

Stellungnahme von Rechtsanwalt Max Malkus,
zu dem Antrag der Abgeordneten Niema Movassat u.A. der Fraktion DIE LINKE,
in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen
Bundestages am 10. Dezember 2020

Containern von Lebensmitteln entkriminalisieren

- BT-Drs. 19/9345
- Geschäftszeichen PA 6-5410-2.2.

Leipzig, den 6.12.2020

A. Empfehlung

Die Aneignung entsorgter Lebensmittelabfälle von der Strafverfolgung auszunehmen ist, soweit nicht Privathaushalte betroffen sind, geboten und möglich.

B. Ausgangssituation

– Dem Markt entzogene, genießbare Lebensmittel in der Mülltonne

Containern oder „Dumpster Diving“ ist ein strafrechtlich relevantes Problem für Polizei, Gerichte und Staatsanwaltschaften geworden.¹ Containert wird in der gesamten Bundesrepublik Deutschland durch Einzelpersonen oder Gruppen. Seit spätestens dem Jahr 2004² werden in Deutschland immer wieder Fälle bekannt, in denen Personen, die containern, mit dem Vorwurf des Diebstahls, Einbruchdiebstahls oder bandenmäßigen Diebstahls in das Auge der Strafverfolgungsbehörden geraten und einem Ermittlungsverfahren ausgesetzt sind. Gleichwohl findet in den meisten Fällen eine Strafverfolgung wegen Diebstahls – auch bei Entdeckung – nicht statt, und wird in einigen Bundesländern das Containern praktisch gar nicht als Straftat verfolgt.

¹ Fallsammlung in Malkus, Magazin für Restkultur, 2016, S. 1 f. m.w.N.
http://www.magazin-restkultur.de/wp-content/uploads/2016/04/MGZNRK_MaxMalkus-Containern-strafbar-strafwuerdig_.pdf.

² „Gnadenbrot für Diebin“, taz vom 21.12.2004, <http://www.taz.de/1/archiv/?dig=2004/12/21/a0047>.

Für die Betroffenen gilt mithin in Deutschland kein einheitliches Recht, an das sie sich halten könnten.³

Beim Containern werden noch genießbare Lebensmittel, die von Lebensmitteldistributoren aussortiert, aus dem Angebotssortiment genommen und zur Entsorgung bereitgestellt sind, von Menschen zum eigenen Verzehr oder zur Aufbereitung und Verteilung an Dritte, angeeignet.

Noch genießbare Lebensmittel werden aufgrund der Kalkulationen der Lebensmitteldistributoren aus dem Warensortiment entfernt, oder etwa weil in einem Netz voller Orangen eine einzelne Orange einen Schimmelbefall hat und das Produkt „Netz voller Lebensmittelorangen“ damit nicht mehr den Anforderungen der Kunden entspricht oder der Lebensmitteldistributor das eingekaufte Produkt in dieser Form nicht mehr mit der notwendigen Gewähr anbieten möchte. Auffällig ist auch die Menge an noch genießbaren Lebensmitteln, die (nur) das sogenannte Mindesthaltbarkeitsdatum überschritten haben.

In vielen Fällen bezahlt der Lebensmitteldistributor für die Verbrennung oder mechanisch-biologische Abfallbehandlung dieser Lebensmittel die hierfür fälligen Abfallgebühren, wobei auch die Wiederaufbereitung des „Lebensmittelmülls“ als Biogas, Tierfutter oder Kompost stattfindet. Mithin werden dem Lebensmitteldistributor durch das Containern Abfallgebühren erspart und reduziert sich durch Containern das Müllaufkommen insgesamt.

Ziel des Containern ist es, noch verwertbare und genießbare Lebensmittel, die dem Markt durch das Wegwerfen in einen Müllcontainer entzogen worden sind, ihrer eigentlichen Bestimmung, nämlich der Nahrungsaufnahme für den Menschen zuzuführen.

Eine Strafverfolgung oder Anklage ist auf Grund der bestehenden Gesetzeslage – in den krassesten Fällen wegen des besonders schweren Falls des Diebstahls - mit einer Strafandrohung von mindestens drei Monaten Freiheitsstrafe - nicht unüblich.⁴

In einer forsa-Umfrage aus dem September 2020 sprechen sich 86% der Deutschen gegen eine Kriminalisierung des Containerns aus und befürworten mithin das Retten von Lebensmitteln auf

³ Vgl. auch Hoven, NJW 2020, 2953 Rn. 48.

⁴ Malkus, Zur Straffreiheit des Containerns und dem Versuch der Kriminalisierung durch die Staatsanwaltschaften, Forum Recht 03/16, 133 f.

diese Weise trotz bekannter Strafandrohung.⁵ Die öffentlichen Debatten zum Containern haben gezeigt, dass das Herausfischen von Lebensmitteln aus dem Müllcontainer keine menschenunwürdigen Zustände⁶ schafft. Vielmehr wird in der Diskussion berücksichtigt, dass die praktische Weiterverwendung der Lebensmittel ein Akt des Ressourcenschutzes darstellt und sowohl ein Zeichen, als auch ein effektives Mittel gegen die massive Verschwendung von Lebensmitteln ist.⁷

Eine Studie des World Wide Fund For Nature (WWF) geht von 18 Mio. Tonnen noch genießbarer Lebensmittel aus, die in Deutschland jedes Jahr vernichtet werden, hiervon entfallen mit 2,58 Mio. Tonnen ca. 14% auf den Einzelhandel.⁸ Rund 22 Mio. Tonnen CO₂-Äquivalente durch die in Deutschland verschwendete Lebensmittel landen jedes Jahr vollkommen unnötig in unserer Atmosphäre⁹, rund 4,4 Milliarden Tonnen weltweit.¹⁰

Auf europäischer Ebene wird davon ausgegangen, dass fast ein Drittel aller Lebensmittel verloren oder verschwendet werden.¹¹ Mit dem Aktionsplan der EU 2.12.2015 für die Kreislaufwirtschaft wird das Ziel verfolgt, die Lebensmittelverschwendung in Europa bis 2030 zu halbieren.¹² Deutschland hat sich diesem Ziel mit der Nationalen Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung 2017 und 2018 erneut angeschlossen.¹³

5 forsa-Umfrage vom September 2020 im Auftrag von n-tv/RTL: https://www.n-tv.de/der_tag/Sollte-Containern-als-Diebstahl-gelten-article22019872.html

6 CDU stoppt Vorstoß, „Containern“ bleibt verboten, NTV, 6. Juni 2019, <https://www.n-tv.de/politik/Containern-bleibt-verboten-article21072063.html>.

7 Janisch, „Der Mundraub des 21. Jahrhunderts“, Sueddeutsche Zeitung, 8.11.2019 <https://www.sueddeutsche.de/politik/containern-kommentar-1.4673387>.

8 WWF-Studie „Das große Wegwerfen“ vom Juni 2015. https://www.wwf.de/fileadmin/user_upload/WWF_Studie_Das_grosse_Wegschmeissen.pdf.

9 WWF-Studie „Das große Wegwerfen“ vom Juni 2015, S.53.

10 Food and Agriculture Organization of the United Nations, Food wasting footprint & Climate Change http://www.fao.org/fileadmin/templates/nr/sustainability_pathways/docs/FWF_and_climate_change.pdf

11 Lebensmittelverluste und Lebensmittelverschwendung: Schlussfolgerungen des Rates vom 28. Juni 2016, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/06/28/agri-food-losses/>

12 Aktionsplan der EU für die Kreislaufwirtschaft vom 2.12.2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0614&from=EN>, entsprechen der sustainable development goals der UN (SDG 12.3) <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>.

13 Nationale Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ernaehrung/Lebensmittelverschwendung/Nationale_Strategie_Lebensmittelverschwendung_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3

C. Problemstellung

- Diebstahl an durch Lebensmitteldistributoren weggeworfene Lebensmitteln

a) Keine zwingende Strafbarkeit des Containers De lege lata – aber bestehende Rechtsunsicherheit und unterschiedliche Anwendung und Auslegung des Strafrechts

Gestohlen werden können nur fremde bewegliche Sachen. Ein Gegenstand, der also nicht im Eigentum eines anderen steht, also herrenlos im Sinne des § 959 BGB ist, kann infolgedessen nicht gestohlen werden. Nach umstrittener, aber herrschender juristischer Meinung, schützt § 242 StGB die formale Rechtsposition des Eigentums, es kommt soweit nicht auf den materiellen oder immateriellen Wert der Sache an.¹⁴ Nach vordrängender Ansicht soll aber ein Diebstahl auszuschließen sein, wenn dem Tatobjekt weder ein materieller noch immaterieller Wert zukommt, hier wird unter Anderem aufgeführt, dass die Zerstörung eines wertlosen Gegenstandes auch keine Sachbeschädigung darstellt.¹⁵ Folglich könnte bereits deswegen der Diebstahl von containerten Lebensmitteln ausscheiden, soweit wie im Fall der Studentinnen „Caro und Franz“ festgestellt wurde, dass sich hier wirtschaftlich wertlose Tatobjekte zugeeignet wurden¹⁶, was gleichwohl sowohl vom Bundesverfassungsgericht¹⁷ als auch den Instanzgerichten¹⁸ mit der herrschenden juristischen Meinung in diesem Fall nicht angenommen wurde. Unbestritten stehen die Lebensmittel in Lebensmittelmärkten zunächst sowohl nach formeller als auch nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Eigentum des Marktes bzw. des Inhabers des Marktes. Mithin ist fraglich, wie das Wegwerfen der Lebensmittel in einen Entsorgungscontainer, also die Abfallbeseitigung sachenrechtlich zu bewerten ist. Jedenfalls ist festzustellen, dass das Kreislaufwirtschaftsgesetz kein Verbot der Eigentumsaufgabe statuiert und auch bei einer anzunehmenden Eigentumsaufgabe die Beseitigungspflicht des Vorbesitzers nicht entfallen würde.¹⁹

Zum einen kann in dem Wegwerfen ein Angebot an den Entsorger gesehen werden, neuer Eigentümer der Lebensmittelsachen zu werden; die Disposition und die Eigentümerstellung

¹⁴ Schmitz in Münchener Kommentar zum StGB 3. Auflage 2017, § 242 StGB Rn. 4.

¹⁵ Bosch in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage 2019 § 242 StGB, Rn. 6 m.w.N., ablehnend Schmitz in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2017, § 242 StGB Rn. 11 m.w.N.

¹⁶ AG Fürstenfeldbruck, 30.01.2019 - 3 Cs 42 Js 26676/18.

¹⁷ BVerfG, 05.08.2020 - 2 BvR 1985/19.

¹⁸ BayObLG, 28.10.2019 - 206 StRR 1013/19, AG Fürstenfeldbruck, 30.01.2019 - 3 Cs 42 Js 26676/18.

¹⁹ Schulte-Nölke in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, § 959 Rn. 1; Kindl in BeckOK BGB, Hau/Poseck 56. Edition Rn 5.

orientieren sich an den bekannten zivilrechtlichen Grundsätzen, wonach eine Sache gem. §§ 929 f. BGB den Eigentümer wechselt. Zum anderen kann aber auch nach den Umständen des Einzelfalls eine Eigentumsaufgabe, also eine Dereliktion gem. § 959 BGB regelmäßig beim Containern angenommen werden.²⁰ Die Aufgabe des Eigentums ist ein einseitiges Verfügungsgeschäft des Eigentümers²¹, hinzukommen muss ferner die Aufgabe oder der Verlust des unmittelbaren Besitzes an der Sache.²² Der Verzichtswille (oder Entschlagungswille) muss aus der Sicht eines objektiven und verständigen Beobachters erkennbar betätigt werden, allerdings nicht besonders erklärt werden, wenn aus der Art und Weise und den Begleitumständen eine Besizaufgabe erkennbar ist.²³

Mithin kann also bereits jetzt, nach den Umständen des Einzelfalls, eine straffreie Handlung beim Containern vorliegen, insbesondere dann, wenn ein befriedetes Besitztum nicht betreten wird (Hausfriedensbruch) und davon auszugehen ist, dass den weggeworfenen Lebensmitteln kein wirtschaftlicher Wert zukommt.²⁴ In Fällen, in denen eine Strafverfolgung stattfindet, wird freilich eine Dereliktion aus tatsächlichen oder rechtstheoretischen Gründen im Ermittlungsverfahren nicht angenommen. Im praktischen Alltag können die juristischen Fragen erst im Rahmen eines Gerichtsverfahrens geklärt werden. Für die Betroffenen besteht eine Unsicherheit, ob und wie ihr Handeln letztendlich geahndet wird, auch weil sie nicht einschätzen können, mit welcher Rechtsauffassung die Strafverfolgungsbehörden die Strafverfolgung betreiben. Daneben steht dann die allgemeine Belastung eines Ermittlungsverfahrens.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und des Bayrischen Obersten Landesgerichts ist mithin davon auszugehen, dass die unteren Gerichte – gerade bei nicht gänzlich aufgeklärten Sachverhalten – grundsätzlich eher zur Strafbarkeit des Containerns tendieren werden und es bei den Staatsanwaltschaften zu einer zurückhaltenden Einstellungspraxis mit Verweis auf die höchstrichterliche Entscheidung kommt.

20 Schmitz in Münchener Kommentar zum StGB 3. Auflage 2017, § 242 Rn. 35.

21 Kindl in BeckOK BGB, Hau/Poseck 56. Edition § 959 BGB, Rn. 1.

22 Kindl, Rn. 4.

23 Kindl, Rn. 3.

24 Vgl. Schmitz in Münchener Kommentar zum StGB 3. Auflage 2017, § 242 Rn. 35.

Herauszustellen ist, dass anders als die heute herrschende Meinung, das Reichsgericht in einer Revisionsentscheidung aus dem Jahr 1914 bereits den allgemeinen Erfahrungssatz nicht beanstandete, wonach weggeworfene Lebensmittel im privaten Mülleimer von Seiten des Strafrechts als herrenlos zu werten seien, und daher ein Diebstahl wegen der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache iSd § 242 StGB nicht in Frage käme.

Dem Landgericht muß darin beigetreten werden, daß der Tatbestand des Diebstahls wie der Unterschlagung nicht erfüllt ist. Das Urteil sagt: „Die Hausbewohner tun nur solche Speisereste in den Speiseeimer des Hauseigentümers, die für sie wertlos sind und an deren Verwertung sie selbst kein Interesse mehr haben. Durch das Hineinschütten in den Speiseeimer wollten sie sich des Eigentums an den Speiseresten begeben und wollen hiermit nichts mehr zu tun haben“ Damit spricht das Landgericht einen Erfahrungssatz aus, den es als allgemein gültig hinstellt. Gegen die Richtigkeit dieses Satzes sind von Seiten des Revisionsgerichts Einwendung nicht zu erheben.

RG, Urteil vom 03. Februar 1914 - 11 823/13.

Die Wertung, ein weggeworfenes Lebensmittel (schon im privaten Hausmüll) grundsätzlich als herrenlos zu betrachten, ist mithin weder systemfremd, noch bestanden 1914 Bedenken dagegen, dass eine solche Auffassung dem Willen des historischen Gesetzgebers widersprechen könnte.

Der heutige Gesetzgeber muss sich fragen, ob er angesichts der aktuell 2,58 Mio. Tonnen Lebensmittel, die pro Jahr im Einzel- und Großhandel vernichtet werden, und einer zunehmenden Anzahl an Ermittlungsverfahren wegen des Containers, weiterhin das wirtschaftlich wertlose, abstrakte Eigentum an weggeworfenen Lebensmitteln über einen effiziente Ressourceneinsatz stehen lassen möchte oder hier nicht wertend, berechtigt aus Art. 14 Abs. 2 und Art. 20a GG, eingreifen und den Eigentumsschutz an weggeworfenen Lebensmitteln zu Gunsten eines effektiven Ressourcenschutzes entfallen lassen möchte. Dies würde jedenfalls in den weit überwiegenden Fällen, in denen neben der Wegnahme der weggeworfenen Lebensmittel keine weiteren, strafrechtlich relevanten Handlungen hinzutreten, zu einer deutlichen Entlastung der Strafverfolgungsbehörden führen und die Betroffenen Lebensmittelretter entkriminalisieren, die gerade keine Sachbeschädigung begehen oder ein umzäuntes Gelände betreten und insbesondere

die Fälle betreffen, in denen die Lebensmittelcontainer nur aus technischen Gründen mit einer Sperre, wie einem Sechs- oder Vierkantschlüssel oder einem technischen Hebel versehen sind und ein wirtschaftlicher Schaden nicht entsteht.

b) Einschränkung auf Lebensmittel-Abfälle von Lebensmitteldistributoren

Ein Grund für die zurückhaltende Annahme der Eigentumsaufgabe beim Müll sind mitunter datenschutzrechtliche Bedenken. Beim Wühlen im Hausmüll einer Privatperson finden sich regelmäßig Informationen, die auf den Inhaber der Mülltonne Rückschlüsse zulassen, daher stellt das LG Ravensbrück²⁵ eine differenzierte Betrachtung an und nimmt für den fiktiven objektiven Betrachter eine Dereliktion dann nicht an, wenn die Gegenstände in einer besonderen Beziehung zum (bisherigen) Eigentümer stehen. In der fachliterarischen Betrachtung des Hausmülls führt Grziwotz bei seiner Ansicht des privaten Nachbar-Mülls unter anderem aus, dass bei Unterlagen, bei denen ein Geheimhaltungsinteresse besteht, ein entsprechender Aufgabewille nicht vorhanden ist und wohl lediglich ein Angebot zur Übergabe an den Entsorger und keine Eigentumsaufgabe vorliegt.²⁶ Ferner verneint Grziwotz einen Aufgabewillen bei sonstigem Inhalt, aus dem Rückschlüsse auf die Lebensgewohnheiten gezogen werden.

Allerdings greift diese Überlegung beim Containern nicht ganz, sofern nicht zwischen den Belangen von juristischen und natürlichen Personen unterschieden wird. Hier kann eine Betrachtung vom Lebensmittel Müll des Lebensmittelmarktes, der in der Regel in einem eigenen Container, getrennt vom Büromüll entsorgt wird, höchstens Rückschlüsse auf Kalkulation und Wegwerfverhalten des Marktes zulassen, nicht aber unmittelbar (Geschäfts-) Geheimnisse einer natürlichen Person verraten.

c) Bestehende strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten nicht ausreichend

Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur Einstellung von Strafverfahren ohne Auflage kann zwar in bestimmten Fällen die Betroffenen vor übermäßiger Strafverfolgung – wie beim Containern – schützen, sie ist jedoch dann nicht geeignet eine Verurteilung zu verhindern, wenn die Einstellung im konkreten Fall an der Weigerung der Staatsanwaltschaft scheitert. Die Weigerung der

²⁵ LG Ravensburg, 03.07.1987 - 3 S 121/87 = NJW 1987, 3142, 3143.

²⁶ Grziwotz: Zivilrechtliche Probleme bei der Aneignung von Müll: „Der Müll in Nachbars Tonne, MDR 2008 (Heft 13), 726-727 (727).

Staatsanwaltschaften, ein Verfahren einzustellen oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine Einstellung des Gerichts nach § 153 Abs. 2 StPO zuzustimmen, wird in der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur als freie, unüberprüfbare Entscheidung gewertet, die weder nach § 23 ff. EGGVG als Justizverwaltungsakt anfechtbare wäre, noch sind die Gerichte befugt, über eine - nach ihrer Auffassung zu Unrecht - verweigerte Einstellungsentscheidung der Staatsanwaltschaft hinwegzusehen²⁷.

Ebenso wird die Formulierung in § 248a StGB (geringwertige Sachen), wonach ein Verfahren ohne den grundsätzlich erforderlichen Strafantrag durchgeführt werden kann, wenn „die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amtswegen für geboten hält“, als Verweis auf ein Ermessen der Staatsanwaltschaften gedeutet,²⁸ oder als unbestimmter Rechtsbegriff, der wegen eines zugestandenen Beurteilungsspielraums der Staatsanwaltschaften der gerichtlichen Nachprüfung entzogen sei²⁹. Auch das Bundesverfassungsgericht hat eine gerichtliche Überprüfbarkeit der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung verneint und lediglich offen gelassen, ob die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses ausnahmsweise dann einer richterlichen Kontrolle unterliegt, wenn sie sich angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls als objektiv willkürlich erweist.³⁰

Die Einstellung des Verfahrens gegen Auflage dient schon gar nicht in der selben Weise dem Schutz des Beschuldigten, weil die Verpflichtung, einer Auflage nachzukommen, sanktionsähnlich für den Betroffenen wirkt.³¹

27 Peters in Münchener Kommentar StPO, 2016, § 153 Rn 48; Schmitt in Meyer-Großner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 153 Rn. 26; Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 153 Rn 3; Weißlau/Deiters in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 153 Rn 4 ff, 63.

28 BGHSt 16, 255ff; BayObLG NJW 1991, 1765; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 230 Rn. 3; Hardtung in Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. 2017, §230, Rn. 20.

29 Hardtung aaO.

30 BverfGE 51, 176 (186).

31 Peters in Münchener Kommentar StPO, 2016, § 153a Rn. 2; Beulke in Löwe/Rosenberg, StPO 27. Auflage, § 153a Rn. 2.

D. Lösungsansätze

- Entkriminalisierung des Containers durch gesetzgeberisches Handeln u.W.

Eine Entkriminalisierung des Containers bedeutet mithin in erster Linie eine gesetzgeberische Wertungsentscheidung bezüglich des Eigentumsrechts desjenigen, der ein noch genießbares Lebensmittel entsorgt und damit die ursprüngliche Widmung als Nahrungsmittel für den Menschen aufhebt, einzuschränken, zu Gunsten desjenigen, der bereit ist, dieses Nahrungsmittel an sich zu nehmen, und zum Verzehr aufzubereiten. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte bestehen hierfür sowohl in der Sozialbindung des Eigentums Art 14 Abs. 2 GG, als auch in der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, die eine entsprechende Regelungen im Kanon des bestehenden Rechts vereinbar scheinen lassen ohne die öffentlich rechtlichen Entsorgungspflichten einzuschränken³² oder dem Entsorger neue, besondere Haftungspflichten aufzuerlegen³³. Ähnliche Regelungen trifft der Gesetzgeber bereits für Tiere, § 90a BGB bzw. wilde Tiere, § 960 BGB im Bürgerlichen Gesetzbuch.

a) Explizite Anordnung der Herrenlosigkeit

Rechtsdogmatisch könnte eine ausdrückliche gesetzgeberische Anordnung des entsorgten Lebensmittels als „herrenlose Sache“ formuliert und mit der Entwidmung des eigentlichen Zwecks des Lebensmittels als Nahrung für den Menschen gerechtfertigt werden. Gesetzessystematisch liegt es dann nahe, eine entsprechende Norm dem § 960 BGB oder dem § 964 BGB nachstehend einzufügen.

Hiergegen spricht nicht, dass bei Containern auch fremde Grundstücke betreten werden, da das Hausrecht als absolutes Antragsdelikt ausgestaltet ist, und in Fällen der Einschlägigkeit und eines Strafantrags eine andere Rechtsposition betroffen ist als das Eigentum an den Lebensmitteln, an denen der Rechteinhaber kein Interesse mehr zeigt, mithin eine Strafbarkeit also aus anderen Gründen gerechtfertigt sein könnte. Eine ausdrückliche Anordnung der Herrenlosigkeit würde an der neuralgischen Stelle des Eigentums ansetzen und in Bezug auf die Sozialbindung des Eigentums und dem Staatsziel des Erhalts der natürlichen Lebensgrundlagen denjenigen Eigentümer einschränken, der das Lebensmittel nicht mehr im Sinne eines Lebensmittels verwenden möchte.

³² Klindl in BeckOK BGB, Hau/Poseck, 56. Edition § 959 BGB, Rn. 5.

³³ Siehe zum Grundsatz der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung Duttke in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 15, Rn. 152 ff.

Eine ähnlich explizite Regelung zur Herrenlosigkeit hat der Gesetzgeber auch für wilde Tiere geschaffen und diese in § 960 BGB als explizit herrenlos deklariert, soweit sie sich in Freiheit befinden bzw. in § 90a BGB eine Wertentscheidung³⁴ für Tiere getroffen, die sich in das System des BGB insgesamt einfügt.

b) Einführung des § 90b BGB „Lebensmittel sind keine Sachen, werden aber wie Sachen behandelt“.

Als weiterer Ansatz kommt in Betracht, die Lebensmittel als Ressource des menschlichen Lebens insgesamt rechtlich aufzuwerten und die Einführung eines § 90b BGB zu diskutieren, wonach Lebensmittel wie bei § 90a BGB für Tiere zukünftig keine Sachen im Sinne des BGB mehr darstellen, aber vorbehaltlich weiterer differenzierender Rechtsnormen zunächst weiter als Sachen behandelt werden würden. Aufgrund der nach herrschender Meinung anzunehmenden Zivilrechtsakzessorietät des § 242 StGB zum Bürgerlichen Recht könnte durch eine solche Regelung eine besondere Stellung für Lebensmittel erreicht werden und dem Gesetzgeber – ähnlich wie beim Tierschutz – die Möglichkeit weiterer Ausgestaltungen gegeben werden. Dabei sind Tiere und Lebensmittel ebenfalls von Natur aus vergänglich und unterscheiden sich in vielen, wesentlichen Merkmalen von anderen körperlichen Gegenständen, die nicht leben oder niemals gelebt haben, sodass auch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung zu leblosen Sachen nicht widersprüchlich erscheint.

c) Ergänzung der Rechtfertigungstatbestände § 34 StGB, §§ 228, 904 BGB

Mithin besteht zur Zeit Einigkeit darüber, dass die Rechtfertigungstatbestände des § 34 StGB (Rechtfertigender Notstand), des § 228 BGB (Defensivnotstand) und des § 904 BGB (Angriffsnotstand) im Fall des Containers nicht einschlägig sind. Bezüglich des § 34 StGB ist zum einen fraglich, ob eine gegenwärtige Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut nicht anders abwendbar wäre, und zum anderen, ob das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegen würde. Soweit politisch in anderen Zusammenhängen mit dem „Klimanotstand“ argumentiert wird, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den Notstandsparagraphen des § 34 StGB nicht für Ressourcen rettendes Handeln öffnen möchte. Im Rahmen des § 228 BGB ist zur Zeit eine drohende Gefahr durch die Sache selbst von Nöten, um ein notstandsmäßiges Handeln anzunehmen

³⁴ Zur Werteentscheidung bei Tieren, Fritzsche in BeckOK BGB, Hau/Poseck 56. Edition, Rn. 1 m.w.N.

zu können.³⁵ Geht man davon aus, dass Lebensmittel, anders als andere Sachen mit Zeitablauf, objektiv ihren gewidmeten Nutzen für den Menschen als Nahrungsquelle verlieren und verderben, so könnte eine Bedrohung für den Betroffenen darin gesehen werden, dass das vorhandene Lebensmittel nicht als Nahrung aufgenommen werden kann, weil durch das Wegwerfen auch die Möglichkeit verwehrt ist, das Lebensmittel im Rahmen des üblichen Supermarktgeschäfts legal zu erlangen und zu verwerten. Wenngleich eine solch extensive Auslegung des § 228 BGB nicht von dem aktuellen Wortlaut gedeckt ist, scheint es jedenfalls gesetzestechisch möglich, den Nicht-Verzehr von Lebensmittelsachen, denen das Verderben oder die Vernichtung droht, als drohende Gefahr für den Menschen in den Notstand nach § 228 BGB mit aufzunehmen. Bereits heute könnte man argumentieren, dass § 904 BGB den (ehemaligen) Eigentümer einer weggeworfenen Lebensmittelsache daran hindert, einen Strafantrag wegen des Containerns zu stellen, wenn davon auszugehen wäre, dass die Aneignung eines dem Markt entzogenen, aber noch genießbaren Lebensmittels zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr für die Person, die containert, notwendig ist. Gleichwohl wären hier nur Fälle betroffen, in denen die Nicht-Nahrungsaufnahme für die Person, die sich das Lebensmittel aneignet oder an die das Lebensmittel verteilt wird, zu einem Schaden führen kann.

d) Faktische Entkriminalisierung durch ein „Anti-Wegwerfgesetz“ (Frankreich) oder „Gute-Samariter-Gesetz“ (Italien) - Pflichtabgabe von Lebensmittel an karitative Einrichtungen

Im Kampf³⁶ gegen die Lebensmittelverschwendung haben die Nachbarstaaten Frankreich, Tschechien und Österreich sog. „Anti-Wegwerfgesetze“ erlassen bzw. Staaten wie Peru, Finnland und Italien ähnliche Gesetze verabschiedet, die Lebensmitteldistributoren insbesondere das Wegwerfen bzw. Vernichten von genießbaren Lebensmitteln verbieten und eine Pflicht zur Abgabe dieser an karitative Organisationen vorschreibt.³⁷ Soweit in Tschechien eine Verfassungsklage wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Eigentumsrechte der Supermärkte angestrengt wurde, lehnte das tschechische Verfassungsgericht eine solche Klage ab und verwies auf die Sozialbindung des Eigentums, die in der Tschechischen Grundrechte-Charta von 1993 ähnlich wie

³⁵ Dörner in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch 10. Auflage 2019, § 228 BGB, Rn. 1.

³⁶ „La France pionnière de la lutte contre le gaspillage alimentaire“, <https://agriculture.gouv.fr/la-france-pionniere-de-la-lutte-contre-le-gaspillage-alimentaire>.

³⁷ Zu den Rechtlichen Vorgaben in Frankreich gegen Lebensmittelverschwendung im Einzelnen, Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Ausarbeitung vom 15.08.2018, AZ: WD 5-3000 -095/18, <https://www.bundestag.de/resource/blob/568808/21ec9f0fbd1bce3c48c063f24498428e/wd-5-095-18-pdf-data.pdf>.

im deutschen Grundgesetz in Art. 14 Abs. 2 GG statuiert ist. Mithin zeigt die Einführung und Umsetzung von „Anti-Wegwerfgesetzen“ in europäischen Nachbarstaaten, dass der nationale Gesetzgeber grundsätzlich die Möglichkeit hat, Lebensmitteldistributoren per Gesetz zu verbieten, noch genießbare Lebensmittel der (sinnlosen) Vernichtung zuzuführen, soweit bestehendes nationales und europäisches Recht hinreichend berücksichtigt wird.³⁸ Die Einführung eines Anti-Wegwerfgesetzes nach französischem, österreichischen und tschechischen Vorbild ist in Deutschland daher grundsätzlich möglich. Es liegt auf der Hand, dass mit dem Wegfall von Lebensmitteln in die Entsorgungstonnen der Lebensmitteldistributoren, die möglichen Tatobjekte des Diebstahls beim Containern in vielen Fällen entfallen würden. Bei einer ähnlichen, wünschenswerten Regelung in Deutschland ist anzunehmen, dass Ausnahmetatbestände für die Abgabepflicht, insbesondere bei kleineren Lebensmitteldistributoren, gebildet würden. In dem Fall sollte die grundsätzliche Wertung einer Anti-Wegwerf-Gesetzgebung *pro Verzehr / contra Vernichtung* beachtet und die weggeworfenen Lebensmittelsachen ebenfalls aus dem Anwendungsbereich der Diebstahlparagrafen genommen werden, da sich ansonsten Wertungswidersprüche für die Betroffenen auftäten.

e) Weitere Maßnahmen: Mindesthaltbarkeitsdatum, Konsequente Abfalltrennung

Weitere Maßnahmen, die die Lebensmittelverschwendung reduzieren und dem Containern damit die tatsächliche Grundlage entziehen würden, könnten auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene ebenfalls begleitend getroffen werden. So wird der Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums im Handel zum Anlass genommen das Lebensmittel aus dem Verkehr zu ziehen³⁹, wengleich das Lebensmittel über den Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums hinaus noch Wochen oder monatelang genießbar sein könnte.⁴⁰ Dies mag mit dem Haftungsübergang von dem Hersteller auf den Händler begründet werden, widerspricht jedoch dem Zweck des Lebensmittels. Die Entsorgung des Lebensmittels nach Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums ist europarechtlich nicht zwingend. Nach Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des

³⁸ Vgl. Ebd. S. 14, Nr. 4 „Rechtsrahmen für eine vergleichbare Gesetzgebung in Deutschland“.

³⁹ Verbraucherzentrale Bundesverband, Mindesthaltbarkeitsdatum (MHD) ist nicht gleich VerbrauchsdatumStand: 26.10.2020,
<https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/lebensmittel/auswaehlen-zubereiten-aufbewahren/mindesthaltbarkeitsdatum-mhd-ist-nicht-gleich-verbrauchsdatum-13452>.

⁴⁰ Greenpeace Media GmbH vom 18.06.2020, Langzeittest des Greenpeace Magazins belegt: Lebensmittels sind deutlich über das Mindesthaltbarkeitsdatum hinaus genießbar mindestens mehrere Wochen, teilweise monatelang, <https://www.presseportal.de/pm/12442/4627146>.

Rates vom 25. Oktober 2011 über die Information der Verbraucher über Lebensmittel, Art. 24⁴¹ wurde bei in mikrobiologischer Hinsicht sehr leicht verderblichen Lebensmitteln das Mindesthaltbarkeitsdatum durch das Verbrauchsdatum ersetzt. Nach Art. 2 lit. r. dieser Verordnung ist das Mindesthaltbarkeitsdatum, „das Datum, bis zu dem dieses Lebensmittel bei richtiger Aufbewahrung seine spezifischen Eigenschaften behält“ allerdings eben kein absolutes Verfallsdatum, das die Eignung zum Verzehr angibt. Für diesen Fall bietet es sich an, die Hersteller von Lebensmitteln beim Ausstellen des Mindesthaltbarkeitsdatums bezüglich der angegebenen Mindesthaltbarkeitsgrenzen stärker in die Pflicht zu nehmen, in der Form, dass diese durch die Produzenten nicht zu früh festgelegt werden. Zudem könnte, wie bereits 2011 in Aussicht gestellt, eine sprachliche Anpassung des Begriffs „Mindesthaltbarkeitsdatum“ ähnlich wie im englischsprachigen Raum „best before“ überlegt werden.⁴²

Darüber hinaus zeigt die praktische Erfahrung aus dem Containern, dass Lebensmitteldistributoren Lebensmittel mitsamt ihrer Verpackung entsorgen, wenn ein einzelnes Lebensmittelprodukt („Netz voller Orangen“) einen Mangel aufweist. Bei konsequenten, verbindlichen und kontrollierten Abfalltrennungsregeln, die dem Einzelhandel verbindlich auferlegen, die Verpackung und das Lebensmittel vor der Entsorgung voneinander zu trennen, könnte ein Anreiz gesetzt sein, die nicht mangelbehafteten Lebensmittel weiter zum Verzehr für den Menschen anzubieten. Es kann davon ausgegangen werden, dass es zur Zeit wirtschaftlicher für die Lebensmitteldistributoren ist, Lebensmittelbünde (wie Orangennetze) im Ganzen zu entsorgen, als eine Abfalltrennung vorzunehmen und damit noch genießbare Lebensmittel vor der sinnlosen Vernichtung zu retten.

f) Stärkung gemeinnütziger Lebensmittelverteilerstellen (Tafel e.V. und Anderer)

Bereits heute sind gemeinnützige Organisationen wie die Tafel nicht in der Lage, die die Mengen an noch genießbaren Lebensmitteln, die von den Lebensmitteldistributoren aussortiert werden, einzusammeln und zu verteilen, womit ein weiterer Anreiz für das Containern geschaffen wird. Die Mengen an aussortierten Lebensmitteln des Einzelhandels übersteigt, trotz mittlerweile über 900 lokaler Tafeln deren Kapazitäten. Von 2,58 Mio. Tonnen verschwendeter genießbarer Lebensmittel

41 <https://eur-lex.europa.eu/legal-con-tent/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R1169&qid=1533036113599&from=DE>

42 „Best before...“ Neuer Haltbarkeitshinweis kommt, N-TV vom 18.11.2011
<https://www.n-tv.de/politik/Neuer-Haltbarkeitshinweis-kommt-article4549871.html>.

im Einzelhandel werden nur etwa 265.000 Tonnen im Jahr durch die Tafeln verwertet.⁴³ Dies liegt vor allem daran, dass die Fülle an Lebensmitteln, die logistischen und personellen Kapazitäten vieler Tafeln übersteigen, zudem sind die Lager- und Lebensmittelausgaberräume begrenzt, die Transportmittel sind knapp. Nicht zuletzt die Verteilungsschwierigkeiten der Tafeln während der Covid-19-Krise haben gezeigt, wie vulnerabel das derzeitige, auf Ehrenamt bestehende System ist.⁴⁴

Viele Tafeln mussten zeitweise schließen, da ehrenamtliche Mitarbeiter zur Risikogruppe gehören.⁴⁵

Um eine angemessene Verteilung der Lebensmittel für bedürftige Menschen auch in Zukunft sicher zu stellen zu können, und dem Containern mithin die tatsächliche Grundlage zu entziehen, sollten die bestehenden Tafeln gestärkt und kommunale Akteure auch abseits der Institution Tafel beim Aufbau von Abhol- und Verteilerstrukturen gefördert werden.

E. Aus anwaltlicher Perspektive ist Handeln dringend geboten

Meiner Erfahrung nach werden die meisten Fälle des Containerns nicht strafrechtlich verfolgt. Auch in den Fällen, in denen bei meinen Mandanten ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, ist es in der Regel möglich, das Strafverfahren ohne Urteil (aber nicht immer ohne Auflagen) zu beenden. Gleichwohl bedarf es in diesen Fällen einen erheblichen Begründungsaufwand oder kann erst eine Beweisaufnahme im Gerichtsverfahren die Umstände soweit aufklären, dass von einer Verurteilung abgesehen wird. Problematisch ist hierbei nicht nur der unverhältnismäßige Aufwand der Strafverfolgung für ein Lebensmittel, an dem der (bisherige) Eigentümer nur ein Vernichtungsinteresse zeigt, sondern auch die uneinheitliche Vorgehensweise der Strafverfolgungsbehörden, die aus nicht immer nachvollziehbaren Gründen ein Ermittlungsverfahren einstellen oder weiterbetreiben, ohne selbst Rechtssicherheit über die Strafwürdigkeit des Containerns zu haben und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung in diesen Fällen uneinheitlich annehmen oder verneinen. Abgesehen von den Fällen, in denen ein –

43 Tafel-Umfrage 2019, 2017, https://www.tafel.de/fileadmin/media/Presse/Hintergrundinformationen/2019-11-05_Faktenblaetter_gesamt.pdf.

44 Tafeln an Kapazitätsgrenze: Logistik-Zentrum zu klein, DPA/MV, 7.12.2019
<https://www.welt.de/regionales/mecklenburg-vorpommern/article204119374/Tafeln-an-Kapazitaetsgrenze-Logistik-Zentrum-zu-klein.html>

45 Pressemitteilung der Tafeln vom 13.03.2020
<https://www.tafel.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilungen-2020/wegen-corona-tafeln-rufen-zu-solidaritaet-und-unterstuetzung-auf/>.

immer mildes - Urteil ergeht, weil die Eigentumsaufgabe abgelehnt und ein Diebstahl tatsächlich angenommen wird, bereiten bereits die Ermittlungsverfahren für die Betroffenen und Strafverfolgungsbehörden erheblichen und kaum vertretbaren Aufwand. Dies ist vor dem Hintergrund, dass ein Schaden in keinem Fall entsteht, bedenklich, und mit Blick auf die aufgezeigten weltweiten und nationalen Anstrengungen zur Reduktion der Lebensmittelverschwendung kaum zu vermitteln. Ursächlich hierfür ist fehlende Klarheit der Rechtsanwender, die Strafverfolgungsbehörden immer wieder veranlasst, die konkreten Umstände des weggeworfenen Lebensmittels zu ermitteln. Es ist meines Erachtens sowohl notwendig, mit Blick auf die ausformulierten Ziele der Reduktion der Lebensmittelverschwendung, diejenigen zu entkriminalisieren, die ohne Schaden anzurichten und bestärkt durch weltweite, europäische und nationale Appelle der massenhaften Lebensmittelverschwendung Einhalt zu gebieten, als auch die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass das Containern in Zukunft nicht mehr notwendig sein wird.

Es wäre falsch, die jetzt gebotene Handlungsoption zur Klarstellung nicht zu ergreifen und die Handlung des Containerns weiter in einer für die Betroffenen unklaren juristischen Grauzone zu belassen und den Gerichten im Zweifel die Aufklärung des Sachverhalts des weggeworfenen Lebensmittels zu überlassen. Hierdurch wird die Rechtsunsicherheit verstärkt, das Vertrauen in den Rechtsstaat durch unterschiedliche Handhabung in der Strafverfolgung getrübt und Kapazitäten der Ermittlungsbehörden weiter unnötig gebunden.

Vor dem Hintergrund der betroffenen persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Interessen scheint eine Einschränkung des Eigentumsrechts an weggeworfenen Lebensmitteln auch mit Blick auf die Sozialbindung des Eigentums sachgerecht und mit Blick auf die Nationale Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung, den sustainable development goals der Vereinten Nationen, den Aktionsplan der EU zur Bekämpfung der Lebensmittelverschwendung und nicht zuletzt dem Rechtsempfinden der Bevölkerung beim Containern geboten.