

Wissenschaftliche Aufsätze

Milena Holzgang

Schlepperei versus humanitäre Fluchthilfe: Bereicherungsabsicht als Differenzierungskriterium?

Zusammenfassung

In der aktuellen Debatte über den irregulären Grenzübertritt von flüchtenden Personen werden den ›heldenhaften Aktionen‹ vereinzelter Individuen und humanitärer Organisationen regelmässig die kriminellen Handlungen der ›geldgierigen, sich bereichernden‹ SchlepperInnen gegenübergestellt. Dieser Beitrag untersucht diese scheinbar naheliegende Differenzierung zwischen dem straffreien oder moralisch zu begrüßenden Verhalten und dem strafbaren oder normativ abzulehnenden Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt anhand des Kriteriums der Bereicherungsabsicht. Die einschlägigen völkerrechtlichen Bestimmungen und deren Implementierung in der Schweiz dienen dabei als Basis der Diskussion. Dabei argumentiert dieser Beitrag, dass eine solche Unterscheidung nicht allein am Kriterium der Bereicherungsabsicht vorgenommen werden kann. Vielmehr wird die Notwendigkeit einer systematischen Neubestimmung der Problematik betont, für welche das Konzept der Menschenwürde als vielversprechender Ausgangspunkt dienen könnte.

Schlagworte: Schlepperei, Schleuserei, Fluchthilfe, irregulärer Grenzübertritt, Zusatzprotokoll Schlepperei, Menschenschmuggel, Migrantenschmuggel

Human Smuggling versus Humanitarian Smuggling: Differentiation Based on the Motivation to Make Profit?

Abstract

In the current debate on the irregular crossing of borders by people fleeing their home countries, the ›heroic actions‹ of individuals and humanitarian organiza-

tions are regularly contrasted with the criminal actions of the ›money-grabbing, self-enriching‹ migrant smugglers. This paper examines this seemingly obvious differentiation based on the profit motivation between behavior that is non-punishable or morally acceptable and behavior that is punishable or morally reprehensible in the context of helping people to irregularly cross the border. The discussion is based on the relevant provisions of international law and their implementation in Switzerland. This paper argues that such a distinction cannot be made solely on the basis of the criterion of profit motivation. Rather, it stresses the need for a systematic redefinition of the problem, for which the concept of human dignity could serve as a promising starting point.

Keywords: human smuggling, migrant smuggling, refugee smuggling, humanitarian smuggling, irregular migration, Migrant Smuggling Protocol

1. Einleitung

Am 1. September 2016 wurde eine Tessiner Politikerin an einem Grenzübergang von Italien in die Schweiz angehalten. Sie und ihr Partner transportierten vier minderjährige Personen im Auto, denen sie zur irregulären Einreise in die Schweiz verhelfen wollten.¹ In den Schweizer Medien entbrannte daraufhin die Diskussion, ob die Beteiligten, welche anscheinend aus humanitären Gründen gehandelt hatten, wegen Schleppertätigkeit belangt werden oder straffrei bleiben sollten.² Gleichwohl stellte die Tessiner Staatsanwaltschaft den beschuldigten Personen am 13. April 2017 einen Strafbefehl wegen Zu widerhandeln gegen das schweizerische Ausländergesetz aus (Staatsanwaltschaft Tessin 2017).

Im Zuge der Migrations- und Fluchtbewegungen, welche die europäischen Staaten seit mehreren Jahren kontinuierlich beschäftigen, verweist dieser Fall auf grundlegende Fragen zur Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe beziehungsweise deren Kriminalisierung. Die mediale Debatte um den Status der Handlungen der verhafteten Politikerin zeigt, dass gesellschaftlich keine Einigkeit darüber besteht, welches Verhalten im Zusammenhang mit irregulärer Migration bestraft werden und welches straffrei bleiben sollte. Vor diesem Hintergrund gilt es den Unterschied zwischen der Schlepperei durch individuelle

1 Die Autorin dankt Michael Heumann wie auch den anonymen GutachterInnen für die Unterstützung und wertvollen Anregungen, Kommentare und Korrekturen.

2 Stellvertretend für die Diskussion vgl. z.B. Soukoup (2016), der vor allem auf die humanitären Beweggründe eingeht oder Hirschberg (2016), welche die extensive Flüchtlingsarbeit der Politikerin hervorstreckt.

SchlepperInnen, aber auch durch sogenannte Schlepperbanden, welche nach allgemeiner Auffassung bestraft werden sollte, und der humanitären Fluchthilfe, welche im Gegensatz als moralisch gerechtfertigt gesehen wird, zu untersuchen. Der Begriff der Schlepperei wird aufgrund der variierten Terminologie im deutschsprachigen akademischen Diskurs synonym zu Begriffen wie Schleusung, Menschenschmuggel und Migrantenschmuggel verwendet.³

Das Ziel dieses Beitrags ist eine Diskussion der Unterscheidung zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten im Kontext des irregulären Grenzübergangs am Kriterium der finanziellen Bereicherungsabsicht. Mit der Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe wird ein politischbrisantes und aktuelles Thema behandelt, welches den medialen Diskurs polarisiert. Im Vergleich dazu wird die Unterscheidung zwischen Schlepperei und Fluchthilfe anhand des Differenzierungskriteriums der Bereicherungsabsicht in der aktuellen migrations- und menschenrechtlichen Literatur des deutschsprachigen Raums noch unzureichend behandelt, obwohl insgesamt vermehrt zum Thema Schlepperei und Fluchthilfe publiziert wird.

Nach einer Einführung der Terminologie und der angewandten Konzepte (1), einem Resümee der aktuellen migrations- und menschenrechtlichen Debatte zum Thema der Kriminalisierung der Schlepperei und ihrer Abgrenzung von der humanitären Fluchthilfe (2) sowie einer Übersicht der einschlägigen völkerrechtlichen und schweizerischen Rechtsnormen im Bereich der Schlepperei (3), wird die Verwendung des Konzepts der Bereicherungsabsicht als Differenzierungskriterium zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe diskutiert (4). Dabei wird ausgehend von der rechtlichen Perspektive und unter Zuhilfenahme von wirtschaftsethischen Argumenten dargelegt, dass die Unterscheidung zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten am Kriterium der Bereicherungsabsicht *allein* nicht vorgenommen werden kann. Es kann insbesondere nicht als einziges Differenzierungskriterium zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe dienen. Stattdessen muss die Problematik des strafbaren und straffreien Verhaltens im Kontext des irregulären Grenzübergangs systematisch neu bestimmt werden. Als Anstoß zu dieser notwendigen Diskussion wird sodann das Konzept der Men-

3 Die Koordinationsstelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM 2014: 8, Fn. 9) verwendet vorrangig den Begriff des Menschenschmuggels, betrachtet jedoch die Begriffe Migrantenschmuggel, Schleusung von MigrantInnen, Schleusungskriminalität, Schlepperei und Schlepperkriminalität als Synonyme. Im vorliegenden Beitrag wurde der sowohl in Deutschland als auch in Österreich und der Schweiz geläufige Begriff der Schlepperei verwendet, um den Beitrag einer größeren Leserschaft zugänglich zu machen.

schenwürde eingebracht, welches als Ausgangspunkt zur Erarbeitung eines legitimen Kriteriums zur moralischen Beurteilung von Handlungen im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt dienen könnte.

2. Definitionen und Abgrenzungen

Um die verwendete Terminologie einzuführen, werden in diesem Abschnitt die wichtigsten Konzepte definiert und voneinander abgegrenzt.⁴ Im Allgemeinen wird die Schlepperei vom Menschenhandel, der humanitären Fluchthilfe und der irregulären Migration abgegrenzt (z.B. KSMM 2014: 14; Obokata 2005: 395; UNODC 2011: 6). Zahlreiche juristische Publikationen behandeln allerdings die Themen Menschenhandel und Schlepperei gemeinsam, da sie viele Berührungs-punkte aufweisen (z.B. Hathaway 2008: 26; Piotrwicz 2014: 132; Webb/Burrows 2009: 30).

2.1 Schlepperei

Eine international anerkannte Definition der Schlepperei findet sich in Art. 3 lit. a Zusatzprotokoll Schlepperei⁵. Dieser definiert die »Schlepperei von Migranten« als

»die Herbeiführung der unerlaubten Einreise einer Person in einen Vertragsstaat, dessen Staatsangehörige sie nicht ist oder in dem sie keinen ständigen Aufenthalt hat, mit dem Ziel, sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen.«

Die Schlepperei umfasst also Handlungen einer Person, welche einer anderen Person helfen, irregulär in ein bestimmtes Land einzureisen. Dazu wird vorausgesetzt, dass die helfende Person in der Absicht auf Bereicherung jeglicher Art handelt. Auf diese Elemente und ihre Kriminalisierung wird im Verlauf dieses Beitrags noch genauer eingegangen.

4 Es handelt sich hierbei um faktische Definitionen. Eine Klärung und Diskussion der vorläufigen Abgrenzung der Konzepte des Migrationsschmuggels und der humanitären Fluchthilfe wird im Verlauf des Beitrags vorgenommen.

5 Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von MigrantInnen auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000.

2.2 Menschenhandel

Menschenhandel ist nach Art. 3 lit. a Zusatzprotokoll Menschenhandel⁶, die

»Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderen Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Hilflosigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die Gewalt über eine andere Person hat, zum Zweck der Ausbeutung.«

Gemäß dem Büro der Vereinten Nationen für Drogen- und Verbrechensbekämpfung (UNODC) besteht die Unterscheidung zwischen Menschenhandel und Schlepperei vor allem in drei Punkten: *Erstens*, die Art und Weise wie Profit generiert wird. Beim Menschenhandel wird der Profit primär durch die Ausbeutung der gehandelten Person generiert, während es bei der Schlepperei zu Ausbeutung kommen kann, das Hauptziel jedoch in der Beförderung der Person liegt. Die Beziehung zwischen der geschleppten Person und der schleusenden Person besteht beim Menschenhandel über die Ankunft am Destinationsort fort, während sie bei der Schlepperei in der Regel nach der Ankunft beendet wird (UNODC 2011: 6).

Zweitens muss Menschenhandel nicht immer einen Grenzübertritt beinhalten, während dieser bei der Schlepperei per Definition ein notwendiges Element ist (UNODC 2011: 6). Der *dritte* Unterschied liegt schließlich in der Opferrolle. Menschenhandel gilt *immer* als ein Verbrechen gegen die gehandelte Person, denn entweder wurde dem Menschenhandel von der betroffenen Person nie zugestimmt oder aber das zu Beginn gegebene Einverständnis wurde durch die von den Menschenhändlern eingesetzten Mittel wie Täuschung oder Gewalt bedeutungslos (UNODC 2011: 7). Im Gegensatz dazu stimmen geschleppte MigrantInnen dem Schmuggel im Regelfall zu, auch wenn diese Zustimmung im Verlauf der Reise zurückgezogen werden kann oder möglicherweise während der Reise Verbrechen gegen sie verübt werden. Einigen AutorInnen zufolge sind die beiden Phänomene allerdings nicht voneinander abzugrenzen, da sie zu sehr ineinander verschrankt sind (Aronowitz 2001: 167) oder die gleichen Personen sowohl als SchlepperInnen als auch als MenschenhändlerInnen tätig sind (Webb/Burrows 2009: 31). Die rechtliche Qualifikation als gehandelte Person oder geschleppte/r MigrantIn hat jedoch weitreichende Konsequenzen für die Betroffenen: gehandelte Menschen

6 Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000.

werden rechtlich als Opfer qualifiziert und haben Anspruch auf rechtlichen Schutz und finanzielle Kompensation nach Maßgabe der nationalen Bestimmungen (UNODC 2011: 7), während dies bei geschleppten MigrantInnen nicht der Fall ist und diesen unter Umständen ausländerrechtliche Sanktionen wegen ihres illegalen Grenzübertretts drohen.

2.3 Humanitäre Fluchthilfe

Im Gegensatz zur Schlepperei und zum Menschenhandel existiert keine Legaldefinition der humanitären Fluchthilfe. Der Begriff wurde im Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus entwickelt und bezog sich damals vor allem auf die sogenannten JudenretterInnen oder JudenhelferInnen, welche gefährdete Personen über die Grenze in ein sicheres Nachbarland brachten (UEK 2002: 155). Obwohl diese FluchthelferInnen vielen Menschen das Leben retteten, war Solidarität gegenüber den Juden und Jüdinnen sowie anderen Verfolgten des NS-Regimes oft kein oder nicht der einzige Beweggrund für ihre Tätigkeit. Neben denjenigen, die aus Solidarität gegenüber den verfolgten Gruppen handelten, gab es auch viele, die sich einen Nebenverdienst erhofften und dementsprechend eine Gebühr für ihre Leistungen verlangten (Koulouris 2014).⁷

In der heutigen Zeit wird unter humanitärer Fluchthilfe diejenige Schleusung von Migranten verstanden, die »aus humanitären und altruistischen Beweggründen« durchgeführt wird (Schloenhardt 2015b: 40). Manchmal wird darunter im medialen Diskurs auch die Tätigkeit von Nichtregierungsorganisationen und Einzelpersonen subsumiert, wenn diese beispielsweise Flüchtlinge im Mittelmeer aus Seenot retten und nach Europa bringen oder Flüchtlingen auf dem Landweg über die Grenze helfen (z.B. Soukoup 2016; Spalinger 2017; Spiegel Online 2017). Hinter dem Konzept der humanitären Fluchthilfe scheint somit der Gedanke zu stehen, dass die Handlungen der humanitären FluchthelferInnen im Gegensatz zu den Handlungen der SchlepperInnen moralisch gerechtfertigt sind.⁸

7 Exemplarische Beispiele solcher FluchthelferInnen und Fluchthelfer sind z.B. der Schweizer Polizeikommandant Paul Grüninger, der seinerzeit verurteilt, aber postum rehabilitiert wurde (Keller 2014: 204), die Österreicherin Lisa Fittko, die zusammen mit ihrem Ehemann Hans Flüchtenden in den Pyrenäen über die Grenze nach Spanien half (Fittko 1985), aber auch umstrittene Persönlichkeiten wie der Unternehmer Josef Schleich, welcher für den Transport über die Grenze pro Person 670 Reichsmark verlangte (Fröhlich 2007: 95).

8 Damit ist jedoch noch nichts über die Legalität der humanitären Fluchthilfe gesagt. Diese wird in Abschnitt 3 eingehender thematisiert.

2.4 Irreguläre Migration

Die Konzepte Schlepperei, Menschenhandel und humanitäre Fluchthilfe sind alle mehr oder weniger eng mit dem Konzept der irregulären Migration verknüpft. Auch dieser Begriff kennt keine international gültige Legaldefinition. Gemäß der Internationalen Organisation für Migration (IOM) ist die irreguläre Migration eine Migration, welche außerhalb der von den Staaten festgelegten Normen über die Ausreise, den Transit und die Einreise erfolgt (IOM 2004: 34–35). Welche Handlungen und Umstände also zu einer irregulären Migration führen, hängt vom »politisch-rechtlichen Kontext des jeweiligen Staates ab, das heisst von seinen Bestimmungen betreffend die Einreise, den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit von ausländischen Staatsangehörigen« (KSMM 2014: 14). Die Schleusung von Menschen – aber auch der Menschenhandel – ermöglicht in vielen Fällen die irreguläre Migration, da die SchlepperInnen oft sowohl für den Transport als auch für gefälschte Identitätsausweise und den illegalen Grenzübertritt sorgen (Heckmann 2007: 5).

Die Konzepte der Schlepperei und der humanitären Fluchthilfe sind nicht nur untereinander eng verknüpft, sondern weisen auch viele Berührungspunkte zu anderen Konzepten aus, von denen sie nicht immer eindeutig getrennt werden können. Nichtsdestotrotz ist es ein Anliegen der akademischen Literatur, verschiedene Nuancen und Unterschiede herauszuarbeiten.

3. Die aktuelle migrations- und menschenrechtliche Debatte

Obwohl das Thema der Schlepperei immer wieder periodisch in den Vordergrund des öffentlichen Interesses rückt und vermehrt akademische Publikationen über die rechtliche Qualifikation und die Kriminalisierung des Schmuggels von Migranten verfügbar sind, wird der Unterschied zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe zwar des Öfteren erwähnt, jedoch selten explizit thematisiert. Eine Fülle von UN-Richtlinien, »toolkits« und Modellgesetzen komplementiert die akademische Literatur und interpretiert das internationale Recht und die Praxis der Staaten, wobei allerdings die Kriminalisierung der Schlepperei und der Unterschied zur humanitären Fluchthilfe, wie auch in der Literatur, oft nur kuriosch gestreift wird (UNODC 2004: 333, Rn. 19; UNODC 2010: Art. 3 lit. c, S. 13; UNODC 2011: 9; UNODC 2012: 20).

3.1 Migrantenschmuggel, Menschenrechte und Souveränität

Ein Großteil der rechtswissenschaftlichen Literatur erkennt an, dass die UN-Instrumente zum Thema der organisierten Kriminalität, und damit auch zur Schlepperei, keine Menschenrechtssinstrumente sind (Brolan 2002: 581). Stattdessen sollen sie, dem Willen der Vertragsstaaten zufolge, vor allem der Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität dienen und damit die Souveränität und die territoriale Integrität der Staaten schützen (Brolan 2002: 581; Gallagher 2015: 60; Gallagher 2008: 836, McClean 2007: 18–21).

Gleichwohl hat sich im aktuellen menschen- und migrationsrechtlichen Schrifttum ein Literaturstrang entwickelt, welcher explizit das Verhältnis von Menschenrechten und Schlepperei thematisiert. Während auf der einen Seite die Gefährdung der Menschenrechte der geschleppten Personen in den Vordergrund gestellt wird (Brolan 2002: 580; Obokata 2005: 395; Piotrowicz 2014: 132), wird auf der anderen Seite festgestellt, dass das Schlepperwesen für viele Flüchtende aufgrund des restriktiven Migrationsregimes unerlässlich ist, um überhaupt ihre Rechte unter der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)⁹ geltend machen zu können (Gallagher 2015: 57; Hathaway 2008: 39; Messinger 2015: 18; Schloenhardt 2015a: 16). Diese Zweiteilung illustriert die ausgeprägt zwiespältige Haltung zur Schlepperei, welche sich sowohl im öffentlichen Diskurs als auch in der akademischen Literatur manifestiert und sich direkt oder indirekt auf die Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe auswirkt.

Obwohl auch viele andere Sichtweisen denkbar wären, wird die Schlepperei im Völkerrecht vor allem aus der Perspektive der Kriminalisierung der Akteure betrachtet (vgl. Pacurar 2003: 264). Dies ist allein schon daraus ersichtlich, dass die Regelung beziehungsweise das Verbot der Schlepperei in einem Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention¹⁰ festgelegt wird, welche auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität ausgerichtet ist (vgl. Gallagher 2008: 836).

Dieser Fokus auf die Kriminalisierung der Schlepperei wird in der Literatur aus verschiedenen Gründen kritisiert. Hathaway (2008: 5, 39), ein differenziertes Verständnis von Schlepperei vertretend, gibt zu bedenken, dass sich durch die Kriminalisierung der Hilfe zum illegalen Grenzübertritt die Gefahr für Leib und Leben der geschleppten Personen erhöhe, da gefährlichere Methoden und Routen gefunden werden müssten. Zudem argumentiert er, dass mit der Kriminalisierung und

⁹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951.

¹⁰ Vgl. zur Palermo-Konvention und deren Zusatzprotokoll eingehender Abschnitt 4.1.1.

dem damit stattfindenden Abgleiten des Migrantenschmuggels in die Illegalität auch ein höheres Risiko für die geschleppten Personen einhergehe, Opfer von Menschenhandel zu werden. In diesem Sinne kritisiert auch Gallagher (2008: 833) die Kriminalisierung aus der Sichtweise der geschleppten Personen, da sie die ohnehin schon vorhandene Diskriminierung und Ungleichheit verstärke. Zudem führe das aktuelle Migrationsregime unweigerlich zur Ausbeutung von Flüchtlingen sowie zu deren Kriminalisierung (Gallagher 2015: 60).

Somit lässt sich in der aktuellen migrations- und menschenrechtlichen Literatur eine Tendenz erkennen, das bestehende Konzept der Schlepperei vor allem wegen seinen Auswirkungen auf und Gefahren für die Menschenrechte und höchstpersönlichen Güter der geschleppten Personen zu kritisieren. Der (scheinbare) Angriff auf die territoriale Integrität und Souveränität der Staaten durch die Schlepperei mutet aus dieser Perspektive zweitrangig an.

3.2 Bereicherungsabsicht als Differenzierungskriterium

Die rechtlichen Instrumente zur Bekämpfung der Schlepperei wirken sich jedoch auch außerhalb der eigentlichen Zielgruppe, den »kriminellen Schlepperbanden« aus. Einige AutorInnen nehmen deshalb die Sichtweise der humanitären Organisationen ein, welche sich mit dem Vorwurf der Schlepperei konfrontiert sehen und durch die zunehmende Kriminalisierung des Transports von MigrantInnen und der damit zusammenhängenden Hilfshandlungen abgeschreckt werden könnten (Allsopp/Manieri 2016: 88; Basaran 2014: 54).

Um dieser abschreckenden Wirkung der Kriminalisierung für humanitäre Organisationen entgegenzuwirken, wird sowohl in der juristischen Literatur als auch in der Rechtsetzung eine scharfe Trennung am Differenzierungskriterium des »finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils« diskutiert (vgl. z.B. Piotrowicz 2014: 134; Schloenhardt 2015a: 39; Schloenhardt 2015b: 41).¹¹ Leitend dabei ist die Vorstellung, dass die Differenzierung der strafbaren Schlepperei und der straf-freien humanitären Fluchthilfe am Kriterium des materiellen Vorteils beziehungsweise der Bereicherungsabsicht, klare Grenzen artikuliere und den Staaten zeige, unter welchen Umständen von einer Bestrafung abgesehen werden könne (Schloenhardt 2015a: 39).

11 Für die Diskussion des Differenzierungskriteriums in der Rechtsetzung, vgl. hinten, Abschnitt 3.

3.3 Kritik an der Konzeptualisierung von Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe

Diese Differenzierung bleibt allerdings nicht ohne Kritik. Ein erster Strang der Kritik weist darauf hin, dass Schlepperei nicht immer von organisierten, kriminellen Organisationen durchgeführt wird. Oftmals seien Familienmitglieder und Angehörige ethnischer Gemeinschaften in die Hilfe zur irregulären Einreise involviert, welche nicht oder nicht nur aus Bereicherungsabsicht, sondern aus Solidarität, Reziprozität oder Zuneigung handelten (Sanchez 2017:10). Letztendlich basiere die Kriminalisierung der Schlepperei auf der Trennung zwischen der Person des oder der SchlepperIn als TäterIn, und der Person des oder der MigrantIn als Opfer der Schleusung. Dies widerspreche allerdings den Fakten, da oft die Grenzen zwischen geschleppter Person und SchlepperIn verschwammen und sich des Öfteren ehemals geschleppte Personen als SchlepperInnen betätigten (Achilli 2015: 7).

Ein zweiter, für diesen Beitrag wesentlicherer Strang der Kritik bemängelt die implizite Vorstellung, welche durch dieses Kriterium geweckt werde: Auf der einen Seite stünden die *kriminellen* Organisationen, welche die meisten irregulären MigrantInnen unter prekären Bedingungen und möglicherweise Menschenrechtsverletzungen über die Grenze bringen und auf der anderen Seite gäbe es die großen, institutionellen *humanitären* Organisationen, welche armen Menschen in Not hälften, ohne dabei auf die Gefahr fürs eigene Leben zu achten. Damit wird das Differenzierungskriterium der Bereicherungsabsicht selbst beanstandet.

In diesem Sinne kritisiert Watson (2015: 41) die Kriminalisierung der Schlepperei als auf übersimplifizierenden und ›reinen‹ Kategorien basierend und damit die Komplexität der irregulären Migration verkennend. Damit werde die Arbeit humanitärer Organisationen eingeschränkt und die Schuld staatlicher Akteure an der Gefahr, die von der Schlepperei ausgeht, negiert. Die Dichotomie zwischen SchmugglerInnen, welche aus Profitgier und Egoismus handelten und »humanitarians«, welche sich ohne Bereicherungsabsicht und aus rein altruistischen Motiven für die irregulären MigrantInnen einsetzten, schränke die Möglichkeit humanitärer Einsätze immer weiter ein (Watson 2015: 41–42). Als Grund dafür nennt Watson die empirische Beobachtung, dass humanitäre Organisationen vermehrt professionalisiert werden und auch hier egoistische Motive, mitunter Karriereziele im Spiel seien. Es sei offensichtlich, dass auch Mitarbeitende humanitärer Organisationen aus Bereicherungsabsicht im weitesten Sinne handelten (Watson 2015: 42). Zudem müsse ein Entgelt nicht unbedingt auf moralisch verwerfliche Motive wie Habgier hinweisen, sondern könne von den Beteiligten auch zur

Deckung der real entstandenen Kosten verwendet sowie als Risikokompensation für die Folgen einer potentiellen Verhaftung verstanden werden (vgl. Nagler 2014: 29). Mit diesen Überlegungen wird auf die ›Grauzonen‹ verwiesen, welche von einer simplen Dichotomie, wie sie im Fall der Schlepperei verwendet wird, nicht befriedigend eingeordnet werden können.

Auf diese ›Grauzonen‹ stützt sich auch Landry (2016: 7), welche die Bestimmungen gegen die Schlepperei im Zusatzprotokoll Schlepperei aus rechtsdogmatischer und rechtsphilosophischer Perspektive diskutiert. Sie kommt zum Ergebnis, dass das Legalitätsprinzip durch die Unbestimmtheit des Differenzierungskriteriums ›gewinnorientiert/humanitär‹ verletzt werde, da es den tatsächlichen, komplexen Begebenheiten nicht gerecht werde. Die Unbestimmtheit des Bereicherungskriteriums führe dazu, dass auch Gruppen mit humanitärer Absicht, welche beispielsweise ihren Angestellten ein Salär bezahlen, kriminalisiert würden (Landry 2016: 4).

Landry (2016: 19–20) schlägt deshalb vor, humanitäre Ausnahmen im Gesetzesstext zu verankern. Diese humanitären Ausnahmen beträfen Situationen, in welchen humanitäre Organisationen auf geschleppte Personen treffen, die sich in einer Leib und Leben gefährdenden Situation befinden. Für die Rettung dieser Personen solle die humanitäre Organisation nicht bestraft werden dürfen, selbst wenn die gefährdeten Personen im Zuge der Rettung irregulär über eine Grenze gebracht würden. Die humanitären Ausnahmen dienten somit sowohl als Rechtfertigung als auch als Hindernis zur Strafverfolgung.

Wie die Übersicht ergibt, erkennt ein ansehnlicher Teil der Fachliteratur an, dass die Kriminalisierung der Schlepperei aus Sicht der geschleppten Personen Probleme mit sich bringt. Die für diesen Beitrag wesentliche Hauptkritik in der Literatur besteht darin, die Dichotomie zwischen strafbarer Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe am Kriterium der Bereicherungsabsicht als zu unscharf und zu vereinfachend zu beanstanden.

Dieser Kritik ist im Kern zuzustimmen. Die vorgeschlagene Lösung der humanitären Ausnahmesituationen deckt allerdings nur einen sehr kleinen Teil der humanitären Fluchthilfe ab. Die meisten Arten und Beweggründe humanitärer Fluchthilfe würden durch dieses Kriterium nicht erfasst. Eine wirkliche Lösung benötigt zunächst eine systematische Aufarbeitung der Problematik. Die bisher in der Literatur geäußerte Kritik geht diesbezüglich nicht weit genug, da sie den *normativen* Status der Bereicherungsabsicht *als solchen* nicht hinterfragt.

4. Rechtliches Rahmendesign

Die Differenzierung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe findet sich auch in Völker- und nationalem Recht. Dabei enthält das Völkerrecht einige für diese Unterscheidung relevante Bestimmungen, welche von den nationalen Gesetzgebern aufgenommen, jedoch im Rahmen der nationalen Umsetzung nicht wortwörtlich übernommen wurden. Das Beispiel der Umsetzung der völkerrechtlichen Bestimmungen in der Schweiz illustriert, dass dabei insbesondere im Hinblick auf das Kriterium der Bereicherungsabsicht Divergenzen entstehen können.

4.1 Schlepperei und humanitäre Fluchthilfe im Völkerrecht

Die Problematisierung der Schlepperei als transnationale Herausforderung bildet die Voraussetzung für die völkerrechtliche Regulierung des Schmuggels von Personen. Der vorliegende Beitrag legt den Fokus insbesondere auf die völkerrechtliche Kriminalisierung der Schlepperei und der Rolle, welche die Bereicherungsabsicht dabei einnimmt.¹²

4.1.1 Irreguläre Migration als transnationales Problem

Migration ist ein Phänomen so alt wie die Menschheit selbst. Die allgegenwärtigen Migrationsbewegungen unterlagen seit jeher institutionellen Einflüssen und Einflussnahmen (Oltmer 2016: 2). In den deutschen Staaten ging mit der Konsolidierung der territorialen Herrschaftsgebiete auch die Überwachung der Grenzen und die Etablierung eines Passwesens einher (Oltmer 2016: 27). Dieses Passwesen blieb jedoch bis weit ins 18. Jahrhundert unsystematisch und unkoordiniert (Fahrmeir 2016: 223). In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurden in den deutschen Staaten schliesslich die Regelungen zur Staatsangehörigkeit kodifiziert, was tiefgehende rechtliche und soziale Folgen für die Aufnahme von Zuwanderern hatte, da arme Personen mit anderer Staatsangehörigkeit möglichst abgewehrt werden sollten (Oltmer 2016: 29-30). Die Kriminalisierung der Migration und der damit zusammenhängenden Vorgänge wie der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt auf internationaler Ebene sind jedoch als (historisch gesehen) relativ neue Phänomene wahrzunehmen (Watson 2015: 40).

¹² Die umfangreichen Regelungen der EU werden dabei jedoch ausgeklammert. Für eine Darstellung und Diskussion der Regelung des illegalen Grenzübergangs und des Migrantenschmuggels in der EU vgl. z.B. Allsopp/Manieri (2016); Carrera/Guild (2016); Hailbronner (2014: 32, Rn. 74–75).

Lange wurde die Bekämpfung der Schlepperei den Nationalstaaten überlassen. Erst in den 1990er Jahren wurde der Schmuggel von MigrantInnen als transnationales Problem interpretiert, welches nur durch Kooperation der einzelnen Staaten gelöst werden könne und dementsprechend nach internationalen Lösungen verlange (Kirchner/Di Pepe 1998: 662). Italien, als vom illegalen Grenzübertritt und Schlepperei besonders betroffenes Land, reichte Ende 1997 bei der Internationalen Seeschifffahrts-Organisation (IMO) einen Entwurf zu einer multilateralen Konvention gegen die illegale Migration auf dem Seeweg ein.¹³ Ungefähr zur gleichen Zeit reichte Österreich einen Vorschlag zur Erarbeitung einer ähnlichen Konvention beim UN Generalsekretär ein (Calandrino/Belleza 2017: 32).¹⁴

Da die sich mit der Meeressicherheit und dem Schutz der Meeresumwelt beschäftigende IMO als ungeeignetes Forum wahrgenommen wurde, fanden die Diskussionen rund um den irregulären Grenzübertritt und die Schlepperei innerhalb des Rahmens der UN statt, spezifisch in der Kommission für Verbrechensverhütung und Strafrechtspflege (Kirchner/Di Pepe 1998: 664–665). Die Verhandlungen mündeten schließlich in die Erarbeitung der Palermo-Konvention gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität¹⁵ und ihren zwei Zusatzprotokollen.

Mit dem Zusatzprotokoll Schlepperei wurde die Schlepperei von MigrantInnen zum ersten Mal international als Verbrechen anerkannt (Pacurar 2003: 259). Der Status als Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention bedeutet, dass die Schlepperei von der internationalen Gemeinschaft weitestgehend als ein Phänomen der organisierten Kriminalität gesehen und auch in diesem Kontext diskutiert wird (vgl. Gallagher 2008: 836). Die Ziele des Zusatzprotokolls Schlepperei sind nach dessen Art. 2 *erstens*, die Verhütung und Bekämpfung der Schlepperei von MigrantInnen; *zweitens*, die Förderung der diesbezüglichen Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten; und *drittens*, der Schutz der Rechte der geschleppten MigrantInnen.

Obwohl bei der Erarbeitung des Zusatzprotokolls Schlepperei die Bekämpfung der irregulären Migration im Vordergrund stand, setzten sich UNHCR, UNICEF und IOM dafür ein, dass auch die Menschenrechte der MigrantInnen gewahrt blieben (Gallagher 2008: 837–838). Trotz ihrer Erfolge bei der Integration der

13 IMO Legal Committee, Proposed Multilateral Convention to Combat Illegal Migration by Sea vom 1.8.1997, IMO Doc. LEG 76/11/1, S. 5–6.

14 Letter dated 16th September 1997 from the Permanent Representative of Austria to the United Nations addressed to the Secretary General, Annex: Draft International Convention Against the Smuggling of Illegal Migrants vom 17.9.1997, A/52/357, S. 4–5.

15 Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000.

Menschenrechte steht das Element der Kriminalitätsbekämpfung und nicht der Rechte der MigrantInnen im Vordergrund. Dies lässt sich beispielsweise anhand der vom Zusatzprotokoll Schlepperei geschützten Rechtsgüter illustrieren: das primär geschützte Rechtsgut besteht in der nationalen Souveränität und den Interessen der Staaten, ihre Grenzen sowie die Ein- und Ausreise zu kontrollieren (Schloenhardt 2015a: 40). Die Rechte der geschleppten Personen gelten aber immerhin als sekundär geschützte Rechtsgüter (Schloenhardt 2015a: 41).

4.1.2 Kriminalisierung der Schlepperei im Zusatzprotokoll Schlepperei

Art. 6 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll Schlepperei verlangt die Kriminalisierung der Schlepperei gemäß der in dessen Art. 3 lit. a enthaltenen Definition. Aufgrund der Formulierung von Art. 6 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll Schlepperei muss in den meisten Mitgliedsstaaten der oberste Gesetzgeber einen Straftatbestand auf nationaler Ebene schaffen (McClean 2007: 394).

Der zu kriminalisierende Tatbestand der Schlepperei setzt sich aus objektiven und subjektiven Tatbestandselementen zusammen. Die objektiven Tatbestandselemente bestehen aus der Handlung, d.h. dem Herbeiführen; der Folge, d.h. der unerlaubten Einreise und Grenzüberschreitung als Resultat der Handlung; und dem Objekt, d.h. der Person die weder einen ständigen Aufenthalt noch die Staatsangehörigkeit des Staates besitzt, in welchen sie eingereist ist. Die subjektiven Tatbestandselemente bestehen aus dem Vorsatz, d.h. der Absicht die objektiven Tatbestandselemente zu vollziehen und dem Zweck, d.h. der Absicht, sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen (Schloenhardt 2015a: 48).

Für die Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe sind insbesondere die subjektiven Tatbestandselemente von Bedeutung. Als allgemeiner Standard für den subjektiven Schuldvorwurf des Zusatzprotokolls Schlepperei gilt der Vorsatz.¹⁶ Dieser muss auf zwei verschiedene Elemente gerichtet sein und beinhaltet *erstens*, die Absicht eine Handlung vorzunehmen, welche einer anderen Person zur irregulären Einreise verhilft und *zweitens*, die Motivation, dafür einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu erhalten (UNODC 2004: 343, Rn. 35; Brolan 2002: 584). Gerade dieses letzte subjektive Tatbestandselement führte während dem Erarbeitungsprozess des Zusatzprotokolls Schlepperei zu einigen Diskussionen (McClean 2007: 383).

16 Die deutsche Formulierung von Art. 6 Abs. 1 lit. c Zusatzprotokoll Schlepperei lautet: »wenn vorsätzlich [...] begangen.« Vgl. dazu auch UNODC (2004: 343, Rn. 38).

Im Verlauf der Verhandlungen wurde der Ausdruck »profit«, welcher in den früheren Entwürfen verwendet worden war, durch die aktuelle Formulierung des »finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil[s]« ersetzt (Schloenhardt 2015a: 38). Als Erklärung wurde im überarbeiteten Entwurf lediglich angemerkt, dass es eine allgemeine Einigung dahingehend gegeben habe, die neue Formulierung derjenigen des Profits vorzuziehen.¹⁷ Demzufolge sind die Gründe für die neue Formulierung und damit den Einbezug der Bereicherungsabsicht weder im Text des Zusatzprotokolls Schlepperei noch in seinen Entwürfen ersichtlich.

Hinweise sind jedoch anderen Dokumenten zu entnehmen. Das Model Law, welches den Anspruch hat, Gesetzgebern der UN-Mitgliedsstaaten als Vorbild und Inspiration für die eigene Gesetzgebung zu dienen, gibt vor, dass der materielle Vorteil »as broad and inclusive as possible« interpretiert werden und auch nicht-finanzielle Anreize wie beispielsweise kostenlose Zugfahrkarten, Flugtickets, Grundstücke oder Autos beinhalten soll (UNODC 2010: Art. 3 lit. c, S. 13).

Zusätzlich konkretisieren die *travaux préparatoires* des Zusatzprotokolls Schlepperei:

»the reference to »a financial or other material benefit« as an element of the definition in subparagraph (a) was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties. It was not the intention of the Protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations.«¹⁸

Somit benutzt das Zusatzprotokoll Schlepperei die Absicht zur Erlangung eines materiellen Vorteils als Differenzierungskriterium zwischen Handlungen, welche bestraft werden und solchen, welche zulässig sein sollen. Vor diesem Hintergrund liegt der Schluss nahe, dass, dem Hauptvertrag der Palermo-Konvention entsprechend, bei den Verhandlungen zum Zusatzprotokoll Schlepperei die Absicht bestand, nur die organisierte Kriminalität im Sinne organisierter krimineller Gruppen mit Bereicherungsabsicht zu kriminalisieren und über das Verhalten anderer Gruppen wie beispielsweise religiösen Vereinigungen oder Nichtregierungsorga-

17 UN General Assembly, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Revised draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime vom 20.3.2000, A/AC.254/4/add.1/Rev. 5, 8–9, Fn. 13.

18 UN General Assembly, Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the Work of its First to Eleventh Sessions – Addendum: Interpretative Notes for the Official Records (*travaux préparatoires*) of the Negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto vom 3.11.2000, A/55/383/Add.1, 16, Rn. 88.

nisationen sowie Einzelpersonen hinwegzusehen (vgl. Calandrino/Bellezza 2017: 34).

Die Vermeidung der Strafbarkeit humanitärer Organisationen war bereits bei den Verhandlungen zur GFK umstritten. Art. 31 GFK statuiert die Nichtkriminalisierung der irregulär in den betreffenden Staat migrierten Flüchtlinge.¹⁹ Während der Konventionsverhandlungen stellte sich die Frage, ob auch Personen und Organisationen von dieser Straffreiheit profitieren könnten, welche den Flüchtlingen zur irregulären Einreise in den Staat verhelfen (Hathaway 2005: 388). Die Schweizer Delegation brachte in dieser Idee die generelle Auffassung zum Ausdruck, dass humanitäre Organisationen und ihre Arbeit nicht kriminalisiert werden sollten (Hathaway 2005: 402). Obwohl diese Ansicht den Zuspruch der anwesenden Regierungen fand, wurde sie nicht weiter verfolgt und mit einer Notiz zu den Akten gelegt.²⁰ Demgemäß besteht heute auf Basis der GFK keine rechtliche Verpflichtung für die Staaten, Individuen oder Organisationen mit ausschliesslich karitativen Beweggründen von der Strafbarkeit auszuschliessen, welche ihre Hilfe nach sich ziehen könnte (Hathaway 2005: 403).

Obwohl die *travaux préparatoires* des Zusatzprotokolls Schlepperei vordergründig darauf verweisen, dass humanitäre Organisationen ohne Bereicherungsabsicht nicht kriminalisiert würden²¹, sind die Staaten nicht gezwungen, nur die Schleusung von Migranten unter Strafe zu stellen bei welcher die Mitwirkung krimineller Organisationen bewiesen werden kann (Landry 2016: 9). Das Model Law (2010: Art. 1, S. 8)

»does not distinguish between provisions that require the elements of [...] organised crime and provisions that do not, in order to ensure equal treatment by national authorities of all cases of smuggling of migrants within their territory.«

Zudem präzisiert der Legislative Guide, dass die Referenz zur organisierten Kriminalität bedeute, dass ein »profit motive or link« (UNODC 2004: 334, Rn. 20) benötigt werde. Allerdings müsse das Element der organisierten Kriminalität

19 Analog dazu attestiert Art. 5 des Zusatzprotokolls Schlepperei den MigrantInnen Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung dafür, »dass sie Gegenstand der in Artikel 6 genannten Handlungen [d.h. des Migrantenschmuggels] wurden«.

20 UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session: Summary Record of the Fortieth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 22.8.1950, at 2.30 p.m. vom 27.9.1950, E/AC.32/SR.40, 5.

21 UN General Assembly, Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the Work of its First to Eleventh Sessions – Addendum: Interpretative Notes for the Official Records (*travaux préparatoires*) of the Negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto vom 3.11.2000, A/55/383/Add.1, S. 16, Rn. 88.

nicht bewiesen werden, um einen Verstoss gegen Art. 6 Zusatzprotokoll Schlepperei anzunehmen (UNODC 2004: 334, Rn. 20).

Damit scheint auf nationaler Ebene die Möglichkeit zu bestehen, eine sehr große Bandbreite von Handlungen zu kriminalisieren.²² Dies ändert jedoch nichts am normativen Anspruch des Protokolls, nur die auf Bereicherungsabsicht basierende Schlepperei zu kriminalisieren und karitative, humanitäre Fluchthilfe nicht zu bestrafen.

Das Zusatzprotokoll Schlepperei basiert somit auf einer klaren Unterscheidung zwischen strafbarem Verhalten mit Bereicherungsabsicht und nicht kriminalisiertem, humanitärem Verhalten ohne Bereicherungsabsicht. Die Formulierung in Art. 6 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll Schlepperei erlaubt es jedoch nicht, zwischen primärer und sekundärer Motivation zu unterscheiden. Es ist unklar, ob die Bereicherungsabsicht der alleinige Grund für die Handlungen der Schlepperin oder des Schleppers sein muss oder ob es für die Kriminalisierung reicht, wenn sie eine unter mehreren, unter Umständen auch karitativen Gründen war.²³

Auch wenn die Schweiz der monistischen Theorie der Einheit von nationalem und Völkerrecht folgt, verpflichtet die Formulierung von Art. 6 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll Schlepperei das Schweizer Parlament dazu, einen eigenen Tatbestand im nationalen Recht zu schaffen, welcher im Folgenden dargestellt wird.

4.2 Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe im Schweizer Recht

Im Gegensatz zum Menschenhandel nach Art. 196 StGB²⁴ ist die Schlepperei im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG)²⁵ geregelt. Seit 2009 wurden in der Schweiz pro Jahr durchschnittlich 1.124 Personen beschuldigt, anderen Personen die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erleichtert oder vorbereitet zu haben (Bundesamt für Statistik 2018). Dies ist, gemessen daran, dass während der gleichen Zeitspanne pro Jahr durchschnittlich 21.523 Personen einer Zu widerhandlung gegen das Ausländergesetz beschuldigt wurden, nur ein geringer Teil. Den-

22 Vgl. Landry (2016: 9), welche dies als direkten Widerspruch gegen die Protokollbestimmungen deutet; McClean (2007: 394), spricht von einer »uncertainty whether the offence need include the involvement of an organized criminal group«.

23 Vgl. dazu Piotrowicz (2014: 134), welcher davon ausgeht, dass »apparently honourable motives will not exclude a smuggler from the definition if the action is also spurred by the wish to make money or secure some other benefit«.

24 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937.

25 Bundesgesetz vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer.

noch hat die Bekämpfung der Schlepperei in der Schweiz immer noch eine hohe Priorität und wird innerhalb des Bundesamts für Justiz als Thema von großer politischer Bedeutung wahrgenommen (KSMM 2014: 8).

Im Folgenden wird die Entstehung des sogenannten Schleppertatbestands im früheren Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)²⁶ und im heutigen AuG rekapituliert. Danach werden die relevanten Bestimmungen zur Kriminalisierung der Schlepperei vorgestellt, wobei insbesondere darauf eingegangen wird ob und in welcher Weise die Unterscheidung zwischen strafbarer Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe Eingang in die Schweizer Rechtsordnung gefunden hat.

4.2.1 Neuere Entwicklungen im Schweizer Fremdenpolizeirecht

Bis zum Inkrafttreten des ANAG im Jahre 1934 lag die Regelung des Fremdenpolizeirechts grundsätzlich in der Kompetenz der einzelnen Kantone (Roschacher 1991: 3). Die Schlepperei wurde allerdings erst mit Inkrafttreten von Art. 23 Abs. 2 ANAG am 1. März 1988 unter Strafe gestellt (Roschacher 1991: 9).

Das ANAG wurde per 1. Januar 2008 aufgehoben und durch das AuG ersetzt. In der Botschaft des Bundesrates²⁷ zum AuG (2002: 3587) wird die Wichtigkeit der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität betont. Entsprechend wurde auch das Strafmaß für Straftaten im Zusammenhang mit irregulärer Migration generell erhöht.²⁸ Das Parlament steigerte das Strafmaß insbesondere beim sogenannten Schleppertatbestand noch einmal, womit die qualifizierte Schlepperei nun als Verbrechen statt als Vergehen eingestuft wird (Vetterli/D'Addario di Paolo 2010: Art. 116. Rn. 1).

Der Beitritt der Schweiz zum Schengen-Binnenraum führte für die Schweiz zu einigen Änderungen im Sicherheits- und Grenzbereich, welche die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität und der Schlepperei erleichtern sollten (KSMM 2014: 18).²⁹ Der daraus entstandene Art. 116 Abs. 1 lit. a^{bis} AuG hat

26 Bundesgesetz vom 26.3.1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (aufgehoben).

27 Botschaften des Bundesrates sind in der Schweiz Berichte, in welchen der Bundesrat Erlassentwürfe kommentiert und erläutert. Sie werden grundsätzlich für das Parlament verfasst, werden jedoch auch von Rechtsprechung und juristischer Lehre als Auslegungshilfe für die betreffenden Erlasse verwendet.

28 Die Strafdrohung für den Grundtatbestand der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts nach Art. 116 Abs. 1 AuG beträgt ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Für die qualifizierte Begehung mit Bereicherungsabsicht nach Art. 116 Abs. 3 AuG beträgt die Höchststrafe fünf Jahre Freiheitsstrafe und/oder Geldstrafe.

29 Da diese Bestimmungen allerdings in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu dem in diesem Beitrag behandelten Thema stehen, wird nicht über ihre Erwähnung hinausgegangen.

allerdings bis heute noch keine praktische Bedeutung erlangt (KSMM 2014: 19; Zünd 2015: Art. 116. Rn. 6).

4.2.2 Bestimmungen zur Schlepperei im Schweizer Ausländergesetz

Art. 116 AuG enthält das Verbot der *Förderung* der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts. Er ist Teil des Nebenstrafrechts (KSMM 2014: 10).³⁰ Der erste Absatz enthält den Grundtatbestand, der zweite die privilegierte und der dritte die qualifizierte Form des Tatbestands. Strukturell ist Art. 116 AuG als Gehilfenschaft zur rechtswidrigen Ein- und Ausreise und dem rechtswidrigen Aufenthalt nach Art. 115 AuG ausgestaltet (Zünd 2015: Art. 116. Rn. 1).

Welche Rechtsgüter Art. 116 AuG genau schützt, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre hebt den Schutz der »territoriale[n] Hoheitsgewalt der Schweiz« hervor (Vetterli/D'Addario di Paolo 2010: Art. 115. Rn 4. Fn 4.). Dies wird jedoch von einem anderen Teil der Lehre als zu vage kritisiert, da die Umschreibung sich »mit ziemlich beliebigen Inhalten auffüllen« lässt (Albrecht 2012: 792; Albrecht 2014: 12). Des Weiteren werden Rechtsgüter wie die Moral und die demografischen und ökonomischen Interessen der Schweiz genannt (Nguyen 2003: 659). Im Allgemeinen wird jedoch verneint, dass der Artikel die individuellen Rechtsgüter der geschleppten Personen schütze.³¹ Dies stellt zumindest teilweise einen Unterschied zum Zusatzprotokoll Schlepperei dar, welches den Schutz der geschleppten Person neben der Kriminalisierung der Schlepperei und der internationalen Kooperation als eines seiner (sekundären) Ziele nennt.

Die objektiven Tatbestandsmerkmale des *Grundtatbestands* in Art. 116 Abs. 1 AuG umfassen jegliche Erleichterungshandlung zur illegalen Einreise. Eine solche Erleichterungshandlung besteht gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann, wenn der Zugriff der Behörden oder der Erlass von Verfügungen gegenüber der illegal einreisenden Person erschwert wird.³² Eine Begehung durch Unterlassung ist nur möglich, wenn der oder die Unterlassende eine Garantenstellung innehat.³³ In einigen Fällen hat das Bundesgericht sogar finanzielle Hilfe an

30 Als Nebenstrafrecht werden alle Strafbestimmungen bezeichnet, welche sich nicht im StGB, sondern in anderen Gesetzen befinden (Killias et al. 2009: Rn. 126).

31 Vgl. Albrecht (2012: 794), welcher sowohl den Schutz der körperlichen Integrität der geschmugelten Person als auch ihren Schutz vor finanzieller Ausbeutung verneint; vgl. auch Vetterli/ D'Addario di Paolo (2010: Art. 116. Rn. 22), welche vorschlagen, dass die Verletzung von Individualgütern, obwohl nicht im Gesetzestext, bei Strafzumessung berücksichtigt werden sollte.

32 BGE 130 IV 77 E. 2.3.2.

33 BGer 6S. 281/2005 vom 30.9.2005, E. 1.2.

die irregulär eingereiste Person als tatbestandsmäßige Handlung qualifiziert.³⁴ Dies ist im Hinblick auf die Rolle des Kriteriums der Bereicherungsabsicht durchaus bemerkenswert, denn einer Person, die finanzielle Hilfe leistet, kann nicht ohne weiteres Bereicherungsabsicht unterstellt werden. Dennoch stellt die finanzielle Hilfe eine Erleichterungshandlung zur illegalen Einreise oder Aufenthalt dar. Das Kriterium der Bereicherungsabsicht zur Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe muss zumindest insofern relativiert werden, als dass es für den Grundtatbestand nicht vonnöten zu sein scheint.

Bezüglich der subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 116 AuG herrscht in der Lehre Einigkeit darüber, dass nur vorsätzlich begangene Handlungen strafbar sind (Albrecht 2012: 793; Vetterli/D'Addario di Paolo 2010: Art. 116. Rn. 17; Zünd 2015: Art. 116. Rn. 1). Um als vorsätzlich zu gelten, ist das Wissen und das Wollen bezüglich der Förderungshandlung sowie die Kenntnis bezüglich der Haupttat, der illegalen Einreise der geschleppten Person nach Art. 115 AuG, notwendig (Albrecht 2012: 793; Vetterli/D'Addario di Paolo 2010: Art. 116. Rn. 17; Zünd 2015: Art. 116. Rn. 1).

Der *privilegierte Tatbestand* nach Art. 116 Abs. 2 AuG übernimmt die objektiven Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestands. Der Unterschied zwischen den beiden Varianten besteht jedoch darin, dass es sich bei Art. 116 Abs. 2 AuG um »leichte Fälle« handelt. Bei der Entscheidung ob es sich in einem konkreten Fall um einen solchen leichten Fall handelt, kommt dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu (Zünd 2015: Art. 116. Rn. 7). Gemäß seiner Rechtsprechung betrachtet das Bundesgericht bei der Beurteilung die Gesamtheit der objektiven und der subjektiven Umstände und berücksichtigt es auch, wenn »jemand aus rein familiären oder humanitären Interessen handelt.«³⁵ Das Vorliegen solcher Interessen allein genügt allerdings noch nicht, um auf einen leichten Fall nach Art. 116 Abs. 2 AuG zu erkennen. Das Bundesgericht nimmt dazu eine Abwägung der erschwerenden und begünstigenden Faktoren vor.³⁶

Der *qualifizierte Tatbestand* nach Art. 116 Abs. 3 AuG gilt als der eigentliche Schleppertatbestand im schweizerischen Ausländerrecht und wird auch mit der gewerbsmäßigen Schlepperei in Verbindung gebracht (vgl. KSMM 2014: 13). Wie auch beim privilegierten Tatbestand sind die objektiven Tatbestandsmerkmale des qualifizierten Tatbestands identisch mit denen des Grundtatbestands. Dazu kommen allerdings straferhöhende Gründe. Diese sind *erstens*, das Handeln

34 BGE 118 IV 262, E. 4b; aus der jüngeren Rechtsprechung BGer 6S. 459/2003 vom 8.3.2004 E. 2.2; vgl. zur finanziellen Hilfe auch Sauthier (2017: Art. 116 AuG. Rn. 13).

35 BGer 6S. 334/2006 vom 7.12.2006, E. 2.2.

36 BGer 6S. 334/2006 vom 7.12.2006, E. 2.2.

mit Bereicherungsabsicht (Art. 116 AuG Abs. 3 lit. a); und *zweitens*, die Zugehörigkeit zu einer »Vereinigung oder Gruppe [...] die sich zur fortgesetzten Begehung dieser Tat zusammengefunden hat« (Art. 116 AuG Abs. 3 lit. b).

Das Element der ungerechtfertigten Bereicherungsabsicht war schon für die Strafbestimmungen nach Art. 23 ANAG bedeutsam. Damals fungierte es jedoch als Strafbarkeitsvoraussetzung, bei deren Fehlen die beschuldigte Person nicht verurteilt werden konnte, während es heute lediglich einen Strafverschärfungsgrund darstellt (vgl. KSMM 2014: 13). Sein Fehlen führt dazu, dass eine Handlung nicht unter den qualifizierten Tatbestand nach Art. 116 Abs. 3 AuG subsumiert werden, wohl aber den Grundtatbestand nach Art. 116 Abs. 1 AuG erfüllen kann.

Definiert wird die ungerechtfertigte Bereicherungsabsicht als jede wirtschaftliche Besserstellung des Täters oder der Täterin oder einer Drittperson, welche durch die ungesetzliche Handlung entsteht (KSMM 2014: 32). Ein Teil der Lehre nimmt diejenigen Einnahmen davon aus, welche lediglich der Deckung der Spesen dienen (Roschacher 1991: 99; Sauthier 2017: Art. 116 AuG. Rn. 32). Dies wird durch den Umstand begründet, dass eine reine Spesendeckung keine Bereicherung im eigentlichen Sinne darstelle, sondern die Person durch ihr Handeln lediglich wirtschaftlich nicht schlechter gestellt sei als vorher. Zudem könnte in diesem Zusammenhang auch das bereits für die FluchthelferInnen der NS-Zeit und der DDR relevante Argument angeführt werden, dass durch die Annahme eines Entgelts das Risiko von Personen mit humanitärer Absicht abgedeckt wird, durch eine mögliche Verurteilung keine Arbeit mehr zu finden und sonstige finanzielle Nachteile zu erleiden (vgl. Nagler 2014: 29).

Bei der Bestimmung der Unrechtmäßigkeit herrscht keine Einigkeit. Während sich ein Teil der Lehre auf den Standpunkt stellt, dass die Bereicherung als solche immer unrechtmäßig sei (Roschacher 1991: 99), argumentiert ein anderer Teil, dass die Unrechtmäßigkeit sich nicht aus der Tat selbst ergäbe, sondern erst, wenn sie im Widerspruch zur Rechtsordnung stünde.³⁷

Die besprochenen Strafbestimmungen enthalten auch *Rechtfertigungsgründe*. Die Strafbestimmungen im ANAG sahen für die Förderung der rechtswidrigen Einreise den Rechtfertigungsgrund der achtenswerten Beweggründe vor. Im heutigen AuG ist dieser Rechtfertigungsgrund nicht mehr explizit enthalten (Zünd

³⁷ Vetterli/D'Addario di Paolo (2010: Art. 116. Rn. 23), unter Berufung auf Stratenwerth et al. (2013: Art. 137 StGB. Rn. 35), welche erst das Streben nach »rechtswidrigen Vorteilen« als unrechtmäßige Bereicherung qualifizieren (Hervorhebung im Original); vgl. auch Corboz (2010: Art. 138 StGB. Rn. 15), welcher für den Erhalt rechtswidriger Vorteile mindestens Eventualvorsatz fordert.

2015: Art. 116. Rn. 3). Bei Flüchtlingen soll gemäß der Botschaft zum AuG jedoch der Rechtfertigungsgrund nach Art. 31 Ziff. 1 GFK auch auf die GehilfInnen ausgeweitet werden (Bundesrat 2002: 3832). In der Lehre wird eine solche Rechtfertigung der GehilfInnen nicht nur aus Art. 31 Ziff. 1 GFK, sondern auch aus dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät zur Haupttat der illegalen Einreise nach Art. 115 AuG abgeleitet (Vetterli/D'Addario di Paolo 2010: Art. 116. Rn. 19). Der Ausdruck der achtenswerten Beweggründe ist jedoch äußerst vage und es ist unklar, was darunterfällt.

Die Botschaft zum AuG gibt als Ziel von Art. 116 AuG einzig die Bekämpfung des Schlepperwesens an (Bundesrat 2002: 3761). Nichtsdestotrotz fand das Bundesgericht, dass sowohl der Wortlaut als auch die nunmehr lediglich strafverschärfende statt strafbegründende Auswirkung der Elemente der Bereicherungsabsicht und Beteiligung der organisierten Kriminalität auf die Unvollständigkeit der Botschaft und somit auf eine weitere Zielsetzung hindeuteten.³⁸

In der Lehre wird daher die Kritik geäußert, Art. 116 AuG sei ein »Schlepperartikel« nicht nur für Schlepper« (Vetterli/D'Addario di Paolo 2010: Art. 116. Rn. 3). Der Einflussbereich von Art. 116 AuG umfasst demgemäß auch Handlungen, welche nicht unter die Definition der Schlepperei fallen und unter Umständen auch der humanitären Fluchthilfe zugerechnet werden können. Somit ist der Tatbestand von Art. 116 AuG weiter gefasst als derjenige von Art. 6 Abs. 1 lit. a Zusatzprotokoll Schlepperei.

Diesen Ausführungen folgend ist eine Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe nicht aus dem Gesetzestext ersichtlich. Eine solche Unterscheidung kann auch nicht leichthin in den Gesetzestext hineininterpretiert werden. Während der parlamentarischen Debatten im Nationalrat zum AuG im Jahre 2004 gab es einen Minderheitsantrag aus den Reihen der Grünen, welcher Schlepperei »aus achtenswerten Gründen« von der Strafverfolgung ausnehmen wollte.³⁹ Zur Erläuterung des Unterschieds wurde die Unterscheidung zwischen Bereicherungsabsicht und achtenswerten Gründen unter anderem auch am Fall des Polizeihauptmanns und Fluchthelfers Paul Grüninger diskutiert.⁴⁰ Der Minderheitsantrag wurde jedoch aus verschiedenen Gründen abgelehnt: Einerseits

38 BGE 130 IV 77, E. 2.2.; vgl. die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Nguyen (2003: 677).

39 Amtliches Bulletin der Schweizer Bundesversammlung, Sommersession 2004, Nationalrat, 1148.

40 Amtliches Bulletin der Schweizer Bundesversammlung, Sommersession 2004, Nationalrat, 1148–1149. Für eine publizistische und historische Aufarbeitung des Falls Grüninger vgl. Keller (2014).

wurde auf die allgemeinen Strafmilderungsgründe verwiesen, andererseits wurde die Idee vertreten, dass niemand, auch nicht humanitäre Organisationen, über dem Gesetz stehen sollte.⁴¹

4.3 Unterschiedliche Wirkungen des Kriteriums der Bereicherungsabsicht im Völker- und im Schweizer Recht

Die einschlägigen Bestimmungen im Völker- und im Schweizer Recht vergleichend, gibt es Rechtsgüter, namentlich die Souveränität der Staaten und damit zusammenhängende Rechtsgüter, welche von beiden Regelungskomplexen geschützt werden. Ein gewichtiger Unterschied zwischen der Regelung im Zusatzprotokoll Schlepperei und den Strafbestimmungen des Schweizer Ausländerrechts besteht jedoch darin, dass das Zusatzprotokoll Schlepperei mindestens subsidiär auch die Rechtsgüter der geschleppten Person zu schützen versucht, während diese Absicht nicht ohne Weiteres in die Strafbestimmungen des AuG hineininterpretiert werden kann. Dies bedeutet, dass zumindest im Schweizer Recht nicht von einer Unrechtmäßigkeit der Schlepperei basierend auf der Verletzung der persönlichen Rechtsgüter der geschleppten Personen ausgegangen werden kann.

Das Element der Bereicherungsabsicht ist für beide Regulierungskomplexe von Bedeutung. In der völkerrechtlichen Regelung entfaltet das Differenzierungskriterium der Bereicherungsabsicht explizit seine Wirkung, indem diese als Strafbarkeitsgrund fungiert. Damit wird die Absicht kundgetan, religiöse und humanitäre Organisationen von der Strafbarkeit auszuschließen.

Im Schweizer Recht werden sowohl Unterstützungshandlungen zur irregulären Einreise mit als auch diejenigen ohne Bereicherungsabsicht von Art. 116 AuG erfasst. Damit wird das Kriterium der Bereicherungsabsicht im Gegensatz zur Regelung im Zusatzprotokoll Schlepperei nicht als strafbarkeitsbegründendes Element aufgefasst. Praktisch wird es gleichwohl relevant bei der Unterscheidung zwischen Grund- und qualifiziertem Tatbestand, welche unter anderem auch anhand der Bereicherungsabsicht vorgenommen wird.

Eine Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe ist daher nicht explizit im Gesetzestext ersichtlich und wird auch nicht durch die par-

⁴¹ Vgl. dazu das Zitat von Nationalrat Serge Beck anlässlich der Diskussion um das Schleuserwesen im Amtlichen Bulletin der Schweizer Bundesversammlung (Sommersession 2004, Nationalrat, 1148): »Madame Menétry-Savary, vous voulez absolument vendre l'idée qu'il y a des gentils passeurs et des méchants passeurs. Eh bien, Madame Menétry-Savary, il y a des gens qui ne respectent pas la loi.«

lamentarischen Debatten unterstützt. Allerdings erkennt die Botschaft zum AuG zumindest die Ausweitung von Art. 31 GFK auf die GehilfInnen von *Flüchtlingen* an, womit die Würdigung des humanitären Gedankens wiederum Eingang in die strafrechtliche Beurteilung der Handlung findet. Zudem kommt dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu bei der Entscheidung, welche Gründe es als achttenswerte Gründe ansieht, um auf den privilegierten Tatbestand zu erkennen.

Es kann demnach aus dem Vorhergehenden nicht geschlussfolgert werden, dass die Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe am Kriterium der Bereicherungsabsicht *keinen* Eingang in die Strafbestimmungen des AuG gefunden hat. Vielmehr entfaltet das Kriterium der Bereicherungsabsicht sowohl auf völkerrechtlicher als auch auf nationaler Ebene in jeweils unterschiedlicher Weise seine Wirkung bei der Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe: Im Völkerrecht wird das Kriterium der Bereicherungsabsicht als eines der primären Kriterien des subjektiven Tatbestands für die Strafbarkeit der Schlepperei angesehen. Es wird explizit auf die Bereicherungsabsicht abgestellt, um Schlepperei von humanitärer Fluchthilfe abzugrenzen. Im Schweizer Recht ist es hingegen zumindest für den Strafrahmen von Bedeutung.

5. Die Notwendigkeit der Klärung des Status von Profit

Im Folgenden werden einige Überlegungen angestellt, welche als Beitrag zu einer über die Rechtsdogmatik hinausgehenden Legitimitätsprüfung verstanden werden können. Es besteht kein Anspruch auf Vollständigkeit. Allerdings werden einige Argumente vorgestellt, welche an der Legitimität des Kriteriums der Bereicherungsabsicht zweifeln lassen und als Anstoßpunkte für eine weitergehende systematische Infragestellung der heutigen Rechtsordnung im Bereich der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt fungieren können.

Zunächst wird das Problem der Bereicherungsabsicht als Differenzierungskriterium zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt umrissen. Danach wird auf die historisch inkohärente Verwendung des Kriteriums der Bereicherungsabsicht und deren Folgen für die heutige Diskussion eingegangen. Anschließend zeigt eine summarische Betrachtung des gegenwärtigen moralischen Status von Profit im Sinne einer Form von Bereicherung, dass ein isoliert betrachtetes Kriterium der Bereicherungsabsicht anachronistisch ist und seine Verwendung als normatives Bewertungskriterium unter den gegenwärtigen historischen Bedingungen zumindest unter Legitimitätsvorbehalt stehen muss. In Verbindung dazu wird im Hinblick auf eine ange-

strehte systematische Ausarbeitung der Problematik auf die Instrumentalisierung des Menschen und den Bezug zur Menschenwürde eingegangen.

5.1 Untauglichkeit der Bereicherungsabsicht als alleiniges Differenzierungskriterium

Wie aus der vorhergehenden Darstellung ersichtlich wird, nehmen sowohl das Völkerrecht als auch das Schweizer Recht die Bereicherungsabsicht im Sinne einer Absicht zur Erlangung eines finanziellen oder anderen materiellen Vorteils auf die eine oder andere Art als normatives Differenzierungskriterium zwischen strafbarem und straffreiem beziehungsweise strafmilderndem Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt.

Diese Bestimmungen sind das Resultat langer Verhandlungen, Diskussionen und Kompromissen. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass diese Normen als die einzigen richtigen oder besten Lösungen angesehen werden müssten und nicht weiter untersucht werden könnten. In der migrations- und menschenrechtlichen Literatur wird insbesondere kritisiert, dass das Kriterium der Bereicherungsabsicht nicht dazu geeignet sei, zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten zu unterscheiden, da es Handlungen in der ›Grauzone‹ zwischen gewerbsmässiger Schlepperei und ›reiner‹ humanitärer Fluchthilfe nicht einzuordnen vermöge (z.B. Landry 2016: 4; Watson 2015: 41).

Basierend auf dieser Kritik werden verschiedene Lösungen formuliert. Landry (2016: 7, 19) plädiert für die Aufnahme sogenannter humanitärer Ausnahmen in den Gesetzestext. Diese Ausnahmen erfassten, wie es der Begriff nahelegt, nur einen kleinen Teil desjenigen Verhaltens, welches intuitiv als moralisch akzeptabel wahrgenommen wird. In der schweizerischen rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich der Vorschlag, die Strafbarkeit der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt an die Verletzung der Rechtsgüter der geschleppten Person zu knüpfen. Ein solcher Vorschlag ist zu begrüßen, müsste jedoch noch weiter elaboriert werden, denn die Möglichkeit der Einwilligung in die Verletzung bestimmter Rechtsgüter könnte beispielsweise für eine solche Beurteilung rechtsdogmatische und -philosophische Probleme aufwerfen.

Insgesamt gehen sowohl Kritik als auch Lösungsvorschläge nicht weit genug. Für eine systematische Kritik und kohärente Lösungen braucht es eine Diskussion des Status der Bereicherungsabsicht als solchem, statt eines punktuellen Ausnahmekatalogs, der definitionsgemäß nicht zur Grundproblematik vordringen kann. Um die Bereicherungsabsicht als ein *legitimes* Differenzierungskriterium verwen-

den zu können, müssen bestimmte historisch bedingte und damit immer auch normative Zusatzannahmen getroffen werden.

5.2 Fehlende historische Kohärenz des Arguments der Rechtsstaatlichkeit

Wie bereits ausgeführt, gab es in der Geschichte immer wieder Phasen erhöhter Aktivität von SchlepperInnen und humanitären FluchthelperInnen. Das Differenzierungskriterium der Bereicherungsabsicht historisch kohärent durchgesetzt bedeutete, dass in allen Phasen erhöhter irregulärer Migration jeweils Personen, welche Profite durch die Schlepperei erzielten, strafrechtlich verfolgt und verurteilt würden.

Es gibt allerdings rechtshistorische Gegenbeispiele in denen ›SchlepperInnen‹ nachträglich rehabilitiert wurden, obgleich sie Personen gegen Entgelt zur irregulären Einreise verholfen hatten. Zur Zeit des Nationalsozialismus gab es in der Schweiz diverse Prozesse gegen Personen, welche Juden und Jüdinnen und anderen Verfolgten des NS-Regimes bei ihrem irregulären Grenzübertritt Hilfe leisteten.⁴² Dabei wurden sowohl Personen verurteilt, welche aus humanitären Gründen handelten, als auch solche, deren Motivation im dadurch erzielten Gewinn lag, wobei das Strafmaß für die Schlepperei gegen Entgelt höher lag.⁴³ Die ›SchlepperInnen‹ mit Bereicherungsabsicht stellten den größten Teil der FluchthelperInnen dar (Koulouris 2014; Messinger 2016: 379).

Mit der Aufarbeitung der Zeit des Nationalsozialismus in der Schweiz fand eine Rehabilitierung der FluchthelperInnen statt. Spätestens mit dem Rehabilitierungsgesetz im Jahre 2003 wurden viele FluchthelperInnen nach der vorgängigen medialen und politischen Rehabilitation auch rechtlich rehabilitiert, da die Strafurteile nach Art. 1 Abs. 2 Rehabilitierungsgesetz aus heutiger Perspektive »als schwerwiegende Verletzung der Gerechtigkeit empfunden« werden. Von dieser Aufhebung der Strafurteile profitierten jedoch nicht nur diejenigen FluchthelperInnen, welche aus karitativen Gründen handelten, sondern auch professionelle SchlepperInnen, die statt Alkohol oder Drogen nun profitabel Menschen über die Grenzen schmuggelten (Keller 2016: 207).

Dies zeugt von einem generellen Wechsel der Betrachtung des normativen Status der Fluchthilfe in diesem engen Rahmen der FluchthelperInnen. Von einer strafbaren Handlung wurde sie zur Heldenat. Eine ähnliche Umwertung fand

42 Vgl. zur Situation im Kanton Basel-Stadt, Scherrer/Seger (2009: 182–185).

43 Vgl. zur Situation im Kanton Basel-Stadt, Scherrer/Seger (2009: 198–199).

auch bei den Fluchthilfefällen aus der DDR in die BRD statt.⁴⁴ Die damals verurteilten FluchthelferInnen werden heute als HeldInnen gefeiert, obwohl sie damals Geld für ihre Dienste verlangten (vgl. Jakob 2016).

An diesen Beispielen zeigt sich eine allgemeine Problematik bei der Differenzierung zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt. Beide Rehabilitationen von FluchthelferInnen fanden vor dem Hintergrund sogenannter Unrechtsstaaten statt. Der Bruch rechtlicher Normen in diesen Regimes wird rückblickend toleriert und als gerechtfertigt angesehen. Dies macht allerdings nur unter der Voraussetzung Sinn, dass die damaligen Regelungen aus heutiger Perspektive moralisch derart ungerechtfertigt waren, dass ein Zuwiderhandeln zur ethisch begründeten Pflicht wurde. Im Gegenzug wird die Unterscheidung zwischen (illegitimer?) Schlepperei und (legitimen?) humanitärer Fluchthilfe am Differenzierungskriterium der Bereicherungsabsicht in der Gegenwart nur verständlich, wenn vorausgesetzt wird, dass die heutige Regelung und damit ihr normatives Fundament gerechtfertigt sind.

Diese Argumentation ist allerdings zirkulär. Es wird versucht zu erklären, warum etwas illegitim ist, was bereits vorausgesetzt wird. Konkret wird davon ausgegangen, dass eine Schlepperin oder ein Schlepper, welche/r mit Bereicherungsabsicht handelt, moralisch verwerflich und ungesetzlich agiert, weil dies gegen unsere heutigen, als moralisch legitim wahrgenommenen Gesetze verstößt. Diese Aussage birgt allerdings keinen Erklärungswert, da sie keine Information darüber enthält, warum die heutigen Gesetze legitim sein sollen, außer dass das entscheidende Kriterium rechtsdogmatisch wieder an die Gewinnabsicht selbst rückgebunden wird. Der Zirkelschluss ist vollendet, wenn keine Klärung stattfindet, was die Bereicherungsabsicht *in ihrem Kern* eigentlich ist und was sie damit (immer auch normativ) erklären soll. Um dieser letztlich zirkulären Denkweise dennoch rechtspraktische Geltung zukommen zu lassen, tritt statt der gesollten grundlegenden Klärung eine implizite Zusatzannahme in Kraft, nämlich diejenige, dass die derzeitige Rechtsordnung schon irgendwie legitim sei.

Eine über die reine Rechtsdogmatik hinausgehende Diskussion setzt sich jedoch gerade das Ziel, die Rechtsordnung zu hinterfragen und kann sich dementsprechend auch nicht auf die unreflektierte Zusatzannahme der moralischen Legitimität der heutigen Rechtsordnung stützen. Dementsprechend ist immer noch eine normative Grundlagenwertung des Kriteriums der Bereicherungsabsicht nötig, um eine Beurteilung desselben als Differenzierungskriterium zwischen

44 Für eine Diskussion der Rehabilitierung der FluchthelferInnen in der BRD siehe Villiger (2016).

strafbarem und straffreiem Verhalten bei der Hilfe zur irregulären Einreise vornehmen zu können.

5.3 Normative Wertung des Kriteriums der Bereicherungsabsicht

Wie bereits erwähnt, gilt als Bereicherung jede wirtschaftliche Besserstellung im Sinne eines finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils. Wann jedoch eine Bereicherung als unrechtmäßig betrachtet wird, ist nicht offensichtlich. Gilt bereits die Deckung der Spesen als unrechtmäßige Bereicherung? Wie sind freiwillige Spenden, zum Beispiel an Hilfsorganisationen zu deuten, welche unter anderem Fluchthilfe leisten? Oder ist eine Bereicherung erst unrechtmäßig, wenn sie geltende Marktpreise übersteigt?

Im Schweizer Strafrecht wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass eine Bereicherung unrechtmäßig ist, wenn sie im Widerspruch zu einer Rechtsnorm steht (Corboz 2010: Art. 138 StGB. Rn. 15; Stratenwerth et al. 2013: Art. 137 StGB. Rn. 35). Diese Definition stellt ausschließlich auf das geschriebene Recht ab. Sie erklärt nicht, wann es auch *ethisch* unrechtmäßig ist, sich zu bereichern. Dieser Beitrag möchte hingegen die Vorannahmen und moralischen Normen, welche als Basis der positiven Rechtsnorm fungieren, genauer betrachten, um eine Basis für eine systematische Legitimationsprüfung der entsprechenden Bestimmungen zu schaffen.

Es kann hier nur kurзорisch auf den normativen Status der Bereicherung eingegangen werden. Aristoteles bezeichnet eine wirtschaftliche Tätigkeit, welche ausgeübt wurde, um Profit zu generieren, als Chrematistik, die ›Kunst des Gelderwerbes‹. Sie wurde der Ökonomik, der ›Hausverwaltungskunst‹, entgegengesetzt und galt als widernatürlich und demnach abzulehnen.⁴⁵

Im Gegensatz dazu werden profitbasierte Wirtschaftstheorien heute weitgehend als Grundlage modernen Wirtschaftens akzeptiert.⁴⁶ Diesen Theorien zufolge wird der Profit im modernen wirtschaftlichen Kontext (innerhalb der Regeln) als moralisch erstrebenswert angesehen (vgl. z.B. Friedman 1970: 6, Homann/Blome-Drees 1992: 38). Somit kann von einer Umkehrung der dem Wirtschaftsdenken zugrundeliegenden Werte innerhalb der letzten Jahrhunderte gesprochen werden (vgl. Hoffmann 2009: 112–118; Ziegler 1998: 77–78).

45 Aristoteles, I, 8, 1256b–I, 9, 1258a; näheres bei Ziegler (1998: 70–71) und Hoffmann (2009: 49–61).

46 Vgl. z.B. Adam Smiths Wirtschaftstheorie, welche individueller Profitmaximierung eine große Bedeutung zusisst.

Auch aus rechtlicher Perspektive ist der Profit als solcher grundsätzlich nicht verwerflich. Als illustratives Beispiel sei hier angeführt, dass im Privatrecht auf Schadenersatz für *entgangenen* Gewinn geklagt werden kann.⁴⁷ Die Möglichkeit, unter Umständen eine hypothetische Bereicherung einzuklagen, zeugt davon, dass in der heutigen Zeit Profit, oder Bereicherung, nicht mehr unter einem Legitimitätsvorbehalt steht, sondern gesellschaftlich und moralisch akzeptiert wird. Bereicherungsabsicht *per se* ist, der wirtschaftlichen und rechtlichen Moral unserer Gesellschaft gemäß, weder unrechtmäßig noch verwerflich oder legitimationsbedürftig.

Aus einer rein innerökonomischen, »marktliberalen« Perspektive kann Migration und dadurch auch Schlepperei als Teil eines moralisch neutralen Bewegungsmarktes angesehen werden (Heckmann 2007: 4). Das Hauptgeschäft der Schlepperei ist das Erstellen illegaler Migrationswege durch heimlichen Personentransport und/oder falsche Dokumente (Schloenhardt 2015a: 15–16).⁴⁸ Dadurch erbringen die SchlepperInnen Dienstleistungen für die geschleppten Personen gegen Entgelt, wie dies auch in vielen anderen Märkten der Fall ist (vgl. Heckmann 2017: 4; Nagler 2014: 29). Aus dieser Perspektive kann eine Migrantin oder ein Migrant nicht nur als passives Objekt, sondern als wirtschaftendes Subjekt gesehen werden, welches im Stande ist, Risiken und Chancen gegeneinander abzuwägen und sich für oder gegen die Dienste der SchlepperInnen zu entscheiden.

Dagegen lässt sich freilich einwenden, dass die Schlepperei für viele Menschen die einzige Möglichkeit ist, ihrer Verfolgung und ihrem Elend zu entkommen, dass für sie keine Wahlfreiheit besteht und sie sich überhöhten Preisen beugen müssen (vgl. Gallagher 2015: 57; Hathaway 2008: 39; Schloenhardt 2015a: 16). Diesem Einwand muss wiederum entgegengehalten werden, dass es auch in vielen »legalen« Märkten zu ähnlichen Situationen kommen kann. Wer zum Beispiel auf ein bestimmtes Medikament angewiesen ist, sieht sich auch seiner Wahlfreiheit beraubt und ist bereit, einen hohen Preis dafür zu bezahlen.⁴⁹

Die Tatsache allein, dass für eine Sache oder Dienstleistung ein Entgelt verlangt wird, kann unter den heutigen Bedingungen nicht als Kriterium zur Bestimmung des Moralitätsgrades einer Handlung dienen. Dies würde einem vormoder-

47 Entgangener Gewinn liegt vor, wenn sich das Vermögen des Geschädigten ohne die schädigende Handlung in Zukunft vergrößert hätte. Vgl. dazu Brehm (2013: Art 41. Rn. 70e); Rey (2008: Rn. 347); in der Rechtsprechung bestätigend BGE 132 III 379 E. 3.3.3.

48 Die Fälschung von Ausweisen ist auch ein selbständiges Delikt (Art. 252 StGB).

49 Es stellt sich unvermeidlich die Frage, bis zu welcher Grenze ein Preis gerechtfertigt werden kann und wodurch sich die Legitimität eines Preises *letztlich* auszeichnet.

nen Wirtschaftsverständnis entsprechen. Um zu bestimmen, *wann* eine Bereicherung unmoralisch ist, braucht es zusätzlich zur rechtsdogmatischen und der hier kurz eingeführten wirtschaftstheoretischen Argumentation ein zusätzliches, legitimierendes Kriterium.

5.4 Vollständige Instrumentalisierung des Menschen und Menschenwürde

Als Ausgangspunkt zur Ausarbeitung eines solchen, zusätzlichen Kriteriums könnte beispielsweise die Frage nach der Respektierung der Menschenwürde der MigrantInnen dienen. Der Unterschied zwischen einem skrupellosen ›Schlepper‹, der die geschleppten Personen ausnutzt und Organisationen, welche Rettungsmissionen durchführen oder ansonsten Menschen illegal auf das Territorium eines Staates bringen, könnte bei Einführung eines solchen, auf der Menschenwürde der MigrantInnen basierenden Kriteriums darin gesehen werden, dass der Mensch beim ersten zum reinen Objekt – zur ›Ware‹ – degradiert wird, während bei letzteren der Mensch als Subjekt wahrgenommen wird und seine Menschenrechte, insbesondere sein Recht auf Leben, im Vordergrund stehen.

Kant (1785/1965: Rn. 429) stellt dies in der Mensch-Zweck-Formel des kategorischen Imperativs dar. Diese gebietet, dass der Mensch immer *auch* als Zweck in sich selbst angesehen werden muss. Das bedeutet, dass eine Bereicherung mit dem Menschen solange moralisch unbedenklich ist, als dass er oder sie selbst immer noch als Zweck in sich selbst anerkannt wird. Problematisch wird es erst, wenn die ursprünglich bedingte und damit legitime Bereicherungsabsicht (Profitgenerierung) zum obersten Gebot wird, zur unbedingten Profitmaximierung, der sich alles andere, Menschen eingeschlossen, unterordnen muss.⁵⁰ In dieser Situation wird der Mensch zu einer reinen ›Ware‹ degradiert und vollständig instrumentalisiert.⁵¹

Diese Zweckhaftigkeit des Menschen wird heute in der Schweiz positivrechtlich in Art. 7 BV festgehalten, welcher die Würde des Menschen schützt. Diese Würde des Menschen gilt allgemein als fundamentales Prinzip liberaler Rechtsordnungen und durchdringt auch die gesamte schweizerische Rechtsordnung (Häfelin et al. 2016: Rn. 335d–f).

50 Vgl. hierzu wirtschaftsphilosophische Ausführungen, wie z.B. Booms (2013: 4).

51 Vgl. hierzu Kant (1785/1965: Rn. 434), »Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde«.

Sie könnte auch für die Differenzierung zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt anhand des Kriteriums der Bereicherungsabsicht fruchtbar gemacht werden. Die Menschenwürde als fundamentales Kriterium kann normative und letztlich legitime rechtliche Geltung entfalten, indem sie *nur eine bestimmte Form* von Bereicherungsabsicht delegitimiert, nämlich diejenige, welche gegen die Zweckhaftigkeit des Menschen verstößt und ihn zum puren Objekt degradiert. Damit steht die unbedingte *Profitmaximierung* weiterhin unter Legitimationsvorbehalt, nicht jedoch die legitime *Profitgenerierung* (vgl. Ulrich 2016: 450). Bei der moralischen Bewertung des Verhaltens im Kontext des irregulären Grenzübertritts erscheint es daher durchaus angemessen, nicht allein auf die Bereicherungsabsicht als solche abzustellen, sondern diese differenzierter zu betrachten und deren Legitimität anhand eines noch auszuarbeitenden, sich auf die Würde des Menschen stützenden Kriteriums zu beurteilen.

6. Zusammenfassung und Fazit

In der Einleitung zu diesem Beitrag wurde die Problematik des Kriteriums der Bereicherungsabsicht zur Differenzierung zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt aufgeworfen. Zur Untersuchung dieser Thematik wurden zunächst die relevanten Normen des Völkerrechts und des Schweizer Rechts vorgestellt und miteinander verglichen. Es wurde gezeigt, dass das Kriterium der Bereicherungsabsicht im Völkerrecht vorrangig und im Schweizer Recht zumindest als nachrangiges Strafzumessungskriterium zur Unterscheidung zwischen Schlepperei und humanitärer Fluchthilfe verwendet wird. In einem anschließenden Diskussionsteil wurde das Differenzierungskriterium der Bereicherungsabsicht als solches problematisiert.

Dabei wurde dargelegt, dass die Bereicherungsabsicht als Differenzierungskriterium nicht isoliert verwendet werden kann, da sich viele Handlungen nicht richtig einordnen lassen beziehungsweise die gewerbsmässige Schlepperei und die humanitäre Fluchthilfe nicht strikt voneinander abgegrenzt werden können. Nicht weiter geklärte Bereicherungsabsicht allein erlaubt es nicht, alle relevanten Handlungen einzuordnen. Es müssen verschiedene normative Zusatzannahmen gemacht werden.

Die historisch inkohärente Verwendung der Bereicherungsabsicht als Differenzierungskriterium zwischen moralisch verwerflichem und akzeptiertem Handeln weist auf die Zusatzannahme der moralischen Legitimität der gegenwärtigen

Rechtsordnung hin. Der Verweis auf die Rechtsstaatlichkeit der Regeln zur Differenzierung zwischen ›richtigem‹ und ›falschem‹ Verhalten, unter Verweis auf die (normativ ungeklärte) Bereicherungsabsicht, birgt jedoch einen Zirkelschluss und kann einer normativen Bewertung der Regeln selbst *nicht* dienen.

Wenn die nicht weiter durchdachte Bereicherungsabsicht als alleiniges Differenzierungskriterium zwischen moralischem und unmoralischem Verhalten angewendet wird, ist diese Verwendung unzeitgemäß. Im gegenwärtigen moralischen und rechtlichen Kontext ist die Bereicherungsabsicht, oder der Profit, alleine nicht unmoralisch. Um zwischen problematischem Profit und unproblematischem Profit zu unterscheiden, muss ein Zusatzkriterium hinzugezogen werden.

Die Menschenwürde kann aufgrund ihrer grundlegenden Bedeutung für die Rechtsordnung als Ausgangspunkt zur Erarbeitung eines solchen Kriteriums dienen. Aus dieser Perspektive gilt eine Bereicherung so lange als unproblematisch, als dass sie die Würde des Menschen, seine Rechtssubjektivität, anerkennt. In dem Moment, in dem die Bereicherungsabsicht jedoch absolut gilt und den Menschen zu einem puren Objekt degradiert, sollte sie als ethisch illegitim und damit auch als unrechtmässig gelten.

Für eine systematische Grundlagenklärung der Unterscheidung zwischen strafbarem und straffreiem Verhalten im Kontext der Hilfe zum irregulären Grenzübertritt muss deshalb immer ein Rückbezug auf die Menschenwürde als ultimater Prüfmaßstab stattfinden. Auch die geltenden Rechtsbestimmungen sollten an diesem auf der Menschenwürde basierenden Prüfkriterium gemessen werden.

Die vorhergehenden Überlegungen, auf den Ausgangsfall der wegen Förderung der rechtswidrigen Einreise verurteilten Tessinerin angewandt, deuten basierend auf dem vorliegenden Kenntnisstand darauf hin, dass ihr Verhalten zumindest im Hinblick auf das Verhältnis zu den geschleppten Personen als normativ unproblematisch aufzufassen ist. Anlässlich der hohen Bedeutung, die der als legitim vorausgesetzten Souveränität und dem damit zusammenhängenden Schutz der Grenzen in der aktuellen politischen Debatte zugemessen wird, ist die Ausgestaltung der derzeitigen Rechtsordnung und die darauf basierende Erteilung des Strafbefehls dennoch wenig überraschend. Wenn die Würde des Menschen jedoch als grundlegendes Prinzip der liberalen Rechtsordnung ernstgenommen wird, ist es selbstverständlich, dass nicht die Souveränität und der Schutz der Grenzen eines Staates im Vordergrund stehen sollten, sondern der Mensch als Zweck in sich selbst.

Literatur

- Achilli, Luigi (2015), The Smuggler: Hero or Felon?, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Brief*, Nr. 10.
- Albrecht, Peter (2012), Die strafbare Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts ausländischer Personen in der Schweiz gemäss Art. 116 AuG, *Aktuelle Juristische Praxis*, 21, 791–799.
- Albrecht, Peter (2014), Strafnormen gegen unerwünschte Migration, in: Achermann, Alberto et al. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014. Annuaire du droit de la migration 2013/2014*, Bern, 1–11.
- Allsopp, Jennifer/Manieri, Maria (2016), The EU Anti-Smuggling Framework. Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants, in: Carrera, Sergio /Guild, Elspeth (Hrsg.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, Brüssel, 81–92.
- Aristoteles, *Politik*, 4. Aufl., Hamburg, 1981.
- Aronowitz, Alexis (2001), Smuggling and Trafficking in Human Beings. The Phenomenon, the Markets that Drive it and the Organizations that Promote it, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9 (2), 163–195.
- Basaran, Tugba (2014), The Curious State of the Good Samaritan. Humanitarianism under Conditions of Security, in: Kinnvall, Catarina/Svensson, Ted (Hrsg.), *Governing Borders and Security: The Politics of Connectivity and Dispersal*, London, 49–63.
- Booms, Martin (2013), *Philosophie und Wirtschaft. Die nicht-ökonomischen Grundlagen von Ökonomie*, Begleitbuch zur Vorlesungsreihe »Philosophie und Wirtschaft« im Wintersemester 2013/14, Bonn.
- Brehm, Roland (2013), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR*, Bern.
- Brolan, Claire (2002), An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective, *International Journal of Refugee Law*, 14 (4), 561–596.
- Bundesamt für Statistik (2017), *Polizeiliche Kriminalstatistik – Ausländergesetz (AuG): Straftaten und beschuldigte Personen*, Stand der Datenbank 15.2.2018, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/polizei/strafstatuen.assetdetail.4842655.html>, 15.9.2018.
- Bundesrat (2002), Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, *Bundesblatt* 2002, 3709–3850.

- Calandrino, Tiziana/Bellezza, Sara (2017), General Overview: Historical and Legal Framework from the Perspective of the UN and EU Since 1990, in: Bellezza, Sara/Calandrino, Tiziana (Hrsg.), *Criminalization of Flight and Escape Aid*, Hamburg, 28–49.
- Carrera, Sergio/Guild, Elspeth (Hrsg.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brüssel.
- Corboz, Bernard (2010), *Les infractions en droit Suisse – Vol. I*, Bern.
- Fahrmeir, Andreas (2016), Staatliche Abgrenzungen durch Passwesen und Visumzwang, in: Oltmer, Jochen (Hrsg.), *Handbuch Staat und Migration in Deutschland seit dem 17. Jahrhundert*, Berlin/Boston, 221–243.
- Fittko, Lisa (1985), *Mein Weg über die Pyrenäen – Erinnerungen 1940/41*, München/Wien.
- Friedman, Milton (1970), *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, New York Times Magazine, 13.9.1970, <http://www.umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf>, 21.4.2018.
- Fröhlich, Hannelore (2007), *Judenretter – Abenteurer – Lebemann: Mein Vater Josef Schleich. Spurensuche einer Tochter*, Berlin.
- Gallagher, Anne (2008), Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground. A Response to James Hathaway, *Virginia Journal of International Law*, 49 (4), 789–848.
- Gallagher, Anne (2015), Exploitation in Migration. Unacceptable but Inevitable, *Journal of International Affairs*, 68 (2), 56–74.
- Häfelin, Ulrich et al. (2016), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich.
- Hailbronner, Kay (2014), *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart.
- Häring, Daniel (2017), Fünf Mythen über die Suizidhilfeorganisationen, *Jusletter*, 8. Mai 2017.
- Hathaway, James (2005), *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge.
- Hathaway, James (2008), The Human Rights Quagmire of Human Trafficking, *Virginia Journal of International Law*, 49 (1), 1–26.
- Heckmann, Friedrich (2007), Towards a Better Understanding of Human Smuggling. *IMISCOE Policy Brief*, Nr. 5.
- Hirschberg, Annette (2016), *SP-Politikerin schmuggelt Migranten über Grenze*, <http://www.20min.ch/schweiz/tessin/story/SP-Politikerin-schmuggelt-Migranten-ueber-Grenze-12571443>, 21.4.2018.
- Hoffmann, Thomas (2009), *Wirtschaftsphilosophie. Ansätze und Perspektiven von der Antike bis heute*, Wiesbaden.

- Homann, Karl/Blome-Drees, Franz (1992), *Wirtschafts- und Unternehmensethik*, Göttingen.
- IOM (2004), *Glossary on Migration*, http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf, 21.4.2018.
- Jakob, Christian (2016), *Fluchthelfer und Schlepper – Hier Held, dort Verbrecher*, TAZ vom 9.9.2016, <http://www.taz.de/!5029223/>, 21.4.2018.
- Kant, Immanuel (1785/1965), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg 1965.
- Keller, Stefan (2014), *Grüningers Fall – Geschichten von Flucht und Hilfe*, 5. Aufl., Zürich.
- Keller, Stefan (2016), Politisch, Rechtlich, Wirtschaftlich, Publizistisch. Die vielfältige Rehabilitation Paul Grüningers, in: Anderl, Gabriele/Usaty, Simon (Hrsg.), *Schleppen, Schleusen, Helfen*, Wien, 204–208.
- Killias, Martin et al. (2009), *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Bern.
- Kirchner, Andree/Di Pepe, Lorenzo (1998), International Attempts to Conclude a Convention to Combat Illegal Migration, *International Journal of Refugee Law*, 10 (4), 662–674.
- Koulouris, Alexandros (2014), *Fluchthelfer wie Grüninger gab es viele*. Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), 23.1.2014, <https://www.srf.ch/news/schweiz/historiker-fluchthelfer-wie-grueninger-gab-es-viele>, 21.4.2018.
- KSMM (2014), *Bericht der Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschen-smuggel (KSMM). Gewerbsmässiger Menschenschmuggel und die Schweiz*, <https://www.ksmm.admin.ch/dam/data/ksmm/dokumentation/bericht-e/ber-ksmm-2014-d.pdf>, 21.4.2018.
- Landry, Rachel (2016), The ›Humanitarian Smuggling‹ of Refugees. Criminal Offence or Moral Obligation?, *Refugee Studies Centre Working Paper Series*, Nr. 119.
- McClean, David (2007), *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford.
- Messinger, Irene (2015), Fluchthilfe als notwendige Dienstleistung. Ein Kongressbericht der 2. Internationalen Schlepper- und Schleusertagung, *asyl-aktuell* 4/2015, 18–21.
- Messinger, Irene (2016), »Scheinehe« und »Schlepperei«. eine Auseinandersetzung mit zwei kriminalisierenden Diskursen, in: Anderl, Gabriele/Usaty, Simon (Hrsg.), *Schleppen, Schleusen, Helfen*, Wien, 377–389.
- Nagler Axel (2014), Lob der Schleuser, *Hinterland* 27, 27–34.

- Nguyen, Minh Son (2003), *Droit public des étrangers. Présence, activité économique et statut politique*, Bern.
- Obokata, Tom (2005), Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective. Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law, *International Journal of Refugee Law*, 17 (2), 394–415.
- Oltmer, Jochen (2016), Einleitung: Staat im Prozess der Aushandlung von Migration, in: Oltmer, Jochen (Hrsg.), *Handbuch Staat und Migration in Deutschland seit dem 17. Jahrhundert*, Berlin/Boston, 1–42.
- Pacurar, Andi (2003), Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants. A Study on International Legal Norms, Standards and Practices, *European Journal of Migration and Law*, 5, 259–283.
- Piotrowicz, Ryszard (2014), Smuggling and Trafficking of Human Beings, in: Chetail, Vincent/Bouloz, Céline (Hrsg.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 132–147.
- Rey, Heinz (2008), *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich.
- Roschacher, Valentin (1991), *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG)*, Zürich.
- Sanchez, Gabriella (2017), Critical Perspectives on Clandestine Migration Facilitation: An Overview of Migrant Smuggling Research, *Journal on Migration and Human Security*, 5 (1), 9–27.
- Sauthier, Gaëlle (2017), Art. 116 LEtr, in: Nguyen, Minh Son/Cesla, Amarelle (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations, Vol. II: Loi sur les étrangers (LEtr)*, Bern, 1310–1320.
- Scherrer, Rafael/Seger, Mario (2009), Fälle von Flucht und Fluchthilfe vor dem Basler Strafgericht in den Jahren 1938/39, *Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde*, 109, 177–206.
- Schloenhardt, Andreas (2015a), *Criminalizing the Smuggling of Migrants in International, European, and Austrian Law*, Frankfurt am Main.
- Schloenhardt, Andreas (2015b), Samariter, Schlepper, Straftäter: Fluchthilfe und Migrantenschmuggel im 21. Jahrhundert, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 25, 38–43.
- Soukoup, Michael (2016), *Man darf Lisa Bosia Mirra nicht als Menschenschlepperin abstempeln*, <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/man-darf-lis-a-bosia-mirra-nicht-als-menschenschlepperin-abstempeln/story/20494623>, 21.4.2018.

- Spalinger, Andrea (2017), *Bootsflüchtlinge im Mittelmeer: Lebensretter sollen plötzlich Schlepper sein*, <https://www.nzz.ch/international/den-ngo-wird-vorgeworfen-mit-schleppern-unter-einer-decke-zu-stecken-schweres-geschuetz-gegen-lebensretter-ld.1290567>, 21.4.2018.
- Spiegel Online (2017), *Flüchtlinge im Mittelmeer – De Maizière kritisiert Seenotretter*, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/fluechtlinge-im-mittelmeer-thomas-de-maiziere-kritisiert-schlepper-und-seenotretter-a-1158415.html>, 10.9.2018.
- Stratenwerth, Günter/Jenny, Guido/Bommer, Felix (2013), *Schweizerisches Strafrecht - Besonderer Teil I. Straftaten gegen Individualinteressen*, 7. Aufl., Bern.
- Staatsanwaltschaft Tessin (2017), *Legge stranieri: un Decreto d'accusa per la deputata Lisa Bosia Mirra*, https://www4.ti.ch/poteri/giudiziario/giustizia-penale/ministero-pubblico/comunicati-ministero/dettaglio-comunicato/?user_polizia_pi1%5BnewsId%5D=154354, 19.11.2018.
- UEK (2002), *Schlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz (UEK). Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg*, <https://www.uek.ch/de/schlussbericht/synthese/uekd.pdf>, 21.4.2018.
- Ulrich, Peter (2016), *Integrative Wirtschaftsethik. Grundlagen einer lebensdienlichen Ökonomie*, 5. Aufl., Bern.
- UNODC (2004), *Legislative Guidelines for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, Wien.
- UNODC (2010), *Model Law Against Smuggling of Migrants*, Wien.
- UNODC (2011), *Smuggling of Migrants: A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications*, Wien.
- UNODC (2012), *Assessment Guide of the Criminal Justice Response to Smuggling of Migrants*, Wien.
- Vetterli, Luzia/D'Addario di Paolo, Gabriella (2010) Art. 116 AuG, in: Caroni, Martina/Gächter, Thomas/Thurnherr, Daniela (Hrsg.), *Stämpfli's Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer*, Bern, 1182–1197.
- Villiger, Clemens (2016), Die Musealisierung von Fluchthilfe am Beispiel der Sonderausstellung »Risiko Freiheit. Fluchthilfe für DDR-Bürger 1961–1989«, in: Anderl Gabriele/Usaty, Simon (Hrsg.), *Schleppen, Schleusen, Helfen*, Wien, 404–422.
- Watson, Scott (2015), The Criminalization of Human and Humanitarian Smuggling, *Migration, Mobility, & Displacement*, 1 (1), 39–53.

- Webb, Sarah/Burrows, John (2009), Organised Immigration Crime: A Post-Conviction Study, *London Home Office Research Report*, Nr. 15.
- Ziegler, Bernd (1998), *Geschichte des ökonomischen Denkens – Paradigmenwechsel in der Volkswirtschaftslehre*, München.
- Zünd, Andreas (2015), Art. 116 AuG, in: Spescha, Marc et al. (Hrsg.), *Kommentar Migrationsrecht*, 4. Aufl., Zürich.

Autorin:

Milena Holzgang, M.A., Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis,
Universität St. Gallen