

Unrecht gegen Unrecht?

Zum Übersprayen rechtswidrig angebrachter Graffiti

Von Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Mit. Lucas Tomiak, Bonn

I. Einleitung

Das Amtsgericht Eisenach verurteilte im letzten Jahr eine Frau, die seit Jahren Graffiti, oftmals solche mit rechtsextemem Inhalt, übersprüht hatte, wegen Sachbeschädigung.¹ Auf die Revision der Angeklagten hin wurde das Verfahren dann vom OLG Thüringen – soweit aus der Tagespresse ersichtlich ohne Auflagen – eingestellt.² Ganz ähnlich gestaltete sich bereits im Jahr 2016 ein Verfahren gegen dieselbe Frau in Berlin: Damals übersprachte sie den Schriftzug „Merkel muss weg“ und machte daraus „Merke! Hass weg“.³ Auch in diesem Fall wurde sie erstinstanzlich verurteilt, das Verfahren wurde indes in der Rechtsmittelinstanz ebenfalls eingestellt, nachdem die Berliner Senatsverkehrsverwaltung ihren Strafantrag zurückgenommen hatte.⁴

Die zuständigen Behörden und Gerichte scheinen demnach davon auszugehen, dass das Übersprayen von Graffiti grundsätzlich eine strafbare Sachbeschädigung darstellt: Zu einem Freispruch kam es in beiden Verfahren nicht. Die Vermutung liegt durchaus nah, dass die „prozessuale“ Lösung der Verfahren durch Einstellung auf der Einschätzung beruhte, dass das Verhalten der Angeklagten nicht als strafwürdig anzusehen sei. Der folgende Beitrag soll der Frage nachgehen, ob sich dieses Ergebnis (Straflosigkeit) auch strafrechtsdogmatisch begründen lässt. Mithin ist zu klären, ob und inwieweit das Übersprühen von Graffiti eine strafbare Sachbeschädigung darstellt.⁵

II. Das Übersprayen von Graffiti und die Erheblichkeitschwelle im Sachbeschädigungstatbestand

Als Grundlage einer Strafbarkeit kommt vor allem § 303 StGB in Betracht.⁶ Ob insoweit § 303 Abs. 1 oder Abs. 2 einschlägig ist, bemisst sich dabei am Vorliegen einer Sub-

stanzverletzung. Entscheidend ist also, ob eine Entfernung des Graffiti möglich ist, ohne dass dadurch die darunter liegende Oberfläche angegriffen wird.⁷ Das ist bei dem ersten Auftragen von Sprayfarbe im Regelfall die Fassade der Wand. Beim Übersprayen bestehender Graffiti könnte die relevante Oberfläche allerdings in der zuvor aufgetragenen Farbschicht liegen, so dass eine Substanzverletzung i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB bereits darin zu sehen wäre, dass die Wand nicht so wiederhergestellt werden kann, dass das erste Graffiti nach der Reinigung wieder in seinem Ausgangszustand zu sehen ist.

Gerhold bezweifelt dies jedenfalls in den Fällen, in denen unrechtmäßig angebrachte Graffiti übersprüht werden, „da sich die Farbe insoweit zumindest teilweise nicht mit der Sachsubstanz, sondern nur mit der darunterliegenden Farbe verbindet und die Erheblichkeit der Substanzveränderung sowie der zusätzliche Instandsetzungsaufwand weiter reduziert werden“.⁸ Dieser Einwand beruht bei näherer Betrachtung auf unterschiedlichen Aspekten, die im Folgenden einzeln genauer analysiert werden sollen: Zunächst ist das Interesse des Eigentümers am Fortbestand rechtswidrig angebrachter Graffiti herauszuarbeiten (1.), bevor auf dieser Grundlage untersucht wird, ob die Substanzverletzung in Bezug auf die schon zuvor besprühte Sache als solche „erheblich“ und damit grundsätzlich als strafwürdiges Unrecht anzusehen ist (2.).

1. Das Interesse des Eigentümers am Fortbestand des besprayten Zustands

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst, dass nach Ansicht des BGH die Farbschicht einer Sache zu deren Substanz gehört.⁹ Man könnte nun allerdings, wie ausweislich des obigen Zitats *Gerhold*, daran zweifeln, dass dies auch für rechtswidrig angebrachte Farbschichten, bspw. Graffiti, gilt.¹⁰ Gegen diese Differenzierung spricht indes, dass es für

¹ Deutsche Welle v. 11.10.2019, abrufbar unter <https://www.dw.com/en/anti-nazi-graffiti-grandma-fined-after-painting-over-nazi-tag/a-50803853> (1.2.2021).

² *Conrad*, in: Austermann/Fischer-Lescano/Kaleck/Kleffner/Lang/Pichl/Steinke/Vetter (Hrsg.), *Recht gegen rechts*, Report 2020, 2020, S. 373 f.

³ *Müller*, beck-blog v. 7.10.2016, abrufbar unter <https://community.beck.de/2016/10/07/ist-es-strafbare-sachbeschädigung-ein-graffiti-zu-ueberspruehen> (1.2.2021).

⁴ *Der Tagesspiegel* v. 10.7.2017, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/graffiti-in-berlin-zehlendorf-rentnerin-uebermalt-hassparolen-verfahren-eingestellt/20040968.html> (1.2.2021). Kritisch schon zur Stellung des Strafantrags *Conrad* (Fn. 2), S. 373 (376 ff.).

⁵ Ausgeklammert bleiben sollen dabei die Konstellationen, in denen der Inhalt des neuen Graffiti strafbar ist, etwa weil dieser selbst den Beleidigungstatbestand erfüllt.

⁶ Daneben kommt unter Umständen auch eine Strafbarkeit nach § 304 StGB in Betracht. §§ 305, 305a StGB dürften hingegen ausscheiden, da der Tatbestand voraussetzt, dass die Sache (mindestens) teilweise zerstört wird.

⁷ Zum Streit, inwieweit Substanzschäden, die nicht mit der Auftragung der Farbe, wohl aber mit einer Reinigung notwendig einhergehen, von Abs. 1 erfasst sind, siehe nur *Schuhr*, JA 2009, 169 (170), einerseits; dagegen *Satzger*, JURA 2006, 428 (432), andererseits.

⁸ *Gerhold*, StV 2020, 213 (214).

⁹ BGHSt 29, 129 (131); aus der Literatur *Ingelfinger*, Graffiti und Sachbeschädigung, 2003, S. 20; *Wolf*, Graffiti als kriminologisches und strafrechtsdogmatisches Problem, 2004, S. 136; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 22. Aufl. 2020, § 24 Rn. 20.

¹⁰ So etwa *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 303 Rn. 14, nach dem die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Überstreichen eines Graffiti) nicht unter den Wortlaut „beschädigen“ subsumiert werden kann; implizit wie *Gerhold* auch AG Berlin-Tiergarten, NStZ 2013, 45; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 39.

die Zuordnung der aufgetragenen Farbe zur Sachsubstanz – und es geht ja um die Frage nach der Substanzverletzung – keinen Unterschied machen kann, ob die Farbe rechtmäßig oder rechtswidrig aufgetragen wurde.¹¹

Intuitiv plausibel ist dieses Ergebnis, wenn man sich den Fall vor Augen hält, dass ein Sprayer ein Graffiti des Künstlers *Banksy* so übersprüht, dass eine Wiederherstellung des vorherigen Zustands nicht möglich ist. Das zeigt, dass der Eigentümer der Sache ein Interesse und Recht hat, auch die ursprünglich rechtswidrige Gestaltung zu erhalten¹² oder in ihre Veränderung oder ggf. sogar Vernichtung¹³ einzuwilligen.

Nun stammt allerdings nicht jedes Graffiti von *Banksy*. Ein schwarzer Schriftzug mit der Aufschrift „Merkel muss weg“ beispielsweise wird den wirtschaftlichen wie ästhetischen Wert des besprühten Objekts nicht steigern. Dennoch mag der Eigentümer ein immaterielles Interesse am Erhalt dieser Aufschrift haben. So bejahte das Schweizerische Bundesgericht eine Sachbeschädigung in einem Fall, in dem der Täter eine Wand an derselben Stelle besprüht hatte, an der sich bereits ein anderes Graffiti befand. Nach Auffassung des Bundesgerichts werde dem Berechtigten nämlich anderenfalls das Recht genommen, die erste – wenn auch unbefugte – Veränderung zu akzeptieren.¹⁴

In derartigen Fällen liegt das Kernproblem demnach darin zu bestimmen, in welchem Umfang diese Interessen des Eigentümers strafrechtlich geschützt werden sollen. Der Umstand, dass das Zivilrecht die Befugnisse des Eigentümers sehr umfassend garantiert (§ 903 S. 1 BGB), bedeutet keineswegs, dass diese auch in vollem Umfang strafrechtlichen Schutzes bedürfen. So ist auch im Schrifttum die Auffassung verbreitet, dass der Tatbestand des § 303 StGB nicht eingreift, wenn der Eigentümer keinerlei Interesse, sei es auch nur ein Affektionsinteresse, an der Sache hat.¹⁵ Auf die hier

Zu einer Strafbarkeit nur nach Abs. 2 muss auch kommen, wer Abs. 2 als Spezialregelung zu Abs. 1 ansieht, so *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 303 Rn. 15 f.

¹¹ *Schroeder*, JR 1987, 359 (360). Da der Sprayer das Eigentum an der Farbe mit dem Besprayen an den Eigentümer der besprühten Sache verliert, scheidet eine Sachbeschädigung dem Sprayer gegenüber aus, *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* (Hrsg.), *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 36 Rn. 16.

¹² Diesem Interesse steht insbesondere nicht entgegen, dass nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung eine Pflicht des Eigentümers zur Beteiligung des Sprayers am Verkaufserlös bestehen kann, siehe dazu BGHZ 129, 66 (70 ff.).

¹³ Die Vernichtung der Graffiti ist zulässig, aber nicht deren Entstellung i.S.d. § 14 UrhG, vgl. dazu *Bullinger*, in: *Wandtk/Bullinger* (Hrsg.), *Urheberrecht, Praxiskommentar*, 5. Aufl. 2019, UrhG § 14 Rn. 47.

¹⁴ BGE 120 IV 319 (321).

¹⁵ *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 303 Rn. 1 m.w.N.; a.A. etwa *Hecker*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 303 Rn. 3.

in Rede stehenden Fälle lässt sich dieser Gedanke aber wohl nicht einmal auf eine völlig verunstaltete Sache übertragen, denn es ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Abs. 1 sowohl die Tatbestandsalternative des Beschädigers als auch des Zerstörers auf dasselbe Tatobjekt verweisen. Würde man die gänzlich besprühte Wand also vom Anwendungsbereich des § 303 StGB ausnehmen, so entfielen auch der Schutz vor Zerstörung.

Aussichtsreicher erscheint es, stattdessen auf das Kriterium der Erheblichkeit abzustellen. Dieses ist zwar ausdrücklich nur in Abs. 2 normiert,¹⁶ aber nach ganz herrschender Meinung auch in die Tatvariante des „Beschädigers“ nach Abs. 1 hineinzulesen.¹⁷ Derartige „Geringfügigkeitsklauseln“ sind ungeschriebener Bestandteil einer Reihe von Tatbeständen wie etwa der Körperverletzung (§ 223 StGB) mit der dort geläufigen Definition der körperlichen Misshandlung¹⁸. Entsprechend ihrer Funktion, Bagatellen aus dem Tatbestand auszuschneiden, ist die Erheblichkeit der Beschädigung i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB nicht nur auf die Gebrauchsbeeinträchtigung, sondern auch auf die Substanzverletzung zu beziehen.¹⁹

Problematisch ist freilich, ob das Interesse des Eigentümers an dem „besprayten“ Zustand gegen das (erneute) Übersprayen strafrechtlichen Schutz verdient. In der angesprochenen Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts wird dazu ausgeführt: „Das geschädigte Bauamt der Stadt Zürich hat ausdrücklich gegen den Beschwerdegegner Strafantrag wegen Sachbeschädigung gestellt. Die von ihm bewirkte,

¹⁶ Kritisch zur Einfügung der Erheblichkeitsklausel nur in Abs. 2 daher etwa *Ingelfinger* (Fn. 9), S. 40; *Hillenkamp*, in: *Feltes/Pfeiffer/Steinhilper* (Hrsg.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 927 (938); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 39.

¹⁷ Statt vieler BGHSt 13, 207 f.; 44, 34 (38); *Zaczyk* (Fn. 15), § 303 Rn. 7 m.w.N.

¹⁸ „[Ü]bles, unangemessenes Behandeln, welches das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt“, vgl. *Joecks (Hardtung)*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 223 Rn. 4.

¹⁹ Siehe dagegen *Kargl*, JZ 1997, 283 (290), der das Erheblichkeitskriterium für inhärent und wohl unlösbar unbestimmt hält und den Beschädigungsbegriff daher auf die Alternative der Substanzverletzung begrenzen möchte: „Ohne das Kriterium der Brauchbarkeitsminderung bedarf es keiner Geringfügigkeitskontrolle, ohne Geringfügigkeitskontrolle kommt jedoch nur die Substanzverletzung aus.“ Damit wird aber zum einen die Trennschärfe des Substanzverletzungs-Kriteriums überschätzt, zum anderen der Einsatz des Strafrechts zu weit gezogen. Die Erheblichkeitsklausel wenden ausdrücklich auch auf die Beschädigung an etwa *Zaczyk* (Fn. 15), § 303 Rn. 7; *Wolff*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 303 Rn. 17; *Ingelfinger* (Fn. 12), S. 40; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 19; aus der Rspr. OLG Düsseldorf, NJW 1993, 869.

mehr als nur geringfügige Verunstaltung lief also den Interessen des Amtes zuwider. Der Beschwerdegegner hat denn auch nie geltend gemacht, er sei irrtümlich davon ausgegangen, ein Einverständnis zu seinem Tun liege vor.²⁰ Damit wird aber das vorrangige Problem, ob eine Strafbarkeit ausscheidet, weil die Verletzung des spezifischen Eigentümerinteresses schon nicht vom Strafrecht sanktioniert wird, mit der Frage vermengt, ob eine Strafbarkeit wegen (mutmaßlicher) Einwilligung ausscheidet.²¹

Das Schweizerische Bundesgericht behandelt diese letztere, systematisch vorrangige, Frage nur hilfsweise. Selbst wenn von einer Beschränkung des strafrechtlichen Schutzes auf Veränderungen, die ein vernünftiger Eigentümer nicht akzeptieren würde, auszugehen sei, sei dieses Kriterium in dem entschiedenen Fall erfüllt: es lasse sich „von vornherein nicht behaupten, dass das geschädigte Bauamt der Stadt Zürich aus einer reinen ‚Marotte‘ heraus oder gar in rechtsmissbräuchlicher Weise Strafantrag gestellt hätte“.²² Mit der Wendung, ein strafrechtlicher Eigentumsschutz sei nicht zugunsten „unvernünftiger Marotten“ anzunehmen, greift das Bundesgericht eine Formulierung von *Maiwald*²³ auf, die im Ansatz auch anderen Stimmen im Schrifttum entspricht, wonach der Eigentümer ein vernünftiges Interesse an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes haben müsse²⁴. Es ist aber zweifelhaft, ob das Bundesgericht diese Kriterien richtig versteht, wenn es sie mit Rechtsmissbrauch in Verbindung bringt. Zwar spricht *Maiwald* in diesem Zusammenhang davon, an Strafrecht könne es fehlen, wenn der Rechtsinhaber nur aus Schikane handle, betont aber zugleich, dass der Grund für die Einschränkung auf vernünftige Eigentümerinteressen in dem Erfordernis der Verallgemeinerungsfähigkeit strafrechtlich geschützter Interessen liegt.²⁵ Entscheidungsrelevant ist also nicht die Vernünftigkeit der Person des Eigentümers und die Übereinstimmung seines Handelns mit Treu und Glauben, sondern das fehlende Interesse, minimale Beeinträchtigungen strafrechtlich zu schützen. Anders ausgedrückt: Es geht nicht darum, nicht zu strafen, weil der Eigentümer strafrechtlichen Schutzes unwürdig ist, sondern darum, nicht zu strafen, wenn kein strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt.

Danach könnte es an einer erheblichen Beschädigung fehlen, wenn zum einen die zusätzliche Besprayung zu keiner bzw. einer nur ganz geringfügigen Steigerung der Wiederher-

stellungskosten führt²⁶ und zum anderen der Zustand des besprühten Objekts durch die zusätzliche Besprayung nicht weiter verschlechtert wird bzw. der Charakter des Erscheinungsbilds nicht geändert wird²⁷. Mit anderen Worten, eine besprühte Wand bleibt eine besprühte Wand, ob auf ihr nun fünf oder sechs großflächige Graffiti prangen. Danach wäre die Erheblichkeit also zu verneinen, wenn keine in sich geschlossene Graffiti-Kunst, sondern nur ein sog. „tag“ (die Signatur eines Sprayers) oder ein vergleichbares Graffiti übersprüht wird.²⁸ Zwar besteht hier durchaus eine Spannung zur Forderung, der Strafrichter dürfe nicht zum Richter über ästhetische Urteile werden.²⁹ Diese Spannung mitsamt den entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten ist aber unausweichlich, solange man nicht den subjektiven Präferenzen des Eigentümers und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit ausschlaggebende Bedeutung zumessen will.³⁰ Das Problem ist auch nicht exklusiv eines der Sachbeschädigungsdelikte, wie etwa § 226 Abs. 1 Nr. 3 lit. c StGB (dauernde Entstellung in erheblicher Weise) zeigt.³¹

2. Mangelnde Erheblichkeit des Übersprayens bereits bestehender Graffiti

a) Neben dem Interesse an dem Fortbestand der bestehenden Graffiti könnte für die Erheblichkeit aber auch der ursprüngliche Zustand von Bedeutung sein. Auch dieser Aspekt wird im Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts angesprochen, indem dieses ausführt, dass eine zusätzliche Besprayung den Zustand der Sache noch weiter verschlechtern könnte – ebenso wie ein bereits verbeultes Auto weiter beschädigt werden könne.³² Ähnlich äußerte sich 1978 auch das LG Bochum in einem Urteil zum Überleben eines von einem Dritten rechtswidrig angebrachten Plakats mit einem anderen Plakat im Rahmen des Tatbestandes der Sachbeschädigung: „Es würde zu spitzfindigen Ergebnissen führen, wenn nur der erstmalige Ankleber von Plakaten zur strafrechtlichen Ver-

²⁶ *Wolf* (Fn. 9), S. 154 f. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass eine Besprayung in mehreren Schichten die Reinigungskosten zumindest in manchen Fällen erhöhen kann, siehe dazu *B. Neumann*, DS 2005, 222 (227 f.).

²⁷ So im Rahmen des § 303 Abs. 2 AG Berlin-Tiergarten, NSTZ 2013, 45.

²⁸ Insoweit ähnlich, allerdings stärker die qualitative Verschlechterung in den Vordergrund stellend (keine Erheblichkeit, „wenn der ästhetische Wert der Sache für den Eigentümer durch vorangegangene Tathandlungen bereits so gemindert ist, dass die erneute Tathandlung demgegenüber nicht mehr wesentlich ins Gewicht fällt“) *Wieck-Noodt*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 303 Rn. 58.

²⁹ BGHSt 29, 129 (134).

³⁰ Darauf hat bereits *Kargl*, JZ 1997, 283 (287 ff.), hingewiesen.

³¹ Zu den Problemen dort siehe nur *Paeffgen/Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 226 Rn. 30 f.

³² BGE 120 IV 319 (322 f.); ähnlich OLG Karlsruhe JR 1976, 336.

²⁰ BGE 120 IV 319 (322).

²¹ Zu diesem Zusammenhang siehe *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 11.

²² BGE 120 IV 319 (322).

²³ *Maiwald*, JZ 1980, 256 (259).

²⁴ *Schroeder*, JR 1976, 338 (339); *Schmid*, NJW 1979, 1580 (1581). Das von *Schmid* a.a.O. und S. 1583 abgelehnte Erheblichkeitserfordernis – das Gesetz schütze ausweislich seines Wortlauts „die fremde Sache ohne Rücksicht auf die Intensität der Einwirkung“ – wird der Sache nach über den Maßstab der Vernünftigkeit implizit wieder in den Tatbestand integriert.

²⁵ *Maiwald*, JZ 1980, 256 (259).

antwortung gezogen würde. Denn jeweils das letzte, oberste Plakat beeinträchtigt optisch die Zweckbestimmung der Sache und führt dadurch eine nicht geringe Beeinträchtigung der Sache herbei.³³

In dieser Argumentation klingt die sog. Zustandsveränderungstheorie³⁴ an, wonach der Eigentümer nicht nur ein Interesse an der Substanz der Sache, sondern auch an ihrem äußeren Erscheinungsbild hat. § 303 Abs. 2 StGB bringt dieses Anliegen nunmehr in einem eigenen Tatbestand zur Geltung³⁵ (siehe dazu sogleich). Der vom Schweizer Bundesgericht angestellte Vergleich geht über den Unterschied der beiden Tatbestände hinweg, denn während bei einem bereits beschädigten Auto weitere Substanzverletzungen hinzugefügt werden können, wird der Schaden durch das Übersprühen bereits vorhandener Graffitis nicht vertieft, sondern der eine dem Eigentümer aufgedrängte Zustand durch einen anderen ersetzt. Das ist zwar eine Verletzung des Eigentümerinteresses, den Erstzustand zu akzeptieren, diese begründet im Rahmen des Abs. 1 aber nur unter den soeben genannten Voraussetzungen strafwürdiges Unrecht.

Nach den bisherigen Ausführungen kann von einer nur unerheblichen und daher nicht tatbestandsmäßigen Beschädigung daher ausgegangen werden, wenn Graffitis übersprüht werden, an deren Erhalt kein vernünftiges Interesse besteht, über die Verletzung der Substanz der übersprühten Graffitis hinaus keine Substanzverletzung verursacht wird und die zusätzlichen Reinigungskosten nicht ins Gewicht fallen.

b) Dieses Ergebnis ist einem Vergleich mit der Erheblichkeitsklausel des § 303 Abs. 2 StGB zu unterziehen, die dort ausdrücklich im Gesetzestext verankert ist. Die Beispiele, die die Gesetzesbegründung für unerhebliche Veränderungen des Erscheinungsbildes anführt, legen allerdings nahe, das Erheblichkeitskriterium hier eng zu verstehen. Nicht nur unerheblich sollen danach „in der Regel“ nur Veränderungen des Erscheinungsbildes sein, „bei denen unmittelbar auf die Substanz der Sache eingewirkt wird“. Als Beispiel für eine nur unerhebliche bzw. vorübergehende Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes wird das deutlich sichtbare Aufhängen von Wäsche auf dem Balkon eines Wohnhauses aufgeführt.³⁶ In der Literatur wird zutreffend angemerkt, dass nach dieser Logik beispielsweise auch das Projizieren eines Lichtbildes auf eine Sache eine Veränderung von deren Erscheinungsbild darstellen müsste, die allein aufgrund ihrer

Unerheblichkeit bzw. ihrer Eigenschaft als vorübergehend nicht tatbestandsmäßig sei.³⁷

Nun mag man bezweifeln, ob es dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) genügt, die Typisierung des Unrechts über wenig aussagekräftige Begriffe wie „nicht nur unerheblich“ und „nicht nur vorübergehend“ vorzunehmen. Entsprechende Bedenken wurden schon vor Einfügung des § 303 Abs. 2 StGB gegen die Zustandsveränderungstheorie erhoben, die für das Tatbestandsmerkmal des Beschädigens aus § 303 Abs. 1 StGB keine Substanzverletzung der Sache verlangte, und führten zu einer Ablehnung des Erheblichkeitskriteriums.³⁸ Diese Konsequenz kann seit der ausdrücklichen Einfügung einer Erheblichkeitsklausel in § 303 Abs. 2 StGB nicht mehr gezogen werden. Der Notwendigkeit, dem Tatbestand außerhalb der Erheblichkeit Konturen zu geben, tut das aber keinen Abbruch. Die Tathandlung, das Verändern des Erscheinungsbildes einer fremden Sache, ist daher so auszulegen, dass es den Unrechtskern der Norm erfasst. Ein geeignetes Kriterium dafür bietet der Wortlaut, der von der Veränderung des Erscheinungsbildes der Sache spricht. Zu fordern ist demnach – und zwar stets, nicht nur „in der Regel“ – eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache selbst.³⁹

Wenn damit auch die Funktion, die der Erheblichkeit nach der Gesetzesbegründung zukommen sollte, schon durch eine angemessene Auslegung der Veränderung des Erscheinungsbildes erfüllt wird, darf das Merkmal dennoch nicht jeden Anwendungsbereichs beraubt werden.⁴⁰ Es bietet sich

³³ LG Bochum MDR 1979, 74 (Nr. 94).

³⁴ Vor Einfügung des § 303 Abs. 2 StGB vertreten bspw. von Schroeder, JR 1976, 338; ders., JZ 1978, 72; Gössel, JR 1980, 184; Maiwald, JZ 1980, 256; Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 47 Rn. 5, 8 f.; auch für die aktuelle Gesetzesfassung weiter vertreten von Schroeder (Fn. 11 – Maurach et al.), § 36 Rn. 11 ff.

³⁵ Hillenkamp (Fn. 16), S. 937 f.; Satzger, JURA 2006, 428 (429); Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 22; Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 9.

³⁶ BT-Drs. 15/5313, S. 3; zu Recht kritisch zur Begründung des Entwurfs Thoss, StV 2006, 160 (162); Krüger, NJ 2006, 247 (249).

³⁷ Hillenkamp (Fn. 16), S. 938; Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 23; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 303 Rn. 15. Zivilrechtlich soll mit der Lichtprojektion zwar ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Eigentümers der bestrahlten Sache anzunehmen sein, die Meinungsfreiheit soll diesen aber unter gewissen Umständen aufgrund der fehlenden Körperlichkeit des Eingriffs rechtfertigen können und dann einem Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB entgegenstehen, OLG Dresden NJW 2005, 1871.

³⁸ Vgl. Schmid, NJW 1979, 1580 (1583); Kargl, JZ 1997, 283 (289 f.).

³⁹ Hillenkamp (Fn. 16), S. 938; Satzger, JURA 2006, 428 (435); Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 23; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 303 Rn. 7b; Heinrich, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 577 (591 f. mit Fn. 56); a.A. Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2019, § 303 Rn. 15 f.; Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 28; tendenziell weiter auch Saliger (Fn. 37), § 303 Rn. 14.

⁴⁰ Das folgt aus dem sog. „Verschleifungsverbot“, vgl. BVerfGE 126, 170 (198); umfassend zum Verschleifungsverbot Krell, ZStW 126 (2014), 902. Schuhr, JA 2009, 169 (171), hält die Norm mangels Bestimmtheit für verfassungswidrig, da das Erheblichkeitskriterium etwas anderes ausdrücke als ausweislich des Gesetzesentwurfs, der auf die körperliche Einwirkung abstellt, gemeint gewesen sei. Damit wird der subjektiv-historischen Auslegung allerdings eine zu große

an, nach dem Grund für das Verbot der Änderung des Erscheinungsbilds einer Sache zu fragen. Für die Erfüllung des § 303 Abs. 1 StGB wird eine Substanzverletzung oder Funktionsbeeinträchtigung der Sache verlangt.⁴¹ Allein § 303 Abs. 2 StGB erfasst daher solche Veränderungen des Erscheinungsbildes, die nicht mit einer Substanzverletzung einhergehen, die also grundsätzlich folgenlos reversibel sind. Das spezifische Unrecht des § 303 Abs. 2 StGB besteht demnach darin, dem Opfer eine Änderung der ursprünglichen Gestaltung seines Eigentums aufzudrängen und ihm den Wiederherstellungsaufwand aufzubürden.⁴²

An dieser Stelle kann das Erheblichkeitskriterium ansetzen. Die Veränderung ist unerheblich, wenn der Wiederherstellungsaufwand – also Zeit, Kosten, etc. – nicht (zusätzlich) ins Gewicht fällt. Nach diesem Maßstab ist es also richtig, wenn als unerhebliche Veränderung angesehen wurde, dass ein Schriftzug auf eine bereits völlig besprühte Wand gesprayt wurde.⁴³ Eine andere Frage ist, ob das Merkmal der Erheblichkeit auch Konstellationen erfasst, in denen es dem Opfer zuzumuten ist, die Sache nicht zu reinigen, etwa wegen völlig unbedeutender Größe.⁴⁴ Jedenfalls kann die Unerheblichkeit aber nicht nur bei solchen Veränderungen bejaht werden, die „völlig unauffällig“ bleiben, wie es das AG Limburg im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens annahm, in dem der Beklagte rechtsextreme Graffiti übersprühte.⁴⁵

Diese Erwägungen knüpfen nahtlos an die herausgearbeitete Bedeutung der Erheblichkeitsklausel in § 303 Abs. 1 StGB an. Auch im Rahmen des Abs. 2 scheiden darüber also solche Fälle aus dem Tatbestand aus, in denen das neue Graffiti die bisher besprühte Fläche in nur geringem Ausmaß vergrößert und die neue Besprayung kein strafrechtlich zu

schützendes Eigentümerinteresse beeinträchtigt, weil sie den Charakter des Erscheinungsbilds nicht verändert.

c) Aufgrund mangelnder Erheblichkeit scheiden damit schon auf Tatbestandsebene solche Konstellationen aus, in denen Graffiti auf einer bereits großflächig besprühten Wand übersprayed werden. Davon bleiben aber vor allem solche Sachverhalte unberührt, in denen ein einzelner Schriftzug gut erkennbar auf einer Wand prangt. Zum Beispiel die Änderung des „Merkel muss weg“-Schriftzugs wäre danach vom Tatbestand der Sachbeschädigung erfasst, ebenso das Übersprayen eines Hakenkreuzes an einer im Übrigen nicht besprühten Wand.

Gerhold zieht für die Fälle, in denen Hakenkreuze übersprüht werden und die besprühte Fläche nicht oder nur unwesentlich vergrößert wird, eine Parallele zur teilweise vertretenen Ansicht, die Reparaturen aus dem Beschädigungsbegriff ausnimmt⁴⁶. Ein Graffiti in Form eines Hakenkreuzes sei als Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation (§ 86a StGB) ein von der Rechtsordnung nicht erwünschter Zustand, sodass sein Übersprayen den Zustand der besprühten Sache verbessere.⁴⁷ Untermuert wird diese Argumentation mit dem Hinweis darauf, dass es in diesen Fällen an einer Eigentumsverletzung fehle, da das Eigentum nach § 903 S. 1 BGB nur gewährleistet wird, soweit nicht das Gesetz entgegensteht, was aber wegen § 86a StGB der Fall sei.⁴⁸

Fraglich ist, ob dieses Argument auf der Tatbestandsebene richtig angesiedelt ist. Dagegen spricht zunächst das jedenfalls in Hakenkreuz-Fällen praktische Problem, dass es schwer sein dürfte, Hakenkreuze zu überdecken, ohne andere Teile der Wand neu zu besprühen. Wenn *Gerhold* hier kleinflächige Neubesprayungen nicht bestrafen will, lässt sich dies außerhalb von sehr kleinen Graffiti nicht mehr ohne Weiteres aus dem Gedanken fehlender Rechtsgutsberührung herleiten. In den Fällen, in denen das Übersprayen mit dem erstmaligen Besprayen einer bis dahin nicht besprayed Fläche einhergeht, kann die Veränderung nach den oben genannten Kriterien unerheblich sein. Im Übrigen ist die Beeinträchtigung eines Rechtsguts zur Wahrung kollidierender Interessen ein typischer Topos der Rechtfertigung. *Gerhold* zieht denn bei seiner tatbestandlichen Lösung auch Kriterien der Rechtfertigung (Erforderlichkeit) heran, wenn er darauf abstellt, dass die besprühte Fläche nur unwesentlich vergrößert werden dürfe. Unklar ist aber, wieso die Erwägungen, aus denen *Gerhold* die Möglichkeit einer Rechtfertigung ablehnt, also vor allem aufgrund des Vorrangs behördlicher Gefahrenabwehr,⁴⁹ nicht ebenfalls auch auf Tatbestandsebene gelten sollen. Zudem müsste wohl, wenn der äußere Zustand der Sache nicht schützenswert sein soll, lediglich die Entfernung dieses Zustandes, nicht aber die Schaffung eines neuen Zustands, den der Eigentümer nicht zuvor akzeptiert hat, vom Tatbestand ausgenommen sein.

Bedeutung zugemessen. Gegen Verfassungswidrigkeit auch *Heger* (Fn. 39), § 303 Rn. 7c.

⁴¹ *Hecker* (Fn. 15), § 303 Rn. 8; *Wieck-Noodt* (Fn. 28), § 303 Rn. 24; *Rengier* (Fn. 9), § 24 Rn. 8.

⁴² Dass das Unrecht der Norm nicht darin besteht, das Recht des Eigentümers zu beeinträchtigen, zu jedem Zeitpunkt über das Erscheinungsbild der Sache zu bestimmen (man denke etwa an Fälle, in denen Werbe-Botschaften verdeckt werden o.ä.), ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, der eine nicht nur vorübergehende Änderung verlangt.

⁴³ AG Berlin-Tiergarten NSStZ 2013, 45. Für die Möglichkeit der Unerheblichkeit der Veränderung beim Übersprühen auch *Popp*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 303 Rn. 20; *Heinrich* (Fn. 19), § 12 Rn. 29d; *Wieck-Noodt* (Fn. 28), § 303 Rn. 58; *Altenhain* (Fn. 10), § 303 Rn. 15; wohl auch *Hecker* (Fn. 15), § 303 Rn. 18 (vgl. aber auch demgegenüber Rn. 17: „Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Sachherr den ‚Ist-Zustand‘ der Sache erhalten will, gleich ob dies bei objektiver Betrachtung ‚vernünftig‘ erscheint oder nicht.“); *Rengier* (Fn. 9), § 24 Rn. 28.

⁴⁴ Ausführlich zur Größe und Wahrnehmbarkeit *Krüger*, NJ 2006, 247 (249 f.); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 39.

⁴⁵ AG Limburg BeckRS 2015, 1692.

⁴⁶ Zum Streit *Kindhäuser/Böse* (Fn. 35), § 20 Rn. 30 ff.

⁴⁷ *Gerhold*, StV 2020, 213 (214 f.).

⁴⁸ *Gerhold*, StV 2020, 213.

⁴⁹ Ausführlich dazu unten IV. 3.

III. Rechtfertigung durch (mutmaßliche) Einwilligung oder Notwehr?

Damit stellt sich die Frage, inwieweit in Konstellationen, in denen nach den bisherigen Überlegungen der Tatbestand verwirklicht ist, eine Rechtfertigung in Betracht kommt. Bevor näher auf den rechtfertigenden Notstand eingegangen wird (IV.), soll zunächst untersucht werden, ob die Tat nach den Regeln der Einwilligung (1.) bzw. mutmaßlichen Einwilligung (2.) oder durch Notwehr (3.) gerechtfertigt werden kann.

1. Einwilligung

Zunächst kommt eine Rechtfertigung durch eine vom Rechtsgutsinhaber erteilte Einwilligung in Betracht. Ob die Zustimmung des Rechtsgutsinhabers als (tatbestandsausschließendes) Einverständnis oder als (rechtfertigende) Einwilligung zu qualifizieren ist, ist im Rahmen des § 303 Abs. 1 StGB umstritten. Die h.M. geht von einer Einwilligung aus und liest das Wort „rechtswidrig“ somit als allgemeines Verbrechenmerkmal.⁵⁰ In § 303 Abs. 2 StGB wird davon gesprochen, die Veränderung des Erscheinungsbildes müsse „unbefugt“ vorgenommen werden. Dieses Merkmal wird von der h.M. „doppelfunktional“ ausgelegt: mit ihr sind mutmaßliche Einwilligung sowie die Notstandsrechte wie üblich als Rechtfertigungsgründe anzusehen.⁵¹

Neben diesen Streitfragen, denen hauptsächlich in Irrtumskonstellationen praktische Relevanz zukommt, ist fraglich, wer jeweils als zur Einwilligung Berechtigter in Betracht kommt. In Abs. 1 wird dabei allgemein auf den Eigentümer abgestellt,⁵² während für Abs. 2 eine verbreitete Meinung davon ausgeht, dass auch Gebrauchsrechte, z.B. im Rahmen eines Mietverhältnisses, zum Erteilen von Einwilligung und Einverständnis berechtigen.⁵³ Begründet wird das damit, dass die Folgen der Tat hier jedenfalls bei langjährigen Gebrauchsverhältnissen den Mieter etc. trafen, während der Eigentümer keinen Gestaltungswillen mehr ausübe.⁵⁴ In der

Praxis dürfte auch diese Debatte⁵⁵ allerdings keine große Rolle spielen, da zumindest dem Mieter von Wohnraum regelmäßig vertragliche Gestaltungsrechte zustehen,⁵⁶ die man strafrechtlich jedenfalls als Bevollmächtigung durch den Eigentümer deuten kann.⁵⁷ Eine Einwilligung des Eigentümers und ggfs. auch des Mieters kommt als Rechtfertigungsgrund also in Betracht, liegt in den problematischen Konstellationen aber nicht vor.

2. Mutmaßliche Einwilligung

Wenn eine tatsächliche Zustimmung des Berechtigten bzw. dessen Stellvertreters nicht vorliegt, könnte das Übersprayen durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein.

a) Zum Teil wird vorgebracht, dass eine mutmaßliche Einwilligung bei § 303 Abs. 2 StGB ausgeschlossen sei. Da es dem Gesetzgeber darum gegangen sei, auch das Handeln „ohne“ den Willen des Berechtigten zu erfassen, sei das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung „unerheblich“: „Entscheidend ist allein, ob die Befugnis rein tatsächlich im Zeitpunkt der Tat vorlag oder nicht. War dies nicht der Fall, [...] so kann sie weder nachträglich ausgesprochen noch kann ihr Vorliegen gemutmaßt werden.“⁵⁸ Dass auch das Handeln „ohne“ den Willen eines Berechtigten erfasst werden soll, ist allerdings in den allermeisten Tatbeständen der Fall und drückt lediglich aus, dass ein Handeln ohne den Willen des Betroffenen und ohne die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung, insbesondere deren Subsidiarität, strafbar ist. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen aber ist unerheblich, dass das Handeln ohne Willen des Betroffenen geschieht, dies ist vielmehr Bedingung für das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung, deren Hauptanwendungsfall

⁵⁰ Hecker (Fn. 15), § 303 Rn. 22; a.A. Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 1, 21, jeweils m.w.N.

⁵¹ Satzger, JURA 2006, 428 (434 f.); Hecker (Fn. 15), § 303 Rn. 17; vgl. auch Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 10), Rn. 40; jedenfalls für Notstand auch Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 26; Hoyer (Fn. 10), § 303 Rn. 25. Die Gesetzgebungsmaterialien gehen davon aus, dass bei einer Einwilligung oder dem Eingreifen einer sonstigen Befugnisnorm schon der Tatbestand entfallen soll, BT-Drs. 15/5313, S. 3. Zu Recht kritisch zur Begründung Krüger, NJ 2006, 247 (251 f.); der Begründung folgend etwa Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 39), § 303 Rn. 9a.

⁵² Wieck-Noodt (Fn. 28), § 303 Rn. 64; Hoyer (Fn. 10), § 303 Rn. 18; Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 23, 25.

⁵³ Wieck-Noodt (Fn. 28), § 303 Rn. 56; Hoyer (Fn. 10), § 303 Rn. 25; dagegen aber Krüger, NJ 2006, 247 (252): jedenfalls nicht der bloß obligatorisch Berechtigte; Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 26: nur der Eigentümer.

⁵⁴ Wieck-Noodt (Fn. 28), § 303 Rn. 56.

⁵⁵ Entscheidend dürfte für die Beantwortung der Streitfrage sein, wie stark man das Interesse des Eigentümers gewichtet, auch in reversible – hier liegt der Unterschied zu § 303 Abs. 1 – Gestaltungsänderungen selbst einzuwilligen, damit ihm die Wiederherstellungskosten, etwa nach Beendigung des Mietverhältnisses, nicht gegen seinen Willen aufgebürdet werden. Da der Eigentümer auch die obligatorisch Berechtigten, die ihm gegenüber gegebenenfalls vertraglich haften, selbst aussucht, ist dieses Interesse aber eher gering zu werten. Daher spricht einiges dafür, dass auch bloß obligatorisch Berechtigte in die Änderung des äußeren Erscheinungsbildes einwilligen können und es für den Ausschluss von Strafunrecht genügt, wenn einer der Berechtigten in die Veränderung einwilligt; a.A. (Einwilligung aller Berechtigten erforderlich) Wüstenhagen/Pfab, StraFo 2006, 190 (193), die davon ausgehen, es würden „vollendete Tatsachen“ geschaffen; Krüger, NJ 2006, 247 (252); auf die privatrechtlichen Verhältnisse abstellend Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 31.

⁵⁶ Vgl. zu Veränderungen der baulichen Substanz, die dem Mieter nach § 535 BGB erlaubt sind, Emmerich, in: Staudinger, BGB, §§ 535–556g, Neubearbeitung 2018, § 535 Rn. 40; vgl. auch Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 31.

⁵⁷ Zur Möglichkeit gewillkürter Stellvertretung bei der Einwilligung siehe nur Roxin/Greco (Fn. 21), § 13 Rn. 94.

⁵⁸ Wüstenhagen/Pfab, StraFo 2006, 190 (192).

gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass der Betroffene nicht rechtzeitig einen Willen bilden oder äußern kann.⁵⁹

b) Fraglich ist aber, ob die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung vorliegen, insbesondere diejenigen, die die Subsidiarität der mutmaßlichen gegenüber der tatsächlichen Zustimmung sicherstellen. Einen Fall mangelnden Interesses des Berechtigten kann man – unabhängig davon, ob man derartige Fälle überhaupt als mutmaßliche Einwilligung anerkennen will⁶⁰ – bereits deshalb nicht annehmen, weil diese Konstellationen bereits auf Tatbestandsebene über die Erheblichkeitsschwelle ausgeschieden wurden (s.o. II.). Daher müsste die Zustimmung des Betroffenen nicht rechtzeitig einholbar sein, weil die „Untätigkeit [...] den Interessen des Rechtsgutsinhabers mehr schaden als nützen würde“.⁶¹

Das Interesse des Eingriffsoffers könnte hier darin gesehen werden, dass von Sachen in seinem Eigentum oder Besitz keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Um eine Dringlichkeit des Eingriffs zu begründen, müsste dieses Interesse weiter so spezifiziert werden, dass von den Sachen zu keiner Zeit eine solche Gefahr ausgehen darf. Zur Abwendung dieser Gefahr müsste der mutmaßliche Wille des Eingriffsoffers dahin gehen, dem Täter zu gestatten, eine im Rahmen des Erforderlichen beliebige Gestaltung der Sache zu wählen.

Inwieweit ein solcher Wille des Eingriffsoffers zu mutmaßen ist, ist allerdings nicht zweifelsfrei. Insbesondere bei „fremdnützigem“, also nicht dem Eingriffsoffer unmittelbar zugutekommenden Eingriffen außerhalb persönlicher Beziehungen besteht die Gefahr, die Voraussetzungen der Notrechte aufzulösen.⁶² So gilt bei der mutmaßlichen Einwilligung etwa, sofern aufgrund eines nicht feststellbaren Willens des Eingriffsoffers eine „objektive“ Interessenabwägung vorzunehmen ist, nicht der strenge Abwägungsmaßstab des § 34 StGB.⁶³

⁵⁹ *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 159; *Rönnau*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 221 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), Vor § 32 Rn. 54.

⁶⁰ Dafür z.B. *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109 f., 112 f.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 23 Rn. 55; dagegen etwa *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 11.

⁶¹ *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 221; *Rengier* (Fn. 60), § 23 Rn. 57.

⁶² Vgl. *Roxin*, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 447 (470 ff.); *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 27 f. Ganz gegen die Erfassung fremdnütziger mutmaßlicher Einwilligung *Yoshida*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Hafke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 401 (418 f.); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12. Abschn. Rn. 18.

⁶³ *Roxin* (Fn. 62), S. 473; *Erb*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für

Großzügiger könnte sich die Rechtslage gestalten, wenn man § 679 BGB in die Betrachtung miteinbezieht, eine Regelung im Rahmen der zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag. Inwieweit diese Norm einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund darstellt, ist innerhalb der Literatur sehr umstritten.⁶⁴ Die Bedeutung dieser Streiffrage wird allerdings dadurch reduziert, dass sich für den Bereich der Gefahrenabwehr aufgrund der Strukturähnlichkeit der Norm zu Notwehr bzw. Notstand weitgehend gleiche inhaltliche Anforderungen herausarbeiten lassen.⁶⁵ So wird man insbesondere nicht davon ausgehen können, dass die Erfüllung der Pflicht des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer im öffentlichen Interesse liegt, soweit ein Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr anzuerkennen ist.⁶⁶ Fordert man also jedenfalls für die Gefahrenabwehr schon zivilrechtlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, liegt es nahe, für den Abwägungsmaßstab die Wertungen der Notrechte – zu beachten ist insoweit insbesondere der gelockerte Maßstab aus § 228 BGB, siehe dazu unten IV. – heranzuziehen und die Voraussetzungen somit parallel auszulegen.⁶⁷

Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 337 (342).

⁶⁴ Dafür etwa *Schroth*, JuS 1992, 476 (477 ff.); *Fisch*, Strafbarkeitsausschluss durch berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag, 2000, S. 167 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 9; *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 215; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 157; dagegen *Hellmann*, Die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 172 ff.; *Disput*, Die (mutmaßliche) Zustimmung des Rechtsgutsträgers und deren Auswirkungen auf die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes, 2009, S. 174 ff.; *Jakobs* (Fn. 62), 12. Abschn. Rn. 18. Richtig bemerkt *Hotz*, JuS 2019, 8 (13), dass das Standard-Beispiel, an dem die Anwendbarkeit des § 679 BGB erörtert wird, in der ein Treupflichtiger aus dem ihm anvertrauten Vermögen eines Unterhaltspflichtigen dessen Schuld bezahlt, schon deshalb nicht passt, weil § 679 Alt. 2 BGB nur einen Ersatzanspruch begründet, mit dem aber kein Recht zum Eingriff in das anvertraute Vermögen notwendig einhergeht.

⁶⁵ Die Ähnlichkeit zwischen § 679 BGB und § 34 StGB wird etwa betont bei *Hellmann* (Fn. 64), S. 179; *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 9; *Sternberg-Lieben* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 55.

⁶⁶ Vgl. jedenfalls für Fälle, in denen das behördliche Ermessen nicht auf Null reduziert ist, *Bergmann*, in: Staudinger, BGB, §§ 677–704, Neubearbeitung 2015, § 679 Rn. 19, Vor § 677 Rn. 285; *Hotz*, JuS 2019, 8 (13); siehe auch *Dornis*, in: Erman, BGB, Kommentar, 16. Aufl. 2020, § 679 Rn. 4; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 5 Rn. 27. Die Strukturgleichheit betont auch, inhaltlich allerdings zu apodiktisch, LG Magdeburg, Urt. v. 11.6.2009 – 11 O 2106/08, Rn. 32 ff.

⁶⁷ Im Ergebnis auch *Hellmann* (Fn. 64), S. 179 f.; *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 137; im Grundsatz wohl auch *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 215 (anders aber für § 679 Alt. 2 BGB). Anders *Hotz*, JuS 2019, 8

Eine mutmaßliche Einwilligung kommt also nur in Betracht, soweit für einen entsprechenden Willen des Berechtigten tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Berechtigte bereits in vorherige vergleichbare Übersprayingen eingewilligt hat.

3. Notwehr

Zu erwägen wäre schließlich eine Rechtfertigung nach § 32 StGB (Notwehr bzw. Nothilfe). Nach herrschender Meinung kann das „scharfe Schwert“ des Notwehrrechts allerdings nur gegen den Angreifer, nicht hingegen gegen Dritte gewendet werden. Das gilt auch, wenn eine Sache dieses Dritten für den Angriff genutzt wird.⁶⁸ Damit das Notwehrrecht nach h.M. anwendbar wäre, müsste man den Eigentümer der besprühten Wand also als Angreifer sehen. Bei schlichter Untätigkeit kommt lediglich ein Angriff durch Unterlassen in Betracht,⁶⁹ dessen Anforderungen streitig sind.

Fordert man für einen Angriff durch Unterlassen eine Garantenstellung,⁷⁰ müssten deren Voraussetzungen vorliegen. Hier wäre zu erwägen, ob aus der Sachherrschaft über die besprayed Wand eine Garantenstellung erwachsen könnte. Anerkannt ist eine Garantenstellung aus Sachherrschaft etwa in Bezug auf Gefahren, die aus herunterfallenden Dachziegeln oder ähnlichen Mängeln des baulichen Zustandes resultieren.⁷¹ Inwieweit diese Pflicht bei einer eigenverantwortlichen Gefahrschaffung durch Dritte einzuschränken ist,⁷² kann hier offenbleiben, da die Garantenstellung der Herrschaft über eine Gefahrenquelle nur dann begründet werden kann, wenn der Zusammenhang zwischen Quelle und Gefahr stark genug ist. Die bloße Eigenschaft eines Gegenstandes, mit

(12 f.), der zwar fordert, dass das Handeln des Geschäftsführers ohne Auftrag dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen muss, allerdings die Abwägungsregeln des Notstands nicht übernehmen will und von einer gleichrangigen Anwendung von Notstand und § 679 BGB ausgeht; ihm folgend Rengier (Fn. 60), § 23 Rn. 63.

⁶⁸ Fallbeispiel bei Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 16 Rn. 28: „P will dem O die Vase des Q auf den Kopf schlagen; bei der Abwehr geht die Vase zu Bruch.“

⁶⁹ Ein solcher ist nach ganz h.M. möglich, vgl. nur Rönna/Hohn, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönna/Schluckebier (Fn. 59), § 32 Rn. 101 f. m.w.N.

⁷⁰ Erb, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 71; Roxin/Greco (Fn. 21), § 15 Rn. 11 ff.; Rengier (Fn. 60), § 18 Rn. 17; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 11.

⁷¹ Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 59), § 13 Rn. 47 m.w.N.

⁷² Vgl. dazu Gaede (Fn. 71), § 13 Rn. 47; Weigend, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönna/Schluckebier, Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 57; Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 13 Rn. 28; Freund, in: Erb/Schäfer (Fn. 70), § 13 Rn. 153 ff.

Graffiti versehen werden zu können, genügt dafür nicht.⁷³ Eine Garantenstellung des Eingriffsopfers scheidet somit aus.

Eine weniger restriktive Auffassung begnügt sich für einen Angriff durch Unterlassen mit einer „Rechtspflicht zum Handeln“⁷⁴, die jedenfalls das Niveau des § 323c erreicht,⁷⁵ was hier nicht der Fall ist.⁷⁶ Nicht genügen sollen zudem rein vertragliche Pflichten,⁷⁷ so dass mögliche Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter zur Entfernung nicht ausreichen.⁷⁸ Eine Rechtfertigung nach § 32 StGB ist damit ebenfalls ausgeschlossen.

IV. Defensivnotstand (§ 228 BGB)

Das Übersprühen bestehender Graffiti könnte allerdings nach § 228 BGB gerechtfertigt sein. Dies setzt zunächst eine Notstandslage, also eine durch eine Sache (nämlich das bereits besprühte Objekt) drohende Gefahr voraus (1.). Die Notstandshandlung (das Übersprühen) müsste zur Abwendung erforderlich sein und der dadurch bewirkte Schaden dürfte nicht außer Verhältnis zu der abgewendeten Gefahr stehen (2.).

1. Notstandslage

a) Damit § 228 BGB die Tathandlung rechtfertigen kann, müsste zunächst eine Gefahr im Sinne der Norm vorliegen. Das hängt maßgeblich vom Inhalt der übersprühten Graffiti ab. Ein Hakenkreuz als Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation (§ 86a StGB) stellt jedenfalls eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, das gilt ebenso für volksverhetzende Inhalte (§ 130 StGB). Bei Schimpfwörtern wird man zu differenzieren haben. Bloße Unflätigkeiten stellen keine Gefahr dar, da die Beleidigung (§ 185 StGB), die in ihrer Verwendung liegen soll⁷⁹, sich erst aus

⁷³ Vgl. im Ergebnis etwa Weber, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 83 (89 ff.); Weigend (Fn. 72), § 13 Rn. 57; Stein (Fn. 72), § 13 Rn. 28; Fischer, Strafrecht, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 13 Rn. 63; Steinmetz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 86a Rn. 19; Sternberg-Lieben (Fn. 59), § 86a Rn. 6.

⁷⁴ BayObLG NJW 1963, 824 (825); Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 18; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 59), § 32 Rn. 33.

⁷⁵ Rönna (Fn. 59), § 32 Rn. 101, 103

⁷⁶ Zu den Anforderungen an einen Unglücksfall bzw. die gemeine Gefahr oder Not siehe nur Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 15), § 323c Rn. 6 ff.

⁷⁷ Kindhäuser (Fn. 74), § 32 Rn. 34 m.w.N.

⁷⁸ Ein solcher Anspruch wird angenommen von AG Berlin-Charlottenburg NJW-RR 2007, 1024; AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg NJW-RR 2008, 1039. Vgl. spezifisch für Berlin allerdings auch § 9 Abs. 3 S. 1 BauO Bln, nach dem „Farbschmierereien“ verunstaltend seien und entfernt werden müssen.

⁷⁹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 21. Aufl. 2020, § 29 Rn. 26.

der Verbindung mit einer bestimmten Person ergibt.⁸⁰ Bei Erkennbarkeit der gemeinten Person liegt hingegen auch hierin eine Gefahr i.S.d. § 228 BGB.

Einschränkungen für eine Rechtfertigung könnten sich allerdings ergeben, sofern man für eine Notstandslage eine Gefahr für ein Individualrechtsgut verlangt.⁸¹ Eine Notstandslage läge daher bei Graffiti mit Hakenkreuzen und anderen NS-Kennzeichen nicht vor, da § 86a StGB nach h.M. die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland⁸², mithin kein Individualrechtsgut schützt. In Graffiti, die volksverhetzende (§ 130 StGB) Aussagen enthalten, ist jedenfalls auch ein Angriff auf die Menschenwürde zu sehen⁸³, sodass der Anwendungsbereich des § 228 BGB hier aufgrund des Bezugs zu einem Individualrechtsgut eröffnet ist.

Die Auffassung, die den Notstand auf den Schutz von Individualrechtsgütern restringiert, stützt sich vor allem darauf, dass der Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit allein Aufgabe des Staates sei.⁸⁴ Ergänzend wird in diesem Zusammenhang auch auf den geringen Grad der Gefährdung hingewiesen: Die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik wird durch die Verwendung eines Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation nur abstrakt gefährdet.⁸⁵ Bei abstrakten Gefahren für Allgemeinrechtsgüter sei das „Interesse des Staats am Unterbleiben abstrakter Gefährdungen [...] so gering“, dass „die Hinderung dieser Gefährdungen durch einen Privaten wegen der damit verbundenen Verwischung der Kompetenzen per Saldo kein wesentlich überwiegendes Interesse wahrte“.⁸⁶ Mit dem Begriff der „Verwischung der Kompetenzen“ wird wiederum der Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr aufgegriffen; zugleich wird aus der Bezugnahme auf das überwiegende Interesse aber auch deut-

lich, dass die Subsidiarität privater Gefahrenabwehr dogmatisch nicht in der Notstandslage, sondern bei den Anforderungen an die Notstandshandlung, nämlich einerseits der Erforderlichkeit und andererseits der Güterabwägung bzw. der Angemessenheit (§ 34 S. 2 StGB), zu verorten ist (siehe unten 3.). Dementsprechend lehnt die h.M. eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Notstandsregelungen auf Individualrechtsgüter ab und bejaht eine Notstandslage auch bei Gefahren für Rechtsgüter der Allgemeinheit (Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren durch den Betäubungsmittelhandel⁸⁷, Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs⁸⁸ oder des Luftverkehrs⁸⁹).⁹⁰ Diese Auffassung wurde jüngst durch eine Entscheidung des OLG Naumburg bestätigt, wonach auch drohende Verstöße gegen das Tierschutzgesetz eine Notstandslage i.S.d. § 34 StGB begründen können.⁹¹ Eine Gefahr i.S.d. § 228 BGB liegt daher insbesondere auch bei Graffiti vor, mit denen gegen §§ 86a, 130 StGB verstoßen wird.

b) Eine Notstandslage i.S.d. in § 228 BGB normierten Defensivnotstands⁹² setzt außerdem voraus, dass die abzuwehrende Gefahr „durch“ eine Sache droht. Das ist insoweit fraglich, als bisweilen vertreten wird, dass eine, wenn auch minimale, Verantwortlichkeit des Eigentümers für die Gefahr zu fordern ist. Bei *Jakobs* etwa heißt es, dass eine „nur äußerliche Verbindung mit einer Herrschaftssphäre ohne Verantwortlichkeit“ einen Defensivnotstand nicht begründen könne. Als Beispiel nennt er das Eindringen Erwachsener auf ein Grundstück, von dem aus die Eindringlinge Feuerwerkskörper werfen. Gegenüber dem Eigentümer des Grundstücks sei dann nicht von einem Defensivnotstand auszugehen.⁹³ *Pawlik* fasst die Problematik unter Bezugnahme auf dieses Beispiel so, dass ein Defensivnotstand nicht vorliege, wenn der

⁸⁰ Vgl. *Regge/Pegel*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 18), § 185 Rn. 30.

⁸¹ *Frister* (Fn. 70), Kap. 17 Rn. 2, 6; *Hoyer*, in: *Wolter* (Fn. 72), § 34 Rn. 9 ff.; differenzierend *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 59), § 34 Rn. 22.

⁸² *Steinmetz* (Fn. 73), § 86a Rn. 1; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 59), § 86a Rn. 2; *Zöller*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 86a Rn. 1; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 39), § 86a Rn. 1; umfassend und kritisch zur Legitimation der Norm *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 267 ff.

⁸³ *Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 73), § 130 Rn. 3 ff.; *Stein*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 9. Aufl. 2017, § 130 Rn. 4; *Knauer*, *ZStW* 126 (2014), 305 (330 f.); anders *Sternberg-Lieben/Schüttenhelm*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 130 Rn. 1a.

⁸⁴ *Frister* (Fn. 70), § 16 Rn. 6; vgl. auch *Hoyer* (Fn. 81), § 34 Rn. 9.

⁸⁵ *Zöller* (Fn. 82), § 86a Rn. 1; *Steinmetz* (Fn. 73), § 86a Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 82), § 86a Rn. 2.

⁸⁶ *Jakobs* (Fn. 62), 13. Abschn. Rn. 11; vgl. auch *S. Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555 (566), die darauf abstellt, dass Gefährdungen von Allgemeinrechtsgütern für den Einzelnen weniger spürbar sind.

⁸⁷ BGH *NStZ* 1988, 558 (559).

⁸⁸ OLG Frankfurt a.M. *NStZ-RR* 1996, 136.

⁸⁹ OLG Düsseldorf *NStZ* 2006, 243 (244).

⁹⁰ *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 59), § 34 Rn. 49, 53 f.; *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 72; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 34 Rn. 10 f.; nur für den Defensiv- nicht aber Aggressivnotstand auch *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 10), § 34 Rn. 50 und 17.

⁹¹ OLG Naumburg *NStZ* 2018, 472. Anmerkungen und Besprechungsaufsätze zu oder anlässlich der Entscheidung von *Hotz*, *NJW* 2018, 2066; *Scheuerl/Glock*, *NStZ* 2018, 448; *Dehne-Niemann/Greisner*, *GA* 2019, 205; *Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555; *Felde/Ort*, *ZJS* 2018, 468; *Dietlein*, in: *Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, 2019, S. 187; *Renzikowski*, ebenda, S. 355; *Stam*, in: *Stam/Werkmeister* (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, 2019, S. 171; mit Fokus auf § 32 StGB auch *Greco*, *JZ* 2019, 390; *Reinbacher*, *ZIS* 2019, 509.

⁹² Über die direkt von § 228 BGB erfassten Fälle der Sachgefahr hinaus ist bekanntlich streitig, wie dessen Grundgedanke auf Fälle übertragen werden kann, in denen die Gefahr nicht von Sachen, sondern von Personen ausgeht, vgl. dazu *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 20 ff.

⁹³ *Jakobs* (Fn. 62), 13. Abschn. Rn. 47.

Rechtskreis des Eigentümers von Dritten missbraucht werde. Der Defensivnotstand rechtfertigt sich bei Fehlen einer Verantwortlichkeit grundsätzlich aus der Konnexität zwischen Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung.⁹⁴ In Fällen des Missbrauchs durch Dritte könne aber nicht davon die Rede sein, dass das Eingriffsoffer „den legitimen ‚Preis‘ für seinen eigenen Freiheitsgebrauch zahlen“ würde.⁹⁵

Fraglich ist allerdings, ob die in diesem Beispiel dargestellte Situation mit der hier relevanten vergleichbar ist. Denn dort geht es weniger um den Zustand von Sachen, als mehr um die Gefahren, die von gegenwärtigem menschlichen Verhalten ausgehen. Für Gefahren, die direkt aus dem Zustand einer Sache hervorgehen, kann hingegen, wie bei der Legitimation der Verantwortung des Eigentümers als Zustandsstörer im Polizeirecht, die aus dem Eigentum folgende Verpflichtung bzw. seine Sozialbindung in Anschlag gebracht werden.⁹⁶ Entscheidend dürfte hier also sein, wie eng das Verhältnis von Gefahr und Sache ist, wie auch *Jakobs'* Ausdruck von der „äußerlichen Verbindung“ betont. In der zivilrechtlichen Literatur zu § 228 BGB wird insoweit unterschieden zwischen mittelbaren und unmittelbaren Gefahren der Sache.⁹⁷ Unabhängig von den Schwierigkeiten, die die Unterscheidung mit sich bringt,⁹⁸ kann man aber jedenfalls dann, wenn die Gefahr im äußeren Erscheinungsbild einer Sache selbst besteht, von einer Gefährdung „durch“ die Sache ausgehen.⁹⁹ Eine Notstandslage i.S.d. § 228 BGB liegt daher vor.

⁹⁴ *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 323 ff.; ähnlich auch *Frisch*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 425 (428 ff.).

⁹⁵ *Pawlik* (Fn. 94), S. 324.

⁹⁶ Vgl. *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, 2014, S. 299 ff., 343 ff.; vgl. zu § 18 Abs. 1 OBG NRW *Wittreck*, in: Möstl/Kugelman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2020, § 18 Rn. 4. Kritisch zu *Pawlik* und eine Zuständigkeit des Eigentümers der Sache auch bei Missbrauch durch Dritte bejahend *Köhler*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 257 (267 ff.).

⁹⁷ Zum Streit siehe etwa *Reppen*, in: Staudinger, BGB, §§ 164–240, Neubearbeitung 2019, § 228 Rn. 17 ff.

⁹⁸ Vgl. zur Schwierigkeit, das Merkmal „durch“ auszulegen, etwa *Wagner*, in: Erman (Fn. 66), § 228 Rn. 4: „Abgrenzungsschwierigkeiten liegen in der Natur der Sache, überlagert von Zurechnungsfragen, zumal bloße Kausalitätsüberlegungen meist nicht überzeugen“.

⁹⁹ Jedenfalls bei Graffiti kann auch nicht zwischen der besprühten Sache und ihrer Gestaltung unterschieden werden. Eine Trennung zwischen einem Aufkleber und beklebter Wand nimmt das AG Limburg, BeckRS 2015, 1692, vor.

2. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Notstandshandlung

Die Handlung (das Übersprühen) ist gerechtfertigt, wenn sie erforderlich ist und der dadurch verursachte Schaden des Sacheigentümers nicht außer Verhältnis zu der abgewendeten Gefahr steht (§ 228 S. 1 BGB).

a) Die Erforderlichkeit der Notstandshandlung wird von *Gerhold* insofern bezweifelt, als aufgrund des Vorrangs behördlicher Gefahrenabwehr nur solche Maßnahmen erforderlich seien, mit denen die Gefahr für die Übergangszeit bis zu einer behördlichen Entscheidung abgewendet werde. Für diese Übergangszeit gebe es aber mildere Mittel, nämlich etwa Überkleben oder Übersprühen mit wasserlöslichen Farben.¹⁰⁰ Mit diesem Einwand wird die bereits im Rahmen der Notstandslage (s.o. 1. a) thematisierte Subsidiarität der privaten Gefahrenabwehr aufgegriffen: Die Einschaltung der Behörden¹⁰¹ stellt sich insoweit als ein aus der Sicht des Eigentümers milderes Mittel dar.¹⁰² Allerdings ist dabei zugleich zu berücksichtigen, dass die auf der Sache befindlichen Graffiti bereits aktuelle Rechtsverletzungen darstellen, die bis zu einem behördlichen Eingreifen zunächst einmal fortbestehen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die von *Gerhold* genannten Handlungsalternativen in gleicher Weise wie das Übersprühen geeignet sind, die Rechtsverletzung für die Übergangszeit bis zum behördlichen Eingreifen zu beseitigen.¹⁰³ Diese Frage lässt sich nicht pauschal beantworten, so dass die Erforderlichkeit der Notstandshandlung insoweit von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Dabei wird u.a. zu berücksichtigen sein, ob und wann nach bisherigen Erfahrungen eine behördliche Reaktion erfolgt und wie regengeschützt die besprayed Stelle ist.

Nicht abzustellen ist hingegen auf eine Reinigung der Wand durch den Notstandstäter. Diese Handlung wäre zwar ebenso geeignet wie ein Übersprayen. Schon für Fälle des Aggressivnotstands allerdings sind solche Maßnahmen nicht in die Erforderlichkeitsbewertung miteinzubeziehen, die den Notstandstäter zwingen, eigene Mittel in gegenüber den Kosten für das Eingriffsoffer unverhältnismäßiger Höhe aufzuwenden.¹⁰⁴ Diesen Maßstab wird man aufgrund des Vorliegens eines Defensivnotstands, bei dem die Gefahr eher dem Eingriffsoffer als dem Notstandstäter zuzurechnen ist, zudem

¹⁰⁰ *Gerhold*, StV 2020, 213 (216).

¹⁰¹ Außer Acht bleiben soll nach h.M. die Möglichkeit, den Eigentümer selbst zu benachrichtigen und um seine Einwilligung zu bitten, da der Notstand kein minus, sondern ein aliud zur Einwilligung sei, vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 16 Rn. 24; *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 20.

¹⁰² Zur Einbeziehung staatlicher Gefahrenabwehr in die Erforderlichkeitsprüfung siehe etwa *Wilenmann* (Fn. 96), S. 427 f.; *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 20; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 58.

¹⁰³ Zur Auswahl zwischen mehreren Handlungsmöglichkeiten, die in Milde und Geeignetheit divergieren, siehe *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 20a; *Engländer* (Fn. 90), § 34 Rn. 22.

¹⁰⁴ Für den Aggressivnotstand *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 125 f.; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 63; *Engländer* (Fn. 90), § 34 Rn. 21.

noch weiter absenken müssen. Da den hohen Reinigungskosten bei nicht-wasserlöslichen Graffiti nur ein geringer zusätzlicher Wertverlust bei bereits (rechtswidrig) besprühten Wänden gegenübersteht, ist der Notstandstäter hier also nicht gehalten, die Wand auf eigene Kosten professionell zu reinigen bzw. reinigen zu lassen. Anders stellt sich die Sachlage aber dar, wenn das rechtswidrige Graffiti mit wasserlöslicher Farbe aufgetragen wurde: In diesen Fällen ist dem Notstandstäter regelmäßig zuzumuten, das Graffiti zu entfernen, anstatt es zu übersprayen. Auch rechtswidrige Aufkleber dürften regelmäßig mit milderem Mitteln zu entfernen sein als durch das Übersprühen mit nicht-wasserlöslicher Farbe.¹⁰⁵

b) Soweit die Notstandshandlung nach den obigen Ausführungen als erforderlich angesehen werden kann, stellt sich die Frage nach ihrer Verhältnismäßigkeit. Nach dem Abwägungsmaßstab des § 228 BGB reicht es aus, dass der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht. Dabei sollen allgemeine, d.h. vom jeweiligen Fall gelöste, Erwägungen zum staatlichen Gewaltmonopol und dem Vorrang der behördlichen Gefahrenabwehr zunächst zurückgestellt werden (siehe unten 3.). Stattdessen sind in die Abwägung vor allem das Gewicht der betroffenen Rechtsgüter sowie der ihnen drohende Schaden einzustellen. Für das Gewicht der betroffenen Rechtsgüter kann, sofern deren Verletzung strafbewehrt ist, der Strafrahmen der sie schützenden Delikte als Indiz herangezogen werden.¹⁰⁶ Der Strafrahmen des § 303 StGB reicht bis zu einer möglichen Freiheitsstrafe von zwei Jahren; der des § 86a StGB bis zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren. Die Strafrahmen der einzelnen Absätze des § 130 StGB sind unterschiedlich hoch, lassen aber jeweils eine Höchststrafe von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe zu. Bei einfachen Beleidigungen (§ 185 StGB) ist hingegen eine Freiheitsstrafe von einem Jahr als Höchststrafe vorgesehen. In den unterschiedlichen Strafrahmen spiegelt sich dabei einerseits der Rang des Rechtsguts, andererseits aber auch der Grad der drohenden Gefahr wider, soweit es sich bei den §§ 86a, 130 StGB um Gefährdungsdelikte handelt. Der Umstand, dass die von diesen Tatbeständen geschützten Rechtsgüter nicht unmittelbar gefährdet werden, lässt daher nicht die Schlussfolgerung zu, dass die Eigentumsverletzung gegenüber der bloßen Gefährdung des öffentlichen Friedens (§ 130 StGB) bzw. der verfassungsmäßigen Ordnung (§ 86a StGB) schwerer zu gewichten ist. Der Vergleich der Strafrahmen deutet vielmehr auf das Gegenteil hin. Demgegenüber dürfte das Übersprühen beleidigender Äußerungen (§ 185 StGB) nach diesem abstrakten Maßstab tendenziell eher nicht gerechtfertigt sein.

¹⁰⁵ AG Limburg, BeckRS 2015, 1692.

¹⁰⁶ Um mehr als ein Indiz kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil viele Rechtsgüter nicht generell vor jeder Bedrohung geschützt sind, sondern nur bestimmte Verletzungsweisen bestraft werden, siehe *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 16 Rn. 29. Zur Relevanz des Gesichtspunkts als Indiz siehe nur ebenda, Rn. 28 f.; *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 138; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 71; *Hoyer* (Fn. 81), § 34 Rn. 59; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 37), § 34 Rn. 18; sehr zurückhaltend *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 43.

Darüber hinaus sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Umfang des durch die Gefahr drohenden Schadens und das Ausmaß der Eigentumsverletzung zu berücksichtigen. In Bezug auf Letztere geht es dabei nicht um die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands, denn an dessen Erhaltung besteht kein legitimes Interesse, sondern es geht allein um das Interesse daran, dass auf die Sache keine weitere Farbe aufgebracht wird. Da die Sache durch das bereits bestehende Graffiti aber bereits verunstaltet ist, wird die in dem Übersprühen liegende Eigentumsverletzung als weniger schwerwiegend anzusehen sein als bei einer in Bezug auf ihr äußeres Erscheinungsbild noch unversehrten Sache. Dieser Aspekt könnte insbesondere beim Übersprühen beleidigender Aufschriften dazu führen, dass die darin liegende Eigentumsverletzung nicht außer Verhältnis zu der dadurch unterbundenen Ehrverletzung liegt. Auf der anderen Seite sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein Übersprühen aufgrund eines deutlichen Überwiegens der Eigentümerinteressen rechtswidrig ist. Das kann etwa bei Tatobjekten mit einem hohen kulturellen Wert der Fall sein. Hier dürfte zumeist eine Strafbarkeit nach § 304 in Betracht kommen,¹⁰⁷ über dessen Strafrahmen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe sich bereits der Ausgangspunkt der vorzunehmenden Abwägung verschiebt (s.o.). Besteht z.B. die Gefahr, ein Kunstwerk durch Übersprühen der bereits aufgetragenen Farbe irreparabel zu beschädigen, stünde die Notstandshandlung außer Verhältnis zu der Eigentumsverletzung und eine Rechtfertigung nach § 228 BGB wäre zu verneinen.

3. Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr

a) Nach den bisherigen Ausführungen sind daher insbesondere bei gegen §§ 86a, 130 StGB verstoßenden Graffiti Konstellationen denkbar, in denen deren Übersprühen gerechtfertigt werden kann. Einer solchen Rechtfertigung könnte allerdings der bereits angesprochene Vorrang der staatlichen gegenüber der auf Notrechte gestützten privaten Gefahrenabwehr entgegenstehen. Ein solcher Vorrang ließe sich einerseits mit der Sorge begründen, dass von Privaten ausgehende Notstandshandlungen im vermeintlich öffentlichen Interesse das Vertrauen in die Friedensfunktion des Rechts erodieren ließen, die sich in der grundsätzlichen Zuständigkeit des Staates zur Gefahrenabwehr („staatliches Gewaltmonopol“) zeige.¹⁰⁸ Dem entspricht eine dogmatische Verortung

¹⁰⁷ Eine Strafbarkeit nach § 304 kommt allerdings entgegen OLG Hamburg NStZ 2015, 37 (39 f.), nicht schon beim Besprühen von S-Bahn-Waggons in Betracht, zu Recht dagegen etwa *Jäger*, JA 2014, 549 (550 f.).

¹⁰⁸ In diese Richtung formuliert bei *Dietlein* (Fn. 91), S. 190: „Verkannt werden nicht zuletzt die Gefährdungen für das staatliche Gewaltmonopol, wie sie mit der zunehmenden Akzeptanz privater Gewalt als Mittel der ‚Rechtsdurchsetzung‘ einhergehen.“; siehe auch *S. Bock*, ZStW 131 (2018), 555 (570, 573); Zentrierung des Topos Gewaltmonopol auch bei *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (450 f.).

im Rahmen der Interessenabwägung.¹⁰⁹ Die „normative Bewertung der Tat“ dürfte sich dann nicht nur „auf das Erhaltungs- und Schutzgut sowie die jeweiligen Gefährdungsaspekte beziehen. Vielmehr müssen die Wertungen der Rechtsordnung im Allgemeinen in die Betrachtung einfließen.“¹¹⁰ Steht man einer solchen Begründung über das staatliche Gewaltmonopol zu Recht kritisch gegenüber¹¹¹, so kann der Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr andererseits auch aus der Idee der Freiheitsgewährleistung durch institutionelle Organisation hergeleitet werden. So begründet *Pawlik* ausgehend von der hegelschen Rechtsphilosophie¹¹² die Subsidiarität privater Gefahrenabwehr damit, dass die zur Gefahrenabwehr berufenen Behörden an ein gesetzliches Rahmenprogramm gebunden seien, das sich über Regelungen zur Zulässigkeit verschiedener Eingriffe bereits als Vermittlung der betroffenen Rechtspositionen darstellt.¹¹³ Das Problem wird insoweit bei der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB verortet,¹¹⁴ da es hier nicht allein um eine Abwägung kommensurabler Interessen gehe, sondern der Primat der Institutionen einer solchen Abwägung entzogen sei und schon begrifflich nicht von einem Notstand die Rede sein könne, wo ein Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr existiere.¹¹⁵

b) Die Verankerung dieses Vorrangs in der Angemessenheitsklausel wirft für den Defensivnotstand allerdings das Problem auf, dass § 228 BGB keine dem § 34 S. 2 StGB entsprechende Angemessenheitsklausel enthält. Im häufiger erörterten Parallelfall des § 904 BGB, der ebenfalls keine solche Klausel enthält, geht die h.M. davon aus, dass das Erfordernis der Angemessenheit aus § 34 S. 2 StGB in § 904 BGB hineingelesen werden kann.¹¹⁶ Dem steht allerdings das verfassungsrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) entgegen, dessen Anwendungsbereich auch Rechtfertigungs-

gründe umfasst,¹¹⁷ und zwar nicht nur die genuin strafrechtlichen Normen, sondern auch die Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten, die das Unrecht einer tatbestandsmäßigen Handlung ausschließen.¹¹⁸ Damit bleibt für § 228 BGB allein der Ausweg, den Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr in einer der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu lozieren, nämlich entweder der Erforderlichkeit¹¹⁹ oder – den Stimmen, die diesen Punkt in der Güterabwägung verorten, entsprechend – der Verhältnismäßigkeit. Unabhängig von der dogmatischen Verankerung ist aber jedenfalls zu beachten, dass der Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr nicht einfach in den üblichen Prüfungskriterien (gleiche Eignung bei milderer Eingriffsintensität) bzw. der allgemeinen Güterabwägung aufgeht.

c) Erkennt man den Vorrang der behördlichen Gefahrenabwehr als Einschränkung einer Rechtfertigung nach § 228 BGB an, so stellt sich die Frage nach der Reichweite dieser Einschränkung.¹²⁰

aa) Nach einer verbreiteten Ansicht wird eine Rechtfertigung durch Notstand auf Situationen beschränkt, in denen unverzügliches Handeln geboten sei; könne die Gefahr hingegen erst in weiter Zukunft in einen Schaden umschlagen, sei die behördliche Gefahrenabwehr vorrangig und eine Rechtfertigung ausgeschlossen.¹²¹ Eine Rechtfertigung bleibe demnach auf Fälle beschränkt, in denen das staatliche Eingreifen zu spät käme und die daraus resultierenden Folgen schlechthin unerträglich erschienen. Dies sei etwa anzunehmen, wenn einem erkennbar betrunkenen Autofahrer, der im Begriff ist, sich an das Steuer seines Fahrzeugs zu setzen, die Fahrzeugschlüssel weggenommen würden, um eine Trunken-

¹⁰⁹ *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 40 f.; *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (569 ff., 574 f.); *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 16 Rn. 93; *Hoyer* (Fn. 81), § 34 Rn. 100 ff.

¹¹⁰ *Dietlein* (Fn. 91), S. 197.

¹¹¹ *Pawlik* (Fn. 94), S. 227 Fn. 211; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213 f.).

¹¹² Im Unterschied zu *Hegel* verortet *Pawlik* den Notstand allerdings nicht als Institut der Moralität (vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127), sondern der Sittlichkeit, siehe dazu *Pawlik* (Fn. 94), S. 105 ff.

¹¹³ *Pawlik* (Fn. 94), S. 219 f., 226 ff.

¹¹⁴ Im Ergebnis auch *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (212 f.); *Rengier* (Fn. 60), § 19 Rn. 57; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 68), § 17 Rn. 38; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 117; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 33 IV. 3. d. (S. 364).

¹¹⁵ *Pawlik* (Fn. 94), S. 185 f.

¹¹⁶ *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 123 mit Fn. 585; *Jakobs* (Fn. 62) 13. Abschn. Rn. 6 mit Fn. 17; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 68), § 17 Rn. 44. Ausdrücklich wird die Angemessenheit auch für den Defensivnotstand gefordert bei *Frister* (Fn. 70), Kap. 17 Rn. 30 f.; *Renzikowski* (Fn. 91), S. 362; *Engländer* (Fn. 90), § 34 Rn. 52.

¹¹⁷ *Schmitz*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 70), § 1 Rn. 14; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 66; *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 62 ff.; *Stam*, JR 2017, 557 (558 f.); anders aber *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 5 Rn. 42.

¹¹⁸ Für eine Erstreckung des Art. 103 Abs. 2 GG auf außerstrafrechtliche Rechtfertigungsgründe etwa *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 64; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 67; *Stam*, JR 2017, 557 (559 f.); dagegen sprechen sich *Hirsch* (Fn. 67) Vor § 32 Rn. 39; *Jäger*, in: *Wolter* (Fn. 72), § 1 Rn. 55, für eine Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG nur für strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe aus.

¹¹⁹ In diesem Sinne *Wilenmann* (Fn. 96), S. 426 ff. Ohne nähere Bestimmung wird der Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr als Problem der Erforderlichkeit behandelt bei *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.8.2020, § 228 Rn. 8. Vgl. dazu, dass die Subsidiarität privater Gefahrenabwehr und die als Effizienz verstandene Erforderlichkeit nicht deckungsgleich ineinander aufgehen, auch *Pawlik* (Fn. 94), S. 228 f. Fn. 213; *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 184 f.; *Stam* (Fn. 91), S. 171 (184), der richtig hervorhebt, dass Verfahrenssicherungen gerade ein Gegengewicht zu einer reinen Effektivitätsbetrachtung darstellen.

¹²⁰ *Pawlik* (Fn. 94), S. 220; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213 f.).

¹²¹ *Renzikowski* (Fn. 91), S. 363 f.; *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (568, 570 f.).

heitsfahrt und die Folgen eines daraus resultierenden Unfalls zu verhindern.¹²²

Demgegenüber bestehen bei Graffiti mit rechtswidrigen bzw. strafbaren Inhalten Zweifel, ob ein unverzügliches Handeln des Notstandstäters nach diesem Maßstab geboten ist. Mit *Wilenmann* kann man sagen: „Dauergefährdung und Dauerverletzungen, die keine intensive Verletzung verursachen, sind durch institutionelle Mittel zu beseitigen. Beispiel: Sind Beleidigungen auf einer Sache zu lesen (z.B.: beleidigende Graffiti), so ist die Polizei dafür zuständig, die Verletzung zu beenden.“¹²³ Neben Beleidigungen gilt dies angesichts des eher diffusen Rechtsguts des § 86a StGB grundsätzlich auch für kommentarlose Hakenkreuz-Graffiti. Insofern wäre ein Beharren auf dem Vorrang der behördlichen Gefahrenabwehr auch in diesem Fall nicht mit schlechthin unerträglich schweren Folgen verbunden, sondern bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als dass die Hakenkreuzgraffitis bestehen bleiben, bis die zuständige Behörde deren Entfernung erfolgreich durchgesetzt hat. Das – grundsätzlich legitime (s.o. 2. a) – Interesse an einer schnelleren Beseitigung vermag eine ausnahmsweise Durchbrechung der Subsidiarität der privaten Gefahrenabwehr nicht zu rechtfertigen. Fälle der Volksverhetzung, in denen auch die Menschenwürde betroffen ist,¹²⁴ können allerdings nicht mehr als wenig intensive Verletzungen angesehen werden. Prangen diese öffentlich wahrnehmbar an einer Hausfassade, ist es dem Bürger unzumutbar, den Schriftzug bis zum Eingreifen der Behörden zu dulden.¹²⁵

bb) Der Subsidiarität der privaten Gefahrenabwehr wird jedoch auch für Fälle des § 86a StGB die Grundlage entzogen, wenn die zur Abwehr der Gefahr berufenen staatlichen Organe untätig bleiben. Dementsprechend wird der grundsätzliche Vorrang der staatlichen Gefahrenabwehr durch die weitere Ausnahme durchbrochen, dass die zuständigen Behörden ihre Aufgabe nicht pflichtgemäß wahrnehmen und sich der rechtswidrige Zustand dauerhaft verfestigt.¹²⁶ Dass eine Rechtfertigung durch Notstand in derartigen Konstellationen zulässig sein muss, hat das OLG Naumburg kürzlich überzeugend dargelegt: Ist eine Einschaltung der Behörden von vornherein aussichtslos, weil dort keine ernsthafte Bereitschaft zum Einschreiten vorhanden ist, bleibt § 34 StGB anwendbar, um ein Eindringen in Stallanlagen zur Dokumentation von Verstößen gegen das Tierschutzgesetz zu rechtfertigen.¹²⁷ Ein Festhalten am Vorrang der staatlichen Gefahrenabwehr liefe in derartigen Fällen auf die Legitimation eines

rechtswidrigen Dauerzustandes hinaus, der seinerseits die Gefahr birgt, dass das Rechtsbewusstsein in der Bevölkerung erodiert.¹²⁸

Für das Übersprühen von Graffiti mit volksverhetzenden und anderen strafbaren Inhalten ergibt sich daraus die Konsequenz, dass eine Rechtfertigung nach § 228 BGB nur unter der Voraussetzung in Betracht kommt, dass die zuständigen Behörden ihrer Aufgabe zur Gefahrenabwehr nicht nachkommen und die strafbaren Inhalte über einen längeren Zeitraum wahrnehmbar bleiben. Da ein Einschreiten nur unter dieser Voraussetzung möglich ist, setzt eine Rechtfertigung daher in der Regel eine vorherige Anzeige der betreffenden Straftat bei der Polizei voraus; erst wenn diese folgenlos bleibt, kann ein Übersprühen nach § 228 BGB gerechtfertigt werden.

d) Gegen die Anwendung der Notstandsregelungen bei einem behördlichen Vollzugsdefizit ist kürzlich eingewandt worden, dass der Täter sich insoweit nicht auf Notstandsregelungen berufen könne, weil er nur bei der drohenden Verletzung eigener Rechte einen Anspruch auf behördliches Einschreiten habe, ihm aber kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch zustehe.¹²⁹ Konzipiert wird die Notstandsbefugnis zugunsten von Rechtsgütern der Allgemeinheit also als eine Art Geschäftsführung ohne Auftrag für den Staat: Sei dieser in tatsächlicher Sicht nicht handlungsfähig, dürfe der Bürger in seinem mutmaßlichen Willen handeln; seine Befassung mit dem Problem, und sei sie auch rechtswidrig, sei aber hinzunehmen.

Fraglich ist allerdings, ob das *argumentum a minore ad maius* greift, wonach derjenige, der keinen Anspruch auf Gesetzesvollzug bzw. behördliches Einschreiten hat, sich erst recht auch nicht auf eine Notstandsbefugnis stützen darf. Das Fehlen eines solchen gefahrenabwehrrechtlichen Anspruchs ist nämlich nicht identisch mit der Frage nach dem Ausschluss des Strafunrechts. Dies zeigt gerade die Konzeption der Fallkonstellation als Geschäftsführung ohne Auftrag. „Geschäftsherr“ ist in diesen Fällen nicht der einzelne Beamte, sondern der Staat oder – bildlich gesprochen – die Rechtsordnung als Ganze. Der einer Geschäftsführung durch den Täter entgegenstehende Wille des einzelnen Beamten muss dabei nicht als in jedem Fall maßgeblich angesehen werden; dies gilt insbesondere und jedenfalls dann, wenn ein entsprechender Verwaltungsakt nichtig (§ 44 Abs. 1 VwVfG) wäre.¹³⁰

¹²² *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 183 unter Hinweis auf OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1996, 136; siehe auch OLG Koblenz NJW 1963, 1991; *Stam* (Fn. 91), S. 171 (184); *Renzikowski* (Fn. 91), S. 363; *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570 f.).

¹²³ *Wilenmann* (Fn. 96), S. 429.

¹²⁴ S.o. Fn. 83.

¹²⁵ Vgl. *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 183, der eine Notstandsbefugnis auch bei einer besonders groben Misshandlung von Tieren oder dem Verteilen von Pornographie an Kinder annimmt.

¹²⁶ *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 184.

¹²⁷ OLG Naumburg NJW 2018, 2064 (2065).

¹²⁸ *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 184.

¹²⁹ *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570 ff.).

¹³⁰ *Pawlik* (Fn. 94), S. 230 f. Fn. 216; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214). Die Kritik an diesem Kriterium von *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (572 mit Fn. 95), dass der Klageweg mangels Gesetzesvollziehungsanspruchs gerade nicht eröffnet sei und die Nichtigkeit des Verwaltungsakts daher nicht herangezogen werden könne, übersieht nach dem im Text Ausgeführten, dass es nicht darum geht, einen Anspruch auf Einschreiten herzuleiten, sondern dass jedenfalls ein nichtiger Verwaltungsakt die grundsätzliche bestehende „Geschäftsführungsbefugnis“ nicht ausschließen kann, siehe *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214 f.): „Ob die [...] Behörden die Angeklagten beschieden haben

Ob diese Anforderungen bei einer erfolglosen Befassung der Behörde im Einzelfall erreicht sind, kann nur nach den Umständen des jeweiligen Falls beurteilt werden.

V. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Übersprühen von Graffiti mit rechtswidrigen bzw. strafbaren Inhalten (§§ 86a, 130, 185 StGB) unter bestimmten Voraussetzungen kein strafbares Unrecht darstellt. Geringfügige Veränderungen des äußeren Erscheinungsbildes können bereits die Erheblichkeitsschwelle des Tatbestands verfehlen (II.), was insbesondere für nicht substanzverletzende und leicht wasserlösliche Farbe¹³¹ und bereits großflächig besprühte Tatobjekte gilt. Soweit der Tatbestand erfüllt ist, kommt insbesondere beim Übersprühen von nach §§ 86a, 130 StGB strafbaren Inhalten eine Rechtfertigung nach § 228 BGB in Betracht; dies setzt allerdings für Inhalte nach § 86a StGB voraus, dass die zuständigen Behörden trotz Anzeige keine Maßnahmen ergriffen haben, um auf die Entfernung der Graffiti hinzuwirken, und sich damit ein dauerhafter rechtswidriger Zustand verfestigt hat. Soweit die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nicht gegeben sind, wird die Schuld angesichts des geringen Erfolgsunrechts und der Rechtfertigungsnähe jedenfalls dann gering sein, wenn an der Fassade keine neuen Substanzverletzungen zurückbleiben. Damit erscheint eine Anwendung des § 153 StPO in derartigen Fällen naheliegend, was dem Ergebnis der eingangs genannten Verfahren entspricht.

und ihre Einschreitensunwilligkeit dadurch äußerlich kundgetan haben oder sich schlicht untätig verhalten haben, ist ohne Belang.“

¹³¹ Gegen deren Tatbestandsmäßigkeit auch Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags WD 7 – 080/07, Entfernen verfassungsfeindlicher Symbole von Eigentum Dritter, 2007, S. 8; *Conrad* (Fn. 2), S. 373 (375); *Zaczyk* (Fn. 15), § 303 Rn. 24a.