

JÖRG PAUL MÜLLER
Dr.iur. Prof. em. für Staats- und Völkerrecht an der UNIVERSITÄT BERN
KAPPELENRING 42A CH-3032 HINTERKAPPELEN
jpmueller@bluewin.ch

7. März 2005

Gutachten

betreffend

Beschluss der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 13. Januar 2005
(Teilrevision Asylgesetz)

Über

Einschränkungen der Nothilfe

im Auftrag der
Schweizerischen Flüchtlingshilfe

Im Text wird auf den Stand der Gesetzesrevision am 7. März 2005 Bezug genommen, **Vorlage 02.060 n Asylgesetz Teilrevision** Ständerat Frühjahrs-session 2005 (mit dem Text des geltenden Rechts, Entwurf BR vom 4.9.2002, Beschluss NR vom 5. Mai 2004, neuen Anträgen des BR vom 25. Aug. 2004 und Anträgen der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 3. Febr. 2005)

Inhaltsübersicht

I.	Gutachtensfrage.....	3
II.	Abgrenzung des Begriffs der Nothilfe von Fürsorge und Sozialhilfe..	3
III.	Auslegung von Art. 12 BV nach anerkannten Methoden juristischer Interpretation.....	4
	1. Text der BV.....	4
	2. Systematik der Bundesverfassung	4
	3. Systematische Auslegung mit Blick auf die gesamte Rechtsordnung	5
	4. Auslegung nach der Praxis des Bundesgerichts	6
	5. Zusammenfassung zur Auslegung des Art. 12 BV.....	8
IV.	Weitere verfassungsrechtliche Mängel des vorgesehenen Art. 83	9
V.	Taugt der Vorgesehene Art. 83 als gesetzliche Grundlage für die Einschränkung eines Grundrechts ?	10
VI.	Zur Bindung des Parlaments an die Grundrechte trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit:.....	13
VII	Zur Frage, ob Art. 12 BV im Hinblick auf die asylpolitischen Tagesbedürfnisse im Wege der Verfassungsrevision geändert werden könne	13
VIII	Zur Bedeutung von Art. 25 BV für die Frage der Ausschaffung	15
IX.	Ratio legis von Art. 12 BV und Gefahr einer Zweckentfremdung der Garantie durch den Bundesgesetzgeber	16
X.	Unzulässigkeit plakativer (bloss abschreckender) Gesetzgebung...	17
	Zusammenfassung:	18
	Gebotene weitere Abklärungen	19
	Weitere Hinweise:	20

I. Gutachtensfrage.

Die staatspolitische Kommission des Ständerates stellt mit Beschluss vom 13. Januar 2005 den Antrag, Art. 83 Asylgesetz in dem Sinn neu zu fassen, dass sowohl Fürsorgeleistungen als auch die Nothilfe ganz oder teilweise abgelehnt, gekürzt oder entzogen werden dürfen, wenn eine betroffene Person u.a.

- a) nach rechtskräftig verfügter Wegweisung nicht ausreist, obwohl der Vollzug der Wegweisung zulässig, zumutbar und möglich ist
- b) die Mitwirkungspflichten nach Art. 8 des Gesetzes verletzt

Die Gutachtensfrage lautet, ob die in Art.83 vorgesehene Massnahme, so wie von der SPK-SR formuliert, einen verfassungsrechtlich zulässigen Eingriff in das Nothilferecht darstellt.

II. Abgrenzung des Begriffs der Nothilfe von Fürsorge und Sozialhilfe

Die im Antrag SPK-SR angesprochene Nothilfe ist zu unterscheiden von Fürsorgeleistungen oder auch Sozialhilfeleistungen. Die entsprechenden Begriffe werden im Gesetzesentwurf Fassung Bundesrat ausdrücklich angesprochen (siehe Bemerkung vor Art.6a).

Aus den heute vorliegenden Revisionsvorschlägen und ihren Begründungen ergibt sich, dass Nothilfe im Sinne des Art. 83 ausschliesslich die in Art. 12 der Bundesverfassung von 1999 garantierte Nothilfe bezeichnet. Damit befasst sich das vorliegende Gutachten.

Während sich der Bundesrat in Art. 83 seines Revisionsentwurfs ausschliesslich auf "Einschränkungen von Fürsorgeleistungen" beschränkte, hat die SPK-SR bereits im Randtitel und sodann auch im Gesetzestext die Beschränkung erweitert und formuliert: "Einschränkungen der Fürsorgeleistungen **und der Nothilfe**".

III. Auslegung von Art. 12 BV nach anerkannten Methoden juristischer Interpretation

Für die Beantwortung der Gutachtensfrage sind der Text (1) und die Systematik (2) der BV 1999, die anerkannten Auslegungsregeln (3) und damit auch die Praxis des Bundesgerichts (4) massgebend.

1. Text der BV

Art. 12: "Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind."

Die entscheidenden Bestandteile der Garantie sind:

Tatbestand:

- eine natürliche Person auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz
- In einer Notlage
- ohne Möglichkeit der Selbsthilfe

Rechtsfolge: ein verfassungsmässiger Anspruch (Grundrecht)

- auf Hilfe
- auf Betreuung
- auf die Mittel für ein menschenwürdiges Leben

Zu beachten ist, dass die verschiedenen Formen der garantierten Leistungen im Text kumulativ genannt sind: Hilfe u n d Betreuung u n d finanzielle Mittel.

2. Systematik der Bundesverfassung

Sowohl die systematische Stellung des Art. 12 in der Reihe der persönlichkeitsnahen Grundrechte als auch das Adjektiv "menschenwürdig" in Art. 12 verweisen auf den direkten Zusammenhang der Nothilfegarantie mit der Menschenwürde in Art. 7, die eine Grundlage aller Grundrechtsgarantien der Verfassung darstellt. Als Garantie menschenwürdiger Daseinsbedingungen gehört Art. 12 zum Kerngehalt der Verfassung. Er darf nach Art. 36 Abs. 4 durch keine Behörde beschränkt werden, er ist als solcher sowohl für den kantonalen als auch den

eidgenössischen Gesetzgeber verbindlich. Soweit der Kerngehalt betroffen ist, darf ein Grundrecht durch keine Güterabwägung relativiert werden.¹

3. Systematische Auslegung mit Blick auf die gesamte Rechtsordnung

Systematische Auslegung bedeutet nicht nur, dass die Systematik der Verfassung berücksichtigt werden muss, sondern gefordert ist auch, die Rechtsordnung als Ganzes so weit wie möglich als widerspruchsfreie Regelung zur Geltung zu bringen. In diesem Sinn kann auch eine Norm des Strafrechts aufschlussreich für die Konkretisierung einer Verfassungsbestimmung sein, jedenfalls dann, wenn es sich um eine grundsätzliche Norm handelt. Art. 128 StGB verpflichtet unter der Androhung auch von Freiheitsstrafe zur "Nothilfe", wenn ein Mensch in unmittelbarer Lebensgefahr ist und Hilfe zumutbar erscheint. Und auch Dritte, die den zur Hilfeleistung Fähigen hindern, Nothilfe zu leisten, fallen unter die Strafnorm. Um diese Norm wurde lange Zeit gerungen, sie ist neueren Datums (in Kraft seit 1.1.1990) und der Gesetzgeber wollte mit ihr zum Ausdruck bringen, dass unser im Grossen und Ganzen eher liberales Strafrecht doch auch Solidarität verlange und nicht blossen Individualismus fördere. Es ist keine Frage, dass sich auch einzelne Verantwortliche von Bund, Kanton und Gemeinde strafbar machen würden, wenn sie durch Vorenthalten von Unterkunft, Essen, ärztlicher Betreuung oder Nichtgewähren anderer existentiell wichtiger Hilfe und Betreuung einen Menschen direkt in Lebensgefahr bringen². Gewiss schwebt der

¹ So auch das Bundesgericht, wie in der nachfolgenden Ziffer 4 oben im Text ausgeführt wird.

Rechtsvergleichend ist interessant festzustellen, dass auch im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

- die Garantie eines Existenzminimums unmittelbar als Folge der Gewährleistung der Menschenwürde in Art. 1 verstanden wird, die ihrerseits jeder Verfassungsänderung entzogen ist. Zu diesem Existenzminimum gehören Nahrung und Obdach und weitere elementare Sozialhilfe, nicht dagegen das Recht auf Arbeitsplatzverschaffung. S. die Zusammenstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Ralph Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band I (1996) Rz. 94 zu Art. 1 I
- Die Rechte, die ein Ausländer ohne Status von Verfassungs wegen geltend machen kann, sich nicht ausschliesslich aus den Normen des Asylrechts ergeben, und dass auch die Revision von Art. 16a im Jahre 1993 nicht ausschliesst, dass sich ein schutzsuchender Ausländer direkt auf Art. 1 GG beruft, trotz der Ausschlussgründe betreffend Asylberechtigung in Art. 16a II. Mit andern Worten: Die restriktive Änderung des Grundgesetzes hat den Rekurs auf die Menschenwürde als Grundlage elementarer Fürsorgerechte nicht geschmälert. S. dazu Lübke-Wolff (Richterin am Bundesverfassungsgericht), in: Ralph Dreier a.a.O. RZ. 74 zu Art. 16a GG.

² In den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung, der gewahrt werden muss, gehört auch Art. 21 des Zuständigkeitsgesetzes in der Fassung vom 14. Dez.1990, in Kraft seit 1. Juli 1992. Danach besteht die Pflicht des Aufenthaltskantons, einen Ausländer – auch wenn dieser keinen Wohnort in der Schweiz hat, zu unterstützen, wenn er sofortiger Hil-

um Nothilfe Ersuchende in der Regel noch nicht in unmittelbarer Lebensgefahr. Es ist aber ebenso offensichtlich, dass dieser Zustand früher oder später eintritt, wenn man eine Person über längere Zeit ohne Nahrung, Kleidung und Obdach oder medizinische Hilfe lässt. Wie lange darf man jemanden hungern, frieren oder krank sein lassen, bis eine unmittelbare Lebensgefahr zu bejahen ist?

Der Chef des EJPD, Bundesrat Blocher, hat kürzlich in der international weitest verbreiteten Tageszeitung der Schweiz, der NZZ, erklärt: "Wir lassen niemanden verhungern", und er hat gleichzeitig bekräftigt, die Garantie des Art. 12 nicht in Frage stellen zu wollen.³ Es gilt mit solchen Worten ernst zu machen, nicht nur im Schaufenster eines Politikerinterviews, sondern im Einsatz für die Gesetzgebung. Auch Nothilfe darf heute – so wenig wie Fürsorge oder andere Formen der sozialen Sicherung des Staates – einfach nach paternalistischem Gutdünken gewährt werden, sondern auch Leistungen des Sozialstaates sind nach Grundsätzen des Rechts und damit der Allgemeinverbindlichkeit auszurichten. So will es der Rechtsstaat.⁴

4. Auslegung nach der Praxis des Bundesgerichts

In der Rechtswissenschaft wurde bereits auf dem Juristentag von 1973⁵ ein Grundrecht auf Nothilfe für das schweizerische Recht konstatiert. Diese Annahme hat sich weiter verdichtet und schliesslich förmlich in Rechtsprechung und Verfassungsgebung Ausdruck gefunden.

Das Bundesgericht hat eine reiche und bereits vieljährige Praxis zur Nothilfe entwickelt. Als ein Meilenstein steht der Entscheid vom 27. Oktober 1995, in dem das Bundesgericht die Existenzsicherung als ein ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung anerkannte⁶. Diese Praxis wurde durch den Verfassungsgeber im Jahre 1999 in Art.12 kodifiziert. Das Bundesgericht hat seine Praxis, die es zum ungeschriebenen Grundrecht entwickelte, in der Auslegung des Art.12 BV fortgesetzt und zuletzt im Entscheid BGE 130 I 71 zusammengefasst. Es hat dabei sinngemäss ausgeführt:

fe bedarf. Der Aufenthaltskanton sorgt für die Rückkehr des Bedürftigen in seinen Wohnsitz- oder Heimatstaat, wenn nicht ein Arzt von der Reise abrät.

³ NZZ vom 18. November 2004. BR Blocher antwortet auf die Frage "Sie wollen die Nothilfe unattraktiv gestalten. Stellen Sie dieses Recht denn an sich in Frage?" wie folgt: "Nein, wir lassen niemand verhungern."

⁴ Zur Verbindlichkeit des Legalitätsprinzips auch im Bereich staatlicher Leistungen vgl. statt vieler: Jörg Paul Müller, Einleitung zu den Grundrechten, in: Aubert / Eichenberger / Müller / Rhinow / Schindler, Kommentar zur BV von 1974, Stand 1987 Rz. 76. Der Grundsatz ist heute in Lehre und Praxis völlig unbestritten.

⁵ ZSR 1973 II 698; dazu jetzt auch Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit d'asile – aspects constitutionnels, AJP/PJA 11/2004 p. 1350. Zu den entschiedenen Befürwortern eines ungeschriebenen Grundrechts auf Nothilfe gehört der frühere Bundesgerichtspräsident und Staatsrechtler André Grisel (Lausanne)

⁶ BGE 121 I 367

Das Grundrecht garantiert jedem Menschen, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag. Es geht nicht um ein Mindesteinkommen, sondern um eine Hilfe zum Überleben. Diese Beschränkung auf das Notwendigste bedeute, dass Schutzbereich und Kerngehalt des Grundrechts zusammenfallen: Die Garantie ist im Sinne des klaren Wortlauts von Art. 36 Abs. 4 unantastbar, d.h. der Anspruch jedes Menschen auf Schweizer Territorium kann von keiner staatlichen Behörde, auch nicht vom Gesetzgeber eingeschränkt werden, selbst dann nicht, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse dafür sprechen würde.

Im konkreten Fall BGE 130 I 71 fand das Bundesgericht, dass sich die Frage der Einschränkbarkeit des Anspruchs auf Nothilfe gar nicht stelle, da keine Notlage gegeben sei, denn die betroffene Person könne sich durch Leistung der ihr angebotenen zumutbaren Arbeit ganz oder jedenfalls teilweise selber helfen.

Zur Zeit ist ein Verfahren mit Bezug auf die Verweigerung der Nothilfe im Kanton Solothurn hängig. In verschiedenen vorsorglichen (superprovisorischen) Verfügungen hat das Bundesgericht in den letzten Wochen und Monaten die Solothurner Behörden angewiesen, die Nothilfe trotz des entgegenstehenden Urteils des kantonalen Verwaltungsgerichts weiterhin auszurichten. Zur Begründung hat der verfügende Bundesrichter ausgeführt:

"Zwar befindet sich der Beschwerdeführer illegal in der Schweiz, und es besteht ein nicht zu unterschätzendes öffentliches Interesse daran, die staatlichen Ausgaben beschränken und Missbäuchen im Asylbereich entgegentreten zu können, doch steht mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen ein fundamentales Grundrecht zur Diskussion, bei dem sich der Anwendungs- und Kernbereich weitgehend decken. ... Das Interesse des Beschwerdeführers an einer vorläufigen Sicherung seiner Existenz überwiegt das finanzielle Anliegen des Kantons, keine Nothilfeleistungen mehr erbringen zu müssen; ebenso hat – zumindest vorübergehend – das öffentliche Interesse, durch den Entzug der minimalen Nothilfe den Beschwerdeführer zur Mitarbeit bei der Papierbeschaffung zu bewegen, bis zur

Klärung der umstrittenen verfassungsrechtlichen Fragen hinter dessen Daseinssicherung zurückzutreten."⁷

5. Zusammenfassung zur Auslegung des Art. 12 BV

a) Es ist nach der Entstehungsgeschichte und der Systematik der BV von 1999 unzweifelhaft, dass Art. 12 mit der Garantie von "Hilfe und Betreuung und (der) Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind", eine Folgerung aus der Menschenwürde des Art. 7 für einen Menschen in "psychischer, physischer oder ökonomischer Notlage", aus der er sich nicht mehr selber befreien kann, darstellt. Art. 12 ist darum im Lichte des übergreifenden Grundsatzes der Würde jedes Menschen auszulegen und anzuwenden.

b) Die elementaren Grundrechte im Bereich der Menschenwürde und des Persönlichkeitsschutzes finden auf alle menschlichen Wesen Anwendung. Sie setzen keine nationale Zugehörigkeit, sondern nur die räumlich-territoriale Anwesenheit (oder eine andere Unterstellung unter schweizerische Hoheit) voraus, sie sind unverzichtbar und im Kern nicht relativierbar. Darin sind sich Lehre und Praxis des Verfassungsrechts in der Schweiz einig.

c) Mit der hier relevanten Norm von Art. 7 BV hat der Verfassungsgeber von 1999 ganz bewusst nicht nur – wie etwa das deutsche Grundgesetz in Art. 1 Satz 1 – die Menschenwürde als unantastbar bezeichnet, sondern allen (insbesondere dem Staat, s. Art. 35) die Pflicht auferlegt, die Würde jedes menschlichen Wesens zu achten UND zu schützen. Der Gutachter war selber an der Formulierung dieses Satzes in verschiedenen vorbereitenden Kommissionen des Bundes aktiv und bewusst beteiligt. Die Schweiz bzw. alle für sie handelnden Hoheitsträger haben somit nicht nur jedem Menschen Respekt zu erweisen (seiner Würde zu achten), sondern, wo dieser des Schutzes bedarf, ihm die gebotene Hilfe zu gewähren (Schutzpflicht). In dieser Garantie des Eigenwerts jedes menschlichen Wesens hat die in der Präambel im Namen Gottes angerufene Gewissheit, "dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen" ihre erste Konkretisierung im verbindlichen und justiziablen Verfassungswortlaut der BV gefunden. Wer diese Grundlage angreift, stellt die geltende verfassungsmässige Ordnung der Eidgenossenschaft in Frage.

⁷ Verfügung des Präsidenten der 2. öffentlichrechtlichen Kammer des Bundesgerichts vom 28. Dez. 2005, Ziffer 2.2.1

In solchen elementaren Verfassungsgrundlagen hat die schweizerische Eidgenossenschaft ihren Bund von 1291 im Jahre 1999 erneuert und ihre Existenz nach Innen und nach Aussen gerechtfertigt. Es ist keine Frage, dass auch der Gesetzgeber an diese Verfassung sehr strikt gebunden ist.

d) Die Geltung der BV umfasst das ganze Territorium der Schweiz und alle Menschen, die sich darauf befinden, gleichgültig, welches ihr Status, ihr Herkommen, die Länge ihres Aufenthalts oder ihre Geschichte oder Absicht und Gesinnung seien⁸. Die elementaren Grundrechte im Bereich der Menschenwürde und des Persönlichkeitsschutzes und damit auch die Garantie von Hilfe, Betreuung und finanziellen Mitteln zur Bestreitung der Existenz finden auf alle menschlichen Wesen Anwendung. Sie setzen keine nationale Zugehörigkeit voraus, sie sind unverzichtbar und im Kern nicht relativierbar. Darin sind sich Lehre und Praxis des Verfassungsrechts in der Schweiz einig.⁹

IV. Weitere verfassungsrechtliche Mängel des vorgesehenen Art. 83

Der Bund ist zuständig zur Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl (Art. 121 BV).

Hingegen ist der Bund nicht zuständig für die Regelung der Unterstützung Bedürftiger im allgemeinen. Dies liegt in der Hoheit der Kantone.¹⁰

Die Kantone sind nun aber zweifellos an die bundesverfassungsrechtliche Regelung des Art. 12 BV auch in diesem Bereich ihrer autonomen Gesetzgebung gebunden. Das bedeutet, dass das **Bundesgericht** im Rahmen seiner Verfassungsgerichtsbarkeit die Einhaltung des Grundrechts überwacht. Eine Kompetenz des **Gesetzgebers** wird nicht begründet.

Ich komme also zum Ergebnis, dass Art. 83 (Antrag SPR-SR) auch insofern verfassungswidrig ist, als er die Kompetenzordnung der Bundesverfassung verletzt.

⁸ Die besonders völkerrechtlichen Fragen der Immunitäten fremder Diplomaten und Staatsrepräsentanten brauchen hier nicht untersucht zu werden, so wenig wie der extraterritoriale Status etwa der Botschaften.

⁹ S. statt vieler: Malinverni/Hottelier, a.a.O. S. 1351

¹⁰ Der Bund kann nach Art.115 Ausnahmen und Zuständigkeiten im Bereich der wohnörtlichen Armenunterstützung regeln.

V. Taugt der Vorgesehene Art. 83 als gesetzliche Grundlage für die Einschränkung eines Grundrechts?

Die SPK-SR will mit ihrem Antrag den Kantonen eine gesetzliche Grundlage für Einschränkung oder Entzug von Nothilfeleistungen schaffen. Nach der in diesem Gutachten vertretenen Meinung ist das Vorgehen verfassungswidrig, da jedenfalls der vollständige Entzug der Nothilfe den Kerngehalt des Grundrechts verletzt. Dies ist in jedem Fall unzulässig.

Sieht man davon ab, oder würde jemand die Auffassung vertreten, der Kerngehalt sei nicht verletzt, müsste der Gesetzgeber die weiteren Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs gemäss Art. 36 erfüllen. Er hätte insbesondere zu beachten:

- Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Diese muss umso präziser oder bestimmter sein, je stärker eine Massnahme in ein Grundrecht eingreift. Das Vorenthalten lebensnotwendiger Subsistenzmittel ist jedenfalls ein schwerer Grundrechtseingriff, der einer sehr genauen Grundlage im Gesetz bedürfte. Die blosse "kann"-Vorschrift des vorgesehenen Artikels erfüllt die Voraussetzungen der Bestimmtheit nicht. Dadurch ist die Rechtsgleichheit in der Anwendung in Frage gestellt und der Willkür ein Tor geöffnet. Genau dies wollte der Verfassungsgeber in Art. 36 Abs.1 verhindern.
- Dem vorgesehenen Artikel 83 fehlt es auch darum an der für eine schwere Grundrechtsbeschränkung nötigen Bestimmtheit, weil der gesetzliche Tatbestand "Verletzung einer Mitwirkungspflicht nach Art. 8" zu unpräzise erscheint. Die Liste der Mitwirkungspflichten ist im Laufe des Revisionsverfahrens immer länger geworden, und hat dadurch auch das Risiko eines Gesuchstellers erhöht, durch allzu kooperatives Vorgehen sich selbst zu gefährden. Es sei der Ausdruck "biometrische Angaben"¹¹ herausgegriffen, bei deren Erhebung Mitwirkung verlangt wird. Wo liegen Inhalt und Grenzen solcher Mitwirkung? Auch Angaben über Erbanlagen und Krankheiten können biometrisch erfasst werden. Mit dem Festhalten Daten besteht eine hohe Gefahr der Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der erblichen (genetischen) Belastung, von Krankheit und Krank-

¹¹ Unter Biometrie wird die gesamte Erfassung und Verarbeitung von Mess- und Zählwerten in allen Bereichen der Medizin und Biologie verstanden. Brockhaus, Die Enzyklopädie, 20. Aufl. 1996 Band 3 unter "Biometrie"

heitsanfälligkeit. Bedenken ergeben sich deshalb gegenüber dem vom NR eingeführten Art. 8e , 22, 97 Abs.3 und 98 b.

- Eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung von Grundrechten hält nur Stand, wenn sie in verhältnismässiger Weise einem öffentlichen Interesse zum Durchbruch verhilft. Nicht verhältnismässig ist ein Grundrechtseingriff, wenn er nicht zumutbar ist, wenn Alternativen offen stünden, die – unter Grundrechtsgesichtspunkten – weniger einschneidend sind, oder wenn die Massnahme gar nicht geeignet oder notwendig ist, um das anvisierte öffentliche Interesse zu erreichen.
- Auf Seite des Asylsuchenden stehen im Falle des vorgeschlagenen Artikels 83 h (Verletzung von Mitwirkungspflichten) folgende Grundrechtsinteressen auf dem Spiel:
 - Er soll zu Kooperation durch Aussagen in einem Verfahren gezwungen werden, das ihn möglicherweise – auch aus andern als Asylgründen – einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung aussetzt (nämlich infolge der Ausschaffung). Nun ist aber jedenfalls im Strafverfahren unbestritten, dass niemand zu einer Aussage gezwungen werden darf, mit der er sich selbst belastet. Daraus kann keine allgemeine Regel abgeleitet werden, niemand dürfe – etwa im Verwaltungsverfahren – gezwungen werden, gegen eigene Interessen auszusagen. Hingegen kann ein allgemeingültiger Grundsatz dahin formuliert werden, dass keine Person gezwungen werden kann, sich durch eigene Aussagen in eine drohende Gefahr für Leib und Leben zu begeben. Menschlich betrachtet kann die durch die Identifizierung einer Person ermöglichte Ausschaffung mindest so stark treffen wie eine harte Strafe. Es spricht einiges dafür, dass auch in solchen Situationen als allgemeiner – über das Strafprozessrecht hinaus reichender – Grundsatz gelten muss: Niemand kann gezwungen werden, gegen sich selbst auszusagen, wenn er bei Aussage Gefahr läuft, von schweren Grundrechtseingriffen (wie Freiheitsstrafe, Ausschaffung) betroffen zu werden¹². Dies gilt ganz besonders, wenn die zu befürchtenden und möglichen Folgen das existentielle Dasein betreffen.

¹² Hansjörg Seiler fragt in seinem Aufsatz in recht 2005/1 nach den Gründen für eine unterschiedliche Behandlung des Schweigerechts im Straf- und Verwaltungsrecht, und kommt unter anderem zum Ergebnis, es sei nicht ersichtlich, weshalb dieses Recht "im Strafrecht schützenswerter sein soll als im Verwaltungsrecht." (S.17). Besonders prob-

- Auch als ultima ratio kommt der Entzug existenzhaltender Mittel nicht in Frage, da nie mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass der Betroffene – auch andere als asylrechtliche – legitime Gründe hat, seine Identität zu verschweigen oder zu verheimlichen. Es ist sehr wohl denkbar, dass ein Asylsuchender vor der (familiären) Blutrache in seiner Heimat flieht und weiss, dass ihm die entsprechende Aussage – da sie z.B. keinen anerkannten Asylgrund oder keinen in der konkreten Situation beweisbaren Grund für eine vorläufige Aufnahme darstellt – kaum helfen, ihn hingegen zusätzlich gefährden würde. Also schweigt er. Und er kann im Sinne des Gesetzes nicht glaubhaft machen, dass er bedroht ist. Wenn auch nur ein kleiner Bruchteil der Fälle von Nichtkooperation so begründet sein mögen, dürfen sie von einem Rechtsstaat doch nicht einfach ausgeblendet werden.
- Androhung des Entzugs lebenswichtiger Mittel des Unterhalts würde (jedenfalls im Sinne des Verfassungswortlauts mit der Differenzierung der garantierten Unterstützung in Betreuung – Hilfe – finanzielle Mittel) eine erschöpfende Betreuung und den Einsatz anderer als finanzieller Mittel (z.B. psychologischer, ev. seelsorgerischer im Sinne der Bedürfnisse des Betroffenen) voraussetzen. Die Zusammenarbeit der Asyl- und Sozialhilfebehörden mit Leuten, die ein hohes Vertrauen bei den Betroffenen geniessen, und die allenfalls durch ein Berufsgeheimnis sogar verpflichtet sind, Geheimnisse zu wahren, könnten und müssten vermehrt eingesetzt werden, um auf einer Vertrauensbasis und ohne Preisgabe von Daten der Geheimsphäre zu einer befriedigenden Entscheidungsfindung gelangen.

lematisch erscheine die unterschiedliche Beurteilung des Schweigerechts, wenn es "aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens, aus der Menschenwürde oder aus der Prozesssubjektivität des Beschuldigten abgeleitet wird. Denn diese Verfahrensgrundsätze gelten ja auch für das Verwaltungsverfahren. Der Mensch der vor einer Verwaltungsbehörde Partei ist, hat nicht weniger Menschenwürde und Subjekteigenschaft als derjenige, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird." (S.16). Seiler schliesst seine Untersuchung u.a. mit dem Vorschlag: Es sei generell von einem absoluten Schweigerecht abzusehen; selbstverständlich aber dürfe auch in keinem Bereich die Aussage mit Zwang erwirkt werden. (S.20)

VI. Zur Bindung des Parlaments an die Grundrechte trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit:

Die in Artikel 83 gemäss Antrag SPK-SR vorgesehene Beschränkung oder Streichung der Nothilfe verstösst gegen die Artikel 7, 12 und 36 der Bundesverfassung und ist somit unzulässig. Daran ändert nichts, dass dieser Verfassungsverletzung innerhalb der Schweiz keine Sanktion droht, da nach herrschender Meinung eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber ausgeschlossen ist. Das Bundesgericht hat immerhin wiederholt angedeutet, dass es für den Fall eines legislativen Verstosses gegen Menschenrechte, wie sie auch international gewährleistet seien, die Grundrechte doch durchsetzen würde, und es hat zumindest dort, wo es die Arbeit des Gesetzgebers als lückenhaft empfand, die notwendigen menschenrechtskonformen Lösungen bis zu weiterem Handeln des Gesetzgebers selbst normiert.

Es wäre nun völlig unbefriedigend, wenn das Bundesgericht nur dort Bundesgesetze wegen des Verstosses gegen Grundrechte korrigieren würde, wo diesen Garantien (mehr oder weniger zufällig) auch eine entsprechende Gewährleistung aus dem Gebiet des Völkerrechts entgegenkommt. Es ist zu vermuten, dass das Bundesgericht in Zukunft auch Missachtungen von nur national gewährleisteten Grundrechten stärker in seiner Praxis beachten wird. Wie dem auch sei, an der heutigen verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Parlaments zur Respektierung der Grundrechte ändert dies überhaupt nichts. Es sei einmal mehr daran erinnert, dass alle Parlamentsmitglieder bei Amtantritt geschworen oder gelobt haben, sich an die Verfassung und ihre Grundrechte zu halten.

VII. Zur Frage, ob Art. 12 BV im Hinblick auf die asylpolitischen Tagesbedürfnisse im Wege der Verfassungsrevision geändert werden könne

1. Die Bestimmung über Achtung und Schutz der Menschenwürde jedes Menschen auf Schweizer Territorium gehört zu den Grundlagen des schweizerischen Verfassungsrechts. Die Diskussion, ob es in einem streng formal-juristischen Sinn möglich sei, eine solche Bestimmung oder ihre Konkretisierung etwa in Art. 10 Abs. 3 oder Art. 12 im normalen Weg der Verfassungsrevision zu ändern, ist hier nicht in ihrer ganzen Breite aufzunehmen. Aus der jahrzehntelangen wissenschaftlichen Auseinandersetzung über die sog. materialen Schranken der Verfassungsrevision sei nur der Hinweis auf die völkerrechtlichen Hürden herausge-

nommen, die entgegenstehen (das zwingende Völkerrecht, wie es z.B. in Art. 3 EMRK festgehalten ist) und die auch von der BV selbst als Schranken der Verfassungsrevision anerkannt sind. (Art. 194 Abs.2 BV). Art. 79 des deutschen Grundgesetzes macht solche Schranken der Verfassungsänderung noch deutlicher, indem die Bestimmung u.a. die Garantie der Menschenwürde in Art.1 von der Möglichkeit einer Verfassungsänderung ausschliesst. Dass die BV keine zu Art. 79 GG analoge Bestimmung aufweist, heisst nicht, dass dem Schweizer Verfassungsgeber die Grundlagen seines Werks gleichgültiger gewesen seien. In der Schweiz war der Gedanke tragend, eine rein juristische Geltung einer solchen Garantie der Menschlichkeit helfe nichts, wenn das Rechtsbewusstsein einer Bevölkerung nicht mehr dahinter stehe.

Nach dem Staats- und Demokratieverständnis der neuen Bundesverfassung gehören die Garantien im Bereich der Menschenwürde zu den elementaren Grundlagen des Bundes, an denen innerhalb des weiten Atemraumes einer Verfassung nicht gerüttelt, sondern auch in Notzeiten festgehalten werden soll.

2. Aus der erhöhten normativen Bedeutung folgt, dass die erwähnten Garantien im Bereich der Menschenwürde nicht einer vom kurzfristigen politischen Interesse bestimmten Verfassungsänderung zugänglich sind. Es geht um Fundamente der Verfassung selber, die sich in langen historischen Phasen der Kulturentwicklung bilden und einen tiefen Konsens einer staatlichen Gemeinschaft zum Ausdruck bringen.
3. Abgesehen davon, erscheint eine wegen aktueller Zwänge im Ausländerbereich geforderte Änderung des Art. 12 auch darum nicht wie eine andere Verfassungsänderung möglich, weil sich die Garantie nicht nur in der BV, sondern auch in verschiedenen kantonalen Verfassungen findet. Die Berner KV von 1993 war mit ihrem Art. 29 Vorbild für die spätere Garantie in der BV. Sodann sind verschiedene Kantone gerade infolge der Erneuerung des Grundrechtskatalogs der BV im Jahre 1999 dem Beispiel des Bundes gefolgt und haben analoge Garantien in ihr eigenes Verfassungsrecht ausdrücklich übernommen, so AR mit Artikel 24 und Tessin mit Art. 13 der neuen KV. Erst letztes Jahr haben die eidgenössischen Räte die neue Verfassung des Kantons FR gewährleistet, die ebenfalls eine sehr klare Garantie der Nothilfe enthält.

Es zeigt sich, dass Art. 12 der BV nicht ein Unikat darstellt, sondern eine verbreitete Rechtsüberzeugung über eine elementare Verfassungsgrundlage der Schweiz zum Ausdruck bringt. Man könnte in diesem Sinn von gemeineidgenös-

sischem Verfassungsrecht sprechen, das sich zugleich in der BV und in Kantonsverfassungen zum Ausdruck bringt.

VIII. Zur Bedeutung von Art. 25 BV für die Frage der Ausschaffung

Die Tragweite des Art. 25 für die hier aufgeworfenen Fragen wird kaum berücksichtigt, obwohl dieses Grundrecht sich ausdrücklich und mit aller Präzision gerade auch an Asylsuchende wendet, die sich ohne irgend einen rechtlichen Status in der Schweiz aufhalten. Art. 25 macht in der Sache die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Strassburg als schweizerisches Verfassungsrecht zusätzlich verbindlich: Es ist keine Ausschaffung erlaubt, wenn zu Hause unmenschliche Behandlung droht.

Auch in einem neuesten Urteil der Grand Chamber des Strassburger Gerichtshofs wird erneut betont, die Frage, ob eine solche Bedrohung für den Betroffenen bestehe, müsse sorgfältig abgeklärt werden und könne allenfalls auch im Rahmen einer Individualbeschwerde nach Strassburg überprüft werden. Ein Europaratsstaat wurde verurteilt, weil er dieser Prüfung nicht genügend Raum gegeben und die Auslieferung trotz einer vorsorglichen Verfügung des Gerichtshofs vollzogen hatte, obwohl es sich gemäss Strafurteil des Heimatstaates später ergab, dass es sich um gemeine Mörder gehandelt hatte und eine objektive Gefährdung im Sinne des Art. 3 EMRK nicht vorlag.¹³

Für unsern Zusammenhang ist entscheidend, dass eine voreilige Massnahme im Sinne des Nothilfeentzugs oder der Ausschaffung einer sorgfältigen Abklärung und Erforschung der realen Situation des Gesuchstellers entgegenstehen kann. Androhung von Nothilfeentzug oder Ausschaffung können das einfachere, aber nicht verhältnismässige Mittel sein, der komplexen Situation eines Asylsuchenden zu begegnen, als vertiefte Abklärung, wie sie von der EMRK in Art.3 und von der BV in den Artikeln 10 Abs.3 und 25 gefordert ist.

¹³ Urteil des EGMR vom 4.2.2005. Grand Chamber judgment in the case von Mamatkulov and Askarov v. Turkey. <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2005/Feb/GrandChamberJudgmentMamatkulov&AskarovvTurkey>

IX. Ratio legis von Art. 12 BV und Gefahr einer Zweckentfremdung der Garantie durch den Bundesgesetzgeber

Das Grundrecht des Art. 12 BV war nie konzipiert als gesetzliche Grundlage für ein breites soziales Auffangnetz im weiten Bereich der sozialen Sicherheit. Die mit der Grundrechtsgewährleistung in der BV begründete Zuständigkeit des Bundesgerichts sollte nach dem Willen des Verfassungsgebers justiziabel sein, d.h. es sollte im Wesentlichen von Einzelfällen her möglich sein, jenes Minimum an materiellen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins sicherzustellen, zu dem sich Volk und Stände in der Verfassung bekannten. Art. 12 wurde gerade im Gegensatz zu den Sozialzielen in Art. 41 Abs.1 BV als durchsetzbare, gerichtlich überprüfbare Norm konzipiert, und nicht primär als Gesetzgebungsauftrag. Art. 12 wurde nicht geschaffen, um den Bund gegenüber Kantonen und Gemeinden von einer in der Bundesgesetzgebung vorgesehenen Verpflichtung im Bereich der sozialen Sicherheit zu entlasten.

Mit dem Ausschluss der Sozialhilfe gegenüber der hier angesprochenen Ausländergruppe auf Bundesebene ist man nun aber das Risiko einer Überstrapazierung des Art. 12 mit der Garantie der Nothilfe eingegangen, indem Tausende von abgewiesenen Asylbewerbern potentiell auf die in Art. 12 garantierte Überlebenshilfe angewiesen sind. Kantonale Opposition und Bestrebung nach Einschränkung der Nothilfe nach Art. 12 sind auch auf diesem Hintergrund einer fragwürdigen Verschiebung von rechtlicher und finanzieller Verantwortung für eine unerwünschte Gruppe von Ausländern zu sehen. Insofern kann man von einem konzeptionellen Fehlgebrauch der Nothilfe in der Bundespolitik sprechen.

Die nun zur Begutachtung stehende bundesrechtliche Möglichkeit von Kürzung oder Streichung nicht nur der Sozial-, sondern auch der Nothilfe, ist insofern die Konsequenz des Versuchs, abgewiesene Asylsuchende künftig bewusst in eine Notlage zu versetzen oder sie in einer solchen nach ihrer Ankunft in der Schweiz verharren zu lassen, um sie zum Verschwinden zu bewegen, sei es durch Kooperation oder Ausreise.

Ein solches Vorgehen ist weder zur Abschreckung im weiten Bereich der globalen Migration, noch zur Erzwingung eines konkreten Verhaltens wie Ausreise oder Kooperation zulässig. Der Rechtsstaat lässt Eingriffe in elementare Rechtsgüter wie Gesundheit oder Leben, physische oder psychische Integrität nicht oder nur in den anerkannten und strikten Verfahren des Strafrechts (oder der Vormundschaft und

des FFE) zu. Dem Gesetzgeber sind hier rechtsstaatliche Schranken gesetzt, die noch grundsätzlicher als dogmatische Überlegungen zu einzelnen Grundrechten Geltung beanspruchen.

X. Unzulässigkeit plakativer (bloss abschreckender) Gesetzgebung.

Dem Gesetzgeber ist ferner verwehrt, sozusagen nur plakativ zu legiferieren, d.h. existenzgefährdende Massnahmen als Sanktion für ein unerwünschtes Verhalten vorzusehen, in unausgesprochenem Vertrauen oder Spekulation darauf, dass im Ernstfall ja doch niemand dem Elend auf Schweizer Territorium preisgegeben würde, sondern dass im äussersten Fall die Kirchen, andere Organisationen oder nachbarliche Hilfe für das Nötigste sorgen würden. Mit dem gesetzgeberischen Nein zur minimalen Nothilfe würde damit faktisch eine Aufgabendelegation an die erwähnten Hilfswerke, Kirchen und Einzelnen stattfinden, die ihrerseits zum Arbeiten in einer Grauzone von Menschlichkeit und Illegalität gezwungen würden, da sich ja bereits strafbar macht, wer die illegale Anwesenheit eines andern auf dem Gebiet der Schweiz "erleichtert".

Es bedeutete eine Verletzung elementarer Grundsätze der Lauterkeit der Gesetzgebung, würde diese dazu benutzt, einem illegal Anwesenden mit existenziellen Eingriffen zu drohen, ohne dass diese wirklich ernst gemeint wären, und so seinen Willen zu beugen, nämlich ihn zur Ausreise oder zur Kooperation für seine Ausschaffung willig zu machen. Ich glaube nicht, dass sich irgend eine repräsentative politische Gruppierung in der Schweiz findet, die öffentlich ein existenzvernichtendes Imstichelassen von Ausländern auf Schweizer Gebiet befürwortete, so wenig wie andere Formen der physischen Zerstörung von Menschen durch aktives oder passives Staatshandeln.

Zusammenfassung:

- Art. 83 Asylgesetz in der Fassung der staatspolitischen Kommission des Ständerats vom Jan. 2005 widerspricht Sinn, Zweck und Wortlaut des Art. 12 der Bundesverfassung.
- Art. 12 BV garantiert jedem Menschen auf Schweizer Hoheitsgebiet Betreuung und Hilfe in Notlagen, die mit legalen und zumutbaren Mitteln nicht (oder nicht mehr) selbst zu bewältigen sind.
- Es ist nicht entscheidend, ob die aktuelle Notlage selbst verschuldet wurde.
- Massstab der Hilfe sind die unerlässlichen sachlichen (finanziellen und/oder weiteren) Mittel für ein menschenwürdiges Dasein, in physischer und psychischer Hinsicht. Es geht um die Voraussetzungen menschlicher Existenz, soweit dem Staat die notwendigen finanziellen, institutionellen und sachlichen Mittel bei zumutbarem Aufwand zur Verfügung stehen.
- Die Garantie gilt nach einhelliger Rechtsauffassung des Bundesgerichts und der rechtswissenschaftlichen Lehre für alle Menschen, unabhängig von ihrer Herkunft, ihrem ausländerrechtlichen Status, ihrem Alter oder ihrem Leumund.
- Das Grundrecht stellt nach Schweizer Rechtsauffassung auch einen Bestandteil der öffentlichen Ordnung dar. Danach fällt den Behörden eine Verantwortung (sog. Schutzpflicht) nicht nur für Ruhe und Sicherheit, sondern auch für menschenwürdige Zustände im Gemeinwesen zu. In diesem Sinn garantiert das Grundrecht nicht nur dem Individuum, sondern auch der Bevölkerung eine soziale Umwelt, die menschenwürdig ist.
- Nach Bundesverfassung sind Bund und Kantone gemeinsam für die Verwirklichung der in der Verfassung garantierten Grundrechte zuständig und verantwortlich. Dies gilt auch für die Garantie des Art.12. Diese Verantwortung steht nicht für ein Hin- und Herschieben zwischen Bund und Kantonen zur Verfügung; eine Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Kanton ist aus keinem andern Grund zulässig als demjenigen, die Grundrechtsgarantie möglichst effektiv zu machen.

- Der Bundesgesetzgeber hat keine Zuständigkeit, einzelne Personen von der Verantwortung der Kantone (und Gemeinden) aus der Verfassungsgarantie auszunehmen.

Gebotene weitere Abklärungen

Weitere Probleme der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität der Revisionsvorlage Asylgesetz (Stand anfangs März 2005) seien hier nur erwähnt.

Insbesondere ist eine weitere Prüfung darüber geboten,

- wie weit die in der bundesgerichtlichen Praxis unbestrittenen Anforderungen an **das rechtliche Gehör** in allen Verfahren gewährleistet seien. In allen Gerichts- und Verwaltungsverfahren gilt nach Bundesgericht der Grundsatz, dass Bedürftige die gleiche Chance eines wirksamen Rechtsschutzes haben sollen wie Vermögende¹⁴. Dies bedeutet u.a., dass in nicht aussichtslosen Verfahren bei komplexen Fragen, wo ein Begüterter einen Rechtsbeistand beiziehen würde, auch dem Armen ein solcher unentgeltlich zur Verfügung zu stellen ist. Art. 29 Abs.3 BV.
- Besonders problematisch erscheint unter dem Aspekt des Rechtsschutzes die Bestimmung der Revisionsvorlage über den Zugang zur Rechtsberatung in Art. 17 Abs.4 und zur Verbeiständung in Art. 22 (Abs.3?)
- Bei jedem Freiheitsentzug sind Art. 31 BV (und die entsprechenden internationalrechtlichen Garantien) zu berücksichtigen. U.a. muss jede Person, die in Haft genommen wird, über ihre **Verfahrens- und Verteidigungsrechte** in einer ihr verständlichen Sprache und in einer befriedigenden Art und Weise unterrichtet werden. Jeder Person, der die Freiheit entzogen wird, muss faktisch die Möglichkeit verschafft werden, ihre Grundrechte in materieller und prozessualer Hinsicht geltend zu machen. BV Art. 31 Abs. 2 und 3.
- **Kinder und Jugendliche** haben nach Art. 11 BV und der UNO-Kinderrechtskonvention Anspruch auf besondern Schutz. Diesem Anliegen trägt der vorliegende Gesetzesentwurf ganz besonders mit Bezug auf selbständig reisende Kinder im Alter von 15 – 18 Jahren nicht hinrei-

¹⁴ Jörg Paul Müller, Grundrechte, 3.Aufl., S. 548 ff.

chend Rechnung. Die Haftbestimmungen des ANAG Art. 13 b Abs.2, 13 g und h (neu) in der Fassung der SPK-SR sind nicht haltbar.

- Die verschiedenen und erweiterten **Haftmöglichkeiten nach ANAG** sind nach Dauer, gesetzlicher Grundlage, Bestimmtheit und Zulässigkeit des Haftgrundes zu überprüfen. Jede Art von Beugehaft gerät in eine gefährliche Nähe zur Folter.¹⁵
- Der allen Menschen zustehende **Datenschutz** ist im vorliegenden Entwurf nicht genügend¹⁶. Eine generelle Ermächtigung zu Erhebung (und Speicherung) biometrischer Daten, wie sie im nun vorliegenden Entwurf wiederholt vorgesehen ist, hält vor der Verfassung nicht stand. In diesem Sinn sind etwa Asylgesetzrevision Art. 8e, 22 Abs.1, 97 Abs.3 c und 98 b zu beanstanden. Die von der SPK-SR vorgesehene Rechtssetzungsdelegation an den Bundesrat (Art. 98 b Abs.2) entschärft, aber löst das Problem nicht, da der Delegation in grundrechtssensiblen Bereichen besondere Grenzen gesetzt sind.
- Strafprozessual ist das Arbeiten mit "Vermutungen" zu Lasten des Einzelnen nicht zulässig. So aber z.B. Revisionsentwurf ANAG Art. 13 a lit. f

Weitere Hinweise:

Für die Möglichkeiten des individuellen Rechtsschutzes im Bereich der Gefährdung Einzelner durch staatliche Massnahmen:

Für den Rechtsschutz der betroffenen Personen dürfte von Interesse sein, dass die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte den vorsorglichen Verfahren im Rahmen der Garantien der EMRK, also etwa bei Gefahr einer Verletzung des Art. 3, grosse Bedeutung zumisst. Es können provisorische Massnahmen im Rahmen des Individualrechtsschutzes verlangt werden, deren Missachtung vom Gerichtshof als selbständige Verletzung der Konvention gewertet wird. Es sei auf das einstimmig gefällte Urteil des ECHR vom 20. Jan. 2005 (Nr. 63378/00) Mayzit vs. Russia hingewiesen.

¹⁵ a.a.O. S. 66 ff. und 77 f.(insbesondere zur ausländerrechtlichen Administrativhaft).

¹⁶ Zum Daten- und Geheimnisschutz als Grundrechtsgehalt der BV s. Jörg Paul Müller a.a.O. S. 44 ff.

Für die Frage der Beurteilung einer Gefährdung von Leib und Leben oder anderer elementarer Rechtsgüter:

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im gleichen Urteil vom Januar dieses Jahres ferner hervorgehoben, dass die Beurteilung einer staatlichen Handlung als menschenwürdig oder unmenschlich wesentlich aus der Optik des Betroffenen zu erfolgen habe. So sei bei der Beurteilung von Haftbedingungen nicht entscheidend, ob die staatlichen Behörden in öffentlichem Interesse und ohne Demütigungsabsicht oder sogar in einer Zwangslage handelten, sondern es ist darauf abzustellen, ob der Einzelne die konkrete Behandlung als erniedrigend empfinden musste. Im Urteil, das eine Verletzung des Art. 3 EMRK feststellt, heisst es:

"Although there were no indications of an intention to humiliate or debase the applicant, enduring such conditions ... must have undermined his human dignity and aroused in him feelings of humiliation and debasement. In the light of the above, the applicant's conditions of detention had amounted to a degrading treatment." Judgement ECHR vom 20. Jan. 2005 (Nr. 63378/00) *Mayzit vs. Russia*. *Conclusion*: violation (unanimously).

Analog ist meines Erachtens bei der Frage, wann der Anspruch auf menschenwürdige Existenzsicherung im Sinne des Art. 12 BV verletzt ist, nicht nur auf eine objektive Güterabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und der Intensität der Lebensgefährdung etwa im Sinne von Art. 128 des StGB abzustellen, sondern es ist auch der Gesichtspunkt des Nothilfebedürftigen entscheidend. Es ist zu fragen ob ihm der Entzug von Minimalleistungen des Gemeinwesens als Gefahr und Not erscheint, die seine Existenz bedrohen und entsprechende Ängste auslösen.

Eine menschenunwürdige Massnahme kann auch im Bereich der Nothilfe nicht ausgeschlossen werden mit dem Argument, die Behörden wollten nicht demütigen oder sie seien in einer Zwangslage etwa finanzieller oder politischer Natur. Die Verletzung der Garantie menschenwürdigen Daseins ist gegeben, wenn die Betroffenen eine staatliche Androhung so empfinden müssen.

Hinterkappelen, 7. März 2005

Der Gutachter

Prof. Dr. Jörg Paul Müller