

## Containern als Diebstahl

stud. iur. Anna Engel und stud. iur. Yael Prantl

BayObLG, Beschluss v. 02.10.2019, Az.: 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19

§§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

### **Sachverhalt**

Die Studentinnen A und B begaben sich am späten Abend in die Anlieferzone auf dem Firmengelände des Supermarktes S, um der hohen Lebensmittelverschwendungen entgegenzuwirken. Gemeinsam öffneten sie mithilfe eines mitgebrachten Vierkantschlüssels einen verschlossenen Container, in dem sich Lebensmittel befanden, die das Mindesthaltbarkeitsdatum überschritten hatten. Der Container stand dort zur Abholung durch ein eigens dafür beauftragtes Entsorgungsunternehmen bereit. A und B entnahmen verschiedene der weggeworfenen Lebensmittel aus dem Container, um sie für sich zu behalten. Sodann verließen sie das Grundstück des S. S stellte zunächst einen Strafantrag, nahm diesen aber aufgrund aufkommender Kritik wieder zurück.

Haben sich A und B wegen Diebstahls strafbar gemacht?

### EINORDNUNG

Jährlich entstehen allein in Deutschland rund zwölf Millionen Tonnen Lebensmittelabfälle.<sup>1</sup> Insbesondere aus ideologischen Gründen wird beim sogenannten „Containern“ ein Teil der entsorgten, aber noch genießbaren Lebensmittel für den eigenen Genuss oder die Weitergabe aus Abfalltonnen von Supermärkten entwendet. Die rechtliche Bewertung des Containerns beschäftigt den gesellschaftlichen Diskurs sowie im zugrunde liegenden Fall das Bayrische Oberste Landesgericht. Dieses verwarf die Sprungrevisionen zweier Studentinnen gegen das Urteil des Amtsgerichts Fürstenfeldbruck<sup>2</sup> als unbegründet. Maßgeblich für die Entscheidung ist insbesondere die zivilrechtliche Bewertung der Eigentumsverhältnisse an den entsorgten Lebensmitteln.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

#### **Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2**

##### **Nr. 2 StGB**

- A. Tatbestand
  - I. Objektiver Tatbestand
    - 1. Bewegliche Sache
    - 2. Fremdheit
    - 3. Wegnahme
  - II. Subjektiver Tatbestand
    - 1. Vorsatz
    - 2. Zueignungsabsicht
- III. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz
- B. Rechtswidrigkeit
- C. Schuld
  - I. Verbotsirrtum
  - II. Gewissenstat
  - III. Strafzumessung
    - I. Verschlossenes Behältnis
    - II. Sicherungsfunktion
- III. Geringwertigkeit
- E. Strafantrag
- F. Ergebnis

### LEITSÄTZE DER AUTOREN

1. Auch wertlose Gegenstände sind taugliche Diebstahlsobjekte.
2. Der Eigentümer macht für Dritte deutlich erkennbar, dass keine Einwilligung in die Mitnahme von entsorgten Lebensmitteln besteht, wenn der Container abgesperrt auf dem Firmengelände zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitsteht.

<sup>1</sup> BMEL, <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittelverschwendungen/studie-lebensmittelabfaelle-deutschland.html> (Abruf v. 05.01.2022).

<sup>2</sup> AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.01.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

### **Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB**

A und B könnten sich wegen besonders schweren Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den verschlossenen Container mit ihrem Vierkantschlüssel öffneten und die dort enthaltenen Lebensmittel mitnahmen.

#### **A. Tatbestand**

A und B müssten objektiv wie subjektiv tatbestandlich gehandelt haben.

#### **I. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein. Dies ist der Fall, wenn A und B fremde bewegliche Sachen weggenommen haben.

##### **1. Bewegliche Sache**

Die aussortierten Lebensmittel müssten bewegliche Sachen sein. Bewegliche Sachen sind körperliche Gegenstände, die tatsächlich fortbewegt werden können.<sup>3</sup> A und B entnahmen die Lebensmittel aus dem Container; es handelte sich also um greifbare bewegliche Gegenstände.

Fraglich ist jedoch, ob Gegenstände, die keinerlei wirtschaftlichen oder ideellen Wert haben, überhaupt eine schützenswerte Sachqualität aufweisen. Dafür muss zunächst geprüft werden, ob weggeworfene Lebensmittel überhaupt wirtschaftlich und ideell wertlos sind.

##### **a) Wert weggeworfener Lebensmittel**

Bei den weggeworfenen Lebensmitteln handelt es sich um Lebensmittel, die das Mindesthaltbarkeitsdatum überschritten haben. Mit Erreichen des Mindesthaltbarkeitsdatums sind die Produkte jedoch nicht automatisch verdorben.<sup>4</sup> So können abgelaufene, unverkaufte Lebensmittel beispielsweise durch die Weitergabe an Zoos oder die App „Too Good To Go“ verwertet werden. Indem S die Lebensmittel jedoch entsorgte, macht er deutlich, dass er die Lebensmittel nicht weiter veräußern möchte und den Lebensmitteln ihren wirtschaftlichen Wert abspricht. Ob den Lebensmitteln ein ideeller Wert zukommt, kann im

Endeffekt dahinstehen, wenn auch wertlose Sachen vom Sachbegriff des § 242 StGB erfasst werden.

##### **b) Schützenswerte Sachqualität bei Wertlosigkeit**

Einerseits wird vertreten, dass alle körperlichen Gegenstände ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen und ideellen Wert unter den Sachbegriff zu subsumieren und schützenswert sind.<sup>5</sup> Die Wertlosigkeit einer Sache als solche dürfe einem Dritten nicht das Recht zur Wegnahme gewähren.<sup>6</sup>

##### **c) Keine schützenswerte Sachqualität bei Wertlosigkeit**

Andererseits wird vertreten, dass Gegenstände, denen weder ein materieller noch ein immaterieller Wert zukommt, keine schützenswerten Sachen darstellen. Es fehle dann an einem Strafbedürfnis.<sup>7</sup> Zur Begründung wird aufgeführt, dass bei § 303 StGB, der die Zerstörung wertloser Gegenstände nicht als Sachbeschädigung erfasst, ein gewisser Wert der Sache verlangt wird. Es erscheine widersprüchlich, wenn wertlose Sachen zwar zerstört werden, jedoch nicht weggenommen und behalten werden dürften. Wertlosen Gegenständen sei somit keine schützenswerte Sachqualität zuzuweisen.

##### **d) Stellungnahme**

Die Meinungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erfolgen muss. Anders als bei den Vermögensdelikten, wie beispielsweise Betrug oder Untreue, die das Vermögens als Ganzes schützen, dient der Straftatbestand des Diebstahls gem. § 242 StGB dem Schutz des Eigentums als formale Rechtsposition.<sup>8</sup> Der Eigentümer soll i.S.d. § 903 BGB mit seiner Sache nach Belieben frei verfügen können und andere von der Einwirkung ausschließen dürfen.<sup>9</sup> Diebstahl ist auf die eigentumsanmaßende Wegnahme einer bestimmten Sache gerichtet; und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit dadurch der Eigentümer einen wirtschaftlichen Vermögensnachteil erleidet bzw. der Täter einen entsprechenden Vermögensvorteil erstrebt.<sup>10</sup> § 242 StGB ist mithin ein Zueignungsdelikt und kein Bereicherungsdelikt.<sup>11</sup>

Die Sachbeschädigung gem. § 303 StGB stellt wie der

<sup>3</sup> Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 8.

<sup>4</sup> Verbraucherzentrale NRW und Bayern, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/lebensmittel/auswaehlen-zubereiten-aufbewahren/mindesthaltbarkeitsdatum-mhd-ist-nicht-gleich-verbrauchsdatum-13452> (Abruf v. 30.01.22).

<sup>5</sup> Jäger, Zur Strafbarkeit des Mülltauchens, JA 2020, 393 (394); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 74.

<sup>6</sup> Lorenz, Urteilsanmerkung, FD-StrafR 2019, 422440 (422440).

<sup>7</sup> Schiemann, „Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?, KriPoZ 4/2019, 231 (232).

<sup>8</sup> Bosch in: Schöneke/Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 4.

<sup>9</sup> Wittig in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 51. Ed. 2021, § 242 Rn. 2.

<sup>10</sup> Bosch in: Schöneke/Schröder (Fn. 8), § 242 Rn. 4.

<sup>11</sup> Jäger (Fn. 5), JA 2020, 393 (394).

Diebstahl ein Eigentumsdelikt dar, verlangt aber einen gewissen Wert der Sache. Die zweite Meinung überträgt diesen Rechtsgedanken auf § 242 StGB. Der Unterschied zur Sachbeschädigung besteht jedoch darin, dass beim Diebstahl ein vollständiger Sachentzug und somit eine Aufhebung der Herrschaftsbeziehung erfolgt. Bei einer Sachbeschädigung handelt der Täter zudem ohne Zueignungsabsicht, während bei einem Diebstahl der Täter die weggenommene Sache behalten will, also Zueignungsabsicht aufweist.<sup>12</sup> Die Fälle sind insoweit also nicht vergleichbar, sodass auch kein Wertungswiderspruch besteht und der Rechtsgedanke des § 303 StGB nicht auf § 242 StGB übertragen werden kann. § 242 StGB schützt im Gegensatz zu § 303 StGB die formale Eigentumsposition, unabhängig vom Wert der Sache.<sup>13</sup> Die erste Meinung ist daher vorzugswürdig. Auch Gegenstände, die keinerlei wirtschaftlichen oder ideellen Wert aufweisen, sind vom Sachbegriff des § 242 StGB umfasst und geschützt.

#### e) Zwischenergebnis

Die aussortierten Lebensmittel sind bewegliche Sachen.

#### 2. Fremdheit

Ferner müssten die Lebensmittel für A und B fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest im Miteigentum eines anderen steht und nicht herrenlos geworden ist.<sup>14</sup> Die Lebensmittel standen zunächst im Eigentum des S. Durch die Entsorgung im Abfallcontainer könnte S aber sein Eigentum an den Lebensmitteln aufgegeben haben, also eine Dereliktion gem. § 959 BGB vorliegen. In diesem Fall wären die Lebensmittel herrenlos geworden, also mangels Fremdheit kein taugliches Tatobjekt i.S.d. § 242 StGB.

#### a) Dereliktion gem. § 959 BGB

Ob bei der Entsorgung von Lebensmitteln eine Dereliktion gem. § 959 BGB vorliegt, ist umstritten und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>15</sup> Voraussetzung der Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB ist die Absicht des Eigentümers, auf sein Eigentum zu verzichten.<sup>16</sup> S hat seinen Willen, das Eigentum an den abgelaufenen Lebensmitteln aufzugeben, nicht ausdrücklich getätig. Er könnte jedoch

<sup>12</sup> Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (232).

<sup>13</sup> Jäger (Fn. 5), JA 2020, 393 (394).

<sup>14</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 9.

<sup>15</sup> Schmitz in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 242 Rn. 35.

<sup>16</sup> Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (232).

<sup>17</sup> Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (233).

<sup>18</sup> BeckRS 2019, 24051 Rn. 8f.; Jahn, Strafrecht BT: „Containern“ als Diebstahl, JuS 2020, 85 (86).

<sup>19</sup> BeckRS 2019, 24051 Rn. 11; Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (233).

<sup>20</sup> Vgl. Jahn (Fn. 18), JuS 2020, 85 (86).

seinen konkludenten Willen durch das Wegwerfen manifestiert haben.

Grundsätzlich kann bei der Entledigung von reinen Abfällen von einer Eigentumsaufgabe ausgegangen werden.<sup>17</sup> Allerdings trifft dies nur zu, wenn dem Eigentümer das rechtliche Schicksal der Sache gleichgültig geworden ist, er sich also ungezielt der Sache entledigen möchte.<sup>18</sup> Will der Eigentümer aber nur zugunsten einer anderen Person oder Organisation das Eigentum aufgeben, ist dem Eigentümer das rechtliche Schicksal gerade nicht egal. Vielmehr liegt dann eine gezielte Eigentumsübertragung und keine ungezielte Entledigung vor.

Der Container befand sich auf dem Firmengelände des S und nicht im öffentlichen Raum. Zusätzlich war der Container abgeschlossen, um den Zugriff durch Unbefugte zu verhindern. Als Supermarkt trifft S zudem die Verpflichtung, den angefallenen Müll ordnungsgemäß zu entsorgen und dies auch sicherzustellen.<sup>19</sup> Aus diesem Grund wurde durch S eigens für die Entsorgung der Lebensmittel ein Unternehmen beauftragt und bezahlt. S war es folglich nicht gleichgültig, wer an die weggeworfenen Lebensmittel gelangt. Er wollte das Eigentum der Lebensmittel vielmehr nur dem Entsorgungsunternehmen übertragen. Zwar war der Verschluss des Containers durch ein allgemein zugängliches Werkzeug (Vierkantschlüssel) – und nicht nur mit einem Spezialschlüssel des S – zu öffnen, doch wird ein solches Werkzeug in der Regel nicht von Passanten mitgeführt.<sup>20</sup> Mithin wollte sich S durch das Schloss am Container gegen eine Zueignung Nichtberechtigter sichern.

Gegen eine ungezielte Entledigung spricht weiterhin, dass S durch die Entsorgung im verschlossenen Container deutlich macht, dass er für die Unverträglichkeit der abgelaufenen Waren bei Dritten nicht aufkommen möchte. Würde S die Mitnahme abgelaufener Lebensmittel gestatten, bestünde zudem die Gefahr, dass potenzielle Kunden in Zukunft nicht mehr einkaufen gehen, sondern sich „kostenlos“ an den weggeworfenen Waren im Container bedienen. Dadurch könnte S Kunden verlieren und einen erheblichen Gewinnverlust davontragen, was wohl kaum in seinem Interesse liegt.

Ein konkludent getätigter Eigentumsverzichtswille liegt

nicht vor. Dementsprechend ist eine Dereliktion gem. § 959 BGB zu verneinen.

#### b) Zwischenergebnis

Die abgelaufenen Lebensmittel sind nicht herrenlos geworden, sondern stehen weiterhin im Eigentum des S. Folglich waren die Lebensmittel für A und B fremd i.S.d. § 242 StGB.

**Anmerkung:** Anders ist der Fall zu bewerten, wenn der Container öffentlich zugänglich und ohne bestimmtes Werkzeug von jedermann zu öffnen wäre.

#### 3. Wegnahme

A und B müssten die Lebensmittel weggenommen haben. Eine Wegnahme liegt vor, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und dadurch neuer, nicht unbedingt tätereigener, Gewahrsam begründet wird.<sup>21</sup> Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft, welche von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.<sup>22</sup> Der Container befand sich auf dem Gelände des S, sodass die Angestellten und der Filialleiter Sachherrschaft über den Inhalt des Containers ausübten. Mithin lag fremder Gewahrsam vor.

Spätestens mit Verlassen des Firmengeländes haben A und B die Beherrschungsmöglichkeit des S über die Lebensmittel aufgehoben und neuen, eigenen Gewahrsam begründet.

Die Studentinnen müssten dabei den Gewahrsam des S gebrochen haben; also gegen oder ohne den Willen des S gehandelt haben. S hat nur dem Entsorgungsunternehmen eine ausdrückliche Erlaubnis zur Wegnahme der Lebensmittel erteilt, nicht jedoch A und B. Das Aussondern von Lebensmitteln in einem verschlossenen Container stellt kein Einverständnis in die Wegnahme durch jedermann dar. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des S bezüglich des Gewahrsamswechsels lag somit nicht vor. A und B haben fremden Gewahrsam gebrochen und neuen, eigenen Gewahrsam begründet. Eine Wegnahme liegt vor.

#### 4. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

<sup>21</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 22.

<sup>22</sup> Ebd., § 2 Rn. 23.

<sup>23</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 5.

<sup>24</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 89.

#### II. Subjektiver Tatbestand

Des Weiteren müsste der subjektive Tatbestand vorliegen.

##### 1. Vorsatz

A und B müssten vorsätzlich bezüglich der Wegnahme der Lebensmittel gehandelt haben. Vorsatz ist die bewusste und gewollte Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale zum Tatzeitpunkt.<sup>23</sup> A und B wollten die abgelaufenen Lebensmittel des S wegnehmen und wussten auch, dass der Container für Unbefugte verschlossen war, weswegen sie einen Vierkantschlüssel mitnahmen. A und B handelten mithin vorsätzlich.

##### 2. Zueignungsabsicht

Ferner müssten A und B mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht umfasst den Vorsatz dauerhafter Enteignung und die Absicht einer zumindest vorübergehenden Aneignung.<sup>24</sup> A und B wollten die Lebensmittel für sich zur eigenen Verwertung behalten und nicht zurückgeben. Sie wussten, dass sie dadurch S aus seiner Eigentumsposition bezüglich der Lebensmittel verdrängen würden. Vorsatz bezüglich einer dauerhaften Enteignung und Absicht einer Aneignung der Lebensmittel liegen folglich vor. A und B handelten mit Zueignungsabsicht.

#### 3. Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand liegt vor.

#### III. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz

Die erstrebte Zueignung der Lebensmittel war objektiv rechtswidrig, was A und B auch bewusst war.

#### IV. Zwischenergebnis

A und B haben den Tatbestand des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.

#### B. Rechtswidrigkeit

A und B müssten rechtswidrig gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

In Betracht kommt eine Einwilligung des S als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund. Die Einwilligung erfordert die ausdrückliche und freiwillige Zustimmung

des Rechtsgutinhabers, die S jedoch gerade nicht gegeben hat.

Die Tat könnte allerdings wegen einer mutmaßlichen Einwilligung das Verhalten der Studentinnen rechtfertigen. Die mutmaßliche Einwilligung ist ebenfalls nicht gesetzlich normiert, aber gewohnheitsrechtlich allgemein anerkannt.<sup>25</sup> Als Surrogat für eine nicht einholbare tatsächliche Einwilligung ist die mutmaßliche Einwilligung dieser gegenüber nachrangig. Grundsätzlich ist sie also nur dann maßgeblich, wenn der Betroffene nicht (rechtzeitig) gefragt werden kann.<sup>26</sup> Es wäre durchaus zumutbar gewesen, bei S im Vorfeld eine Erlaubnis einzuholen, sodass grundsätzlich nicht auf sein mutmaßliches Interesse abgestellt werden darf. Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn anzunehmen ist, dass der Betroffene keinen Wert auf eine Befragung legt.<sup>27</sup> Dennoch muss das Handeln im (vermeintlichen) subjektiven Interesse des Betroffenen liegen, sodass eine Rechtfertigung stets scheitert, wenn ein entgegenstehender Wille – unabhängig von seiner objektiven Bewertung – erkennbar ist.<sup>28</sup> S hat die betreffenden Container verschlossen und somit Sicherheitsvorkehrungen getroffen. Diese machen deutlich, dass S am Verbleib der Ware im Container bis zur Abholung interessiert ist. Allein anhand objektiver Wertungen darf dieser erkennbare Wille nicht übergangen werden. Mangels (mutmaßlicher) Einwilligung des S handelten A und B rechtwidrig.

**Anmerkung:** Hätten A und B in der Absicht gehandelt, die entwendeten Lebensmittel jemandem, der zu verhungern droht, zukommen zu lassen, käme ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB in Betracht.

### C. Schuld

A und B müssten schulhaft gehandelt haben.

### I. Verbotsirrtum

A und B könnten einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB unterliegen, der die Schuld entfallen lässt, wenn die Fehlvorstellung über die Strafbarkeit des betreffenden Verhaltens unvermeidbar war. In Anbetracht der öffentlichen Aufmerksamkeit, die dem Thema Containern zunehmend

<sup>25</sup> Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 474.

<sup>26</sup> Paeffgen/Zabel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 32ff. Rn. 160.

<sup>27</sup> Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 8), Vor §§ 32ff. Rn. 54.

<sup>28</sup> Ebd., Vor §§ 32ff. Rn. 57.

<sup>29</sup> Rengier, StrafR AT (Fn. 23), § 31 Rn. 20.

<sup>30</sup> BVerfGE 12, 45 (55).

<sup>31</sup> Paeffgen/Zabel in: StGB (Fn. 26), Vor §§ 32ff. Rn. 297.

<sup>32</sup> Roxin, Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat, GA 2011, 1 (3f.).

<sup>33</sup> Maier in: MüKo StGB (Fn. 15), § 46 Rn. 209.

zuteilwird, und der bewusst gewählten späten Tatzeit ist bereits zweifelhaft, ob A und B überhaupt das Unrechtsbewusstsein fehlte.

Weiterhin sind an die Vermeidbarkeit hohe Anforderungen zu stellen. Die Täterinnen müssten ihre individuellen Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten, die Einholung von Rechtsrat eingeschlossen, vollumfänglich genutzt haben.<sup>29</sup> Es wäre A und B durch eigene Recherche oder Einschaltung eines Juristen möglich und zumutbar gewesen, im Vorfeld ihrer Handlung die rechtliche Bewertung des Containerns in Erfahrung zu bringen. Ein möglicher Verbotsirrtum war somit zumindest vermeidbar, sodass A und B nicht nach § 17 StGB entschuldigt sind.

### II. Gewissenstat

A und B handelten, um der Lebensmittelverschwendungen entgegenzuwirken, also aus ideologischen Gründen, sodass eine Entschuldigung wegen einer Gewissenstat möglich erscheint.

Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte, Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.<sup>30</sup> Ein darauf beruhender Rechtfertigungsgrund ist zwar gesetzlich nicht normiert, könnte jedoch vor dem Hintergrund der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 GG begründet werden.<sup>31</sup> Handelt jemand aufgrund seiner grundrechtlich garantierten Gewissensbetätigung, könnte der grundrechtliche Schutz auch ein ansonsten strafbares Verhalten entschuldigen.

Allerdings wird bei einer pauschalen Entschuldigung von Gewissenstaten verkannt, dass der Gewissenfreiheit des Täters gegebenenfalls die Grundrechte Dritter, etwa der Eigentumsschutz aus Art. 14 GG, als verfassungsimmanente Schranken entgegenstehen.<sup>32</sup> Weiterhin ist nicht hinnehmbar, dass der allgemeine Geltungs- und Normbefolungsanspruch des Gesetzes aufgrund einer inneren subjektiven Verpflichtung wirkungslos wird.<sup>33</sup> Sachgemäß ist

allenfalls eine Strafmilderung.<sup>34</sup> Das Handeln von A und B aufgrund ihrer moralischen Vorstellungen vermag keine Entschuldigung zu begründen, sodass ihr Handeln auch schulhaft erfolgte.

#### D. Strafzumessung

A und B könnten das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB verwirklicht haben, indem sie zum Öffnen des Containers einen Vierkantschlüssel als Werkzeug einsetzen.

#### I. Verschlossenes Behältnis

Der Container müsste ein verschlossenes Behältnis i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB sein. Ein verschlossenes Behältnis liegt vor, wenn ein zur Verwahrung dienender Raum nicht ohne Weiteres zugänglich ist, sondern Schutzzvorrichtungen überwunden werden müssen, um den Inhalt zu entnehmen.<sup>35</sup> Der betreffende Container diente der Aufbewahrung der entsorgten Lebensmittel und war mit einem Vierkantschloss gesichert, sodass ein ungehinderter Zugriff unterbunden werden sollte. Es handelt sich damit um ein verschlossenes Behältnis i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB.

#### II. Sicherungsfunktion

Das verschlossene Behältnis müsste weiterhin gerade der besonderen Sicherung gegen eine Wegnahme dienen. Ein Vierkantschlüssel, wie er von A und B verwendet wurde, ist problemlos erwerbar, sodass die besondere Sicherungsfunktion fehlen könnte. Telos des Regelbeispiels ist es, die höhere kriminelle Energie zu sanktionieren, die der Täter aufbringen muss, um die entsprechende Vorkehrung zu überwinden.<sup>36</sup> An diesem erhöhten Unrecht fehlt es, wenn ein passendes Öffnungswerkzeug in einem unmittelbaren räumlichen Zusammenhang problemlos auffindbar ist, wie etwa ein Schlüssel, der sich im Schloss befindet.<sup>37</sup> A und B hingegen mussten sich im Vorfeld ein passendes Werkzeug besorgen und gesteigerte Bemühungen anstellen, um den besonderen Schutz zu überwinden. Sie handelten dabei in Kenntnis des Schlosses und wussten, dass die besondere Sicherung mit dem Vierkantschlüssel beseitigt werden konnte. Folglich haben sie – auch subjektiv – das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB erfüllt.

#### III. Geringwertigkeit

Die besondere Schwere könnte jedoch ausnahmsweise nach § 243 Abs. 2 StGB wegen Geringwertigkeit entfallen. Die Geringwertigkeitsschwelle liegt etwa bei EUR 50,00. Maßgeblich ist der Verkehrswert zur Zeit der Tat, nicht der ursprüngliche Verkaufswert.<sup>38</sup> Bei Lebensmitteln, die bewusst entsorgt wurden, ist davon auszugehen, dass diese unverkäuflich sind. Die Waren, die lediglich noch der Entsorgung zugeführt werden sollten – also als Abfall zu bewerten sind –, waren daher quasi wertlos. Ein besonders schwerer Fall ist somit gem. § 243 Abs. 2 StGB wegen Geringwertigkeit ausgeschlossen.

#### E. Strafantrag

Nach § 248a StGB ist auf Grund der Geringwertigkeit ein Strafantrag oder ein besonderes Interesse an der Strafverfolgung erforderlich. Zwar hat S zunächst einen Strafantrag gestellt, diesen dann aber zurückgenommen, sodass ein Strafantrag nicht vorliegt. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse angenommen. Diese Einschätzung ist nicht gerichtlich nachprüfbar.<sup>39</sup>

#### F. Ergebnis

A und B haben sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### FAZIT

Aufgrund der Tatsache, dass die Rettung entsorgter Lebensmittel vielfach nicht nur als nicht strafwürdig, sondern sogar als ehrenwert empfunden wird, stieß der Schulterspruch auf viel Kritik. Auch die Studentinnen empfanden die Entscheidung als rechtswidrig und rügten daraufhin im Wege einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitssrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>40</sup> Das BVerfG wies die Beschwerde mit Hinweis darauf ab, dass sein Kompetenzbereich sich lediglich auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, die gegeben sei, beschränke. Insbesondere knüpft Art. 14 GG, der das Eigentum des S schützt, gerade nicht an den Wert einer Sache, sondern

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 243 Rn. 22.

<sup>36</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 3 Rn. 21.

<sup>37</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 3 Rn. 26.

<sup>38</sup> Schmitz in: MüKo StGB (Fn. 15), § 243 Rn. 67.

<sup>39</sup> Fischer, Strafgesetzbuch, 68. Aufl. 2021, § 248a Rn. 7 i.V.m. § 230 Rn. 3.

<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 – 2BvR 1985/19.

an das umfassende Verfügungsrecht des Eigentümers an, sodass auch der Schutz wertloser Sachen nicht zu be-anstanden sei.<sup>41</sup> Das BVerfG sei nicht befugt, eine Zweck-mäßigkeitssprüfung durchzuführen. Vielmehr sei es Auf-gabe der Legislative, entsprechend kriminalpolitischer Entscheidungen den Rahmen strafrechtlichen Handelns zu definieren.<sup>42</sup>

Die Betonung der verfassungsrechtlich bedeutenden Ge-waltenteilung durch das BVerfG verdient Zustimmung. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, der Vernichtung und Ver-schwendungen von Lebensmitteln entgegenwirken. Zur Um-setzung dieser Ziele erging am 15.04.2019 ein Antrag im Bundestag mit dem Vorschlag, Lebensmittelabfälle als herrenlose Sachen zu definieren, um auf diesem Weg das Containern zu entkriminalisieren.<sup>43</sup>

Ein weiterer Ansatz wäre es, von der Einstellungsmöglich-keit der §§ 153, 153a StPO flächendeckend Gebrauch zu machen. Zwar besteht diese Möglichkeit bereits, allerdings zeigt die Praxis, dass diese nicht gleichermaßen genutzt wird.<sup>44</sup> Erstrebenswert wäre eine großzügige einheitliche Einstellungspraxis durch behördliche Weisungen, um die-ser Ungleichheit entgegenzuwirken.<sup>45</sup> Diese Möglichkeit stößt jedoch an ihre Grenzen, wenn ein Fall des § 244a Abs. 1 StGB – beispielsweise weil eine Gruppe regelmäßig gemeinsam containert – vorliegt; denn dann liegt kein nach §§ 153, 153a StPO einstellungsfähiges Vergehen, son-dern ein Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB vor.

In anderen Ländern, wie etwa Frankreich, sind Super-märkte ab einer gewissen Größe verpflichtet, nichtver-kauftes Lebensmittel an gemeinnützige Organisationen ab-zugeben.<sup>46</sup> Durch eine derartige gezielte Abgabe würde nicht nur der Lebensmittelverschwendungen entgegen-gewirkt, sondern auch zugunsten des Supermarktes ver-hindert, dass potenziell zahlungsfähige Kunden sich an den Containern bedienen, statt im Supermarkt zu zahlen.

<sup>41</sup> Muckel, Strafbarkeit des „Containerns“ verstößt nicht gegen Grundrechte, JA 2020, 956 (958).

<sup>42</sup> BVerfGE 27, 18 (30); 123, 267 (360); ebd.

<sup>43</sup> BT-Drucksache 19/9345 S. 2.

<sup>44</sup> Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (236).

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> Ebd.