



Stellungnahme zu dem

a) Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU

- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches
- Graffiti-Bekämpfungsgesetz -
- Drucksache 14/546 -

b) Gesetzentwurf der Fraktion der F.D.P.

- Entwurf eines Gesetzes zum verbesserten Schutz des Eigentums
- Drucksache 14/569 -

c) Gesetzentwurf des Bundesrates

- Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes - Graffiti-Bekämpfungsgesetz
- (... StrÄndG)
- Drucksache 14/872 -

Den drei Gesetzentwürfen ist gemein, daß sie in § 303 und § 304 StGB die dort genannten Modalitäten des Zerstörens und des Beschädigens um die des Verunstaltens ergänzen wollen. Allen drei Gesetzentwürfen ist ferner gemein, daß sie damit auf Strafbarkeitslücken reagieren wollen, die durch die bekannte Verteilerkasten-Entscheidung des BGH (St 29, 129) aus dem Jahre 1979 entstanden sein sollen. In der Tat haben seitdem immer wieder Oberlandesgerichte Urteile mit der Begründung aufgehoben, sie würden die dort vom BGH aufgestellten Kriterien nicht beachten. Damit wird freilich nichts darüber gesagt, ob die Plakatierer bzw. Graffiti-Sprayer bei Beachtung der BGH-Grundsätze nicht dennoch zu bestrafen gewesen wären.

Im folgenden will ich in aller Kürze versuchen, zunächst die Aussagen der genannten BGH-Entscheidung etwas genauer zu analysieren, um überhaupt erst mal den Umfang möglicher

Strafbarkeitslücken festzustellen (1.). Sodann wäre zu erörtern, inwieweit solche Lücken auch de lege lata zu schließen sind (2.). Zuletzt bleibt zu prüfen, ob sich der Begriff des Verunstaltens zur Lückenfüllung eignen könnte (3.).

1. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte es 1979 mit einer Vorlage des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg gemäß § 121 Abs. 2 GVG zu der Frage zu tun, ob eine Sachbeschädigung durch das Aufkleben eines rückstandslos entfernbaren Plakates auf einen Postverteilerkasten, der nicht nach ästhetischen Gesichtspunkten, sondern nach technischen Erfordernissen gestaltet ist, verwirklicht wird, obwohl dieser nach seiner Zweckbestimmung „keine eigene Ansehnlichkeit“ hat.

a) Der Bundesgerichtshof stellt in seinem Beschluß eingangs fest, daß eine Sachbeschädigung unter zwei Voraussetzungen alternativ möglich ist, nämlich dann, wenn entweder durch das Aufkleben eines Plakates die Substanz des Verteilerkastens erheblich verletzt wird oder aber seine technische Brauchbarkeit nachteilig beeinträchtigt wird.

Das Gericht macht zunächst deutlich, daß eine Substanzverletzung nicht nur dann gegeben ist, wenn durch das Anbringen des Plakates unmittelbar eine Sache beschädigt wird, sondern auch dann, wenn dies erst mittelbar durch die Reinigung geschieht, mithin also irgendwelche Spuren zurückbleiben. Dies ist, soweit ersichtlich, nicht umstritten.

Sodann führt der BGH aus, daß eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit ohne Substanzverletzung nicht nur bei der Zerlegung zusammengesetzter Sachen in ihre Einzelteile vorliegt. Unter Hinweise auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹ weist er darauf hin, daß ein Beschädigen in Form der Beeinträchtigung der Brauchbarkeit durch die bloße Veränderung der äußeren Erscheinung und Form bei „Statuen, Gemälden oder Baudenkmalern“ deshalb möglich sei, weil deren Gebrauchsbestimmung darin besteht, „die Schönheit des Kunstwerks zur vollen Geltung zu bringen“.

Eine Sachbeschädigung liegt nach dem BGH – von dieser Ausnahme abgesehen – jedoch sonst bei bloßen Veränderungen der äußeren Erscheinungsform einer Sache selbst dann nicht vor, „wenn diese Veränderung auffällig (belangreich) ist“.

¹ RGSt 43, 204.

b) An dieser letzten Formulierung entzündete sich die Kritik, die nun offenbar kausal für die Gesetzentwürfe geworden ist. Denn damit hatte der BGH entgegen einer starken Ansicht in Literatur und Rechtsprechung² die bloße Zustandsveränderung aus dem Anwendungsbereich des Modus „Beschädigen“ herausgenommen.

Nun sei zunächst aber festgestellt, daß dies de lege lata richtig sein dürfte. „Beschädigen“ wird in den einschlägigen Wörterbüchern zumeist mit „Schadhaftmachen“ übersetzt. Ein Schaden soll nach dem Duden wiederum (nur) die „materielle oder funktionelle Beeinträchtigung einer Sache“ sein, so daß die Beschränkung des BGH grundsätzlich der Wortsinnngrenze geschuldet sein dürfte.

2. Zu prüfen bleibt aber, ob dieser Umstand die Ausweitung der Norm entsprechend den vorliegenden Gesetzentwürfen legitimiert.

a) Zunächst einmal ist zu bedenken, daß gerade durch die Möglichkeit der mittelbaren Substanzverletzung – Schäden beim Entfernen – infolge der Verwendung von Farbsprühdosen in den Graffiti-Fällen anders als in den Plakatier-Fällen selbst bei Zugrundelegung der BGH-Kriterien eine strafbare Sachbeschädigung regelmäßig gegeben ist³. Insofern führt die Bezeichnung „Graffiti-Bekämpfungsgesetz“ in die Irre - praktische Bedeutung hätte die Ausdehnung der Pönalisierung vor allem in den Plakatier-Fällen.

Darüber hinaus übernimmt der BGH die Auffassung des RG, daß bei dem Bekleben bzw. dem mit Farbe Bemalen eines Denkmals usw. selbst dann eine Sachbeschädigung vorliegt, wenn die Beschmutzung leicht zu entfernen ist – eine sogar eher sehr weitgehende Ausdehnung der Strafbarkeit.

Eine Strafbarkeitslücke kommt somit nur bei Graffiti an Gegenständen ohne ästhetische Gebrauchsbestimmung in Betracht, die wieder rückstandslos zu entfernen sind. Und auch dieser Bereich verkleinert sich, was häufig übersehen wird, wendet man die vom BGH im 29. Band aufgestellten Grundsätze konsequent an.

b) Zunächst einmal ist zu fragen, ob sich denn eine ästhetische Zweckbestimmung wirklich nur auf die vom BGH aufgezählten Statuen, Gemälde und Baudenkmäler beschränkt. Ästhe-

² Vgl. die Nachweise in BGHSt 29, 129 (133).

³ Behm, StV 1999, 568; vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1999, 1199; OLG Oldenburg, NJW 1983, 57 (58).

tik ist längst nicht nur in diesem Bereich relevant. Erwähnt sei bloß, daß heute wichtiger als eigentliche Baudenkmäler die zahlreichen unter Denkmalschutz stehenden Gebäude sein dürften, deren Fassade nicht einmal der Eigentümer ohne denkmalschutzrechtliche Genehmigung bemalen dürfte. Ferner können dadurch, daß das Aussehen beeinträchtigt wird, wohl durchaus auch solche Gegenstände beschädigt werden, deren Design sich nicht an der Funktionalität orientiert⁴. Schließlich erfüllt auch außerhalb des Designbereiches die Form- und vor allem die Farbgebung oftmals eine Funktion, die beeinträchtigt werden kann: Briefkästen sind nicht zufällig leuchtend gelb, sondern sollen als solche leicht erkannt werden. Und selbst dann, wenn ein Gegenstand – dies könnte auch ein Verteilerkasten sein – bewußt schlicht gefärbt wird, um nicht aufzufallen, hätte diese Farbgebung eine Funktion, die im Falle des Bemalens vereitelt sein könnte⁵.

Akzeptiert man diese Interpretation, zeigt sich, daß das Bemalen der in § 304 StGB aufgezählten Tatobjekte weitgehend ein „Beschädigen“ darstellt und schon de lege lata strafbar ist⁶!

Nimmt man den Begriff der Funktion ernst, fallen einem zudem noch weitere Gesichtspunkte ein. So haben etwa Fensterscheiben in Zügen die Funktion, Licht in den Waggon dringen zu lassen und dem Fahrgast den Blick nach draußen zu ermöglichen. Schaufensterscheiben dienen nicht nur als Schutz und zur Sicherung der ausgestellten Waren, sondern sollen auf Passanten und Kunden einen Kaufanreiz ausüben und sie zum Betreten des Ladens veranlassen⁷. In all diesen Fällen liegt, nimmt man das Urteil des BGH so beim Wort, selbst dann eine strafbare Sachbeschädigung vor, wenn sich die Farbe leicht abwaschen läßt. Auf die Frage, ob sie rückhaltlos zu entfernen wäre, käme es überhaupt nicht an.

Es muß sogar bemerkt werden, daß die „Verteilerkasten-Entscheidung“ des BGH in diesen Fragen eher zu weit geht. Denn ansonsten ist in der Rechtsprechung des BGH seit der „Autoreifen-Entscheidung“ von 1959 anerkannt, daß Funktionsbeeinträchtigungen wie etwa das Ablassen von Luft aus einem Autoreifen nur dann den Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllen, wenn die Wiederherstellung der Brauchbarkeit „Aufwand an Zeit und Mühe verursacht“⁸. Die Unterscheidung mag sich vielleicht gefühlsmäßig damit erklären lassen, daß ein besudeltes Kunstwerk im Augenblick des Besudelns quasi „in Funktion“ war – ein Kunstwerk

⁴ Vgl. OLG Oldenburg, JZ 1978, 70 (71).

⁵ Vgl. OLG Oldenburg aaO.

⁶ Vgl. Wolff in LK, 11. Aufl., § 304 Rn. 3.

⁷ Vgl. LG Bremen, NJW 1983, 56 (57).

soll immer schön anzusehen sein -, während ein stehendes Auto seine Funktion erst ausüben soll, nämlich dann, wenn die Fahrt angetreten wird, was sich nun lediglich verzögert. Aber dies sei dahingestellt; jedenfalls kann man nicht sagen, daß in diesen Punkten die Entscheidung des BGH einer weitgehenden Pönalisierung entgegensteht.

c) Problematisch erscheint aber insoweit etwas anderes: Nach der Entscheidung des BGH im „Verteilerkasten-Fall“ liegt offenbar dann keine Sachbeschädigung vor, wenn sich eine beschmierte Sache, und sei es unter größtem Aufwand von Zeit und Geld, doch noch irgendwie rückstandslos reinigen läßt. Mit anderen Worten scheint der BGH diese Aspekte als rein zivilrechtliches Problem des Schadenersatzes zu betrachten. Das führt also zu dem widersprüchlichen Ergebnis, daß eine Sachbeschädigung dann vorliegen soll, müssen Autoreifen mühsam wieder aufgepumpt werden, nicht jedoch, sind Graffiti-Spuren nur mit Aufwand zu entfernen.

Nun ist fraglich, ob der geltende Gesetzestext diese Auslegung erzwingt. Immerhin könnte man darauf hinweisen, daß eine Sache, die erst mühsam von Farbe befreit werden muß, mit einem Wertverlust behaftet ist. Sofern es sich nicht um einen bloßen Bauzaun o.ä. handelt, der bemalt wird, sind auch Form und Zustand wertbildende Faktoren⁹. Freilich mag man einwenden, daß diese Argumentation die Grenze zwischen den Eigentums- und den Vermögensdelikten verwischt; an die vom Diebstahlstatbestand her bekannte Diskussion um Substanz- und Sachwerttheorie wäre hier zu erinnern.

Man könnte auch noch anders argumentieren: Der Gegenbegriff zu „Beschädigen“ ist „Reparieren“, zu umschreiben mit „einen Schaden beheben“¹⁰. Deutlicher als der Begriff „Beschädigen“ scheint aber der Terminus „Reparieren“ hier eine Differenzierungsmöglichkeit anzubieten: Zwar würde man kaum von einem „Reparieren“ reden, muß man etwa eine Kreidezeichnung von einer Wand entfernen, man täte dies aber mit Sicherheit, ist statt dessen eine größere Arbeit zu erledigen, für die gar Spezialreinigungsmittel oder ein besonderes Know-how erforderlich sind¹¹. Insofern scheint es auch de lege lata durchaus möglich, diese Strafbarkeitslücke zu schließen.

3. Sofern man aber meint, daß hier trotz allem dennoch eine durch die Gesetzgebung zu schließende Strafbarkeitslücke vorliegt, darf nicht das Wort „Verunstalten“ gewählt werden.

⁸ BGHSt 13, 207 (208).

⁹ Vgl. Schmid, NJW 1979, 1580.

¹⁰ Vgl. Wolff in LK, 11. Aufl., § 303 Rn. 14.

a) Die Wörterbücher umschreiben diesen Begriff mit Formulierungen wie „häßlich“ oder „unansehnlich“. Auch zu § 134 StGB, der Verletzung amtlicher Bekanntmachungen – der einzigen Norm des StGB, die den Begriff des Verunstaltens bisher kennt – ist anerkannt, daß es sich um „entstellende, unwürdige Veränderungen“ handeln muß¹². Der E'62, der ebenfalls den Sachbeschädigungstatbestand um die Tathandlung des Verunstaltens erweitern wollte, verstand darunter eine Veränderung, die das Bild einer Sache „verdirbt“. Nimmt man den Begriff des Verunstaltens mithin ernst, wäre es in der Tat erforderlich, im Einzelfall ein ästhetisches Urteil zu fällen. Soll also später der Eigentümer über die Tatbestandsmäßigkeit dergestalt entscheiden, daß er eine geschmackliche Stellungnahme zu dem Graffito abgibt¹³? Würde damit der Strafantrag (§ 303c StGB) quasi zu einem Tatbestandsmerkmal? Oder soll zur Ästhetik ein Sachverständiger, vielleicht ein Kunstprofessor, im Gerichtssaal gehört werden müssen?

Diese Interpretation würde übrigens im Bereich des Bemalens von Gegenständen mit ästhetischer Zweckbestimmung eher zu einer Einschränkung der Strafbarkeit führen: Der Auslegung, daß insoweit jede Zustandsveränderung eine Beschädigung darstellt, wäre der Boden entzogen, würde die verunstaltende Veränderung ausdrücklich im Gesetz genannt.

Aber wenn ich die Gesetzentwürfe richtig verstehe, soll es auf dies alles nicht ankommen. Alle drei Entwürfe betonen, daß das Merkmal des Verunstaltens als Oberbegriff für alle Veränderungen des äußeren Erscheinungsbildes der Sache gedacht ist (so der Gesetzentwurf der F.D.P.), bzw. daß der Tatbestand selbst dann erfüllt sein soll, wenn die Veränderung dem ästhetischen Empfinden eines Beobachters mehr entgegenkommt als die ursprüngliche Gestaltung (so die Gesetzentwürfe des Bundesrates und der CDU/CSU). Die letztgenannten Entwürfe wenden sich bezeichnenderweise gegen die Einführung des Merkmals des „Bemalens“, und zwar „mit Blick auf seinen positiven Sinngehalt im Verständnis der Allgemeinheit“. Will man aber jegliche äußere Veränderung des Erscheinungsbildes einer Sache unter Strafe stellen, so muß man dies auch sagen. Freilich: Dann würde sich der Anwendungsbereich des § 303 StGB schon auf den ersten Blick weit von der dort eigentlich pönalisierten Sach-„Beschädigung“ entfernen. Letztendlich würde eine schon fast zu § 1004 BGB passende Strafnorm eingeführt. Der Ausdruck des „Verunstaltens“ verschleiert dies.

¹¹ Vgl. LG Bremen, NJW 1983, 56 (57).

¹² v. Bubnoff in LK, 11. Aufl., § 134 Rn. 5.

¹³ Vgl. dazu Schmid, NJW 1979, 1581.

b) Allerdings habe ich beim Lesen der Entwürfe und ihrer Begründungen auch nicht das Gefühl, daß eine solche Ausweitung wirklich gewollt ist¹⁴: Alle drei Entwürfe weisen ausdrücklich darauf hin, daß von der Erweiterung des Tatbestandes prozeßökonomischer Nutzen erhofft wird, es sollen „Ermittlungsschwierigkeiten“ beseitigt werden (so der Gesetzentwurf der CDU/CSU), es soll Aufwand vermieden werden, der „in keinem Verhältnis zu Schaden, Schuld und in Aussicht zu nehmendem Verfahrensausgang“ steht (so der Gesetzentwurf des Bundesrates und der F.D.P.).

Zunächst einmal ist die Verfahrensweise, ungeachtet seiner Strafwürdigkeit „flächendeckend“ Verhalten zu pönalisieren, um Ermittlungs- und in Beweisschwierigkeiten bei der Abgrenzung des Strafbaren zu vermeiden, illegitim. Den diesbezüglichen „Sündenfall“ hat der Gesetzgeber schon mit der Einführung der Leichtfertigkeitstatbestände in § 264 StGB und § 261 StGB begangen. Er hat dort das Novum, Fahrlässigkeitstatbestände für Vermögensdelikte zu schaffen, damit begründet, „auftretende Beweisschwierigkeiten zu vermeiden“¹⁵. War die Einführung dieser „Verdachtsstrafe“¹⁶ wenigstens noch insoweit halbwegs nachvollziehbar, als daß die Einlassung mangelnden Vorsatzes in vielen Fällen von Geldwäsche und Subventionsbetrug tatsächlich kaum zu widerlegen sein mag, so soll jetzt die Einführung der Strafbarkeit jeglicher Zustandsveränderung nur der Prozeßökonomie dienen, also deutlich ausgesprochen, der Bequemlichkeit.

Darüber hinaus ist zu bezweifeln, daß der Ermittlungsaufwand verringert würde¹⁷. Nach dem Gesetzentwurf der F.D.P. hinge die Strafbarkeit des Bemalens von der Feststellung ab, daß die Farbe „nur mit größerem Aufwand beseitigt werden kann“, wobei es nicht einmal genügen würde, den tatsächlichen Aufwand festzustellen, da die Strafbarkeit sonst von der Geschicklichkeit des Eigentümers abhängen würde. Auch die anderen Gesetzentwürfe, die ohne eine entsprechende Einschränkung strafen wollen, können solche Ermittlungen nicht ausschließen, weil die Bestrafung leicht zu entfernender Graffiti bemalungen gegen das Übermaßverbot verstoßen kann, so daß nach den Grundsätzen des BVerfG in der „Cannabis-Entscheidung“ eine Einstellung gemäß §§ 153, 153a StPO geprüft werden muß¹⁸. In jedem Fall wäre es zudem für die Strafzumessung relevant, ob ein Graffito leicht, schwer oder überhaupt nicht rückstandslos zu entfernen ist.

¹⁴ Ähnlich Behm, StV 1999, 571.

¹⁵ So wörtlich Begr. BRatE, BT-DrS 12/989, S. 27; vorsichtiger Begr. RegE, BT-DrS 7/3441, S. 27.

¹⁶ So Samson/Günther in SK, 5. Aufl., § 264 Rdn. 13; 18.

¹⁷ Siehe dazu Behm, StV 1999, 571.

c) Ein letztes Wort zu den Gesetzentwürfen des Bundesrates und der CDU/CSU: Im Strafrecht ist ein Gesetz, das sich martialisch „Graffiti-Bekämpfungsgesetz“ nennt, genauso fehl am Platze wie die Gesetze, die ihrem Namen nach Verbrechen, Organisierte Kriminalität oder Korruption „bekämpfen“ sollen. Mit den Worten meines Kollegen Hettinger: „Man mag Schädlinge bekämpfen und Seuchen, vielleicht auch noch einen in das Land eingedrungenen Feind. Das Strafrecht in einem Rechtsstaat verfolgt jedoch andere Ziele ... Es ist ... kein Kampfrecht gegen wen auch immer.“¹⁹

¹⁸ BVerfGE 90, 145.

¹⁹ Hettinger, NJW 1996, 2264; siehe auch Zaczyk, StV 1993, 490 f.