

Sonderdruck aus:

Die schweizerische Bundesverfassung

Kommentar

2. Auflage 2008

Herausgegeben von

Bernhard Ehrenzeller Philippe Mastronardi
Rainer J. Schweizer Klaus A. Vallender

 DIKE

Schulthess §

Art. 12

Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

Recht auf
Hilfe in
Notlagen

Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse

Chi è nel bisogno e non è in grado di provvedere a sé stesso ha diritto d'essere aiutato e assistito e di ricevere i mezzi indispensabili per un'esistenza dignitosa.

Diritto all'aiuto in situazioni di bisogno

Materialien: Vernehmlassungsergebnisse VE 77, Grundsatzfragen Art. 1–25; Botsch. betr. den Beitritt der Schweiz zu den UNO-Pakten I und II und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189 ff.; Botsch. VE 96, 149; Eidg. Kommission für Frauenfragen, Vernehmlassung zu einer nachgeführten Verfassung, Frauenfragen 2/1996, 4 f.; Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums vom 24. November 2000.

Literatur: AMSTUTZ KATHRIN, Anspruchsvoraussetzungen und Inhalt, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 17 ff. (zit. Anspruchsvoraussetzungen); DIES., Das Grundrecht auf Existenzsicherung: Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen BV, Diss., Bern 2002 (zit. Existenzsicherung); BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die Arbeitslosenversicherung, das Stillen und das Diskriminierungsverbot, recht 1998, 1 ff.; BOIS PHILIPPE, Faire face à la crise: La situation des salariés et chômeurs, Neuchâtel 1984; DERS., Réflexions sur l'assistance en 1978, in: Etudes de droit social, Vol. 3, Zürich 1991; BORGHI MARCO, De nouveaux indicateurs d'effectivité pour les droits sociaux, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Recht, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, 277 ff. (zit. Nouveaux indicateurs); BUCHMANN KATHRIN/KOHLER SILVANA, Nothilfe für Personen mit rechtskräftigem Nichteintretens-Entscheid, Asyl 3/2004, 3; Caritas, Trotz Einkommen kein Auskommen – Working Poor in der Schweiz, Positionspapier 7, Luzern 1998 (zit. Working Poor); EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD, Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen, in: MERTEN/PAPIER, Handbuch der Grundrechte, 611 ff.; FÜGLISTALER-WASMER PETER, Sozialpolitische Massnahmen im Kampf gegen die Armut in der Schweiz, Diss., St. Gallen 1992; GILLIAND PIERRE, Pauvreté et sécurité sociale, Lausanne 1990 (zit. Pauvreté); GYSIN CHARLOTTE, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Diss., Basel etc. 1999; HAEFLIGER ARTHUR, Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985; HANGARTNER YVO, Bemerkungen zu BGE 131 I 166, AJP 2005, 1147 ff. (zit. Bemerkungen); HARTMANN KARL, Vom Recht auf Existenzsicherung zur Nothilfe – eine Chronologie, ZBl 2005, 410 ff. (zit. Chronologie); KLEY-STRULLER ANDREAS, Anerkennung eines selbständigen Rechts auf Existenzsicherung als neues ungeschriebenes Recht der BV (BGE 121 I 367 ff.), AJP 1996, 756 ff.; KNÖPFEL CARLO/FERRONI ANDREA M., Braucht die Schweiz eine neue Sozialhilfe?, ZeSo 1999, 65 ff.; KOLLER HEINRICH, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen BV, in: SCHWANDER, AJP nBV, 659 ff.; KOLLER THOMAS, Basler Komm. zu Art. 328/329 ZGB, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2002 (zit. Basler Komm.); LEU ROBERT E./BURRI STEFAN/PRIESTER TOM, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1997; LÜTHI RUTH, Existenzsicherung im Föderalismus: Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Sozialdirektor/innen, ZeSo

2003, 37 ff.; MADER LUZIUS, Die Sozial- und Umweltverfassung, in: SCHWANDER, AJP nBV, 698 f.; DERS., Grundrechte und Sozialziele: Ein Brennpunkt der Verfassungsreform, LeGes 1996/3, 11 ff.; MAHON PASCAL/MÜLLER CHRISTOPH, La dimension sociale dans la Constitution fédérale, Aspects de la vie sociale 4/1998, 25 ff.; MÜLLER JÖRG PAUL, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Aufl., Basel 1981 (zit. Soziale Grundrechte?); PÄRLI KURT, Die Auswirkungen des Grundrechts auf neuere Sozialhilfemodelle, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 95 ff. (zit. Auswirkungen); DERS., Verfassungsrechtliche Aspekte neuer Modelle in der Sozialhilfe, AJP 2004, 51 ff. (zit. Aspekte); REUSSER BEATRICE/OBRIST-SCHIEDEGGER MARTINA, Art. 12 BV in Theorie und Praxis der Asylbehörden, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 61 ff. (zit. Theorie und Praxis); RIEMER-KAFKA GABRIELA, Das Verhältnis zwischen Grundrecht auf Hilfe in Notlagen und Eigenverantwortung, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 47 ff. (zit. Eigenverantwortung); SALADIN PETER, Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht?, in: Faculté de Droit de l'Université de Genève (Hrsg.), Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, Festschrift für Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, 89 ff. (zit. Persönliche Freiheit); SCHERTENLEIB JÜRIG, Wird das Grundrecht auf Nothilfe durch den Sozialhilfestopp im Asylbereich verletzt?, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 67 ff. (zit. Sozialhilfestopp); SCHWENZER INGEBORG (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungsrecht, 2. Aufl., Basel 2000 (zit. Scheidungsrecht); SEILER WALTER, Sozialhilfe und Sozialversicherungen, SZS 1997, 207; TECKLENBURG UELI, Das Verhältnis zwischen dem Grundrecht und den SKOS-Richtlinien, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 89 ff. (zit. Verhältnis); TSCHUDI CARLO (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen – menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekrissen für Arbeitsscheue?, Bern etc. 2005 (zit. Hilfe in Notlagen); DERS., Die Auswirkungen des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen auf sozialhilferechtliche Sanktionen, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 117 ff. (zit. Sanktionen); TSCHUDI HANS PETER, Die gemeinsame Wohlfahrt (Art. 2 BV), in: Faculté de Droit de l'Université de Genève (Hrsg.), Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, Festschrift für Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, 115 ff.; DERS., Die Sozialverfassung der Schweiz, Bern 1986 (zit. Sozialverfassung); UEBERSAX PETER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: C. TSCHUDI, Hilfe in Notlagen, 41 ff. (zit. Rechtsprechung); DERS., Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1998, 3 ff. (zit. Stand und Entwicklung); WOLFFERS FELIX, Der Anspruch auf Existenzsicherung, plädoyer 4/1994, 30 ff. (zit. Existenzsicherung); DERS., Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern etc. 1999 (zit. Sozialhilferecht).

Inhaltsübersicht

Rz.

I.	Entstehungsgeschichte	1
II.	Sinn und Zweck	6
III.	Sozialrecht	10
IV.	Anspruchsvoraussetzungen	14
	1. Vorliegen einer Notlage	15
	2. Eigenverantwortung und das Prinzip der Subsidiarität	21
V.	Zuständigkeit	30
VI.	Umfang des Rechts auf Hilfe in Notlagen	32
VII.	Arten der Hilfe	36
VIII.	Bemessungsgrundlagen	38

I. Entstehungsgeschichte

Die alte Verfassung kannte kein ausdrückliches Recht auf *Hilfe in Notlagen*.¹ Lediglich in Art. 48 aBV war die Pflicht der Kantone festgeschrieben, Bedürftigen beizustehen, wobei der Heimatkanton die Kosten zu tragen hatte. Mit der Revision von Art. 48 aBV im Jahre 1975, in Kraft getreten am 1. Januar 1979, wurde die öffentliche Fürsorge den Wohnsitzkantonen übertragen, womit die altüberlieferte und menschenunwürdige Rückführung Armengenössiger in die Heimatkantone entfiel.

In der Rechtswissenschaft wurde seit längerem ein verfassungsmässiges *Recht auf Sicherung des Existenzminimums* gefordert, das Ausfluss des Rechtsgleichheitsgebots ist und sich auch aus dem Grundsatz des Schutzes der persönlichen Freiheit und dem Gedanken sozialer Gerechtigkeit herleitet (J.P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte?*, 236 ff.; SALADIN, *Persönliche Freiheit*, 104; H.P. TSCHUDI, *Sozialverfassung*, 29; WOLFFERS, *Existenzsicherung*, 30 ff., u.a.m.).²

Das BGer anerkannte in Fortbildung seiner Rechtsprechung zum damals ungeschriebenen Recht auf persönliche Freiheit mit Urteil vom 27. Oktober 1995 erstmals ein *verfassungsmässiges Recht auf Existenzsicherung* (BGE 121 I 367, bestätigt in BGE 122 I 101; vgl. auch BGE 121 V 26 E. 4d; 122 II 197 E. 2b; vgl. UEBERSAX, *Stand und Entwicklung*, 3 f.; DERS., *Rechtsprechung*, 34; HARTMANN, *Chronologie*, 416; J.P. MÜLLER, *Grundrechte*, 167 f.). Es hatte bereits im Zusammenhang mit der Frage nach interkantonalen Kompetenzausscheidung im Fürsorgewesen festgehalten, es gehe dabei um «eine dem Staat selber gegenüber bestehende, unmittelbar aus der eigenen Zweckbestimmung entspringende Pflicht, die auf seinem Gebiet befindlichen Personen überhaupt, ohne Rücksicht auf ihr rechtliches Verhältnis zu ihm, nötigenfalls vor dem physischen Verderben zu bewahren» (BGE 40 I 409 E. 2; 51 I 325). Desgleichen verwies das BGer bereits früh bei der Ermittlung des betriebsrechtlichen Existenzminimums i.S.v. Art. 93 SchKG auf die durch die Menschenwürde gezogene Grenze (BGE 122 I 101; 122 II 197 f. E. 3b/dd; 121 V 26 E. 4d; HARTMANN, *Chronologie*, 411).³

Mit dieser *Anerkennung eines Grundrechts auf Existenzsicherung* bereitete das BGer dem Parlament den Weg zur Aufnahme eines verfassungsmässigen Rechts auf Existenzsicherung vor. Bereits der Entwurf der Expertenkommission (VE 77) hatte in Art. 26 Bst. d ein Recht auf Fürsorge bei Bedürftigkeit statuiert. Der VE 96 enthielt in Art. 9 Abs. 3 ein im Anschluss an das Recht auf Leben, auf persönliche Freiheit und auf ein menschenwürdiges Dasein eingefügtes Recht auf Existenzsicherung, das im Parlament in etwas modifizierter und abgeschwächter Form in Art. 12 aufgenommen wurde (AB N Verfassungsreform 184 ff.; AB S Verfassungsreform 40 f.; vgl. auch Art. 10 VE VK-N/S).⁴

- 5 Von einem gewissen Einfluss waren auch die von der Schweiz eingegangenen *internationalen Verpflichtungen*. Diese sehen zwar v.a. den traditionellen Schutz der Arbeitnehmenden bei materiellen Schwierigkeiten vor und fordern entsprechende Massnahmen (z.B. Art. 9, 15, 21, 27, 33, 41, 48, 55 und 61 des Übereinkommens Nr. 102 der ILO über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952 [SR 0.831.102]). Aber v.a. der UNO-Pakt I geht darüber hinaus: Es ist ganz allgemein Pflicht der Vertragsstaaten, die im Pakt vorgesehenen sozialen Rechte im Interesse der *Wahrung der Menschenwürde*, der *Gleichheit* und *Freiheit von Not* zu fördern und jeder *Diskriminierung*, die auch eine wirtschaftliche sein kann, entgegenzutreten (Präambel, Art. 9). Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGer enthält dieser Pakt aber keine subjektiven und justiziablen Rechte, obwohl Art. 11 Abs. 1 konkret z.B. das Recht auf ausreichende Ernährung, Bekleidung und Unterbringung eines jeden anerkennt (BGE 121 V 229 E. 3; 122 I 101; 120 Ia 11 E. 5c). Auch die GRC der EU garantiert in Art. 34 Abs. 3 einen Anspruch auf Existenzsicherung, der Art. 12 BV weitgehend entspricht (SCHEFER, Grundrechte Ergänzungsbd., 168). Ob das BGer – aufgrund der neuen Bestimmung in der nachgeführten Verfassung und angesichts der internationalen Verpflichtungen – seine zurückhaltende Auffassung nicht revidiert, wird sich zeigen (HANGARTNER/EHRENZELLER, Beiträge zum VE 95, 153; BORGI, Nouveaux indicateurs, 277 ff.).

II. Sinn und Zweck

- 6 Art. 12 umschreibt das Recht auf *Hilfe in Notlagen*: Wer in Not gerät, hat grundsätzlich – unter dem Vorbehalt der Subsidiarität – von Verfassung wegen Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Der Anspruch der Menschen gegenüber dem Staat auf Existenzsicherung wurde hergeleitet aus dem *Recht auf Leben*, als *Ausfluss der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit* sowie als *Teil des Gleichstellungsgebots von Art. 4 aBV resp. Art. 8 Abs. 1 und 2 BV* (vgl. PÄRLI, Aspekte, 48). Aber zunächst wurde dieses Recht auch als eigenständiges, ungeschriebenes Grundrecht oder als Ausfluss aus Art. 48 und 115 aBV verstanden (WOLFFERS, Existenzsicherung, 31 f., mit vielen Literaturhinweisen; vgl. auch vorne, Rz. 2 f.).
- 7 Art. 12 ist somit auch eng mit Art. 7 verbunden. Diese Bestimmung sieht die Achtung und den Schutz der *Menschenwürde* i.S. eines diskriminierungsfreien, materiell anständigen Lebens vor. Das bedeutet für Art. 12, dass alle Menschen, die sich in der Schweiz aufhalten oder hier wohnen – ungeachtet ihres rechtlichen Status und ihrer Staatszugehörigkeit (vgl. BGE 131 I 168 f. E. 1.2; 121 I

367 E. 2d, m.H. auf BGE 51 I 325 E. 2; 40 I 409) –, aufgrund der ihnen als Menschen zustehenden Menschenwürde Anspruch auf Hilfe von seiten des Staates erheben können, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 12 erfüllen.

Hinter dem *Grundrecht auf Nothilfe* i.S.v. Art. 12 steht auch das Gebot rechtsgleicher Behandlung wie auch das damit verbundene Differenzierungsgebot, die die Berufung auf Art. 12 stützen und verstärken können (vgl. Komm. zu Art. 7, Rz. 50; AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, 29 ff.). Das Grundrecht der Nothilfe beruht auf dem Prinzip der *Menschenwürde* und nach Art. 8 Abs. 1 sind alle Menschen vor dem Gesetze gleich. Das bedeutet zwar nicht durchwegs formale Gleichheit i.S. einer absolut gleichen Behandlung: So haben Familien andere und grössere Ansprüche als Alleinstehende oder Kranke haben vielleicht andere Bedürfnisse als Gesunde, die «Working poor» andere als ausgesteuerte Arbeitslose, Flüchtlingsfamilien andere als Einzelpersonen usw. Doch erscheint es m.E. fraglich, ob es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und insb. unter dem Gesichtspunkt des Ausgrenzungsverbots des Art. 8 Abs. 2 noch gestattet sein kann, rechtlich oder tatsächlich erhebliche unterschiedliche Behandlungen vorzusehen, die v.a. tagespolitisch begründet sind und die zu einer eigentlichen, tatsächlichen Ausgrenzung bestimmter Personen in bestimmten rechtlichen Situationen führen (vgl. BGE 130 I 14 E. 5; 129 I 125 E. 5.1; 129 I 357 E. 6). Das trifft m.E. zu, wenn unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 nunmehr Kategorien mit derart unterschiedlich tiefen Leistungsansprüchen gebildet werden, dass Asylsuchende mit rechtskräftigem Wegweisungsentscheid, die ausgewiesen werden sollten, aber nicht können (BGE 131 I 181 E. 8.2), gerade knapp überleben können. Eine derart eingeschränkte, oft mit Schikanen versehene Hilfe im Hochpreisland lässt sich denn auch nicht entfernt als «menschenwürdiges» Leben bezeichnen (vgl. BGE 131 I 183 E. 8.3). Die damit verbundenen abschreckenden Bedingungen für Betroffene (z.T. tägliche Vorsprache bei der Fremdenpolizei mit der ständigen Gefahr der Verhaftung) lassen sich angesichts des unantastbaren Kerngehalts des Art. 12 und der von Art. 8 Abs. 2 verpönten Ausgrenzung nicht rechtfertigen. Das gemahnt an die Behandlung von Flüchtlingen in der Zeit des Zweiten Weltkrieges und hat mit der Art. 12 zugrunde liegenden Achtung der Personen- und Menschenwürde nichts mehr zu tun.

Art. 12 bezweckt letztlich eine Ergänzung des sozialen Netzes, wie es v.a. die Sozialversicherungen gestrickt haben (vgl. Art. 41, 110, 112–118). Mit der Garantie einer minimalen materiellen Absicherung sollen allfällige Lücken in der notwendigerweise mit einem gewissen Schematismus ausgestatteten sozialen Sicherheit gefüllt werden. Der Anspruch aus Art. 12 ist daher *objektiv zu beurteilen*, d.h. der konkrete Bedarf und die konkreten Umstände wie Vorhandensein und Intensität der Notlage und deren absehbare Dauer sind im Einzelfall zu prüfen und zu beachten und die entsprechenden Leistungen zu erbringen, wobei für deren Bemessung auch die Höhe des allgemeinen Lebensstandards in der jewei-

ligen Gesellschaft nicht völlig ausser Acht gelassen werden darf (J.P. MÜLLER, Grundrechte, 170; AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, 28 f.).

III. Sozialrecht

- 10 Art. 12 enthält eines der wenigen eigentlichen *Sozialrechte* (vgl. auch Art. 19 i.V.m. Art. 62 Abs. 2; Art. 29 Abs. 3), das als Grundrecht der staatlichen Gemeinschaft, insb. den Kantonen und Gemeinden (Komm. zu Art. 115, Rz. 4) die Pflicht auferlegt, in – vorübergehenden oder dauernden – Notlagen die notwendige Hilfe und Betreuung zu leisten. Damit tritt neben die *Eigensorge* (zur Subsidiarität s. hinten, Rz. 17 ff.) und die *Sozialversicherungen* (Art. 111–118) als weitere Möglichkeit die *Sozialhilfe* und im Besonderen – wie im Zusammenhang mit Art. 12 eingrenzend gesagt wird – die *Nothilfe*.
- 11 Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass der Anspruch aus Art. 12 absolut und bedingungslos ist, da er auf Menschenrechten (Menschenwürde, persönliche Freiheit, Rechtsgleichheit) beruht. Dieser Anspruch auf Leistungen der öffentlichen Hand, der letztinstanzlich früher mit *staatsrechtlicher Beschwerde* (BGE 121 I 367; 122 II 193; 130 I 71; 131 I 166), jetzt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 BGG vor BGER gegenüber Gemeinden oder Kantonen durchgesetzt werden kann, bezweckt eine gewisse ausgleichende Gerechtigkeit: Ganz allgemein sollen Bedürftige vor dem Absturz in eine Hungerexistenz bewahrt, soll ihnen grundsätzlich ein Leben ermöglicht werden, welches die «Ausübung der wirtschaftlichen, politischen, sozialen und kulturellen Rechte» gestattet (Präambel des UNO-Paktes II und des UNO-Paktes I).
- 12 Die Umschreibung der Ansprüche aus Art. 12 bedeutet nicht, dass Nothilfe ein geldmässig umschriebenes *Existenzminimum* gewährt (J.P. MÜLLER, Grundrechte, 171 f.), sondern Art. 12 umfasst nur eine auf die konkreten Umstände zugeschnittene, minimale individuelle, zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Hilfe in materieller, medizinischer und psychologischer Hinsicht. Sie soll auf das absolut Notwendige beschränkt sein und konkret die vorhandene Notlage beheben (HARTMANN, Chronologie, 418). Wie das zu geschehen hat, entscheidet sich aufgrund des kantonalen Rechts, der konkreten Situation sowie der individuellen Bedürfnisse (BGE 131 I 181 ff. E. 8.1–8.3).
- 13 Nothilfe i.S. des Art. 12 ist enger als die von den Kantonen gemäss Art. 115 zu erbringende Sozialhilfe, die streng von Art. 12 zu trennen ist (vgl. BGER 2P.251/2003) und die im Gegensatz zur Nothilfe eine (umfassendere «grosse») Fürsorge meint. Das wird in der Rechtsprechung nicht immer klar unterschieden

(vgl. z.B. BGE 130 I 75 f. E. 4.3, m.H.; BGer 2P.275/2003, E. 5.1 und 5.2). Anders als die Sozialhilfe hat Nothilfe von Verfassung wegen lediglich das zu leisten, was zur Vermeidung von Hunger, Kälte, Krankheit oder einer Bettelexistenz notwendig ist. Sie muss daher sowohl betragsmässig als im Besonderen in Bezug auf allfällige Folgen für unbotmässiges Verhalten (z.B. Nichtbeachten von Bedingungen oder von Mitwirkungspflichten, Eigenverschulden) von der («gros-sen») Sozialhilfe i.S. des kantonalen Rechts abgegrenzt werden.

IV. Anspruchsvoraussetzungen

Um Ansprüche aus Art. 12 geltend machen zu können, sind zwei Voraussetzun- 14
gen erforderlich: Vorliegen einer Notlage und Unmöglichkeit der Selbsthilfe.

1. Vorliegen einer Notlage

Das Vorliegen einer *Notlage* materieller oder immaterieller Art, sei sie vorüber- 15
gehender oder dauernder Natur, ist unabdingbar, aber auch genügend, um auf den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch des Art. 12 greifen zu können, wobei die Abklärung von Amtes wegen zu erfolgen hat (vgl. UEBERSAX, Rechts-
sprechung, 38).

Diese Voraussetzung ist nur dann gegeben, wenn objektiv keine Möglichkeit 16
besteht, das für ein Überleben Notwendige selbst zu beschaffen.

Das bedeutet, dass, bevor Leistungen aus Art. 12 beansprucht werden können, 17
rechtskräftig bestehende und fällige Leistungen aus den *Sozialversicherungen* in Anspruch zu nehmen sind. Die bedürftige Person ist demnach verpflichtet, sich rechtzeitig durch Anmeldung um solche Leistungen zu bemühen. Tut sie das nicht, hat je nach kantonalen oder eidgenössischer Gesetzgebung die zuständige Behörde die Befugnis, eine Anmeldung vorzunehmen (vgl. Art. 76 VO über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 [AHVV, SR 831.101]; Art. 84 und 85^{bis} IVV; vgl. BGE 131 V 242 ff.). Ansprüche aus Sozialversicherungen gehen sowohl der Sozial- wie insb. auch der *Nothilfe* i.S.v. Art. 12 vor, wobei aber auch hier infolge der oftmals langen Dauer der Entscheidung Sozialhilfe oder zumindest Überbrückungs-Nothilfe i.S. des Art. 12 vorzu-
leisten sein wird.

Das in Art. 12 enthaltene *Subsidiaritätsprinzip* verlangt grundsätzlich auch die 18
vorgängige Inanspruchnahme von *Verwandtenunterstützung*. Art. 328 ZGB sieht die Unterstützungspflicht der Eltern und der Kinder ausdrücklich vor, während

jene gegenüber Geschwistern weggefallen ist. In der Praxis erweist sich freilich die Durchsetzung der Verwandtenunterstützung v.a. in zeitlicher, aber auch in materieller Hinsicht oft als schwierig (vgl. die kritische Einstellung von T. KOLLER, Basler Komm. zu Art. 328/329 ZGB, Rz. 3 ff.). I.d.R. wird denn auch zunächst das Gemeinwesen in Anspruch genommen, das bis zur Abklärung einer eventuellen Verwandtenunterstützungspflicht aufgrund seiner Fürsorgepflicht nach den kantonalen Fürsorgegesetzen oder aber zumindest i.S.v. Art. 12 (vor-)leistungspflichtig ist. Die Leistungen nach Art. 328/329 ZGB setzen voraus, dass die unterstützungspflichtigen Verwandten sich in «günstigen Verhältnissen» befinden, wobei die Definition dieses Begriffs recht schwierig, weil abhängig von den konkreten Umständen der Pflichtigen ist (vgl. nunmehr BGE 132 III 97 ff., m.H. auf das Minimum in E. 2.2 und das Maximum in E. 2.3 101 f.).

- 19 Auf die *Gründe der Notlage* kommt es nicht an, denn anders würde die Garantie des von Art. 12 garantierten minimalen Anspruchs u.U. unterlaufen oder gar zunichte gemacht (BGE 122 I 193; 121 I 367), wie die Entwicklung etwa im Asylwesen aufzeigt (BGE 131 I 173 ff. E. 4, m.H.; vgl. REUSSER/OBRIST-SCHIEDEGGER, Theorie und Praxis, 61 ff.; SCHERTENLEIB, Sozialhilfestopp, 73 ff.; AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, 17 f.). Lehre und neuestens auch die Rechtsprechung sind sich einig: Schuldhaftes Verhalten darf weder beim Entstehen des Anspruchs noch beim Fortbestand der Notlage eine Rolle spielen (vgl. BGE 131 I 172 E. 3.1; 130 I 75 E. 4.1; 122 II 199 E. 3a; 121 I 367; J.P. MÜLLER, Grundrechte, 178 f.; SCHEFER, Grundrechte Ergänzungsbd., 114; AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, 17 f., 24 f.). Anspruch und *Kernbereich* dieses Menschenrechts auf Befreiung aus einer Notlage fallen zusammen. Es handelt sich bei den Leistungen des Art. 12 um das letzte «Netz», das insb. auch nicht durch den Zwang zu *Gegenleistungen* (Arbeiten in Beschäftigungsprogrammen oder Taglohnprogrammen, regelmässige Vorsprache und Beweis von Arbeitssuche, vgl. anders BGE 130 I 75 E. 4.1; 122 II 198 E. 2c/ee; 121 I 377 E. 3b und 3d) oder durch die Berufung auf *Rechtsmissbrauch* aufgehoben werden darf (vgl. AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, 24 ff.; UEBERSAX, Rechtsprechung, 20 f.; J.P. MÜLLER, Grundrechte, 178 f.; BGE 131 I 178 f. E. 6.3 f. vgl. auch hinten, Rz. 23 f.).
- 20 Die *Sozialhilfe* wie die Nothilfe wird primär von den Kantonen aufgrund ihrer Sozialhilfegesetze, sekundär vom Bund gestützt auf das AsylG, das AuG oder allenfalls gestützt auf das ASFG direkt oder indirekt, über Subventionen erbracht. Doch Sozialhilfeeleistungen liegen prinzipiell über dem von Art. 12 garantierten absoluten Minimum; sie können insb. auch Mittel für kulturelle Zwecke (Schulbildung, Anspruch auf Lektüre, Kinobesuche usw.) und die Kommunikation (Radio, Fernsehen) mitumfassen (TECKLENBURG, Verhältnis, 89 f.; J.P. MÜLLER, Grundrechte, 172 f.).

2. Eigenverantwortung und das Prinzip der Subsidiarität

Wer *nicht selbst in der Lage* ist, für sich zu sorgen, kann aus Art. 12 einen individuellen, gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Hilfe, Beratung und Betreuung für sich und auf die Mittel herleiten, die er oder sie für eine menschenwürdige Existenz als *Überbrückungshilfe* oder auf Dauer benötigt. Als weitere Anspruchsvoraussetzung ist daher erforderlich, nicht aus eigenen Kräften die Notlage beheben zu können. Die in Art. 12 gewählte Formulierung verweist somit auf den die nachgeführte Verfassung bestimmenden Grundsatz der *Eigenverantwortlichkeit* i.S. einer Eigensorge oder der *Subsidiarität* (vgl. insb. Art. 6, 41 Abs. 1). Ein *Rechtsanspruch* auf Leistungen i.S.v. Art. 12 ist somit grundsätzlich erst gegeben, wenn die eigenen Möglichkeiten zur Selbsthilfe, mit Einschluss der eigenen *Arbeitsfähigkeit*, ausgeschöpft sind. Mögliche andere Hilfen von Dritten, die – wie etwa von Hilfswerken – weder rechtlich noch vertraglich begründet sind, können aber nicht an die Stelle der staatlichen Nothilfe treten (zu weitgehend daher die nicht näher begründete Meinung des BGer im Entscheid 2P.218/2003, ZBJV 2004, 543; verwirrt auch BGE 131 I 175 E. 4.5, s. demgegenüber 173 E. 3.2, aber wieder 174 E. 4.3). Die Tatsache, dass Dritte – v.a. Hilfswerke, Kirchen usw. – bei Notlagen Einzelner Hilfe leisten, lässt den Anspruch auf staatliche Nothilfe i.S. des Art. 12 nicht wegen des Subsidiaritätsprinzips untergehen, umso weniger, als die verfassungsrechtlichen Minimalansprüche sich ohnehin an der Grenze zur Menschenwürde bewegen (vgl. HAN-GARTNER, Bemerkungen, 1149).

Möglichkeiten der Selbsthilfe sind der Einsatz allfälliger eigener Vermögenswerte, die Verwertung der *eigenen Arbeitskraft*, allerdings stets unter der Voraussetzung der Zumutbarkeit mit Blick auf die Persönlichkeit und Gesundheit der Betroffenen sowie der Chancen im Wirtschaftsleben (vgl. z.B. alleinerziehende Mütter mit Kleinkindern, denen nicht unter Hinweis auf ihre Arbeitsfähigkeit die Sozialhilfe [und erst recht nicht die Nothilfe] verweigert werden dürfte, falls ihnen von der öffentlichen Hand keine Alternativen [z.B. Krippenplätze, zumutbare Arbeitsplätze] angeboten werden).

Zwar ist es nicht abwegig, arbeitsfähigen Hilfsbedürftigen die Möglichkeit eigener Betätigung mit entsprechender Entlohnung anzubieten; doch soweit diese Angebote als *Voraussetzung für Hilfe in Notlagen* ausgestaltet sind mit der Folge der Streichung oder auch nur der Herabsetzung dieser minimalen Hilfe bei Nichtannahme, läge nicht nur eine Verletzung des *Rechts auf persönliche Freiheit* vor (vgl. Art. 27 Abs. 2: Garantie freier Berufsausübung; vgl. BGer 2P.25/1998; J.P. MÜLLER fordert mit Recht grösste Zurückhaltung [Grundrechte, 179 f.]; auch AMSTUTZ, Existenzsicherung, 159), sondern auch eine Verletzung von Art. 12. In Lehre und neuester Rechtsprechung (BGE 130 I 71; BGer 2P.147/2002; 2P.7/2003; 2P.275/2003; BGE 131 I 166 ff.) wird grundsätzlich

anerkannt, dass zwar mit dem Zweck der Existenzsicherung i.S. der *Sozialhilfe* die Problematik der *sozialen oder beruflichen Integration* verbunden ist, dass m.a.W. der Anspruch auf Sozialhilfe mit der Pflicht auf Arbeit, d.h. zumindest der Teilnahme an sog. Integrationsprogrammen oder andern Massnahmen mit Leistungspflicht, verbunden werden darf, dies trotz der (berechtigten) Befürchtung, dass damit grundsätzlich unwürdige *soziale Kontrolle* und Disziplinierung der Not leidenden Menschen verbunden werde (vgl. PÄRLI, Aspekte, 49 f.). Doch ist die Meinung der Lehre einhellig, dass jedenfalls *Nothilfe* nicht mit solchen und anderen «Gegenleistungs-Pflichten» der Notleidenden verbunden werden darf (SCHEFER, Grundrechte Ergänzungsbd., 178 ff., m.H.; AMSTUTZ, Existenzsicherung, 168 ff.; DIES., Anspruchsvoraussetzungen, 20 ff.; nunmehr auch klar BGE 131 I 166 ff.). Dies beruht m.E. mit Recht auf dem Gedanken, dass die Verfassung allen Menschen eine Reihe von Grundrechten zugesteht, auf die sie allein aufgrund ihres Menschseins Anspruch haben. Dazu gehört insb. der *voraussetzungslos* geschuldete Anspruch auf (Minimal-)Hilfe in aktueller Not. Dieser Anspruch ist unabdingbar mit der Würde der betroffenen Menschen verbunden. Er kann – wie vorne in Rz. 19 erwähnt – weder wegen schuldhaften Verhaltens noch aus andern persönlichen oder gar sachfremden Gründen verweigert werden, die subjektiv oder objektiv ein bestimmtes Verhalten der betroffenen Menschen voraussetzen. Nach der neuesten, zutreffenden Auffassung des BGr geht es denn auch nicht an, Weisungen, Auflagen oder Bedingungen an die Ausrichtung der erforderlichen Minimal-Nothilfe zu knüpfen, soweit diese nicht darauf gerichtet sind, die verfassungsmässige Ausübung des Grundrechts selbst zu sichern (BGE 131 I 175 f. E. 4.4. und 4.5 bezüglich Personen ohne Anwesenheitsrecht).

- 24 Andererseits liegt auf der Hand, dass die heutige Gesellschaft von der Vorstellung der *Eigenverantwortung* eines jeden Menschen ausgeht und auch – gestützt auf eine traditionell noch vorhandene *Arbeitsethik* – davon, dass es zur Würde eines Menschen gehört, soweit dies möglich und zumutbar ist, sich mit eigener Arbeit das zum Leben Notwendige zu verdienen. Insofern berühren sich die modernen Integrationsbestrebungen im Sozialhilferecht mit der Menschenwürde der arbeitsfähigen Betroffenen, grenzen aber zugleich jene Personen aus, die dieser Vorstellung nicht entsprechen oder nicht entsprechen wollen. Voraussetzung muss indessen – neben dem Blick auf die Erfüllung des Zwecks von Art. 12 (BGE 131 I 175 E. 4.4., m.H. – stets sein, dass die Frage der *Zumutbarkeit* solcher Massnahmen differenziert angegangen, nicht eng verstanden und interpretiert wird, sondern dass auch diesbezüglich der Persönlichkeit der Betroffenen Rechnung getragen wird. Selbst bei anscheinend ungerechtfertigter Weigerung der betroffenen Person, eine zumutbare Tätigkeit anzunehmen, in einem Beschäftigungsprogramm mitzumachen oder an der Ausweisung mitzuwirken, stünde jedenfalls eine Streichung oder erhebliche Herabsetzung des minimalen

Anspruchs aus Art. 12 – selbst für eine begrenzte Zeit – dem Gebot der Menschenwürde und dem Recht auf persönliche Freiheit entgegen (vgl. BGE 131 I 171 E. 2.3, 176 E. 5, 181 E. 7.3; 122 II 199 E. 3a, m.H.).

Der Einsatz der eigenen *Arbeitskraft* setzt *Zumutbarkeit* voraus, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung i.S. des Art. 16 Abs. 2 AVIG auszulegen ist (BGE 130 I 77 f. E. 5.3; BGer 2P.275/2003; 2P.251/2003; auch RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 149 f. unter Verweis auf WOLFFERS, Sozialhilferecht, 109 f.). Zumutbar ist daher nur eine Arbeit, die den berufs- und ortsüblichen arbeitsvertraglichen Bedingungen entspricht, die angemessen auf die Fähigkeiten oder die bisherige Tätigkeit der Betroffenen Rücksicht nimmt und die dem Alter, den persönlichen Verhältnissen und dem Gesundheitszustand angemessen ist. Unzulässig wäre von vorneherein eine Überforderung, zulässig ist jedoch nach der geltenden strengeren Praxis eine Unterforderung. 25

Will man Sozialhilfeempfänger/innen (nicht Nothilfeempfangende) auf den *Arbeitsmarkt* verweisen, setzt das voraus, dass dieser tatsächlich in der Lage ist, grundsätzlich arbeitsfähige und willige Personen – selbst Aussenseiter oder psychisch oder körperlich Behinderte oder zeitlich nur begrenzt einsetzbare Alleinerziehende (Teilzeitarbeit) – einzugliedern und dass auch genügend Arbeitsplätze angeboten werden. Ausgeschlossen ist m.E. der Verweis auf die eigene Arbeitskraft oder die Arbeitskraft von Familienangehörigen insb. im Zusammenhang mit dem Problem der sog. «Working Poor». Diese Menschen dürften nicht von der Sozialhilfe und schon gar nicht von der Nothilfe ausgeschlossen werden mit der Begründung, sie oder ihre Ehepartnerinnen bzw. Ehepartner könnten zusätzlich zu einer vollzeitlichen, aber schlecht entlöhnten Arbeit oder zu besonderen Familienpflichten (Pflege) noch Nebenbeschäftigungen nachgehen (vgl. GILLIAND, Pauvreté, 180 ff. und 190 ff.; Caritas, Working Poor, passim). *Subsidiarität* darf nicht zu Überforderung, zu gesundheitlicher Gefährdung und zur Missachtung des Anspruchs auch finanziell bedürftiger Menschen auf Frei- und Ruhezeit führen. 26

Im Bereich der *Nothilfe* als minimaler Überlebenshilfe sind daher *Sanktionen* durch Entzug oder Herabsetzung des Anspruchs ebenso wenig möglich wie die Berufung auf *Rechtsmissbrauch*, der zudem «offenkundig» sein müsste (Art. 2 Abs. 2 ZGB; zu Schuldlosigkeit vgl. BGE 121 I 367 ff.; 122 II 198 E. 2c/ee; 131 I 182 E. 6.3 f., m.H.; HARTMANN, Chronologie, 419 und 421; J.P. MÜLLER, Grundrechte, 178 f.; UEBERSAX, Rechtsprechung, 39 und 43, m.w.H.; AMSTUTZ, Existenzsicherung, 135 ff. und 310 ff.; DIES., Anspruchsvoraussetzungen, 24 ff.; RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 149 f. und 156 f.; vgl. auch vorne, Rz. 19). Allfälliges Fehlverhalten, Obstruktion oder mangelnde Kooperation bezüglich Ausreise (bei abgewiesenen Asylsuchenden und solchen mit Nichteintretensentscheiden) oder bezüglich der Mitwirkung in Arbeitsprogrammen trotz 27

nachsuchenden Person wirtschaftlich abhängig ist und eine gegenseitige Unterstützung nicht oder höchstens ungenügend möglich ist.

- 34 In welchem Umfang Hilfe Not tut, lässt sich nicht generell festhalten. Es kommt stets auf die *konkrete Situation* an (BGE 124 I 2 E. 2a; 131 I 181 ff. E. 8). Entscheidend ist, wie auch das BGer bereits vor Erlass des Art. 12 zur Sozialhilfe festgestellt hat (BGE 121 I 367), was aber auch grundsätzlich für die Nothilfe gelten kann, dass jeder Mensch Nahrung, Kleidung, Wohnung und auch eine den Verhältnissen angepasste Einrichtung dieser Wohnung, v.a. warmes Wasser und genügende Heizung, haben muss. Dazu gehört aber grundsätzlich auch die Möglichkeit, Versicherungsprämien zumindest für die obligatorischen Sozialversicherungen leisten und bei Bedarf ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen zu können oder – was freilich unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Freiheit fragwürdig sein mag – sogar zu müssen (BGer 2P.207/1997, E. 2a und 3 zur Frage der Zwangsmedikation; UEBERSAX, Rechtsprechung, 35 f.; vgl. auch z.B. Art. 21 Abs. 2 IVG, Art. 2 Abs. 1 der VO über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung vom 29. November 1976 [HVI, SR 831.232.51]). Unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten müssen dazu auch die i.d.R. der allgemeinen Sozialhilfe vorbehaltenen Mittel für die Kommunikation mit der Umwelt (Telefon, allenfalls Fernsehen) in einem minimalen Umfang zählen, dazu wohl auch die Mittel zur Führung von nicht aussichtslosen Prozessen mit Hilfe der *unentgeltlichen Rechtspflege* (Art. 29 Abs. 3; vgl. BGE 124 I 97 ff.). Sind die Mittel für die Deckung solcher Bedürfnisse nicht aus eigenen Kräften aufzubringen, hat die Öffentlichkeit mit der Übernahme der entsprechenden Kosten einzugreifen.
- 35 Das BGer hat immer wieder festgehalten, bedürftig sei, wer aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse objektiv nicht in der Lage sei, den für sich und seine Familie *notwendigen Lebensbedarf* zu decken (BGE 124 I 97, m.H.). Diese Rechtsprechung, die zur Frage der unentgeltlichen Rechtspflege erging, kann allerdings nicht unbesehen auf die Ansprüche aus Art. 12 übertragen werden. Nothilfe im Sinne dieser Bestimmung ist weniger grosszügig zu verstehen. Sie ist eine blosse Überlebenshilfe mit Minimalansprüchen und umfasst daher nur ein unabdingbares Minimum (dieses Minimum wird mit der neuen «Kategorisierung» der Bedürftigengruppen zulasten von Asylsuchenden auf fragwürdige Weise noch verstärkt betont, vgl. BGE 131 I 181 f. E. 8.2; BGer 2P.218/2005; vgl. vorne, Rz. 8). Im Rahmen des Art. 12, wo von «Notlage» gesprochen und zudem das Subsidiaritätsprinzip betont wird, dürfte der Umfang der Hilfe für die Beschaffung der für ein menschenwürdiges Überleben erforderlichen Mittel daher weit unter dem liegen, was z.B. mit der («grossen») Sozialhilfe erbracht wird (PÄRLI, Auswirkungen, 103 ff.; C. TSCHUDI, Sanktionen, 130 ff.). Gerade weil es sich bei dieser Minimalhilfe i.S.v. Art. 12 um ein Minimum handelt, ist sie stets am *Grundrecht der Menschenwürde* zu messen. Beachtet man zudem,

dass Bedürftige in einem Umfeld von Wohlstand und Konsum leben und dass auch die Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben zur Menschenwürde gehört, wäre es wünschenswert, die Grenze der Nothilfe trotz allem nicht allzu eng zu ziehen (vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte, 171).

VII. Arten der Hilfe

Die in Art. 12 festgeschriebene Hilfe wird in erster Linie als finanzielle verstanden. 36 Doch die Verfassungsbestimmung spricht auch von «*Betreuung*». Die Rechtsprechung hat sich mit der Bedeutung dieses Begriffs bisher nicht befassen müssen. Dem Sinn und Zweck des Art. 12 dürfte indes entsprechen, dass konkrete Überlebenshilfe auch darin bestehen kann, den von einer Notlage Betroffenen sowie ihrer Familie zunächst konkrete (Lebens-)Beratung und Betreuung zu gewähren (vgl. OGer ZH AL.2004.00610, plädoyer 3/2006, 78 ff., zur Aufklärungspflicht; AMSTUTZ, Existenzsicherung, 256 ff.). Dazu gehören z.B. neben Familien-, Berufs- oder Schuldenberatung auch Obdachlosenhilfe, Informationen über Rechtsansprüche, über deren Durchsetzungsmöglichkeiten usw. Insb. im Falle der Menschen ohne Aufenthaltsrecht ist Überlebens-Beratung unumgänglich, um sie von der Strasse fernzuhalten. Solche beratende oder begleitende, betreuende Hilfe im Zusammenhang mit finanzieller staatlicher Nothilfe dürfte vor allem, aber nicht nur, in Sachverhalten anzubieten sein, die noch nicht Anlass zu eigentlichen vormundschaftlichen Massnahmen geben, die aber im Grenzbereich dazu liegen, und vor allem auch für Menschen, die nur vorübergehend und völlig fremd, recht- und schutzlos hier leben (z.B. Asylsuchende, Schwarzarbeitende).

Die Leistungen können, soweit sie finanzieller Natur sind, auch *in natura* erbracht werden. 37 Das mag in bestimmten Fällen sinnvoll, vielleicht sogar sinnvoller sein als Geldleistungen; sie dürfen aber nie schikanös oder diskriminierend und damit herabsetzend ausgestaltet werden. Das heisst z.B. die Kennzeichnung von Chips oder von Gutscheinen als Nothilfe oder auch deren Eingrenzung bezüglich der Einlösungsmöglichkeiten wäre m.E. verfassungswidrig, da die persönliche Würde der Betroffenen durch die Offenlegung ihrer Fürsorgeabhängigkeit verletzt würde (vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte, 172 f.).