

Entscheidungen Jurisprudence

756

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

1.3. Grundrechte / Droits fondamentaux

(1) Anerkennung eines selbständigen Rechts auf Existenzsicherung als neues ungeschriebenes Recht der Bundesverfassung.

Bundesgericht, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 27.10.1995, i.S. P.V., P.V. und M.V. c. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons Bern (BGE 121 I 367 ff.).

Zusammenfassung des Urteils:

Die Brüder P.V., P.V. und M.V. lebten seit 1980 zusammen mit ihrer Mutter als anerkannte Flüchtlinge in der Schweiz. 1987 wurden sie zu bedingten Freiheitsstrafen und dreijährigen Landesverweisung verurteilt. Die Landesverweisung konnte erst 1990 vollzogen werden. 1991 reisten die drei Brüder illegal wieder in die Schweiz ein. Sie wohnen seither bei ihrer Mutter in X., die durch Heirat Schweizer Bürgerin geworden ist. Eine erneute Ausschaffung nach Tschechien ist nicht mehr möglich, da sich die Behörden von Tschechien auf den Standpunkt stellen, den Gebrüdern V. sei seinerzeit die Staatsbürgerschaft entzogen worden. Sie könnten sie zwar wiedererlangen, müssten hierfür aber ein Gesuch stellen, was die Gebrüder V. indessen bis heute nicht getan haben.

Die Gebrüder V. ersuchten die Gemeinde X. 1991 und 1994 um Fürsorgeleistungen. Die Gemeinde lehnte beide Gesuche ab. Der Regierungsratstatthalter II von Bern wies die erhobene Beschwerde gegen das erste Gesuch ab und ordnete beim zweiten Gesuch eine vorsorgliche Massnahme an, unverzüglich die Grundversorgung der Gebrüder V. sicherzustellen. Der Regierungsrat des Kantons Bern als Beschwerdeinstanz vereinigte beide Verfahren. Er wies die beiden Beschwerden der Gebrüder V. ab und hiess die Beschwerde der Gemeinde X. gut. Der Regierungsrat begründete seinen Entscheid damit, dass der aufenthaltsrechtliche Status der Gebrüder V. nicht geregelt sei. Diese "hätten es in der Hand, ein Gesuch um Wiedereinbürgerung zu stellen, was ihnen erlauben würde, nach Tschechien zurückzukehren und dort erwerbstätig zu sein. Mit ihrer Weigerung, ein solches Gesuch zu stellen, hielten sie ihre Notlage absichtlich aufrecht. Das sei rechtsmissbräuchlich, weshalb ihnen die Fürsorgeleistungen vollumfänglich entzogen werden können." Das Bundesgericht hiess die staatsrechtliche Beschwerde der Gebrüder V. gut, weil der vorinstanzliche Entscheid gegen das verfassungsmässige Recht auf Existenzsicherung verstosse.

Bemerkungen:

1. *Bislang anerkannte ungeschriebene Grundrechte.* Das Bundesgericht hat im Bereich der verfassungsmässigen Rechte seit 25 Jahren nunmehr erneut einen Meilenstein gesetzt und das Recht auf Existenzsicherung als selbständiges, ungeschriebenes Recht der Bundesverfassung anerkannt. Als ungeschriebene Rechte galten bislang:
 - seit 1959 die mittlerweile in Art. 22^{ter} BV kodifizierte Eigentumsgarantie (ZBl 1961, 72);

- seit 1961 die Meinungsäusserungsfreiheit (BGE 87 I 117);
- seit 1963 die persönliche Freiheit (BGE 89 I 96);
- seit 1965 die Sprachenfreiheit (BGE 91 I 485 f.) und
- seit 1970 die Versammlungsfreiheit (BGE 96 I 224).

2. *Definition.* Nach der bundesgerichtlichen Definition gewährt das justitiable Recht auf Existenzsicherung eine Hilfe in Notlagen. "Die damit verbundenen Staatsausgaben sind aufgrund der Sozialhilfegesetzgebung in den Kantonen anerkannt; sie bedürfen keiner finanzpolitischen Grundentscheidung mehr. Was unabdingbare Voraussetzung eines menschenwürdigen Lebens darstellt, ist hinreichend klar erkennbar und der Ermittlung in einem gerichtlichen Verfahren zugänglich. In Frage steht dabei allerdings nicht ein garantiertes Mindesteinkommen. Verfassungsrechtlich geboten ist nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag" (E. 2c). Das Gemeinwesen kann seine Leistungen in Form von Geld- und Naturalleistungen erbringen.

3. *Träger.* Die menschenrechtliche Ausrichtung des neuen Grundrechts verlangt dessen Zuerkennung an jeden Menschen, unabhängig von Staatsangehörigkeit und aufenthaltsrechtlichem Status (E. 2d). Das Recht auf Existenzsicherung ist auf natürliche Personen beschränkt. Allerdings setzt sich der Entscheid mangels aufgeworfener Fragen damit nicht auseinander. Das neue Recht knüpft unmittelbar an die Menschenwürde an; das ist eine Dimension, die ausschliesslich dem Menschen zukommt. Denn der eng umgrenzten inhaltlichen Leistungskomponente ist die Beschränkung auf natürliche Personen immanent. Die Situation unterscheidet sich grundlegend von jener bei der unentgeltlichen Rechtspflege, die vorsichtig den juristischen Personen geöffnet wird (vgl. A. KLEY-STRULLER, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP/PJA 1995 179 ff., insb. 183 f.). Aus heutiger Sicht erscheint es ausgeschlossen, dass das Recht auf Existenzsicherung in dem Sinne ausgeweitet werden könnte.

4. *Einschränkungen des Grundrechts.* Das neue Existenzsicherungsrecht darf – anders als die Grundrechte im allgemeinen – nicht eingeschränkt werden, denn die grundrechtliche Garantie ist nach ihrer Definition (vgl. Ziff. 2) bereits auf den *Kerngehalt beschränkt* (so auch das Urteil vom 24.5.1996, 2A.495/1995, NZZ vom 28.5.1996, Nr. 121, S. 14). Für diesen ist gerade charakteristisch, dass das "Abwägen und Suchen nach einer vernünftigen Relation zwischen gesetzgeberischem Ziel und Grundrechtseingriff ... aufhören muss und jede weitere Einschränkung – unabhängig von der Qualifizierung des geltend gemachten öffentlichen Interesses und ungeachtet der Verhältnismässigkeit des gewählten Mittels -zu unterbleiben hat" (J. P. MÜLLER, N. 171 zur Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern/Basel/Zürich 1987 ff.). So hielt das Bundesgericht in E. 3a den völligen Entzug der Fürsorgeleistungen als mit dem neuen Recht grundsätzlich

757

nicht vereinbar. Selbstverständlich richten sich die konkret auszurichtenden Leistungen nach den Bedürfnissen des Einzelfalls. Vorbehalten bleiben besondere Umstände ausserhalb der Problematik der Grundrechtsschranken, wie namentlich der in diesem Verfahren vom Berner Regierungsrat geltend gemachte Rechtsmissbrauch. Dieser lag freilich im vorliegenden Sachverhalt aufgrund der vom Bundesgericht sorgfältig ermittelten Fakten gerade nicht vor (E. 3b und c).

5. *Rechtspolitische Dimension.* Es ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht die Bestrebungen der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) zur Einfügung eines Rechts auf Existenzsicherung (Änderung von Art. 48 BV) "überholt". Das Vorgehen des Bundesgerichts ist ungewöhnlich, da es sich gerade im Vorfeld von politischen Auseinandersetzungen zurückhält und etwa bei der Frage der Anerkennung eines ungeschriebenen Rechts auf Bildung im Urteil *Wäffler* (BGE 103 Ia 377 f.) darauf hingewiesen hat, dass die entsprechenden Bemühungen (Ablehnung in der Volksabstimmung vom 4.3.1973 durch die Stände) gescheitert sind. Hier haben die parallel laufenden politischen Bemühungen um eine Verfassungsrevision das Bundesgericht nicht gehindert, die Politik gewissermassen zu konkurrieren.

Immerhin hat das Bundesgericht den Verfassungsentwurf von 1995 in E. 2a erwähnt. Der Entwurf normiert in Art. 9 Abs. 3 ein Recht auf Existenzsicherung. Mit Recht leitet das Bundesgericht daraus aber keine Konsequenzen ab.

6. *Allgemeine Voraussetzungen für die Anerkennung eines neuen ungeschriebenen Grundrechts.* Das Bundesgericht anerkannt nach ständiger Rechtsprechung dann ein neues ungeschriebenes Grundrecht, wenn dieses (1.) eine Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bildet oder (2.) sonst als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheint. Dazu führt das Bundesgericht in E. 2b aus: "Die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach ist die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt. Sie ist zugleich unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens (...). Insofern erfüllt die Existenzsicherung die Voraussetzungen, um als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht gewährleistet zu werden." Mit Recht sieht das Bundesgericht die zweite Alternativvoraussetzung für die Anerkennung als erfüllt an. Die erste Voraussetzung, die sich letztlich immer noch stark an einer "wörtlichen" Grundrechtsinterpretation orientiert, gibt für die Anerkennung weiterer Grundrechte nur wenig her. Gewiss könnte man argumentieren, die Anerkennung der verschiedenen Grundrechte der Bundesverfassung setze ihrerseits ein Recht auf Existenzsicherung voraus. Eine solche Herleitung würde freilich der Anerkennung weiterer Grundrechte kaum mehr Schranken setzen und letztlich die Rechtsordnung immer mehr mit Grundrechten durchsetzen. Die zweite Voraussetzung des unentbehrlichen Bestandteils der

rechtsstaatlichen Ordnung ist eng mit der "Konsensprüfung" verbunden.

7. *Voraussetzung des allgemeinen Konsenses.* Das Bundesgericht prüft zusätzlich, "ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche und von einem *allgemeinen Konsens* getragen sei". Der Rechtsstaat und seine grundlegenden Anforderungen an die staatliche Organisation sind in den westlichen Gesellschaften wenigstens dem Grundsatz nach von einem allgemeinen Konsens getragen. Die oben in Ziff. 6 geprüfte zweite Alternativvoraussetzung erscheint also wie die Kehrseite derselben rechtsstaatlichen Medaille.

Dabei ist das Vorgehen des Bundesgerichtes bei der Konsensprüfung besonders interessant: Wer ist berechtigt seine Stimme "konsentierend" zu erheben? Das Bundesgericht erwähnt

- a) das geschriebene Verfassungsrecht der Kantone,
- b) die geübte Praxis,
- c) die Verfassungsrechtslehre und
- d) "andere Quellen".

Geht man diese vier Quellen durch, so zeigt es sich, dass der Konsens in allen diesen vier Quellen nicht so klar in Erscheinung tritt.

ad a) Das *geschriebene Verfassungsrecht der Kantone* ist äusserst dürftig; das Bundesgericht führt dazu lediglich die § 16 KV BL, den Art. 24 Abs. 1 KV AR sowie den damals noch nicht anwendbaren Art. 29 Abs. 1 KV BE auf. Im Gegenteil ist in etlichen Kantonen bewusst von einer Verankerung dieses Rechts abgesehen worden. Nach bundesgerichtlicher Auffassung "beruht dies kaum auf einem grundsätzlichen Vorbehalt in der Sache, sondern eher auf der Überzeugung, dass die staatliche Sozialhilfe wesensgemäss subsidiären Charakter habe und ... notwendigerweise der gesetzlichen Regelung" bedürfe (E. 2b). Das überzeugt aber nicht, denn einige Grundrechte werden als Institutsgarantien zwar erst durch die Gesetzgebung ausgeformt (z.B. die Eigentumsgarantie des Art. 22^{ter} BV oder das Recht zur Ehe gemäss Art. 54 BV) und sind trotzdem als verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung verankert. Wieso der subsidiäre Charakter des Rechts auf Existenzsicherung einer Anerkennung als Grundrecht verständlicherweise im Weg stehen könnte, ist nicht ersichtlich. So hat schliesslich das Bundesgericht die persönliche Freiheit, die zu allen andern speziellen Grundrechtsgarantien subsidiär ist, dessen ungeachtet als ungeschriebenes, verfassungsmässiges Recht anerkannt. Das weitgehende Schweigen der Kantonsverfassungen zur Frage eines Grundrechts auf Existenzsicherung beruht m.E. nicht auf diesen vom Bundesgericht ins Feld geführten Überlegungen, die ohnehin anhand der primären Materialien hätten nachgewiesen werden müssen. Vielmehr haben die meisten Kantone die (politisch diskutabile) Entscheidung gefällt, die Existenzsicherung nicht grundrechtlich zu fixieren. Damit darf das Bundesgericht aber das *geschriebene* (sic!) Verfassungsrecht der Kantone nicht als Kon-

sensquelle anführen. Beim Recht auf Existenzsicherung unterscheidet sich die Situation grundlegend von den andern ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechten (z.B. Eigentumsgarantie, Meinungsäusserungsfreiheit), die tatsächlich im geschriebenen Verfassungstext fast aller Kantone ihren Niederschlag gefunden hatten.

ad b) Die *geübte Praxis* kann in der Tat auf ein ungeschriebenes Grundrecht hinweisen; jedenfalls gilt dies uneingeschränkt für die geübte Verfassungsrechtspraxis. Das Bundesgericht weist allerdings in E. 2b auf die in allen Kantonen einfachgesetzlich festgeschriebene Rechtslage hin: "Auf der Ebene der Gesetzgebung wird in allen Kantonen, ob als individuelles Recht ausgestaltet oder nicht, davon ausgegangen, dass Bedürftigen Hilfe zu leisten ist, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind". Dieser Satz widerspricht freilich sich selbst: Wenn bei gegebenen Voraussetzungen Hilfe zu leisten ist, so liegt ein individuelles subjektives Recht vor. Es ist eigenartig, dass die einfachgesetzliche Rechtslage nun mit einem ungeschriebenen verfassungsmässigen Recht "gekrönt" werden soll. Wollte man so argumentieren, so wären zahlreiche weitere Sozialrechte als klagbare Individualrechte anzuerkennen, so zum Beispiel ein Recht auf Bildung (gestützt auf die weitreichende Bildungsgesetzgebung), ein Recht auf Wohnung (gestützt auf die Mietschutz- und Wohnbauförderungsgesetzgebung) oder ein Grundrecht auf polizeiliche Sicherheit (gestützt auf die kantonale Polizeigesetzgebung). Die geübte Praxis muss sich selbstverständlich auf die Stufe der Verfassung beziehen; der Hinweis auf eine übereinstimmende Gesetzgebung der Kantone darf nicht dazu führen, dass diese Übereinstimmung gleich mit einem ungeschriebenen verfassungsmässigen Recht der Bundesverfassung überdacht wird. Auch diese vom Bundesgericht angeführte Konsensquelle kann im Grunde genommen nicht genügen.

ad c) Schliesslich ist die *Staats- und Verwaltungsrechtslehre* ebenfalls eine eigenständige Quelle, die auf ein ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht schliessen lässt. Das Bundesgericht führt acht Autoren an, welche das Grundrecht auf Existenzsicherung befürworten. Es handelt sich gewiss um sehr wichtige und einschlägige Autoren; von einer einhelligen Anerkennung kann man gleichwohl nicht sprechen oder gilt Schweigen als Zustimmung?

Das Bundesgericht gibt die verschiedenen Auffassungen dieser Autoren wieder, die zum Teil überhaupt kein selbständiges Grundrecht behaupten, sondern das Recht auf Existenzsicherung in der "Menschenwürde", im "Recht auf Leben als Kerngehalt der persönlichen Freiheit", in der "persönlichen Freiheit" allgemein verankert sehen. Schliesslich führt das Bundesgericht sogar die Auffassung an, wonach Art. 48 Abs. 1 BV über die wohnörtliche Unterstützungspflicht "auch als grundrechtlicher Anspruch verstanden werden könne". In der Sache lehnt das Bundesgericht aber diese Herleitung ab, weil es den Anspruch auf Existenzsicherung als ungeschriebenes Recht – und nicht aus Art. 48 Abs. 1 BV – anerkennt.

ad d) "*Andere Quellen*" führt das Bundesgericht nicht mehr an. Dazu gehörten internationale Verträge zum Schutze der Menschenrechte und ausländische Verfassungen. Diese würden offenbaren, wie die Vernehmlassungsunterlage der Nationalratskommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SKG-N) vom 11.5.1995, S. 10 f. zeigt, dass das Recht auf Existenzsicherung noch weit davon entfernt ist, in allen europäischen Ländern verfassungsrechtlich anerkannt zu sein. So enthalten die Verfassungen der Bundesrepublik Deutschland, von Belgien, Österreich oder von Schweden keinerlei Sozialrechte und auch keine Garantie der Existenzsicherung. Auf der Stufe der Gesetzgebung freilich gewähren alle westeuropäischen Staaten – wie auch die Schweizer Kantone – Hilfen zur Existenzsicherung.

Eine weitere "andere Quelle" müssten in einem demokratieorientierten Staat wie der Schweiz auch die wesentlichen politischen Kräfte (namentlich die im Parlament vertretenen Parteien und die grossen Verbände) sein. Die im Oktober 1995 abgeschlossene Vernehmlassung zur Vorlage der erwähnten Nationalratskommission hätte dem Bundesgericht gezeigt, dass das neue Recht alles andere als von einem breiten Konsens getragen ist (vgl. NZZ vom 2.11.1995, Nr. 255, S. 13). Es ist bei den Kantonen und in Wirtschaftskreisen auf weitgehende Ablehnung gestossen. Das weitere Vorgehen der Nationalratskommission ist zur Zeit offen. Das Bundesgericht erwähnt diese Tatsachen und überhaupt das Verfassungsprojekt zu Art. 48 BV mit keinem Wort.

8. *Parallele zur unentgeltlichen Rechtspflege.* Das Urteil weist eine unverkennbare Parallele zur unentgeltlichen Rechtspflege auf. Das Bundesgericht hatte schon in BGE 76 I 116 angedeutet, es liege nahe, das Armenrecht auch dem Ausländer zuzugestehen. Der moderne Rechtsstaat erfordere die grundsätzliche Gleichstellung des Ausländers mit dem Inländer bei der Rechtspflege. Das prozessuale Armenrecht wurde damals direkt mit der Armenunterstützung in Verbindung gebracht; diese oblag in der Tat nur demjenigen Gemeinwesen, zu dem der Bürger gehörte. In BGE 120 Ia 217 vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass der Ausländer mit Wohnsitz im Ausland ebenfalls den Anspruch unentgeltliche Rechtspflege habe. Es begründete dabei diesen Anspruch nicht mehr mit dem Armenrecht als vielmehr mit der Wahrung der Waffengleichheit im Prozess (vgl. die Besprechung von A. KLEY-STRULLER, AJP/PJA 1994 1475 f., Ziff. 2). Das vorliegende Urteil hat gewissermassen mit der neuesten Rechtsprechung zum prozessualen Armenrecht gleichgezogen. Es wäre denkbar, das prozessuale Armenrecht, wie früher, nicht allein auf die Rechtsgleichheit, sondern zusätzlich auch auf die (frühere) Armenunterstützung bzw. das neue Recht auf Existenzsicherung abzustützen.

9. *Exkurs: Gegenläufige Tendenz in der neuesten Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege.* Das Bundesgericht hat in BGE 121 I 367 ff. entschieden, dass sich der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nur auf die Rechtsverbeiständung im (Scheidungs-) Prozess, nicht aber

auf eine ausserprozessuale Rechtsberatung erstreckte. Das Bundesgericht begründete seine Haltung mit drei Argumenten. Erstens sei keineswegs erwiesen, dass sich durch die ausserprozessuale Rechtsberatung aufwendigere Prozesse vermeiden liessen. Zweitens sei der Bedürftige nicht schlechter gestellt als der Vermögende, der sich eine Rechtsberatung leisten könne, weil bei gerichtlichen Vergleichsverhandlungen stets eine qualifizierte Beratung sichergestellt sei. Drittens sei die bedürftige Partei genügend geschützt, weil die verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Gerichte (Art. 58 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK) einen "ausreichenden Schutz" gewährleiste. Die unentgeltliche Rechtspflege bleibt somit ein rein prozessrechtliches Institut und erhält keine zusätzliche Dimension – eine Dimension welche eine direkte Brücke zum neuen Grundrecht auf Existenzsicherung schlagen würde. Umgekehrt erlaubt es der äusserst beschränkte Geltungsbereich des Rechts auf Existenzsicherung nicht, damit einen Anspruch auf ausserprozessuale, unentgeltliche Rechtsberatung zu begründen. Immerhin bleibt anzumerken, dass eine Reihe von neuen Kantonsverfassungen die unentgeltliche Rechtsberatung ausserhalb von Prozessen vorsieht oder erleichtert (vgl. z.B. § 97 Abs. 2 KV AG, Art. 98 KV SO). Bis auf weiteres wird sich an dieser Rechtslage von seiten des Bundesgerichts wohl nichts ändern. Es ist die Aufgabe der Verfassungs- und Gesetzgeber von Bund und Kantonen, einem allfälligen Bedürfnis zu entsprechen.

10. *Andere Gründe für die Anerkennung des neuen Grundrechts?* Mit der Anerkennung des neuen Grundrechts weitet das Bundesgericht seine Kompetenz gemäss Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV aus (vgl. A. KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, 84 ff., insb. 86 m.H.). Es ist nämlich dank dem neuen Grundrecht befugt, die Rechtsfrage frei zu beurteilen, ob und inwieweit ein Kanton in seiner Fürsorgegesetzgebung und -praxis das neue verfassungsmässige Recht wahr. Es stellt sich das praktische Problem, was geschehen wäre, wenn das Bundesgericht das Recht auf Existenzsicherung nicht anerkannt hätte. Dann wäre der Fall nämlich nur unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots, das die Beschwerdeführer ebenfalls gerügt haben, zu beurteilen gewesen. Das Willkürverbot hat die Funktion eines beschränkten Auffanggrundrechts (vgl. z.B. J. P. MÜLLER, Grundrechte, 2. A., Bern 1991, 244 f.). Freilich wäre die Willkürklage aus prozessualen Gründen unzulässig gewesen. Nach ständiger Rechtsprechung garantiert das aus Art. 4 BV abgeleitete Willkürverbot keinen selbständigen Anspruch auf willkürfreies Handeln (vgl. G. MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür, in: FS für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 109 ff., insb. 123 Anm. 54 m.H. und neuestens BGE 121 I 269). Die kantonalen Fürsorgeleistungen sind in der Gesetzgebung nämlich nicht durchwegs als Rechtsansprüche formuliert. Ein angeblicher Verstoss gegen das Willkürverbot greift damit nicht in rechtlich geschützte Interessen ein, weshalb es an der Legitimation gemäss Art. 88 BV fehlt (vgl. z.B. BGE 117 Ia 93

E 2b, 107 Ia 184 E 2 a/b). Das Bundesgericht hätte die Rüge der Willkür aus prozessualen Gründen und damit die Beschwerde zurückweisen oder das Willkürverbot als (*neues!*) selbständiges verfassungsmässiges Recht anerkennen müssen. Die blosser Abweisung der Beschwerde kam angesichts der vom Bundesgericht festgestellten sachlichen und tatbestandlichen Unrichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides nicht in Frage. Das Bundesgericht befand sich zwischen der Szylla des neuen Rechts auf Existenzsicherung und der Charybdis des selbständigen Willkürverbots.

Das Bundesgericht konnte sich leichter für das neue Recht auf Existenzsicherung entscheiden. Die praktischen Gründe dafür liegen auf der Hand; das Potential des neuen Grundrechts ist angesichts der ausgebauten Fürsorgegesetzgebung der Kantone eher gering. Zudem hat das Bundesgericht eine relativ enge Umschreibung dieses neuen Anspruches gegeben (vgl. oben Ziff. 2 und E. 2c). Man darf annehmen, dass das neue Grundrecht in der Zukunft nur dann eine Rolle spielen wird, wenn es sich um Extremfälle wie den vorliegenden handelt.

Umgekehrt hätte die Anerkennung des Willkürverbotes als selbständiges Grundrecht eine kaum zu überschätzende Bedeutung für sämtliche Rechtsbereiche. Die Zuständigkeit und die Geschäftslast des Bundesgerichts hätten in einem grossen Umfang zugenommen. Dabei wären die Voraussetzungen des Willkürverbotes als selbständiges, ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung im Hinblick auf die oben angeführten Punkte viel deutlicher erfüllt gewesen als beim Recht auf Existenzsicherung. So ist es in neuen Kantonsverfassungen verwirklicht (vgl. z.B. Art. 11 Abs. 1 KV BE, Art. 8 Abs. 1 KV AR, vgl. dazu den eigenartigen Entscheid BGE 121 I 267, der den kantonalen Willkürverböten die Selbständigkeit wieder wegnimmt). Die Lehre fordert seit langem die Anerkennung als selbständiges Grundrecht (vgl. die Nachweise bei A. KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, 29 Anm. 54) und erst recht ist ein Rechtsstaat ohne Willkürverbot nicht zu machen.

11. *Bewertung.* Der neue leading case hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Er zeigt, dass die Überlastung des Bundesgerichts bisweilen bizarre Auswege bahnt – Auswege, die bis zur Anerkennung eines neuen Grundrechts führen können. Dabei hätte der direkte Weg zur Anerkennung des Willkürverbotes als selbständiges Grundrecht geführt. Dies hätte den Vorteil gehabt, dass das Bundesgericht dem Parlament nicht mit der Anerkennung des neuen Rechts auf Existenzsicherung dazwischengetreten wäre. Das Problem der Überlastung lässt sich ohnehin nicht über eine einschränkende Rechtsprechung lösen, wenn auch das Vorgehen des Bundesgerichts verständlich ist.

PD Dr. rer. publ. Andreas Kley-Struller,
Rechtsanwalt, St. Gallen