

## Entscheidungsbesprechung

### Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Eigentumschutzes – Diebstahl abgelaufener Lebensmittel („Containern“)

**1. Die Auslegung des § 242 StGB und des darin enthaltenen Merkmals „fremd“, die sich maßgeblich an der zivilrechtlichen Eigentumslage orientiert, verstößt nicht gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG).**

**2. Die Strafbarkeit des Diebstahls wirtschaftlich wertloser Sachen (Entwendung von zur Entsorgung vorgesehener Lebensmittel) verstößt nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. (Leitsätze des *Verf.*)**

GG Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 24  
StGB § 242  
BGB § 959

*BVerfG, Beschl. v. 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19*<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Dass die Verfassung, insbesondere die darin verbürgten Grundrechte, dem Strafgesetzgeber Grenzen setzen, wurde zuletzt in der Entscheidung des BVerfG deutlich, mit der die neu eingeführte Strafvorschrift zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB a.F.) für nichtig erklärt wurde.<sup>2</sup> In früheren Entscheidungen hatte das BVerfG hingegen den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers betont und verfassungsrechtliche Einwände gegen die Strafvorschriften zum Inzest (§ 173 StGB)<sup>3</sup> und zum Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 BtMG) zum Eigenkonsum<sup>4</sup> zurückgewiesen. Auf dieser Linie liegt auch die zu besprechende Kammerentscheidung zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des strafrechtlichen Eigentumschutzes bei nicht mehr verkäuflichen Lebensmitteln, die vom Eigentümer, dem Inhaber eines Supermarktes, entsorgt werden.

#### I. Sachverhalt

Die zwei Beschwerdeführerinnen hatten auf dem Gelände eines Supermarktes einen verschlossenen Müllcontainer mit einem Vierkantschlüssel geöffnet und darin befindliche, für die Abholung durch das Abfallentsorgungsunternehmen bestimmte Lebensmittel entwendet. Das AG Fürstenfeldbruck verurteilte die Beschwerdeführerinnen wegen Diebstahls; die Verurteilung zu einer Geldstrafe blieb insoweit vorbehalten

(§ 59 StGB).<sup>5</sup> Das BayObLG verwarf die gegen das Urteil eingelegte Sprungrevision als unbegründet und bestätigte die rechtliche Würdigung des erstinstanzlichen Gerichts, wonach der Inhaber des Supermarktes das Eigentum an den im Container befindlichen Lebensmitteln nicht aufgegeben habe (§ 959 BGB), sondern diese vielmehr zum Tatzeitpunkt weiterhin in seinem Eigentum gestanden hätten und damit für die Angeklagten fremd gewesen seien.<sup>6</sup> Die Beschwerdeführerinnen sahen sich durch ihre Verurteilung in ihren Grundrechten verletzt und wandten sich deshalb mit ihrer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG.

#### III. Entscheidung

Die Verfassungsbeschwerden wurden von der 3. Kammer des 2. Senats nicht zur Entscheidung angenommen (§ 93b BVerfGG). Nach Auffassung der Kammer waren weder die der Verurteilung zu Grunde liegende Auslegung des § 242 StGB noch die Beweiswürdigung durch das Tatgericht verfassungsrechtlich zu beanstanden. Die Gesetzesauslegung durch die Fachgerichte unterliege einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung nur nach Maßgabe des allgemeinen Willkürverbotes (Art. 3 Abs. 1 GG); gegen dieses sei aber durch eine Auslegung des § 242 StGB, die sich am zivilrechtlichen Eigentumsrecht orientiere und damit auf nachvollziehbaren Erwägungen beruhe, nicht verstoßen worden.<sup>7</sup> Auch in Bezug auf die tatrichterliche Beweiswürdigung sei eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, etwa des Anspruchs auf ein faires Verfahren oder der Unschuldsvermutung, nicht zu erkennen.<sup>8</sup>

Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihrer Grundrechte geltend machen, greift § 242 StGB nach Auffassung der Kammer zwar in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und – über die Androhung von Freiheitsstrafe – in Art. 2 Abs. 2 GG ein; dieser Eingriff sei aber durch das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel (Schutz des Sacheigentums) gerechtfertigt.<sup>9</sup> Es sei auch nicht unverhältnismäßig, diesen strafrechtlichen Schutz auch auf das Eigentum an wirtschaftlich wertlosen Sachen zu erstrecken, da der Eigentümer auch insoweit über eine nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition verfüge; geschützt werde also nicht eine rein formale, letztlich inhaltsleere Eigentumsposition, sondern ein Recht, das die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen ermögliche, etwa durch den Ausschluss von Haftungs- und Prozessrisiken im Zusammenhang mit dem Verzehr abgelaufener und möglicherweise verdorbener Lebensmittel.<sup>10</sup> Soweit das BVerfG es als „naheliegend“ angesehen habe, in Bezug auf den Besitz geringer Mengen von Cannabis für den Eigenkonsum von einer Strafverfolgung abzusehen<sup>11</sup>, habe es die materiell-rechtliche Strafvorschrift (§ 29 BtMG) weiter-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2020, 2953 = JZ 2020, 906 und online abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/08/rk20200805\\_2bvr198519.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/08/rk20200805_2bvr198519.html) (22.2.2021).

<sup>2</sup> BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 905.

<sup>3</sup> BVerfGE 120, 224.

<sup>4</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>5</sup> AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

<sup>6</sup> BayObLG NStZ-RR 2020, 104 (105).

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2953 Rn. 24 f.).

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2953 f. Rn. 26 ff.).

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2954 Rn. 33 ff.).

<sup>10</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2954 f. Rn. 38 ff.).

<sup>11</sup> BVerfGE 90, 145 (187 ff.).

hin als verfassungskonform angesehen.<sup>12</sup> Schließlich sei der weite Anwendungsbereich des § 242 StGB auch deshalb verhältnismäßig, weil der geringen Schuld des Täters im Strafverfahren Rechnung getragen werden könne, indem lediglich eine Geldstrafe verhängt oder – wie im Ausgangsverfahren – eine Verwarnung unter Strafvorbehalt ausgesprochen werde; darüber hinaus komme bei geringer Schuld auch eine Verfahrenseinstellung nach den §§ 153 ff. StPO in Betracht.<sup>13</sup>

#### IV. Analyse und kritische Würdigung

Die Entscheidung des BVerfG ist in der öffentlichen Berichterstattung heftig kritisiert worden; in ihr komme die „perverse Logik der Wegwerfgesellschaft“<sup>14</sup> und ein „Eigentums-Fundamentalismus“<sup>15</sup> zum Ausdruck, die dem Anliegen der Beschwerdeführerinnen, gegen die massenhafte Verschwendung von Lebensmitteln vorzugehen, nicht gerecht würden. Diese Kritik scheint von weiten Teilen der Bevölkerung geteilt zu werden: In einer Umfrage des Meinungsforschungsinstituts forsa haben sich 86 % der Befragten im September 2020 gegen ein strafbewehrtes Verbot des „Containerns“ ausgesprochen.<sup>16</sup> Demgegenüber ist die Entscheidung des BVerfG in der Rechtswissenschaft überwiegend zustimmend aufgenommen worden.<sup>17</sup> Die folgende Analyse diskutiert die dafür maßgeblichen Aspekte aus strafrechtlicher (1.) und verfassungsrechtlicher (2.) Perspektive und schließt mit einem Ausblick auf die aktuelle rechts- bzw. kriminalpolitische Diskussion (V.).

##### 1. Zivilrechtsakzessorische Auslegung des § 242 StGB

Zur Auslegung des § 242 StGB hat sich das BVerfG zu Recht nur kurz geäußert, denn das BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“, sondern überprüft fachgerichtliche Entscheidungen nur darauf, ob eine spezifische Verletzung von Verfassungsrecht vorliegt.<sup>18</sup> Ein Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) ist dementsprechend nur dann anzunehmen, wenn das angefochtene Urteil auf einer Auslegung beruht, die unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist, so

dass sich der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht.<sup>19</sup> Willkür ist damit erst anzunehmen, wenn eine Rechtsnorm in krasser Weise missdeutet wird oder eine offensichtlich einschlägige Vorschrift nicht berücksichtigt wird.<sup>20</sup> Eine Interpretation des § 242 StGB, die das Merkmal „fremd“ mit der ganz h.M. in Anlehnung an das Zivil- bzw. Sachenrecht auslegt<sup>21</sup>, ist nach diesem Maßstab nicht als willkürlich anzusehen. Die vom BayObLG vorgenommene Auslegung des § 242 StGB und seine Anwendung auf den Sachverhalt halten aber auch einem strengeren (strafrechtlichen) Prüfungsmaßstab stand.

a) Dies gilt zunächst für den Ausgangspunkt der h.M., dass das Merkmal „fremd“ nach Maßgabe des Zivilrechts auszulegen ist. Als Alternative zu diesem zivilrechtsakzessorischen Verständnis der strafrechtlichen Eigentumsdelikte ist die Auffassung vertreten worden, den Begriff „fremd“ im Strafrecht eigenständig auszulegen und die Eigentumsverletzung von einem Vermögensentzug abhängig zu machen [siehe dazu noch unten c)], um auf diese Weise eine einheitliche Struktur der Eigentums- und Vermögensdelikte zu gewährleisten.<sup>22</sup> Dabei wird indes verkannt, dass die Akzessorietät zum Zivilrecht Konsequenz der Entscheidung des Gesetzgebers ist, das Sacheigentum zum Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes zu erklären und damit begrifflich (und inhaltlich) an das Sachenrecht des BGB anzuknüpfen.<sup>23</sup> Widersprüche mit dem (wirtschaftlichen) Vermögensbegriff sind damit entweder hinzunehmen oder dadurch aufzulösen, dass man den Vermögensbegriff auch auf das Eigentum an Sachen erstreckt, die zwar keinen konkreten Marktwert, aber jedenfalls einen abstrakten Geldwert haben, weil sie vom Eigentümer veräußert werden können.<sup>24</sup>

b) Bestimmt man das Merkmal „fremd“ akzessorisch zum Zivilrecht, so hängt die Strafbarkeit des „Containerns“ davon ab, ob der Supermarktinhaber das Eigentum an den Lebensmitteln aufgegeben hat, indem er diese für den Entsorger in den Abfallcontainer verbringen ließ, und diese dadurch herrenlos geworden sind. Dies setzt nach § 959 BGB voraus, dass der Eigentümer seinen Besitz an der Sache mit dem nach außen hin deutlich gewordenen Willen aufgibt, auf das Eigentum zu verzichten. Bei dem Eigentumsverzicht handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung, für deren Auslegung nicht der objektive Empfängerhorizont, sondern der subjektive

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 44).

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 45 ff.).

<sup>14</sup> Fürstenau, in: Deutsche Welle v. 18.8.2020, abrufbar unter <https://www.dw.com/de/kommentar-containern-verbieten-die-perverse-logik-der-wegwerfgesellschaft/a-54611658> (23.2.2021).

<sup>15</sup> Prantl, Süddeutsche Zeitung (online) v. 22.8.2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/kolumne-prantl-containern-bvg-sozialpolitik-eigentum-1.5006160?reduced=true> (23.2.2021).

<sup>16</sup> [https://www.n-tv.de/der\\_tag/Sollte-Containern-als-Diebstahl-gelten-article22019872.html](https://www.n-tv.de/der_tag/Sollte-Containern-als-Diebstahl-gelten-article22019872.html) (23.2.2021).

<sup>17</sup> Hoven, NJW 2020, 2955 (2955 f.); Muckel, JA 2020, 956 (958); Ogorek, JZ 2020, 909 ff.; F. Zimmermann, JZ 2021, 186 (187); siehe dagegen Schmitt-Leonardy, jurisPR-StrafR 20/2020 Anm. 1.

<sup>18</sup> Vgl. zur besprochenen Entscheidung: Ogorek, JZ 2020, 909 (910).

<sup>19</sup> BVerfGE 96, 189 (203); 112, 185 (215).

<sup>20</sup> BVerfGE 87, 273 (279); 112, 185 (216).

<sup>21</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 31, jeweils m.w.N.

<sup>22</sup> Siehe etwa Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 143 ff.

<sup>23</sup> Bockelmann, ZStW 69 (1957), 269 (286); Schmitz (Fn. 21), § 242 Rn. 11.

<sup>24</sup> Vgl. zum Vermögensbegriff Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2021, § 26 Rn. 17.

Wille des Erklärenden maßgeblich ist.<sup>25</sup> Für die Dereliktion ist der Wille kennzeichnend, auf das Eigentum ohne Zweckbestimmung zu verzichten. Dies kann zwar grundsätzlich in Bezug auf Haus- oder Sperrmüll angenommen werden, den der bisherige Eigentümer entsorgen will.<sup>26</sup> Andererseits ist eine Dereliktion zu verneinen, wenn der Berechtigte zugunsten eines bestimmten Dritten auf sein Eigentum verzichten will, indem er z.B. Sachen im Rahmen einer Sammelaktion spendet.<sup>27</sup> Ebenso scheidet eine Dereliktion aus, wenn es dem Eigentümer nicht um die Aufgabe des Eigentums, sondern um die Zerstörung der Sache geht und er gerade nicht will, dass ein beliebiger Dritter die Sache erwirbt und nutzt. Dies gilt etwa für das Wegwerfen von EC-Karten (nebst PIN)<sup>28</sup> oder von Tagebüchern und persönlichen Aufzeichnungen<sup>29</sup>. Aus diesem Grund hat das AG Köln in der Entsorgung von nach eigenem Urteil misslungenen Skizzen durch den Maler *Gerhard Richter* keine Dereliktion gesehen und deren eigenmächtige Inbesitznahme als Diebstahl bewertet.<sup>30</sup>

Nach diesen Grundsätzen erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, dass der Supermarkthaber auf das Eigentum an den im Container befindlichen Lebensmitteln verzichten wollte. Indes deutet der Umstand, dass der Container auf dem Betriebsgelände stand, verschlossen war und nur mit einem Vierkantschlüssel geöffnet werden konnte, darauf hin, dass damit nicht das Eigentum aufgegeben und die Lebensmittel damit zur Aneignung durch beliebige Dritte freigegeben werden sollte, sondern das Eigentum vielmehr – wie bei den oben genannten Sammelaktionen – auf einen bestimmten Empfänger, nämlich das Entsorgungsunternehmen, übertragen werden sollte (§ 929 S. 1 BGB).<sup>31</sup> Aufgrund dieses Umstands scheidet eine Dereliktion auch deshalb aus, weil der bisherige Eigentümer den Besitz an den Lebensmitteln nicht vollständig aufgegeben hat.<sup>32</sup> Gegen einen Willen zum Eigentumsverzicht hat das BayObLG zudem angeführt, dass der Supermarkthaber für die gesundheitliche Unbedenklichkeit in Verkehr gebrachter Lebensmittel einzustehen habe und daher auch unter diesem Gesichtspunkt ein Interesse daran habe, diese nicht zum Konsum durch beliebige Dritte freizugeben.<sup>33</sup> Diesem Argument ist im Schrifttum entgegengehalten worden, dass sich derjenige, der weggeworfene Lebensmittel aus einem Abfallcontainer entnimmt und anschließend verzehrt, in eigener Verantwortung damit einher-

gehenden Gesundheitsrisiken aussetzt und die Folgen eines Konsums verdorbener Lebensmittel dem Supermarkthaber damit nicht zugerechnet werden können.<sup>34</sup> Das BVerfG hat diesen Einwand als irrelevant zurückgewiesen, weil der Eigentümer bereits ein nachvollziehbares Interesse daran habe, entsprechende rechtliche Auseinandersetzungen und Prozessrisiken durch eine Vernichtung der entsorgten Lebensmittel von vornherein zu vermeiden.<sup>35</sup> In der Regel wird einem Willen zum Eigentumsverzicht jedenfalls das wirtschaftliche Interesse des Supermarkthabers entgegenstehen, Umsatzeinbußen infolge eines geringeren Absatzes der zum Kauf angebotenen Waren zu vermeiden, indem er eine kostenlose Mitnahme abgelaufener Lebensmittel aus Abfallbehältern ausschließt.<sup>36</sup> Letztlich hängt die Strafbarkeit nach § 242 StGB vom tatsächlichen Willen des Eigentümers ab, der es damit in der Hand hat, Klarheit über die Eigentumsverhältnisse an den entsorgten Lebensmitteln zu schaffen (z.B. durch entsprechende Hinweisschilder). Auf die Frage, ob dieser Wille des Eigentümers schutzwürdig ist oder nicht, kommt es hingegen nicht an<sup>37</sup>, da für das Merkmal „fremd“ allein das Sachenrecht und damit der Entschlagungswille des Eigentümers maßgeblich ist (siehe dazu noch unten 2.).<sup>38</sup>

c) Der Aspekt einer (möglicherweise) fehlenden Schutzwürdigkeit des Eigentümers bzw. Supermarkthabers könnte allerdings in die strafrechtliche Würdigung einfließen, indem man den Tatbestand des § 242 StGB teleologisch reduziert und wirtschaftlich wertlose Sachen von seinem Anwendungsbereich ausnimmt.<sup>39</sup> So wird im Schrifttum insbesondere darauf verwiesen, dass auch bei § 303 StGB die Beschädigung (oder Zerstörung) einer für den Eigentümer wertlosen Sache (z.B. die Erschießung eines tollwütigen Hundes<sup>40</sup>) nicht als tatbestandliches Unrecht angesehen wird<sup>41</sup> und daher auch für den Diebstahl eine entsprechende Einschränkung gelten müsse.<sup>42</sup> So erschiene es in der Tat widersprüchlich, die entsorg-

<sup>25</sup> *Oechsler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 959 Rn. 3.

<sup>26</sup> RGSt 48, 121 (123); OLG Stuttgart JZ 1978, 691; LG Bonn NJW 2003, 673 (674).

<sup>27</sup> BayObLG JZ 1986, 967 (967 f.); vgl. auch AG Köln JuS 2013, 271 (272) zur Dereliktion bei sog. „Liebesschlössern“.

<sup>28</sup> OLG Hamm JuS 2011, 755.

<sup>29</sup> LG Bonn NJW 2003, 673 (674).

<sup>30</sup> Näher dazu *Fahl*, JA 2019, 807 (807 ff.).

<sup>31</sup> BayObLG NSTZ-RR 2020, 104 (105); ebenso *Jäger*, JA 2020, 393 (394).

<sup>32</sup> Siehe zu ähnlichen Konstellationen *F. Zimmermann*, JZ 2021, 186 (188).

<sup>33</sup> BayObLG NSTZ-RR 2020, 104 (105).

<sup>34</sup> *Dießner*, StV 2020, 256 (259); *Jäger*, JA 2020, 393 (394 f.); *Jahn*, JuS 2020, 85 (87).

<sup>35</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 42); zustimmend *F. Zimmermann*, JZ 2021, 186 (190).

<sup>36</sup> *Esser/Scharnberg*, JuS 2012, 809 (812); *F. Zimmermann*, JZ 2021, 186 (188); a.A. *Kretschmer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltskommentar StGB, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 11.

<sup>37</sup> Siehe dagegen *Pschorr*, jurisPR-StrafR 13/2020 Anm. 3.

<sup>38</sup> *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (344).

<sup>39</sup> *Britz/Torgau*, jM 2020, 257 (259); *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (232); *Schmitt-Leonardy*, jurisPR-StrafR 20/2020 Anm. 1.

<sup>40</sup> BayObLG NJW 1993, 2760 (2761).

<sup>41</sup> *Wieck/Noodt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 303 Rn. 19; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 303 Rn. 1.

<sup>42</sup> *Bosch* (Fn. 21), § 242 Rn. 7.

ten Lebensmittel i.R.d. § 242 StGB als taugliches Tatobjekt anzusehen, i.R.d. § 303 StGB hingegen nicht.<sup>43</sup>

Bei näherer Betrachtung erweist sich der Hinweis auf die Auslegung des § 303 StGB jedoch nicht als tragfähig, da auch die einschränkende Auslegung von einem tauglichen Tatobjekt bereits dann ausgeht, wenn der Eigentümer an der Sache ein „irgendwie geartetes Gebrauchs- oder Affektionsinteresse“<sup>44</sup> hat und mit dieser Maßgabe auch Sachen in den strafrechtlichen Schutz nach § 303 StGB einbezogen werden, die wirtschaftlich wertlos sind<sup>45</sup>. Vor diesem Hintergrund besteht unter systematischen Gesichtspunkten keine Notwendigkeit, den strafrechtlichen Schutz nach § 242 StGB auf Sachen zu beschränken, denen ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Soweit i.R.d. § 303 StGB auch Affektionsinteressen die Schutzwürdigkeit des Sacheigentums begründen können, stellt es keinen Widerspruch dar, insoweit i.R.d. § 242 StGB auf die wirtschaftlichen Interessen des Supermarktinhabers abzustellen.<sup>46</sup> Einer Tatbestandseinschränkung wird erst recht die Grundlage entzogen, sofern auch im Rahmen der Sachbeschädigung allein auf das Vorliegen einer fremden Sache abgestellt und die Interessen des Eigentümers nicht auf Tatbestandsebene, sondern allein bei einer möglichen Rechtfertigung berücksichtigt werden.<sup>47</sup> Auf diese Weise kann auch der oben angedeutete Widerspruch bei der strafrechtlichen Würdigung der Entwendung der im Abfallcontainer befindlichen Lebensmittel einerseits und deren Beschädigung bzw. Zerstörung andererseits vermieden werden, denn Letztere dürfte den Interessen des Supermarktinhabers nicht widersprechen und damit nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt sein.<sup>48</sup> Nach alledem begegnet die Würdigung des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen als Diebstahl (§ 242 StGB) aus strafrechtlicher Sicht keinen durchgreifenden Bedenken.

## 2. (Un-)Verhältnismäßigkeit des strafrechtlichen Eigentumschutzes

Diese Auslegung des § 242 StGB (und seine Anwendung im konkreten Fall) könnte allerdings gegen Verfassungsrecht verstoßen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die Annahme einer Strafbarkeit wegen Diebstahls verletze ihre Grundrechte, entspricht den kritischen Stimmen im Schrifttum, die eine Auslegung des § 242 StGB, die auch die Entwendung zur Entsorgung bereitgestellter Lebensmittel erfasst,

als unverhältnismäßig ansehen und eine einschränkende (verfassungskonforme) Auslegung fordern.<sup>49</sup> Zur Begründung wird auf die Rechtsprechung des BVerfG verwiesen, wonach der Einsatz des Strafrechts als ultima ratio nur bei einem Verhalten legitim sei, das über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich sei.<sup>50</sup> Die Entwendung weggeworfener Lebensmittel zum anschließenden Verzehr stelle aber gerade kein sozialschädliches Verhalten dar, sondern führe vielmehr dazu, dass weniger Lebensmittel entsorgt werden müssten, und trage damit zu dem in Politik und Gesellschaft allgemein anerkannten Ziel<sup>51</sup> bei, die Verschwendung von Lebensmittel zu verhindern und den beträchtlichen Umfang von Lebensmittelabfällen zu reduzieren.<sup>52</sup> Damit ist zugleich der Grund dafür benannt, dass die besprochene Entscheidung in der öffentlichen Berichterstattung auf wenig Verständnis gestoßen ist.<sup>53</sup>

Das Anliegen der Beschwerdeführerinnen, gegen die Lebensmittelverschwendung vorzugehen, ändert jedoch für sich genommen nichts daran, dass die Tathandlungen in das Eigentumsrecht des Supermarktinhabers eingreifen und dass dieses Recht im Ausgangspunkt legitimer Gegenstand strafrechtlichen Schutzes ist. Eine Strafbarkeit nach § 242 StGB könnte sich insoweit allerdings deshalb als unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff darstellen, als in Bezug auf vom Eigentümer in den Müll geworfene Lebensmittel nur noch eine formale, aber letztlich substanzlose Rechtsposition geschützt werde.<sup>54</sup>

Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Argumentation zu Recht nicht gefolgt und hat darauf verwiesen, dass Art. 14 Abs. 1 GG das zivilrechtliche Sacheigentum als umfassendes Verfügungsrecht gewährleistet; dieses Recht umfasst die Möglichkeit, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und Dritte vom Umgang mit der Sache auszuschließen (§ 903 S. 1 BGB).<sup>55</sup> Soweit dieses Verfügungsrecht des Eigentümers nicht durch gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen begrenzt wird (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG), schließt das Eigentumsrecht auch das Recht ein, nicht mehr zum Verkauf bestimmte Lebensmittel an das jeweilige Entsorgungsunternehmen zu übereignen, anstatt sie dem Zugriff Dritter preiszu-

<sup>43</sup> Vgl. das Beispiel von *F. Zimmermann*, JZ 2021, 186 (189); siehe dagegen *Jäger*, JA 2020, 393 (394), der eine unterschiedliche strafrechtliche Bewertung für gerechtfertigt hält.

<sup>44</sup> BayObLG NJW 1993, 2760 (2761).

<sup>45</sup> OLG Köln NJW 1988, 1102 (1103); *Wieck-Noodt* (Fn. 41), § 303 Rn. 13 f.; *Zaczyk* (Fn. 41), § 303 Rn. 1.

<sup>46</sup> Vgl. auch *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (232).

<sup>47</sup> *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 303 Rn. 3; *Salienger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 303 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 19; siehe auch *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 303 Rn. 2.

<sup>48</sup> *F. Zimmermann*, JZ 2021, 186 (190 f.).

<sup>49</sup> *Dießner*, StV 2020, 256 (260); siehe auch *Schmitt-Leonardy*, jurisPR-StrafR 20/2020 Anm. 1.

<sup>50</sup> BVerfGE 120, 224 (239 f.).

<sup>51</sup> Vgl. etwa die im Februar 2019 von der Bundesregierung verabschiedete Nationale Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung, abrufbar unter [https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/\\_Ernaehrung/Lebensmittelverschwendung/Nationale\\_Strategie\\_Lebensmittelverschwendung\\_2019.pdf;jsessionid=F11A9A0E70298D967F6503DB7358F24C.internet2831?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ernaehrung/Lebensmittelverschwendung/Nationale_Strategie_Lebensmittelverschwendung_2019.pdf;jsessionid=F11A9A0E70298D967F6503DB7358F24C.internet2831?__blob=publicationFile&v=3) (23.2.2021).

<sup>52</sup> *Dießner*, StV 2020, 256 (260).

<sup>53</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 14–16.

<sup>54</sup> *Britz/Torgau*, jM 2020, 257 (259); *Dießner*, StV 2020, 256 (260); *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (232).

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2954 Rn. 39 f.).

geben.<sup>56</sup> Soweit das BVerfG zur Begründung auf das legitime Verfügungs- und Ausschlussinteresse des Eigentümers (Vermeidung von Haftungs- und Prozessrisiken) verweist, kommt es darauf letztlich nicht an, denn mit dem Eigentumsrecht wird die Freiheit des Eigentümers garantiert, mit der Sache „nach Belieben“ zu verfahren (§ 903 S. 1 BGB), d.h. auch ohne dass er dafür jeweils eines legitimen Interesses bedarf.<sup>57</sup> Diese Verfügungsbefugnis besteht selbstverständlich nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, zugleich bedarf aber auch eine Beschränkung des Eigentumsrechts einer gesetzlichen Grundlage. Mit anderen Worten, die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) begründet keine verfassungsunmittelbare Pflicht des Supermarktinhabers, den Zugriff auf nicht mehr zum Verkauf bestimmte Lebensmittel zu dulden, sondern bedarf der Ausformung und Konkretisierung durch den Gesetzgeber (vgl. dazu unten V.).<sup>58</sup> Ebenso wenig kann auf diese Weise ein Recht Dritter begründet werden, auf fremdes Eigentum zuzugreifen, um es einem nützlichen Zweck zuzuführen.<sup>59</sup> Das Eigentum an den im Müllcontainer befindlichen Lebensmitteln ist damit keine inhaltsleere Rechtsposition, sondern Bestandteil der über Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Freiheit.

Ist ein strafrechtlicher Schutz des an den weggeworfenen Lebensmitteln bestehenden Sacheigentums somit grundsätzlich legitim, so ist damit indes noch nicht gesagt, dass die Strafbarkeit des „Containerns“ auch den weiteren Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips entspricht, insbesondere erforderlich und angemessen ist. Auch insoweit weckt der Umstand, dass die entwendeten Lebensmittel zwar noch im Eigentum des Supermarktinhabers stehen, für diesen aber – wenn überhaupt – nur noch einen geringfügigen Wert haben und damit allenfalls ein geringer Schuldvorwurf gegen die Täterinnen zu erheben ist, Zweifel an der Verhältnismäßigkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung. Andererseits hat das BVerfG bereits in einer früheren Entscheidung festgestellt, dass § 242 StGB auch insoweit mit dem Gebot schuldangemessenen Strafens vereinbar ist, als er auch den Diebstahl geringwertiger Sachen unter Strafe stellt, und dies u.a. mit dem weiten Strafrahmen, der auch die Verhängung einer Geldstrafe zulässt, den Alternativen zur Verhängung

(§§ 59 f. StGB) bzw. Vollstreckung (§ 56 StGB) einer Strafe und dem Antragerfordernis (§ 248a StGB) begründet.<sup>60</sup> Diese Erwägungen greift die Kammer in der besprochenen Entscheidung auf und weist ergänzend auf die Möglichkeit hin, das Ermittlungsverfahren wegen Geringfügigkeit einzustellen (§§ 153, 153a StPO).<sup>61</sup> Letztlich werden diese Erwägungen auch durch das angefochtene Urteil des AG Fürstenfeldbruck bestätigt, das die Beschwerdeführerinnen nicht zu einer Strafe verurteilt, sondern nur unter Strafvorbehalt verwarnt hatte (§ 59 StGB).

Die Kehrseite dieser materiell-rechtlichen und prozessualen Regelungen, mit denen der geringen Schuld des Täters Rechnung getragen werden kann, ist freilich, dass sie keine gleichmäßige (Nicht-)Verfolgungspraxis und damit auch keine Rechtssicherheit für den Einzelnen gewährleisten können. Diese Kritik ist bereits im Zusammenhang mit der Cannabis-Entscheidung, in der das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der umfassenden Kriminalisierung des Betäubungsmittelbesitzes u.a. auch mit den Möglichkeiten zur Verfahrenseinstellung begründet hatte (§§ 153 ff. StPO, §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG)<sup>62</sup>, erhoben worden.<sup>63</sup> Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, wird daher zum Teil davon ausgegangen, dass das Verfolgungsermessen der Staatsanwaltschaft beim Diebstahl zur Entsorgung bereit gestellter Lebensmittel aufgrund der im Cannabis-Beschluss entwickelten verfassungsrechtlichen Vorgaben auf null reduziert sei und das Verfahren eingestellt werden müsse.<sup>64</sup> Gegen eine solche Parallele spricht allerdings, dass sich der Diebstahl vom Betäubungsmittelbesitz zum Eigenkonsum darin unterscheidet, dass eine Einstellung im letztgenannten Fall daran gebunden ist, dass sie keine Fremdgefährdung verursacht, während auch der Diebstahl geringwertiger Sachen fremdes Eigentum verletzt.<sup>65</sup> Selbst wenn man unter dem Eindruck der gegen eine „prozessuale Lösung“ (§§ 153 ff. StPO) vorgebrachten Kritik eine materiell-rechtliche Entkriminalisierung für vorzugswürdig hält, wäre eine solche jedenfalls nicht auf der Grundlage einer von den Gerichten vorzunehmenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall vorzunehmen, sondern die Kriterien für einen Ausschluss der Strafbarkeit wären vom Gesetzgeber festzulegen.<sup>66</sup>

## V. Kriminalpolitischer Ausblick: Entkriminalisierung oder Pflicht zur Spende nicht mehr verkäuflicher Lebensmittel?

Im Ergebnis verdient die besprochene Entscheidung damit auf der Grundlage des geltenden Rechts Zustimmung. Dass die in der öffentlichen Kritik geäußerten Argumente im Rah-

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 42).

<sup>57</sup> Fischer, Stellungnahme für die Anhörung des Bundestags-Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 10.12.2020, S. 5, abrufbar unter

[https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht?url=L2Rv\\_a3VtZW50ZS90ZXh0YXJjaGl2LzIwMjAva3c1MC1wYS1yZWNoOC1jb250YWluZXJlTgwODg2Ng==&mod=mod539670](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht?url=L2Rv_a3VtZW50ZS90ZXh0YXJjaGl2LzIwMjAva3c1MC1wYS1yZWNoOC1jb250YWluZXJlTgwODg2Ng==&mod=mod539670) (24.3.2021); Hoven, NJW 2020, 2955 (2956); siehe dagegen Diefßner, StV 2020, 256 (260), mit dem Hinweis, dass das Interesse des Supermarktinhabers am Verkauf seiner Waren nicht grundrechtlich garantiert sei. Auf dieses Interesse kommt es jedoch bei der Ausübung des Eigentumsrechts an den weggeworfenen Lebensmitteln nicht an.

<sup>58</sup> Ogorek, JZ 2020, 909 (911 f.); siehe auch F. Zimmermann, JZ 2021, 186 (191).

<sup>59</sup> Hoven, NJW 2020, 2955 (2956); F. Zimmermann, JZ 2021, 186 (191).

<sup>60</sup> BVerfGE 50, 205 (215 f.).

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 46).

<sup>62</sup> BVerfGE 90, 145 (189).

<sup>63</sup> Siehe die eingehende Kritik im abweichenden Sondervotum des Richters Sommer, BVerfGE 90, 212 (224 ff.); siehe auch im vorliegenden Kontext: F. Zimmermann, JZ 2021, 186 (187).

<sup>64</sup> Britz/Torgau, jM 2020, 257 (259).

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 44).

<sup>66</sup> Vgl. auch F. Zimmermann, JZ 2021, 186 (190).

men der straf- und verfassungsrechtlichen Bewertung nicht durchgreifen, macht sie in der rechtspolitischen Diskussion nicht weniger bedenkenswert. Die diskutierten Vorschläge reichen von einer Entkriminalisierung des „Containerns“<sup>67</sup> über Vorgaben zu einer einheitlichen Nichtverfolgungspraxis<sup>68</sup> bis zur Einführung einer Verpflichtung von Lebensmittelhändlern, nicht mehr verkäufliche Lebensmittel zu spenden<sup>69</sup>. Gegen den ersten Vorschlag spricht nicht nur, dass eine Strafbarkeit nach anderen Tatbeständen (§§ 123, 303 StGB) davon unberührt bliebe<sup>70</sup>, sondern vor allem, dass eine punktuelle Entkriminalisierung der Eigentumsdelikte Gefahr lief, Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche (z.B. im Zusammenhang mit der Verfolgung von Bagatelldiebstählen) hervorzurufen<sup>71</sup>, und daher nur im Zusammenhang mit weitergehenden Vorschlägen zur Entkriminalisierung verfolgt werden sollte, wie sie etwa seit geraumer Zeit für den Ladendiebstahl diskutiert werden<sup>72</sup>. Sinnvoller erscheint demgegenüber der Weg, das Eigentumsrecht als geschütztes Rechtsgut durch eine gesetzliche Regelung einzuschränken, indem die Lebensmittelhändler nach französischem Vorbild<sup>73</sup> verpflichtet werden, nicht verkaufte Lebensmittel zu spenden.<sup>74</sup> Das BVerfG hat in der besprochenen Entscheidung auf die Mög-

lichkeiten hingewiesen, Inhalt und Schranken des Eigentumsrechts im Umgang mit entsorgten Lebensmittel fortzuentwickeln.<sup>75</sup> Ob der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten.

*Prof. Dr. Martin Böse, Bonn*

<sup>67</sup> Entschließungsantrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/9345, S. 2.

<sup>68</sup> Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/14358, S. 2 (unter 3.).

<sup>69</sup> Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/14358, S. 3 (unter 16.); dazu *Dießner*, StV 2020, 256 (261 f.); *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (235 f.).

<sup>70</sup> Stellungnahmen der Sachverständigen *Fischer* (S. 6) und *Schiemann* (S. 3 f.) bei der Anhörung vor dem Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz (Fn. 57); vgl. dagegen die Stellungnahme der Sachverständigen *Dießner* (S. 12 f.), mit Blick auf die Möglichkeit, den Verletzten insoweit auf den Privatklageweg zu verweisen.

<sup>71</sup> *Hoven*, NJW 2020, 2955 (2956); siehe auch mit Blick auf andere Delikte die Stellungnahme des Sachverständigen *Kubicic* bei der Anhörung vor dem Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz (Fn. 57), S. 3 f.; weitere Einwände bei *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (347).

<sup>72</sup> Vgl. zuletzt *Harrendorf*, NK 2018, 250 (250 ff.); eingehend zur Diskussion *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, Vor §§ 242 ff. Rn. 44 ff. m.w.N.

<sup>73</sup> LOI n° 2016-138 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire (Gesetz zur Bekämpfung der Lebensmittelverschwendung), siehe dazu die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/568808/21ec9f0fbd1bce3c48c063f24498428e/wd-5-095-18-pdf-data.pdf>

(23.2.2021).

<sup>74</sup> *Hoven*, NJW 2020, 2955 (2956); *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (348); *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (237); siehe auch *Ogorrek*, JZ 2020, 909 (912); vgl. zu weiteren Vorschlägen die Stellungnahme der Tafel Deutschland e.V. bei der Anhörung vor dem Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz (Fn. 57), S. 2 ff.

<sup>75</sup> BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 48).