



**Universität  
Zürich** UZH

**Prof. Dr. iur. Daniel Moeckli**

Universität Zürich  
Assistenzprofessur für Völkerrecht und Staatsrecht  
Rämistrasse 74/50  
CH-8001 Zürich  
Telefon +41 44 634 58 81

**Prof. Dr. iur. Regina Kiener**

Universität Zürich  
Lehrstuhl für öffentliches Recht  
Rämistrasse 74/42  
CH-8001 Zürich  
Telefon +41 44 634 15 13

# **Rechtsgutachten zum Nothilferegime des Kantons Zürich**

erstellt von

Prof. Dr. iur. Daniel Moeckli

Prof. Dr. iur. Regina Kiener

unter Mitarbeit von

Sandra Bienek, MLaw, Danielle Breitenbücher, Rechtsanwältin, MLaw,  
Alessandra Chies, MLaw, Christine Tramontano, Rechtsanwältin, MLaw

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>5</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>7</b>
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>10</b>
<b>A. Ausgangslage und Fragestellung</b> .....	<b>11</b>
<b>B. Frage 1: <i>Ist es zulässig, die Ausrichtung finanzieller Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende an die Voraussetzungen zu knüpfen, dass diese sich zweimal täglich in der Notunterkunft, der sie zugewiesen worden sind, melden und dort übernachten?</i></b> .....	<b>13</b>
I. Überblick.....	13
II. Rechtliche Qualifikation der Anwesenheitspflicht .....	13
1. Selbständige Anwesenheitspflicht .....	14
2. Anwesenheit als Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe .....	16
a) <i>Organisatorische Modalität</i> .....	16
b) <i>Einzelakt: Verfügung oder Nebenbestimmung</i> .....	18
c) <i>Erlass</i> .....	20
III. Gesetzliche Grundlage für die Verknüpfung von Nothilfe und Einhaltung der Anwesenheitspflicht.....	21
IV. Zulässigkeit der Verknüpfung von Nothilfe und Anwesenheitspflicht.....	24
1. Vereinbarkeit mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen.....	24
a) <i>Recht auf Hilfe in Notlagen</i> .....	24
aa) <i>Rechtliche Grundlagen</i> .....	24
bb) <i>Anspruchsvoraussetzungen</i> .....	25
cc) <i>Zuständigkeiten sowie Umfang und Art der Hilfe</i> .....	26
dd) <i>Schranken, Verwirkung und Auflagen bzw. Bedingungen</i> .....	28
b) <i>Zulässigkeit der Verknüpfung</i> .....	30
aa) <i>Zulässigkeit von Verknüpfungen im Allgemeinen</i> .....	30
bb) <i>Zulässigkeit der Verknüpfung im vorliegenden Fall</i> .....	32
2. Vereinbarkeit mit dem Recht auf Bewegungsfreiheit und dem Recht auf soziale Kontakte.....	36

a)	<i>Recht auf Bewegungsfreiheit</i> .....	36
b)	<i>Recht auf soziale Kontakte</i> .....	37
c)	<i>Vorliegen eines Eingriffs</i> .....	38
d)	<i>Vorliegen der Voraussetzungen einer rechtmässigen Grundrechtseinschränkung</i> .....	39
<b>C.</b>	<b>Frage 2: <i>In welcher Form hat eine Verweigerung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe zu ergehen und wie – falls überhaupt – kann sich eine betroffene Person dagegen rechtlich zur Wehr setzen?</i></b> .....	<b>42</b>
I.	Überblick .....	42
II.	Abgrenzung von Verfügung und Realakt .....	42
1.	Rechtliche Grundlagen .....	42
2.	Anwendung auf den vorliegenden Fall .....	44
III.	Folgen bei Rechtswidrigkeit der Verweigerung von Nothilfe .....	45
1.	Praxis des Bundesgerichts .....	45
2.	Würdigung .....	46
<b>D.</b>	<b>Frage 3: <i>Ist die Übertragung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe an die ORS Service AG rechtmässig?</i></b> .....	<b>48</b>
I.	Überblick .....	48
II.	Die Gewährleistung der Nothilfe als staatliche Aufgabe .....	48
1.	Kreis der Staatsaufgaben .....	48
2.	Abgrenzung von Staatsaufgaben und administrativen Hilfstätigkeiten .....	50
3.	Anwendung auf den vorliegenden Fall .....	52
4.	Grundrechtsbindung .....	54
III.	Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an die ORS Service AG .....	54
1.	Anwendbares Recht .....	54
2.	Gesetzliche Grundlage .....	55
a)	<i>Vorgaben des Bundesrechts</i> .....	55
b)	<i>Vorgaben des kantonalen Rechts</i> .....	56

3.	Anwendung auf den vorliegenden Fall .....	57
	a) <i>Delegationsnorm im kantonalen Recht?</i> .....	58
	b) <i>Delegationsnorm im Bundesrecht?</i> .....	58
	c) <i>Ergebnis</i> .....	61
4.	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.....	62
	a) <i>Vorgaben des Bundesrechts</i> .....	62
	b) <i>Anwendung auf den vorliegenden Fall</i> .....	63
	c) <i>Weitere Voraussetzungen der Aufgabenübertragung</i> .....	63
5.	Folgen bei Rechtswidrigkeit der Aufgabenübertragung an Private .....	64
<b>E.</b>	<b>Zusammenfassende Beantwortung der Gutachtensfragen .....</b>	<b>66</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AB	Amtliches Bulletin
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz (AsylG), SR 142.31
AsylV 2	Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen (AsylV 2), SR 142.312
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus der Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101
bzw.	beziehungsweise
dec.	decision
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe
DR	Decisions and Reports
E.	Erwägung/Erwägungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
f./ff.	folgende
FN	Fussnote
Fr.	Franken
GC	Grand Chamber
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberschaft
i.V.m.	in Verbindung mit
KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich, LS 101/SR 131.211
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung (KVV), SR 832.102
lit.	litera

LS	Loseblattsammlung, Kanton Zürich
m.w.H	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nothilfeempfehlungen	Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK) zur Nothilfe für ausreisepflichtige Personen des Asylbereichs (Nothilfeempfehlungen) vom 29. Juni 2012, < <a href="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</a> > (zuletzt besucht am: 10.8.2017)
Nothilfeverordnung	Verordnung über die Gewährung von Nothilfe an Personen ohne Aufenthaltsrecht (Nothilfeverordnung), LS 851.14
Nr.	Nummer
PublG ZH	Gesetz über die Gesetzessammlungen und das Amtsblatt (Publikationsgesetz), LS 170.5
Rn.	Randnote/Randnoten
S.	Seite/Seiten
SHG ZH	Sozialhilfegesetz (SHG), LS 851.1
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK)
SR	Systematische Rechtssammlung, Bund
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0
u.	und
UN	United Nations
UN Doc.	United Nations Document
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1
v.	versus
VGer	Verwaltungsgericht, Kanton Zürich
vgl.	vergleiche
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG), LS 175.2
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)
Ziff.	Ziffer/Ziffern
zit.	zitiert

## Literaturverzeichnis

AMSTUTZ, KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht 664, Bern 2002

BAUMANN, FELIX, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBI 2004, S. 505 ff.

BIAGGINI, GIOVANNI, BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. Komm. BV)

DERS., Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: Schaffhauser, René/Poledna, Tomas (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, S. 143 ff. (zit. Anforderungen)

BOLLIGER, CHRISTIAN/FÉRAUD, MARIUS, Langzeitbezug von Nothilfe durch weggewiesene Asylsuchende. Schlussbericht, Büro Vatter AG. Politikforschung & -beratung, Bern, Bericht über eine Studie vom 26. Mai 2010, <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/sozialhilfe/ber-langzeitbezug-nothilfe-d.pdf>> (zuletzt besucht am: 10.8.2017)

BREINING-KAUFMANN, CHRISTINE/WINTSCH, SANDRA, Rechtsfragen zur Beschränkung der Nothilfe, ZBI 2005, S. 497 ff.

BSK BV–BEARBEITER, Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015

BREITENMOSER, STEPHAN, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen 39, Basel/Frankfurt a.M. 1986

DAENIKER, DANIEL, Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag, Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 49 ff. GÄCHTER, THOMAS, Soziale Grundrechte. Das nackte Überleben – oder mehr?, ius.full 2007, S. 138 ff.

GENNER, SUSANNE, Zur Abgrenzung von Rechtsakt und Realakt im öffentlichen Recht, AJP 2011, S. 1153 ff.

GORDZIELIK, TERESIA, Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz. Ein Beitrag zu flüchtlings- und sozialhilferechtlichen Aspekten, Jusletter 14. März 2016

GRABENWARTER, CHRISTOPH/PABEL, KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2016

GRIFFEL, ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017

HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

HÄFELIN, ULRICH/WALTER, HALLER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016

HÄNZI, CLAUDIA, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Entwicklung, Bedeutung und Umsetzung der Richtlinien in den deutschsprachigen Kantonen der Schweiz, Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe B. Öffentliches Recht 84, Basel 2011

HRUSCHKA, CONSTANTIN, Art. 26, 28, 80, 84, in: Spescha, Marc/Thür, Hanspeter/Zünd, Andreas/Bolzli, Peter/Hruschka, Constantin (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar. Schweizerisches Ausländergesetz (AuG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 4. Aufl., Zürich 2015

JAAG, TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Jaag, Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 23 ff.

JAAG, TOBIAS/RÜSSLI, MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012

KIENER, REGINA/KÄLIN, WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013

KIENER, REGINA/RÜTSCHÉ, BERNHARD/KUHN, MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015

KÖLZ, ALFRED/HÄNER, ISABELLE/BERTSCHI, MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

Komm. KV–BEARBEITER, Häner, Isabelle/Rüssli, Markus/Schwarzenbach, Evi (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007

Komm. VRG–BEARBEITER, Griffel, Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

LIENHARD, ANDREAS, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, S. 1163 ff.

MÜLLER, ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, AJP 1998, S. 65 ff.

MÜLLER, ANDREAS/JENNI, VITTORIO, Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben – eine aktuelle Übersicht, AJP 1999, S. 1071 ff.

MÜLLER, MARKUS, Das besondere Rechtsverhältnis. Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. Rechtsverhältnis)

DERS., Art. 5 u. 49 ff., in: Auer, Christoph/Müller, Markus/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Komm. VwVG)



MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008

NGUYEN, MINH SON, Art. 80, in: Amarelle, Cesla/Nguyen, Minh Son (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Loi sur l'asile (LAsi), Volume IV, Bern 2015

PETRY, ROSWITHA, 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

RÜEGG, CHRISTOPH, Das Recht auf Hilfe in Notlagen, in: Häfeli, Christoph (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 23 ff.

RÜTSCHKE, BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, S. 153 ff. (zit. öffentliche Aufgaben)

DERS., Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 2016, S. 71 ff. (zit. Leistungsaufträge)

SCHEFER, MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001

SCHEFER, MARKUS/RÜEGGER, VANESSA, Geschlossene Asylunterkünfte, Kompetenzen der Kantone und grundrechtliche Anforderungen, Jusletter 4. Mai 2015

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE SFH (Hrsg.)/HRUSCHKA, CONSTANTIN/KHAMMAS, MARIE/ROMER, ADRIANA, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. SFH/HRUSCHKA/KHAMMAS/ROMER)

SGK BV-BEARBEITER, Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014

THIÉBAUD, ALAIN, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Zürcher Kantonsverfassung, ZBl 2008, S. 509 ff.

TRUMMER, MURIEL, Nothilfe für abgewiesene Asylsuchende, Asyl 2009, S. 24 ff.

TSCHANNEN, PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016

TSCHANNEN, PIERRE/ZIMMERLI, ULRICH/MÜLLER, MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

UEBERSAX, PETER, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 2001, S. 393 ff.

UHLMANN, FELIX, Art. 12, in: Waldmann, Bernhard/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), Praxis-kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016

WALDMANN, BERNHARD, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBl 2006, S. 341 ff.

## **Materialienverzeichnis**

Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Kurzfristige Massnahmen) vom 23. September 2011, BBl 2011 7325 (zit. Zusatzbotschaft zur Änderung des AsylG)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV)

Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1 (zit. Botschaft Totalrevision AsylG)

## A. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Mit Auftrag vom 13. April 2017 haben Rechtsanwalt lic. iur. Peter Nideröst und Rechtsanwalt lic. iur. Michael Brühlhart (nachfolgend: Auftraggeber) die Gutachterin und den Gutachter mit der Untersuchung rechtlicher Fragen zum Nothilferegime bei weggewiesenen Asylsuchenden des Kantons Zürich beauftragt. Hintergrund des Gutachterauftrags ist eine per 1. Februar 2017 eingeführte Änderung dieses Regimes. Aufgrund der uns von den Auftraggebern zur Verfügung gestellten Unterlagen gehen wir bei unseren Überlegungen von folgendem Sachverhalt aus:

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 ausgerichtet. 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 (1) für den betreffenden Tag bei der zweimal täglich (morgens und abends) stattfindenden Präsenzkontrolle seine Anwesenheit in der Notunterkunft mittels Unterschrift bestätigt hat und (2) in der Notunterkunft übernachtet hat. 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 Notunterkünften erfolgte die Information mittels Aushängen (ohne Angabe über den Aussteller derselben). Die ORS Service AG überprüft die Anwesenheit der Nothilfebezüglerinnen und Nothilfebezügler und entscheidet über die Ausrichtung der täglichen Geldleistungen. Seit der Änderung des Nothilferegimes wurde in mehreren Fällen die Ausrichtung wegen fehlender Anwesenheit der betreffenden Personen in der Notunterkunft verweigert.

- 2 Vor diesem Hintergrund wurden mit dem Gutachterauftrag folgende Fragen unterbreitet:
  - 1) Ist es zulässig, die Ausrichtung finanzieller Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende an die Voraussetzungen zu knüpfen, dass diese sich zweimal täg-

lich in der Notunterkunft, der sie zugewiesen worden sind, melden und dort übernachten?

- 2) In welcher Form hat eine Verweigerung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe zu ergehen und wie – falls überhaupt – kann sich eine betroffene Person dagegen rechtlich zur Wehr setzen?
- 3) Ist die Übertragung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe an die ORS Service AG rechtmässig?

## **B. Frage 1:**

*Ist es zulässig, die Ausrichtung finanzieller Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende an die Voraussetzungen zu knüpfen, dass diese sich zweimal täglich in der Notunterkunft, der sie zugewiesen worden sind, melden und dort übernachten?*

### **I. Überblick**

- 3 Seit dem 1. Februar 2017 wird im Kanton Zürich rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesenen Asylsuchenden die finanzielle Nothilfe fünfmal (statt wie früher dreimal) pro Woche ausbezahlt. Zudem wird für die Auszahlung der finanziellen Nothilfe neu vorausgesetzt, dass die betreffenden Personen (1) bei der zweimal täglich stattfindenden Präsenzkontrolle ihre Anwesenheit in der Notunterkunft mittels Unterschrift bestätigen (nachfolgend „Meldepflicht“) und (2) in der Notunterkunft übernachten (nachfolgend „Übernachtungspflicht“). In einigen Notunterkünften wurden die Asylsuchenden mit Merkblättern, welche unterschrieben werden mussten, über diese Praxisänderung informiert, in anderen Notunterkünften erfolgte die Information mittels Aushängen.
- 4 Zunächst gilt es diese Melde- und Übernachtungspflicht, die im Folgenden zusammenfassend als „Anwesenheitspflicht“ bezeichnet wird, rechtlich zu qualifizieren (vgl. Rz. 5 ff.). Sodann stellt sich die Frage, ob die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft einer gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. Rz. 27 ff.). Schliesslich muss beurteilt werden, ob diese Verknüpfung – unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage – mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen und dem Recht auf Bewegungsfreiheit bzw. dem Recht auf soziale Kontakte vereinbar ist (vgl. Rz. 33 ff.).

### **II. Rechtliche Qualifikation der Anwesenheitspflicht**

- 5 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 (vgl. Rz. 6 ff.). Alternativ könnte eine solche Anwesenheitspflicht insoweit bestehen, als sie eine Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe darstellt (vgl. Rz. 12 ff.).

## 1. Selbständige Anwesenheitspflicht

- 6 Besteht für rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesene Asylsuchende eine Pflicht zur Anwesenheit in der ihnen zugewiesenen Notunterkunft, die unabhängig davon gilt, ob sie finanzielle Nothilfe beziehen wollen?
- 7 Eine solche Pflicht 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 in jedem Fall in den grundrechtlich geschützten Bereich fallen.<sup>1</sup> In späteren Urteilen scheint das Bundesgericht diesen Grundsatz auf weggewiesene Asylsuchende, die sich in Notunterkünften aufhalten, ausgedehnt zu haben.<sup>2</sup> Die Unterbringung in einer Notunterkunft stellt demnach nicht zwingend bereits einen Eingriff in die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV dar.
- 8 Je restriktiver die Modalitäten der Unterbringung geregelt werden, umso eher sind aber die elementaren Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung und damit auch der Schutzbereich der persönlichen Freiheit betroffen.<sup>3</sup> In Bezug auf die sich hier konkret stellende Frage hat das Bundesgericht klargemacht, dass die Reglementierung der Ausgangsmöglichkeiten in Unterkünften für Asylsuchende einen nicht unerheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt.<sup>4</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn solche Anwesenheitspflichten länger als ein paar Tage zur Anwendung kommen.<sup>5</sup> Da sich im vorliegenden Fall die betreffenden Asylsuchenden in der Regel während mehreren Wochen, Monaten oder sogar Jahren in Notunterkünften aufhalten, stellt die fragliche 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.

---

<sup>1</sup> BGE 128 II 156 E. 3b S. 163 f.

<sup>2</sup> BGE 139 I 272 E. 3.4 S. 277; BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 57.

<sup>3</sup> SCHEFER/RÜEGGER, Rn. 107 für Asylunterkünfte im Allgemeinen.

<sup>4</sup> BGE 128 II 156 E. 3b S. 164: „[...] une atteinte non négligeable à la personnalité et à la liberté du requérant d’asile.“

<sup>5</sup> BGE 128 II 156 E. 2c u. 3 S. 161 ff.

- 9 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,<sup>6</sup> die in Art. 11 f. Regelungen zum Ausgang enthält, gilt gemäss ihrem Art. 1 nur für *vom Bund* betriebene Unterkünfte. Art. 28 Abs. 2 AsylG, der vorsieht, dass die kantonalen Behörden Asylsuchenden eine Unterkunft zuweisen können, bezieht sich auf Unterkünfte, in denen die Asylsuchenden zwar zur Einhaltung einer bestimmten Hausordnung verpflichtet sind, sich aber ansonsten frei bewegen dürfen.<sup>7</sup> Ohnehin betrifft Art. 28 AsylG nur die Unterbringung Asylsuchender während des *laufenden* Asylverfahrens.<sup>8</sup> Das Gleiche gilt für Art. 26 Abs. 1<sup>bis</sup> AsylG. 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. 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.
- 10 Auch aus dem *kantonalen Recht* ergibt sich keine selbständig geltende Anwesenheitspflicht. § 5 c SHG ZH 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 erlassene Nothilfeverordnung enthält ebenfalls keine Pflicht zur Anwesenheit in einer Notunterkunft zu bestimmten Zeiten. § 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 aufzuhalten. § 6 Abs. 2 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 Hausordnung der ORS Service

---

<sup>6</sup> SR 142.311.23.

<sup>7</sup> SCHEFER/RÜEGGER, Rn. 56 ff.

<sup>8</sup> HRUSCHKA, Art. 28 N 1.

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.

- 11 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für weggewiesene Asylsuchende keine selbständige Pflicht zur Anwesenheit in der ihnen zugewiesenen Notunterkunft zu bestimmten Zeiten besteht.

## **2. Anwesenheit als Voraussetzung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe**

- 12 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: (1) als blosse organisatorische Modalität der Ausrichtung der Nothilfe, die formlos ergehen kann (vgl. Rz. 13 ff.); (2) als eine Verfügung oder eine Nebenbestimmung einer Verfügung (Bedingung oder Auflage) (vgl. Rz. 19 ff.); oder (3) als eine in Erlassform zu ergehende Regelung der Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Nothilfe (vgl. Rz. 23 ff.).

### *a) Organisatorische Modalität*

- 13 Handelt es sich bei der Verknüpfung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht um eine blosse organisatorische Modalität, also einen Realakt, der formlos ergehen kann?
- 14 Die Merkblätter und Aushänge würden in diesem Fall ausschliesslich der Information der betroffenen Personen über die Änderung der organisatorischen Modalitäten dienen und keine Rechtswirkungen entfalten.
- 15 Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung zwischen Realakt und förmlichem Rechtsakt ist der Wille der Behörde zur Gestaltung der Rechtslage.<sup>9</sup> Realakte sind auf die unmittelbare Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges 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>10</sup> Rechtsakte

---

<sup>9</sup> Statt vieler GENNER, S. 1157.

<sup>10</sup> Statt vieler MÜLLER, MARKUS, Komm. VwVG, Art. 5 N 40.



zielen demgegenüber darauf ab, entweder selber unmittelbar Rechtswirkungen zu erzeugen, d.h. Rechte und Pflichten Privater zu regeln, oder die Rechtslage festzustellen.<sup>11</sup> Die (selbständige) Erzwingbarkeit ist hingegen nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechtsakts.<sup>12</sup> Dass im vorliegenden Fall die 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.

- 16 Insoweit die Änderung des Rhythmus der Auszahlung der finanziellen Nothilfe (neu fünfmal statt dreimal wöchentlich) als blosser 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.“ Mit der Anwesenheitspflicht soll eine Voraussetzung geschaffen werden, die bisher nicht vorgesehen war. 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. Rz. 37 ff.).
- 17 Nicht jede Anordnung, mit welcher der Betrieb einer kollektiven Unterkunft geregelt werden soll, hat als förmlicher Rechtsakt zu ergehen.<sup>13</sup> Anders etwa als bei der Gestaltung der Auszahlungsmodalitäten in den Notunterkünften 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

---

<sup>11</sup> Statt vieler: MÜLLER, MARKUS, Komm. VwVG, Art. 5 N 40; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 38 Rn. 1 ff.; UHLMANN, Art. 5 N 97.

<sup>12</sup> Statt vieler GENNER, S. 1155.

<sup>13</sup> BGE 128 II 156 E. 3b S. 163.

Anspruchsberechtigten eine unmittelbare Gestaltung der Rechtslage dar. Auch die Tatsache, dass die betroffenen Personen mit ihrer Unterschrift auf den Merkblättern 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 blossen betriebsorganisatorischen Modalität ausging, sondern auf eine Änderung der Rechtslage abzielte.

- 18 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*

- 19 Stellt die durch die Merkblätter und Aushänge erfolgte Koppelung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe an die Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft materiell eine Verfügung dar? 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>14</sup> Diese Umschreibung entspricht der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Art. 5 Abs. 1 VwVG bezieht sich an sich nur auf die Verfügungen in Anwendung von Bundesrecht, doch die Kantone folgen dem Verfügungsbegriff des Bundes auch für ihre eigenen Verfügungen.<sup>15</sup> Das VRG ZH spricht in aller Regel von „Anordnung“ statt von „Verfügung“, der Begriff entspricht aber grundsätzlich dem Verfügungsbegriff von Art. 5 Abs. 1 VwVG.<sup>16</sup>
- 20 Im vorliegenden Fall liegt unseres Erachtens keine individuell-konkrete Anordnung vor. „Individuell“ bedeutet, dass sich der fragliche Verwaltungsakt nur an einen einzelnen Adressaten oder an eine bestimmte Zahl von Adressaten richtet.<sup>17</sup> Die in Frage stehenden Merkblätter und Aushänge richten sich nicht an einen abgeschlossenen, individuell bestimmten Kreis von Adressaten, sondern an eine ganze Kategorie von Personen, die gewisse Merkmale aufweisen. Der Kreis der angesprochenen Personen ist anonym, die Anzahl der angesprochenen Adressaten ist unbestimmt: Es kommen laufend neue weggewiesene Asylsuchende in die Notunterkünfte des Kantons Zürich, für die die in den Merkblättern und Aushängen definierten Anspruchsvoraussetzungen ebenfalls gelten sollen. Andererseits verlassen immer wieder Perso-

---

<sup>14</sup> BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 45.

<sup>15</sup> Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 852.

<sup>16</sup> Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 13 ff., N 18.

<sup>17</sup> Statt vieler: Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 21; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 860.

nen 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 der Nothilfe; diese soll für alle aus der Schweiz weggewiesenen Asylsuchenden Geltung haben, denen eine Notunterkunft des Kantons Zürich zugewiesen wird.

- 21 Der Verwaltungsakt ist auch nicht „konkret“. Dieses Kriterium bezieht sich auf den Regulationsgegenstand: Die Verfügung regelt einen bestimmten Sachverhalt, nicht eine Vielzahl von Fällen.<sup>18</sup> Die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in einer Notunterkunft betrifft hingegen nicht einen Einzelfall, sondern eine unbestimmte Zahl von Fällen, die sich je nach betroffener Person unterschiedlich darstellen können: Ob die finanzielle Nothilfe ausbezahlt ist oder nicht, ist in jedem Einzelfall wieder anders 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>19</sup>
- 22 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>20</sup> Diese Terminologie ist jedoch von BIAGGINI zu Recht kritisiert worden, geht es doch gerade nicht um individuell-konkrete Fragen.<sup>21</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 weg-

---

<sup>18</sup> Statt vieler GRIFFEL, Rn. 30.

<sup>19</sup> GRIFFEL, Rn. 56; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rn. 56 ff.

<sup>20</sup> BGE 138 V 310 E. 5 S. 316 ff.; BGE 131 I 166 E. 4.4 f. S. 175 f.

<sup>21</sup> BIAGGINI, Komm. BV, Art. 12 N 5.

gewiesenen Asylsuchenden von einer Voraussetzung (Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft) abhängig gemacht werden.

*c) Erlass*

- 23 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>22</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>23</sup>
- 24 Die von den Behörden angestrebte Änderung der Anspruchsvoraussetzungen müsste somit auf dem Weg der Rechtsetzung erfolgen. Art. 38 Abs. 1 KV ZH 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>24</sup>
- 25 Wie unten dargelegt, gibt es gute Gründe zu verlangen, dass die Anspruchsvoraussetzungen auf Gesetzesebene zu umschreiben sind (vgl. Rz. 28 ff.). Demnach bedürfte es für die Einführung einer neuen Anspruchsvoraussetzung einer Änderung des Sozialhilfegesetzes.
- 26 Auch wenn man dieser Ansicht nicht folgt, ist die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht zumindest auf Verordnungsebene festzuschreiben. Da Rechte und Pflichten Privater geregelt werden sollen, steht eine Rechtsverordnung zur Diskussion.<sup>25</sup> 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 ermäch-

---

<sup>22</sup> Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 12 N 5.

<sup>23</sup> BGE 131 I 166 E. 5.2 S. 176.

<sup>24</sup> Komm. KV-HAUSER, Art. 38 N 25.

<sup>25</sup> Siehe zum Begriff der Rechtsverordnung HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 78 ff.

tigt 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 erlassenen Nothilfeverordnung verankert werden. Eine entsprechende Änderung der Nothilfeverordnung wäre nach § 1 Abs. 2 i.V.m. § 10 PubLG ZH vor dem Inkrafttreten in der Offiziellen Gesetzessammlung zu veröffentlichen. Zudem müsste eine Publikation der entsprechenden Begründung des Regierungsrats im Amtsblatt erfolgen.<sup>26</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 Einhaltung der Anwesenheitspflicht**

- 27 Nach dem Gesagten ist die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft als Rechtssatz zu qualifizieren. Dementsprechend hätte für die Herstellung der Verknüpfung der Weg der Rechtsetzung beschritten werden müssen. Doch auch falls man diese Ansicht nicht teilt und die Verknüpfung als Einzelakt (Verfügung oder Nebenbestimmung einer Verfügung) qualifiziert, stellt sich die Frage, ob dieser Einzelakt nicht einer gesetzlichen Grundlage bedarf.
- 28 Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch im Bereich der Leistungsverwaltung.<sup>27</sup> Zwar sind die Anforderungen an Normstufe und Normdichte im Vergleich zur Eingriffsverwaltung im Allgemeinen weniger streng.<sup>28</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>29</sup> Im vorliegenden Fall wird die Gewährung der finanziellen Nothilfe von der Einhaltung der Anwesenheitspflicht abhängig gemacht. Zweitens

---

<sup>26</sup> Regierungsrat des Kantons Zürich, Richtlinien der Rechtsetzung (vom 21. Dezember 2005), <[http://www.ji.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/de/unsere\\_direktion/generalsekretariat/gesetzgebungsdienst/jcr\\_content/contentPar/downloadlist\\_0/downloaditems/richtlinien\\_der\\_rech.spooler.download.1282203906389.pdf/Richtlinien23-01-06-.pdf](http://www.ji.zh.ch/internet/justiz_inneres/de/unsere_direktion/generalsekretariat/gesetzgebungsdienst/jcr_content/contentPar/downloadlist_0/downloaditems/richtlinien_der_rech.spooler.download.1282203906389.pdf/Richtlinien23-01-06-.pdf)> (zuletzt besucht am: 10.8.2017), Rn. 314; siehe dazu auch JAAG/RÜSSLI, Rn. 617d.

<sup>27</sup> Vgl. etwa BGE 134 I 313 E. 5.4 S. 318; BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5.

<sup>28</sup> BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 392.

<sup>29</sup> BGE 103 Ia 369 E. 6e S. 383; siehe auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rn. 27.

sollte das Gesetzmässigkeitsprinzip dann keine Abschwächung erfahren, wenn die staatliche Leistung die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung verfassungsmässiger Rechte schafft.<sup>30</sup> Die Deckung der grundlegenden materiellen Bedürfnisse ist Voraussetzung der Ausübung aller anderen Grundrechte.<sup>31</sup> Drittens gelten in jenen Bereichen erhöhte Anforderungen, in denen der Gewährleistung der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit besondere Bedeutung zukommt, so etwa bei regelmässig wiederkehrenden staatlichen Leistungen.<sup>32</sup> Das Bundesgericht hat festgehalten, dass bei regelmässig wiederkehrenden Sozialleistungen unter anderem die Voraussetzungen ihrer Zusprechung detailliert im Gesetz zu umschreiben sind; demgegenüber könnten die konkreten Modalitäten der Leistungen in einer Verordnung geregelt werden.<sup>33</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 wird und auf den Anspruch nach Art. 12 BV angewiesen ist. In solchen Fällen seien die Anspruchsvoraussetzungen, das Verfahren und die Bemessung auf Gesetzesebene zu regeln.<sup>34</sup>

- 29 Die Anforderungen an die Normstufe und Normdichte sind grundsätzlich weniger streng, soweit es um Personen geht, die – wie weggewiesene Asylsuchende<sup>35</sup> – in einem besonderen Rechts- bzw. Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehen.<sup>36</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>37</sup> Im vorliegenden Fall 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 einer Kollektivunterkunft für die Ausrichtung der Nothilfe ergibt sich bloss, dass die Leistungen dort zu beziehen sind, nicht aber, dass eine Pflicht zur Anwesenheit in einer solchen Unterkunft besteht.

---

<sup>30</sup> BGE 103 Ia 369 E. 6e S. 383; siehe auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rn. 27.

<sup>31</sup> BGE 121 I 367 E. 2a S. 370; siehe auch Botschaft BV, S. 150.

<sup>32</sup> BGE 134 I 313 E. 5.4 S. 318; BGE 118 Ia 46 E. 5b S. 61 f.; siehe auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rn. 27.

<sup>33</sup> BGE 134 I 313 E. 5.4 S. 318; BGE 118 Ia 46 E. 5b S. 61 f.

<sup>34</sup> MÜLLER/SCHEFER, S. 781.

<sup>35</sup> BGE 139 I 272 E. 3.4 S. 277; BGE 135 I 119 E. 8.2 S. 128.

<sup>36</sup> KIENER/KÄLIN, S. 107; MÜLLER, MARKUS, Rechtsverhältnis, S. 24 ff.

<sup>37</sup> BSK BV–EPINEY, Art. 36 N 39; KIENER/KÄLIN, S. 107; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 43 Rn. 31.

- 30 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>38</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>39</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 vielmehr eine Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen dar.
- 31 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. Wie bereits im Zusammenhang mit der Frage einer selbständigen Anwesenheitspflicht dargelegt (vgl. Rz. 10), statuiert § 5 c SHG ZH 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 dass 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. Rz. 37 ff.).

---

<sup>38</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 926; TSCHANNEN/MÜLLER/ZIMMERLI, § 28 Rn. 95.

<sup>39</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 926; TSCHANNEN/MÜLLER/ZIMMERLI, § 28 Rn. 96.

32 Selbst wenn 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 somit (bereits) aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage als unzulässig einzustufen.

#### **IV. Zulässigkeit der Verknüpfung von Nothilfe und Anwesenheitspflicht**

33 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 (vgl. Rz. 34 ff.) und (2) dem Recht auf Bewegungsfreiheit bzw. dem Recht auf soziale Kontakte (vgl. Rz. 72 ff.) vereinbar ist.

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

###### *a) Recht auf Hilfe in Notlagen*

###### *aa) Rechtliche Grundlagen*

34 Das Bundesgericht anerkannte schon 1995 ein „Recht auf Existenzsicherung“ als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht.<sup>40</sup> In der heute geltenden Bundesverfassung ist das „Recht auf Hilfe in Notlagen“ als eigenständiges Grundrecht in Art. 12 mit diesem Titel kodifiziert. Art. 12 BV lautet wie folgt:

„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.“

35 Als soziales Grundrecht verschafft das Recht auf Hilfe in Notlagen einen justiziablen Anspruch auf staatliche Leistungen.<sup>41</sup> Es sichert die elementaren menschlichen Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach als „Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt“ und als „unentbehrliche[n] Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens“.<sup>42</sup> Das Bundesgericht hat wiederholt betont, dass Art. 12 BV der Menschenwürde (Art. 7 BV) dient.<sup>43</sup> Darüber hinaus ist das Recht auf Hilfe in Notlagen stark mit dem

---

<sup>40</sup> BGE 121 I 367 E. 2 S. 370 ff.

<sup>41</sup> BGE 131 I 166 E. 1.2 S. 168; BGE 121 I 367 E. 2c S. 373.

<sup>42</sup> BGE 121 I 367 E. 2b S. 371.

<sup>43</sup> Z.B. BGE 142 I 1 E. 7.2 S. 5; BGE 139 I 272 E. 3.2 S. 376 f.; BGE 136 I 254 E. 6.2 f. S. 263 f.



Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) verwoben.<sup>44</sup>

- 36 Auf völkerrechtlicher Ebene garantieren insbesondere Art. 9 (Recht auf soziale Sicherheit), Art. 11 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard) und Art. 12 (Recht auf Gesundheit) UNO-Pakt I jedem Menschen das für die Existenz Notwendige. Gemäss dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ergibt sich aus diesen Garantien für die Vertragsstaaten „a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights.“<sup>45</sup> Art. 12 BV kann als justiziabel ausgestaltete Gewährleistung dieser *core obligation* verstanden werden.<sup>46</sup> Eine Garantie eines Minimums an sozialer Sicherheit kann auch aus Art. 2 (Recht auf Leben) und Art. 3 (Verbot unmenschlicher Behandlung) EMRK abgeleitet werden.<sup>47</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat klargestellt, dass sich für die Vertragsstaaten aus Art. 3 EMRK die Pflicht ergibt, für Asylsuchende einen sozialen Mindeststandard (Wohnung, Nahrung, medizinische Versorgung) vorzusehen.<sup>48</sup>

#### *bb) Anspruchsvoraussetzungen*

- 37 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>49</sup> In der Praxis ist Art. 12 BV gerade in Bezug auf diese Personen besonders relevant.<sup>50</sup>
- 38 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).
- 39 Eine *Notlage* setzt voraus, dass eine Person nicht (mehr) über die Mittel verfügt, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind. Die Notlage muss aktuell sein, d.h., sie muss

---

<sup>44</sup> BGE 136 I 254 E. 6.2 f. S. 263 f.; siehe auch SGK BV-MÜLLER, Art. 12 N 6 m.w.H.

<sup>45</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 3: The Nature of States Parties' Obligations, 14. Dezember 1990, UN Doc. E/1991/23, Ziff. 10.

<sup>46</sup> BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 12 N 12.

<sup>47</sup> Vgl. z.B. EGMR, Panaitescu v. Romania, Nr. 30909/06, Urteil vom 10. April 2012, Ziff. 28; EGMR, Budina v. Russia (dec.), Nr. 45603/05, 18. Juni 2009, Ziff. 3; EGMR, Larioschina v. Russia (dec.), Nr. 56869/00, 23. April 2002, Ziff. 3.

<sup>48</sup> EGMR, M.S.S. v. Belgium and Greece (GC), Nr. 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011, Ziff. 254 u. 263.

<sup>49</sup> BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172; BGE 121 I 367 E. 2d S. 374.

<sup>50</sup> Vgl. SGK BV-MÜLLER, Art. 12 N 5.

tatsächlich eingetreten sein oder unmittelbar drohen.<sup>51</sup> Wenn es der Nothilfe beanspruchenden Person nicht möglich ist, zu einem legalen Erwerbseinkommen zu gelangen, was bei Personen ohne Aufenthaltsbewilligung der Fall ist (vgl. Art. 43 Abs. 2 AsylG), ist die Notlage als gegeben zu erachten.<sup>52</sup> Auf die Ursache der Bedürftigkeit kommt es nicht an; Nothilfe ist selbst dann zu leisten, wenn jemand verschuldet in eine Notlage geraten ist.<sup>53</sup>

- 40 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>54</sup> Das Subsidiaritätsprinzip impliziert somit 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>55</sup> Die fragliche Mitwirkungspflicht muss also unmittelbar auf die Beseitigung der Notlage zielen.<sup>56</sup> Überdies darf sie nicht unzumutbar oder gar schikanös sein.<sup>57</sup>

*cc) Zuständigkeiten sowie Umfang und Art der Hilfe*

- 41 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>58</sup> mithin „nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag.“<sup>59</sup>
- 42 Die Umsetzung und Ausgestaltung von Art. 12 BV obliegt den Kantonen.<sup>60</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.

---

<sup>51</sup> BGE 131 I 166 E. 3.2 S. 173.

<sup>52</sup> BGE 131 I 166 E. 3.2 S. 173; BGE 121 I 367 E. 3b S. 375.

<sup>53</sup> BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123; BGE 131 I 166 E. 4.3 S. 174; BGE 121 I 367 E. 3b S. 375.

<sup>54</sup> BGE 139 I 218 E. 5.3 S. 227 f.; BGE 130 I 71 E. 4.3 S. 75.

<sup>55</sup> WALDMANN, S. 353.

<sup>56</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 f. S. 175 f.

<sup>57</sup> BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184; siehe auch WALDMANN, S. 354.

<sup>58</sup> BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172.

<sup>59</sup> BGE 138 V 310 E. 2.1 S. 313; BGE 130 I 71 E. 4.1 S. 75.

<sup>60</sup> SGK BV-MÜLLER, Art. 12 N 25.

- 43 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>61</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>62</sup>
- 44 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 sei;
  - Unterkunft, wobei die Unterbringung in der Regel in Kollektivstrukturen vorzunehmen sei;
  - Medizinische Versorgung, die durch die von Art. 7 Abs. 5 und Art. 92d Abs. 1 KVV vorgesehene Versicherungspflicht für Krankenpflege sichergestellt sei;
  - Beratung und Betreuung, die auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken sei.<sup>63</sup>
- 45 Nach Art. 88 Abs. 4 AsylG entrichtet der Bund an die Kantone Pauschalen für Personen, die nach Art. 82 AsylG (nur) Anspruch auf Nothilfe haben.
- 46 Das Bundesgericht hat hervorgehoben, dass Art. 12 BV „nur eine auf die konkreten Umstände zugeschnittene, minimale individuelle Nothilfe“ umfasst.<sup>64</sup> Die zu gewährende Hilfe sei „nicht nur im Lichte des gesamtgesellschaftlichen Kontexts, sondern auch nach Massgabe der individuellen Umstände der Notlage des Leistungsansprechers zu konkretisieren“.<sup>65</sup> Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips bezieht sich die Nothilfe einzig auf jene Lebensbereiche, in welchen

---

<sup>61</sup> BGE 135 I 119 E. 5.3 S. 123; BGE 131 I 166 E. 8.2 S. 182, E. 8.5 S. 184.

<sup>62</sup> BGE 135 I 119 E. 6 S. 124 f.; BGE 131 I 166 E. 8.5 S. 184.

<sup>63</sup> Nothilfeempfehlungen, S. 14 ff.

<sup>64</sup> BGE 138 V 310 E. 2.1 S. 313.

<sup>65</sup> BGE 131 I 166 E. 8.2 S. 182.

tatsächlich eine Notlage besteht.<sup>66</sup> Allgemeinverbindliche Regelungen zur Festlegung der Nothilfe sind aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zentral, entbinden die Behörden aber nicht von einer Prüfung des Einzelfalls.<sup>67</sup>

- 47 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind auf dem Aufenthaltsstatus beruhende Differenzierungen betreffend den Umfang der Nothilfe zulässig. Bei Personen, welche die Schweiz zu verlassen hätten, müssten weder Integrationsinteressen verfolgt noch dauerhafte Sozialkontakte gewährleistet werden. Zudem sollten Anreize zum Verbleib in der Schweiz vermieden werden. Das für ein menschenwürdiges Dasein Gebotene dürfe jedoch nie unterschritten werden.<sup>68</sup>
- 48 In Bezug auf weggewiesene Asylsuchende, die über lange Zeit Nothilfe beziehen, ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass das Fehlen jeglicher finanzieller Leistungen nicht unbedingt eine Verletzung von Art. 12 BV darstellt. Die blosse Ausrichtung von Sachleistungen sei zulässig, solange es diese dem Empfänger der Nothilfe ermöglichen, brieflich oder telefonisch mit seinen Nächsten in Kontakt zu bleiben.<sup>69</sup> Die Frage, ob bei einem längeren Bezug von Nothilfe ein Taschengeld zu entrichten sei, hat es offengelassen.<sup>70</sup> Die SODK empfiehlt, die Nothilfe zu etappieren bzw. zu befristen, damit nicht der Eindruck einer Dauerlösung entsteht.<sup>71</sup>

*dd) Schranken, Verwirkung und Auflagen bzw. Bedingungen*

- 49 Der Schutzbereich und der Kerngehalt des Rechts auf Hilfe in Notlagen fallen nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts zusammen.<sup>72</sup> Für die Anwendung der *Grundrechtsschranken* nach Art. 36 BV besteht somit kein Raum.<sup>73</sup> Auch im Asylbereich ist der Gesetzgeber vollumfänglich an Art. 12 BV gebunden.<sup>74</sup> Fragen betreffend die Missachtung von Mitwirkungspflichten oder das Gebot der Selbsthilfe sind nicht im Kontext von Grund-

---

<sup>66</sup> BGE 138 V 310 E. 5.3 S. 317; siehe auch KIENER/KÄLIN, S. 472.

<sup>67</sup> BGE 131 I 166 E. 8.2 S. 182.

<sup>68</sup> BGE 139 I 272 E. 3.3. S. 277; BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123; BGE 131 I 166 S. E. 8.2 S. 182 f.

<sup>69</sup> BGE 135 I 119 E. 7.1 S. 125 f.

<sup>70</sup> BGE 135 I 119 E. 7.4 S. 127.

<sup>71</sup> Nothilfeempfehlungen, S. 16.

<sup>72</sup> Statt vieler: BGE 142 I 1 E. 7.2.4 S. 7; BGE 130 I 71 E. 4.1 S. 75.

<sup>73</sup> BGE 142 I 1 E. 7.2.4 S. 7; BGE 131 I 166 E. 5.3 S. 177.

<sup>74</sup> BREINING-KAUFMANN/WINSCH, S. 507.

rechtseinschränkungen, sondern im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 BV zu behandeln.<sup>75</sup>

- 50 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>76</sup> Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offengelassen.<sup>77</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>78</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 Auflagen/Weisungen mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB.<sup>79</sup>
- 51 Mit Art. 12 BV vereinbar ist es demgegenüber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, den Anspruch auf Hilfe in Notlagen an „*Auflagen*“ und „*Bedingungen*“ (vgl. zur Kritik an dieser Terminologie Rz. 22) zu knüpfen.<sup>80</sup> Nebenbestimmungen dürfen allerdings nicht sachfremd sein. Ihr Vollzug muss dazu führen, dass der Normzweck erreicht wird und ein rechtmässiger Zustand resultiert. Im Kontext von Art. 12 BV bedeutet dies, dass „*Auflagen*“ und „*Bedingungen*“ nur zulässig sind, wenn ihre zwangsweise Durchsetzung zur Beseitigung der Notlage führt.<sup>81</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>82</sup> oder von weggewiesenen Asylsuchenden zu verlangen, in eine Kollektivunterkunft zu ziehen, obwohl sie hinsichtlich der Unterkunft nicht nothilfedürftig sind.<sup>83</sup>

---

<sup>75</sup> WALDMANN, S. 360.

<sup>76</sup> Statt vieler: SGK BV–MÜLLER, Art. 12 N 34 mit umfassendem Hinweis auf die Lehre; eingehend auch AMSTUTZ, S. 304 ff.

<sup>77</sup> BGE 142 I 1 E. 7.2.5 S. 7 f.

<sup>78</sup> BGE 139 I 218 E. 3.3 S. 221 obiter dictum; siehe auch: SGK BV– MÜLLER, Art. 12 N 34; WALDMANN, S. 361.

<sup>79</sup> BGE 142 I 1 E. 7.2.5 S. 8 obiter dictum; siehe auch: Müller, SGK BV– MÜLLER, Art. 12 N 34; WALDMANN, S. 362.

<sup>80</sup> BGE 138 V 310 E. 5.2 f. S. 316 ff.; BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

<sup>81</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

<sup>82</sup> BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123 f.; BGE 131 I 166 E. 4.5 S. 175 f.

<sup>83</sup> BGE 138 V 310 E. 5.3 S. 317 f.

b) *Zulässigkeit der Verknüpfung*

- 52 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.
- 53 Die vom Kantonalen Sozialamt am 1. Februar 2017 eingeführte Änderung des Nothilferegimes hat zur Folge, dass wer die Meldepflicht oder die Übernachtungspflicht missachtet, für den betreffenden Tag keine Bargeldzahlung erhält. Die Geldleistung soll insbesondere die Nahrungsbedürfnisse abdecken. Personen, die die Anwesenheitspflicht verletzen, werden also Leistungen vorenthalten, die zweifellos zu dem von Art. 12 BV garantierten Umfang gehören.
- 54 Der Anspruch auf Hilfe in Notlagen kann weder eingeschränkt noch verwirkt werden (vgl. Rz. 49 f.). Die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft kann sich nur als zulässig erweisen, 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 (vgl. Rz. 55 ff.). Danach gilt es zu untersuchen, ob die im vorliegenden Fall von den Anspruchstellern verlangte Einhaltung der Anwesenheitspflicht ein geeignetes Mittel zur Erreichung eines zulässigen Zwecks darstellt und damit sachgemäss ist (vgl. Rz. 59 ff.).

aa) *Zulässigkeit von Verknüpfungen im Allgemeinen*

- 55 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 da-

rauf 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.“

- 56 Wann ist eine Anforderung im vorliegenden Kontext als sachgemäss einzustufen? Anhand der bundesgerichtlichen Praxis lassen sich mehrere Voraussetzungen identifizieren, von denen der Anspruch auf Nothilfe abhängig gemacht werden darf. Zunächst einmal darf vom Anspruchsteller verlangt werden, bei der Feststellung mitzuwirken, ob bei ihm eine Notlage vorliegt.<sup>84</sup> Diese Pflicht ist in Art. 83a AsylG explizit verankert. Kommt ein Anspruchsteller 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 Anspruchsteller trägt 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>85</sup> Sodann darf der Bezug der Nothilfe davon abhängig gemacht werden, dass der Bezüger bei der Feststellung seiner Identität mitwirkt, insbesondere um eine mehrfache Ausrichtung zu vermeiden.<sup>86</sup> Schliesslich ist es zulässig, zu verlangen, dass die Leistungen persönlich abgeholt werden; auch damit kann sichergestellt werden, dass die Leistungen an den richtigen Empfänger gelangen.<sup>87</sup> Über diese vom Bundesgericht explizit genannten Voraussetzungen hinaus muss es zulässig sein, die Gewährung von Nothilfe vom Vorliegen eines ausdrücklichen Gesuchs abhängig zu machen, wie es für den Asylbereich Art. 81 AsylG sowie § 1 lit. a und § 4 Abs. 1 Nothilfeverordnung vorsehen.<sup>88</sup>
- 57 Selbst an sich sachgemässe Verknüpfungen stehen unter dem zusätzlichen Vorbehalt, dass sie nicht unzumutbar oder gar schikanös sein dürfen.<sup>89</sup> In Bezug auf die Voraussetzung des persönlichen Abholens von Leistungen ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass ein

---

<sup>84</sup> BGE 138 I 331 E. 7.3 S. 343; BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

<sup>85</sup> BGE 138 I 331 E. 7.3 S. 343.

<sup>86</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

<sup>87</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 131 I 166 E. 2.2 S. 171.

<sup>89</sup> BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184; siehe auch WALDMANN, S. 354.

einmaliges Vorsprechen pro Woche zumutbar ist, es sei denn, es lägen besondere Gründe – wie etwa ein schlechter Gesundheitszustand – vor.<sup>90</sup>

- 58 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>91</sup>

*bb) Zulässigkeit der Verknüpfung im vorliegenden Fall*

- 59 Es stellt sich somit zunächst die Frage, welchen Zweck das Kantonale Sozialamt mit der Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Einhaltung der Anwesenheitspflicht verfolgt.
- 60 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>92</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 des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen.
- 61 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 vielmehr (auch) darauf abzielte, das Regime zu verschärfen, um damit rechtskräftig weggewiesene Asylsuchende zum Verlassen der Schweiz bzw. des Kantons Zürich zu bewegen. So wurde z.B. anlässlich der Medienkonferenz der Sicherheitsdi-

---

<sup>90</sup> BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184.

<sup>91</sup> BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123 f.; BGE 131 I 166 E. 4.5 S. 175 f.

<sup>92</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175.



reaktion 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>93</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>94</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.

- 62 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 (vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts Rz. 56). 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>95</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.
- 63 In Bezug auf den zweiten zulässigen Zweck, die Überprüfung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen, ist vorzuschicken, dass sich bei rechtskräftig weggewiesenen Asylsuchenden aus dem bestehenden rechtlichen Regime eine Vermutung der Bedürftigkeit ergibt:

---

<sup>93</sup> 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-medien-mitteilungen-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-medien-mitteilungen-2017-aktuelles_45_aus_45_dem_45_asylbereich_45_des_45_kantons_45_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html) (zuletzt besucht am: 10.8.2017).

<sup>94</sup> 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-medien-mitteilungen-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-medien-mitteilungen-2017-aktuelles_45_aus_45_dem_45_asylbereich_45_des_45_kantons_45_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html) (zuletzt besucht am: 10.8.2017).

<sup>95</sup> 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.

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.

- 64 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 (vgl. Rz. 108 f.). Sie wäre mit der vorliegenden Häufigkeit (19 Mal wöchentlich) sicher auch nicht angezeigt. Aus den oben 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>96</sup> Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich innert so kurzen Zeitabständen etwas an der Notlage ändern sollte.
- 65 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 (und mit Hygieneartikeln versorgt) wurde. Wer nicht in der Notunterkunft übernachtet, wäre nach dieser Logik (auch) in Bezug auf Nahrung nicht bedürftig, weshalb die dafür vorgesehene Geldleistung verweigert werden dürfte.
- 66 Zunächst einmal erscheint die Folgerung, wer nicht in der Notunterkunft übernachtete, habe bei Bekannten Unterschlupf gefunden und werde dort auch mit Nahrung und Hygieneartikeln versorgt, etwas realitätsfremd und auf jeden Fall alles andere als zwingend. Für eine Abwesenheit über Nacht sind andere Erklärungen denkbar, und selbst wer eine Schlafgelegenheit findet, wird nicht unbedingt auch ernährt.
- 67 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 der Beschwerdeführerin, 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

---

<sup>96</sup> PENTRY, S. 237; TRUMMER, S. 26.

auf jene Lebensbereiche bezieht, in welchen tatsächlich eine Notlage besteht. Die Verknüpfung der Nothilfe hinsichtlich der Krankenkassenprämie mit der Pflicht zum Aufenthalt 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 zusätzlich ihre Notlage hinsichtlich der Unterkunft aktualisieren, die finanzielle Unmöglichkeit, die Krankenversicherungskosten selbst zu tragen, hingegen nicht beseitigen.<sup>97</sup>

68 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, ändert nichts daran, dass sie sich keine Nahrungsmittel leisten kann. 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 Verpflichtung, 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>

69 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 zulässigen Zwecke zu verwirklichen. Darüber hinaus ist sie dafür 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 vereinbartes Mittel zur Verfügung: Die Auszahlung von Bargeld könnte durch die Abgabe von Nahrungsmitteln oder Gutscheinen ersetzt werden. Gemäss

---

<sup>97</sup> BGE 138 V 310 E. 5.3 S. 317 f.

<sup>98</sup> SCHEFER, S. 352.

<sup>99</sup> 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.

Art. 82 Abs. 4 AsylG sollte die Ausrichtung der Nothilfe in Form von Sachleistungen die Regel darstellen.

- 70 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 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.
- 71 Es muss betont werden, dass nichts von dem oben Gesagten einem System der Ausrichtung von Nothilfe entgegensteht, das praktikabel und vor Missbräuchen sicher ist. Selbstverständlich muss nicht hingenommen werden, 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*

- 72 Art. 10 Abs. 2 BV bestimmt, dass jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit hat, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Als Teilgehalt des Menschenrechts auf persönliche Freiheit schützt die Bewegungsfreiheit alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, und damit auch asylsuchende Personen.<sup>101</sup>

---

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

<sup>101</sup> Statt vieler: MÜLLER/SCHEFER, S. 84; SGK BV–SCHWEIZER, Art. 10 N 36.

73 Als „liberté d’aller et venir“<sup>102</sup> garantiert die Bewegungsfreiheit ein Recht auf ungehinderte Ortsveränderung.<sup>103</sup> Darunter ist zunächst einmal das Recht zu verstehen, sich von einem Ort wegzubewegen, ohne vom Staat daran gehindert zu werden.<sup>104</sup> Dieses Recht ist bereits bei einer kurzfristigen Hinderung wie z.B. einer polizeilichen Anhaltung berührt.<sup>105</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>106</sup> Dem die Bewegungsfreiheit einschliessenden Recht auf persönliche Freiheit kommt laut Bundesgericht insoweit überragende Bedeutung zu, als es wesentliche Voraussetzung für die Ausübung der anderen Freiheitsrechte ist.<sup>107</sup> Die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger, sich nach Belieben ohne vorherige Erlaubnis zu bewegen, sei das zentrale Unterscheidungskriterium zwischen einem Rechtsstaat und einem Polizeistaat.<sup>108</sup>

b) *Recht auf soziale Kontakte*

74 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>109</sup> Wie die anderen Teilgehälter von Art. 13 Abs. 1 BV steht dieses Recht allen natürlichen Personen zu, ungeachtet ihres aufenthaltsrechtlichen Status.<sup>110</sup>

75 Unter dem Regime der alten Bundesverfassung 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>111</sup> unter die Garantie der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV.<sup>112</sup> Die Abgrenzung zwischen den Schutzbereichen der beiden Garantien lässt sich nicht immer trennscharf festlegen.<sup>113</sup> Schliesslich wird das Recht zur Unterhaltung sozialer Kontakte auch durch den An-

---

<sup>102</sup> BGE 103 Ia 293 E. 4a S. 295; BGE 90 I 29 E. 3a S. 34.

<sup>103</sup> BAUMANN, S. 508.

<sup>104</sup> BAUMANN, S. 508; BSK BV–TSCHENTSCHER, Art. 10 N 62 f.

<sup>105</sup> BGE 136 I 87 E. 5.1 S. 101; BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 149 f.

<sup>106</sup> BAUMANN, S. 509 f.

<sup>107</sup> BGE 97 I 45 E. 3 S. 49.

<sup>108</sup> BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 150.

<sup>109</sup> BGE 137 I 167 E. 3.2 S. 172; siehe auch SGK BV–BREITENMOSER, Art. 13, N 21.

<sup>110</sup> KIENER/KÄLIN, S. 166.

<sup>111</sup> Vgl. BGE 133 I 110 E. 5.2 S. 119.

<sup>112</sup> BGE 103 Ia 293 E. 4a S. 295.

<sup>113</sup> KIENER/KÄLIN, S. 164, 166 u. 181 f.

spruch auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK garantiert, der dem Individuum einen für die Entwicklung und Verwirklichung seiner Persönlichkeit unabdingbaren Freiraum zusichert.<sup>114</sup> Dies schliesst die Achtung zwischenmenschlicher Beziehungen ein.<sup>115</sup> Der oder die Einzelne muss die Möglichkeit haben, Beziehungen zu anderen Menschen zu knüpfen und zu entwickeln.<sup>116</sup>

*c) Vorliegen eines Eingriffs*

- 76 Wie bereits dargelegt wurde, unterstehen rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesene Asylsuchende nicht einer selbständigen Pflicht zur Anwesenheit in der ihnen zugewiesenen Notunterkunft (vgl. Rz. 6 ff.). 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>117</sup>. Oder umgekehrt formuliert: Wer Hilfe in einer Notlage will, muss eine Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit und seines Rechts, soziale Beziehungen zu pflegen, hinnehmen.
- 77 Im konkreten Anwendungsfall wird das Vorliegen einer Verletzung des Rechts auf Hilfe in Notlagen bzw. des Rechts auf Bewegungsfreiheit und des Rechts auf soziale Kontakte jeweils alternativ zu prüfen sein: Wird der betroffenen Person die Gewährung der finanziellen Nothilfe aufgrund einer Missachtung der Anwesenheitspflicht verweigert, liegt nach dem oben 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.
- 78 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.

---

<sup>114</sup> EKMR, Brüggemann and Scheuten v. Germany, Bericht der EKMR vom 12. Juli 1977, DR 10, S. 115, Ziff. 55; siehe dazu BREITENMOSER, S. 40.

<sup>115</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 22, Rn. 14.

<sup>116</sup> EGMR, Niemitz v. Germany, Urteil vom 16. Dezember 1992, Serie A Nr. 251-B, § 29.

<sup>117</sup> BGE 138 V 31 E. 2.1 S. 313.

Rz. 8). 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*

79 In Bezug auf die meisten der von Art. 36 BV genannten Voraussetzungen kann auf das oben Gesagte verwiesen werden: Die Rechtmässigkeit des durch die fragliche 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. Rz. 27 ff.). 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 (vgl. Rz. 60). Allerdings stellt die Verknüpfung nicht ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Ziels dar, weshalb die *Verhältnismässigkeit* des Eingriffs (Art. 36 Abs. 3 BV) bereits aus diesem Grund zu verneinen ist (vgl. Rz. 62 ff.). Die zusätzlich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip fliessende Anforderung der Erforderlichkeit ist ebenfalls nicht erfüllt, da ein – auch im Vergleich zur Anwesenheitspflicht – milderes Mittel zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks zur Verfügung steht, nämlich die Abgabe von Nahrungsmitteln oder Gutscheinen (vgl. Rz. 69).

80 Zusätzliche Aspekte sind hier nur in Bezug auf die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zu erörtern. Hinsichtlich dem damit angesprochenen Verhältnis 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 geographischen Lage dieser 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 Gebiet rund um die Notunterkunft zu

verlassen.<sup>118</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>119</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 Art. 12 BV sichert mehr als das „nackte Überleben“<sup>120</sup>, er spricht mit dem „Anspruch auf Hilfe und Betreuung“ den Menschen als soziales Wesen an.<sup>121</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es als nicht mit dem Erfordernis der Zumutbarkeit vereinbar, das Interesse an einer Verhinderung des unberechtigten Bezugs des bescheidenen Betrags (Fr. 8.50), der für Nahrungsmittel vorgesehen ist, höher zu gewichten als das grundlegende menschliche Bedürfnis, ein Minimum an sozialen Beziehungen aufrechtzuerhalten.

- 81 Je länger eine Person dem Nothilferegime unterworfen ist, desto unangemessener erscheint die Relation zwischen dem mit der Verknüpfung angestrebten Zweck und dem Eingriff in die Bewegungsfreiheit und 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 mit der Perspektivlosigkeit die-

---

<sup>118</sup> 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-mediennmitteilungen-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-mediennmitteilungen-2017-aktuelles_45_aus_45_dem_45_asylbereich_45_des_45_kantons_45_zuerich.rss.contentRightActual.contentRightActual.rss.html) (zuletzt besucht am: 10.8.2017).

<sup>119</sup> Vgl. etwa GORDZIELIK, Rn. 5 ff.; PETRY, S. 238 ff.

<sup>120</sup> GÄCHTER, S. 144.

<sup>121</sup> BSK BV–GÄCHTER/WERDER, Art. 12 N 27 mit Hinweis auf a.M. WALDMANN, S. 356 f.



ser Menschen und ihrer sozialen Stigmatisierung.<sup>122</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.

- 82 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 also auch nicht die Zweck-Mittel Relation. 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.

---

<sup>122</sup> Siehe die Hinweise bei BOLLIGER/FÉRAUD, S. 29 f., 103, 112; PETRY, S. 244.

## C. Frage 2:

*In welcher Form hat eine Verweigerung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe zu ergehen und wie – falls überhaupt – kann sich eine betroffene Person dagegen rechtlich zur Wehr setzen?*

### I. Überblick

83 Gemäss Sachverhalt richtet die ORS Service AG aufgrund der zweimal täglich auszufüllenden Unterschriftenlisten und einer Kontrolle der tatsächlichen Anwesenheit über Nacht fünfmal wöchentlich ein Nothilfegeld aus. Leistungsberechtigte, welche nicht zu den vorgesehenen Zeiten unterschrieben oder nicht in der Notunterkunft übernachtet haben und keinen Entschuldigungsgrund geltend machen können, erhalten für den entsprechenden Tag keine Nothilfe. Es stellt sich die Frage, wie eine solche Nichtauszahlung der Nothilfe rechtlich zu qualifizieren ist.

### II. Abgrenzung von Verfügung und Realakt

#### 1. Rechtliche Grundlagen

84 Eine Verfügung ist eine autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnung einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar ist (vgl. Rz. 19).<sup>123</sup> Soweit es um erstinstanzliche Verwaltungsakte geht, entspricht der im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich verwendete Begriff der Anordnung (vgl. § 10 VRG ZH) dem allgemeinen Verfügungsbegriff.<sup>124</sup> Rechtswirkungen werden dann erzielt, wenn mit der Anordnung bzw. Verfügung unmittelbar Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben oder bestehende Rechte und Pflichten autoritativ festgestellt werden.<sup>125</sup>

85 Kantonale Anordnungen mit Verfügungscharakter sind als solche zu bezeichnen und den Adressatinnen und Adressaten schriftlich, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen zu eröffnen (vgl. § 10 Abs. 1 VRG ZH).<sup>126</sup> Es gilt ein materieller Verfügungsbe-

---

<sup>123</sup> Statt vieler BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 44 f.; siehe auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rn. 341 ff.; Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 18; vgl. Art. 5 Abs. 1 VwVG.

<sup>124</sup> Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 18; siehe auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rn. 348.

<sup>125</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 866; Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 22.

<sup>126</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 871; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rn. 817 ff.; Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, § 10 N 4 ff.

griff, d.h. die Verfügung behält auch bei Nichteinhaltung der Formvorschriften ihre Verfügungsqualität, entsprechende Anordnungen sind jedoch anfechtbar. Im Falle von schweren Formfehlern kann ausnahmsweise Nichtigkeit angenommen werden.<sup>127</sup> Empfängerinnen und Empfänger einer fehlerhaft eröffneten Verfügung sind indes nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verpflichtet, bei Erkennbarkeit des Formmangels innerhalb angemessener Frist bei den Behörden nachzufragen oder eine anfechtbare Verfügung zu verlangen.<sup>128</sup>

86 Im Gegensatz zu Verfügungen sind Realakte nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet, sondern wollen einen Taterfolg herbeiführen (vgl. Rz. 15).<sup>129</sup> Zu den Realakten (im weiteren Sinne) gehören organisatorische Anordnungen, welche die Verwaltungstätigkeit regeln und dabei auch Empfängerinnen und Empfänger einer staatlichen Leistung im Rahmen eines Sonderstatusverhältnisses betreffen können.<sup>130</sup> So qualifizierte das Bundesgericht Vorschriften, die zur Regelung üblicher oder gewöhnlicher Situationen des täglichen Lebens in einem Asyl- oder Nothilfzentrum bestimmt sind und zur gemeinschaftlichen Organisation der gesellschaftlichen Beziehung zwischen den Bewohnerinnen und Bewohnern gehören (z.B. eine Hausordnung), als organisatorische Anordnungen.<sup>131</sup> Gleich entschied das Bundesgericht in Bezug auf die Zuteilung oder Umteilung eines Nothilfeempfängers an eine bestimmte Notunterkunft.<sup>132</sup> Neben organisatorischen Anordnungen zählen auch Vollzugs-handlungen, mit denen bereits ergangene Verfügungen vollstreckt werden, zu den Realakten.<sup>133</sup>

87 Realakte als solche können grundsätzlich nicht angefochten werden. Unter bestimmten Voraussetzungen ist im Kanton Zürich aber eine Anfechtung möglich. Berührt der Realakt Rechte und Pflichten eines Privaten und liegt ein legitimes Rechtsschutzinteresse vor,<sup>134</sup>

---

<sup>127</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 872; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 840 ff.; Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 24.

<sup>128</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 842; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rn. 888; Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 24.

<sup>129</sup> Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 1408.

<sup>130</sup> KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rn. 889; Komm. VRG–BOSSHART/BERTSCHI, § 19 N 7; MÜLLER, MARKUS, Komm. VwVG, Art. 5 N 41 u. 49 ff.

<sup>131</sup> BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 55 ff.; BGE 128 II 156 E. 3b S. 163 f.

<sup>132</sup> Urteil des BGer 8C\_435/2014 vom 25. August 2014, E. 2.3; vgl. auch Urteil des VGer VB.2014.00132 vom 4. Dezember 2014, E. 5.1.

<sup>133</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 883; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 427.

<sup>134</sup> Komm. VRG–GRIFFEL, § 10 c N 9 ff.; siehe auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 1425 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 437.

kann gemäss § 10 c VRG ZH von der Behörde, welche für den Realakt zuständig ist, eine anfechtbare Verfügung verlangt werden, die auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg anfechtbar ist. Ein schutzwürdiges Interesse liegt nach der bundesgerichtlichen Praxis beispielsweise vor, wenn die Empfangsstelle einem Asylsuchenden die Ausgangsbewilligung verweigert<sup>135</sup> oder die Einheit der Familie durch die Zuweisung in verschiedene Notunterkünfte beeinträchtigt wird.<sup>136</sup>

88 Wie aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, kann eine Behörde nicht frei entscheiden, in einer bestimmten Situation mittels Realakt zu handeln oder aber eine Verfügung zu erlassen – die Qualifikation des Handelns hängt gerade nicht von der gewählten Form ab.<sup>137</sup> Ist die Rechtsstellung des Einzelnen betroffen, muss das Rechtsverhältnis mittels Verfügung gestaltet werden und ein entsprechender behördlicher Akt ist – selbst wenn er formlos ergangen ist und vorbehaltlich der Nichtigkeit – auch als solche zu qualifizieren.<sup>138</sup>

89 Sieht eine Behörde etwa in Grenz- oder Zweifelsfällen vom Erlass einer förmlichen Verfügung ab und stellt sich später heraus, dass eine solche zu erlassen gewesen wäre, setzt der für die Verfügung geltende Rechtsschutz erst verspätet bzw. erst nach der Intervention der Adressatin oder des Adressaten ein. Solche Konstellationen sind jedenfalls so lange nicht als Rechtsumgehung zu qualifizieren, als die Behörde nicht systematisch oder wider besseres Wissen handelt.

## 2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

90 Die Weigerung der ORS Service AG, aufgrund einer Verletzung der Melde- oder Übernachtungspflicht für einen bestimmten Tag den als Geldleistung zu entrichtenden Nothilfebetrag auszuzahlen, ist unmittelbar auf Rechtswirkungen ausgerichtet, verlieren die Leistungsberechtigten damit doch für den betreffenden Tag ihren Anspruch auf einen Teil der Nothilfe. Gleich wie bei der Nichtbewilligung des Ausgangs<sup>139</sup> geht es in solchen Fällen gerade nicht um organisatorische Anordnungen in Bezug auf das Leben in der Unterkunft; es stehen auch nicht bloss die Modalitäten der Ausrichtung der Nothilfeleistungen in Frage (vgl. Rz. 13 ff.). Vielmehr ist die Melde- und Übernachtungspflicht als zusätzliche Voraus-

---

<sup>135</sup> BGE 128 II 156 E. 3b S. 163 f.

<sup>136</sup> Urteil des BGer 8C\_435/2014 vom 25. August 2014, E. 2.3.

<sup>137</sup> GENNER, S. 1157; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 872; Komm. VRG–BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 24.

<sup>138</sup> GENNER, S. 1157.

<sup>139</sup> Vgl. BGE 128 II 156 E. 3b S. 163 f.

setzung des Nothilfeanspruchs zu qualifizieren, weshalb deren (behauptete) Verletzung das Grundverhältnis zwischen Leistungsempfängern und Leistungsbezügem betrifft (vgl. Rz. 16 f.). Eine durch die ORS Service AG vorgenommene Leistungsverweigerung beruht auf deren Beurteilung, dass die Voraussetzungen des Leistungsbezugs nicht (mehr) gegeben sind. Es wird also auch nicht ein bereits feststehender Nothilfeanspruch im Rahmen des Vollzugs konkretisiert, sondern ein Anspruch abgeändert bzw. für den betreffenden Tag abgelehnt. Folglich ist die Leistungsverweigerung materiell als Verfügung zu qualifizieren.

- 91 Weder das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz noch das Sozialhilfegesetz noch die Sozialhilfeverordnung und auch nicht die Nothilfeverordnung sehen die Möglichkeit vor, dass eine Verfügung formlos erlassen werden kann. Folglich haben entsprechende Anordnungen in den Formen von § 10 VRG ZH zu ergeben.<sup>140</sup> Geschieht dies nicht, obliegt es dem oder der Betroffenen – da die materielle Verfügungsqualität wohl auch dem Laien erkennbar ist – den Erlass einer förmlichen Verfügung zu verlangen. Lehnt der zuständige Aufgabenträger dieses Begehren (wiederum formlos) ab, liegt eine Rechtsverweigerung vor, die gemäss Art. 29 Abs. 1 BV auch ohne förmliches Anfechtungsobjekt anfechtbar ist.<sup>141</sup>

### **III. Folgen bei Rechtswidrigkeit der Verweigerung von Nothilfe**

- 92 Sollten die zuständigen Justizbehörden in einem konkreten Anwendungsfall zum Schluss kommen, dass die Verweigerung der Ausrichtung der finanziellen Nothilfe infolge Verletzung der Anwesenheitspflicht rechtswidrig war, stellt sich die Frage, ob die entsprechenden Geldleistungen rückwirkend geltend gemacht werden können.

#### **1. Praxis des Bundesgerichts**

- 93 Voraussetzung für einen Anspruch gemäss Art. 12 BV ist das Vorliegen einer aktuellen, d.h. tatsächlich eingetretenen oder unmittelbar drohenden Notlage (vgl. dazu Rz. 38 ff.). Wie im Sozialhilferecht gilt auch im Nothilferecht das Bedarfsdeckungsprinzip, wonach lediglich der gegenwärtige, tatsächlich zum Überleben benötigte Bedarf massgebend ist. Für bereits überwundene Notlagen können grundsätzlich keine Leistungen nachgefordert werden.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Vgl. zur formlosen Verfügung GENNER, S. 1153 ff.

<sup>141</sup> Vgl. zur Rechtsverweigerung Komm. VRG-BOSSHART/BERTSCHI, § 19 N 40 ff.

<sup>142</sup> RÜEGG, S. 47 f.

94 Gestützt auf diesen Grundsatz befand das Bundesgericht – soweit ersichtlich – in zwei allerdings nicht amtlich publizierten Urteilen, dass selbst dann kein Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung von Nothilfeleistungen besteht, wenn diese von den zuständigen Behörden zu Unrecht verweigert worden waren; entsprechend verneinte das Bundesgericht nicht nur den materiellen Anspruch der um Rückerstattung Ersuchenden, sondern mangels schutzwürdigen Interesses auch deren Beschwerdelegitimation.<sup>143</sup> Das Gericht stützte sich auf zwei Literaturstellen, denen jedoch bei genauer Betrachtung entsprechende Aussagen nicht entnommen werden können.<sup>144</sup> Vielmehr bejaht HÄNZI eine Pflicht zur rückwirkenden Leistungsausrichtung, „wenn Schulden wegen säumigen Verhaltens der Behörden entstanden sind oder wenn auf dem Rechtsmittelweg zurückliegende Ansprüche zugesprochen werden“.<sup>145</sup>

## 2. Würdigung

95 Die bundesgerichtlichen Urteile überzeugen weder aus materieller noch aus prozessualer Sicht. Aus grundrechtlicher Optik ist zu wiederholen, dass eine unrechtmässige Verweigerung der Nothilfe automatisch eine Kerngehaltsverletzung bedeutet (vgl. Rz. 49). Bleibt den Betroffenen der Rechtsmittelweg verschlossen, kann die – gemäss Art. 36 Abs. 4 BV unter keinen Umständen zu rechtfertigende – Kerngehaltsverletzung nie (oder jedenfalls nur für zukünftige Nothilfeansprüche, wenn die rechtswidrige Verweigerung der Leistungen noch andauert) justizförmig festgestellt werden und in zentralen Rechtspositionen verletzte Menschen blieben ohne staatlichen Schutz – ein Ergebnis, das auch der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) zuwiderläuft, die jeder Person (und damit auch weggewiesenen Asylsuchenden) in allen Rechtsstreitigkeiten (und damit auch in Streitigkeiten um Gewährung von Nothilfe) einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde einräumt.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Urteil des BGer 8C\_77/2015 vom 23. Juni 2015, E. 3; Urteil des BGer 8C\_804/2012 vom 21. Juni 2013, E. 3.2. Vgl. auch Urteil des BGer 8C\_75/2014 vom 16. Juli 2014, E.4, das sich aber insofern von den anderen Urteilen unterscheidet, als feststand, dass der Beschwerdeführerin nicht unrechtmässig Sozialhilfeleistungen verweigert worden waren, da eine Notlage zwar (potenziell) bestanden, sie aber den notwendigen Unterstützungsantrag nicht gestellt hatte.

<sup>144</sup> Urteil des BGer 8C\_804/2012 vom 21. Juni 2013, E. 3.2.1 mit Verweis auf HÄNZI, S. 119 und RÜEGG, S. 47 f. Das Urteil des BGer 8C\_77/2015 vom 23. Juni 2015, E. 3.2.1 verweist auf das vorstehende Urteil „mit Hinweisen“.

<sup>145</sup> HÄNZI, S. 119 mit FN 960 unter Berufung auf die kantonale Rechtsprechung.

<sup>146</sup> Eine Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29a BV liegt vor, wenn ein Einzelner die Rechtmässigkeit von behördlichem Handeln bestreitet, welches sich auf individuell schützenswerte Rechtspositionen auswirkt, KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 200.

- 96 Die Festlegungen des Bundesgerichts führen dazu, dass die zur Leistung verpflichteten Behörden es in der Hand haben, ihre Leistungspflicht durch blosses Zuwarten zu umgehen. Auch wenn – im Nachhinein gesehen – den Betroffenen das Überleben möglich war, heisst dies nicht, dass sie durch die staatliche Unterlassung nicht in jene Situation versetzt wurden – nämlich in eine „unwürdige Bettelexistenz“<sup>147</sup> – welche mit dem Grundrecht auf Hilfe in Notlagen gerade verhindert werden soll. Dass in einem solchen Fall unter Umständen Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung aus Staatshaftung denkbar sind, ändert nichts an der Grundrechtswidrigkeit der Situation.
- 97 Nach dem Gesagten ist ein Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung von Nothilfeleistungen zu bejahen, wenn aufgrund eines Justizentscheids feststeht, dass diese von den Behörden in rechtswidriger Weise nicht ausgerichtet worden waren.

---

<sup>147</sup> Vgl. statt vieler BGE 138 V 310 E. 2.1 S. 313.

## D. Frage 3:

### *Ist die Übertragung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe an die ORS Service AG rechtmässig?*

#### I. Überblick

98 Gemäss Sachverhalt betreibt die ORS Service AG im Kanton Zürich verschiedene Notunterkünfte. Sie überprüft die Anwesenheit der Nothilfeberechtigten und entscheidet über die Ausrichtung der täglichen Geldleistungen. Weil mit der Erfüllung von Staatsaufgaben Rechtsbindungen einhergehen, stellt sich die Frage, ob die ORS Service AG bei ihren Tätigkeiten staatliche Aufgaben wahrnimmt (vgl. Rz. 99 ff.) und welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben (vgl. Rz. 114). Wird die Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben durch die ORS Service AG bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob die Übertragung dieser Aufgaben vom Staat an eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht (vgl. Rz. 115 ff.). In einem dritten Schritt ist zu prüfen, welche Rechtsfolgen eine allfällig justizförmig festgestellte Unzulässigkeit der Aufgabenübertragung nach sich zieht (vgl. Rz. 147).

#### II. Die Gewährleistung der Nothilfe als staatliche Aufgabe

##### 1. Kreis der Staatsaufgaben

99 Staatliche Aufgaben zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nur im öffentlichen Interesse liegen, sondern durch politische Prozesse definiert und dem Staat zur Erfüllung zugewiesen werden.<sup>148</sup> Sie bestimmen sich nach der Verfassung, dem Gesetz und den für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen.<sup>149</sup>

100 Die Zürcher Kantonsverfassung verwendet in Art. 38 Abs. 1 lit. h und Art. 98 den Begriff der „öffentlichen Aufgaben“, versteht darunter aber ebenfalls „staatliche Aufgaben“.<sup>150</sup> Demgegenüber ist der bundesverfassungsrechtliche Begriff der „Verwaltungsaufgaben“ (Art. 178 Abs. 3 BV) etwas enger gefasst, da nur öffentliche Aufgaben im Sinn der (Ver-

---

<sup>148</sup> RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 155; THIÉBAUD, S. 511; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 Rn. 14; UEBERSAX, S. 395.

<sup>149</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35 N 35.

<sup>150</sup> THIÉBAUD, S. 510 f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 25; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 79. Gemäss Komm. KV-SOBOTICH, Vorbemerkungen zu den Art. 95–121 N 9, wollte die zuständige Verfassungskommission mit dem Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ zum Ausdruck bringen, dass die in der KV ZH normierten Aufgaben nicht zwangsläufig vom Staat selbst zu erfüllen seien.



waltungs-)Tätigkeiten von Verwaltungsbehörden und nicht auch solche der Legislative, der Justiz oder der Regierung darunterfallen.<sup>151</sup> Mit Blick auf die Grundrechtsbindung staatlicher Aufgabenträger ist schliesslich Art. 35 Abs. 2 BV von Bedeutung, wonach die Grundrechtsbindung an die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben geknüpft ist. Auch hier meint der Begriff der staatlichen Aufgabe im Wesentlichen jene Tätigkeitsfelder, die durch Verfassung und Gesetz der Erfüllungsverantwortung des Gemeinwesens zugewiesen werden.<sup>152</sup>

101 Gemäss Art. 115 BV werden Bedürftige von ihrem Wohnkanton unterstützt, wobei der Bund die Ausnahmen und Zuständigkeiten regeln kann. Art. 121 Abs. 1 BV erklärt den Bund als zuständig für die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl. Das Asylgesetz setzt diese verfassungsrechtlichen Vorgaben um, indem Art. 80a AsylG die Zuständigkeit für die Gewährleistung der Nothilfe für weggewiesene Asylsuchende den Kantonen überträgt. Zuständig ist jener Kanton, dem eine Person gemäss Art. 27 Abs. 3 AsylG zugewiesen wurde oder der gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. f AsylG für den Vollzug der Wegweisung als zuständig bezeichnet worden ist.<sup>153</sup> Die Kantone regeln unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Mindestgarantie gemäss Art. 12 BV die Natur und Modalitäten der Nothilfeleistungen (Art. 82 Abs. 1 AsylG, Art. 3 Abs. 3 AsylV 2); dabei verfügen sie über einen grossen Entscheidungsspielraum.<sup>154</sup>

102 Die Verfassung des Kantons Zürich definiert die Unterstützung von Menschen in einer Notlage als öffentliche Aufgabe (Art. 111 KV ZH). Auf der Stufe des Gesetzes wurde die in Art. 80a AsylG vorgenommene Kompetenzzuweisung in § 5 c SHG ZH aufgenommen. Gemäss § 4 der gestützt darauf erlassenen Nothilfeverordnung prüft das kantonale Migrationsamt eine antragstellende Person ausländerrechtlich und überweist sie gegebenenfalls an das Kantonale Sozialamt. Dieses prüft die weiteren Voraussetzungen für die Gewährung von Nothilfe und weist die betroffene Person einer Notunterkunft zu. Das Sozialamt führt zudem eine Kontrolle über die Personen, denen eine Unterkunft der Nothilfe zugewiesen worden ist (§ 6 Abs. 1 Nothilfeverordnung). Die mit der Führung der Notunterkünfte be-

---

<sup>151</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 24; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 79; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 Rn. 18.

<sup>152</sup> KIENER/KÄLIN, S. 45; TSCHANNEN, § 7 Rn. 31; nun auch BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 20.

<sup>153</sup> Vgl. HRUSCHKA, Art. 84 N 1.

<sup>154</sup> BGE 139 I 272 E. 3.2 S. 276; 137 I 113 E. 3.1 S. 115 f.; Urteil des BGer 2P.209/2005 vom 25. Oktober 2005, E. 2.2; HRUSCHKA, Art. 82 N 1; KIENER/KÄLIN, S. 472; NGUYEN, Art. 80 N 22 ff.

trauten Personen sorgen für die Aufrechterhaltung der Ordnung in den Unterkünften (§ 6 Abs. 2 Nothilfeverordnung).

103

Aus dem Gesagten folgt, dass es sich bei der Gewährleistung der Nothilfe für weggewiesene Asylsuchende um eine *kantonale staatliche Aufgabe* handelt. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass auch die Tätigkeit der ORS Service AG die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe bedeutet. In der Lehre wird nämlich die Meinung vertreten, es liege keine Übertragung einer staatlichen Aufgabe vor, wenn die „Rechtsstellung der Administrierten durch den Einbezug Dritter in keiner Weise berührt wird“<sup>155</sup>. Dies sei insbesondere im Bereich der administrativen Hilfstätigkeit bzw. der Bedarfsverwaltung der Fall.<sup>156</sup> Auch in den Beratungen des Zürcher Verfassungsrats zu Art. 98 KV ZH wurde diese Auffassung vertreten.<sup>157</sup> In der Folge ist deshalb zu untersuchen, ob mit der Gewährung der Nothilfe eine Staatsaufgabe wahrgenommen wird oder ob es sich um eine administrative Hilfstätigkeit handelt.

## 2. Abgrenzung von Staatsaufgaben und administrativen Hilfstätigkeiten

104

Die Bedarfsverwaltung oder administrative Hilfstätigkeit umfasst die Bereitstellung der Personal- und Sachmittel, die zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt werden.<sup>158</sup> Entsprechend definieren TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER blosse Verwaltungshelfer in Abgrenzung zu Trägern von Verwaltungsaufgaben als „dienstrechtlich nicht eingebundene Privatpersonen, die nach Art einer Hilfskraft zur technischen Ausführung bestimmter Verwaltungsaufgaben eingespannt werden“.<sup>159</sup> Solche Verwaltungshelfer verfügen allenfalls über sachbedingt erforderliches „technisches“ Ermessen, haben darüber hinaus jedoch keine eigene Entscheidungsgewalt. Weder entfaltet ihr Handeln Wirkungen gegen aussen, noch treten sie im Rechtsverkehr selbständig auf. Sie leisten damit lediglich einen untergeordneten Beitrag an die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, welche als solche weiterhin in der vollen Verantwortung des zuständigen Verwaltungsträgers verbleibt.

---

<sup>155</sup> So die Formulierung bei SGK BV–BIAGGINI, Art. 178 N 33.

<sup>156</sup> Diese Lehrmeinung vertreten GRIFFEL, Rn. 696; Komm. KV–MÜLLER, Art. 98 N 7; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 158 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rn. 10a f.; a.M. BSK BV–MÜLLER, Art. 178 N 38; offen gelassen von SGK BV–BIAGGINI, Art. 178 N 33.

<sup>157</sup> Protokoll des Plenums des Zürcher Verfassungsrats, 49. Sitzung vom 10. Juni 2004, S. 2630 ff. (Votum Kurt Stäheli), wonach Auftragsverhältnisse nach Obligationenrecht wie die Besorgung des Winterdienstes auf Strassen vom Anwendungsbereich des heutigen Art. 98 KV ZH ausgeschlossen seien; vgl. auch THIÉBAUD, S. 521.

<sup>158</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 40; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 Rn. 8 ff.

<sup>159</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rn. 10a.

Die Beauftragung von Verwaltungshelfern erfolgt meist in den Formen des Privatrechts, aber unter Beachtung der Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts.<sup>160</sup>

105 Als Beispiele für diese spezifische Art von Hilfstätigkeit führen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER den Beizug eines Garagisten beim Abschleppen falsch geparkter Fahrzeuge oder den Einsatz einer privaten Sicherheitsfirma zur Gepäckkontrolle am Flughafen an.<sup>161</sup> Auch das Bundesgericht hat im Kontext der Qualifikation eines Vertrags über die Sammlung und den Transport von Siedlungsabfällen zwischen der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und einer blossen Hilfstätigkeit unterschieden; es bezeichnete die Abgrenzung als fließend und erachtete im konkreten Fall beide Zuordnungen als vertretbar.<sup>162</sup>

106 Andere Autoren nehmen die Auslagerung von Hilfstätigkeiten nicht generell vom Begriff der Aufgabenübertragung aus, befreien sie jedoch aus derselben Überlegung vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (vgl. dazu Rz. 118 ff.).<sup>163</sup> Massgebend ist aber auch hier das Kriterium, ob die Rechtsstellung Privater durch die übertragene Aufgabe unmittelbar betroffen ist.<sup>164</sup> Einzelne Autoren verlangen die Beachtung des Legalitätsprinzips zusätzlich auch dann, wenn eine eigentliche Funktionsübertragung im Sinne einer dauerhaften Übertragung bedeutender Leistungen erfolgt,<sup>165</sup> die Aufgabenerfüllung durch den Staat bereits gesetzlich geregelt ist (Grundsatz der Parallelität der Formen)<sup>166</sup> oder zur Aufgabenerfüllung grössere Investitionen erforderlich sind.<sup>167</sup>

---

<sup>160</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rn. 10a f.; GRIFFEL, Rn. 696; Komm. KV-MÜLLER, Art. 98 N 7; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 159. Es ist zu beachten, dass auch die Vergabe von Leistungsaufträgen, mit denen staatliche Aufgaben übertragen werden, der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung unterliegen kann; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 87 ff. m.w.H.

<sup>161</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rn. 10a.

<sup>162</sup> BGE 134 II 297 E. 3 S. 301 ff.; demnach liegt es in der Hand der Behörde, durch die Bestimmung der Vertragsform zwischen Aufgabenübertragung oder Hilfstätigkeit zu wählen. Dies kritisiert RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 159, FN 69: Es sei eine klare Abgrenzung möglich nach dem Kriterium, ob die fragliche Tätigkeit Teil des gesetzgeberischen Auftrags ist. Im vorliegenden Fall liege deshalb die Übertragung einer staatlichen Aufgabe vor. Der Kritik ist zuzustimmen; die Unterscheidung ist funktionaler Natur und kann nicht von der gewählten Vertragsform (privat- oder öffentlich-rechtlich) abhängen.

<sup>163</sup> JAAG, S. 39 f.; LIENHARD, S. 1168; THIÉBAUD, S. 516; UEBERSAX, S. 404; vgl. auch BIAGGINI, Anforderungen, S. 157; Urteil des VGer VB.2015.00780 vom 11. August 2016, E. 1.2.

<sup>164</sup> BIAGGINI, Anforderungen, S. 157; JAAG, S. 39; LIENHARD, S. 1168; UEBERSAX, S. 404.

<sup>165</sup> LIENHARD, S. 1168.

<sup>166</sup> JAAG, S. 39; THIÉBAUD, S. 516.

<sup>167</sup> JAAG, S. 39.

### 3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

- 107 Fraglich ist, ob die Tätigkeiten der ORS Service AG bei der Gewährleistung der Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende im Kanton Zürich administrative Hilfstätigkeiten darstellen oder aber die Wahrnehmung einer Staatsaufgabe bedeuten.
- 108 Gemäss § 4 Abs. 2 Nothilfeverordnung fällt das Kantonale Sozialamt den Grundsatzentscheid darüber, ob die antragstellende Person ein Recht auf Nothilfe hat. Die ORS Service AG betreibt Notunterkünfte, denen die Leistungsempfänger nach einem positiven Nothilfeentscheid zugewiesen werden und in denen sie Unterkunft im Sinne einer Sachleistung erhalten.
- 109 Gemäss § 6 Abs. 2 Nothilfeverordnung sorgen die mit der Führung der Notunterkünfte beauftragten Personen für die Aufrechterhaltung der Ordnung in den Unterkünften. Der Übertragungsakt, aus dem sich die Aufgaben der ORS Service AG im Einzelnen ergeben sollten, liegt der Gutachterin und dem Gutachter nicht vor. Es ist davon auszugehen, dass die Unternehmung neben der Aufrechterhaltung der Ordnung in den Unterkünften insbesondere für die Betreuung der Benutzerinnen und Benutzer sorgt, Anwesenheitskontrollen durchführt und aufgrund der erhobenen Daten über die Ausrichtung des täglichen Geldbetrags entscheidet, welcher jenen Teil der Nothilfe umfasst, der nicht durch Sachleistungen gedeckt ist. Diese Funktionen nimmt die ORS Service AG vermutungsweise dauerhaft wahr.
- 110 Der *Betrieb* der Notunterkünfte dient der Erfüllung von Ansprüchen, welche den Benutzern und Benutzerinnen direkt gestützt auf Art. 12 BV zukommen. Weil der grundrechtliche Anspruch zugleich einen Kerngehalt darstellt und deshalb nicht einschränkbar ist (vgl. Rz. 49), zieht die Nichterfüllung dieser Aufgabe automatisch eine Grundrechtsverletzung nach sich. Neben dem Recht auf Hilfe in Notlagen kann die Art und Weise, wie die Betreiberin ihre Ordnungs- und Betreuungsaufgaben erfüllt, auch weitere Grundrechte einschränken, namentlich das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und das Recht auf Achtung der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) (vgl. Rz. 72 ff.). Aufgrund ihrer Lebenssituation hängen die Leistungsberechtigten in hohem Mass davon ab, dass ihr Anspruch auf Obdach – ein existentielles menschliches Bedürfnis<sup>168</sup> – sichergestellt ist. Nothilfe bedeutet jenes Minimum an Überlebenshilfe, das der Staat dem Einzelnen schuldet, wenn keine anderen Ansprüche mehr als jener auf Achtung der Menschenwürde bestehen (vgl. Rz. 34 ff.). Entsprechend handelt es sich bei der Nothilfe um das letzte Auffangnetz staatlicher Unterstüt-

---

<sup>168</sup> Vgl. BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172; SFH/HRUSCHKA/KHAMMAS/ROMER, S. 401.

zung,<sup>169</sup> auf das die Betroffenen in existenzieller Weise angewiesen sind, da ihnen die Möglichkeit zur Selbsthilfe infolge der rechtlichen Rahmenbedingungen und ihrer tatsächlichen Situation in aller Regel verwehrt bleibt.

111 Im Ergebnis zeigt sich, dass der Betrieb einer Notunterkunft aufgrund der hohen grundrechtlichen Relevanz und der Bedeutung der Leistung für die Betroffenen die Rechtsstellung der Benutzerinnen und Benutzer – alles Nothilfebezüger – berührt. Folglich handelt es sich beim Betrieb einer Notunterkunft nicht um eine bloss administrative Hilfstätigkeit. Die Auslagerung des Betriebs an Private ist vielmehr als *Übertragung einer staatlichen Aufgabe* zu qualifizieren, welche dem Legalitätsprinzip vollumfänglich zu genügen hat (etwas anderes würde nur gelten, wenn bloss untergeordnete Teilleistungen, wie etwa Gebäudereinigung, delegiert würden). Diese Auffassung liegt auch dem Asylgesetz zugrunde, schreibt Art. 26 Abs. 2<sup>ter</sup> AsylG doch für Aufgaben zur Sicherstellung des Betriebs der Empfangs- und Verfahrenszentren durch Dritte den Weg der Aufgabenübertragung vor.<sup>170</sup>

112 Bei der Durchführung der *Anwesenheitskontrollen* und der darauf gestützten *Ausrichtung von Geldleistungen* verfügt die ORS Service AG über eigene Entscheidungsgewalt. Sie (bzw. ihr Vertreter vor Ort) entscheidet aufgrund der erhobenen Präsenzzeiten und nach einer Beurteilung von allfällig vorgebrachten Entschuldigungsgründen im Falle einer Abwesenheit über die Ausrichtung oder die Verweigerung der täglichen Geldleistung; bei diesem Entscheid verfügt sie über ein gewisses Ermessen. Diese Kompetenz geht klar über den blossen Vollzug eines die Nothilfe zusprechenden Entscheids des Kantonalen Sozialamts im Sinne einer Hilfstätigkeit hinaus; sie berührt die Rechtsstellung der Nothilfeempfänger erheblich. Anders könnte nur argumentiert werden, wenn die ORS Service AG in Erfüllung eines feststehenden und automatisch zu erfüllenden Nothilfeanspruchs etwa die Zuteilung eines konkreten Schlafplatzes oder die Auswahl und Ausgabe anderer Sachleistungen (wie z.B. Kleidung) vornehmen würde.

113 Nach dem Gesagten nimmt die ORS Service AG sowohl beim Betrieb der Notunterkünfte als auch bei der Ausrichtung der Nothilfeleistungen staatliche Aufgaben wahr. Die Voraussetzungen der Aufgabenübertragung inklusive das Legalitätsprinzip sind deshalb vollumfänglich zu beachten.

---

<sup>169</sup> BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 12 N 8.

<sup>170</sup> Vgl. Zusatzbotschaft zur Änderung des AsylG, S. 7341 f.; HRUSCHKA, Art. 26 N 4.

#### 4. Grundrechtsbindung

114 Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Daraus folgt, dass auch Private, welche mit der Erfüllung von staatlichen Aufgaben betraut wurden („Beleihung“)<sup>171</sup>, bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben insbesondere auch die Grundrechte zu beachten haben.<sup>172</sup> Entsprechend ist die als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisierte ORS Service AG beim Betrieb der Notunterkünfte und der Ausrichtung der Nothilfe gegenüber den Leistungsempfängerinnen und -empfängern vollumfänglich an die Grundrechte gebunden.<sup>173</sup>

### III. Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an die ORS Service AG

#### 1. Anwendbares Recht

115 Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Gewährleistung der Nothilfe für weggewiesene Asylsuchende um eine staatliche Aufgabe, welche ein Bundesgesetz (vgl. Art. 80a AsylG) dem Kanton Zürich zugewiesen hat. Die bundesrechtlichen Voraussetzungen für eine Aufgabenübertragung an Private werden – auch für die kantonale Ebene – aus den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen, insbesondere Art. 5 BV, abgeleitet.<sup>174</sup> Der Kanton Zürich regelt die Übertragung von staatlichen Aufgaben an Private in Art. 38 Abs. 1 lit. h und Art. 98 KV ZH.

116 Die beschriebene Rechtslage hat für den Kanton Zürich zur Folge, dass bei einer Beleihung die aus den allgemeinen bundesrechtlichen Verfassungsprinzipien abgeleiteten Vorgaben und die spezifischen Anforderungen der Kantonsverfassung parallel gelten. Massgebend ist die im Anwendungsfall jeweils strengere Regelung.<sup>175</sup>

117 Nachfolgend ist auf die verschiedenen Voraussetzungen der Aufgabenübertragung einzugehen, wobei der Schwerpunkt beim Erfordernis der gesetzlichen Grundlage liegt.

---

<sup>171</sup> Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 1821.

<sup>172</sup> KIENER/KÄLIN, S. 48 f.; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 84 f. m.w.H.; SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35 N 39 ff.; TSCHANNEN, § 7 Rn. 30 ff.; BGE 138 I 274 E. 1.4 S. 278 ff. u. E. 2.2 S. 281 ff.

<sup>173</sup> Vgl. für einen ähnlichen Fall BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 55 ff.

<sup>174</sup> BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201 f.; BIAGGINI, Anforderungen, S. 148 f. Art. 178 Abs. 3 BV ist zwar nur auf die Bundesverwaltung anwendbar, das dort verankerte Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage gilt jedoch bereits aufgrund von Art. 5 Abs. 1 BV auch auf Kantons- und Gemeindeebene, vgl. BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201; BSK BV–MÜLLER, Art. 178 N 57.

<sup>175</sup> THIÉBAUD, S. 521 f.

## 2. Gesetzliche Grundlage

### a) Vorgaben des Bundesrechts

118 Gemäss Lehre und Rechtsprechung muss die Übertragung von staatlichen Aufgaben an Private auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen.<sup>176</sup> Erforderlich ist ein Gesetz im formellen Sinn, das eine ausreichend bestimmte Ermächtigung enthält, welche sich mindestens zu Art, Umfang und Zweck der Aufgabenübertragung äussert.<sup>177</sup> Dieser Grundsatz gilt nach herrschender Lehre uneingeschränkt für Aufgabenübertragungen im Bereich sowohl der Eingriffs- wie auch der Leistungsverwaltung<sup>178</sup> und aktualisiert sich immer dort, wo das Gemeinwesen hoheitliche Befugnisse, insbesondere die Verfügungsbefugnis, ausübt.<sup>179</sup>

119 Wie weit die Anforderungen an die *Bestimmtheit der Norm* (Normdichte) gehen, beantworten Lehre und Rechtsprechung nicht oder nicht einheitlich. Teils wird explizit nur die Regelung der wichtigsten Grundzüge verlangt, teils – auch in Anlehnung an die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation – eine umfangreichere Normierung.<sup>180</sup> BIAGGINI fordert eine klare Definition der delegierten Aufgabe, die Festlegung der Rechtsform sowie die Regelung der wichtigsten Modalitäten der Aufgabenerfüllung (Instrumente, Grad der Autonomie, Finanzierung, Intensität und Mittel der staatlichen Aufsicht inkl. des zuständigen Organs, Rechtsschutz und Fragen des Übergangs). Sodann differenziert er nach dem Typus der Auslagerung (z.B. Übertragung an eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder einen Privaten mit oder ohne staatliche Beteiligung) und nach der Art der auszulagernden Aufgabe (Eingriffs-, Leistungs- oder Bedarfsverwaltung, Übertragung der Verfügungsbefugnis).<sup>181</sup>

120 In Bezug auf die Übertragung von *Verfügungsbefugnissen* auf Private hat die Rechtsprechung klare Kriterien zur Bestimmtheit der Norm entwickelt. Demnach muss die Übertragung der Verfügungskompetenz entweder ausdrücklich in der gesetzlichen Grundlage für

---

<sup>176</sup> Dies ergibt sich für die Kantone aus Art. 5 Abs. 1 BV, siehe BIAGGINI, Anforderungen, S. 148 ff.; BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201 f.

<sup>177</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 1817; SGK BV–BIAGGINI, Art. 178 N 32; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rn. 16 f.; BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201.

<sup>178</sup> Zum Bereich der Bedarfsverwaltung vgl. Rz. 103 ff.

<sup>179</sup> BIAGGINI, Anforderungen, S. 156; JAAG, S. 38; THIÉBAUD, S. 516 f.; UEBERSAX, S. 403; BGE 138 II 134 E. 5.1 S. 158 f.; BGE 137 II 409 E. 6 S. 412 f.; Urteil des BGer vom 18. Januar 2016, E. 5.1 f.; a.M. LIENHARD, S. 1167 f., der nur dann eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt, wenn es sich um Aufgaben handelt, die in Anlehnung an Art. 164 Abs. 1 BV Grundlegendes und Wichtiges betreffen.

<sup>180</sup> MÜLLER/JENNI, S. 1076 f.; THIÉBAUD, S. 515 f. m.w.H.

<sup>181</sup> BIAGGINI, Anforderungen, S. 154 ff.

die Aufgabenübertragung enthalten sein oder sich implizit aus dieser ergeben. Letzteres gilt indessen nur, wenn die gesetzliche Regelung dem nicht entgegensteht und die Verfügungskompetenz sich zur Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe als sachnotwendig erweist. Lässt sich dem (formellen) Gesetz keine definitive Lösung über die Verfügungskompetenz und deren Umfang bzw. Anwendungsbereich entnehmen, darf auf eine solche Befugnis nur ausnahmsweise und bloss aufgrund einer ausdrücklichen, von der reinen Aufgabenübertragung losgelösten gesetzlichen Grundlage geschlossen werden.<sup>182</sup>

b) *Vorgaben des kantonalen Rechts*

121 Die Zürcher Kantonsverfassung verlangt in Art. 38 Abs. 1 unter dem Titel „Rechtsetzung“ in allgemeiner Weise, dass alle wesentlichen Bestimmungen über Art und Umfang der Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private in der Form des Gesetzes erlassen werden. Zudem findet sich mit Art. 98 KV ZH eine spezielle Bestimmung zur Übertragung öffentlicher Aufgaben an Dritte:

**„Art. 98**

<sup>1</sup> Der Kanton und im Rahmen der Gesetzgebung die Gemeinden können die Erfüllung öffentlicher Aufgaben Dritten übertragen. Sie können hierzu Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts schaffen oder sich an solchen beteiligen.

<sup>2</sup> Die Übertragung einer kantonalen Aufgabe erfolgt durch Gesetz.

<sup>3</sup> Die Übertragung einer kommunalen Aufgabe, zu deren Erfüllung hoheitliche Befugnisse erforderlich sind, muss in der Gemeindeordnung geregelt werden.

<sup>4</sup> In den betreffenden Erlassen sind zu regeln:

- a. Art, Umfang und Finanzierung der zu übertragenden öffentlichen Aufgaben;
- b. die Struktur der Organisationen nach Abs. 1 und ihre Aufgaben;
- c. Umfang von Rechtsetzungsbefugnissen innerhalb gesetzlich vorgegebener Ziele;
- d. Art und Umfang von bedeutenden Beteiligungen;
- e. Aufsicht und Rechtsschutz.“

122 Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die *Normdichte* des Auslagerungsentscheids (vgl. Art. 98 Abs. 4 KV ZH) lehnen sich an jene des Bundesrechts an. Wie nach Art. 178

---

<sup>182</sup> Urteil des BGer 2C\_386/2014 vom 18. Januar 2016, E. 5.1 f.; BGE 138 II 134 E. 5.1 S. 158 f.; BGE 137 II 409 E. 6 S. 412 f.



Abs. 3 BV muss die Auslagerungsermächtigung auf einen bestimmten Aufgabenbereich Bezug nehmen; eine generalisierte und abstrakte Umschreibung der Voraussetzungen der Auslagerung in einem allgemeinen Erlass genügt nicht.<sup>183</sup> Gemäss den Ausführungen des Verfassungsrats handelt es sich bei der Aufzählung der im Gesetz zu regelnden Inhalte in Art. 98 Abs. 4 KV ZH um eine blosser „Deklarationsvorschrift“, welche sich nur darüber ausspricht, *was* im Übertragungserlass zu regeln ist, und nicht, *wie* dies zu geschehen hat. Die Regelungsinhalte haben sich vielmehr an den von Rechtsprechung und Lehre auf eidgenössischer Ebene entwickelten Standards (vgl. Rz. 118 ff.) zu orientieren.<sup>184</sup> In Anlehnung an BIAGGINI stellt MÜLLER folgende Faustregel auf: Je grösser der Umfang der bei der Aufgabenerfüllung erforderlichen hoheitlichen Befugnisse ist, je weniger Verantwortung und Einflussmöglichkeiten dem Staat verbleiben und je mehr der Vollzug nach privatrechtlichen Grundsätzen erfolgt, desto höheren Anforderungen hat die Auslagerungsgrundlage zu genügen.<sup>185</sup>

- 123 Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Regelung ist klar: Ob und unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen eine öffentliche Aufgabe des Kantons an Private übertragen wird, ist eine staatspolitisch wichtige Frage, die in einem formellen Gesetz durch das staatsrechtlich dafür zuständige Organ – den Kantonsrat – in dem dafür vorgesehenen (Gesetzgebungs-)Verfahren entschieden werden muss.

### 3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

- 124 Die ORS Service AG ist eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft. Sie nimmt im Bereich der Nothilfe Aufgaben der Leistungsverwaltung wahr, welche in einem kerngehaltssensiblen Bereich erfolgen und von denen aufgrund ihrer Lebenssituation besonders verletzte Menschen in hohem Masse abhängen. Es ist zudem davon auszugehen, dass die ORS Service AG hoheitlich tätig wird und Anordnungen mit Verfügungscharakter erlässt (vgl. Rz. 83 ff.). Dies alles spricht dafür, dass hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen sind.

---

<sup>183</sup> Komm. KV-MÜLLER, Art. 98 N 13; vgl. SGK BV-BIAGGINI, Art. 178 N 32.

<sup>184</sup> Protokoll des Plenums des Zürcher Verfassungsrats, 49. Sitzung vom 10. Juni 2004, S. 2637 f. (Votum Kurt Stäheli); THIÉBAUD, S. 529.

<sup>185</sup> Komm. KV-MÜLLER, Art. 98 N 20 ff.; vgl. BIAGGINI, Anforderungen, S. 153 ff.

a) *Delegationsnorm im kantonalen Recht?*

125 Gemäss § 3 c Abs. 1 SHG ZH arbeiten die Sozialhilfeorgane mit anderen Leistungserbringern zusammen, um die Eingliederung der Hilfesuchenden und ihre finanzielle Unabhängigkeit zu fördern; dazu gehören insbesondere die Organe der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung und der Berufsberatung sowie private Organisationen. Diese Norm ist im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig, geht es beim Betrieb einer Notunterkunft für weggewiesene Asylsuchende doch offensichtlich nicht um die Eingliederung von Hilfesuchenden. § 3 c Abs. 1 SHG ZH bildet damit keine gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Gewährleistung der Nothilfe an Private.

126 Die einzige Bestimmung des Sozialhilfegesetzes, welche sich der Nothilfe für weggewiesene Asylsuchende widmet, ist § 5 c SHG ZH. Die Norm bestimmt in knapper Weise den Kreis der Leistungsberechtigten (Absatz 1) und delegiert den Erlass von Bestimmungen über Art und Umfang der Nothilfe sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren an den Regierungsrat (Absatz 3). Eine allfällige Aufgabenübertragung an Private wird allerdings auch hier nicht geregelt. In §§ 3–8 Nothilfeverordnung werden die Zuständigkeiten des Kantons und der Gemeinden sowie der verschiedenen kantonalen Ämter und der Polizei ausgedehnt, § 6 Abs. 2 Nothilfeverordnung bezieht sich auf „die mit der Führung der Notunterkünfte betrauten Personen“, lässt aber offen, wer – unselbständige oder selbständige, verwaltungsinterne oder verwaltungsexterne, juristische oder natürliche Personen – damit gemeint ist.

127 Nach dem Gesagten enthält das kantonale Recht *keine Bestimmung betreffend die Aufgabenübertragung an Private*. Damit stellt sich die Frage, ob sich im Bundesrecht eine Regelung findet, die für sich alleine genommen dem Legalitätsprinzip zu genügen vermag.

b) *Delegationsnorm im Bundesrecht?*

128 Die bundesgesetzliche Regelung umschreibt die Art und den Umfang der Aufgabe, den sich gestützt auf das Asylgesetz in der Schweiz aufhaltenden Personen die Sozial- und Nothilfe auszurichten (Art. 80 ff. AsylG).

129 Art. 80a AsylG ermächtigt die Kantone in allgemeiner Weise, die Gewährleistung der Sozial- oder Nothilfe für Personen, welche sich gestützt auf das AsylG in der Schweiz aufhalten, ganz oder teilweise Dritten zu übertragen. Es stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung eine hinreichende Delegationsnorm im Sinne von Art. 5 BV darstellt. NGUYEN<sup>186</sup> und

---

<sup>186</sup> NGUYEN, Art. 80 N 33.

HRUSCHKA<sup>187</sup> scheinen dies zu befürworten, jedoch ohne Begründung, insbesondere ohne nähere Auslegung der Norm und ohne die Anforderungen des Legalitätsprinzips bei der Aufgabenübertragung an Private zu berücksichtigen. Art. 80a AsylG hat folgenden Wortlaut:

„Die Zuweisungskantone gewährleisten die Sozialhilfe oder die Nothilfe für Personen, die sich gestützt auf dieses Gesetz in der Schweiz aufhalten. Für Personen, die keinem Kanton zugewiesen wurden, wird die Nothilfe von dem Kanton gewährt, der für den Vollzug der Wegweisung als zuständig bezeichnet worden ist. Die Kantone können die Erfüllung dieser Aufgaben ganz oder teilweise Dritten übertragen.“

130 Die Tragweite von Art. 80a Satz 3 ist anhand der anerkannten Auslegungskriterien zu ermitteln.<sup>188</sup>

131 Nach dem *Wortlaut* („können“) überlässt der Bundesgesetzgeber den Kantonen die Entscheidung, ob sie die Aufgaben gemäss Satz 1 und Satz 2 selber wahrnehmen oder ganz oder teilweise Dritten übertragen wollen. Die Bestimmung enthält keine Aussagen zur Form der Aufgabenübertragung, zur Organisationsform der beliebigen Privaten, zur Finanzierung der Aufgabenerfüllung, zum Rechtsschutz oder zur Aufsicht. Art. 80a Satz 3 AsylG regelt mit anderen Worten einzig, *dass* die Kantone bestimmte Aufgaben an Private übertragen dürfen, diese Aufgaben also nicht zum Kreis der vom Staat selber zu erfüllenden Tätigkeiten zählen.

132 Eine *historische* Auslegung ergibt Folgendes: Ratio legis der Bestimmung war es, die historisch begründete Zuständigkeit zur Ausrichtung von Fürsorgeleistungen von den Hilfswerken auf die Kantone übergehen zu lassen<sup>189</sup>; in Art. 76 Abs. 1 AsylG 1998 (der dem heutigen Art. 80a AsylG entspricht) wurde deshalb der Grundsatz verankert, dass es – neu – die Kantone sind, welche die Fürsorgeleistungen für alle Personenkategorien des Asyl- und Flüchtlingsbereichs ausrichten.<sup>190</sup> Sinn und Zweck der Regelung war die aus organisatori-

---

<sup>187</sup> HRUSCHKA, Art. 80 N 2.

<sup>188</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 90 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 177 ff.

<sup>189</sup> Die Ausrichtung von Fürsorgeleistungen war zunächst von Hilfswerken auf privater Basis wahrgenommen, später dann nach und nach – je nach asylrechtlichem Status – vom Bund oder den Kantonen als staatliche Aufgabe übernommen worden. Diese übertrugen wiederum teilweise die Aufgabenerfüllung an Hilfswerke; Botschaft Totalrevision AsylG, S. 87 f.

<sup>190</sup> Botschaft Totalrevision AsylG, S. 87 f. Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 80a AsylG auch NGUYEN, Art. 80 N 3 ff.

schen und administrativen Gründen erforderliche Aufgabenentflechtung zwischen Bund, Kantonen und beauftragten Hilfswerken. Der Bundesrat strebte mit der Aufgabenzuweisung an die Kantone eine bessere Betreuungskonstanz an und erhoffte sich aus der Aufgabenzuweisung zusätzlich einen Anreiz der Kantone, ihre Integrationsbemühungen zu intensivieren.<sup>191</sup> In den parlamentarischen Debatten wurde die Vorlage erfolglos angegriffen mit dem Argument, das bewährte System sei beizubehalten und sicherzustellen, dass die humanitär ausgerichteten, erfahrenen und in der Bevölkerung gut verankerten Hilfswerke die Fürsorgeaufgaben im Asylbereich auch künftig wahrnehmen können.<sup>192</sup> Dagegen betonten die Befürworter der Neuregelung, dass eine Aufgabendelegation an die Hilfswerke weiterhin möglich sei, eine solche aber neu in der Kompetenz und damit in der alleinigen Entscheidungsgewalt der Kantone liege.<sup>193</sup> Es ging dem Bundesgesetzgeber also um die Zuordnung der Gewährleistungsverantwortung an die Kantone und nicht um die Schaffung einer Delegationsnorm, welche es den Kantonen ermöglichen sollte, diese Kompetenzzuweisung integral und ohne weitere Umsetzung im kantonalen Recht auf Hilfswerke (oder andere private Dritte) auszulagern.<sup>194</sup> Die Auslagerung sollte aus Sicht des Bundes somit lediglich *nicht verboten* werden, damit den Kantonen die Möglichkeit offenbleibt, „die Erfahrungen der zugelassenen Hilfswerke in der fürsorgerischen Betreuung zu nutzen und diese mit der Ausrichtung von Fürsorgeleistungen zu beauftragen“.<sup>195</sup>

133

Wird Art. 80a Satz 3 AsylG im *systematischen* Zusammenhang mit Satz 1 und 2 der Bestimmung und sodann mit den Regelungszielen von Art. 80 AsylG („Zuständigkeit in den Zentren des Bundes“) und Art. 80a AsylG („Zuständigkeit in den Kantonen“) gelesen, zeigt sich ebenfalls, dass das Ziel von Art. 80a die Kompetenzzuweisung an die Kantone war. Art. 80a Satz 3 AsylG bestimmt nicht mehr und nicht weniger, als dass die Kantone aus der bundesrechtlichen Optik nicht gehalten sind, diese Aufgabe vollumfänglich mit ihrem Verwaltungsapparat zu erfüllen; sondern diese Aufgabe „ganz oder teilweise“ auf Dritte übertragen dürfen. Welche Aufgaben die Kantone in welchem Umfang und an welche Dritte übertragen wollen, dazu macht der Bund keine Vorschriften.

---

<sup>191</sup> Botschaft Totalrevision AsylG, S. 87 f.

<sup>192</sup> AB N 1997 III 1245 ff., S. 1253 ff.; z.B. Votum Hubmann (S. 1254); AB S 1997 V 1337 ff., S. 1355 ff.; z.B. Votum Rhinow (S. 1355 f.)

<sup>193</sup> AB N 1997 III 1245 ff., S. 1253 ff.; z.B. Voten Heberlein (S. 1253 f.), Engler (S. 1255), Leuba (S. 1256 f.); AB S 1997 V 1337 ff., S. 1355 ff.; z.B. Voten Frick (S. 1355 u. 1356), Schmid (S. 1356).

<sup>194</sup> Vgl. Votum Leuba, AB N 1997 III 1245 ff., S. 1256 f.: „[...] il s’agit simplement de la compétence de celui qui donne le mandat.“

<sup>195</sup> Botschaft Totalrevision AsylG, S. 87 ff.

- 134 Eine *verfassungskonforme* Auslegung bezieht namentlich auch die Vorgaben von Art. 5 BV mit ein. Demnach sind die Kantone gehalten, bei der Übertragung von staatlichen Aufgaben an Private das Legalitätsprinzip und die damit einhergehenden Anforderungen an die Normbestimmtheit zu beachten (vgl. Rz. 118 ff.).
- 135 Eine Auslegung nach *Sinn und Zweck* führt zum gleichen Ergebnis: Wie schon gezeigt, haben die Kantone bei der Ausgestaltung der Modalitäten der Erfüllung des Nothilfeanspruchs eine eigene Regelungskompetenz inne und verfügen damit über einen eigenen, erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. Rz 101). Ob und in welchem Umfang dieser Spielraum im Kanton Zürich wahrzunehmen ist, obliegt nicht dem Regierungsrat oder einer nachgeordneten Verwaltungseinheit. Art. 98 KV ZH macht vielmehr klar, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe in den Zuständigkeitsbereich des kantonalen Gesetzgebers gehört und dieser – entscheidet er sich für eine Übertragung – die Eckpunkte der Übertragung in einem formellen Gesetz zu regeln hat. Aus der Optik des Bundes (Art. 80a AsylG) ist es Sache der Kantone zu entscheiden, welche Aufgaben im Bereich der asylrechtlichen Sozial- und Nothilfe sie in welchem Umfang einem Dritten übertragen wollen. Aus der Optik der Kantonsverfassung bedarf es dazu einer Konkretisierung in einem kantonalen Gesetz, das die Anforderungen von Art. 98 Abs. 2 und 4 KV ZH erfüllt.
- 136 Selbst wenn Art. 80a AsylG als Delegationsnorm gewertet würde, bildet die Bestimmung keine genügende Grundlage für die Übertragung von Verfügungsbefugnissen an externe Verwaltungsträger (vgl. Rz. 120). Da Art und Umfang der in einem Kanton konkret übertragenen Aufgaben völlig offen bleiben, kann – auch implizit – weder auf die Übertragung von Verfügungskompetenzen an sich noch auf deren Tragweite geschlossen werden.

*c) Ergebnis*

- 137 Im Ergebnis finden sich keine gesetzlichen Bestimmungen zur Art der Aufgabenübertragung an Private, zur Organisationsform des beliebigen Privaten, zur Finanzierung der Aufgabenerfüllung<sup>196</sup>, zum Rechtsschutz oder zur Aufsicht, noch zur Übertragung von Verfügungskompetenzen, weder auf eidgenössischer noch auf kantonaler Ebene. Damit zeigen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen sowohl von Art. 5 Abs. 1 BV als auch von Art. 98 Abs. 4 KV ZH verletzt.

---

<sup>196</sup> § 5 c SHG ZH hält lediglich fest, dass der Kanton die Kosten der Nothilfe für Ausländer ohne Aufenthaltsrecht trägt.

138 Wie eine Delegationsnorm ausgestaltet sein könnte, welche den Anforderungen des Legalitätsprinzips im Bereich der Nothilfe für weggewiesene Asylsuchende nachkommt, zeigt etwa die Regelung im Kanton Bern (Art. 9 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 4 Einführungsgesetz zum Ausländer- und zum Asylgesetz, BSG 122.20 sowie Art. 9 Einführungsverordnung zum Ausländer- und zum Asylgesetz, BSG 122.201).

#### 4. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

##### a) Vorgaben des Bundesrechts

139 Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 BV). In der Lehre ist strittig, ob die *Aufgabenauslagerung* an Private durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein muss oder aber die Wahrnehmung einer Aufgabe durch den Staat bzw. einen *verwaltungsinternen* Träger.<sup>197</sup> So oder anders und als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) muss sowohl die staatliche Aufgabe an sich als auch die Struktur des externen Verwaltungsträgers geeignet sein, damit dieser die Aufgabe sachgerecht wahrnehmen und insbesondere die nötige Kontinuität sowie die Beachtung der Grundrechte gewährleisten kann.<sup>198</sup> Das öffentliche Interesse an einer verwaltungsinternen Aufgabenerfüllung ist sodann mit dem öffentlichen Interesse an einer Auslagerung abzuwägen.<sup>199</sup> In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass gewisse Arten von staatlichen Aufgaben – sogenannte „genuine“ oder „unausweichliche“ Staatsaufgaben – absolut unübertragbar sind, da diese nur vom Staat selbst wahrgenommen werden können und dürfen.<sup>200</sup> Welche Aufgaben in diese Kategorie fallen, ist jedoch im Einzelnen umstritten; regelmässig in den Kreis der unübertragbaren Aufgaben aufgenommen wird der Bereich des Gewaltmonopols, der insbesondere Justiz, Zwangsvollstreckung, Polizei und Militär umfasst.<sup>201</sup>

140 Beim Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit handelt es sich um Fragen mit hohem Wertungsanteil und der Gesetzgeber verfügt deshalb über einen erheblichen Ermessensspielraum.<sup>202</sup>

---

<sup>197</sup> Öffentliches Interesse als negative Voraussetzung für eine Auslagerung: JAAG, S. 41; THIÉBAUD, S. 518; UEBERSAX, S. 404; öffentliches Interesse als positive Voraussetzung einer Aufgabenübertragung: BIAGGINI, Anforderungen, S. 159; GRIFFEL, Rn. 684.

<sup>198</sup> BIAGGINI, Anforderungen, S. 161; THIÉBAUD, S. 518 f.

<sup>199</sup> THIÉBAUD, S. 518 f.

<sup>200</sup> DAENIKER, S. 54 u. 56; LIENHARD, S. 1163 ff.; MÜLLER, ANDREAS, S. 68 ff.; THIÉBAUD, S. 514 f.; UEBERSAX, S. 395 f.

<sup>201</sup> Vgl. zu dieser Diskussion LIENHARD, S. 1163 ff.; THIÉBAUD, S. 514 f.

<sup>202</sup> JAAG, S. 42; THIÉBAUD, S. 519.

b) *Anwendung auf den vorliegenden Fall*

141 Es ist fraglich, ob in einem stark grundrechtsrelevanten Bereich wie der Gewährleistung der Nothilfe für weggewiesene Asylsuchende nicht ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer verwaltungsinternen Aufgabenerfüllung besteht. Insbesondere ist zu bezweifeln, ob ein privater, gewinnorientierter Verwaltungsträger geeignet ist, die ihm übertragene Aufgabe korrekt und unter Einhaltung der Grundrechte zu erfüllen. In der Lehre wird die vollständige Auslagerung der Ausrichtung der Nothilfe gemäss Art. 80a AsylG als rechtsstaatlich bedenklich bezeichnet.<sup>203</sup> Tatsächlich ging der Bundesgesetzgeber bei der Normierung von Art. 76 AsylG 1998 (heute Art. 80a AsylG) von der Mitwirkung privater Hilfswerke aus (vgl. Rz. 132); gewinnorientierte Aktiengesellschaften sind im Bereich von Asyldienstleistungen erst seit einigen Jahren als Akteure bekannt. Die Bedenken würden umso schwerer wiegen, wenn der gewinnorientiert operierende Private über die Höhe des Nothilfeanspruchs selbständig entscheiden könnte. Es entzieht sich indessen der Kenntnis der Gutachterin und des Gutachters, ob die nicht ausgerichteten Nothilfebeiträge an den Kanton zurückfliessen oder als Teil eines Globalbudgets bei der beauftragten Unternehmung verbleiben.

142 Allerdings ist die bundesgesetzliche Regelung von Art. 80a AsylG für das Bundesgericht und andere rechtsanwendende Behörden massgebend (Art. 190 BV). Dem Bundesgericht wäre deshalb zwar nicht die Überprüfung der Norm auf ihre Verfassungswidrigkeit hin, wohl aber deren Aufhebung untersagt.<sup>204</sup> Aus grundrechtlicher Sicht und in Umsetzung von Art. 35 BV ist aber zu fordern, dass die Beachtung der Grundrechte durch den privaten Aufgabenträger mittels entsprechender Regelungen sowohl in der (allgemeinen) Auslagerungsgrundlage als auch im (konkreten) Übertragungsakt sichergestellt wird.<sup>205</sup>

c) *Weitere Voraussetzungen der Aufgabenübertragung*

143 Als weitere Voraussetzungen der Aufgabenübertragung an Private fordert die Lehre die Sicherstellung der staatlichen Aufsicht und Mitwirkung<sup>206</sup> sowie die Gewährleistung von Rechtsschutz<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> HRUSCHKA, Art. 80 N 2.

<sup>204</sup> Statt vieler BSK BV–EPINEY, Art. 190 N 35.

<sup>205</sup> Vgl. BIAGGINI, Anforderungen, S. 162 f.; BGE 127 I 84 E. 4c S. 89 ff.

<sup>206</sup> JAAG, S. 44 ff.; Komm. KV–MÜLLER, Art. 98 N 29; THIÉBAUD, S. 533 f.; UEBERSAX, S. 411; BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 55 f.

<sup>207</sup> BIAGGINI, Anforderungen, S. 168 f.; JAAG, S. 47; Komm. KV–MÜLLER, Art. 98 N 27; THIÉBAUD, S. 534; BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 55 f.

- 144 Die staatliche *Aufsicht* soll den Umstand ausgleichen, dass bei einer Aufgabenübertragung an Private Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten und des Parlaments wegfallen. Die Ausgestaltung der Aufsicht hat sich am Mass der Verantwortung, das dem Staat bei der Aufgabenerfüllung verbleibt, sowie dem Umfang staatlicher Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerfüllung zu orientieren.<sup>208</sup> Sie ist in der Auslagerungsgrundlage oder im Übertragungsakt zu regeln.<sup>209</sup>
- 145 Mit der Gewährleistung von *Rechtsschutz* wird die Einhaltung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) sichergestellt. Der Zugang zu einem Gericht kann sowohl über den öffentlich-rechtlichen als auch über den privatrechtlichen Weg gewährleistet werden.<sup>210</sup>
- 146 Werden diese Anforderungen auf die *vorliegende Fragestellung* übertragen, so zeigt sich, dass das Gesetz keine Regelung zur Aufsicht enthält. Ob sich entsprechende Bestimmungen im Übertragungsakt finden, ist der Gutachterin und dem Gutachter nicht bekannt. Der *Rechtsschutz* ist insoweit gewährleistet, als die Anfechtung von Anordnungen der ORS Service AG auf dem ordentlichen verwaltungsrechtlichen Weg möglich erscheint (§§ 19 ff. VRG ZH). Aus grundrechtlicher Sicht und in Anwendung von Art. 35 BV ist zu fordern, dass der Rechtsmittelweg im Spezialgesetz aufgezeigt wird (vgl. etwa Art. 4 Einführungsgesetz zum Ausländer- und zum Asylgesetz des Kantons Bern, BSG 122.20).

##### **5. Folgen bei Rechtswidrigkeit der Aufgabenübertragung an Private**

- 147 Die Literatur zur Aufgabenübertragung an Private spricht sich – soweit ersichtlich – nicht zu den Folgen einer nicht in den verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Formen erfolgten Aufgabenübertragung aus. Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse sind vor allem die Auswirkungen auf die von der ORS Service AG vorgenommene Nichtgewährung der Nothilfe an bestimmten Tagen. Analog zur Regelung beim Verfügungserlass durch unzuständige Verwaltungsbehörden<sup>211</sup> ist davon auszugehen, dass eine ohne Verfügungskompetenz erlassene Anordnung eines externen Verwaltungsträgers zumindest anfechtbar ist. Nichtigkeit liegt dann vor, wenn eine qualifiziert unrichtige Instanz entschieden hat, der Mangel schwer und offensichtlich war und das Prinzip von Treu und Glauben sowie die

---

<sup>208</sup> JAAG, S. 44 ff.; Komm. KV-MÜLLER, Art. 98 N 29.

<sup>209</sup> JAAG, S. 46; THIÉBAUD, S. 533 f. Als mögliche Mitwirkungs- und Aufsichtsmittel nennt UEBERSAX, S. 411, Absprachen, Leistungsvereinbarungen, Genehmigungspflichten oder Sanktionen.

<sup>210</sup> BIAGGINI, Anforderungen, S. 168 f.

<sup>211</sup> Vgl. dazu KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 513 ff.; Komm. VRG-PLÜSS, § 5 N 37 f.



Rechtssicherheit nicht höher zu gewichten sind.<sup>212</sup> Zwar entspricht die tägliche (Nicht-) Ausrichtung der Nothilfeleistungen durch die ORS Service AG der gelebten Behördenpraxis und ein Mangel bei dieser Aufgabenauslagerung dürfte nicht ohne weiteres erkennbar sein, was eher für Anfechtbarkeit spricht. Allerdings wiegt der Mangel schwer, wenn eine private Aktiengesellschaft in Einschränkung eines grundrechtlichen Anspruchs ohne jegliche gesetzliche Grundlage verfügt, was eher für Nichtigkeit spricht. So oder anders hat die Aufhebung oder Nichtigkeit der Anordnung der ORS Service AG, für einen bestimmten Tag die Nothilfeleistung zu verweigern, zur Folge, dass bei Vorliegen aller Nothilfevoraussetzungen der volle Nothilfeanspruch zu gewähren ist (vgl. zum Anspruch auf rückwirkende Auszahlung der Nothilfeleistungen sinngemäss vorne Rz. 92 ff.).

---

<sup>212</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rn. 513 ff.; Komm. VRG–PLÜSS, § 5 N 37 f.

## **E. Zusammenfassende Beantwortung der Gutachtensfragen**

**Frage 1: *Ist es zulässig, die Ausrichtung finanzieller Nothilfe an weggewiesene Asylsuchende an die Voraussetzungen zu knüpfen, dass diese sich zweimal täglich in der Notunterkunft, der sie zugewiesen worden sind, melden und dort übernachten?***

- 148 Für rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesene Asylsuchende besteht keine Rechtspflicht, sich in der Notunterkunft, der sie zugewiesen worden sind, regelmässig zu melden und dort zu übernachten, die unabhängig davon gelten würde, ob sie finanzielle Nothilfe beziehen wollen oder nicht (vgl. Rz. 6 ff.). 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. Dafür hätte der Weg der Rechtsetzung beschritten werden müssen, was nicht geschehen ist (vgl. Rz. 12 ff.).
- 149 Selbst wenn die 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 (vgl. Rz. 27 ff.).
- 150 Unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage erweist sich die Verknüpfung des Anspruchs auf finanzielle Nothilfe mit der Anwesenheit in der zugewiesenen Notunterkunft als verfassungswidrig. Erstens ist sie 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 Nothilfebedürftigkeit hinsichtlich Nahrung, für welche die Geldleistungen vor allem vorgesehen sind, bestimmt sich unabhängig von jener hinsichtlich Unterkunft; es ist sachfremd, die beiden Aspekte zu verknüpfen (vgl. Rz. 34 ff.). Zweitens ist die 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 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) (vgl. Rz. 72 ff.).

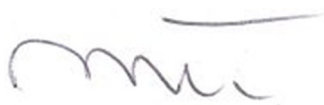
**Frage 2: In welcher Form hat eine Verweigerung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe zu ergehen und wie – falls überhaupt – kann sich eine betroffene Person dagegen rechtlich zur Wehr setzen?**

- 151 Die Verweigerung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe ist materiell als Verfügung zu qualifizieren. Entsprechende Anordnungen müssen in den Formen von § 10 VRG ergehen und sind nach Massgabe des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes anfechtbar (vgl. Rz. 84 ff.). Wenn aufgrund eines Justizentscheids feststeht, dass Nothilfeleistungen von den Behörden in rechtswidriger Weise verweigert wurden, ist ein Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung von Nothilfeleistungen zu bejahen (vgl. Rz. 92 ff.).

**Frage 3: Ist die Übertragung der Ausrichtung finanzieller Nothilfe an die ORS Service AG rechtmässig?**

- 152 Die ORS Service AG nimmt sowohl beim Betrieb der Notunterkünfte als auch bei der Ausrichtung der Nothilfeleistungen staatliche Aufgaben wahr (vgl. Rz. 99 ff.). Auf Seiten des Kantons sind folglich die sich aus Art. 5 BV und Art. 98 KV ergebenden Voraussetzungen der Aufgabenübertragung zu beachten (vgl. Rz. 115 ff.), auf Seiten der ORS Service AG besteht eine umfassende Grundrechtsbindung (vgl. Rz. 114).
- 153 Die Übertragung der Aufgaben vom Kanton an die ORS Service AG genügt den verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 98 Abs. 4 KV nicht: Weder auf kantonaler noch auf bundesrechtlicher Ebene finden sich gesetzliche Bestimmungen zur Art der Aufgabenübertragung an Private, zur Organisationsform des beliehenen Privaten, zur Finanzierung der Aufgabenerfüllung, zum Rechtsschutz oder zur Aufsicht; ebenso fehlen Regeln zur Übertragung von Verfügungskompetenzen (vgl. Rz. 115 ff.). Die ohne Verfügungskompetenz erlassene Anordnung eines externen Verwaltungsträgers ist zumindest anfechtbar (vgl. Rz. 147).

Zürich, 10. August 2017



Prof. Dr. Daniel Moeckli



Prof. Dr. Regina Kiener