

Dafür schadet die Falschbezeichnung einer an Arbeitslose und ihre Angehörigen adressierten Leistung als Bürgergeld nicht. Der Name ist besser als das Zweitklassigkeit suggerierende „Arbeitslosengeld II“, erinnert an das Versprechen einer Sozialbürgerschaft für alle und kann als Merkposten

für eine weitergehende Reform der Grundsicherung aller (Unions-)Bürgerinnen und Bürger dienen. Zudem zeigt er die Notwendigkeit einer guten Bürgerverwaltung, die der Realisierung der Gesetze gewachsen ist. Das könnte die größte Herausforderung sein. ■

Prof. Dr. Hans Kudlich und Hanna Göken*

Reform des Sanktionenrechts – nur Symbolpolitik?

Der Referentenentwurf des BMJ zum Sanktionenrecht enthält unter anderem die zu begrüßende Reduzierung der Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe, wobei aber auch weitere praktische Ansatzpunkte zur Vermeidung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Ob die Aufnahme des Strafzumessungskriteriums der gegen das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung gerichteten Tat wegen ihres eher symbolischen Charakters unmittelbare praktische Auswirkungen bei der Bemessung der konkreten Strafe haben wird, ist fraglich; es ist aber auch nicht zu erwarten, dass sie Schaden wird.

I. Strafrechtliche Rechtsfolgen in der Reformdiskussion

Die Bedeutung der Rechtsfolgenseite kann für die strafprozessuale Praxis gar nicht überschätzt werden. Plakativ: Die Frage, aus welchem Tatbestand er verurteilt wird, ist für den Angeklagten regelmäßig weniger entscheidend als diejenige, wie hoch die Strafe ausfällt. Stellschrauben, mit denen der mögliche Rechtsfolgenausspruch neu justiert wird, wirken sich mithin theoretisch unmittelbar auf den Kern der Strafjustiz aus. Nur „theoretisch“ könnte die Auswirkung der Reform freilich deshalb sein, weil insbesondere der Strafzumessungsakt (jedenfalls auf seiner letzten Stufe) Gegenstand eines weiten und revisionsgerichtlich auch nur sehr eingeschränkt überprüfbaren tatrichterlichen Ermessens ist. Insoweit ist nicht bei allen sanktionenrechtlichen Reformen sichergestellt, dass diese auch zu Änderungen der Rechtsfolgenpraxis führen.

Deutlich wird das bei den Reformvorhaben der letzten Jahre: Die Reform der Vermögensabschöpfung¹ hat beispielsweise mit Streichung des § 73 I 2 StGB aF zu einer signifikanten Erweiterung der (nunmehr so bezeichneten) Einziehung von Taterträgen gegenüber dem früheren Verfall geführt, da die Anordnung der Einziehung hier obligatorisch ist. Dagegen ist etwa bei der Aufnahme der „rassistischen, fremdenfeindlichen oder sonstigen menschenverachtenden“ Beweggründe durch das Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags² bzw. hierzu auch noch der antisemitischen Beweggründe durch das Gesetz zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität³ nicht nur weniger leicht evaluierbar, wie sich die Aufnahme eines solchen Grundes „in harten Zahlen“ auswirkt, sondern es war ohne Weiteres vorstellbar, dass auch ohne Aufnahme ins Gesetz solche Beweggründe schon nach der alten Fassung des § 46 II StGB unter dem allgemeinen Strafzumessungsgrund der „Beweggründe“ berücksichtigt wurden. In einem ähnlichen Spannungsfeld bewegen sich auch die Änderungsvorschläge im Referentenentwurf des BMJ zu einem Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts vom 19.7.2022.

II. Referentenentwurf vom 19.7.2022

1. Der jüngste Referentenentwurf⁴ enthält mehrere Reformvorschläge zum Sanktionenrecht, die teilweise auch schon im Koalitionsvertrag⁵ der Ampelkoalition angekündigt sind:

- eine Änderung der Regelung zur Ersatzfreiheitsstrafe,
- eine Verbesserung der Möglichkeit, bei „Straftaten, die durch das Geschlecht des Opfers oder seine sexuelle Orientierung motiviert sind“, diese Gesinnung strafschärfend zu berücksichtigen,
- den Ausbau der „Möglichkeiten, im Rahmen von Bewährungsaussetzungen und vorläufigen Einstellungsentscheidungen durch ambulante Maßnahmen spezialpräventiv auf Straftäter einzuwirken“ sowie
- eine stärkere Fokussierung der „Unterbringung (...) auf wirklich behandlungsbedürftige und -fähige Täterinnen und Täter“.

2. Die ausdrückliche Normierung der Möglichkeit einer Therapieweisung im Rahmen einer Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 c StGB), einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 a StGB) und eines Absehens von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen (§ 153 a StPO) dürfte dabei jedenfalls im Grundsatz ebenso unkritisch sein wie die Schaffung einer zusätzlichen Anweisungsmöglichkeit, gemeinnützige Leistungen zu erbringen (Arbeitsaufgabe), bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt. Es mag hier praktische Umsetzungsprobleme, etwa mit Blick auf zur Verfügung stehende Therapieplätze, geben, weshalb es wünschenswert wäre, die Möglichkeit einer Therapieweisung als Anlass zur Erweiterung des Therapieangebots zu nehmen; und auch die Effektstärke hinsichtlich der Rückfallwahrscheinlichkeit ist nicht einfach zu bestimmen.⁶ Mit Blick darauf, dass diese Ungewissheiten aber auch bei der (eingriffsintensiveren) Freiheitsstrafe letztlich immer noch bestehen und dass vor allem die vorgeschlagenen neuen bzw. ergänzten Nummern in § 56 c II Nr. 6 StGB-E und in § 59 a II Nr. 4, 5 StGB-E immer nur eine zusätzliche Option für den Richter darstellen, deren Anwendung zudem in seinem Ermessen steht, ist eine solche größere Flexibilität jedenfalls positiv. Insbesondere erscheint

* Der Autor Kudlich ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg; die Autorin Göken ist Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

1 Durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BGBl. 2017 I 872, vgl. dazu etwa im Überblick Köhler NStZ 2017, 497 sowie Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665.

2 BGBl. 2015 I 925.

3 BGBl. 2021 I 441.

4 Vgl. https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Ueberarbeitung_Sanktionenrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (im Folgenden: RefE).

5 Vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, S. 84.

6 Vgl. zu diesen Schwierigkeiten, aber auch zu den optimistisch stimmenden Ergebnissen neuerer Studien, RefE S. 19 ff.

auch der Einwand nicht überzeugend, die gemeinnützige Arbeit passe angesichts ihres eher repressiven Charakters nicht in den Katalog der spezialpräventiv ausgerichteten Maßnahmen des § 59 a II StGB.⁷ Dies nicht nur, weil man auch den Auflagen nach § 59 a II 1 Nr. 1 StGB (Schadenswiedergutmachung) und Nr. 3 (Geldauflage) zumindest einen „auch-repressiven“ Charakter zuschreiben könnte.⁸ Vielmehr ist bei gemeinnütziger Arbeit gerade in den Fällen, in denen sie eine echte Alternative zu einer Geldauflage ist, mit ihrem Bezug auf die Belange der Gemeinschaft eine sowohl (positiv) general- als auch spezialpräventive Wirkung jedenfalls in der abstrakt-theoretischen Form, mit der man sich bei strafrechtlichen Sanktionen oft begnügen muss, nicht fernliegend.

3. Auf Überlegungen zu einer Reform des Unterbringungsrechts soll vorliegend aus Gründen des Umfangs verzichtet werden.⁹ Vielmehr soll der Schwerpunkt der Darstellung auf den Vorschlägen zur Ergänzung des § 46 StGB und vor allem zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe liegen.

III. Reduzierung des Umrechnungsmaßstabs der Ersatzfreiheitsstrafe

Bei der Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 StGB soll der Maßstab zur Umrechnung der Anzahl an Tagessätzen einer Geldstrafe in eine nach Tagen bemessenen Freiheitsstrafe nicht mehr 1:1, sondern 2:1 betragen, so dass sich die Ersatzfreiheitsstrafe grundsätzlich halbiert.

1. Hintergrund der Halbierung des Umrechnungsmaßstabs

Die Idee hinter der Änderung der Ersatzfreiheitsstrafe gerade beim Umrechnungsmaßstab ist, dass ein Tagessatz Geldstrafe nicht den gleichen Strafgehalt wie ein Tag Freiheitsstrafe beinhalte.¹⁰ Dem ist auch zuzustimmen, denn obwohl die Vergleichbarkeit schwer greifbar ist, so drängt es sich doch auf, dass ein Tag Freiheitsentzug, der den höchstpersönlichen Lebensbereich betrifft, nicht einem Tagessatz Geldstrafe entsprechen kann. Hinzu kommt, dass die Ersatzfreiheitsstrafe als Surrogat zur Freiheitsstrafe nach herrschender Meinung nicht zur Bewährung ausgesetzt werden kann, so dass der tatsächliche Freiheitsentzug zeitlich auch den ursprünglich bemessenen Tagen entspricht und damit schwerer wiegen kann als eine „normale“ Freiheitsstrafe.¹¹ Zudem hinkt die Vergleichbarkeit auch mit Blick auf die Höchstpersönlichkeit der Strafe, da bei der Geldstrafe nicht gesichert ist, ob sie durch persönliche Begleichung des Geldbetrags auch tatsächlich den Verurteilten trifft, was bei der höchstpersönlichen Verbüßung der Freiheitsstrafe kein Problem darstellt.

Nun kann zwar in Frage gestellt werden, ob dann zwei Tagessätze Geldstrafe tatsächlich entsprechend dem vorgeschlagenen neuen Umrechnungsmaßstab einem Tag Freiheitsstrafe entsprechen. Letztlich ist hier jeder Maßstab willkürlich, allerdings muss auch irgendein neuer Ansatzpunkt gefunden werden und ein Umrechnungsmaßstab von 2:1 erscheint zumindest als sachgerecht. Denn eine noch größere Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe könnte zu so niedrigen Freiheitsstrafen führen, dass das (bei kurzen Ersatzfreiheitsstrafen ohnehin schwer erreichbare) Ziel einer Resozialisierung gänzlich unerreichbar wird. Zusätzlich könnte auch die Abschreckung vor der Ersatzfreiheitsstrafe abnehmen, wenn diese im Einzelfall so gering wäre, dass keine zu erwartenden Folgen für das Berufs- und Privatleben eintreten würden.

Gegen einen geringeren Umrechnungsmaßstab als 2:1 würde hingegen sprechen, dass dann wohl auch keine so spürbare Veränderung bei der Dauer der Ersatzfreiheitsstrafen eintreten würde. Damit ist dem Vorschlag der Halbierung des Umrechnungsmaßstabs in § 43 StGB zuzustimmen.

2. Streichung der Ersatzfreiheitsstrafe

In der Diskussion im Vorfeld des Entwurfs wurde allerdings noch weitergehend gefordert, die Ersatzfreiheitsstrafe doch gleich ganz abzuschaffen, weil sie nicht mehr zeitgemäß sei.¹² Insbesondere der Konflikt, dass eine Resozialisierung in der kurzen Zeit der Verbüßung der Ersatzfreiheitsstrafe kaum möglich ist, sondern eher noch entsozialisierende Wirkungen zu befürchten sind, wird durch die Verkürzung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht gelöst, da weiterhin der Haftantritt erfolgt und damit dessen negativen Wirkungen, wie die Stigmatisierung in der Gesellschaft, der Einfluss durch andere Strafgefangene und gegebenenfalls der Verlust sozialer und beruflicher Bindungen, eintreten. Der vollständigen Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe ist allerdings entgegenzuhalten, dass es dann einer wirksamen Alternative bedürfte, die als Druckmittel für die Durchsetzung der Geldstrafe dienen kann, die in 86 % der Fälle als Strafe verhängt wird.¹³ Ein völliger Verzicht auf die Durchsetzung eines Strafspruchs erscheint problematisch, wenn man davon ausgeht, dass das Strafrecht gerade dem Schutz hochrangiger Rechtsgüter gegen erhebliche Beeinträchtigungen dient. Die Tatsache, dass nach einer Untersuchung in Nordrhein-Westfalen in 50 % der Fälle sogar nach Haftantritt das Geld für die Geldstrafe doch noch aus eigenen Mitteln beigebracht und bezahlt wird, zeigt, dass das Druckmittel auch wirkt.¹⁴ Darf man dieser Untersuchung glauben, bestätigt sich auch nicht die Befürchtung, dass das Geld in solchen Fällen nur noch von Dritten beigebracht wird, weil beim Verurteilten tatsächlich Zahlungsunfähigkeit herrscht.

Wenn man den Strafspruch hingegen generell – wie etwa bei Schwarzfahrern – für unverhältnismäßig erachtet, so ist das nur mittelbar ein Problem der Ersatzfreiheitsstrafe, und eine etwaige Reform würde besser bereits auf Tatbestandsebene ansetzen, was in dieser Legislaturperiode gerade mit Blick auf § 265 a StGB (wohl Grundlage jeder siebten Ersatzfreiheitsstrafe)¹⁵ auch noch geprüft werden soll. Wenn die Gerichte aber Geldstrafen verhängen, so muss es auch Wege geben, um den Strafspruch konsequent und einheitlich durchzusetzen, um einen Schuldausgleich, aber auch Straferechtigkeit herbeizuführen.

7 So noch der Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, 2.2.3.2, vgl. <https://sil0.tips/download/abschlussbericht-der-kommission-zur-reform-des-strafrechtlichen-sanktionensystems>.

8 Vgl. auch LK-StGB/Ceffinato, 13. Aufl. 2022, StGB § 59 a Rn. 4; MüKoStGB/Groß/Kulhanek, 4. Aufl. 2020, StGB § 59 a Rn. 5.

9 S. hierzu van Gemmeren ZRP 2022, 76.

10 RefE 39; so auch BGH 5.11.2013 – 1 StR 387/13, BeckRS 2013, 20383.

11 Beispielhaft OLG Hamm 5.1.2010 – 1 VAs 114/09, BeckRS 2010, 144841; MüKoStGB/Radtke StGB § 43 Rn. 23; RefE S. 40.

12 Vgl. zB jüngst DAV, Statements v. 5.7.2022, <https://anwaltverein.de/de/newsroom/ersatzfreiheitsstrafen-nicht-mehr-zeitgemass>; GE Die Linke BT-Drs. 19/1689.

13 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2020, Fachserie 10, Reihe 3, S. 96.

14 RefE S. 9.

15 Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/panorama/schwarzfahrer-ohne-ticket-ins-gefaengnis-1.3870338>.

3. Weitere Ansatzpunkte zur Vermeidung der Ersatzfreiheitsstrafe

Trotz des Nutzens der Ersatzfreiheitsstrafe zur Durchsetzung der nicht getilgten Geldstrafe sollte das Möglichste getan werden, um sie wegen ihrer negativen Auswirkungen auf das Leben des Geldstrafschuldners in der Praxis zu vermeiden. Im Referentenentwurf wird auf praktische Maßnahmen hierzu hingewiesen. Dabei werden die Ausweitung der Information über den Ablauf der Geldstrafenvollstreckung und über die Möglichkeit von Ratenzahlungsvereinbarungen sowie der Ausbau der Möglichkeiten genannt, eine Ersatzfreiheitsstrafe mit gemeinnütziger Arbeit abzuwenden (RefE S. 12, 13). Dies soll durch eine Änderung von § 459 e II und § 463 d StPO erreicht werden. Innerhalb einzelner Länder erwies sich dabei auch das Vorgehen als erfolgreich, dass die Geldstrafschuldner bei Nichtzahlung der Geldstrafe zunächst noch persönlich aufgesucht werden, um eine Tilgungsvereinbarung zu erwirken (RefE S. 12, 13). Dieses Vorgehen ist auch übergreifend als wünschenswert anzusehen, da innerhalb des Zeitraums zwischen Nichtzahlung der Geldstrafe und dem Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe angesetzt wird, um auf persönlicher Ebene den Ernst der Lage zu verdeutlichen und zugleich Alternativen aufzuzeigen. Durch das direkte Gespräch können dabei viel eher die persönlichen Umstände und Hintergründe der Nichtzahlung ermittelt werden. Mit Blick auf besondere persönliche Problemlagen könnte darüber hinaus noch angedacht werden, die Möglichkeit des Unterbleibens der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe wegen unbilliger Härte nach § 459 f StPO zu konkretisieren und gegebenenfalls in Zusammenhang mit dem persönlichen Aufsuchen des Betroffenen beim Auftun einer besonderen Problemlage gezielt zur Anwendung zu bringen.

Zudem gibt es nach wie vor die Möglichkeit, die Ersatzfreiheitsstrafe durch freiwillige gemeinnützige Arbeit abzuwenden, Art. 293 I 1 EGStGB. Auch wenn dies bei Zahlungsunwilligkeit zwar wohl keine viel genutzte Alternative sein wird, da die Arbeit nicht erzwungen werden kann, so schafft dies doch insbesondere für Zahlungsunfähige einen Ausgleich, um sie vor einer Ersatzfreiheitsstrafe wegen Armut zu bewahren. Allerdings ist die Inanspruchnahme dieser Abwendungsmöglichkeit in der Praxis in den letzten Jahren stark zurückgegangen (RefE S. 11). Nach dem Referentenentwurf sollen daher insbesondere die „Day-by-day“-Modelle ausgebaut werden, wonach auch nach Haftantritt noch auf die Ableistung von gemeinnütziger Arbeit pro Tag der Ersatzfreiheitsstrafe übergegangen werden kann. Zudem könnte auch bereits die Halbierung der Ersatzfreiheitsstrafe, wodurch auch die stattdessen abzuleistende gemeinnützige Arbeit halbiert würde, dazu führen, dass die Erbringung dieser Alternative für die Betroffenen besser umsetzbar wird (RefE S. 44). Auch die im Referentenentwurf enthaltene Änderung von § 459 e II StPO soll das Bewusstsein der Betroffenen über die Möglichkeit der Ableistung gemeinnütziger Arbeit stärken.

All diese Möglichkeiten sollten einerseits zwar genutzt werden, um Ersatzfreiheitsstrafen zurückzudrängen. Sie zeigen aber zugleich, dass es auch unter Verhältnismäßigkeitsaspekten kaum unabdingbar ist, auf das Instrument ganz zu verzichten.

IV. „Geschlechtsspezifische“ und „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Tatmotive

Im Referentenentwurf werden verschiedene Statistiken angeführt (RefE S. 13 ff.), aus denen sich ein Anstieg von Gewalttaten, aber auch von Hassdelikten gegenüber Frauen und

gegenüber LSBTI-Personen ergibt. Außerdem werden als problematisch empfundene Tendenzen in der Rechtsprechung angeführt, die sich im Ergebnis nachteilig für Frauen als Opfer von Gewaltanwendungen auswirken, so etwa die strafmildernde Wirkung von früheren intimen Beziehungen bei Sexualstraftaten oder die Annahme, dass Trennungstötungen nicht zwangsläufig auf niedrigen Beweggründen beruhen müssen. Um dem entgegenzuwirken, wird vorgeschlagen, als weitere Strafzumessungstatsachen in § 46 II 2 StGB auch „geschlechtsspezifische“ oder „gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“ Beweggründe oder Ziele des Täters aufzunehmen. Dabei sind sich auch die Verfasser des Referentenentwurfs über den Symbolcharakter der Änderung bewusst, da die beschriebenen Motive bereits allgemein unter den „Beweggründen“ bzw. „menschenverachtenden Beweggründen“ berücksichtigt werden können (RefE S. 18).

So unstreitig sein dürfte, dass Hass gegen Angehörige eines bestimmten Geschlechts¹⁶ oder gegen LSBTI-Personen als Tatmotiv strafschärfend berücksichtigt werden kann, stellen sich hier letztlich ähnliche Fragen wie bereits bei der Erweiterung um die Merkmale rassistisch, fremdenfeindlich und antisemitisch.¹⁷ Dabei fällt weniger ins Gewicht, dass es sich um Tatsachen handelt, die anders als andere wohl nicht „in beide Richtungen“ wirken, sondern einseitig nur gegen den Täter sprechen können. Es gibt eben Umstände, die nicht ambivalent sind. Problematischer ist schon der Umstand, dass das arbiträre Herausgreifen von Beweggründen, die sich gegen ganz spezielle Personengruppen richten, als Signal verstanden werden könnte, kaum weniger verwerfliche und gefährliche Hassmotivationen gegenüber anderen Personengruppen (Lokalpolitiker, Impfbefürworter oder auch Impfgegner, ...) für unbeachtlich zu halten. Ab einer gewissen Anzahl von „Einzelnennungen“ wird man trotz des „namentlich“ vielleicht sogar methodisch Argumente für einen Gegenschluss annehmen können. Wer diese Gefahr – vertretbar – nicht sieht, weil man pauschalen „Lokalpolitikerhass“ dennoch unproblematisch strafschärfend berücksichtigen kann, müsste erst recht gegen eine solche Auffächerung der Gründe sein, weil sie für ihn ersichtlich nicht notwendig wäre.

Das größere Problem liegt aber insbesondere bei den geschlechtsspezifischen Beweggründen darin, dass der tragfähige Nachweis eines solchen Motivs schwierig sein könnte. Dass der Brandanschlag auf eine Synagoge antisemitische Beweggründe haben kann, liegt auf der Hand. Dass aber die Tötung des Ehemanns einen geschlechtsspezifischen, nämlich pauschal von Männerhass getragenen Beweggrund hat, liegt kaum ohne Weiteres nahe. Einen solchen herauszufinden und zu explorieren (etwa auch dahingehend, ob es sich vielleicht um Gefühle handelt, die einer jahrelangen schlechten Behandlung durch Männer geschuldet sind), setzt eine Tiefe der Auseinandersetzung mit den Beweggründen der Täterin voraus, die auch ohne gesetzliche Hervorhebung strafzumessungsrelevante Folgen haben wird. Aber – und das scheint der wichtigste Punkt zu sein, den man für diesen Akt der „an sich unnötigen“ und symbolischen Gesetzgebung anführen kann: Natürlich kann man sie nur berücksichtigen, wenn sie auch thematisiert werden, was unter Umständen auch schon bedeuten kann: wenn sie bereits im Ermittlungsverfahren in den Blick genommen werden. Dabei könnte die gesetzliche Regel helfen.

16 Wenn der RefE, S. 44, hier nur den „Hass gegen Frauen“ nennt, ist das gewiss zu kurz gegriffen.

17 Vgl. zur Diskussion hierzu etwa Engländer NStZ 2021, 385 (386); Simon JR 2020, 599; Cremer/Cobbinah StV 2019, 648.

Ob bei dem im Referentenentwurf explizit genannten Sexualstrafrecht der Weg über § 46 II 2 StGB erfolgreich sein kann, ist allerdings fraglich. Nimmt man hier an, dass bereits die Tat als solche „gegen das Geschlecht gerichtet“ ist (da gerade die sexuelle Selbstbestimmung nicht respektiert wird), könnte man vertreten, dass bei solchen Delikten eine nochmalige Berücksichtigung bei der Strafzumessung gegen § 46 III StGB verstößt. Daher müsste man in diesem Bereich mit einer Strafschärfung gegebenenfalls bereits auf Tatbestandsebene ansetzen.

V. Fazit

Lässt man die Änderungen im Maßregelrecht einmal außen vor, lassen sich die drei wesentlichen Änderungsvorschläge wie folgt bewerten und abstufen: Eine Erweiterung der

Möglichkeiten zur Therapie- und Arbeitsweisung ist zu begrüßen und begegnet – schon auch deshalb, weil es sich jeweils nur um die Erweiterung eines ohnehin existenten Pools an Möglichkeiten im Ermessen des Gerichts handelt – keinen grundsätzlichen Bedenken. Die Erweiterung der benannten Strafzumessungstatsachen in § 46 II 2 StPO mag systematisch nicht ganz stimmig, dürfte aber wohl regelmäßig unschädlich sein; nötig wäre sie nicht. Dagegen wäre ein neuer Umrechnungsfaktor für die Ersatzfreiheitsstrafe zu begrüßen; ein solcher bleibt letztlich stets arbiträr, erscheint aber mit dem Wert 2:1 nicht unplausibel. Ein weitergehender völliger Verzicht auf die Möglichkeit einer Ersatzfreiheitsstrafe wäre dagegen nicht zu empfehlen – wohl aber die Intensivierung der praktischen Möglichkeiten, eine solche zu verhindern. ■

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold*

Menschenrechtlich gebotene geschlechtliche Selbstbestimmung

Jahrzehntlang musste das BVerfG die Legislative zur Einhaltung der Menschenrechte von trans- und intergeschlechtlichen Personen anhalten. Die Bundesregierung legte im Juni 2022 das Eckpunktepapier für ein Gesetz über geschlechtliche Selbstbestimmung vor, das diese menschenrechtlichen Vorgaben erstmals vollständig umsetzen soll.

I. Erfolgsquote von Verfassungsbeschwerden trans- und intergeschlechtlicher Beschwerdeführender

Kaum eine Gruppe von Beschwerdeführenden hat vor dem BVerfG in so außerordentlichem Maße Erfolg gehabt wie trans- und intergeschlechtliche Personen. Das einfache Recht etablierte bislang starke Erwartungen an Geschlecht.¹ In zehn von elf Entscheidungen des BVerfG zu Fragen geschlechtlicher Selbstbestimmung obsiegte die beschwerdeführende Person,² im elften Beschluss ging der Kammer die erhobene Verfassungsfrage nicht weit genug.³ Das ist einerseits eine sensationelle Erfolgsquote. Andererseits zeigen die vielen erfolgreichen Verfassungsbeschwerden von 1978 bis heute, dass die gesetzliche Lage kontinuierlich nicht den menschenrechtlichen Vorgaben der Verfassung entspricht. Seit Jahrzehnten wird die Gesetzeslage immer gerade nur soweit angepasst, dass die letzte Verfassungsgerichtsentscheidung eben noch als umgesetzt gelten darf. In jüngeren Jahren wurden nicht einmal mehr bereits für verfassungswidrig erklärte Vorschriften aus dem Transsexuellengesetz (TSG) gestrichen. Das geschriebene Gesetz entspricht nicht mehr der Rechtslage. Es muss also dringend etwas geschehen.

II. Gesetzesruine des TSG

1978 stellte das BVerfG fest, dass von Verfassung wegen eine gesetzliche Option für Geschlechtswechsel geschaffen werden müsse. Daraufhin wurde das TSG erlassen und trat 1980 in Kraft.⁴ Der Gesetzeskonzeption war daran gelegen, einige Grundannahmen über Geschlechtsidentität(en) zu zementieren. Erstens wird Geschlecht als bei Geburt feststellbar gedacht, auch wenn sich ein Mensch zu diesem Zeitpunkt nicht selbst äußern kann. Zweitens pathologisiert das Gesetz Menschen, die sich als dem *einen anderen* Geschlecht zugehörig empfinden, indem es von einem psychologischen „Zwang“ ausgeht, der durch psychiatrische Gutachten festgestellt werden muss. Drittens schreibt das Gesetz damit

zugleich Zweigeschlechtlichkeit fest, andere Geschlechtsidentitäten werden als inexistent behandelt, nicht-binäre Identitäten existieren nicht. Viertens wird die Geschlechtsidentität im Grundsatz stabil konzipiert, nicht im Laufe eines Lebens fluide und wandelbar.

Das TSG verfolgt einen Regelungsansatz, demzufolge transgeschlechtliche Personen entweder mittels einer kleinen Lösung nur einen Vornamenswechsel vornehmen oder mittels einer großen Lösung die Geschlechtszugehörigkeit gerichtlich feststellen lassen können. Die Formulierungen des Gesetzes von 1980 muten heute krass aus der Zeit gefallen an. Für die kleine wie die große Lösung nämlich bedarf es laut Gesetzeswortlauts folgender Voraussetzungen: Eine Person muss „sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern *dem anderen* Geschlecht als zugehörig empfinden(n) und seit mindestens drei Jahren unter dem *Zwang* steh(en), ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“. Des Weiteren muss „mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen (sein), dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird“.

Für die sogenannte große Lösung, bei der das Gericht offiziell den Geschlechtswechsel feststellt, bedurfte es nach der ursprünglichen Konzeption des TSG der Erfüllung weiterer Voraussetzungen. Die transgeschlechtliche Person durfte nicht oder nicht mehr verheiratet sein. Damit wurde sichergestellt, dass es nicht plötzlich zu gleichgeschlechtlichen Ehen kam, denn das Begehren ist immer auf Personen des einen anderen Geschlechts gerichtet (heteronormative Matrix hat Judith Butler das treffend genannt⁵). Die Person

* Die Autorin, LL.M. (Cambridge), ist Inhaberin des Lehrstuhls für Europarecht an der Europa-Universität Flensburg.

1 Grundlegend Adamietz *Geschlecht als Erwartung*, 2011.

2 Chronologisch BVerfGE 49, 286 = NJW 1979, 595; BVerfGE 60, 123 = NJW 1982, 2061; BVerfGE 88, 87 = NJW 1993, 1517; BVerfG NJW 1997, 1632; BVerfGE 115, 1 = BeckRS 2008, 38044; BVerfGE 116, 243 = NJW 2007, 900; BVerfGE 121, 175 = NJW 2008, 3117; BVerfGE 128, 109 = NJW 2011, 909; BVerfG NJW 2012, 600; BVerfGE 147, 1 = NJW 2017, 3643.

3 BVerfG NJW 2018, 222.

4 BGBl. I 1980, 1654, zuletzt geändert durch Art. 2 III des Gesetzes v. 20.7.2017 (BGBl. 2017 I 2787).

5 Butler *Gender Trouble*, 1990, S. 47 ff.