

geklärt werden, welche Anpassungen der Arbeitsbedingungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Lebenslaufs möglich und notwendig sind, um mit den Folgen einer alternden Gesellschaft umzugehen und gleiche Möglichkeiten für Männer und Frauen und bessere Bedingungen für Kinder zu schaffen.

Die in das TzBfG gesetzten Erwartungen werden durch das Gesetz allein nicht erfüllt werden können. Die befürchteten negativen Folgen, wie etwa ein Nachteil für den Standort Deutschland oder eine Einstellungspraxis, die Frauen wegen des Gesetzes benachteiligt, lassen sich allerdings auch nicht nachweisen. So ist das Gesetz zumindest ein Schritt zu einer Neudefinition der Arbeitsbeziehungen.

Karsten Brandt/Matthias Mittag Grenzen polizeilichen Handelns

Kriminalpolitische und rechtliche Beurteilung sog. Graffiti-Verordnungen

Nach mehreren erfolglosen Gesetzesinitiativen, den Straftatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) um die Variante des »Verunstaltens« fremden Eigentums zu erweitern, haben einige Bundesländer in Eigenregie gehandelt und sog. Graffiti-Verordnungen erlassen. Solche Polizeiverordnungen verbieten das Verändern des Erscheinungsbildes fremder Sachen durch Graffiti und sanktionieren ein Zuwiderhandeln als Ordnungswidrigkeit. Der Beitrag geht der kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit und der verfassungs- und polizeirechtlichen Zulässigkeit dieses Vorgehens am Beispiel der sächsischen Graffiti-Verordnung nach.

I. Einleitung

»Weil der Bund nicht handelt: Sachsen sanktioniert illegale Graffiti«. So titelt die Pressemitteilung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern vom 26. 2. 2004¹ anlässlich des Erlasses der sächsischen Graffiti-Verordnung.² § 1 dieser Polizeiverordnung verbietet, »ohne Zustimmung des Eigentümers auf eine Sache durch das Auftragen von Farbe oder anderen Substanzen oder das Abtragen von Material einzuwirken«. § 2 stuft ein vorsätzliches Zuwiderhandeln als Ordnungswidrigkeit ein und sanktioniert dies mit einer Geldbuße von bis zu 1000 Euro. Es handelt sich dabei nicht um einen sächsischen Alleingang. Erstmals hat Sachsen-Anhalt³ im Jahre 2002 eine landesweite Graffiti-Gefahrenabwehrverordnung erlassen, Hamburg,⁴

1 Pressemitteilung im Internet (eingesehen am 20. 12. 2004), abrufbar unter: <http://wo5app1.saxony.de/app/WebObjects/mspublic.woa/wa/componentDetails?id=10074>.

2 SächsGVBl. 2004, S. 65.

3 Graffiti-Gefahrenabwehrverordnung v. 12. 8. 2002, GVBl. LSA 2002, S. 360. Die Polizeiverordnung verbietet und bewehrt mit Bußgeld, »unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache gegen den Willen der Eigentümerin oder des Eigentümers oder einer sonst berechtigten Person durch die Aufbringung von Farben oder anderen Substanzen oder die Anbringung von Gegenständen nicht lediglich unerheblich zu verändern.«

4 Graffiti-Verordnung v. 2. 9. 2003, HmbGVBl. 2003, S. 462. Dort wird verboten und bußgeldbewehrt, »unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache gegen den Willen des Berechtigten durch das

Thüringen⁵ und eben Sachsen sind nachgezogen. In Niedersachsen⁶ und Hessen⁷ gibt es inzwischen aussichtsreiche Bestrebungen, es den vorgenannten Ländern gleichzutun.

Im Folgenden soll zunächst überprüft werden, inwieweit die Prämisse der Bundesländer zutrifft, § 303 StGB schütze den Eigentümer nur unzureichend gegen das »Graffiti-Unwesen«,⁸ und inwieweit die Kriminalisierung sinnvoll erscheint (sub II). In einem weiteren Schritt werden die Graffiti-Verordnungen auf den Prüfstand des Verfassungs- und Polizeirechts gestellt (sub III).

II. Strafrechtliche und kriminalpolitische Überlegungen zum sog. »Graffiti-Unwesen«

Die sächsische Pressemitteilung zeichnet ein dramatisches Bild: Man ziehe die »Notbremse«. Die »Verunstaltung durch Graffiti« sei bisher »nur unter äußerst schwierigen Bedingungen« strafrechtlich verfolgbar. Notwendig sei nämlich eine »Substanzverletzung der Sache«, was »bei vielen Verunstaltungen nicht oder nur äußerst schwierig nachweisbar« sei.⁹ Ähnlich sind auch die Erwägungen, die hinter den Verordnungen in Sachsen-Anhalt¹⁰ und Hamburg¹¹ stehen und die in Niedersachsen und Hessen¹² zum Erlass solcher Verordnungen führen könnten. Die Vermittlung des Eindrucks, die bisherige bundesgesetzliche Rechtslage könne keinen effektiven Strafrechtsschutz gewähren, dürfte gewollt sein. Ein nicht unbekanntes Anliegen. Ähnliches wurde bereits im Bundestag vorgetragen, um als dritte Handlungsform auch das »Verunstalten« in den Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) aufzunehmen.¹³ Das provoziert die Frage, ob die so gezeichnete Lage auch der Wirklichkeit entspricht.

1. Geltende Rechtslage

Der geltende Straftatbestand der Sachbeschädigung kennt als taugliche Handlungsformen das Zerstören und das Beschädigen. Da das Zerstören letztlich nur eine Steigerungsform des Beschädigens darstellt,¹⁴ soll hier allein auf das Merkmal des Beschädigens abgestellt werden. Zunächst liegt ein Beschädigen vor, wenn die Tathandlung zu einer nicht ganz unerheblichen Verletzung der Substanz geführt

Aufbringen von Farbe oder anderen Substanzen oder das Anbringen von Gegenständen zu verunstalten oder sonst mehr als unerheblich zu verändern.«

5 Thüringer Graffiti-Gefahrenabwehrverordnung vom 26. 5. 2004, Thüringer Staatsanzeiger v. 14. 6. 2004 (Nr. 24), S. 1500. Hiernach ist verboten und bußgeldbewehrt, »unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache ohne Zustimmung des Berechtigten durch das Aufbringen von Farbe oder anderen Substanzen oder das Aufbringen von Gegenständen zu verändern.«

6 Antrag der Fraktionen der CDU und FDP v. 6. 9. 2004, Drs. Nds. LT 15/1328.

7 Antrag der Fraktion der FDP v. 8. 9. 2004, Drs. Hess. LT 16/2633.

8 Graffiti wird hier untechnisch als Sammelbegriff für Graffiti, Tags, Throw up's, Pieces und Schmierereien verwandt; vgl. *Wesel*, NJW 1997, 1965; *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (460).

9 Siehe Fn. 1.

10 Begründung der Verordnung abrufbar im Internet (eingesehen am 20. 12. 2004): http://www.inneres.sachsen-anhalt.de/min/r21/download/begr_graff_gavo.pdf.

11 Pressemitteilung vom 2. 9. 2003 abrufbar im Internet (eingesehen am 20. 12. 2004): http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/pressemeldungen/2003/september/02/pressemeldung_2003_09_02_bug_01.html.

12 Siehe Fn. 6 und 7.

13 Exemplarisch nur aus der jüngsten Vergangenheit BT-Drs. 14/546, S. 3; 14/8013, S. 6; 15/302, S. 3; 15/404, S. 6. Diese Vorstöße verteidigt *Kühl*, in: Festschrift für Weber, 2004, S. 413 ff.

14 *Hoyer*, in: SK-StGB, Losebl., St. 2003, § 303 Rn. 4; *Gössel*, JR 1980, 184 (185); krit. aber *Zaczyk*, in: NK-StGB, Losebl., St. 2003, § 303 Rn. 9 m. w. N.

hat.¹⁵ Daneben wird aber auch eine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung oder der Form einer Sache unter den Begriff des Beschädigens gefasst, sofern dadurch die Brauchbarkeit der Sache zu ihrem bestimmten Zweck beeinträchtigt wird.¹⁶ *Grundsätzlich* (zur Ausnahme sogleich) nicht ausreichen soll hingegen – so der *BGH* in seinem bis heute noch grundlegenden Verteilerkasten-Urteil¹⁷ aus dem Jahre 1979 –, wenn der Zustand einer Sache als solcher in nicht unerheblicher Weise nachteilig verändert wird.¹⁸ Selbst ein enormer Wiederherstellungsaufwand lasse für sich allein keinen Rückschluss auf das Vorliegen einer Sachbeschädigung zu.¹⁹ Von diesem Überblick ausgehend, stellen sich für die Fälle der Graffiti folgende Fragen:

a) Wenn der *BGH* von »grundsätzlich« spricht, muss es eine Ausnahme geben. Wann also spielt die Ästhetik eine so entscheidende Rolle, dass mit der bloßen äußerlichen Beeinträchtigung das Merkmal des Beschädigens vorliegt? Dies soll – so der *BGH*²⁰ – dann der Fall sein, wenn die Gebrauchsbestimmung des Gegenstandes *offensichtlich* mit seinem ästhetischen Zweck zusammenhängt – wie zum Beispiel bei Statuen, Gemälden oder Baudenkmalern. Also ist es gerade nicht »offensichtlich« i. d. S., wenn der Ästhetik nur mittelbar oder untergeordnet eine gewisse Bedeutung zukommt, wie zum Beispiel im Wohnungsbau infolge der Vorgaben durch die Landesbauordnungen.²¹

b) Was gilt, wenn erst nachträglich – beim Entfernen der Graffiti etc. – eine Substanzverletzung eintritt? Auch dann liegt nach der Rechtsprechung eine Sachbeschädigung vor, sofern die nachträgliche Reinigung zwangsläufig zu einer nicht unbeachtlichen Beschädigung der Oberfläche (insbesondere des Lack- und Farbstrichs) führt.²² Steht fest, dass durch das Sprayen die Substanz der Hausfassade derart geschädigt ist, dass ein Absprühen – also Reinigen – nicht ohne Substanzbeeinträchtigung möglich gewesen wäre, so ist es für die Frage der Substanzverletzung irrelevant, wenn statt der Reinigung ein Überstreichen des Graffiti erfolgt ist.²³

c) Welche *Schlussfolgerungen* lassen sich daraus nun ziehen? Zwar können Farbsprühaktionen nicht allgemein und ohne genauere Analyse als Sachbeschädigung subsumiert werden.²⁴ Gleichwohl trifft die Behauptung, nur eine Substanzverletzung führe bei Graffiti zur Bejahung des Straftatbestandes, in dieser Absolutheit nicht zu.

15 *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 303 Rn. 6; *Kindhäuser*, in: LPK-StGB, 2. Aufl. 2004, § 303 Rn. 8. Enger – ohne jede Ausnahme – noch *RGSt* 13, 27 (28); 32, 165 (190); Ansätze zu Wiederbelebung bei *Kargl*, *JZ* 1997, 283 (289 ff.).

16 *BGHSt* 13, 207 (208); 29, 129 (132 f.); *RGSt* 74, 13 (14); *OLG Frankfurt*, *NJW* 1990, 2007; *Tröndle/Fischer* (Fn. 15), § 303 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht BT/2*, 27. Aufl. 2004, Rn. 23 – sog. kombinierte Substanz- und Funktionsvereitelungstheorie.

17 *BGHSt* 29, 129 ff.

18 Anders aber die sog. Zustandsveränderungstheorie: *Kindhäuser* (Fn. 15), § 303 Rn. 12 m. w. N.; *Gössel*, *JR* 1980, 184 (189). Dagegen zutr. *Braum*, *KJ* 2000, 35 (39 f.); *Löhnig*, *JA* 1998, 184 (185) m. w. N.

19 Vgl. nur *OLG Frankfurt*, *NJW* 1990, 2007; *OLG Hamburg*, *StV* 1999, 544 (545). Allenfalls ist er ein Indiz für die Erheblichkeit der Sachbeschädigung, ändert aber nichts daran, dass eine solche zunächst festgestellt werden muss. Anders aber die Interpretation des Verteilerkasten-Urteils durch *Scheffler*, *NStZ* 2001, 290 (292).

20 *BGHSt* 29, 129 (134) m. Verweis auf *RGSt* 43, 204 (205).

21 So fordert etwa § 9 SächsBauO, dass die baulichen Anlagen nach Form, Werkstoff und Farbe nicht verunstaltet wirken. Wie hier *Tröndle/Fischer* (Fn. 15), § 303 Rn. 8 m. w. N.; a. A. *Gössel*, *JR* 1980, 184 (187); *Scheffler*, *NStZ* 2001, 290 (291).

22 *BGHSt* 29, 129 (131); *OLG Frankfurt*, *NJW* 1990, 2007; *OLG Oldenburg*, *NJW* 1983, 57 (58); *OLG Celle*, *NStZ* 1981, 223 (224). Krit. zur Rspr. *Schittenhelm*, *NStZ* 1995, 343; *Momsen*, *JR* 2000, 172 (173 f. m. w. N.). Wie die Rspr. aber *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 16), Rn. 28; *Tröndle/Fischer* (Fn. 15), § 303 Rn. 9; *Rengier*, *Strafrecht BT I*, 6. Aufl. 2003, § 24 Rn. 9.

23 *OLG Düsseldorf*, *NJW* 1982, 1167.

24 *OLG Dresden*, *NStZ* 2004, 687; *KG*, *StV* 1999, 156; *OLG Karlsruhe*, *StV* 1999, 544; *Tröndle/Fischer* (Fn. 15), § 303 Rn. 8; *Behm*, *NStZ* 1999, 51; *ders.*, *StV* 1999, 567 (568); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 16), Rn. 20. Anders aber *OLG Düsseldorf*, *NJW* 1999, 1199 unter Berufung auf *BGHSt* 41, 47 (insb. S. 55); dies ist aber nicht haltbar, denn der *BGH* meint, dass Farbsprühaktionen den Tatbestand erfüllen können, nicht aber dass der Tatbestand notwendig vorliegt. Krit. zur Formulierung des *BGH Schittenhelm*, *NStZ* 1995, 343.

Gegenstände, die ihren Zweck durch Graffiti verlieren würden, werden nämlich strafrechtlich erfasst, ohne dass es dabei auf eine Substanzverletzung ankommt. Dazu zwei Beispiele: Wird ein Kunstwerk mit Graffiti besprüht, so verwirklicht allein die Beeinträchtigung der Ästhetik den Tatbestand der Sachbeschädigung. Wird ein Rettungswegeplan mit Graffiti unkenntlich gemacht, so ist auch allein deshalb schon (Funktionsvereitelung) der Straftatbestand erfüllt. Ebenso wenig ist nur das Aufsprühen von Graffiti für die Frage des »Ob« einer Substanzverletzung relevant, vielmehr sind auch die potentiellen Folgen der Entfernung des Graffiti zu beachten.

Des Weiteren überzeugt die Behauptung, in vielen Fällen der »Verunstaltung« durch Graffiti sei eine Substanzverletzung »nicht oder nur äußerst schwierig nachweisbar«, nicht. Zum einen ist eine Substanzverletzung relativ einfach nachweisbar. So wirken Farben aus Sprühdosen massiv auf den Untergrund und damit auf Substanzen wie Hauswände und Türen ein.²⁵ Nur müssen die Gerichte dazu eben auch Angaben machen. Verurteilungen, die jede Stellungnahme zur Substanzverletzung vermissen lassen, erfüllen diese Anforderungen nicht.²⁶ Zum anderen ist auch der umgekehrte Fall des Nichtvorliegens einer Substanzverletzung relativ leicht feststellbar. So ist zum Beispiel Acrylfarbe auf Beton mit einem Lackabbeizmittel meist ohne Substanzverletzung entfernbar.²⁷

2. Kriminalpolitische Überlegungen

Hinter den Graffiti-Verordnungen steht die Enttäuschung darüber, dass das Merkmal »Verunstalten« kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal der Sachbeschädigung geworden ist. Die (kriminalpolitischen) Bedenken gegen eine solche Strafausweitung können hier nicht in allen Einzelheiten ausgebreitet werden. Dazu mag nur festgehalten werden: Die relevanten Fälle des Graffiti sind – wie ausgeführt – hinreichend vom geltenden Straftatbestand erfasst. Bereits aus diesem Grund laufen die Polizeiverordnungen kriminalpolitisch ins Leere. Weitere Aspekte verdichten den Verdacht, dass es sich bei den Polizeiverordnungen um einen blinden rechtspolitischen Aktionismus handelt und hinter der Kriminalisierungsdebatte andere Interessen stehen.

In Sachsen spricht die Polizei²⁸ von 6.155 erfassten Fällen allein im Jahre 2003, und die einschränkende Formulierung »erfasst« gibt ein noch höheres Dunkelfeld zu. Nur: Wie viele Sprayer sind tatsächlich gefasst bzw. namentlich bekannt geworden? Dazu schweigt man, und das mit Bedacht. Hier liegt nämlich das eigentliche Problem: Es gibt ein gravierendes Vollzugsdefizit. In Berlin haben selbst eine Einsatzgruppe der Polizei und eine Sonderkommission des Bundesgrenzschutzes nicht wesentlich zur Graffiti-Aufklärung beitragen können.²⁹ Auch insofern laufen die Polizeiverordnungen leer. Die Sprayer sind schlicht unbekannt.

Die Bundesländer stellen für den Erlass ihrer Verordnungen die Sanktionierung (der Verunstaltung) in den Mittelpunkt. Nur: Was soll diese bezwecken? Den Opfern von Graffiti ist die Verhängung einer Sanktion gleichgültig, sie wollen den Schadensausgleich.³⁰ Und aus Tätersicht? Eine Verhaltenssteuerung – im Sinne einer Art von negativer Generalprävention – ist nicht einmal mit dem Strafrecht erreichbar. Allen-

25 Vgl. *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (460); ähnlich *Behm*, StV 1999, 567 (568); *Wesel*, NJW 1997, 1965.

26 *KG*, StV 1999, 156.

27 Vgl. *OLG Frankfurt*, NJW 1990, 2008.

28 Siehe Fn. 1.

29 *Wesel*, NJW 1997, 1965; ferner *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (461).

30 *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (462 m. w. N.).

falls wirkt das Risiko der Entdeckung und Verfolgung abschreckend,³¹ das durch die Polizeiverordnungen nicht gerade gesteigert wird. Sie werden folglich nicht dazu führen, dass künftig weniger Graffiti das Straßenbild prägen.

Geradezu umgekehrt ist folgendes Phänomen nicht unwahrscheinlich: Je mehr dem sog. Graffiti-Unwesen der Kampf angesagt wird, umso mehr werden die Sprayeraktionen zunehmen. Graffitisprühen ist nämlich zur episodenhaften Jugenddelinquenz zu zählen³² (sofern man hier überhaupt von Delinquenz sprechen sollte). Es ist größtenteils Protest und richtet sich gegen den »psychischen Vandalismus« einer Betonwelt;³³ eine Bewegung, die ihrerseits den »kick« bedingt, also das Gefühl der Gefahr – nur dann ist sie attraktiv. Und diese Gefahr wird durch die öffentliche (medienwirksame) Androhung der Verfolgung durch die Polizei aufgebaut und gesteigert.³⁴

Klarstellend sei auch darauf hingewiesen, dass durch die Schaffung dieser Ordnungswidrigkeit die Polizei keinesfalls von ihrem Ermittlungsaufwand bezüglich der Feststellung einer Substanzverletzung entbunden ist. Nach dem Legalitätsprinzip (§§ 160, 163 StPO) muss sie dies untersuchen, ist doch der Anfangsverdacht einer Sachbeschädigung durch den Auftrag des Graffito gegeben. Wer eine Kostenersparnis für die Ermittlungsbehörden erwartet, setzt die Verletzung des Legalitätsprinzips voraus. Kontraproduktiv wirkt die Kampagne der Länder aber auch in Bezug auf die eigene Polizei und Justiz. Wie aufgezeigt, interpretiert man das geltende Strafrecht restriktiver als es ist, und versucht so, die Notwendigkeit eines eigenen Handelns nachzuweisen. Soweit damit erklärt wird, nunmehr Graffiti besser unterbinden zu können, wird dies wiederum infolge des bestehenden Vollzugsdefizits scheitern. Kontraproduktiv daran ist, dass in der Bevölkerung Erwartungen geweckt werden, die nicht eingelöst werden können. Die dadurch ausgelöste Enttäuschung könnte zu einem weiteren Verlust in das Vertrauen in die Rechtsordnung führen.³⁵

Es bleibt also festzuhalten, dass dieser Weg eine symbolische – wirkungslose – Kriminalpolitik darstellt, die das Potenzial hat, langfristig gesellschaftlichen Schaden anzurichten.

III. Die Rechtmäßigkeit der Graffiti-Verordnungen

Die Graffiti-Verordnungen begegnen weiterhin sowohl verfassungs- als auch polizeirechtlichen Bedenken. Bevor auf die verfassungsrechtlichen Probleme des hier vorliegenden Ordnungswidrigkeitenrechts im Gewand einer Polizeiverordnung eingegangen werden kann (sub 2), soll zunächst das kompetenzrechtliche Verhältnis von Bundes- und Landesstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht beleuchtet werden (sub 1). Ergibt sich nämlich, dass entsprechende Tatbestände durch die Bundesländer nicht auf Gesetzeswege im Landesordnungswidrigkeitenrecht geschaffen werden dürfen, könnte sich die Regelung durch Polizeiverordnung als Umgehung dieses Verbotes darstellen. Schließlich ist auf die Einhaltung der Ermessensgrenzen der Polizei einzugehen (sub 3).

31 *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (460 f.).

32 *Behm*, NStZ 1999, 511 (512); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 16), Rn. 13; *Wesel*, NJW 1997, 1965; *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (461 m. w. N.); *Braum*, KJ 2000, 35 (46); a. A. *OLG Düsseldorf*, NJW 1999, 1199 (1200).

33 Bestätigt wird dies z. B. durch die Pressemitteilung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern selbst (oben Fn. 1), spricht diese doch davon, das Graffiti-Unwesen habe »vor allem in den Ballungszentren des Freistaates ein inakzeptables Ausmaß« erreicht.

34 *Wesel*, NJW 1997, 1965.

35 Vgl. *Hefendehl*, NJ 2002, 459 (461).

1. Kollision von Bundes- und Landesstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht

Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG weist »das Strafrecht« als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus. In diesem Bereich sind die Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG somit nur dann für den Erlass von Gesetzen zuständig, solange und soweit der Bund von seiner Kompetenz nicht durch Gesetze Gebrauch gemacht hat. »Strafrecht« umfasst dabei nach ganz herrschender Meinung nicht nur das tradierte Kriminalstrafrecht, sondern auch das Ordnungswidrigkeitenrecht.³⁶ Aus dieser verfassungsrechtlichen Lage folgen sowohl für den Bund als auch für die Länder Beschränkungen in der Gesetzgebungskompetenz.

a) Verhältnis von Bundes- und Landesstrafrecht

Dafür ist zunächst zu klären, ob die Bundesländer berechtigt wären, eigene Straftatbestände zu erlassen, die das Auftragen von Graffiti sanktionieren. Der *Bund* ist – jedenfalls im Bereich der herkömmlich geregelten Materien – befugt, Straftatbestände zu erlassen ohne Rücksicht auf die übrigen, durch Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten gezogenen Grenzen.³⁷ Allerdings dürfen dabei nicht die Zuständigkeiten der Länder für die ihnen verbliebenen Kompetenzen ausgehöhlt werden,³⁸ es wird also nicht jedes Sachgebiet beliebig durch Beifügen von Strafnormen in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gezogen.³⁹ Die Bindungen des Art. 72 Abs. 2 GG, nach dem eine bundesgesetzliche Regelung für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein muss, sind indes gering. Das liegt daran, dass die bis 1994 geltende Rechtslage (»Bedürfnis-Klausel«) vom *Bundesverfassungsgericht* zugunsten eines weiten Beurteilungsspielraums des Bundesgesetzgebers ausgelegt wurde.⁴⁰ Diese Rechtslage gilt nach Art. 125a GG für die bis dahin geschaffenen Straftatbestände fort. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seiner Kampfhundeentscheidung vom 16. 3. 2004 offen gelassen, ob Art. 72 Abs. 2 GG n.F. nur für Straftatbestände zur Anwendung kommen soll, die eine erstmalige bundesgesetzliche Neuregelung darstellen.⁴¹ Diese Frage wird auch in der Literatur kaum diskutiert.⁴² Ihre praktische Relevanz ist für schon geregelte Straftatbestände aber gering, weil die

36 Das erklärt sich historisch: Auch der Vorläufervorschrift des Art. 7 Nr. 2 WRV wurde der Bereich des Polizei- bzw. Verwaltungsstrafrechts zugeordnet; es ist nicht ersichtlich, dass diese Lage für das Grundgesetz nicht beibehalten werden sollte. Die den heutigen Ordnungswidrigkeiten vergleichbaren Delikte waren zunächst zumeist als Übertretungen Gegenstand des Kriminalstrafrechts und sind erst nach Erlass des Grundgesetzes zu bloßen Ordnungswidrigkeiten »abgestuft« wurden. Damit wollte der Gesetzgeber die überkommene verfassungsrechtliche Lage nicht verändern. Vgl. dazu *BVerfGE* 23, 113 (123 f.); 27, 18 (32 f.); 29, 11 (16); *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 10; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 5. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 12; *Stettner*, in: Dreier, Grundgesetz, Band 2, 1998, Art. 74 Rn. 19; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, vor § 1 Rn. 36; *Bohnert*, Grundriß des Ordnungswidrigkeitenrechts, 1996, S. 3; a. A. aber *Thieß*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2002, S. 19 f.

37 *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 36); Art. 74 Rn. 14.

38 *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 36); Art. 74 Rn. 14.

39 *Maunz*, in: ders./Dürig, Grundgesetz, Band 5, Losebl., St. 02/04, Art. 74 Rn. 64.

40 St. Rspr. des *BVerfG* seit *BVerfGE* 1, 264 (272 f.) und 2, 213 (224 f.). Vgl. dazu umfassend *Neumeyer*, Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG), 1999, S. 92 ff.

41 *BVerfG*, NVwZ 2004, 597 (604): »jedenfalls« bei derartigen Regelungen sei Art. 72 Abs. 2 GG n.F. als Schranke zu beachten.

42 *Bothe* (in: AK-Grundgesetz, Losebl., Stand 08/03, Art. 125a Rn. 4) geht davon aus, dass eine »Neuregelung des Gegenstandes« dem Bund nur unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG n.F. möglich wäre. Nach *Wolff* (in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Band 3, 4. Aufl. 2001, Art. 125a Rn. 19) und *Jarass* (in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 6. Aufl. 2002, Art. 125a Rn. 2) darf der Bund nur rein technische Folgeänderungen ohne Rücksicht auf die verschärften Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG n.F. vornehmen.

Länder in diesem Bereich des »klassischen Strafrechts« nach Art. 72 Abs. 1 GG ohnehin von der Gesetzgebungskompetenz weitgehend ausgeschlossen sind.⁴³ Schließlich darf der Bundesgesetzgeber auch Vorschriften des Landesrechts mit strafrechtlichen Sanktionen des Bundesrechts versehen, sofern er damit nicht die der Länderbefugnis unterliegende Materie selbst sachlich regelt.⁴⁴

Diese weit reichenden Kompetenzen für den Bundesgesetzgeber führen dazu, dass die *Länder* im Bereich des *Strafrechts* nur noch eine äußerst beschränkte Gesetzgebungsbefugnis haben. Nach Art. 72 Abs. 1 GG dürfen sie nur Strafgesetze erlassen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Hieraus wird allgemein abgeleitet, dass jedenfalls innerhalb der im Strafgesetzbuch geregelten Materien der Bundesgesetzgeber zuständig ist; diese Materien werden durch die kriminalstrafrechtlich herkömmlich geschützten *Rechtsgüter* bestimmt.⁴⁵ Soweit damit im Strafgesetzbuch Rechtsgüter nur bis zu einem bestimmten Grad geschützt sind, kann der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis nicht nur hinsichtlich des Schutzstandards, sondern auch hinsichtlich etwaiger Schutzlücken Gebrauch gemacht haben. Das *Bundesverfassungsgericht* hatte über die Reichweite des »Gebrauchmachens« i. S. d. Art. 72 Abs. 2 GG im Fall des Bayerischen Schwangerenhilfegergänzungsgesetzes zu befinden. In seiner Entscheidung führt es aus:

»Ein Gebrauchmachen im Sinne dieser Vorschrift liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn der Bund eine Regelung getroffen hat. Auch in dem absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das dann insoweit Sperrwirkung für die Länder erzeugt [...]. Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich der Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz – gemessen an höherrangigen Grundrechtsverbürgungen – wegen des Fehlens einer Regelung für unzureichend hält. [...] In jedem Fall setzt die Sperrwirkung für die Länder voraus, daß der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist.«⁴⁶

Für den Eigentumsschutz gegen unerwünschte Graffiti hat der Bundesgesetzgeber in der jüngsten Vergangenheit mehrmals deutlich zu erkennen gegeben, dass er den strafrechtlichen Schutzstandard des § 303 StGB für hinreichend hält.⁴⁷ Er hat damit von seiner Gesetzgebungsbefugnis abschließend durch absichtsvolles Unterlassen einer weitergehenden Regelung Gebrauch gemacht. Einfachrechtlich wird diese verfassungsrechtliche Lage durch Art. 4 Abs. 2 EGStGB umgesetzt, nach dem die Strafvorschriften des Strafgesetzbuches Straf- und Bußgeldvorschriften des Landesrechts unberührt lassen, soweit diese *nicht* eine Materie zum Gegenstand haben, die im Strafgesetzbuch abschließend geregelt ist. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Bundesländer nicht befugt wären, eigene Straftatbestände zu erlassen, die das Auftragen von Graffiti sanktionieren.

43 Vgl. dazu sogleich.

44 St. Rspr. des *BVerfG*, zuletzt *BVerfG*, NVwZ 2004, 597 (603); zuvor schon *BVerfGE* 13, 367 (373); 23, 113 (125); 26, 246 (258). Freilich ist dann Art. 72 Abs. 2 GG zu beachten, wenn es sich inhaltlich um eine erstmals geschaffene bundesgesetzliche Neuregelung handelt.

45 *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 36), Art. 74 Rn. 11; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 36); Art. 74 Rn. 14.

46 *BVerfGE* 98, 265 (300 f.).

47 Ablehnung von Gesetzesentwürfen der CDU/CSU-Fraktion (BT-Drs. 14/546), der FDP-Fraktion (BT-Drs. 14/569) und des Bundesrates (BT-Drs. 14/872) durch den Rechtsausschuss des Bundestages (BT-Drs. 14/2941, S. 3) und durch den Bundestag (Plenarprot. 14/95, S. 8860A). Vgl. für die Initiativen der 15. Wahlperiode (siehe Fn. 13) Plenarprot. 15/86 S. 7527 ff. und 15/118 S. 10771 ff. (noch kein Beschluss des Bundestages).

b) Verhältnis von Bundesstrafrecht und Landesordnungswidrigkeitenrecht

Wie sieht es aber mit dem Verhältnis von Bundesstraf- und Landesordnungswidrigkeitenrecht aus? Die Kernfrage ist auch hier: Wollte der Bund durch das absichtsvolle Unterlassen einer *strafgesetzlichen* Regelung gleichzeitig auch eine *ordnungswidrigkeitenrechtliche* Ahndung ausschließen? Der Bundesgesetzgeber geht jedenfalls von einer solchen Möglichkeit aus, erstreckt er doch in Art. 4 Abs. 2 EGStGB den Ausschluss landesrechtlicher Regelungen ausdrücklich nicht nur auf Landesstrafrecht, sondern auch auf Landesbußgeldvorschriften, soweit sie eine im Strafgesetzbuch abschließend geregelte Materie zum Gegenstand haben.⁴⁸ Insofern sprechen nicht nur die Materialien zu den jüngsten Vorstößen der Oppositionsparteien im Bundestag⁴⁹ für eine abschließende Regelung durch das Sanktionenrecht des Bundes: Der Bundesgesetzgeber sah zum einen in jüngster Vergangenheit gerade keine Veranlassung, dem »Graffiti-Unwesen« entgegenzuwirken, soweit es über das hinausgeht, was vom Tatbestand des § 303 StGB ohnehin umfasst ist.⁵⁰ Zum anderen blieb 1986 ein Regierungsvorstoß zur Einfügung eines § 118a OWiG – der eine allgemeine Verunstaltensklausel enthielt – ohne Erfolg.⁵¹

Man wird noch weiter gehen können: Landesrechtliche Bußgeldvorschriften werden ebenso wie landesrechtliche Strafvorschriften für die im Strafgesetzbuch geregelten Materien – also die dort herkömmlich geschützten Rechtsgüter – *im Regelfall* ausgeschlossen sein. Für die im StGB geschützten Rechtsgüter hat der Bund grundsätzlich abschließend den »Sanktionierungsstandard« bestimmt. Auch ohne besondere Umstände oder Äußerungen des Bundesgesetzgebers wird man davon ausgehen können, dass der Landesgesetzgeber gehindert ist, beispielsweise Schwangerschaftsabbrüche, Ehebrüche, homosexuelle Handlungen oder fahrlässige Sachbeschädigungen mit Bußgeldern zu sanktionieren. Nur in Sonderfällen gilt etwas anderes: Hat das Land für ein bestimmtes Sachgebiet die Gesetzgebungskompetenz, darf es dabei selbstverständlich auch Verbotsnormen erlassen. Davon ist auch die Befugnis zur bußgeldrechtlichen Ahndung eines Verstoßes gegen eine solche Verbotsnorm erfasst. Dies wird in der Regel Gegenstände betreffen, die bundesstrafrechtlich nicht normiert sind. Soweit sich hier jedoch Überschneidungen ergeben, sind landesbußgeldrechtliche Regelungen, die über die strafrechtliche Sanktionierung hinausgehen, nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Dies gilt etwa für die landesrechtliche Ahndung fahrlässiger Sachbeschädigungen im Denkmalschutzrecht.⁵² Für den allgemeinen Schutz des Eigentums vor dem Auftragen von Graffiti ist eine solche dem Landesrecht offen stehende Materie nicht ersichtlich.⁵³ Die Landeszuständigkeit für das Gefahrenabwehrrecht kann hierfür jedenfalls nicht ausreichen: Denn diese Kompetenz betrifft nur präventiven, nicht aber repressiven Rechtsgüterschutz.

Als weiteres Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass der Landesgesetzgeber auch nicht berechtigt ist, für das Auftragen von Graffiti eine ordnungswidrigkeiten-

48 Ohne weiteres unzulässig ist danach jedenfalls ein landesrechtlicher Bußgeldtatbestand, der die gleiche Reichweite hat wie eine bundesrechtliche Strafvorschrift: *BVerfGE* 31, 141 (144); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 115; allgemein zur Verfassungswidrigkeit von bundesrecht-wiederholendem Landesrecht *Rozeck*, *DÖV* 2002, 103 (105 f., 109). Insofern dürfte ein Verbot wie in § 1 der sächsischen Graffiti-Verordnung, auf eine Sache durch das Abtragen von Material einzuwirken, schon aus diesem Grund verfassungswidrig sein. Denn es sind wohl kaum Fälle denkbar, in denen das »Abtragen von Material« nicht mit einer Beschädigung einer Sache i. S. d. § 303 StGB einhergeht.

49 Siehe Fn. 47.

50 Das ist aus der Ablehnung der jüngsten Gesetzesinitiativen (siehe Fn. 47) zu schließen.

51 Vgl. dazu die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses v. 24. 2. 1986, BT-Drs. 10/5083 S. 23.

52 *Weber*, in: *Festschrift für Tröndle*, 1989, S. 337 (349 f.).

53 Das Straßenrecht kann allenfalls für den Fall des Verunreinigens öffentlicher Straßen als eine solche dem Landesrecht offen stehende Materie gelten. Vgl. etwa § 52 Abs. 1 Nr. 1 SächsStrG.

rechtliche Ahndung zu schaffen. Ein solches Landesgesetz wäre wegen Verstoßes gegen Art. 72 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

2. Ordnungswidrigkeitenrecht im Gewand einer Polizeiverordnung

Die Länder haben solche Bußgeldvorschriften allerdings nicht durch Landesgesetze, sondern in Form von Polizeiverordnungen erlassen. Auch damit könnte in Bundesmaterie übergreifen worden sein, mit der Folge, dass die Graffiti-Verordnungen rechtswidrig wären. Zu klären ist also, ob die Länder für ein solches Verwaltungshandeln die *Verbandskompetenz* haben. Es ist unstreitig, dass sie (mangels Zuweisung eines entsprechenden Kompetenztitels für den Bund) zunächst die *Gesetzgebungskompetenz* für das Polizeirecht haben.⁵⁴ Von dieser Kompetenz haben alle Bundesländer Gebrauch gemacht und Polizei- und Ordnungsgesetze erlassen. Die Polizeigesetze der Länder ermächtigen – verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich⁵⁵ – die Polizeibehörden zum Erlass von Polizeiverordnungen, deren Tatbestände auch bußgeldrechtlich abgesichert werden können.⁵⁶ Eine Polizeiverordnung *zur Gefahrenabwehr* wäre demnach kompetenzrechtlich unbedenklich.

Indes belehren die Motive eines Besseren. Beispiel Sachsen: »Weil der Bund nicht handelt: Sachsen *sanktioniert* illegale Graffiti« titelt eben die eingangs erwähnte Pressemitteilung vom 16. 2. 2004.⁵⁷ Dort ist weiter zu lesen: »Nachdem Bemühungen des Freistaates auf Bundesebene nicht zum gewünschten Erfolg geführt haben, hat Sachsen nunmehr die Notbremse gezogen. »Wir werden nicht mehr hinnehmen, dass die Verunstaltungen durch Graffiti nur unter äußerst schwierigen Bedingungen verfolgt werden können«, sagte der Innenminister. . .« Ferner wird auf die Lücken des strafrechtlichen Schutzes gegen Graffiti durch § 303 StGB hingewiesen und konstatiert: »Mit der vorliegenden Polizeiverordnung zur Bekämpfung von Veränderungen des Erscheinungsbildes einer fremden Sache durch Auftragen von Graffiti und anderen Verhaltensweisen [...] wird erreicht, dass in ganz Sachsen illegale Graffiti gleichermaßen konsequent als Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden können, auch wenn kein Straftatbestand verwirklicht wurde.« Hiermit wird deutlich, dass mit der Graffiti-Verordnung *im Schwerpunkt* gerade nicht gefahrenabwehrrechtlich gehandelt werden sollte, sondern man mit der Rechtsform einer Verordnung in einer Weise repressiv tätig geworden ist, wie es dem Bundesland in Gesetzesform gerade nicht gestattet wäre. Es wird also nicht an die (präventive) Verhinderung vermeintlicher Verunstaltungen angeknüpft, sondern es geht von vornherein nur um die Vervollständigung einer als unzureichend empfundenen bundesrechtlichen Regelung zur (repressiven) Verfolgung des »Graffiti-Unwesens«. Darf ein Bundesland aber ein solches Gesetz nicht erlassen, kann die Kompetenz nicht durch gesetzliche Ermächtigung an einen Verordnungsgeber geschaffen werden. Mit Erlass solcher Graffiti-Verordnungen wird damit in Bundeskompetenzen übergreifen. Die Verordnungen sind folglich wegen Verstoßes gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung bereits aus formalen Gründen verfassungswidrig und damit nichtig.

⁵⁴ Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 70 Rn. 11 m. Fn. 47.

⁵⁵ VerfGH Rheinland-Pfalz, NVwZ 2001, 1273 (1274); VGH Mannheim, VBIBW 2002, 292 f.; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2001, 742 (744).

⁵⁶ §§ 9 I, 1 I SächsPolG; §§ 10 I, 1 I BadWürttPolG, §§ 55, 1 I BerlASOG, § 26 I BbgOBG, §§ 48 f. BremPolG, § 1 I HbgSOG, § 74 HessSOG, § 17 I MVSO, § 55 I Nr. 1 NdsSOG, § 27 I NWOBG, §§ 26, 30 RhPPOG, § 1 II SaarPolG, § 94 Nr. 1 SachsAnhSOG, § 175 SchlHLwG, § 27 I ThürOBG. In Bayern existiert keine Generalermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen.

⁵⁷ Siehe Fn. 1 (Hervorhebungen nur hier). Ganz ähnlich die Erwägungen des Thüringer Innenministers, vgl. die Pressemitteilung 86/04 vom 4. 6. 2004 unter <http://www.thueringen.de/de/tim/aktuell/press/> (eingesehen am 20. 12. 2004). Etwas zurückhaltender die Mitteilung der Verordnungsgeber in Hamburg, vgl. die Pressemitteilung vom 2. 9. 2003 (Fn. 11) und die Begründung der Verordnung in Sachsen-Anhalt (Fn. 10).

3. Ermessensfehler

Die Polizeiverordnungen könnten darüber hinaus auch materiell rechtswidrig sein. So muss ihrem Erlass eine fehlerfreie Ermessensausübung vorausgehen.⁵⁸ Die Polizeibehörden »können« nach den Polizeigesetzen⁵⁹ zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben polizeiliche Verbote oder Gebote in Verordnungsform erlassen. Zwar mag hier eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit formal vorgelegen haben.⁶⁰ Denn immerhin verursachen die mit den Verordnungen erfassten Verhaltensweisen durchaus die Beeinträchtigung privater Rechtsgüter (Betroffenheit eines polizeilichen Schutzgutes); und es mögen auch im Einzelnen die Voraussetzungen einer abstrakten Gefahr gegeben sein, weil mit solchen Beeinträchtigungen nach der Lebenserfahrung zu rechnen ist. Aber es ist schon aufgezeigt worden, dass der Erlass der Verordnungen im Schwerpunkt gerade nicht zur Gefahrenabwehr erfolgt ist, sondern um eine Lücke im System des repressiven Rechtsgüterschutzes zu schließen. Das aber sind keine »polizeilichen Motive« und deshalb sachfremde Erwägungen.⁶¹ Auch eine »Umdeutung« hin zu »polizeilichen Motiven« kann nicht vom Rechtsanwender, sondern nur durch den Ordnungsgeber selbst erfolgen. Damit haben diese Motive nicht nur die formelle, sondern wegen ihrer Bedeutung für die Überprüfung der Ermessensausübung auch die materielle Rechtswidrigkeit und damit die Nichtigkeit der Verordnungen zur Folge.

IV. Nachdenken über Alternativen

Doch was tun? Sich den Ängsten der Jugendlichen annehmen, sie nicht mit ihren Ohnmachtserfahrungen allein lassen? Strukturverbesserungen im urbanen Raum durchführen, die den Jugendlichen die Stadt nicht als eintöniges unwirkliches Betonsilo erscheinen lässt?⁶² Für bestimmte Konstellationen auch Maßnahmen zur technischen Prävention durchdenken?⁶³ Den geschaffenen bzw. noch zu schaffenden Freewalls zum Sprayen Attraktivität verleihen? Entkriminalisierung? Das alles sind Überlegungen, die bisweilen »experimentell« anmuten und einen langen Atem erfordern. Und sie kosten: zum einen Geld und zum anderen vielleicht Wählerstimmen. Schlechte Karten also für eine vernünftige Kriminalpolitik, aber noch lange kein Grund, rechtswidrige Polizeiverordnungen zu erlassen.

Jedenfalls nicht aus den Augen verlieren darf man, dass zumindest ein Anspruch sicher gegeben ist: In allen Fällen besteht der zivilrechtliche Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, denn eine Eigentumsverletzung wird in diesem Rahmen auch schon bei Verunstaltungen angenommen.⁶⁴ Freilich – und damit schließt sich der Kreis zum gegenwärtigen Vollzugsdefizit – geht auch dieser Anspruch ins Leere, wenn der Sprayer unbekannt ist.

⁵⁸ Vgl. *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 488.

⁵⁹ Vgl. Fn. 56.

⁶⁰ Zur abstrakten Gefahr als Voraussetzung für den Erlass einer Polizeiverordnung vgl. nur *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, Rn. 625.

⁶¹ Zu den nicht »polizeilichen Motiven« als sachfremde Erwägungen *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 58), S. 488.

⁶² Vgl. auch die Überlegungen von *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 16), Rn. 13 m. w. N.; *Braum*, KJ 2000, 35 (48).

⁶³ Vgl. *Hefendebl*, NJ 2002, 459 (461). Krit. zu anderen öffentlich-rechtlichen Maßnahmen – wie zum Beispiel die »Aktion sauberes Berlin« – *Wesel*, NJW 1997, 1965 f.

⁶⁴ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 63. Aufl. 2004, § 823 Rn. 8. Zum zivilrechtlichen Ansatz de lege lata insgesamt *Wesel*, NJW 1997, 1965 (1966). Zu zivilrechtlichen Reformüberlegungen *Braum*, KJ 2000, 35 (47 f.).