



Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.

Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.: Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel · Leibnizstraße 2 · 24118 Kiel

Telefon: 0431 880-5378
Telefax: 0431 880-5374
Durchwahl: 0431 880-1504
E-Mail: f.becker@law.uni-kiel.de
Homepage: www.becker.jura.uni-kiel.de

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Kiel, 07.01.2021

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/5141

**Containern legalisieren (Antrag der Abgeordneten des SSW) – Drucksache 19/2386 sowie
Lebensmittelverschwendung wirksam bekämpfen (Alternativantrag der Fraktionen von
CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP) – Drucksache 19/2446**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Ostmeier,
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 13. November 2020 haben Sie mir freundlicherweise die Gelegenheit eingeräumt, zu den in den o.a. Drucksachen vorgeschlagenen Anträgen Stellung zu nehmen. Vielen Dank für diese Möglichkeit, von der ich gerne Gebrauch mache.

I. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	2
II. Befugnisse des Landtags von Schleswig-Holstein und die Anträge der Fraktionen.....	4
III. Beurteilung der Vorschläge	5
1. Verfassungsrechtliche Möglichkeit einer Privilegierung des „Containerns“	5
2. Aber: vielfältige Folgeprobleme	5
IV. Ergebnis	7

I. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Der Entschließungsantrag des SSW (Drucksache 19/2386) wurde durch zwei durch das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerden ([2 BvR 1985 und 1986/19](#))¹ ausgelöst, in denen das Gericht die Strafbarkeit der Wegnahme („Containern“) solcher Lebensmittel bestätigt hat, die von Lebensmittelgeschäften in verschlossenen Müllcontainern entsorgt worden waren. Die Entsorgung erfolgt typischerweise (so auch in den entschiedenen Fällen) mit Blick auf Lebensmittel, deren Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen ist oder die wegen ihres äußeren Erscheinungsbildes nicht mehr verkauft werden können.

Bei Beantwortung der Frage, ob und wann eine solche Entnahme als Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB zu ahnden ist, greifen verschiedene Rechtsmaterien ineinander: welche Verhaltensweisen als Diebstahl zu werten sind, legt das Strafrecht fest. Wann eine Sache „fremd“ i.S.v. § 242 Abs. 1 StGB ist – mithin Gegenstand eines Diebstahls sein kann –, ist eine dem Strafrecht vorausliegende Entscheidung des Bürgerlichen Rechts. Die Strafgerichte gehen regelmäßig davon aus (so auch in den Urteilen, über die das Bundesverfassungsgericht zu befinden hatte), dass Unternehmen durch die Entsorgung nicht auf ihr Eigentum an den Lebensmitteln verzichten und dieses nicht durch Dereliktion (§ 959 BGB) dem Zugriff Dritter preisgeben. Die Lebensmittel bleiben damit geeigneter Gegenstand eines Diebstahls: Das Interesse des Eigentümers bei der Einbringung von Lebensmitteln in ein Abfallgefäß, das zudem auch noch verschlossen wird, geht offensichtlich nicht dahin, dass beliebige Dritte auf die Lebensmittel zugreifen und sie an sich nehmen können sollen. Dies gilt insbesondere dort, wo der Entsorgende abfallrechtlich für eine ordnungsgemäße Abfallentsorgung verantwortlich ist². Hier wird kein Wille zu einer Eigentumsaufgabe geäußert und ein solcher Wille kann auch nicht angenommen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hatte gegen diese fachgerichtlichen Wertungen bei der Auslegung von Straf- und Zivilrecht, die zu dem Ergebnis kamen, dass „Containern“ die strafbare Wegnahme einer fremden beweglichen Sache darstellt, nichts zu erinnern³.

Jenseits dieser einfachgesetzlichen Beurteilung der Fachgerichte, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht festzustellen, dass „Containern“ zwar in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit fällt. Diese wird aber – so das Bundesverfassungsgericht – auf der Grundlage von § 242 StGB auch im Einzelfall des „Containerns“ in verhältnismäßiger Weise beschränkt.

¹ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 05. August 2020; NJW 2020, 2953.

² *Bosch*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch (30. Auflage 2019), § 242 Rn. 17/18. Eher: „(17 f.)“ ?

³ BVerfG (o. Fn. 1), Rn. 24 ff.

Zwar erlangt das insoweit zentrale Übermaßverbot gerade bei der Anwendung von Strafrecht als dem schärfsten Schwert staatlicher Sanktion eine besondere Bedeutung. Aber das Gericht betont die Bedeutung der gesetzgeberischen Entscheidung, die auch „wertlose“ Lebensmittel als Schutzgut des Diebstahls umfasst:

Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage verbindlich festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht kann diese Entscheidung nicht darauf prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; es hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht....⁴

Der Eigentumsschutz aus Art. 14 GG erlaubt es dem Gesetzgeber, auch grundsätzlich „wertlose“ (d. h. nicht mehr verkäufliche) Sachen in den Diebstahlsschutz mit einzubeziehen und dabei die zivilrechtlich begründeten Eigentumspositionen zugrunde zu legen.

Das Bundesverfassungsgericht erläutert auch, warum in dem konkreten Fall der Schutz des Eigentums an den weggeworfenen Lebensmitteln (und die damit verbundene Befugnis, Dritte von der Nutzung auszuschließen) aus Sicht des Eigentümers noch geboten ist und durch den Gesetzgeber gewährleistet werden kann:

Der Eigentümer der Lebensmittel wollte diese bewusst einer Vernichtung durch den Abfallentsorger zuführen, um etwaige Haftungsrisiken beim Verzehr der teils abgelauften und möglicherweise auch verdorbenen Ware auszuschließen. Dabei kommt es nicht darauf an, inwiefern etwaige Hinweisschilder, Zugangerschwerungen oder die Rechtsfigur der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung eine Haftung im Ergebnis ausschließen würden oder nicht. Bereits das Interesse des verfügungsberechtigten Eigentümers daran, von vornherein etwaige diesbezügliche rechtliche Streitigkeiten und Prozessrisiken durch die Vernichtung seiner Sachen auszuschließen und keinen erhöhten Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Sicherheit der Lebensmittel ausgesetzt zu sein, ist im Rahmen der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich zu akzeptieren, soweit der Gesetzgeber die Verfügungsbefugnis des Eigentümers nicht durch eine gegenläufige, verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung eingegrenzt hat. Folglich wird in Fallgestaltungen wie der vorliegenden nicht lediglich eine rein formale,

⁴ BVerfG (o. Fn. 1), Rn. 37.

letztlich inhaltsleere Eigentumsposition geschützt, sondern ein legitimes Verfügungs- und Ausschlussinteresse am betroffenen Privateigentum.⁵

Abschließend verweist das Bundesverfassungsgericht allerdings auch auf die verschiedenen strafrechtlichen und -prozessualen Möglichkeiten, mit einer geringen Schuld des Angeklagten umzugehen oder aber auch den Umstand rechtlich zu würdigen, dass die gestohlene Sache lediglich geringwertig ist.

II. Befugnisse des Landtags von Schleswig-Holstein und die Anträge der Fraktionen

Bei der Beurteilung des „Containerns“ steht der grundrechtlich fundierte Eigentumsschutz dem ethischen begründeten Verlangen gegenüber, Lebensmittel grundsätzlich nicht als Abfall zu entsorgen.

Soweit der Gesetzgeber sich in diesem Rahmen dazu aufgerufen fühlt, zu überprüfen, ob die verfassungsrechtlich grundsätzlich mögliche Straffreiheit des „Containerns“ auch rechtspolitisch wünschenswert ist, obliegt das Gesetzgebungsverfahren dem Bundesgesetzgeber. Dieser regelt sowohl das Bürgerliche Recht als auch das Strafrecht abschließend auf der Grundlage einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

Dem Landtag Schleswig-Holsteins stehen hier keine Regelungsbefugnisse zu. Dementsprechend ist es richtig, dass der Entschließungsantrag des SSW allein auf eine Bundesratsinitiative der Landesregierung abzielt, die dann in einer dem Bundestag vorzulegenden Gesetzesvorlage (vgl. Art. 76 Abs. 1 GG) zur Beseitigung der Strafbarkeit des „Containerns“ münden kann.

Der Alternativantrag der Fraktionen von CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP (in der Folge: Alternativantrag) setzt hingegen nicht auf die Veränderung von bundesrechtlichem Straf- und Zivilrecht durch Bundesratsinitiative. Vielmehr soll die Landesregierung hiernach im Rahmen ihrer Tätigkeit in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die im Zuge der Umsetzung der Nationalen Strategie zur Vermeidung von Lebensmittelverschwendung eingerichtet wurde, prüfen lassen, inwieweit die Haftungsrisiken bei der Weitergabe von aussortierten, nicht verkauften Lebensmitteln an Dritte begrenzt und dadurch Tafelkonzepte unterstützt sowie weitere Anreize für den Handel geschaffen werden können, solche Lebensmittel an Dritte abzugeben.

⁵ BVerfG (o. Fn. 1), Rn. 42.

III. Beurteilung der Vorschläge

1. Verfassungsrechtliche Möglichkeit einer Privilegierung des „Containerns“

1. Grundsätzlich erscheint eine Abschaffung der Strafbarkeit des „Containerns“ durch den Bundesgesetzgeber aus der Perspektive des Grundgesetzes möglich, so dass auch das Land Schleswig-Holstein im Bundesrat auf eine entsprechende Gesetzesinitiative hinwirken kann.
2. Verfassungsrechtlich wäre gegen eine Begrenzung eines Straftatbestandes bzw. gegen eine Herausnahme bestimmter Verhaltensweisen aus diesem Straftatbestand nur dann etwas zu erinnern, wenn der Gesetzgeber durch die Zurücknahme des Strafrechts eine grundrechtliche Schutzpflicht gegenüber dem Eigentümer oder gegenüber anderen Grundrechtsträgern verletzen würde. Da deren Realisierung allerdings ohnehin einem erheblichen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum unterliegt, dürfte eine solche Verletzung nur ganz selten und beim Schutz sehr hochwertiger Rechtsgüter vorliegen. Dies ist im Falle des „Containerns“ nicht anzunehmen.
3. Inwieweit eine solche Gesetzesänderung kriminalpolitisch wünschenswert ist, unterliegt – nach der notwendigen Berücksichtigung der möglichen tatsächlichen Folgeerscheinungen ebenso wie der Rückwirkungen auf andere Rechtssätze (s.u. (III. (1.)) – der politischen Beurteilung des Parlaments. Allerdings ist unklar, ob das rechtspolitisch erwünschte Ziel der Vermeidung einer Lebensmittelverschwendung erreicht wird, da das „Containern“ in der strafprozessualen Praxis offenbar nur dort tatsächlich eine Rolle spielt, wo – wie offenbar in dem Fall des Bundesverfassungsgerichts – eine Verurteilung aus politischen Gründen in Kauf genommen wird.
4. Eine zivilrechtliche Lösung (Fiktion einer Dereliktion entgegen der äußeren Umstände, so dass die Lebensmittel nicht mehr „fremd“ i.S.v. § 242 Abs. 1 StGB sind und damit nicht mehr Gegenstand eines Diebstahls sein können) würde in einen schweren Konflikt mit dem Eigentumsgrundrecht geraten. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz ist – ebenso wie der strafrechtliche – nicht von dem Wert der Sache abhängig und nimmt auch nicht zugleich mit diesem Wert ab.

2. Aber: vielfältige Folgeprobleme

5. Zudem wirft eine auf einen einzelnen Sachtyp („Lebensmittel“) begrenzte Beschränkung des Diebstahlstatbestands, der sich ansonsten auf bewegliche Sachen im Allgemeinen bezieht, erhebliche regelungstechnische **Probleme und Folgefragen** auf. Wäre es unter

gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 3 Abs.1 GG) vertretbar, die Entsorgung anderer „wertloser“ Sachen weiter strafrechtlich zu schützen? Wie sieht es mit entsorgtem Verpackungsmaterial in dem gleichen Abfallcontainer aus? Sollen nur die von Supermärkten entsorgten Lebensmittel von strafrechtlichem Schutz ausgenommen werden und nicht die von Restaurants, Großküchen oder Privathaushalten entsorgten?

6. Zudem dürften bei einer solchen Regelung die Interessen der die Lebensmittel entsorgenden Supermärkte nicht außer Acht gelassen werden.
 - a. Das Abfallrecht ist nur auf die Entsorgung solcher Lebensmittel anwendbar, für die das Lebensmittelrecht keine besonderen Vorschriften enthält (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a KrWG). Allerdings trägt der Unternehmer bei Lebensmitteln, die er entsorgen will oder muss und die damit zu „Abfall“ i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 AbfG werden, die abfallrechtliche Verantwortung (§ 15 f. KrWG). Hier ist darauf hinzuweisen, dass das Abfallrecht in seiner „Abfallhierarchie“ die Abfallvermeidung vor der Abfallbeseitigung einfordert (§ 6 Abs. 1 KrWG).
 - b. Allerdings weist das Bundesverfassungsgericht zu Recht auf mögliche Haftungsrisiken der entsorgenden Unternehmer hin, wenn von den entsorgten Lebensmitteln tatsächliche Gesundheitsgefahren ausgehen sollten. Immerhin dient die kontrollierte Entsorgung gesundheitsgefährdender oder verzehrungsgerechter Lebensmittel dem Schutz von Mensch und Umwelt (§ 1 Abs. 1 KrWG). Bei der geordneten Abgabe von Lebensmitteln an gemeinnützige Organisationen kann demgegenüber gewährleistet werden, dass die abgegebene Ware lebensmittelrechtlichen Anforderungen entspricht. Daher wäre es sinnvoll, den in der Literatur unterbreiteten Vorschlag zur Privilegierung sozialnützlichen Inverkehrbringens von qualitätsgeminderten Lebensmitteln durch bereichsweise Entsanktionierung (und Klarstellung der steuerlichen Behandlung) in das Gesetzgebungsverfahren zu integrieren⁶.
 - c. Auch dürfte eine strafrechtliche Freistellung des „Containerns“ wohl kaum die Erlaubnis umfassen, in befriedetes Besitztum der Supermärkte einzudringen und dort gegebenenfalls sogar die Behältnisse, in denen die Lebensmittel bis zur Abholung gelagert werden, bei der Öffnung zu beschädigen. Hier bliebe also fast immer eine Strafbarkeit für andere Delikte übrig.
 - d. Es ist auch denkbar, dass die Supermärkte, wenn und soweit sie wissen, dass ihr befriedetes Besitztum regelmäßig zum Zwecke des „Containerns“ betreten wird,

⁶ Roffael/Wallau, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Stand: 175. EL November 2019, Vorbemerkung §§ 58 bis 62 LFGB, Rn. 373 f.

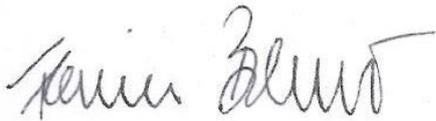
auch gegenüber diesen Personen einer Verkehrssicherungspflicht mit möglichen Haftungsfolgen unterliegen (oder zumindest hierfür gerichtlich in Anspruch genommen werden).

IV. Ergebnis

7. **Mit einer bloßen (verfassungsrechtlich zulässigen) Änderung des Diebstahltatbestands ist es daher keinesfalls getan.** Vielmehr ist es unerlässlich, eine Initiative zur Zurücknahme des Strafrechts mit entsprechenden haftungs- und lebensmittelrechtlichen Rahmenbedingungen zu versehen, die es ausschließen, dass die die Lebensmittel entsorgenden Supermärkte gegebenenfalls mit Schadenersatzansprüchen oder Ordnungswidrigkeitenverfahren überzogen werden. Auch die Auswirkung auf die Verwirklichung anderer Tatbestände wäre zu bedenken.
8. Will man das – abfallrechtlich bereits niedergelegte Ziel – der Abfallvermeidung auch in dem Bereich der Lebensmittel tatsächlich erreichen, empfiehlt sich die Verfolgung der in der Drucksache 19/2446 angeregten Strategie.
9. Die in den beiden Drucksachen vorgelegten Anträge schließen sich daher nicht aus.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Professor Dr. Florian Becker