

Zwischen Solidarität und Strafbarkeit

Eine kritische Analyse des Art. 116 AIG

ENJA JÄGGI*

SCHLAGWÖRTER	Migrationsrecht – Strafrecht – Migrationsstrafrecht – Crimmigration – crimes of solidarity – overcriminalization
ZUSAMMENFASSUNG	Die Kriminalisierung solidarischer Hilfe im Migrationsrecht, insbesondere durch Art. 116 AIG, wirft grundlegende Fragen zur Legitimität und Zielsetzung auf. Während die Bekämpfung von Schlepperbanden ein legitimes Ziel darstellt, zeigt die Praxis, dass auch humanitäre Helfer:innen kriminalisiert werden. Diese Unterstützung gefährdet weder die öffentliche Ordnung noch die territoriale Hoheitsgewalt der Schweiz. Stattdessen verstärkt die Kriminalisierung gesellschaftliche Abschreckung und behindert die Zivilgesellschaft in der Ausübung von Solidarität. Internationale Empfehlungen zeigen Wege zur Entkriminalisierung, indem humanitäre Motive berücksichtigt werden. Eine Reform des Art. 116 AIG, die Solidarität schützt und nur Schleuseraktivitäten sanktioniert, wäre notwendig, um Rechtsstaatlichkeit und gesellschaftliches Engagement zu fördern.
RÉSUMÉ	La criminalisation de l'aide humanitaire dans le droit pénal migratoire suisse soulève des questions éthiques et juridiques. Bien que l'article 116 LEI vise à lutter contre les réseaux de passeurs, il pénalise aussi des particuliers agissant par solidarité. Cette ambiguïté compromet l'objectif initial et dissuade l'engagement citoyen. Les infractions liées à l'immigration sont souvent de faible gravité, ce qui rend disproportionné le haut niveau de sanctions, surtout pour les aidants humanitaires. À l'échelle internationale, des recommandations appellent à protéger ces actes altruistes. Une réforme introduisant l'impunité pour les actions motivées par des raisons honorables serait une avancée essentielle, alignée avec les principes fondamentaux du droit pénal.
SUMMARY	The criminalization of humanitarian aid under Swiss migration law raises ethical and legal concerns. While Article 116 AIG targets smuggling networks, it also penalizes individuals acting in solidarity, creating a conflict with its original purpose and deterring civic engagement. Migration-related offenses are often minor, making the severe penalties disproportionate, particularly for humanitarian helpers. International guidelines advocate protecting altruistic acts. A reform introducing immunity for actions driven by honorable motives would be a crucial step, aligning with the fundamental principles of criminal law.

I. Einleitung

«Solidarität ist kein Verbrechen»¹ und «Solidarität nicht mehr kriminalisieren»² lauten die Namen von politischen Vorstössen der letzten Jahre mit dem Ziel, den Art. 116 AIG zu ändern. Grundsätzlich ist Solidarität ein erstre-

benswertes Ideal in einem demokratischen System, das auch in der Präambel der Bundesverfassung erwähnt wird. Wird die Solidarität jedoch gegenüber gewissen Menschen ausgeübt, so ist sie in der Schweiz strafbar. Denn Art. 116 AIG³ stellt die Förderung der rechtswidrigen Einreise, Ausreise und des rechtswidrigen Aufenthaltes unter Strafe. Macht es also rechtlich einen Unterschied, wem geholfen wird?

An diesem Punkt ist es wichtig, den Begriff der Solidarität genauer zu beleuchten. Solidarität meint hier nicht nur das moralische Mitgefühl für andere, sondern konkrete Handlungen, die darauf abzielen, Menschen in Notlagen zu unterstützen – unabhängig von deren rechtlichem Status. Gerade diese Form von praktizierter Soli-

* ENJA JÄGGI, MLaw, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Universität Bern, Institut für öffentliches Recht, Abteilung für Migrationsrecht.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-095-6_02.

¹ Petition Solidarité sans frontières (19.2031) «Solidarität ist kein Verbrechen» vom 4. Dezember 2019 (zit. Pet. Solidarité sans frontières).

² Parlamentarische Initiative Mazzone (18.461) «Art. 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren» vom 28. September 2018 (zit. Pa.Iv. Mazzone).

³ Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (AIG; SR 142.20).

darität gerät in ein Spannungsfeld mit der strafbaren Hilfeleistung nach Art. 116 AIG.

Ursprünglich zur Bekämpfung von Schlepperkriminalität geschaffen, erfasst der Grundtatbestand nach Art. 116 Abs. 1 AIG auch einmalige solidarische Handlungen von Privatpersonen. Die Fälle von Anni Lanz, die einen psychisch kranken abgewiesenen Asylsuchenden von Domo-dossola in die Schweiz brachte,⁴ oder von Lisa Bosia Mirra, die Jugendliche beim Grenzübertritt in die Schweiz unterstützte,⁵ zeigen die Tragweite dieser gesetzlichen Bestimmung. Menschen, die aus Solidarität handeln, werden kriminalisiert – ein Spannungsfeld zwischen humanitärem Engagement und staatlichem Recht. Trotz wachsender Kritik und politischer Bemühungen bleibt die Entkriminalisierung bislang unerreicht.

In diesem Artikel werden zentrale Problematiken im Zusammenhang mit der Strafbarkeit der Hilfeleistung bei rechtswidriger Einreise und Aufenthalt beleuchtet. Zunächst erfolgt eine dogmatische Darstellung von Art. 116 AIG (Kapitel II), gefolgt von einer kritischen Analyse zentraler Aspekte. Insbesondere wird untersucht, welche Rechtsgüter durch diesen Straftatbestand geschützt werden sollen, wie sie von der Politik und der Lehre begründet werden und ob die Priorisierung der Rechtsgüter überzeugend ist (Kapitel III). Darüber hinaus wird die Kriminalisierung von solidarisch handelnden Privatpersonen kritisch betrachtet (Kapitel IV). Der Beitrag schliesst mit einem Fazit und Anregungen für eine Anpassung von Art. 116 AIG (Kapitel V).

II. Dogmatik des Art. 116 AIG

Im Folgenden wird kurz auf die Entstehung und Entwicklung der Norm sowie auf ausgewählte Fragen der Dogmatik des Straftatbestandes des Art. 116 AIG eingegangen.

A. Entwicklung des Art. 116 AIG

Die Unterstützung bei der rechtswidrigen Einreise oder beim unrechtmässigen Aufenthalt wurde 1948 im Zuge einer Gesetzesrevision als Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) ins Gesetz aufgenommen. Ziel dieser neuen Strafbestimmung war es, vor allem die sogenannten «gewerbmässigen Passeur» zu erfassen, die in der Zeit des

Zweiten Weltkriegs zunehmend aktiv geworden waren.⁶ Der Tatbestand des Art. 23 ANAG bezog sich jedoch nicht nur auf Schlepper:innen, sondern auch auf Privatpersonen.⁷ Interessanterweise wurde in Art. 23 Abs. 2 ANAG eine Strafbefreiung für Geflüchtete und deren Helfer:innen festgehalten, sofern diese aus achtenswerten Beweggründen handelten.

Bei der Schaffung des AuG im Jahr 2002 beabsichtigte der Gesetzgeber eine allgemeine Verschärfung der Strafbestimmungen und ein konsequentes Vorgehen gegen die Schlepperkriminalität.⁸ Dabei wurde die Bestimmung zur Strafflosigkeit von Hilfeleistungen aus achtenswerten Beweggründen aufgehoben.

Wie eingangs erwähnt, gab es in den vergangenen Jahren trotz zunehmender Kriminalisierung politische Bestrebungen, die Bestrafung der solidarischen Hilfeleistungen wieder zu entkriminalisieren. Die parlamentarische Initiative von Lisa Mazzone «Artikel 116 AuG: Solidarität nicht mehr kriminalisieren»⁹ wurde im März 2020 vom Nationalrat abgelehnt. Auch der Petition von Solidarité sans frontières «Solidarität ist kein Verbrechen»¹⁰ wurde im März 2023 vom Nationalrat keine Folge gegeben. Stattdessen hob das Parlament im Jahr 2021 die Privilegierung nach Art. 116 Abs. 2 AuG auf, die als Strafdrohung eine Busse vorsah.¹¹ Zur Begründung wurde ausgeführt, den leichten Fällen könne mittels einfacher Geldstrafe nach Art. 34 StGB, einer Strafflosigkeit aufgrund fehlenden Strafbedürfnisses nach Art. 52 StGB oder durch eine Strafmilderung nach Art. 48 StGB wegen achtenswerter Beweggründe Rechnung getragen werden. Die Aufhebung des leichten Falles führt dazu, dass solidarische Hilfeleistungen stets eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe gemäss dem Grundtatbestand¹² und somit auch einen

⁴ BGE 146 IV 297.

⁵ <https://www.tagesanzeiger.ch/fluechtlinge-in-die-schweiz-geholt-sp-frau-vor-gericht-413238359759>, abgerufen am 10. Januar 2025.

⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über Abänderung und Ergänzung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 8. März 1948, BBl 1948 1293 f., 1300.

⁷ BGE 130 IV 77, 79 f., E. 2.2.

⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709 f., 3833, 3761.

⁹ Pa.Iv. Mazzone (Fn. 2).

¹⁰ Pet. Solidarité sans frontières (Fn. 1).

¹¹ Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht vom 25. April 2018, BBl 2018 2827 ff., 2903. Dem leichten Fall könne mit einer geringen Geldstrafe nach Art. 34 Abs. 1 StGB oder dem Absehen von einer Bestrafung wegen fehlenden Strafbedürfnisses gem. Art. 52 StGB Rechnung getragen werden.

¹² VALERIA FISCHER, Die Strafbarkeit humanitärer Hilfeleistungen, *forumpoenale* 2023, 205 ff., 207.

Strafregistereintrag zur Folge haben.¹³ Diese historische Entwicklung zeigt, dass die ursprünglich eng gefasste Norm zunehmend solidarische Handlungen erfasst – mit weitreichenden Folgen für das humanitäre Engagement.

B. Objektiver Tatbestand von Art. 116 AIG

Nach Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer im In- oder Ausland ausländischen Personen die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt erleichtern oder vorbereiten hilft.

1. Allgemeines

Das Migrationsstrafrecht – somit auch Art. 116 AIG – zählt zum sogenannten Nebenstrafrecht, auf welches gemäss Art. 333 StGB der allgemeine Teil des StGB Anwendung findet. Vom AIG sind grundsätzlich ausländische Personen erfasst; sie unterstehen aufgrund ihres Status besonderen Pflichten in der Schweiz. Beim Migrationsstrafrecht handelt es sich um sogenannte verwaltungsakzessorische Straftatbestände, d.h. die Tatbestände verweisen auf die verwaltungsrechtlichen Vorschriften des AIG.¹⁴ Die Nichtbefolgung der Verwaltungsnormen hat somit eine Strafe zur Folge.¹⁵ Das Migrationsstrafrecht ist daher eng verknüpft mit den Zielen des Migrationsrechts, welches auf Abwehr von irregulärer Migration ausgerichtet ist.¹⁶

Die Strafandrohung beträgt bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Aufgrund der Prioritätenregelung in Art. 41 Abs. 1 StGB ist im Falle, dass das Gesetz die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe lässt, die Sanktion vorzuziehen, die weniger in die Freiheitsrechte der betroffenen Person eingreift. In Bezug auf Art. 116 AIG werden daher in der Praxis meist Geldstrafen ausgespro-

chen. Der grösste Nachteil einer Verurteilung besteht für die Betroffenen wohl nicht primär in der ausgesprochenen Geldstrafe, sondern im Eintrag in das Strafregister.¹⁷

Der Qualifikationstatbestand gemäss Art. 116 Abs. 3 AIG kommt zur Anwendung, wenn Bereicherungsabsicht besteht (lit. a) oder der oder die Täter:in als Teil einer Schlepperbande handelt (lit. b). Eine Bereicherungsabsicht liegt nur vor, wenn der verlangte Betrag unrechtmässig ist; marktkonforme Preise für eine Wohnungsmiete oder eine Taxifahrt fallen unter den Grundtatbestand.¹⁸ Um als Bande zu gelten, braucht es mehrere Täter:innen, die sich mit dem Willen zusammenfinden, gemeinsam eine Mehrzahl von Straftaten zu begehen.¹⁹ Bei der Qualifikation beträgt die Strafandrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Der Strafrahmen ist somit fünfmal höher als bei der Haupttat.

Ein zentraler Punkt bei der Entscheidung, ob die Qualifikation oder der Grundtatbestand von Art. 116 AIG einschlägig ist, bildet die Abgrenzung zwischen solidarischer Fluchthilfe und kommerzieller Schleuserkriminalität. Fluchthelfer:innen sind im vorliegenden Kontext Personen, die Migrant:innen bei der Einreise oder beim Aufenthalt unterstützen, wobei ihre Motivation primär in humanitären oder solidarischen Gründen liegt. Demgegenüber werden die Begriffe Schleuser:in und Schlepper:in synonym verwendet, um Handlungen zu bezeichnen, die auf eine Unterstützung aus primär gewinnorientierten Absichten abzielen. Diese Differenzierung ist wesentlich, da sie den Kern der rechtlichen und moralischen Bewertung der jeweiligen Handlung betrifft.²⁰

2. Verselbstständigte Gehilfenschaft

Die Haupttat, an die Art. 116 AIG anknüpft, ist die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder der rechtswidrige Aufenthalt nach Art. 115 AIG. Eine rechtswidrige Einreise liegt vor, wenn die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AIG nicht eingehalten wurden. Die meisten Fälle der rechtswidrigen Einreise betreffen Personen, die ohne oder mit gefälschten Reisepapieren, ohne ein erforderliches Visum

¹³ TOBIAS GRASDORF-MEYER/LISA OTT/LUZIA VETTERLI, *Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht*, Bern 2021, N 1375; ein Strafregistereintrag erfolgte beim leichten Fall nur bei Busen über CHF 5000.

¹⁴ ALEXANDRA BÜCHLER, *Die Konsequenzen des rechtswidrigen Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen in der Schweiz*, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, Bern 2016, 81 ff., 93.

¹⁵ MICHAEL HEGHMANN, *Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln*, Band 125, Berlin 1999, 35 ff.

¹⁶ MARC SPESCHA, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 4. Aufl., Zürich 2020, 387, welcher kritisiert, dass aufgrund dieser Ausrichtung gewisse strafrechtliche Grundprinzipien, wie etwa das Schuldprinzip, vernachlässigt würden.

¹⁷ Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG ist ein Vergehen nach Art. 10 Abs. 3 StGB und wird demnach gem. Art. 18 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 Bundesgesetz über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA vom 17. Juni 2016 (Strafregistergesetz; SR 330) ins Strafregister eingetragen.

¹⁸ OFK AIG-ZÜND, Art. 116 N 8.

¹⁹ BGE 132 IV 132, 137, E. 5.2; OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 8.

²⁰ Siehe dazu: Wörterverzeichnis der Neuen deutschen Medienmacher*innen (NdM), auffindbar unter: <https://glossar.neue-medienmacher.de/glossar/schlepper-und-schleuser>, abgerufen am 10. Januar 2025.

oder trotz Fernhaltemassnahmen einreisen.²¹ Ein Aufenthalt ist rechtswidrig, wenn eine Person nicht oder nicht mehr über die erforderliche Bewilligung verfügt, um sich in der Schweiz aufhalten zu dürfen. Um eine Strafbarkeit zu begründen, bedarf es einer gewissen Dauer des Aufenthaltes.²² Beim rechtswidrigen Aufenthalt handelt es sich um ein sogenanntes Dauerdelikt, eine Person kann also mehrmals dafür bestraft werden. Die Strafandrohung von Art. 115 AIG ist ebenfalls Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. Ausserdem handelt es sich bei Art. 115 AIG um ein Sonderdelikt; der Tatbestand kann nur von ausländischen Personen verwirklicht werden.

Im Verhältnis zur Haupttat nach Art. 115 AIG stellt Art. 116 AIG aus rechtsdogmatischer Sicht eine Gehilfenschaft dar. Dabei muss die Hilfeleistung grundsätzlich vorsätzlich erfolgen und eine rechtswidrige, tatbestandsmässige Haupttat vorliegen, die ebenfalls vorsätzlich begangen wurde.²³ Auch die Haupttat muss mindestens versucht worden sein sowie tatbestandsmässig und rechtswidrig sein.²⁴ Der Ort der Hilfeleistung kann sich in der Schweiz oder im Ausland befinden, solange der Erfolg in der Schweiz eintritt.²⁵

Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine «normale» Gehilfenschaft, da die Hilfeleistung als sogenannte verselbstständigte Gehilfenschaft zur eigenständigen Täterschaft erhoben wird. Dies führt dazu, dass die obligatorische Strafmilderung für Teilnahmehandlungen nach Art. 25 StGB nicht zur Anwendung kommt. Zudem sollte die Teilnahme an einem Sonderdelikt (bei Art. 115 AIG handelt es sich um ein solches) grundsätzlich milder bestraft werden, was im Falle von Art. 116 AIG ebenfalls nicht beachtet wird. Im Migrationsstrafrecht wird somit von den strafrechtlichen Zurechnungsregeln von Täterschaft und Teilnahme abgewichen.²⁶

3. Welche Hilfe ist strafbar?

Was genau unter den Begriff des «Erleichterns» oder «Vorbereitenhelfens» des *Aufenthalts* fällt, ist nicht direkt aus dem Gesetzeswortlaut ersichtlich. Das Erleichtern oder Vorbereitenhelfen der unerlaubten *Einreise* umfasst ebenfalls viele (Vorbereitungs-)Handlungen, ist aber klarer einzugrenzen. So ist hier etwa das Befördern einer unerlaubten einreisenden Person im Auto über die Grenze tatbestandmässig.²⁷ Der Tatbestand von Art. 116 AIG ist sehr weit und unpräzise formuliert, was angesichts des Bestimmtheitsgebots nach Art. 1 StGB (*nulla poena sine lege*) problematisch erscheint.²⁸ Die Handlung eines Gehilfen muss kausal für die Haupttat sein, indem sie deren Erfolgchancen erhöht. Da der rechtswidrige Aufenthalt ein Dauerdelikt ist und sich die betreffende Person daher dauernd rechtswidrig verhält, könnte theoretisch jeder sozialadäquate und alltägliche Kontakt mit dieser Person als Erleichterungshandlung eingestuft werden.²⁹ Dazu kommt, dass auch eine psychische Gehilfenschaft möglich ist, was den ohnehin weiten Anwendungsbereich des Tatbestandes noch vergrössert.³⁰ Sowohl die Lehre als auch das Bundesgericht sind sich einig, dass eine Eingrenzung erforderlich ist.³¹

Das Bundesgericht unterscheidet zwischen straflosen Alltagshandlungen und strafbaren Hilfeleistungen anhand der Frage, ob die Unterstützung den Erlass oder die Vollstreckung einer Verfügung erschwert oder die Verhaftungsmöglichkeiten einschränkt.³² Entscheidend ist, ob der behördliche Zugriff auf die ausländische Person durch die Handlung beeinträchtigt wird.³³ Eine Erleichterung

²¹ OFK AIG-ZÜND, Art. 115 N 1.

²² VALENTIN ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, Dissertation, Zürich 1991, 44, spricht sich für eine Dauer von 24 Stunden aus.

²³ LUZIA VETTERLI/GABRIELLE D'ADDARIO DI PAOLO, in: Martina Caroni/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2024, Art. 116 AIG N 4 f. (zit. SHK AIG).

²⁴ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 4.

²⁵ OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 5.

²⁶ PETER ALBRECHT, Die strafbare Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts ausländischer Personen in der Schweiz gemäss Art. 116 AuG, AJP 2012, 791 ff., 792 f.

²⁷ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 18. Als Vorbereitungshandlungen (meist von Schlepperorganisationen begangen) kommen hier etwa das Anwerben von Kund:innen, Routenplanung, Beschaffung falscher Reisepapiere u.Ä. infrage.

²⁸ ALBRECHT (Fn. 27), 791.

²⁹ GRASDORF-MEYER/OTT/VETTERLI (Fn. 14), N 1377.

³⁰ SIEGLINDE CANNAWURE, Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht, Berlin 2007, 168.

³¹ OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 2; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 9 f.; GAËLLE SAUTHIER, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Vol. II: Loi sur les étrangers (LEtr), Commentaire, Bern 2017, Art. 116 LEtr N 1314 (zit. Comm. LEtr); siehe zur Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa die Ausführungen in BGE 130 IV 77, 80, E. 2.3.2: «Tout contact avec cet étranger, qui rend plus agréable le séjour de celui-ci en Suisse, ne saurait être punissable au sens de l'art. 23 al. 1 5e phrase LSEE. Sinon, le champ d'application de cette disposition serait illimité.»

³² BGer 6S.459/2003 (8. März 2004), E. 2.2.

³³ BGE 130 IV 77, 80, E. 2.3.2.

des rechtswidrigen Aufenthaltes sieht das Bundesgericht etwa in der Beherbergung. Dabei spiele es keine Rolle, ob das Zimmer im Rahmen eines Hotelaufenthaltes, eines Mietvertrages oder durch einen Arbeitgeber vermietet wird.³⁴ Keine Förderung des rechtswidrigen Aufenthaltes sieht das Bundesgericht hingegen im Transport einer Person von hundert Kilometern im Landesinnern.³⁵

Auch in der Lehre herrscht Konsens, dass nicht jeder Kontakt mit einer sich rechtswidrig aufhaltenden Person, der ihren Aufenthalt angenehmer macht, unter den Tatbestand fällt.³⁶ So schlägt ZÜND vor, das Kriterium des *deliktischen Sinnbezugs* anzuwenden.³⁷ Dieser liegt vor, wenn die Hilfeleistung ausschliesslich darauf abzielt, die Haupttat zu ermöglichen.³⁸ Das Mitgeben von Proviant für die Einreise in die Schweiz wäre demnach nicht erfasst, da es an einem spezifischen Bezug zum rechtswidrigen Aufenthalt fehlt.³⁹ Allerdings stösst dieses Kriterium bei komplexeren Handlungen wie der Beherbergung an Grenzen.⁴⁰

CANNAWURF unterscheidet zwischen straflosen, sozialadäquaten Handlungen, wie etwa dem Anbieten von Essen, und solchen, die eine notwendige Voraussetzung für die Haupttat darstellen, wie etwa dem Bereitstellen einer Wohnung.⁴¹ Somit zeige sich eine gewisse Ähnlichkeit zur Begünstigung⁴² nach Art. 305 StGB.⁴³ Bezugnehmend auf den Tatbestand der Begünstigung fordern VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, dass die Unterstützung eine *erhebliche zeitliche und inhaltliche Schwierigkeit* des behördlichen Zugriffs verursachen müsse.⁴⁴ Diese durch den Täter verursachte Schwierigkeit, auf die ausländische

Person zuzugreifen, soll nach GRASDORF-MEYER/OTT/VETTERLI in der Anklageschrift ausgeführt und begründet werden.⁴⁵

Die strafrechtliche Bewertung der Beherbergung einer rechtswidrig anwesenden Person ist besonders schwierig. ROSCHACHER betrachtet eine Beherbergung grundsätzlich als Erleichterungshandlung, selbst wenn die Behörden Zugriffsmöglichkeiten haben.⁴⁶ Auch das Bundesgericht wertete die kostenlose dreimonatige Beherbergung eines *Sans-Papiers* in einer Kirche als strafbare Handlung, da sie den Zugriff der Behörden erschwert habe.⁴⁷ In einem neueren Entscheid präziserte das Bundesgericht jedoch, dass eine Beherbergung nur ab einer gewissen Dauer strafbar sei. Kurzzeitige Unterbringungen von wenigen Tagen oder Wochen erschwerten den behördlichen Zugriff nicht erheblich und erfüllten den deliktischen Sinnbezug nicht. Da ein Obdach zu haben ein grundlegendes menschliches Bedürfnis sei, fehle es zu Beginn am deliktischen Sinnbezug, denn die Beherbergung würde vorerst nicht speziell auf den rechtswidrigen Aufenthalt abzielen. Mit zunehmender Dauer der Beherbergung rücke jedoch der illegale Aufenthalt stärker in den Vordergrund.⁴⁸

Eine Beherbergung bleibt demnach straflos, wenn die Behörden den Aufenthaltsort der betroffenen Person kennen, diesen durch zumutbare Nachforschungen ermitteln können oder die Unterkunft nur kurzfristig gewährt wird.⁴⁹ Das sogenannte Kirchenasyl, bei dem die Behörden über die Unterbringung informiert sind, ist ein Beispiel für eine straflose Handlung. Weil die Migrationsbehörden und die Polizei jederzeit auf die Person zugreifen könnten, liegt kein «Erleichtern» vor. Im Falle einer heimlichen Unterbringung in Kirchenräumen mit dem Ziel, den Zugriff der Behörden zu verhindern, ist hingegen eine Strafbarkeit nach Art. 116 AIG gegeben.⁵⁰ Der Fall des Pfarrers Norbert Valley, der einen abgewiesenen Asylsuchenden in einer Kirche beherbergte und freigesprochen wurde, illustriert den Umgang der Justiz

³⁴ BGE 118 IV 262, 264 f., E. 3a; ROSCHACHER (Fn. 23), 87.

³⁵ BGer 6S.459/2003 (8. März 2004), E. 2.3.

³⁶ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 9 f.; ALBRECHT (Fn. 27), 796.

³⁷ OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 2.

³⁸ GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024, §13 N 120.

³⁹ OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 2; CANNAWURF (Fn. 31), 200 f., unterscheidet ähnlich zwischen straflosen, sozialadäquaten Handlungen, wie zum Beispiel das Anbieten von Essen oder das Trinken eines Biers, und solchen Handlungen, die eine notwendige Voraussetzung für die Haupttat darstellen, wie etwa das Bereitstellen einer Wohnung.

⁴⁰ ALBRECHT (Fn. 27), 798; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 11.

⁴¹ CANNAWURF (Fn. 31), 200 f.

⁴² Nach Art. 305 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer jemandem der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder einer Massnahme nach den Art. 59–61, 63 und 64 entzieht.

⁴³ ALBRECHT (Fn. 27), 798; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 11.

⁴⁴ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 11.

⁴⁵ GRASDORF-MEYER/OTT/VETTERLI (Fn. 14), N 1379.

⁴⁶ ROSCHACHER (Fn. 23), 87 ff.

⁴⁷ BGE 130 IV 77, 80, E. 2.3.3. ALBRECHT kritisiert diese Rechtsprechung des Bundesgerichts und vertritt die Meinung, es müsse der strikte Nachweis erbracht werden, dass die Unterkunft als Versteck gedient habe und dadurch der rechtswidrige Aufenthalt verlängert worden sei (ALBRECHT [Fn. 27], 787).

⁴⁸ BGer 6B_127/2022 (22. März 2023), E. 2.3.2; BGer 6B_128/2009 (17. Juli 2009), E. 2.2.

⁴⁹ ALBRECHT (Fn. 27) 799; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 15 f.

⁵⁰ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 15 f.

mit dem Kirchenasyl.⁵¹ Strafflos bleiben zudem Handlungen, die durch verfassungsmässige Rechte der betroffenen Person geschützt sind, wie medizinische Versorgung oder Schulbesuch von Kindern ohne Aufenthaltsrecht.⁵²

Um den Anwendungsbereich des weiten Tatbestands von Art. 116 AIG einzuschränken, erscheint es sinnvoll, darauf abzustellen, ob eine Handlung den Zugriff der Behörden auf die ausreisepflichtige Person erheblich erschwert. Trotz Eingrenzungen des Tatbestandes durch Rechtsprechung und Lehre bleibt eine ständige Unsicherheit für die Betroffenen bestehen. Solidarisch handelnde Personen wissen oft nicht, ob ihre Unterstützung bereits strafbar ist. Dieses Klima der Unsicherheit kann das Vertrauen in den Umgang mit Migrant:innen beeinträchtigen und Solidarität in der Gesellschaft schwächen.

C. Subjektiver Tatbestand

Auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes ist einzig der Vorsatz strafbar. Es braucht ein Wissen und auch einen Willen betreffend die Hilfeleistung als auch bezüglich der rechtswidrigen Einreise oder des Aufenthaltes. Auch der Eventualvorsatz ist ausreichend, die Fahrlässigkeit ist nicht strafbar.⁵³ Weil so viele Alltagshandlungen vom Tatbestand erfasst sein könnten, soll das Wissen betreffend den rechtswidrigen Aufenthalt nicht zu schnell angenommen werden.⁵⁴

D. Rechtfertigung

Die Hilfe kann unter Umständen gerechtfertigt sein. Dies ist bei der Unterstützung von Geflüchteten der Fall, bei denen die rechtswidrige Einreise durch Art. 31 Ziff. 1 GFK⁵⁵ gerechtfertigt ist.⁵⁶ Auch wenn es sich nicht direkt

aus der GFK ergibt, gilt dies auch für die Helfer:innen.⁵⁷ Allerdings ist zu beachten, dass sich für die helfende Person eine gewisse Prognoseschwierigkeit ergibt, da sie nicht weiss, wie das Asylverfahren ausgeht und ob die Rechtfertigung nach der GFK zur Anwendung kommt oder nicht. Ebenfalls gerechtfertigt ist etwa die Hilfe für eine sich rechtswidrig aufhaltende Person durch den oder die Ehepartner:in. Gleiches soll auch für nicht verheiratete Lebenspartnerschaften gelten.⁵⁸

Bei der Rechtfertigung kommen auch die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen oder eine Strafflosigkeit aufgrund von Art. 52 StGB infrage. Bei den allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen liegt eine Berufung auf die Notstandshilfe nach Art. 17 StGB am nächsten. Damit diese zur Anwendung kommt, braucht es eine strikte Subsidiarität.⁵⁹ An diesem Kriterium dürfte eine Rechtfertigung in der Praxis oft scheitern.⁶⁰ So war das Bundesgericht im Fall von Anni Lanz der Ansicht, der abgewiesene Geflüchtete habe sich nicht in Lebensgefahr befunden und müsse die Eingriffe in seine Rechtsgüter dulden. Folglich komme eine Notstandshilfe nicht in Betracht.⁶¹ Ausserdem seien andere legale und zumutbare Handlungsalternativen zur Verfügung gestanden, weshalb es an der absoluten Subsidiarität der Hilfeleistung fehle.⁶² Betreffend die Strafbefreiung nach Art. 52 StGB müsse die Tat im Quervergleich zu anderen solchen Taten sowohl vom Verschulden als auch von den Tatfolgen her als unerheblich gelten, sodass kein Strafbedürfnis vorliege. Dies wurde in dem Fall verneint.⁶³

Die restriktive Anwendung von Rechtfertigungsgründen führt dazu, dass solidarisches Handeln oft kriminalisiert wird, selbst wenn humanitäre Werte im Vordergrund

⁵¹ Pfarrer Norbert Valley wurde am 12. März 2020 vom Polizeigericht La Chaux-de-Fonds freigesprochen. Siehe dazu: [srf.ch/schweiz/solidaritaet-mit-asylsuchenden-trotz-freispruch-bleibt-eine-gewisse-enttauschung](https://www.srf.ch/schweiz/solidaritaet-mit-asylsuchenden-trotz-freispruch-bleibt-eine-gewisse-enttauschung), abgerufen am 3. Dezember 2024.

⁵² ALBRECHT (Fn. 27), 799; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 11; OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 2; SAUTHIER (Fn. 32), Comm. LEtr, Art. 116 LEtr N 1315.

⁵³ OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 4; BGer 6B_127/2022 (22. März 2023), E. 2.3.2.

⁵⁴ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 22.

⁵⁵ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (GFK; SR 0.142.30).

⁵⁶ Die Rechtfertigung der GFK kommt gemäss der Lehre während des laufenden Asylverfahrens auch bei Asylsuchenden zur Anwendung (denn Schutzsuchende sind so lange als Flüchtlinge i.S.d. GFK zu behandeln, bis ihr Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde). Siehe STEPHAN KLAMMER, in:

Constantin Hruschka (Hrsg.), Die Genfer Flüchtlingskonvention, Nomos Handkommentar, Baden-Baden 2022, Art. 31 GFK N 8.

⁵⁷ SPESCHA (Fn. 17), 393; OFK AIG-ZÜND (Fn. 19), Art. 116 N 3; Botschaft AuG (Fn. 8), BBl 2002 3832; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 24.

⁵⁸ SPESCHA (Fn. 17), 393.

⁵⁹ JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, partie générale, Genf/Zürich/Basel 2008, N 747.

⁶⁰ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 25.

⁶¹ BGE 146 IV 297, 309 f., E. 2.2.8 f.

⁶² BGE 146 IV 297, 303, E. 2.2.2. Noch strenger wird dieses Kriterium beim übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gehandhabt, wonach die Tat als einziges infrage kommendes Mittel gelten muss. Daher erscheint auch die Berufung auf diesen Rechtfertigungsgrund in Fällen von Art. 116 AIG nicht Erfolg versprechend.

⁶³ BGE 146 IV 297, 309 f., E. 2.3.

stehen. Problematisch erscheint dies vor allem, weil der Bundesrat bei der Aufhebung des leichten Falles nach Art. 116 Abs. 2 AIG argumentierte, solidarischem Handeln könne mit Art. 52 StGB Rechnung getragen werden. Gleichzeitig wurde diese Norm vom Bundesgericht in solchen Fällen bisher nicht angewendet.⁶⁴ Dazu kommt, dass die «legalen» Wege oft eine Kontaktaufnahme mit den Behörden beinhalten und somit der rechtswidrige Aufenthalt offengelegt werden müsste.⁶⁵

Nach dieser Darstellung der rechtlichen Grundlagen stellt sich die Frage: Welche Rechtsgüter sollen durch Art. 116 AIG überhaupt geschützt werden?

III. Was wird geschützt?

Das Strafrecht dient dem Schutz bestimmter Rechtsgüter.⁶⁶ Ziel ist es, moralische Zwecke nicht durch Strafrecht zu verfolgen, sondern stattdessen Rechte und rechtlich geschützte Güter zu wahren.⁶⁷ Durch diesen Schutz wird die Pönalisierung einer bestimmten Handlung legitimiert.

Im Migrationsstrafrecht ist es nicht einfach, das den Straftatbeständen zugrunde liegende Rechtsgut zu bestimmen und auch in der Lehre herrscht keine Einigkeit darüber. Um besser einzuordnen, welchem Schutz Art. 116 AIG dient, werden verschiedene infrage kommende Rechtsgüter kurz diskutiert. Dafür bedarf es noch einer Unterscheidung zwischen Kollektiv- und Individualrechtsgütern: Individualrechtsgüter schützen die Interessen von Einzelpersonen, etwa das Eigentum oder Leib und Leben. Bei den Kollektivrechtsgütern⁶⁸ werden hingegen Interessen der Allgemeinheit geschützt, etwa der Rechtsfriede oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung.⁶⁹

⁶⁴ FISCHER (Fn. 13), 207.

⁶⁵ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 25.

⁶⁶ Eine Diskussion um die durchaus umstrittene Rechtsgutstheorie sprengt den Rahmen dieses Beitrages. Zur Kritik an der Rechtsgutstheorie siehe etwa: GÜNTER STRATENWERTH, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter – Zur Legitimation von «Verhaltensdelikten», in: Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, 2017, 643 ff., 661; MARIANNE JOHANNA HILF, Wer ist das Opfer?, in: Daniel Jositsch et al. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 381 ff., 384 f.

⁶⁷ KURT SEELMANN/CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2016, N 4.

⁶⁸ Kollektivrechtsgüter und Rechtsgüter der Allgemeinheit werden daher als Synonyme verwendet.

⁶⁹ HILF (Fn. 67), 389.

A. Mögliche Rechtsgüter des Art. 116 AIG

Ganz allgemein besteht der Zweck der Migrationsstrafatbestände darin, die verwaltungsrechtlichen Normen des AIG durchzusetzen.⁷⁰ Zunächst stellt sich die Frage, ob mit Art. 116 AIG dieselben Rechtsgüter geschützt werden sollen wie mit der Haupttat. Auch bei der Haupttat nach Art. 115 AIG ist das Rechtsgut nicht eindeutig. VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO sind der Ansicht, dass der Schutz der territorialen Hoheitsgewalt der Schweiz das wahrscheinlichste Rechtsgut des Art. 115 AIG ist.⁷¹

1. Gesetzgeberischer Wille

Aus den Botschaften lässt sich der gesetzgeberische Wille in Bezug auf das zu schützende Rechtsgut des Art. 116 AIG nicht herauslesen: Bei der Einführung des entsprechenden Tatbestandes im ANAG wurde die Wichtigkeit der Bekämpfung von gewerbsmässigen Passeur:innen hervorgehoben.⁷² In der Botschaft zur Schaffung des AuG erfolgte die Erhöhung der Strafrahmen mit Verweis auf die Bekämpfung der rechtswidrigen Einreise und des Aufenthalts sowie der Schlepperkriminalität.⁷³ Was das zu schützende Rechtsgut des Art. 116 AIG ist, wurde vom Gesetzgeber nicht explizit erwähnt.

2. Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit

In der Lehre wird der Schutzzweck des Art. 116 AIG im Schutz von Kollektivrechtsgütern gesehen.⁷⁴ Daher wird nachfolgend ein kurzer Blick auf die infrage kommenden Rechtsgüter der Allgemeinheit geworfen.

a. Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung?

Gefährdet die unrechtmässige Migration und somit auch die Hilfe dafür die öffentliche Sicherheit und Ordnung? Die Behauptung, die öffentliche Sicherheit und Ordnung sei durch irreguläre Migration bedroht, hört man sowohl von Politiker:innen als auch von den Medien.⁷⁵

⁷⁰ BÜCHLER (Fn. 15), 112; SPESCHA (Fn. 17), 387.

⁷¹ LUZIA VETTERLI/GABRIELLE D'ADDARIO DI PAOLO, in: Martina Caroni/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2024, Vorbemerkungen zu Art. 115–120 AIG, N 7 (zit. SHK AIG).

⁷² Botschaft Änderung ANAG (Fn. 6), BBl 1948 1293, 1300.

⁷³ Botschaft AuG (Fn. 8), BBl 2002 3833, 3761.

⁷⁴ ALBRECHT (Fn. 27), 792; SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 72), Vorbemerkungen zu Art. 115–120 AIG N 7; CANNAWURF (Fn. 31), 43 f.

⁷⁵ Siehe etwa die Eidgenössische Volksinitiative «Asylmissbrauch stoppen!» (Grenzschutzinitiative der SVP) (im Sammelstadium);

Als Rechtsgut ist die öffentliche Sicherheit bedroht, wenn das unbedrohte Dasein aller im Staat gefährdet ist. Solch eine Gefährdung ist weder bei der rechtswidrigen Einreise noch dem rechtswidrigen Aufenthalt noch bei der Hilfe zu beidem ersichtlich.⁷⁶ Auch eine allfällige Straffälligkeit der rechtswidrigen Einreisenden bzw. Aufhaltenden kann der Gehilfin, dem Gehilfen oder der Schleuserin, dem Schleuser nicht zugerechnet werden. Deren Vorsatz bezieht sich nicht darauf und es fehlt an der objektiven Zurechenbarkeit.⁷⁷

Infrage kommt noch die öffentliche Ordnung. Der Zweck der Migrationsstrafnormen und Art. 116 AIG im Besonderen könnte darin bestehen, das staatliche Kontroll- und Steuerungssystem des Migrationsrechts durchzusetzen. Dabei stellt sich die Frage, ob ein Verwaltungsverfahren allein ein schützenswertes Rechtsgut sein kann. Diese Frage wird in der Literatur verneint; vielmehr müssen zusätzlich Individualrechte von Einzelnen geschützt werden, damit ein schützenswertes Rechtsgut vorliege. Der Schutz des Verwaltungsverfahrens allein reiche gerade nicht aus für eine strafrechtliche Legitimation.⁷⁸

b. Schutz der territorialen Hoheitsgewalt

Wie bereits erwähnt, geht die Lehre bezüglich des Rechtsgutes der Haupttat nach Art. 115 AIG davon aus, dass am ehesten der Schutz der territorialen Hoheitsgewalt der Schweiz infrage komme.⁷⁹ Die territoriale Hoheitsgewalt beinhaltet das Recht auf Selbstorganisation und Selbstbestimmung und somit auch die Kontrolle der sich im Staatsgebiet aufhaltenden Personen.⁸⁰ Im Völkerrecht ist das Recht eines Staates, zu entscheiden, wer sich unter welchen Voraussetzungen auf seinem Territorium aufhalten darf, anerkannt.⁸¹ Unter die Selbstorganisation eines Staates fallen auch die Aufrechterhaltung des Arbeitsmarktes und die Funktionsfähigkeit der Sozialsysteme.⁸²

Es handelt sich bei der territorialen Hoheitsgewalt demnach um ein sogenanntes Kollektivrechtsgut.⁸³ Inwiefern die rechtswidrige Einreise und Aufenthalt einer einzelnen Person den Arbeitsmarkt und das Sozialsystem beeinträchtigt, ist äusserst fraglich.⁸⁴ Aber auch eine grössere Anzahl von Migrant:innen führt nicht automatisch zu einer Belastung des Sozialsystems bzw. einer höheren Arbeitslosigkeit.⁸⁵ Es ist daher weniger der Teilaspekt der territorialen Hoheitsgewalt des Schutzes des Arbeitsmarktes und des Sozialsystems als gefährdet anzusehen als die staatliche Kontrolle über den Aufenthalt von Personen im Territorium. Durch die rechtswidrige Einreise und Aufenthalt werden die ausländerrechtlichen Ordnungsvorschriften umgangen, was die territoriale Hoheitsgewalt beeinträchtigt.⁸⁶

Geht man davon aus, dass die territoriale Hoheitsgewalt der Schweiz inklusive der Kontrolle der in das Staatsgebiet hin- und wegziehenden Personen das dem Art. 116 AIG zugrunde liegende Kollektivrechtsgut ist, bleibt trotzdem ziemlich vieles unklar.⁸⁷ Offen bleibt, welche Verhaltensweisen das Rechtsgut inwiefern beeinträchtigen und deshalb zu pönalisieren sind.⁸⁸

3. Schutz von Individualrechtsgütern

Aufgrund des hohen Strafrahmens der Gehilfenschaft nach Art. 116 AIG liegt die Überlegung nahe, ob auch über Art. 115 AIG hinausgehende Rechtsgüter – insbesondere Individualrechtsgüter der Migrant:innen – geschützt werden sollen. In diesem Zusammenhang kann die Frage gestellt werden, ob etwa der Schutz vor finanzieller Ausbeutung oder der Schutz von Leib und Leben der Migrant:innen ein Ziel der Kriminalisierung der Hilfeleistung (insb. der auf Schlepperorganisationen ab-

«Die deutsche Regierung hat die Bekämpfung der irregulären Migration nie wirklich ernst genommen. So weit hätte es nie kommen dürfen», NZZ vom 25. August 2024; «Mindestens 7000 Frauen sind in Deutschland seit 2015 Opfer sexueller Übergriffe von Flüchtlingen geworden», NZZ vom 7. Januar 2024.

⁷⁶ CANNAWURF (Fn. 31), 45.

⁷⁷ JULIA TRINH, Die Strafbarkeit der Fluchthilfe, Eine Auseinandersetzung mit dem sog. Schleusertatbestand in § 96 AufenthG, Dissertation, Münster 2021, 126.

⁷⁸ CANNAWURF (Fn. 31), 46 f.

⁷⁹ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 72), Vorbemerkungen zu Art. 115–120 AIG, N 7; ALBRECHT (Fn. 27), 795.

⁸⁰ CANNAWURF (Fn. 31), 49 f.

⁸¹ STEPHAN HOBE, Einführung in das Völkerrecht, 11. Aufl., Tübingen 2014, 99 f.

⁸² ALBRECHT (Fn. 27), 792 ff.; CANNAWURF (Fn. 31), 51.

⁸³ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 72), Vorbemerkungen zu Art. 115–120 AIG, N 7; zum Begriff des Kollektivrechtsguts: STRATENWERTH (Fn. 39), N 8.

⁸⁴ ALBRECHT (Fn. 27), 792.

⁸⁵ HEIN DE HAAS, Migration, 22 populäre Mythen und was wirklich hinter ihnen steckt, New York 2023, 161 ff., 182 ff.

⁸⁶ ALBRECHT (Fn. 27), 795.

⁸⁷ Den Rahmen dieses Beitrags sprengt die Frage, ob das Rechtsgut der territorialen Hoheitsgewalt eine Kriminalisierung legitimiert. Dieser Frage widme ich mich in meiner Dissertation.

⁸⁸ PETER ALBRECHT, Strafnormen gegen unerwünschte Migration, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebbersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014, Bern, 2014, 13 f.; ALBRECHT betont, dass ein vages Rechtsgut wie das der territorialen Hoheitsgewalt die Gefahr beinhalte, für die Legitimation von beliebigen Forderungen zur Strafverschärfung herangezogen zu werden.

zielende Tatbestandsqualifikation) darstellt.⁸⁹ Da dies jedoch nicht explizit vom Gesetzgeber genannt wurde und auch nicht im Gesetzestext steht, ist davon auszugehen, dass dies nicht die geschützten Rechtsgüter sind.⁹⁰ Auch die Einordnung des Straftatbestandes im Migrationsrecht selbst spricht dafür, dass die Norm den Zielen des Migrationsrechts und nicht dem Schutz von Individualrechtsgütern dient.⁹¹ Besonders deutlich wird dies, wenn man an die solidarische Hilfe denkt: Das Zurverfügungstellen eines Schlafplatzes oder einer Mahlzeit stellt sicher keine Gefährdung von Leib und Leben der Betroffenen dar, sondern soll diesen vielmehr helfen.⁹²

4. Rechtsgüter des sogenannten Schleppertatbestandes

Das Hauptziel des Gesetzgebers bei der Schaffung des Art. 116 AIG ist die Bekämpfung der Schlepperkriminalität. Ein:e Schlepper:in zeichnet sich dadurch aus, dass er oder sie aus der Fluchthilfe Profit schlägt. Da dieses Gewinnstreben auf Kosten der Einreisenden gehen und einen volkswirtschaftlichen Schaden im Zielland verursachen kann, sollte die Schleppertätigkeit bestraft werden.⁹³ Den Schlepperorganisationen wird oft eine besondere Gleichgültigkeit gegenüber Menschenleben vorgeworfen, welche sich in der hohen Anzahl von Todesfällen etwa im Mittelmeer⁹⁴ oder auf der sogenannten Balkan-Route zeige. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass Schlepperorganisationen nicht nur als skrupellose Kriminelle angesehen werden sollten; die Beziehung zwischen Migrant:innen und Schlepper:innen ist komplex und symbiotisch.⁹⁵ Eine Definition der Schleusung findet sich in Art. 3 lit. a Pa-

lermo-Protokoll⁹⁶, wonach es sich um die Herbeiführung der unerlaubten Einreise mit dem Ziel des Verschaffens eines finanziellen Vorteils handelt. Der Unterschied von Schlepper:innen zu humanitären Fluchthelfer:innen besteht somit in der Handlungsmotivation.⁹⁷

Der Strafraum bei der Qualifikation von Art. 116 Abs. 3 AIG ist fünfmal höher als derjenige der Haupttat. Dieser erhöhte Strafraum der Gehilfenschaft im Vergleich zur Haupttat wird damit begründet, dass durch die Schleusung mehr als nur das Teilnahmeunrecht begangen werde.⁹⁸ Das geschützte Rechtsgut ist dasselbe wie das des Grundtatbestandes. Der Unterschied liegt jedoch darin, dass eine Schlepperorganisation mehrere rechtswidrige Einreisen auf einmal fördert und dies zu einer stärkeren Gefährdung des Rechtsgutes führen kann als die Handlung einer Einzelperson.⁹⁹ In diesem Rahmen wird auch von einer Multiplikatorwirkung des Unrechts der Haupttat gesprochen.¹⁰⁰

Geht man davon aus, dass die rechtswidrige Einreise und der rechtswidrige Aufenthalt das Rechtsgut der territorialen Hoheitsgewalt der Schweiz beeinträchtigen, so stellt sich die Frage, ob dies für die Hilfe dazu auch gilt. Im Hinblick auf Schlepperorganisationen könnte man dies bejahen; sie führen wohl zu unerlaubten Einreisen und in der Folge auch zu rechtswidrigen Aufenthalten. Jedoch führen erst die vielen Hindernisse, die einer legalen und einfacheren Einreise nach Europa entgegenstehen, dazu, dass sich Migrant:innen für die Flucht auf Schlepperbanden verlassen.¹⁰¹ Bei solidarisch handelnden Helfer:innen sieht die Situation jedoch anders aus: Diese Hilfe wird angeboten, weil Migration und *Sans-Papiers* existieren. Sie ist jedoch keine Ursache der Migration.¹⁰² Eine Bestrafung der Schleppertätigkeit erscheint somit begründet. Offen bleibt die Frage, weshalb die solidarische Hilfe ebenfalls kriminalisiert wird.

⁸⁹ Siehe etwa zur Diskussion in der deutschen Literatur um einen Schutz von Individualrechtsgütern der Einreisenden bzgl. der Kriminalisierung von Schleusergruppen: MARTIN BÖSE, Das Einschleusen von Ausländern: Teilnahme an Bagatellunrecht oder in hohem Masse sozialschädliches Verhalten? ZStW 2004, 680 ff., 686.

⁹⁰ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 2.

⁹¹ CANNAWURF (Fn. 31), 56 ff.; BÖSE (Fn. 90), 691.

⁹² ALBRECHT (Fn. 27), 794.

⁹³ Siehe zur Begründung des deutschen Gesetzgebers etwa TRINH (Fn. 78), 67.

⁹⁴ Siehe dazu etwa IOM, Missing migrants project, <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>, abgerufen am 10. Januar 2025, wonach seit 2014 mehr als 30 000 Personen im Mittelmeer gestorben sind.

⁹⁵ Siehe dazu SHELDON X. ZHANG/GABRIELLA E. SANCHEZ/LUIGI ACHILLI, Crimes of Solidarity in Mobility: Alternative Views on Migrant Smuggling, in: The Annals of the American Academy of Political and Social Science 2018, 6 ff.

⁹⁶ Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15. November 2000 (Palermo-Protokoll; SR.0.311.541), für die Schweiz am 26. November 2006 in Kraft getreten.

⁹⁷ TRINH (Fn. 78), 68.

⁹⁸ BÖSE (Fn. 90), 696 in Bezug auf den deutschen Schleppertatbestand, der vergleichbar mit der Qualifikation nach Art. 116 Abs. 3 AIG ist.

⁹⁹ TRINH (Fn. 78), 186.

¹⁰⁰ BÖSE (Fn. 90), 696; TRINH (Fn. 78), 186.

¹⁰¹ ZHANG et al. (Fn. 96), 13.

¹⁰² FISCHER (Fn. 13), 208.

IV. Kriminalisierung solidarischer Hilfe

Wie im Abschnitt zur Entwicklung des Art. 116 AIG bereits erwähnt, ist die eigentliche Zielrichtung die Bekämpfung der Schlepperkriminalität. Die Ausgestaltung des Art. 116 AIG erlaubt es jedoch auch, Privatpersonen zu bestrafen, die aus humanitären Gründen handeln. Es besteht daher eine gewisse Diskrepanz zwischen der Zielsetzung des Gesetzgebers und der geltenden Gesetzeslage.¹⁰³ Auch das Bundesgericht hat klargestellt, dass Art. 116 AIG nicht allein der Bekämpfung der Schlepperkriminalität diene. Da die Schleppertätigkeit Migrant:innen bei der rechtswidrigen Einreise helfe, sei die Tatbestandsvariante der Unterstützung des rechtswidrigen Aufenthaltes gerade nicht auf Schlepper:innen zugeschnitten. Eine Bestrafung von Privatpersonen sei vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen.¹⁰⁴ Allerdings fehlt eine klare Begründung für die Ausweitung des Täter:innenkreises auf (solidarisch handelnde) Privatpersonen.

A. Problematik der Strafbarkeit solidarischer Hilfehandlungen

Diese Bestrafung von humanitären Helfer:innen reiht sich in einen grösseren Trend der sogenannten *crimes of solidarity*¹⁰⁵ ein. Mit diesem Begriff wird eine Regierungsstrategie beschrieben, bei der strafrechtliche Verfolgung gezielt eingesetzt wird, um die Interaktionen zwischen Migrant:innen und der Zivilgesellschaft zu erschweren bzw. verhindern.¹⁰⁶ Diese Tendenz ist nicht nur auf die Schweiz beschränkt: Europaweit geraten Helfer:innen ins Visier der Strafverfolgungsbehörden.¹⁰⁷ Im Jahr 2023 wurden mindestens 117 Personen in Europa angezeigt oder verurteilt, weil sie Migrant:innen unterstützt hatten.¹⁰⁸ Auch wenn viele dieser Aktivist:innen mit Bussen oder

Geldstrafen davonkommen, führt ein Strafregistereintrag oft zu erheblichen Nachteilen, etwa bei der Arbeitssuche. Selbst im Falle eines Freispruchs bleibt die psychische Belastung eines Strafprozesses zurück, der an sich schon eine Bestrafung darstellen kann.¹⁰⁹

Diese Kriminalisierung hat auch eine abschreckende Wirkung auf potenzielle Helfer:innen.¹¹⁰ Staaten sollten ein Interesse daran haben, eine engagierte Zivilgesellschaft zu fördern, anstatt diese durch Strafandrohungen einzuschüchtern. Die Schweizer Strafurteilsstatistik macht diese Problematik deutlich: Im Jahr 2023 wurden insgesamt 648 Personen nach Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG verurteilt, während 28 Verurteilungen nach Art. 116 Abs. 3 AIG erfolgten.¹¹¹ Dabei zeigt sich, dass die überwiegende Mehrheit der Betroffenen nicht unter die Qualifikation des Tatbestandes fallen, also nicht mit unrechtmässiger Bereicherungsabsicht oder als Teil einer Schlepperorganisation handeln. Entgegen der gesetzgeberischen Absicht der Bekämpfung der Schlepperkriminalität werden in der Praxis somit wenig Personen aus diesem Grunde verurteilt. Dies wirft die Frage auf, ob der weit gefasste Anwendungsbereich des Tatbestandes mit den ursprünglichen Zielen des Gesetzgebers vereinbar ist oder ob hierdurch moralisch vertretbares Handeln unangemessen kriminalisiert wird.

B. Hoher Strafrahmen für Teilnahme an Bagatelldelikt

Allgemein handelt es sich bei den unter Strafe gestellten Handlungen des Art. 115 AIG um Ordnungsrecht. Es werden nicht bestimmte verwerfliche Verhaltensweisen bestraft, sondern vielmehr die Verletzung der verwaltungs- und migrationsrechtlichen Bestimmungen.¹¹²

Es ist essenziell, zwischen Schleusergruppen und humanitären Fluchthelfer:innen zu unterscheiden. Bei Mitgliedern von Schlepperbanden wird der Unrechtsgehalt regelmässig bejaht. Wie bereits ausgeführt, geht es bei Art. 116 Abs. 3 AIG jedoch nicht darum, Leib und Leben der Migrant:innen vor den Folgen der Flucht zu schützen, sondern rein um den Schutz der territorialen Hoheitsge-

¹⁰³ SHK AIG-VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO (Fn. 24), Art. 116 N 2 f.

¹⁰⁴ BGE 130 IV 77, 80, E. 2.2.

¹⁰⁵ Siehe zum Begriff *crimes of solidarity* etwa MARTINA TAZZIOLI, *Crimes of solidarity: Migration and containment through rescue*, *Radical Philosophy* 2018, 4 ff.

¹⁰⁶ JUAN PABLO ARIS ESCARENA, *Punishing solidarity, The crime of solidarity at the land and sea borders of the European Union*, DPCE online 2020, N 5241.

¹⁰⁷ Einen Überblick über verschiedene Strafverfahren gegen solidarisch handelnde Privatpersonen bietet etwa: AMNESTY INTERNATIONAL, *Solidarity On Trial – people in Europe are being targeted for helping refugees and migrants*, [amnesty.org/en/latest/campaigns/2020/03/free-to-help/](https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2020/03/free-to-help/), abgerufen am 10. Januar 2025.

¹⁰⁸ brusselstimes.com/992997/at-least-117-people-faced-criminal-charges-for-helping-migrants-in-2023, abgerufen am 10. Januar 2025.

¹⁰⁹ JULIET P. STUMPF, *The Process is the Punishment in Crimmigration Law*, in: *The Borders of Punishment*, Katja Franke Aas/Mary Bosworth (Hrsg.), Oxford 2013, 58 ff., 64 f.

¹¹⁰ VIOLETA MORENO-LAX, *Solidarity Crimes, Legitimacy Limits*, *Verfassungsblog* 2024, [verfassungsblog.de/solidarity-crimes-legitimacy-limits/](https://www.verfassungsblog.de/solidarity-crimes-legitimacy-limits/), abgerufen am 10. Januar 2025.

¹¹¹ Strafurteilsstatistik des Bundesamtes für Statistik, auffindbar unter: [bfs.admin.ch > Statistiken > Kriminalität und Strafrecht > Strafjustiz](https://bfs.admin.ch/Statistiken/Kriminalitaet_und_Strafrecht/Strafjustiz), abgerufen am 10. Januar 2025.

¹¹² ALBRECHT, (Fn. 27), 791.

walt der Schweiz.¹¹³ Da eine Schleuserorganisation eine Vielzahl von rechtswidrigen Einreisen ermöglichen kann, erklärt dies den Unrechtsgehalt und den dementsprechend hohen Strafraumen.¹¹⁴ Anders gestaltet sich jedoch die Situation bei Privatpersonen, die aus selbstlosen Motiven handeln: Ihre Hilfeleistung hat keine vergleichbare Multiplikatorwirkung und somit keinen erhöhten Unrechtsgehalt.¹¹⁵

Bereits die Haupttat nach Art. 115 AIG stellt ein Bagattellunrecht dar. Umso fragwürdiger erscheint es, dass die Teilnahme an solchen Delikten, die in der Regel noch weniger gravierend ist, mit einem gleich hohen Strafraumen bedroht wird.¹¹⁶ Dies widerspricht dem Grundsatz der abgestuften Strafbarkeit von Täterschaft und Teilnahme und betont die Notwendigkeit einer Reform, die den besonderen Charakter humanitärer Hilfeleistungen berücksichtigt.

C. Internationale Vorgaben

Auf europäischer Ebene verpflichtet die Richtlinie 2002/90/EG¹¹⁷ die Mitgliedstaaten dazu, Beihilfe zur rechtswidrigen Einreise, Durchreise oder zur Förderung des rechtswidrigen Aufenthaltes zu Gewinnzwecken zu sanktionieren. Gleichzeitig stellt Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie klar, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, humanitäre Hilfeleistungen von der Strafbarkeit auszunehmen. Dennoch wenden viele europäische Länder diese Ausnahme nicht an, was das Europäische Parlament in seinen Leitlinien zur Verhinderung der Kriminalisierung humanitärer Hilfeleistungen ausdrücklich kritisiert.¹¹⁸

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 lit. a des Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention¹¹⁹ sind die Mitgliedstaaten nur in den Fällen zur Kriminalisierung der Hilfeleistung verpflichtet, in denen eine Schleusung vorliegt.

Dies ist der Fall, wenn die Handlung zum Zweck des Erhalts eines materiellen oder finanziellen Nutzens begangen wurde. Zur Konkretisierung des Zusatzprotokolls zur Palermo-Konvention hielt das Europäische Parlament fest, dass dieses die humanitäre Hilfe von der Strafbarkeit ausnehme.¹²⁰ Die Vereinten Nationen betonen in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung humanitärer Arbeit: So hält der Implementierungsleitfaden zum Palermo-Protokoll fest, dass Gruppen und Personen, die nicht aus finanziellen, sondern aus sozialen Gründen handeln, strafrechtlich nicht verfolgt werden sollen.¹²¹ Des Weiteren verpflichtet die UN-Erklärung über Menschenrechtsverteidiger:innen die Staaten, ein förderliches Umfeld für Menschenrechtsaktivist:innen zu schaffen und diese vor Repressalien zu schützen.¹²²

Diese internationalen Empfehlungen zeigen, dass eine Entkriminalisierung solidarischer Hilfe nicht nur möglich, sondern vom Europäischen Parlament und den Vereinten Nationen empfohlen wird.

D. Ultima-Ratio-Prinzip

Das Strafrecht dient dazu, die Gesellschaft vor sozial-schädlichem Verhalten zu schützen.¹²³ Dabei soll es aufgrund des starken Eingriffs in die Freiheitsrechte nur als letztes Mittel (sog. *ultima ratio*) zur Anwendung kommen, wenn andere Methoden der Problemlösung scheitern.¹²⁴ Dennoch zeigt sich in der Praxis eine zunehmende Ausweitung des Strafrechts, insbesondere im Bereich des Nebenstrafrechts.¹²⁵ Dies gilt auch für das Migrationsstrafrecht, das zunehmend auf Abschreckung zielt, anstatt klar definierte Rechtsgüter zu schützen. Im Hinblick auf die Legitimität des Migrationsstrafrechts kommt die spe-

¹¹³ Siehe oben II.A.3.

¹¹⁴ BÖSE (Fn. 90), 696.

¹¹⁵ VIOLETA MORENO-LAX (Fn. 111); ANA ALIVERTI, *The wrongs of unlawful immigration*, *Criminal Law and Philosophy* 2015, 25; ALBRECHT (Fn. 27), 795.

¹¹⁶ ALBRECHT (Fn. 27), 793.

¹¹⁷ Als Teil des Schengen-Besitzstandes ist die Richtlinie für die Schweiz verbindlich; siehe dazu FISCHER (Fn. 13), 205 ff.

¹¹⁸ Europäisches Parlament, *Entschiessung des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2018 zu Leitlinien für Mitgliedstaaten, mit denen verhindert werden soll, dass humanitäre Hilfe kriminalisiert wird* (2018/2769[RSP]), Ziff. 5.

¹¹⁹ Zusatzprotokoll vom 15. November 2000 gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention; SR 0.311.541), Inkrafttreten in der Schweiz am 26. November 2006.

¹²⁰ Europäisches Parlament, *Entschiessung des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2018 zu Leitlinien für Mitgliedstaaten, mit denen verhindert werden soll, dass humanitäre Hilfe kriminalisiert wird* (2018/2769[RSP]), Ziff. 3.

¹²¹ United Nations, *Legislative guides for the implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the protocols thereto*, <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>, abgerufen am 10. Januar 2025; von der Schweiz ratifiziert.

¹²² United Nations, *The Declaration on Human Rights Defenders*, <https://srdefenders.org/who-is-an-hrd/the-declaration-on-human-rights-defenders/>, abgerufen am 10. Januar 2025.

¹²³ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, *Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?* AJP 2011, 443 ff.

¹²⁴ CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, München 1992, 17 ff.; SEELMANN/GETH (Fn. 67), N 9 ff.; HURTADO POZO (Fn. 60), N 38 f.

¹²⁵ STEPHAN BERNARD, *Ungleiches Strafrecht für Alle*, ZStrR 2017, 117 ff., 121.

zielle Konstellation dazu, in der das Gesetz auf ausländische Personen – meist Geflüchtete oder rechtswidrig anwesende Migrant:innen – abzielt, diese jedoch gar keine politische Teilhabe im System haben und sich daher nicht einbringen können.¹²⁶

Wie oben dargelegt, handelt es sich beim Migrationsstrafrecht um Bagatelldelikte, bei denen weder ein klarer Rechtsgüterschutz noch ein erheblicher sozialer Schaden ersichtlich ist. Die Bestrafung solidarischer Hilfe nach Art. 116 AIG fügt sich in den Trend der Ausweitung des Strafrechts ein und steht im Widerspruch zu den Grundprinzipien eines auf das Notwendige beschränkten Strafrechts.

V. Fazit

Es zeigt sich deutlich, wie wichtig eine Unterscheidung der Motive der Helfer:innen nach Art. 116 AIG ist. Auf der einen Seite haben wir es mit professionellen Schlepperbanden zu tun, deren Geschäftsmodell darin besteht, aus der «Hilfe» von Migrant:innen Gewinn zu schlagen. Dabei sterben nach wie vor viele Migrant:innen bei der riskanten Migration nach Europa. Daher erscheint eine Bestrafung von Schlepperbanden legitim. Allerdings zeigt auch in diesem Bereich die hohe Strafandrohung des Art. 116 Abs. 3 AIG eine Missachtung des Grundsatzes der abgestuften Strafbarkeit von Täterschaft und Teilnahme.

Problematischer ist jedoch die Kriminalisierung humanitärer Hilfe, die weder das Rechtsgut der territorialen Hoheitsgewalt gefährdet noch ein sozialschädliches Verhalten darstellt. Zu Recht kann man sich daher fragen, was genau der Mehrwert dahinter ist, solidarisch handelnde Privatpersonen zu bestrafen und dafür personelle und somit auch finanzielle Ressourcen der Strafverfolgungs- und Justizbehörden aufzuwenden.

Eine Entkriminalisierung humanitärer Hilfe wäre auch aus moralischen Gründen angezeigt, um unerwünschte Effekte wie die Abschreckung von Menschenrechtsaktivist:innen zu vermeiden. Internationale Empfehlungen zeigen mögliche Wege auf. Die Schweiz könnte etwa einen Absatz in Art. 116 AIG einfügen, der die Straflosigkeit von Handlungen aus achtenswerten Beweggründen festlegt,¹²⁷ oder eine Bestrafung auf Fälle beschränken, die Schleuserkriterien erfüllen.

Obwohl eine Reform derzeit keine politischen Mehrheiten findet, wäre sie ein wichtiger Schritt, um gesellschaftliches Engagement zu fördern und den Grundsätzen des Strafrechts treu zu bleiben.

¹²⁶ SAMIRA AKBARIAN, *Recht brechen: Eine Theorie des zivilen Ungehorsams*, München 2024, 21.

¹²⁷ Wie dies bereits im ANAG der Fall war, siehe II.A.