

# **BGer 6B 1104/2016 vom 7. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1104\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1104_2016)

FR: TF 6B 1104/2016 du 7 mars 2017

IT: TF 6B 1104/2016 del 7 marzo 2017

## **Regeste**

Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260ter StGB), rechtswidriger Aufenthalt in der Schweiz (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG); Strafzumessung | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 260ter Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern (Abs. 1), oder wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt (Abs. 2).

### **E. 1.1**

Der im Rahmen des zweiten Massnahmenpakets zur Bekämpfung des Organisierten Verbrechens durch Bundesgesetz vom 18. März 1994 in das Strafgesetzbuch eingefügte Art. 260ter war gedacht als zentrales Element einer erfolgversprechenden Gesamtstrategie gegen das Organisierte Verbrechen. Er sollte dort eingreifen, wo sich die zur konkreten Tat führende Kausalkette nicht mehr nachweisen lässt, weil dem eigentlichen Täter die Tatbeteiligung am einzelnen Delikt nicht mehr nachgewiesen werden kann (Botschaft vom 30. Juni 1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers], BBl 1993 III 277 ff., S. 295). Der Begriff der "kriminellen Organisation" gemäss Art. 260ter Ziff. 1 StGB setzt eine strukturierte Gruppe von mindestens drei, im Allgemeinen mehr Personen voraus, die mit dem Ziel geschaffen wurde, unabhängig von einer Änderung ihrer Zusammensetzung dauerhaft zu bestehen und die sich namentlich durch Unterwerfung ihrer Mitglieder unter Anweisungen, durch systematische Arbeitsteilung, durch Intransparenz und durch in allen Stadien ihrer verbrecherischen Tätigkeit vorherrschende Professionalität auszeichnet. Im Weiteren gehört zum Begriff der kriminellen Organisation die Geheimhaltung von Aufbau und Struktur ( BGE 132 IV 132 E. 4.1.1). Art. 260ter StGB bezieht sich nicht nur auf die Organisierte Kriminalität im eigentlichen Sinne. Er erfasst ebenfalls terroristische Organisationen. Allerdings bestehen insoweit auch gewisse Sonderregelungen. Der Bundesrat erliess im November 2001 gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV die Verordnung vom 7. November 2001 über das Verbot der Gruppierung "Al-Qäida" und verwandter Organisationen, womit er auf die Terroranschläge vom 11. September 2001 reagierte. Er verlängerte die Geltungsdauer der Verordnung in den Jahren 2003, 2005 und letztmals im Jahr 2008 bis zum 31. Dezember 2011. Eine nochmalige Verlängerung erschien ihm problematisch, weil es der Sinn der vom Verfassungsgeber vorgeschriebenen Befristung sei, Normen, die über einen längeren Zeitraum in Kraft bleiben sollen, in das ordentliche

Recht zu überführen (Botschaft vom 18. Mai 2011 zur Verordnung der Bundesversammlung über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen, BBl 2011 4495 ff., S. 4496). Die Verordnung des Bundesrates wurde daher per 1. Januar 2012 in eine auf drei Jahre befristete Verordnung der Bundesversammlung überführt. An deren Stelle trat am 1. Januar 2015 das Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 über das Verbot der Gruppierungen "Al-Qaïda" und "Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen (SR 122), das bis zum 31. Dezember 2018 gilt.

### **E. 1.2.1**

Zur Zeit der inkriminierten Tat galt neben Art. 260ter StGB die Verordnung der Bundesversammlung vom 23. Dezember 2011 über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen (AS 2012 1). Art. 2 dieser Verordnung der Bundesversammlung lautete: "Wer sich auf dem Gebiet der Schweiz an einer nach Artikel 1 verbotenen Gruppierung oder Organisation beteiligt, sie personell oder materiell unterstützt, für sie oder ihre Ziele Propagandaaktionen organisiert, für sie anwirbt oder ihre Aktivitäten auf andere Weise fördert, wird, sofern nicht strengere Strafbestimmungen zur Anwendung kommen, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft." Artikel 1 der Verordnung der Bundesversammlung verbot (a.) die Gruppierung Al-Qaïda, (b.) Tarn- und Nachfolgegruppierungen der Al-Qaïda und Organisationen und Gruppierungen, die in Führung, Zielsetzung und Mitteln mit der Al-Qaïda übereinstimmen oder in ihrem Auftrag handeln. Zur Zeit der Beurteilung der inkriminierten Handlung durch die Vorinstanz galt neben Art. 260ter StGB das Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 über das Verbot der Gruppierungen "Al-Qaïda" und "Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen, das am 1. Januar 2015 in Kraft trat und bis zum 31. Dezember 2018 befristet ist (SR 122). Nach Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer sich auf dem Gebiet der Schweiz an einer nach Artikel 1 verbotenen Gruppierung oder Organisation beteiligt, sie personell oder materiell unterstützt, für sie oder ihre Ziele Propagandaaktionen organisiert, für sie anwirbt oder ihre Aktivitäten auf andere Weise fördert. Nach Artikel 1 des Gesetzes sind folgende Gruppierungen und Organisationen verboten: (a.) die Gruppierung "Al-Qaïda"; (b.) die Gruppierung "Islamischer Staat"; (c.) Tarn- und Nachfolgegruppierungen der Gruppierung "Al-Qaïda" oder der Gruppierung "Islamischer Staat" sowie Organisationen und Gruppierungen, die in Führung, Zielsetzung und Mitteln mit der Gruppierung "Al-Qaïda" oder der Gruppierung "Islamischer Staat" übereinstimmen oder in ihrem Auftrag handeln.

### **E. 1.2.2**

Art. 2 des Bundesgesetzes ist nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz nicht milder als Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung und findet daher im vorliegenden Fall keine Anwendung. Welches Verhältnis zwischen Art. 260ter StGB und Art. 2 des Al-Qaïda/IS-Gesetzes besteht, ist daher hier nicht zu prüfen. Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung ist nur anwendbar, sofern nicht strengere Strafbestimmungen zur Anwendung gelangen. Art. 260ter StGB droht Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe an und ist damit strenger als Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen, der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe androht. Art. 260ter StGB hat daher Vorrang vor Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung. Ein Verhalten, das den Tatbestand von Art. 260ter StGB erfüllt, ist nicht auch nach Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung strafbar. Nur Handlungen, die weder als Beteiligung an einer

kriminellen Organisation noch als Unterstützung einer solchen gemäss Art. 260ter StGB zu qualifizieren sind, können gemäss Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung strafbar sein.

### **E. 1.3.1**

Unter den Begriff der kriminellen Organisation fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts neben der Mafia und dieser ähnlichen Verbrechersyndikaten auch hochgefährliche terroristische Gruppierungen. Nach der Praxis des Bundesgerichts stellt unter anderem das internationale Netzwerk Al-Qaïda eine verbrecherische Organisation im Sinne von Art. 260ter Ziff. 1 StGB dar ( BGE 133 IV 58 E. 5.3.1; 131 II 235 E. 2.12, je mit Hinweisen; Urteil 1A.194/2002 vom 15. November 2002, E. 3.7).

### **E. 1.3.2**

Als Beteiligte im Sinne von Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB sind alle Personen anzusehen, welche funktionell in die kriminelle Organisation eingegliedert sind und im Hinblick auf deren verbrecherische Zweckverfolgung Aktivitäten entfalten. Diese Aktivitäten brauchen für sich allein nicht illegal beziehungsweise konkrete Straftaten zu sein. Es genügen namentlich auch logistische Vorkehren, die dem Organisationszweck unmittelbar dienen (wie z.B. Auskundschaften, Planen oder Bereitstellen der operativen Mittel, insbesondere Beschaffen von Fahrzeugen, Waffen, Kommunikationsmitteln oder Finanzdienstleistungen). Die Beteiligung setzt auch keine massgebliche Funktion innerhalb der Organisation voraus. Sie kann informeller Natur sein oder auch geheim gehalten werden ( BGE 133 IV 58 E. 5.3.1; 131 II 235 E. 2.12.1, je mit Hinweisen; Botschaft vom 30. Juni 1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers], BBl 1993 III 277 ff., S. 301; siehe auch MARC ENGLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 260ter StGB ; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl. 2011, S. 206 f.; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl. 2013, § 40 N 24 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3ème éd. 2010, p. 336 s.).

### **E. 1.3.3**

Bei Personen, die nicht in die Organisationsstruktur integriert sind, kommt die Tatbestandsvariante der Unterstützung einer kriminellen Organisation in Frage. Diese verlangt einen bewussten Beitrag zur Förderung der verbrecherischen Aktivitäten der kriminellen Organisation. Im Unterschied zur Gehilfenschaft ( Art. 25 StGB ) ist für die Unterstützung nach Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 2 StGB der Nachweis eines für ein konkretes Delikt kausalen Tatbeitrags nicht erforderlich. So können namentlich das Liefern von Waffen an eine terroristische Organisation, das Verwalten von Vermögenswerten und andere logistische Hilfeleistungen von Aussenstehenden die Tatbestandsvariante von Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllen. Blosser Sympathisanten fallen hingegen nicht unter den Tatbestand ( BGE 133 IV 58 E. 5.3.1; 131 II 235 E. 2.12.2, je mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz gelangt aufgrund der Würdigung diverser Chats zum Schluss, die Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zum IS sei erwiesen (angefochtener Entscheid S. 62 ff., 65). Der Beschwerdeführer habe im Kreis der Organisation IS in der Schweiz oder in Europa tätig werden und die Unterstützung Gleichgesinnter erhalten sollen. Es sei

vorgesehen gewesen, dass er für den IS aktiv sein und "in den Tod" und somit in eine Kampfhandlung geschickt werden sollte (angefochtener Entscheid S. 64). Die Vorinstanz führt in ihren allgemeinen rechtlichen Erwägungen zum Tatbestand der Beteiligung an einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 260ter StGB aus, neben den Führungspersonen, den Verwaltungsorganen oder den stetigen Mitgliedern der Kampf- und Logistikeinheiten umfasse der IS staatsähnlich auch andere Angehörige, die regelmässig oder bei Bedarf Aufgaben für die Organisation übernehmen könnten. Der Kontakt mit ihnen werde massiv auch mit dem Einsatz von social medias gepflegt. Konkret heisse dies, dass beim IS nebst einer hierarchischen, dauerhaften und arbeitsteiligen Struktur mit Austauschbarkeit der Mitglieder ein Umfeld faktischer (nicht "eingeschriebener") Befehlsempfänger bestehe, die fanatisiert seien und daher im Rahmen der Zielsetzung der Organisation in Befolgung von Appellen und Aufforderungen regelmässig oder bei Bedarf Aufgaben übernähmen, später aber in diesem Umfeld haften blieben, nicht zuletzt auch wegen praktischen Anreizen, welche die Organisation zu gewähren vorgebe oder gewähre. Auch solche Personen seien letztendlich in den IS eingegliedert beziehungsweise informell beteiligt im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (angefochtener Entscheid S. 17/18).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass Personen, die lediglich zum Umfeld faktischer Befehlsempfänger gehörten, nicht im Sinne von Art. 260ter StGB und der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung an der kriminellen Organisation beteiligt seien. Die Vorinstanz definiere den Begriff der "Beteiligung" an einer kriminellen Organisation im angefochtenen Entscheid wesentlich weiter als noch in ihrem Entscheid SK.2013.39 vom 2. Mai 2014 betreffend Al-Qaïda. In jenem Urteil habe die Vorinstanz festgehalten, dass nicht das gesamte Netzwerk, sondern nur der innere Kern von Al-Qaïda eine kriminelle Organisation sei. Im angefochtenen Entscheid werde demgegenüber der Begriff der Beteiligung in unzulässiger Weise ausgedehnt. Im Prinzip werde das gesamte Netzwerk vom Beteiligungsbegriff erfasst, obwohl dieses Netzwerk über keine direkte Verbindung zum Kern verfüge. Erst diese Ausweitung des Beteiligungsbegriffs mache eine Verurteilung des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall überhaupt möglich. Die Vorinstanz erliege mit ihrer Definition der Beteiligung schlicht dem Zeitgeist. Es sei im Zeitalter des islamistischen Terrorismus offenbar an der Tagesordnung, bereits im Vorfeld klassischer Delikte strafrechtlich anzusetzen, um möglichst weit vor einem eventuellen Terroranschlag eingreifen zu können und gleichzeitig eine strafrechtliche Verurteilung sicherzustellen. Dies sei aus rechtsstaatlicher Sicht höchst problematisch. Eine Grenzziehung zum straflosen Sympathisieren werde auf diese Weise ausgeschlossen. Das Erfordernis der hinreichend starken Bindung an eine kriminelle Organisation werde durch die vorinstanzliche Definition völlig verwischt, indem jeder social media-Nutzer im näheren oder weiteren Umfeld einer Terrororganisation zum möglichen faktischen Befehlsempfänger - und damit zum Mitglied einer kriminellen Organisation - hochstilisiert werde. Auch das Merkmal der Geheimhaltung gemäss Art. 260ter StGB sei nicht erfüllt. Social media-Nutzer der IS-Sphäre, welche nach der Auffassung der Vorinstanz jederzeit zu faktischen Befehlsempfängern mutieren könnten, zeichneten sich gerade dadurch aus, dass sie im Internet entsprechende Äusserungen oder Sympathiekundgebungen von sich gäben und somit gerade bewusst von einer systematischen Abschottung gegenüber Aussenstehenden absähen. Diese Kundgabe spreche gegen eine qualifizierte Geheimhaltung und somit gegen das Vorliegen des objektiven Tatbestandsmerkmals der Geheimhaltung im Sinne von Art. 260ter StGB .

### **E. 2.3**

Die Einwände sind unbegründet. Der Beschwerdeführer wurde nicht deshalb verurteilt, weil er in den sozialen Medien Sympathiebekundungen für den IS abgab. Der Begriff der Beteiligung an einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist mit Rücksicht auf den Zweck der Bestimmung und in Anbetracht der alternativen Tatbestandsvariante der Unterstützung einer kriminellen Organisation weit zu fassen. An einer kriminellen Organisation ist nicht nur beteiligt, wer ihrem "harten Kern" angehört. Auch wer zu ihrem erweiterten Kreis gehört und längerfristig bereit ist, die ihm erteilten Befehle zu befolgen, ist ungeachtet seiner formellen Stellung in der Organisation an dieser im Sinne von Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB beteiligt. Diese Auffassung mag, wie der Beschwerdeführer geltend macht, von der Ansicht abweichen, welche das Bundesstrafgericht in seinem Urteil SK.2013.39 vom 2. Mai 2014 betreffend Al-Qaïda vertreten hat. Sie steht aber im Einklang mit der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach einerseits an der kriminellen Organisation beteiligt ist, wer funktionell in diese eingegliedert ist, und wonach andererseits die Beteiligung keine massgebliche Funktion innerhalb der Organisation voraussetzt und auch informeller Natur sein kann. Dass der Beschwerdeführer bei der von der Vorinstanz festgestellten Sachlage in diesem Sinne an einer kriminellen Organisation gemäss Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB beteiligt war, wird in der Beschwerde nicht bestritten. Es kann entgegen der Meinung des Beschwerdeführers keine Rede davon sein, dass Art. 260ter StGB durch diese Auslegung zum reinen Gesinnungsstrafrecht verkomme. Wer bereit ist, auf Befehl Handlungen für die kriminelle Organisation zu verüben, unterscheidet sich offensichtlich vom blossen Sympathisanten, der straflos bleibt. Insoweit ist entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers eine klare Grenzziehung möglich.

### **E. 2.4.1**

Die Erfüllung des Tatbestands der Beteiligung an einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus, dass die funktionell in die kriminelle Organisation eingegliederte Person im Hinblick auf deren verbrecherische Zweckverfolgung Aktivitäten entfaltet. Die Vorinstanz sieht solche Aktivitäten darin, dass der Beschwerdeführer erstens in die Schweiz einreiste, um hier eine Zelle des IS aufzubauen, und dass er zweitens für A. \_\_\_\_\_ ein Facebook-Konto errichtete (angefochtener Entscheid S. 65 ff.).

### **E. 2.4.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, es werde ihm lediglich vorgeworfen, dass er geplant habe, in der Schweiz eine IS-Zelle zu errichten. Nach der Lehre sei der Versuch nicht strafbar, weil die im Organisationsdelikt gemäss Art. 260ter StGB liegende Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Vorbereitungsbereich (der von der kriminellen Organisation geplanten Gewalt- und Bereicherungsverbrechen) keine zusätzliche Vorverlagerung durch Anwendung der Versuchsbestimmung ertrage. Mit andern Worten sei der Versuch der Gründung einer IS-Zelle rechtlich als straflose Vorbereitungshandlung zu werten und somit nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 260ter StGB. Der Einwand ist unbegründet. Es geht vorliegend nicht darum, ob der Versuch einer Straftat im Sinne von Art. 260ter StGB, das heisst der Versuch der Beteiligung an einer kriminellen Organisation oder der Unterstützung einer solchen, strafbar ist. Vielmehr stellt sich die Frage, ob der dem IS zugehörige Beschwerdeführer dadurch, dass er in die Schweiz einreiste, um eine IS-Zelle aufzubauen, eine im Sinne der Rechtsprechung relevante Aktivität entfaltete. Dies ist mit

der Vorinstanz zu bejahen. Die Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz mit dem Plan, eine Zelle des IS aufzubauen, ist eine Aktivität im Hinblick auf die kriminelle Zweckverfolgung der Organisation.

### **E. 2.4.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Errichtung eines Facebook-Kontos für A. \_\_\_\_\_ sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine relevante Aktivität. Banale Allerweltshandlungen und Handlungen mit blosser Unterstützungstendenz reichten zur Erfüllung des Tatbestands nicht aus. Der Einwand ist unbegründet. Nach der zitierten Rechtsprechung genügen als relevante Aktivitäten logistische Vorkehren, welche dem Organisationszweck unmittelbar dienen, wie beispielsweise das Beschaffen von Kommunikationsmitteln. Die Errichtung eines Facebook-Kontos lässt sich darin einordnen.

### **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer hat sich somit nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz im Sinne von Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB an einer kriminellen Organisation beteiligt.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer ficht die Strafzumessung an.

#### **E. 3.1**

In der Strafzumessung steht dem Sachrichter ein weiter Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht tritt auf Beschwerde in Strafsachen hin nur ein, wenn die ausgefallte Strafe den gesetzlichen Strafraumen über- oder unterschreitet oder wenn der Sachrichter von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder wesentliche Strafzumessungskriterien ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens falsch gewichtet hat ( BGE 136 IV 55 E. 5.6; 134 IV 17 E. 2.1, je mit Hinweisen). Der Richter hat die Strafe im Urteil zu begründen, wobei er die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festhält ( Art. 50 StGB ). Besonders hohe Anforderungen an die Begründung werden gestellt, wenn die Strafe als auffallend hoch oder ungewöhnlich mild erscheint ( BGE 134 IV 17 E. 2.1; 127 IV 101 E. 2c, je mit Hinweisen).

#### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz sprach den Beschwerdeführer der Beteiligung an einer kriminellen Organisation ( Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB ) und des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) schuldig. Das Gesetz droht für die Beteiligung an einer kriminellen Organisation Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe an. Es droht für den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe an. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer habe mehrere strafbare Handlungen begangen, wobei Art. 260ter Ziff. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren die höchste Strafandrohung aufweise. Der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz werde demgegenüber gemäss Art. 115 Abs. 1 AuG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Die Vorinstanz hält fest, der Strafraumen liege daher in Berücksichtigung von Art. 49 Abs. 1 StGB zwischen mehr als einem Tag Freiheitsstrafe, eventuell verbunden mit einer Geldstrafe, und 7 ½ Jahren Freiheitsstrafe (angefochtener Entscheid S. 110). Dieser Auffassung kann sowohl in Bezug auf die Mindeststrafe wie auch hinsichtlich der Höchststrafe, die im vorliegenden Fall in Betracht kommen, nicht gefolgt werden.

### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanz scheint zu übersehen, dass Art. 260ter Ziff. 1 StGB neben einer Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren alternativ Geldstrafe androht. Es wäre mithin entgegen der Auffassung der Vorinstanz im Prinzip rechtlich möglich gewesen, den Beschwerdeführer für die beiden Straftaten der Beteiligung an einer kriminellen Organisation und des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz mit einer Gesamt-Geldstrafe zu bestrafen.

### **E. 3.2.3**

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden ( Art. 49 StGB ). Das Höchstmass der für die schwerste Tat angedrohten Strafe beträgt im vorliegenden Fall 5 Jahre. Die Erhöhung dieses Höchstmasses um nicht mehr als die Hälfte ergibt eine Höchststrafe von 7 ½ Jahren. Bei dieser Vorgehensweise nach dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB wird indessen ausser Acht gelassen, dass die Höchststrafe für den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz gemäss Art. 115 Abs. 1 AuG lediglich ein Jahr beträgt. Bei Anwendung des Kumulationsprinzips für die beiden Taten, derentwegen der Beschwerdeführer verurteilt worden ist, würde die Höchststrafe 6 Jahre (5 Jahre + 1 Jahr) betragen. Die Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB kann nicht zu einer Höchststrafe führen, die höher ist als die Höchststrafe, die bei Anwendung des Kumulationsprinzips möglich wäre. Denn "ratio legis" des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist es, das Kumulationsprinzip abzuschwächen. Die Gesamtstrafe darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen (JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 118 zu Art. 49 StGB ). Dem milderen Straftatbestand kommt eine Art Sperrwirkung nach oben zu. Nachdem der Beschwerdeführer eine Straftat der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Höchststrafe 5 Jahre) und eine Straftat des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Höchststrafe 1 Jahr) begangen hat, kann die Höchststrafe für beide Strafen nicht, wie es gemäss dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB möglich wäre, 7 ½ Jahre, sondern in Anwendung des Kumulationsprinzips lediglich 6 Jahre betragen (vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, S. 86; siehe auch HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2016, N. 366). Die Höchststrafe beträgt im vorliegenden Fall somit entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht 7 ½ Jahre; sie beträgt lediglich 6 Jahre.

### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz prüft, welche Einsatzstrafe für die schwerste Tat der Beteiligung an einer kriminellen Organisation auszufällen ist. Sie hält fest, der Beschwerdeführer sei mit Hilfe von Schleppern in die Schweiz eingereist, um von hier aus eine Zelle des IS in Europa zu errichten (angefochtener Entscheid S. 111). Seine Tätigkeit habe erst mit seiner Verhaftung am 8. April 2014 geendet, und es deute alles darauf hin, dass sich sein tatbestandsmässiges Verhalten andernfalls im Sinne einer Intensivierung weiter entwickelt hätte. Auch die Errichtung eines Facebook-Kontos auf Wunsch von A.\_\_\_\_\_, gefolgt von der entsprechenden Information an B.\_\_\_\_\_, müsse im Zusammenhang mit der Propagandastrategie des IS als gefährliche Beteiligung gewertet werden. Es handle sich gesamthaft um eine Beteiligung an der kriminellen Organisation IS in einer Stellung auf mittlerer hierarchischer Ebene und mit direktem Kontakt zu höheren Ebenen (angefochtener

Entscheid S. 111). Der Beschwerdeführer habe seinen Aufenthalt in der Schweiz dazu missbraucht, sich am organisatorischen Aufbau einer europäischen Zelle einer international tätigen hochgefährlichen terroristischen Organisation zu beteiligen. Er sei aus eigenem Antrieb hierher gekommen, um seine Aufbauarbeit zu tätigen. Sein Handlungsziel habe in der Infiltration von Glaubensgenossen, die ihren Glauben und ihre Weltordnung zu einem wesentlichen Teil mittels einer rücksichtslosen Gewaltstrategie ändern aufzuzwingen versuchten, in den abendländischen Kulturraum und in der Organisation dieser Infiltration bestanden. Es liege ein äusserst verwerfliches Motiv vor, was in erheblichem Masse verschuldenserhöhend zu berücksichtigen sei. Der Beschwerdeführer habe aus politischem und ideologisch-religiösem Antrieb am Aufbau einer europäischen Zelle einer hochgefährlichen terroristischen Organisation mitgearbeitet. Trotz Asylschutzes in Italien und toleriertem Aufenthalt in der Schweiz bis zur verfügbaren Rückreise nach Italien habe er sich zu seinem strafbaren Verhalten entschieden. Damit habe er das ihm in den beiden Staaten gewährte Gastrecht missbraucht. Es sei in einem hohen Masse verwerflich, dass er seine Kampfideologie in das soziale und politische Umfeld Schweiz, wo er Asyl beantragt habe, zu importieren versucht habe. Ausgehend von einer als schwer zu wertenden Tat sei beim Beschwerdeführer eine nicht unbedeutende kriminelle Energie festzustellen. Der Beschwerdeführer habe immer bestritten, mit dem IS etwas zu tun zu haben. Dies habe zwar keinen Einfluss auf die Strafzumessung, zeige aber auf, dass Einsicht und Reue fehlten. Im Ergebnis führe dies für das schwerste Delikt der Beteiligung an einer kriminellen Organisation zu einer hypothetischen Einsatzstrafe von vier Jahren und sechs Monaten (angefochtener Entscheid S. 112 f.).

### **E. 3.3.2**

Die Vorinstanz berücksichtigt einen "Missbrauch des Gastrechts" strafferhöhend. Dies verstösst gegen Bundesrecht. Daran ändert nichts, dass eine Straftat für einen Ausländer besondere Folgen im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts haben kann ( BGE 125 IV 1 E. 5). Der Umstand, dass der Täter ein Ausländer oder ein Asylbewerber ist, kann eine Straferhöhung nicht begründen (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 127 zu Art. 47 StGB ). Art. 260ter StGB unterscheidet nicht zwischen ausländischen und schweizerischen Tätern. Wollte man den "Missbrauch des Gastrechts" als Straferhöhungsgrund akzeptieren, so hätte dies die abwegige Konsequenz, dass derjenige, der sich widerrechtlich in der Schweiz aufhält, hier somit kein "Gastrecht" genießt, besser wegkäme als derjenige, der sich aus irgendeinem Rechtsgrund rechtmässig in der Schweiz aufhält. Auch der Umstand, dass der Täter, sei er Schweizer oder Ausländer, Sozialhilfe erhält, darf nicht strafferhöhend berücksichtigt werden. Andernfalls würde die arme Person gegenüber der nicht armen Person benachteiligt. Strafferhöhend darf allenfalls berücksichtigt werden, dass ein Ausländer allein zum Zwecke der Verübung von Straftaten in die Schweiz eingereist ist (siehe PETER ALBRECHT, AJP 1999 S. 1174). Die Vorinstanz stellt indessen nicht fest, der Beschwerdeführer sei einzig zum Zweck der Begehung von Straftaten in die Schweiz gekommen.

### **E. 3.3.3**

Die Einsatzstrafe von vier Jahren und sechs Monaten für die mit einer Höchststrafe von fünf Jahren bedrohte Beteiligung an einer kriminellen Organisation ist gemessen an den herkömmlichen und zulässigen Strafzumessungskriterien auffallend hoch. Die Vorinstanz sieht den Beschwerdeführer in der kriminellen Organisation IS auf einer mittleren hierarchischen Ebene mit direktem Kontakt zu höherer Ebene. Sie bescheinigt ihm eine

nicht unbedeutende kriminelle Energie. Aus dem angefochtenen Entscheid geht nicht klar hervor, ob der Beschwerdeführer in der Schweiz oder aber in Europa, d.h. in irgendeinem anderen europäischen Land, eine Zelle des IS aufbauen wollte. Aus dem angefochtenen Entscheid wird im Besonderen auch nicht ersichtlich, wie konkret der Plan des Beschwerdeführers betreffend die Errichtung einer Zelle des zweifellos als hochgefährlich einzustufenden IS beziehungsweise wie weit dessen Realisierung bereits fortgeschritten war. Dies ist aber für die Strafzumessung von Bedeutung. Die Strafzumessungserwägungen im angefochtenen Entscheid genügen den erhöhten Anforderungen nicht, die an die Begründung einer auffallend hohen Strafe zu stellen sind. Die Sache ist daher in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zur neuen Entscheidung im Strafpunkt an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Das Gesuch ist gegenstandslos geworden, soweit die Beschwerde gutzuheissen ist. Im Übrigen ist das Gesuch gutzuheissen, da die finanzielle Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen ist und die Beschwerde in den übrigen Punkten nicht von vornherein aussichtslos war. Somit sind keine Kosten zu erheben. Die Bundesanwaltschaft hat als teilweise unterliegende Partei dem Vertreter des Beschwerdeführers eine reduzierte Entschädigung von Fr. 1'000.-- zu zahlen. Dem Vertreter des Beschwerdeführers ist zudem eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- aus der Bundesgerichtskasse auszurichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.