Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts

Der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz ist strafbar. Dies besagt Art. 115 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG). Daher werden abgewiesene Asylsuchende, die sich weiterhin in der Schweiz aufhalten, oft wiederholt wegen illegalen Aufenthalts zu Freiheits- oder Geldstrafen verurteilt. Diese FachInfo erklärt die rechtlichen Grundlagen, informiert über das Strafmass und über allfällige Möglichkeiten zur Einsprache.

Inhalt

1. Rechtliche Grundlagen 2
   1.1 Ausnahmen von der Strafbarkeit 2
   1.2 Illegaler Aufenthalt – ein Dauerdelikt? 2
   1.3 Strafmass 2
   1.4 Bedingte und unbedingte Strafen 2
2. Handlungsmöglichkeiten 3
   2.1 Wann ist eine Einsprache sinnvoll? 3
   2.2 Möglichkeit gemeinnütziger Arbeit je nach Kanton 3
   2.3 Gesuch um Gebührenerlass, unentgeltliche Rechtspflege und Anspruch auf Verteidigung 4
3. Beratungsstellen und weitere Informationen 4

1. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 115 Abs 1 lit. b AIG wird bestraft, wer «sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält».
Personen im laufenden Asylverfahren halten sich während dieses Verfahrens rechtmässig in der Schweiz auf. Wird aber das Asylgesuch oder eine allfällige Beschwerde gegen den ersten negativen Entscheid abgelehnt, ist die Person verpflichtet, die Schweiz verlassen. Tut sie dies nicht in der festgesetzten Frist, begeht sie gemäss Art. 115 Abs. 1 b AIG eine Straftat – schlicht durch die weiterhin andauernde Anwesenheit in der Schweiz.

> 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.

Ein Blick in die Statistiken des Jahres 2024 zeigt, dass im Kanton Bern knapp die Hälfte der verzeichneten Verstösse (44.5%) gegen das AIG die rechtswidrige Ein- und Ausreise und den rechtswidrigen Aufenthalt betreffen. Auf Bundesebene fällt diese Zahl mit 70.6% (31'353 Widerhandlungen) noch um einiges höher aus.

1.1 Ausnahmen von der Strafbarkeit

Eine Person kann nicht wegen illegalen Aufenthaltes verurteilt werden, wenn der Herkunftsstaat sich weigert, sie als Staatsbürger:in anzuerkennen. Gleiches gilt, wenn der Herkunftsstaat die Ausstellung entsprechender Identitäts- und Reisepapiere verweigert und dies nicht auf die fehlende Mitwirkung dieser Person zurückzuführen ist. Umgekehrt kann einer Person aber auch vorgeworfen werden, durch ihr eigenes Verhalten, also die Missachtung der Mitwirkungspflicht, die legale Ausreise zu verunmöglichen. Als fehlende Mitwirkung gilt beispielsweise, wenn eine Person untertaucht oder die aus Sicht der Behörden möglichen und zumutbaren Schritte zur Papierbeschaffung verweigert.

1.2 Illegaler Aufenthalt – ein Dauerdelikt?

Hat eine Person die Strafe, zu der sie wegen illegalen Aufenthaltes verurteilt wurde, verbüsst, wird sie wieder freigelassen. Die wenigsten abgewiesenen Asylsuchenden verlassen jedoch nach ihrer Freilassung die Schweiz. Mit ihrer weiterdauernden Anwesenheit machen sie sich also erneut des illegalen Aufenthaltes schuldig. Der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach niemand wegen desselben Vergehens zweimal bestraft werden sollte, gilt hier nicht.

> Dauerdelikte zeichnen sich dadurch aus, 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.

Wie das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen festhält, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustandes «Anwesenheit» nach dem Urteil als selbsstständige Tat zu werten (BGE 135 IV 6). Die Argumentation, dass der Aufenthalt in der Schweiz auf einem einzigen, ein für alle Mal gefassten Willensentschluss beruhe und damit nicht mehrmals bestraft werden könne, wird nicht anerkannt.

1.3 Strafmass

Das Strafgesetzbuch sieht eine Freiheitsstrafe von maximal zwölf Monaten vor, respektive eine Geldstrafe in entsprechender Anzahl Tagessätzen. Die Anzahl der Tagessätze ist abhängig von der Dauer des illegalen Aufenthalts. Dabei darf das Strafmass ein Jahr auch dann 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 das Bundesgericht ein Mindestsatz von CHF 10.- pro Tag in einem Fall als angemessen bezeichnet hat (BGE 135 IV 180). Es werden aber durchaus auch höhere Tagessätze ausgesprochen.

1.4 Bedingte und unbedingte Strafen

Die Strafen können bedingt oder unbedingt ausfallen, wobei bei einer erstmaligen Verurteilung oft eine bedingte Geldstrafe in der Höhe einer bestimmten Zahl von Tagessätzen ausgesprochen wird. Eine bedingte Strafe wird für eine bestimmte Zeit (Probezeit) nicht vollstreckt. Werden Betroffene in dieser Zeit nicht rückfällig, wird auf die Strafe verzichtet. Bei Verurteilungen wegen illegalen Aufenthalts kommt diese Konstellation fast nie vor, denn die Betroffenen bleiben weiterhin anwesend und verstossen damit gegen die Ausreisepflicht. Durch den wiederholten Verstoss kommt es meist früher oder später zu einer unbedingten Verurteilung mit Geldstrafe. Diese wird 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 werden wegen Mittellosigkeit manchmal erlassen.

Ist die Papierbeschaffung für Eritreer:innen zumutbar?

Personen aus Eritrea, die keinen Pass besitzen, können sich an das eritreische Generalkonsulat in Genf wenden, das für die Ausstellung von Pässen zuständig ist. Dafür müssen sie jedoch eine sogenannte «Reueerklärung» unterzeichnen – aus Sicht der eritreischen Behörden ein Schuldeingeständnis, wonach sie ihre nationalen Pflichten nicht erfüllt hätten. Zudem ist die Zahlung der sogenannten Diasporasteuer erforderlich, die zwei Prozent des Einkommens beträgt. Besteuert werden dabei auch Sozial- und Nothilfeleistungen. Viele Betroffene können oder wollen diese Bedingungen nicht akzeptieren, unter anderem aus Sorge, dass in Eritrea verbliebene Angehörige dadurch gefährdet sein könnten.
In einem Urteil vom Oktober 2025 beurteilte das Bundesgericht die Zumutbarkeit der Papierbeschaffung für einen Eritreer, der ein Härtefallgesuch gestellt hatte (2C_64/2025). Er war vorläufig aufgenommen und erfüllte alle Integrationskriterien. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass in diesem Fall die Beschaffung eines eritreischen Passes nicht zumutbar ist, wenn dies die Unterzeichnung eines «Reueschreibens» erfordert. Dieses Schreiben würde ein Schuldeingeständnis darstellen und somit gegen das Prinzip der Nicht-Selbstbezichtigung verstossen. Das Urteil bezieht sich jedoch auf die Erteilung einer Härtefallbewilligung und es muss sich noch zeigen, ob die Situation bei abgewiesenen, ausreisepflichtigen Personen gleich beurteilt wird.

2. Handlungsmöglichkeiten

2.1 Wann ist eine Einsprache sinnvoll?

Gegen einen Strafbefehl wegen illegalen Aufenthalts kann ohne Begründung Einsprache erhoben werden. Die Einsprache muss innerhalb von zehn Tagen erfolgen. Die Staatsanwaltschaft entscheidet daraufhin, ob sie das Verfahren einstellt oder ob sie ein gerichtliches Verfahren einleitet, das mit einem Urteil abgeschlossen wird. Ohne Einsprache wird der Strafbefehl direkt zum rechtskräftigen Urteil. Gegen das Urteil kann die betroffene Person Beschwerde erheben.
Eine Einsprache verschafft daher Zeit um abzuklären, ob eine allfällige Beschwerde Chancen hat (beispielsweise, wenn mit einer mehrfachen Verurteilung das Höchststrafmass überschritten wird). Dazu ist es ratsam, sich von einer Beratungsstelle begleiten zu lassen.

2.2 Möglichkeit gemeinnütziger Arbeit je nach Kanton

Ist eine Person zu einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten bzw. einer Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen verurteilt worden, kann das Gericht laut Art. 37 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) mit Zustimmung des Täters oder der Täterin gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen, d.h. die Strafe kann «abgearbeitet» werden.
Lange galt die Praxis, dass Personen ohne Aufenthaltsrecht keine gemeinnützige Arbeit leisten durften (BGE 134 IV 97). 2019 hielt das Bundesgericht jedoch in einem Urteil zur Halbgefangenschaft fest, dass die fehlende Aufenthaltsbewilligung alleine nicht ausreiche, um Personen ohne Aufenthaltsrecht diese Vollzugsform zu verwehren (BGE 145 IV 10). Dieses Urteil ist auch auf die gemeinnützige Arbeit anwendbar. In der Folge wurde die Gewährung gemeinnütziger Arbeit von den Kantonen unterschiedlich gehandhabt.
Im Kanton Bern hat das Amt für Justizvollzug im Jahr 2025 in Einzelfällen das Gesuch um Umwandlung der Strafe in gemeinnützige Arbeit gutgeheissen. Seit Januar 2026 ist nun sowohl in der Verordnung über den Justizvollzug des Kantons Bern (JVV) wie auch in den Richtlinien der Strafvollzugskonkordate der Nordwest-, Inner- und Ostschweizer Kantone ein Aufenthaltsrecht keine Bedingung mehr, um gemeinnützige

Arbeit leisten zu können. Weitere Bedingungen, wie z.B. keine Fluchtgefahr oder das Unterlassen weiterer Straftaten, bleiben bestehen (Art. 28 Abs. 1 JVV). Betroffene können beim Amt für Justizvollzug ein entsprechendes Gesuch stellen. Dabei müssen die auf der Verfügung angegebenen Fristen beachtet werden.

Adresse für die Gesuchseinreichung: Amt für Justizvollzug, Bewährungs- und Vollzugsdienste BVD, Südbahnhofstrasse 14d, Postfach, 3001 Bern

2.3 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 gegebenenfalls sinnvoll.
Unentgeltliche Rechtspflege wird dann gewährt, wenn der Kläger oder die Klägerin nicht über die erforderlichen Mittel verfügen 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 Personen, die von der Nothilfe abhängig sind, ist es in jedem Fall angezeigt, ein Gesuch um Gebührenerlass zu stellen.

3. Beratungsstellen und weitere Informationen

Folgende Stellen bieten Unterstützung:

- Verein Berner Beratungsstelle für Sans Papiers, www.sanspapiersbern.ch, 031 382 00 15, beratung@sanspapiersbern.ch
- Solidaritätsnetz Bern, www.solidaritaetsnetzbern.ch, 031 991 39 29, info@solidaritaetsnetzbern.ch
- Fachzentrum Mensch und Gesellschaft der katholischen Kirche Region Bern, Asylberatung, www.kathbern.ch/fasa/asyl/beratung, 031 300 33 47, sozialberatung@kathbern.ch

Unterstützungsnetz für abgewiesene Asylsuchende UN-AAS

Die Interkonfessionelle Konferenz der Landeskirchen des Kantons Bern und die Interessengemeinschaft der Jüdischen Gemeinden (IKK) haben im Jahr 2008 ein Unterstützungsnetz für abgewiesene Asylsuchende (UN-AAS) ins Leben gerufen. Das Unterstützungsnetz soll Organisationen und Mitarbeitenden, die sich im prekarisierten Migrationsbereich (Nothilfe, Sans-Papiers) engagieren, die Vernetzung und den Wissensaustausch ermöglichen. Überdies verfolgt das Unterstützungsnetz die Entwicklungen des Sozialhilfeausschlusses und der Nothilfepraxis im Kanton Bern und unterstützt Kirchgemeinden, Pfarreien und Freiwillige bei der Begleitung abgewiesener Asylsuchender. Die Kirchliche Kontaktstelle für Flüchtlingsfragen (KKF) koordiniert die Aktivitäten des UN-AAS und organisiert Vernetzungsanlässe.

Weitere Informationen: www.kkf-oca.ch/un-aas
Kontakt: Sabine Lenggenhager, 031 285 18 02
sabine.lenggenhager@kkf-oca.ch

Weitere Informationen:

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

- Amt für Justizvollzug Kanton Bern, www.ajv.sid.be.ch/de/start.html > Themen > Bewährungs- und Vollzugsdienste > Sondervollzugsformen > Gemeinnützige Arbeit

- Bundesamt für Statistik BFS, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2024, www.bfs.admin.ch > Statistiken > Kriminalität und Strafrecht › Polizei

- Kantonspolizei Bern, Kriminalstatistik 2024, www.police.be.ch > Dienstleistungen > Statistik > Kriminalstatistik

- Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH, Länderinformationen Eritrea, www.fluechtlingshilfe.ch > sich informieren > Länderinformationen > Herkunftsländer > Eritrea

- Strafvollzugskonkordate der Nordwest-, Inner- und Ostschweizer Kantone, www.konkordate.ch > Konkordatliche Erlasse > 12.1 Erläuterung zur Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen.

Urteile Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht:

- BGE 134 IV 97, Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2008
- BGE 135 IV 6, Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2008
- BGE 135 IV 180, Urteil des Bundesgerichts vom 18. Juni 2009
- BGE 145 IV 10, Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2019
- BGE 145 IV 449, Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2019
- F-4605/2022, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Februar 2025
- 2C_64/2025, Urteil des Bundesgerichts vom 21. Oktober 2025

- Verband Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS), Richtlinien für die Strafzumessung, www.staw.justice.be.ch > Dienstleistungen > Weisungen, Richtlinien > VBRS-Richtlinien

Kirchliche Kontaktstelle für Flüchtlingsfragen KKF

Effingerstrasse 55
3008 Bern

Tel. 031 385 18 11

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