Zum ultima-ratio Gedanken und mit zumindest Zweifeln an der Schutzwürdigkeit *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>20</sup> S. *Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 242 Rn. 45.

des Eigentümers selbst.<sup>21</sup> Allerdings muss der Verzichtswille vom Eigentümer nicht gesondert erklärt werden, sondern es kann auf ihn aus der Art und Weise und den Begleitumständen der Besitzaufgabe geschlossen werden.<sup>22</sup> Entscheidend sind also die Umstände des Einzelfalls.<sup>23</sup> Bei reinen Abfällen wird in der Regel in der Entledigung des Mülls zugleich eine Eigentumsaufgabe zu sehen sein. Allerdings betrifft dies primär am Straßenrand und öffentlich zugänglich platzierten Müll.<sup>24</sup> Aber auch in diesen Fällen gibt es einige wenige Stimmen, die eine Dereliktion ablehnen und auch in der Entsorgung des Mülls in eine Abfalltonne stets ein Angebot an den Müllentsorger auf Übereignung unter Auflage der fachgerechten Entsorgung sehen.<sup>25</sup>

In der Rechtsprechung wurde die Frage nach dem Verzichtswillen bei der Müllentsorgung für Sperrmüllfälle und Sammelgut entschieden, die zur Abholung auf der Straße bereitgestellt werden. Hier verneinen die Gerichte regelmäßig eine Dereliktion. Denn ein Verzichtswille liege nicht vor, wenn der Eigentümer nur zugunsten einer anderen Person oder Organisation das Eigentum aufgeben will, denn dann will der Entsorgende das Eigentum nur dieser Person oder Organisation übertragen.<sup>26</sup> Auch wenn Sachen erkennbar in einer besonderen Beziehung zum Wegwerfenden stehen, wird die Dereliktion verneint.<sup>27</sup> In einem weiteren Fall, in dem eine EC-/Codekarte eines Kunden in unzulässiger Weise im normalen Müll entsorgt wurde, verneinte das Gericht ebenfalls den Dereliktionswillen.<sup>28</sup>

Ansonsten wird teilweise noch zwischen Dereliktions- und Vernichtungswillen differenziert und ein Alternativverhältnis gesehen. Ist aus den äußeren Umständen erkennbar, dass der Wegwerfende allein die Vernichtung der Sache wünscht, ist eine Dereliktion ausgeschlossen.<sup>29</sup> Dies nimmt auch das *AG Düren* für weggeworfene Lebensmittel eines Supermarktes an, die der Entsorgung überführt und nicht für den Abtransport von Jedermann bereitgestellt worden seien.<sup>30</sup> Auch im aktuellen Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* wurde eine Dereliktion verneint.<sup>31</sup>

Die Literatur differenziert teilweise danach, ob die weggeworfenen Lebensmittel in einem öffentlich zugänglichen Abfallcontainer geworfen werden oder auf einem verschlossenen Betriebsgelände in einem mit Schloss gesicherten Container entsorgt werden. In letzterem Fall sprächen die Umstände gegen eine Dereliktion, weil es dem Eigentümer offensichtlich nicht egal sei, wer an die weggeworfenen Lebensmittel gelangt.<sup>32</sup> Mögliche Gründe für ein weiterhin bestehendes Interesse an den entsorgten Lebensmitteln seien eine ggf. sinkende Nachfrage und Umsatzeinbußen bei Containern in großem Stil und die Vermeidung von Haftungsrisiken.<sup>33</sup> Des Weiteren wird angeführt, dass die Supermärkte verpflichtet seien, ihren Müll ordnungsgemäß zu entsorgen und dies auch sicherzustellen hätten, so dass man von einer offensichtlichen Eigentumsaufgabe nicht ausgehen könne.<sup>34</sup>

Insgesamt muss konstatiert werden, dass zumindest in den klassischen Containern-Fällen, in denen Lebensmittel vom Gelände des Supermarktes aus verschlossenen Müllbehältern entwendet werden, die Abfälle jedenfalls nach der h.M. in Literatur und Rechtsprechung weiterhin vom Eigentumsbegriff umfasst und fremd i.S. des § 242 StGB sind. Grundsätzlich sind auch die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt.<sup>35</sup>

Hinsichtlich des Vorsatzes bzgl. der Fremdheit der weggeworfenen Lebensmittel wird teilweise ein Tatbestandsirrtum gemäß § 16 StGB angenommen, der zum Vorsatzausschluss führt. Allerdings wird zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich insofern um eine Tatfrage und daher um eine Beurteilung des Einzelfalls handelt.<sup>36</sup> Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Täter die genaue rechtliche Bedeutung erfasst, vielmehr müssen nur aus den äußeren Umständen entsprechende Parallelwertungen in der Laiensphäre getroffen werden. Gerade bei Containern-Fällen, in denen sich die Lebensmittel in verschlossenen Müllbehältern befinden, ist bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung davon auszugehen, dass eine entsprechende Parallelwertung vorgenommen und demzufolge vorsätzlich gehandelt wird.<sup>37</sup> Auch die Zueignungsabsicht

<sup>21</sup> Vgl. *Oechsler*, in: MK-BGB, Bd. 7, 7. Aufl. (2017), § 959 Rn. 3; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. (2011), § 959 Rn. 3.

<sup>22</sup> Vgl. *Vergho*, StraFo 2013, 15 (16); *Gursky*, in: Staudinger, § 959 Rn. 3.

<sup>23</sup> S. *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 35; *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (810).

<sup>24</sup> So *Erman*, BGB, 15. Aufl. (2017), § 959 Rn. 3; *Oechsler*, in: MK-BGB, § 959 Rn. 4; *Gursky*, in: Staudinger, § 959 Rn. 3, 8); *Fischer*, § 242 Rn. 7; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 242 Rn. 22; *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 34; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 17/18.

<sup>25</sup> So *Grziwotz*, MDR 2008, 726 (727) und *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, § 242 Rn. 15.

<sup>26</sup> So BayObLGSt 1986, 72 und *OLG Düsseldorf*, JMBL. NRW 1992, 191 jew. in Bezug auf einen Diebstahlsvorwurf; rein zivilrechtlich vgl. *BGH*, NJW 2016, 1887 (1889); *LG Ravensburg*, NJW 1987, 3142.

<sup>27</sup> So für weggeworfene Lose *LG Magdeburg*, BeckRS 2011, 11681.

<sup>28</sup> *OLG Hamm*, BeckRS 2011, 07785 mit Besprechung von *Jahn*, JuS 2011, 755.

<sup>29</sup> So ausdrücklich *LG Magdeburg*, BeckRS 2011, 11681; ebenso auch *Grziwotz*, MDR 2008, 726 (727).

<sup>30</sup> *AG Düren*, BeckRS 2011, 11681.

<sup>31</sup> *AG Fürstenfeldbruck*, UrT. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18, vgl. zum Fall das Editorial FD-StrafR 2019, 413941 sowie *Podolski*, LTO v. 29.1.2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/studentin-diebstahl-lebensmittel-supermarkt-muell/> (zuletzt abgerufen am 3.5.2019).

<sup>32</sup> So *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 35; ebenso *Vergho*, StraFo 2013, 15 (17).

<sup>33</sup> Vgl. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812); *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (259).

<sup>34</sup> So *Heinrich* im Interview mit *Podolski* in LTO v. 29.1.2019, abrufbar wie in Fußn. 29. Dagegen aber bspw. ein Einwand von *Malkus*, Magazin für Restkultur 2016, S. 3, abrufbar unter: [http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK\\_MaxMalkus-Containern-strafbar-strafwuerdig\\_.pdf](http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK_MaxMalkus-Containern-strafbar-strafwuerdig_.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.5.2019).

<sup>35</sup> Ausführlich zur Wegnahme *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (260); *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812).

<sup>36</sup> So *Vergho*, StraFo 2013, 15 (17 f.).

<sup>37</sup> S. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812); *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (260).

ist zweifelsfrei zu bejahen.<sup>38</sup>

Ebenfalls auszuschließen sind in diesen Containern-Fällen ein tatbestandsausschließendes Einverständnis oder eine rechtfertigende (mutmaßliche) Einwilligung des Supermarktes. Denn die Sicherungsmaßnahmen an den Müllbehältern machen hinreichend deutlich, dass der Gewahrsamsinhaber gerade nicht mit einer Wegnahme der weggeworfenen Lebensmittel einverstanden ist oder eine mutmaßliche Einwilligung erteilt. Hier kommt die gleiche Argumentation zum Tragen, die schon im Rahmen des Eigentumsschutzes und der Dereliktion für die h.M. entscheidungserheblich war.<sup>39</sup>

Auch ein Verbotsirrtum wird regelmäßig auszuschließen sein. Denn dieser führt gem. § 17 StGB nur dann zur Schuldlosigkeit des Täters, wenn er für diesen unvermeidbar war. Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum dann, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse Anlass gehabt hat, über die mögliche Rechtswidrigkeit seines Vorhabens nachzudenken oder sich zu erkundigen und wenn dies zur Unrechtseinsicht geführt hätte.<sup>40</sup> Die Anforderungen, die an die Unvermeidbarkeit gestellt werden, sind hoch. Es wird verlangt, dass der Täter alle seine Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen einsetzt und zwar auf der Grundlage der Vorstellungen seiner Rechtsgemeinschaft.<sup>41</sup> Die Annahme eines Verbotsirrtums dürfte bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe in Containern-Fällen schwer zu begründen sein. Denn die öffentliche Diskussion über die Zulässigkeit des Containers und die strafrechtliche Bewertung müsste für den Täter zumindest Anlass sein, sich über das Verbotensein der Wegnahme Gedanken zu machen.<sup>42</sup>

Ein besonders schwerer Fall durch Erfüllen eines Regelbeispiels gem. § 243 Abs. 1 S. 2 StGB scheidet m.E. regelmäßig an der Geringwertigkeitsklausel nach Abs. 2. Eine Sache ist geringwertig, wenn ihr Verkehrswert die Grenze von 25 € - 50 € nicht überschreitet.<sup>43</sup> Weggeworfenen Lebensmitteln wird so gut wie gar kein Verkehrswert zukommen. Das sehen einige Staatsanwaltschaften aber anders, die Staatsanwaltschaft München II nahm z.B. bei weggeworfenen Lebensmitteln einen Wert von rund 100 € an. Allerdings stellte im besagten Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* das Gericht fest, dass die weggeworfenen, aussortierten Lebensmittel kaum etwas bis gar nichts wert gewesen sind.<sup>44</sup>

Beim Diebstahl geringwertiger Sachen ist gem. § 248a StGB eine Strafverfolgung nur auf Antrag möglich, es sei

denn, die Staatsanwaltschaft bejaht ein besonderes öffentliches Interesse. Obwohl im Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* das Gericht recht deutlich gemacht hat, dass es kein Urteil fällen wollte, hielt die Staatsanwaltschaft an dem besonderen öffentlichen Interesse fest. Ein Pressesprecher des Gerichts erklärte daraufhin, dass man sich ein kleines bisschen um den Ruf der Justiz Sorge, da der Aufwand für dieses Verfahren nur noch schwer nachvollziehbar sei, zumal man auf der anderen Seite häufig die Arbeitsüberlastung beklage und neue Stellen fordere.<sup>45</sup>

Daneben kommt in den Fällen, in denen die Täter zum Containern ein gefährliches Werkzeug bei sich führen oder sich zwecks fortgesetzter Begehung von Diebstählen einer noch unbestimmten Zahl zu einer Bande zusammengeschlossen haben, ein qualifizierter Diebstahl gem. § 244 StGB in Betracht.<sup>46</sup> In diesen Fällen ist auch bei Geringwertigkeit der Sachen kein Strafantrag erforderlich.

## 2. Sachbeschädigung

Häufig werden von den Supermärkten die Mülltonnen durch Schließvorrichtungen gesichert. Daher muss der Täter, um an die weggeworfenen Lebensmittel zu gelangen, diese Schließvorrichtung entfernen. Wird im Zuge dessen das Schloss bzw. die Schließvorrichtung beschädigt, kommt eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB in Betracht. Beschädigt wird eine Sache, wenn der Täter derart körperlich auf sie einwirkt, dass sie in ihrer Substanz nicht unerheblich verletzt oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>47</sup> Die Schließvorrichtung wird regelmäßig nur dadurch entfernt werden können, indem man diese unbrauchbar macht, also den Schließmechanismus beschädigt oder das Schloss an sich zerstört. Eine Sachbeschädigung gem. § 303 StGB ist in all diesen Fällen gegeben.<sup>48</sup>

## 3. Hausfriedensbruch

Auch ein Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB kommt in Betracht, sofern zum Erreichen der Müllbehälter ein eingezäuntes Grundstück gegen den Willen des Berechtigten betreten werden muss. Sind die Container also vor einem Supermarkt in nicht abgegrenzter Form frei zugänglich, so würde eine Strafbarkeit ausscheiden. Häufig befinden sich die Container aber im Hinterhof des Supermarktes und sind vom für Verkaufszwecke offen zugänglichen Bereich deutlich abgegrenzt. Daneben wird

<sup>38</sup> Zur näheren Begründung und Subsumtion vgl. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812).

<sup>39</sup> Vgl. aber *Vergo*, StraFo 2013, 15 (17). Wie hier aber *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261).

<sup>40</sup> S. *Fischer*, § 17 Rn. 7; *Neumann*, in: NK-StGB, § 17 Rn. 62; *BGH*, NSTZ 2016, 460.

<sup>41</sup> BGHSt 4, 1 (5); näher *Fischer*, § 17 Rn. 8.

<sup>42</sup> Ebenso *Vergo*, StraFo 2013, 15 (17).

<sup>43</sup> Während *Fischer*, § 243 Rn. 25 die 25 €-Grenze zieht, setzt sie *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 243 Rn. 43 bei 50 €.

<sup>44</sup> Hierzu *Podolski*, in: Ito vom 31.1.2019, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/verwarnung-straftvorbehalten-diebstahl-containern-lebensmittel-muell/> (zuletzt abgerufen am 19.5.2019).

<sup>45</sup> Vgl. *Podolski* (Fn. 44); sowie FD-StrafR 2019, 413941.

<sup>46</sup> Vgl. zur Subsumtion im einzelnen *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (813 f.). Kurz zum Bandendiebstahl auch *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261).

<sup>47</sup> S. *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 303 Rn. 8; *Fischer*, § 303 Rn. 6.

<sup>48</sup> So auch *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (814). Kurz zum Bandendiebstahl auch *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261).

auch für die frei zugänglichen Flächen eine generelle Zutrittserlaubnis nur für die normalen Öffnungszeiten angenommen und in der Nacht stets von einem entgegenstehenden Willen des Gewahrsamsträgers ausgegangen.<sup>49</sup> Daher wird auch eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs in einer Vielzahl von Containern-Fällen zu bejahen sein.

Allerdings ist der Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 2 StGB als reines Antragsdelikt ausgestaltet. Fehlt also ein Antrag des Supermarktbetreibers, so ist auch bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine Strafverfolgung ausgeschlossen.

### III. Strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten

Die „einfache“ Verwirklichung der in Betracht kommenden Delikte setzt einen Antrag des Antragsberechtigten voraus. Auch wenn in Containern-Fällen vielfach Strafanträge von den Supermärkten gestellt werden, werden diese häufig aufgrund der medialen Aufmerksamkeit im Laufe des Verfahrens wieder zurückgezogen.<sup>50</sup> Insofern ist dann eine weitere Strafverfolgung nur hinsichtlich der relativen Antragsdelikte §§ 242, 303 StGB möglich. In Containern-Fällen wird häufig das öffentliche Interesse an der Verfolgung fehlen, so dass eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO in Betracht kommt.<sup>51</sup> Allerdings hat der Fall vor dem *AG Fürstenfeldbruck* gezeigt, dass die Staatsanwaltschaften teilweise offensichtlich nicht bereit sind, das öffentliche Interesse zu verneinen. Dann sollten aber die Containern-Fälle einen „Paradefall für eine Opportunitätseinstellung nach §§ 153, 153 a StPO“ bilden.<sup>52</sup> Aber auch das tun sie nicht, wie Verurteilungen durch das *AG Düren* und das *AG Fürstenfeldbruck* zeigen.<sup>53</sup> Die unterschiedliche Einstellungspraxis durch Staatsanwaltschaft und Gerichte führt zu eklatanten Ungleichbehandlungen von gleich gelagerten Containern-Fällen. Insofern wäre eine einheitliche, großzügige Einstellungspraxis durch behördliche Weisungen in den einzelnen Bundesländern wünschenswert.<sup>54</sup>

### IV. Kriminalpolitische Forderungen

Darüber hinaus bestehen schon seit längerem kriminalpolitische Forderungen dahingehend, das Containern ganz zu legalisieren und straflos zu stellen. Bereits im Jahr 2017 gab es eine entsprechende Petition, die u.a. einen de lege ferenda Vorschlag zur Ergänzung des § 242 StGB machte. Es wurden zwei neue Absätze für § 242 StGB gefordert:

„(3) Eine fremde Sache nach dieser Vorschrift ist nicht, wenn die Sache ohne das Ziel einer weiteren

oder zum Zweck einer nur energetischen Verwertung entsorgt worden ist, oder eine nicht mehr genutzte Sache der Zerstörung ausgesetzt ist und der bisherige Besitzer sie weder weiter als Sache nutzen noch aufbewahren will.

(4) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig an, der bisherige Besitzer wolle sie weder weiter nutzen noch aufbewahren, und konnte er den Irrtum vermeiden, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder bei geringer Schuld von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen. Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden, so ist die Tat nicht nach dieser Vorschrift strafbar.“<sup>55</sup>

Darüber hinaus wurde eine Ergänzung des § 959 BGB gefordert, durch die die Dereliktion konkretisiert wird: „Insbesondere gilt dieses, wenn der Eigentümer diese in einem Müllbehältnis deponiert oder diese anderweitig zur Abholung durch die Müllabfuhr bereit stellt.“<sup>56</sup>

Im Februar 2019 stellte dann die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Niedersächsischen Landtag einen Antrag, indem der Landtag aufgefordert wird, eine Bundesratsinitiative zu initiieren und einen Gesetzentwurf vorzulegen,

„a) der dem Handel und verarbeitenden Gewerbe das Wegwerfen von Produkten, die noch zum menschlichen Verzehr geeignet sind, ordnungsrechtlich untersagt und stattdessen die kostenfreie Abgabe der Waren an interessierte Personenkreise oder gemeinnützige Einrichtungen vorsieht und  
b) der eine Änderung des § 242 StGB vorsieht, sodass zukünftig die Aneignung entsorgter Lebensmittel von der Strafverfolgung ausgenommen wird...“<sup>57</sup>

Am 15.4.2019 brachte schließlich die Fraktion Die Linke einen Antrag in den Bundestag ein, der fordert, das Containern von Lebensmitteln zu entkriminalisieren. Das Entnehmen von Lebensmitteln aus einer Mülltonne eines Supermarktes sei kein missbilligenswertes sozialschädigendes Verhalten, das mit dem Strafrecht zu sanktionieren wäre.<sup>58</sup> Daher fordert Die Linke die Bundesregierung in ihrem Antrag auf, einen „Gesetzentwurf vorzulegen, durch den die Aneignung entsorgter Lebensmittelabfälle von der Strafverfolgung ausgenommen wird, beispielsweise, indem solche Lebensmittelabfälle als herrenlose Sachen definiert werden“.<sup>59</sup>

Auch der Hamburger Justizsenator *Steffen* stellte einen entsprechenden Antrag auf Entkriminalisierung des Containerns auf der diesjährigen 90. Justizministerkonferenz. Dieser wurde jedoch im Juni dieses Jahres abschlägig beschieden.<sup>60</sup> Im entsprechenden Beschluss wurde auf die

<sup>49</sup> Zu der Verwirklichung des § 303 StGB vgl. ausf. *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (814); *Hoffmeister/Marggraf/Noack*, Jahrbuch der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie 2015, S. 255 (261 f.). Differenzierend *Vergho*, StraFo 2013, 15 (18).

<sup>50</sup> Zu einzelnen Fällen s. *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1 Fn. 51.

<sup>51</sup> Bspw. in einem Fall der Staatsanwaltschaft Hoyerswerda, vgl. hierzu *Vergho*, StraFo 2013, 15 (19).

<sup>52</sup> So bereits Editorial, FD-StrafR 2019, 413941.

<sup>53</sup> *AG Düren*, BeckRS 2011, 11681; *AG Fürstenfeldbruck*, Urt. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

<sup>54</sup> So auch bereits Editorial, FD-StrafR 2019, 413941.

<sup>55</sup> Petition 74584, S. 1, Einreichdatum 2.11.2017.

<sup>56</sup> Petition 74584, S. 2.

<sup>57</sup> Niedersächsischer Landtag, Dr. 18/2896, S. 1.

<sup>58</sup> BT-Dr 19/9345, S. 1.

<sup>59</sup> BT-Dr. 19/9345, S. 2.

<sup>60</sup> Vgl. Spiegel-Online vom 6.6.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/container-bleibt-illegal-a-1271261.html> (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

ausreichenden Möglichkeiten im Strafverfahrensrecht verwiesen, die es möglich machten, allen denkbaren Fallkonstellationen im Einzelfall gerecht zu werden.<sup>61</sup> Dass diese Einzelfallgerechtigkeit aber wegen des Ermessensspielraums und der unterschiedlichen Einstellungspraxis der einzelnen Staatsanwaltschaften gerade ausbleibt, wurde leider nicht thematisiert.

Alle kriminalpolitischen Vorschläge zielen darauf ab, Lebensmittelabfälle als herrenlose Sache einzustufen und somit vom Straftatbestand des Diebstahls auszunehmen. Der de lege ferenda Vorschlag aus dem Jahr 2017 bleibt aber bei einer Ergänzung des § 959 BGB nicht stehen, sondern nimmt entsorgte Sachen „ohne das Ziel einer weiteren oder zum Zwecke einer nur energetischen Verwertung“ vom Begriff der fremden Sache nach § 242 StGB in einem dritten neuen Absatz explizit aus. Diese Ausnahmeregelung ist mit Blick auf eine gesetzliche Konkretisierung der zivilrechtlichen Dereliktion überflüssig und durch diverse Erweiterungen z.B. auf „der Zerstörung ausgesetzt(e)“ Sachen weit über den Lebensmittelbereich hin anwendbar. Gerade die oben aufgezeigte differenzierende Rechtsprechung bzgl. der Müllentsorgungsfällen macht aber deutlich, dass hier nicht für jeglichen weggeworfenen Gegenstand eine Eigentumsaufgabe anzunehmen ist. Dies soll zwar durch die subjektive Komponente, nach der der bisherige Besitzer die Sache weder weiter nutzen noch aufbewahren will, wieder relativiert werden. Allerdings bleibt zu bedenken, dass dann doch wieder eine Auslegungsunsicherheit dergestalt begründet wird, dass nach dem Verzichtswillen geforscht werden muss. Insofern könnte trotz der expliziten Erweiterung der zivilrechtlichen Dereliktion auf weggeworfene Lebensmittel hier eine Rückausnahme und Strafbarkeit greifen – zumal wie gesehen die Supermarktinhaber ggf. ein Aufbewahrungsinteresse geltend machen können, um den Abfall der ordnungsgemäßen Entsorgung zuzuführen. Die in Abs. 4 verankerte Irrtumsregelung ist ebenfalls überflüssig, da sie nur das konkretisiert, was sich durch die allgemeinen Irrtumsvorschriften der §§ 16, 17 StGB ohnehin ergibt.

Folglich ist von einer verwirrenden Ergänzung des § 242 StGB, die auch der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen fordert, dringend abzuraten. Aber auch der Antrag von Die Linke, nach der die Ergänzung des § 959 BGB gefordert wird, hat nicht die gewünschte Wirkung, zu einer Entkriminalisierung der Containern-Fälle zu kommen. Denn auch wenn eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 StGB so verhindert werden kann, steht doch je nach Fallkonstellation noch eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB und Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB im Raum. Auch wenn hier wiederum Ausnahmeregelungen denkbar wären, ist es doch bedenklich, im Rahmen einzelner Straftatbestände spezielle Ausnahmetatbestände zu kreieren, nur um – und seien sie

noch so ehrenwert – Einzelphänomenen Rechnung zu tragen.<sup>62</sup> Meines Erachtens wäre es sinnvoller, hier bundesländerübergreifend einer entsprechenden strafprozessualen Einstellungspraxis zu folgen.

Daneben bestehen andere Möglichkeiten, die Flut weggeworfener Lebensmittel einzudämmen. 2016 hat beispielsweise Frankreich ein Gesetz zum Kampf gegen Lebensmittelverschwendung (relative a la lutte contre la gaspillage alimentaire) verabschiedet, nach dem die Lebensmittelmärkte mit über 400 Quadratmetern Ladenfläche Verträge mit gemeinnützigen Organisationen schließen und unverkaufte Lebensmittel verschenken müssen.<sup>63</sup> Auch in Tschechien dürfen Supermärkte unverkäufliche Lebensmittel nicht mehr in den Müll werfen, sondern müssen die Ware unentgeltlich karitativen Organisationen anbieten.<sup>64</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland ohnehin und auch ohne gesetzliche Verpflichtung schon seit langem zu den größten Unterstützern der mehr als 900 lokalen Tafeln zählt.<sup>65</sup> Dennoch landen Lebensmittel im Müll.

Insofern fordern Bündnis 90/Die Grünen in ihrem Antrag, dem Handel das Wegwerfen von noch zum menschlichen Verzehr geeigneten Produkten ordnungsrechtlich zu untersagen und stattdessen die kostenfreie Abgabe der Waren an interessierte Personenkreise oder gemeinnützige Einrichtungen vorzusehen. Diese Forderung setzt beim Kern des Problems an und würde Aktivisten die Grundlage entziehen. Denn nicht nur gemeinnützige Organisationen wie die Tafel, sondern auch interessierte Private kämen hier als Abnehmer in Betracht. Allerdings ist es mit einem nicht unerheblichen organisatorischen Aufwand verbunden, die zum Verzehr geeigneten Produkte noch einmal von den nicht zum Verzehr geeigneten Produkten zu trennen. Und was hat eine fehlerhafte Entscheidung über die Eignung zum Verzehr für haftungsrechtliche Konsequenzen für einen Supermarkt? Der Supermarkt würde sich dann in jedem Fall bußgeld- oder haftungsrechtlichen Risiken gegenübersehen. Einmal, weil er bußgeldbewehrt keine oder zu wenig Produkte für die kostenfreie Abgabe vorsieht und einmal, weil er ggf. Produkte abgibt, die nicht zum Verzehr geeignet sind. Praktisch dürfte das alles nur schwer umsetzbar sein und die Supermarktinhaber über Gebühr belasten.

Eine Lösung des Problems könnte ganz unkompliziert dadurch erreicht werden, dass die Lebensmittelmärkte ihren noch genießbaren Lebensmittelabfall nicht mehr auf ihrem Gelände wegsperren, sondern erreichbar an die Straße stellen. Auch ein entsprechendes verpflichtendes Gesetz wäre denkbar.<sup>66</sup> Änderungen im LFGB und KrWG könnten dafür sorgen, dass sich der Supermarktbetreiber durch das unverschlossene Bereitstellen der Müllcontai-

<sup>61</sup> Der Beschluss ist abrufbar unter: [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TO-PII\\_11.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TO-PII_11.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 8.7.2019).

<sup>62</sup> Ebenso Lorenz, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu Malkus (Fn. 34), Magazin für Restkultur, S. 5; Lorenz, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>64</sup> Vgl. Handrik, tagesschau.de vom 16.1.1019, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/tschechien-lebensmittel-101.html> (zuletzt abgerufen am 26.5.2019).

<sup>65</sup> Vgl. Ehrenstein, welt.de vom 5.3.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article174210707/Streit-um-Essener-Tafel-Sollten-Supermaerkte-aussortierte-Waren-spenden-muessen.html> (zuletzt abgerufen am 26.5.2019)

<sup>66</sup> So Malkus (Fn. 34), Magazin für Restkultur S. 5.

ner nicht seinerseits Haftungs-, Bußgeld- oder gar Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt sieht.

## V. Fazit

Containern ist in Deutschland trotz der nationalen Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung nach wie vor strafbar. Daran werden auch gut gemeinte Gesetzesanträge, die primär auf eine Strafflosstellung wegen Diebstahls abzielen, nichts ändern. Differenzierende Ausnahmeregelungen für Containern-Fälle in §§ 242, 303 und 123 StGB liefen auf eine nicht wünschenswerte Einzelfallkasuistik im Strafrecht hinaus. Über eine klarstellende, ergänzende Regelung der Dereliktion bei Lebensmittelabfällen kann man dagegen nachdenken, auch wenn

es an den Strafbarkeitsrisiken im Hinblick auf die Sachbeschädigung und den Hausfriedensbruch nichts ändert. Sinnvoller ist es, ganz im Sinne der nationalen Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung, Supermärkten ohne Haftungsrisiken die rechtliche Möglichkeit einzuräumen, entsorgte Lebensmittel in entsprechenden Behältnissen so zu platzieren, dass Mülltaucher sich ohne Strafbarkeitsrisiken daraus bedienen können. Änderungen im Strafgesetzbuch sind dann unnötig.

Solange die Politik nicht entsprechende Maßnahmen ergreift, sei zumindest an die Staatsanwaltschaften appelliert, die Containern-Verfahren einzustellen. Die Supermarkthaber ihrerseits sollten auf die Stellung von Strafanträgen großzügig verzichten.