

Prof. Dr. Thomas Fischer

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

06. Dezember 2020

82301 Starnberg

Postfach 11 15

fischer.tgo@outlook.de

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Sekretariat

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Betr.: Antrag „Containern von Lebensmitteln entkriminalisieren“, BT-Drucksache 19/9345

Hier: Öffentliche Anhörung am 10. Dezember 2020

Bezug: Schreiben vom 18. November 2020, Gz. PA 6 – 5410 – 2.2

Zu dem oben genannten Antrag der Fraktion DIE LINKE gebe ich die folgende

Stellungnahme ab:

Zusammenfassendes Ergebnis:

Ich halte die im Entschließungsantrag vorgeschlagene gesetzliche Regelung für rechtlich und praktisch nicht sinnvoll.

1)

Der Antrag BT-19/9345 richtet sich auf einen Beschluss des Deutschen Bundestags, die Bundesregierung aufzufordern, einen Gesetzesentwurf vorzulegen, durch welchen die Aneignung entsorgter Lebensmittel von der Strafverfolgung ausgenommen wird.

Der Antrag nimmt Bezug auf ein Strafverfahren, in dem das Amtsgericht Fürstenfeldbruck am durch Urteil vom 30. Januar 2019 – 2 Cs 42 Js 26676/18 (nach Einspruch gegen Strafbefehl) zwei Beschuldigte im Alter von 26 und 28 Jahren wegen Diebstahls verwirkt und eine Geldstrafe von jeweils 15 Tagessätzen zu je 15 € vorbehalten hatte; die Bewährungsfrist wurde auf zwei Jahre festgesetzt. Dem lag zugrunde, dass die Beschuldigten, zwei Studentinnen, für nicht mehr verkehrsfähig gehaltene Lebensmittel aus einem verschlossenen Container entwendet hatten, die auf dem Grundstück der Firma „Edeka“ im Zulieferbereich gelagert waren und zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitstanden.

Gegen die Verurteilung legten die Beschuldigten Sprungrevisionen ein, die durch Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 2. Oktober 2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19, NStZ-RR 2020, 104 = StV 2020, 249 – als unbegründet verworfen wurden.

Hiergegen erhoben die Verurteilten Verfassungsbeschwerde. Diese wurde durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. August 2020 – 2 BvR 1985/19, NJW 2020, 2953, nicht zur Entscheidung angenommen.

Auf die Begründungen der genannten Entscheidungen nehme ich Bezug; von einer inhaltlichen Wiedergabe sehe ich aus Gründen der Übersichtlichkeit ab.

2)

Der Entschließungsantrag 19/9345 führt aus, die Strafbarkeit des Wegnehmens von genießbaren, aber zur Entsorgung bereitgestellten Lebensmitteln als Diebstahl sei „skandalös“. Die Handlung des sog. „Containerns“ (scil.: Wegnehmen aus verschlossenen, auf fremdem Privatgelände aufgestellten Abfallbehältern) sei nicht strafwürdig, die Täter nicht Diebe, sondern „Lebensmittelretter“.

Tatsächlich sei das Motiv der Täter nicht, den jeweiligen Supermarkt zu schädigen oder ihm die Lebensmittel zu entziehen. Einige Täter handelten vielmehr, „weil sie schlicht kein Geld haben“, andere, weil sie das Ziel eines nachhaltigen Umgangs mit Lebensmitteln verfolgen. Ei gesellschaftlicher Schaden solcher Handlungen sei nicht ersichtlich. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebiete daher, sie nicht mit dem Mittel des Strafrechts zu verfolgen. Überdies „(hebele) die Nichtfreigabe der Lebensmittel jegliche Nachhaltigkeitsstrategie aus“ (BT-Drs. 19/9345, S. 1).

3)

In der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur ist die Frage der Strafbarkeit einer Wegnahme von zur Entsorgung bereitgestellten Sachen vor allem am Beispiel des sog. „Sperrmülls“ diskutiert worden. Nach herrschender Meinung ist das Bereitstellen von zur Entsorgung bestimmtem Abfall solcher Art, anders als etwa bei Hausmüll, nicht als sog. Dereliktion – also als Aufgabe des Eigentums – zu verstehen; die Sachen werden daher nicht „herrenlos“ und zur beliebigen Aneignung freigegeben. Diese Ansicht stützt sich unter anderem auf die Erwägung, dass das Interesse des Eigentümers und daher der sozial-kommunikative Sinngehalt seiner Handlung (Bereitstellen) nicht dahin gehe, dass beliebige Dritte auf die Sachen zugreifen, sie durchsuchen, wegnehmen, verwerten oder zerstören können sollen. So ist es etwa in der Regel fernliegend anzunehmen, dass Eigentümer konkludent einwilligen, dass ihr Abfall von gewerblichen Verwertern durchsucht und zur kommerziellen Nutzung weggenommen werden; auch das Durchsuchen, verstreuen und Auswerten durch nicht gewerbliche Private wird regelmäßig nicht erlaubt.

Im Einzelfall kann dies natürlich anders sein; das setzt aber entsprechende Erklärungen des Eigentümers voraus. Die Unterstellung eines regelmäßigen Dereliktionsswillens wird sowohl hinsichtlich sog. Sperrmüll als auch hinsichtlich Altfahrzeugen, Schrott oder sonstigem Abfall verneint, der zur Abholung durch ein öffentliches oder privates Entsorgungsunternehmen abgestellt wird. Das gilt erst recht, wenn das Abstellen nicht an öffentlich zugänglichen Orten (Straßenrand etc.), sondern auf nicht öffentlichen privaten Grundstücken erfolgt. Wer etwa auf seinem Grundstück Altfahrzeuge oder alte Möbel abstellt, verstößt zwar ggf. gegen abfallrechtliche Vorschriften und wäre zur Entsorgung verpflichtet, derelinquiert die Sachen aber offenkundig nicht.

4)

Es stellt sich die Frage, ob die vorgenannten Regeln auch für noch genießbare, aber vom Eigentümer für nicht verkehrsfähig gehaltene Lebensmittel gelten oder hier modifiziert werden sollen.

a) Der Entschließungsantrag setzt voraus, dass die derzeitige Rechtslage eine solche Unterscheidung nicht ermöglicht. Das trifft nach den oben genannten Grundsatzentscheidungen zu; abweichende Ansichten in der Literatur sind, soweit ersichtlich, vereinzelt geblieben. Es ist, anknüpfend an die Begründungen der oben genannten Entscheidungen, nur auf folgende tatbestandspezifische Gesichtspunkte hinzuweisen:

- Die rechtliche Definition der Dereliktion (Aufgabe des Eigentums) knüpft nicht an den Marktwert oder den Zweck einer Sache an;
- Der Begriff des „Lebensmittels“ ist zu unspezifisch, um sie in spezifischer Weise von anderen „nicht mehr benötigten“ Sachen abzugrenzen;
- Die Bereitstellung von Sachen in verschlossenen Behältnissen auf privatem Gelände schließt eine Deutung aus, wonach hiermit konkludent eine Eigentumsaufgabe erklärt sein könnte;
- Einer konkludenten Eigentumsaufgabe oder Übereignung an unbekannte Dritte steht das Interesse des Eigentümers entgegen, nicht für mögliche Schäden haften zu müssen;
- Der Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB), auch des Diebstahls geringwertiger Sachen (§ 248 StGB), knüpft nicht an die Nützlichkeit der Sache für den Eigentümer und nicht an den Zweck an, welchen der Täter verfolgt.

b) Eine gesetzliche Neuregelung, welche das Ziel des Entschließungsantrags verwirklicht, „Lebensmittel freizugeben“, ist im Hinblick auf Ihren Zweck sowie die Zweckmäßigkeit, auf die Vereinbarkeit mit allgemeinen rechtlichen Grundsätzen sowie auf die rechtstechnische und dogmatische Umsatzbarkeit zu untersuchen; hierbei sind nicht zuletzt auch praktische Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

aa) Der Zweck der vorgeschlagenen Neuregelung richtet sich darauf, die „Nachhaltigkeit“ des Umgangs mit Lebensmitteln zu verbessern und der „Verschwendungen“ von Lebensmitteln durch Wegwerfen noch genießbarer Sachen entgegenzuwirken. Dieses Ziel ist in jedem Fall begrüßenswert und förderungswürdig. Fraglich ist jedoch, ob es durch eine individuelle „Freigabe“ der Wegnahme von entsorgten Lebensmitteln in einem nennenswerten Maß gefördert würde und ob nicht negative Folgen gegenüber solchen Vorteilen überwiegen würden.

Die Überproduktion von verzehrfähigen Lebensmitteln ist eine unmittelbare Folge des Marktgeschehens und der Konkurrenz von marktwirtschaftlich handelnden Produzenten. Auf der Produzentenseite werden Überkapazitäten aufgebaut, um dem starken Preisdruck der großen Abnehmer (Handelsketten) folgen zu können. Die gewerblichen Abnehmer bestellen regelmäßig deutlich überschüssige Mengen, um in den Verkaufsmärkten jeweils bis zum Ladenschluss ein möglichst gleich großes Angebot vorhalten zu können. Findet das nicht statt, löst das alsbald Abwanderungen von Käufern aus. Das Konsumverhalten einer Mehrheit von Konsumenten führt überdies dazu, dass Waren schon mit kleinsten,

Genießbarkeit oder Geschmack nicht beeinträchtigenden äußereren Fehlern nicht verkäuflich sind.

Eine Steuerung auf der Konsumentenseite ist nur schwer möglich, wenn sie nicht regelmäßig und mit Zwangsmitteln in das Konsumverhalten eingreift, sondern über individuelle Entscheidungen im Hinblick auf „Müll“, Nachhaltigkeit und ökologische Rationalität erfolgen soll. Die hier inmitten stehenden Lebensmittel stehen in den Lebensmittelmärkten durchweg bis zur Feststellung der Marktunfähigkeit zum Verkauf, vielfach zu verminderten Preisen, werden aber nicht gekauft. Es ist unwahrscheinlich, dass Konsumenten in einer marktrelevanten Zahl abwarten würden, bis preisreduzierte Waren von den Märkten in Abfallcontainer verbracht werden, um sie dann dort kostenfrei zu entnehmen.

bb) Eine Anknüpfung des Diebstahls-Tatbestands an subjektive Zwecke steht in Konflikt mit dem allgemeinen Grundsatz, dass Eigentum und Vermögen, soweit sie rechtlich nicht bemakelt sind, nicht unter dem Vorbehalt fremdbestimmter Motive oder Zwecke stehen. Die Regelung des § 903 S. 1 BGB, wonach Eigentum das Recht ist, mit einer Sache „nach Belieben zu verfahren“, schließt in das Belieben auch Motive und Ergebnisse ein, die dritten Personen falsch, unmoralisch oder unvernünftig erscheinen; auch das Vernichten oder Beschädigen eigener Sachen ist unabhängig davon nicht verboten, ob sie für Dritte noch verwendbar wären oder ob Dritte oder der Staat es für sinnvoll halten.

Insofern stellt sich auch die Frage, mit welcher Berechtigung ausgerechnet (allein) bestimmte Lebensmittel vom Eigentumsschutz ausgenommen werden sollten. Ein öffentliches Interesse an Nachhaltigkeit und Vermeidung von Überproduktion und Abfall besteht in vielen Bereichen, etwa im Hinblick auf Baustoffe, Holz oder Elektrogeräte. Es wäre wenig plausibel, Milchfertigprodukte oder Gemüse vom Eigentumsschutz auszunehmen, die Wegnahme eines alten Brettes aus demselben Container zum selben Zeitpunkt aber mit Freiheitsstrafe zu bedrohen.

cc) Eine Regelung soll nach dem Entschließungsantrag und nach öffentlich diskutierten Vorschlägen als „Freigabe von Lebensmitteln“ erfolgen; dies soll („beispielsweise“) dadurch geschehen, dass „solche Lebensmittelabfälle“ als herrenlose Sachen definiert werden. Das dürfte als tatbestandliche Ausnahme zur Regelung des § 242 Abs. 1 StGB aufzufassen sein. Es soll also einer bestimmten Kategorie von Sachen (Lebensmitteln) unter bestimmten Bedingungen (Bereitstellen zur Entsorgung) die Eigenschaft als „fremd“ gesetzlich entzogen werden.

Dies stieße zunächst auf die Schwierigkeit, die Kategorie hinreichend bestimmt zu umschreiben. „Lebensmittel“ sind grundsätzlich alle Substanzen, die zur Ernährung des menschlichen Körpers bestimmt und geeignet sind. Nach der EU-Verordnung 178/2002/EG vom 28.1.2002 gehören nicht zu den Lebensmitteln: Futtermittel, lebende Tiere, Pflanzen vor dem Ernten, Arzneimittel im Sinne der EG-Richtlinien Richtlinie 65/65/EWG und Richtlinie 92/73/EWG, kosmetische Mittel im Sinne der Richtlinie 76/768/EWG, Tabak und Tabakerzeugnisse im Sinn der Richtlinie 89/622/EWG, Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe im Sinn des Einheitsübereinkommens der Vereinten Nationen über Suchtstoffe (1961) und des Übereinkommens der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe (1971), Rückstände und Kontaminanten. Es bleibt also ein großer Bereich an verzehrfähigen Substanzen, den man im Hinblick auf „solche“ Lebensmittel begrenzen müsste, die im Zusammenhang mit dem sog. „Containern“ von Belang sind. Es ist zu erwarten, dass dies nicht ohne Abgrenzungsschwierigkeiten ginge. Überdies müsste man wohl bestimmte Lebens- und Genussmittel einer Rückausnahme unterstellen, etwa alkoholhaltige Substanzen oder andere Sachen, deren Unbedenklichkeit bezweifelt wird.

Alternativ könnte man die Eingrenzung über die subjektive Zweckbestimmung des jeweiligen (bisherigen) Eigentümers vornehmen. Dies hätte allerdings zur Folge, dass diese – nach außen ausdrücklich oder konkludent erklärte – Zweckbestimmung über die mögliche Herrenlosigkeit entschiede. Dies ist aber nichts anderes als der derzeitige Rechtszustand: Wer Sachen in einen mit einem Schloss versehenen Container auf dem eigenen Grundstück abstellt, erklärt konkludent, dass er das Eigentum nicht aufgeben will. Es bliebe also nur die Möglichkeit, solche Erklärungen des Eigentümers gesetzlich für unwirksam zu erklären; ihn also zu enteignen. Dass dies (verfassungs-)rechtliche Probleme mit sich brächte, liegt auf der Hand; es würde wohl auch zu Ausweichbewegungen der Betroffenen im Hinblick auf mögliche Entschädigungen führen. Eine „Freigabe“ von nicht verkäuflichen Lebensmitteln sollte aber nicht dazu führen, dass faktisch der Staat diese Mengen zu Verwertungskosten (über Entschädigungszahlungen) aufkauft, verwertet und entsorgt.

Überdies ist darauf hinweisen, dass Herrenlosigkeit von Sachen nichts an der räumlichen Schutzsphäre des Hausrechts sowie am Substanz-Schutz von sonstigem Eigentum (Container etc.) ändert: Das Wegnehmen herrenloser Sachen aus gesicherten Behältern (unter deren Aufbrechen) auf einem fremden Grundstück bleibt als Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung strafbar. Tatbestandliche Ausnahmen zu § 123 und § 303 StGB ließen sich nur schwer in praktikabler Weise konstruieren.

Schließlich stellt sich auch die Frage, welche anderen Straftatbestände von der Regelung betroffen wären. Das ist zunächst § 246 StGB (Unterschlagung), denn wenn die Aneignung unter Gewahrsamsbruch straflos ist, besteht kein Grund, sie *ohne* Gewahrsamsbruch weiter

zu bestrafen. Erfasst werden müsste auch § 263 (Betrug): man kann argumentieren, dass es nicht schlüssig wäre, Wegnahme und Aneignung straffrei zu stellen, eine auf Täuschung beruhende Übertragung desselben Vermögensgegenstands aber zu bestrafen. In jedem Fall müsste sich eine Straffreistellung des Gewahrsamsbruchs auch auf den Raub-Tatbestand (§ 249) StGB, auf Räuberische Erpressung (§§ 253, 255) sowie räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) auswirken. Raub ist funktional-intentionales Zusammentreffen von Nötigung und Wegnahme fremder Sachen in Zueignungsabsicht. Wenn die Sache, um die es geht, herrenlos ist, kann Wegnahme mit Gewalt oder Drohung nicht Raub sein, sondern nur als einfache Nötigung bestraft werden. Betroffen wären schließlich auch alle Qualifikationen sowie besonders schwere Fälle: Wegnahme von herrenlosen Sachen mit Waffengewalt etwa ist einfache Nötigung (Mindeststrafe 5 Tagessätze Geldstrafe), nicht besonders schwerer Raub (Mindeststrafe 5 Jahre Freiheitsstrafe).

dd) Denkbar wäre alternativ, einen Privilegierungstatbestand in § 242 StGB einzustellen, etwa:

„Absatz 1 gilt nicht, wenn die fremde bewegliche Sache ein Lebensmittel (nähre Beschreibung) ist, das (Betroffener) von (Täter) in der Absicht weggenommen wird, (Absicht)…“

Es müsste also eine genaue Beschreibung solcher Eigentümer erfolgen, die nicht von § 242 geschützt sind. Die Bezeichnung als „Lebensmittelmarkt“ reichte hier sicher nicht aus; Anknüpfungen an bestimmte Ladengrößen, Umsatzhöhen oder Sortimente würden zu Streitigkeiten über die Grenzen führen.

Bestimmt werden müssten auch die von der Privilegierung betroffenen Täter. Denn es dürfte nicht beabsichtigt sein, beliebigen Personen mit beliebigen Zielsetzungen freien Zugriff zu erlauben. Das betrifft etwa den Ausschluss von gewerblichen Wiederverkäufern oder Verwendern.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass etwa in dem eingangs zitierten Fall des AG Fürstenfeldbruck die beiden Täterinnen nicht aus persönlicher Not, sondern aus politischen Gründen handelten, um „ein Zeichen zu setzen“. Die ist keine Motivation, die per se eine Privilegierung rechtfertigen könnte. Wenn man etwa den Fall unterstellt, dass rechtsradikale Täter aus dem Container eines türkischen Lebensmittelmarktes Lebensmittel entwendeten, um durch die Wegnahme selbst oder durch die Form der Verwendung „Zeichen“ gegen Immigration zu setzen, käme man nicht auf die Idee, hierbei handele es sich um eine privilegierungswürdige Handlung. Auch sonstige Motivationen, die sich leicht denken und in der Praxis nicht ausschließen lassen, müssen keineswegs moralisch hochstehend sein.

Sofern man die Privilegierung etwa an die Absicht einer privaten, persönlichen Verwendung zu Ernährungszwecken knüpfen wollte, müsste man die Grenzen dieser Privilegierung bestimmen; diese wären aber kaum zu überwachen und, soweit sie subjektive Absichten betreffen, auch einem Beweis nur schwer zugänglich.

ee) Im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit einer im Entschließungsantrag angesprochenen Lösung ist zu bedenken, dass es inzwischen eine durchaus leistungs- und ausbaufähige Infrastruktur zur sinnvollen Nutzung überflüssiger, nicht verkaufsfähiger Lebensmittel gibt. Zum einen stellt eine nicht unerhebliche Anzahl von Lebensmittelmärkten solche Waren an öffentlich zugänglichen Stellen zur kostenfreien Entnahme bereit. Das betrifft insbesondere Milchfertigprodukte, Gemüse und Obst. Auch diese Märkte werden aber regelmäßig von diesen kostenfrei angebotenen Waren andere trennen, die zur Entsorgung vorgesehen sind, gleich wohl aber von einer gewissen Zahl von Interessenten immer noch als verwertbar beurteilt würden. Das Problem wird hierdurch also nicht wirklich gelöst.

Zum anderen besteht die Infrastruktur der örtlichen „Tafeln“ sowie entsprechender Angebote von NGO's. Ein erheblicher Teil der Lebensmittelmärkte bietet diesen Stellen regelmäßig nicht verkaufliche Lebensmittel an. Die Abnahme ist allerdings begrenzt und von der konkreten Nachfrage abhängig; auch bei den „Tafeln“ können viele noch grundsätzlich genießbare Lebensmittel nicht abgesetzt werden.

Denkbar wäre aber etwa, Lebensmittelgeschäfte einer bestimmten Größe zu verpflichten, regelmäßig unverkäufliche Lebensmittel der örtlichen „Tafel“ (oder entsprechenden Trägern) anzubieten. Das impliziert allerdings auch, dass diejenigen, die solcher Lebensmittel für sich oder andere erwerben wollen, die Angebote der „Tafeln“ nützen dürfen und dass es ihnen zumutbar ist, sie zu nutzen. Eine Haltung, wonach es etwa unzumutbar sei, sich um einen Berechtigungsschein der „Tafel“ zu bemühen und gemeinsam mit Empfängern von Grundsicherung dort Lebensmittel zu beziehen, da man lieber „containern“ möchte, erschien wenig überzeugend.

5) Ergebnis:

1) Eine gesetzliche Regelung, wonach genießbare, nicht verkaufsfähige Lebensmittel regelmäßig als herrenlose Sachen anzusehen sind, wäre in die bestehende (straf-)rechtliche Systematik nur sehr schwer, teilweise gar nicht einzupassen.

Eine entsprechende Regelung würde nicht zu einer Entkriminalisierung der Wegnahme von Sachen führen, welche der Eigentümer in seiner Gewahrsamssphäre behalten will, in welche nur unter Bruch von Hausrecht und durch Sachbeschädigung eingedrungen werden kann.

- 2) Eine gesetzliche Verpflichtung von Eigentümern, bestimmte Sachen zu delinquieren, wäre eine Enteignung, die weitere Rechtsfolgen nach sich zöge.
- 3) Eine Abgrenzung zu privilegierender, als moralisch hochstehend angesehener Zwecke von anderen, nicht privilegierungswürdigen Zwecken und Motiven wäre rechtlich und praktisch nur schwer möglich.
- 4) Alternativen, die geeignet sind, den grundsätzlich begrüßenswerten Zweck einer nachhaltigen Lebensmittelproduktion durch Verwertung genießbarer Lebensmittel zu fördern, stehen bereits heute zur Verfügung und sollten gefördert werden. Ein systemwidriger Eingriff in den strafrechtlichen Eigentums- und Vermögensschutz würde voraussichtlich nicht zu nennenswerten Markt- und Konsumveränderungen führen, jedoch ein Fülle von rechtlichen und praktischen Folgeproblemen generieren. Eine bloß symbolische Privilegierungs-Gesetzgebung ist in der Sache nicht nützlich.

gez. Thomas Fischer