

Marcus Schmetter

## Für die Tonne? BVerfG bestätigt Strafbarkeit des Containers<sup>1</sup>

Besprechung von BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19 = NJW 2020, 2953

### I. Einleitung

In Deutschland werden im Groß- und Einzelhandel pro Jahr hochgerechnet fast 500.000 Tonnen Lebensmittel weggeworfen.<sup>2</sup> Der Großteil von 84% dieses Abfalls wäre vermeidbar gewesen.<sup>3</sup> Sowohl die Herstellung als auch die Beseitigung der Lebensmittel verbraucht Energie, Fläche und andere wertvolle Ressourcen.<sup>4</sup> Zudem lässt es sich in ethischer Hinsicht nicht rechtfertigen, dass Lebensmittel weggeworfen werden, solange auf der Erde über 800 Millionen Menschen Hunger leiden.<sup>5</sup>

Der Gesetzgeber hat sich einer Lösung dieses Problems bisher verweigert.<sup>6</sup> Während in Frankreich dem Lebensmitteleinzelhandel das Wegwerfen verzehrbare Lebensmittel verboten wurde,<sup>7</sup> sucht man im deutschen Recht vergeblich nach solchen Lösungsansätzen. Das zuständige Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft bevorzugt zurzeit wohlklingende Kampagnen und freiwillige Absprachen mit dem Handel.<sup>8</sup>

1 Ich danke Leon Fried für kritische Einwände, Dietmar Schmetter für sprachliche Verbesserungsvorschläge und Dr. Oliver Klatt für die titelprägende Inspiration. Alle verbliebenen Ungenauigkeiten oder Fehler sind meine eigenen.

2 Zur Veranschaulichung: Ein Kleinwagen wiegt ungefähr eine Tonne und ist etwa 4 Meter lang. Stellt man 500.000 solcher Kleinwagen hintereinander auf, entspricht das der Strecke von Flensburg nach Garmisch-Partenkirchen hin und zurück (etwa 2000 Kilometer).

3 Thomas Schmidt/Felicitas Schneider/Dominik Leverenz/Gerold Hafner, Lebensmittelabfälle in Deutschland, Braunschweig 2019, 71.

4 FAO, Global food losses and food waste, Rome 2011, V und 1.

5 Miranda Miroso/David Pearson/Rory Pearson, Ethics of food waste, in: Mary C. Rawlinson/Caleb Ward (eds.), The Routledge Handbook of Food Ethics, London 2016, 400 (402-403).

6 Der Bundesrat hatte bereits Anfang 2017 eine gesetzliche Initiative zur Verringerung der Lebensmittelverschwendung gefordert, BT-Drs. 180/17. Bewegung hat das Thema zuletzt durch einen Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN erhalten (BT-Drs. 19/14358), über den zuletzt eine öffentliche Anhörung im Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft gehalten wurde, Prot-Nr. 19/56.

7 Näher zur Rechtslage in Frankreich: Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, WD 5-3000-095/18, 4-11. Der Vorstoß der Länder Bremen, Hamburg und Thüringen, die Bundesregierung aufzufordern, eine ähnliche Regelung auszuarbeiten, BR-Drs. 429/19, fand im Bundesrat keine Mehrheit, BR-Drs. 429/19(B).

8 BT-Drs.19/4643, 2.

DOI: 10.5771/0023-4834-2021-1-73

In der juristischen Grauzone der Lebensmittelrettung findet das sog. Containern<sup>9</sup> statt, für das Entkriminalisierungsversuche bisher erfolglos blieben.<sup>10</sup> Hierbei entnehmen Mülltaucher\*innen weggeworfene Lebensmittel ohne den Willen der Einzelhändler\*innen aus den zur Abholung und Vernichtung bereitgestellten Abfallcontainern. Nach der hM wird hierdurch – zumindest in den Fällen verschlossener, nicht allgemein zugänglicher Container – der Diebstahlstatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.<sup>11</sup> Mit nur wenig Phantasie lassen sich jedoch auch Konstellationen denken, in denen die Strafe wegen der Erfüllung eines Regelbeispiels des besonders schweren Falles, § 243 Abs. 1 StGB, verschärft wird oder sogar eine Qualifikation des § 244 Abs. 1 StGB bis hin zum Verbrechenstatbestand (!) des § 244a Abs. 1 StGB einschlägig ist.<sup>12</sup> Das kann durchaus problematische Folgen zeitigen, da beispielsweise eine Opportunitätseinstellung nach den §§ 153, 153a StPO nur bei Vergehen möglich ist.

## II. Die Verfassungsbeschwerden

Zwei wegen gemeinschaftlichen Diebstahls schuldig gesprochene Lebensmittelretterinnen erhoben Verfassungsbeschwerde gegen ihre Verurteilung.<sup>13</sup> Die Dritte Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts erteilte den Anliegen der Beschwerdeführerinnen in ihrem Nichtannahmebeschluss jedoch eine Absage.

Die Kammer behandelte im Wesentlichen zwei Fragen:

1. Ist die fachgerichtliche Rechtsprechung verfassungsgemäß, nach der die weggeworfenen Lebensmittel trotz Entledigung in die Tonnen noch als Eigentum der Supermarktbetreiber\*innen angesehen werden und damit fremde Sachen i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB sind?
2. Handelt es sich bei der Entnahme von wirtschaftlich wertlosen, da nicht mehr verkaufsfähigen Lebensmitteln überhaupt um strafwürdiges Unrecht? Oder gebietet die

<sup>9</sup> Auch Dumpster Diving oder Mülltauchen genannt.

<sup>10</sup> So eine Initiative des hamburgischen Justizsenators auf der Justizministerkonferenz 2019; Ergebnisse der Justizministerkonferenz zwischen „Containern“ und Anwaltsvergütung, becklink 2013347. Das Gleiche gilt für einen Antrag der Fraktion DIE LINKE im Bundestag aus dem Jahr 2017, BT-Drs. 18/12364, der 2019 nahezu inhaltsgleich erneut vorgelegt, aber bisher nicht beraten wurde, BT-Drs. 19/9345.

<sup>11</sup> Meinungsbild bei Anja Schiemann, „Containern“ – Strafbar, aber nicht strafwürdig?, Kripoz 2019, 231 (232-233). Deutlich weiter Henning Lorenz, Containern von Lebensmitteln entkriminalisieren?, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1: „Konsequenz zu Ende gedacht [sic] dürfte damit nahezu jeder Fall des Containerns ein Diebstahl sein.“ Siehe dagegen aber Manuel Lorenz, Anmerkung zu BayObLG: Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ob in der Besitzaufgabe ein Eigentumsverzicht liegt – Grundsatzentscheidung zum Containern, beck-fachdienst Strafrecht 23/2019 vom 28.11.2019; Lorenz Bode, Anmerkung zu BayObLG: Strafbarkeit des sog. Containerns, NSTz-RR 2020, 105 (105). So bisher auch die veröffentlichte Entscheidungspraxis der Gerichte, AG Düren BeckRS 2013, 199454; AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.1.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18, bestätigt durch BayObLG BeckRS 2019, 24051. Viele Verfahren enden in der Praxis jedoch mit einer Einstellung oder sogar einem Freispruch, beispielhafte Aufzählung bei Max Malkus, Zur Straffreiheit des Containerns, Forum Recht 2016, 113 (113-114).

<sup>12</sup> Näher Henning Lorenz (Fn. 11) und Matthias Jahn, Strafrecht BT: „Containern“ als Diebstahl, JuS 2020, 85 (86).

<sup>13</sup> Die Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerinnen lässt sich auf der Seite der GFF herunterladen: <https://freiheitsrechte.org/containern/>.

Maxime vom Strafrecht als *ultima ratio* des Rechtsgüterschutzes im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Straffreiheit dieses Verhaltens?

## 1. Fremdheit weggeworfener Lebensmittel

Die strafrechtlichen Instanzgerichte orientieren sich bei der Bewertung der Fremdheit einer Sache an der sachenrechtlichen Bewertung (Zivilrechtsakzessorietät).<sup>14</sup> Dabei muss beim Wegwerfen differenziert werden zwischen einem impliziten Übereignungsangebot an den\*die Entsorger\*in (bzw. an jede\*n: *offerta ad incertas personas*) einerseits und einer Eigentumsaufgabe (Dereliktion) andererseits. Als Grundsatz gilt: Das Werfen einer Sache in den Müll impliziert, dass dem\*r ursprünglichen Eigentümer\*in das Schicksal der Sache gleichgültig ist. Damit liegt eine Dereliktion vor. Eine solche dadurch herrenlos gewordene Sache kann sich nach § 958 Abs. 1 BGB jede\*r aneignen.

Hat der\*die ursprüngliche Eigentümer\*in hingegen ein besonderes Interesse daran, dass die Sache von einer bestimmten Person abgeholt und im Anschluss beispielsweise vernichtet, behalten oder weiterverteilt wird, bleibt die weggeworfene Sache im Eigentum des sich ihrer Entledigenden – solange wie das damit verbundene Übereignungsangebot von der dazu bestimmten Person durch die Besitzergreifung angenommen wurde.<sup>15</sup> Die Sache mag zwar tatsächlich, soll aber zumindest rechtlich nicht dem ungehinderten Zugriff Dritter preisgegeben sein.<sup>16</sup>

Es ist jedoch umstritten, wie weggeworfene, für die Supermarktbetreiber\*innen offensichtlich wertlose Lebensmittel zu behandeln sind. Teile der Literatur gehen generell davon aus, dass ein persönliches Interesse in diesen Fällen nicht erkennbar sei, sodass das Eigentum aufgegeben werde.<sup>17</sup> Die Gegenmeinung vermutet ein solches dagegen umstandslos.<sup>18</sup> Vermittelnd soll auf den tatsächlichen inneren Willen abgestellt werden,<sup>19</sup> wobei sich dieser objektiv manifestieren müsse (verschlossene oder hinter einer Umzäu-

14 Roland Schmitz, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), MüKo StGB, Band 4, München 2017, § 242 StGB Rn. 33.

15 Zum Ganzen Carolin Hellermann/Marco Birkholz, *Containern – eine sachenrechtliche Herausforderung*, JURA 2020, 303 (307-308), und Simon Pschorr, *Wenn das Stehlen von Müll strafrechtlich verfolgt wird*, jurisPR-StrafR 13/2020 Anm. 3.

16 Näher zu Praxisbeispielen Annika Dießner, »Wir lieben Lebensmittel«, StV 2020, 256 (258-259); Christian Fahl, *Der im Altpapier gefundene „Richter“*, JA 2019, 807 (808-810); Hellermann/Birkholz (Fn. 15), 307-308.

17 Pointiert Joachim Kretschmer, in: Klaus Leipold/Michael Tsambikakis/Mark Alexander Zöllner (Hrsg.), AK StGB, Heidelberg 2020, § 242 StGB Rn. 11: »Müll ist Müll und damit herrenlos«. Auch Ulrich Engelfried, *Weg damit, Sollte „Containern“ legal sein?*, Betrifft Justiz 2020, 150 (150-151); wohl auch Pschorr (Fn. 15).

18 Gunnar Duttge, in: Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Stefan König/Dieter Rössner (Hrsg.), HK StGB, München 2017, § 242 StGB Rn. 15; Hanns Prütting, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), BGB-Kommentar, Köln 2020, § 959 BGB Rn. 3.

19 Petra Wittig, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 46. Edition, Stand 1.5.2020, § 242 StGB Rn. 9.2.

nung aufgestellte Abfallcontainer).<sup>20</sup> Dieser Auffassung ist auch das BayObLG in seinem mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Revisionsbeschluss gefolgt.<sup>21</sup>

Das Bundesverfassungsgericht ist allerdings „keine Superrevisionsinstanz“,<sup>22</sup> sondern muss die grundgesetzliche Kompetenzzuweisung zwischen den Fachgerichten und dem Bundesverfassungsgericht beachten.<sup>23</sup> Darum überprüft es nicht, ob das Fachgericht das einfache Recht richtig ausgelegt und angewendet hat, sondern prüft die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts; eine solche liegt vor, wenn das Fachgericht dabei Grundrechte übersehen, ihren Schutzbereich unrichtig bestimmt oder ihr Gewicht verkannt hat.

Daher misst die Kammer die Frage nach der Zivilrechtsakzessorität der Bestimmung der Fremdheit der Sache im Rahmen des § 242 StGB lediglich am Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Dass dieser Anknüpfung an die zivilrechtlichen Wertungen „sachgemäße und nachvollziehbare Erwägungen“ zugrunde liegen und somit nicht entgegen Art. 3 Abs. 1 GG willkürlich ist, handelt die Kammer konsequenterweise knapp ab.<sup>24</sup>

Bezüglich der darüber hinausgehenden Frage, ob beim Wegwerfen von Lebensmitteln eine Dereliktion angenommen werden kann, prüft die Kammer eine Verletzung des Prinzips des fairen Verfahrens (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) bei der strafrichterlichen Beweiswürdigung.<sup>25</sup> Diese komme nur dann in Betracht, wenn „sich die Fachgerichte so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen eine mögliche strafbare Handlung sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Strafe sein kann.“<sup>26</sup> Angesichts dieser hohen Hürde genügt ihr schon die Würdigung der Fachgerichte, dass der Container verschlossen auf dem Betriebsgelände zur Übergabe an ein Entsorgungsunternehmen bereitgestanden habe. Daraus ergebe sich der Wille des\*der Supermarktbetreiber\*in, das Eigentum an den Lebensmitteln mit ihrem Wegwerfen nicht aufgeben zu wollen. Die Beweiswürdigung sei daher nicht rechtsfehlerhaft, erst recht aber nicht verfassungswidrig erfolgt.<sup>27</sup>

Ob die Beweiswürdigung der Fachgerichte tatsächlich jeder Kritik enthoben ist, lässt sich mit guten Gründen bezweifeln.<sup>28</sup> So möchte man fragen, wo sich der Container denn sonst hätte befinden sollen, wenn nicht auf dem Betriebsgelände. Im öffentlichen Straßenraum abgestellt, wäre dies eine erlaubnispflichtige Sondernutzung gewesen. Ein Indiz für den fehlenden Dereliktionswillen ergibt sich hieraus allein nicht.<sup>29</sup>

20 Jan Rennieke, Zur strafrechtlichen Behandlung des Containers de lege lata und de lege ferenda, ZIS 2020, 343 (344); Raphael Verghe, Zur Strafbarkeit von Containern, StraFo 2013, 15 (16-17); Schmitz (Fn. 14), Rn. 35.

21 BayObLG BeckRS 2019, 24051, insbesondere Rn. 9.

22 Statt vieler Niels Petersen, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, München 2019, § 9 Rn. 29.

23 BVerfGE 18, 85 (92-93); 95, 96 (141).

24 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 24-25.

25 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 26-27.

26 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 27.

27 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 29-30.

28 Kritisch vor allem Guido Britz/Moritz Torgau, Cora und Franzl gegen die Welt? – Containern und Strafrecht, jM 2020, 257; Christian Jäger, Zur Strafbarkeit des Mülltauchens, JA 2020, 393; Dießner (Fn. 16), 258-259 und Pschorr (Fn. 15).

29 So Pschorr (Fn. 15).

Auch der bloße Vernichtungswille, der darin zum Ausdruck kommt, dass die Container zur Abholung bereitstanden, schließt die Dereliktionsabsicht richtigerweise nicht aus.<sup>30</sup> In den Haushaltsmüllfällen ist das allgemein anerkannt.<sup>31</sup> Es müsste hier schon das erwähnte besondere persönliche Interesse hinzukommen. Dieses wird mitunter damit begründet, Supermarktbetreiber\*innen hätten für den unbedenklichen Verzehr ihrer Lebensmittel einzustehen.<sup>32</sup> Die Konstruktion einer solchen Einstandspflicht ist indes zweifelhaft. Sie kann sich allein gegenüber zahlenden Kund\*innen, nicht aber gegenüber unbekanntem Lebensmittelretter\*innen ergeben. Eine zivil- oder strafrechtliche Haftung liegt aufgrund des den Zurechnungszusammenhang ausschließenden eigenverantwortlichen Verzehrs der Lebensmittel durch die Mülltaucher\*innen fern.<sup>33</sup> Zudem werfen auch viele Privathaushalte regelmäßig nicht mehr verzehrfähige Lebensmittel in den Müll, die sich Dritte aneignen und verzehren könnten. Am Dereliktionswillen ändert das nichts.

Das Verschließen des Containers lässt ebenfalls keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass der Supermarkt weiterhin Eigentum an den weggeworfenen Lebensmitteln habe behalten wollen. Ein solches Schloss kann auch zum Schutz vor Tieren angebracht werden oder um zu verhindern, dass Dritte unbefugt ihre Abfälle im Supermarktcontainer abladen.<sup>34</sup> Mittlerweile sind selbst bei Tonnen von Privathaushalten vermehrt Schlösser angebracht.

Insoweit ist es bedauerlich, dass die Dritte Kammer die angreifbare Argumentation der Instanzgerichte unkritisch stehen lässt. Aus der Logik des eingeschränkten Kontrollmaßstabs des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die fachgerichtliche Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts ist diese Einschätzung aber zumindest plausibel. Insoweit genügt es, dass sich die Fachgerichte in den angegriffenen Entscheidungen für eine vertretbare, methodisch einigermaßen nachvollziehbare Beweiswürdigung entschieden haben.

## 2. Das Strafrecht als ultima ratio

Darüber hinaus beschäftigt sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage, ob das Containern überhaupt strafwürdiges Unrecht ist.<sup>35</sup> Die Beschwerdeführerinnen argumentierten, dass das Strafrecht nur als *ultima ratio* zum Rechtsgüterschutz eingesetzt werden dürfe. Das Containern falle hingegen in den Bereich der Bagatellkriminalität, sodass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer Verurteilung entgegenstehe, zumal der Supermarkt kein strafrechtlich schutzwürdiges Interesse mehr an den wirtschaftlich wertlosen Lebensmitteln habe.<sup>36</sup> Vielmehr sei die massenhafte Vergeudung von Lebensmitteln

30 Jäger (Fn. 28), 394.

31 Frank Ebbing, in: Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Erman BGB, Köln 2020, § 959 BGB Rn. 3; Dießner (Fn. 16), 258.

32 BayObLG BeckRS 2019, 24051 Rn. 11; Robert Esser/Josephine Scharnberg, Anfängerklausur – Strafrecht: Containern, JuS 2012, 809 (810 und 812) und Henning Lorenz (Fn. 11) halten auch befürchtete Umsatzeinbußen für ein legitimes Interesse; zu Recht kritisch Dießner (Fn. 16), 259–260 und Pschorr (Fn. 15).

33 Dießner (Fn. 16), 259; Hellermann/Birkholz (Fn. 15), 312; Jäger (Fn. 28), 394–395.

34 Dießner (Fn. 16), 259; Jäger (Fn. 28), 395; Pschorr (Fn. 15).

35 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 32–48.

36 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 19–20; Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerinnen (Fn. 13), 14–17 und 23–29.

sozialschädlich, sodass der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Art. 20a GG, eine Straffreiheit bedinge.<sup>37</sup>

Diese Argumentation läuft auf eine teleologische Reduktion des Diebstahlstatbestandes hinaus. Eine solche ist aus der Sicht der Dritten Kammer aber verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten. Kontrollmaßstab ist hier die Allgemeine Handlungsfreiheit der Lebensmittelretterinnen aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie, aufgrund der denkbaren Freiheitsentziehung als Rechtsfolge, auch ihr Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG.<sup>38</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebiete es, so die Kammer, dass das mit der Strafe ausgedrückte sozialetische Unwerturteil<sup>39</sup> – also der Vorwurf, der\*die Täter\*in habe elementare Werte des Gemeinschaftslebens verletzt – im rechten Verhältnis zum Fehlverhalten des\*r Täter\*in stehe (Übermaßverbot). Der Einsatz des Strafrechts als schärfste staatliche Sanktion setze dabei lediglich voraus, dass dadurch der Schutz anderer oder der Allgemeinheit bezweckt wird.<sup>40</sup> Damit übernimmt die Kammer die zurückgenommenen Rechtfertigungsanforderungen aus BVerfGE 120, 224 (239-242), wonach der Strafgesetzgeber nicht auf den Schutz besonders wertiger Individual- oder Allgemeinwohlbelange beschränkt sei, die für das friedvolle Zusammenleben der Gesellschaft essentiell sind.<sup>41</sup>

Dementsprechend erblickt die Kammer den die Strafvorschrift legitimierenden Grund in der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Dessen Privatnützigkeit bilde das Fundament eigenverantwortlicher Lebensgestaltung.<sup>42</sup> Durch die Pönalisierung der Wegnahme weggeworfener Lebensmittel mittels § 242 Abs. 1 StGB werde in zulässiger Weise die in § 903 Satz 1 BGB konkretisierte Verfügungsbefugnis geschützt. Diese bestehe unabhängig vom Wert der Sache.<sup>43</sup> Für den strafrechtlichen Schutz des Verfügungs- und Abschlussinteresses der Supermarktbetreiber\*innen genüge schon, dass diese das Prozessrisiko befürchten müssen, für etwaig verdorben verzehrte Lebensmittel haftbar gemacht zu werden. Ob solche Ansprüche tatsächlich bestehen oder durch Hinweisschilder, Zugangshindernisse oder die Figur eigenverantwortlicher Selbstgefährdung ausgeschlossen werden, sei für ihre Schutzwürdigkeit ohne Belang.<sup>44</sup>

Das ist ein bedenkliches Argument. In einem Rechtsstaat, der Mechanismen zur Durchsetzung von Ansprüchen bereithält, besteht bei jeder Handlung mit Sozialbezug ein Prozessrisiko. Die Prozessordnungen enthalten Kautelen, um das Risiko für denjenigen zu minimieren, der grundlos einem Verfahren ausgesetzt wird. Bei zivilrechtlichen Ansprüchen wird dies über den Beibringungsgrundsatz und die Kostenlast der unterliegenden Partei geregelt. Bei der Feststellung des staatlichen Strafanspruchs im Strafverfahren schützen die Unschuldsumutung und der Ermittlungsgrundsatz vor grundlos erhobenen Beschuldigungen. Es wäre an dieser Stelle notwendig gewesen, die in Betracht

37 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 21; Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerinnen (Fn. 13), 29-31.

38 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 33-34.

39 BVerfGE 109, 133 (168); 110, 226 (262).

40 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 35-36.

41 Kritisch insofern das Sondervotum des Richters Winfried Hassemer BVerfGE 120, 255 (256-257); auch Bettina Noltenius, Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht?, ZJS 2009, 15 (17-19) und John Philipp Thurn, Eugenik und Moralschutz durch Strafrecht?, KJ 2009, 74 (78-79).

42 BVerfG NJW 2020, 2953 Rn. 39.

43 BVerfG NJW 2020, 2953 Rn. 40-42.

44 BVerfG NJW 2020, 2953 Rn. 42.

kommenden Haftungsrisiken konkret zu benennen. Dies bleibt die Kammer indes – wie viele andere in dieser Debatte – schuldig.

Aber selbst wenn solche Haftungsrisiken bestünden,<sup>45</sup> wird hiermit ein rein hypothetisches Nachtatverhalten in Bezug genommen. Strafe setzt aber eine konkrete, schädigende Verletzungshandlung voraus – und nicht irgendwelche von der konkreten Tat abgelösten präventiven Erwägungen.<sup>46</sup> Die Wegnahme der Lebensmittel ist für den\*die Supermarktbetreiber\*in unschädlich, und bloße Befürchtungen vor angeblichen Haftungsrisiken sind für ein rechtsgutbezogenes Strafrecht irrelevant. Damit ist weiterhin zweifelhaft, warum als wertlos erachtete Lebensmittel angesichts des fragmentarischen Charakters des Strafrechts dessen Schutz verdienen;<sup>47</sup> fehlt es daran aber, so fehlt es auch an einer Rechtfertigung der Strafandrohung.

Überspitzt formuliert: Die auf eine formale Hülle reduzierte Eigentumsgarantie wird damit zugunsten eines obszönen *modus operandi* ökonomischer Märkte geschützt. Die der Tauschwirtschaft inhärente Logik übersieht derweil Fragen des konkreten Bedarfs an oder der ökologisch-sozialen Herstellungskosten von Lebensmitteln.<sup>48</sup> Das Preisschild dafür hängt nicht im Supermarkt; die Quittung wird vielmehr an nachfolgende Generationen weitergereicht. Rechtskritisch gewendet, bekräftigt der kriminalisierende Staat das fragwürdige Dogma vom Privateigentum als unverzichtbarer Bedingung zur freiheitlichen Entfaltung des Individuums.

Die von der Kammer leider nur recht allgemein gehaltenen Hinweise auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das darin enthaltene Übermaßverbot<sup>49</sup> hätten eine nähere Vertiefung verdient gehabt. Sie äußert sich auch nicht zur von den Beschwerdeführerinnen gerügten<sup>50</sup> Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dabei lässt sich aufgrund der expressiv-kommunikativen Funktion des Schuldspruchs ein Eingriff hierin durchaus begründen,<sup>51</sup> maßregelt dieser doch durch die Missbilligung des angeklagten Verhaltens den sozialen Geltungsanspruch des\*r Verurteilten.<sup>52</sup> Aufgrund der Genese des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG ergeben sich im Vergleich zur Allgemeinen Handlungsfreiheit erhöhte Rechtfertigungsanforderungen,<sup>53</sup> die indes von der Kammer unerwähnt bleiben.

Stattdessen verweist sie auf die Verantwortung des Gesetzgebers, dem die Bestimmung strafbaren Handelns obliege.<sup>54</sup> Damit reiht sich die Entscheidung in die bereits angesprochene, viel kritisierte Rechtsprechungslinie ein, wonach das Bundesverfassungsgericht

45 Was zweifelhaft ist, vgl. bereits Fn. 33 .

46 Noltenius (Fn. 41 ), 18.

47 Schiemann (Fn. 11 ), 232 und Dießner (Fn. 16 ), 260.

48 Martin Gsell, *Containern: Nahrungsmittel im Abfall. Ein Blick über den Tonnenrand*, in: Werner Siebel/Hartmut Salzwedel/Ingeborg Siggelkow (Hrsg.), *Esskulturen*, Frankfurt/Main 2013, 135 (138-139) (auch näher zum notwendigen Zusammenhang zwischen einem formalen Eigentumsbegriff und der marktbedingten Lebensmittelverschwendung).

49 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 35-36.

50 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 17; Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerinnen (Fn. 13), 12.

51 Matthias Jahn/Dominik Brodowski, *Krise und Neuaufbau eines Ultima Ratio-Prinzips*, JZ 2016, 969 (975-976).

52 Johannes Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden 2014, 623-625.

53 Dietrich Murswiek/Stefan Rixen, in: Michael Sachs (Hrsg.), *GG*, 8. Aufl., München 2018, Art. 2 GG Rn. 62 und 103.

54 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 37.

das Strafrecht nur mit besonderer Zurückhaltung kontrolliert.<sup>55</sup> Gleichwohl besitzt das Gericht, wie seine eigene Rechtsprechungsgeschichte zeigt, durchaus die Gestaltungsmacht, mittels materieller oder prozessualer Korrekturen auf eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts hinzuwirken.<sup>56</sup> Es ruft daher Unverständnis hervor, dass sich die Kammer nicht zumindest nach dem Vorbild der Cannabisentscheidung zu einer „salomonischen Lösung“ auf prozessualer Ebene<sup>57</sup> durchringt. Anders als beim Eigenkonsum von Cannabis ginge jedoch mit dem Containern aufgrund der Wegnahme fremden Eigentums ein Rechtsgutangriff auf Dritte einher, sodass die Sachverhalte nicht vergleichbar wären.<sup>58</sup>

Das mag aus der Perspektive der Kammer durchaus folgerichtig sein, provoziert aber dennoch die Frage, ob dieser, wenn überhaupt nur geringfügige Eingriff in die Verfügungsbefugnis des\*r Eigentümer\*in nicht von den Maximen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und des Umweltschutzes, Art. 14 Abs. 2 Satz 2 und Art. 20a GG, aufgewogen wird,<sup>59</sup> sodass die Schuld der Täter\*innen regelmäßig als gering anzusehen und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu verneinen ist.

Dementsprechend genügt es nicht, dass die Kammer auf materiell-rechtliche und prozessuale Mittel hinweist, die ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Fehlverhalten des\*r Täter\*in und der verhängten Strafe herbeizuführen geeignet seien.<sup>60</sup> Die Staatsanwaltschaft hatte im mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Verfahren den Wert der entnommenen Lebensmittel mit 100,- € gerade als nicht-geringwertig beziffert. Auch die Strafzumessungsregeln des Allgemeinen Teils beseitigen weder die öffentliche Missbilligung durch den Schuldspruch noch die psychologische Verfahrensbelastung der Beschuldigten. Dadurch werden Bundeszentralregisterauszüge von Menschen gefüllt, denen ein Rechtsgutangriff nicht im Sinn steht, sondern die ihr Verantwortungsgefühl für einen nachhaltigen Umgang mit Lebensmitteln als innere Pflicht empfinden.<sup>61</sup> Dieser Krimina-

55 Die besonders weite Einschätzungsprärogative des Strafgesetzgebers beruht auf der Erwägung, dass die Abgrenzung des Ordnungs- vom Kriminalunrecht als in ihrem Kern politische Entscheidung der direkt demokratisch legitimierten Legislative überantwortet sei. Angesichts der intensiven Grundrechtsbetroffenheit überzeugt diese Haltung gleichwohl nur bedingt; kritisch m.w.N. Wolfgang Joecks/Volker Erb, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), MüKo StGB, Band 1, München 2020, Einleitung Rn. 22; a.A. Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), NK StGB, Band 1, Baden-Baden 2017, Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 85-87.

56 Bernd Hecker, in: Schönke/Schröder StGB, München 2019, Vorbemerkungen vor § 1 StGB Rn. 33-34.

57 Danach sind die Strafverfolgungsbehörden angehalten, bei Eigenverbrauch geringer Mengen Cannabis ohne Fremdgefährdung von der Verfolgung abzusehen, BVerfGE 90, 145 (189-190).

58 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 43-44.

59 Britz/Torgau (Fn. 28), 257.

60 BVerfG NJW 2020, 2953, Rn. 45-46. Dazu gehören neben dem diebstahlsspezifischen Erfordernis eines Strafantrages bei Geringwertigkeit der weggenommenen Sache (§ 248a, 243 Abs. 2, § 244 Abs. 3, § 244a Abs. 2 StGB) auch Strafzumessungsregeln des Allgemeinen Teils, wie das Absehen von Strafe, die Verwarnung unter Strafvorbehalt oder die Geldstrafe (§§ 60, 47, 56 StGB), sowie die prozessualen Einstellungsmöglichkeiten der §§ 153 ff. StPO.

61 Zu diesem Verantwortungsgefühl siehe die Interviews bei Maria Grewe, Teilen, Reparieren, Mülltauchen, Bielefeld 2017, 206, 219 und 226; siehe auch Benedikt Jahnke, Mülltauchen für eine bessere Welt, München 2019, 78-81 (unter Mülltaucher\*innen ist ein Bewusstsein der Illegalität durchaus vorhanden, handlungsleitend ist jedoch die moralische Überzeugung, die richtige Sache zu tun, zumal aus ihrer Sicht niemand geschädigt wird).

lisierung liegt als normatives Ordnungsmuster die Wegwerfmentalität der Überflusgesellschaft anstelle des von Art. 20a GG angemahnten Nachhaltigkeitsideals zugrunde.<sup>62</sup>

### III. Schluss

Die Dritte Kammer des Zweiten Senats hat eine Entscheidung vorgelegt, die mich nur in Teilen überzeugt. Sie mag zwar dem Umstand geschuldet sein, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der konkreten Anwendung von Strafnormen Restriktionen in zweierlei Hinsicht unterliegt – es muss sowohl die „Auslegungshoheit“ der Fachgerichte als auch die im Strafrecht besonders weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers berücksichtigen. Dennoch: Der *ultima ratio*-Gedanke verkümmert zwischen diese beiden Mahlblöcken zur Leerformel.

Der Beschluss hat jedoch keine endgültige Entscheidung über die Strafbarkeit des Containers getroffen. Vielmehr hat die Kammer allein den zwei angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen ihre verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigt. Darin ist aber zum einen keine Aussage enthalten, wie das Containers bei unverschlossenen und allgemein zugänglichen Tonnen strafrechtlich zu bewerten ist.<sup>63</sup> Zum anderen ist selbst in den Fällen aufgebrochener Container noch nicht das letzte Wort gesprochen: Es steht anderen Fachgerichten frei, von der Rechtsprechung des BayObLG abzuweichen.<sup>64</sup>

Dass sich indes der Gesetzgeber zu einer Entkriminalisierung des Containers durchringt, ist unwahrscheinlich. Das spiegelt schon die beharrliche Weigerung wider, die oftmals angemahnte überflüssige Verfolgung von Bagatelldelikt<sup>65</sup> in Angriff zu nehmen. Sollten die derzeit forcierten freiwilligen Strategien zur Vermeidung von Lebensmittelabfällen hingegen nicht fruchten, ist es zumindest denkbar, dass sich der Gesetzgeber die französische Regelung zum Vorbild nimmt.

62 Zur angesprochenen Dichotomie Grewe, ebd., 201.

63 Hier spricht sich eine Mehrheit für eine Dereliktion aus: Esser/Scharnberg (Fn. 32), 810 und 812; Jäger (Fn. 28), 394; Manuel Lorenz (Fn. 11); Verghe (Fn. 19), 16-17.

64 Weitere denkbare Ansätze zur Begründung der Straffreiheit von Mülltaucher\*innen bei Joachim Vogel, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), LK StGB, Band 8, Berlin/New York 2010, § 242 Rn. 45 (sorgfältige Prüfung von Einverständnis, Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung); Britz/Torgau (Fn. 28), 259 (fehlende Zueignungsabsicht); Verghe (Fn. 19), 17-18 (ggf. Tatbestandsirrtum). Große Rezeption erfährt auch die maßgeblich von Nikolaus Bosch, in: Schönke/Schröder StGB, München 2019, § 242 Rn. 7 vertretene Mindermeinung, in Parallele zu § 303 Abs. 1 entfalle bei materiell wie immateriell wertlosen Gegenständen das Strafbedürfnis, sodass schon tatbestandlich keine schützenswerte Sache i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB vorliege, dazu Britz/Torgau (Fn. 28), 259; Dießner (Fn. 16), 260; Jäger (Fn. 28).

65 Im Überblick Sebastian Scheerer, Entrümpelung und Entkriminalisierung, KJ 2019, 131 (134-136) (ausdrücklich distanzieren muss man sich indes von Scheerers Ansinnen, § 184b StGB zur Ordnungswidrigkeit herabzustufen).