

Die Bestrafung des widerrechtlichen Aufenthaltes

Unter den Straftatbeständen des Schweizerischen Ausländergesetzes, ist der rechtswidrige Aufenthalt wohl der umstrittenste. Schon ob das illegale Verbleiben in einem Staat alleine – ohne zusätzlich Vergehen wie beispielsweise Schwarzarbeit – überhaupt dazu geeignet ist, strafrechtlich verfolgt zu werden oder ob es nicht lediglich als Ordnungswidrigkeit gelten sollte, wie dies im Verwaltungsrecht üblich ist, ist zu bezweifeln. Besonders wird dies deutlich, wenn man bedenkt, dass die Strafen wegen illegalen Aufenthalts besonders oft abgewiesene Asylsuchende in Nothilfe betreffen, deren Verbleiben in der Schweiz nicht aus einer kriminellen Motivation resultiert sondern schlicht aus ihrer unglücklichen Situation. Im Folgenden finden sich einige Überlegungen zum illegalen Aufenthalt mit Bezug auf diese Personengruppe.

Zum Delikt

Laut [Kriminalstatistik der Kantonspolizei St.Gallen](#) wurden letztes Jahr im Kanton 390 Zuwiderhandlungen gegen [Art. 115 Abs. 1 lit b AuG](#) verzeichnet. Nach diesem Grundsatz kann mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder einer gleichen Anzahl an Tagessätzen bestraft werden wer „sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält“ ([Art 115 Abs. 1 lit b AuG](#)). 390 Mal wurden also Personen im Kanton St.Gallen letztes Jahr dafür bestraft, sich in der Schweiz aufgehalten zu haben. Neben dem illegalen Aufenthalt regelt der Artikel 115 des Ausländergesetzes ausserdem die Bestrafung bei rechtswidriger Einreise, sowie bei illegaler Erwerbstätigkeit, der illegale Aufenthalt ist demnach ein unabhängiger Tatbestand, die Anwesenheit nach Ablauf der Bewilligung selbst ist das Vergehen. Insofern ist der unrechtmässige Aufenthalt als Unterlassungsdelikt zu verstehen, keine eigentliche Tat der betreffenden Person führt zu deren Kriminalisierung, stattdessen ist es das Verbleiben in einer Situation, die mittlerweile illegal geworden ist. Von dieser Illegalisierung sind alle Asylsuchenden betroffen, deren Asylgesuch abgelehnt wurde und deren Ausreisefrist abgelaufen ist unabhängig davon, weshalb die Frist ungenutzt bleibt. Dies meint entsprechend nicht nur jene, die sich den Behörden zu entziehen versuchen, indem sie untertauchen nachdem ihr Gesuch abgelehnt wurde, sondern auch jene, die nach einer Abweisung weiterhin in die Nothilfestrukturen übergehen. Diese Leute befinden sich ohnehin in einer verzweifelten Situation, sie verbleiben in der Schweiz unter Bedingungen, die oft kaum lebenswert zu nennen sind. Es fragt sich deshalb, welches genau die Gründe des Gesetzgebers dafür sein könnten, diese Personen für ihren Status zusätzlich noch zu bestrafen. Da es ein strafrechtliches Verfahren ist, das in solchen Fällen angestrengt wird, ist zur Beantwortung dieser Frage das Rechtsgut zu bestimmen, das mit dem illegalen Aufenthalt verletzt wird.

Das Rechtsgut

Das Rechtsgut, das in Frage kommt, ist zunächst eine Art Kontroll- oder Aufsichtshoheit¹. Es geht darum, dass der Staat die Kontrolle darüber behält, wer sich auf seinem Staatsgebiet aufhalten kann und wer eben nicht. In Fällen, in denen Personen illegal einreisen und ihren Aufenthalt auch später dem Staat nie bekannt machen oder in solchen Fällen, in denen ehemals legale Aufenthalter

¹ Das Schweizerische Bundesgericht hat sich in verschiedenen Urteilen entsprechend geäußert z.B. [BGE 128 IV 117 \(6S 452/2001\)](#) 9f oder [BGE 131 IV 174 \(6S.170/2005\)](#) 4.4.

untertauchen, kann diese Verletzung nachvollzogen werden. Bei jenen aber, die sich in den Nothilfestrukturen befinden und deren Aufenthalt dem Staat entsprechend immer bekannt war, scheint es weniger eindeutig, dass die Kontrollhoheit wirklich verletzt worden ist. Der Kern des Vorwurfs liegt in solchen Fällen stattdessen in der willentlichen Verhinderung der Rückführung und damit in der Verletzung der Mitwirkungspflicht². Der Betroffene wird eigentlich dafür bestraft, dass er nicht alle Anstrengungen dafür unternimmt, in das Land zurückzukehren, aus dem er ursprünglich geflohen ist.

Die Möglichkeit der Rückführung

Prinzipiell sollte diese Strafbegründung nur für jene Fälle gelten, in denen eine Rückführung eigentlich möglich ist, durch die Asylsuchenden selbst aber verhindert wird. Wer objektiv nicht rückgeführt werden kann, kann prinzipiell auch nicht bestraft werden. Dahingehend hat sich das Bundesgericht mehrfach geäußert, indem es betätigte, dass das strafrechtliche Schuldprinzip die Freiheit voraussetzt anders gehandelt haben zu können³. Diese Einschränkung kann allerdings in konkreten Fällen nur sehr selten von den Betroffenen dafür genutzt werden, Schuld zu verneinen, denn wo der Staat bereits anerkennt, dass eine Rückführung unmöglich ist, wird generell eine vorläufige Aufnahme ausgesprochen. Nur in jenen Fällen, in denen eine Rückführung aus der Perspektive des Staates möglich erscheint, werden überhaupt Strafbefehle ausgestellt. Diese Personen haben dann auch in der strafrechtlichen Beschwerde kaum eine Chance glaubhaft zu machen, dass sie tatsächlich nicht in ihre Heimatstaaten zurückkehren können.

Wo der Staat annimmt eine Ausweisung sei möglich, sollte eigentlich die [EU-Richtlinie](#) zur einheitlichen Regelung der Rückführungsbestimmungen greifen. Sie räumt prinzipiell der Rückführung Vorrang vor allfälligen strafrechtlichen Sanktionen ein⁴. Dies bedeutet, dass eine strafrechtliche Massnahme dann nicht durchgeführt werden soll, wenn durch deren Ausführung eine mögliche Rückschaffung verhindert oder verzögert werden könnte. Auch diese Regelung findet ihre Grenzen laut Bundesgericht allerdings da, wo die Rückführung aus Sicht des Staates an der Mitwirkung des Betroffenen scheitert⁵. Wo also der abgewiesene Asylsuchende in irgendeiner Art dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass seine eigene Ausschaffung nicht durchführbar ist, wird weiterhin angenommen, die Ausschaffung sei möglich, dass eine Haftstrafe von bis zu einem Jahr aber diese Ausschaffung nicht verhindern würde⁶.

Besonders problematisch sind jene Fälle, in denen eine Rückführung scheitert, weil der betreffende Heimatstaat keine Papiere an abgewiesene Asylsuchende ausstellt, die nicht freiwillig zurückkehren.

² Dies ist allerdings nicht die einzig Möglichkeit, wie eine Verletzung der Mitwirkungspflicht geahndet werden kann. In [Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG](#) ist sie ebenfalls geregelt, wobei sie dort als eine Übertretung eingestuft wird - nicht als strafrechtliches Delikt - für deren Begehen lediglich eine Busse vorgesehen ist.

³ Siehe z.B. [6B 85/2007](#) E 2.3, [6B 783/2011](#) 1.3 oder [6B 320/2013](#) 2.1.

⁴ Siehe hierzu das Urteil „El Dridi“ des Gerichtshofs der Europäischen Union [C-61/11 PPU](#).

⁵ Siehe [6B 196/2012](#) E 2.

⁶ In einem Fall in dem der abgewiesene Asylsuchende sich während der laufenden Bestrafung dazu entschliessen würde bei einer Ausschaffung zu kooperieren, könnte immer noch vom „Opportunitätsprinzip“ Gebrauch gemacht und die Bestrafung abgebrochen werden. Dahingehend hat sich das Bundesgericht in einem Urteil vom 11.03.2013 geäußert: Siehe [6B 617/2012](#). Diese sehr freie Interpretation des [Art. 115 Abs. 4 AuG](#) im Kombination mit der Intention der Vollzugsbehörden durch eine Haft den Asylsuchenden zur Mitwirkung zu bewegen deutet bereits auf den Charakter der Bestrafung als Beugehaft hin s.u. und ist ausserdem mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip nicht vereinbar.

Wenn der Staat die Weigerung dieser Personen sich so zu verhalten, als sei ihre Rückkehr freiwillig - und somit zu lügen - als Verletzung der Mitwirkungspflicht und damit als kriminelle Handlung versteht und bestraft.

Abgesehen davon, dass diese Praxis moralisch zumindest fragwürdig ist, widerspricht sie auch den Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung. Diese verlangt sonst auch prinzipiell von niemandem irgendeine Selbstausslieferung oder freiwillige Verschlechterung der eigenen Position⁷. Darüber, weshalb das Ausländerstrafrecht in diesem Zusammenhang eine Ausnahme bilden sollte, kann nur spekuliert werden. Vorstellbar scheint einzig eine politische Motivation. Auch die Rechtsordnung, die nach der Bundesverfassung ([Art. 8 BV](#) und [Art. 9 BV](#)) alle Menschen gleich behandeln sollte orientiert sich offenbar an dem Ziel, die Position der Asylsuchenden in der Schweiz soweit zu verschlechtern und ihren Verbleib hier so ungemütlich zu gestalten, dass sie als Asylland an Attraktivität verliert.

Mehrfachbestrafung – Das Dauerdelikt

Ein weiterer Grundsatz der schweizerischen Rechtsordnung, der im Falle der Sanktionierung des illegalen Aufenthalts nicht wie üblich beachtet wird, ist derjenige des „ne bis in idem“. [Art 11 Abs. 1 StPO](#) schliesst aus, dass dieselbe Straftat zweimal verhandelt und somit zweimal bestraft wird. Der Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthaltes allerdings ist diesem Prinzip nicht unterworfen, stattdessen wird er durch die fortwährende Bereitschaft des Täters zur illegalen Handlung ständig erneuert. Jede Bestrafung stellt eine Zäsur dar, die Fortsetzung des illegalen Aufenthaltes nach einer Verurteilung ist wiederum eine separate Straftat. Das macht das widerrechtliche Verbleiben in der Schweiz zu einem sogenannten „Dauerdelikt“⁸.

Prinzipiell könnte die zuständige Behörde (Staatsanwaltschaft) unter Berücksichtigung des sogenannten Opportunitätsprinzips ([Art. 8 Abs. 1 StPO](#) i.V.m. [52 StGB](#)) jederzeit auf die Bestrafung in bestimmten Fällen verzichten, wenn Schuld und Tatfolgen gering sind, wenn es sich also um einen Bagatellfall handelt, der den Rechtsfrieden nicht gefährdet. Eine Prüfung dieser Möglichkeit wäre insbesondere im Hinblick auf die Konsequenzen, die eine Strafe für die Betroffenen hat, sowie im Hinblick auf die Wirksamkeit der Bestrafung sinnvoll.

Zur Strafzumessung

Die Wirkung, die mit einer Bestrafung im Allgemeinen erzielt werden soll, ist es, zu verhindern, dass eine Straftat erneut begangen wird. In einem Fall in dem der illegale Aufenthalt die Straftat ist, ist es demnach das Ziel der Strafe, den Bestraften zur Ausreise zu bewegen, nur so kann verhindert werden, dass er im Sinne des Dauerdelikts sofort erneut straffällig wird. Der Verdacht liegt nahe, dass wiederum zu diesem Zweck die Strafe für den illegalen Aufenthalt verhältnismässig hoch ausfällt.

Vorgesehen sind nach dem Wortlaut der Strafbestimmung maximal ein Jahr Freiheitsstrafe, respektive eine (bedingte) Geldstrafe mit einer gleichen Anzahl an Tagessätzen. Meist wird im Falle eines ersten Vergehens eine Geldstrafe verhängt und erst bei einer zweiten Verurteilung eine

⁷ In diese Richtung weist der Grundsatz nach dem sich eine beschuldigte Person in einem Strafverfahren nicht selbst belasten muss und sowohl Aussage als auch Mitwirkung verweigern darf ([Art. 113 Abs 1 StPO](#)). Sowie auch die Praxis nach der Selbstbegünstigung im Allgemeinen straffrei bleibt (siehe hierzu: Albrecht 2014).

⁸ Zum Dauerdelikt und zur Beschränkung der Gesamtstrafe auf ein Jahr siehe Urteil [BGE 135 IV 6](#) 3.2 und 4.2.

Freiheitsstrafe. Es gibt allerdings auch Fälle in denen sofort Freiheitsstrafen verhängt wurden, dies in Fällen in denen angenommen wird, dass der Beschuldigte eine Geldstrafe aufgrund von Mittellosigkeit nicht bezahlen könnte. Diese Praxis ist allerdings laut der Rechtsprechung des Bundesgerichtes unzulässig.⁹ Stattdessen muss eigentlich zunächst eine Geldstrafe verhängt werden, die der Bedürftigkeit des Beschuldigten angemessen ist.

Geldstrafen

Die Festsetzung einer Geldstrafe ist in zwei Teilschritte gegliedert. Zunächst wird die Anzahl an Tagessätzen bestimmt und in einem zweiten Schritt die Höhe dieser Tagessätze. Die Bemessung der Tagessatzanzahl richtet sich im Sinne von [Art. 47 StGB](#) nach dem Verschulden. Die Konferenz der Strafverfolgungsbehörde der Schweiz (KSBS) publiziert [Empfehlungen](#) dazu, welche Tagessatzhöhe für welches Vergehen angemessen ist. Im Falle des illegalen Aufenthalts beläuft sich die Strafe für einen Aufenthalt von 12 Monaten oder mehr auf mindestens 90 Tagessätze. Wenn dieser Empfehlung gefolgt wird und sich illegal hier aufhaltende Ausländer regelmässig bestraft werden, dann dauert es entsprechend etwa 4 Jahre bevor die Höchststrafe für den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz auferlegt wurde und sie somit nicht mehr weiter für denselben Sachverhalt bestraft werden können.

Die Bemessung der Tagessatzhöhe ist von diesem ersten Schritt eigentlich vollständig getrennt, sie sollte grundsätzlich mit der Art des Vergehens nichts mehr zu tun haben. Stattdessen bemisst sich der Tagessatz am Einkommen, wobei auf die Bedürftigkeit des Beschuldigten Rücksicht genommen wird¹⁰. Ziel ist es einerseits ein zumutbares Strafmass zu erreichen und andererseits aber auch die Ernsthaftigkeit der Sanktion zu erhalten, sie also durch die merkliche Herabsetzung des Lebensstandards zu verdeutlichen¹¹. Die Herabsetzung des Nettoeinkommens um die Hälfte wird als Richtwert zur Bemessung verwendet. Ausserdem stellt wiederum die KSBS ein [Formular zur Berechnung der Höhe des Tagessatzes](#) bereit. Ein abgewiesener Asylsuchender, der sich in Nothilfe befindet bekommt wenn überhaupt meist nur Geld für Nahrung ausbezahlt, die restlichen Leistungen erfolgen in Naturalien. Im Kanton Zürich z.B. beläuft sich dieser Beitrag auf 60 Fr./ Woche in Form von Gutscheinen, im Kanton Graubünden erhalten abgewiesene Asylsuchende überhaupt keine flüssigen Mittel sondern lediglich Naturalien¹².

Bei solch einem „Einkommen“ ergibt sich im Berechnungsformular der KSBS ein Tagessatz von 2 Fr. In einem Urteil vom 18.06.2009 aber, hat das Bundesgericht eine verhängte Strafe mit einem Tagessatz von 5Fr. als zu niedrig befunden, eine solche Strafe habe lediglich noch symbolischen Charakter. Stattdessen wurde im Falle der Beschuldigten, die eine IV-Rente von 1500 Fr./ Monat bezog, ein Tagessatz von 10 Fr. für angemessen befunden¹³. Nach diesem Mindestsatz richtet sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch in Fällen von Verstössen gegen [Art 115 Abs. 1 lit. b AuG](#)¹⁴. Trotz dieses eindeutigen Standpunktes der höchsten Gerichtsbarkeit der Schweiz wird im Falle von

⁹ Siehe Urteil vom 17.03.2008 [BGE 134 IV 60 \(6B 366/2007\)](#) 8.4, sowie Urteil vom 17.03.2008 [BGE 134 IV 97 \(6B 341/2007\)](#) 4.2.1 und 5.2.3. Beide Urteile bestätigen, dass die mangelnde Aussicht auf Vollstreckbarkeit einer Geldstrafe nicht zur Verhängung einer antizipierten Ersatzfreiheitsstrafe führen darf.

¹⁰ Für detaillierte Diskussion der rechtlichen Grundlagen siehe z.B. [BGE 134 IV 60 \(6B 366/2007\)](#) 5.3 – 6.6.

¹¹ Vgl. [BGE 134 IV 60 \(6B 366/2007\)](#) 6.5.2.

¹² Vgl. [Update der SFH zur Nothilfepraxis in ausgewählten Kantonen](#) S.56 respektive S. 43.

¹³ Urteil vom 18.06.2009 [BGE 135 IV 180 \(6B 769/2008\)](#).

¹⁴ Siehe z.B. Urteil vom 13.07.2010 [6B 610/2009](#).

Sanktionen, die das Ausländerstrafrecht betreffen meist (zumindest in allen uns vorliegenden Fällen) ein Tagessatzhöhe von 30 Fr. bestimmt.

Schon 10 Fr. am Tag aufzubringen ist für einen abgewiesenen Asylbewerber, der von Nothilfe lebt nicht möglich, 30 Fr. entsprechend noch unrealistischer. Wird die Strafe unbedingt ausgesprochen - was bei einer zweiten Verurteilung generell der Fall ist - können abgewiesene Asylsuchende meist nicht bezahlen und es werden Ersatzfreiheitsstrafen nach [Art. 36 Abs. 1 StGB](#) verhängt.

Freiheitsentzug

Auf eine Freiheitsstrafe, ob nun als Ersatz für eine unbezahlbare Geldstrafe oder separat verhängt, ist nach den Bestimmungen des StGB generell nur zu erkennen, falls eine mildere Bestrafung (Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit) sich als ungeeignet erwiesen hat (also als nicht vollziehbar oder nicht wirksam)¹⁵. Trotz dieser Zweitrangigkeit resultiert aus einer Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts oftmals ein Freiheitsentzug und dieser ist aus verschiedenen Gründen problematisch.

Zum einen muss die Frage nach der Verhältnismässigkeit gestellt werden. Ob für ein eigentliches Administrativdelikt wirklich die Verhängung einer Freiheitsstrafe als angemessen gelten kann – wie dies die EU-Rückführungsrichtlinie [2008/115/EG](#) Artikel 8 (4) im Einklang mit [Art. 5 EMRK](#) verlangt - ist zumindest nicht zweifelsfrei zu bejahen¹⁶.

Des Weiteren stellt sich im Zusammenhang mit solchen abgewiesenen Asylsuchenden, die deshalb keine Papiere ausgestellt bekommen, weil sie es verweigern freiwillig in ihr Ursprungsland zurückzukehren die Frage der Beugehaft. Wenn in Fällen, wie oben besprochen der Kern der Strafbarkeit des illegalen Aufenthaltes tatsächlich die verletzte Mitwirkungspflicht ist, dann kann der Zweck der Haft nur sein, die Verweigerter Mitwirkung zu erzwingen. Schliesslich soll die Bestrafung ja dem Zweck dienen, den Bestraften von einem erneuten Verstoß abzubringen, ihn also in diesem Fall zur Ausreise zu bewegen, da ein Verbleib ein erneutes Vergehen zur Folge hätte.

Im AuG ist allerdings bereits ein Instrument vorgesehen, dass es in Fällen, in denen eine Ausreisefrist ungenutzt verstreicht den kantonalen Behörden ermöglicht, einen abgewiesenen Asylsuchenden in Haft zu nehmen mit dem Ziel, dessen Kooperation bei der Ausreise zu erzwingen¹⁷. Diese sogenannte Durchsetzungshaft ist in [Art. 78 AuG](#) geregelt, sie ist neben der Vorbereitungs- und der Ausschaffungshaft¹⁸ eine von drei Zwangsmassnahmen, die dazu konzipiert sind, schlussendlich die Ausreise eines abgewiesenen Asylsuchenden aus der Schweiz sicherzustellen.

Bis zu 18 Monate kann ein abgewiesener Asylsuchender im Rahmen der als Beugehaft konzipierten Durchsetzungshaft im Gefängnis verbringen. Im Falle einer Bestrafung wegen illegalen Aufenthaltes kommen unter Umständen noch weitere 12 Monate hinzu. Obwohl eine strafrechtliche Massnahme, ist die Haft aufgrund des rechtswidrigen Aufenthaltes im Falle von abgewiesenen Asylsuchenden wie

¹⁵ Siehe wiederum Urteil vom 17.03.2008 [BGE 134 IV 60 \(6B 366/2007\)](#) 8.4, sowie Urteil vom 17.03.2008 [BGE 134 IV 97 \(6B 341/2007\)](#) 4.2.1 und 5.2.3. Sowie Bestimmungen zu „Strafen“ im [Schweizerischen Strafgesetzbuch](#).

¹⁶ Siehe hierzu auch Urteil „El Dridi“ des EuGH [C-61/11 PPU](#), Rz. 58.

¹⁷ Siehe hierzu: [Handbuch Asyl und Rückkehr. Artikel G5 Die Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht](#) 5.9 sowie [BGE 133 II 97](#) 2.2

¹⁸ [Art. 75 AuG](#) (Vorbereitungshaft), [Art.76 AuG](#) (Ausschaffungshaft) und [Art. 77 AuG](#) (Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Beschaffung der Reisepapiere)

gesehen von der gleichen Absicht motiviert wie die Durchsetzungshaft, nämlich der Erzwingung der Mitwirkung und konsequent der Ausreise der betreffenden Person. Wenn man dieser Analyse zustimmt, dann kommt man nicht um die Feststellung herum, dass im Schweizer Gesetz eine rechtsstaatlich zumindest problematische Beugehaft von 30 Monaten für abgewiesene Asylsuchende vorgesehen ist¹⁹. Wiederum ist dies insbesondere deshalb bedenklich, weil das Zugeständnis, das dem abgewiesenen Asylsuchenden durch die Haft entzogen werden soll, eine Verleugnung des Unwillens zur Ausreise ist. Während eine Beugehaft zur Erzwingung der Herausgabe von Informationen, die rechtlich relevant sind zulässig scheint, muss hier daran gezweifelt werden ob ein Zwang zur Verschlechterung der eigenen Situation, die zudem nur durch eine unfreiwillige Zustimmung erreicht werden kann, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach [Art. 5 Abs. 2 BV](#)-insbesondere im Hinblick auf die Zumutbarkeit - gerecht wird.²⁰

Gemeinnützige Arbeit

Als alternative Massnahme zu einer Freiheitsstrafe von weniger als 6 Monaten respektive einer Geldstrafe von weniger als 180 Tagessätzen käme laut [Art. 37 StGB](#) im Prinzip die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit von höchstens 720 Stunden in Frage. Das Bundesgericht hat im Urteil [BGE 134 IV 97](#) allerdings verneint, dass diese Art von Sanktion für ausländerrechtliche Delikte sinnvoll sei. Der Zweck der gemeinnützigen Arbeit wird darin als die Begleichung der Schuld an der Gesellschaft und die Aufrechterhaltung der sozialen Netze des Beschuldigten angegeben. Im Falle eines Beschuldigten der über keine Aufenthaltsbewilligung verfügt und auch keine aktuelle Aussicht auf Erhalt einer solchen hat, sei die Anordnung gemeinnütziger Arbeit nicht zweckmässig²¹.

Neben dieser gerichtlichen Argumentation liegt auch der Verdacht nahe, dass kantonale Vollzugsbehörden eine Sanktionierung des widerrechtlichen Aufenthaltes durch gemeinnützige Arbeit für nicht sinnvoll halten, weil den betreffenden Personen der Aufenthalt in der Schweiz nicht durch eine sinnvolle geregelte Beschäftigung angenehmer gemacht werden soll.

Bussen

Wie oben erwähnt wird eine (erste) Strafe des rechtswidrigen Aufenthaltes meist bedingt, unter Ansetzung einer Probezeit, ausgesprochen. In allen uns vorliegenden Fällen wurde aber zusätzlich zu der Strafe eine Busse nach [Art. 106 StGB](#) verhängt und Gebühren und besondere Auslagen zur Bezahlung auferlegt. Bei schuldhaftem Nichtbezahlen der Busse wird an deren Stelle wiederum eine Gefängnisstrafe verhängt. Nach welchen Grundsätzen solch eine Ersatzfreiheitsstrafe aber festgelegt wird, wo doch in einem Fall für eine Busse von 100 Fr. ein Tag Freiheitsentzug und in einem anderen Fall bei einer Busse von 150 Fr. 5 Tage Freiheitsstrafe angeordnet wurden, ist nicht klar. Die KSBS empfiehlt einen Umwandlungssatz von 100 Fr., für eine Busse in Höhe von 300 Fr. wäre also eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen angemessen, nicht von 10 Tagen, wie sie in einem uns vorliegenden Fall verhängt wurde.

¹⁹ Es fragt sich zusätzlich ob diese doppelte Sanktion als Reaktion auf dasselbe Fehlverhalten grundsätzlich überhaupt sinnvoll und zulässig ist.

²⁰ Für eine Diskussion der Zumutbarkeit siehe Albrecht 2014. Für eine weitere Diskussion der Zulässigkeit von Haftstrafen im Wegweisungsverfahren, auch im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH siehe Bonfranchi 2013.

²¹ Vgl. [BGE 134 IV 97](#) ([6B 341/2007](#)) 6.3.3 – 6.3.3.4

Abgesehen von diesen Unklarheiten ist an der Verhängung von Bussen dieselbe Kritik zu üben, wie an der Bestrafung im Allgemeinen. Für einen abgewiesenen Asylbewerber in Nothilfe ist eine Busse von mehreren Hundert Franken nicht bezahlbar. Er oder sie hat dann die Option eine Freiheitsstrafe zu verbüssen, oder das Geld irgendwie aufzutreiben, sich allenfalls dafür zu verschulden, was ihre Situation auf lange Sicht noch aussichtsloser macht. Zusätzlich ist noch zu bemerken, dass nur die Busse durch Haft erstanden werden kann, Gebühren und Auslagen nicht. Der Beschuldigte steht also oftmals vor der Situation, dass er eine Haftstrafe und eine Betreuung auf sich nehmen muss.

Einige Urteile:

02.03.2013 [6B 783/2011](#)

17.03.2008: [6B 341/2007](#) (BGE 134 IV 97)

17.03.2008: [6B 366/2007](#) (BGE 134 IV 60)

14.04.2008: St_2007/91 (Kantonsgericht St.Gallen)

04.11.2008: [6B 114/ 2008](#) (BGE 135 IV 6)

18.06.2009: [6B 769/2008](#) (BGE 135 IV 180)

30.06. 2009: [6B 760/2008](#)

24.01.2013: [6B 196/2012](#)

11.03.2013: [6B 617/2012](#)

19.04.2013: [6B 713/2012](#)

21.11.2013: [SB130373](#)

25.02.2015: [6B 1069/2014](#)

Literatur:

P. ALBRECHT. Illegaler Aufenthalt: Das Leben als "Dauerdelikt"?, in: Asyl. Bern. Bd. 29(2014), H. 4, S. 3-7

P.ALBRECHT. Instrumentelles Strafkonzzept gegenüber ausländischen Staatsangehörigen, in: N. Queloz / M. Niggli / C. Riedo (éd.), Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Genève / Zurich / Bâle 2012, S. 119 ff

P. ALBRECHT. Die strafbare Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts ausländischer Per-sonen in der Schweiz gemäss Art. 116 AuG, AJP 2012, S. 796 ff

P. ALBRECHT. Ausländer im Strafverfahren: Diskriminierungsgefahr, pläd. 5/2009, S. 34 ff

Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl. 2002, 3709 ff.;

J. BONFRANCHI. Die Zulässigkeit von Haftstrafen im Wegweisungsverfahren, in: Asyl. Bern. Vol. 28(2013), H. 3, S. 3-9

M. Flynn/ C. Cannon. Immigration Detention in Switzerland. A Global Detention Project Special Report, Oktober 2011.

H. MAURER, in: A. Donatsch u.a. (Hrsg.), StGB, 18. Auflage, 2010, Art. 115 ff. AuG

C. NÄGELI / N. SCHOCH, in: P. Uebersax u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht, 2009, § 22

M. SPESCHA. Migrationskontrolle durch Strafrecht?, in: Migration, Kriminalität und Strafrecht. Bern Stämpfli, 2013. S. 37-52

M. SUTTER. Nothilfe für ausreisepflichtige Asylsuchende. Nothilfepraxis in ausgewählten Kantonen – Update zum Nothilfebericht 2008. Schweizerische Flüchtlingshilfe, Februar 2011.

P.UEBERSAX. Von Kreisen und Menschen: Zum Migrationsrecht, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. Bern. Jg. 149(2013), H. 7/8, S. 557-618

L. VETTERLI / G. D'ADDARIO DI PAOLO, in: M. Caroni / Th. Gächter / D. Thurnherr (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 115 ff.

A. ZÜND, in: M. Spescha u.a. (Hrsg.), Migrationsrecht, 2. Auflage, 2009, Art. 115 ff