



Universität Trier • 54286 Trier

An den Rechtsausschuss  
des Deutschen Bundestages

Konrad-Adenauer-Str. 1  
10557 Berlin

**Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi**

Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht

Direktor des Trierer Instituts für Geldwäsche-  
und Korruptions-Strafrecht

✉Universitätsring 15  
D-54296 Trier  
Gebäude C, Raum 253  
☎\*\*49(0)651/201-2594

✉elghazi@uni-trier.de

Datum: 13.04.2023

**Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung  
vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 17.04.2023**

**Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE –  
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Entkriminalisierung des Con-  
tainerns von Lebensmitteln  
(BT-Drs. 20/4421)**

**I. Zusammenfassendes Ergebnis**

Dem Gesetzgeber steht es aus verfassungsrechtlicher Perspektive frei, das Containern von Lebensmitteln zu entkriminalisieren.

Der Entwurf bewirkte schon keine echte Entkriminalisierung des Containerns. Die vorgeschlagene Regelung ist prozessualer Natur und löst „nur“ ein Verfahrenshindernis aus. Die materielle Strafbarkeit bliebe aber bestehen. Es ist strafrechtssystematisch inkonsistent, dass sich der Entwurf einer prozessualen Regelung bedient, um eine Problematik zu bewältigen, die ihren Ausgangspunkt in materiellen Gerechtigkeitserwägungen findet.

Es lassen sich zwar durchaus gute Gründe für eine Entkriminalisierung des Containerns von Lebensmitteln benennen; dies gilt jedoch auch für viele andere Einzelercheinungsformen von Eigentumskriminalität. Bestrebungen, die auf punktuelle Entkriminalisierung durch Statuierung von Bereichsausnahmen für Einzelphänomene abzielen, begründen die Gefahr einer sukzessiven Fragmentierung des Strafgesetzbuches und sind mit Blick auf das Postulat der Rechtssicherheit abzulehnen. Dies gilt vor allem vor dem

Hintergrund, dass das deutsche Strafrecht schon jetzt hinreichende Instrumente zur Verfügung stellt, um sachgerecht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles zu reagieren.

Zur Erweiterung des vorhandenen Repertoires sollte erwogen werden, eine Strafzumessungsvorschrift über das Absehen von Strafe für Diebstahl und Unterschlagung einzuführen. Hiermit könnten Gerichte noch besser auf Bagatellkriminalität reagieren.

Die vorgeschlagene Regelung ist zu weit gefasst und schießt über das eigentliche Ziel hinaus. So könnte beispielsweise ein Diebstahl von zur Spende bereitgestellten Lebensmitteln aufgrund der Regelung in § 248a Abs. 2 StGB-E nicht mehr verfolgt werden.

## II. Rechtliche Ausgangslage

Der vorgelegte Entwurf betrifft das sog. Containern (auch „Dumpster Diving“, „Mülltauchen“) von Lebensmitteln. Mit dem Begriff „Containern“ wird – grob gesprochen – das Entnehmen von weggeworfenen Gegenständen aus Abfallcontainern beschrieben, das mit dem Ziel betrieben wird, diese Gegenstände für sich oder andere zu verwenden oder sie zu verbrauchen.<sup>1</sup> Im Fokus von Berichterstattung, politischem Diskurs und (straf-)rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung<sup>2</sup> steht vor allem das Containern von entsorgten, aber noch genießbaren Lebensmitteln aus Abfallbehältern von Lebensmittelmärkten.

Der Entwurf weist zu Recht darauf hin, dass auch das Containern von in Abfallbehältern entsorgten, aber noch genießbaren Lebensmitteln von § 242 StGB (Diebstahl) erfasst sein kann, wenn ihr Eigentümer auch durch den Akt der Entsorgung sein Eigentum – aus welchen Gründen auch immer<sup>3</sup> – nicht aufgeben (Dereliktion, § 959 BGB) und ihn dadurch eben nicht der möglichen legalen Aneignung durch Dritte (Okkupation, § 958 Abs. 1 BGB) preisgeben möchte. Von den Eigentumsdelikten geschützt sind nach absolut vorherrschender Auffassung auch „fremde Sachen“, denen weder ein materieller noch ein immaterieller Wert zukommt.<sup>4</sup> Dass der in dieser Position zum Ausdruck kommende „formale Eigentumsschutz“ in verfassungsrechtlicher Hinsicht unbedenklich ist, hat auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur strafgerichtlichen Verurteilung wegen Containerns bestätigt.<sup>5</sup>

Abhängig von den Umständen des Einzelfalles kann die Strafbarkeit des Containerns wegen Diebstahls auch qualifiziert sein.<sup>6</sup> Ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 243 Abs. 1 S. 2 (Nr. 1 bis 3) StGB wird zwar im Regelfall aufgrund der in § 243 Abs. 2 StGB postulierten Ausnahme für geringwertige Sachen (25 bis 50 EUR)<sup>7</sup> ausscheiden. Führt der Betroffene ein gefährliches Werkzeug (u. U. Taschenmesser, Schraubenzieher) mit sich oder beteiligt er sich mit mindestens zwei anderen Personen wiederholt an konzentrierten Aktionen, kann unter Umständen sogar eine Diebstahlsqualifikation nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst.

---

<sup>1</sup> Zur Definition *Bui* ZJS 2023, 205; *Malkus* Magazin für Restkultur (sic.) 2016, Heft 4, 1 ff.

<sup>2</sup> *F. Zimmermann* JZ 2021, 186 ff.; *Schnetter* KJ 2021, 73 ff.; *Rennicke* ZIS 2020, 343 ff.; *Bode* NSTZ-RR 2020, 104 f.; *Böse* 2020 ZJS 2021, 224 ff.; *Dießner* StV 2020, 256 ff.; *Jahn* JuS 2020, 85 ff.; *Jäger* JA 2020, 393 ff.; *Hoven* NJW 2020, 2955 f.; *Ogorek*, JZ 2020, 909 ff.; *Muckel*, JA 2020, 956 ff.; *Schiemann* KriPoZ 2019, 231 ff.; vgl. schon *Vergho* StraFo 2013, 15 ff.; zur zivilrechtlichen Perspektive: *Hellermann/Birkholz* JURA 2020, 303 ff.

<sup>3</sup> Zu den möglichen Gründen: *F. Zimmermann* JZ 2021, 186, 188 f.; *Bui* ZJS 2023, 205, 206 ff.; *Rennicke* ZIS 343, 344.

<sup>4</sup> RGSt 44, 207 (209); RGS 50, 254 (255); RGSt 51, 97 (98); BGH VRS 62, 274; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1953, 2 StR 220/53, juris, Rn. 11; BGH, Urteil vom 10. Mai 1977, 1 StR 167/77, juris, Rn. 14, 16; OLG Düsseldorf NJW 1989, 115 (116); *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2917, § 242 Rn. 11; *Schmitz*, in: MK-StGB, § 242 Rn. 10; *Hoyer*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 7; a. A.: *Bosch*, in: Schönke/Schröder, 3. Aufl. 2019, § 242 Rn. 7; siehe auch *Jahn* JuS 2020, 85; vgl. aber auch RGSt 10, 120 (122) (§ 303, Blatt Papier); BayObLG NJW 1993, 2760 (2761) (§ 303, tollwütiger Hund).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955), mit Anm. *Hoven*.

<sup>6</sup> Vgl. nur *Lorenz* jurisPR-StrafR 10/ 2019, Anm. 4.

<sup>7</sup> Über 25 EUR: BGH, Beschluss vom 09. Juli 2004, 2 StR 176/04; für 30 EUR: Oldenburg NSTZ-RR 2005, 111; für 50 EUR: OLG Hamm, NJW 2003, 3145; OLG Frankfurt a. M. NSTZ 2017, 12; *Heger*, in: Lackner/Kühl, 30. Aufl. 2023, § 248a Rn. 3; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2023, § 248a Rn. 43; *Hohmann*, in: MK-StGB, 4. Aufl. 2021, § 248a Rn. 7.

a) oder Nr. 2 (Bande)<sup>8</sup> StGB einschlägig sein. Der Regelstrafrahmen beträgt hier sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe; im minder schweren Fall (Abs. 3) zumindest noch drei Monate bis fünf Jahre.

Darüber hinaus können beim Containern neben Diebstahl auch weitere Straftatbestände verwirklicht sein. Dazu zählen insbesondere Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB)<sup>9</sup> und Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB). Ersteres wäre der Fall, wenn zur Erreichung des Müllcontainers durch Schutzwehre umgrenzte (Zäune, Mauern, Absperrbänder und Hecken)<sup>10</sup>, für den öffentlichen Verkehr nicht gewidmete Flächen (befriedetes Besitztum)<sup>11</sup> betreten werden müssten. Eine Sachbeschädigung wäre einschlägig, wenn eine Schließvorrichtung am Container aufgebrochen und dabei beschädigt werden würde.

Nur vereinzelt sind Verurteilungen wegen Containerns bekannt geworden.<sup>12</sup> Statistische Erhebungen zu Verfahren und Verurteilungen fehlen jedoch. Es wird vermutet, dass die meisten Verfahren nach strafprozessualen Opportunitätsbestimmungen eingestellt werden.<sup>13</sup> Inwieweit dies zutrifft, lässt sich diesseits nicht eruieren.

### III. Inhalt des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 20/4421)

Der Gesetzentwurf bezweckt eine Entkriminalisierung des Containerns wegen Diebstahls, wenn die Tat entsorgte Lebensmittel betrifft. „Um eine Strafbarkeit wegen Diebstahls auszuschließen, wird von der Verfolgung dieser Taten abgesehen“ (BT-Drs. 20/4421, S. 2).

Der Entwurf schlägt dafür eine Änderung des § 248a StGB vor. Der neue Absatz 2 soll wie folgt lauten:

*(2) Von der Verfolgung ist abzusehen, wenn sich die Tat auf Lebensmittel bezieht, die vom Eigentümer in einem Abfallbehälter, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert oder anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden.* (BT-Drs. 20/4421, S. 3).

Die Entkriminalisierung soll damit über eine genuin strafrechtliche Vorschrift erreicht werden. An der zivilrechtlichen Rechtslage (bzw. Eigentumslage) soll sich nichts ändern. Die geltende Rechtslage werde damit nur geringfügig angetastet.

## IV. Bewertung

### 1. Verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Umgang mit Containern

Eine Entkriminalisierung des Containerns ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten.<sup>14</sup> Das Verfassungsrecht dürfte einer Entkriminalisierung wohl aber auch nicht grundsätzlich entgegenstehen.

Einerseits hat das Bundesverfassungsgericht in seinem das Containern betreffenden Kammerbeschluss vom 5. August 2020 keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen eine Verurteilung wegen Diebstahls

---

<sup>8</sup> Schmitt-Leonardy jurisPR-StafR 20/2020, Anm. 1; zum Begriff der Bande vgl. nur Schmitz, in: MK-StGB, 4. Aufl. 202, § 244 Rn. 40: Ein „Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung von im Einzelnen noch ungewissen Taten des Raubes (§ 249) oder des Diebstahls verbunden haben“.

<sup>9</sup> Ausführlich: Vergho StraFo 2013, 15 (18 f.).

<sup>10</sup> Auf eine besondere Einfriedung soll nach zum Teil vertretener Auffassung verzichtet werden können, wenn die betreffende Fläche erkennbar zu einem sonstigen Schutzobjekt i. S. d. § 123 Abs. 1 StGB gehöre Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; Feilcke, in: MK-StGB, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 15.

<sup>11</sup> Dazu Rackow, in: BeckOK-StGB, Stand: 01.02.2023, § 123 Rn. 8 ff.

<sup>12</sup> Amtsgericht Düren, Urteil vom 24. Januar 2013, 10 Ds 288/12 (Diebstahl und Hausfriedensbruch); Amtsgericht Fürstentfeldbruck, Urteil vom 30. Januar 2019, 3 Cs 42 Js 26676/18 (Diebstahl); BayObLG NStZ-RR 2020, 104 (Sprungrevision gegen vorgeanntes amtsgerichtliches Urteil); Landgericht Lüneburg, Urteil vom 27.02.2012, 29 NS/1106 Js 21744/10 (16/11), nicht veröffentlicht (Freispruch).

<sup>13</sup> Kubiciel, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345. 2020, 2, unter Verweis auf Schiemann KriPoZ 2019, 231; Pschorr jurisPR-StrafR 13/2020 Anm. 3.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2020 2953 ff.

aufgrund der Mitnahme von weggeworfenen Lebensmitteln aus einem Müllcontainer eines Supermarktes erhoben: Die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 242 StGB in dem Sinne, dass sie auch das Verhalten des Containers erfasst, sei – eingedenk eines beschränkten Prüfungsmaßstabs in Bezug auf die Auslegung des einfachen Rechts (Willkürverbot) – verfassungsrechtlich vertretbar.<sup>15</sup> Die Kammer sieht auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Ultima-Ratio-Prinzip. Diese Postulate gebieten keine Einschränkung der Diebstahlsstrafbarkeit für die Fallgruppe des sogenannten Containers.<sup>16</sup> Dass sich die Kammer nicht dazu verhält, ob und inwieweit die Aneignung bereits entsorgter Lebensmittel „in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“,<sup>17</sup> sei hier dahingestellt, obwohl die Kammer damit letztlich die überkommenen Topoi zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Kriminalstrafe stillschweigend ignoriert.

Andererseits finden sich in der Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts mehrere Formulierungen, die darauf hindeuten, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Einwände gegen eine Entkriminalisierung des Containers bestehen. Die Kammer betont am Ende ihres Beschlusses, dass für die Entscheidung ohne Bedeutung sei „[o]b 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“.<sup>18</sup> An anderer Stelle weist die Kammer darauf hin, dass „[d]er Gesetzgeber, der bisher Initiativen zur Entkriminalisierung des Containers nicht aufgegriffen hat, [...] insofern frei [ist], das zivilrechtliche Eigentum auch in Fällen der wirtschaftlichen Wertlosigkeit der Sache mit Mitteln des Strafrechts zu schützen“.<sup>19</sup>

Damit bestätigt die Kammer zwischen den Zeilen das, was in der vorliegenden Debatte wohl außer Frage stehen dürfte: Natürlich ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht daran gehindert, das Container zu entkriminalisieren. Die Annahme, dass das sog. Untermaßverbot<sup>20</sup> den Gesetzgeber in seiner Freiheit begrenzt, das Phänomen des Containers straffrei zu stellen, wäre meines Erachtens schlichtweg abwegig. Die Position des (noch) Eigentümers von entsorgten Lebensmitteln ist nur in beschränktem Maße schutzbedürftig. Er selbst hat durch sein Verhalten zum Ausdruck gebracht, dass er, wenn überhaupt, nur noch ein geringes Interesse an seinen „Rechtsgütern“ hat. Darüber hinaus wäre der Eigentümer im Falle einer reinen Entkriminalisierung, die nichts an der Eigentumslage änderte, auch nicht schutzlos gestellt. Die Rechtsordnung stellt ihm hinreichende anderweitige Schutzrechte jenseits des Strafrechts zur Verfügung, um sich gegen den Eingriff in seine Eigentumsposition zu erwehren. Unberührt blieben das Recht zur Notwehr, aber auch zivilrechtliche Abwehr-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche (§§ 1004, 823, 859 BGB). Darüber hinaus bliebe das staatliche Gefahrenabwehrrecht auch im Falle einer Entkriminalisierung des Containers einschlägig.

Gegen den Entwurf bestehen mithin zumindest keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

---

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 f.

<sup>16</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2954 f.). Das Gericht verweist in seiner Begründung vor allem auch darauf, dass das Gesetz den Gerichten genügend Spielraum biete, um sachgerecht im Einzelfall auf den geringen Schuldvorwurf reagieren zu können: Angeführt werden: weiter Strafrahmen des § 242 StGB; Ausschluss des § 243 StGB bei geringwertigen Sachen (Abs. 2); Absehen von Strafe nach § 60 StGB; Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB; Geldstrafe anstatt kurzer Freiheitsstrafe, § 47 StGB; Bewährungsstrafe, § 56 StGB; prozessuale Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO.

<sup>17</sup> Zuletzt BVerfG, Beschluss vom 07. April 2022, 2 BvR 2194/21, juris, Rn. 86; vgl. auch BVerfGE 88, 203 (258); BVerfGE 95, 245 (249); BVerfGE 120, 224 (240); kritisch schon *Schmitt-Leonardy* jurisPR-StaFR 20/2020, Anm. 1.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955).

<sup>20</sup> BVerfGE 88, 203 (254 ff.): Schwangerschaftsabbruch; BVerfGE 96, 409 (412); vgl. auch *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 Rn. 128 ff.

## 2. Kriminalpolitischer Handlungsbedarf

Auch wenn aus verfassungsrechtlicher Sicht nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts kein Handlungsbedarf besteht, so lassen sich meines Erachtens doch gute Gründe dafür anführen, das Entwenden von bereits entsorgten Lebensmitteln aus Abfallbehältern von Kriminalstrafe freizustellen.

Der Eingriff in Interessen des Eigentümers ist letztlich marginal, zumindest soweit die „Lebensmittelretter“ schonend vorgehen und die sonstigen Interessen des Eigentümers hinreichend wahren. Zumindest objektiv betrachtet ist nicht auszuschließen, dass der (noch) Eigentümer von der Mitnahme der entsorgten Lebensmittel sogar letztlich profitiert. Schließlich verringert die Mitnahme der noch verzehrbaren Lebensmittel den Umfang an „Abfall“, so dass die Kosten für die Entsorgung sinken könnten.

Außerdem darf bei der Bestimmung des Unrechts- und Schuldgehalts des Containers nicht außer Betracht bleiben, dass das Verhalten der Handelnden zur Müllvermeidung und damit zur Ressourcenschonung beiträgt (oder zumindest beitragen soll). Auch wenn das Verhalten dadurch noch nicht durch den in § 34 Abs. 1 StGB formulierten Erlaubnissatz (rechtfertigender Notstand) gerechtfertigt sein mag,<sup>21</sup> so muss doch bei der Quantifizierung des strafrechtlichen Vorwurfs zumindest Berücksichtigung finden, dass die Handelnden gesellschaftspolitisch erwünschte<sup>22</sup> und auch verfassungsrechtlich determinierte (Art. 20a GG) Ziele verfolgen. Mit anderen Worten: Der Unrechts- und Schuldgehalt ist im Falle des Containers von Lebensmitteln im Regelfall so gering, dass die Verhängung von Kriminalstrafe unangebracht erscheint und sich – zumindest im konkreten Einzelfall – auch als unverhältnismäßig darstellen könnte.

Dennoch streiten meines Erachtens die besseren Gründe gegen eine isolierte Ausklammerung des Containers von Lebensmitteln aus dem Straftatbestand des § 242 Abs. 1 StGB. In Anbetracht der Tatsache, dass das geltende Recht bereits jetzt valide Möglichkeiten eröffnet, auf eine Verfolgung bzw. eine (echte) Bestrafung im Falle des Containers zu verzichten (siehe oben Fn. 16), und darüber hinaus eben keine wirklichen Anzeichen dafür bestehen, dass die Justiz in den hier in Frage stehenden Sachverhalten von diesen keinen Gebrauch machen würde, sollte zumindest von einer gesetzlichen Sonderregelung für dieses Phänomen Abstand genommen werden.<sup>23</sup>

Die kriminalpolitische Bewertung der Sinnhaftigkeit einer Entkriminalisierung eines Sonderphänomens kann sich nicht darauf kaprizieren, allein dessen Unrechts- und Schuldgehalt in den Blick zu nehmen. Es ist darüber hinaus auch zu berücksichtigen, welche Implikationen eine solche Entscheidung für die Gesamtstrafrechtsordnung auslösen würde.

Es ist so gut wie unausweichlich, dass Strafnormen in ihren Randbereichen auch solche Verhaltensweisen erfassen, deren Strafwürdigkeit im Einzelfall in Frage gestellt werden kann. Solche Verhaltensweisen ließen sich natürlich durch Bereichsausnahmen aus dem Anwendungsbereich von Strafvorschriften exkludieren. Die Implementierung von selektiven Bereichsausnahmen (und gegebenenfalls Rückausnahmen) könnte zwar (noch besser) zur Verwirklichung des materiellen Gerechtigkeitspostulates beitragen. Sie führte aber auch zu einer immer weiteren Fragmentierung des Strafgesetzbuches und ist deshalb meines Erachtens nicht erstrebenswert, zumindest solange eben andere Wege offenstehen, den (strafmildernden) Besonderheiten bestimmter Einzelfälle hinreichend Rechnung zu tragen. Das Recht stellt dem Rechtsanwender schon jetzt ausreichende Korrektive bereit,<sup>24</sup> um sachgemäß auf Bagatellerscheinungen im Strafrecht zu reagieren: teleologische Auslegung, teleologische Reduktion, Absehen von der Verfolgung und Einstellung nach §§ 153 f. StPO, Absehen von Strafe, Verwarnung unter Strafvorbehalt etc. Wollte man den Anspruch verfolgen, jedes von einer Sanktionsvorschrift erfasste Verhalten, dessen

---

<sup>21</sup> Dazu *Rennicke* ZIS 2020, 343 (345 f.); *Bui* ZJS 2023, 205 (209 f.).

<sup>22</sup> Vgl. nur Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 36.

<sup>23</sup> *Hoven* NJW 2020, 2955 (2956); vgl. auch *Böse* ZJS 2021, 224 (229).

<sup>24</sup> Zu den Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze: *Nelles/Velten* NStZ 1994, 366 ff.

Strafwürdigkeit im Einzelfall in Frage steht, durch die Einfügung gesetzlicher Sonderregelungen auszuklammern, drohte eine Flut an Novellierungen. Das Strafrecht drohte immer undurchsichtiger zu werden. Dies begründete eine Gefahr für das Postulat der Rechtssicherheit. Warum sollte die vorgeschlagene Sonderregelung auf die Entwendung von entsorgten Lebensmitteln begrenzt werden? Die Gesellschaft hat selbstverständlich auch ein Interesse am Erhalt anderer Ressourcen (Kleidung, Baustoffe, Energieträger, Holz, Elektrogeräte).<sup>25</sup> Müsste man für diese Gegenstände nicht ebenfalls konsequenterweise Ausnahmen schaffen? Oder nehmen wir einen ähnlichen Fall: Bedürfte es nicht auch einer Sonderregelung für denjenigen, der Fallobst aus dem Garten des Nachbarn aufsammelt, bevor dieses auf dem Boden verrottet?<sup>26</sup> Was ist mit den Jugendlichen, die fremdes Obst vom Baum des Nachbarn pflücken, das ohnehin nicht geerntet werden würde? Um ein Beispiel aus einem anderen Bereich zu nennen: Was ist mit dem mittellosen Schüler, der seinen Eltern Geld stiehlt, um hiervon ein Schulheft oder ein Lehrbuch zu erwerben? Sollten wir auch für diesen Fall nicht eine Ausnahme im Gesetz schaffen? Das sollten wir nicht!

In all diesen Fällen ließe sich natürlich über die Strafwürdigkeit des konkreten Verhaltens streiten. Solange das Strafrecht aber ausreichende Möglichkeiten eröffnet, sachangemessen auf die besonderen Umstände des Einzelfalles zu reagieren, muss mit einer Fragmentierung des Strafgesetzbuches nicht begonnen werden. Dies würde nur die „Tür für Forderungen nach weiteren Ausnahmen öffnen“.<sup>27</sup> Dies sollte – mit Blick auf das Postulat der Rechtssicherheit – dringend vermieden werden.

Mit der Bekämpfung der Lebensmittelverschwendung verfolgt der Entwurf natürlich ein durchaus berechtigtes Anliegen. Um der Lebensmittelverschwendung und anderen Erscheinungen der hiesigen Konsumgesellschaft entgegenzutreten, bedarf es aber keiner (punktuellen) Symbolpolitik, sondern vielmehr einer Gesamtstrategie jenseits des Strafrechts. Dies haben andere Expertinnen und Experten unlängst gefordert.<sup>28</sup>

### 3. Zur rechtstechnischen Umsetzung der „Entkriminalisierung“ in BT-Drs. 20/4421

Sollte sich eine politische Mehrheit für eine selektive Entkriminalisierung des Containers von Lebensmitteln finden lassen, rate ich dringend davon ab, eine solche durch die Einfügung der im Entwurf vorgeschlagenen Regelung (§ 248a Abs. 2 StGB-E) zu vollziehen. Der konkrete Regelungsvorschlag ist misslungen. Der Entwurf bedient sich einer Vorschrift prozessualer Natur, um eine Problematik zu bewältigen, die ihren Ausgangspunkt in materiellen Gerechtigkeitsabwägungen findet. Dies ist meines Erachtens systemwidrig.

§ 248a Abs. 2 StGB-E sieht vor, dass von der *Verfolgung* der Tat *abzusehen ist*, „wenn sich die Tat auf Lebensmittel bezieht, die vom Eigentümer in einem Abfallbehältnis, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert oder anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden.“

Bei § 248a Abs. 2 StGB-E handelt es sich damit *um eine prozessuale Regelung*, die ordnungshalber besser in der Strafprozessordnung zu verorten wäre. Die Vorschrift adressiert in erster Linie die Strafverfolgungsbehörden und gibt diesen – unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen – zwingend auf, die Verfolgung der Taten zu unterlassen. Die Vorschrift gesteht den Verfolgungsbehörden nämlich kein Ermessen hinsichtlich des Absehens von der Verfolgung zu – die Rechtsfolge ist zwingend. Damit weicht die Regelung zumindest von der Standardkonzeption vergleichbarer Regelungen ab. Das Gesetz kennt eine Vielzahl von Vorschriften, die die Möglichkeit vorsehen, von der Verfolgung von Straftaten abzusehen (vgl. z. B. §§ 153 ff. StPO, § 45 Abs. 1 JGG, § 31 BtMG). Typischerweise wird die Entscheidung über das

---

<sup>25</sup> Fischer, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345, 2020, 5.

<sup>26</sup> Zu diesem Beispiel F. Zimmermann JZ 2018, 186 (188).

<sup>27</sup> So Hoven NJW 2020, 2955 (2956); vgl. auch Böse ZJS 2021, 224 (229).

<sup>28</sup> Böse ZJS 2021, 224 (229); Rennieke ZIS 2020, 343 (348); Schiemann KriPoZ 2020, 231 (237); Dießler, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345, 2020, S. 2; Kubiciel, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345, 2020, 5; Jäger JA 2020, 393 (396); Lorenz jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1; Muckel JA 2020, 956 (957); Ogorek JZ 2020, 909 (912).

Absehen in solchen Vorschriften aber in das (intendierte) Ermessen der Strafverfolgungsbehörde gestellt. Die Vorschriften ermöglichen damit die Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles, sowohl was die Tat, aber auch eben die Person des Täters anbelangt.

Zugegeben, es existieren bereits heute schon Vorschriften, in denen das Absehen von der Verfolgung als obligatorische Rechtsfolge angeordnet wird (§ 45 Abs. 2 JGG, § 398a Abs. 1 AO). § 248a Abs. 2 StGB-E hebt sich in gewisser Weise von diesen Regelungen ab, weil diese Vorschrift ihr Eingreifen ausschließlich von solchen Umständen abhängig macht, die in der Tat selbst begründet liegen. Es geht nicht um Umstände, die der eigentlichen Tat nachgelagert sind, so wie dies bei § 45 Abs. 2 JGG oder § 398a Abs. 1 AO der Fall ist.

Es ist offensichtlich, dass die vorgeschlagene Regelung aufgrund ihres prozessualen Charakters nicht das erfüllen kann, was der Gesetzentwurf verspricht. Mitnichten wird hier eine (echte) Entkriminalisierung herbeigeführt. Das Containern von Lebensmitteln bliebe auch unter Geltung des § 248a Abs. 2 StGB-E weiterhin wegen Diebstahls strafbar. Die Betroffenen würden „nur“ deshalb nicht bestraft, weil die Vorschrift ein *Verfolgungshindernis*<sup>29</sup> für die besagten Fälle begründete. Allenfalls ließe sich daher von einer „prozessualen Entkriminalisierung“<sup>30</sup> sprechen.

Dass der Entwurf eine prozessuale Lösung präferiert, ist – in Anbetracht der Begründung des Entwurfs – nicht nur befremdlich, sondern auch inkonsistent. Letztlich wird im Entwurf implizit die Sozialwidrigkeit und damit die Strafwürdigkeit des Containerns von Lebensmitteln in Zweifel gezogen. Tatsächlich existieren durchaus gute Gründe, solche Zweifel zu erheben (siehe oben). Wenn dem Containern von weggeworfenen Lebensmitteln aber die Strafwürdigkeit im Hinblick auf materielle Unrechts- und Schuldgesichtspunkte abgesprochen wird, dann wäre eine systemkonsistente Lösung nur über das materielle Recht zu bewerkstelligen. Konsequenterweise müsste die Straffreistellung über die Implementierung eines materiellen *Tatbestandsausschlusses* (z. B. in § 242 Abs. 2 StGB) und nicht durch die Schaffung eines prozessualen Verfolgungshindernisses<sup>31</sup> erfolgen. Die Entscheidung darüber, ob ein Verhalten strafwürdig ist oder nicht, ist grundsätzlich dem materiellen Recht vorbehalten. Die vorgeschlagene Lösung vernachlässigt den integralen Unterschied zwischen materiellem und prozessualen Recht und ihrer jeweiligen funktionalen Rolle.

Dass der Entwurf eine Art „Zwischenlösung“ sucht, indem er die prozessual ausgestaltete Vorschrift im Neunzehnten Abschnitt des Strafgesetzbuches verorten möchte, ändert nichts an diesen grundsätzlichen Bedenken.

#### 4. Zum Inhalt des § 248a Abs. 2 StGB-E

##### a) Begriff „Lebensmittel“

§ 248a Abs. 2 StGB-E bezieht sich auf Lebensmittel, die „vom Eigentümer in einem Abfallbehältnis, [...], deponiert oder anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden.“

Im Zusammenhang mit dem Entwurf in BT-Drs. 20/4421 wird in der Literatur diskutiert, ob entsorgte, aber noch genießbare Nahrungsmittel tatsächlich noch als *Lebensmittel* im Sinne von Art. 2 der VO (EG) 178/2002 (Lebensmittel-Basis-VO) qualifiziert werden können.<sup>32</sup> Die Verordnung definiert Lebensmittel

---

<sup>29</sup> Zu § 398a AO, der ein solcher Charakter ebenfalls zugeschrieben wird, vgl. *Hadamitzky/Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Dezember 2022, § 398a AO Rn. 1.

<sup>30</sup> *Nelles/Velten* NSTZ 1994, 366 (367); *Radtko*, in: MK-StGB, 4. Aufl. 2020, Vor § 38, Rn. 12.

<sup>31</sup> Zur Definition des Verfolgungshindernisses: BGHSt 46, 159 (169); BGHSt 41, 72 (75); BGHSt 36, 294 (294); *Schneider*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 206a Rn. 7; *Wenske*, in: MK-StPO, 1. Aufl. 2016, § 206a Rn. 27; zur Abgrenzung zu den Bestrafungsvoraussetzungen: *Stuckenberg*, in: LR-StPO, 27. Aufl. 2018, § 206a Rn. 28 f.

<sup>32</sup> *Hohmann* ZRP 2023, 63 f.

nämlich als „Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden“. Da entsorgte Lebensmittel durch den Akt des Einlegens in einen Abfallbehälter zum einen „entwidmet“ würden, zum anderen nach der Entsorgung auch „nach vernünftigem Ermessen“ nicht mehr erwartet werden könne, dass sie von Menschen aufgenommen werden, handele es sich bei ihnen nicht mehr um Lebensmittel.<sup>33</sup>

Zumindest in dieser Pauschalität überzeugt die Begründung nicht. Ob auch nach einer erfolgten Entsorgung eine Aufnahme durch den Menschen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, wird man wohl vor allem davon abhängig machen müssen, um was für eine Art von Lebensmittel es sich handelt und ob bzw. wie dieses verpackt war.

Letztlich kann aber dahinstehen, ob entsorgten Lebensmitteln generell die Eigenschaft als Lebensmittel im Sinne der Lebensmittel-Basis-VO abzusprechen ist. Der im Entwurf verwendete Begriff „Lebensmittel“ wird wohl ohnehin strafrechtsautonom zu bestimmen sein, obwohl die Gesetzesbegründung (implizit) auf die Definition in der vorgenannten Verordnung Bezug nimmt (BT-Drs. 20/4421, S. 6). § 248a Abs. 2 StGB-E spricht von Lebensmitteln eben gerade in Bezug auf solche Objekte, die von ihren Eigentümern in Abfallbehältern entsorgt worden sind. Dies spricht dafür, dass aus strafrechtlicher Sicht zumindest die Entsorgung nicht dazu führen kann, dass dem Gegenstand seine Eigenschaft als Lebensmittel abhanden kommt.

#### **b) Reichweite des § 248a Abs. 2 StGB-E**

Die bisherige Regelung in § 248a StGB, die nach dem Entwurf als Abs. 1 unverändert erhalten bleiben soll, formuliert ein relatives Strafantragserfordernis (Strafantrag oder besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung) für Diebstahl und Unterschlagung von geringwertigen Sachen nach § 242 StGB und § 246 StGB. Das Strafantragserfordernis gilt mithin nicht für Straftaten nach §§ 244 f. StGB.

Das neue Verfolgungshindernis wird zwar in § 248a StGB eingefügt. Die Vorschrift nimmt aber inhaltlich keinen Bezug auf die Regelung in Abs. 1. Auch die Gesetzesbegründung bestätigt in gewisser Weise, dass die Absätze 1 und 2 zusammenhangslos nebeneinanderstehen. Hierin wird darauf verwiesen, dass es bei Abs. 2 nicht darauf ankommen soll, ob es sich bei den entwendeten Lebensmitteln um geringwertige Sachen handelt.

Der Anwendungsbereich des § 248a Abs. 2 StGB-E dürfte sich daher wohl auf alle Taten des Neunzehnten Abschnitts erstrecken, mithin auch auf §§ 244 und 244a StGB. Ob dies von den Verfassern des Entwurfs tatsächlich intendiert war, lässt sich nicht ersehen. In jedem Fall ist zu bezweifeln, dass die für eine Entkriminalisierung angeführten kriminalpolitischen Erwägungen auch im Falle eines Waffendiebstahls Geltung beanspruchen.

#### **c) „anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden“**

Das Verfolgungshindernis soll auch gelten (Alt. 2), wenn die Lebensmittel vom Eigentümer „anderweitig [also nicht in einem Abfallbehälter] zur Abholung bereitgestellt wurden“. Im Unterschied zur ersten Alternative genügt hier tatsächlich das Bereitstellen zur Abholung. Es wird nicht verlangt, dass eine Entsorgung (durch einen Entsorgungsträger) der bereitgestellten Lebensmittel intendiert war. Meines Erachtens kann es sich hier nur um ein (Redaktions-)Versehen handeln. Die zweite Alternative würde andernfalls deutlich über den ersten Fall hinausreichen und auch für Konstellationen gelten, in denen von entsorgten Lebensmitteln nicht die Rede sein kann. Beispielsweise würde das Verfolgungshindernis auch dann gelten, wenn jemand Lebensmittel stiehlt, die der Betreiber als Spende für eine wohltätige Einrichtung (Tafeln etc.) vor seinem Supermarkt bereitgestellt hätte. Es müsste daher heißen, „[...] oder anderweitig zur Abholung **und Entsorgung** bereitgestellt wurden“.

---

<sup>33</sup> Hohmann ZRP 2023, 63 f.

## V. Alternativen

Aktuell bietet schon das geltende Recht über § 153 Abs. 1 StPO die Möglichkeit, von einer Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der Entwendung von entsorgten Lebensmitteln abzusehen. Dies gilt nicht nur für Diebstahls- und Unterschlagungstaten, sondern auch für Hausfriedensbrüche und Sachbeschädigungen.<sup>34</sup> Die Entscheidung über das Absehen von der Verfolgung steht im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden.

Es sind bisher nur ganz vereinzelt Verurteilungen wegen der Entwendung von entsorgten Lebensmitteln bekannt geworden. Die in der Literatur geäußerte Annahme, dass die meisten Fälle nach § 153 Abs. 1 StPO behandelt werden,<sup>35</sup> dürfte daher zutreffen. Obwohl aktuell nicht zu beobachten ist, dass die Strafverfolgungsbehörden vermehrt Fälle des Containers zur Anklage bringen, spricht aus hiesiger Sicht nichts dagegen, eine deutschlandweit einheitliche Einstellungspraxis in Bezug auf das Containers durch eine Erweiterung der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) abzusichern.<sup>36</sup> Wie der Presseberichterstattung entnommen werden konnte, ist die geplante Ergänzung der RiStBV zuletzt jedoch gescheitert.<sup>37</sup>

Für überaus bedenkenswert erachte ich den Vorschlag, den Neunzehnten Abschnitt des Strafgesetzbuches um eine Vorschrift zum Absehen von Strafe (nicht Verfolgung) zu ergänzen.<sup>38</sup> Entsprechende Vorschriften, die es dem Gericht ermöglichen, trotz einer Verurteilung auf die Verhängung einer Strafe zu verzichten, finden sich an zahlreichen Stellen im Strafgesetzbuch (z. B. § 23 Abs. 3; § 89a Abs. 7; § 113 Abs. 4; § 157; § 176 Abs. 2; § 218a Abs. 4; § 266a Abs. 6; § 306e Abs. 1 StGB). Von ihrer Rechtsnatur her handelt es sich bei diesen Vorschriften um Strafzumessungsbestimmungen.<sup>39</sup> Sie sind daher im Strafgesetzbuch systematisch richtig verortet.

Eine Vorschrift zum Absehen von Strafe würde die bisherigen Optionen vor allem vor dem Hintergrund sinnvoll erweitern, als dass es den Gerichten bisher nicht möglich ist, ein Verfahren ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft gemäß §§ 153 f. StPO einzustellen.

Sollte eine solche Regelung tatsächlich zur Umsetzung angedacht werden, sollte sie meines Erachtens aber keinesfalls punktuell auf das Containers von Lebensmitteln beschränkt bleiben. Opportun wäre es, ein Absehen von Strafe für jedwede Eigentumsbagatelldelinquenz zu ermöglichen,<sup>40</sup> mithin für das Containers von Lebensmitteln, aber auch für kleine Ladendiebstähle. Eine solche Regelung ließe sich in § 248a StGB verorten und sich der Einfachheit halber ebenfalls am Wert der gestohlenen oder unterschlagenen Sache ausrichten.

---

<sup>34</sup> Das Absehen von der Verfolgung nach § 153 Abs. 1 StPO kann sich immer nur auf die (prozessuale) Tat als Ganzes beziehen, vgl. *Mavany*, in: LR-StPO, 27. Aufl. 2018, § 153 Rn. 9.

<sup>35</sup> *Kubiciel*, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345. 2020, 2, unter Verweis auf *Schiemann* KriPoZ 2019, 231; *Pschorr* jurisPR-StrafR 13/2020 Anm. 3.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Rennicke* ZIS 2020, 343 (346); *Bui* ZJS 2023, 205 (211).

<sup>37</sup> <https://justizministerium.hessen.de/presse/ausschuss-lehnt-laenderregelung-zum-strafrechtlichen-umgang-mit-dem-sog-containern-ab>

<sup>38</sup> *F. Zimmermann* JZ 2021, 186 (192).

<sup>39</sup> *Albrecht*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 60 Rn. 1.

<sup>40</sup> Zu den Forderungen zur Entkriminalisierung von solchen Phänomenen, vgl. nur *Harrendorf* NK 2018, 250 ff.