

Medizinische Fakultät, Philosophische Fakultät und
Theologische Fakultät der Universität Zürich

Ist der Freiheitsentzug eine ethisch legitime staatliche Sanktion, wenn er zu präventiven Zwecken erfolgt?

MAS-Abschlussarbeit im Weiterbildungsstudiengang
Master of Advanced Studies in Applied Ethics

Nik Schwab
Zürich

22. Januar 2023

Erstgutachter: Prof. Dr. Francis Cheneval
Zweitgutachter: Simon Franz Ewers

Inhalt

1	Einleitung	4
2	Rechtliche Grundbegriffe	5
2.1	Freiheitsentzug.....	5
2.2	Strafen und Massnahmen.....	7
2.3	Strafvollzug.....	8
2.3.1	Freiheitsstrafe	8
2.3.2	Verwahrungsvollzug.....	9
2.3.3	Massnahmenvollzug	10
3	Ethische Grundbegriffe.....	10
3.1	Freiheit	11
3.1.1	Negative Freiheit	11
3.1.2	Positive Freiheit.....	11
3.1.3	Zwang & Autonomie	12
3.2	Strafe.....	13
3.2.1	Übel & Leid	13
3.2.2	Retributive Straftheorien	13
3.2.3	Präventive Straftheorien	14
3.2.4	Expressive Straftheorien & Vereinigungstheorien.....	14
4	Präventive Strafzwecktheorie	15
4.1	Zweckdenken im Schweizer Strafrecht	15
4.2	Argumente gegen retributive Straftheorien	16
4.3	Beccaria und Bentham	17
4.4	Präventive Zwecke.....	18
4.4.1	Abschreckung	19
4.4.2	Besserung	19

4.4.3	Sicherung	19
4.5	Argumente gegen präventive Straftheorien	19
4.5.1	Zweckrationalität	20
4.5.2	Masslosigkeit	20
4.5.3	Täter*in statt Tat.....	20
4.5.4	Wirksamkeit	21
4.5.5	Praktikabilität	22
5	Argumente gegen den Freiheitsentzug	22
5.1	Das Machtargument	23
5.2	Das Diskriminierungsargument	25
5.3	Das Würdeargument	27
5.4	Das Wirksamkeitsargument.....	28
5.4.1	Abschreckung	28
5.4.2	Besserung	30
5.4.3	Sicherung	32
6	Ethische Forderungen an die Sanktionsform Freiheitsentzug.....	34
6.1	Reform des Freiheitsentzugs als abschreckende Strafe	34
6.2	Sicherung mit Autonomie und Würde zum Zweck der Besserung.....	36
6.3	Gesellschaftlicher Diskurs über Gefährlichkeit.....	38
6.4	Soziale Transformation für die Gerechtigkeit	39
7	Fazit	40
	Literaturverzeichnis	42

1 Einleitung

6'310 Menschen in der Schweiz waren am 31. Januar 2022 inhaftiert (Bundesamt für Statistik, 2022). Ihnen wurde durch eine staatliche Sanktion die Freiheit entzogen. Auf den folgenden Seiten untersuche ich, ob und wie der Freiheitsentzug mit seinen einschneidenden Folgen für das Leben der Betroffenen ethisch gerechtfertigt werden kann. Zwei Aspekte haben mich zu diesem Thema geführt: Erstens scheint der Freiheitsentzug alternativlos zu sein. Es sei die «verabscheuungswürdige Lösung, um die man nicht herunkommt», sagte etwa der französische Philosoph Michel Foucault (1976, S. 296). Was sonst sollen wir mit einem*r Vergewaltiger*in, Pädophilen oder notorischen Gewalttäter*in tun, als diese Person wegzusperren, um sie zu bestrafen und uns zu schützen? Nun stellt aber die angenommene Alternativlosigkeit keinen hinreichenden Grund dar, um Eingriffe in die Grundrechte von Menschen zu legitimieren. Vielmehr birgt diese Unausweichlichkeit meiner Meinung nach eine Gefahr: Dass wir als Gesellschaft sie als Vorwand nutzen, um eine ethisch falsche Praxis zu rechtfertigen. Darin liegt denn auch der zweite ganz persönliche Beweggrund für diese Arbeit. Nämlich darüber nachzudenken, wo die «moralisch blinden Flecken» unserer Zeit liegen – Handlungen, die wir nicht ausreichend hinterfragen und sich eines Tages als moralische Fehler erweisen.

Meine Ausführungen finden entsprechend im Kontext des staatlichen Strafens statt, wobei ich mich auf die ethische Betrachtung des Freiheitsentzugs konzentriere. Es soll somit nicht die Legitimierung staatlicher Strafen im Allgemeinen zur Diskussion stehen, sondern die moralische Rechtfertigung einer bestimmten Sanktionsform. Dabei werde ich der Frage nachgehen, ob freiheitsentziehende Strafen ihre ethische Legitimität aufgrund von Nutzenüberlegungen erlangen können, namentlich aufgrund ihrer abschreckenden, sichernden oder bessernden Wirkung. Diese konsequentialistische Argumentation ist im gegenwärtigen schweizerischen Strafrecht – insbesondere in Bezug auf die Verwahrung, die therapeutischen Massnahmen oder die Terrorbekämpfung – von grosser Bedeutung. Die Fragestellung dieser Arbeit lautet daher: «Ist der Freiheitsentzug eine ethisch legitime staatliche Sanktion, wenn er zu präventiven Zwecken erfolgt?» Damit möchte ich an die genannten Aktualitäten anknüpfen sowie ethische Forderungen an den Umgang mit der Sanktionsform Freiheitsentzug ableiten. Die Ausführungen sollen dadurch einen Beitrag zur Entwicklung des schweizerischen Strafrechts leisten.

Um die Fragestellung beantworten zu können, werde ich zuallererst im folgenden Kapitel die relevanten rechtlichen Grundbegriffe, insbesondere den Untersuchungsgegenstand Freiheitsentzug, empirisch erläutern sowie für diese Arbeit abgrenzen. Danach beginne ich in Kapitel 3 die philosophische Auseinandersetzung mit einer Betrachtung der hier wichtigsten ethischen Grundbegriffe Freiheit und Strafe. In Kapitel 4 zeige ich mittels der präventiven Straftheorie auf, wie der Freiheitsentzug durch Nutzenüberlegungen legitimiert werden kann. Diese Ausgangsposition konfrontiere ich dann in Kapitel 5 mit verschiedenen ethischen Gegenargumenten. Deren Abwägung ermöglicht es mir, in Kapitel 6 ethische Forderungen zu formulieren und in Kapitel 7 die Fragestellung zu beantworten. Dabei gelange ich zum Schluss, dass ausschliesslich Nutzenüberlegungen, welche sich auf die Wahrung der öffentlichen Sicherheit beziehen, den Freiheitsentzug ethisch zu legitimieren vermögen. Dies jedoch nur unter mehreren Voraussetzungen: Einerseits muss der Strafvollzug derart ausgestaltet sein, dass er den auf die Inhaftierten ausgeübten Zwang minimiert und deren Autonomie maximiert. Andererseits muss ein gesellschaftlicher Konsens über die Bedeutung des Begriffs «Gefährlichkeit» vorliegen sowie kriminalitätsfördernden Gesellschaftsstrukturen entgegengewirkt werden.

Zum Schluss dieser Einleitung möchte ich anmerken, dass das hier diskutierte Themenfeld sehr vielschichtig ist und über eine hohe Komplexität verfügt, der ich im Rahmen dieser Arbeit nicht vollumfänglich Genüge leisten kann. Um die Fragestellung trotzdem beantworten zu können, werden einige Aspekte nicht detailliert erörtert oder für die Diskussion ausgeklammert. Während die ethischen Überlegungen einen allgemeingültigen Anspruch haben, beziehen sich die empirischen Ausführungen aus praktikablen Gründen mehrheitlich auf die Schweiz.

2 Rechtliche Grundbegriffe

2.1 Freiheitsentzug

Ich beginne nun damit, den Rahmen für die Diskussion der Fragestellung zu schaffen. Dazu werde ich zuerst den zentralen Begriff erläutern und für meine folgenden ethischen Überlegungen abgrenzen. Denn es muss klar sein, was unter Freiheitsentzug zu verstehen ist, um das moralische Problem benennen zu können.

Gemäss der schweizerischen Bundesverfassung (BV Art. 10 Abs. 2) hat «jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.» Ein Eingriff in dieses Grundrecht muss entsprechend rechtlich legitimiert werden. In Art. 31 Abs. 1 BV wird diesbezüglich definiert, dass die Freiheit «nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden» darf. Bei einem Freiheitsentzug handelt es sich somit um eine gesetzlich reglementierte, staatliche Sanktionsform, welche einer Person das Recht auf Freiheit entzieht (Fink, 2018). Gemäss Benjamin Brägger und Tanja Zangger (2020) können nun sieben Arten des Freiheitsentzugs unterschieden werden, welche in verschiedenen Gesetzen vorgesehen sind:

1. die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft (Art. 75ff. Ausländer- und Integrationsgesetz (*AIG*));
2. die Polizeihaft (Art. 217ff. Strafprozessordnung (*StPO*));
3. die Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 234ff. Strafprozessordnung (*StPO*));
4. der Strafvollzug (Art. 75ff. Strafgesetzbuch (*StGB*));
5. der Verwahrungsvollzug (Art. 64ff. Strafgesetzbuch (*StGB*));
6. der Massnahmenvollzug (Art. 59ff. Strafgesetzbuch (*StGB*));
7. die Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426ff. Zivilgesetzbuch (*ZGB*)).

Alle Arten des Freiheitsentzugs führen zur Inhaftierung der betroffenen Person, durch welche ihr die Bewegungsfreiheit entzogen wird. Sie darf einen Raum, ein Gebäude oder ein Areal nicht verlassen. Dagegen unterscheiden sich die verschiedenen Arten des Freiheitsentzugs hinsichtlich der Voraussetzungen für die Inhaftierung sowie des Haftzwecks (Brägger & Zangger, 2020). Bei Haftformen (Punkte 1 bis 3 der Auflistung) wird eine Person inhaftiert, um beispielsweise eine Ausschaffung vorzubereiten, eine Flucht zu vermeiden oder ein geordnetes Strafverfahren sicherzustellen. Ein richterlicher Schuldspruch ist in der Regel keine Voraussetzung. Gleiches gilt für die Fürsorgerische Unterbringung (Punkt 7 in der Auflistung), welche durch Ärztinnen und Ärzte angeordnet wird (Art. 429 ZGB) und eine Behandlung oder Betreuung bezweckt. Dagegen setzen alle im Strafgesetzbuch geregelten Vollzugsformen (Punkte 4 bis 6 in der Auflistung) einen richterlichen Schuldspruch voraus (die Zwecke werden in Kapitel 4 besprochen). Für meine weiteren Ausführungen werde ich ausschliesslich diese drei Arten (Straf-, Verwahrungs- und Massnahmenvollzug) unter der Sanktionsform Freiheitsentzug subsumieren, weil nur

sie eine rechtliche Schuld voraussetzen und – wie ich gleich erklären werde – aus ethischer Sicht als Strafe zu qualifizieren sind.

2.2 Strafen und Massnahmen

Unter den Begriff Freiheitsentzug fallen somit staatliche Sanktionen, welche das Strafgesetz entweder als Strafen oder Massnahmen kategorisiert. Eine staatliche Strafe ist rechtlich eine Sanktion, die einer Person aufgrund einer Handlung, die gesetzlich verboten ist und dadurch als Straftat gilt, vom Staat auferlegt wird (Dübgen, 2016). Aus einer ethischen Perspektive kann die Strafe als Tadel und Übel verstanden werden (Coninx, 2016). Demgegenüber werden Massnahmen dann ausgesprochen, wenn «eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen» oder «ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert» (StGB Art. 56 Abs. 1). Sie stellen damit aus rechtlicher Perspektive keine Strafe dar und bezwecken nicht die Zufügung eines Übels.

Trotz der rechtlichen Unterscheidung werde ich sowohl freiheitsentziehende Strafen als auch Massnahmen in meine Überlegungen zum Freiheitsentzug einbeziehen. Dazu bedarf es einer Begründung: Strafen und Massnahmen können gleichermassen als Sanktionen in «hoheitlicher, staatlicher Tätigkeit» (Brägger & Zangger, 2020, S. 3) verstanden werden. In beiden Fällen wird einer Person das Recht auf Freiheit entzogen – zwar aus unterschiedlichen Gründen, aber stets mit einem vergleichbaren Übel verbunden, wie Coninx (2016, S. 172) erläutert: «Aus der Perspektive desjenigen, der von der Massnahme betroffen ist, spielt es nämlich keine Rolle, mit welcher Absicht der Staat handelt, sofern das Übel unverändert ist.» Hinzu kommt, dass eine Massnahme aufgrund der Gefährlichkeit einer Person verordnet wird, was ebenfalls als Tadel verstanden werden kann (Coninx, 2016), so dass sowohl Tadel als auch Übel als Bestandteile der Strafe gegeben sind. Nur als Hinweis sei hier auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hingewiesen, welcher zum gleichen Schluss gelangte. Im Fall «M. v. Germany» (EGMR, 2019) äusserte sich der EGMR dahingehend, dass aufgrund der Ähnlichkeiten hinsichtlich Schwere des Eingriffs in die Rechte sowie hinsichtlich der Vollzugsweise von Strafen und Massnahmen eine Verwahrung als Strafe gemäss Art. 7 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelte.

2.3 Strafvollzug

Der Freiheitsentzug ist somit als staatliche Sanktionsform zu verstehen, die einer Person aufgrund einer gesetzeswidrigen Handlung als Strafe auferlegt wird. Die Sanktion wird durchgesetzt und vollzogen, indem die Person in einem Gefängnis oder in einer anderen Einrichtung inhaftiert wird (ich werde nachfolgend einfachheitshalber den Begriff Gefängnis für den Vollzugsort des Freiheitsentzugs verwenden). Es gilt somit zu unterscheiden zwischen dem Freiheitsentzug als Sanktionsform und seiner praktischen Umsetzung, die immer eine Inhaftierung beinhaltet, aber unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Für die ethische Analyse ist diese Unterscheidung von grosser Bedeutung. Ein Beispiel: Nehmen wir an, eine inhaftierte Person wird in einem Gefängnis sexuell misshandelt. Dann liegt das moralische Problem nicht in der Sanktionsform Freiheitsentzug begründet, sondern in der Art und Weise, wie sie vollzogen wurde. Dennoch können die beiden Ebenen nicht völlig losgelöst voneinander betrachtet werden. Meine Überlegungen zur Sanktionsform Freiheitsentzug könnten Forderungen hervorbringen, welche moralischen Gebote es im Vollzug zu berücksichtigen gilt. Zugleich wäre es auch falsch, gewisse Rahmenbedingungen, die ein Freiheitsentzug gemäss aktueller Praxis mit sich bringt, zu ignorieren. Um das moralische Problem benennen zu können, muss auch die konkrete Lebenssituation der inhaftierten Personen geschildert werden.

2.3.1 Freiheitsstrafe

Freiheitsstrafen werden in sogenannten Strafanstalten vollzogen, die auch Justizvollzugsanstalten genannt werden (Brägger & Zangger, 2020). Mit der geläufigen Bezeichnung «Gefängnis» sind in der Regel die geschlossenen Strafanstalten gemeint (Fink, 2018). Geschlossen bedeutet, dass die inhaftierte Person die Einrichtung, welche durch Mauern oder andere physische Barrieren umgeben ist, während der Dauer ihrer Strafe grundsätzlich nicht verlassen darf. Im geschlossenen Vollzug einer Freiheitsstrafe gilt ein striktes Regime: «Die Möglichkeiten, sich innerhalb des Gebäudes zu bewegen, wie auch die Ausgänge sind limitiert, die Tagesabläufe oft zeitlich präzise festgelegt, die Aktivitäten in der freien Zeit vereinbart, registriert und überwacht, die Anwendung von Disziplinarstrafen ist rigide» (Fink, 2018, S. 26). Das Leben der inhaftierten Person ist durch zwingend zu befolgende Regeln bestimmt, wodurch sie «jegliche Verfügungsgewalt über ihre Umwelt» (Fink, 2018, S. 125) verliert. Das Haftregime sei insgesamt von einem

Gewaltverhältnis, von Restriktionen und Einschränkungen geprägt. Zugleich würden viele Einrichtungen versuchen, den Inhaftierten durch Handlungs- und Entscheidungsspielräume eine gewisse Autonomie zu gewähren, indem sie ihnen verschiedene Ausbildungsmöglichkeiten und Freizeitaktivitäten anbieten. Auch bei Besuchen von Angehörigen, bei Brief- oder Telefonkontakten sowie der Internetnutzung seien die Einrichtungen gemäss Fink offener geworden. Die Beziehungen zur Aussenwelt, wozu auch die Gewährung von Intimbisuchen zählt, sind ein wichtiger Bestandteil der individuellen Vollzugsplanung (Brägger & Zangger, 2020), die gemäss Art. 75 StGB den schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken hat.

Zu erwähnen sei an dieser Stelle auch der sogenannt offene Vollzug einer Freiheitsstrafe. Die dafür vorgesehenen Einrichtungen verfügen über geringere Sicherheitsvorkehrungen und die Inhaftierten verlassen während des Tages das Gefängnis, um einer Arbeit nachzugehen (Fink, 2018). So ist denkbar, dass eine inhaftierte Person von einem geschlossenen in einen offenen Vollzug wechselt, um ihre Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu fördern und vorzubereiten. Ebenfalls sei darauf hingewiesen, dass eine Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren bedingt ausgesprochen wird, wenn sie nicht notwendig erscheint, um die Person von weiteren Verbrechen abzuhalten (Brägger & Zangger, 2020). Der bedingte Vollzug stellt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Regel dar. Letztlich ist festzuhalten, dass der Vollzug einer Freiheitsstrafe einen gesetzlichen Wiedereingliederungsauftrag verfolgt (Brägger & Zangger, 2020). Durch einen sogenannt progressiven Stufenvollzug sollen die Inhaftierten schrittweise an das Leben in Freiheit herangeführt werden.

2.3.2 Verwahrungsvollzug

Die Verwahrung wird in der Regel ebenfalls in geschlossenen Strafanstalten oder in einer Massnahmenvollzugseinrichtung mit hohen Sicherheitsvorkehrungen vollzogen (Brägger & Zangger, 2020). Sie stellt eine sogenannt sichernde strafrechtliche Massnahme dar, die den Schutz der Öffentlichkeit vor weiteren schweren Straftaten bezweckt. Sie kann bei Straftaten ausgesprochen werden, die eine schwere Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität einer anderen Person bewirkte oder beabsichtige, beispielsweise Mord, Vergewaltigung oder Brandstiftung (Art. 64 Abs. 1 StGB). Die Verwahrung hat zudem zur Voraussetzung, dass aufgrund der Persönlichkeitsmerkmale oder

einer psychischen Störung des Täters oder der Täterin zu erwarten ist, dass er oder sie weitere Taten begeht. Wenn eine verurteilte Person als nicht therapierbar gilt, kann eine lebenslange Verwahrung verhängt werden. Die Vollzugsbedingungen für die Betroffenen ähneln jenen einer Freiheitsstrafe, wie im vorhergehenden Kapitel dargestellt. Sofern eine behandelbare psychische Störung besteht, wird die Inhaftierung mit therapeutischen Massnahmen ergänzt, welche der Gefährlichkeit der Person entgegenwirken sollen.

2.3.3 Massnahmenvollzug

Die dritte Art des Freiheitsentzugs, welche ich in meine Betrachtungen einbeziehe und wie zuvor erklärt ebenfalls als Strafe verstanden werden kann, ist die stationäre therapeutische Massnahme. Diese Sanktion wird verhängt, wenn eine Straftat in Zusammenhang mit einer schweren psychischen Störung oder Suchtstoffenabhängigkeit des Täters oder der Täterin steht und zu erwarten ist, dass er oder sie weitere Straftaten begehen wird, und es ein Behandlungsbedürfnis oder die öffentliche Sicherheit erfordern (Art. 56 & 59 StGB). Zudem muss eine Aussicht auf Therapierbarkeit bestehen. Im Gegensatz zur Verwahrung werden stationäre therapeutische Massnahmen nicht in Strafanstalten vollzogen, sondern «in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmenvollzugseinrichtung» (Art. 59 Abs. 2 StGB). Dazu existieren Einrichtungen mit unterschiedlich hohem Sicherheitsstandard (Fink, 2018) sowie geschlossene Strafanstalten mit eigenen Abteilungen für therapeutische Massnahmen. Gesetzlich vorgesehen ist ein Freiheitsentzug zwecks Therapie von maximal fünf Jahren, der jeweils um weitere fünf Jahre verlängert werden kann, wenn davon auszugehen ist, dass die Person weitere Straftaten begeht (Art. 59 Abs. 4 StGB). Wie bei den anderen Arten des Freiheitsentzugs dürfen die inhaftierten Personen die Einrichtung nicht verlassen und stehen «unter ständiger Beobachtung» (Fink, 2018, S. 28). Dagegen ist das Vollzugsregime als «therapeutische Wohngemeinschaft organisiert» (Fink, 2018, S. 76).

3 Ethische Grundbegriffe

Im vorangehenden Kapitel habe ich festgelegt, was im Rahmen dieser Arbeit unter Freiheitsentzug zu verstehen ist, und den Vollzug der drei betrachteten Arten des Freiheitsentzugs kurz umrissen. Nun werde ich einige Zeit damit verbringen, die zwei ethischen Grundbegriffe, die im Zusammenhang mit der behandelten Fragestellung von grösster

Relevanz sind, zu erläutern. Damit sollen einerseits begriffliche Festlegungen getroffen, sowie andererseits das moralische Problem, das sich hinsichtlich des Freiheitsentzugs stellt, benannt werden. Ich beschränke mich dabei auf die Begriffe von Freiheit und Strafe.

3.1 Freiheit

Zuerst betrachte ich, was unter der Freiheit zu verstehen ist, welche durch die Inhaftierung entzogen wird. Als Ausgangspunkt blicke ich – basierend auf den Bemerkungen zum Strafvollzug im Kapitel 2.3 – auf die Lebenssituation einer inhaftierten Person, wozu ich nur einige prägende Bedingungen nenne: Sie kann das Gefängnis nicht auf eigenen Wunsch hin verlassen, sondern nur mit Erlaubnis und in der Regel unter Bewachung. Sie verbringt den Grossteil ihrer Zeit im Innern des Gebäudes, das sie nur zu bestimmten Zeiten auf Erlaubnis hin verlassen darf. Sie kann nicht aus freien Stücken Kontakte zu Menschen ausserhalb des Gefängnisses pflegen und keiner bezahlten Arbeit im Arbeitsmarkt nachgehen. Die Einnahme von Mahlzeiten oder die persönliche Körperpflege richten sich nach einem vorgegebenen Zeitplan. Wenn sie den Anweisungen des Personals nicht Folge leistet, kann sie mit Strafen sanktioniert werden. Inwiefern ist sie in der geschilderten Situation unfrei? Um dies zu beantworten, greife ich auf die zwei Freiheitsbegriffe von Isaiah Berlin (2017) zurück. Ich kann diese hier nicht umfassend erklären, aber nachfolgend so weit schildern, dass es für die Analyse der entzogenen Freiheit weiterhilft.

3.1.1 Negative Freiheit

Isaiah Berlin unterscheidet zwischen negativer und positiver Freiheit. Negative Freiheit versteht er darin, frei von Zwang zu sein, von willentlichen Eingriffen in «den Bereich, in dem ich sonst handeln könnte» (Berlin, 1958, S. 75). Frei sein heisst dann, nicht beeinträchtigt zu werden: «Je grösser der Bereich des Nichtbeeinträchtigtseins, desto grösser meine Freiheit» (Berlin, 2017, S. 76).

3.1.2 Positive Freiheit

Im Gegensatz zur negativen Freiheit, die sich nach dem frei sein *von etwas* (Zwang) bestimmt, orientiert sich der positive Begriff daran, frei zu sein *zu etwas*. Berlin bezieht sich dabei auf den Wunsch des Menschen, «sein eigener Herr zu sein» sowie «eine bestimmte

Form von Leben zu führen» (Berlin, 2017, S. 85). Im Zentrum steht somit, eigenständige Entscheidungen über seine Lebensführung fällen zu können. Berlin verbindet die positive Freiheit mit der Frage, von wem oder was die Kontrolle oder Einmischung ausgeht. Man könnte fragen: Handle ich eigenmächtig oder werde ich beherrscht? Während sich die negative Freiheit darin bestimmt, wie weit meine Handlungsspielräume beeinträchtigt sind, blickt die positive Freiheit darauf, wie weit ich selbst die Kontrolle über meine Handlungsspielräume und die damit verbundenen Wünsche und Ziele habe (Schink, 2017, S. 26-27). Die positive Freiheit betont somit den Möglichkeitsraum und die Autonomie der Individuen.

3.1.3 Zwang & Autonomie

Welche Art von Freiheit entzieht nun ein Freiheitsentzug? Es wird aufgrund der geschilderten Situation der betroffenen Person deutlich, dass ihre negative Freiheit nahezu vollständig entzogen ist. Ihr Bereich, in dem sie handeln kann, ist verglichen mit einem Leben in Freiheit deutlich geschmälert. Sie unterliegt in praktisch jedem Bereich ihres Handelns einer Vielzahl von Zwängen. Beeinträchtigt sind ebenso ihre Handlungsmöglichkeiten und damit die positive Freiheit. Während des Freiheitsentzugs können zuvor gefasste Lebenspläne, beispielsweise hinsichtlich Familie, Karriere, oder Freizeitbeschäftigungen, nicht verwirklicht werden. Und selbst wenn das Vollzugsregime dies zulässt, beispielsweise eine Familie zu gründen oder eine berufliche Weiterbildung zu absolvieren, ist dazu eine Erlaubnis notwendig. Ihre Autonomie, verstanden als Selbst-Bestimmung (Baumann, 2021), ist verletzt.

Nun lässt sich das moralische Problem benennen: Personen, denen die Freiheit entzogen wird, erfahren maximalen Zwang und verfügen über minimale Autonomie. In der schweizerischen Bundesverfassung (Art. 10 Abs. 2 BV) ist explizit das persönliche Recht auf Bewegungsfreiheit festgehalten, welches durch das Gesetz entzogen werden kann. Aus ethischer Perspektive scheinen mir der daraus resultierende Zwang, der auf die betroffenen Personen ausgeübt wird, sowie die Verletzung ihrer Autonomie das eigentliche moralische Übel dieser Sanktionsform zu bilden. Dieses zugefügte Übel gilt es, wie gleich gezeigt wird, ethisch zu rechtfertigen.

3.2 Strafe

3.2.1 Übel & Leid

In Kapitel 2.2 habe ich die Strafe als rechtlichen Begriff beschrieben sowie zur Abgrenzung bereits als ethischen Begriff eingeführt. Dies gilt es nun zu vertiefen. Die Strafe besteht aus einem Tadel und einem Übel (Coninx, 2016). Eine Person wird durch den Schuldspruch getadelt. Sie hat ein unerwünschtes Unrecht begangen und erfährt dafür eine Missbilligung. Der Tadel stellt somit einen kommunikativen Akt dar und beruft sich dabei auf die moralische und rechtliche Verantwortung der Person für die begangene Tat (Spycher, 2013). Damit er seine Funktion erfüllen kann, wird er «mit einem Strafübel gekoppelt» (Coninx, 2016, S. 158). Das Übel ist getrennt von der blossen Wiedergutmachung oder einem Schadenersatz zu verstehen. Wenn ich jemanden physisch verletze, schulde ich ihm zivilrechtlich sowie moralisch eine Leistung, welche den verursachten Schaden ausgleicht. Die Strafe ersetzt diese Wiedergutmachung nicht, sondern fügt ein zusätzliches Übel zu. Es wird absichtlich und unter der Annahme zugefügt, dass es als unerwünscht empfunden wird (Spycher, 2013). Das Übel soll bei dem*der Täter*in ein Leiden verursachen. Oder wie es Nils Christie (1980/81, S. 1) zum Ausdruck bringt: «Strafen (...) heisst Leiden zuzufügen, und zwar beabsichtigte Leiden.» Darin bestehe das Wesen der Strafe, das mit Werten wie Menschlichkeit oder Nachsicht in Konflikt stehe.

Somit lässt sich festhalten: Der Staat fügt Personen, die das Gesetz brechen, absichtlich ein Übel zu, das die Betroffenen leiden lässt. Dieses Strafübel stellt für den*die Täter*in und für die Allgemeinheit eine Belastung dar und muss deshalb gerechtfertigt werden (Coninx, 2016).

Die Rechtfertigung oder Legitimierung des staatlichen Strafens findet seit Jahrhunderten unter dem Begriff der Strafzweckdiskussion statt. Dabei haben sich zwei primäre Argumentationslinien gebildet, welche ich nachfolgend erörtere. Die jeweiligen Stärken und Schwächen werde ich erst im folgenden Kapitel 4 diskutieren.

3.2.2 Retributive Straftheorien

Retributive Straftheorien legitimieren die staatliche Strafe mit der Tat selbst. Personen, die eine strafbare Handlung begangen haben, müssen zwecks gerechter Vergeltung

bestraft werden (Coninx, 2016). Es ist moralisch richtig, respektive sogar gefordert, eine Straftat mit einer Strafe zu vergelten. Umgekehrt ausgedrückt: Würde auf eine Straftat keine Strafe folgen, wäre dies moralisch falsch. Die Strafe ist dabei gerecht, wenn sie proportional zum verübten Verbrechen ist. Retributive Straftheorien streben entsprechend nach ausgleichender Gerechtigkeit (Hoerster, 2012). Die Auswirkungen der Strafe hinsichtlich der Zukunft spielen dabei aus moralischer Sicht keine Rolle. Die Strafe wird ausschliesslich retrospektiv, aufgrund der begangenen Straftat, legitimiert. Retributives Strafen bezweckt demnach «Schuldausgleich und Vergeltung» (Heinz, 2016, S. 7).

3.2.3 Präventive Straftheorien

Vertreter*innen der präventiven Position legitimieren die Strafe nicht aufgrund einer moralisch erforderlichen Vergeltung, sondern aufgrund des Nutzens, den die Strafe erbringt (Dübgen, 2016). Dieser Nutzen besteht dabei in erster Linie in der «Verhinderung von künftigen Verbrechen» (Coninx, 2016, S. 162). Somit nimmt diese Position eine zukunftsgerichtete Perspektive ein. Die Strafe mit ihrem zugefügten Übel ist gerecht, weil durch sie weiteres Übel verhindert wird (Hoerster, 2012), und hat dadurch «nützliche Auswirkungen auf die Gesellschaft» (Spycher, 2013, S. 147). Denn eine Strafe ohne Präventionswirkung sei so sinnlos wie eine Operation ohne jede Heilungschance (Hoerster, 2012). Somit ist die Strafe moralisch gerechtfertigt und auch notwendig, weil durch sie weniger Verbrechen begangen und weniger Leiden verursacht werden.

Mit Blick auf die ethischen Theorien kann die präventive Position eindeutig dem Konsequentialismus zugeordnet werden, welcher Handlungen aufgrund ihrer Folgen moralisch bewertet. Es überrascht daher nicht, dass sich prominente Philosophen der utilitaristischen Schule für diese Art der Straflegitimierung ausgesprochen haben. So sah Thomas Hobbes den Zweck der Strafe darin, «den menschlichen Willen zum Gehorsam zu verleiten» (Hobbes, 1936, S. 154). Weiter zu nennen sind Cesare Beccaria und Jeremy Bentham, auf deren Gedanken ich im Kapitel 4.3 näher eingehe.

3.2.4 Expressive Straftheorien & Vereinigungstheorien

Die retributiven und präventiven Straftheorien sind die meist diskutierten und prominentesten Argumentationslinien im Rahmen der Strafzweckdiskussion. Eine dritte Position nehmen die expressiven Straftheorien ein, auf welche hier der Vollständigkeit halber kurz

eingegangen wird. Sie sehen in der Strafe einen Teil eines kommunikativen Prozesses, der auf eine Tat zwischen Täter*in, Opfer und der Gesellschaft folgt, sowie als Teil der Verständigung über Kriminalität innerhalb einer Gemeinschaft (Coninx, 2016). Im Zentrum der Legitimierung steht somit nicht das zugefügte Übel, sondern der ausgesprochene Tadel. Die Strafe bringt zum Ausdruck, dass das Verhalten einer Person von der Gesellschaft nicht gewünscht wird.

Schliesslich gilt es noch die Vereinigungstheorien zu erwähnen. Diese Positionen versuchen Vergeltung und Prävention bei der Strafrechtfertigung zu verbinden (Coninx, 2016). So kann beispielsweise die Position vertreten werden, dass retrospektive und prospektive Gründe nur gemeinsam die staatliche Strafe zu legitimieren vermögen (Spycher, 2013). Oder es kann argumentiert werden, dass staatliche Strafen an und für sich mit Vergeltung, die spezifischen Sanktionsformen dagegen aus einer Nutzenperspektive zu legitimieren sind.

4 Präventive Strafzwecktheorie

4.1 Zweckdenken im Schweizer Strafrecht

Nachdem ich den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit, den Freiheitsentzug, definiert sowie das moralische Problem benannt habe, kann ich mich der Beantwortung der Fragestellung zuwenden. Wie in der Einleitung angekündigt steht dabei im Vordergrund, ob der Freiheitsentzug durch Nutzenüberlegungen legitimiert werden kann, so wie es die präventiven Straftheorien vertreten. Ich setze diesen Fokus nicht ohne Grund, denn tatsächlich nimmt diese argumentative Position im schweizerischen Strafrecht eine gewichtige Rolle ein. Gemäss der Rechtswissenschaftlerin Anna Coninx (2016, S. 158) ist in der Schweiz «eine spezialpräventiv orientierte Vereinigungstheorie vorherrschend». Bestraft werde, was «notwendig erscheint, um den Täter von weiteren Taten abzuhalten» (Coninx, 2016, S. 178). Das Strafrecht diene «in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung», wie das Bundesgericht in BGE 134 IV 1 festhielt. Auch die Sanktionsform Freiheitsentzug wird mit ihrem präventiven Nutzen gerechtfertigt, wie beispielsweise durch den schweizerischen Bundesrat im Jahr 2012. Zur Wiedereinführung von kurzen Freiheitsstrafen äusserte er sich wie folgt: «Kurze Freiheitsstrafen vermögen gewisse Täter besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten als Geldstrafen. In

Kombination mit ambulanten Massnahmen vermögen kurze Freiheitsstrafen gerade bei Wiederholungstätern einen gewissen Druck zu erzeugen, die Massnahme erfolgreich durchzuführen. Kurze Freiheitsstrafen können somit eine negative Entwicklung unterbrechen und Anlass geben zu einer Neuorientierung» (Schweizerischer Bundesrat, 2012, BBl 2012 4721). Weitere Hinweise, die auf eine präventive Straftheorie schliessen lassen, finden sich auch im schweizerischen Strafgesetzbuch. Art. 86 StGB hält fest, dass Personen, die eine Freiheitsstrafe verbüssen, nach der Dauer von zwei Dritteln ihrer Strafe entlassen werden, wenn es ihr Verhalten rechtfertigt und «nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen». Diese Regelung lässt sich meines Erachtens nur rechtfertigen, wenn der Strafe eine präventive Legitimierung zu Grunde liegt. Denn im Rahmen einer Vergeltungstheorie bestünde eine gerechte Strafe beispielsweise in einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und eine vorzeitige Entlassung schiene ungerecht. Gar ausschliesslich aufgrund ihres Nutzens werden die strafrechtlichen Massnahmen legitimiert. Zur Erinnerung: Sie werden gemäss Strafgesetzbuch dann ausgesprochen, wenn «eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen» oder «ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert» (StGB Art. 56 Abs. 1).

Die Sanktionsform Freiheitsentzug wird somit vorrangig aufgrund ihres Nutzens, respektive ihrer präventiven Wirkung gerechtfertigt. Die Legitimität dieser Argumentation steht in meiner Arbeit zur Diskussion. Ist es aus ethischer Sicht legitim, wenn der Bundesrat den Freiheitsentzug aufgrund seiner abschreckenden Wirkung auf die Täter*innen rechtfertigt? Und ist es moralisch richtig, die Täter*innen zu verwahren, weil es die öffentliche Sicherheit erfordert? Ich frage also nicht, ob man staatliche Strafen im Allgemeinen sowie den Freiheitsentzug als Sanktionsform besser retributiv oder präventiv zu begründen vermag. Und auch nicht, ob der Freiheitsentzug ganz allgemein eine gerechte Strafe darstellt. Ich untersuche konkret, ob die Sanktionsform Freiheitsentzug aus ethischer Sicht mit ihrem präventiven Nutzen legitimiert werden kann. Dazu gilt es im nächsten Schritt, die präventive Straftheorie genauer zu betrachten.

4.2 Argumente gegen retributive Straftheorien

Ich beginne die Schilderung der präventiven Straftheorie mit den Schwächen, respektive ethischen Unzulänglichkeiten der Gegenposition, der retributiven Straftheorie. Wie

bereits erwähnt, berufen sich retributive Straftheorien auf die ausgleichende Gerechtigkeit. Dagegen lässt sich nun anführen, dass es «empirisch nicht fassbar» (Coninx, 2016, S. 161) sei, wie Strafe zu Gerechtigkeit führen kann. Ebenfalls sei die Zufügung eines Übels (Strafe) als Reaktion auf die Zufügung eines Übels (Verbrechen) nicht in der Lage, Gerechtigkeit wiederherzustellen. Aus ethischer Sicht müssten die Vertreter*innen der retributiven Straftheorie ein «objektiv geltendes moralisches Prinzip» (Hoerster, 2012, S. 28) nachweisen, dass auf jede Normverletzung eine Strafe folgen muss, ohne sich dabei auf rationale Nutzenerwägungen zu beziehen. Doch ohne Bezug auf Nutzenerwägungen würden die retributiven Straftheorien Gefahr laufen, in einen moralischen Rigorismus zu verfallen, der die praktische Vernunft vernachlässigt und zu einer übertriebenen Härte führt. Sind es nicht gerade moralische Überlegungen, die verlangen, dass die Zufügung von Übel nur dann richtig ist, wenn daraus ein Nutzen für Einzelne oder die Gesellschaft resultiert? Oder wie bereits Platon in seinem Werk Protagoras schrieb (zitiert nach Coninx, 2016, S.162): «Wer aber mit Vernunft sich vornimmt, einen zu strafen, der bestraft nicht um des begangenen Unrechts willen, denn er kann ja doch das Geschehene nicht ungeschehen machen.» An diese Worte und Überlegungen knüpfen nun die präventiven Straftheorien an.

4.3 Beccaria und Bentham

Ein Denker, der die präventive Straftheorie massgeblich geprägt hat, war der italienische Rechtsphilosoph Cesare Beccaria. Im Jahr 1764 veröffentlichte er den Text «Von den Verbrechen und von den Strafen», mit dem er «die repressive, willkürliche und grausame Kriminaljustiz seiner Zeit ins Visier nahm» (Dübgen, 2016, S. 17). In seinem Werk bezog er sich unter anderem auf die Vertragstheorien von Jean-Jacques Rousseau und Thomas Hobbes, und leitete aus ihnen ab, dass der Staat Strafen muss, um das Funktionieren einer Gesellschaft sowie die Freiheit der Individuen zu gewährleisten.

«The end of punishment (...) is no other than to prevent the criminal from doing further injury to society, and to prevent others from committing the like offense. (...) that the sovereign's right to punish crime is founded, that is, upon the necessity of defending the public liberty. (...) that the state is under an obligation to punish crimes.» (Beccaria, C., zitiert nach De Pauley, W. C., 1925, S. 406/410).

Das Gesetz muss sich nach der utilitaristischen Maxime «das grösste Glück verteilt auf die grösste Zahl» (Dübgen, 2016, S. 19) daran ausrichten, was für die Gesellschaft nützlich ist. Die Strafe dient nun gemäss Beccaria dazu, die menschlichen Leidenschaften so zu bändigen, dass sie für andere Menschen keine Gefahr darstellen. Sie soll einzelne sowie die ganze Gesellschaft von Straftaten abhalten. Beccarias Straftheorie ist somit stark vom Zweck der Abschreckung geprägt. Jede Strafe, die nicht der Abschreckung dient, bezeichnete er als tyrannisch (Dübgen, 2016). Zu erwähnen gilt es zudem, dass Beccaria ebenso die Bildung als Voraussetzung für die Verbrechenverhütung betonte (Dübgen, 2016). So sei die Strafe nicht das einzige Mittel, um gesetzestreue Bürger*innen zu bewirken. Beccarias Fokus galt somit nicht einzig dem Strafrecht, sondern einer sozialwissenschaftlichen Betrachtung von Verbrechen.

Der englische Philosoph Jeremy Bentham, dessen Denken ebenso wie jenes von Beccaria stark von der Aufklärung geprägt war, führte ab 1789 in seinen Schriften die Überlegungen von Beccaria fort. Er reduzierte die Argumentation darauf, dass Moral und damit auch der Zweck der Politik darin besteht, Empfindungen der Lust zu maximieren und Empfindungen des Schmerzes zu minimieren (Dübgen, 2016). Das Strafrecht habe sich an dieser Maxime zu orientieren. Als Verbrechen sind nun solche Handlungen zu verstehen, welche mehr Schmerz als Lust zum Ergebnis haben. Die Strafe dient dazu, solche Handlungen zu verhindern. Dabei darf die Strafe «nicht mehr Übel produzieren, als durch dasjenige geschehen ist, worauf sie reagiert» (Dübgen, 2016, S. 29). Zugleich darf die Strafe nicht zu mild sein und muss öffentlich ein Exempel statuieren, damit sie ihre Wirkung erzielen kann. Auch Benthams Fokus gilt somit der Abschreckung. Er integrierte in seine Straftheorie auch die Idee der Besserung (Dübgen, 2016). Die Strafe solle dem Motiv der Tat entgegenwirken, beispielsweise indem einem*r Dieb*in durch Zwangsarbeit die Faulheit ausgetrieben wird.

4.4 Präventive Zwecke

Anschliessend an die vorangehenden Ausführungen wende ich mich nun den verschiedenen Zwecken zu, mit welchen Strafen präventiv legitimiert werden. Dabei beziehe ich mich auf die drei Strafzwecke Abschreckung, Besserung und Sicherung, wie sie vom deutschen Kriminalwissenschaftler Franz von Liszt benannt wurden (Liszt, 1905).

4.4.1 Abschreckung

Beim Strafzweck der Abschreckung gilt es zwischen zwei unterschiedlichen Adressaten zu unterscheiden. Einerseits sollen die Gesellschaftsmitglieder durch die Strafandrohung (Hoerster, 2012) von der Begehung von Verbrechen abgehalten werden. Dies wird als negative Generalprävention bezeichnet. Den Bürgerinnen und Bürgern wird dabei ein «furchteinflössendes Übel angedroht» (Spycher, 2013, S. 151). Der zweite Adressat sind andererseits die Verbrecher*innen. Durch die Strafe sollen sie von weiteren Straftaten abgeschreckt werden. Dies wird als Spezialprävention bezeichnet.

4.4.2 Besserung

Einen weiteren Strafzweck, der ebenfalls der Spezialprävention zuzuordnen ist, bildet die Besserung (oft auch Resozialisierung genannt). Die Strafe verfolgt dann das Ziel, eine*n Täter*in so zu beeinflussen, dass er oder sie keine Straftaten mehr begeht und dadurch ein rechtskonformes Leben führen wird (Spycher, 2013). Als Sanktionsform genannt seien hier die im Strafgesetz vorgesehenen therapeutischen Massnahmen, die bei Personen mit psychischen Störungen oder Suchtproblemen ausgesprochen werden können. Auch in Zusammenhang mit Freiheitsstrafen ist der Besserungszweck relevant. Das Strafgesetzbuch hält fest: «Der Strafvollzug hat das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben» (Art. 56 Abs. 1 StGB).

4.4.3 Sicherung

Der dritte präventive Strafzweck besteht in der Sicherung: Eine Person soll durch die Einschränkung des Handlungsspielraums an der Begehung weiterer Straftaten gehindert werden (Coninx, 2016). Sie wird «zu Verbrechen unfähig gemacht» (Hoerster, 2012, S. 54). Während auch Geldstrafen eine abschreckende Wirkung haben können, kommt dem Freiheitsentzug hinsichtlich der Sicherung ein hoher Stellenwert zu. Durch die Inhaftierung soll es einer Person verunmöglicht werden, ein Verbrechen zu begehen. Der präventive Strafzweck der Sicherung dient somit der öffentlichen Sicherheit, indem die Bevölkerung vor gefährlichen Personen geschützt wird.

4.5 Argumente gegen präventive Straftheorien

Nun wende ich mich einigen wichtigen Kritikpunkten zu, welchen sich die präventiven Straftheorien stellen müssen.

4.5.1 Zweckrationalität

Der erste Vorwurf bezieht sich auf ein ethisches Begründungsdefizit. Präventive Straftheorien legitimieren die Strafe mit der Nützlichkeit, aber können nicht die «wertrationale Vertretbarkeit» (Spycher, 2013, S. 148) begründen. Anders ausgedrückt: Der bloss zweckrationale Nutzen einer Handlung ist nicht ausreichend, um sie als moralisch richtig zu qualifizieren. Die Legitimierung von staatlichen Strafen einzig durch ihren präventiven Nutzen reicht nicht aus, um beispielsweise die Verletzung von Grund- oder Menschenrechten zu rechtfertigen. Würde die Folter die grösste präventive Wirkung erzielen, schiene diese Sanktionsform deshalb trotzdem nicht legitim.

4.5.2 Masslosigkeit

Ein weiteres Defizit stellt dar, dass präventive Straftheorien die Tendenz haben, die Täter*innen übermässig zu bestrafen (Coninx, 2016). Konsequenterweise müssten die Strafen so streng sein, dass schliesslich keine Verbrechen mehr begangen werden. Während das retributive Strafprinzip Grenzen hinsichtlich der Strafhärte sowie -formen setzt (nämlich dass die Strafe verhältnismässig zur Tat sein muss), könnte man den präventiven Nutzen als Rechtfertigung für jegliches Strafmass beiziehen. «Prävention um jeden Preis scheint kein ethisch vertretbares Prinzip zu sein» (Hoerster, 2012, S. 71).

In diesem Zusammenhang zu nennen ist auch der Vorwurf der Instrumentalisierung. Der generalpräventive Zweck, der die Abschreckung der Gesellschaft zum Ziel hat, fügt Personen ein Übel zu, um andere von Straftaten abzuhalten (Spycher, 2013). Dies könnte moralisch als ungerechte Instrumentalisierung der Person eingestuft werden. In den Worten von John Stuart Mill (1976/2006, S. 167): «ihn ohne seine Einwilligung dem Nutzen anderer zu opfern.»

4.5.3 Täter*in statt Tat

Die spezialpräventiven Strafzwecke (Abschreckung der Täter*innen, Besserung sowie Sicherung) orientieren sich bei der Bestrafung an der Gefährlichkeit der Person, nicht an der Art und Schwere der Tat (Hoerster, 2012). Dies bringt gleich mehrere Probleme mit sich. Zum einen bezieht sich die Gefährlichkeit auf die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person weitere Straftaten begehen wird. Entsprechend muss eine Prognose von Expertinnen und Experten diesbezüglich abgegeben werden. Wie genau diese Wahrscheinlichkeit

berechnet werden kann, scheint zumindest fragwürdig. Insbesondere bei Personen, die erstmals eine Straftat begehen, ist eine verlässliche Aussage über das zukünftige Verhalten schwierig (Spycher, 2013). Eine falsche Prognose würde dann zu einer zu leichten Strafe führen, wodurch die Gesellschaft nicht ausreichend geschützt wird, oder zu einer zu harten Strafe, wodurch der*die Täter*in ungerechterweise zu stark belastet würde.

Zum anderen bedeutet die Orientierung an der Gefährlichkeit von Täterinnen und Tätern, dass zwei Personen für die gleiche Tat unterschiedlich hart bestraft werden könnten (Hoerster, 2012; Coninx, 2016). Eine Person würde beispielsweise aufgrund der Gefährlichkeit mit einer therapeutischen Massnahme belegt, die andere Person aufgrund fehlender Gefährlichkeit nur mit einer Geldstrafe. Dies scheint intuitiv ungerecht.

Die Orientierung an dem*der Täter*in statt an der Tat birgt ausserdem die Gefahr, dass man Strafen auch ohne eine gesetzeswidrige Handlung rechtfertigen könnte (Hoerster, 2012). Denn konsequenterweise müsste man Personen, die nachweislich eine Gefahr für die Bevölkerung darstellen, aber kein Verbrechen begangen haben, trotzdem sichern oder bessern. Schliesslich hätten diese Strafen eine präventive Wirkung. Damit würde aber ein Grundprinzip des Strafrechts aufgehoben, nämlich dass Strafen stets eine vorausgehende Straftat bedingen (Spycher, 2013).

4.5.4 Wirksamkeit

Ein Schwachpunkt der präventiven Straftheorie ist ihre empirische Angreifbarkeit. Wenn nachgewiesen werden kann, dass Strafen keine abschreckende, sichernde oder bessernde Wirkung haben, verliert die Legitimation ihre Grundlage. Tatsächlich mangelt es an verlässlichen Daten, welche den präventiven Nutzen von Strafen statistisch beweisen können (Coninx, 2016; Spycher, 2013). Vertreter*innen von präventiven Straftheorien könnten dagegen ins Feld führen, dass andere oder härtere Strafen einzuführen sind. Dabei läuft die Argumentation wiederum Gefahr, masslose Strafen zu verhängen. Wiederum ist es plausibel anzunehmen, dass in einer Gesellschaft, die komplett auf Strafen verzichtet, mehr Verbrechen begangen würden als in einer Gesellschaft mit Strafen (Hoerster, 2012). Entsprechend scheinen Strafen nur schon aufgrund ihrer Existenz zu einer Verminderung von Straftaten beizutragen und zumindest eine generalpräventive Wirkung zu erzielen. Dennoch ist von einer Straftheorie zu erwarten, dass sie nicht nur theoretisch einwandfrei ist, sondern auch praktische Anwendbarkeit finden kann (Spycher, 2013).

4.5.5 Praktikabilität

Zu hinterfragen gilt es schliesslich auch, ob das Nutzenkalkül, von welchem präventive Theorien hinsichtlich der Täter*innen ausgehen, praktisch anwendbar ist. Sie nehmen an, dass eine Person vor der Begehung einer Straftat den Nutzen der Handlung mit dem möglichen Übel einer Strafe abwägt. Dabei scheinen aber die Motive für unser soziales Verhalten vielfältiger zu sein und nicht darauf reduzierbar, dass einzig angedrohte Strafen von Straftaten abhalten. Vor zahlreichen Verbrechen dürften rationale Nutzenerwägungen eine untergeordnete Rolle spielen (Spycher, 2013). Umgekehrt gilt auch: Gesetzestreu Verhalten ist nicht einzig auf die Vermeidung einer Strafe zurückzuführen. Nach Norbert Hoerster könnte es in einer moralischen Überzeugung von Rechtstreue begründet sein: «Und die Personen, die tatsächlich keine Vergewaltigung begehen, würden auch ohne Strafandrohung keine Vergewaltigung begehen» (Hoerster, 2012, S. 69-70). Die Theorie läuft dadurch Gefahr, nur gegenüber jenen zu funktionieren, die sie gar nicht benötigen. Nicht aber gegenüber jenen, die sie eigentlich bräuchten, bei denen aber angeandrohte Strafen keine präventive Wirkung zeigen (Mathiesen, 1989).

5 Argumente gegen den Freiheitsentzug

Die zuvor dargestellten Argumente richten sich gegen die Legitimierung von staatlichen Strafen durch Nutzenüberlegungen. Nun werde ich Positionen einbringen, welche nicht die präventive Straftheorie im Allgemeinen kritisieren, sondern die Sanktionsform Freiheitsentzug im Speziellen. Denn selbst wenn man zum Schluss gelangt, dass staatliche Strafen aufgrund ihrer präventiven Wirkung gerechtfertigt sind, legitimiert dies noch nicht jede Art von Strafe. Beispielsweise könnte die Todesstrafe trotz eines nachgewiesenen Nutzens als moralisch falsch beurteilt werden. Was also spricht konkret gegen den Freiheitsentzug als ethisch legitime Sanktion, wenn er zu präventiven Zwecken erfolgt?

Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, habe ich die kritischen Positionen von verschiedenen Autorinnen und Autoren strukturiert und zu vier Argumentationslinien zusammengefasst. Ich werde diese erörtern und ihre Relevanz sowie Gültigkeit in Bezug auf die Fragestellung dieser Arbeit diskutieren.

5.1 Das Machtargument

Ich beginne mit einigen Ausführungen aus dem einflussreichen und berühmten Werk «Überwachen und Strafen» von Michel Foucault (1976). Er beschreibt in seinem Buch den Übergang von den bis ins 18. Jahrhundert praktizierten Körperstrafen hin zu strafrechtlichen Reformbewegungen während der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert, welche stark von der französischen Aufklärung und ihrer Betonung der Freiheitsrechte geprägt war. Zu dieser Zeit setzte sich das Gefängnis als vorherrschende Strafform durch (Dübgen, 2016) und leitete als «Strafe der zivilisierten Gesellschaften» (Rossi, P., zitiert nach Foucault, 1976, S. 296) die Strafpraktiken der Gegenwart ein. Foucault setzt dabei das Gefängnis in den Kontext von Machtbeziehungen, die in einer Gesellschaft zwischen der Autorität und der Bevölkerung herrschen. Er führt aus, dass die martialischen Strafen der Vergangenheit den Machthabenden dazu dienten, ihrer Herrschaft Ausdruck zu verleihen und sie zu manifestieren. Auch das Gefängnis diene nun heutzutage den Herrschenden dazu, Macht und Interessen durchzusetzen. Konkret: Das Gefängnis sei eine Apparatur «des Gefügig- und Nützlich-Machens der Individuen» (Foucault, 1976, S. 295). Deshalb habe der Zweck des Gefängnisses schon immer in der Besserung bestanden. Eine Inhaftierung sei nie aufgrund von Schuld oder einer «Verletzung eines allgemeinen Interesses» (Foucault, 1976, S. 387) erfolgt, sondern aufgrund von «Abweichungen und Anomalie». Das Gefängnis diene nun den Herrschenden dazu, diese «Abweichler» in «Normalisierungsanlagen» (Foucault, 1976, S. 395) umzuformen und für die eigenen Zwecke nutzbar zu machen. Mit einer Humanisierung des Strafrechts (im Vergleich zu den Körperstrafen der Vergangenheit) habe dies nichts zu tun.

Was Foucault meines Erachtens zum Ausdruck bringt: Zwar verfolge der Freiheitsentzug durchaus einen Präventionszweck, nämlich Täter*innen zu bessern und dadurch künftige Verbrechen zu vermeiden. Doch das Motiv dahinter bestehe nicht darin, die Gesellschaft zu schützen oder gar im Interesse der Täter*innen zu handeln, sondern in der Sicherstellung oder Durchsetzung von Interessen der Machthabenden. Sie nutzen das Gefängnis als Instrument, um die Bürger*innen, welche eine Gefahr für sie darstellen, zu kontrollieren und zu zwingen, ihr Verhalten in Einklang mit ihren Interessen zu bringen. Der Freiheitsentzug würde dadurch zu einem zweckrationalen Disziplinierungs- und Machtinstrument und seine ethische Legitimität wohl verlieren.

Foucault konkretisiert diese Position. Durch den Freiheitsentzug und der damit einhergehenden Disziplinierung können industrialisierte Staaten arme Teile der Bevölkerung, die aufgrund ihrer Situation mit dem Gesetz und den Interessen des Staats in Konflikt geraten, zu arbeitswilligen und nützlichen Bürgerinnen und Bürgern innerhalb einer kapitalistischen Ökonomie umformen (Dübgen, 2016). Der norwegische Soziologe Thomas Mathiesen spricht dabei von einer «Säuberungsfunktion» (Mathiesen, 1989, S. 157): Die Mitglieder einer Gesellschaft, welche sich als unproduktiv erweisen, müssen aufgrund ihrer Ineffektivität ausgesondert werden, um das Funktionieren des Systems zu gewährleisten. Beispielsweise würde man betagte Menschen in Altersheimen unterbringen, psychisch Kranke in Anstalten, Drogenabhängige in Entzugskliniken und eben Verbrecher*innen in Gefängnissen. Wer von der Norm, die einer Gesellschaft zu Nutzen ist, abweicht, wird entweder unter Zwang normalisiert oder weggesperrt.

Somit fasse ich das Machtargument wie folgt zusammen: Der Freiheitsentzug dient den machthabenden Teilen der Gesellschaft als Instrument zur Durchsetzung ihrer Interessen. Durch den Freiheitsentzug werden Menschen, die nicht den geforderten Normen entsprechen, gezwungen, sich anzupassen. Bis dies geschieht oder gelingt, werden diese Menschen aus der Gesellschaft ausgeschlossen.

Gelingt es nun dieser Argumentation, die Legitimierung des Freiheitsentzugs durch präventive Zwecke zu entkräften? Tatsächlich wäre es höchst ungerecht, wenn einer Person das Übel eines Freiheitsentzugs auferlegt wird, nur weil sie von einer bestimmten Norm abweicht und gewissen Interessen entgegensteht, aber niemandem einen Schaden zugefügt hat. Es würde sich insbesondere um einen ethisch ungerechtfertigten Eingriff in die positive Freiheit, das Leben selbstbestimmt aufgrund eigener Werte und Ziele zu gestalten, handeln. Wenn der Freiheitsentzug dazu dient, Menschen zu einem produktiven Beitrag an die Gesellschaft zu zwingen, hat er keine Legitimität. Denn dadurch würde er keine Verbrechen und damit keine Übel verhindern, sondern ungerechtfertigterweise die Autonomie von Menschen verletzen. Somit gelange ich zum Schluss: Das Machtargument trifft zu, wenn tatsächlich Handlungen durch Freiheitsentzug bestraft werden, welche Ausdruck einer normabweichenden, frei gewählten individuellen Lebensführung sind, nicht aber eine Schädigung anderer Mitglieder der Gesellschaft darstellen. Dann

wäre der Freiheitsentzug Ausdruck einer despotischen Gesellschaft, welche die Autonomie ihrer Mitglieder in ungerechter Weise verletzt.

Aufgrund des Machtarguments muss die strafrechtliche Praxis dahingehend untersucht werden, ob tatsächlich Handlungen mit einem Freiheitsentzug bestraft werden, die nur Ausdruck einer individuellen Lebensführung sind. Nun fallen beispielsweise Mord, schwere Körperverletzung, Vergewaltigung oder Diebstahl sicherlich nicht in diese Kategorie. Wie verhält es sich dagegen – ich greife hier bewusst zu Zwecken der Diskussion ein Beispiel auf – mit der mehrfachen Ehe, welche gemäss Art. 215 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden kann? Sollte es mir nicht freigestellt sein, so viele (einvernehmliche) Ehen einzugehen, wie es meiner individuellen Lebensführung entspricht? Ich verstosse dadurch gegen eine Norm, aber schädige allenfalls niemanden. Könnte man auch die Herstellung von Betäubungsmitteln (Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren; Art. 19 Abs. 1 BetmG) als Teil einer individuellen Lebensführung verstehen? Hier scheint die nachgewiesene schädliche Wirkung von Drogen dagegen zu sprechen.

Zusammenfassend erachte ich das Machtargument als dahingehend korrekt, dass es der Legitimität des Freiheitsentzugs Grenzen setzt hinsichtlich Taten, welche mit dieser Strafform bestraft werden dürfen. Der Sanktionsform an und für sich entzieht es aber nicht die Rechtfertigung.

5.2 Das Diskriminierungsargument

Nun wende ich mich den Argumenten von Angela Y. Davis zu. Die US-amerikanische Philosophin äusserte sich in mehreren Werken zu Ungerechtigkeiten im Rahmen des Freiheitsentzugs. Sie bezeichnet Gefängnisse als «rassistische Institutionen» (Davis, 2003, S. 25). Davis stellt fest, dass die überwiegende Mehrheit der Gefängnisinsassen in den USA «People of Color» sind. Eine grosse Anzahl dieser Menschen sei aufgrund ihrer Herkunft inhaftiert: «They are sent to prison, not so much because of the crimes they may have indeed committed, but largely because their communities have been criminalized» (Davis, 2003, S. 113). Sie begründet ihre Aussage mit zwei Thesen. Erstens: In Gemeinschaften mit einem hohen Anteil an Menschen, die einer ethnischen Minderheit angehören, herrsche eine stärkere Polizeiüberwachung als an Orten, die mehrheitlich von «weissen» Menschen bewohnt werden (Davis, 2005). Die erhöhte Überwachung führe

automatisch zu mehr festgestellten Verbrechen und damit Verurteilungen. Zweitens: Die von ethnischen Minderheiten begangenen Verbrechen sind Ausdruck von sozialen Problemen. Durch die Inhaftierung werde versucht, die Auswirkungen dieser sozialen Probleme verschwinden zu lassen: «According to this logic the prison becomes a way of disappearing people in the false hope of disappearing the underlying social problems they represent» (Davis, 2005, S. 38). Davis wirft die Frage auf, wer die Verantwortung für ein Verbrechen trägt. Wenn eine Person aufgrund ihrer Herkunft, welche sie nicht gewählt hat, sowie ihrer Lebenssituation, die sie nicht verschuldet hat, zur Begehung eines Verbrechens verleitet wird, kann sie dann überhaupt für die Tat verantwortlich gemacht werden?

Im Jahr 2022 waren in der Schweiz 70,1% aller inhaftierten Personen Ausländer*innen (Bundesamt für Statistik, 2022). Sie begehen somit mehr Verbrechen, die mit einem Freiheitszug bestraft werden, als Personen mit Schweizer Staatsangehörigkeit. Nun scheint es mir nicht verwegen, die höhere Straffälligkeit auch in gewissen Lebensumständen zu vermuten, beispielsweise hinsichtlich Bildung, Wertvorstellungen oder finanzieller Möglichkeiten. Im Raum steht somit die Schuldfrage: Können wir Personen für Taten verantwortlich machen, die durch äussere, nicht ihrer Kontrolle unterliegende Umstände begünstigt wurden?

Das Diskriminierungsargument lautet demnach: Bestimmte Bevölkerungsgruppen haben aufgrund kriminalitätsfördernder gesellschaftlicher Rahmenbedingungen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit straffällig zu werden. Sie sind somit nur teilweise für ihre Tat verantwortlich. Der Freiheitsentzug ist in einem solchen Fall diskriminierend, weil nicht allein der freie Wille einer Person zu der Tat geführt hat, sondern ihre Herkunft, ihre soziale Stellung, ihre finanzielle Situation oder andere äussere Umstände, welche nicht ihrer Kontrolle unterliegen,

Im Rahmen dieser Arbeit ist es mir nicht möglich, vertieft auf die Schuldfrage einzugehen oder sie gar zu klären. Dennoch kann das Diskriminierungsargument einen Beitrag zur Beantwortung der Fragestellung leisten. Denn für die Legitimierung des Freiheitsentzugs durch präventive Zwecke stellt es tatsächlich eine Herausforderung dar. Zur Erinnerung: Der Freiheitsentzug soll durch seine abschreckende, sichernde oder bessernde Wirkung gerechtfertigt werden. Nun aber kann die Inhaftierung einer Person, deren Straftat auf

kriminalitätsfördernde gesellschaftliche Rahmenbedingungen zurückzuführen ist, nur begrenzt bessernd oder abschreckend auf sie wirken. Denn nach ihrer Entlassung wird sie in ihr vorheriges Umfeld zurückkehren und wiederum den gleichen Rahmenbedingungen ausgesetzt sein. Aufgrund der Strafe kann sich ihre Situation sogar noch verschlechtern. Somit verbleibt einerseits eine allfällig generalpräventive, abschreckende Wirkung des ausgesprochenen Freiheitsentzugs auf die Bevölkerung. Aufgrund der schuld mindernden Umstände, welcher die Person ausgesetzt war, sollte man aber gerade in einem solchen Fall darauf verzichten, an dieser Person ein Exempel zu statuieren. Andererseits liesse sich der Freiheitsentzug noch durch seinen Nutzen hinsichtlich Sicherung legitimieren. Tatsächlich wird die Person während ihrer Inhaftierung kein gleiches Verbrechen begehen können. Aufgrund der kriminalitätsfördernden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die nach ihrer Inhaftierung unverändert blieben, würde sie aber weiterhin eine Gefahr darstellen. Deshalb müsste man die Person lebenslang sichern. Das scheint ungerecht zu sein.

Somit scheint mir das Diskriminierungsargument für die Fragestellung von Relevanz. Wenn der Freiheitsentzug mit präventiven Zwecken legitimiert werden soll, scheint er gerade bei Personen, die unter kriminalitätsfördernden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen leben, nicht dazu geeignet. Kriminalitätsfördernden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen entgegenzuwirken, hätte eine grössere Wirkung auf die Verbrechenverhütung.

5.3 Das Würdeargument

Nun betrachte ich eine gewichtige Aussage des deutschen Soziologen Klaus Roggenthin (2018). Er sagt, das Gefängnis nehme den Menschen ihre Würde, und zwar «indem es ihm einen hochgradig fremdbestimmten Alltag aufzwingt, in allen persönlichen Anliegen zu einem Bittsteller degradiert» (Roggenthin, 2018, S. 20). Stimmt das Würdeargument von Roggenthin, nämlich dass der Freiheitsentzug eine Würdeverletzung darstellt, hat dies weitreichende ethische Auswirkungen. Denn wenn wir die Menschenwürde als universell gültig und als höchsten moralischen Wert betrachten (Schaber, 2021), müssten wir die Sanktionsform Freiheitsentzug als ethisch verboten bewerten, weil kein Nutzen eine Würdeverletzung zu rechtfertigen vermag. Es existieren verschiedene Begriffsdefinitionen, worin die Würde eines Menschen besteht und durch welche Handlungen sie verletzt

wird. Ich kann hier nicht auf alle eingehen, betrachte aber in Kürze und exemplarisch den Ansatz von Peter Schaber (2017). Demnach kommt die Menschenwürde einem moralischen Status gleich, der den Anspruch begründet, nicht erniedrigt und gedemütigt zu werden. Damit einher geht das Recht, «bestimmen zu können, was andere mit mir tun und nicht tun dürfen» (Schaber, 2021, S. 22).

In Bezug auf die Fragestellung dieser Arbeit scheint das Würdeargument jedoch nicht gegen den Freiheitsentzug als ethisch legitime Sanktionsform zu präventiven Zwecken zu sprechen. Denn Roggenthins Kritik richtet sich eigentlich nicht gegen die Sanktionsform Freiheitsentzug, sondern gegen die Ausgestaltung des Vollzugs. Die von ihm beschriebene würdeverletzende Fremdbestimmung muss nicht zwingend mit einem Freiheitsentzug einhergehen, respektive sind Vollzugsformen denkbar, in denen mehr Selbstbestimmung gewährt wird. In Verbindung mit Peter Schabers Würdedefinition müsste definiert werden, was andere mit mir im Rahmen eines Freiheitsentzugs tun dürfen, und welche Vollzugsbedingungen als Erniedrigung und Demütigung gelten. Den Freiheitsentzug an und für sich würde ich nicht als Würdeverletzung qualifizieren. Dagegen können es die Bedingungen sein, unter denen die Freiheit entzogen wird. Nämlich dann, wenn Inhaftierte erniedrigend behandelt werden, beispielsweise indem sie geschlagen oder zu sexuellen Handlungen gezwungen würden. Das Würdeargument setzt somit ethische Grenzen hinsichtlich der Vollzugsgestaltung eines Freiheitsentzugs.

5.4 Das Wirksamkeitsargument

Bereits in Kapitel 4.5.4 habe ich ausgeführt, dass die Wirksamkeit von Strafen – und damit die argumentative Grundlage der präventiven Straftheorie – kritisch hinterfragt wird. Nun gilt es auch den Freiheitsentzug diesbezüglich zu prüfen. Inwiefern ist diese spezifische Sanktionsform dazu in der Lage, eine abschreckende, bessernde oder sichernde Wirkung zu erzielen?

5.4.1 Abschreckung

Insbesondere schwere Verbrechen, wie zum Beispiel Gewalt- und Sexualdelikte, werden gemäss Klaus Roggenthin (2018) aufgrund mangelnder Impulskontrolle begangen, was eine rationale Abwägung der Folgen einer Handlung ausschliesse. Und gerade von solchen Taten sollte der Freiheitsentzug ja abschrecken. Laut Thomas Mathiesen (1989) ist

es zudem nicht die Strafschwere, sondern die Strafwahrscheinlichkeit, von welcher eine präventive Wirkung ausgeht. Dies würde bedeuten, dass eine hohe, nahezu lückenlose Überwachung sowie Aufklärung von Verbrechen, und damit ein hoher «Grad des Entdeckungsrisikos» (Mathiesen, 1989, S. 73), für die Verbrechenverhütung wichtiger sind als harte Strafen. Daraus lässt sich das Argument formulieren, dass die zweifelsfrei harte Strafe Freiheitsentzug nicht notwendig ist, sondern weniger harte Strafen in Kombination mit einer hohen Strafwahrscheinlichkeit eine ebenso generalpräventive, abschreckende Wirkung hätten.

Hinzu kommt ein weiterer moralischer Vorwurf an den Strafzweck der Abschreckung: Es ist ungerecht, Menschen zu bestrafen, um andere von einem Verbrechen abzuhalten – dies stellt eine ethisch nicht legitime Form der Instrumentalisierung dar. Auf den Freiheitsentzug bezogen bedeutet dies: Es ist ungerecht eine Person mit einem Freiheitsentzug zu bestrafen, wenn eine Geldstrafe ausreichen würde, um sie von weiteren Verbrechen abzuhalten. Thomas Mathiesen bringt ausserdem in Anlehnung an das Diskriminierungsargument vor, dass sich die Gefängnisinsassen in «grossem Umfange aus deklassierten und aus der Unterschicht stammenden Menschen zusammensetze» (Mathiesen, 1989, S. 89). Somit würden insbesondere arme Menschen stellvertretend mit Freiheitsentzug bestraft, um eine generalpräventive Wirkung gegenüber benachteiligten Gesellschaftsmilieus zu erzielen. Dabei kann gemäss Mathiesen eine Geldstrafe bei ärmeren Menschen eine höhere abschreckende Wirkung erzielen als der Freiheitsentzug, da die finanziellen Mittel der besagten Personen äusserst gering sind. Dagegen wiegt der Verlust von Freiheiten weniger schwer als bei wohlhabenden Personen, welche eine Geldstrafe eher in Kauf nehmen würden als den Verlust von freiheitlichen Privilegien. Mathiesens Fazit lautet daher, dass die abschreckende Wirkung eines Freiheitsentzugs nur gegenüber jenen wirke, welche sie gar nicht brauchen. Die genannten Argumente besagen nicht, dass Strafen allgemein keine abschreckende Wirkung bezwecken sollen, sondern beziehen sich auf die fehlende Verhältnismässigkeit des grossen Leides, das einer Person durch den Freiheitsentzug zugefügt wird, in Bezug auf den erzielten Nutzen.

Aus empirischer Sicht scheint es schwierig, die abschreckende Wirkung eines Freiheitsentzugs zu messen. Selbst wenn der Freiheitsentzug durch eine Geldstrafe ersetzt und dann beobachtet würde, ob mehr oder weniger Verbrechen begangen werden, wäre das

Resultat noch von vielen anderen Faktoren beeinflusst. Vertreter*innen der präventiven Strafrechtstheorie werden dagegen anführen, dass schwere Verbrechen mit der schwerstmöglichen Strafe belegt werden müssen, damit sie von anderen nicht begangen werden. Diese Argumentation vernachlässigt jedoch die Komplexität der Verbrechenbegehung, beispielsweise hinsichtlich der Bedeutung des Entdeckungsgrads. Wenn ein Diebstahl gemäss Gesetz mit der Todesstrafe bestraft würde, aber es keine Polizei gibt, liesse sich auch keine abschreckende Wirkung erzielen. Hinzu kommt: Selbst wenn harte Strafen eine bessere abschreckende Wirkung hätten als milde Strafen (was intuitiv ja auch nahelegend ist), gibt es moralische Grenzen, welche Leiden wir Individuen zufügen dürfen, um gesellschaftliche Zwecke zu verwirklichen. Aufgrund der zweifelhaften Wirkung des Freiheitsentzugs auf die Verhinderung von schweren Verbrechen sowie in Anbetracht des Übels, das einer Person zugefügt wird, ist diese Sanktionsform aus ethischer Sicht abzulehnen, wenn sie ausschliesslich die Abschreckung der Bevölkerung bezweckt.

5.4.2 Besserung

Durch den Freiheitsentzug soll bessernd und resozialisierend auf Straftäter*innen eingewirkt werden, so dass sie künftig keine Verbrechen mehr begehen. Oder in den Worten von Thomas Mathiesen (1989, S. 41): «um eine gewisse moralische Abweichung zu korrigieren.» Ein möglicher Weg, um die bessernde Wirkung zu messen, sind Rückfallstatistiken. Von einem Rückfall ist dann die Rede, wenn eine Person, die bereits ein Verbrechen begangen hat, erneut straffällig wird. In Deutschland waren im Jahr 2017 rund 70 Prozent der inhaftierten Personen vorbestraft. 54 Prozent von ihnen hatten bereits zuvor eine Freiheitsstrafe verbüsst (Dübgen, 2018). Franziska Dübgen sieht den Grund für diese Rückfälle darin, dass Menschen, die aus einem Freiheitsentzug entlassen werden, wieder in kriminelle Milieus zurückkehren. Gemäss Mathiesen (1989, S. 59) sei das Gefängnis nie dazu in der Lage gewesen, die Menschen «in einen funktionstüchtigen Zustand zu versetzen», was durch zahlreiche empirische Untersuchungen belegt sei. Nils Christie (1980/81) spricht einem Freiheitsentzug ebenfalls die Fähigkeit ab, zu bessern. Durch einen Aufenthalt im Gefängnis würden äussere Umstände, welche ursächlich für die Verbrechen waren, nicht verändert.

Die Aussage, dass ein Freiheitsentzug zum Zweck der Besserung aufgrund der fehlenden Wirksamkeit keine Legitimität hat, ist jedoch problematisch. Erstens, weil es zur

Interpretation der empirischen Rückfallstatistiken an objektiven Bewertungsgrundlagen mangelt. Ist eine Rückfallquote von 54 Prozent (zu) hoch? Wären die Rückfallquoten tiefer, wenn statt eines Freiheitsentzugs eine andere Sanktionsform gewählt worden wäre? Oder würden dann noch mehr Personen rückfällig? Zweitens: Dass ein Freiheitsentzug nicht bessernd wirkt, ist möglicherweise nicht in der Wahl der Sanktionsform begründet, sondern in der Art und Weise des Vollzugs. Dem jedoch widerspricht Klaus Roggenthin (2018). Er weist darauf hin, dass es in der Natur eines Freiheitsentzugs liegt, den Insassen jegliche Autonomie zu entziehen. Dadurch würden Rahmenbedingungen geschaffen, in denen ein straffreies Leben in Freiheit nicht eingeübt oder vermittelt werden könne.

Hinsichtlich dieses Strafzwecks gilt es weiter zu fragen, wie eine Besserung definiert ist. Worin besteht die moralische Abweichung, die bei einer Person korrigiert werden soll? Thomas Mathiesen (1989) führt dazu aus, dass Gefängnisse stets die Moral der herrschenden Klasse widerspiegeln. So seien Arbeitsfleiss, Strebsamkeit, Moral und Disziplin, welche durch bessernde Massnahmen im Rahmen des Freiheitsentzugs vermittelt werden sollen, Ausdruck einer bürgerlichen Ethik – einer «Ethik des Kapitalismus» (Weber, M., zitiert nach Mathiesen, 1989, S. 54). Was als Besserung gilt, sei daher politisch und ideologisch motiviert, unter dem Vorwand objektiv und neutral zu sein (Dübgen, 2016). Der Strafzweck der Besserung würde dann einzig darin bestehen, Menschen gesellschaftlich erwünschte Werte aufzuzwingen, die nicht die ihren sind.

Auch der deutsche Philosoph Arno Plack bezeichnet die Idee, durch Strafen eine positive Wirkung auf Verbrecher*innen auszuüben, als «Aberglaube» (Plack, 1974, S. 113). Ein Freiheitsentzug könne gar kontraproduktiv sei: Denn je härter die Strafe, desto wahrscheinlicher sei ein baldiger Rückfall. Der Freiheitsentzug entfremde die inhaftierte Person vom Leben in Freiheit und das zugefügte Leid führe zu noch mehr Wut. Mit Besserung sei viel eher gemeint, eine Person so stark einzuschüchtern, dass sie künftig von Verbrechen absehen. Dann würde der Zweck nicht in einer Besserung bestehen, sondern in der spezialpräventiven Abschreckung. Der Unterschied zwischen der Besserung und der Abschreckung von Straftäter*innen liegt darin, dass bei ersterem die Person verändert werden soll (beispielsweise indem sie lernt Impulse zu kontrollieren), während bei zweitem schlicht die Furcht vor einer weiteren Inhaftierung zurückbleiben soll, um sie von

künftigen Straftaten abzuhalten. Die beabsichtigte Wirkung, nämlich die Verhinderung eines Rückfalls, ist die gleiche.

Zweifelsfrei stellt die mangelnde Nachweisbarkeit der bessernden Wirkung eine Herausforderung für die Legitimierung der Sanktionsform Freiheitsentzug zu diesem Zweck dar. Aus ethischer, und gerade auch aus konsequentialistischer Sicht ist es problematisch, das zugefügte Übel mit einer Wirkung zu rechtfertigen, welche durch die Handlung nicht nachweislich eintritt. Ebenso muss kritisch hinterfragt werden, wie weit es einer staatlichen Autorität überhaupt erlaubt sein soll, durch Strafen korrigierend auf die Werte seiner Bürger*innen einzuwirken. Als «hochgradig paternalistisch und diskriminierend» (Dübgen, 2016, S. 126) würden dabei nämlich Menschen als «a-normal» stigmatisiert. Auch mir scheint es moralisch falsch, ein «Normal» zu definieren, das als Voraussetzung für ein straffreies Leben gelten soll. Schliesslich scheint ein*e jede*r von uns potenziell zu (auch schweren) Straftaten in der Lage zu sein, obwohl «wir» als «normal» gelten. Das «Nichtnormale» wäre dann schlicht die Tatsache, dass jemand eine Straftat begangen hat. Würde durch den Freiheitsentzug tatsächlich eine «Normalisierung» geschehen, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass die Person weiterhin potenziell straffällig werden kann, wie «wir Normalen» auch. Das «Nichtnormale», das legitimerweise tatsächlich gebessert werden muss, würde dann ausschliesslich in moralischen Abweichungen bestehen, welche eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen, und vor welchen die Bevölkerung geschützt werden soll. Dann schiene es angebracht, bessernd auf die Person einwirken zu wollen.

5.4.3 Sicherung

Intuitiv ist es logisch, zweckmässig sowie auch moralisch richtig, eine Person durch die Einschränkung ihrer Bewegungs- und Handlungsfreiheit daran zu hindern, erneut ein schweres Verbrechen zu begehen. Wenn eine Person für die Bevölkerung eine Gefahr darstellt, scheinen wir das Recht zu haben, uns vor ihr zu schützen und dadurch die Sicherheit der Allgemeinheit zu erhöhen (Roggenthin, 2018).

Doch auch dieser Strafzweck erfährt Kritik. Denn konsequenterweise muss die Freiheit so lange entzogen werden, bis die inhaftierte Person keine Gefahr mehr darstellt. Dieses Kalkül bewirkt jedoch, dass einer Person lebenslang die Freiheit entzogen werden muss, wenn sich an ihrer Gefährlichkeit nichts ändert. Und weil der Freiheitsentzug keine

bessernde Wirkung habe, führe der Strafzweck der Sicherung automatisch zu einer lebenslangen Inhaftierung. So hätten sich nur die Todesstrafe, die lebenslange Haft und Kastration als wirksam erwiesen, um Rückfälle zu verhindern, schreibt Nils Christie (1980/81). Klaus Roggenthin (2018) führt aus, dass freigelassene Personen aufgrund des schädlichen Einflusses von Gefängnissen nach der Entlassung gefährlicher seien als zuvor. Auch Ruth Morris (2000) spricht dem Freiheitsentzug die Fähigkeit ab, die Gesellschaft zu schützen. Denn die Gefängnisse seien «Schulen der Kriminalität» (Morris, 2000, S. 7), weil man den Inhaftierten zu verstehen gibt, dass sie in ihrem aktuellen Zustand nicht in unsere Gesellschaft passen. Dadurch macht man sie noch bitterer, wütender und isolierter. Wer gesichert ist, muss sich also bessern oder gebessert werden, um wieder die Freiheit zu erlangen. Genau diese Erwägung wird in der Schweiz durch die Massnahme der Verwahrung umgesetzt. Die Wechselwirkung zwischen Sicherung und Besserung scheint problematisch: Weiter oben habe ich ausgeführt, dass ein Freiheitsentzug wenig geeignet scheint, eine bessernde Wirkung zu erzielen. Dadurch ist der Schutz der Öffentlichkeit durch die temporäre Sicherung einer gefährlichen Person paradoxerweise eine «Illusion» (Plack, 1974, S. 116). Wirksam ist eine Sicherung deshalb nur dann, wenn man sich konsequent an der Gefährlichkeit orientiert und sie erst dann aufgehoben wird, wenn von der Person keine Gefahr mehr ausgeht.

Ich habe die Probleme mit dem Kriterium der Gefährlichkeit als Massstab für die Bestrafung bereits weiter oben diskutiert. Zuallererst stellen sich empirische Probleme darin zu bestimmen, was «gefährlich sein» bedeutet ist und wie dies mit grösstmöglicher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann. Thomas Mathiesen spricht hierbei von mangelnder Treffsicherheit (Mathiesen, 1989). Und wie bereits geschildert führt der Zweck der Sicherung ohne Massnahmen zur Besserung automatisch zu einem lebenslangen Freiheitsentzug. In ihrer Grundform sei der Sicherungszweck daher «frei von humanistischen Idealen einer Hilfe für die Gefangenen» (Mathiesen, 1989, S. 101). Es würde auch der moralischen Intuition widersprechen, dass jemandem beispielsweise aufgrund einer leichten Körperverletzung lebenslang die Freiheit entzogen wird, weil eine hohe Gefährlichkeit attestiert wurde. Dies wäre jedoch bei einer konsequenten Orientierung am Strafzweck der Sicherung notwendig. Ebenso weckt es moralische Widerstände, dass einer Person lebenslang die Freiheit entzogen wird aufgrund einer Gefährlichkeit, die durch äussere Umstände oder auch psychische Krankheiten begründet ist.

Wiederum verbleibt auch die Tatsache, dass die Bevölkerung ein legitimes Recht hat, sich durch den Staat und dessen Strafen vor gefährlichen Personen zu schützen. Es wäre falsch, wenn Personen, die ein schweres Verbrechen begangen haben und von denen weiterhin eine Gefahr für die Gesellschaft ausgeht, nicht in ihrer Bewegungs- und Handlungsfreiheit eingeschränkt würden. Eine*n notorische*n Kinderschänder*in oder Vergewaltiger*in an Verbrechen zu hindern, ist ein ethisch legitimes Anliegen der Allgemeinheit. Auch diese Nutzenerwägung muss selbstverständlich ihre Grenzen wiederum in der Moral finden. Aber im Gegensatz zu den Strafzwecken der Abschreckung und Besserung können wir sicherer hinsichtlich der Wirksamkeit sein. Ein Mensch, dem die Freiheit entzogen wurde, kann keine Verbrechen im öffentlichen Leben begehen.

6 Ethische Forderungen an die Sanktionsform Freiheitsentzug

Nun liegen ausreichend Argumente vor, um sich einer Antwort auf die Fragestellung anzunähern. In Kapitel 4 habe ich dargestellt, wie staatliche Strafen und die Sanktionsform Freiheitsentzug mit ihrem präventiven Nutzen legitimiert werden können. Im vorangehenden Kapitel habe ich verschiedene Positionen erörtert und diskutiert, welche den Freiheitsentzug als nicht gerechtfertigt begründen. Ich werde daraus vier ethische Forderungen ableiten, welche der Freiheitsentzug zu präventiven Zwecken erfüllen muss, um eine ethische Legitimierung zu erhalten. Die Forderungen sollen dem schweizerischen Strafrecht Wege in die Zukunft aufzeigen.

6.1 Reform des Freiheitsentzugs als abschreckende Strafe

Strafen sollen eine abschreckende Wirkung erzielen und dadurch zur Verhinderung von Verbrechen beitragen. Wie sich gezeigt hat, ist der Freiheitsentzug dazu weder geeignet noch verhältnismässig. Insbesondere schwere Verbrechen wie Mord oder Vergewaltigung werden nicht vor dem Hintergrund eines rationalen Nutzenkalküls begangen, welches die Strafe als negativen Faktor einbezieht. Die Androhung eines Freiheitsentzugs wird dabei keine oder nur eine sehr beschränkte Wirkung erzielen. Zudem ist das durch einen Freiheitsentzug zugefügte Übel aus ethischer Sicht derart beträchtlich, dass es nicht zulässig ist, einzelnen Individuen diese Strafe aufzuerlegen, einzig und allein um dadurch einen Nutzen für die Gesellschaft zu erbringen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der empirisch nicht nachweisbaren Wirksamkeit.

Ebenso wenig scheint ein Freiheitsentzug eine abschreckende Wirkung auf die Täter*innen selbst auszuüben. Andere Umstände, welche ursächlich für die Begehung des Verbrechens waren (beispielsweise mangelnde Impulskontrolle oder das Leben in kriminellen Milieus), bleiben in der Regel nach der Verbüssung eines Freiheitsentzugs unverändert und könnten eine grössere Wirkung auf das Verhalten der Täter*innen haben als die mit einem Freiheitsentzug bezweckte Einschüchterung. Das zugefügte Übel scheint deshalb keine Rechtfertigung zu finden. Wenn der schweizerische Bundesrat kurze Freiheitsstrafen befürwortet (Schweizerischer Bundesrat, 2012, BBl 2012 4721), weil damit ein «Druck» auf die Täter*innen und eine «Neuorientierung» bewirkt werden könne, ist dies aus ethischer Sicht zu verurteilen.

Wenn ein Freiheitsentzug ausschlich aufgrund des Strafzweck der Abschreckung legitim sein soll, muss der Vollzug reformiert werden. Die Sanktion muss eine neue Form finden, welche das zugefügte Übel reduziert und eine bessere Wirksamkeit aufweist. Wichtige positive Freiheitsrechte, insbesondere die Autonomie und die Aufrechterhaltung von Beziehungen, müssen gewahrt bleiben. Dies bedingt, dass ein Freiheitsentzug nicht mehr gleichbedeutend ist mit dem nahezu vollständigen Entzug von Bewegungs- und Handlungsfreiheiten. Eine graduellere Form des Freiheitsentzugs, durch die zwar einerseits ein abschreckendes Leid auferlegt wird, andererseits aber den Betroffenen eine selbstbestimmte Lebensführung möglich bleibt, könnte den obengenannten Bedingungen gerecht werden. Ich kann an dieser Stelle nur einige gedankliche Experimente anstellen. Als Ersatz einer kurzen Freiheitsstrafe, welche primär der Abschreckung dient, könnte die straffällige Person durch den Entzug von bestimmten Rechten, die der individuellen Freiheit unterliegen, bestraft werden. So ist denkbar, dass jemand gewisse Orte nicht besuchen oder gewissen Aktivitäten nicht nachgehen darf. Der Person wäre es beispielsweise verboten, Restaurants, Bars und Partylokale aufzusuchen, das Land für Ferien zu verlassen, am Strassenverkehr teilzunehmen oder Unterhaltungsangebote wahrzunehmen. Sie könnte diese Möglichkeiten schrittweise durch Straffreiheit zurückerlangen, wodurch ein spezialpräventiver Anreiz zur Rechtskonformität geschaffen wird. Die Strafe käme dann weiterhin einer Einschränkung der Bewegungs- und Handlungsfreiheit und damit einem zugefügten Übel gleich, um den*die Täter*in sowie die Bevölkerung von Straftaten abzuschrecken. Die graduelle Form des Freiheitsentzugs würde es der bestraften Person

aber ermöglichen, weiterhin ihr Leben planen und führen können, beispielsweise ihrer Arbeit nachzugehen, eine Familie zu gründen und Beziehungen zu pflegen.

6.2 Sicherung mit Autonomie und Würde zum Zweck der Besserung

Das Gefängnis wurde eingangs dieser Arbeit als alternativlos bezeichnet. Dies scheint es tatsächlich zu sein, wenn es um den Schutz der Bevölkerung vor Menschen geht, die eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen. Die diesbezügliche Wirksamkeit eines Freiheitsentzugs ist zweifelsfrei gegeben. Jedoch gilt es auch dabei moralische, nicht konsequentialistische Prinzipien zu beachten, welche eine Art legitimierenden Rahmen bilden. Die Sicherung muss unter Bedingungen erfolgen, die den Betroffenen einen möglichst hohen Grad an Autonomie gewähren und die Menschenwürde achten.

Darunter fällt die Voraussetzung, dass immer eine Entlassungsperspektive gewährt wird. Denn eine lebenslange Inhaftierung käme dem vollständigen Entzug der Selbstbestimmung gleich. Deshalb darf eine Sicherung nur in Kombination mit Massnahmen geschehen, die den Betroffenen eine Chance zur Besserung bieten. Die Sicherung und Besserung müssen daher einen vereinten Strafzweck bilden. Ein Freiheitsentzug zu ausschliesslich bessernden oder sichernden Zwecken ist ethisch nicht zulässig. Die lebenslängliche Verwahrung, welche ausgesprochen wird, wenn eine Person als nicht therapierbar gilt, widerspricht dieser ethischen Forderung. Die ordentliche Verwahrung sowie die stationären therapeutischen Massnahmen sind dagegen legitime Formen des Freiheitsentzugs zu präventiven Zwecken. Dabei muss aber die Besserung im Rahmen der Sicherung im Sinne eines Hilfsangebots verstanden werden, welches die Betroffenen nutzen können. Der Strafvollzug ist dabei gefordert, mehr Ressourcen in Besserungsmassnahmen zu investieren. Dazu zählen einerseits Bestrebungen, erfolgreich auf kriminelle Dispositionen einzuwirken, unter anderem durch eine förderliche Vollzugsgestaltung. Andererseits und insbesondere sollte aber im Vordergrund stehen, die Betroffenen mit einem ganzheitlichen Ansatz bei einem straffreien Leben zu unterstützen, indem auch ihre Wohn-, Arbeits-, Familien-, und finanzielle Situation berücksichtigt und gefördert werden.

Hinzu kommt eine weitere Rahmenbedingung, die der sichernd-bessernde Freiheitsentzug erfüllen muss, um sich als ethisch legitime Sanktion zu qualifizieren. Den inhaftierten Personen muss im Rahmen der Sicherung grösstmögliche Autonomie gewährt werden. Die Bewegungs- und Handlungsfreien dürfen nur dann eingeschränkt werden, wenn es

für den Strafzweck unerlässlich ist. Mit Blick auf den in der Schweiz gängigen Vollzug ist aus ethischer Sicht die Gewährung von mehr Autonomie zu fordern. Einerseits indem mehr Aspekte des Lebens in Haft dem «Gutdünken» der inhaftierten Personen überlassen werden. Ich werde hier nur einige Beispiele nennen, um die Forderung besser greifbar zu machen. Inhaftierte Personen müssen freier über ihre Tagesplanung bestimmen können, nur in Notsituationen in einem Raum eingeschlossen werden oder selbstständigere Entschiede hinsichtlich Ernährung, Beschäftigung und Zeitvertrieb treffen dürfen. Andererseits muss die Autonomie in dem Sinne gewährt werden, dass die inhaftierten Personen ihre Lebensplanung fortsetzen können – so dass der Freiheitsentzug nicht jegliche zuvor gefassten Lebenspläne unterbindet. In den Worten von Helen Brown Coverdale (2020, S. 423): «Their lives and narratives must be allowed to move on.» Um dieser Forderung gerecht zu werden, sollten zum Beispiel mehr Möglichkeiten zur Kontaktpflege mit Familien und Freunden geboten sowie geprüft werden, wie die Personen ihre Arbeit, welcher sie vor dem Freiheitsentzug nachgingen, fortsetzen können. Um einen Einwand vorwegzunehmen: Diese autonomiefördernden Bedingungen könnten höhere Betreuungskosten zur Folge haben. Als Gesellschaft müssen wir jedoch bereit sein, diese zu tragen. Sie sind der Preis für die öffentliche Sicherheit, welche durch den Freiheitsentzug, der die Grundrechte von Betroffenen verletzt, verbessert wird.

Schliesslich muss während des Freiheitsentzugs die Menschenwürde der inhaftierten Personen jederzeit gewahrt werden. Erniedrigende Behandlungsweisen würden dieser Sanktionsform ihre Legitimität entziehen. Darunter fällt beispielsweise, dass die Menschen mit Namen angesprochen, als Gleiche behandelt, Bereiche der Intimität gewahrt, keiner Willkür ausgesetzt und nicht physisch oder psychisch misshandelt werden.

Zum Abschluss dieser ethischen Forderung möchte ich zusammenfassen, dass der Freiheitsentzug zu präventiven Zwecken nur legitim ist, wenn er durch den Strafzweck der Sicherung begründet wird und die genannten Rahmenbedingungen erfüllt. Dies setzt voraus, dass die Person, welcher die Freiheit entzogen wird, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt. Nur Menschen, die eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen, dürfen mit der Sanktionsform Freiheitsentzug bestraft werden.

6.3 Gesellschaftlicher Diskurs über Gefährlichkeit

Aufgrund der vorangehenden Schilderungen wird deutlich: Die Legitimationsbasis des Freiheitsentzugs stellt die Gefährlichkeit von Personen dar. Im Kapitel 4.5.3 hatte ich die Problematik dieser Argumentation dargestellt. Einerseits können aus empirischer Sicht nur ungenaue Prognosen über die Wahrscheinlichkeit getroffen werden, dass eine Person in Zukunft eine schwere Straftat begehen wird. Andererseits führt die Orientierung an dem*der Täter*in statt an der Tat dazu, dass zwei Personen für das gleiche Verbrechen unterschiedlich hart bestraft werden könnten. Bei der einen wäre ein Freiheitsentzug aufgrund der Gefährlichkeit legitim, bei der anderen aufgrund fehlender Gefährlichkeit dagegen nicht. Das weckt das moralische Gefühl der Ungerechtigkeit. Und schliesslich würde eine konsequente Orientierung an der Gefährlichkeit und damit der Wahrung der öffentlichen Sicherheit auch gebieten, dass eine Straftat gar nicht notwendig ist, um einer Person die Freiheit zu entziehen. Dies widerspricht dem strafrechtlichen sowie auch ethischem Grundprinzip: keine Strafe ohne Schuld.

Aufgrund dieser schwerwiegenden Einwände ist ein gesellschaftlicher Diskurs über den Begriff «Gefährlichkeit» unerlässlich, um die Legitimationsbasis des Freiheitsentzugs ethisch zu rechtfertigen. Einige Fragen, welche diskutiert werden müssen, sind: Wie definieren wir als Gesellschaft die Gefährlichkeit? Welche Personen erachten wir aufgrund welcher begangener Taten oder moralischer Abweichungen als eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit? Wo setzen wir die Grenzen der Zulässigkeit von leidzufügenden Eingriffen in die Grundrechte von Menschen? Worin besteht eine Besserung und wie kann sie bewiesen werden? Inwieweit sind wir bereit, Sicherheitsrisiken in Kauf zu nehmen, um unsere individuellen Freiheiten und Unterschiede zu schützen? Im Rahmen der Volksabstimmung über die Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten (Art. 23e-23r BWIS) im Jahr 2021 fand eine diesbezügliche Diskussion statt. Die Bevölkerung einigte sich demokratisch darauf, dass «terroristische Gefährder*innen» eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen und somit mit freiheitsentziehenden Sanktionen belegt werden dürfen. Eine demokratische Abstimmung allein genügt mir jedoch nicht, um dem Kriterium Gefährlichkeit ausreichend Legitimität zu verschaffen. Denn aufgrund unterschiedlicher Einflussmöglichkeiten auf die Meinungsbildung könnten bestimmte Bevölkerungsgruppen in der Lage sein, ihre Interessen und Werte durchzusetzen. Gefordert

ist deshalb ein Diskurs, in dem alle Positionen und Argumente ausreichend zum Ausdruck gelangen sowie abgewogen werden und in dem ein gesellschaftlicher Konsens erarbeitet wird, welche Menschen wir legitimerweise als Gefahr für die öffentliche Sicherheit erachten. Ebenso sollte in diesen Diskurs einfließen, ob wir gewillt sind, das Rechts- und Gerechtigkeitsparadigma, dass es keine Strafe ohne rechtliche Schuld geben darf, aufzuheben – so wie es im Rahmen der Massnahmen zur Terrorismus-Bekämpfung bereits geschehen ist. Aus ethischer Sicht ist dies eine Gratwanderung.

6.4 Soziale Transformation für die Gerechtigkeit

Ich habe zuvor aufgezeigt, dass die Sanktionsform Freiheitsentzug zu präventiven Zwecken nur dann legitim ist, wenn es die öffentliche Sicherheit erfordert, wenn dabei Möglichkeiten zur Besserung geboten werden, wenn grösstmögliche Autonomie gewährt wird, wenn die Menschenwürde geachtet wird und wenn ein gesellschaftlicher Konsens darüber angestrebt wird, welche Taten oder moralische Abweichungen wir als Gefahr für die öffentliche Sicherheit betrachten. Trotz dieser ethischen Forderungen verbleibt die Tatsache, dass wir im Rahmen des Freiheitsentzugs die Grundrechte von Personen verletzen, sie Zwängen aussetzen und ihnen einen Teil ihrer Autonomie entziehen. Die reformierte Sanktionsform fügt den Betroffenen trotzdem Leid zu. Jede ethische Theorie würde der Aussage zustimmen, dass es Leid zu verhindern gilt. Darum ist es moralisch geboten, möglichst wenigen Menschen die Freiheit zu entziehen. Das in Kapitel 5.2 vorgestellte Diskriminierungsargument zeigte auf, dass die Gründe für Straffälligkeit nicht ausschliesslich in individuellen Dispositionen liegen, sondern offenbar auch in sozialen Gegebenheiten. Ich sprach dabei von «kriminalitätsfördernden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen». Diesen müssen wir als Gesellschaft entgegenwirken, wenn wir der ethischen Forderung, Leid möglichst zu verhindern, Folge leisten wollen. Tatsächlich ist es auch ungerecht, Personen durch den Freiheitsentzug schweres Leid zuzufügen, wenn soziale Umstände mitursächlich für das Verbrechen waren. Anders ausgedrückt: Wenn wir bereit sind, individuelle Rechte zugunsten unserer gesellschaftlichen Interessen zu opfern, müssen wir bestrebt sein, Faktoren zu korrigieren, welche Individuen zu Verbrechen verleiten, aber unserer gesellschaftlichen Kontrolle unterliegen. Nur wenn wir dies tun, wahren wir die Legitimationsbasis für freiheitsentziehende Strafen. Insbesondere wenn die Verbrechensverhütung als Maxime gilt, wäre es widersprüchlich, nicht

Massnahmen zu ergreifen, welche zu diesem Zweck beitragen. Andernfalls stellen wir als Gesellschaft eine Gefahr für uns selbst dar.

Deshalb gilt die ethische Forderung, dass unsere Gesellschaft denjenigen Bedingungen entgegenwirkt, welche Kriminalität fördern. Nur dann ist es auch legitim, wenn individuelle Grundrechte aus kollektiven Nutzenüberlegungen hinsichtlich öffentlicher Sicherheit entzogen werden. Die grundlegenden Strukturen unserer Gesellschaft müssen dazu so beschaffen sein, dass sie Kriminalität bestmöglich verhindern, respektive nicht gar ursächlich für Verbrechen sind. Dieser Ansatz wird unter dem Begriff der transformativen Gerechtigkeit verstanden (Dübgen, 2016). Im Zentrum stehen dabei ökonomische Bedingungen, politische Institutionen und soziale Praktiken, die zu Gewalt führen, respektive die Veränderung jener Strukturen. Die transformative Gerechtigkeit wendet sich damit auch ab von liberalen Gerechtigkeitstheorien, in denen ein «autonomes Ich die volle Verantwortung für sein Handeln trägt» (Dübgen, 2016, S. 182). Ruth Morris (2000), eine der wichtigsten Stimmen der Bewegung, sieht transformative Gerechtigkeit dann realisiert, wenn sich eine Gemeinschaft um alle ihre Mitglieder sorgt und alle integriert sind. Dadurch werde Sicherheit geschaffen – für die Einzelnen und für die Gemeinschaft. Denn Sicherheit werde nicht durch mehr Überwachung und mehr Gefängnisse erzielt, sondern durch eine gerechte Gesellschaft. Verbrechen sind dadurch eine Gelegenheit, um sozialpolitische Ungerechtigkeiten aufzudecken und zu korrigieren (Nocella II, 2011). Die Gesellschaft in der Schweiz ist gefordert, diese Transformation in Angriff zu nehmen.

7 Fazit

Im Rahmen dieser Arbeit wurden drei Sanktionen des schweizerischen Strafrechts als Freiheitsentzug betrachtet: die Freiheitsstrafe, die Verwahrung sowie die stationären therapeutischen Massnahmen. Allen gemein ist, dass den betroffenen Personen die verfassungsrechtlich geschützte Bewegungsfreiheit durch eine Inhaftierung entzogen wird. Das dadurch verursachte Leid – insbesondere die Ausübung von Zwang sowie die Verletzung der Autonomie – stellt ein moralisches Problem dar und muss aus ethischer Sicht legitimiert werden. Ich habe die Fragestellung untersucht, ob der Freiheitsentzug eine ethisch legitime staatliche Sanktion ist, wenn er zu den präventiven Zwecken Abschreckung, Besserung oder Sicherung erfolgt. Dabei hat sich herausgestellt, dass die Strafzwecke Abschreckung und Besserung das zugefügte Leid nicht zu rechtfertigen vermögen. Die

Sanktionsform Freiheitsentzug ist einerseits nicht oder nur bedingt in der Lage, eine abschreckende oder bessernde Wirkung zu erzielen. Ein Grund dafür sind unter anderem soziale Bedingungen des Lebens einer bestraften Person, welche mitursächlich für die Begehung des Verbrechens waren und nach einem Freiheitsentzug unverändert bestehen bleiben. Weil diese äusseren Umstände nicht ihrer Kontrolle unterliegen und als schuld mindernd zu betrachten sind, scheint das zugefügte Leid andererseits auch im Hinblick auf Gerechtigkeitserwägungen nicht verhältnismässig. Die Antwort auf die Fragestellung lautet daher, dass ausschliesslich der Strafzweck der Sicherung aufgrund der Gefährlichkeit einer Person für die öffentliche Sicherheit einen Freiheitsentzug legitimieren kann. Die erwiesene Wirksamkeit und das legitime Interesse sowie Recht der Bevölkerung, sich vor gefährlichen Menschen zu schützen, rechtfertigen das zugefügte Leid. Dies jedoch nur dann, wenn den Inhaftierten im Rahmen des Strafvollzugs Chancen und Möglichkeiten zur Besserung gewährt werden, die Ausübung von Zwang sowie die Eingriffe in die Autonomie auf das für den Sicherungszweck notwendige Minimum reduziert werden und zu keinem Zeitpunkt Verletzungen der Menschenwürde stattfinden. Eine Voraussetzung dafür, dass die Gefährlichkeit einer Person als legitimierender Grund für einen Freiheitsentzug zulässig ist, ist ein gesellschaftlicher Diskurs, der einen Konsens anstrebt, welche Taten und moralischen Abweichungen einer Person als Gefahr für die öffentliche Sicherheit gelten. Zudem muss die Gesellschaft sozialen Gegebenheiten, welche mitursächlich für die Begehung von Straftaten sind, entgegenwirken, um die Eingriffe in individuelle Grundrechte zugunsten kollektiver Interessen zu rechtfertigen.

Literaturverzeichnis

- Baumann, H. (2021). *Vorlesung Grundpositionen in der Debatte um den Begriff der Autonomie*. Universität Zürich, Advanced Studies in Applied Ethics, 24.04.2021.
- Berlin, I. (2017). Zwei Freiheitsbegriffe. In Schink, P. (Hrsg.), *Freiheit. Zeitgenössische Texte zu einer philosophischen Kontroverse* (S. 71-133). Berlin: Suhrkamp Verlag.
- BGE 134 IV 1 vom 12. November 2007. Abgerufen am 29. Dezember 2022 von <https://www.swisslex.ch/doc/claw/a0aedeeb-a071-4a09-a870-a89b92efc829/source/document-link>.
- Brägger, B. F. & Zangger, T. (2020). *Freiheitsentzug in der Schweiz. Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen*. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Bundesamt für Statistik. (2022). *Freiheitsentzug: Inhaftierte im Januar 2022*. Abgerufen am 18. Dezember 2022 von <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/justizvollzug.gnpdetail.2022-0374.html>.
- Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, Stand am 1. August 2022 (SR 812.121).
- Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, Stand am 1. Juni 2022 (SR 120).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Stand am 13. Februar 2022 (SR 101).
- Christie, N. (1980/81). *Grenzen des Leids*. Bielefeld: AJZ Druck und Verlag.
- Coninx, A. (2016). Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht. *Recht*, 4/2016, 157-179.
- Coverdale, H. B. (2021). Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice: Under Lock and Key. *Journal of Applied Philosophy*, 38/3. doi: 10.1111/japp.12415.
- De Pauley, W. C. (1925). Beccaria and Punishment. *International Journal of Ethics*, 35(4), 404–412. <http://www.jstor.org/stable/2377446>.
- Davis, A. Y. (2003). *Are Prisons Obsolete?* New York: Seven Stories Press.

- Davis, A. Y. (2005). *Abolition Democracy. Beyond Empire, Prisons, and Torture*. New York: Seven Stories Press.
- Dübgen, F. (2016). *Theorien der Strafe zur Einführung*. Hamburg: Junius Verlag.
- Dübgen, F. (2018). Rechtsbruch und Strafe. Gerechtigkeitstheoretische Erwägungen. *Ethik und Gesellschaft*, 2/2018. doi: 10.18156/eug-2-2018-art-4.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (2019), M. v. Germany - 19359/04. Abgerufen am 18. Dezember 2022 von <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-1190>.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (2021). *Die Europäische Menschenrechtskonvention*. Abgerufen am 18. Dezember 2022 von https://www.echr.coe.int/documents/convention_deu.pdf.
- Fink, D. (2018). *Freiheitsentzug in der Schweiz. Formen, Effizienz, Bedeutung*. Zürich: NZZ Libro, Neue Zürcher Zeitung.
- Foucault, M. (1976). *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Heinz, W. (2016). Die Ethik des Strafens. *Beiträge der Hochschule Pforzheim, No. 161*. Pforzheim: Hochschule Pforzheim.
- Hobbes, T. (1936). *Leviathan*. Zürich/Leipzig: Rascher Verlag.
- Hoerster, N. (2012). *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*. München: Verlag C.H.Beck oHG.
- Liszt, F. (1905). *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1875 bis 1891*. Berlin: De Gruyter.
- Mathiesen, T. (1989). *Gefängnislogik. Über alte und neue Rechtfertigungsversuche*. Bielefeld: AJZ Druck & Verlag.
- Mill, J. S. (1976/2006). *Der Utilitarismus*. Ditzingen: Reclams Universal-Bibliothek.
- Morris, R. (2000). *Stories of Transformative Justice*. Toronto: Canadian Scholar's Press Inc.
- Nocella II, A. (2011). An Overview of the History and Theory of Transformative Justice. *Peace & Conflict Review*, 6/1 (2011), 1-10.

- Plack, A. (1974). *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*. München: Paul List Verlag KG.
- Roggenthin, K. (2018). Das Gefängnis ist unverzichtbar! Wirklich? *BAG-S Informationsdienst Straffälligenhilfe*, 26. Jg., Heft 1/2018. Abgerufen am 15. Oktober 2022 von: https://www.bag-s.de/fileadmin/user_upload/Gefaengnis_unverzichtbar_Roggenthin.pdf.
- Schaber, P. (2017). Würde als Status. In: Brandhorst, M. / Weber-Guskar, E. (Hrsg.), *Menschenwürde* (S. 45-59), Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Schaber, P. (2021). *Vorlesung Autonomie und Menschenwürde. Zwei Grundbegriffe der Moral*. Universität Zürich, Advanced Studies in Applied Ethics, 23.04.2021.
- Schink, P. (Hrsg.). (2017). *Freiheit. Zeitgenössische Texte zu einer philosophischen Kontroverse*. Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Schweizerischer Bundesrat (2012). Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012 (BBl 2012 4721). Abgerufen am 18. Dezember 2022 von <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/670/de>.
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Stand am 22. November 2022 (SR 311.0).
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Stand am 1. Juli 2022 (SR 210).
- Spycher, D. (2013). *Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe. Von der Notwendigkeit des Vergeltungsgedankens in einem präventionsorientierten Strafrecht*. Taunusstein: Verlag Dr. H. H. Driesen.