

# Hilfe in Notlagen nur bei Anwesenheit in der Notunterkunft? Zum Recht auf Nothilfe von weggewiesenen Asylsuchenden

Prof. Dr. iur. *Daniel Moeckli* und Prof. Dr. iur. *Regina Kiener*,  
Universität Zürich\*

## Inhaltsverzeichnis

---

I.	Einleitung .....	507
II.	Rechtliche Qualifikation der Anwesenheitspflicht .....	509
	1. Selbständige Anwesenheitspflicht .....	509
	2. Anwesenheit als Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe .....	511
	a) Organisatorische Modalität .....	511
	b) Einzelakt: Verfügung oder Nebenbestimmung .....	513
	c) Erlass .....	515
III.	Gesetzliche Grundlage für die Verknüpfung von Nothilfe und Anwesenheitspflicht. ...	516
IV.	Zulässigkeit der Verknüpfung von Nothilfe und Anwesenheitspflicht. ....	518
	1. Vereinbarkeit mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen .....	518
	a) Grundsatz .....	518
	aa) Anspruchsvoraussetzungen .....	519
	bb) Umfang und Art der Hilfe sowie Zuständigkeiten .....	520
	cc) Schranken, Verwirkung und Auflagen bzw. Bedingungen .....	521
	b) Zulässigkeit der Verknüpfung .....	522
	aa) Zulässigkeit von Verknüpfungen im Allgemeinen .....	523
	bb) Zulässigkeit der Verknüpfung im vorliegenden Fall .....	524
	2. Vereinbarkeit mit dem Recht auf Bewegungsfreiheit und dem Recht auf soziale Kontakte .....	528
	a) Recht auf Bewegungsfreiheit .....	528
	b) Recht auf soziale Kontakte .....	529
	c) Vorliegen eines Eingriffs .....	529
	d) Vorliegen der Voraussetzungen einer rechtmässigen Grundrechtseinschränkung .....	530
V.	Zusammenfassende Würdigung .....	532

## I. Einleitung

Einige Kantone haben in letzter Zeit die Modalitäten der Ausrichtung von Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende verschärft<sup>1</sup>. Die Frage nach den rechtlichen Gren-

\* Der vorliegende Beitrag beruht auf einem für ein Zürcher Anwaltskollektiv erstellten Gutachten. Für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Gutachtens danken wir unseren Mitarbeiterinnen Sandra Bienek, MLaw, Danielle Breitenbücher, Rechtsanwältin, MLaw, Alessandra Chies, MLaw und Christine Tramontano, Rechtsanwältin, MLaw.

zen solcher Verschärfungen ist bislang kaum diskutiert worden. Der vorliegende Beitrag untersucht diese Frage am Beispiel des Nothilferegimes bei weggewiesenen Asylsuchenden des Kantons Zürich, das per 1. Februar 2017 geändert wurde.

Asylsuchenden mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid wird im Kanton Zürich vom Kantonalen Sozialamt eine Notunterkunft zugeteilt, in der die Nothilfe gewährt wird. Diese Notunterkünfte werden von der ORS Service AG betrieben. Die Gewährung der Nothilfe erfolgt im Allgemeinen in der Form von Sachleistungen, für Nahrungsmittel wird ein Betrag von Fr. 8.50 pro Tag bar ausgezahlt. Bis zum 31. Januar 2017 erfolgte die Ausrichtung dieser Geldleistung, die an keine Voraussetzungen geknüpft war, dreimal wöchentlich. Seit dem 1. Februar 2017 wird die finanzielle Nothilfe fünfmal pro Woche ausbezahlt. Für die Auszahlung wird nun vorausgesetzt, dass der Bezüger bzw. die Bezügerin (1) für den betreffenden Tag bei der zweimal täglich (morgens und abends) stattfindenden Präsenzkontrolle seine bzw. ihre Anwesenheit in der Notunterkunft mittels Unterschrift bestätigt (nachfolgend «Meldepflicht») und (2) in der Notunterkunft übernachtet hat (nachfolgend «Übernachtungspflicht»). In einigen Notunterkünften wurden die Asylsuchenden mit Merkblättern, welche den Briefkopf des Kantonalen Sozialamts tragen und von den Asylsuchenden unterschrieben werden mussten, über diese Praxisänderung informiert, in anderen Unterkünften erfolgte die Information mittels Aushängen. Die ORS Service AG überprüft die Anwesenheit der Nothilfebezügerinnen und Nothilfebezüger und entscheidet über die Ausrichtung der täglichen Geldleistungen<sup>2</sup>.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies eine gegen diese Änderung des Nothilferegimes gerichtete Beschwerde mit Urteil vom 27. Oktober 2017 ab. Zur Begründung führte das Gericht aus, das Merkblatt, mit dem der Beschwerdeführer über die neuen Auszahlungsvoraussetzungen informiert worden war, sei nicht als anfechtbare Verfügung zu betrachten<sup>3</sup>.

Zur Beurteilung der Rechtmässigkeit des geänderten Nothilferegimes muss zunächst die Melde- und Übernachtungspflicht, die im Folgenden zusammenfassend als «Anwesenheitspflicht» bezeichnet wird, rechtlich qualifiziert werden (II.). Sodann gilt es zu erörtern, ob die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft einer gesetzlichen Grundlage bedarf (III.). Schliesslich muss beurteilt werden, ob diese Verknüpfung – unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage – mit dem

- 1 Im Kanton Genf z.B. erfolgt die Ausrichtung von Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende seit dem 1. März 2018 nur noch unter der Voraussetzung, dass diese sich regelmässig beim Service asile et rapatriement de l'aéroport, d.h. der für Ausschaffungen zuständigen Behörde, melden. Siehe dazu *Luca di Stefano*, Requérents déboutés poussés au poste de police, Tribune de Genève, 22. März 2018.
- 2 Für eine zusammenfassende Beschreibung der Änderungen des Nothilferegimes siehe Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, Ziff. I.C.
- 3 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, E. 6.

Recht auf Hilfe in Notlagen und dem Recht auf Bewegungsfreiheit bzw. dem Recht auf soziale Kontakte vereinbar ist (IV).

## II. Rechtliche Qualifikation der Anwesenheitspflicht

In Bezug auf die rechtliche Herleitung der Pflicht zur Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft stellt sich zunächst die Frage, ob rechtskräftig weggewiesene Asylsuchende bereits unabhängig von der Geltendmachung finanzieller Nothilfe einer solchen Pflicht unterliegen (1.). Alternativ könnte eine solche Anwesenheitspflicht insoweit bestehen, als sie eine Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe darstellt (2.).

### 1. Selbständige Anwesenheitspflicht

Eine selbständige Anwesenheitspflicht könnte sich daraus ergeben, dass sie als impliziter Bestandteil eines *besonderen Rechtsverhältnisses* zu verstehen ist. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung befinden sich Asylsuchende gegenüber den Behörden in einem besonderen Rechtsverhältnis und haben deshalb gewisse Einschränkungen ihrer Freiheit hinzunehmen. Das Bundesgericht hat sich dementsprechend auf den Standpunkt gestellt, dass die in einem Empfangszentrum geltenden Betriebsvorschriften und die entsprechenden Anweisungen des Personals nicht von vornherein und in jedem Fall in grundrechtlich geschützte Bereiche fallen<sup>4</sup>. In späteren Urteilen scheint das Bundesgericht diesen Grundsatz auf weg-gewiesene Asylsuchende, die sich in Notunterkünften aufhalten, ausgedehnt zu haben<sup>5</sup>. Für sich allein genommen stellt die blosser Unterbringung in einer Notunterkunft demnach keinen Eingriff in die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV dar.

Je restriktiver die Modalitäten der Unterbringung geregelt werden, umso eher sind aber die elementaren Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung berührt und ist damit auch der Schutzbereich der persönlichen Freiheit betroffen<sup>6</sup>. In Bezug auf die sich hier konkret stellende Frage hat das Bundesgericht klargemacht, dass die Reglementierung der Ausgangsmöglichkeiten in Asylunterkünften einen nicht unerheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt<sup>7</sup>. Dies gilt insbesondere dann, wenn solche Anwesenheitspflichten länger als ein paar Tage zur Anwen-

4 BGE 128 II 156 E. 3b S. 163 f.

5 BGE 139 I 272 E. 3.4 S. 277; 133 I 49 E. 3.2 S. 57.

6 *Markus Schefer/Vanessa Rüegger*, Geschlossene Asylunterkünfte, Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen, Jusletter 4. Mai 2015, Rz. 107 für Asylunterkünfte im Allgemeinen.

7 BGE 128 II 156 E. 3b S. 164: «[...] une atteinte non négligeable à la personnalité et à la liberté du requérant d'asile.»

derung kommen<sup>8</sup>. Wenn sich weggewiesene Asylsuchende – wie es die Regel ist – während mehreren Wochen, Monaten oder sogar Jahren in Notunterkünften aufhalten, stellt eine Aufenthaltspflicht einen erheblichen Eingriff in ihre persönliche Freiheit dar. Ein solcher Eingriff ist von vornherein nur zulässig, soweit er auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage beruht, die den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV entspricht.

Im *Bundesrecht* findet sich keine entsprechende Grundlage für eine Pflicht weggewiesener Asylsuchender, zu bestimmten Zeiten in Notunterkünften anwesend zu sein. Die Verordnung des EJPD über den Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich vom 24. November 2007<sup>9</sup>, die in Art. 11 f. Regelungen zum Ausgang enthält, gilt gemäss ihrem Art. 1 nur für *vom Bund* betriebene Unterkünfte. Art. 28 AsylG<sup>10</sup> betrifft nur die Unterbringung Asylsuchender während des *laufenden* Asylverfahrens<sup>11</sup>. Art. 82 Abs. 4 AsylG sieht vor, dass die Kantone den Ort der Ausrichtung der Nothilfe bezeichnen, enthält hingegen keine Pflicht für Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, sich dort aufzuhalten. Schliesslich ergibt sich eine solche Pflicht auch nicht aus Art. 74 AuG<sup>12</sup>. Die Bestimmung ermächtigt die kantonalen Behörden unter gewissen Voraussetzungen zur Anordnung der Auflage, ein bestimmtes Gebiet nicht zu verlassen (sogenannte «Eingrenzung»). Eine Eingrenzung kann aber nur im Einzelfall von der dafür zuständigen Behörde im vorgesehenen Verfahren angeordnet werden.

Auch aus dem *kantonalen Recht* ergibt sich keine selbständige Anwesenheitspflicht. § 5 c SHG/ZH<sup>13</sup> statuiert nur den Grundsatz, dass ausländische Personen ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz (bloss) einen Anspruch auf Nothilfe haben (Abs. 1) und ermächtigt den Regierungsrat, Bestimmungen über Art und Umfang der Nothilfe sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren zu erlassen (Abs. 3). Die gestützt darauf ergangene Nothilfeverordnung<sup>14</sup> enthält ebenfalls keine Pflicht zur Anwesenheit in einer Notunterkunft. § 2 Abs. 1 Nothilfeverordnung bestimmt lediglich, dass die Nothilfe in der Regel in dafür bezeichneten Unterkünften gewährt wird, während § 6 Abs. 1 festhält, dass das Kantonale Sozialamt eine Kontrolle über die Personen führt, denen eine Unterkunft zugewiesen worden ist. Dass die Nothilfe nur in der zugewiesenen Notunterkunft gewährt wird, impliziert noch keine Pflicht, sich ständig oder zu bestimmten Zeiten dort aufzu-

8 BGE 128 II 156 E. 2c u. 3 S. 161 ff.

9 SR 142.311.23.

10 Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31.

11 *Constantin Hruschka*, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar. Schweizerisches Ausländergesetz (AuG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 4. Aufl., Zürich 2015, N 1 zu Art. 28.

12 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20.

13 Sozialhilfegesetz vom 14. Juni 1981 (SHG), LS 851.1.

14 Verordnung über die Gewährung von Nothilfe an Personen ohne Aufenthaltsrecht vom 24. Oktober 2007 (Nothilfeverordnung), LS 851.14.

halten. § 6 Abs. 2 Nothilfeverordnung bestimmt in allgemeiner Weise, dass die mit der Führung der Notunterkünfte betrauten Personen für die Aufrechterhaltung der Ordnung in den Unterkünften sorgen, enthält aber keinerlei Hinweise auf eine Pflicht zur Anwesenheit. Im Gegenteil ergibt sich aus der Muster-Hausordnung der ORS Service AG, dass auch Abwesenheiten, die länger als einen Tag dauern, erlaubt sind, sieht die Hausordnung doch vor, dass in solchen Fällen zur Sicherstellung der Erreichbarkeit eine gültige Adresse sowie eine Telefonnummer hinterlegt werden muss.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für weggewiesene Asylsuchende keine selbständige, unabhängig vom Bezug von Nothilfe geltende Pflicht zur Anwesenheit in der ihnen zugewiesenen Notunterkunft zu bestimmten Zeiten besteht.

## 2. Anwesenheit als Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe

Eine Pflicht zur Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft könnte folglich nur insoweit bestehen, als sie rechtmässig als Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe verankert worden wäre. Dabei könnte die durch die Merkblätter bzw. Aushänge erfolgte Verknüpfung der Gewährung finanzieller Nothilfe mit der Anwesenheit in der Notunterkunft wie folgt verstanden werden: (a) als bloss organisatorische Modalität der Ausrichtung der Nothilfe, die formlos ergehen kann; (b) als eine Verfügung oder eine Nebenbestimmung einer Verfügung (Bedingung oder Auflage); oder (c) als eine in Erlassform zu ergehende generell-abstrakte Regelung der Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Nothilfe.

### a) Organisatorische Modalität

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich kam zum Schluss, die im fraglichen Merkblatt enthaltene Regelung sei eine bloss organisatorische Anordnung, mit der die Auszahlung der Nothilfe an die Nothilfeberechtigten sichergestellt werden solle<sup>15</sup>. Sie sei – wie etwa die Zu- oder Umteilung eines Nothilfeempfängers an eine Unterkunft des Kantons oder einer Gemeinde – «zumindest nicht primär auf eine bestimmte Rechtsfolge ausgerichtet» und stelle somit einen Realakt dar, der formlos ergehen könne<sup>16</sup>. Das Merkblatt diene der Information über die Änderung der organisatorischen Modalitäten und entfalte keine Rechtswirkungen<sup>17</sup>.

15 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, E. 3.

16 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, E. 3.6.

17 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, E. 3.4, 3.8.

Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung zwischen Realakt und förmlichem Rechtsakt ist der Wille der Behörde zur Gestaltung der Rechtslage<sup>18</sup>. Realakte sind auf die unmittelbare Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs ausgerichtet. Werden die Rechte und Pflichten einer Person weder gestaltet noch festgestellt, sondern lediglich eine Veränderung der Faktenlage herbeigeführt, liegt ein Realakt vor. Der Umstand, dass Realakte häufig mittelbar die Rechtsstellung von Privaten berühren können, ändert daran nichts<sup>19</sup>. Rechtsakte zielen demgegenüber darauf ab, entweder selber unmittelbar Rechtswirkungen zu erzeugen oder die Rechtslage festzustellen<sup>20</sup>. Die (selbständige) Erzwingbarkeit ist hingegen nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechtsakts<sup>21</sup>. Dass die fragliche Anwesenheitspflicht nicht selbständig durchgesetzt werden kann, ihre Nichtbeachtung mithin «nur» die Verweigerung der Auszahlung der finanziellen Nothilfe zur Folge hat, steht also der Qualifikation dieser Verknüpfung als Rechtsakt nicht im Weg.

Insoweit die Änderung des Rhythmus der *Auszahlung der finanziellen Nothilfe* (neu fünfmal statt dreimal wöchentlich) als bloße Änderung der organisatorischen Modalitäten der Leistungserbringung auf einen tatsächlichen Erfolg abzielt, ist sie als Realakt zu qualifizieren. Hingegen bezweckt das Kantonale Sozialamt mit der *Einführung einer Meldepflicht und einer Übernachtungspflicht* eine Änderung der Rechtslage. Es sollen neue Voraussetzungen für die Ausrichtung finanzieller Nothilfe geschaffen und damit der Kreis der Anspruchsberechtigten eingeschränkt werden. Dies ergibt sich explizit aus den Merkblättern, die festhalten, dass «Anspruch auf diese Leistungen ... nur Personen [haben], die sich tatsächlich in der ihr [sic] zugewiesenen Notunterkunft aufhalten und insbesondere auch dort übernachten».<sup>22</sup> Die Nothilfeverordnung nennt in § 1 als Anspruchsvoraussetzungen nur, dass die betreffende Person ausdrücklich ein Gesuch um Nothilfe gestellt hat und dass kein anderer Kanton für den Vollzug der verfügten Wegweisung zuständig ist. Im Übrigen verweist § 1 auf Art. 12 BV, der ebenso wenig einen Hinweis auf eine entsprechende Voraussetzung des Anspruchs enthält (vgl. dazu IV.1.a)aa)).

Nicht jede Anordnung, mit welcher der Betrieb einer kollektiven Unterkunft geregelt werden soll, hat als förmlicher Rechtsakt zu ergehen<sup>23</sup>. Anders etwa als

18 Statt vieler *Susanne Genner*, Zur Abgrenzung von Rechtsakt und Realakt im öffentlichen Recht, AJP 2011, S. 1157.

19 Statt vieler *Markus Müller*, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, N 40 zu Art. 5.

20 Statt vieler *Müller* (Anm. 19), N 40 zu Art. 5; *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 38 Rz. 1 ff.; *Felix Uhlmann*, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 97 zu Art. 5.

21 Statt vieler *Genner* (Anm. 18), S. 1155.

22 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, E. 3.

23 BGE 128 II 156 E. 3b S. 163.

bei der Gestaltung der Auszahlungsmodalitäten in den Notunterkünften oder der Zuteilung eines Nothilfeempfängers an eine Notunterkunft geht es aber bei der Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht nicht um die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs in der Form eines geregelten Betriebs. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern mit der Einführung dieser Anspruchsvoraussetzung in irgendeiner Art und Weise die Faktenlage unmittelbar verändert würde. Vielmehr stellt die Neudefinition des Kreises der Anspruchsberechtigten eine unmittelbare Gestaltung der Rechtslage dar. Auch die Tatsache, dass die betroffenen Personen mit ihrer Unterschrift bestätigen mussten, die neuen «Voraussetzungen für den Erhalt von Nothilfeleistungen zur Kenntnis genommen zu haben», deutet darauf hin, dass das Kantonale Sozialamt nicht von einer betriebsorganisatorischen Modalität ausging, sondern auf eine Änderung der Rechtslage abzielte.

Bei der Verknüpfung des Anspruchs auf Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht handelt es sich somit um einen Rechtsakt, der entweder in der Form eines Einzelakts oder eines Erlasses zu ergehen hat.

#### b) Einzelakt: Verfügung oder Nebenbestimmung

Das Bundesgericht bezeichnet Verfügungen als «autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind».<sup>24</sup> Diese Umschreibung entspricht der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 VwVG<sup>25</sup>. Das VRG/ZH<sup>26</sup> spricht in aller Regel von «Anordnung» statt von «Verfügung», der Begriff entspricht aber grundsätzlich dem Verfügungsbegriff von Art. 5 Abs. 1 VwVG<sup>27</sup>.

Im vorliegenden Fall liegt unseres Erachtens keine individuell-konkrete Anordnung vor. «Individuell» bedeutet, dass sich der fragliche Verwaltungsakt nur an einen einzelnen oder an eine bestimmte Zahl von Adressaten richtet<sup>28</sup>. Die in Frage stehenden Merkblätter und Aushänge sprechen nicht einen abgeschlossenen, individuell bestimmten Kreis von Adressaten an, sondern eine ganze Kategorie von Personen, die gewisse Merkmale aufweisen. Der Kreis dieser Personen ist anonym, die Anzahl der Adressaten ist unbestimmt: Es kommen laufend neue weggewiesene Asylsuchende in die Notunterkünfte des Kantons Zürich, für die

24 BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 45.

25 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021.

26 Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG), LS 175.2.

27 *Martin Bertschi/Kaspar Plüss*, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 4–31, N 13 ff. und N 18.

28 Statt vieler *Bertschi/Plüss* (Anm. 27), Vorbemerkungen zu §§ 4–31, N 21; *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 860.

die in den Merkblättern und Aushängen definierten Anspruchsvoraussetzungen ebenfalls gelten sollen. Andererseits verlassen immer wieder Personen den Adressatenkreis, weil ihre Zuweisung zu einer Notunterkunft endet. Somit fehlt es an der individuellen Natur der Anordnung. Vielmehr geht es um eine generelle Regelung der Voraussetzungen der Ausrichtung von Nothilfe; diese soll für alle aus der Schweiz weggewiesenen Asylsuchenden gelten, denen eine Notunterkunft des Kantons Zürich zugewiesen wird.

Die Verfügung regelt einen bestimmten Sachverhalt und nicht eine Vielzahl von Fällen, ist also «konkret»<sup>29</sup>. Vorliegend betrifft die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in einer Notunterkunft hingegen nicht einen Einzelfall, sondern eine unbestimmte Zahl von Fällen, die sich je nach betroffener Person unterschiedlich darstellen können: Ob die finanzielle Nothilfe auszus zahlen ist oder nicht, ist in jedem Einzelfall wieder neu zu beurteilen, hängt dies doch von verschiedenen Umständen ab (insbesondere vom Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes für die Abwesenheit). Somit liegt unseres Erachtens auch keine Allgemeinverfügung vor, setzt diese doch als Anordnungsobjekt einen konkreten Einzelfall oder eine bestimmte Situation voraus<sup>30</sup>.

Ist der individuell-konkrete Charakter der Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in einer Notunterkunft zu verneinen, kann es sich bei der Anwesenheitspflicht auch nicht um eine *Nebenbestimmung* (Bedingung oder Auflage) einer Verfügung handeln. Zwar trifft es zu, dass das Bundesgericht in zwei Fällen, in denen die Behörden für die Gewährung der Ausrichtung von Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende die Mitwirkung bei der Papierbeschaffung bzw. den Umzug in eine kantonale Kollektivunterkunft voraussetzen wollten, von «Auflagen» bzw. «Bedingungen» gesprochen hat<sup>31</sup>. Diese Terminologie ist jedoch von *Biaggini* zu Recht kritisiert worden, geht es doch gerade nicht um individuell-konkrete Fragen<sup>32</sup>. Vor allem aber wurde die jeweilige «Auflage» bzw. «Bedingung» in beiden Fällen als Nebenbestimmung einer im Einzelfall erlassenen, an die betroffene Asylbewerberin bzw. den betroffenen Asylbewerber adressierten Verfügung über die Ausrichtung der Nothilfe angeordnet. Im Gegensatz dazu soll hier die Gewährung finanzieller Nothilfe nicht in einem Einzelfall für bestimmte Personen, sondern abstrakt und generell für alle weggewiesenen Asylsuchenden von einer Voraussetzung (Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft) abhängig gemacht werden.

29 Statt vieler *Alain Griffel*, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 30.

30 *Griffel* (Anm. 29), Rz. 56; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 20), § 28 Rz. 56 ff.

31 BGE 138 V 310 E. 5 S. 316 ff.; 131 I 166 E. 4.4 f. S. 175 f.

32 *Giovanni Biaggini*, BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 5 zu Art. 12.



## c) Erlass

Die passende Rechtsform für die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht ist nach dem Gesagten der Erlass. Wenn die Ausrichtung der Nothilfe gemäss Art. 12 BV von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird, geht es um generell-abstrakte Fragen<sup>33</sup>. Auch das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen, unter denen das Recht auf Hilfe in Notlagen ausgeübt werden kann, von der «Rechtsordnung» genannt werden, es spricht von »durch den Gesetzgeber erlassenen einschränkenden Konkretisierungen«<sup>34</sup>. Die von den Behörden angestrebte Änderung der Anspruchsvoraussetzungen müsste somit auf dem Weg der Rechtsetzung erfolgen.

Art. 38 Abs. 1 KV/ZH<sup>35</sup> sieht vor, dass alle wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes zu erlassen sind. Dazu gehören namentlich auch die wesentlichen Bestimmungen über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (lit. b) und Zweck, Art und Umfang staatlicher Leistungen (lit. e). Für die Einschränkung von Grundrechten gelten gemäss Art. 10 Abs. 2 KV/ZH die Bestimmungen der Bundesverfassung. Art. 36 Abs. 1 BV schreibt vor, dass Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen, soweit sie schwerwiegend sind. Art. 38 Abs. 1 lit. b KV/ZH ist entsprechend auszulegen<sup>36</sup>. Wie hinten dargelegt, gibt es gute Gründe zu verlangen, dass die Anspruchsvoraussetzungen auf Gesetzesebene zu umschreiben sind (vgl. III.). Demnach bedürfte es für die Einführung einer neuen Anspruchsvoraussetzung einer Änderung des Sozialhilfegesetzes.

Selbst wenn die Regelung der Anwesenheitspflicht nicht als wichtiger Rechtsatz im Sinn von Art. 38 Abs. 1 KV/ZH zu qualifizieren wäre, ist die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht zumindest auf Verordnungsebene festzuschreiben. Art. 38 Abs. 2 KV/ZH sieht vor, dass weniger wichtige Rechtssätze in der Form der Verordnung zu erlassen sind. Gemäss Art. 38 Abs. 3 KV/ZH bestimmen Verfassung und Gesetz, welche Behörden Verordnungen erlassen können. Das SHG/ZH ermächtigt in § 5 c Abs. 3 den Regierungsrat, Bestimmungen über Art und Umfang der an ausländische Personen ohne Aufenthaltsrecht zu leistenden Nothilfe sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren zu erlassen. Die angestrebte Verknüpfung müsste folglich durch den Regierungsrat in der gestützt darauf ergangenen Nothilfeverordnung verankert werden. Eine entsprechende Änderung der Nothilfeverordnung wäre nach § 1 Abs. 2 i.V.m. § 10 PublG/ZH<sup>37</sup> vor dem Inkrafttreten in der

33 Vgl. *Biaggini* (Anm. 32), N 5 zu Art. 12.

34 BGE 131 I 166 E. 5.2 S. 176.

35 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101/SR 131.211.

36 *Matthias Hauser*, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach (Hrsg.), *Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung*, Zürich 2007, N 25 zu Art. 38.

37 Gesetz über die Gesetzessammlungen und das Amtsblatt vom 30. November 2015 (Publikationsgesetz), LS 170.5.

Offiziellen Gesetzessammlung zu veröffentlichen. Zudem müsste eine Begründung des Regierungsrats im Amtsblatt publiziert werden<sup>38</sup>. Verordnungen unterliegen gemäss Art. 79 Abs. 2 KV/ZH der abstrakten Normenkontrolle. Verordnungen des Regierungsrates können mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 41 Abs. 1 VRG/ZH i.V.m. § 19 Abs. 1 VRG/ZH). Ein Verzicht, den Weg der Rechtsetzung zu beschreiten, läuft auf eine Verkürzung des Rechtswegs für die von der Regelung betroffenen Personen hinaus.

### III. Gesetzliche Grundlage für die Verknüpfung von Nothilfe und Anwesenheitspflicht

Nach dem Gesagten hätte die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft auf dem Weg der Rechtsetzung erfolgen müssen. Selbst wenn man diese Ansicht nicht teilt und die Verknüpfung als Realakt oder Einzelakt (Verfügung oder Nebenbestimmung einer Verfügung) qualifiziert, stellt sich die Frage, ob dieser Real- bzw. Einzelakt nicht einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

Das Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) gilt auch im Bereich der Leistungsverwaltung<sup>39</sup>. Zwar sind die Anforderungen an Normstufe und Normdichte im Vergleich zur Eingriffsverwaltung im Allgemeinen weniger streng<sup>40</sup>. In gewissen Fällen ist das Gesetzmässigkeitsprinzip allerdings mit gleicher Strenge wie im Bereich der Eingriffsverwaltung zu beachten. Dies gilt, erstens, wenn die fragliche staatliche Leistung in einem engen Zusammenhang mit einer Verpflichtung steht, die dem Privaten auferlegt wird<sup>41</sup>. Im vorliegenden Fall wird die Gewährung der finanziellen Nothilfe von der Einhaltung der Anwesenheitspflicht abhängig gemacht. Zweitens sollte das Gesetzmässigkeitsprinzip dann keine Abschwächung erfahren, wenn die staatliche Leistung die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung verfassungsmässiger Rechte schafft<sup>42</sup>. Die Deckung der grundlegenden materiellen Bedürfnisse ist Voraussetzung der Ausübung aller anderen Grundrechte<sup>43</sup>. Drittens gelten in jenen Bereichen erhöhte Anforderungen, in denen der Gewährleistung der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit besondere Bedeu-

38 Regierungsrat des Kantons Zürich, Richtlinien der Rechtsetzung (vom 21. Dezember 2005), Rz. 214 <[http://ji.zh.ch/internet/justiz\\_innere/de/unsere\\_direktion/generalsekretariat/gesetzgebungsdienst/\\_jcr\\_content/contentPar/downloadlist\\_0/downloaditems/richtlinien\\_der\\_rechspooler.download.1282203906389.pdf/Richtlinien23-01-06-.pdf](http://ji.zh.ch/internet/justiz_innere/de/unsere_direktion/generalsekretariat/gesetzgebungsdienst/_jcr_content/contentPar/downloadlist_0/downloaditems/richtlinien_der_rechspooler.download.1282203906389.pdf/Richtlinien23-01-06-.pdf)> (zuletzt besucht am: 13.7.2018); siehe dazu auch *Tobias Jaag/Markus Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012, Rz. 617d.

39 Vgl. etwa BGE 134 I 313 E. 5.4 S. 318; 130 I 1 E. 3.1 S. 5.

40 BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 392.

41 BGE 103 Ia 369 E. 6e S. 383; siehe auch *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 20), § 19 Rz. 27.

42 BGE 103 Ia 369 E. 6e S. 383; siehe auch *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 20), § 19 Rz. 27.

43 BGE 121 I 367 E. 2a S. 370; siehe auch Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 150.

tung zukommt. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass bei regelmässig wiederkehrenden Sozialleistungen unter anderem die Voraussetzungen ihrer Zusprennung detailliert im Gesetz zu umschreiben sind; demgegenüber könnten die konkreten Modalitäten der Leistungen in einer Verordnung geregelt werden<sup>44</sup>. Müller/Schefer stellen sich auf den Standpunkt, dass den Interessen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit auch dann besonders Rechnung zu tragen ist, wenn – wie im Fall von weggewiesenen Asylsuchenden – eine ganze Bevölkerungsgruppe von der Sozialhilfe ausgeschlossen und auf den Anspruch nach Art. 12 BV verwiesen wird. In solchen Fällen seien die Anspruchsvoraussetzungen, das Verfahren und die Bemessung auf Gesetzesebene zu regeln<sup>45</sup>.

Die Anforderungen an die Normstufe und Normdichte sind grundsätzlich weniger streng, soweit es um Personen geht, die – wie weggewiesene Asylsuchende<sup>46</sup> – in einem besonderen Rechts- bzw. Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehen<sup>47</sup>. Die Herabsetzung der Anforderungen ist indessen nur insoweit zulässig, als es um Beschränkungen geht, die sich in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ableiten lassen<sup>48</sup>. In Bezug auf die vorliegende Fragestellung lässt sich die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht nicht aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ableiten: Aus der Zuweisung in eine Kollektivunterkunft ergibt sich bloss, dass die Nothilfeleistungen dort zu beziehen sind, nicht aber, dass eine Pflicht zur Anwesenheit in einer solchen Unterkunft besteht.

Auch wenn die Aufenthaltspflicht als Nebenbestimmung (Auflage oder Bedingung) einer Verfügung (Zuweisung einer Notunterkunft) zu verstehen wäre, stellte sich die Frage nach der gesetzlichen Grundlage, denn das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen<sup>49</sup>. Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage zulässig sind Nebenbestimmungen nur, sofern sie in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem von der Hauptanordnung verfolgten Zweck stehen oder der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips dienen (insbesondere indem sie als mildere Alternative zur Abweisung eines Gesuchs erscheinen)<sup>50</sup>. Wie soeben ausgeführt, ergibt sich die Aufenthaltspflicht nicht aus dem Zweck der Zuweisung einer Notunterkunft. Die Anordnung der Aufenthaltspflicht dient auch nicht der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips, sondern stellt eine Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen dar.

44 BGE 134 I 313 E. 5.4 S. 318; 118 Ia 46 E. 5b S. 61 f.

45 Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 781.

46 BGE 139 I 272 E. 3.4 S. 277; 135 I 119 E. 8.2 S. 128.

47 Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 104 f.; Markus Müller, Das besondere Rechtsverhältnis. Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003, S. 24 ff.

48 Astrid Epiney, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, N 39 zu Art. 36; Kiener/Kälin/Wyttenbach (Anm. 47), S. 104 f.; Tschannen/Zimmerli/Müller (Anm. 20), § 43 Rz. 31.

49 Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 28), Rz. 926.

50 Tschannen/Zimmerli/Müller (Anm. 20), § 28 Rz. 96.

Aus diesen Gründen kommen im vorliegenden Fall die sich aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip ergebenden Anforderungen mit der üblichen Strenge zur Anwendung. Vieles spricht somit dafür, für die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht eine Grundlage im Gesetz zu verlangen. Eine solche findet sich im Sozialhilfegesetz jedoch nicht. § 5 c SHG/ZH statuiert bloss den Grundsatz, dass ausländische Personen ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz einen Anspruch auf Nothilfe haben (Abs. 1). Sodann wird die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über Art und Umfang der Nothilfe sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren an den Regierungsrat delegiert (Abs. 3). Nicht einmal auf Verordnungsebene besteht eine Rechtsgrundlage für die Verknüpfung. Die Nothilfeverordnung nennt in § 1 als Anspruchsvoraussetzungen lediglich, dass die betreffende Person ausdrücklich ein Gesuch um Nothilfe gestellt hat und kein anderer Kanton für den Vollzug der verfügten Wegweisung zuständig ist. Im Übrigen verweist § 1 Nothilfeverordnung auf Art. 12 BV. Der mit der Marginalie «Umfang» versehene § 2 Nothilfeverordnung hält fest, dass die Nothilfe in der Regel in dafür bezeichneten Unterkünften gewährt wird, enthält aber keinerlei Hinweis darauf, dass die Anwesenheit zu bestimmten Zeiten in einer solchen Unterkunft Voraussetzung des Anspruchs auf Hilfe in Notlage wäre. Schliesslich ergibt sich eine solche Voraussetzung auch nicht direkt aus Art. 12 BV (vgl. IV.1.a)aa).

Selbst wenn also die durch die Merkblätter und Aushänge erfolgte Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft als Verfügung oder als Nebenbestimmung einer Verfügung zu qualifizieren wäre, ist die Verknüpfung (bereits) aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage als unzulässig einzustufen.

## IV. Zulässigkeit der Verknüpfung von Nothilfe und Anwesenheitspflicht

Als nächstes stellt sich die Frage, ob die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft – unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage – rechtmässig ist. Insbesondere gilt es zu prüfen, ob diese Verknüpfung (1) mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen und (2) dem Recht auf Bewegungsfreiheit bzw. dem Recht auf soziale Kontakte vereinbar ist.

### 1. Vereinbarkeit mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen

#### a) Grundsatz

Das von Art. 12 BV garantierte Recht auf Hilfe in Notlagen sichert die elementaren menschlichen Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach als «Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt» und als «unentbehrliche[n] Be-

standteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens»<sup>51</sup>. Das Bundesgericht hat wiederholt betont, dass Art. 12 BV der Achtung der Menschenwürde (Art. 7 BV) dient<sup>52</sup>. Darüber hinaus ist das Recht auf Hilfe in Notlagen stark mit dem Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) verwoben<sup>53</sup>.

## aa) Anspruchsvoraussetzungen

In *persönlicher Hinsicht* gilt das Recht auf Hilfe in Notlagen als Menschenrecht für alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status. Es erfasst also auch Personen, die illegal in der Schweiz leben<sup>54</sup>. In der Praxis ist Art. 12 BV gerade in Bezug auf diese Personen besonders relevant<sup>55</sup>.

In *sachlicher Hinsicht* knüpft Art. 12 BV das Recht auf Nothilfe seinem Wortlaut entsprechend an zwei Voraussetzungen: Anspruch auf Hilfe hat, «[w]er in Not gerät» (Vorliegen einer Notlage) und «nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» (Subsidiaritätsprinzip).

Eine *Notlage* setzt voraus, dass eine Person nicht (mehr) über die Mittel verfügt, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind<sup>56</sup>. Wenn die Nothilfe beanspruchende Person nicht zu einem legalen Erwerbseinkommen gelangen kann, was auf Personen ohne Aufenthaltsbewilligung zwangsläufig zutrifft (vgl. Art. 43 Abs. 2 AsylG), ist die Notlage als gegeben zu erachten<sup>57</sup>. Auf die Ursache der Bedürftigkeit kommt es nicht an; Nothilfe ist selbst dann zu leisten, wenn jemand seine Notlage selber verschuldet hat<sup>58</sup>.

Aus dem *Subsidiaritätsprinzip* ergibt sich, dass Nothilfe nur zu leisten ist, wenn die Möglichkeiten der Selbsthilfe ausgeschöpft sind. Die Person muss rechtlich oder faktisch ausserstande sein, selbst für sich zu sorgen<sup>59</sup>. Das Subsidiaritätsprinzip impliziert somit gewisse Mitwirkungspflichten, die aber Grenzen haben: Der grundrechtliche Anspruch auf Nothilfe ist nur dann ausgeschlossen, wenn die in Not geratene Person die Notlage durch eigenes Handeln unmittelbar und rechtzeitig verhindern kann<sup>60</sup>. Die fragliche Mitwirkungspflicht muss also unmittelbar

51 BGE 121 I 367 E. 2b S. 371.

52 Z.B. BGE 142 I 1 E. 7.2 S. 5; 139 I 272 E. 3.2 S. 376 f.; 136 I 254 E. 6.2 f. S. 263 f.

53 BGE 136 I 254 E. 6.2 f. S. 263 f.; siehe auch *Lucien Müller*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 6 zu Art. 12 m.w.H.

54 BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172; 121 I 367 E. 2d S. 374.

55 Vgl. *Müller* (Anm. 53), N 5 zu Art. 12.

56 BGE 131 I 166 E. 3.2 S. 173.

57 BGE 131 I 166 E. 3.2 S. 173; 121 I 367 E. 3b S. 375.

58 BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123; 131 I 166 E. 4.3 S. 174; 121 I 367 E. 3b S. 375.

59 BGE 139 I 218 E. 5.3 S. 227 f.; 130 I 71 E. 4.3 S. 75.

60 *Bernhard Waldmann*, *Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung*, ZBl 107/2006, S. 353.

auf die Beseitigung der Notlage zielen<sup>61</sup>. Überdies darf sie nicht unzumutbar oder gar schikanös sein<sup>62</sup>.

## bb) Umfang und Art der Hilfe sowie Zuständigkeiten

Art. 12 BV garantiert nicht ein Mindesteinkommen, sondern «einzig die in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlichen Mittel (in Form von Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinischer Grundversorgung), um überleben zu können»<sup>63</sup>, mithin «nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag»<sup>64</sup>.

Die Umsetzung und Ausgestaltung von Art. 12 BV obliegt den Kantonen<sup>65</sup>. Für den Asylbereich bestimmt Art. 82 Abs. 1 AsylG, dass Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, denen eine Ausreisefrist angesetzt worden ist, von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden und dass für die Ausrichtung von Nothilfe kantonales Recht gilt.

Die Kantone sind in der Wahl der Art der Leistungserbringung grundsätzlich frei, der Grundrechtsschutz kann sowohl durch Geld- als auch durch Sachleistungen sichergestellt werden<sup>66</sup>. Für rechtskräftig weggewiesene Asylsuchende bestimmt aber Art. 82 Abs. 4 AsylG, dass die zu erbringende Nothilfe nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen an den von den Kantonen oder vom Bund bezeichneten Orten auszurichten ist. Dabei hat der Ansatz für die Unterstützung unter dem Ansatz für die Sozialhilfe, die Asylsuchenden und Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung ausgerichtet wird, zu liegen. Das Bundesgericht hat festgehalten, bei Sachleistungen erweise sich eine Kontrolle der Leistungserbringung und der Verwendung der ausgerichteten Mittel als einfacher<sup>67</sup>.

Die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK) erliess am 29. Juni 2012 Empfehlungen zur Nothilfe für ausreisepflichtige Personen des Asylbereichs. Gemäss dem darin enthaltenen Leistungskatalog umfasst die Nothilfe für solche Personen:

- Nahrung, Hygiene und Kleidung, wobei dem Anspruch auf Nahrung und Hygiene in Form von Sachleistungen oder täglich ausbezahlten Geldleistungen zu entsprechen ist;
- Unterkunft, wobei die Unterbringung in der Regel in Kollektivstrukturen vorzunehmen ist;

61 BGE 131 I 166 E. 4.4 f. S. 175 f.

62 BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184; siehe auch *Waldmann* (Anm. 60), S. 354.

63 BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172.

64 BGE 138 V 310 E. 2.1 S. 313; 130 I 71 E. 4.1 S. 75.

65 *Müller* (Anm. 53), N 25 zu Art. 12.

66 BGE 135 I 119 E. 5.3 S. 123; 131 I 166 E. 8.2 S. 182, E. 8.5 S. 184.

67 BGE 135 I 119 E. 6 S. 124 f.; 131 I 166 E. 8.5 S. 184.

- Medizinische Versorgung, die durch die von Art. 7 Abs. 5 und Art. 92d Abs. 1 KVV<sup>68</sup> vorgesehene Versicherungspflicht für Krankenpflege sichergestellt ist;
- Beratung und Betreuung, die auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken ist<sup>69</sup>.

## cc) Schranken, Verwirkung und Auflagen bzw. Bedingungen

Der Schutzbereich und der Kerngehalt des Rechts auf Hilfe in Notlagen fallen nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts zusammen<sup>70</sup>. Für die Anwendung der *Grundrechtsschranken* nach Art. 36 BV besteht somit kein Raum<sup>71</sup>. Auch im Asylbereich ist der Gesetzgeber vollumfänglich an Art. 12 BV gebunden<sup>72</sup>. Vor diesem Hintergrund sind Fragen betreffend die Missachtung von Mitwirkungspflichten oder das Gebot der Selbsthilfe nicht im Kontext von Grundrechtseinschränkungen, sondern im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 BV zu behandeln<sup>73</sup>.

Aufgrund des Zusammenfallens von Schutzbereich und Kerngehalt verneint die herrschende Lehre auch die Anwendung der Figur des Rechtsmissbrauchs auf Art. 12 BV, jedenfalls soweit die Folge die *Verwirkung* des Anspruchs wäre<sup>74</sup>. Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offengelassen<sup>75</sup>. Tatsächlich ist eine Verwirkung des Rechts auf Nothilfe undenkbar. Täuscht der Anspruchsteller bloss vor, bedürftig zu sein und nicht für sich selbst sorgen zu können, mangelt es von vornherein an den Anspruchsvoraussetzungen<sup>76</sup>. Renitentem Verhalten oder der Gefahr einer zweckwidrigen Mittelverwendung wiederum kann und muss durch Massnahmen begegnet werden, die den Schutzbereich und Kerngehalt von Art. 12 BV unberührt lassen. In Frage kommen z.B. ein Ersatz von Geld- durch Sachleistungen oder die Verbindung von Weisungen mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB<sup>77</sup>.

68 Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV), SR 832.102.

69 Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK) zur Nothilfe für ausreisepflichtige Personen des Asylbereichs (Nothilfeempfehlungen) vom 29. Juni 2012, S. 14 ff. <[http://www.sodk.ch/fileadmin/user\\_upload/Aktuell/Empfehlungen/2012.06.29\\_Nothilfeempfehlungen\\_sw\\_d\\_WEB.pdf](http://www.sodk.ch/fileadmin/user_upload/Aktuell/Empfehlungen/2012.06.29_Nothilfeempfehlungen_sw_d_WEB.pdf)> (zuletzt besucht am: 13.7.2018).

70 Statt vieler BGE 142 I 1 E. 7.2.4 S. 7; 130 I 71 E. 4.1 S. 75.

71 BGE 142 I 1 E. 7.2.4 S. 7; 131 I 166 E. 5.3 S. 177.

72 *Christine Breining-Kaufmann/Sandra Wintsch*, Rechtsfragen zur Beschränkung der Nothilfe, ZBl 106/2005, S. 507.

73 *Waldmann* (Anm. 60), S. 360.

74 Statt vieler: *Müller* (Anm. 53), N 34 zu Art. 12 mit umfassendem Hinweis auf die Lehre; eingehend auch *Kathrin Amstutz*, Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Bern 2002, S. 304 ff.

75 BGE 142 I 1 E. 7.2.5 S. 7 f.

76 BGE 139 I 218 E. 3.3 S. 221 obiter dictum; siehe auch: *Müller* (Anm. 53), N 34 zu Art. 12; *Waldmann* (Anm. 60), S. 361.

77 BGE 142 I 1 E. 7.2.5 S. 8 obiter dictum; siehe auch: *Müller* (Anm. 53), N 34 zu Art. 12; *Waldmann* (Anm. 60), S. 362.

Mit Art. 12 BV vereinbar ist es hingegen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, den Anspruch auf Hilfe in Notlagen an «Auflagen» und «Bedingungen» (vgl. zur Kritik an dieser Terminologie II.2.b)) zu knüpfen<sup>78</sup>. Solche Nebenbestimmungen dürfen allerdings nicht sachfremd sein. Ihr Vollzug muss dazu führen, dass der Normzweck erreicht wird und ein rechtmässiger Zustand resultiert. «Auflagen» und «Bedingungen» sind somit nur zulässig, wenn ihre zwangsweise Durchsetzung zur Beseitigung der Notlage führt<sup>79</sup>. Unzulässig ist es beispielsweise, den Anspruch auf Nothilfe von der Erfüllung asyl- oder ausländerrechtlicher Mitwirkungspflichten abhängig zu machen (Mitwirkung bei der Papierbeschaffung oder Ausreise)<sup>80</sup> oder von weggewiesenen Asylsuchenden zu verlangen, in eine Kollektivunterkunft zu ziehen, obwohl sie hinsichtlich der Unterkunft nicht nothilfebedürftig sind<sup>81</sup>.

#### b) Zulässigkeit der Verknüpfung

Bei den von der Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht betroffenen Personen handelt es sich um mittellose ausländische Personen ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz, für deren Wegweisung der Kanton Zürich zuständig ist. Sowohl die persönlichen als auch die sachlichen Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 BV sind somit grundsätzlich erfüllt. Dementsprechend halten § 5 c SHG/ZH und § 1 Nothilfeverordnung fest, dass solche Personen Anspruch auf Nothilfe im Sinne von Art. 12 BV haben, wenn sie ausdrücklich ein Gesuch um Nothilfe gestellt haben.

Die vom Kantonalen Sozialamt am 1. Februar 2017 eingeführte Änderung des Nothilferegimes hat zur Folge, dass Personen, welche die Meldepflicht oder die Übernachtungspflicht missachten, für den betreffenden Tag keine Bargeldzahlung erhalten. Da die Geldleistung insbesondere die Nahrungsbedürfnisse abdecken soll, werden den Personen, die die Anwesenheitspflicht verletzen, Leistungen vorenthalten, die zweifellos zu dem von Art. 12 BV garantierten Umfang gehören.

Der Anspruch auf Hilfe in Notlagen kann weder eingeschränkt noch verwirkt werden (vgl. IV.1.a)cc)). Die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft ist nur zulässig, falls sie als sachgemässe «Auflage» bzw. «Bedingung» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifiziert werden kann. Dazu muss zunächst genauer erörtert werden, welche Mitwirkungspflichten von Anspruchstellern im Allgemeinen verlangt werden dürfen (aa)). Danach gilt es zu untersuchen, ob die neu im Kanton Zürich von den Anspruchstellern verlangte Einhaltung der Anwesenheitspflicht

78 BGE 138 V 310 E. 5.2 f. S. 316 ff.; 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

79 BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

80 BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123 f.; 131 I 166 E. 4.5 S. 175 f.

81 BGE 138 V 310 E. 5.3 S. 317 f.



ein geeignetes Mittel zur Erreichung eines zulässigen Zwecks darstellt und damit sachgemäss ist (bb)).

## aa) Zulässigkeit von Verknüpfungen im Allgemeinen

In BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175 hat das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von «Nebenbestimmungen» im Zusammenhang mit Art. 12 BV wie folgt umschrieben:

«Grundsätzlich sind Auflagen und Bedingungen, d.h. Nebenbestimmungen, für Leistungen aus Art. 12 BV nicht ausgeschlossen. Mit Nebenbestimmungen werden die rechtmässige Ausübung eines eingeräumten Rechts oder einer Bewilligung oder die zweckkonforme Verwendung von staatlichen Leistungen sichergestellt [...]. Ihr Vollzug muss deshalb dazu führen, dass der Normzweck erreicht wird und ein rechtmässiger Zustand resultiert. Sachfremde Nebenbestimmungen sind demgegenüber unzulässig [...]. Solche Nebenbestimmungen müssen aber darauf gerichtet sein, die verfassungsmässige Ausübung des Grundrechts zu sichern. Werden die Auflagen oder Bedingungen nicht erfüllt und deshalb zwangsweise durchgesetzt, so muss dies zu einem verfassungsmässigen Zustand führen. Ausgeschlossen bleiben demnach Nebenbestimmungen, die – wenn sie durchgesetzt werden bzw. werden müssen – nicht zur Beseitigung der Notlage führen, sondern diese gerade aktualisieren und damit anderen, von Art. 12 BV nicht geschützten Zwecken dienen.»

Anhand der bundesgerichtlichen Praxis lassen sich mehrere sachgemässe Voraussetzungen identifizieren, von denen der Anspruch auf Nothilfe abhängig gemacht werden darf. Zunächst einmal kann vom Gesuchsteller verlangt werden, bei der Feststellung mitzuwirken, ob bei ihm eine Notlage vorliegt<sup>82</sup>. Diese Pflicht ist in Art. 83a AsylG explizit verankert. Kommt ein Gesuchsteller dieser Pflicht nicht nach und kann deshalb der Bedarf überhaupt nicht ermittelt werden, mangelt es am Nachweis der Bedürftigkeit und somit an einer Anspruchsvoraussetzung von Art. 12 BV. Der Gesuchsteller trägt also die Folgen der Beweislosigkeit, die er selbst zu verantworten hat. Steht hingegen die Notlage trotz mangelnder Mitwirkung fest, sind die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 BV erfüllt<sup>83</sup>. Sodann darf der Bezug der Nothilfe davon abhängig gemacht werden, dass der Bezüger bei der Feststellung seiner Identität mitwirkt, insbesondere um Mehrfachzahlungen zu vermeiden<sup>84</sup>. Aus dem gleichen Grund ist es zulässig, zu verlangen, dass die Leistungen persönlich abgeholt werden<sup>85</sup>. Über diese vom Bundesgericht explizit genannten Voraussetzungen hinaus muss es zulässig sein, die

82 BGE 138 I 331 E. 7.3 S. 343; 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

83 BGE 138 I 331 E. 7.3 S. 343.

84 BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

85 BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

Gewährung von Nothilfe von einem ausdrücklichen Gesuch abhängig zu machen, wie es für den Asylbereich Art. 81 AsylG sowie § 1 lit. a und § 4 Abs. 1 Nothilfeverordnung vorsehen<sup>86</sup>.

Selbst an sich sachgemässe Verknüpfungen stehen unter dem Vorbehalt, dass sie nicht unzumutbar oder gar schikanös sein dürfen<sup>87</sup>. In Bezug auf die Voraussetzung des persönlichen Abholens von Leistungen ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass ein einmaliges Vorsprechen pro Woche zumutbar ist, es sei denn, es lägen besondere Gründe – wie etwa ein schlechter Gesundheitszustand – vor<sup>88</sup>.

Auf jeden Fall sachfremd ist die Verknüpfung des Anspruchs auf Nothilfe mit der Erfüllung asyl- oder ausländerrechtlicher Kooperationspflichten. Anforderungen, die darauf abzielen, den Anspruchsteller zu einer Mitwirkung bei der Vollstreckung seiner Wegweisung aus der Schweiz zu bewegen, sind unzulässig<sup>89</sup>.

## bb) Zulässigkeit der Verknüpfung im vorliegenden Fall

Es stellt sich somit die Frage, welchen Zweck das Kantonale Sozialamt mit der Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht verfolgt.

Von vornherein unzulässig wäre die Verknüpfung, wenn sie darauf abzielte, durch die Verschärfung des Regimes rechtskräftig weggewiesene Asylbewerber dazu zu bewegen, aus der Schweiz auszureisen oder zumindest den Kanton Zürich zu verlassen. Ebenfalls klarerweise unzulässig wäre die Verknüpfung, wenn es ausschliesslich darum ginge, durch die Einsparung von Leistungen fiskalische Interessen zu verfolgen. Schliesslich dürfen auch rein verwaltungsökonomische Gründe nicht den Ausschlag geben: Zwar darf gemäss dem Bundesgericht das persönliche Abholen der Leistungen verlangt werden, dies aber nur insofern, als damit sichergestellt werden soll, dass die Leistungen den richtigen Adressaten erreichen<sup>90</sup>. Die einzigen zulässigen Zwecke, die im vorliegenden Fall in Frage kommen, sind somit (1) die Identifizierung bzw. Individualisierung der Bezüger zur Verhinderung des missbräuchlichen Bezugs von Geldleistungen und (2) die Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen.

Welchen Zweck das Kantonale Sozialamt mit der Verknüpfung verfolgt, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Konkrete Hinweise darauf, dass es unter dem bis zum 31. Januar 2017 geltenden Nothilferegime regelmässig zu Missbräuchen gekommen wäre, scheinen nicht vorzuliegen. Gewisse Äusserungen von Behördenvertretern können so gedeutet werden, dass die Änderung per 1. Februar 2017

<sup>86</sup> Vgl. BGE 131 I 166 E. 2.2 S. 171.

<sup>87</sup> BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184; siehe auch *Waldmann* (Anm. 60), S. 354.

<sup>88</sup> BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184.

<sup>89</sup> BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123 f.; 131 I 166 E. 4.5 S. 175 f.

<sup>90</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

(auch) darauf abzielte, das Regime zu verschärfen, um damit rechtskräftig weg-gewiesene Asylsuchende zum Verlassen der Schweiz bzw. des Kantons Zürich zu bewegen. So wurde z.B. anlässlich der Medienkonferenz der Sicherheitsdirektion vom 17. März 2017 zum Thema «Aktuelles aus dem Asylbereich» die Änderung als Teil einer Strategie präsentiert, die auf den «konsequenten Vollzug» des Asylgesetzes abziele<sup>91</sup>. Zudem wurde erklärt, es sei nur logisch, die Gewährung von Nothilfe an die Präsenz in der zugewiesenen Notunterkunft zu koppeln, schliesslich erhalte ja auch nur Lohn, wer bei der Arbeit erscheine<sup>92</sup>. Die Frage nach dem eigentlichen Ziel kann aber letztlich offenbleiben, da – wie im Folgenden gezeigt wird – die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht auf jeden Fall kein geeignetes Mittel darstellt, um einen der beiden zulässigen Zwecke zu verwirklichen.

Der erste zulässige Zweck, die Verhinderung des missbräuchlichen Leistungsbezugs durch die Identifizierung bzw. Individualisierung der Bezüger, kann und darf gemäss dem Bundesgericht durch das persönliche Abholen der Leistungen sichergestellt werden<sup>93</sup>. Indem die Auszahlung durch das Personal der betreffenden Notunterkunft erfolgt, das die Asylsuchenden zu identifizieren vermag, kann verhindert werden, dass der Geldbetrag mehrfach oder an eine falsche Person ausgerichtet wird. Allerdings ist nicht klar, weshalb es das Kantonale Sozialamt für nötig erachtet hat, die Regelmässigkeit der Auszahlungen von drei- auf fünfmal pro Woche zu erhöhen. So eng getaktete Auszahlungen könnten allenfalls dann als zumutbar eingestuft werden, wenn andernfalls die korrekte Personenidentifikation nicht möglich oder schwierig wäre. In der Mehrzahl der Kantone, für die wir die entsprechenden Informationen erheben konnten, erfolgt die Ausrichtung von Geldleistungen in grösseren Zeitabständen<sup>94</sup>. Nicht zur Identifikation der Bezüger tragen auf jeden Fall die zweimal tägliche Meldepflicht sowie die Übernachtungspflicht bei. Sie sind in Bezug auf diesen Zweck als sachfremd zu qualifizieren.

In Bezug auf den zweiten an sich zulässigen Zweck, die Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, ist vorzuschicken, dass sich bei rechtskräftig weg-gewiesenen Asylsuchenden aus dem bestehenden rechtlichen Regime eine Ver-

91 Vgl. Folienpräsentation der Medienkonferenz der Sicherheitsdirektion vom 17. März 2017 zum Thema «Aktuelles aus dem Asylbereich» S. 3, verfügbar unter <[https://ds.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/de/aktuell.newsextern.-internet-de-aktuell-news-medienmitteilungen-2017-aktuelles\\_45\\_aus\\_45\\_dem\\_45\\_asylbereich\\_45\\_des\\_45\\_kantons\\_45\\_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html](https://ds.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/de/aktuell.newsextern.-internet-de-aktuell-news-medienmitteilungen-2017-aktuelles_45_aus_45_dem_45_asylbereich_45_des_45_kantons_45_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html)> (zuletzt besucht am: 13.7.2018).

92 Video der Medienkonferenz der Sicherheitsdirektion vom 17. März 2017 zum Thema «Aktuelles aus dem Asylbereich», Minute 33:28, verfügbar unter <[https://ds.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/de/aktuell.newsextern.-internet-de-aktuell-news-medienmitteilungen-2017-aktuelles\\_45\\_aus\\_45\\_dem\\_45\\_asylbereich\\_45\\_des\\_45\\_kantons\\_45\\_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html](https://ds.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/de/aktuell.newsextern.-internet-de-aktuell-news-medienmitteilungen-2017-aktuelles_45_aus_45_dem_45_asylbereich_45_des_45_kantons_45_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html)> (zuletzt besucht am: 13.7.2018).

93 BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

94 Informationen liegen uns für die folgenden Kantone vor: AG, AI, AR, BL, BS, GE, GL, GR, JU, LU, NE, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, VS und ZG.

mutung der Bedürftigkeit ergibt: Ein legales Einkommen aus Arbeit ist ihnen gemäss Art. 43 Abs. 2 AsylG verwehrt, zudem unterliegen sie einer Vermögenswertabnahme (Art. 87 AsylG). Dementsprechend sind hohe Anforderungen an den Nachweis zu stellen, dass eine Person mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 12 BV nicht erfüllt.

Das persönliche Abholen der Leistungen und die Meldepflicht könnten nur dann der Erreichung des zweiten zulässigen Zwecks dienen, wenn dabei jeweils die Bedürftigkeit der betreffenden Personen überprüft würde. Eine solche Kontrolle scheint aber nicht zu erfolgen und läge wohl auch gar nicht im Kompetenzbereich der Angestellten der ORS Service AG. Sie wäre mit der vorliegenden Häufigkeit (19 Mal wöchentlich) sicher auch nicht angezeigt. Aus den erwähnten Gründen ist die Bedürftigkeit zu vermuten; nachdem ihr Vorliegen aufgrund eines Gesuchs bejaht wurde, ist davon auszugehen, dass sie auf eine gewisse Dauer bestehen bleibt<sup>95</sup>. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich innert so kurzen Zeitabständen etwas an der Notlage sämtlicher Nothilfebezügler ändern sollte.

In Bezug auf die Übernachtungspflicht stellt sich die Frage, ob aus der Abwesenheit einer Person über Nacht geschlossen werden darf, dass sie bei Bekannten übernachten konnte und von diesen verköstigt wurde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat diese Frage bejaht: Bei Personen, die nicht in der Notunterkunft übernachten, dürfe vermutet werden, dass sie (auch) in Bezug auf Nahrung nicht bedürftig seien, weshalb die dafür vorgesehene Geldleistung verweigert werden dürfe<sup>96</sup>.

Die Folgerung, wer nicht in der Notunterkunft übernachtete, habe bei Bekannten Unterschlupf gefunden und werde dort auch mit Nahrung versorgt, erscheint spekulativ und alles andere als zwingend. Für eine Abwesenheit über Nacht sind andere Erklärungen denkbar, und selbst wer eine Schlafgelegenheit findet, wird nicht unbedingt auch ernährt.

Vor allem aber hat das Bundesgericht in BGE 138 V 310 klargestellt, dass von einer fehlenden Nothilfebedürftigkeit in Bezug auf die Übernachtung nicht auf eine fehlende Bedürftigkeit in Bezug auf eine andere Leistung oder gar eine allgemein fehlende Bedürftigkeit geschlossen werden darf. Im betreffenden Fall wollte die zuständige kantonale Behörde die Übernahme der Prämien für die obligatorische Krankenversicherung einer weggewiesenen Asylbewerberin davon abhängig machen, dass sie die durch Dritte finanzierte Wohnung zu verlassen und in eine kantonale Kollektivunterkunft zu ziehen hatte. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Nothilfe aufgrund des Subsidiaritätsprinzips einzig auf jene Lebensbereiche bezieht, in welchen tatsächlich eine Notlage besteht. Die Verknüpfung der Nothilfe hinsichtlich der Krankenkassenprämie mit der Pflicht zum Aufent-

95 *Roswitha Petry*, La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Genf/Zürich/Basel 2013, S. 237; *Muriel Trummer*, Nothilfe für abgewiesene Asylsuchende, Asyl 1/2009, S. 26.

96 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00299 vom 27. Oktober 2017, E. 3.9 f.

halt in einer Kollektivunterkunft sei somit sachfremd und diene nicht der Sicherstellung einer zweckkonformen Verwendung der staatlichen Leistungen. Die Beschwerdeführerin zu zwingen, die Wohnung zu verlassen, würde vielmehr ihre Notlage hinsichtlich der Unterkunft verschärfen, die finanzielle Unmöglichkeit, die Krankenversicherungskosten selbst zu tragen, hingegen nicht beseitigen<sup>97</sup>.

Diese Schlussfolgerungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Die Nothilfebedürftigkeit hinsichtlich Nahrung bestimmt sich unabhängig von jener hinsichtlich Unterkunft. Es ist sachfremd, die beiden Aspekte zu verknüpfen. Eine Person zu zwingen, in der zugewiesenen Notunterkunft zu übernachten, hat keinen Einfluss darauf, ob sie sich Nahrungsmittel leisten kann oder nicht. Genauso sachfremd wäre es, umgekehrt das Angebot eines Schlafplatzes in einer Notunterkunft davon abhängig zu machen, dass auch dort Nahrungsmittel konsumiert (oder für Nahrungsmittel vorgesehene Geldmittel bezogen) werden. Es besteht keine grundrechtliche Verpflichtung, jederzeit sämtliche Leistungen aus Art. 12 BV in Anspruch zu nehmen<sup>98</sup>. Vielmehr kann es aus der Sicht des Staates als durchaus wünschenswert erscheinen, dass einzelne Personen die Nacht teilweise anderswo als in den in der Regel sehr stark belegten Notunterkünften verbringen. Dementsprechend macht denn auch keiner der anderen Kantone, für die wir die entsprechenden Informationen erheben konnten, die Ausrichtung von Geldleistungen von der Einhaltung einer Übernachtungspflicht abhängig<sup>99</sup>.

Die Verknüpfung des Anspruchs auf Geldleistungen mit der Einhaltung der Melde- und der Übernachtungspflicht erweist sich im Ergebnis als ungeeignetes Mittel, um einen der beiden an sich zulässigen Zwecke zu verwirklichen. Darüber hinaus ist sie nicht erforderlich und somit auch in dieser Hinsicht nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) vereinbar. Falls tatsächlich der Verdacht bestehen sollte, dass gewisse rechtskräftig weggewiesene Asylsuchende die für die Nahrung vorgesehenen finanziellen Mittel missbräuchlich bzw. trotz fehlender Bedürftigkeit beziehen, steht ein im Vergleich zur Verweigerung der Leistung milderer, mit Art. 12 BV zu vereinbarendes Mittel zur Verfügung: Die Auszahlung von Bargeld könnte durch die Abgabe von Nahrungsmitteln oder Gutscheinen ersetzt werden. Gemäss Art. 82 Abs. 4 AsylG sollte die Ausrichtung der Nothilfe in Form von Sachleistungen die Regel darstellen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Durchsetzung der für den Anspruch auf Geldleistungen vorausgesetzten Anwesenheitspflicht nicht – wie vom Bundesgericht verlangt<sup>100</sup> – zur Herstellung eines verfassungsmässigen Zustands, d.h. zur Beseitigung der Notlage führt: Eine Person zu zwingen, zu bestimmten Zeiten in der Notunterkunft anwesend zu sein und dort zu übernachten, ändert

97 BGE 138 V 310 E. 5.3 S. 317 f.

98 *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001, S. 352.

99 Informationen liegen uns für die folgenden Kantone vor: AG, AI, AR, BL, BS, GE, GL, GR, JU, LU, NE, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, VS und ZG.

100 BGE 138 V 310 E. 5.3 S. 317 f.; 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

nichts an ihrer Bedürftigkeit in Bezug auf Nahrung. Anders formuliert: Das Erfüllen der Anwesenheitspflicht stellt für sie keine Möglichkeit im Sinn des Subsidiaritätsprinzips dar, sich aus der Notlage zu befreien. Im Ergebnis erweist sich die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht als sachfremd und damit unzulässig.

Diese Erkenntnisse stehen einem praktikablen und vor Missbräuchen sicheren System der Ausrichtung von Nothilfe keinesfalls entgegen. Selbstverständlich muss der Staat nicht hinnehmen, dass weggewiesene Asylsuchende die ihnen nach Art. 12 BV zustehenden Leistungen auf beliebige Art und Weise und zu beliebigen Zeiten beziehen. Durch die persönliche Ausrichtung von Geldleistungen in regelmässigen Abständen (z.B. ein- oder dreimal pro Woche) kann die Auszahlung von grossen Barbeträgen vermieden und sichergestellt werden, dass die Leistungen die richtigen Empfänger erreichen. Auch darf überprüft werden, wer wie häufig in der zugewiesenen Notunterkunft übernachtet, damit die vorhandenen Schlafgelegenheiten effizient zugeteilt werden können. Nicht sachgerecht und damit unzulässig ist hingegen die Verknüpfung des Anspruchs auf für Nahrungsmittel vorgesehene Geldleistungen mit der Einhaltung einer Melde- und Übernachtungspflicht.

## 2. Vereinbarkeit mit dem Recht auf Bewegungsfreiheit und dem Recht auf soziale Kontakte

### a) Recht auf Bewegungsfreiheit

Als «liberté d'aller et venir»<sup>101</sup> garantiert die Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV ein Recht auf ungehinderte Ortsveränderung<sup>102</sup>. Darunter ist zunächst einmal das Recht zu verstehen, sich von einem Ort wegzubewegen, ohne vom Staat daran gehindert zu werden<sup>103</sup>. Dieses Recht ist bereits bei einer kurzfristigen Hinderung wie z.B. einer polizeilichen Anhaltung berührt<sup>104</sup>. Darüber hinaus umfasst die Bewegungsfreiheit auch das Recht, sich zu einem öffentlich zugänglichen Ort nach eigener Wahl zu begeben sowie ein Recht auf ein Mindestmass an körperlicher Bewegung<sup>105</sup>. Als Teilgehalt des Menschenrechts auf persönliche Freiheit schützt die Bewegungsfreiheit alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, und damit auch asylsuchende Personen<sup>106</sup>.

101 BGE 103 Ia 293 E. 4a S. 295; 90 I 29 E. 3a S. 34.

102 *Felix Baumann*, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 508.

103 *Baumann* (Anm. 102), S. 508; *Axel Tschentscher*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, N 62 f. zu Art. 10.

104 BGE 136 I 87 E. 5.1 S. 101; 109 Ia 146 E. 4b S. 149 f.

105 *Baumann* (Anm. 102), S. 509 f.

106 Statt vieler: *Müller/Schefer* (Anm. 45), S. 84; *Rainer J. Schweizer*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 36 zu Art. 10.

## b) Recht auf soziale Kontakte

Der Anspruch auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV umfasst auch das Recht zur Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen<sup>107</sup>. Unter dem Regime der Bundesverfassung von 1874 fasste das Bundesgericht das Recht auf soziale Kontakte als elementare Freiheit, die für die Persönlichkeitsentfaltung unverzichtbar ist und allen Menschen zum Schutz ihrer Würde vor staatlichen Massnahmen zustehen muss<sup>108</sup>, unter die Garantie der persönlichen Freiheit<sup>109</sup>. Die Abgrenzung zwischen den Schutzbereichen der beiden Garantien lässt sich nicht immer trennscharf festlegen<sup>110</sup>. Wie die anderen Teilgehalte von Art. 13 Abs. 1 BV steht das Recht auf soziale Kontakte allen natürlichen Personen zu, ungeachtet ihres aufenthaltsrechtlichen Status<sup>111</sup>.

## c) Vorliegen eines Eingriffs

Wie bereits dargelegt wurde, unterstehen rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesene Asylsuchende keiner selbständigen Pflicht zur Anwesenheit in der ihnen zugewiesenen Notunterkunft (vgl. II.1). Auch die per 1. Februar 2017 eingeführte Änderung des Nothilferegimes hat kein eigentliches Verbot geschaffen, die zugewiesene Notunterkunft (zu bestimmten Zeiten) zu verlassen. Doch praktisch läuft die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Melde- und Übernachtungspflicht für die betroffenen Personen auf das Gleiche hinaus wie eine selbständige Anwesenheitspflicht. Denn wer keine Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit und seines Rechts auf soziale Kontakte hinnehmen will, verliert seinen Anspruch auf einen Teil der «Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind».<sup>112</sup> Oder umgekehrt formuliert: Wer Hilfe in einer Notlage will, muss eine Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit und seines Rechts hinnehmen, soziale Beziehungen zu pflegen.

Im konkreten Anwendungsfall wird jeweils alternativ zu prüfen sein, ob eine Verletzung des Rechts auf Hilfe in Notlagen bzw. des Rechts auf Bewegungsfreiheit und des Rechts auf soziale Kontakte vorliegt: Wird der betroffenen Person die finanzielle Nothilfe aufgrund einer Missachtung der Anwesenheitspflicht verweigert, liegt nach dem Gesagten eine Verletzung von Art. 12 BV vor. Hält sich die Person an die Anwesenheitspflicht, um die Ausrichtung der finanziellen Nothilfe nicht zu gefährden, stellt sich die Frage nach einer Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV.

107 BGE 137 I 167 E. 3.2 S. 172; siehe auch *Stephan Breitenmoser*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 21 zu Art. 13 Abs. 1.

108 Vgl. BGE 133 I 110 E. 5.2 S. 119.

109 BGE 103 Ia 293 E. 4a S. 295.

110 *Kiener/Kälin/Wyttenbach* (Anm. 47), S. 161 f., 170, 188 f.

111 *Kiener/Kälin/Wyttenbach* (Anm. 47), S. 170.

112 BGE 138 V 310 E. 2.1 S. 313.

Die Pflicht zur Anwesenheit in einer bestimmten Unterkunft zu bestimmten Zeiten (anders ausgedrückt: eine Ausgangssperre) kann – unbesehen des Vorliegens eines besonderen Rechtsverhältnisses – einen empfindlichen Eingriff in die Freiheitsrechte darstellen (vgl. II.1). Aufgrund der Verknüpfung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe mit der Einhaltung der Melde- und Übernachtungspflicht besteht für die betroffenen Personen effektiv eine Pflicht, sich während – je nach Notunterkunft – rund 12 Stunden pro Tag in der zugewiesenen Unterkunft aufzuhalten. Dieser Eingriff in das von Art. 10 Abs. 2 BV garantierte Recht auf Bewegungsfreiheit und das von Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf soziale Kontakte ist nur dann rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 BV erfüllt.

## d) Vorliegen der Voraussetzungen einer rechtmässigen Grundrechtseinschränkung

In Bezug auf die meisten der von Art. 36 BV genannten Voraussetzungen kann auf das Gesagte verwiesen werden: Die Rechtmässigkeit des durch die Verknüpfung bewirkten Eingriffs in die Bewegungsfreiheit und das Recht auf soziale Kontakte ist bereits deshalb zu verneinen, weil eine den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügende *gesetzliche Grundlage* für die Verknüpfung fehlt (vgl. III.). Ein legitimes *öffentliches Interesse* an der Verknüpfung (Art. 36 Abs. 2 BV) besteht insoweit, als damit die Verhinderung des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen bzw. die Überprüfung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen bezweckt wird. Allerdings stellt die Verknüpfung kein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Ziels dar, weshalb die *Verhältnismässigkeit* des Eingriffs (Art. 36 Abs. 3 BV) bereits aus diesem Grund zu verneinen ist. Die zusätzlich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip fliessende Anforderung der Erforderlichkeit ist ebenfalls nicht erfüllt, da ein – auch im Vergleich zur Anwesenheitspflicht – milderer Mittel zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks zur Verfügung steht, nämlich die Abgabe von Nahrungsmitteln oder Gutscheinen (vgl. IV.1.b)bb)).

Zusätzliche Aspekte sind hier nur in Bezug auf die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zu erörtern. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem angestrebten Zweck und der Schwere des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit und das Recht auf soziale Kontakte ist zu berücksichtigen, dass Personen, die einer Notunterkunft zugewiesen worden sind, sich typischerweise in einer Situation weitgehender sozialer Isolation befinden. Bereits aufgrund der häufig abgelegenen geografischen Lage der Unterkünfte ist es für die Bewohnerinnen und Bewohner nur sehr schwer möglich, Kontakte mit Menschen ausserhalb der Notunterkunft aufrechtzuerhalten, zumal ihnen normalerweise die finanziellen Mittel für die Benutzung des öffentlichen Verkehrs fehlen. Rund die Hälfte der Bewohnerinnen und Bewohner der Notunterkünfte des Kantons Zürich unterstehen zudem einer Eingrenzung gemäss Art. 74 AuG, die es ihnen verbietet, ein eng begrenztes Ge-



biet rund um die Notunterkunft zu verlassen<sup>113</sup>. Die per 1. Februar 2017 eingeführte Änderung des Nothilferegimes verschärft diese soziale Isolation zusätzlich. Ausnahmen von der Anwesenheitspflicht sind nur für Termine beim Arzt, beim Migrationsamt oder bei der betreffenden Botschaft bzw. dem betreffenden Konsulat, nicht aber für Besuche von Verwandten oder Bekannten vorgesehen. Soll die abendliche Meldepflicht eingehalten werden, sind solche Besuche in den meisten Fällen nur noch möglich, wenn die Rückreise in die Notunterkunft im Verlauf des Nachmittags angetreten wird. Gerade auch angesichts der teilweise prekären Verhältnisse in Notunterkünften (Platzmangel, fehlende Privatsphäre, spärliche Einrichtung, schlechte Lichtverhältnisse, striktes Kontrollregime, fehlende Aussicht der Bewohnerinnen und Bewohner auf eine Verbesserung ihrer Situation usw.)<sup>114</sup> erscheint der Wunsch, gelegentlich länger als bis am Nachmittag bei Verwandten oder Bekannten zu verweilen, als durchaus nachvollziehbar. Soziale Beziehungen werden in der Schweiz schliesslich typischerweise nach Feierabend gepflegt. Der im Lichte der Menschenwürde (Art. 7 BV) auszulegende Anspruch auf Nothilfe sichert mehr als das «nackte Überleben»<sup>115</sup>, er spricht mit dem «Anspruch auf Hilfe und Betreuung» den Menschen auch als soziales Wesen an<sup>116</sup>. Vor diesem Hintergrund ist das grundlegende menschliche Bedürfnis, ein Minimum an sozialen Beziehungen aufrechtzuerhalten, höher zu gewichten als das Interesse an einer Verhinderung des unberechtigten Bezugs des bescheidenen Betrags (Fr. 8.50), der für Nahrungsmittel vorgesehen ist.

Je länger eine Person dem Nothilferegime unterworfen ist, desto unangemessener erscheint das Verhältnis zwischen dem mit der Verknüpfung angestrebten Zweck und dem Eingriff in die Bewegungsfreiheit und in das Recht auf soziale Kontakte. Viele weggewiesene Asylsuchende leben über Jahre hinweg in Notunterkünften, obwohl keine Aussicht auf Vollzug ihrer Wegweisung besteht. Sind Menschen während mehreren Jahren einem Regime unterworfen, das jegliche Teilnahme am gesellschaftlichen Leben verunmöglicht, kann dies Auswirkungen auf ihre psychische Integrität haben. Mehrere Studien belegen den schlechten Gesundheitszustand von Langzeit-Nothilfebezügern und erklären diesen vor allem

113 Folienpräsentation der Medienkonferenz der Sicherheitsdirektion vom 17. März 2017 zum Thema «Aktuelles aus dem Asylbereich», S. 7 u. 16, verfügbar unter <[https://ds.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/de/aktuell.newsextern.-internet-de-aktuell-news-medienmitteilungen-2017-aktuelles\\_45\\_aus\\_45\\_dem\\_45\\_asylbereich\\_45\\_des\\_45\\_kantons\\_45\\_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html](https://ds.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/de/aktuell.newsextern.-internet-de-aktuell-news-medienmitteilungen-2017-aktuelles_45_aus_45_dem_45_asylbereich_45_des_45_kantons_45_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html)> (zuletzt besucht am: 13.7.2018).

114 Vgl. etwa *Teresia Gordzielik*, Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, Jusletter 14. März 2016, Rz. 5 ff.; *Petry* (Anm. 95), S. 238 ff.

115 *Thomas Gächter*, Soziale Grundrechte. Das nackte Überleben – oder mehr?, ius.full 3+4/2007, S. 144.

116 *Thomas Gächter/Gregori Werder*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, N 27 zu Art. 12 mit Hinweis auf a.M. *Waldmann* (Anm. 60), S. 356 f.

mit der Perspektivlosigkeit dieser Menschen und ihrer sozialen Stigmatisierung<sup>117</sup>. Hinsichtlich Personen, die sich seit mehreren Jahren in Notunterkünften aufhalten, stellt die Verschärfung des Nothilferegimes somit nicht nur einen unangemessenen Eingriff in ihre Bewegungsfreiheit und ihr Recht auf soziale Kontakte dar. Vielmehr kann sie auch auf eine Verletzung ihres ebenfalls von Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Rechts auf psychische Integrität hinauslaufen und eine unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK darstellen.

Abgesehen davon, dass die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht für die Erreichung des angestrebten Ziels weder geeignet noch erforderlich ist, wahrt sie auch die Zweck-Mittel Relation nicht. Da sie mehrere der von Art. 36 BV genannten Voraussetzungen einer rechtmässigen Grundrechtseinschränkung nicht erfüllt, ist die Verknüpfung nicht mit der Garantie der Bewegungsfreiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV und dem Recht, soziale Kontakte zu unterhalten gemäss Art. 13 Abs. 1 BV vereinbar.

## V. Zusammenfassende Würdigung

Für rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesene Asylsuchende besteht im Kanton Zürich keine Rechtspflicht, sich regelmässig in der ihnen zugewiesenen Notunterkunft zu melden und dort zu übernachten, die unabhängig davon gelten würde, ob sie finanzielle Nothilfe beziehen wollen oder nicht. Eine Pflicht zur Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft kann folglich nur insoweit bestehen, als sie rechtmässig als Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe verankert wird. Dafür wäre auf jeden Fall der Weg der Rechtsetzung zu beschreiten, was im Kanton Zürich nicht geschehen ist.

Selbst wenn die im Kanton Zürich erfolgte Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft nicht als Rechtssatz, sondern als Einzelakt zu qualifizieren wäre, ist sie (bereits) aufgrund der dafür fehlenden gesetzlichen Grundlage als unzulässig einzustufen.

Unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage erweist sich eine Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft als verfassungswidrig. Erstens ist eine solche Verknüpfung nicht mit dem von Art. 12 BV garantierten Recht auf Hilfe in Notlagen vereinbar, da die Anwesenheitspflicht nicht eine sachgemässe «Auflage» bzw. «Bedingung» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellt: Die

<sup>117</sup> Siehe die Hinweise bei *Christian Bolliger/Marius Féraud*, Langzeitbezug von Nothilfe durch weggewiesene Asylsuchende. Schlussbericht, Büro Vatter AG. Politikforschung & -beratung, Bern, Bericht über eine Studie vom 26. Mai 2010, S. 29 f., 103, 112, verfügbar unter <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/sozialhilfe/ber-langzeitbezug-nothilfe-d.pdf>> (zuletzt besucht am: 13.7.2018); *Petry* (Anm. 95), S. 244.

Nothilfebedürftigkeit hinsichtlich Nahrung, für welche die Geldleistungen vorgesehen sind, bestimmt sich unabhängig von jener hinsichtlich Unterkunft; es ist sachfremd, die beiden Aspekte zu verknüpfen. Zweitens ist eine solche Verknüpfung nicht mit dem Recht auf Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und dem Recht, soziale Kontakte zu pflegen (Art. 13 Abs. 1 BV), vereinbar, da im Kanton Zürich eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung dieser Grundrechte fehlt (Art. 36 Abs. 1 BV) und die Verhältnismässigkeit nicht gewahrt ist (Art. 36 Abs. 3 BV).