

Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts

Einleitung

Der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz ist strafbar. Dies besagt Art. 115 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, s. Kasten unten). Oft werden abgewiesene Asylsuchende, die sich weiterhin in der Schweiz aufhalten, wiederholt wegen illegalen Aufenthalts zu Freiheits- oder Geldstrafen verurteilt. Diese wiederholte Verurteilung wegen desselben Delikts ist nur möglich, da illegaler Aufenthalt als sogenanntes Dauerdelikt angesehen wird. Nicht nur bedeutet eine solche Auslegung des Tatbestands viele Umtriebe und verursacht hohe Kosten durch die Belegung von Gefängnisplätzen für ein Delikt, dessen strafrechtliche Verfolgung umstritten ist. Vielmehr besteht auch die Gefahr von Willkür, von weiterer Einschränkung eines sowieso schon komplizierten Lebens und von noch mehr Angst und Stress für Betroffene.

Art. 115 AIG Abs. 1

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird bestraft, wer:

- a. Einreisevorschriften nach Artikel 5 verletzt;
- b. sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält;
- c. eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausübt;
- d. nicht über eine vorgeschriebene Grenzübergangsstelle ein- oder ausreist (Art. 7).

Diese FachInfo hat zum Ziel, über den Tatbestand des illegalen Aufenthalts zu informieren, die Öffentlichkeit zu sensibilisieren und allfällige Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

Rechtliche Grundlagen

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen den Zwangsmassnahmen, wie sie in den Artikeln 73ff. AIG geregelt sind, und der Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts, die aufgrund Art. 115 AIG erfolgt.

Wer ist betroffen?

Jede Person, die sich in der Schweiz ohne Anwesenheitsrecht aufhält, kann wegen illegalen Aufenthalts verurteilt werden. Besonders oft, vor allem auch von wiederholter Verurteilung, sind abgewiesene Asylsuchende in Nothilfe betroffen, die keine Aussichten auf eine Regularisierung ihres Status haben und bei denen eine zwangsweise Rückführung nicht möglich ist.

Gemäss Art. 115 Abs 1 lit. b AIG wird bestraft, wer sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Personen ohne Anwesenheitsrecht können in der Schweiz also jederzeit wegen rechtswidrigen Aufenthalts bestraft werden. Personen, die sich noch im Asylverfahren befinden, halten sich rechtmässig in der Schweiz auf. Das gleiche gilt für Personen mit einem rechtskräftigen negativen Asylentscheid, deren Ausreisefrist noch nicht abgelaufen ist. Hält sich aber eine Person nach Ablauf der Ausreisefrist nach wie vor in der Schweiz auf, macht sie sich laut Gesetz des illegalen Aufenthalts schuldig. Im Kanton Bern betrafen 2019 mehr als ein Drittel (37.4%) der Verstösse gegen das AIG den Artikel 115. Auf Bundesebene fällt diese Zahl mit 67.7% (25'076 Widerhandlungen) noch um einiges höher aus.

Strafrechtliche Verurteilung

vs. ausländerrechtliche Administrativhaft

In der Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer führt der Bundesrat folgendes aus: «Mit der strafrechtlichen Verurteilung werden andere Ziele verfolgt als mit der administrativen Vor-

Illegaler Aufenthalt

bereitungs- oder Ausschaffungshaft. Das Strafrecht dient dem Schutz der Gesellschaft vor Straftätern, während die ausländerrechtliche Administrativhaft lediglich der Sicherstellung dient.»

Strafrechtliche Sanktionen für statusbedingte Gesetzesverletzungen sind fragwürdig. Und es bleibt offen, inwiefern Personen, die gegen Art. 115 AIG verstossen, als Straftäter angesehen werden sollen, vor denen die Gesellschaft geschützt werden müsste.

In der Rechtssache C-61/11 PPU El-Dridi gegen Italien, Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 28. April 2011, hält der EuGH bezüglich Administrativhaft fest, dass der Freiheitsentzug die am einschneidendste freiheitsbeschränkende Zwangsmassnahme darstellt und nur anzuordnen sei, wenn das Verhalten des bzw. der Betroffenen die Vollstreckung der Wegweisung zu gefährden droht. Die Inhaftnahme einer betroffenen Person kann im Einklang mit [Art. 5 EMRK](#) nur erfolgen, wenn ein Haftgrund vorliegt und wenn der Grundrechtseingriff geeignet und erforderlich ist, um den Zweck, d.h. den Wegweisungsvollzug, sicherzustellen. Die wichtigsten Haftgründe für die Anordnung der Ausschaffungshaft sind die grobe Verletzung der Mitwirkungspflichten und das Vorliegen einer Untertauchensgefahr. Eine Untertauchensgefahr liegt gemäss Bundesgericht dann vor, wenn angesichts des Verhaltens der betroffenen Person «konkrete Anzeichen» dafür existieren, dass sich die betroffene Person der Ausschaffung entziehen wird. Fehlende Papiere, der illegale Aufenthalt als solcher, mangelhafte Mitwirkung bei der Beschaffung der Papiere und die mehrmalige Weigerung, freiwillig auszureisen genügen indes laut der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht zur Anordnung einer Ausschaffungshaft (siehe EGMR, [Jusic gegen Schweiz vom 2. Dezember 2010](#), im SKMR-Newsletter Nr. 1 kommentiert und ZÜND, 2007, S. 98).

Ausnahmen – wann kann eine Person nicht bestraft werden?

Damit eine Verurteilung stattfinden kann, muss der betroffenen Person die legale Ausreise bzw. Rückkehr in ihren Herkunftsstaat möglich und zumutbar sein. Vor einem negativen Asylentscheid mit Ausreiseverfügung ist vom Staatssekretariat für Migration (SEM) zu klären, ob die Rückkehr in den Herkunftsstaat möglich und zumutbar ist. Ist das nicht der Fall, verfügt das SEM eine vorläufige Aufnahme (Ausweis F). Oft besteht aber über die Zumutbarkeit der freiwilligen Rückkehr

Uneinigkeit zwischen dem SEM und den Betroffenen. Für viele Betroffene ist eine Rückkehr in ihr Herkunftsland keine Option – auch wenn das SEM die Lage anders einschätzt. Nun gibt es Staaten, die ihre Landsleute nur zurücknehmen, wenn diese freiwillig zur Rückkehr bereit sind, wie etwa Eritrea. In diesem Fall gilt auch in der Schweiz seit 2010 die EU-Rückführungsrichtlinie, die besagt, dass verwaltungsrechtliche Rückführungsverfahren Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen haben. Konkret heisst das, dass der Staat erst versuchen muss, eine Person zwangsweise rückzuführen, bevor er eine Verurteilung gemäss AIG Art.115 aussprechen kann. Erst dort, wo die Rückführung am Verhalten der betroffenen Person scheitert, schliesst auch die EU-Rückführungsrichtlinie eine Verurteilung nicht aus. Im Falle von Personen, die aus Staaten stammen, die ihre Bürgerinnen und Bürger nur zurücknehmen, wenn diese freiwillig zurückkehren, hält das Bundesgericht aber fest, dass es ausreichend ist, wenn die schweizerischen Behörden versucht haben, Papiere zu beschaffen. Zwangsmassnahmen müssen in diesem Fall nicht angewandt werden. Dieser Umstand ist bei Überlegungen zu berücksichtigen, ob gegen eine Verurteilung Einsprache zu erheben sei oder nicht.

Weiter kann eine Person nicht wegen illegalen Aufenthaltes verurteilt werden, wenn der Herkunftsstaat sich weigert, eine bestimmte Person als Staatsbürger/in anzuerkennen, entsprechende Identitäts- und Reisepapiere verweigert und dies nicht auf die fehlende Mitwirkung dieser Person zurückzuführen ist. Umgekehrt kann eine Person aber auch beschuldigt werden, durch ihr eigenes Verhalten, also fehlende Mitwirkungspflicht, die legale Ausreise zu verunmöglichen. Zum Beispiel, wenn eine Person untertaucht oder den Behörden die aus ihrer Sicht mögliche und zumutbare Mithilfe bei der Papierbeschaffung verweigert.

Illegaler Aufenthalt – ein Dauerdelikt?

Hat eine Person die Strafe, zu der sie wegen illegalen Aufenthaltes verurteilt wurde, verbüsst, wird sie wieder freigelassen. Die wenigsten Menschen verlassen jedoch nach ihrer Freilassung die Schweiz, womit sie sich erneut des illegalen Aufenthaltes schuldig machen. Der Grundsatz *ne bis idem*, nach dem niemand wegen desselben Vergehens zweimal bestraft werden sollte, gilt hier nicht. Wie das Bundesgericht 2008 festgehalten hat, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustandes nach dem Urteil als selbständige Tat zu werten. Dass bei einer Person ohne Aufenthaltsrecht der illegale Aufenthalt ein Dauerzustand ist, den zu ändern sehr

Illegaler Aufenthalt

schwierig ist, wird dabei ausser Acht gelassen. Die Argumentation, dass der Aufenthalt in der Schweiz auf einem einzigen, ein für alle Mal gefassten Willensentschluss beruhe, wird nicht anerkannt.

Dauerdelikte

Dauerdelikte kennzeichnen sich dadurch, dass das Delikt mit der Verwirklichung des Tatbestandes nicht abgeschlossen ist. Vielmehr wird der rechtswidrige Zustand durch den fortdauernden Willen des Täters aufrechterhalten und erneuert sich fortlaufend.

Das Strafmass

Das vorgesehene Strafmass beträgt maximal ein Jahr beziehungsweise eine Geldstrafe mit einer gleichen Anzahl an Tagessätzen. Dabei darf das Strafmass auch ein Jahr nicht übersteigen, wenn die Person mehrere Male wegen illegalen Aufenthalts verhaftet worden ist. Bei der Festsetzung der Höhe der Tagessätze wird das Einkommen der Beschuldigten berücksichtigt, wobei ein Mindestsatz von CHF 10.- pro Tag als angemessen befunden wird. Ein tiefer angesetzter Tagessatz hätte bloss noch symbolischen Charakter, befand das Bundesgericht. Es werden aber durchaus auch höhere Tagessätze ausgesprochen. In vielen Fällen liegt der Tagessatz bei CHF 30.-, obwohl eine Person, die Nothilfe bezieht, oftmals weder den tieferen noch den höheren Tagessatz zu bezahlen vermag. Die Anzahl der Tagessätze ist abhängig von der Dauer des illegalen Aufenthalts und kann von 20 bis 180 und mehr Tagessätzen reichen.

Bedingte und unbedingte Strafen

Aus den der KKF vorliegenden Verurteilungen ist ersichtlich, dass bei einer erstmaligen Verurteilung oft eine bedingte Geldstrafe an einer bestimmten Höhe von Tagessätzen ausgesprochen wird. Eine bedingte Strafe wird für eine bestimmte Zeit (Probezeit) nicht vollstreckt. Wird der Betroffene in dieser Zeit nicht rückfällig, so wird die Strafe erlassen. Dies ist aber im Falle einer Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts selten der Fall und es kommt oft zu einer erneuten Verurteilung, bei der die Strafe dann unbedingt ausfällt, d.h. sie wird vollzogen. In diesem Fall wird die Geldstrafe oft in eine Freiheitsstrafe umgewandelt, da die Betroffenen selten in der Lage sind, die Strafe zu bezahlen. Die mit dem Verfahren verbundenen Gebühren und

Auslagen können nicht durch Haft erstanden werden, es ist aber möglich, sie zu erlassen.

Kumulation der Strafen

Im AIG ist sowohl die Administrativhaft wie auch eine strafrechtliche Verurteilung wegen Verstoss gegen das AIG vorgesehen. Unter die Administrativhaft fallen die Zwangsmassnahmen gemäss Art. 73ff AIG, namentlich die Ausschaffungs-, Vorbereitungs- und Durchsetzungshaft. Administrativmassnahmen dürfen laut EU-Rückführungsrichtlinie höchstens 18 Monate betragen. Eine Person, die sich ohne Anwesenheitsrecht in der Schweiz aufhält, kann aber sowohl wegen illegalen Aufenthaltes, illegaler Einreise und/oder Missachtung einer Ein- und Ausgrenzung zu einer Haftstrafe verurteilt werden, wie auch aufgrund von Art. 73ff. So können zu den (höchstens) 18 Monaten Administrativhaft weitere 12 Monate wegen illegalen Aufenthalts dazu kommen.

Konkrete Handlungsmöglichkeiten

Wann macht eine Einsprache Sinn?

Gegen die Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts kann Einsprache erhoben werden. Es gilt allerdings in jedem konkreten Fall abzuwägen, ob eine Einsprache Sinn macht. Wie weiter oben erläutert, können gemäss EU-Richtlinie zur einheitlichen Regelung der Rückführungsbestimmungen die Massnahmen seitens des Migrationsdienst verschärft werden. Es kann zur Anwendung von Zwangsmassnahmen kommen, da diese angewandt worden sein müssen, bevor es zu einer Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts kommt. Bevor also bei einer Anzeige wegen illegalen Aufenthalts eine Einsprache gemacht wird, ist es sinnvoll, sich beim Migrationsdienst zu erkundigen, ob bei der betreffenden Person bereits Zwangsmassnahmen nach Art.73ff angewendet worden sind, also ob die Person bereits einmal in Ausschaffungs-, Durchsetzungs- oder Vorbereitungshaft gesetzt worden ist. Wird allerdings mit einer mehrfachen Verurteilung das Höchststrafmass von zwölf Monaten überschritten, kann eine Einsprache in Betracht gezogen werden.

Gesuch um gemeinnützige Arbeit

Ist jemand zu einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten bzw. einer Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen verurteilt worden, kann das Gericht laut

Illegaler Aufenthalt

Art. 37 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 37 StGB) mit Zustimmung des Täters gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen. Im März 2008 fällte das Bundesgericht jedoch den wegweisenden Entscheid, dass gemeinnützige Arbeit als Sanktion für ausländerrechtliche Delikte nicht sinnvoll sei. Das Gesetz kennt zwar keinen Ausschlussgrund für bestimmte Täterkategorien, allerdings hielt das Bundesgericht fest, dass sich die Anordnung gemeinnütziger Arbeit nur dann rechtfertige, solange wenigstens die Aussicht bestehe, dass die betroffene Person auch nach einem allfälligen Strafvollzug in der Schweiz bleiben darf. Es führte weiter aus, dass der Sinn der Arbeitsstrafe die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten ist. Bei Personen, die nach dem Strafvollzug nicht in der Schweiz bleiben dürfen, bestehe keine Notwendigkeit, das soziale Netz zu erhalten.

Im Kanton Bern ist ein Gesuch um gemeinnützige Arbeit im Falle einer Verurteilung wegen illegalen Aufenthaltes nicht sinnvoll. Es wird mit Berufung auf das oben erwähnte Bundesgerichtsurteil abgelehnt.

Gesuch um Gebührenerlass, unentgeltliche Rechtspflege und Anspruch auf Verteidigung

Eine Person hat *Anspruch auf eine Verteidigung*, wenn es sich bei der Beschuldigung nicht um einen Bagatellfall handelt und wenn der Straffall Schwierigkeiten aufwirft, denen die beschuldigte Person nicht gewachsen ist. Ein Bagatellfall liegt nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist (Art. 132 Abs. 3 StPO). Da illegaler Aufenthalt mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr bestraft werden kann, ist ein Gesuch um Anspruch auf Verteidigung je nach Einzelfall sinnvoll.

Unentgeltliche Rechtspflege wird dann gewährt, wenn der Kläger nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und das Begehren nicht aussichtslos erscheint.

Ein *Gebührenerlass* kann beantragt werden, wenn die Bezahlung der Gebühren für die betroffene Person eine übermässige Härte darstellt oder wenn die Geldforderung nicht eintreibbar ist (Art. 425 StPO). Bei Nothilfeabhängigen ist es in jedem Fall angezeigt, ein Gesuch um Gebührenerlass zu stellen. Die Berner Beratungsstelle für Sans Papiers unterstützt Betroffene dabei und schreibt Gesuche um Gebührenerlass.

Illegaler Aufenthalt**Links und Literaturhinweise**

Albrecht, Peter. *Illegaler Aufenthalt: Das Leben als «Dauerdelikt»?», in: Asyl. Bern. Bd. 29(2014), H. 4, S. 3-7*

[Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2002](#)

[Bundesamt für Statistik BFS, Polizeiliche Kriminalstatistik \(PKS\), Jahresbericht 2019](#)

[Gerichtshofs der Europäischen Union i.S. El Dridi vom 28. April 2011](#)

Kantonspolizei Bern, [Kriminalstatistik Kanton Bern 2019](#)

[Schweizerische Strafprozessordnung \(StPO\)](#)

Urteile (Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht)

- [Urteil 6B_617/2012](#)
- [Urteil 6B_114/2008](#)
- [Urteil BGE 135 IV 180](#)
- [Urteil BGE 134 IV 97](#)
- [Urteil BGE 143 IV 249](#)

[Verband Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte. Richtlinien für die Strafzumessung](#)

Zünd, Andreas. *Von den alten zu den neuen Zwangsmassnahmen, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007*

Unterstützungsnetz für abgewiesene Asylsuchende

Die Interkonnektionelle Konferenz der Landeskirchen des Kantons Bern und der Interessengemeinschaft der jüdischen Gemeinden haben 2008 ein Unterstützungsnetz für abgewiesene Asylsuchende (UN-AAS) ins Leben gerufen. Das Unterstützungsnetz soll Organisationen und Mitarbeitenden, die sich im prekarierten Migrationsbereich (Nothilfe, Sans-Papiers) engagieren, Vernetzung und den Wissenstransfer ermöglichen. Überdies verfolgt das Unterstützungsnetz die Entwicklungen des Sozialhilfeausschlusses und der staatlichen Nothilfepraxis im Kanton Bern und unterstützt Kirchgemeinden, Pfarreien und Freiwillige bei der Begleitung von abgewiesenen Asylsuchenden. Die Kirchliche Kontaktstelle für Flüchtlingsfragen koordiniert die Aktivitäten des UN-AAS und organisiert den jährlich wiederkehrenden Freiwilligenanlass «Gemeinsam sind wir stark».

Weitere Informationen: www.kkf-oca.ch > Dienstleistungen > Für Fachpersonen des Asylbereichs > Unterstützungsnetz für abgewiesene Asylsuchende

Kontakt: Sabine Lenggenhager,
sabine.lenggenhager@kkf-oca.ch, 031 385 18 02

**Kirchliche Kontaktstelle
für Flüchtlingsfragen KKF**

Effingerstrasse 55
3008 Bern

Tel. 031 385 18 02
Fax 031 385 18 17

info@kkf-oca.ch
www.kkf-oca.ch