



Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin • Alt-Friedrichsfelde 60 • 10315 Berlin

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

An den Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

4. Dezember 2020

**Fachbereich Polizei und
Sicherheitsmanagement**

**Prof. Dr. Annika Dießner
Professur für
Strafverfahrensrecht
(unter besonderer
Berücksichtigung des
polizeilichen Eingriffsrechts)
und Strafrecht
(einschließlich zivilrechtlicher
Bezüge)**

E annika.diessner@
hwr-berlin.de

Alt-Friedrichsfelde 60
10315 Berlin

**Schriftliche Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung am 10. Dezember 2020
im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz**

zum

**Antrag der Abgeordneten Niema Movassat, Dr. André Hahn,
Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE
LINKE**

Containern von Lebensmitteln entkriminalisieren

BT-Drucksache 19/9345



A. Ein in mehrfacher Hinsicht ungewöhnlicher Antrag

Der Antrag „Containern von Lebensmitteln entkriminalisieren“ bezieht sich auf eine vielbeachtete und mehrheitlich kritisch kommentierte Verurteilung von zwei Studierenden aus Olching, die zur Entsorgung vorgesehene Lebensmittel aus dem Müllcontainer eines Einzelhändlers entnommen hatten.

Der Vorstoß ist bereits deshalb erstaunlich, weil Entkriminalisierungen selten sind.

Er ist auch insoweit beachtlich, als es nicht um die Änderung einer später in das Strafgesetzbuch eingefügten Norm geht, sondern darum, einen konkreten Lebenssachverhalt - das Containern - vom Anwendungsbereich des Diebstahls auszunehmen, einer der Kernvorschriften des StGB.

Ungewöhnlich ist schließlich, dass nach Veröffentlichung des Antrags und noch vor einer EntschlieÙung darüber eine verfassungsgerichtliche Entscheidung¹ ergangen ist, die den Sachverhalt betrifft, auf den der Antrag Bezug nimmt.

B. Der „Container-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts

Auf den ersten Blick könnte man auf die Idee kommen, das Bundesverfassungsgericht habe mit dem Nichtannahmebeschluss im Olchinger Fall den zu diesem Zeitpunkt neben anderen Initiativen bereits veröffentlichten EntschlieÙungsantrag mittelbar abschlägig beschieden.

Zuzugeben ist, dass enttäuscht wurde, wer gehofft hatte, dass die Richterinnen und Richter eine grundsätzliche Aussage zur Reichweite des Strafrechts und zu

¹ BVerfG NJW 2020, 2953 m. Anm. *Hoven*.



einem möglichen „Stoppschild“ in Form des *ultima-ratio*-Grundsatzes treffen würden.²

Statt sich der grundsätzlichen Frage des Falls zuzuwenden, inwieweit ein Verhalten strafrechtlich sanktioniert werden darf, das für sich genommen sozial erwünscht ist (hier: das Entnehmen und Gebrauchen potentiell verzehrfähiger Lebensmittel aus Müllcontainern), während das Verhalten des „Geschädigten“ (das Entsorgen dieser Lebensmittel) unerwünscht ist, beschränkt sich das Gericht auf die übliche Formel, dass es *„grundsätzlich Sache des Gesetzgebers“*³ sei, den Anwendungsbereich des Strafrechts zu bestimmen und das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung *„nicht darauf prüfen [könne], ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden“*⁴ habe. Sodann führt der Senat aus, warum die strafrechtliche Wertung der Gerichte in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall bei Anwendung der geltenden Regelungen des StGB und BGB verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Zur Untermauerung der These, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei auch in den Fällen der Bestrafung des Containers gewahrt, führt das Gericht aus:

*„Im übrigen erweist sich die Strafbarkeit des Diebstahls auch deswegen als verhältnismäßig, weil der Gesetzgeber den Fachgerichten hinreichende Möglichkeiten eröffnet hat, im Einzelfall der geringen Schuld des Täters Rechnung zu tragen. [...] Darüber hinaus berücksichtigen zahlreiche strafprozessuale Normen wie insbesondere die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO die Schwere der Schuld.“*⁵

Schließlich lässt immerhin eine Abschlussbemerkung des Senats aufhorchen, der es nicht bedurft hätte:

² So z.B. die Hoffnung der Gesellschaft für Freiheitsrechte, die die Beschwerdeführerinnen unterstützt hatte (vgl. <https://freiheitsrechte.org/containern/>; diese Seite, wie die folgenden, zuletzt abgerufen am 3. Dezember 2020).

³ BVerfG a.a.O., Rn. 37.

⁴ BVerfG a.a.O.

⁵ BVerfG a.a.O., Rn. 45 f.



„Ob der Gesetzgeber im Hinblick auf andere Grundrechte oder Staatszielbestimmungen wie beispielsweise den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG und im Rahmen einer Fortentwicklung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch eine alternative Regelung hinsichtlich des Umgangs mit entsorgten Lebensmitteln treffen könnte, ist vorliegend ohne Bedeutung.“⁶

Eine eindeutige Positionierung zu der Frage, ob das Containern von Lebensmitteln bestraft werden muss oder von einer strafrechtlichen Verfolgung ausgenommen werden kann, sieht freilich anders aus.

C. Transparenzhinweis

Die Tatbestände des Kernstrafrechts haben, wie *Hassemer* es formuliert hat, *„tiefe Wurzeln in den Köpfen und Herzen der Menschen“⁷*. Das gilt auch für mich, und so war ich, offen gesagt, zunächst zurückhaltend, als ich nach der Veröffentlichung der Entscheidung des Amtsgerichts Fürstfeldbruck und dessen Bestätigung durch das Bayerische Oberste Landesgericht von Initiativen erfuhr, das Containern im Hinblick auf den Straftatbestand des Diebstahls für straffrei zu erklären. Dies zum einen deshalb, weil selbst die Strafgerichte *„die Umstände des Einzelfalls“⁸* für die Frage der Eigentumsaufgabe und damit der Fremdheit der Sache zum Zeitpunkt der Wegnahme für entscheidend erachten, also nicht pauschal einer Bestrafung das Wort reden, und zum anderen, weil sowohl § 242 StGB als auch die sachenrechtlichen Vorschriften zum Erwerb und Verlust des Eigentums sich in ihrer langen Geschichte im Großen und Ganzen bewährt haben.

Ich meinte, man könne eventuellen strafrechtlichen Härten, die sich aus der kaum übersehbaren zivilrechtlichen Kasuistik zur Frage des Zeitpunkts und der Voraussetzungen der Eigentumsaufgabe bezüglich „Müll“ ergeben könnten, mit einer verfassungskonform engen Auslegung des § 242 StGB bezogen auf das

⁶ BVerfG, a.a.O., Rn. 48.

⁷ *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, 2. Aufl. 2009, S. 32.

⁸ BayObLG NSTZ-RR 2020, 104, 105 m. Anm. *Bode*.



jedenfalls den meisten Menschen erst kürzlich bekannt gewordene Phänomen des Containers begegnen⁹, gewissermaßen als „Minus“ gegenüber einer Änderung der straf- oder sachenrechtlichen Vorschriften.

Einer verfassungskonformen Auslegung dieser Regelungen (und damit gewissermaßen: der schonendsten Form der Entkriminalisierung) ist mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom August 2020 allerdings ein Riegel vorgeschoben worden. Auch wenn es sich um einen Nichtannahmebeschluss handelt, der sich an zahlreichen Stellen mit Andeutungen begnügt, sind die Ausführungen dazu, warum das Verhalten des Betreibers des Lebensmittelmarkts nach den geltenden sachenrechtlichen Vorschriften dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfallen und daher die strafrechtliche Sanktionierung des Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des Diebstahls grundsätzlich legitimieren können soll, unmissverständlich deutlich, auch wenn ich diese Sichtweise nicht teile.

D. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Reichweite des Eigentumsschutzes bei zur Vernichtung vorgesehenen Lebensmitteln

Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Entscheidung zum Olchinger Fall zunächst fest, dass der über die Vorschriften des Zivilrechts bewirkte strafrechtliche Schutz des Eigentums auch bei wirtschaftlicher Wertlosigkeit der Sache mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar sei - eine Position, die der fachgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung in der strafrechtlichen Literatur entspricht und von den beiden Beschwerdeführerinnen auch gar nicht Abrede gestellt worden war.

Der Wille, andere Personen von der Nutzung der zur Entsorgung bereitgestellten Lebensmittel auszuschließen, so das

⁹ Dießner, StV 2020, 256, 260; dies., *Was ist das Entwenden von Brot gegen das Verbrennen von Brot?*, *VerfBlog*, 2019/10/22, <https://verfassungsblog.de/was-ist-das-entwenden-von-brot-gegen-das-verbrennen-von-brot/>, DOI: [10.17176/20191022-193053-0](https://doi.org/10.17176/20191022-193053-0); ähnlich Britz/Torgau, jM 2020, 257, 259; Ogorek, JZ 2020, 909, 911; Schieman, KripoZ 2019, 231, 232.



Bundesverfassungsgericht, stelle sich angesichts aktuell fehlender „*gegenläufige[r], verhältnismäßige[r] Inhalts- und Schrankenbestimmung*“¹⁰ als Wahrnehmung der in § 903 BGB zugrunde gelegten Verfügungsbefugnis dar. Bereits das Bestreben des Betreibers des Marktes, etwaigen Haftungsrisiken im Fall des Konsums der Lebensmittel vorzubeugen, sei, unabhängig von der Begründetheit dieser Befürchtung, nach geltendem Recht zu akzeptieren. Es werde, so der Senat, nicht nur eine „*rein formale, letztlich inhaltsleere Eigentumsposition geschützt, sondern ein legitimes Verfügungs- und Ausschlussinteresse am betroffenen Eigentum.*“¹¹

E. Bewertung

Es ist bedauerlich, dass das Gericht diesen zentralen Aspekt so knapp und wenig erschöpfend beleuchtet. Die Ausführungen zu der im Grundgesetz angelegten Sozialbindung des Eigentums beschränken sich auf einen Satz, auf den der Senat im weiteren Verlauf nicht näher eingeht („*Zugleich soll der Gebrauch des Eigentums dem Wohl der Allgemeinheit dienen. (Art. 14 Abs. 2 GG (...))*“).¹² Dabei hätten die Richterinnen und Richter bereits über den Begriff des „Gebrauchs“ stolpern können, an dem es in dem zugrundeliegenden Fall gerade gefehlt hat.¹³ Darüber hinaus hatten nicht nur die Beschwerdeführerinnen sich im Lichte dieser Vorschrift eine Aussage dazu erhofft, welche Auswirkung die Sozialbindung des Eigentums auf dessen Schutz in Fällen hat, in denen der Eigentümer sich in sozialwidriger Weise verhält. Die Frage, ob aus der in Art. 14 Abs. 2 GG erwähnten Sozialbindung des Eigentums für den Grundrechtsträger *per se* verfassungsunmittelbare Beschränkungen resultieren, die von etwaigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu unterscheiden sind bzw. zumindest deren Verständnis beeinflussen,¹⁴ wäre der Beantwortung wert

¹⁰ BVerfG, a.a.O., Rn. 42.

¹¹ BVerfG a.a.O., Rn. 39.

¹² BVerfG a.a.O., Rn. 39.

¹³ Zur Bedeutung der Aspekte des „Habens“ und „Gebrauchens“ bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 14 Abs. 1 GG näher Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, 91. EL April 2020, GG, Art. 14, Rn. 146.

¹⁴ So Dreier/Wieland, 3. Aufl. 2013, GG, Art. 14, Rn. 107, Fn. 537 unter Rückgriff auf R. v. Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1893, S. 523: „*Ein Eigenthum in solcher Gestalt kann die Gesellschaft nicht dulden und hat sie nie geduldet.*“



gewesen.¹⁵ Und auch eine Äußerung zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums gerade bezogen auf Lebensmittel, deren Produktion eine besondere gesellschaftliche Unterstützung erhält,¹⁶ hätte nahegelegen.

Wenig überzeugend erscheint es, den Ausschluss Dritter von der bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache aus Furcht vor etwaigen Haftungsrisiken als Gebrauch des Eigentums anzusehen, sogar ungeachtet dessen, ob diese Risiken tatsächlich existieren oder nur eingebildet sind. Mit einer solchen Argumentation wird der Eigentumsschutz mit dem Schutz des restlichen Vermögens vermengt. An die Stelle der Verfügung setzt das Bundesverfassungsgericht diffuse¹⁷ Compliance-Überlegungen, die das Betriebsvermögen des Unternehmens schützen sollen.

§ 903 S. 1 BGB gesteht dem Eigentümer zwar das Recht zu, andere auszuschließen und „mein“ und „dein“ abzugrenzen;¹⁸ aber im Fall des Ablegens potentiell verzehrfähiger Lebensmittel in einen Müllcontainer zum Zweck der Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen gibt es, um im Bild zu bleiben, kein „mein“ mehr. Das Bundesverfassungsgericht trennt die Befugnisse, die aus dem Eigentum folgen und in § 903 S. 1 BGB kumulativ beschrieben werden („... mit der Sache nach Belieben und andere von jeder Einwirkung ausschließen“),¹⁹ künstlich und erachtet eine reine „Risikoverhinderungsnegativverfügung“ als Ausübung des Eigentums.

¹⁵ Soweit ersichtlich, geht nur *Mitsch* (<https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Votr%c3%a4ge/Containern.pdf>) auf diesen Punkt ein. Allerdings interpretiert er eine mögliche Entkriminalisierung als „Pflicht zum Verschenken von Lebensmitteln“, die den Marktbetreiber Kunden koste und daher „eindeutig zu weit“ gehe. Jedoch ist das Legalisieren der Möglichkeit, sich Lebensmittel aus einem zur Entsorgung bereitgestellten Container zu nehmen, nicht gleichzusetzen mit der Pflicht, Lebensmittel, die nicht mehr verkauft werden, zu verschenken.

¹⁶ *Malkus* verweist in seinem unter http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK_MaxMalkus-Containern-straftbar-straftwuerdig_.pdf abrufbaren Beitrag (S. 5) in diesem Zusammenhang auf die Subventionierung mit Steuermitteln.

¹⁷ Vgl. dazu eingehend die Ausführungen in der Verfassungsbeschwerde im Olchinger Fall, S. 24 ff., abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/11/2019-11-08-Verfassungsbeschwerde-Containern-geschwaerzt.pdf>.

¹⁸ Zu diesen Begriffen *Papier/Shirvani*, a.a.O., Rn. 7 unter Bezugnahme auf *Kirchhof*.

¹⁹ Vgl. auch BVerfGE 101, 54, 75: „Dem grundrechtlichen Schutz unterliegt danach das Recht, den Eigentumsgegenstand selbst zu nutzen und Dritte von Besitz und Nutzung auszuschließen, ebenso wie die Freiheit, den Eigentumsgegenstand zu veräußern und aus der vertraglichen



F. Argumente für die Entkriminalisierung des Containers

Die vorstehende Argumentation sprach nach meiner Auffassung schon gegen eine Verurteilung der Studierenden und stützt meine These, dass bereits nach derzeitigem Recht eine Strafverfolgung des Containers unter dem Gesichtspunkt des Diebstahls nicht mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz vereinbar ist. Was in der Debatte bisweilen vergessen zu werden scheint: in erster Linie ist die strafrechtliche Verfolgung begründungsbedürftig, nicht die Entkriminalisierung.

Dessen ungeachtet stützen die verfassungsrechtlichen Überlegungen zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 14 GG den Antrag, mit dem der Gesetzgeber im übrigen dem in seiner konkreten Umsetzung offenen „Gestaltungsauftrag“²⁰ zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) nachkommen würde.

I. Kein sozialetisches Unwerturteil bezogen auf das Containers - wohl aber mit Blick auf das Verschwenden von Lebensmitteln

Das Bundesverfassungsgericht knüpft in seinem Beschluss zum Olchinger Fall an die ständige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung an, indem es ausführt, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit komme

„gesteigerte Bedeutung für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein sozialetisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht (...).“²¹

Diesem Grundverständnis entsprechend wird der Anwendungsbereich des Strafrechts ganz mehrheitlich nicht als rein politischer Gestaltungsakt

Überlassung zur Nutzung durch andere den Ertrag zu ziehen, der zur finanziellen Grundlage für die eigene Lebensgestaltung beiträgt (vgl. BVerfGE 79, 292 [303f.]; 98, 17 [35]).“

²⁰ Maunz/Dürig/Scholz, 91. EL April 2020, GG, Art. 20a, Rn. 47.

²¹ BVerfG a.a.O., Rn. 35.



angesehen, sondern mit unterschiedlicher Akzentuierung im Sinne einer „ultima ratio“ zu begrenzen versucht.²² Hier ist nicht der Ort, die dazu vertretenen Auffassungen wiederzugeben. Aus meiner Sicht ist es allerdings kaum mit einem Verständnis des Strafrechts als äußerstem Mittel vereinbar, wenn damit Verhaltensweisen bestraft werden, die von einem nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung als sozial erwünscht angesehen werden.

Dabei kann dahinstehen, ob bereits der vom Parlament verabschiedete Programmsatz des Artikels 20a GG im Fall der Rettung von Lebensmitteln einem solchen Unwerturteil entgegensteht. Denn abgesehen davon, dass eine Entkriminalisierung jedenfalls von einem Teil der Bevölkerung aktiv unterstützt wird,²³ existieren Konkretisierungen des verfassungsrechtlichen Programmsatzes sowohl im aktuellen Koalitionsvertrag²⁴, in dem der Lebensmittelverschwendung ausdrücklich der Kampf angesagt wird, als auch in einem inhaltlich entsprechenden Beschluss der 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister²⁵ aus dem Jahr 2019. Auch wenn die genannte Absprache und der Beschluss sich - umgekehrt - mit der Bewertung des Verhaltens des Marktbetreibers beschäftigen, so kann doch die Würdigung des unnötigen Vernichtens, mithin Verschwendens, von Lebensmitteln nicht getrennt werden von der Frage der (strafrechtlichen) Würdigung ihrer „Rettung“. Andernfalls würde mit dem „scharfen Schwert“ des Strafrechts ein Verhalten geschützt, das erklärtermaßen sozialwidrig ist.

²² Vgl. z.B. Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 ff. m. zahlr. Nachw.

²³ Abrufbar unter <https://weact.campact.de/petitions/containern-ist-kein-verbrechen-1>.

²⁴ Vgl. den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 89 (<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>): „Wir wollen dazu beitragen (...) die Lebensmittelverschwendung einzudämmen.“

²⁵ Beschluss der 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (Juni 2019): https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2019/fruehjahr2019/ii-11_containern.pdf „Die Justizministerinnen und Justizminister haben sich mit dem Phänomen des so genannten Containers befassen und sind sich angesichts von mehreren Millionen Tonnen Lebensmitteln, die jährlich vernichtet werden, in dem Ziel einig, dass diese Lebensmittelvernichtung möglichst vermieden werden sollte.“



Als Argument gegen eine Entkriminalisierung taugt hier auch nicht der Verweis auf „Fernziele“, die z.B. im Zusammenhang mit Sitzblockaden jedenfalls keine Rolle für das „Ob“ der Strafbarkeit spielen sollen:²⁶ im Fall des Containers geht es den Containernden unmittelbar um die Nutzung der zur Vernichtung bereitgehaltenen Lebensmittel, das dem Ziel des Marktbetreibers an der Entsorgung gegenübersteht.

II. Ungenügende Entkriminalisierung „durch die Hintertür“

Versöhnen nun die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Wege, der „*im Einzelfall geringen Schuld des Täters*“²⁷ durch Anwendung bestimmter Vorschriften im StGB bzw. in der StPO Rechnung tragen zu können?

Zunächst zu den Möglichkeiten des materiellen Strafrechts, die die Richterinnen und Richter explizit auflisten (u.a. Verwarnung mit Strafvorbehalt, Absehen von Strafe): beide Fallkonstellationen gelten gemäß § 465 Abs. 1 S. 2 StPO als Verurteilung im Sinne der Vorschrift und ziehen die Pflicht, die Kosten des Strafverfahrens zu tragen, nach sich.²⁸ Die Verurteilung kann damit auch im Fall der Anwendung dieser Normen unter Umständen erhebliche finanzielle Belastungen mit sich bringen. Vor diesem Hintergrund einen angemessenen Interessenausgleich annehmen zu wollen, mutet, insbesondere in den Fällen, in dem das Containern wirtschaftliche Gründe hat, zynisch an.

Sodann zu dem, was treffend als „*prozessuale Entkriminalisierung*“ bezeichnet wird²⁹: der vom Bundesverfassungsgericht thematisierten Möglichkeit der Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153 ff. StPO. Die Staatsanwaltschaft im Olchinger Fall hatte eine Einstellung des Strafverfahrens jedenfalls nach

²⁶ Dazu BGH NJW 1988, 1739, 1742; (a.A. unter Rekurs auf BVerfGE 73, 206, 257 ff., 261 NK-StGB/*Friedrich Toepel*, 5. Aufl. 2017, StGB, § 240, Rn. 156).

²⁷ BVerfG, a.a.O., Rn. 45.

²⁸ Zudem unterliegen der „Tat“-Ertrag und etwaige -Werkzeuge auch in diesem Fall der Einziehung gemäß § 76a Abs. 3 StGB. Zum Eingriffscharakter der Verurteilung im Olchinger Fall vgl. auch die Verfassungsbeschwerde, S. 13 f. (abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/11/2019-11-08-Verfassungsbeschwerde-Containern-geschwaerzt.pdf>).

²⁹ So *Radtke* in: MüKo-StGB, 4. Aufl. 2020, Vor § 38, Rn. 12.



§ 153 StPO verweigert.³⁰ Im Nachgang zu dem Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts wird man jedenfalls nicht davon ausgehen können, dass sich die Neigung von Staatsanwaltschaften und Gerichten, flächendeckend ähnliche Verfahren nach diesen Vorschriften einzustellen, vergrößert hat, zumal das Bundesverfassungsgericht selbst eine Parallele zum Cannabis-Beschluss ablehnt,³¹ in dem unter bestimmten Umständen die Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO als rechtlich gebundene Entscheidung erachtet worden war.

Hinzu kommt, dass eine Einstellung nach § 153 StPO bzw. § 153a StPO nur in den Fällen in Betracht kommt, in denen Straftatbestände in Rede stehen, die als Vergehen einzustufen sind. Das ist zwar mit Blick auf den Straftatbestand des einfachen Diebstahls nach § 242 StGB zu bejahen, nicht aber in Konstellationen des § 244a StGB, die mit Blick auf das Containern durchaus vorstellbar sind.³² Die Vorschrift betrifft den schweren Bandendiebstahl, der dann in Betracht kommt, wenn mindestens drei Personen sich zum fortgesetzten Containern zusammenschließen, mindestens eine dieser Personen unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds containert und mindestens eine dieser beiden Personen währenddessen eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug mit sich führt bzw. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Warum die Mehrheit der Justizministerinnen und Justizminister vor dem Hintergrund die Ansicht vertritt, „(...) dass das Strafverfahrensrecht ausreichende Möglichkeiten

³⁰ Vgl. dazu die Berichterstattung am Rande der Verhandlung: „Man sorgt sich da auch ein kleines bisschen um den Ruf der Justiz“, sagte AG-Sprecher Schütte. „Der Richter hat überhaupt keinen Spielraum, wenn die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse feststellt und die Angeklagten sich nicht einlassen.“ Der Aufwand für dieses Verfahren[s] sei nur noch schwer nachzuvollziehen.“, abrufbar unter [https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/verwarnung-straftatvorbehalt-diebstahl-containern-lebensmittel-muell/>\(FD-StrafR%202019,%20413941,%20beck-online\)/](https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/verwarnung-straftatvorbehalt-diebstahl-containern-lebensmittel-muell/>(FD-StrafR%202019,%20413941,%20beck-online)/).

³¹ BVerfG a.a.O., Rn. 44 f.

³² Auf mögliche Qualifikationen weisen auch Jahn, JuS 2020, 85, 87, sowie Schmitt-Leonardy, juris-PR-StrafR 20/2020 Anm. 1, hin.



bereit hält, allen denkbaren Fallkonstellationen im Einzelfall Rechnung zu tragen³³, erschließt sich mir nicht.

G. Verbesserungen und offene Flanken

Wie bereits erwähnt, kommt es für die Beurteilung, ob ein Fall des Containers einen Diebstahl darstellt, auf zivilrechtliche Vorfragen an, konkret: darauf, ob der bisherige Eigentümer der zur Entsorgung bereitgestellten Lebensmittel das Eigentum daran zum Zeitpunkt ihrer Entnahme bereits aufgegeben hatte. Die Frage der Eigentumsaufgabe ist in § 959 BGB geregelt, der eingängig formuliert ist und Klarheit über die Voraussetzungen einer sogenannten Dereliktion suggeriert. Tatsächlich sieht sich, wer in einen Kommentar blickt, einer schier unübersehbaren Flut von Einzelfallentscheidungen gegenüber, angefangen von Speiseresten in Privatmülltonnen über Sperrmüll an der Straße, Altpapier, das für eine karitative Sammlung bestimmt ist, Bildern bekannter und unbekannter Künstler, übrig gebliebenem Essen in Pflegeeinrichtungen und vielem mehr.³⁴ Ein roter Faden ist nicht erkennbar. Würde bezogen auf zur Entsorgung bestimmte Lebensmittel eine klarstellende Regelung geschaffen werden, wären die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte von der Pflicht befreit, die Besitzaufgabe sowie den „wirklichen Willen“ des Marktbetreibers (vgl. § 133 BGB) zu ermitteln.

Freilich würde durch eine je nach Fallgestaltung klarstellende bzw. entkriminalisierende Regelung der Missstand der Lebensmittelverschwendung nicht (ad hoc) „gelöst“³⁵. Auch würden damit nicht alle denkbaren Strafbarkeitsrisiken, die im Zusammenhang mit dem Containers auftreten können, beseitigt werden.

³³ Vgl. https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2019/fruehjahr2019/ii-11_containern.pdf (Unterstreichung nicht im Original).

³⁴ Vgl. dazu aus sachenrechtlicher Sicht z.B. *Hellermann/Birkholz*, JURA 2020, 307 ff.; zahlreiche Nachweise auch bei *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

³⁵ Insoweit aber der zur Ablehnung des Entkriminalisierungsantrags angeführte Grund in dem Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister, abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2019/fruehjahr2019/ii-11_containern.pdf



Das vorsätzliche widerrechtliche Eindringen in das befriedete Besitztum eines anderen begründet die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 Abs. 1 StGB). Bei diesem Straftatbestand handelt es sich um ein sogenanntes absolutes Antragsdelikt, das heißt, eine Strafverfolgung ist in diesem Fall stets von einem wirksamen Strafantrag der verletzten Person abhängig (vgl. § 123 Abs. 2 StGB). Wie der Olchinger Fall exemplarisch gezeigt hat, sind Betreiber von Supermärkten durchaus empfänglich für die negative Öffentlichkeitswirkung, die mit der Stellung von Strafanträgen in Container-Fällen einhergeht.³⁶ Das mag im Fall von Privatpersonen, deren Müllcontainer abgesucht werden, womöglich anders sein. Allerdings wird im Zusammenhang mit dem Containern von Lebensmitteln nicht über die Absuche von Müllcontainern im Privatbereich berichtet; im übrigen könnte die Staatsanwaltschaft die Sache mangels öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gemäß §§ 374 Abs. 1 Nr. 1, 376 StPO auf den Privatklageweg verweisen.

Beschädigt oder zerstört die containernde Person Schlösser (sei es dasjenige des Betriebstors oder dasjenige des Müllcontainers), so kommt eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung in Betracht (§ 303 Abs. 1 StGB)³⁷. Zwar handelt es sich hierbei, wie beim Diebstahl, um ein sogenanntes relatives Antragsdelikt, bei dem die Staatsanwaltschaft auch ohne Strafantrag der verletzten Person nach Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung (vgl. § 303c StGB) von Amts wegen vorgehen kann. Hegt sie diesen Verfolgungseifer allerdings - eingedenk der dann erfolgten Entkriminalisierung der Entnahme der zur Entsorgung bereitgelegten Lebensmittel - nicht, so besteht bezogen auf § 303 Abs. 1 StGB die Möglichkeit, das Verfahren auch im Fall eines Strafantrags auf den Privatklageweg zu verweisen (§§ 374 Abs. 1 Nr. 6, 376 StPO).

Es ist nicht bekannt, dass bereits Fälle des Containerns mit Gewalt (gegen Privatpersonen, Mitarbeitende des Marktes bzw. Wachpersonal)

³⁶ Vgl. dazu auch die entsprechenden Nachweise bei *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1. in Fn. 51.

³⁷ Dass eine Sicherung mit Schlössern keineswegs notwendigerweise mit Sachbeschädigungen einher geht (so aber *Mitsch*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/lsmitsch/Vortr%c3%a4ge/Containern.pdf>), belegt der Olchinger Fall.



einhergegangen sind. Dessen ungeachtet würde die Gefahr von Eskalationen durch eine Entkriminalisierung des Containers vermutlich eher abnehmen. Der Unrechtsgehalt des Einsatzes von Gewalt beim Containers könnte schuldangemessen über die Körperverletzungsdelikte abgebildet werden; Straftatbestände des Raubes oder des räuberischen Diebstahls wären nicht einschlägig.³⁸

Auch die im Zusammenhang mit dem Containers befürchtete „Müllfledderei“³⁹ ist meines Erachtens kein Grund, von einer Entkriminalisierung abzusehen. Zum einen erscheint es spekulativ anzunehmen, dass Containerer auf der Suche nach verwertbaren Lebensmitteln Unverwertbares aus den Tonnen zerrn und liegen lassen, zum anderen bietet das Zivilrecht bereits jetzt Möglichkeiten, einem solchen Verhalten entgegenzuwirken.

H. Normativer Wandel

Wie ausgeführt, sind Juristinnen und Juristen mit gutem Grund zurückhaltend, wenn es darum geht, in das gesetzliche System einzugreifen, um (vermeintlichen) Phänomenen⁴⁰ des Zeitgeistes Rechnung zu tragen und auf singuläre Verfahren mit großer Öffentlichkeitswirkung zu reagieren.

Die Frage ist allerdings, ob es sich beim Containers tatsächlich um eine flüchtige Mode handelt, oder ob es Ausdruck eines einsetzenden Wandels des Bewusstseins gegenüber den endlichen Ressourcen und dem gesellschaftlichen Umgang damit ist, dem ein normativer Wandel⁴¹ folgen sollte.

³⁸ Diese Vorschriften nennt z.B. *Mitsch*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Votr%c3%a4ge/Containern.pdf>.

³⁹ *Mitsch*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Votr%c3%a4ge/Containern.pdf>.

⁴⁰ *Schiemann*, KripoZ 2019, 231, 236, spricht im Zusammenhang mit dem Containers von „*Einzelphänomen*“. Angaben zu einer verfestigten Organisationsstruktur hingegen bei *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1., der dem Containers gesellschaftspolitische Brisanz attestiert; ähnlich *Malkus*, a.a.O., S. 1 (http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK_MaxMalkus-Containers-straftbar-straftuerdig_.pdf).

⁴¹ Zu diesem Begriff näher *Hassemer* a.a.O., S 29: „*Die normative gesellschaftliche Verständigung ist ein lebendiger, differenzierter und komplexer Prozess, Überzeugungen gelten nicht für alle Zeiten, scheinbare Selbstverständlichkeiten können ins Wanken gebracht werden oder ins Wanken geraten.*“



Die stetigen und immer lauter werdenden Diskussionen über Fehlentwicklungen in der Landwirtschaft, die Folgen des Klimawandels und Bewegungen wie „Fridays for Future“ einerseits und die Debatte um die Sozialpflichtigkeit des Eigentums andererseits legen letzteres nahe.

Bereits vor der Debatte um die rechtliche Bewertung des Containerns, Anfang der neunziger Jahre, hatte der Gesetzgeber das Sachenrecht ergänzt und dem Gesetz eine neue Inhalts- und Schrankenbestimmung hinzugefügt: in § 903 S. 2 BGB⁴². Auch wenn es damals nicht um Entkriminalisierung ging: Warum sollte, was für Tiere möglich war, für Lebensmittel nicht möglich sein?

I. Fazit

Wie aufgezeigt, erscheint die im Antrag vorgeschlagene Entkriminalisierung der Wegnahme zur Entsorgung bereitgestellter Lebensmittel unabhängig von einer zuvor erfolgten Dereliktion im Wege der Schaffung einer entsprechenden Inhalts- und Schrankenbestimmung im BGB sinnvoll: eine strafrechtliche Verfolgung der Containernden wegen Diebstahls widerspricht dem *ultima-ratio*-Grundsatz, der Marktbetreiber vermag sich hinsichtlich der zur Entsorgung vorgesehenen Lebensmittel nicht mehr auf den Schutz seines Eigentums zu berufen, und die vom Bundesverfassungsgericht behaupteten Lösungsmöglichkeiten sind, wie der Olchinger Fall gezeigt hat, nicht geeignet, das Spannungsverhältnis zwischen dem allgemein als nicht sozialschädlich verstandenen Verhalten der Containernden und dem sozial missbilligten Verhalten der Lebensmittelhändler auf der Basis der geltenden strafrechtlichen Sanktions- bzw. Opportunitätsvorschriften zuverlässig aufzulösen. Freilich beseitigt die beabsichtigte Entkriminalisierung nicht generell die strafrechtlichen Risiken, die mit dem Containern verbunden sein können. Sie trägt allerdings der sich wandelnden Einstellung der Gesellschaft mit Blick auf die Verwendung - und Verschwendung - von Ressourcen Rechnung.

Prof. Dr. Annika Dießner

⁴² „Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.“