

KUHN CARL NORDEN BAUM

RECHTSANWÄLTE

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Sekretariat PA 6
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Professor Dr. Olaf Hohmann
Sekretariat/Assistant:
Viktoria Dulson
T +49 | 0 | 711 | 25019-56
olaf.hohmann@kcnb.de

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Entkriminalisierung des Containers von Lebensmitteln

der Abgeordneten Clara Bünger, Susanne Hennig-Wellsow, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 10.11.2022

Drucksache 20/4421

Öffentliche Anhörung am 17.04.2023

Schreiben vom 05.04.2023, Geschäftszeichen PA 6 – 5410-2.2

- 1 Zu dem oben genannten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches gebe ich die folgende Stellungnahme ab:

I. Zusammenfassung

- 2 Der Gesetzentwurf erkennt die europarechtliche Legaldefinition des Begriffs „Lebensmittel“ und europarechtliche Vorgaben für den Umgang mit Lebensmitteln.
- 3 Es ist widersprüchlich, eine Strafe für ein Verhalten anzudrohen, zugleich aber die Ahndung zu untersagen.

Dr. Marcus Baum MJur
Michael Rudnau
Dr. Jürgen Rieg
Prof. Dr. Olaf Hohmann
Dr. Christopher Vogl
Dr. Christoph Hartmann
Anton Buck, StB
Dr. Rieke Dolde
Ann-Kathrin Schreiner

Kuhn Carl Norden Baum Rechtsanwälte
Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung
Gähkopf 3
D-70192 Stuttgart
T +49 | 0 | 711 | 25 01 93
F +49 | 0 | 711 | 256 73 89
mail@kcnb.de www.kcnb.de

Sitz Stuttgart AG Stuttgart PR 720550

- 4 Das geltende Straf- und Strafverfahrensrecht bietet ausreichende Möglichkeiten, einem geringen Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat Rechnung zu tragen. Regelmäßig ist Voraussetzung der Verfolgung von Bagatelldelikten ein ausdrückliches Verlangen der geschädigten Person (Strafantrag) oder – zum Teil – die Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsbehörde (etwa bei § 248a StGB). Darüber hinaus ermöglichen strafprozessuale Normen, namentlich die §§ 153 ff. StPO, die Einstellung von Ermittlungs- und Strafverfahren.
- 5 Die im Gesetzentwurf vorgeschlagene Regelung ist wegen der fortbestehenden Pflicht, beim Containern regelmäßig neben Diebstahl zugleich verwirklichte weitere Delikte zu verfolgen, ungeeignet, die Ermittlungsbehörden und Strafgerichte zu entlasten.
- 6 Der Gesetzentwurf ist bloße Symbolik.

II. Wesentlicher Inhalt des Gesetzentwurfs

- 7 Um eine Strafbarkeit des Containerns wegen Diebstahls auszuschließen, soll ein Absatz 2 in § 248a StGB eingefügt werden. Danach ist von einer Verfolgung abzusehen, wenn sich die Tat auf Lebensmittel bezieht, die der Eigentümer in einem Abfallbehältnis, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert hat oder die anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden.
- 8 In der Begründung des Gesetzentwurfs wird die Strafbarkeit des Containerns nicht infrage gestellt. Gleichwohl will der Gesetzentwurf die rechtlichen Folgen des Containerns abmildern und damit einer Verantwortung des Gesetzgebers gerecht werden, die Rechtslage den gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen.

III. Stellungnahme

- 9 Das mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel ist zu begrüßen. Der Vorschlag, dieses Ziel durch Entkriminalisierung zu erreichen, erstaunt. Allerdings sind Änderungen des materiellen Straf- und des Strafverfahrensrechts keine geeigneten Mittel, dieses Ziel zu verwirklichen.

1. Lebensmitteleigenschaft endet mit der Bereitstellung zur Entsorgung

- 10 Die Verfasser des Gesetzentwurfs gehen zutreffend davon aus, dass der Großteil von Lebensmittelabfällen durch Privathaushalte verursacht wird und nur ein kleiner Teil im Einzelhandel entsteht.¹ Nach Angaben des Statistischen Bundesamts entstanden in Deutschland

¹ BT-Drucks. 20/4421, S. 2.

im Jahr 2020 im Lebensmitteleinzelhandel 7% der Lebensmittelabfälle, in den privaten Haushalten dagegen 59%.²

- 11 Ziel des Gesetzentwurfs ist nach der Begründung, „*die Entnahme von Lebensmitteln, die durch Supermärkte in der Regel aufgrund von Mängeln oder Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums entsorgt wurden*“, keiner Verfolgung wegen Diebstahls mehr auszusetzen.³ In dem vorgeschlagenen Wortlaut des § 248a Abs. 2 StGB findet dies keinen Ausdruck. Das Merkmal „*Eigentümer*“ ist nicht auf Einzelhändler beschränkt. Auch das Containern in Abfallbehältnissen von Privathaushalten wird von der Verfolgung ausgenommen.

- 12 Die Tat, die der Gesetzentwurf von der Strafverfolgung ausnehmen will, hat offensichtlich ein besonderes Tatobjekt zum Gegenstand. Nicht jeder Diebstahl und jede Unterschlagung von Sachen, die der Eigentümer in einem Abfallbehältnis, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert hat oder die anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden, sollen von der Verfolgung ausgenommen werden. Die Herausnahme von der Verfolgung soll auf ein bestimmtes Tatobjekt, die der Gesetzentwurf als Lebensmittel beschreibt. Der Begriff des Lebensmittels ist legal definiert.

- 13 Die Verordnung (EG) Nr. 178/2002⁴ definiert in Art. 2 Lebensmittel als „*alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie ... von Menschen aufgenommen werden*“. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum diese Legaldefinition für das Merkmal Lebensmittel des § 248a StGB-E nicht gelten soll. Beispielsweise § 2 Abs 1 TAMG verweist auf die Geltung der Begriffsbestimmungen von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union.

- 14 Für die Einordnung eines Stoffes als Lebensmittel ist nach Art. 2 Basis-VO nicht dessen Beschaffenheit oder Eignung, sondern die Zweckbestimmung maßgebend.⁵ Diese bestimmt sich nach der natürlichen Betrachtungsweise eines durchschnittlichen aufmerksamen Verbrauchers.⁶

- 15 Ein Stoff hört grundsätzlich nicht auf, Lebensmittel zu sein, wenn er für den Verzehr nicht mehr in Frage kommt, etwa weil er ein verdorbenes oder ein gesundheitsschädliches Erzeugnis darstellt.⁷ Ist allerdings durch erkennbare Maßnahmen die Möglichkeit des Verzehrs genommen, liegt kein Lebensmittel mehr vor.⁸ Es muss eindeutig erkennbar sein, dass der Stoff

² https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Umwelt/_Grafik/_Interaktiv/lebensmittelabfaelle.html.

³ BT-Drucks. 20/4421, S. 4.

⁴ Vom 28. Januar 2002, ABl. L 31 vom 1.2.2002, 1; „Basis-VO“.

⁵ Rathke, in: Soniza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Stand 184 Erglfg. Juli 2022; Art 2 Basis-VO Rn. 23.

⁶ Etwa BGH, LMRR 2002, 70; BGH, LMRR 1995, 1.

⁷ Rathke, in: Soniza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Stand 184 Erglfg. Juli 2022; Art 2 Basis-VO Rn. 25b.

⁸ Rathke, in: Soniza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Stand 184 Erglfg. Juli 2022; Art 2 Basis-VO Rn. 25b.

nicht (mehr) zum menschlichen Verzehr bestimmt ist.⁹ Die Aussonderung muss unter allen Umständen für einen Unbeteiligten erkennbar sein.¹⁰

- 16 Wirft der Eigentümer ein Lebensmittel in einen Abfallbehälter, hebt er mit diesem Akt zugleich die Zweckbestimmung des Stoffes zur „*Aufnahme durch Menschen*“ auf. Er „entwidmet“ den Stoff. Dies ist aufgrund der Lagerung der Stoffe für Jedermann erkennbar.

- 17 Die Verordnung (EG) Nr. 1069/2009¹¹ regelt u.a. die Sammlung und Lagerung von tierischen Nebenprodukten sowie daraus hergestellten Erzeugnissen und ordnet die Produkte und Erzeugnisse drei Kategorien zu. Zu den von der Kategorie 3 (Art. 10 Hygiene-VO) erfassten Materialien („*K3-Lebensmittel*“) zählen nicht nur unverpacktes und verpacktes Fleisch („*K3-Fleisch*“), Eier und Honig, sondern auch alle verpackten Lebensmittel, die tierische Nebenprodukte enthalten (z.B. Aufschnitt, Joghurt, Getränke etc.). Lebensmittel sind auch dann solche der Kategorie 3, wenn sie aus kommerziellen Gründen oder wegen Verpackungs- oder sonstigen Mängeln, die weder für den Menschen noch für Tiere ein Gesundheitsrisiko darstellen, nicht mehr für den menschlichen Verzehr bestimmt sind (Art. 10 lit. f Hygiene-VO). Eine Gesundheitsgefahr ist gerade nicht vorausgesetzt. Lediglich rein pflanzliche Nahrungsmittel wie Obst und Gemüse fallen nicht unter die Hygiene-VO.

- 18 Die Lagerung von K3-Abfällen hat gesondert, außerhalb von Räumen mit Lebensmitteln und geschützt vor Tier und Mensch zu erfolgen. Vor allem ist der unbefugte Zugriff durch Dritte auszuschließen.

- 19 Nach dem geltenden Recht sind Lebensmittel in Abfallcontainern damit gerade keine Lebensmittel (mehr). Die Basis-VO unterscheidet nicht zwischen Abfallbehältern von Privathaushalten (Verbrauchern) und solchen von (Lebensmittel-)Unternehmen.

- 20 Der Gesetzentwurf kann somit sein Ziel nicht erreichen. Die Tat, die § 248a Abs. 2 StGB-E von der Verfolgung ausnehmen will, hat in aller Regel ein anderes als das dort genannte Objekt zum Gegenstand.

⁹ VGH Kassel, GRUR 1991, 253.

¹⁰ Rathke, in: Soniza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, Stand 184 Erglfg. Juli 2022; Art 2 Basis-VO Rn. 28.

¹¹ Vom 21.10.2009, ABl. Nr. L 300 v. 14.11.2009, S 1; „Hygiene-VO“.

2. Kein kriminalpolitischer Handlungsbedarf

- 21 Ein kriminalpolitischer Handlungsbedarf besteht nicht. Die Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ist ein Monopol des Staates und wird von diesem grundsätzlich von Amts wegen betrieben (sogenanntes Legalitätsprinzip). Allerdings erfährt das Legalitätsprinzip an verschiedenen Stellen Durchbrechungen und Begrenzungen.
- 22 Die §§ 153 f. StPO ermöglichen es der Staatsanwaltschaft und den Gerichten vor dem Hintergrund der allseits beklagten Ressourcenknappheit, im Falle einer geringen Schuld von einer Strafverfolgung abzusehen. Hauptanwendungsfall insbesondere von § 153 StPO sind Taten der leichten Kriminalität. § 153 StPO findet bei Vergehen im Sinne von § 12 Abs. 2 StGB Anwendung, d. h. für rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe als einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind. Die Staatsanwaltschaft kann ohne Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren nach § 153 StPO einstellen, wenn es sich um ein Vergehen handelt, das – wie der Diebstahl (§ 242 StGB) – nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind (§ 153 Abs. 1 S. 2 StPO). Einer Zustimmung des Betroffenen bedarf es erst dann, wenn bereits Anklage erhoben ist.
- 23 Für die Bestimmung der geringen Schuld ist ein deliktsspezifischer Maßstab anzulegen.¹² Berücksichtigung hat hierbei nicht nur der Aspekt der Entlastung der Ermittlungsbehörden und Gerichte zu finden, sondern auch der Umstand, dass eine strafrechtliche Sanktion nur als „ultima ratio“ zum Einsatz kommen soll.¹³ Ein öffentliches Interesse an der Verfolgung ist vor allem dann zu bejahen, wenn aus spezial- oder generalpräventiven Gründen eine Sanktionierung des Täters unabdingbar ist. Dies wird etwa bei gravierenden Tatfolgen, gesellschaftsfeindlicher Gesinnung und Aggressionsdelikten der Fall sein.
- 24 § 248a StGB normiert wie z.B. die §§ 182 Abs. 5, 230 Abs. 1 S. 1, 235 Abs. 7, 238 Abs. 4, 301 Abs. 1 und 303c StGB eine Strafverfolgungsvoraussetzung. Antragsdelikte werden nur verfolgt, wenn ein wirksamer Strafantrag gestellt ist oder – wie bei § 248a StGB vorgesehen – die Strafverfolgungsbehörde ein Einschreiten von Amts wegen für geboten erachtet. Antragsdelikte begründen mithin wie die §§ 153 f. StPO Ausnahmen vom Legalitätsprinzip.¹⁴ Es ist inkonsistent, § 248a StGB um einen Absatz zu ergänzen, der bestimmte Handlungen pauschal von der Verfolgung ausnimmt, ist inkonsistent. Es wird gerade keine Strafverfolgungsvoraussetzung, sondern eine Verfolgungssperre normiert.

¹² Peters, in Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl. 2016, § 153a Rn. 20.

¹³ Peters, in Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl. 2016, § 153a Rn. 20.

¹⁴ Barnstorf: Unwirksamkeit des Strafantrags, NSZ 1985, 67.

25 Bereits das geltende Recht ermöglicht damit die Herausnahme des Containers aus der strafrechtlichen Verfolgung. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in dem in der Begründung des Gesetzentwurfs angesprochenen Nichtannahmebeschluss vom 5.8.2020¹⁵ ausdrücklich angeführt:

26 *„Im Übrigen erweist sich die Strafbarkeit des Diebstahls auch deswegen als verhältnismäßig, weil der Gesetzgeber den Fachgerichten hinreichende Möglichkeiten eröffnet hat, im Einzelfall der geringen Schuld des Täters Rechnung zu tragen.*

Schon der weite Rahmen der in § 242 StGB angedrohten Sanktionen ermöglicht dem Gericht, auch in den Fällen des Diebstahls geringwertiger oder finanziell wertloser Sachen, für die das Gesetz die Anwendung des § 243 StGB ausdrücklich ausschließt (§ 243 Abs. 2 StGB), stets auf eine Strafe zu erkennen, die in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters steht [...]. Darüber hinaus bieten die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs dem Gericht weitere Möglichkeiten, dem spezifischen Unrechts- und Schuldgehalt von Bagatelldiebstählen im konkreten Fall Rechnung zu tragen. [...] Darüber hinaus berücksichtigen zahlreiche strafprozessuale Normen wie insbesondere die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO die Schwere der Schuld.“

3. Systemwidrigkeit der pauschalen Ausnahme bestimmter Handlungen aus der Verfolgung

27 Demgegenüber will der Entwurf ausnahmslos das Absehen von der Verfolgung normieren, wenn sich die Tat auf „Lebensmittel“ bezieht, die vom Eigentümer in einem der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dienenden Abfallbehälter deponiert oder anderweitig zur Abholung bereitgestellt sind.

28 Beispielsweise werden Verletzungshandlungen im Sport, medizinische Eingriffe und andere Handlungen minderen Unrechts nicht pauschal von einer Verfolgung freigestellt. Einzelne konkrete Sachverhalte pauschal im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs von der Strafverfolgung auszunehmen, ist dem geltenden Recht fremd. Vielmehr ist jeder Einzelfall zu würdigen und eine dem Einzelfall angemessene Entscheidung zu treffen, ob ein Absehen von der Verfolgung wegen Geringfügigkeit in Betracht kommt.

29 Die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Regelung würde nicht nur mit der Systematik des geltenden Rechts in Konflikt stehen, sondern einen Präzedenzfall für die Schaffung weiterer systemwidriger pauschaler Ausnahmeregelungen darstellen.

¹⁵ BVerfG, NJW 2020, 2953.

4. Unbestimmter Anwendungsbereich des § 248a Abs. 2 StGB-E

30 Der Wortlaut des § 248a Abs. 2 StGB-E bestimmt dessen Anwendungsbereich nicht hinreichend. Als „die Tat“, die sich auf das dort näher konkretisierte Lebensmittel bezieht, kommt nach dem Wortlaut jede rechtswidrige Tat in Betracht. Die systematische Stellung spricht allerdings dafür, dass „die Tat“ nur ein Diebstahl oder eine Unterschlagung sein kann, und zwar nur eine solche, die eine geringwertige Sache zum Objekt haben. Demgegenüber deutet die Begründung des Gesetzentwurfs darauf hin, dass nur der Diebstahl der in § 248a Abs. 2 StGB-E genannten Objekte von der Verfolgung ausgenommen werden soll, ohne dass es auf deren Wert ankommt.¹⁶

5. Entkriminalisierung wird nicht erreicht

31 Das mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel, das Containern zu entkriminalisieren, kann die vorgeschlagene Regelung nicht uneingeschränkt erreichen. Davon geht die Begründung des Gesetzentwurfs selbst aus.¹⁷

32 Wie oben unter Rz. 17 ff. dargelegt handelt es sich – mit Ausnahme von rein pflanzlichen Stoffen – bei zur Entsorgung bestimmten und bereitgestellten Lebensmitteln um K3-Stoffe, die in gesicherten Behältern zur Entsorgung bereitgestellt werden müssen. Deren Aneignung im Wege des Containerns setzt daher zwingend die Überwindung einer Sicherung gegen Wegnahme durch ein verschlossenes Behältnis voraus. Wenn deren Überwindung den Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) verwirklicht, ist eine Strafbarkeit begründet. Die Verfolgung der Tat ist allerdings an einen Strafantrag oder die Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung geknüpft. Regelmäßig wird zugleich das – allerdings absolute – Antragsdelikt des Hausfriedensbruchs erfüllt sein.

33 Legt man § 248a StGB-E dahin aus, dass der Anwendungsbereich des § 248a Abs. 2 StGB-E sich auf den Diebstahl in den Fällen des § 242 StGB beschränkt, werden Taten, die Qualifikationen des § 244 StGB verwirklichen, nicht von der Verfolgung ausgenommen. Kommen mehrere Personen überein, künftig in einer Vielzahl von Fällen zu containern und führen zumindest zwei der an der Übereinkunft beteiligten Personen die Tat aus, ist eine Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegeben.¹⁸ Zudem kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Diebstahl schon dann nach § 244 Abs. Nr. 1a StGB qualifiziert sein, wenn der Täter bei der Tat eine handelsübliche Nagelschere¹⁹, einen

¹⁶ BT-Drucks. 20/4421, S. 5 und 7.

¹⁷ BT-Drucks. 20/4421, S. 5.

¹⁸ Vgl. zu § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur Schmitz, in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 39 ff.

¹⁹ KG, StraFo 2020, 128.

Schraubendreher²⁰ oder ein Teppichmesser²¹ bei sich führt. In diesen Fällen setzt zum einen eine Einstellung des Verfahrens nach § 153 Abs. 1 S. 2 StPO zwingend die Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten voraus. Zum anderen ist zweifelhaft, ob die Schuld des Täters als gering im Sinne von § 153 Abs. S. 1 StPO zu qualifizieren ist.

6. „Umgekehrtes“ symbolisches Strafrecht

- 34 Das Ziel des Gesetzentwurfs verdient Zustimmung: Die Entstehung von Lebensmittelabfällen muss verhindert werden. Das größte Potential hierfür liegt allerdings beim Verbraucher. Eine breite Sensibilisierung und Aufklärung der Verbraucher tut not, etwa über die Bedeutung des Mindesthaltbarkeitsdatums. Eine gesetzliche Verpflichtung von Lebensmittelunternehmen – wie etwa in Frankreich –, verzehrfähige Lebensmittel sozialen Einrichtungen anzudienen statt zu entsorgen, würde einen weiteren Beitrag zur Eindämmung von Lebensmittelabfällen leisten.
- 35 Die von dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Regelung ist ein symbolischer Akt des Gesetzgebers – allerdings mit gegenüber der Vergangenheit umgekehrten Vorzeichen. Der Gesetzgeber hat bislang auf in der Öffentlichkeit diskutierte tatsächliche und vermeintliche gesellschaftliche Missstände mit der Einfügung neuer und der Erweiterung geltender Straftatbestände reagiert, die gesetzgeberische Wertbekenntnisse sind oder (moralischen) Appellcharakter haben.²² Beispielsweise sollen die §§ 324 ff. StGB die Bevölkerung zu ökologischer Sensibilität erziehen. Stets wurden neue, nur scheinbar wirksame Straftatbestände geschaffen, um den Bürgern zu demonstrieren, dass der Gesetzgeber reagiert. Es erstaunt daher, dass der Gesetzentwurf einen entgegengesetzten Weg vorschlägt: Symbolische Entkriminalisierung mit Appellcharakter.
- 36 Der Gesetzentwurf will die materielle Strafbarkeit der Wegnahme von „*Lebensmitteln*“ nicht antasten, *die der Eigentümer in einem Abfallbehältnis, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert hat oder die anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden*“, belegt sie aber zugleich mit einem Strafverfolgungsverbot. Es wird „totes Strafrecht“ vorgeschlagen: Ein Verhalten wird (weiterhin) als strafbar bezeichnet, darf aber nicht geahndet werden. Eine Strafe für ein Verhalten anzudrohen, zugleich aber die Ahndung zu untersagen, ist unsinnig.

Stuttgart, den 14.04.2023

Rechtsanwalt Professor Dr. Olaf Hohmann
Honorarprofessor an der Universität Greifswald

²⁰ BGH, NJW 2004, 3437.

²¹ OLG Schleswig, NStZ 2004, 212.

²² Vgl. zu den Kategorien symbolischen Strafrechts Hassemer, Festschrift für Roxin, Berlin 2001, S. 1001 ff.; Peters, JR 2020, 414 ff.