

**Examensrepetitorium
Öffentliches Recht II
Lösungsskizze Fall 8
- Sprayer von Göttingen -**

Zu prüfen sind die Erfolgsaussichten einer **Verfassungsbeschwerde** gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8 a, 90 ff. BVerfGG. Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zulässig sein.

1. Beschwerdeberechtigung

Beschwerdeberechtigt ist nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG „**jedermann**“. Voraussetzung ist allein die Fähigkeit, Träger von Grundrechten zu sein. Da natürliche Personen diese Voraussetzung immer erfüllen, ist K beschwerdeberechtigt.

2. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand kann nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG **jeder Akt der öffentlichen Gewalt** sein. Erfasst sind alle Maßnahmen der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Rechtsprechung. K wendet sich hier gegen ein Strafurteil und damit gegen eine Maßnahme der Rechtsprechung. Das Strafurteil stellt mithin einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar.

3. Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer muss geltend machen, durch den Beschwerdegegenstand möglicherweise selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein, Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 90 I BVerfGG. Hier ist es nicht von vornherein ausgeschlossen und somit möglich, dass das Strafurteil den K in seinem Grundrecht aus Art. 5 III GG (Kunstfreiheit) verletzt. Als Adressat des Strafurteils ist K auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch dieses betroffen. Daher ist K auch beschwerdebefugt.

4. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Gemäß § 90 II BVerfGG muss vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde der **Rechtsweg ausgeschöpft** werden. Dies ist laut Sachverhalt erfolgt. Auch sonstige Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes stehen nicht zur Verfügung.

5. Form und Frist

Die Einhaltung der Formerfordernisse des § 23 I BVerfGG (schriftlich und begründet) wird unterstellt. Ferner wird davon ausgegangen, dass die 1-Monatsfrist, die § 93 I 1 BVerfGG für die Urteilsverfassungsbeschwerde festlegt, beachtet worden ist.

6. Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung

Die Verfassungsbeschwerde des K ist **zulässig**. Von einer Annahme zur Entscheidung gemäß § 93a BVerfGG ist auszugehen.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde des K müsste außerdem begründet sein. Dies ist der Fall, wenn K durch das Strafurteil **tatsächlich** in seinen Grundrechten **verletzt** worden ist.

I. Art. 5 III Kunstfreiheit

In Frage kommt zunächst eine Verletzung der Kunstfreiheit des K aus Art. 5 III GG.

1. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich der Kunstfreiheit, Art. 5 III GG, eröffnet sein. Der Schutzbereich des Art. 5 III GG verbürgt die Freiheit, sich künstlerisch zu betätigen. Die Vorschrift schützt vor Einwirkung der öffentlichen Gewalt auf Inhalt, Methoden und Tendenzen künstlerischer Tätigkeit (Schutz vor einem staatlichen Kunstrichtertum).¹ Geschützt ist daher zunächst der sog. **Werkbereich**. Darüber hinaus schützt die Kunstfreiheit aber auch die Darbietung und Verbreitung der Kunstwerke an Dritte, den sogenannten **Wirkbereich**.²

Schwierigkeiten bereitet jedoch die Definition des Kunstbegriffs in Art. 5 III GG.³ Nach dem **materialen Kunstbegriff** wird Kunst definiert als *freie schöpferische Gestaltung*, in der

¹ Jarass/Pieroth, Art. 5 GG Rn 106.

² Epping, Grundrechte Rn 260; Hufen, Staatsrecht II, § 33 Rn 12.

³ Ausführlich Hufen, Staatsrecht II, § 33 Rn 4 ff.

Eindrücke und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache unmittelbar zur Geltung gebracht werden. Nach dem **formalen Kunstbegriff** sind solche Werke Kunst, die bestimmten *Werktypen* wie Theater, Gesang, Dichtung, Malerei, Bildhauerei etc. zugeordnet werden können. Schließlich wird noch der sog. **offene Kunstbegriff** vertreten. Das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung bestehe darin, dass es wegen der Mannigfaltigkeit des Aussagegehaltes möglich sei, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten *Interpretation* immer weitreichendere Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergebe.⁴

Hinweis: Den materialen, formalen und offenen Kunstbegriff sollten Sie vom Begriff und Inhalt her kennen und im Zusammenhang mit der Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG nennen.

Angesichts der Verschiedenheit der Kunstbegriffe und der Schwierigkeit, eine verfassungsrechtlich überzeugende Definition für den Kunstbegriff des Art. 5 III GG zu finden, besteht Einigkeit darüber, dass die Gewährleistung der Kunstfreiheit offen verstanden werden muss und auch ungewöhnliche Ausdrucksformen umfassen muss, wie z.B. Happenings, satirische Aufkleber, pornografische Provokationen und eben auch Sprühbilder (Graffiti).⁵ Nur so kann auch ein **staatliches „Kunstrichtertum“** ausgeschlossen werden.⁶

Obgleich die Sprühbilder des K von Teilen der Göttinger Bevölkerung als „Schmierereien“ angesehen werden, **unterfallen sie** somit dennoch **dem** weit zu verstehenden **Kunstbegriff** des Art. 5 III GG. Dies bedeutet allerdings noch nicht automatisch, dass der Schutzbereich des Art. 5 III GG dem K auch die Freiheit gewährt, die von ihm entworfenen Graffiti ohne Einwilligung auf fremde Häuser zu sprühen und damit die Eigentumsrechte anderer eigenmächtig zu verletzen. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn der Schutzbereich des Art. 5 III GG grundsätzlich auch die sog. **unfriedliche Kunst**, also die künstlerische Betätigung, die gleichzeitig Rechte andere verletzt, schützen würde.

Teilweise wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass sich der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit von vornherein nicht auf die Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden

⁴ Vgl. hinsichtlich der Definition von Kunst auch *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 610 ff., *Epping*, Grundrechte Rn 262, *Schmidt*, Grundrechte Rn 508.

⁵ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 613.

⁶ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 GG Rn 106.

Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung erstrecke. Gleiches gelte für die Beeinträchtigung fremden Leib und Lebens, fremder Ehre und der Freiheit.⁷

Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass anders als bei Art. 8 I GG eine Schutzbereichsbegrenzung hinsichtlich „unfriedlicher“ Kunst nicht stattgefunden hat. Hätte der Verfassungsgeber gewollt, dass die Kunst, die das Eigentum, die Freiheit und die körperliche Integrität anderer verletzt, vom Schutzbereich des Art. 5 III GG nicht erfasst wird, hätte er ähnlich wie bei Art. 8 I GG eine entsprechende begrenzende Formulierung in den Verfassungstext eingefügt.⁸

Gegen die Herausnahme der „unfriedlichen“ Kunst aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit und für die Annahmen eines weiten Schutzbereiches sprechen zudem **grundrechtsdogmatische Gründe**. Auszugehen ist nämlich von einem den Grundrechten zugrunde liegenden Konzept „natürlicher“ Freiheit, da nur nach einem solchen Konzept eine vor-schnelle Ausblendung von Grundrechten vermieden wird⁹ und nur so der Weg zu einer substantiellen, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Argumentation, einschließlich einer Güterabwägung eröffnet ist. Der Gefahr der Verdrängung einer grundrechtlichen Argumentation durch eine einfachrechtliche Argumentation wird so begegnet.¹⁰

Generell und somit auch bei Art. 5 III GG darf daher der sachliche Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts nicht von den Schranken her interpretiert werden.¹¹ Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der **Schutzbereich der Kunstfreiheit weit auszulegen** ist und daher auch künstlerische Aktivitäten erfasst, die Rechte anderer verletzen. Der Schutzbereich des Art. 5 III GG ist somit in diesem Fall zugunsten des K eröffnet.

Hinweis: Auch wenn nach der hier vertretenen Auffassung das Besprühen fremder Häuser mit Graffiti in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, heißt dies noch lange nicht, dass ein solches Verhalten auch als erlaubt anzusehen ist. Ein weites Schutzbereichsverständnis statuiert kein „Recht“ auf Besprühen fremder Häuser, sondern stellt ein staatliches Verbot und dessen Durchsetzung lediglich unter einen Begründungs- und Rechtfertigungszwang. Es verpflichtet zudem den Staat, bestimmte formell und materiell korrekte Rechtsgrundlagen zu schaffen, mögen diese noch so selbstverständlich sein, wie etwa das strafbewährte Verbot, fremdes Eigentum zu beschädigen.¹² Allerdings ist hier mit entsprechender Argumentation durchaus auch ein

⁷ BVerfG NJW 1984, 1293, 1294; vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 616.

⁸ *Schmidt*, Grundrechte Rn 512 f.

⁹ *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Vorb. Rn 120. Siehe auch *Hufen*, Staatsrecht II, § 33 Rn 15 ff.

¹⁰ Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 296.

¹¹ Vgl. *Dreier*, in: *Ders.* GG, Vorb. Rn 120.

¹² *Dreier*, in: *Ders.* GG Kommentar, Vorb. Rn 120.

anderes Ergebnis vertretbar. So ließe sich durchaus argumentieren, dass es bei der Kunstfreiheit auf die Wirkung des Kunstwerks selbst ankommen muss. Das Zerstören fremden Eigentums wäre dann vom Schutzbereich nicht mehr erfasst und die Prüfung der Kunstfreiheit wäre beendet. Allerdings müsste dann anschließend Art. 2 I GG geprüft werden, denn dieses Auffanggrundrecht schützt zunächst auch das Zerstören fremden Eigentums. Eines der Grundrechte ist also in jedem Fall eröffnet.

2. Eingriff

Es müsste ferner ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit vorliegen. Als Eingriff ist jedes staatliches Handeln anzusehen, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder zumindest wesentlich erschwert. Das gegen K erlassene Strafurteil hat zumindest auch die Funktion, diesen davon abzuhalten, zukünftig weiterhin fremde Gebäude mit seinen Bildern zu besprühen. Mithin stellt es **einen Eingriff in die Kunstfreiheit** dar.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Allerdings ist dem Grundrecht der Kunstfreiheit kein Gesetzesvorbehalt beigefügt. Bei Art. 5 III GG handelt es sich um ein **vorbehaltlos gewährtes** Grundrecht. Fraglich ist daher, ob ein Verhalten, das vom Gewährleistungsbereich der Kunstfreiheit erfasst ist, überhaupt eingeschränkt werden kann.

Von einer Mindermeinung in der Literatur wurde in der Vergangenheit hinsichtlich dieser Frage die Auffassung vertreten, dass auf die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte, die Schranken anderer Grundrechte zu übertragen seien. Art. 5 III unterliege daher den Schranken von Art. 5 II GG bzw. der Schrankentrias des Art. 2 I HS 2 GG.¹³ Eine solche Schrankenübertragung ist jedoch abzulehnen, da sie der Bedeutung spezieller Grundrechtsverbürgung und der Spezialität im Recht nicht gerecht wird.¹⁴

Überzeugender ist hingegen die heute ganz herrschende Auffassung, dass sich die grundsätzliche Beschränkungsmöglichkeit für die vorbehaltlos gewährten Grundrechte aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung ergibt.¹⁵ Die vorbehaltlosen Grundrechte finden demnach ihre Schranken im kollidierenden Verfassungsrecht (sog. **verfassungsimmanente Schranken**). Als kollidierendes Verfassungsrecht, welches einen Eingriff in den

¹³ Nachweise bei *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 315 f.

¹⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 317.

¹⁵ Vgl. etwa *Manssen*, Staatsrecht II Rn 150.

Schutzbereich eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts rechtfertigen vermag, kommen alle Rechtsgüter von Verfassungsrang, insbesondere die **Grundrechte Dritter** in Betracht.¹⁶ Soweit andere Verfassungsgüter durch ein grundrechtlich geschütztes Verhalten beeinträchtigt werden, muss im Wege der *praktischen Konkordanz* ein Ausgleich zwischen dem Grundrecht und dem kollidierenden Verfassungsrecht gefunden werden.¹⁷

Voraussetzung für einen Eingriff in ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ist jedoch auch hier, dass eine einfach-gesetzliche, die verfassungsimmanente Schranke konkretisierende Eingriffsgrundlage existiert. Für einen Grundrechtseingriff durch ein Strafurteil ergibt sich dieses Erfordernis bereits aus Art. 103 II GG.

Hinweis: Das Erfordernis einer einfachgesetzlichen Rechtsgrundlage für einen Eingriff in ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht besteht aber auch dann, wenn der Eingriff nicht durch ein Strafurteil erfolgt und Art. 103 II GG nicht einschlägig ist. Denn wenn Eingriffe auch bei den Grundrechten möglich sein sollen, die das Grundgesetz nicht unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt hat, dann darf ein solcher Eingriff jedenfalls nicht unter geringeren Voraussetzungen erfolgen als bei Grundrechten mit einem Gesetzesvorbehalt. Bei letzteren ergibt sich die Einschränkung schließlich bereits aus dem Grundrecht selbst und nicht erst aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung (Erst-Recht-Schluss).¹⁸

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass auch die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte auf der Grundlage eines Gesetzes, welches verfassungsimmanente Schranken konkretisiert, eingeschränkt werden können. Der Eingriff in die Kunstfreiheit ist somit dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn eine gesetzliche Eingriffsgrundlage besteht, diese verfassungsgemäß ist und von dieser auch verfassungsgemäß Gebrauch gemacht worden ist.

a) Verfassungsgemäße gesetzliche Eingriffsgrundlage

Die gesetzliche Grundlage für den Erlass des Strafurteils ist § 303 I StGB. Dieser stellt die Sachbeschädigung unter Strafe. Anhaltspunkte dafür, dass § 303 I StGB nicht **formell verfassungsgemäß** sein könnte, liegen nicht vor.

§ 303 I StGB müsste zudem **materiell verfassungsgemäß** sein. Ein Verstoß gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG), das Verbot eines Einzelfallgesetzes (Art. 19 I 1 GG) oder die Wesensgehaltsgarantie ist nicht ersichtlich.

¹⁶ Kompetenzbestimmungen (Art. 70 ff. GG) hingegen können als kollidierendes Verfassungsrecht Grundrechtseingriffe nicht rechtfertigen, weil es kein brauchbares Kriterium dafür gibt, welche Kompetenzbestimmungen einen materiellen Gehalt haben, vgl. *Manssen*, Staatsrecht II Rn 163.

¹⁷ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 317.

¹⁸ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 333.

§ 303 I StGB müsste ferner dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, also ein legitimes Ziel verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Da Art. 5 III GG vorbehaltlos gewährt wird, dürfte § 303 I StGB nicht nur irgendein legitimes Ziel verfolgen, sondern die Vorschrift müsste zumindest auch Rechtsgüter von Verfassungsrang, **also kollidierendes Verfassungsrecht** schützen. § 303 I StGB bezweckt den Schutz fremder, also im Eigentum anderer stehender Sachen vor Beschädigung und Zerstörung.

Das Eigentum wird durch Art. 14 I GG geschützt; es handelt es sich um ein Rechtsgut von Verfassungsrang. § 303 I StGB verfolgt also den Zweck, kollidierendes Verfassungsrecht zu schützen.

Eine Strafvorschrift, die die Beschädigung fremder Sachen unter Strafe stellt, ist auch **geeignet** diese zu schützen. Fraglich ist allerdings, ob eine Strafvorschrift hierfür unbedingt **erforderlich** ist oder ob es nicht ein gleich wirksames aber weniger die Freiheit des Einzelnen einschränkendes Mittel gibt. Zu denken wäre in diesem Fall an einen ausschließlich durch zivilrechtliche Schadensersatzvorschriften gewährleisteten Eigentumsschutz. Zivilrechtliche Schadensersatzvorschriften haben aber nicht die gleiche abschreckende Wirkung wie eine Strafvorschrift und sind somit nicht gleich wirksam. Mithin ist der § 303 I StGB als Mittel auch erforderlich.

Ferner müsste der § 303 I StGB auch **angemessen** sein. Zweck und Mittel dürfen nicht außer Verhältnis stehen. Dies erfordert eine Gesamtabwägung der betroffenen Güter; in diesem Fall also insbesondere eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit, Art. 5 III GG, und dem kollidierenden Verfassungsgut „Eigentum“, das durch Art. 14 I GG geschützt wird.

Die Kunstfreiheit wird **vorbehaltlos gewährt**, woran zu erkennen ist, dass das GG Eingriffe grundsätzlich nicht vorsieht, so dass diese eine Ausnahme bleiben müssen. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass § 303 I StGB nur eine ganz bestimmte Art und Weise künstlerischer Betätigung unter Strafe stellt, nämlich die Tätigkeit, die mit der Beschädigung fremden Eigentums einhergeht. Kunst kann sich aber durchaus auch ohne die Beschädigung fremden Eigentums entfalten. § 303 I StGB hat daher nur einen geringen Einfluss auf die künstlerische Entscheidungsfreiheit hinsichtlich Inhalt, Methoden und

Tendenzen und betrifft die Kunstfreiheit daher nicht in ihrem Kerngehalt, sondern nur am Rande.

Zudem darf nicht verkannt werden, dass das Eigentumsrecht gleichfalls verfassungsrechtlich garantiert ist und prinzipiell nicht hinter der Freiheit der Kunst zurücktritt. Die Beschädigung und Zerstörung fremden Eigentums sind - neben der dauerhaften Entziehung - zudem die schwersten Formen einer Beeinträchtigung fremden Eigentums. Daher ist es nicht unangemessen, dass § 303 I StGB die Kunstfreiheit hinter den Eigentumsschutz zurücktreten lässt. Die strafrechtlichen Vorschriften lassen zudem bei ihrer Auslegung und Anwendung noch einen hinreichenden Spielraum, um gegebenenfalls der Bedeutung und Tragweite der Kunstfreiheit im jeweiligen Einzelfall ausreichend gerecht zu werden. § 303 I StGB ist daher als Eingriffsgrundlage verfassungsgemäß.

b) Verfassungskonforme Anwendung

Der § 303 I StGB müsste ferner durch das Strafgericht auch **verfassungsgemäß ausgelegt und angewendet** worden sein. Eine Entscheidung, die gemessen am einfachen Recht objektiv fehlerhaft ist, stellt dabei noch keine verfassungswidrige Gesetzesanwendung dar; das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz.¹⁹

Selbst wenn also der Tatbestand des § 303 I StGB, wie von K behauptet, in seinem Fall nicht erfüllt gewesen ist und insofern ein Rechtsanwendungsfehler der Strafgerichte vorliegt, kann diese Tatsache für sich alleine noch keinen Verfassungsverstoß begründen. Dieser einfachrechtlichen Frage ist daher nicht näher nachzugehen.

Zu prüfen ist vielmehr nur die **Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“**. Zu einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts kommt es bei der Anwendung eines Gesetzes dann, wenn das fachgerichtliche Auslegungsergebnis, über die vom GG gezogenen Grenzen (etwa die Grenze der *Verhältnismäßigkeit*) hinausgeht²⁰ bzw. *Bedeutung und Tragweite der Grundrechte* verkannt werden.

Das gegen K erlassene Strafurteil müsste also insbesondere verhältnismäßig sein. Daran könnte gegebenenfalls deshalb gezweifelt werden, weil K außer durch das Besprühen fremder Häuser keine andere Möglichkeit gehabt hat, großen Teilen der Göttinger Bevölkerung

¹⁹ Vgl. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht Rn 283 ff.

²⁰ BverfGE 65, 317 (322).

seine Kunst nahe zu bringen. Allerdings ist bereits dem Gewährleistungsbereich des Art. 5 III GG (Kunstfreiheit) kein Anspruch darauf zu entnehmen, dass ein möglichst großer Teil der Bevölkerung die Kunst eines bestimmten Künstlers auch tatsächlich wahrnimmt, so dass dieses Argument nicht überzeugen kann. Ansonsten gibt es keine Hinweise für eine verfassungswidrige Anwendung des § 303 StGB. Auch der konkrete Einzelakt, das Urteil, ist somit **verfassungsgemäß**.

4. Ergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Art. 5 III GG ist also nicht verletzt.

II. Ergebnis Begründetheit

Auch andere Grundrechtsverletzungen sind nicht ersichtlich Die Verfassungsbeschwerde ist somit nicht begründet.

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des K ist zwar zulässig, aber nicht begründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.