

# Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

### 1.19 Sozial- und Sozialversicherungsrecht / Droit social et droit des assurances sociales

#### (1) BGE 142 I 1: Sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme zwischen Existenzsicherung, Subsidiarität, Zumutbarkeit und Sanktion.

Schweizerisches Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C\_455/2015 vom 8. März 2016, A. gegen Gemeinde B., Sozialhilfe.



MELANIE STUDER\*



KURT PÄRLI\*\*

#### I. Sachverhalt

Seit 2007 erhielt A., geb. 1958, wirtschaftliche Sozialhilfe der Gemeinde B. Die Sozialhilfe wurde mit der Begründung, dass A. sich im Rahmen eines Beschäftigungsprogramms nicht ernsthaft um die Behebung der Notlage bemüht habe, zunächst für die Dauer von 6 Monaten um 15% gekürzt. Gleichzeitig drohte ihm die Gemeinde mit der Einstellung der Sozialhilfeleistungen, sollte er die Teilnahme an einem erneuten Beschäftigungsprogramm verweigern.

Im November 2013 erfolgte die Aufforderung, halbtags in einem Beschäftigungsprogramm der Stiftung C. zu arbeiten. A. verweigerte sich, woraufhin die Gemeinde mit Beschluss vom 14. November 2013 die Einstellung der Sozialhilfe per 30. November 2013 verfügte. Zur Begründung wurde auf den Verstoss gegen Weisungen und das Verweigern einer zumutbaren Arbeitsleistung verwiesen, Gründe, die nach § 24 und § 24a des zürcherischen Sozialhilfegesetzes (Sozialhilfegesetz [SHG] des Kantons Zürich vom 14. Juni 1981, 851.1) zu einer Einstellung der Leistung berechtigten sollen.

Die relevanten Normen des Sozialhilfegesetzes lauten wie folgt:

#### § 24 Kürzung von Leistungen

<sup>1</sup> Die Sozialhilfeleistungen sind angemessen zu kürzen, wenn

- a. der Hilfesuchende
  1. gegen Anordnungen, Auflagen oder Weisungen der Fürsorgebehörde verstösst,
  2. keine oder falsche Auskunft über seine Verhältnisse gibt,
  3. die Einsichtnahme in seine Unterlagen verweigert,
  4. eine ihm zugewiesene zumutbare Arbeit nicht annimmt,
  5. Leistungen zweckwidrig verwendet,
  6. die Teilnahme an einem zumutbaren Bildungs- und Beschäftigungsprogramm verweigert,
  7. ein ihm zustehendes Ersatzeinkommen nicht geltend macht,
- b. er schriftlich auf die Möglichkeit der Leistungskürzung hingewiesen worden ist.

<sup>2</sup> [...]

#### § 24a Einstellung von Leistungen

<sup>1</sup> Vom grundsätzlichen Rechtsanspruch auf Sozialhilfeleistungen kann ausnahmsweise und unter Berücksichtigung von Art. 12 der Bundesverfassung (BV) abgewichen werden. Die Leistungen sind ausnahmsweise ganz oder teilweise einzustellen, wenn

- a. der Hilfesuchende eine ihm zumutbare Arbeit oder die Geltendmachung eines Ersatzeinkommens verweigert,
- b. ihm die Leistungen deswegen gekürzt worden sind, und
- c. ihm schriftlich und unter Androhung der Leistungseinstellung eine zweite Frist zur Annahme der Arbeit beziehungsweise zur Geltendmachung des Ersatzeinkommens angesetzt worden ist.

<sup>2</sup> ...]

Mit Ausnahme des Gesuchs um unentgeltliche Verbeiständung, welches das Zürcher Verwaltungsgericht gut hiess, blieben die kantonalen Rechtsmittel ohne Erfolg. So reichte A. beim Bundesgericht eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ein. Er forderte die Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide und verlangte, es sei ihm weiterhin wirtschaftliche Sozialhilfe zu gewähren. Eventuell sei die Gemeinde zu verpflichten, die Sozialhilfe lediglich um 15% des Grundbetrags zu kürzen. Subeventuell sei zumindest Nothilfe im Sinne von Art. 12 BV zu gewähren. Subsidiarität sei die Sache mit Anweisungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und hiess die Beschwerde teilweise gut.

#### II. Erwägungen

##### A. Keine gesundheitliche Beeinträchtigung

Der Beschwerdeführer machte geltend, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen, am Beschäftigungsprogramm teilzunehmen. Das Verwaltungsgericht kam diesbezüglich zum gegenteiligen Schluss. Dies sei laut Bundesgericht weder offensichtlich unrichtig und beruhe namentlich auch nicht auf einer willkürlichen Beweiswür-

\* MELANIE STUDER, MLaw, Rechtsanwältin, Doktorandin am Lehrstuhl für Soziales Privatrecht, Universität Basel.

\*\* KURT PÄRLI, Prof. Dr. iur., Universität Basel.

digung, und sei daher für das oberste Gericht verbindlich. Die Berichte der behandelnden Ärzte hätten keine Zweifel an der Arbeitsfähigkeitsschätzung des Regionalen Ärztlichen Dienstes der IV (RAD) zu wecken vermögen. So sei es der Vorinstanz erlaubt gewesen, in antizipierter Beweiswürdigung auf weitere Abklärungen zu verzichten, ohne dabei den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers zu verletzen. Das Gericht verzichtete auf weitere Ausführungen zur Frage, ob RAD-Berichte, die im Auftrag der Sozialhilfebehörden erstellt werden, eine grössere Beweiskraft haben als in IV-Verfahren (E. 6).

## B. Anspruch auf Nothilfe

### 1. Programm ohne Entschädigung

Der Beschwerdeführer machte keine anderen als die erwähnten gesundheitlichen Gründe geltend, die ihn an der Teilnahme am Beschäftigungsprogramm gehindert hätten (E. 6). Das Bundesgericht ging daher dazu über, zu prüfen, ob die Leistungseinstellung mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV vereinbar sei. Einleitend stellte es fest, dass der Beschwerdeführer im zugewiesenen Beschäftigungsprogramm kein Einkommen hätte erzielen können (E. 7.1). Diese Feststellung wird für den Entscheid zentral sein.

### 2. Umfang des Rechts auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

In den Erwägungen 7.2 bis 7.2.2 fasst das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu verschiedenen Aspekten des Rechts auf Nothilfe nach Art. 12 BV zusammen.

Gemäss dieser Bestimmung hat, wer in einer Notlage ist und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Es besteht eine enge Verknüpfung zwischen diesem Anspruch und der garantierten Achtung der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV (E. 7.2).

Die Umsetzung des Rechts auf Hilfe in Notlage obliegt den Kantonen. Art. 12 BV garantiert dabei kein Mindesteinkommen, sondern nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer Bettelexistenz bewahrt. Im Sinne einer Überbrückungshilfe sind die unerlässlichen Mittel für Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung zu erbringen. Diese Mittel sollen das Überleben sichern. Zudem ist eine auf die konkreten Umstände zugeschnittene, minimale individuelle Nothilfe auszurichten, die lediglich darauf abzielt, die vorhandene Notlage zu beheben. Dies ist denn auch der Unterschied zum kantonalen Anspruch auf Sozialhilfe, der umfassender ist (E. 7.2.1).

### 3. Subsidiarität als Anspruchsvoraussetzung

Weiter führt das Bundesgericht aus, es habe nur Anspruch auf Unterstützungsleistungen des Staates, wer nicht in der Lage sei, für sich selbst zu sorgen (Subsidiaritätsprinzip). Wer objektiv in der Lage ist, sich aus eigener Kraft die erforderlichen Mittel zu verschaffen, erfüllt die Anspruchsvoraussetzungen für die Nothilfe nicht. Daraus folgt: Wer eine konkret zur Verfügung stehende Erwerbsmöglichkeit ausschlägt, befindet sich nicht in einer Notlage i.S.v. Art. 12 BV, und eine danach erfolgte allfällige Einstellung von Hilfeleistungen betrifft den Schutzbereich des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen nicht. Wem es faktisch und rechtlich möglich ist, die erforderlichen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein selbst zu beschaffen, ist nicht auf Unterstützung angewiesen. Mit Bezug auf BGE 139 I 218 erinnert das Bundesgericht daran, dass die Teilnahme an einem Arbeitsprogramm für Sozialhilfeempfängerinnen Vorrang gegenüber öffentlichen Unterstützungsleistungen genießt (E. 7.2.2). Im vorliegenden Fall, so das Bundesgericht, könne jedoch die Subsidiarität in diesem Sinne nicht zum Tragen kommen, da die zugewiesene Arbeit nicht entlohnt gewesen wäre. Da unbestrittenermassen eine wirtschaftliche Notlage vorlag, wurde geprüft, ob die Verweigerung der Nothilfe eine Verletzung von Art. 12 BV darstelle (E. 7.2.3).

### 4. Einschränkung des Rechts auf Hilfe in Notlagen

Das Recht auf Hilfe in Notlagen ist eines der Grundrechte, das positive Leistungen des Staates begründet, und die Rechtsordnung nennt daher zunächst die Voraussetzungen, unter denen das Recht ausgeübt werden kann. (Erst) allfällige einschränkende Konkretisierungen sind in sinngemässer (Teil-)Anwendung von Art. 36 BV daran zu messen, ob die garantierten Minimalgarantien noch eingehalten werden.

Bei Art. 12 BV fallen – nach konstanter Rechtsprechung – Schutzbereich und Kerngehalt zusammen. Dies lässt die Möglichkeit entfallen, die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein erforderlich sind, zu kürzen oder zu verweigern, selbst wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1–3 BV erfüllt sind, da Art. 36 Abs. 4 BV dieser Kürzung entgegensteht (E. 7.2.4). Eingriffe in das Recht auf Nothilfe sind also nicht möglich, weil Kerngehalt und Schutzbereich deckungsgleich sind.

### 5. Rechtsmissbrauch und andere Sanktionsmöglichkeiten

Obwohl das Bundesgericht festgestellt hat, dass Eingriffe in das Recht auf Nothilfe nicht zulässig sind, äussert es sich in E. 7.2.5 zur Frage, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten einen Eingriff in das Recht auf Hilfe in Notlagen rechtfertigen könnte. Da der zu beurteilende Fall keine An-

haltspunkte eines solchen Verhaltens bot, liess es die Frage jedoch weiterhin offen.

Weiter wird ausgeführt, dass es nach der Lehre denkbar wäre, renitentes Verhalten der Nothilfe beanspruchenden Person, genügende gesetzliche Grundlage vorausgesetzt, mit Massnahmen zu sanktionieren, die den Schutzbereich und Kerngehalt von Art. 12 BV nicht tangieren. Zu denken sei dabei an die Erbringung der Nothilfe in Form von Naturalleistungen oder die Verbindung von Auflagen und Weisungen mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB. Auch die Beschwerdegegnerin könne, sollte die ungenügende Mitwirkung des Beschwerdeführers anhalten, von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen (E. 7.2.5).

### 6. Schlussfolgerung

Entsprechend den vorangehenden Ausführungen zum Schutzbereich und den Einschränkungsmöglichkeiten des Rechts auf Hilfe in Notlagen gelangt das Bundesgericht in E. 7.2.6 zum Schluss, dass die erfolgte Verweigerung der Nothilfe Art. 12 BV verletze, da das Subsidiaritätsprinzip nicht zum Tragen kommt. Die Beschwerde war in diesem Punkt begründet. Auch das von der Vorinstanz zur Begründung der gegenteiligen Ansicht herangezogene Urteil des Bundesgerichts 2P.147/2002 vom 4. März 2003 änderte an dieser Auffassung nichts, ging es dort doch um die Nichtannahme einer entlohnten Tätigkeit, was die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes nach sich zog. Der beschwerdegegnerischen Gemeinde stehe es «immerhin» offen, eine Entlohnung im Umfang der Sozialhilfe oder zumindest der Nothilfe vorzusehen, womit sie sich dann auch auf die vorerwähnte Rechtsprechung stützen könnte und also die Leistungen vollständig einstellen könnte (E. 7.2.6).

### C. Kein Anspruch auf Sozialhilfe

Anders urteilte das Bundesgericht hingegen in Bezug auf die Sozialhilfe, welche über die Nothilfe hinausgeht. Die Vorinstanz sei willkürfrei zur Erkenntnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die Einstellung der Sozialhilfe gestützt auf § 24a Abs. 1 SHG/ZH erfüllt seien. Auch dass nicht lediglich eine teilweise Einstellung nach § 24a Abs. 1 SHG/ZH oder eine Kürzung nach § 24 Abs. 1 SHG/ZH verfügt wurde, sei willkürfrei und ohne gegen das Legalitätsprinzip oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu verstossen entschieden worden. Ebenfalls sei darin keine ungerechte Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen zu sehen (Art. 29 Abs. 1 BV). Somit war die Beschwerde diesbezüglich abzuweisen und dem Beschwerdeführer lediglich die Nothilfe nach Art. 12 BV auszurichten (E. 7.3).

## III. Anmerkungen zum Entscheid

### A. Einleitung

Der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts hat nach seiner Veröffentlichung ein gewisses (Medien-)Echo ausgelöst. So titelte beispielsweise die NZZ «Renitenter Mann erhält Nothilfe» und sprach in der Folge vom «arbeits-scheuen Mann».<sup>1</sup> Anders wurde der Entscheid vom Verein grundrechte.ch kommentiert: Unter dem Titel «Kein Zwang zu Sklavenarbeit» wurde der Entscheid des kantonalen Gerichts als skandalös bezeichnet.<sup>2</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen sollen den Entscheid etwas ausführlicher betrachten, indem zunächst kurz die bundesrechtlichen Vorgaben im Bereich der Not- und Sozialhilfe in Erinnerung gerufen werden (III.B.). Danach folgt eine Darstellung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen (III.C.), anhand welcher sich einige offene Fragen ergeben (III.D.). Dazu gehört insbesondere, dass die Konturen des Subsidiaritätsgrundsatzes und der daraus fliessenden Zumutbarkeitsprüfung wenig geklärt sind. Anschliessend wird dargestellt, welche neuen Fragen durch BGE 142 I 1 zu diesen Themen aufgeworfen werden. Im Zentrum der Erwägungen stehen dabei die Fragen nach der Entlohnung und den Beschäftigungsbedingungen (III.E.).

### B. Bundesrechtlicher Rahmen der Not- und Sozialhilfe

Für eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Not- und Sozialhilfe als Teil der Sozialverfassung ist vorab auf die in Art. 7–34 BV festgeschriebenen, individuell durchsetzbaren Grundrechte hinzuweisen. Dabei handelt es sich einerseits um Freiheitsrechte und andererseits um soziale Grundrechte. Zu letzteren ist auch das Recht auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV zu zählen. Besonderheit dieses Rechts (und anderer sozialer Grundrechte, wie z.B. des Rechts auf unentgeltlichen Grundschulunterricht) ist, dass ein individuell einklagbarer Anspruch auf staatliche Leistungen besteht und sich das Recht nicht in der Abwehr staatlicher Eingriffe und Verpflichtungen des Gesetzgebers erschöpft.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> KATHARINA FONTANA, Renitenter Mann erhält Nothilfe, NZZ vom 5. April 2016, Internet: <http://www.nzz.ch/zueroch/aktuell/bundesgericht-renitenter-mann-erhaelt-nothilfe-ld.11655> (Abruf 20.9.2016).

<sup>2</sup> Verein Grundrechte.ch, Kein Zwang zu Sklavenarbeit, Internet: <http://grundrechte.ch/CMS//kein-zwang-zu-sklavenarbeit.html> (Abruf 20.9.2016).

<sup>3</sup> RAINER J. SCHWEIZER, Vorbemerkung zur Sozialverfassung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung,



Nicht zu vernachlässigen sind in diesem Zusammenhang die Sozialziele gemäss Art. 41 BV. Diese verleihen zwar gerade keine Ansprüche auf staatliche Leistungen (vgl. Art. 41 Abs. 4 BV), jedoch sind sie Teil der juristischen Instrumente, die der Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens dienen.<sup>4</sup> Eine Sichtung der einschlägigen Bundesgerichtsentscheide zeigt jedoch, dass sich das Bundesgericht kaum mit den Sozialzielen auseinandersetzt, sie also auch nicht explizit als Leitlinie oder Auslegungshilfe bezieht. Zudem sind die Sozialziele als «Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative» zu verstehen (Art. 41 Abs. 1 BV) und bringen so den Subsidiaritätsgedanken zum Ausdruck.<sup>5</sup> Neue Kompetenzen, oder eine Kompetenzregelung die von Art. 3 BV (subsidiäre Generalkompetenz der Kantone) abweicht, werden dadurch nicht geschaffen. Vielmehr streben Bund und Kantone im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten nach der Verwirklichung der Sozialziele.<sup>6</sup> Weiter stipuliert die Bundesverfassung in Art. 6 BV eine «individuelle und gesellschaftliche Verantwortung». Diese Norm wird als Appell an die Verantwortung des Einzelnen verstanden, ohne dass dadurch sanktionierbare Pflichten des Individuums begründet würden. Dennoch kann diese allgemeine Bestimmung bei der Auslegung und Anwendung verfassungsmässiger Rechte und insbesondere bei der Anwendung von Art. 12 BV Bedeutung erlangen.<sup>7</sup>

Die Umsetzung des Rechts auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV liegt bei den Kantonen, die sich an die verfassungsmässigen Mindestanforderungen zu halten haben.<sup>8</sup> Dazu gehört, dass der Anspruch auf Nothilfe *allen Menschen* in der Schweiz zusteht – ungeachtet ihres Aufenthaltsstatus.<sup>9</sup> In der Asylnothilfe und -sozialhilfe hat der Bund gestützt auf Art. 121 Abs. 1 BV und das Asylgesetz<sup>10</sup> weiterreichende Kompetenzen.<sup>11</sup> Der Umfang der verfas-

sungsrechtlich garantierten Nothilfe ist nicht in einem Betrag in Franken und Rappen festgelegt, sondern richtet sich nach den konkreten Umständen und ist daher individuell zu bemessen.<sup>12</sup> Mindestens zu gewähren ist jedoch, was für Obdach, Nahrung, Kleidung und medizinische Notfallversorgung unerlässlich ist.<sup>13</sup>

Nach Art. 12 BV steht der Anspruch denjenigen Personen zu, die in Not geraten und nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen. Das Bundesgericht leitet aus dieser Formulierung ein umfassendes Subsidiaritätsprinzip ab. Auch in BGE 142 I 1 hält das Bundesgericht fest, dass keinen Anspruch auf Nothilfe habe, wer objektiv in der Lage wäre, sich aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel zu verschaffen. Solche Personen seien in keiner Not-situation und würden somit die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllen (BGE 142 I 1 E. 7.2.2). Im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips wird gefordert, dass die eigene Arbeitsfähigkeit ausgeschöpft wird. Dabei wird auch erwartet, dass ein zumutbares konkretes Arbeitsangebot angenommen wird.<sup>14</sup>

Die kantonale Sozialhilfe geht über den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Nothilfe hinaus.<sup>15</sup> In der Bundesverfassung findet sich zwar keine Norm, die ausdrücklich eine Verpflichtung der Kantone zur Etablierung eines Sozialhilfeunterstützungssystems vorsieht. Art. 115 BV aber sieht vor, wie die Zuständigkeit der Kantone für die Unterstützung Bedürftiger zu regeln ist. Implizit ist damit die Verantwortlichkeit der Kantone für die Sozialhilfe anerkannt.<sup>16</sup> Gestützt auf die in Art. 115 BV verankerte bundesverfassungsrechtliche Kollisionsregel, hat der Bund das Zuständigkeitsgesetz (Bundesgesetz vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger [ZUG; SR 851.1]) erlassen.<sup>17</sup> Weiter zu erwähnen ist, dass der Bund für Sozialhilfeleistungen an Auslandschweizer bis zu deren Heimkehr ausschliesslich zuständig ist.<sup>18</sup>

Wie der Nothilfe wird auch der Sozialhilfe lediglich nachrangiger Charakter zugeschrieben. Dies ergibt sich aus der Bedarfsgerechtigkeit der Sozialhilfe sowie dem

St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012–2014 (zit. St. Galler-Kommentar-Verfasser), vor Art. 41 BV N 42.

<sup>4</sup> BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41 N 9, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser).

<sup>5</sup> BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41 N 14.

<sup>6</sup> Art. 41 Abs. 3 BV; BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41 N 22 f.

<sup>7</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung, Zürich 2007, Art. 6 BV N 2.

<sup>8</sup> St. Galler-Kommentar-MÜLLER (FN 3), Art. 12 BV N 25.

<sup>9</sup> Statt vieler PETER UEBERSAX, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: Carlo Tschudi (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, 39; obwohl dies eine Differenzierung nach Anspruchsberechtigten nicht ausschliesst, siehe hierzu St. Galler-Kommentar-MÜLLER, Art. 12 BV N 28.

<sup>10</sup> Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31).

<sup>11</sup> Siehe MINH SON NGUYEN, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi), Bern 2015, Art. 82 AsylG N 4.

<sup>12</sup> St. Galler-Kommentar-MÜLLER (FN 3), Art. 12 BV N 26.

<sup>13</sup> Vgl. die detailliertere Darstellung bei EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Nothilfe. Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt?, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, 31–61, insb. 42 ff.).

<sup>14</sup> St. Galler-Kommentar-MÜLLER (FN 3), Art. 12 BV N 20.

<sup>15</sup> St. Galler-Kommentar-MÜLLER (FN 3), Art. 12 BV N 9.

<sup>16</sup> BIAGGINI (FN 7), Art. 115 BV N 4.

<sup>17</sup> BIAGGINI (FN 7), Art. 115 BV N 2.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 22 Bundesgesetz vom 26. September 2014 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG; SR 195.1); Guido WIZENT, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2014, 132 f.

Bedürftigkeitsbegriff nach Art. 2 Abs. 1 ZUG und den kantonalen Sozialhilfegesetzgebungen.<sup>19</sup> Somit kann auch der Anspruch auf Sozialhilfe nur entstehen, wenn eine Person nicht aus eigener Kraft für sich selber sorgen kann. Nahe liegenderweise betrifft diese Verpflichtung vorab die eigene Arbeitskraft, die in zumutbaren Beschäftigungen eingesetzt werden muss, ansonsten wird davon ausgegangen, dass keine Bedürftigkeit (mehr) vorliege.<sup>20</sup> Anders als beim Recht auf Hilfe in Notlagen sind beim Anspruch auf Sozialhilfe der Schutzbereich und der Kerngehalt des Anspruchs nicht identisch. Einschränkungen sind also in Anwendung von Art. 36 BV (resp. des entsprechenden Artikels der kantonalen Verfassung) grundsätzlich denkbar und erfolgen häufig bedingt durch Auflagen und Weisungen.<sup>21</sup> Dies bedeutet, dass in der Sozialhilfe – sofern das kantonale Recht eine entsprechende Grundlage kennt – Einschränkungen auch bei bestehender Bedürftigkeit möglich sind.<sup>22</sup>

### C. Bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Beschäftigungsprogrammen und Sozialhilfe

Das Bundesgericht anerkannte mit BGE 121 I 367 erstmals ein ungeschriebenes Recht auf Existenzsicherung. Bei der Übertragung dieses Grundrechts in die neue Bundesverfassung wurde der heutige Art. 12 BV um den Passus «und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» ergänzt und somit die Subsidiarität auf Verfassungsstufe festgeschrieben.<sup>23</sup> Der erste substantielle Entscheid (auf die erste Beschwerde wurde mit Urteil BGer 2P.220/2000 vom 10. Oktober 2000 nicht eingetreten) zu Art. 12 BV und Beschäftigungsprogrammen betraf eine in Aussicht gestellte Kürzung der Sozialhilfe für den Fall, dass der Beschwerdeführer nicht an einem Soziallohnprojekt teilnehmen würde (Nettosoziallohn insgesamt CHF 2'362, BGer 2P.7/2003 vom 14. Januar 2003). Das Bundesgericht prüfte die Beschwerde lediglich unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs und hielt fest, dass die Sozialhilfeleistung insbesondere bei einem solchen Verhalten gekürzt werden könne (E. 2.3). Es wurde festgehalten, es sei unverständlich, dass sich der Beschwerdeführer gegen den Arbeitseinsatz wehre (E. 2.3), was dann auch zur Abweisung der «an Mutwilligkeit grenzenden Beschwerde» (E. 2.4) führte.

Mit dem Urteil 2P.147/2002 vom 4. März 2003 rückte das Bundesgericht von der Theorie ab, dass Leistungsbeschränkungen einen Grundrechtseingriff darstellten, und hielt fest, dass das Subsidiaritätsprinzip eine Voraussetzung des Leistungsanspruchs an sich sei.<sup>24</sup> Zur Zumutbarkeit einer Stelle als «Mitarbeiter Reinigung mit Fahrerfunktion» (Bruttolohn CHF 2'600) wird ausgeführt, es sei abwegig, wenn der Beschwerdeführer rüge, dass der massive faktische Zwang zur Betätigung in einem Projekt im Rahmen der Drogenprävention seine persönliche Freiheit und seine Wirtschaftsfreiheit verletze (E. 3.5.2). So war dann die vollständige Einstellung jeglicher Unterstützung zulässig. Ausführungen zur Einschränkung des Grundrechts aufgrund des allfälligen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens folgten keine, da der Beschwerdeführer gar nicht erst in den Schutzbereich der Not- oder Sozialhilfe falle (E. 3.5.3).

Auf dieser Konzeption baut die spätere Rechtsprechung des Bundesgerichts auf. Dies wurde in BGE 130 I 71 (Schaffhauser Taglohnprogramm) verdeutlicht. Dabei reagierte das Gericht in E. 4.3 auch auf Kritik am vorgenannten Entscheid.<sup>25</sup> Das Bundesgericht beurteilte die vollständige Kürzung der Unterstützung als zulässig, sollte sich der Beschwerdeführer nicht am städtischen Taglohnprogramm beteiligen. Für die Begriffsdefinition der zumutbaren Arbeit wurde Art. 16 Abs. 2 AVIG (Bundesgesetz vom 25. Juni 1962 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0) hilfsweise herangezogen (E. 5.3) und danach festgehalten, dass die Teilnahme an solchen Programmen grundsätzlich zumutbar sei, auch wenn das Einkommen den Betrag der Unterstützungsleistung nicht erreiche (Regeste). Das Bundesgericht hielt fest, es sei gerichtsnotorisch, dass solche Programme geeignet seien, die Lage von Sozialhilfeempfängern zu verbessern (E. 5.4). Gleichzeitig wurde in diesem Entscheid auch festgehalten, dass der Schutzbereich und der Kerngehalt des Rechts auf Hilfe in Notlagen zusammenfallen (E. 4.1), was dazu führt, dass Verweigerungen der Nothilfe nicht (mehr) via Art. 36 BV begründet werden können. So nahm schliesslich die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips als Anspruchsvoraussetzung in der Folge an Bedeutung zu.

Es wurde rasch ersichtlich, dass die Thematik «Subsidiarität» mit derjenigen der «Zumutbarkeit» eng verknüpft ist,<sup>26</sup> und die Zumutbarkeitsprüfung eine Grundlage der

<sup>19</sup> WIZENT (FN 18), 228.

<sup>20</sup> PETER MÖSCH PAYOT, § 39 Sozialhilferecht, in: Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), *Recht der sozialen Sicherheit*, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band XI, Basel 2014, N 39.118.

<sup>21</sup> Siehe dazu bspw. AKKAYA GÜLCAN, *Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe in der Schweiz – Ein Leitfaden für die Praxis*, Luzern 2015, 15.

<sup>22</sup> MÖSCH PAYOT (FN 20), N 39.113.

<sup>23</sup> St. Galler-Kommentar-MÜLLER (FN 3), Art. 12 BV N 3.

<sup>24</sup> Vgl. UEBERSAX (FN 9), 46; BGer, 2P.147/2002, 4. März 2003, E. 3.4.

<sup>25</sup> Insbes. KATHRIN AMSTUTZ, *Einstellung von Sozialhilfeleistungen bei Ablehnung zumutbarer Arbeit*, *Zeitschrift für Sozialhilfe* 2003, 97 ff.

<sup>26</sup> So z.B. UEBERSAX (FN 9), 47, der davon spricht, dass sich die Zumutbarkeitsprüfung aus dem Subsidiaritätsgrundsatz ableite.

Subsidiaritäts- und Bedürftigkeitsprüfung bildet. Im «Solothurner-Nothilfefall» (BGE 131 I 166), der nicht ein Beschäftigungsprogramm betraf, wurden die Konturen des Subsidiaritätsprinzips verfeinert: nicht erfasst werde die Mitwirkung am Vollzug der eigenen Wegweisung, da dadurch die Notlage nicht beseitigt werde. Somit fiel der Beschwerdeführer in den Schutzbereich von Art. 12 BV.

Mit einem Urteil vom 11. April 2008 (8C\_156/2007) wurde eine Tätigkeit mit einem Einkommen von CHF 1'650 bei einer 60% Beschäftigung als zumutbar beurteilt (Anlehnung an Art. 16 Abs. 2 AVIG). Das Arbeitsangebot sei nämlich weder menschenunwürdig noch sei der Beschwerdeführer dadurch überfordert, womit auch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und die damit einhergehende Kürzung der Unterstützung als rechtmässig beurteilt wurde.

In BGE 139 I 218 erachtet es das Bundesgericht als zulässig, die Unterstützungsleistungen für die Dauer eines vorgesehenen Einsatzes an einem Testarbeitsplatz einzustellen, da dieser Arbeitsplatz die Möglichkeit verschafft hätte, ein existenzsicherndes Einkommen zu erzielen (CHF 2'600 pro Monat bei einem 100% Pensum; E. 5). Dabei war ausschlaggebend, dass die Erwerbsmöglichkeit dem Beschwerdeführer konkret zur Verfügung gestanden hätte, es ihm also faktisch und rechtlich möglich gewesen wäre, die erforderlichen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein selber zu beschaffen. Ein Konflikt zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und der Kerngehaltgarantie von Art. 12 BV sei dann zu verneinen, wenn die betroffene Person tatsächlich die Möglichkeit hat, eine andere Hilfsquelle in Anspruch zu nehmen und diese Hilfsquelle geeignet ist, die Notlage zu überwinden. Eine Notlage sei nicht gegeben, so lange die betroffene Person eine Arbeit antreten kann und damit ein Erwerbseinkommen erzielen kann (E. 5.3).

Als offensichtlich unbegründet abgewiesen wurde im Urteil 8C\_536/2015 vom 22. Dezember 2015 eine Beschwerde, mit der geltend gemacht wurde, die angeordnete Beschäftigung sei aufgrund der tiefen Entlohnung (CHF 500/Monat) und den Anforderungen an die zeitlichen Verfügbarkeit nicht zumutbar. Zudem verletze die Weisung diese Beschäftigung anzunehmen, sein Recht auf freie Berufswahl, sowie das Zwangsarbeitsverbot und stelle Lohndumping dar (E. 2.2). Dem Beschwerdeführer wurde infolge der Weigerung, diese Beschäftigung anzutreten, die Sozialhilfe um das erzielbare Einkommen von CHF 500 gekürzt.

#### D. (Einige) offene Fragen

Die Evolution der Rechtsprechung zeigt die Verfestigung des Subsidiaritätsprinzips als Anspruchsvoraussetzung der Nothilfe. Dennoch bleiben viele Fragen bezüglich dieser Voraussetzung und diverse Aspekte von Verpflichtungen

zur Teilnahme an sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen ungeklärt.

Auf materieller Ebene ist nicht genügend geklärt, was unter dem Begriff der Zumutbarkeit im Zusammenhang mit der Subsidiarität zu verstehen ist. Dies ist aber von besonderer Relevanz, da davon abhängt, ob der Schutzbereich von Art. 12 BV überhaupt geöffnet wird.<sup>27</sup> Unklar ist in diesem Zusammenhang, welche Anforderungen an die Entlohnung oder andere Beschäftigungsbedingungen in Beschäftigungsprogrammen zu stellen sind. Und, was versteht das Bundesgericht überhaupt unter «Entlohnung»? Diesen Fragen wird nachfolgend sowohl für die Not- und als auch für die Sozialhilfe nachgegangen.

Auch weitere materielle Fragen sind nicht geklärt. Dazu gehören die Fragen, ob Einschränkungen innerhalb des Schutzbereiches von Art. 12 BV aufgrund eines allfälligen Rechtsmissbrauchs möglich sind, ob die Weigerung an einem Programm teilzunehmen überhaupt rechtsmissbräuchlich sein kann, und inwiefern Sanktionen, sei es in Form von Strafandrohungen oder Änderung der Leistungsart, zulässig sind. Dies soll jedoch nachfolgend nicht detailliert beleuchtet werden.

Ungeklärt sind ferner formelle Aspekte der Zumutbarkeitsprüfung. So wurde zwar die gesundheitliche Zumutbarkeit des Programms für den Beschwerdeführer vorliegend geprüft, jedoch blieb die Frage explizit offen, ob im Auftrag der Sozialhilfebehörden erstellte RAD-Berichte, eine höhere Beweiskraft haben als in Verfahren der Invalidenversicherung (E. 6). Im Gegensatz dazu ist in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung geklärt, dass eine externe Begutachtung anzuordnen ist, wenn auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen bestehen (BGE 135 V 465 E. 4.4). Es ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, wieso dies in der Sozialhilfe, wo die Rechtsfolgen mit der Einstellung jeglicher materiellen Unterstützung sehr einschneidend sein können, nicht auch gelten soll. Auf diese Frage wird jedoch – wie auch im Urteil – in den nachfolgenden Ausführungen nicht eingegangen.

#### E. Subsidiarität und Zumutbarkeit; Sanktion und Zumutbarkeit

##### 1. Vorbemerkung

Die Verpflichtung an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, hat einer mehrfachen Zumutbarkeitsprüfung standzuhalten. Betreffend das

<sup>27</sup> WIZENT (FN 18), 235, der darauf hinweist, dass das Subsidiaritätsprinzip in der Sozialhilfe überschätzt werde, soweit etwas hineinterpretiert werde, was nicht ohnehin schon im Bedürftigkeitstatbestand verankert sei.



Grundrecht auf Hilfe in Notlagen ist, wie erwähnt, mit dem Subsidiaritätsgrundsatz ein Zumutbarkeitskriterium eng verknüpft und die Weisung hat die Anforderungen dieser Prüfung zu bestehen. Nur falls die Notlage nicht durch zumutbares Verhalten überwunden werden kann, ist der Schutzbereich von Art. 12 BV betroffen.

In der Sozialhilfe kann eine bedürftige Person mittels Auflagen und Weisungen zu einer Programmteilnahme verpflichtet werden, wobei diese Auflage einer Verhältnis-mässigkeitsprüfung und damit auch einer Zumutbarkeitsprüfung standzuhalten hat. Die Weigerung, an einem auferlegten Programm teilzunehmen, kann sanktioniert werden. Auch diese allfällige Sanktion muss wiederum einer Zumutbarkeitsprüfung standhalten.

## 2. Zumutbarkeit und Entlohnung: bisherige Konzeption

Wie erwähnt, legt das Bundesgericht dem Subsidiaritätsgrundsatz eine Zumutbarkeitsprüfung zugrunde. Dabei lehnt sich das Bundesgericht zur Überprüfung der Zumutbarkeit einer angeordneten Beschäftigung an Art. 16 Abs. 2 AVIG an, sofern nicht das kantonale Sozialhilfegesetz eine besondere Umschreibung des Begriffs enthält.<sup>28</sup> Im Urteil 8C\_156/2007 vom 11. April 2008 liess das Bundesgericht ausdrücklich offen, ob in der Sozialhilfe strengere Zumutbarkeitsvoraussetzungen als in Art. 16 Abs. 2 AVIG gelten sollen (E. 6.4).<sup>29</sup>

Art. 16 Abs. 2 AVIG bezeichnet in lit. a eine Arbeit als nicht zumutbar, die den berufs- und ortsüblichen Bedingungen und insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht. Weiter sieht Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG vor, dass eine Arbeit zu einem

Lohn der geringer als 70 Prozent des versicherten Verdienstes einbringt, nur in Ausnahmefällen zumutbar sei.

In seiner Rechtsprechung zu Beschäftigungsprogrammen in der Sozialhilfe und zumutbarer Arbeit ging das Bundesgericht bis anhin davon aus, dass die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen grundsätzlich zumutbar sei, selbst wenn die Entlohnung nicht den Betrag der Unterstützungsleistung erreiche (siehe insbesondere BGE 130 I 71 E. 5). Weiter wurde festgehalten, dass eine Beschäftigung zumutbar sei, weil die Bedingungen weder menschenunwürdig seien, noch die Anforderungen den Beschwerdeführer überfordern würden (BGer, 8C\_156/2007, 11. April 2008, E. 6.5). Auch eine «Entlohnung», die tiefer als die Unterstützungsleistung liegt, hat das Bundesgericht nicht davon abgehalten hat, das Subsidiaritätsprinzip anzuwenden. Zu Recht wurde in der Folge die kritische Frage aufgeworfen, ob dadurch nicht die Einführung einer «sachfremde Gegenleistungspflicht» sowie eine Disziplinierung via das Subsidiaritätsprinzip erfolgt.<sup>30</sup> Ohne dies explizit so zu benennen, verfolgt das Bundesgericht einen strengeren Ansatz, als es Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG zulassen würde.

## 3. Zumutbarkeit und Entlohnung: neue Konzeption durch BGE 142 I 1?

### a. Nothilfe

Betreffend die Nothilfe bringt das aktuelle Bundesgerichts-urteil nach BGE 139 I 218 eine wichtige Präzisierung: Erfolgt die Entlohnung nicht mindestens im Umfang der Nothilfe, so findet das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung. Die Notlage könnte nämlich auch nicht mit der Teilnahme an einem solchen Programm überwunden werden. Es erfolgt also eine Differenzierung dahingehend, dass die Nothilfe – sei es via Entlohnung für eine Tätigkeit, sei es via Geld- oder Sachleistungen der Gemeinde – zu gewähren ist. Das Bundesgericht scheint sich damit zumindest teilweise davon zu entfernen, dass es eine «gerichtsnotorische Tatsache» sei, dass Integrations- und Beschäftigungsprogramme grundsätzlich als zumutbare Massnahmen zu betrachten seien, die die Lage der unterstützten verbessern (BGE 130 I 71 E. 5.4) und verfolgt die in BGE 139 I 218 E. 5.3 bereits eingeschlagene Richtung weiter, wonach die Arbeitsstelle tatsächlich geeignet sein muss, die Notlage zu überwinden. Somit hat das Gericht hier keine «sachfremde Gegenleistungspflicht» angenommen und den Schutzbereich des Rechts auf Nothilfe nicht (weiter) in Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes limitiert. Auch eine weitere Kernaussage von BGE 130 I 71 (Regeste) wird relativiert, wonach

<sup>28</sup> So im Kanton Bern: Art. 28 Gesetz vom 11. Juni 2011 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG; BSG 860.1) und Art. 8g Verordnung vom 14. Oktober 2001 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, SHV; BSG 860.111), wonach die Teilnahme an von Gemeinden oder vom Kanton mitfinanzierten Qualifizierungs-, Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen «grundsätzlich als zumutbar» gilt, sofern eine Person nicht aus gesundheitlichen Gründen oder wegen Betreuungsaufgaben daran verhindert ist. Hierzu äusserte sich das Bundesgericht in BGE 139 I 218 E. 4.4 insofern unkritisch, als auf die kantonale Definition der Zumutbarkeit abgestellt wurde und nicht etwa – wie vom Beschwerdeführer verlangt – auf Art. 16 Abs. 2 AVIG. Ähnlich: Appenzell Ausserrhoden Art. 20 Abs. 2 Gesetz vom 24. September 2007 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG; bGS 851.1): «Als zumutbare Tätigkeit gilt auch die Teilnahme an Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen.»

<sup>29</sup> WIZENT (FN 18), 245 spricht sich dagegen aus, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Verhältnis zwischen Grundrecht auf Hilfe in Notlagen und Eigenverantwortung, in: Carlo Tschudi (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, 139–158, 149 f. dafür.

<sup>30</sup> Siehe St. Galler-Kommentar-MÜLLER (FN 3), Art. 12 BV N 22; KURT PÄRLI, Verfassungsrechtliche Aspekte neuer Modelle in der Sozialhilfe, AJP 2004, 46, mit weiteren Hinweisen.

eine Arbeit auch dann zumutbar ist, «wenn das dadurch erzielte Einkommen den Betrag der Unterstützungsleistung nicht erreicht». Das Subsidiaritätsprinzip kann künftig nur noch bemüht werden, sofern das Einkommen mindestens der Nothilfe entspricht.

Es steht also fest, dass wer die Teilnahme an einem nicht entlohnten Beschäftigungsprogramm ablehnt, einen Anspruch auf Nothilfe weiterhin hat (jedoch u.U. unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs). Gleichzeitig schreibt das Bundesgericht sozusagen einen «Mindestlohn» für Beschäftigungsprogramme vor: der Umfang der Nothilfe. Da die Nothilfe individuell zu bemessen ist, kann daraus jedoch kein frankenmässiger Betrag abgeleitet werden. Diese Konzeption eines «Mindestlohnes» erinnert an eine Arbeit von GEISER, in welcher er ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn in der Höhe des «fürsorgerechtlichen Existenzminimums» proklamiert.<sup>31</sup> Damit erfolgt aber eine weitere Abkehr von den in Art. 16 Abs. 2 AVIG aufgestellten Kriterien. Ein Lohn, der lediglich der Nothilfe entspricht, wird kaum je einem berufs- und ortsüblichen Lohn i.S.v. Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG entsprechen. Eine Begründung, wieso hier jedoch andere Massstäbe gelten, fehlt bisher genauso wie Ausführungen dazu, welche Massstäbe gelten.

Hingegen kann eine Weigerung, an einem im Umfang der Nothilfe *entlohnten* Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, (weiterhin) mit der Einstellung sämtlicher Leistungen sanktioniert werden. Denn in diesem Fall würde wiederum das Subsidiaritätsprinzip Anwendung finden und der Betroffenen Person der Zugang zum Schutzbereich von Art. 12 BV verwehrt. So bleiben diese Personen schliesslich ohne finanzielle Hilfe, denn in der Sozialhilfe wird die Weigerung, am Programm teilzunehmen, wenn nicht gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip, dann in Form einer Sanktion zu einer Einstellung der Leistung führen. Es kann hier gefragt werden, inwiefern die «zu einem Paradigma hochstilisierte Eigenverantwortung»<sup>32</sup> dazu geeignet ist oder sein soll, dem Menschen die minimalsten Existenzgrundlagen zu entziehen.

In diesem Zusammenhang kann die vor über 10 Jahren geäusserte Kritik an der Konzeption des Subsidiaritätsprinzips als Anspruchsvoraussetzung heute erneut geäussert werden: Eine Unterscheidung zwischen einer Notlage bzw. der Bedürftigkeit, die selbstverschuldet ist (und den Zugang zum Grundrecht nicht ausschliesst), und nicht ausge-

schöpfer zumutbarer Selbsthilfe ist kaum sinnvoll.<sup>33</sup> So ist u.E. die Frage vertieft zu diskutieren, ob kantonale Sozialhilfegesetze – wie hier das zürcherische –, die die Möglichkeit der vollständigen Leistungsverweigerung vorsehen, tatsächlich mit Art. 12 BV vereinbar sind.<sup>34</sup>

Unklar bleibt, was genau das Bundesgericht unter Entlohnung versteht. Ist damit ein «Lohn» im Sinne von Art. 5 AHVG (Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10) zu verstehen? Ist dieser Lohn aufgrund eines (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnisses direkt der Sozialhilfeempfängerin auszurichten? Oder ist das bundesgerichtliche Kriterium bereits erfüllt, sofern den Sozialhilfeempfängern für ihre erbrachte Gegenleistung eine Integrationszulage oder ein Einkommensfreibetrag gewährt wird (im Sinne der Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe [SKOS], 4. Ausgabe 12/15 Ziffer C.2)? Oder müsste durch die abgelehnte Beschäftigung die Ablösung von der Sozialhilfe möglich werden? In Bezug auf die letzte Frage, könnte argumentiert werden, dass erst dadurch die Person in die Lage versetzt wird, für sich selbst zu sorgen, wie es das Subsidiaritätsprinzip gemäss Art. 12 BV verlangt.

Wie zuletzt die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu den Genfer «Emplois de Solidarité» gezeigt hat, sind für die Unterscheidung zwischen einer «normalen» Anstellung und einer Anstellung im Rahmen einer arbeitsmarktlichen Massnahme der Arbeitslosenversicherung diverse Indizien relevant. Dazu gehören die Art des Abschlusses des Vertrages, die vertraglichen Leistungen sowie die Dauer und das Ziel der Anstellung (BVGer, 21.12.2015, B-266/2014, E. 3.4.2.2). Das Ergebnis dieser Wertung («normale» Anstellung oder arbeitsmarktliche Massnahme) entscheidet dann auch über die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen einer Anstellung und insbesondere darüber, ob bei Verlust der Stelle Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung besteht. Diese und weitere Kriterien könnten auch im Bereich eines sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammes dazu dienen, Klarheit über einige offene Fragen zu schaffen.

#### b. Sozialhilfe

Was sich aus BGE 142 I 1 nicht ergibt, ist, dass nicht entlohnte Beschäftigungsprogramme von nun an «verboten»

<sup>31</sup> THOMAS GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 809–929, 827.

<sup>32</sup> WIZENT (FN 18), 89, mit Verweis auf Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, WVwZ 1995, 426 ff.

<sup>33</sup> PÄRLI (FN 30), AJP 2004, 52 mit Verweis auf MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001.

<sup>34</sup> So bereits CARLO TSCHUDI, Die Auswirkungen des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen auf sozialhilferechtliche Sanktionen, in: Carlo Tschudi (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, 117–135, 134.



wären. Denn in der Sozialhilfe hat die verweigerte Teilnahme an einem nicht entlohnten Programm durchaus Folgen. In der Sozialhilfe setzen die Folgen einer verweigten Programmteilnahme systematisch nicht beim Subsidiaritätsgedanken an, sondern sind als eine Sanktion – welche jedoch ebenfalls zumutbar zu sein hat – für die Verletzung von Auflagen und Weisungen zu verstehen.

Dabei fällt auf, dass das Bundesgericht im aktuellen Urteil nicht überprüft, ob die Auflage, am nicht bezahlten Programm teilzunehmen, überhaupt in einem sachlichen Zusammenhang zur Zielsetzung der Sozialhilfe – nämlich die Bedürftigkeit zu überwinden – steht (vgl. aber etwa noch BGE 139 I 218). Mit anderen Worten wird nicht geprüft, ob die Weisung einem öffentlichen Interesse dient und verhältnismässig ist. Insbesondere wenn eine Person wiederholt zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm verpflichtet wird, stellt sich die Frage, ob das Programm überhaupt dazu geeignet ist, einen Beitrag zu Integration in den ersten Arbeitsmarkt zu leisten.

Des Weiteren ist – nebst der hier mit § 24 und 24a SHG/ZH vorhandenen gesetzlichen Grundlage – auch die Zumutbarkeit zu prüfen, und dies in doppelter Hinsicht: einerseits mit Blick auf die Frage, ob die Arbeit zumutbar i.S. der Gesetzesbestimmung ist, und andererseits als Teilgehalt der Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Art. 36 Abs. 3 BV.

Dazu sind nach hier vertretener Ansicht die Vorbildung der Bedürftigen, die Aufgaben die im Programm erfüllt werden müssen sowie die Ausrichtung und Ausgestaltung des Programms mit zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hat im jüngsten Urteil keinen dieser Punkte erwähnt – wohl auch, weil offenbar nur die gesundheitliche Unzumutbarkeit gerügt wurde. Jedoch ging das Bundesgericht auch in vergangenen Urteilen, wo entsprechende Rügen vorgebracht wurden, nicht darauf ein (vgl. III.C.). Es bleibt also offen, ob mit dem Programm die Chancen auf berufliche Reintegration gesteigert worden wären und ein öffentliches Interesse mit einer verhältnismässigen Massnahme verfolgt worden ist.

Hier ist dann auch die bereits angesprochene Kritik (vgl. oben III.E.2.) nicht fehl, dass es sich bei dieser Auflage u.U. um eine sachfremde Gegenleistungspflicht handelt, die lediglich der Disziplinierung der Unterstützten gilt, aber kaum etwas zur Überwindung der Bedürftigkeit beiträgt. Auch WIZENT geht bei einer Verpflichtung zur Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen, die nicht entlohnt werden, von einer «sachfremden Bevormundung» aus.<sup>35</sup> Einen Grund für die Zulässigkeit solcher Beschäftigungsprogram-

me mit gemeinnützigen Tätigkeiten sieht er immerhin im Solidarbeitrag gegenüber dem Gemeinwesen.

Es scheint weiter, als habe das Bundesgericht in E. 7.3, wo es sich mit der Zulässigkeit der Verweigerung der Sozialhilfe auseinandersetzt, ausser Acht gelassen, dass die Beschäftigung nicht entlohnt war. Die Unterscheidung «entlohnt/nicht entlohnt» drängt sich jedoch auch hier auf: zum einen aus dem bereits erwähnten Grund, dass vor allem die Teilnahme am nicht entlohnten Programm mit der Überwindung der Bedürftigkeit nicht zwingend in einem Zusammenhang steht und es somit der Massnahme bereits am öffentlichen Interesse – welches jegliches staatliches Handeln zu leiten hat – fehlt. Zum andern ist auch das kantonale Sozialhilfegesetz zu berücksichtigen. Gemäss § 24 Abs. 1 lit. a SHG/ZH können die Sozialhilfeleistungen u.a. angemessen gekürzt werden, falls eine zumutbare Arbeit nicht angenommen wird (Ziff. 4) oder die Teilnahme an einem Bildungs- oder Beschäftigungsprogramm verweigert wird (Ziff. 6). Aufgrund dieser Differenzierung muss «Arbeit» als eine entlohnte Tätigkeit verstanden werden, während im Kontrast dazu das Beschäftigungsprogramm eine nicht entlohnte Tätigkeit in einem Programm meint. § 24a SHG/ZH, der die vollständige Einstellung der Unterstützungsleistungen ermöglicht, knüpft hingegen in lit. a an die Verweigerung von zumutbarer Arbeit oder an die Verweigerung, ein Ersatzeinkommen geltend zu machen, an. Diese Formulierung und die Systematik sprechen für eine Auslegung dahingehend, dass in § 24a SHG/ZH lediglich Arbeit erfasst wird, die es ermöglicht ein Einkommen zu erzielen, nicht jedoch die Verweigerung der Teilnahme an einem nicht entlohnten Beschäftigungsprogramm. Auch im Sinne des Obligationenrechts (SR 220) ist unter Arbeit gemäss Art. 319 OR stets eine entlohnte Tätigkeit zu verstehen.<sup>36</sup> Diese Interpretation des kantonalen Sozialhilfegesetzes – welche im Übrigen auch mit dem Sozialhilfe-Behördenhandbuch des Kantons Zürich übereinstimmt<sup>37</sup> – führt zum Schluss, dass die Sozialhilfe nicht verweigert werden darf, wenn am nicht entlohnten Programm nicht teilgenommen wird. Eine gesetzliche Grundlage für die vollständige Einstellung

<sup>35</sup> WIZENT (FN 18), 249.

<sup>36</sup> Siehe z.B. auch CHRISTOPH SENTI, Gratisarbeit und Soziallohn: Die Folgen eines «falschen» Lohnes, AJP 2016, 67, der darauf hinweist, dass auch bei einem noch so kleinen Lohn grundsätzlich ein Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR entsteht, sofern es jedoch an der Entgeltlichkeit fehlt, es sich vorbehaltlich einer ausdrücklichen Abrede nicht um einen Arbeitsvertrag handelt (65 f.).

<sup>37</sup> Sozialhilfe-Behördenhandbuch des Kantons Zürich, Zürich 2012, Kapitel 14.3.01, Internet: <http://www.sozialhilfe.zh.ch/Handbuch/14.3.01.%20Leistungseinstellung%20als%20Sanktion.aspx> (Abruf 23.9.2016). Hier wird ausgeführt, dass das mit § 24a SHG/ZH sanktionierte Fehlverhalten darin besteht, dass sich der Sozialhilfebezügler beharrlich weigert, jegliche Selbsthilfe wahrzunehmen und er dadurch verhindert, mögliche Einnahmen zu erzielen.

fehlt. Demnach erweist sich das bundesgerichtliche Urteil, wonach das kantonale Gericht das Legalitätsprinzip nicht verletzt habe, als falsch und es hätte in der Tat lediglich eine Kürzung der Sozialhilfe und kein Wechsel in die Nothilfe erfolgen dürfen. Letzteres unter der Bedingung, dass eine gewissenhafte Prüfung der Voraussetzungen gemäss dem kantonalen Gesetz ergeben hätte, dass diese Auflage gerechtfertigt ist.

Die «Gebrauchsanweisung» des Bundesgerichts an die Gemeinde, sie solle einen Lohn in der Höhe der Nothilfe anbieten, womit es dann wiederum offensteht, die ganzen Leistungen (inkl. der Nothilfe) zu streichen, zeigt wiederum das Spannungsverhältnis zwischen dem (grundsätzlich) nicht einschränkbareren Recht auf Nothilfe und der Befolgung von Weisungen und Auflagen in der Sozialhilfe.

#### IV. Fazit und Ausblick

Zusammengefasst ergibt sich also folgendes Bild: Wird die Teilnahme an einem nicht entlohnten Beschäftigungsprogramm abgelehnt, kann die Sozialhilfe gestrichen werden und es ist lediglich Nothilfe zu entrichten. Wird die Teilnahme an einem entlohnten Beschäftigungsprogramm abgelehnt und erreicht die Entlohnung mindestens den Umfang der Nothilfe, können jegliche Unterstützungsleistungen eingestellt werden. Dabei prüft das Bundesgericht nicht, ob das Beschäftigungsprogramm auch mit der Zielsetzung der Sozialhilfe übereinstimmt und individuell zumutbar ist. Vielmehr scheint das Bundesgericht weiterhin der Überzeugung zu folgen, dass Beschäftigungsprogramme die persönliche Situation der SozialhilfeempfängerInnen grundsätzlich verbessern – und eine Weigerung daran teilzunehmen wird ungeachtet der konkreten Umstände des Programms als «renitentes Verhalten» ausgelegt, welches weiterer Sanktionsmöglichkeiten bedarf.

Aufgrund der unausgesprochenen, aber dennoch erkennbaren, Abkehr von Art. 16 Abs. 2 AVIG, die insofern erfolgte, als dass keine Subsumtion der Beschäftigungsbedingungen unter die Voraussetzungen des AVIG erfolgt, fehlen der Zumutbarkeitsprüfung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung heute klare Leitplanken.

Die Tatsache, dass fortan zur vollständigen Durchsetzung der gewünschten Disziplinierung ein «Mindestlohn» zu entrichten ist, wirft weitere Fragen auf: Welche Qualität hat die geforderte Entlohnung aufzuweisen? Grundsätzlich muss man sich in Erinnerung rufen, dass eine Person, die in einem Unterordnungsverhältnis Arbeit verrichtet und dafür eine finanzielle oder andere materielle Gegenleistung bezieht, einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR geschlossen hat. Somit müsste den Beschäftigten hier auch der Zugang zu allfälligen geltenden GAV offenstehen und es

stellt sich auch die Frage, wieso hier nicht branchen- und ortsübliche Löhne, die regelmässig über dem Anspruch auf Nothilfe liegen würden, zu bezahlen sind.<sup>38</sup> Weiter wäre zu klären, welche Voraussetzungen an Arbeits- und Ruhezeit zu stellen sind.

Oder beobachten wir hier die Schaffung eines parallelen Arbeitsrechts für den dritten Arbeitsmarkt? Falls dies zutrifft, ist zu prüfen, welche Vorgaben dabei beachtet werden müssen.

Eine ernsthafte Zumutbarkeitsprüfung bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips resp. bei der Beurteilung von Auflagen und Weisungen könnte zur Differenzierung beitragen. In diesem Sinne wären Anstellungsbedingungen in Beschäftigungsprogrammen gesamthaft zu prüfen.<sup>39</sup> Allfällige Abweichungen von zwingenden OR-Bestimmungen, von Gesamtarbeitsverträgen oder von Arbeitsschutzbestimmungen gemäss Arbeitsgesetz (SR 822.11) wären auch im Hinblick darauf zu prüfen, inwiefern solche Arbeitsbedingungen mit grund- und menschenrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sind. Zu denken ist etwa an das Recht auf freie Berufswahl als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit, das Verbot von Zwangs- und Pflichtarbeit oder auch das Recht auf persönliche Freiheit. Dies hätte nicht nur in der Nothilfe sondern auch im Bereich der Sozialhilfe zu gelten.

<sup>38</sup> Dies verneinte das Verwaltungsgericht in VB.2011.00097, 20.4.2011. Zudem sehen gewisse GAV die Möglichkeit vor bei «Wiedereingliederungsmassnahmen» von den Mindestlöhnen abzuweichen, so z.B. Art. 16 Abs. 2 und Abs. 3 GAV Schreinergerber oder Art. 10 Abs. 2 L-GAV für das Gastgewerbe.

<sup>39</sup> Solche Fragen und weitere Fragen, die sich mit der (arbeits- und grund-)rechtlichen Erfassung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen befassen, sind Thema eines im Juli 2016 angelaufenen und durch den Schweizerischen Nationalfonds finanzierten Forschungsprojekts an der Universität Basel. Die Co-Autorin schreibt ihre Dissertation in diesem Projekt, der Co-Autor leitet es. Siehe auch Internet: <http://p3.snf.ch/Project-162491> (Abruf 20.9.2016).