

# **Die strafbare Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts ausländischer Personen in der Schweiz gemäss Art. 116 AuG**

Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel und Bern

## **1) Der Ausgangspunkt**

Dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) ist die Bekämpfung der Schlepperkriminalität ein wichtiges Anliegen. Ausgerichtet auf dieses Ziel ist nach der Äusserung des Bundesrates die Strafnorm des Art. 116<sup>1</sup>, die den bisherigen Bestimmungen des Art. 23 Abs. 1 al. 5 und Abs. 2 ANAG entspricht<sup>2</sup>. Allerdings sollte man hier beachten, dass die erwähnte neue gesetzliche Norm – ebenso wie das bisherige Recht – sehr weit formuliert und nicht bloss auf das Schlepperwesen zugeschnitten ist<sup>3</sup>. Erfasst wird vielmehr neben der Erleichterung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise auch die Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz<sup>4</sup>. Mit der zuletzt genannten Tatbestandsvariante verbinden sich ganz erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. So stellt sich für die Praxis beispielsweise immer wieder die heikle Frage, inwieweit sich jemand strafbar macht, der einem Ausländer ohne Aufenthaltsrecht eine Wohnung oder ein Zimmer zur Verfügung stellt. Diesem Problemkreis widmet sich der folgende Text.

## **2) Die dogmatischen Strukturen des Art. 116**

### **a) Geringer Unrechtsgehalt in Art. 115 AuG**

Bevor die von mir in den Vordergrund gestellte Thematik näher erörtert werden kann<sup>5</sup>, bedarf es als Einstieg einer allgemeinen systematischen Analyse des Art. 115 (an den Art. 116 anknüpft): Der schwerfällige Titel "Rechtswidrige Ein- oder Ausreise, rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit" bringt ebenso wie der Gesetzestext das erfasste Unrecht nicht unmittelbar zum Ausdruck. Be-

---

<sup>1</sup> Die im Text erwähnten Gesetzesbestimmungen ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20).

<sup>2</sup> Botschaft, BBl 2002, 3833, zu Art. 111 E AuG.

<sup>3</sup> Deshalb sollte man im vorliegenden Zusammenhang eine undifferenzierte Verwendung des stigmatisierenden "Schlepper"-Begriffs unbedingt vermeiden.

<sup>4</sup> Zutreffend BGE 130 IV 77 ff. (79 f., E. 2.2, mit Hinweisen); ferner LUZIA VETTERLI / GABRIELLA D'ADDARIO DI PAOLO, in: M. Caroni / Th. Gächter / D. Thurnherr (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, Art. 116, N 3.

<sup>5</sup> Einzelheiten hinten Ziff. 4.

schrieben wird vielmehr "grundsätzlich legitimes Handeln, nämlich Migration"<sup>6</sup>, das jedoch einem behördlichen Kontroll- und Bewilligungssystem untersteht. Demnach sanktioniert der (äusserlich farblose) Straftatbestand nicht gewisse Verhaltensweisen an sich, sondern die Verletzung von damit zusammenhängenden verwaltungs- bzw. ausländerrechtlichen Bestimmungen.

Welche konkreten Rechtsgüter solchermassen geschützt werden sollen, ist indessen nicht ohne weiteres erkennbar. Einigkeit besteht immerhin darüber, dass es hier um Interessen der Allgemeinheit geht. So wird heute etwa der Schutz der "*territoriale(n) Hoheitsgewalt* der Schweiz" explizit hervorgehoben<sup>7</sup>. Unmittelbar angesprochen ist die staatliche Kontrolle der Einwanderung ausländischer Personen<sup>8</sup>, also in erster Linie ein *prozeduraler* Schutzzweck<sup>9</sup>. Dahinter steht sodann wesentlich der Schutz der Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes<sup>10</sup> und der Finanzkraft der Sozialsysteme<sup>11</sup>. Das hier thematisierte Kontrollinteresse ist Ausdruck der (national)staatlichen Souveränität der Schweiz<sup>12</sup>.

Eine derart vage Umschreibung des Rechtsgutes bleibt allerdings formal und lässt sich mit ziemlich beliebigen Inhalten auffüllen; sie vermag folglich weder für die Auslegung noch die Legitimation der betreffenden Norm einen hinreichenden (kritischen) Massstab zu liefern. Trotzdem kann man aber zumindest feststellen, dass die in Art. 115 aufgezählten Verhaltensweisen lediglich Widerhandlungen gegen Ordnungsvorschriften betreffen, also ein *Ordnungsunrecht* darstellen, welches der *Kleinkriminalität* zuzurechnen ist<sup>13</sup>. Tangiert wird vor allem die ordnungsgemässe Durchführung der im Ausländergesetz vorgesehenen Kontrollen und Bewilligungsverfahren<sup>14</sup>. Noch zusätzlich offenbart sich der Bagatelldarakter des hier zur Diskussion stehenden Unrechts, sobald man berücksichtigt, dass die betreffenden Ausländer regelmässig wegen einer (wirt-

---

<sup>6</sup> HANS-JÖRG ALBRECHT, Eine kriminologische Einführung zu Menschenschmuggel und Schleuserkriminalität, in: E. Minthe (Hrsg.), *Illegale Migration und Schleusungskriminalität*, Wiesbaden 2002, 39.

<sup>7</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), N 4 vor Art. 115 – 120, in Anlehnung an SIEGLINDE CANNAWURF, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, Berlin 2007, 49 ff.

<sup>8</sup> Ergänzend dazu das Bundesgericht in Pra 2002, Nr. 220, E. 9/f, betreffend ANAG.

<sup>9</sup> JÖRN LORENZ, Die "Schreibtisch-Schleusung" – eine Einführung in das Ausländerstrafrecht, *NStZ* 2002, 641.

<sup>10</sup> Ergänzend dazu aus ökonomischer Sicht MARTINO MONA, *Das Recht auf Immigration*, Basel 2007, 242 ff.

<sup>11</sup> Infolgedessen spricht die deutsche Lehre teilweise von einem "gestuft-doppelten Normzweck" (z.B. MARTIN BÖSE, *Das Einschleusen von Ausländern: Teilnahme an Bagatellunrecht oder in hohem Masse sozialschädliches Verhalten?*, *ZStW* 2004, 692; LORENZ, a.a.O. [Fn. 9], 641).

<sup>12</sup> Vgl. dazu in einem weiteren Zusammenhang MONA, a.a.O. (Fn. 10), 24 ff.

<sup>13</sup> Vgl. zum deutschen Recht GUNTHER ARZT, *Menschenschmuggel als Bagatellunrecht*, in: D. Dölling / V. Erb [Hrsg.], *Festschrift für Karl Heinz Gössel*, Heidelberg, 2002, 395.

<sup>14</sup> Hingegen ist die Einreise oder der Aufenthalt einer *einzelnen* Ausländerin nicht geeignet, den schweizerischen Arbeitsmarkt oder die öffentlichen Finanzen zu gefährden. Diesbezüglich lässt sich eine relevante Rechtsgutsbeeinträchtigung nur mithilfe des *Kumulationsgedankens* konstruieren (dazu BÖSE, a.a.O. [Fn. 11], 692, Fn. 57).

schaftlichen) Misere ihr Heimatland verlassen, illegal in die Schweiz einreisen und sich hier aufhalten<sup>15</sup>.

## **b) Verselbständigte Beihilfehandlungen**

### **aa) Grundsatz**

Die Strafbestimmung des Art. 116 weist bereits im Randtitel und zusätzlich auch im Gesetzestext unmissverständlich auf ihren *akzessorischen* Charakter im Verhältnis zu Art. 115 hin. Angesprochen wird hier nämlich die "Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts". Gemeint sind damit Erleichterungshandlungen, welche – rechtsdogmatisch ausgedrückt – in die Kategorie der *Gehilfenschaft* fallen<sup>16</sup>.

Der enge Konnex zu Art. 115 gelangt im *Grundtatbestand* gemäss Abs. 1 des Art. 116 besonders evident zum Ausdruck, wo bestimmte Verhaltensweisen als *verselbständigte Beihilfehandlungen* ausgestaltet und zur Täterschaft erhoben sind<sup>17</sup>. Von der Norm erfasst wird insbesondere, wer vorsätzlich<sup>18</sup> eine rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder einen rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz "erleichtert oder vorbereiten hilft" (Abs. 1 lit. a). Trotz der offenkundigen Abweichung von der Terminologie des Schweizerischen Strafgesetzbuches handelt es sich hier unzweifelhaft um Formen der Gehilfenschaft<sup>19</sup>. Allerdings fällt eine Strafmilderung, wie sie Art. 25 StGB vorsieht, ausser Betracht<sup>20</sup>. Infolgedessen unterscheidet sich die im Ausländerrecht vorgenommene Bewertung des Teilnahmeunrechts von den allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungsregeln.

Die eben hervorgehobenen Diskrepanzen der Bewertung treten im *qualifizierten* Tatbestand gemäss Art. 116 Abs. 3 noch markanter in Erscheinung. Das hier angedrohte Maximum von fünf Jahren Freiheitsstrafe liegt fünfmal höher (!) als im Strafraum der Haupttat, nämlich des Art. 115 Abs. 1. Das wirkt umso stossender, als die blosser Teilnahme an einem geringfügigen Unrecht<sup>21</sup> ihrerseits die Stufe eines Bagatellunrechts nicht übersteigen kann<sup>22</sup>. Somit stellt das Aus-

---

<sup>15</sup> ARZT hebt mit Blick auf den Menschenschmuggel hervor, dass "bei vielen der geschmuggelten Personen eine notstandsähnliche Situation nicht abzustreiten" sei (a.a.O. [Fn. 13], 397).

<sup>16</sup> ANDREAS ZÜND, in: M. Spescha u.a. (Hrsg.), Migrationsrecht, 2.Ausgabe, Zürich 2009, Art. 116, N 1. – Ergänzend und einschränkend dazu hinten Ziff. 4/a.

<sup>17</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), N 25 vor Art. 115 – 120 und Art. 116, N 4. – Vergleichbare Tatbestandsstrukturen finden sich hinsichtlich der Drogenkriminalität in Art. 19 BetmG (dazu PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19 – 28 BetmG], Hrsg. M. Schubarth, 2. Auflage, Bern 2007, Art. 19, N 7 und 161).

<sup>18</sup> Z.B. VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 17.

<sup>19</sup> Präzisierend hinten Ziff. 4/b-e.

<sup>20</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 4; ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 1; CATERINA NÄGELI / NIK SCHOCH, Ausländische Personen als Straftäter und Straftäterinnen, in: P. Uebersax u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel 2009, Rz. 22.44, Fn. 103. – Vorbehalten bleibt hier immerhin aber die Anwendung des *privilegierten* Tatbestandes gemäss Abs. 2, wonach in leichten Fällen auch nur auf Busse erkannt werden kann.

<sup>21</sup> Siehe vorne Ziff. 2/a.

<sup>22</sup> Im gleichen Sinne ARZT, a.a.O. (Fn. 13), 395, zum deutschen Recht.

ländergesetz "das herkömmliche, nach der Schwere des Unrechts abgestufte Verhältnis zwischen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe auf den Kopf"<sup>23</sup>.

### **bb) Prinzip der (limitierten) Akzessorietät**

Geht man davon aus, dass Art. 116 strukturell eine Gehilfenschaft zum Tatbestand des Art. 115 darstellt, so ist klar, dass es als Haupttat eines (zumindest) tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Verhaltens bedarf<sup>24</sup>. Zudem muss die Haupttat die Schwelle des Versuchs erreicht haben und darf somit nicht im Vorbereitungsstadium stecken bleiben<sup>25</sup>. Ferner muss die in die Schweiz einreisende oder sich hier aufhaltende Person vorsätzlich<sup>26</sup> handeln. Folglich kann der Transport eines ausländischen Kleinkindes über die Landesgrenze den Tatbestand des Art. 116 nicht erfüllen<sup>27</sup>. Das Ergebnis mag kriminalpolitisch als stossend wirken; doch de lege lata ist das hinzunehmen<sup>28</sup>.

### **cc) Gehilfenschaft zu einem Sonderdelikt**

Im Übrigen bleibt darauf hinzuweisen, dass Art. 115 ein *Sonderdelikt* darstellt<sup>29</sup>. Die Strafbarkeit setzt hier nämlich den *Ausländerstatus* des Täters voraus, der eine *besondere Pflichtenstellung* begründet<sup>30</sup>. Der Tatbestand knüpft an eine ausländerrechtliche Norm oder Verfügung an<sup>31</sup>. Nach der allgemeinen Bestimmung des Art. 26 StGB ist die Teilnahme eines Extraneus an einem Sonderdelikt milder (als die Haupttat) zu bestrafen<sup>32</sup>. Auch insoweit erweist sich Art. 116 als eine von den generellen Zurechnungsprinzipien abweichende Regelung.

---

<sup>23</sup> So für das deutsche Recht BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 683; im gleichen Sinne CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 100.

<sup>24</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 4.

<sup>25</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 4; vgl. auch NORBERT WINGERTER, in: R. M. Hofmann / H. Hoffmann (Hrsg.), *Ausländerrecht, Handkommentar*, Baden-Baden 2008, § 96 AufenthG, Rn 4.

<sup>26</sup> Mit Blick auf Art. 115 Abs. 3 mag man vielleicht erwägen, auch die Förderung einer Fahrlässigkeitstat dem Art. 116 zu subsumieren (so VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. [Fn. 4], Art. 116, N 5). Eine solchermassen konstruierte vorsätzliche Teilnahme an einem Fahrlässigkeitsdelikt dürfte freilich kaum mit der herkömmlichen Täterschaft-Teilnahme-Dogmatik des schweizerischen Strafrechts zu vereinbaren sein.

<sup>27</sup> Ebenso für das deutsche Recht CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 81 und BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 700.

<sup>28</sup> Siehe zur entsprechenden Problematik im deutschen Recht BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 700 f. – Da Art. 115 ein Sonderdelikt ist (dazu sogleich Ziff. 2/b/cc), entfällt für die Anwendung von Art. 116 von vorneherein die Möglichkeit einer *mittelbaren* Täterschaft (VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. [Fn. 4], N 24 vor Art. 115 – 120; ferner allgemein GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 4. Auflage, Bern 2011, § 13, N 44 ff.).

<sup>29</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), N 24 vor Art. 115 – 120.

<sup>30</sup> Ebenso für das deutsche Recht BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 693.

<sup>31</sup> Deshalb wird diesbezüglich in der Lehre teilweise von sog. verwaltungsakzessorischen Tatbeständen gesprochen (z.B. LORENZ, a.a.O. [Fn. 9], 644).

<sup>32</sup> STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 28), § 13, N 139.

### **c) Keine Erwähnung der Anstiftung**

Schliesslich fällt auf, dass Art. 116 lediglich Verhaltensweisen in der Form der Helferschaft und nicht auch der Anstiftung nennt. Wenn etwa jemand eine Ukrainierin dazu verleitet, illegal in die Schweiz einzureisen oder – falls sie bereits eingereist ist – sich bei Freunden zu verstecken, so ist dieses Verhalten nach den allgemeinen Regeln als Anstiftung (im Sinne von Art. 24 StGB) zu Art. 115 zu qualifizieren<sup>33</sup>. Weil die rechtswidrige Einreise ebenso wie der rechtswidrige Aufenthalt ein Sonderdelikt darstellt, ist für den Anstifter zusätzlich die Strafmilderung gemäss Art. 26 i.V.m. Art. 48a StGB zu beachten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die illegale Fluchthilfe – in Abweichung vom sonst üblichen Wertungsverhältnis zwischen Art. 24 und 25 StGB – strenger beurteilt wird als die Anstiftung zur Flucht.

### **3) Die Suche nach sachlichen Gründen für die ausländerrechtliche Regelung**

Die soeben erwähnten mehrfachen systematischen Friktionen gründen in den Prinzipien der allgemeinen strafrechtlichen Täterschaft-Teilnahme-Dogmatik. Sie lassen sich möglicherweise beseitigen, falls der Nachweis gelingt, dass der hier analysierte Straftatbestand mehr als nur ein Teilnahmeunrecht zum Ausdruck bringt. Einerseits wäre denkbar, dass die Norm nicht nur dem Schutz von Interessen der Allgemeinheit dient, sondern überdies auch noch Rechtsgüter der betroffenen ausländischen Personen schützen soll (dazu unten lit. a und b). Andererseits könnte man sich auch vorstellen, dass die in Art. 116 erwähnten Tathandlungen im Hinblick auf das Rechtsgut der staatlichen Hoheitsgewalt<sup>34</sup> – zumindest teilweise – qualifizierte Formen einer Teilnahme darstellen, die sich nicht auf eine einfache Unterstützung fremden Unrechts beschränkt (dazu unten lit. c).

#### **a) Schutz vor Gefahren für die körperliche Integrität**

Eine individuelle Schutzrichtung des Art. 116 mag man zunächst mit Blick auf das Rechtsgut von Leib und Leben suchen<sup>35</sup>. Denn mit den illegalen Transporten in die Schweiz verbinden sich immer wieder erhebliche Gefahren für die Gesundheit der eingeschleusten Personen, die im Extremfall sogar zu Todesfällen führen können<sup>36</sup>. Vor diesem Hintergrund liegt die Versuchung nahe, beispielsweise den Tatbestand der illegalen Einreise als abstraktes Gefährdungsdelikt zum Schutze der Ausländer zu deuten.

---

<sup>33</sup> Im gleichen Sinne VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 4.

<sup>34</sup> Siehe vorne Ziff. 2/a.

<sup>35</sup> Vgl. dazu BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 689 ff. und CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 55 f.

<sup>36</sup> Zur Frage, inwieweit in solchen Fällen die klassischen Straftatbestände der Tötung oder Körperverletzung anwendbar sind, ausführlich BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 689 ff. und ARZT, a.a.O. (Fn. 13), 394 f.

Dagegen sprechen freilich sowohl der Gesetzeswortlaut wie auch die systematische Stellung der Strafnorm im Ausländergesetz. Irgendwelche Hinweise auf einen vom Gesetzgeber intendierten Schutz der körperlichen Integrität lassen sich da nicht finden<sup>37</sup>. Vor allem aber erfasst Art. 116 – gerade in der Alltagspraxis – regelmässig auch Verhaltensweisen, die unter gesundheitlichen Aspekten harmlos sind, etwa die Beförderung von Fahrgästen in einem Taxi über die Grenze oder die Erleichterung einer Einreise mittels gefälschter Ausweispapire. Noch deutlicher zeigt sich das bei den im vorliegenden Text besonders interessierenden Unterstützungshandlungen für bereits illegal anwesende Personen, z.B. bei der Vermittlung von Kost und Logis. Solche (praktisch überaus relevante) Konstellationen verbieten es, eine Gefahr für Leib und Leben als typisches Begleitmerkmal der in Art. 116 genannten Tathandlungen zu betrachten. Im Hinblick darauf erweist sich hier die Annahme einer verpönten abstrakten Gesundheitsgefährdung als ziemlich abwegig.

## **b) Schutz vor finanzieller Ausbeutung**

Ferner kann man sich fragen, ob die erhöhte Strafwürdigkeit einer Beteiligung am Delikt des Art. 115 unter Umständen in einer finanziellen Ausbeutung im Rahmen der illegalen Einreise liegt<sup>38</sup>. Dabei ist primär an die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Notlage des Ausländers durch einen Schlepper oder eine Wohnungsvermieterin zu denken. Auf diese Weise würde das Teilnahmeunrecht durch Gesichtspunkte des individuellen Vermögensschutzes ergänzt<sup>39</sup>.

Doch der Tatbestand des Art. 116 verlangt – und zwar selbst in der qualifizierten Form von Abs. 3 lit. a – weder eine persönliche Notsituation noch ein Abhängigkeitsverhältnis zum Schlepper. Abgesehen davon stellt die Ausnutzung einer Notlage in solchen Fällen ganz wesentlich die Folge einer Ausländerpolitik dar, welche hohe rechtliche Hürden gegen die Migration errichtet<sup>40</sup>. Insofern ist es von vorneherein zweifelhaft, die Strafnorm mit der Zwangslage der betroffenen Ausländerinnen legitimieren zu wollen<sup>41</sup>.

Im Übrigen enthält der Grundtatbestand des 116 Abs. 1 keinerlei Hinweise auf finanzielle Aspekte, weshalb auch Förderungshandlungen ohne Gegenleistung

---

<sup>37</sup> Abweichend in diesem Punkt VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 22: Sie anerkennen zwar, dass die für die Schleppertätigkeit typische Verletzung von Individualrechtsgütern im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden hat; gleichwohl wollen sie aber diesen Aspekt bei Art. 116 Abs. 3 in der Strafzumessung berücksichtigen.

<sup>38</sup> Ausführlich dazu BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 685 ff. und CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 53 ff.; ferner LORENZ, a.a.O. (Fn. 9), 641 und KATHARINA AURNHAMMER, *Spezielles Ausländerstrafrecht*, Baden-Baden 1996, 90.

<sup>39</sup> In diesem Sinne für das deutsche Recht AURNHAMMER, a.a.O. (Fn. 38), 154 f.

<sup>40</sup> Diese Politik ist ebenso mitverantwortlich für die gesundheitlichen Gefahren, denen die durch Schlepper in die Schweiz gebrachten ausländischen Personen ausgesetzt sind (dazu vorne Ziff. 3/a). – Illustrativ zum Ganzen MONA, a.a.O. (Fn. 10), 237 ff.

<sup>41</sup> Eine vergleichbare kriminalpolitische Problematik findet sich auch im Betäubungsmittelstrafrecht (siehe P. ALBRECHT, a.a.O. [Fn. 17], Einleitung, N 77 f.).

erfasst werden können. Zu erwähnen ist diesbezüglich etwa die unentgeltliche Einrichtung eines Verstecks für eine illegal eingereiste Freundin.

### c) Förderungshandlungen als qualifizierte Teilnahme

Namentlich die in Art. 116 Abs. 3 aufgezählten qualifizierten Tatbestandsvarianten erwecken den Eindruck, dass es sich hier um mehr als das Teilnahmeunrecht im Sinne einer "gewöhnlichen" Gehilfenschaft handelt. Der in den betreffenden Tatbestandsmerkmalen angedeutete Konnex zur organisierten Kriminalität<sup>42</sup> könnte allenfalls auf einen erhöhten Unrechtsgehalt hinweisen. In diese Richtung geht ein Teil der Lehre zu den vergleichbaren Tatbeständen des deutschen Rechts<sup>43</sup>: "Das Handeln für einen Vermögensvorteil beschreibt eine für das tatbestandliche Unrecht charakteristische, gefährliche Tendenz. Der Grund für die erhöhte Strafe ist in der Gefahr zu sehen, dass derjenige, der für einen Vermögensvorteil Ausländer eingeschleust hat, sich durch entsprechende Zahlungen erneut zu einer solchen Tat bewegen lässt."<sup>44</sup> Weiter wird sodann ausgeführt: "In dem wiederholten Einschleusen bzw. dem Einschleusen mehrerer Ausländer zeigt sich, dass der Täter ein Vielfaches des von dem einzelnen Ausländer verübten Unrechts verwirklicht und daher eine besondere Gefahr für die .... geschützten Rechtsgüter darstellt. Diese 'Multiplikator-Wirkung' des" im Gesetz "vertypen Verhaltens ist geeignet, eine erhöhte Bestrafung des Schleusers materiell zu rechtfertigen."<sup>45</sup> Hinter dieser Argumentationsweise steht die Vorstellung, dass der Schleuser sich im Zentrum des Geschehens befinde und die einreisewilligen Ausländer anziehe<sup>46</sup>. Durch seine Professionalität ermögliche er vielen überhaupt erst die Einreise. "Die Ausländer hingegen verwirklichen das Unrecht der illegalen Einreise jeweils nur einmal. Sie sind nur am Rande an dem besonderen Unrecht der Schleusung beteiligt, so dass ihre Sonderbeteiligung nur peripher ist."<sup>47</sup>

Dieser mit viel dogmatischem Scharfsinn vorgetragene Begründungsversuch vermag kaum zu überzeugen. Fraglich scheint da vorab, ob die Vorstellung des im Zentrum stehenden professionellen Schleppers als Gegenstück zum bloss peripher beteiligten Ausländer überhaupt die Realität darstellt<sup>48</sup>. Vor allem aber widerspricht die hier kritisierte kriminologische Prämisse dem Konzept des (schweizerischen) Ausländergesetzes. Den Ausgangspunkt der strafrechtlichen Regelung in den Art. 115 und 116 bildet nämlich die besondere Pflichtenstellung der in die Schweiz einreisenden oder eingereisten Person, die sich aus ihrem Ausländerstatus ergibt<sup>49</sup>. Das für die Beeinträchtigung der staatlichen Hoheitsgewalt relevante Unrecht liegt folglich in der mit der Einreise oder dem

---

<sup>42</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 22.

<sup>43</sup> Z.B. BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 696 ff. und CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 100 ff.

<sup>44</sup> BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 696 f.

<sup>45</sup> BÖSE, a.a.O. (Fn. 11), 696 f.

<sup>46</sup> So CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 103, mit Hinweisen.

<sup>47</sup> CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 103.

<sup>48</sup> Skeptisch diesbezüglich H.-J. ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 6), 41.

<sup>49</sup> Siehe vorne Ziff. 2/b/cc.

Aufenthalt der ausländischen Personen verbundenen Missachtung ausländerrechtlicher Ordnungsvorschriften. Somit rückt das Gesetz mit Art. 115 das rechtswidrige Verhalten des Ausländers systematisch in den Vordergrund. Demgegenüber sind die in Art. 116 aufgezählten Tathandlungen sprachlich als untergeordnete Formen einer Beteiligung ausformuliert – allerdings mit Strafrahmen, die für ein blosses Teilnahmeunrecht nicht angemessenen sind<sup>50</sup>.

Auch wenn man die qualifizierenden Tatbestandsmerkmale berücksichtigt, erweist sich das in Art. 116 Abs. 3 statuierte Maximum von fünf Jahren Freiheitsstrafe für eine Förderungshandlung – angesichts des vom Gesetz geschützten Rechtsgutes – als unvereinbar mit dem Tatverschulden. Dabei gilt es insbesondere zu beachten, dass der qualifizierte Tatbestand des Art. 116 nicht nur die Tätigkeit professioneller Schlepper, sondern auch Fälle betrifft, die sich in keiner Weise der organisierten Kriminalität zuordnen lassen<sup>51</sup>. Besonders deutlich erkennbar wird das bei der Tatvariante einer Unterstützung von Personen, die sich bereits illegal in der Schweiz aufhalten<sup>52</sup>. So kann etwa der Hauseigentümer, der einer illegal eingereisten Ausländerin eine Wohnung zu einem überetzten (nicht marktkonformen) Preis vermietet, den Tatbestand des Art. 116 Abs. 3 lit. a erfüllen<sup>53</sup>.

#### **d) Zwischenergebnis**

Wie auch immer man den Straftatbestand des 116 in Relation zum Art. 115 deuten mag, die festgestellten Strafrahmendifferenzen lassen sich nicht mit Argumenten unterschiedlicher Tatschuld sachgerecht erklären. So überrascht es denn auch kaum, dass weder der Gesetzgeber noch die wissenschaftliche Literatur<sup>54</sup> die Strafdrohungen des Art. 116 (namentlich jene in Abs. 3) – im Verhältnis zu Art. 115 – näher begründen. Bei der Bewertung des Verschuldens wird vor allem die Erkenntnis ausser Acht gelassen, dass eine restriktive Migrationspolitik ihrerseits die verpönte Schleppertätigkeit in einem erheblichen Ausmass hervorruft. Die Abschottung Europas gegenüber aussereuropäischen Staaten mittels einer drastischen Einschränkung legaler Einwanderungsmöglichkeiten fördert angesichts des unübersehbaren wirtschaftlichen Wohlstandsgefälles die illegale (professionelle) Unterstützung einreisewilliger Ausländer.

Hinter der vergleichsweise strengen Bestrafung der im Gesetz genannten Förderungshandlungen verbergen sich – so meine Vermutung – in einem erheblichen Ausmass *unausgesprochene generalpräventive Erwägungen*, dies sozu-

---

<sup>50</sup> Abgesehen von diesen spezifisch rechtsdogmatischen Einwänden bleibt zusätzlich zu berücksichtigen, dass hinter dem Phänomen der rechtswidrigen Einreise "ein Schwarzmarkt der Immigration" steht, "der nach den Regeln von Angebot und Nachfrage funktioniert und dabei durch die Strukturen der (strafrechtlichen) Kontrolle mitgeformt wird" (H.-J. ALBRECHT, a.a.O. [Fn. 6], 32; ferner a.a.O., 39).

<sup>51</sup> Siehe auch vorne Ziff. 1.

<sup>52</sup> Ergänzend dazu hinten Ziff. 4.

<sup>53</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 23, mit Hinweisen.

<sup>54</sup> Z.B. VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 20 und 22.



sagen als integrierter Bestandteil der "Festung Europa"<sup>55</sup>. (Potentielle) Schlepper und andere Personen sollen offenkundig abgeschreckt werden, die rechtswidrige Ein- oder Ausreise und den rechtswidrigen Aufenthalt ausländischer Personen zu unterstützen<sup>56</sup>. Diese Zielsetzung fiel dem Gesetzgeber umso leichter, als die Strafsanktionen des Art. 116 häufig Ausländer trifft. Allfällige Verstösse gegen das Schuldprinzip sind dabei wohl bewusst in Kauf genommen worden.

#### 4) Die Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts

##### a) Einschränkung der Gesetzesauslegung

Eine Detailanalyse der Tathandlungen in Art. 116 Abs. 1 offenbart sogleich, dass die Variante der Förderung eines rechtswidrigen Aufenthaltes ausserordentlich *weit und unbestimmt* formuliert ist<sup>57</sup>. Demzufolge ist besonders heikel die Festlegung der Strafbarkeitsgrenzen bei einer Unterstützung von Ausländern, die sich bereits rechtswidrig in der Schweiz befinden<sup>58</sup>. Es sind sogar berechtigte Zweifel laut geworden, ob die betreffende Norm dem Bestimmtheitsgebot und dem Legalitätsprinzip entspricht<sup>59</sup>.

Folglich obliegt es der Rechtsanwendung, der Strafnorm die erforderlichen Konturen zu verleihen. Dabei gebietet namentlich der unangemessen hohe Strafrahmen<sup>60</sup> eine *einschränkende Auslegung* der Tatbestandsmerkmale. Dementsprechend sind die allgemeinen Grundsätze der Teilnahmedogmatik nicht ohne weiteres auf das Ausländerrecht übertragbar<sup>61</sup>. Vielmehr ist das Merkmal einer Förderung bzw. Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts *enger zu interpretieren* als der Begriff der Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB. So betonen auch die Rechtsprechung und die Lehre immer wieder, dass nicht jeder Kontakt zu einem illegal anwesenden Ausländer, der dessen Leben angenehmer macht, tatbestandsmässig sein könne<sup>62</sup>. Weniger klar ist hingegen, welche dieser Kontakte im Einzelfall dem Art. 116 zu subsumieren sind. Deshalb werde ich nun gewisse Ansätze einer sachgerechten (restriktiven) Interpretation skizzieren, die auf sehr unterschiedlichen Ebenen liegen und sich teilweise überschneiden.

---

<sup>55</sup> Siehe auch H.-J. ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 6), 37 f.

<sup>56</sup> Für die vergleichbaren Sanktionsverschärfungen im deutschen Recht stellt H.-J. ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 6), 48, in den Vordergrund "eine moralische Panik, die durch Immigration und Migration ausgelöst wurde und das Ende der achtziger und den Anfang der neunziger Jahre markiert".

<sup>57</sup> Mit Recht kritisch z.B. NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.44.

<sup>58</sup> Ausführlich VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 7 ff. und MINH SON NGUYEN, *Droit public des étrangers*, Berne 2003, 676 ff.

<sup>59</sup> So deutlich VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 7; REGINA KIENER / LUCIE VON BÜREN, *Strafbarkeit durch medizinische Betreuung von Sans-Papiers?*, ASYL 4/2007, 11 f.; ferner MARC SPESCHA, *Ausländerrecht*, 2. Auflage, Zürich 2004, 132 f.

<sup>60</sup> Siehe vorne Ziff. 3/d.

<sup>61</sup> A.A. für das deutsche Recht z.B. BGH 54, 140 ff. (142 f.).

<sup>62</sup> Z.B. BGE 130 IV 77 ff. (80, E. 2.3.2); VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 7; ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2; NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.44; im gleichen Sinne auch NGUYEN, a.a.O. (Fn. 58), 676.

## b) Beitrag zur Haupttat

Gemäss Art. 116 Abs. 1 lit. a muss der Täter vor allem den Tatbestandserfolg (nämlich den rechtswidrigen Aufenthalt einer ausländischen Person) tatsächlich erleichtern<sup>63</sup>, d.h. einen entsprechenden *kausalen Beitrag* dazu leisten<sup>64</sup>. Zumindest hat er – gemäss der vorherrschenden Lehre<sup>65</sup> – die Erfolgchance der tatbestandserfüllenden Handlung (dies konkret mit Blick auf Art. 115) zu erhöhen<sup>66</sup>. Infolgedessen kann den Straftatbestand erfüllen, wer beispielsweise eine rechtswidrig anwesende Person während einer gewissen Zeit beherbergt<sup>67</sup> oder Ratschläge an Ausländer erteilt, wie sie in der Schweiz erfolgreich illegal verweilen können<sup>68, 69</sup>. Andererseits erblickte das Bundesgericht keine Erleichterungshandlung bei einem Chauffeur, der einen Ausländer im Landesinneren 100 Kilometer weit chauffierte, ohne dass festgestellt gewesen wäre, dass der illegal anwesende Ausländer auf diesem Wege dem behördlichen Zugriff hätte entzogen werden sollen<sup>70</sup>.

Neben der physischen kommt ebenso die psychische Unterstützung als strafbares Verhalten in Betracht<sup>71</sup>. Dies betrifft etwa den Sachverhalt, wo jemand eine illegal anwesende Ausländerin in ihrem Entschluss bestärkt, in der Schweiz zu bleiben<sup>72</sup>. Erforderlich ist hier ein Beweis "der affektiven Einwirkung" auf die Täterin<sup>73</sup>.

---

<sup>63</sup> VALENTIN ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), Diss. Zürich 1991, 80.

<sup>64</sup> Ausführlich zum deutschen Recht CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 167 ff. – Die strafbare Hilfeleistung kann prinzipiell auch in einer blossen Unterlassung bestehen, dies freilich nur unter der Voraussetzung, dass dem Unterlassenden eine Garantenpflicht obliegt. Die Meldepflicht des Beherbergers gemäss Art. 16 AuG begründet keine solche Garantenstellung, so dass eine Unterlassung der Meldung nicht tatbestandsmässig sein kann (VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. [Fn. 4], Art. 116, N 11; NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.44; ferner BGE 127 IV 27 ff. [32 f., E. 2/b]; BGer. vom 30. 9. 2005, 6S.281/2005, E. 1.4).

<sup>65</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 8; vgl. ferner statt vieler STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 28), § 13, N 118, mit Hinweisen.

<sup>66</sup> Vgl. zum deutschen Recht BGH 54, 140 ff. (142 f.).

<sup>67</sup> Siehe zu Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG z.B. BGE 130 IV 77 ff.; 131 IV 174 ff.; BGer. vom 23. 9. 2010, 6B\_486/2010; BGer. vom 15. 8. 2008, 6B\_387/2008. – Näher zum Zeitfaktor hinten Ziff. 4/d/bb.

<sup>68</sup> Vgl. CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 168.

<sup>69</sup> Hierher gehört eigentlich auch die Beschäftigung eines illegal anwesenden ausländischen Arbeitnehmers. Solche Fälle werden jedoch, falls nicht zusätzlich noch eine Beherbergung erfolgt, von der *Spezialnorm des Art. 117 AuG* (Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung) erfasst (VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. [Fn. 4], Art. 116, N 12, mit Praxishinweisen).

<sup>70</sup> ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2, unter Hinweis auf BGer. vom 8. 3. 2004, 6S.459/2003, E. 2.3).

<sup>71</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 7.

<sup>72</sup> Vgl. CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 168 f.

<sup>73</sup> STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 28), § 13, N 119.

Sehr schwierig ist häufig der *Nachweis*, dass eine bestimmte Verhaltensweise – namentlich etwa die Gewährung von Unterkunft – die Anwesenheit der betreffenden Personen beeinflusst. Jedenfalls dürfte die Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 116 wohl entfallen, wenn jemand ein Zimmer oder eine Wohnung einer ausländischen Person zur Verfügung stellt, die ohnehin fest entschlossen ist, die Ausreisepflicht nicht zu befolgen<sup>74</sup>. Die Strafbarkeit setzt nämlich voraus, dass die jeweilige Unterstützungshandlung den illegalen Aufenthalt, der ein *Dauerdelikt* darstellt<sup>75</sup>, tatsächlich verlängert. Zumindest muss sich das Risiko einer solchen Aufenthaltsverlängerung im konkreten Fall nachweisbar deutlich erhöht haben. Eine objektive Förderung der Haupttat mag zwar unter Umständen rasch einmal auf der Hand liegen; doch dies entbindet die Gerichte nicht von der Pflicht, im Prozess den strikten Nachweis zu erbringen, was gerade in Fällen der Beherbergung eines Ausländers häufig nicht so leicht ist. Insbesondere reicht da der blosser Hinweis, die gewährte Unterkunft sei "susceptible de devenir une cachette pour l'étranger en situation irrégulière, lui permettant ainsi de se soustraire à l'intervention des autorités administratives (...)"<sup>76</sup>, nicht aus. Vielmehr bedarf es überzeugender Feststellungen, dass die Unterkunft *tatsächlich* als Versteck gedient und somit die Möglichkeit einer Verlängerung der rechtswidrigen Anwesenheit markant erhöht hat<sup>77</sup>. Nur soweit diese Forderung in der Praxis wirklich ernst genommen wird, kann es gelingen, die Strafnorm vor einer Ausuferung zu bewahren.

### c) (Neutrale) Alltagshandlungen

Wegen der weiten Ausdehnung von Art. 116 Abs. 1 lit. a erfasst der Wortlaut des Straftatbestandes auch (sozial durchaus akzeptierte) Verhaltensweisen, deren Strafwürdigkeit sehr fraglich ist<sup>78</sup>. Infolgedessen schlägt ANDREAS ZÜND die Abgrenzung zu "*straflosen Alltagshandlungen*" nach dem Kriterium vor, "ob die Handlung einen deliktischen Sinnbezug aufweist, d.h. für den Täter einzig im Blick auf die Haupttat sinnvoll ist (...)"<sup>79</sup>. "Wer dem Ausländer Proviant für

---

<sup>74</sup> So für das deutsche Recht z.B. GÜNTER HEINE, in: A. Schönke / H. Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010, § 27, Rn 12; a.A. BGH 54, 140 ff. (143) mit zustimmender Anmerkung von ANDREAS MOSBACHER, NStZ 2010, 457 f.; siehe ferner THOMAS FISCHER, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Auflage, München 2012, § 27, Rn 8 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>75</sup> BGE 135 IV 6 ff. (9, E. 3.2); ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 115, N 6. – Abgesehen davon weist die Tatvariante des unrechtmässigen Aufenthalts die Struktur eines (*echten*) *Unterlassungsdeliktes* auf (ebenso für das deutsche Recht z.B. CANNAWURF, a.a.O. [Fn. 7], 93); denn der Kern des Unrechts liegt hier in der "Verletzung der Ausreisepflicht" (BGH 54, 140 ff. [143]).

<sup>76</sup> BGE 130 IV 77 ff. (81, E. 2.3.2); ebenso BGer. vom 17. 7. 2009, 6B\_128/2009, E. 2.2 (forum-poenale 2009, 294 f.).

<sup>77</sup> Ähnlich auch GUIDO JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004, ZBJV 2006, 161 f. – Insoweit vermag die Begründung in BGE 130 IV 77 ff. (80 f., E. 2.3) insgesamt nicht zu überzeugen.

<sup>78</sup> Siehe auch VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 8.

<sup>79</sup> A.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2, in Anlehnung an ROXIN und STRATENWERTH; im gleichen Sinne NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.44; ähnlich auch für das deutsche Recht WINGERTER, a.a.O. (Fn. 25); § 96 AufenthG, Rn 4: "Danach kann Beihilfe nur vorliegen, wenn ein sozial

die Reise in die Schweiz mitgibt", soll sich demnach nicht strafbar machen, "weil Essen für den Täter unabhängig von dessen deliktischem Willen, illegal in die Schweiz einzureisen, sinnvoll ist"<sup>80</sup>.

Auf diese Weise lassen sich gewiss manche Konstellationen aus dem Tatbestand ausscheiden, wo eine Bestrafung offenkundig unvernünftig wäre. Doch die Grenze zwischen strafbaren und straflosen Verhaltensweisen lässt sich hier nicht immer leicht finden<sup>81</sup>. So reicht die abstrakte rechtsdogmatische Figur der (neutralen) Alltagshandlung<sup>82</sup> nicht aus für sachgerechte Abgrenzungen in Fällen, wo jemand einer rechtswidrig anwesenden Person Unterkunft gewährt<sup>83</sup>. Zwar ist die Nutzung von Wohnraum, der zur Verfügung gestellt wird, grundsätzlich erlaubt. Somit kann man auch die Vermietung einer Wohnung in strafrechtlicher Hinsicht prinzipiell als neutral bewerten. Dies ändert sich freilich radikal, sobald ein Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung die betreffenden Räume bewohnt. Unter diesen Voraussetzungen stellt das Wohnen ein strafbares Verhalten dar, nämlich einen rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1. Mit Blick auf Art. 116 Abs. 1 lit. a muss man sich zusätzlich vergegenwärtigen, dass es bei den hier interessierenden Beherbergungsfällen um eine Unterstützung *während* eines Dauerdeliktes (konkret: eines rechtswidrigen Aufenthalts) geht. Derartige Verhaltensweisen, welche die Fortführung einer bereits andauernden unerlaubten Anwesenheit erleichtern (und zwar im Bewusstsein der fehlenden Aufenthaltsberechtigung der ausländischen Person), kann man nur schwer als "neutrale" Handlungen bezeichnen<sup>84</sup>.

## **d) Erhebliche Erschwerung der behördlichen Kontrolle**

### **aa) Begünstigungsähnlicher Tatbestand**

Die Gerichtspraxis erblickt generell den Unrechtsgehalt einer Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts offenkundig in der Erschwerung des behördlichen Zugriffs auf den Ausländer, der sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Danach verlangt etwa die Strafbarkeit einer Beherbergung, "que le comportement de l'auteur rende plus difficile le prononcé ou l'exécution d'une décision à l'encontre de l'étranger en situation irrégulière ou restreigne, pour les autorités, les

---

unübliches Sonderverhalten gegenüber dem Ausländer gerade im Hinblick auf seine teilnahmefähige Haupttat gem. § 95 vorliegt."

<sup>80</sup> ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2.

<sup>81</sup> Siehe CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 200 f.

<sup>82</sup> Allgemein dazu STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 28), § 13, N 120; BERNARD STRÄULI, in: R. Roth / L. Moreillon (éd.), Code pénal I, Bâle 2009, art. 25, n. 24 ss.; MARC FORSTER, in: M.A. Niggli / H. Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 25, N 30 ff.; ferner aus neuerer Zeit umfassend die Habilitationsschrift von PETER RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, Frankfurt a.M. 2007, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>83</sup> A.A. ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2; teilweise kritisch gegenüber ZÜND auch VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 8.

<sup>84</sup> Ähnlich im Ergebnis RACKOW, a.a.O. (Fn. 82), 514 und CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 201.

possibilités de l'arrêter (...)"<sup>85</sup>. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn der Ausländer polizeilich gemeldet sei, die Behörde daher dessen Identität und Adresse kenne und somit jederzeit auf ihn Zugriff habe<sup>86</sup>. Anders solle es sich hingegen verhalten, wenn derjenige, der eine Person beherbergt, die sich illegal in der Schweiz aufhält, ihr dadurch das rechtswidrige Verweilen erleichtert, handle es sich nun um einen Hotelbetreiber, Vermieter oder um einen Arbeitgeber, der ein Zimmer für ihn mietet<sup>87</sup>.

Solchermassen wird Art. 116 im Ergebnis als ein dem Art. 305 StGB verwandter, d.h. als *begünstigungsähnlicher*, Tatbestand gedeutet<sup>88</sup>. Infolgedessen erfährt der Anwendungsbereich der Strafbestimmung eine begrüssenswerte Beschränkung. Das Bundesgericht stützt sich hierfür ausdrücklich auf die "ratio legis"<sup>89</sup>, ohne dies freilich näher zu erläutern, so dass sachbezogene Argumente im Dunkeln bleiben<sup>90</sup>. Die zitierten richterlichen Erwägungen lassen sich indessen erhellen durch eine Bezugnahme auf das durch Art. 116 geschützte Rechtsgut, nämlich die territoriale Hoheitsgewalt<sup>91</sup>. Mit der Rechtsnorm soll die staatliche Kontrollbefugnis im Hinblick auf rechtswidrig einreisende und / oder rechtswidrig hier anwesende Ausländerinnen sichergestellt werden. Somit erfasst die Strafbestimmung u.a. Handlungen, welche den behördlichen Zugriff verunmöglichen oder zumindest stark behindern. In Anbetracht der geforderten Restriktion der Gesetzesauslegung<sup>92</sup> verlangt die Strafbarkeit stets eine *erhebliche Erschwernis für die Kontrolltätigkeit der Ausländerbehörden*<sup>93</sup>.

## bb) Straflose Unterkunftsgewährung

Demnach entfällt die Tatbestandsmässigkeit einer Unterstützungshandlung, solange die Behörden den Aufenthaltsort einer illegal in der Schweiz verweilenden Ausländerin kennen<sup>94</sup> oder ihn mittels zumutbarer Nachforschungen finden könnten<sup>95</sup>. Vor diesem Hintergrund bleibt beispielsweise das sog. Kirchenasyl

---

<sup>85</sup> BGE 130 IV 77 ff. (80, E. 2.3.2, mit Hinweisen); ebenso BGer. vom 17. 7. 2009, 6B\_128/2009, E. 2.2 (forumpoenale 2009, 294 f.); zustimmend NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.44; KIENER / VON BÜREN, a.a.O. (Fn. 59), 12; NGUYEN, a.a.O. (Fn. 58), 677.

<sup>86</sup> BGer. vom 18. 8. 2000, 6S.615/1998, E. 2/a und BGer. vom 27. 7. 1990, 6S.183/190, E. 3/b; ferner NGUYEN, a.a.O. (Fn. 58), 677.

<sup>87</sup> BGE 130 IV 77 ff. (80 f., E. 2.3.2., mit Hinweisen); ebenso BGer. vom 17. 7. 2009, 6B\_128/2009, E. 2.2 (forumpoenale 2009, 294 f.).

<sup>88</sup> So ausdrücklich VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 9 und NGUYEN, a.a.O. (Fn. 58), 677.

<sup>89</sup> Erstmals BGer. vom 27. 7. 1990, 6S.183/1990, E. 3/a.

<sup>90</sup> Insbesondere fragt sich, inwieweit die für Art. 305 StGB entwickelten Auslegungskriterien sich ohne weiteres auf die ausländerrechtliche Norm des Art. 116 Abs. 1 übertragen lassen (skeptisch auch NGUYEN, a.a.O. [Fn. 58], 679 f.).

<sup>91</sup> Siehe vorne Ziff. 2/a.

<sup>92</sup> Dazu vorne Ziff. 4/a.

<sup>93</sup> Zutreffend verlangen VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 9, "dass die Handlung eine *erhebliche zeitliche und inhaltliche Erschwernis für die Behörden* bedeutet".

<sup>94</sup> Nachweise vorne in Fn. 86.

<sup>95</sup> Im Fall BGE 130 IV 77 ff. wird aus den Urteilserwägungen nicht ersichtlich, inwieweit sich die Behörden darum bemühten, den Aufenthaltsort des betreffenden Ausländers zu finden.

prinzipiell straflos<sup>96</sup>. Dasselbe muss im Übrigen ganz allgemein dann gelten, wenn die Ausländerbehörden ihrerseits keine hinreichenden Anstrengungen unternehmen, um die rechtswidrige Anwesenheit der betreffenden Personen zu beenden und auf diese Weise ihre Hoheitsgewalt durchzusetzen. Ausserdem kann die Unterkunftsgewährung mit der Folge einer bloss geringfügigen zeitlichen Verzögerung der behördlichen Kontrolle den Tatbestand nicht erfüllen. Somit muss die strafbare Beherbergung "auf eine gewisse Dauer angelegt" sein<sup>97</sup>. Folglich bleibt straflos, wer einen Ausländer nur während weniger Tage<sup>98</sup> oder Wochen<sup>99</sup> beherbergt.

Ferner fällt nicht unter den Straftatbestand, wer seinen (ausländischen) Ehegatten in die eigene Wohnung aufnimmt<sup>100</sup>. Das ergibt sich aus Art. 162 ZGB, wonach die Ehegatten die eheliche Wohnung gemeinsam bestimmen<sup>101</sup>.

### e) Humanitäre Hilfeleistungen

Eine zusätzliche Tatbestandsreduktion, d.h. eine Abweichung vom Wortlaut des Art. 116 Abs. 1 lit. a, drängt sich ferner noch in anderen Konstellationen auf. Zu erwähnen sind da Fälle, wo jemand *aus humanitären Motiven* ausländischen Personen (ohne Anwesenheitsberechtigung) Hilfe leistet, insbesondere Unterkunft gewährt<sup>102</sup>. So wird in der Literatur zum deutschen Recht – in Anlehnung an ein früheres Urteil des Bundesgerichtshofes<sup>103</sup> – die Ansicht vertreten: "Keine strafbare Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt begeht, wer lediglich aus humanitären Erwägungen Ausländern, die sich ohnehin im Bundesgebiet aufhalten und zum Hierbleiben entschlossen sind, durch die Gabe von Essen, Kleidung oder Wohnung zu einer menschenwürdigen Existenz verhilft. Denn derartige, aus Mitmenschlichkeit gebotene Hilfeleistungen dienen nicht der Vertiefung des ohnehin unerlaubten Aufenthalts, sondern der Verhinderung menschenunwürdiger Existenz."<sup>104</sup>

Diese Auffassung verdient auch für das schweizerische Recht Zustimmung<sup>105</sup>. In der Sache lässt sie sich primär mit Blick auf die Grundrechte der Bundesverfassung und somit aus dem Gebot einer *verfassungskonformen Gesetzesaus-*

---

<sup>96</sup> Dazu VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 18; NGUYEN, a.a.O. (Fn. 58), 680. – Zur Diskussion im deutschen Recht siehe z.B. CANNAWURF, a.a.O. (Fn. 7), 213 ff. und AURNHAMMER, a.a.O. (Fn. 38), 181 ff.

<sup>97</sup> HANS MAURER, in: A. Donatsch (Hrsg.), 18. Auflage, Zürich 2010, Art. 116, N 6.

<sup>98</sup> BGer. vom 17. 7. 2009, 6B\_128/2009, E. 2.2 und 2.3 (forumpoenale 2009, 294 f.); ebenso ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), N 2.

<sup>99</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 12.

<sup>100</sup> ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 12; NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.49.

<sup>101</sup> BGE 127 IV 27 ff. (31 f., E. 2/a/bb); vgl. ferner BGer. vom 30. 9. 2005, 6S.281/2005, E. 1.3.

<sup>102</sup> Siehe NÄGELI / SCHOCH, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 22.49, mit weiteren Hinweisen.

<sup>103</sup> BGH, NJW 1990, 2207 f.

<sup>104</sup> MOSBACHER, a.a.O. (Fn. 74), 458.

<sup>105</sup> Infolgedessen erweist sich der Schuldspruch im Fall BGE 130 IV 77 ff. als problematisch.

*legung* ableiten: "Handlungen, die durch ein verfassungsmässiges Recht des Ausländers geschützt sind, etwa die standesgemässe Beratung durch einen Anwalt, die medizinische Versorgung oder die Einschulung von Sans-Papier-Kindern, müssen straflos bleiben. Sonst greift der Staat dadurch, dass er entsprechende Handlungen von Privaten unter Strafe stellt, mittelbar in Grundrechte ein."<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O. (Fn. 4), Art. 116, N 10; ähnlich im Ergebnis NGUYEN, a.a.O. (Fn. 58), 677 f. – Ausführlich zum Ganzen KIENER / von BÜREN, a.a.O. (Fn. 59), 13 ff., speziell unter dem Aspekt der medizinischen Betreuung; zustimmend ZÜND, a.a.O. (Fn. 16), Art. 116, N 2.