

# **BGer 6B 368/2017 vom 10. August 2017**

Bundesgericht, 2017-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_368\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_368_2017)

FR: TF 6B 368/2017 du 10 août 2017

IT: TF 6B 368/2017 del 10 agosto 2017

## **Regeste**

Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer durch Förderung der rechtswidrigen Einreise; Willkür, rechtliches Gehör etc. | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Endentscheid in einer strafrechtlichen Angelegenheit, gegen den die Beschwerde in Strafsachen zulässig ist ( Art. 78 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1, Art. 90 BGG ). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 2**

Gemäss Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer im In- oder Ausland einer Ausländerin oder einem Ausländer die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erleichtert oder vorbereiten hilft. In leichten Fällen kann gemäss Abs. 2 auch nur auf Busse erkannt werden. Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, den objektiven und subjektiven Tatbestand von Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG erfüllt zu haben. Sie sind jedoch der Auffassung, es bestehe ein Rechtfertigungs- und/oder ein Schuldausschlussgrund.

### **E. 3.1**

Konkret machen die Beschwerdeführer geltend, sie hätten in einem rechtfertigenden oder zumindest entschuldbaren Notstand gehandelt (Art. 17 f. StGB). Auch sei der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen erfüllt. Unter den Angehörigen hätten sich die Mutter und die hochschwangere Schwester des Beschwerdeführers sowie ein Kleinkind befunden. Unter den gegebenen Umständen hätten sie davon ausgehen müssen, dass zumindest die schwangere Schwester und das Kleinkind gesundheitlich unmittelbar gefährdet gewesen seien. Das Lager beim Bahnhof Innsbruck sei überfüllt und die Nacht eiskalt gewesen. Die Familie habe eine beschwerliche Reise hinter sich gehabt. Auf dem Höhepunkt der Flüchtlingskrise seien die Behörden überfordert und nicht willig gewesen, die zahlreichen Flüchtlinge zu betreuen oder aufzunehmen. Dass ein Asylgesuch in Österreich oder in einem anderen Land hätte gestellt werden können, sei irrelevant. Die Bitte der Angehörigen, sie in die Schweiz zu holen, hätten sie nicht ausschlagen können. In diesem Zusammenhang werfen die Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass die Flüchtlingskrise im Herbst 2015 ihren Höhepunkt erreicht habe und das europäische Migrationsrecht auf der sogenannten Balkanroute für eine gewisse Zeit faktisch ausser Kraft gewesen sei. Zudem sei das Kantonsgericht fälschlicherweise davon ausgegangen, es habe sich um ein Flüchtlingslager des Roten Kreuzes gehandelt, das geheizt gewesen und in dem die Ankömmlinge

ausreichend versorgt worden seien. Angesichts der damals herrschenden Zustände hätten sie annehmen müssen, dass für die Angehörigen eine unmittelbare gesundheitliche Gefahr bestand, insbesondere für die hochschwangere Schwester und das ungeborene Kind. Auch sei im angefochtenen Entscheid unberücksichtigt geblieben, dass die Gruppe mehrheitlich aus Frauen bestand und sich darunter ein damals zweijähriges Kleinkind befunden habe. Das Kantonsgericht habe somit in mehrfacher Hinsicht den Sachverhalt willkürlich festgestellt und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 3.2**

Das Kantonsgericht führte aus, es liege zwar nahe, dass die Angehörigen nach ihrer beschwerlichen Flucht müde waren, und es möge auch zutreffen, dass es am frühen Morgen des 21. November 2015 in Innsbruck kalt und nass gewesen sei. Allerdings könne allein deshalb keine (unmittelbare) Gefahrenlage im Sinne von Art. 17 f. StGB bejaht werden. Die Familienangehörigen seien nicht an einem abgelegenen, verlassenem oder ungeschützten Ort in Innsbruck von den Beschwerdeführern abgeholt worden, sondern hätten sich in einem Flüchtlingslager des Roten Kreuzes beim Bahnhof befunden, wo sich nach den Aussagen der Beschwerdeführer sehr viele Leute und auch die Polizei aufgehalten hätten. Warme Nahrung, Getränke und medizinische Betreuung seien damit vorhanden gewesen. Gegenteiliges sei denn auch nicht geltend gemacht worden. Inwiefern die Gesundheit der schwangeren Schwester oder des Ungeborenen gefährdet gewesen sein sollte, sei unklar und keineswegs belegt. Zu keinem Zeitpunkt sei ein Arzt- oder Spitalbesuch beabsichtigt gewesen. Selbst wenn von einer Gefahr auszugehen gewesen wäre, hätte diese jedenfalls anders abgewendet werden können. So hätten die Familienangehörigen durchaus im Lager des Roten Kreuzes bleiben oder zumindest ein nahe gelegenes Spital oder einen Arzt aufsuchen und später vor Ort ein Asylgesuch stellen können. Somit sei sowohl ein rechtfertigender als auch ein entschuldbarer Notstand zu verneinen. Aus dem gleichen Grund könnten sich die Beschwerdeführer nicht auf den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen berufen.

### **E. 3.3**

Sowohl der rechtfertigende ( Art. 17 StGB ) als auch der entschuldbare ( Art. 18 StGB ) Notstand setzen voraus, dass die Gefahr nicht anders abwendbar ist. Die Notstandshandlung steht somit unter der Voraussetzung absoluter Subsidiarität (vgl. dazu Urteil 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.2 mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, der nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur angerufen werden kann, wenn die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht ( BGE 134 IV 216 E. 6.1 S. 226 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Die Vorinstanz stellte fest, dass es den Beschwerdeführern möglich gewesen wäre, im Falle einer Gesundheitsgefährdung für die Familienangehörigen vor Ort Hilfe zu suchen. Die Beschwerdeführer machen weder geltend, dass sie dies versucht hätten, noch, dass eine solche konkrete Notwendigkeit bestanden hätte. Auf die in der Befragung vom 14. Dezember 2016 eingeräumte Möglichkeit, noch etwas zum Vorwurf der Förderung der rechtswidrigen Einreise zu sagen, fügte der Beschwerdeführer sinngemäss vielmehr an, er hätte sich mehr überlegt, wenn er sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewusst gewesen wäre. Auch dies spricht gegen die Alternativlosigkeit der vorgeworfenen Tat. Fehlt es an der Subsidiarität der

tatbestandsmässigen Handlung, so erübrigt es sich, auf die Kritik der Beschwerdeführer an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung einzugehen. Diese Kritik bezieht sich auf die Frage, ob eine gesundheitliche Gefahr für die Angehörigen bestanden hat. Gab es indessen rechtmässige Möglichkeiten, eine derartige Gefahr abzuwenden, so kann die Frage offen bleiben (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer bringen vor, sie seien einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit unterlegen ( Art. 21 StGB ). Die Familienangehörigen hätten bereits vor ihrer Ankunft in Österreich diverse Landesgrenzen ohne gültige Reisepässe und die erforderlichen Visa passiert. Sie und hunderttausende weiterer Flüchtlinge seien jedoch weder verhaftet noch an der Weiterreise gehindert worden. Ein Polizist aus Innsbruck habe dem Beschwerdeführer telefonisch die Adresse angegeben und gesagt, er könne seine Familie problemlos abholen und in die Schweiz nehmen. Angesichts dieser ausserordentlichen Situation hätten sie geglaubt, ihre nahen Angehörigen straflos in die Schweiz fahren zu dürfen. Sie hätten zudem in derselben Nacht handeln müssen und keine weitergehenden Abklärungen oder Vorkehrungen treffen können.

#### **E. 4.2**

Nach Art. 21 StGB handelt nicht schuldhaft, wer bei der Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält (Satz 1). War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe (Satz 2). Ein Verbotsirrtum ist schon ausgeschlossen, wenn der Täter aufgrund seiner laienhaften Einschätzung weiss, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht, wenn er also in diesem Sinne das unbestimmte Empfinden hat, etwas Unrechtes zu tun (Urteil 6B\_782/2016 vom 27. September 2016 E. 3.1 mit Hinweisen). Ob dies der Fall ist, ist eine Sachverhaltsfrage, während es sich bei der Vermeidbarkeit des Irrtums um eine Rechtsfrage handelt (Urteil 6B\_339/2015 vom 16. Juni 2015 E. 3.2 mit Hinweisen, in: SJ 2016 I S. 57).

#### **E. 4.3**

Das Kantonsgericht legte dar, die Beschwerdeführer hätten versucht, den Familienmitgliedern die Einreise und den Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen. Sie hätten humanitäre Visa beantragt und Rechtsmittel gegen die abweisenden Entscheide ergriffen. Auch ein Brief an Bundesrätin Sommaruga habe nicht die gewünschte Wirkung erzielt. Vielmehr habe die Bundesrätin klargemacht, dass auch sie, aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des erschöpften Instanzenzugs, keine Hilfe anbieten könne. Schliesslich sei auch das von den Eltern der Beschwerdeführerin beantragte Besuchsvisum nicht erteilt worden. Die Beschwerdeführer hätten somit die rechtlichen Möglichkeiten gekannt und gewusst, dass die legalen Mittel, um die Familienangehörigen in die Schweiz zu bringen, ausgeschöpft waren.

#### **E. 4.4**

Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen, dass die Beschwerdeführer zumindest das unbestimmte Empfinden hatten, etwas Unrechtes zu tun. Daran ändert auch die Auskunft des österreichischen Polizisten nichts, von welcher der Beschwerdeführer in seinen Befragungen berichtete. Es musste ihm und der Beschwerdeführerin klar sein, dass ein österreichischer Polizist ihnen über das Recht, in die Schweiz einzureisen, keine Auskunft geben konnte. Zudem sprach der Polizist offenbar nur von "abholen", selbst wenn zutrifft, dass der Beschwerdeführer gemäss eigenen Aussagen

gefragt hatte, ob sie die Familienangehörigen "in die Schweiz holen" dürften. Die Kritik der Beschwerdeführer an der betreffenden Sachverhaltsfeststellung durch das Kantonsgericht geht deshalb fehl. Zudem gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Polizist über die fehlenden Dokumente Bescheid wusste. Nicht massgeblich ist schliesslich, dass die Flüchtlinge auf der Balkanroute weder verhaftet noch an der Weiterreise gehindert worden waren und dass sie sich mittlerweile nicht mehr in der Türkei, von wo aus sie die Visumsanträge gestellt hatten, sondern in Österreich befanden. Die Vorinstanz hat somit Art. 21 StGB nicht verletzt, wenn sie einen Rechtsirrtum verneinte.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, es bestehe kein Strafbedürfnis ( Art. 52 StGB ). Sie wiederholen ihre Vorbringen, wonach es sich bei den Familienangehörigen insbesondere um die Mutter, eine hochschwangere Schwester, zwei weitere Schwestern und ein Kleinkind gehandelt habe, das Lager in Innsbruck überfüllt und nicht geheizt gewesen sei, die Situation im Herbst 2015 als in der neueren europäischen Geschichte einmalig bezeichnet werden müsse und sie sich angesichts der Dringlichkeit auf die Auskunft des österreichischen Polizisten hätten verlassen dürfen. Zudem hätten sie die Familienangehörigen nicht zu verstecken versucht, sondern arglos einen der bestbewachten Grenzübergänge benutzt. Weiter weisen sie auf eine angeblich unfaire Behandlung im Verfahren hin. Insbesondere seien zu Unrecht Zwangsmassnahmen angewendet worden (erkennungsdienstliche Erfassung und DNA-Analyse, Beschlagnahmung der Fahrzeuge während fast eines Jahrs). Beide seien sie in erhöhtem Masse strafempfänglich: der Beschwerdeführer, weil er sich in einem Einbürgerungsverfahren befinde, das wegen des Strafverfahrens nicht abgeschlossen werden könne, und die Beschwerdeführerin, weil sie nach Abschluss ihres Jus-Studiums mit einem Strafregistereintrag nur erschwert eine Praktikumsstelle finden werde. Auch seien die Tatfolgen gering, zumal davon auszugehen sei, dass die transportierten Personen ohne die Hilfeleistung nach ein paar Tagen auch selber die Schweizer Grenze erreicht hätten. Schliesslich stünden generalpräventive Überlegungen einer Anwendung von Art. 52 StGB nicht entgegen.

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 52 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Mit der Regelung hat der Gesetzgeber nicht beabsichtigt, dass in allen Bagatelldelikten generell auf eine strafrechtliche Sanktion verzichtet wird. Eine Strafbefreiung kommt nur bei Delikten in Frage, bei denen keinerlei Strafbedürfnis besteht. Auch bei einem Bagatelldelikt kann daher wegen Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen eine Strafbefreiung nur angeordnet werden, wenn es sich von anderen Fällen mit geringem Verschulden und geringen Tatfolgen qualitativ unterscheidet. Das Verhalten des Täters muss im Quervergleich zu typischen unter dieselbe Gesetzesbestimmung fallenden Taten insgesamt - vom Verschulden wie von den Tatfolgen her - als unerheblich erscheinen, so dass die Strafbedürftigkeit offensichtlich fehlt. Die Behörde hat sich mithin am Regelfall der Straftat zu orientieren. Für die Anwendung der Bestimmung bleibt somit nur ein relativ eng begrenztes Feld (zum Ganzen: BGE 135 IV 130 E. 5.3.2 f. S. 135 f. mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Vorliegend unterscheiden sich die Tatfolgen vom Regelfall nicht in einer Weise, welche sie als geringfügig im Sinne von Art. 52 StGB erscheinen lassen. Die Beschwerdeführer haben immerhin sieben Personen über ca. 180 km mit dem Auto an die Schweizer Grenze befördert. Dass diese die Strecke auch auf andere Art hätten zurücklegen können, ist beim Tatbestand von Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG irrelevant und kann deshalb auch nicht dazu führen, dass die Tatfolgen als geringfügig zu qualifizieren wären (vgl.

VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, in: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, N. 14 zu Art. 116 AuG). Die Rüge der Beschwerdeführer geht somit bereits aus diesem Grund fehl und es kann offen bleiben, wie es sich mit der Geringfügigkeit der Schuld verhält.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführer fordern, die Anzahl Tagessätze sei auf zehn und die Probezeit auf ein Jahr zu reduzieren.

### **E. 6.2**

In der Strafzumessung ( Art. 47 ff. StGB ) steht dem Sachrichter ein weiter Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift darin nur ein, wenn die ausgefallte Strafe den gesetzlichen Strafrahmen 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 seines Ermessens falsch gewichtet hat ( BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.; je mit Hinweisen).

### **E. 6.3**

Das Kantonsgericht ging ausführlich auf die Strafzumessungsgründe ein. Dabei berücksichtigte es auch Umstände, welche es im Rahmen seiner Erwägungen zu Art. 52 StGB unerwähnt liess (so etwa die Folgen für die angestrebte Einbürgerung und das berufliche Fortkommen; den Umstand, dass es menschlich nachvollziehbar sei, dass die Beschwerdeführer auf die Nachricht aus Innsbruck emotional reagierten und die nahen Familienangehörigen zu sich holen wollten; dass diese offen in den Autos transportiert wurden und ein während 24 Stunden überwachter Grenzübergang benutzt wurde etc.). Auch wies es darauf hin, dass es sich bei der Probezeit von zwei Jahren um das gesetzliche Minimum handelt ( Art. 44 Abs. 1 StGB ). Die Beschwerdeführer setzen sich mit diesen Erwägungen in ihrer Beschwerdeschrift nicht substantiiert auseinander. Die Beschwerde genügt insofern den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht. Darauf ist nicht einzutreten.

### **E. 7**

Die Beschwerde ist aus den genannten Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos. Die Beschwerdeführer ersuchen um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung. Da die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann dem Gesuch entsprochen werden ( Art. 64 BGG ).

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