



Rechtsanwalt Max Malkus | Braustraße 15 | 04107 Leipzig

Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76171 Karlsruhe

PCP: 3D76B3DB

Unser Zeichen: 1630/2018

Ihr Zeichen:

Datum: Leipzig, den  
07.11.2019

## Verfassungsbeschwerde

der Frau Franziska Maria Schmitt,



- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Max Malkus,



Ich zeige an, dass mir die Beschwerdeführerin besondere Vollmacht für das  
Verfahren erteilt und mich mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat,

Anlage 1.

Namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin erhebe ich

### Verfassungsbeschwerde

zum Bundesverfassungsgericht gegen

1. das Urteil des Amtsgerichts Fürstfeldbruck vom 30.01.2019, Az. 3 Cs  
42/19 Js 26676/18,
2. den Beschluss des 6. Strafsenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts  
vom 02.10.2019, Az. 206 StRR 1013/19.



Die vorbezeichneten Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Es wird beantragt,

**die genannten Entscheidungen aufzuheben und die Sache an das Bayerische Oberste Landesgericht zurückzuverweisen.**

## Gliederung des Schriftsatzes

A. Vorbemerkung.....	3
B. Sachverhalt.....	5
C. Zulässigkeit und Annahmenvoraussetzungen.....	9
I. Frist.....	9
II. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität.....	9
III. Betroffenheit.....	10
IV. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung.....	10
V. Vorliegen der Annahmenvoraussetzungen.....	11
D. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde.....	11
I. Grundrechtseingriff.....	11
1. Verbot des „Containerns“ als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit.....	11
2. Ausspruch einer Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit.....	12
II. Verfassungsrechtlicher Maßstab.....	14
1. Verfassungsrechtliche Grenzen der Kriminalisierung von Verhalten (Strafrecht als ultima ratio).....	14
2. Einstellung des Strafverfahrens.....	17
a) Einstellungsmöglichkeiten als Schutz vor übermäßigen Strafverfahren.....	17
b) Keine Einstellungsmöglichkeiten gegen den Willen der Staatsanwaltschaft.....	19
3. Verfassungskonforme Auslegung von Straftatbeständen.....	20
III. Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Entscheidungen.....	23
1. Kein schutzwürdiges Interesse der Firma Edeka.....	23
a) Keine relevanten Haftungsrisiken.....	24
(1) Strafrechtliche Haftung.....	24
(2) Zivilrechtliche Haftung.....	26
b) Umsatzerwartungen nicht vom Strafzweck erfasst.....	28
c) Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Art 20a GG.....	29



2. Keine Abwendung einer Verurteilung auf strafprozessualen Weg.....	31
3. Keine verfassungskonforme Auslegung des Diebstahlstatbestands.....	32
a) Kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers.....	32
b) Wortlaut des § 242 StGB steht nicht entgegen.....	33
4. Verpflichtung der Gerichte zur verfassungskonformen Neuentscheidung.....	36
E. Zurückverweisung an das Bayrische Oberste Landesgericht.....	36

## A. Vorbemerkung

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen ihre Verurteilung wegen Diebstahls (§ 242 StGB) durch das Amtsgericht Fürstenfeldbruck und die Verwerfung der dagegen gerichteten Revision durch das Bayerische Oberste Landesgericht. Die Auffassung der beiden Gerichte, wonach das Entnehmen weggeworfener Lebensmittel aus einem Müllcontainer der Firma Edeka den Tatbestand des Diebstahls erfüllt und hierfür eine Verwarnung mit Strafvorbehalt unter Auflagen auszusprechen war, verkennt die für den Bereich des Strafbaren bestehenden verfassungsrechtlichen Grenzen. Um einen Verstoß gegen die Grundrechte der Beschwerdeführerin zu vermeiden, hätten die Gerichte des Ausgangsverfahrens den § 242 StGB verfassungskonform auslegen müssen.

Als „schärfstes Schwert des Rechtsstaats“ darf das Strafrecht nur als ultima ratio eingesetzt werden, um sozialwidriges Verhalten zu bekämpfen. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach betont, das Strafrecht sei auf Verhalten zu beschränken, das „über das Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“.

BVerfGE 88, 203 (258); 120, 224 (240).

Es gibt keinen Gemeinwohlbelang, der Eigentumsschutz an entsorgten, zur Vernichtung bestimmten Lebensmittel, die noch zum Verzehr geeignet sind, mit den Mitteln des Strafrechts rechtfertigt. Relevante Haftungsrisiken des Supermarkts sind nicht erkennbar, das reine Vernichtungsinteresse des Supermarkts ist strafrechtlich nicht schützenswert.





Angesichts der Lebensmittelvernichtung, die in Deutschland jeden Tag in großem Umfang stattfindet, ist als gesellschaftlich besonders dringlich vielmehr der nachhaltige Umgang mit Lebensmitteln zu bewerten. Dieses Anliegen hat in der Staatszielbestimmung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG mittelbar auch verfassungsrechtliche Anerkennung erfahren und bildet überdies ein ausdrücklich bekräftigtes Ziel der Regierungspolitik.

Die strafrechtliche Ahndung des Containers konterkariert diese Bestrebungen und verletzt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Kriminalisierung von Verhalten. Wer wie die Beschwerdeführerin verhindert, dass Lebensmittel verschwendet werden, tut nichts, was „in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“.

Dass die Beschwerdeführerin gleichwohl verurteilt wurde, verdeutlicht die Grenzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Erfüllung des Ultima-ratio-Grundsatzes durch prozessuale bzw. sanktionsrechtliche Lösungen. Prozessual haben die Gerichte keine Handhabe, wenn die Staatsanwaltschaft einer Einstellung ohne Auflagen nicht zustimmt. So stand auch in dem zugrundeliegenden Verfahren die Weigerung der Staatsanwaltschaft einer gerichtlichen Einstellung des Verfahrens entgegen. Soweit wie hier die Verurteilung als solche wegen ihres stigmatisierenden Effekts gegen das Übermaßverbot verstößt, hilft auch das Sanktionenrecht nicht weiter. In diesem Fall ändert selbst die Verhängung der mildesten Sanktion nichts an der Verfassungswidrigkeit der Verurteilung.

Um eine gegen das Übermaßverbot verstoßende Verurteilung zu verhindern, hätten die Gerichte des Ausgangsverfahrens den Schuldspruch unter verfassungskonformer Auslegung des § 242 StGB vermeiden müssen. Dies wäre hier auch möglich gewesen: Zum einen ist die Auffassung der Gerichte, die Entsorgung von Lebensmittelabfällen in einem geschlossenen Container stelle keine Eigentumsaufgabe dar, keinesfalls zwingend. Zum anderen wäre eine



Auslegung des § 242 StGB möglich, die den strafrechtlichen Schutz nicht auf solche Sachen erstreckt, an denen der Eigentümer keinerlei materielles oder immaterielles Interesse hat.

## B. Sachverhalt

Am 4. Juni 2018 gegen 23:00 Uhr entnahm die Beschwerdeführerin verschiedene Lebensmittel aus einem Container in der Anlieferzone der Firma Edeka, Feursstraße 56 in Olching. Diese Lebensmittel waren dort durch die Firma Edeka gelagert und standen zur Abholung durch den von ihr beauftragten und bezahlten Abfallentsorger bereit. Der Container war verschlossen, die Beschwerdeführerin konnte ihn jedoch mit einem mitgebrachten Vierkantschlüssel öffnen.

Wegen dieses Sachverhalts erließ das Amtsgericht Fürstenfeldbruck auf Antrag der Staatsanwaltschaft München II am 1. September 2018 einen Strafbefehl gegen die Beschwerdeführerin wegen eines besonders schweren Fall des Diebstahls, mit dem eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 30 Euro gegen sie festgesetzt wurde,

### Anlage 2

Hiergegen erhob sie Einspruch. Unter dem 04.10.2018 stellte die Beschwerdeführerin die Annahme eines besonders schweren Fall des Diebstahls wegen weggeworfener Lebensmittel in Frage,

### Anlage 3

Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 23. Oktober 2018 regte die Beschwerdeführerin aus Rechtsgründen an, die Klage nach § 411 Abs. 3 StPO zurückzunehmen, da der Tatbestand des § 242 StGB wegen einer Aufgabe des Eigentums an den weggeworfenen Lebensmitteln im Container durch die Firma Edeka nach § 959 BGB (Dereliktion) nicht erfüllt sei. Hilfsweise erklärte sie sich auch bereit, einer Einstellung des Verfahrens ohne Auflagen nach § 153 StPO zuzustimmen. Ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung wegen des „Containerns“ könne nicht vertretbar bejaht werden,

### Anlage 4





Die Staatsanwaltschaft München II teilte mit Schreiben vom 26. Oktober 2018 mit, die Strafbefehlsanträge nicht zurückzunehmen. Auch eine Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO komme für sie nicht in Betracht. Stattdessen bot sie eine – für die Beschwerdeführerin nicht vertretbare – Einstellung nach § 153a StPO gegen die Auflage einer Geldzahlung oder gemeinnütziger Arbeit an,

Anlage 5.

Auch die Zurücknahme des für eine Strafverfolgung wegen Diebstahls geringwertiger Sachen gem. § 248a StGB im Regelfall erforderlichen Strafantrags durch die Firma Edeka führte zu keiner Einstellung des Verfahrens. Das Amtsgericht Fürstentfeldbruck teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 mit, dass die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht habe und diese Bewertung der Nachprüfung durch das Gericht entzogen sei. Stattdessen regte das Gericht eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO gegen die Auflage von acht Stunden gemeinnütziger Arbeit bei der Tafel Fürstentfeldbruck an, dem habe die Staatsanwaltschaft zugestimmt,

Anlage 6.

Die Beschwerdeführerin stimmte der Einstellung gegen die Auflage von acht Stunden gemeinnütziger Arbeit nicht zu.

Anlage 7.

Da eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO für die Beschwerdeführerin weiterhin nicht akzeptabel war, wurde am 30. Januar 2019 die Hauptverhandlung durchgeführt. Das Amtsgericht Fürstentfeldbruck sprach die Beschwerdeführerin mit Urteil vom selben Tag des Diebstahls gem. § 242 StGB schuldig und verurteilte sie gem. § 59 StGB unter Vorbehalt einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 15 Euro. Durch Beschluss setzte das Gericht eine zweijährige Bewährungszeit fest



und verpflichtete die Beschwerdeführerin, als Bewährungsaufgabe acht Stunden gemeinnützige Arbeit bei der Tafel Fürstentfeldbruck zu leisten,

Anlagen 8 und 9.

Zur Begründung führte das Amtsgericht aus, die Beschwerdeführerin habe fremde bewegliche Sachen weggenommen. Die Lebensmittel in dem Container hätten noch im Eigentum der Firma Edeka gestanden. Eine Dereliktion liege nicht vor. Die Firma Edeka habe den Abfall schon mit Blick auf ihre haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nicht dem Zugriff beliebiger Dritter preisgeben wollen. Durch das Verschließen des Containers mit einem Dornschlüssel habe sie eindeutig und für jeden Dritten klar erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie ihr Eigentum nicht aufgegeben habe. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Lebensmittel heimlich im Schutze der Dunkelheit entwendet habe, zeige, dass sie sich bewusst war, den Diebstahlstatbestand zu erfüllen.

Gegen das Urteil legte die Beschwerdeführerin Sprungrevision zum Bayerischen Obersten Landesgericht ein. Ihre mit der Revisionsbegründungsschrift vom 4. April 2019 erhobene und in der Erwiderung vom 12. Juni 2019 auf den Antrag der Generalstaatsanwaltschaft, sowie mit einem weiteren Schriftsatz unter dem 09.07.2019 vertiefte Sachrüge stützt sie darauf, dass das Amtsgericht die weggeworfenen Lebensmittel zu Unrecht als fremde Sache im Sinne des § 242 StGB angesehen hat. Dabei bekräftigte sie zum einen ihre Einschätzung, die Firma Edeka habe das Eigentum aufgegeben. Zum anderen machte sie geltend, dass unabhängig von der zivilrechtlichen Bewertung die Wegnahme weggeworfener Lebensmittel jedenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht dem § 242 StGB unterfallen dürfe, da dies die Strafbarkeit in unverhältnismäßiger Weise ausdehne,

Anlagen 10, 11, 12 und 13.



Der Antrag der Staatsanwaltschaft vom 22. Mai 2019 bekräftigte hingegen die Bewertung der entsorgten Lebensmittel als strafrechtlich geschütztes Eigentum,

Anlage 14.

Das Bayerische Oberste Landesgericht verwarf die Revision mit Beschluss vom 2. Oktober 2019 als unbegründet,

Anlage 15.

Es schloss sich der amtsgerichtlichen Einordnung der weggeworfenen Lebensmittel als fremde Sache im Sinne des § 242 StGB an. Allein die Wertlosigkeit einer Sache gewähre einem Dritten nicht das Recht zur Wegnahme. Eine Dereliktion komme nur in Betracht, wenn der Wille vorherrsche, sich einer Sache ungezielt zu entledigen. Wenn jemand das Eigentum an einer Sache nur zugunsten einer bestimmten Person (oder Organisation) aufgeben wolle, fehle es an einem Verzichtswillen. Die Firma Edeka habe die weggeworfenen Lebensmittel in den Containern allein dem von ihr beauftragten Abfallentsorger zur Verfügung stellen und nicht dem Zugriff beliebiger Dritter anheimgeben wollen. Dies ergebe sich schon daraus, dass sie für die gesundheitliche Unbedenklichkeit in Verkehr gebrachter Lebensmittel einzustehen habe und sie für die Abholung Gebühren bezahle.

Am 14. Oktober 2019 rügte die Beschwerdeführerin beim Bayerischen Obersten Landesgericht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gem. § 356a StPO, da der Beschluss über die Verwerfung der Revision in keiner Weise erkennen ließ, dass sich das Gericht mit den verfassungsrechtlichen Einwänden gegen die Strafbarkeit des Containers nach § 242 StGB auseinandergesetzt hat,

Anlage 16.





Mit Beschluss vom 28. Oktober 2019 hat das Bayerische Oberste Landesgericht die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs zurückgewiesen,

Anlage 17.

## C. Zulässigkeit und Annahmenvoraussetzungen

### I. Frist

Der Revisionsbeschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist dem Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin am 9. Oktober 2019 zugegangen, so dass die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG mit Ablauf des 11. November 2019 enden wird.

### II. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Die Beschwerdeführerin hat den Rechtsweg erschöpft. Mit der Verwerfung der Revision durch das Bayerische Oberste Landesgericht ist ihre Verurteilung rechtskräftig.

Die Beschwerdeführerin hat auch dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde genüge getan. Sie hat die wesentlichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits im fachgerichtlichen Verfahren (vergeblich) vorgetragen. Besonders betont hat sie die verfassungsrechtlichen Aspekte in der Revisionsbegründungsschrift und der Erwiderung auf den Antrag der Generalstaatsanwaltschaft. Die mangelnde Auseinandersetzung mit diesen Argumenten im Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts über die Verwerfung der Revision hat sie (wiederum vergeblich) in einer Gehörsrüge gem. § 356a StPO geltend gemacht.

Darüber hinaus hat sie seit der Begründung ihres Einspruchs gegen den Strafbefehl immer wieder betont, dass eine Strafbarkeit wegen der Entnahme weggeworfener Lebensmittel nicht in Betracht kommen könne, da dadurch keinerlei schutzwürdiges Interesse tangiert ist. Damit hat sie der Sache nach die hier im Einzelnen verfassungsrechtlich begründete Grenze des Pönalisierbaren geltend gemacht.



Die Beschwerdeführerin war demgegenüber nicht gehalten, die verfassungsrechtlichen Argumente bereits im Ausgangsverfahren in allen Einzelheiten auszuführen. Der an § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG anknüpfende Grundsatz der materiellen Subsidiarität verlangt keine Konstitutionalisierung und von der Sache nicht gebotene Überfrachtung des fachgerichtlichen Verfahrens,

BVerfGE 112, 50 (61).

Die Beschwerdeführerin durfte sich für ihr Rechtsschutzziel, einen Freispruch, auf einfach-rechtliche Ausführungen zur Frage der Dereliktion konzentrieren.

### III. Betroffenheit

Die Beschwerdeführerin ist von den Entscheidungen des Amtsgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen, weil sie eines Diebstahls schuldig gesprochen wurde und gem. § 59 StGB unter Strafvorbehalt verwarnt wurde.

### IV. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin aus den in der Begründetheit dargestellten Gründen in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, da sie die nach dem Übermaßverbot gezogenen Grenzen des staatlichen Strafs überschreiten. Die Beschwerdeführerin macht sich für die Rüge der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ausdrücklich die untenstehenden Ausführungen zur Begründetheit zu eigen.



## V. Vorliegen der Annahmenvoraussetzungen

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen. Zum einen wirft sie grundsätzliche, bisher ungeklärte verfassungsrechtliche Fragen zu den grundrechtlichen Grenzen des Bereichs des Strafbaren unter dem Aspekt des ultima-ratio-Grundsatzes auf und ist daher gem. § 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG zur Entscheidung anzunehmen. Zum anderen ist die Annahme gem. § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Mit der Versagung der Entscheidung würde ihr in Gestalt der Aufrechterhaltung der strafrechtlichen Verurteilung ein schwerer Nachteil entstehen.

## D. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Entscheidungen greifen trotz der bloßen Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB in Grundrechte der Beschwerdeführerin ein (dazu I). Eingriffe durch strafrechtliche Verurteilungen müssen die aus dem Übermaßverbot bestehenden verfassungsrechtlichen Grenzen wahren, danach darf das Strafrecht nur bei einem Mindestmaß an Sozialschädlichkeit zum Einsatz kommen (dazu II). Dieses Mindestmaß ist hier nicht erreicht. Die Gerichte des Ausgangsverfahrens haben eine verfassungswidrige Verurteilung der Beschwerdeführerin weder auf prozessualen Wege noch im Rahmen der Auslegung des § 242 StGB abgewendet (dazu III).

### I. Grundrechtseingriff

#### 1. Verbot des „Containern“ als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit

Mit der Verurteilung der Beschwerdeführerin bzw. der Verwerfung ihrer Revision haben die Gerichte des Ausgangsverfahrens die strafbewehrte Verhaltensnorm des Diebstahlsverbots (§ 242 StGB) auf das „Containern“ erstreckt. Sie haben damit der in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten





allgemeinen Handlungsfreiheit der Beschwerdeführerin insoweit eine Schranke gezogen.

2. Ausspruch einer Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit

Die angegriffenen Entscheidungen greifen ferner dadurch in die Grundrechte der Beschwerdeführerin ein, dass sie sie strafrechtlich schuldig sprechen und ihr in Form einer Verwarnung gem. § 59 StGB eine strafrechtliche Sanktion erteilen.

a) Eine Verwarnung unter Strafvorbehalt ist eine Sanktion für ein strafrechtlich relevantes Verhalten. Sie beinhaltet einen staatlichen Schuldspruch, allein die Verhängung der konkreten Strafe ist auflösend bedingt. Bereits der Schuldspruch als solcher greift wegen des darin zum Ausdruck kommenden Vorwurfs, der Täter habe elementare Werte des Gemeinschaftslebens verletzt, in die Grundrechte ein. Er enthält eine sozialetische Missbilligung,

BVerfGE 109, 133 (173); Radtke, in: MünchKomm-StGB, 3. Aufl. 2016, Vor § 38 Rn. 14

Auch durch eine Verwarnung gem. § 59 StGB wird eine Tat missbilligt,

Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 42. Edition, Stand 01.05.2019, § 59 Rn. 5; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 59 Rn. 2.

Wegen dieser expressiv-kommunikativen Funktion des Schuldspruchs handelt es sich um einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG,

Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 462; Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 625 ff., 629; Jahn/Brodowski, JZ 2016, 975 f.

Die Gerichte des Ausgangsverfahrens haben die Beschwerdeführerin mit dem sozialen Makel belegt, einen Diebstahl begangen zu haben.



b) Ferner greift die vorbehaltene Geldstrafe in die allgemeine Handlungsfreiheit der Beschwerdeführerin ein. Zwar ist im Moment der Verurteilung noch ungewiss, ob sie diese zahlen muss. Wegen der Möglichkeit der Verhängung im Fall des Bewährungswiderrufs nach § 59b StGB, muss sie aber ungeachtet der Aussetzung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sein,

Kaspar: Verhältnismäßigkeit, S. 629.

c) Das Urteil enthält auch darüber hinaus spürbare Belastungen der Beschwerdeführerin, die als Eingriff in ihre allgemeine Handlungsfreiheit zu werten sind.

(1) Das Amtsgericht hat die Verwarnung unter Strafvorbehalt gem. § 59 StGB mit der Auflage an die Beschwerdeführerin verbunden, acht Stunden gemeinnützige Arbeit bei der Tafel Fürstenfeldbruck zu leisten.

(2) Eine Bewährungszeit ist mit psychologischen Belastungen verbunden. Während dieser Zeit müssen die Verwarnten zeigen, dass sie sich die gewährte Vergünstigung verdient haben. Begeht eine verwarnte Person eine Straftat oder verstößt gröblich und beharrlich gegen Bewährungsaufgaben, so erfolgt gem. §§ 59b Abs. 1, 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB unmittelbar die Verurteilung, ohne dass erneut ein Strafverfahren durchgeführt wird. Dies führt dazu, dass sich die Betroffenen, selbst wenn sie nicht beabsichtigen, weitere Straftaten zu begehen, einem besonderen Überwachungsdruck ausgesetzt fühlen und unter Umständen von bestimmten Verhaltensweisen, bei denen sie strafrechtliche Sanktionen fürchten, absehen.

(3) Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin gem. § 465 Abs. 1 Satz 2 StPO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

(4) Weiterhin ist die Verwarnung gem. § 4 Nr. 3, 5 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BZRG während der Bewährungszeit im Bundeszentralregister eingetragen. Sie



erscheint zwar nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 BZRG nicht im Führungszeugnis. Allerdings haben bestimmte Behörden, etwa die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, nach § 41 BZRG ein unbeschränktes Auskunftsrecht.

## II. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Beschränkungen des Grundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG sind nur zulässig, wenn sie die dafür bestehenden Schranken-Schranken wahren. Insbesondere müssen Eingriffe mit Blick auf die Gemeinwohlziele, zu deren Zweck sie erfolgen, die Verhältnismäßigkeit wahren. Dies gilt in besonderer Weise auch für die Androhung und Verhängung von Sanktionen. Dabei muss nicht nur die strafbewehrte Verhaltensnorm den verfassungsrechtlichen Maßstäben genügen. Die Strafbewehrung und die konkrete strafrechtliche Reaktion auf den Verstoß bedürfen wegen ihrer eigenständigen Eingriffsqualität einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Insoweit ergibt sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass strafrechtliche Reaktionen nur auf Verhalten erfolgen dürfen, das ein Mindestmaß an Sozialschädlichkeit erreicht (dazu 1). Verurteilungen, die unter diesem Aspekt gegen Grundrechte verstießen, lassen sich durch prozessuale Einstellungsmöglichkeiten nicht in jedem Fall vermeiden (dazu 2). Vielmehr bedarf es einer verfassungskonformen einschränkenden Auslegung der jeweiligen Tatbestände (dazu 3).

### 1. Verfassungsrechtliche Grenzen der Kriminalisierung von Verhalten (Strafrecht als ultima ratio)

Strafrechtliche Verurteilungen müssen wie alle Grundrechtseingriffe dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Die Androhung, Verhängung und Vollstreckung von Strafen muss geeignet und erforderlich sein, das Gemeinwohlziel der Prävention von Verstößen gegen (als solche verfassungsmäßige) Verhaltensgebote zu erreichen. Ferner darf die Intensität





des Eingriffs nicht außer Verhältnis zur Förderung des Ziels stehen.

Das staatliche Strafen stellt eine besonders intensive Form von Grundrechtseingriffen dar. Strafrechtliche Sanktionen, insbesondere Freiheitsstrafen, belasten die Betroffenen schwer. Unabhängig von der Strafe stellt jede strafrechtliche Verurteilung schon wegen des damit ausgesprochenen sozioethischen Unwerturteils einen erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar (siehe oben D I 2). Dementsprechend bedürfen Strafgesetze und Strafurteile einer besonders strengen Kontrolle am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt ausgeführt, das Strafrecht dürfe angesichts seiner besonderen Eingriffsintensität aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur als ultima ratio des rechtlichen Schutzes eines geordneten Gemeinschaftslebens zur Anwendung kommen. Es sei auf Verhalten zu beschränken, das „über das Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“,

BVerfGE 88, 203 (258); 120, 224 (240).

Aufgabe des Strafrechts sei es, „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“, „die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“ zu schützen,

BVerfGE 27, 18 (29); 39, 1 (46); 45, 187 (253); 88, 203 (257).

Im Cannabis-Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, die Durchsetzung des grundsätzlichen Verbots des Umgangs mit Cannabisprodukten gerade mit dem Mittel der Kriminalstrafe sei deshalb gerechtfertigt, weil es sich bei Verstößen gegen das Verbot nicht nur um Ungehorsam gegenüber Verwaltungsvorschriften handle, sondern wichtige Gemeinschaftsbelange gefährdet würden,

BVerfGE 90, 145 (184).



Das Bundesverfassungsgericht hat aber problematisiert, dass sich die umfassende Strafbarkeit im Einzelfall als übermäßig erweisen könne. Die Gefährdung der Gemeinschaftsgüter könne in bestimmten Fällen ein so geringes Maß erreichen, dass eine Bestrafung im Blick auf die Freiheitsrechte des Betroffenen und unter Berücksichtigung der individuellen Schuld des Täters und darauf abhebender spezialpräventiver kriminalpolitischer Ziele eine übermäßige und deshalb verfassungswidrige Sanktion darstellen könne,

BVerfGE 90, 145 (185).

Die materielle Grenze des Pönalisierbaren ergibt sich aus einer Abwägung zwischen der Eingriffstiefe und der Bedeutung der verfolgten Zwecke. Als maßgebliche Faktoren werden in der Literatur die Art der geschützten Güter und die Frage, ob sie selbst Verfassungsrang haben, die Gefährlichkeit des inkriminierten Verhaltens sowie dessen Verwerflichkeit angesprochen. Ein bloß formaler Rechtsungehorsam rechtfertigt eine Pönalisierung dabei nicht,

vgl. Lagodny, Schranken der Grundrechte, S. 418 ff. i.L.a.; Kaspar, Verhältnismäßigkeit, S. 427 ff.

Eine Pönalisierung muss demnach ausscheiden, wenn das betroffene Verhalten schutzwürdige Interessen anderer Grundrechtsträger oder der Allgemeinheit nicht oder nur ganz geringfügig beeinträchtigt.

Die Strafgerichte müssen die verfassungsrechtliche Geringfügigkeitsgrenze für den Einsatz des Strafrechts bei der Auslegung und Anwendung von Straftatbeständen im Ergebnis wahren. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit in der Vergangenheit auf strafprozessuale Lösungsmöglichkeiten verwiesen; allerdings können die Gerichte diese nur eingeschränkt zur Vermeidung übermäßiger Verurteilungen nutzen (dazu 2). Demgegenüber steht ihnen ein materiell rechtlicher Weg zur Verfügung, um einer übermäßigen Ausdehnung der Strafbarkeit effektiv entgegenzutreten: Sie können allgemeine Straftatbestände für Konstellationen, in denen eine



Strafbarkeit gegen Grundrechte verstieße, verfassungskonform einschränkend auslegen (dazu 3).

## 2. Einstellung des Strafverfahrens

Gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten zur Einstellung von Strafverfahren ohne Auflagen können zwar in bestimmten Fällen dem Schutz Betroffener vor übermäßigem Strafverfahren dienen (dazu a). Sie sind jedoch dann nicht geeignet, eine gegen das Übermaßverbot verstoßende Verurteilung zu verhindern, wenn die Einstellung im konkreten Fall an der Weigerung der Staatsanwaltschaft scheitert (dazu b).

### a) Einstellungsmöglichkeiten als Schutz vor übermäßigem Strafverfahren

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bieten strafprozessuale Mechanismen, durch die der Verfolgungszwang begrenzt und aufgelockert wird, Möglichkeiten, dem geringen Unrechtsgehalt einer Tat Rechnung zu tragen,

BVerfGE 50, 205 (213 ff.); 90, 145 (189 f.).

Im Cannabis-Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht den Einstellungsmöglichkeiten nach § 31a BtMG, der eine *lex specialis* zu § 153 StPO darstellt, eine zentrale Bedeutung für die Wahrung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes beigemessen. Bei gelegentlichem Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten ohne Fremdgefährdung seien die Voraussetzungen des § 31a BtMG regelmäßig erfüllt; in dieser Situation hätten die Strafverfolgungsorgane von der Verfolgung grundsätzlich abzusehen,

BVerfGE 90, 145 (189 f.).

Die Einstellungsmöglichkeiten wegen einer als gering anzusehenden Schuld und dem Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung nach





§ 153 StPO und § 31 BtMG haben danach nicht allein den Zweck, den Strafverfolgungsbehörden ein Mittel an die Hand zu geben, der Überlastung durch eine Vielzahl von Bagatelverfahren beizukommen. Vielmehr dienen sie auch dem Schutz des Einzelnen vor einem Strafverfahren, das mit Blick auf den geringen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat gegen das Übermaßverbot verstieße. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens nicht als im freien Ermessen der Verfolgungsorgane liegend eingestuft, sondern als „rechtlich gebundene Entscheidung“ bezeichnet,

BVerfGE 90, 145 (190).

Ebenso entfaltet das für einige Delikte vorgesehene grundsätzliche Erfordernis eines Strafantrags etwa nach §§ 230, 248a, 303c StGB eine gewisse Schutzfunktion für Beschuldigte, einer Strafverfolgung ohne den Willen des Verletzten nur dann ausgesetzt zu werden, wenn hierin ein besonderes öffentliches Interesse gesehen wird.

Dagegen dient eine Einstellung des Verfahrens gegen Auflage nach § 153a StPO nicht in derselben Weise dem Schutz des Beschuldigten. Zwar kommt es hier zu keiner Missbilligung durch eine Verurteilung. Allerdings wirkt die Verpflichtung, der Auflage nachzukommen, sanktionsähnlich. Die staatliche Sanktionierung kriminellen Verhaltens erfolgt hier in einem Akt der Selbstunterwerfung des Beschuldigten,

Peters in MünchKomm-StPO, 2016, § 153a Rn. 2; Beulke in Löwe/Rosenberg, StPO, 77. Aufl. 2017, § 153a Rn. 2.

Dem Sanktionscharakter der Einstellung gegen Auflage entspricht auch, dass nach § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO Strafklageverbrauch eintritt.



b) Keine Einstellungsmöglichkeiten gegen den Willen der Staatsanwaltschaft

Die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten zur Einstellung ohne Auflage sind jedoch dann nicht geeignet, einen Verstoß gegen den Ultima-ratio-Grundsatz zu verhindern, wenn die Staatsanwaltschaft auf der Strafverfolgung beharrt. Die Weigerung der Staatsanwaltschaft, ein Verfahren einzustellen oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens einer Einstellung des Gerichts nach § 153 Abs. 2 StPO zuzustimmen, wird in der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur als deren freie, unüberprüfbare Entscheidung gewertet. Die Verweigerung der Zustimmung stelle weder einen nach §§ 23 ff. EGGVG anfechtbaren Justizverwaltungsakt dar, noch sei das Gericht befugt, eine seiner Auffassung nach zu Unrecht verweigerte Zustimmung der Staatsanwaltschaft zu einer Einstellung zu übergehen,

Peters in MünchKomm-StPO, 2016, § 153 Rn. 48; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 153 Rn. 26; Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 153 Rn. 32; Weßlau/Deiters in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 153 Rn. 4 ff, 63.

Ebenso wird die Formulierung etwa in §§ 230, 248, 303c StGB, wonach ein Verfahren ohne den beim jeweiligen Delikt grundsätzlich erforderlichen Strafantrag durchgeführt werden kann, wenn „die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält“, als Verweis auf ein Ermessen der Staatsanwaltschaft gedeutet,

BGHSt 16, 225 ff.; BayObLG NJW 1991, 1765; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 230 Rn. 3; Hardtung in MünchKomm-StGB, 3. Aufl. 2017, § 230 Rn. 20.

oder als unbestimmter Rechtsbegriff, der wegen eines Beurteilungsspielraums der gerichtlichen Nachprüfung entzogen sei,

vgl. Hardtung a.a.O. Rn. 21.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat eine gerichtliche Überprüfbarkeit der staatsanwaltlichen Entscheidung verneint. Offen gelassen hat das



Bundesverfassungsgericht lediglich, ob die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses durch die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise dann einer richterlichen Kontrolle unterliegt, wenn sie sich angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalles als objektiv willkürlich erweist,

BVerfGE 51, 176 (186).

Auf der Grundlage dieser Auffassung stößt die Möglichkeit der Strafgerichte, dem Übermaßverbot durch prozessuale Mechanismen Rechnung zu tragen, an Grenzen. Soweit das Übermaßverbot nur die Intensität einer Sanktion betrifft, wirkt sich das Verhalten der Staatsanwaltschaft letztlich nicht aus. Das Gericht ist bei der Festsetzung der Sanktion nicht an den Antrag der Staatsanwaltschaft, sondern allein an die gesetzlichen Strafraumen gebunden. Soweit dagegen eine Verurteilung als solche wegen ihres stigmatisierenden Effekts gegen das Übermaßverbot verstößt, hilft das Sanktionenrecht nicht weiter. In diesem Fall ändert selbst die Verhängung der mildesten Sanktion nichts an der Verfassungswidrigkeit der Verurteilung,

Lagodny, Schranken der Grundrechte, S. 460 ff.

### 3. Verfassungskonforme Auslegung von Straftatbeständen

Zur Wahrung der durch den Ultima-ratio-Grundsatz gezogenen Untergrenze des Bereichs des Strafbaren können die Gerichte auf eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung zurückgreifen (dazu a). Dies bietet sich vor allem für Fälle an, die im Vergleich zu anderen von einem Straftatbestand erfassten Fällen atypisch erscheinen. Ist dagegen die Strafbarkeit einer Fallkonstellation vom Gesetzgeber erkennbar beabsichtigt, müssen die Strafgerichte anstelle einer verfassungskonformen Auslegung den Tatbestand dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen (dazu b).





a) In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass die Strafgerichte mit einer einschränkenden Auslegung von Tatbeständen eine in bestimmten Fallkonstellationen verfassungswidrige Strafbarkeit ausschließen können.

Eine einschränkende Auslegung von Straftatbeständen zur Wahrung materieller Grundrechtspositionen ist vom Verbot der Gerichte aus Art. 103 Abs. 2 GG zu unterscheiden, die Strafbarkeit über den möglichen Wortsinn hinaus auszudehnen, wodurch die Strafbarkeit für die Normadressaten nicht mehr vorhersehbar wäre,

BVerfGE 92, 1; NJW 2007, 1666; NJW 2008, 3627.

Demgegenüber kann mit Blick auf materielle Grundrechtsgarantien auch eine Auslegung unzulässig sein, die mit dem Wortlaut zwangslos zu vereinbaren ist.

Bisher hat das Bundesverfassungsgericht eine Pflicht der Strafgerichte zur einschränkenden Auslegung von Straftatbeständen vor allem zur Wahrung von Spezialgrundrechten wie der Glaubens- und der Meinungsfreiheit angenommen,

BVerfGE 32, 98; 93, 266; BVerfG (K) NJW 2009, 908.

Zur Wahrung der Berufsausübungsfreiheit von Strafverteidigern hat das Bundesverfassungsgericht eine teleologische Reduktion des § 261 StGB gefordert. Entgegen dem nach dem Wortlaut naheliegenden Verständnis dürfe die Annahme eines Honorars nur dann als strafbare Geldwäsche gewertet werden, wenn er sicher von dessen Herkunft aus einer Katalogtat weiß,

BVerfGE 110, 226.



Eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung von Tatbeständen kann aber auch die Wahrung des Übermaßverbots sicherstellen. Im Bereich der Ordnungswidrigkeiten hat das Bundesverfassungsgericht eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „geschäftsmäßigen Rechtsberatung“ nach dem damaligen Rechtsberatungsgesetz gefordert, um einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG eines pensionierten Richters durch die Verhängung eines Bußgelds zu vermeiden,

BVerfG (K) NJW 2004, 2662.

b) Eine verfassungskonforme Auslegung ist allerdings nur im Rahmen methodischer Grenzen möglich. Sie setzt zwar nicht voraus, dass hierfür im Wortlaut ein Anknüpfungspunkt besteht; dieser darf jedoch nicht entgegenstehen,

Kaspar, Verhältnismäßigkeit, S. 527.

Die Pflicht der Fachgerichte zur verfassungskonformen einschränkenden Auslegung von Gesetzen endet darüber hinaus dort, wo ein Sachverhalt auch nach einem eindeutig feststellbaren Willen des Gesetzgebers von der Regelung erfasst sein sollte. Den Konflikt zwischen der Bindung der Fachgerichte an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) und der an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) löst das Grundgesetz durch die Pflicht, das Gesetz dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt Auslegungen der Fachgerichte, zu denen diese sich aus grundrechtlichen Gründen gezwungen gesehen haben, als Verstoß gegen die Gesetzesbindung und die Vorlagepflicht gewertet,

BVerfGE 119, 247 [274]; 138, 64 [89]; 149, 126 [Rn. 71 ff.].

Eine verfassungskonforme Auslegung kommt danach vor allem für mit Blick auf eine Regelung insgesamt atypische Fallkonstellationen in Betracht, die



der Gesetzgeber nicht im Blick hatte. Durch die einschränkende Auslegung eines Straftatbestands für bei der Normsetzung nicht bedachte Härtefälle wird die Geltung des abstrakt-generellen Rechtssatzes nicht in Frage gestellt, eine Korrektur von Entscheidungen des Strafgesetzgebers durch die Gerichte erfolgt hier gerade nicht,

Lagodny, Schranken der Grundrechte, S. 466 f.; Kaspar, Verhältnismäßigkeit, S. 529.

### III. Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Entscheidungen

Die angegriffenen Entscheidungen verkennen die dem Bereich des Strafrechts gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen. Die Strafurteile dienen nicht dem Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens, denn die Firma Edeka hatte keinerlei schutzwürdiges Interesse an den weggeworfenen Lebensmitteln (dazu 1). Die Gerichte des Ausgangsverfahrens haben eine Verurteilung der Beschwerdeführerin weder durch eine Einstellung des Verfahrens (dazu 2), noch durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 242 StGB abgewendet (dazu 3).

#### 1. Kein schutzwürdiges Interesse der Firma Edeka

Die Strafurteile dienen nicht dem Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens oder der Bewahrung wichtiger Gemeinschaftsbelange, denn die Firma Edeka hatte kein schutzwürdiges Interesse an den weggeworfenen Lebensmitteln. Insbesondere ergibt sich kein, mit den Mitteln des Strafrechts, zu schützendes Interesse der Firma Edeka aus möglichen Haftungsrisiken für Gesundheitsbeschwerden derjenigen, die die Lebensmittel verzehren (dazu a). Auch das Interesse am Verkauf der regulär angebotenen Ware ist kein Gemeinwohlbelang, der den Schutz der entsorgten Lebensmittel rechtfertigt (dazu b). Vielmehr steht dem strafrechtlichen Schutz entsorgter Lebensmittel die verfassungsrechtliche Wertentscheidung





für den Schutz natürlichen Lebensgrundlagen gemäß Art. 20a GG entgegen (dazu c).

a) Keine relevanten Haftungsrisiken

Ein schutzwürdiges Interesse der Firma Edeka ergibt sich nicht aus Haftungsrisiken für etwaige Gesundheitsschäden nach Verzehr verdorbener Lebensmittel. Die Firma Edeka haftet bei Wegfall der Strafbarkeit des „Containerns“ weder strafrechtlich (dazu (1)) noch zivilrechtlich (dazu (2)) für Gesundheitsschäden, die aus dem eigenverantwortlichen Verzehr verdorbener Lebensmittel aus dem Müllcontainer folgen.

(1) Strafrechtliche Haftung

Eine strafrechtliche Zurechnung etwaiger Gesundheitsbeeinträchtigung durch den Verzehr verdorbener Lebensmittel nach § 229 StGB ist aufgrund der hier einschlägigen eigenverantwortlichen Selbst- bzw. Drittgefährdung zu verneinen. Auch die Entkriminalisierung des „Containerns“ würde nicht zu einer verschärften strafrechtlichen Haftung der Firma Edeka führen.

Der Supermarkt setzt zwar durch die Entsorgung der Lebensmittel eine notwendige Bedingung für den Verletzungserfolg, unmittelbar herbeigeführt wird er jedoch erst durch denjenigen, der die verdorbenen Lebensmittel dem Müllcontainer eigenverantwortlich entnimmt und verzehrt. Der Zurechnung einer hieraus folgenden Gesundheitsschädigung steht das Verantwortungsprinzip entgegen, wonach jeder sein Verhalten grundsätzlich nur darauf einzurichten hat, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber auch darauf, dass andere dies nicht tun,

Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 101; OLG Rostock NSiZ 2001, 200.

Das Verantwortungsprinzip wird hier nicht durch eine Garantenpflicht der Firma Edeka durchbrochen. Zwar müssen Eigentümer oder Besitzer von



Sachen oder Anlagen die davon ausgehenden Gefahren kontrollieren und verhindern, dass es zu Verletzungen Dritter kommt. Diese sachbezogene Sicherungspflicht findet jedoch ebenfalls ihre Grenze in Fällen eigenverantwortlicher Selbstschädigung,

Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 43a.

Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegt bei der Verwertung entsorgter Lebensmittel aus dem Müllcontainer vor. Menschen, die Nahrungsmittel aus dem Müllcontainer weiterverwenden, handeln in Kenntnis der Gefahren, die beispielsweise von verdorbenen tierischen Produkten ausgehen können. Sie wissen, dass diese Lebensmittel entsorgt wurden, weil sie womöglich das Mindesthaltbarkeitsdatum überschritten haben oder aus anderen Gründen als nicht mehr marktauglich eingestuft wurden.

Dieser Beurteilung steht auch nicht entgegen, dass der Supermarkt selbst einen besseren Überblick hat, aus welchen Gründen einzelne Lebensmittel entsorgt wurden. Entscheidend ist, dass der Supermarkt den Verwender der entsorgten Lebensmittel nicht absichtlich täuscht, indem er beispielsweise genießbare Lebensmittel mit schädlichen Substanzen übergießt,

vgl. Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 101e.

Bei fachgerecht entsorgten Lebensmitteln hat derjenige, der sie dem Müllcontainer entnimmt, hingegen ausreichende Kenntnis über die Gefahrenlage, um eine eigenverantwortliche Entscheidung über den Verzehr zu treffen.

Eine strafrechtliche Verantwortung der Firma Edeka ist auch bei Wegfall der Strafbarkeit des Containers zu verneinen. Zwar muss der Supermarkt dann vermehrt mit einer Entnahme von Lebensmitteln rechnen und gegebenenfalls deutlicher vor den Gefahren warnen,

vgl. Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 44.



Aber jedenfalls wenn eine Warnung erfolgt, ist eine Strafbarkeit wiederum durch die eigenverantwortliche Selbstgefährdung ausgeschlossen.

Auch eine Strafbarkeit wegen Inverkehrbringens gesundheitsschädlicher Lebensmittel nach § 58 Abs. 2 Nr. 1 des Lebens- und Futtermittelgesetzbuchs in Verbindung mit Art. 14 der Verordnung (EG) 178/2002 kommt nicht in Betracht. Der Begriff des Inverkehrbringens umfasst zwar nach Art. 3 Nr. 8 der Verordnung auch andere Formen der Weitergabe von Lebensmitteln als den Verkauf. Bei der Entsorgung von Lebensmitteln im Abfall handelt es sich jedoch nicht um eine Weitergabe zum Verzehr. Vielmehr führt erst die eigenverantwortliche Entnahme durch Dritte zur Weiterverwertung der Lebensmittel. Für diese Bewertung spricht auch die Zielsetzung des Lebensmittelrechts, das sicherstellen will, dass Menschen auf die Unbedenklichkeit von Lebensmitteln vertrauen können. Ein solches Vertrauen ist bei der eigenverantwortlichen Entnahme von Lebensmitteln aus einem Abfallcontainer von vornherein nicht gegeben.

## (2) Zivilrechtliche Haftung

Zu einer ähnlichen Beurteilung gelangt man bei Betrachtung der zivilrechtlichen Haftung. Auch einer Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB steht die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Lebensmittelverwenders entgegen. Eine Strafbarkeit des Containers zur Vermeidung von Haftungsrisiken ist weder erforderlich, noch vom Schutzzweck des Strafrechts erfasst.

Richtig ist, dass die Strafbarkeit des Containers den Umfang der erforderlichen Verkehrssicherungspflichten des Supermarktes mindern kann. Bei Vorliegen öffentlich-rechtlicher oder strafrechtlicher Verbote besteht eine Absicherungspflicht nur, wenn der Pflichtige davon ausgehen muss, dass eine unbefugte Nutzung stattfindet und zudem eine außerordentliche Gefahrenlage besteht,





Spindler in BeckOGK-BGB, 1.8.2019, § 823 Rn. 410, 411.

Doch auch bei Wegfall der Strafbarkeit ist eine zivilrechtliche Haftung nicht zu befürchten. Zum einen kann die Firma Edeka eigene Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr treffen, beispielsweise indem sie, wie bereits geschehen, den Container verschließt oder Warnhinweise bzw. Verbotsschilder anbringt und damit die berechtigten Verkehrserwartungen beeinflusst. Diese Verkehrssicherungspflichten bestehen zudem ganz unabhängig davon, ob die entsorgten Lebensmittel noch als Eigentum der Firma Edeka zu betrachten sind.

Zum anderen steht auch im Zivilrecht die eigenverantwortliche Selbstgefährdung einer Haftung entgegen. Nicht nur der Verkehrspflichtige muss Verletzungen abwehren, Eintritt und Umfang des Schadens hängen genauso von den Sorgfaltsvorkehrungen des Opfers ab. Insbesondere müssen Betroffene auf erkennbare Gefahrquellen durch eigene Sorgfalsanstrengungen reagieren,

BGH NJW 2008, 3775 Rn. 10; VersR 2014, 78 Rn. 17.

Der Verkehrspflichtige kann darauf vertrauen, dass Dritte offensichtliche Gefahren erkennen und sich selbst schützen. So muss vor Gefahren, die „mit Händen zu greifen sind“, nicht einmal gewarnt werden, weil die Gefahrenquelle „vor sich selbst warnt“,

OLG Stuttgart, Urteil vom 9. 2. 2010 - 12 U 214/08.

So liegt es hier: Die Gefahr, dass ein Lebensmittelcontainer auch verdorbene Lebensmittel enthält, ist für jedermann erkennbar. Die Lebensmittelnutzer können die erforderlichen Vorkehrungen treffen und verderbliche Lebensmittel überprüfen oder vermeiden.

Im Übrigen gilt sowohl hinsichtlich der zivilrechtlichen als auch der



strafrechtlichen Haftung, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts ist, private Wirtschaftsakteure vor etwaigen Haftungsrisiken zu schützen, denen sie ohne Weiteres selbst durch zumutbare Sicherungsvorkehrungen vorbeugen können.

b) Umsatzerwartungen nicht vom Strafzweck erfasst

Ein schutzwürdiges Interesse der Firma Edeka an den entsorgten Lebensmitteln lässt sich auch nicht mit dem Interesse am Verkauf der regulären Ware begründen.

Es ist nicht zu erwarten, dass eine Entkriminalisierung zu einem relevanten Anstieg des „Containerns“ führen wird. Für die meisten Menschen ist das Durchwühlen von Müllcontainern auch ohne das Risiko strafrechtlicher Haftung mit einem gesellschaftlichen Stigma verbunden. Umsatzeinbußen im relevanten Umfang sind daher seitens der Firma Edeka nicht zu befürchten.

Zudem ist fraglich, ob das Interesse des Supermarkts am Verkauf der regulären Ware vom Schutz des Eigentums an den entsorgten Lebensmitteln umfasst ist.

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt das Recht des „Habens“ und „Gebrauchens“ an einem konkreten Gegenstand,

so Papier/Shirvani in Maunz/Dürig, GG, 83. Lieferung April 2018, Art. 14 Rn. 146.

Als Eigentum geschützt wird nur eine Rechtsposition, die dem Rechtssubjekt bereits zusteht,

BVerfGE 108, 370 (384).

Keinen Eigentumsschutz genießen bloße Gewinnerwartungen, Chancen oder Erwerbsmöglichkeiten,



BVerfGE 68, 193 (222).

Geht man davon aus, dass die Firma Edeka noch Eigentümerin der entsorgten Lebensmittel ist, beschränkt sich ihr Interesse an den entsorgten Lebensmitteln auf ein reines Entsorgungs- bzw. Vernichtungsinteresse. Man mag gleichwohl argumentieren, dass diese Verfügungsbefugnis ganz unabhängig von dahinterliegenden Motiven vom Eigentumsschutz umfasst sein muss. Deswegen steht es der Firma Edeka auch frei, ihrer Verfügungsmacht durch Verbotsschilder oder Schlösser Geltung zu verschaffen.

Ein reines Entsorgungsinteresse darüber hinaus mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen führt hingegen zu weit und kann schwerlich mit Gemeinwohlbelangen begründet werden,

— vgl. auch Lorenz, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1, „Containern von Lebensmitteln entkriminalisieren?“

c) Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Art 20a GG

Bei der Beurteilung der Strafwürdigkeit des Containerns ist der Gemeinwohlbelang eines verantwortungsvollen und nachhaltigen Umgangs mit Lebensmitteln zu berücksichtigen. In besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unerträglich ist nicht die Verwertung entsorgter Lebensmittel, sondern ihre massenhafte Verschwendung durch Vernichtung.

Das Grundgesetz trifft eine klare Wertentscheidung für den Schutz natürlicher Lebensgrundlagen gemäß Art. 20a GG. Aus der Verantwortung für künftige Generationen folgt das Prinzip der Nachhaltigkeit und damit die Verpflichtung zum sparsamen Umgang mit natürlichen Ressourcen,

Huster/Rux, in: BeckOK, GG, 41. Edition, Stand 15.02.2019, Art. 20a, Rn. 10ff.;  
Scholz, in: Maunz/Düing, GG, 40. Lieferung Juni 2002, Art. 20a, Rn. 36.





Art. 20a GG enthält zwar unmittelbar nur wenige inhaltliche Vorgaben, sondern erteilt dem Gesetzgeber einen Gestaltungsauftrag, Maßnahmen zum Umwelt- und Tierschutz zu ergreifen. Dann müssen sich aber Exekutive und Gerichte an der gesetzgeberischen Umsetzung des Staatsziels orientieren und dürfen keine Entscheidungen treffen, die die einschlägigen Schutzkonzepte und die dahinterstehenden Lenkungsintention konterkarieren. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht im Erlass einer Hennenhaltungsverordnung ohne die im Tierschutzgesetz vorgesehene Anhörung der Tierschutzkommission einen Verstoß gegen Art. 20a GG gesehen,

BVerfGE 127, 293 (328 f.).

Die Entsorgung zur Vernichtung von noch verzehrbaren Lebensmitteln ist mit einer erheblichen Verschwendung von Ressourcen verbunden. Nach der Studie des WWF „Das große Wegschmeißen“ aus dem Jahr 2015 gehen jährlich 18 Mio. t Nahrungsmittel verloren. Fast 10 Mio. t davon wären vermeidbar. 14 Prozent davon gehen als Verteilungsverluste beim Groß- und Einzelhandel verloren. Wiederum 90 % dieser Verluste sind vermeidbar,

WWF: „Das große Wegschmeißen“, 2015, S. 7 ff., abrufbar auf:  
[http://mobil.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/WWF\\_Studie\\_Das\\_grosse\\_Wegschmeissen.pdf](http://mobil.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/WWF_Studie_Das_grosse_Wegschmeissen.pdf),  
zuletzt abgerufen am 7. November 2019.

Gründe für die vorzeitige Entsorgung im Einzelhandel sind vielfältig: Mal ist das Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen, mal entsprechen die Produkte nicht den hohen Anforderungen der Verbraucher an Qualität, Frische und Aussehen, mal herrscht in den Supermärkten schlicht ein Überangebot an Waren.

Diese Überproduktion ist mit erheblichen Folgen für die Umwelt verbunden. Bei Herstellung und Transport nicht verzehrter Lebensmittel werden unnötig Energie, Wasser und Flächen beansprucht sowie Dünge- und



Pflanzenschutzmittel verwendet. Beim Abtransport und bei der Verwertung weggeworfener Lebensmittel wird erneut Energie verbraucht. Die Abfälle heizen so indirekt den Klimawandel an.

Um dieses Problem zu lösen, bedarf es auch mit Blick auf die Verpflichtung zur Nachhaltigkeit aus Art. 20a GG politischer Maßnahmen. Erst dieses Jahr bekannten sich die Justizminister der Länder auf der Justizministerkonferenz zu dem Ziel, dass die Lebensmittelvernichtung möglichst vermieden werden sollte. Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft ist zu Beginn des Jahres 2019 mit der „Nationale(n) Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung“ tätig geworden,

[https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ernaehrung/Nationale\\_Strategie\\_Lebensmittelverschwendung\\_2019.pdf?blob=publicationFile](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ernaehrung/Nationale_Strategie_Lebensmittelverschwendung_2019.pdf?blob=publicationFile), zuletzt abgerufen am 7. November 2019.

In diesem Zusammenhang hat das Ministerium auch eine Informationskampagne mit dem Titel „Zu gut für die Tonne“ gestartet.

Diesem Ansatz widerspricht eine strafrechtliche Verurteilung des Containers. Wenn die Politik einen Bewusstseinswandel fordert und für mehr Wertschätzung von Lebensmitteln wirbt, dann darf dies nicht über das Strafrecht als ultima ratio der staatlichen Handlungsinstrumente konterkariert werden,

vgl. auch Vergho, StraFo 2013, 15.

## 2. Keine Abwendung einer Verurteilung auf strafprozessualen Weg

Die Gerichte des Ausgangsverfahrens haben sich daran gehindert gesehen, eine Verurteilung der Beschwerdeführerin wegen „Containers“ auf prozessualen Weg abzuwenden. Nachdem die Staatsanwaltschaft vorgerichtlich eine Einstellung nach § 153 Abs. 1 StPO abgelehnt hatte, war auch sicher zu erwarten, dass sie einer Einstellung durch das Gericht nach §



153 Abs. 2 StPO nicht zustimmen würde.

Ferner hat die Staatsanwaltschaft mit Blick auf den zurückgezogenen Strafantrag der Firma Edeka das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im Sinne des § 248a StGB bejaht. Das Amtsgericht Fürstfeldbruck hat in dem Schreiben vom 5. Dezember 2018 im Einklang mit der ständigen fachgerichtlichen Rechtsprechung erklärt, an die Einschätzung der Staatsanwaltschaft gebunden zu sein.

Die Staatsanwaltschaft wäre zwar zu einer Einstellung gegen eine Auflage nach § 153a StPO bereit gewesen. Diese hätte die Beschwerdeführerin jedoch faktisch einer Strafsanktion unterzogen. So wäre ein Verhalten, das die für den Einsatz des Strafrechts erforderliche Mindestschwere nicht erreicht, doch geahndet worden.

### 3. Keine verfassungskonforme Auslegung des Diebstahlstatbestands

Die Gerichte des Ausgangsverfahrens hätten eine verfassungswidrige Verurteilung der Beschwerdeführerin durch eine einschränkende Auslegung des Diebstahlstatbestands abwenden können. Dem steht weder der Wille des Gesetzgebers (dazu a), noch der Wortlaut des § 242 StGB (dazu b) entgegen.

#### a) Kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers

Ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers, dass das „Containern“ strafbar sein soll, ist nicht festzustellen.

Das „Containern“, und die übermäßige Vernichtung von noch genießbaren Lebensmitteln durch Lebensmittelhändler war bei Erlass sowohl des RStGB als auch der Strafrechtsreformgesetze unbekannt.

Auch den gegenwärtigen politischen Entwicklungen ist ein positiver Wille des Gesetzgebers, dass das „Containern“ strafbar sein soll, nicht zu entnehmen.





Zwar gab es Bestrebungen auf politischer Ebene, das „Containern“ zu entkriminalisieren, die bislang ohne Erfolg geblieben sind. So hat ein Antrag der Freien und Hansestadt Hamburg, eine entsprechende Gesetzesänderung über eine Bundesratsinitiative auf den Weg zu bringen, auf der Justizministerkonferenz der Länder am 6. Juni 2019 keine Mehrheit gefunden. Die Bundesregierung ist dem Aufruf der Fraktion Die LINKE im Deutschen Bundestag, einen Gesetzesentwurf vorzulegen (BT-Drs. 18/12364) bislang nicht nachgekommen. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, dass eine positive Willensentschließung des Deutschen Bundestags in Gestalt eines Gesetzes vorläge, dass das „Containern“ strafbar sein solle. Anknüpfungspunkt hierfür könnte nur die frühere Strafgesetzgebung sein, bei der die Strafbarkeit des „Containerns“ jedoch, wie erwähnt, kein Thema war.

Somit liegt die Verantwortung dafür, dass das „Containern“ als strafbares Verhalten eingestuft wird, letztlich bei den Strafgerichten. Es liegt an ihnen, gegen das Übermaßverbot verstoßende Verurteilungen wegen „Containerns“ zu vermeiden.

b) Wortlaut des § 242 StGB steht nicht entgegen

Die Auslegung des § 242 StGB durch die Gerichte des Ausgangsverfahrens, wonach als strafrechtlich geschützte fremde Sachen auch Lebensmittel in einem verschlossenen Abfallcontainer eines Supermarkts gewertet werden, ist zwar nicht fernliegend, aber auch nicht die einzige, die sich mit dem Wortlaut in Verbindung bringen lässt. Sie baut auf zwei dogmatischen Annahmen auf, nämlich, dass (1) die Fremdheit einer Sache im Sinne des § 242 StGB strikt zivilrechtsakzessorisch zu bestimmen ist und (2) zivilrechtlich die Entsorgung von Lebensmitteln in einem verschlossenen Container nicht als Dereliktion gem. § 959 BGB anzusehen ist. Dabei haben die Gerichte des Ausgangsverfahrens außer Acht gelassen, dass die Kombination der beiden Annahmen zu einem mit dem ultima-ratio-Grundsatz nicht zu vereinbarenden strafrechtlichen Schutz des Eigentums an Lebensmitteln



führt, an denen der Supermarkt keinerlei Interesse hat. Demgegenüber wäre es den Gerichten möglich gewesen, die Dogmatik hinsichtlich einer der beiden Annahmen anders auszuformen und so eine verfassungswidrige Ausdehnung der Strafbarkeit zu vermeiden.

(1) Es mag aus pragmatischen Gründen sinnvoll erscheinen, den strafrechtlichen Schutz des Sacheigentums nach §§ 242, 246, 303 StGB grundsätzlich zivilrechtsakzessorisch auszugestalten. Das heißt jedoch nicht, dass der strafrechtliche Schutz in jedem Einzelfall mit der zivilrechtlichen Rechtslage parallel laufen muss. Denn es muss stets beachtet werden, dass das Zivilrecht und das Strafrecht unterschiedliche Zwecke verfolgen.

Die zivilrechtliche Eigentumsordnung dient dem umfassenden Zweck, eine klare Zuordnung von Sachen zu Personen herzustellen. Der Eigentümer einer Sache hat – in den Schranken der Gesetze – das Recht, sie nach seinem Belieben zu gebrauchen und über sie zu verfügen. Er trägt aber auch Verantwortung, dass aus der Sache keine Störungen Dritter und der Allgemeinheit entstehen, wie in den zivilrechtlichen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen aus § 1004 BGB und den polizei- und ordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnissen gegen Eigentümer als Zustandsstörer zum Ausdruck kommt. Gerade unter diesem Aspekt ist es sinnvoll, auch solche Sachen eindeutig einer Person zuzuordnen, an denen diese Person keinerlei materielles oder immaterielles Interesse hat, sondern die im Gegenteil eine Belastung für sie bedeuten.

Der Sinn des strafrechtlichen Eigentumsschutzes besteht demgegenüber allein darin, sicherzustellen, dass der Eigentümer seine Rechte über die Sache tatsächlich ausüben kann. Die Strafdrohungen der §§ 242, 246 und 303 StGB sollen andere davon abhalten, den Eigentümer durch Entziehung oder Beschädigung am Genuss seiner Rechte hindern. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung erscheint eine Auslegung, die den strafrechtlichen Schutz nicht auf solche Sachen erstreckt,



an denen der Eigentümer keinerlei materielles oder immaterielles Interesse hat, gut möglich.

Im Bereich des § 303 StGB erkennen bereits weite Teile der Rechtsprechung und der Literatur an, dass die Beschädigung oder Zerstörung wertloser Sachen, an denen der Eigentümer keinerlei materielles oder immaterielles Interesse hat, beispielsweise das Töten eines tollwütigen Hundes den Tatbestand nicht erfüllt,

RGSi 10, 120 (122), BayObLG NJW 1993, 2760; Wieck-Noodt in MünchKomm StGB, 3. Aufl. 2019, § 303 Rn. 13 f.; Weidemann in BeckOK-StGB, 43. Edition 01.08.2019, § 303 Rn. 5; Rengier, Strafrecht BT I, 21. Aufl. 2019 § 24 Rn. 1.

Diese Auslegung lässt sich auch auf § 242 StGB übertragen,

Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 7; Kaspar, Verhältnismaßigkeit, S. 525.

(2) Keineswegs zwingend ist auch die Auffassung der Gerichte des Ausgangsverfahrens, bei der Lagerung von Lebensmittelabfällen in einem verschlossenen Container sei davon auszugehen, dass der Supermarkt sein Eigentum nicht habe aufgeben wollen. Die Beschwerdeführerin hat ihre gegenteilige Rechtsauffassung im Ausgangsverfahren dargelegt. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass das Verschließen des Containers durch die Firma Edeka anstatt als deren Wille, Eigentümerin der Lebensmittelabfälle zu bleiben und dem Abfallentsorger ein Übereignungsangebot zu unterbreiten, auch als Maßnahme zur Erfüllung ihrer Pflichten nach der Aufgabe des Eigentums gedeutet werden kann. Denn ein Eigentümer kann sich durch Dereliktion weder seiner zivilrechtlichen Haftung entziehen,

BGH NJW 2007, 2181.

noch seiner polizei- und ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit (vgl. für Bayern Art. 8 Abs. 3 PAG). Die abfallrechtlichen Grundpflichten nach § 15





KrWG treffen Abfallerzeuger, ohne dass es auf eine Eigentumsposition ankäme.

4. Verpflichtung der Gerichte zur verfassungskonformen Neuentscheidung

Die Gerichte des Ausgangsverfahrens haben verkannt, dass das Strafrecht erst zur Anwendung kommen darf, wenn das abgeurteilte Verhalten ein Mindestmaß an Sozialschädlichkeit aufweist. Bei zutreffender Würdigung der grundrechtlichen Vorgaben hätte eine Verurteilung der Beschwerdeführerin nicht erfolgen dürfen. Es wird Sache der Strafgerichte sein, bei einer erneuten Entscheidung eine der möglichen verfassungskonformen Auslegungen des § 242 StGB zu wählen. Hierbei haben sie auch den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gemäß Art. 20a des Grundgesetzes zu beachten, der als verfassungsrechtliche Wertentscheidung als Auslegungs- und Abwägungsmaßstab Wirkung entfaltet.

E. Zurückverweisung an das Bayerische Oberste Landesgericht

Da der Verfassungsverstoß allein in der Rechtsauffassung der Ausgangsgerichte begründet ist, bedarf es keiner erneuten Tatsachenfeststellung durch das Amtsgericht Fürstenfeldbruck. Zweckmäßig ist vielmehr eine Zurückverweisung an das Bayerische Oberste Landesgericht als Revisionsgericht.

  
- Rechtsanwalt -