

Schriftenreihe
für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht

Band 18

Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?

Von

Alexander Graser



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Graser, Alexander:

Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? :
eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel
der Vereinigten Staaten von Amerika / von Alexander Graser. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriftenreihe für internationales und vergleichendes Sozialrecht ;
Bd. 18)

Zugl.: München, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10325-4

Alle Rechte vorbehalten


© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-6739

ISBN 3-428-10325-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
-------------------------	----

Teil I

Vorüberlegungen

A. Der Zielkonflikt von Freizügigkeit, Wohlfahrtsstaatlichkeit und Subsidiarität.....	26
I. Begründungen für einen Ausschluß der Zuwanderer von den Sozialleistungen.....	27
II. Begründungen für einen Anspruch der Zuwanderer auf Sozialleistungen.....	44
III. Erweiterung der Perspektive - Subsidiarität als drittes kollidierendes Ziel.....	69
IV. Einordnung der Thematik in den Kontext aktueller Diskussionen.....	79
V. Begriffsbestimmungen.....	89
B. Die Rolle des Rechts.....	99
I. Das Reißbrett eines überirdischen Gesetzgebers.....	100
II. Die Rolle des Rechts beim Zustandekommen des Ausgleiches.....	100
III. Die Rolle des Rechts als Ursprung des Zielkonfliktes.....	102
C. Erkenntnisziele und -möglichkeiten der Arbeit.....	110
I. Verständnisschärfung versus Reformvorbereitung.....	110
II. Mikro- versus Makrovergleich.....	111
III. Bezugspunkt(e) des Vergleichs.....	113
IV. Besonderheiten des Vergleichs von Verfassungsrecht.....	116
V. Die Suche nach der „relativ besten Lösung“.....	118
VI. Fazit.....	120

Teil II

Die Ausgestaltung des „magischen Dreiecks“ in den USA

A. Arbeitsplan und Überblick.....	121
I. Das Dreieck und die Interaktion von Judikative und Legislative.....	121
II. Arbeitsplan.....	121
III. Freizügigkeit und Föderalismus im Überblick.....	122
B. Das System der sozialen Sicherheit in den USA - ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung des „cooperative federalism“.....	133
I. Überblick.....	133
II. „Welfare As They Knew It“ - Das System der sozialen Sicherheit bis Mitte der 90er Jahre.....	134
III. The „Devolution-Revolution“ - Neuerungen im Zusammenspiel von Bund und Gliedstaaten.....	166

- IV „Lehre I“ 180
- C. Die Zuwandererfrage in der Rechtsprechung 188
 - I. Der Zugang von interstate migrants zu den Sozialleistungen der Gliedstaaten 189
 - II. Deutung und Kritik 302
 - III „Lehre II“ 336

Teil III

Was geht uns das an?

- A. Zu „Lehre II“ 338
 - I. Kein Problem? 339
 - II. Zum Stand der Diskussion in Deutschland 341
 - III. Konkretisierung des Lösungsvorschlags 351
 - IV. Zur Tragweite von „Lehre II“ 356
- B. Zu „Lehre I“ 364
 - I. Der Vorschlag 365
 - II. Die Einwände samt Repliken 366
- Zusammenfassung** 370
- Literaturverzeichnis** 372
- Quellen im Internet** 382
- Anhang: „Lesehilfen“** 383
- Sachverzeichnis** 387

Teil II

Die Ausgestaltung des „magischen Dreiecks“ in den USA

- A. Artstein und Überblick 121
- I. Das Dreieck und die Interaktion von Judikative und Legislative 121
- II. Artstein 121
- III. Funktionen und Föderalismus im Überblick 123
- B. Das System der sozialen Sicherheit in den USA - ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung des „cooperative federalism“ 127
- I. Überblick 128
- II. „Welfare As They Know It“ - Das System der sozialen Sicherheit bis Mitte der 1960er Jahre 134
- III. „The ‘Devolution-Revolution’ - Neuerungen im Zusammenhang von Budget und Föderalismus“ 166

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	23
-----------------	----

Teil I

Vorüberlegungen

A. Der Zielkonflikt von Freizügigkeit, Wohlfahrtsstaatlichkeit und Subsidiarität.....	26
I. Begründungen für einen Ausschluß der Zuwanderer von den Sozialleistungen.....	27
1. Die sog. „Welfare Magnets Thesis“.....	27
a) Allgemeine Formulierung.....	27
b) Attraktivität.....	28
2. Alternativen und Konkretisierungen der welfare magnets thesis.....	29
a) Alternative Begründungen: Gegenleistung oder Gemeinschaftszugehörigkeit.....	30
aa) Die Pole.....	31
bb) Mögliche Abstufungen.....	32
cc) Sonderproblem Föderalismus.....	33
dd) Gleichbehandlung von Zuwanderern und Ansässigen?.....	33
ee) Die faktischen Prämissen.....	35
ff) Mittelknappheit als Begründungselement.....	35
b) Konkretisierungen der welfare magnets thesis.....	36
aa) Gefährdung des Leistungszwecks.....	36
bb) Soziale Selektion.....	38
cc) Drohender Unterstützungsverlust.....	39
dd) Drohender Armutsexport durch die Nachbarn.....	41
3. Fazit.....	44
II. Begründungen für einen Anspruch der Zuwanderer auf Sozialleistungen.....	44
1. Der Zuwanderer als Bereicherung?.....	44
2. Generelle soziale Verantwortung.....	47
3. Freizügigkeit.....	48
a) Der Ausschluß von den Sozialleistungen der Zielregion als Beschränkung?.....	48
b) Zweck und Umfang der Freizügigkeitsgewährleistung.....	49
aa) Freizügigkeit um des einzelnen Willen.....	50
bb) Freizügigkeit zur Verbesserung der Allokation des Faktors Arbeit.....	50

cc)	Freizügigkeit als Vorbedingung des Systemwettbewerbs.....	51
(1)	Effizienzgewinne.....	52
(2)	Neuformation homogenerer Gemeinschaften.....	55
(3)	Fazit: Janusgesicht der Freizügigkeit.....	56
dd)	Freizügigkeit zur Förderung des überregionalen Zusammenhalts....	56
4.	Gleichbehandlung.....	57
a)	Das Gleichheitsgebot als Instrument der Sicherung von Rationalität und Transparenz.....	57
b)	Der Kontrollmaßstab.....	58
aa)	Bedeutung der Kontrollinstanz.....	58
bb)	Mögliche Auslöser einer verschärften gerichtlichen Kontrolle.....	59
(1)	Bedeutung des geregelten Lebensbereiches.....	59
(2)	Suspektheit des Differenzierungskriteriums.....	60
(a)	Ungleichbehandlung als Eingriff in ein Freiheitsgrund- recht.....	60
(b)	Verpönte Kriterien.....	61
(c)	Begründung über mangelnde politische Repräsentation....	61
c)	Implikationen und Möglichkeit abgestufter Kontrolle.....	62
aa)	Formen der Beanstandung.....	62
bb)	Zurückhaltung als Verbot gerichtlicher Wertung?.....	63
cc)	Implikation: Unbestimmtheit des Rechts.....	64
dd)	Zweite Implikation: Grade der Verfassungswidrigkeit.....	65
ee)	Gewaltenteilung trotz unbestimmten Rechts?.....	65
ff)	Probleme bei der Unterscheidung von Kontrolle und Kontroll- maßstab.....	66
5.	Fazit.....	68
III.	Erweiterung der Perspektive - Subsidiarität als drittes kollidierendes Ziel.....	69
1.	Alternativen aus regionaler Sicht.....	69
2.	Alternativen aus zentraler oder interregionaler Sicht.....	70
a)	Bleibende Verantwortung der Herkunftsregion.....	70
aa)	Regionalisierte Armenfürsorge vor der industriellen Revolution....	71
bb)	Einwände gegen ein strikt herkunftsorientiertes System heutz- tage.....	72
cc)	Elemente eines Systems bleibender Verantwortung der Herkunfts- region in der heutigen Sozialrechtskoordination.....	75
b)	Zentralisierung der Sozialleistungen.....	76
aa)	Wirkungsweise.....	76
bb)	Nachteile.....	76
cc)	Subsidiarität als drittes kollidierendes Ziel.....	77
3.	Fazit: Das „magische Dreieck“.....	78
IV.	Einordnung der Thematik in den Kontext aktueller Diskussionen.....	79
1.	Verwandte Probleme für die regionale Wohlfahrtsstaatlichkeit.....	79
2.	Verwandte Probleme für die regionale Staatlichkeit.....	80

3.	Implikationen für die vorliegende Arbeit.....	80
4.	Solidarische Verbundenheit jenseits der Nation?	82
a)	Für eine Staatswerdung Europas.....	82
b)	Gegen eine Staatswerdung Europas.....	85
c)	Folgerungen für diese Arbeit.....	87
V.	Begriffsbestimmungen.....	89
1.	„Wohlfahrtsstaatlichkeit“ und verwandte Begriffe.....	89
a)	Leistungen der Daseinsvorsorge.....	90
b)	Versicherungsleistungen.....	93
c)	„Wohlfahrtsstaat“ versus „Sozialstaat“	95
2.	„Föderalismus“ und damit zusammenhängende Begriffsklärungen.....	95
a)	Zur Zweckmäßigkeit der thematischen Beschränkung auf „föderale“ Systeme.....	95
b)	Zur Verwendung von „Föderalismus“.....	96
c)	Region - Zentralebene.....	97
d)	„Staat“ und „Verfassung“.....	98
e)	„Subsidiarität“.....	98
3.	„Migrant“, „Zuwanderer“ und verwandte Begriffe.....	98
B.	Die Rolle des Rechts.....	99
I.	Das Reißbrett eines überirdischen Gesetzgebers.....	100
II.	Die Rolle des Rechts beim Zustandekommen des Ausgleiches.....	100
1.	Das Recht als Instrument zur materiellen Gestaltung des Ausgleichs.....	100
2.	Das Recht als Determinante des Spannungsausgleichs.....	101
3.	Das Recht als Konstituante des politischen Willens.....	102
4.	Fazit und Konsequenzen für diese Arbeit.....	102
III.	Die Rolle des Rechts als Ursprung des Zielkonfliktes.....	102
1.	Zur Bestimmbarkeit der Ziele einer Gemeinschaft.....	103
2.	„Staatsziele“ im Konflikt?.....	104
3.	Mögliche verfassungstextliche oder -rechtliche Verankerungen der kol- lidierenden Ziele.....	106
4.	Positivierungen im einfachen Recht.....	109
5.	Verankerungen von Zielen außerhalb des magischen Dreiecks.....	109
C.	Erkenntnisziele und -möglichkeiten der Arbeit.....	110
I.	Verständnisschärfung versus Reformvorbereitung.....	110
II.	Mikro- versus Makrovergleich.....	111
III.	Bezugspunkt(e) des Vergleichs.....	113
1.	Zur Unerreichbarkeit einer „vorrechtlichen“ Problemformulierung.....	113
a)	Zur Asymmetrie der angestrebten „vergleichend orientierten“ Studie..	113
b)	Zur unvollkommenen Vorrechtlichkeit der vorangegangenen Pro- blemformulierung.....	114
c)	Zur allgemeinen Unerreichbarkeit einer vorrechtlichen Problem- formulierung.....	114
2.	Zur Eignung rechtlicher Gemeinsamkeiten als tertium comparationis.....	115
3.	Zu den Konsequenzen für diese Arbeit.....	116

IV. Besonderheiten des Vergleichs von Verfassungsrecht.....	116
V. Die Suche nach der „relativ besten Lösung“.....	118
1. Nationalität?.....	118
2. Zweckmäßigkeit?.....	119
3. Dennoch: „Bessere“ Lösungen?.....	119
VI. Fazit.....	120

Teil II

Die Ausgestaltung des „magischen Dreiecks“ in den USA

A. Arbeitsplan und Überblick.....	121
I. Das Dreieck und die Interaktion von Judikative und Legislative.....	121
II. Arbeitsplan.....	121
III. Freizügigkeit und Föderalismus im Überblick.....	122
1. Freizügigkeit.....	122
a) Zur Freizügigkeitsgarantie.....	123
b) Zur Gleichheitsgarantie.....	124
c) Zur Lösung der Zuwandererproblematik.....	125
d) Zur rechtlichen Behandlung von „Durchreisenden“.....	126
e) Fazit.....	127
2. Das föderale System der USA.....	127
a) Regionale und zentrale Elemente im Gesetzgebungsverfahren.....	128
b) Gesetzgebungskompetenzen.....	129
B. Das System der sozialen Sicherheit in den USA - ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung des „cooperative federalism“.....	133
I. Überblick.....	133
II. „Welfare As They Knew It“ - Das System der sozialen Sicherheit bis Mitte der 90er Jahre.....	134
1. Überblick: Die USA - ein Wohlfahrtsstaat?.....	134
2. Die einzelnen Sicherungszweige.....	137
a) Versicherungssysteme.....	138
aa) „Social Security“ - Alters-, Hinterbliebenen- und Invaliditätssicherung.....	138
bb) Health Insurance - Krankenversicherung.....	141
cc) Unemployment Compensation - Arbeitslosenversicherung.....	143
dd) Workers' Compensation - Unfallversicherung.....	147
b) Steuerfinanzierte Sozialleistungen.....	150
aa) Food Stamps - Lebensmittelmarken.....	151
bb) Housing Assistance - Wohnungsförderung.....	153
cc) Supplemental Security Income (SSI) - zusätzliche Basisleistungen für behinderte und ältere Menschen.....	155
dd) Aid to Families with Dependent Children (AFDC) - Basisleistungen für besonders bedürftige Familien.....	157

ee) Medicaid - medizinische Grundversorgung für bestimmte Gruppen von Bedürftigen.....	161
ff) General Assistance - gliedstaatliche Basisleistungen.....	163
c) Steuererleichterungen.....	164
III. The „Devolution-Revolution“ - Neuerungen im Zusammenspiel von Bund und Gliedstaaten.....	166
1. Reforminhalte.....	167
a) Temporary Aid for Needy Families (TANF).....	167
b) Weitere Änderungen außerhalb der Familienmindestleistungen.....	170
2. Weitergehende, aber gescheiterte Reformpläne.....	171
3. Bewertung.....	172
a) Von Reagan zu Gingrich: Die verschiedenen Gesichter der „devolution“.....	173
b) Unfreiwillige „Ausfallbürgerschaft“ der Gliedstaaten?	174
c) „A Stately Walk Downwards“: Gemessenen Schrittes in den Keller?..	175
d) Freizügigkeit versus Wohlfahrtsstaatlichkeit.....	176
e) „Gut und Böse“?.....	177
IV. „Lehre I“	180
1. Instrumente der Teilzentralisierung im US-amerikanischen Sozialrecht....	180
2. Voraussetzungen und Grenzen des Exports dieser Instrumente.....	181
a) Zum Einsatz dieser Gestaltungsinstrumente.....	181
aa) Aufteilung nach Art der Leistung.....	182
bb) Aufteilung nach dem Grad der politischen Akzeptanz.....	182
cc) Theoretische Empfehlungen und politische Entscheidungen.....	184
b) Abstrahierbarkeit?.....	185
c) Absolute Rangfolge der Instrumente?.....	186
3. Fazit.....	187
C. Die Zuwandererfrage in der Rechtsprechung.....	188
I. Der Zugang von interstate migrants zu den Sozialleistungen der Gliedstaaten	189
1. Der Ausgangspunkt: Shapiro v. Thompson.....	190
a) Die Vorgeschichte.....	190
b) Die Entscheidung.....	193
aa) Prüfungsmaßstab.....	193
bb) Die Verwerfung der gliedstaatlichen Rechtfertigungen im einzelnen.....	193
(1) Unzulässige Rechtfertigungen.....	194
(a) Verhinderung eines Zustroms von Bedürftigen.....	194
(b) Berücksichtigung zuvor erbrachter (Steuer-)Leistungen..	195
(c) Brennans verwirrendes Resümee.....	196
(2) Unzureichende Rechtfertigungen.....	199
cc) Zur Bewertung der Entscheidung.....	201
(1) Alternative Begründungswege.....	201

	(a) Gleichheitsprüfung nach traditionellem Maßstab.....	202
	(b) Gesonderte Prüfung anhand der Freizügigkeitsgarantie...	203
	(c) Fazit.....	204
	(2) Offene Fragen zur Reichweite der Entscheidung.....	205
	(a) Wen begünstigt die Entscheidung?.....	205
	(b) Für welche Leistungen gilt die Entscheidung?.....	206
	(c) Auslöser der verschärften Kontrolle.....	206
	c) Ausblick.....	207
2.	Die erste Dekade danach: Die „penalty analysis“ und ihr Anwendungsbereich.....	208
	a) Entscheidungen, welche die Kontinuität zu Shapiro wahrten.....	209
	aa) Finanzierung.....	209
	bb) Tatsächliche oder bezweckte Abschreckung?.....	210
	cc) Eingriffsintensität der Norm.....	211
	dd) Leistungsart.....	212
	(1) Fürsorgeleistungen in Geld.....	212
	(2) Mietbeihilfen.....	213
	(3) Medizinische Versorgung - Memorial Hospital v. Maricopa County.....	214
	(a) Zur Reichweite der penalty analysis.....	214
	(b) Zur Unbeachtlichkeit der welfare magnets thesis.....	215
	ee) Ausblick.....	216
	b) Entscheidungen, die mit Shapiro brachen.....	217
	aa) Bevorzugte Einstellung von Kriegsveteranen in den Staatsdienst..	217
	bb) Ehescheidung.....	218
	cc) Ausbildung.....	220
	(1) Hochschule.....	221
	(a) Zum Hintergrund: Spezielle Wohnsitzdefinitionen im Hochschulbereich.....	221
	(b) Verteuerter Hochschulzugang als Bestrafung?.....	223
	(c) Frühere Steuerzahlungen als unzulässiges Kriterium?.....	224
	(d) Vlandis v. Kline - Die verunglückte Flucht in Verfahrensfragen.....	226
	(aa) Zur Zulässigkeit einjähriger Wartezeiten im Hochschulbereich.....	227
	(bb) Zum Sinn der Beschränkung auf „residents“.....	228
	(2) Schule.....	230
	(a) Ausbildung und die penalty analysis.....	230
	(aa) Recht auf Ausbildung?.....	231
	(bb) Besondere Bedeutung von Ausbildung?.....	232

(b)	Wohnsitzdefinitionen im Schulkontext: <i>Martinez v. Bynum</i>	232
(aa)	Die Entscheidung.....	233
(bb)	Vorbehalt gliedstaatlicher Leistungen für residents.....	234
(cc)	Zum Inhalt des Begriffs „resident“.....	235
(dd)	Zwischenergebnis.....	239
3.	Die zweite Dekade: Neue Begründungsansätze.....	239
a)	<i>Zobel v. Williams</i>	240
aa)	Die Ausgangslage.....	240
bb)	Die Entscheidung.....	241
(1)	Die Entscheidungsgründe im einzelnen.....	241
(2)	Zur Bewertung der Entscheidung.....	243
(a)	Eine Absage an die penalty analysis?.....	243
(b)	Der neue Ansatz.....	244
(aa)	Temporäre oder dauerhafte Ungleichbehandlungen.....	245
(bb)	Rechtfertigungen „unzulässiger“ Zwecke?.....	245
(cc)	Das zustimmende Votum von Justice Brennan.....	247
(dd)	Zwischenfazit.....	249
(c)	O’Connors alternativer Lösungsweg.....	249
(aa)	Der Wortlaut-Einwand.....	249
(bb)	Die Behandlung von transients.....	250
(cc)	O’Connors Subsumption in <i>Zobel</i>	251
(dd)	Zur Bewertung des alternativen Ansatzes.....	252
cc)	Ausblick.....	254
b)	<i>Hooper v. Bernalillo County</i>	254
c)	<i>Attorney General of New York v. Soto-Lopez</i>	256
aa)	Zur Ausgangslage.....	256
bb)	Die Entscheidung.....	256
(1)	Die <i>Zobel</i> -Lösung.....	257
(2)	Die traditionelle <i>Shapiro</i> -Lösung.....	257
(3)	Der alternative Ansatz O’Connors.....	258
cc)	Ausblick.....	259
4.	Die dritte Dekade: Warten auf den Supreme Court.....	259
a)	<i>Nordlinger v. Hahn</i>	260
b)	Neue Regionalisierungstendenzen im Fürsorgebereich.....	261
aa)	Zum Umgang der einfachen Gerichte mit der Unsicherheit.....	262
bb)	„Freizügigkeitsneutrale“ Leistungskürzungen.....	263
c)	Zur Möglichkeit einer Autorisation durch den Bundesgesetzgeber.....	267
aa)	<i>Shapiro</i> und die Autorisation durch den Bundesgesetzgeber.....	268
bb)	Damalige Alternativen zur <i>Shapiro</i> -Lösung.....	269

(1) Der pragmatische Einwand.....	270
(2) Politische Repräsentation und Gleichheitsrechtsprechung.....	270
(3) Die „dormant commerce clause“.....	271
(a) Hintergrund: Die Rechtsprechung zur dormant commerce clause.....	271
(b) Commerce clause und Freizügigkeit.....	273
(4) Resümee.....	275
cc) Weitere Alternativen zur Shapiro-Lösung.....	275
(1) O'Connors Lösung über die comity clause.....	275
(2) Lösungsansätze über Rechte aus dem Bürger-Status.....	276
dd) Fazit.....	278
5. Der vorläufige Schlüsselpunkt: Saenz v. Roe and Doe.....	278
a) Vorgeschichte.....	279
b) Die Entscheidung des Supreme Court.....	279
c) Zur Bewertung der Entscheidung.....	282
aa) Die normativen Grundlagen der Entscheidung.....	282
(1) Saenz, durch die alte Brille gelesen.....	283
(2) Die „Einleitungsworte“ des Amendment XIV als neue Grundlage.....	284
(a) Welches der „Einleitungsworte“?.....	284
(aa) Die privileges or immunities clause als „eigentliche“ Grundlage?.....	284
(bb) Die citizenship clause als „eigentliche“ Grundlage?	286
(b) Zur Bewertung der neuen Grundlage.....	287
bb) Die Autorisationsfrage.....	290
cc) Ergebnisrelevante Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtsprechung?	291
(1) Zur Zukunft der bisherigen Schlupflöcher.....	292
(2) Rechtfertigungschancen der Gliedstaaten.....	294
dd) Zum Umgang mit der welfare magnets thesis.....	295
(1) Magnetwirkung?.....	295
(2) Race to the bottom?.....	295
(3) Mitnehmbarkeit.....	298
d) Fazit.....	302
II. Deutung und Kritik.....	302
1. Der Supreme Court zwischen Mißtrauen und institutioneller Untauglichkeit.....	303
a) Mißtrauen.....	303
aa) Zum Begriff des Mißtrauens.....	304
bb) Zur Relevanz des Mißtrauens.....	305
cc) Zwischenergebnis.....	306

b) Institutionelle Untauglichkeit.....	306
aa) Zur Relevanz der institutionellen Tauglichkeit.....	306
bb) Besondere Untauglichkeit der Judikative zur Regelung der Zu- wandererproblematik.....	307
(1) Mangelnde Legitimität.....	308
(2) Mangelnde sachliche Kompetenz.....	308
(a) Unterschiedliche Fähigkeit zur Ermittlung tatsäch- licher Gegebenheiten?.....	309
(b) Unterschiedliche Fähigkeit zur angemessenen Reak- tion.....	311
(aa) Kein Initiativrecht zur Anpassung getroffener Re- gelungen.....	311
(bb) Keine Möglichkeit zur Beeinflussung der rechtli- chen Rahmenbedingungen.....	312
(cc) Keine Möglichkeit zum vermittelnden Ausgleich....	313
cc) Zwischenergebnis.....	314
c) Fazit und Ausblick: Der Supreme Court zwischen Skylla und Charybdis?.....	315
2. Zum Umgang des Supreme Court mit dem Dilemma.....	315
a) Zur Beeinflußbarkeit des Dilemmas.....	315
aa) Determinanten für die Größe des Zwiespalts.....	316
(1) Verschiedene Formen grundrechtlicher Gewährleistungen....	316
(2) Zur Relevanz der Unterscheidungen für die institutionelle Untauglichkeit der Judikative.....	319
(3) Zur Anwendung auf die Zuwandererproblematik.....	321
bb) Zum Einfluß der Rechtsprechung.....	322
b) Die Versuche des Supreme Court, dem Dilemma zu entinnen.....	323
aa) Das „bequeme“ Freizügigkeitsverständnis.....	324
bb) Die „unbequemen“ Folgen.....	326
c) Zwischenergebnis und Ausblick.....	327
3. Ein Ausweg aus dem Dilemma?	327
a) Unterschiedliche Kontrollstandards für Bund und Gliedstaaten.....	327
b) Der Rückgriff auf Verfahrensfragen als „Rundkurs“?.....	328
aa) Die materielle Antwort: zirkulär und überflüssig.....	329
bb) Die prozedurale Antwort: wertend, aber konsensfähig?.....	329
c) „Bundesgesetzesdispositives Verfassungsrichterrecht“.....	331
d) Verbleibende Bindungen des Bundes oder die Grenzen der Disposi- tivität.....	333
e) Offene Fragen.....	334
aa) Konkludente Autorisationen?	335
bb) Autorisationen durch die Exekutive des Bundes?.....	335
III. „Lehre II“	336

Teil III

Was geht uns das an?

A. Zu „Lehre II“	338
I. Kein Problem?	339
II. Zum Stand der Diskussion in Deutschland.....	341
1. Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	341
2. Zum Meinungsstand in der Literatur.....	342
a) Freizügigkeit.....	342
aa) Eingriff in den Schutzbereich?	343
bb) Eingriffsrechtfertigungen.....	344
cc) Resümee.....	345
b) Gleichheitsgarantien.....	345
aa) Art. 3 III.....	346
bb) Art. 33 I.....	347
(1) „Staatsbürgerliche“ Rechte und Pflichten.....	347
(2) Das Differenzierungsverbot.....	348
(3) Weitere Alternativen.....	350
cc) Resümee zu den Gleichheitsgarantien.....	350
3. Fazit.....	351
III. Konkretisierung des Lösungsvorschlags.....	351
1. Voraussetzungen für die Übertragung von „Lehre II“.....	351
2. Unterschiedliche Kontrollgrade und ihre Basis im Verfassungstext.....	352
3. Die Dispositivität der verfassungsgerichtlichen Entscheidung.....	354
4. Die Kompetenz des Bundes zur Autorisation.....	354
5. Fazit zur Bewertung des Landeserziehungsgeldgesetzes.....	355
IV. Zur Tragweite von „Lehre II“.....	356
1. Einbezug der kommunalen Ebene.....	357
2. Einbezug der supranationalen Ebene.....	359
a) Zur europarechtlichen Beurteilung des Wohnsitzdauererfordernisses... ..	359
aa) Das anwendbare Sekundärrecht.....	359
bb) Zum Vorliegen einer indirekten Diskriminierung.....	360
cc) Die relevante Vergleichsgruppe.....	361
b) Konsequenzen für das bayerische Landeserziehungsgeldgesetz.....	362
c) Zur Bedeutung von „Lehre II“	363
B. Zu „Lehre I“	364
I. Der Vorschlag.....	365
II. Die Einwände samt Repliken.....	366
Zusammenfassung	370
Literaturverzeichnis	372
Quellen im Internet	382

Anhang: „Lesehilfen“..... 383

A. Grundlegende Thesen..... 383

B. Gedächtnisstützen..... 383

 I. Eine alphabetische Liste der häufig zitierten Sozialleistungsprogramme..... 383

 II. Eine alphabetische Liste der wichtigsten Entscheidungen..... 384

 III. Die häufig zitierten Normen der US-Verfassung..... 385

Sachverzeichnis..... 387

...über die Unterstützung von einem von allen Mitgliedsstaaten der USA unterhaltenen öffentlichen Familienerhaltungssystem. In Mississippi hätte sie derartige Leistungen erhalten. Allerdings betragen die Leistungen dort nur knapp ein Fünftel des kalifornischen Leistungsniveaus. Kann Kalifornien ihr die Leistungen versagen - zumindest teilweise oder für einen gewissen Zeitraum? Droht es anderen in wegen des Sozialleistungsgefälles zum „Magneten“ für alle Bedürftigen der USA zu werden?

Die Problematik ist auch hinsichtlich des weiteren bekannt. Die Schrankenbildung, welche in der Debatte mit der verfassungsrechtlichen Einigung immer wieder gerechtfertigt werden, beruhen kaum auf dem Wandel selbst. Man sieht sie förmlich vor sich, die Paradoxien Bedürftiger, die aus den anderen EU-Ländern nach Deutschland flüchten, um sich in „unserer“ sozialen Sicherung zu retten. Ein Europa ohne Grenzen - der Ruf unserer Sozialpolitik!

Die Rede ist von einem mit einem mit Bundesmitteln gespeisten Programm, das bis vor kurzem unter dem Namen „Auf der Festlandseite Dependent Children“ (AFDC) bekannt. Es wurde 1996 reformiert und läuft nunmehr in veränderter Form unter dem Titel „Temporary Aid for Needy Families“ (TANF) - Einzelheiten dazu später in Teil II B. II. (S. 114 ff.) und III. (S. 156 ff.).

1994 betragen die Leistungen (kann es auch unter AFDC?) für eine dreiköpfige Familie in Mississippi, der Bundesstaat mit dem niedrigsten Leistungsniveau, monatlich etwa 120. Dagegen gewährte Kalifornien 2.500 - und lag damit noch nicht an der Spitze aller Bundesstaaten, sondern rangiert auf Platz fünf. Zu den Zahlen vgl. *Harmon, Welfare Law Review* 14(1) ff. (1989) Fußnote 43.

Interessante Versuche hat es in jüngster Zeit mehrfach unternommen, vgl. insbesondere zum Teil I C. 1 (S. 189 ff.), insbesondere 5 (S. 275 ff.).

Die Befürchtung scheint nicht völlig auf der Luft gegriffen. So fällt auf, daß Absatz 10 in der zuvor zitierten Liste der AFDC-Leistungen von 1994 (mit 5.122 bzw. 5.131 Personen) - also die beiden niedrigsten und mitunter vielleicht „zustromenden“ Bundesstaaten - vgl. zu den Zahlen wieder *Harmon* (Fn. 3) 220ff., weitere Überlegungen und Daten zur möglichen Migration sind im folgenden noch mehrfach.

Interessant ist, daß diese Befürchtung in nahezu allen Mitgliedsstaaten gereift sein. In *Kosten*, *Platz*, S. 234, sind angesichts der Vollendung des Binnenmarktes in besonderer Zahl Mitgliedstaaten genannt, die das eigene System der sozialen Sicherung für das veraltet oder geringfügige hielten und deswegen vor den Gefahren Sozialleistungsanhaltler warnen.

Einleitung

Eine alleinerziehende Mutter ohne Einkommen zieht mitsamt ihren drei Kindern aus Mississippi nach Kalifornien. Dort angekommen, beantragt sie finanzielle Unterstützung aus einem von allen Gliedstaaten der USA unterhaltenen gesetzlichen Familienbeihilfeprogramm.¹ In Mississippi hatte sie derartige Leistungen erhalten. Allerdings betragen die Leistungen dort nur knapp ein Fünftel des kalifornischen Leistungsniveaus.² Kann Kalifornien ihr die Leistungen versagen - zumindest teilweise oder für einen gewissen Zeitraum?³ Droht es andernfalls wegen des Sozialleistungsgefälles zum „Magnet“ für alle Bedürftigen der USA zu werden?⁴

Die Problematik ist auch hierzulande bestens bekannt. Die Schreckensbilder, wie sie in der Debatte um die europäische Einigung immer wieder gezeichnet werden, bedürfen kaum der Wiederholung: Man sieht sie förmlich vor sich, die Heerscharen Bedürftiger, die aus den anderen EU-Ländern nach Deutschland drängen, um sich in „unserer“ sozialen Hängematte zu räkel. Ein Europa ohne Grenzen - der Ruin unseres Sozialstaates?⁵

¹ Die Rede ist von einem teilweise aus Bundesmitteln gespeisten Programm, das bis vor kurzem unter dem Namen „Aid for Families with Dependent Children“ (AFDC) firmierte. Es wurde 1996 reformiert und läuft nunmehr in veränderter Form unter dem Titel „Temporary Aid for Needy Families“ (TANF) - Einzelheiten dazu später in Teil II B. II. (S. 134 ff.) und III. (S. 166 ff.).

² 1994 betragen die Leistungen (damals noch unter AFDC) für eine dreiköpfige Familie in Mississippi, dem Bundesstaat mit dem niedrigsten Leistungsniveau, monatlich nur \$ 120. Dagegen gewährte Kalifornien \$ 607 - und lag damit noch nicht an der Spitze aller Bundesstaaten, sondern lediglich auf Platz fünf. Zu den Zahlen vgl. *Hartmann*, 40 *Wayne Law Review* 1401 ff. (dortige Fußnote 43.).

³ Entsprechende Versuche hat es in jüngerer Zeit mehrfach unternommen; vgl. ausführlich dazu unten Teil II C. I. (S. 189 ff.), insbesondere 5. (S. 278 ff.).

⁴ Die Befürchtung scheint nicht völlig aus der Luft gegriffen. So fällt auf, daß Alaska und Hawaii die zuvor zitierte Liste der AFDC-Leistungen von 1994 (mit \$ 923 bzw. \$ 712) anführen - also die beiden entlegensten und mithin vielleicht „zustromsichersten“ Bundesstaaten - vgl. zu den Zahlen wieder *Hartmann* (Fn. 2) a.a.O.; weitere Überlegungen und Daten zur möglichen Magnetwirkung im folgenden noch mehrfach.

⁵ Bemerkenswert ist, daß diese Befürchtung in nahezu allen Mitgliedstaaten geteilt wird. So berichtet *Pieters*, S. 734, daß angesichts der Vollendung des Binnenmarktes in neun der zwölf Mitgliedstaaten Stimmen laut wurden, die das eigene System der sozialen Sicherheit für das teuerste oder großzügigste hielten und deswegen vor den Gefahren dieses Integrationsschrittes warnten.

Jedenfalls auf den zweiten Blick zeigt sich, daß man nicht einmal den nationalen Kontext zu verlassen braucht, um auf derlei Problemkonstellationen zu stoßen. Selbst im um so vieles kleineren, homogeneren und auch zentralistischeren Deutschland mangelt es nicht an vergleichbaren Fällen: Man denke etwa, um erneut ein Beispiel aus dem Bereich der Familienleistungen zu wählen, an eine Familie, die aus Hessen nach Bayern zieht und dort erfährt, daß sie mindestens fünfzehn Monate in Bayern gewohnt haben muß, um in den Genuß des Landeserziehungsgeldes⁶ zu kommen.

Wenn die Probleme sich ähneln, liegt die Hoffnung nicht fern, daß man vom Umgang der anderen mit ihnen lernen könnte. Das gilt um so mehr, als die Debatte um einen angemessenen Ausgleich von Freizügigkeit und Integration auf der einen Seite und regionaler sozialstaatlicher Autonomie auf der anderen in den USA eine lange Geschichte hat. Überdies ist sie auch brandaktuell: In den letzten Jahren war sie erneut aufgeflammt, als einige Gliedstaaten, zuletzt mit der Rückendeckung des Bundesgesetzgebers, einen Schritt in Richtung stärkerer Regionalisierung unternommen haben.⁷ Den vorläufigen Endpunkt dieser Entwicklung markiert ein kürzlich ergangenes Urteil des *Supreme Court*, in dem er diesen Regionalisierungstendenzen einen Riegel vorgeschoben hat.⁸

Nun folgt der Hoffnung, Lehren zu ziehen, die Skepsis auf dem Fuße. Sind die Systeme denn überhaupt vergleichbar? Unterscheiden sich nicht die gesellschaftlichen, politischen, kulturellen, historischen und nicht zuletzt auch rechtlichen Rahmenbedingungen jenseits des großen Teiches zu sehr von denen hierzulande - und zwar sowohl von denen in der EU als auch, obschon in anderer Weise, von denen in der BRD -, als daß man die dortigen Erfahrungen hier nutzbar machen könnte?

Ohne Zweifel gebieten die augenfälligen Unterschiede der genannten Gemeinwesen Vorsicht gegenüber allzu simplen Übertragungsversuchen. Dementsprechend erhebt die vorliegende Arbeit auch nicht den Anspruch, im Wege ei-

⁶ Vgl. Art. 1 (1) Nr. 1 des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes, näher dazu unten Teil III A. (S. 338 ff.).

⁷ Teil II (S. 121 ff.) dieser Arbeit wird sich ausführlich mit dieser Entwicklung auseinandersetzen - an dieser Stelle mag deswegen ein kurzer Hinweis genügen: Der Bundesgesetzgeber hat den Gliedstaaten in den letzten Jahren mehr Freiräume als bisher beim Umgang mit den bundesstaatlichen Zuschüssen zur Finanzierung gliedstaatlicher Sozialleistungen eingeräumt. Im Zuge dessen hat er ihnen explizit gesetzlich freigestellt, Neuankömmlinge aus anderen Bundesstaaten zunächst nicht in den Genuß der vollen Leistungen kommen zu lassen. Von der gesetzlichen Erlaubnis machten 1998 13 Gliedstaaten Gebrauch (vgl. die Übersicht in Green Book 1998, S. 515-518). Bereits zuvor konnte die Bundesverwaltung solche Regelungen genehmigen und hatte dies auch in einigen Fällen getan (vgl. hierzu noch Green Book 1994, S. 364, und Green Book 1996, S. 434 f.).

⁸ Ausführlich dazu unten Teil II C. I. 5. (S. 278 ff.).

nes umfassenden Rechts- oder Systemvergleichs konkrete Handlungsanleitungen für eines der Gemeinwesen zu gewinnen. Vielmehr beschränkt sie sich zunächst darauf, eine umfassende Analyse der US-amerikanischen Rechtslage und Diskussion vorzulegen, welche bislang weder hier noch - soweit ersichtlich - in den USA existiert (dazu in Teil II).

Da die Studie aber zugleich von der Hoffnung getragen ist, die hiesige Diskussion anzuregen, werden im Verlauf der Analyse des US-amerikanischen Systems - punktuell, tentativ und exemplarisch - Lehren formuliert, die vielleicht auch jenseits der spezifischen Situation der USA Gültigkeit beanspruchen und somit immerhin Denkanstöße für die Lösung aktueller Probleme auch hierzulande liefern könnten (dazu in Teil III).

Zunächst jedoch bedarf es einiger Vorüberlegungen. Dazu im nun folgenden Teil I.

Teil III

Was geht uns das an?

Rechtsvergleichung ist ein riskantes Unterfangen: Wer sich in das „fremde Dickicht“ ausländischen Rechts vorwagt, so warnte bereits *Ernst Rabel*, der setzt sich „den mit Pfeilen lauernnden Einheimischen“ aus.¹ Aber damit nicht genug. Jedenfalls wenn Rechtsvergleichung mehr bezweckt als die Beschreibung fremden Rechts, wenn sie Lehren ziehen will für das eigene, dann drohen Pfeile auch von den eigenen Stammesgenossen.

Es ist deswegen ratsam, diesem Teil III nochmals einen Hinweis auf den beschränkten Anspruch der Arbeit voranzustellen. Wenn im folgenden erörtert werden soll, inwiefern die zuvor entwickelten „Lehren“ für das Recht hierzulande von Bedeutung sein könnten, dann kann es allenfalls darum gehen, Denkanstöße zu geben - „exemplarisch, punktuell und tentativ“, wie es schon in der Einleitung hieß. Ein Erfolg wäre bereits, wenn es gelänge, die Debatte hierzulande anzuregen. So betrachtet ist die Möglichkeit, die „hiesigen Eingeborenen zu provozieren“, eher Hoffnung denn Befürchtung.

Die beiden Lehren aus Teil II sollen im folgenden nacheinander dazu verwendet werden, jeweils eine konkrete Anregung für die künftige Gestaltung des Rechts hierzulande zu entwickeln. Mit „hierzulande“ ist dabei Unterschiedliches gemeint - symptomatisch vielleicht für die sich überlagernden kollektiven Identitäten, von denen in Teil I dieser Arbeit die Rede war.² Im Zusammenhang mit „Lehre I“ geht es um die Europäische Union (dazu unten B.), bei der nachfolgend zunächst behandelten „Lehre II“ dagegen um Deutschland (dazu so gleich A.).

A. Zu „Lehre II“

Die Untersuchung der Rechtsprechung des *Supreme Court* schloß mit der „Lehre“, daß die Rechtsprechung auf Bundesebene in der Zuwandererfrage gliedstaatliche Normen einer strengeren Kontrolle unterziehen sollte als solche

¹ *Rabel*, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Recht (heute: *RabelsZ*) 1950, S. 340.

² Vgl. dazu oben Teil I A. IV. 4. (S. 82 ff.).

des Bundes. Hier wird nun die These aufgestellt, daß es auch in Deutschland sinnvoll wäre, wenn Regelungen, die Migranten innerhalb der Bundesrepublik vom Zugang zu den staatlichen (Sozial-)Leistungen der Länder ausschließen, vom Bundesverfassungsgericht unterschiedlich strengen Anforderungen unterworfen würden.

Im folgenden wird zunächst gezeigt, daß sich die Zuwandererfrage auch hierzulande stellt (dazu I.). Im Anschluß daran soll der Stand der Diskussion anhand eines praktischen Beispielsfalles dargestellt werden (dazu II.). Vor diesem Hintergrund wird der vorangegangene Vorschlag zur Umsetzung von „Lehre II“ konkretisiert (dazu III.). Abschließend geht es um die Tragweite, die „Lehre II“ in Deutschland über ihre Anwendung auf den praktischen Beispielsfall hinaus haben kann (dazu IV.).

I. Kein Problem?

Zunächst könnte man bezweifeln, ob sich die Zuwandererfrage, wie sie zuvor für die USA behandelt wurde, in Deutschland überhaupt stellt.³ Nicht daß es hier keine innerstaatliche Migration über die Ländergrenzen hinweg gäbe. Aber ist Deutschland nicht deutlich stärker zentralisiert, zumal im Bereich der Sozialpolitik, so daß es auf Länderebene kaum Leistungen gibt, von denen Zuwanderer ausgeschlossen werden könnten? Die Frage mag allzu sehr generalisieren. Doch der zugrunde liegende Einwand hat einiges für sich. Gerade im Bereich der nicht beitrags-, sondern steuerfinanzierten Leistungen, wo sich das Zuwandererproblem am schärfsten präsentiert⁴, ist der Unterschied zu den USA augenfällig: Dort die fragmentarische staatliche Fürsorge mit großen Leistungsunterschieden zwischen den Gliedstaaten, hier die zentral geregelte und umfassende Basissicherung durch das Bundessozialhilfegesetz.⁵

Bei näherem Hinsehen jedoch finden sich auch in Deutschland einzelne Bereiche staatlicher Leistungen, die in wesentlichem Ausmaß von den Ländern gestaltet und finanziert werden und in denen die Zuwandererproblematik somit in derselben Weise virulent werden könnte, wie sie für die USA beschrieben

³ Vgl. dazu bereits die Einleitung dieser Arbeit.

⁴ Vgl. hierzu Teil I A. V. 1. b) (S. 93 ff.).

⁵ Deren aktuelle Höhe unterliegt zwar regionalen Schwankungen. Aber das Bundesrecht trägt dafür Sorge, daß die Höhe dem einheitlich bestimmten tatsächlichen Bedarf entspricht. Die regionalen Schwankungen erklären sich deswegen primär aus Schwankungen des Preisniveaus. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere die 1996 eingeführte bundesrechtliche Regelung zur Bemessung der Regelsätze in § 22 III S. 2 - 4 BSHG (ausführlich hierzu *Schellhorn/Jirasek/Seipp* BSHG-Kommentar § 22 Rn. 28-38). Tatsächlich sind die Unterschiede bei den Regelsätzen, welche die Länder nach dieser Vorschrift festsetzen, minimal.

wurde. Man denke etwa an die öffentlichen Hochschulen, hinsichtlich derer sich Bund und Länder nicht nur die Regelungskompetenzen, sondern auch die Finanzierung bestimmter Ausgaben teilen.⁶ In der Tat hatte es in diesem Bereich auch schon Versuche seitens der Länder gegeben, den Zugang von Zuwanderern zu beschränken, bis das Bundesverfassungsgericht diese Praxis Anfang der siebziger Jahre im sog. NC-Urteil⁷ für unzulässig erklärte.

Freilich stützte das Gericht seine Begründung damals auf Art. 12 I GG, so daß die Entscheidung keine Rückschlüsse darauf erlaubt, ob der Ausschluß von Zuwanderern auch dann unzulässig sein soll, wenn es um staatliche Leistungen der Länder geht, die außerhalb des Schutzbereiches der Ausbildungsfreiheit liegen. Auch hierfür hat es in der Folgezeit praktische Beispiele gegeben, etwa die sog. Familiengründungsdarlehen, die beispielsweise das Land Bayern gewährte und die zur Voraussetzung hatten, daß zumindest einer der Ehepartner seinen Wohnsitz seit mehr als einem Jahr in Bayern hatte.⁸

Inzwischen sind auch diese Familiengründungsdarlehen von der Bildfläche verschwunden. Aber ein entsprechendes Wohnsitzdauererfordernis findet sich auch derzeit noch im bayerischen⁹ Landesrecht, nämlich im Landeserziehungsgeldgesetz. Diese Leistung wird nach Ablauf des Anspruches auf Bundeserziehungsgeld unter ähnlichen Voraussetzungen und in leicht verminderter Höhe¹⁰ für ein weiteres Jahr gewährt. Einen Anspruch hat jedoch nur, wer seinen Wohnsitz seit längerer Zeit - hier sind es sogar fünfzehn Monate - in Bayern gehabt hat.¹¹

⁶ Vgl. Art. 91a I Nr. 1 GG, zur Regelungskompetenz Art. 91a II und III, zur Finanzierung IV S. 1.

⁷ BVerfGE 33, 303 (insbesondere 351 ff.). Größere Beachtung hat die in dieser Entscheidung ebenso behandelte Problematik eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Zugang zu einer staatlichen Leistung („Grundrechte als Teilhaberechte“) gefunden. Daneben ging es damals aber auch um die Frage der Landeskinderbevorzugung - ausführlich dazu sogleich unten Teil III A. II. 1. (S. 341 ff.).

⁸ Vgl. darstellend und kritisch hierzu *Fastenrath*, JZ 1987, 170 ff., 76; ihm folgend *Battis* in: *Sachs*, GG-Kommentar Art. 33 I, Rn 18.

⁹ Soweit die anderen Bundesländer eine solche Leistung gewähren, machen sie sie - soweit ersichtlich - nicht von einem solchen Wohnsitzdauererfordernis abhängig. Vgl. dazu etwa die - noch nicht ganz vollständige - Zusammenstellung der entsprechenden Landesgesetze in Abschnitt 4 von *Grüner/Dalichau*, Bundeserziehungsgeldgesetz. Als es in Baden-Württemberg noch ein entsprechendes Gesetz gab, enthielt auch dies noch ein Wohnsitzdauererfordernis (in § 3 I Nr. 2 der Fassung vom 26.7. 1989, nach der allerdings kein Rechtsanspruch auf diese „freiwillige“ Leistung bestand).

¹⁰ Derzeit beträgt es maximal 500 DM monatlich; vgl. Art. 5 I S. 1 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

¹¹ Vgl. Art. 1 I Nr. 1 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

Es gibt das Zuwandererproblem US-amerikanischen Zuschnitts also auch in Deutschland, obgleich deutlich seltener und fast durchweg¹² unterhalb der Wahrnehmungsschwelle der juristischen Diskussion. Im folgenden sollen die Normen erörtert werden, die in Deutschland einschlägig sein könnten. Das bayerische Landeserziehungsgeldgesetz wird dabei als Beispiel dienen.

II. Zum Stand der Diskussion in Deutschland

Wie in den USA so kämen auch hierzulande eine Reihe von Verfassungsnormen in Frage, an denen das Wohnsitzdauererfordernis im bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz scheitern könnte. So könnten auf den ersten Blick sowohl die Freizügigkeitsgarantie des Art. 11 GG als auch die speziellen Gleichbehandlungsgebote der Art. 3 III und 33 I GG einschlägig sein, hilfsweise auch noch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.

1. Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einer solchen Konstellation gibt es bislang nicht - mit Ausnahme des bereits erwähnten NC-Urteils von 1973, das jedoch allenfalls indirekten Aufschluß über die Anwendbarkeit der zuvor zitierten Normen geben kann. In dem hier interessierenden Teil der Entscheidung ging es um die Zulässigkeit einer landesrechtlichen Regelung in Bayern¹³, die „Landeskinder“¹⁴ bei der Studienplatzvergabe bevorzugte. Grundsätzlich sollte nach diesen Bestimmungen der Zugang zu zulassungsbeschränkten Studiengängen nach der Eignung der Bewerber erfolgen. Allerdings sollten Vergünstigungen für solche Bewerber gewährt werden, die ihren „Vorbildungsnachweis“ in Bayern erworben und ihren Wohnsitz in Bayern hatten.

Das bloße Wohnsitzerfordernis wäre eventuell auch für externe Bewerber noch zu erfüllen gewesen. Aber die Voraussetzung eines bayerischen Abiturs machte die Norm *de facto* zu einem Wohnsitzdauererfordernis. Die praktische Bedeutung dieser Benachteiligung war im übrigen erheblich. So führte ihre Anwendung dazu, daß damals beispielsweise an der Universität München „im

¹² Eine Ausnahme ist die kürzlich erschienene, historisch ausgerichtete Monographie von Pfütze, „Die Verfassungsmäßigkeit von Landeskinderklauseln.“ Die dort behandelten aktuellen Anwendungsbeispiele entstammen allerdings nicht dem sozialrechtlichen Bereich.

¹³ Vgl. das Gesetz über die Zulassung zu den Bayerischen Hochschulen vom 8.7.1970. Die relevanten Passagen - das war insbesondere Art. 3 (2) - sind in BVerfGE 33, 303, 312 f. wiedergegeben.

¹⁴ Diese gebräuchliche, aber ungenaue Bezeichnung verwendete auch das BVerfG selbst; vgl. BVerfGE 33, 303, 351.

wesentlichen nur Bewerber aus dem Münchener Einzugsbereich zum Medizinstudium zugelassen“ wurden.¹⁵

Der Sachverhalt ließ vermuten, daß sich das Bundesverfassungsgericht mit der Anwendbarkeit der zuvor zitierten Normen auseinandersetzen würde. Aber zur Überraschung auch der damaligen Kommentatoren¹⁶ wählte es einen anderen Weg. Nicht eine eventuelle Freizügigkeitsbeschränkung, nicht der mögliche Verstoß gegen Art. 3 oder 33 wurden erörtert, sondern allein die Vereinbarkeit der angegriffenen Norm mit Art. 12 I GG. Diese lehnte das Gericht ab - unter Verweis sowohl auf die Entstehungsgeschichte des Art. 12 GG¹⁷ als auch auf die Erfordernisse des als einheitliches System konzipierten nationalen Hochschulwesens.¹⁸ Nachdem die Verfassungswidrigkeit somit bereits aus Art. 12 GG folgte, sah das Gericht davon ab, die anderen, womöglich ebenfalls verletzen Normen zu diskutieren. Ausdrücklich ließ es dahinstehen, ob Art. 3 III GG auch einschlägig gewesen wäre.¹⁹ Art. 33 I und 11 GG erwähnte es nicht einmal.

2. Zum Meinungsstand in der Literatur

Auch in der Literatur hat sich bislang keine konkrete Rechtsmeinung zu der hier interessierenden Frage gebildet. Allenfalls lassen sich Tendenzen in den Diskussionen zu den möglicher Weise anwendbaren Normen ausmachen.

a) Freizügigkeit

Die Freizügigkeit hat in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang eine geringe Rolle gespielt.²⁰ Infolgedessen wird auch die wissenschaftliche Diskussion oft auf recht abstraktem Niveau geführt. Zentral ist noch immer die bereits aus den fünfziger Jahren stammende Definition der Freizügigkeit als „das Recht, an jedem Ort des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen ...“.²¹ Freilich wird in der Literatur zurecht betont²², daß „diese Defini-

¹⁵ So die Urteilsgründe, vgl. BVerfGE 33, 303, 351.

¹⁶ Vgl. etwa MD-Dürig Rn. 242a zu Art. 3 I; kritisch auch Kisker, S. 47 ff., insbesondere S. 57.

¹⁷ BVerfGE 33, 303, 354 mit dem Hinweis, der Parlamentarische Rat habe solche Bevorzugungen von Landeskindern bei der Hochschulzulassung als Verstoß gegen das Recht zur freien Wahl der Ausbildungsstätte gesehen.

¹⁸ BVerfGE 33, 303, 352.

¹⁹ BVerfGE 33, 303, 356.

²⁰ Vgl. zu dieser verbreiteten Einschätzung statt vieler Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 11 Rn 4.

²¹ BVerfGE 8, 95, 97 f.

tion allenfalls Grundlage einer weiteren Ausformung des Begriffs, nicht schon die absolute Aus- und Begrenzung“ sein könne.

aa) Eingriff in den Schutzbereich?

Das Landeserziehungsgeldgesetz versagt die Leistung jenen, die kürzlich von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben. Fraglich ist, ob darin ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 11 liegt.

Dafür kommt es zunächst darauf an, ob das ungleiche Vorenthalten einer staatlichen Leistung überhaupt einen Eingriff in ein Freiheitsgrundrecht darstellen kann. Das wäre unproblematisch, wenn es um eine direkte Belastung ginge, etwa eine Steuer, die wegen des Zuziehens erhoben würde.²³ Nicht so eindeutig ist die Lage jedoch bei der diskriminierenden Versagung einer Begünstigung. Hier könnte eine Überprüfung anhand der Gleichheitsgarantie näher liegen. Im Rahmen dessen wäre dann auch die belastende Wirkung der Differenzierung für die Ausübung des Freiheitsgrundrechts zu berücksichtigen. In der Praxis scheint dieser Weg über die Gleichheitsgarantie bevorzugt zu werden.²⁴ Denkbar ist jedoch auch die Lösung über den Eingriff in ein Freiheitsgrundrecht²⁵, jedenfalls angesichts der Ausweitung, die der klassische Eingriffsbegriff inzwischen erfahren hat. Und tatsächlich gibt es durchaus Stimmen, die diesen Ansatz verfolgen.²⁶ Für diesen Weg spricht, daß den spezifischen Anforderungen, die an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das jeweilige Freiheitsgrundrecht gestellt werden, besser Rechnung getragen werden kann, wenn die Freiheitsgarantie den Rahmen der Prüfung abgibt.²⁷

²² So BK-Randelzhofer, Rn. 19 zu Art. 11.

²³ So zu diesem Beispiel einer Steuer, die wegen des Zuzugs erhoben wird, Pie-roth/Schlink Rn. 802 m.w.N.

²⁴ So hat sich in der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 I GG die Ansicht durch-gesetzt, daß eine Ungleichbehandlung im Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts be-sonders hohen Rechtfertigungsanforderungen genügen muß; ausführlich dazu MD-Her-zog, Art. 3 Anh. Rn 50 ff.

²⁵ Zur Austauschbarkeit beider Formen der Überprüfung in solchen Fällen vgl. be-reits oben Teil I A. II. 4. b) bb) (1) (a) (S. 60 ff.).

²⁶ Generell befürwortend zur Möglichkeit des Eingriffs durch ungleiches Vorenthalten einer Leistung *Lerche*, HbdStR V, § 121 Rn. 50; speziell für die Freizügigkeit *Pernice*, in: Dreier, GG-Kommentar Art. 11 Rn. 16 : die Freizügigkeit verbiete „... jede direkte oder indirekte Behinderung des Ortswechsels etwa durch die Diskriminierung Zugezogener ...“.

²⁷ Welche Verkürzungen in der Argumentation sonst drohen, illustriert die Rechts-lage in den USA; vgl. insbesondere oben die Ausführungen zu Shapiro, Teil II C. I. 1. b) bb) (1) (c) (S. 196 ff.) und cc) (1) (c) (S. 204 ff.).

Freilich ist damit noch nicht beantwortet, ob im hier interessierenden konkreten Fall ein Eingriff in die Freizügigkeit vorliegt. Das hängt nämlich ferner davon ab, ob auch im Fall der Freizügigkeitsgarantie ein derart weiter Eingriffsbegriff zugrunde gelegt werden kann. Das ist bisher umstritten. Dafür spricht wie bei den anderen Grundrechten²⁸, daß auch von mittelbaren Eingriffen eine erhebliche Belastung ausgehen kann, so daß auch insoweit ein Bedürfnis nach Grundrechtsschutz bestehen kann. Andererseits²⁹ droht wegen der strengen Voraussetzungen, die Art. 11 II GG an die Rechtfertigung eines Eingriffs stellt, die Ausweitung des Eingriffsbegriffs zu erheblichen Schwierigkeiten zu führen.

Entscheidet man sich auch bei Art. 11 für einen weiten Eingriffsbegriff, so dürfte das Wohnsitzdauererfordernis im Landeserziehungsgeldgesetz darunter fallen. Insbesondere die beträchtliche Höhe der versagten Leistung spräche dafür. Legt man dagegen einen engeren Eingriffsbegriff zugrunde, käme man wahrscheinlich zum gegenteiligen Ergebnis - es sei denn, man nähme an, daß das Wohnsitzdauererfordernis gerade auf eine Beschränkung der Freizügigkeit abziele.³⁰ Diese Annahme ist zwar nicht naheliegend, aber auch nicht ausgeschlossen. Schließlich könnte es dem Land Bayern zumindest auch darum gehen, jene Zuwanderer fernzuhalten, die nur wegen solcher Vergünstigungen kommen.

bb) Eingriffsrechtfertigungen

Sollte man einen Eingriff in die Freizügigkeit bejahen, ist es angesichts der hohen Anforderungen, die nach Absatz II an eine Rechtfertigung zu stellen sind, kaum mehr möglich, noch zur Zulässigkeit des Wohnsitzdauererfordernisses zu gelangen. Von den dort genannten Eingriffsrechtfertigungen käme allenfalls die Abwendung „besonderer Lasten“ für die Allgemeinheit in Betracht. Zumal die anderen dort genannten Rechtfertigungsmöglichkeiten Eingriffe nur in Extremsituationen³¹ zulassen, sollte auch das Kriterium der „besonderen

²⁸ Für einen weiten Eingriffsbegriff *Pernice* in Dreier, GG-Kommentar Art. 11 Rn. 20; differenzierend *BK-Randelzhofer*, Art. 11, Rn 15, 67, der zwar grundsätzlich auch mittelbare Eingriffe ausreichen lassen will, aber vor einer zu großen Ausweitung im Bereich bloß faktischer Beeinträchtigungen warnt.

²⁹ Für einen engen Eingriffsbegriff bei Art. 11 *Krüger* in Sachs, GG-Kommentar Art. 11 Rn 20; auch *Pieroth/Schlink* Rn. 801; zurückhaltend gegenüber einem weiten Eingriffsverständnis auch *Kisker*, S. 53 f.

³⁰ So *Krüger* in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 11 Rn. 20; allgemein zur Finalität als einem Kriterium der Unmittelbarkeit *Pieroth/Schlink* Rn. 238 ff.

³¹ Genannt sind z.B. Gefährdungen für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, Naturkatastrophen etc.

Belastung“ eng ausgelegt werden. Die Mehrbelastungen des bayerischen Haushalts durch Gewährung des Erziehungsgeldes auch an Zuwanderer wird man deswegen kaum darunter fassen können.

Auch eine Eingriffsrechtfertigung über kollidierendes Verfassungsrecht dürfte schwer zu bewerkstelligen sein. Denn eine relevante Betroffenheit von Grundrechten Dritter ist nicht ersichtlich. Und auch kollektive Güter von Verfassungsrang scheinen hier nichts anderes zu gebieten. Zwar könnte man erwägen, ob nicht der Schutz der regionalen Wohlfahrtsstaatlichkeit zur Rechtfertigung herangezogen werden könnte. Aber das ist kaum erfolgversprechend. Der Grund ist nicht, daß es ungewöhnlich wäre, das Sozialstaatsprinzip zur Grundlage für die Versagung einer Leistung zu machen. Denn über die These vom magischen Dreieck ließe sich das vielleicht plausibel machen. Der durchschlagende Einwand dürfte vielmehr sein, daß im Fall des bayerischen Erziehungsgeldes die Sorge um den Wohlfahrtsstaat nicht das Gewicht hat, um einen Eingriff in Art. 11 zu rechtfertigen. Denn auch insoweit dürfte Art. 11 II wieder den Maßstab vorgeben, also wie oben das Kriterium der „besonderen Lasten“ für die Allgemeinheit. Schließlich sollte die Figur des kollidierenden Verfassungsrechts nicht dafür mißbraucht werden, die speziellen Anforderungen zu unterlaufen, die an den Eingriff in ein Grundrecht gestellt sind.

cc) Resümee

Die wesentliche Weichenstellung findet demnach bereits auf Ebene des Eingriffs statt. Sieht man im Wohnsitzdauererfordernis des Landeserziehungsgeldgesetzes einen Eingriff, dann läßt sich die Verfassungswidrigkeit auf Rechtfertigungsebene kaum mehr abwenden. Nicht anders wäre die Lage im NC-Urteil gewesen. Das erklärt vielleicht, warum das Bundesverfassungsgericht damals Art. 11 nicht angesprochen hat. Denn unabhängig davon, welches Ergebnis man im Einzelfall für sachgerecht hält - im NC-Urteil stand am Ende ohnehin die Verwerfung -, so wäre doch bei einer weiten Auslegung des Art. 11 GG der Weg in künftigen Fällen weitgehend vorgezeichnet. Die Lösung über Art. 12 I war insofern weniger „gefährlich“. Überdies erstaunt es deswegen nicht, daß auch die wohl überwiegende Meinung in der Literatur einen engen Eingriffsbegriff bei Art. 11 befürwortet.

b) Gleichheitsgarantien

Neben der Freizügigkeit könnte auch der Gleichheitssatz in einer seiner Ausprägungen zur Nichtigkeit des Wohnsitzdauererfordernisses führen. In Frage kommen Art. 33 I, der allen Deutschen in jedem Bundesland die gleichen staatsbürgerlichen Rechte (und Pflichten) garantiert, Art. 3 III, der unter anderem Differenzierungen nach „Abstammung“, „Herkunft“ oder „Heimat“ verbietet, oder schließlich der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I.

Vorab stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser Vorschriften zueinander. Offensichtlich ist der allgemeine Gleichheitssatz nur subsidiär anwendbar, wenn keine der beiden spezielleren Ausprägungen eingreift. Problematischer ist das Verhältnis von Art. 33 I und Art. 3 III GG. In der Literatur wird Art. 33 I GG überwiegend für die speziellere Norm gehalten³², die der Regelung des Art. 3 III „im Wege der Einzelfallspezialität“³³ vorgehe. Art. 3 III könnte demnach ergänzend³⁴ zur Anwendung kommen, soweit Art. 33 I nicht greift. Allerdings läßt sich diese Sicht nur schwer mit dem NC-Urteil vereinbaren. Schließlich erwähnte das Bundesverfassungsgericht damals nur Art 3 III, nicht jedoch den vermeintlich spezielleren Art. 33 I. Dieser Widerspruch spiegelt den Meinungsstreit um die Auslegung des materiellen Rechts wider. Die Frage wird deswegen im Anschluß an die folgenden Erörterungen nochmals aufgenommen.³⁵

aa) Art. 3 III

Von den zuvor genannten Merkmalen des Art. 3 III GG lassen sich bei näherem Hinsehen „Herkunft“ und „Abstammung“ aussondern. Denn nach herrschender Meinung meint Abstammung die „natürliche, biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“³⁶, Herkunft die „schichtenspezifische“³⁷, „ständisch-soziale“³⁸.

Einschlägig könnte also allenfalls das Merkmal „Heimat“ sein. Offensichtlich ist hiermit der örtliche Aspekt der Herkunft angesprochen.³⁹ Das spräche dafür, daß auch die Benachteiligung von Hinzugezogenen aus anderen Bundesländern grundsätzlich hierunter gefaßt werden könnte. Es wird wohl auch dieses Merkmal gewesen sein, welches das Bundesverfassungsgericht im NC-Urteil meinte, als es die Anwendbarkeit von Art 3 III GG erwo.

³² Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl. *Pfütze*, S. 141 ff.

³³ So wörtlich *Pfütze*, S. 146.

³⁴ So wörtlich *Pieroth/Schlink* Rn. 471.

³⁵ Vgl. unten Teil III A. II. 2. b) cc) (S. 350 ff.).

³⁶ Statt vieler *Pfütze*, S. 144 m.w.N. In Anlehnung an *Dürig* verweist *Pfütze* auch darauf, daß sich Fälle konstruieren lassen, in denen die „biologische Abstammung mittelbar ... eine örtliche Dimension“ bekomme, nämlich wenn ein Land Kinder wegen ihrer (biologischen) Abstammung von Eltern aus einer bestimmten Region diskriminiere.

³⁷ *Pieroth/Schlink* Rn. 446.

³⁸ *Pfütze* S. 145 m.w.N.

³⁹ So die ganz herrschende Meinung, vgl. aus neuerer Zeit etwa *Pfütze*, S. 145 m.w.N.

Allerdings ergeben sich insbesondere zwei Einwände dagegen, die Landeskinderklauseln hierunter zu subsumieren. So wird erstens darauf verwiesen, daß dieses Merkmal vor allem darauf gerichtet sei, eine Benachteiligung deutscher Flüchtlinge zu verhindern.⁴⁰ Der Schutz von Migranten innerhalb des Bundesgebiets wäre von diesem Zweck nicht gedeckt. Allerdings fände eine solche Beschränkung auf diesen Sonderfall keine Stütze im Begriff „Heimat“.

Überzeugender ist demgegenüber der zweite Einwand. Um die typischen Landeskinderklauseln zu erfassen, müßte der Begriff „Heimat“ sehr gedehnt und letztlich mit Wohnsitz oder Ansässigkeit gleichgesetzt werden. Schließlich wird regelmäßig nach Wohnsitz und dessen Dauer unterschieden, und nicht danach, wo man aufgewachsen ist oder sich besonders verwurzelt fühlt.⁴¹ Ein Blick auf das Landeserziehungsgeldgesetz oder den Sachverhalt des NC-Urteils illustriert dies. Nicht jeder, der seit mehr als 15 Monaten in Bayern wohnt oder ein bayerisches Abitur hat, würde Bayern als „Heimat“ bezeichnen.

bb) Art. 33 I

Umstritten ist die Rechtslage auch bei Art. 33 I GG. Dort ist bestimmt, daß „jeder Deutsche (...) in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“ hat. Nach einhelliger Auffassung enthält diese Norm ein Verbot der Differenzierung nach Landesangehörigkeit.⁴² Ansonsten herrscht Unklarheit. Dabei konzentriert sich die Diskussion auf zwei Fragen: Was sind „staatsbürgerliche“ Rechte und Pflichten [dazu (1)] - und welche Art der Differenzierung ist verboten [dazu bb)]?

(1) „Staatsbürgerliche“ Rechte und Pflichten

Seit langem geht die herrschende Meinung in der Literatur davon aus, daß Art. 33 I GG „alle öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten“ erfasse.⁴³ Sie

⁴⁰ So *Pieroth/Schlink*, Rn. 446.

⁴¹ Auch *Burgi*, JZ 1999, 873, 878 betont, daß es bei „Heimat“ um mehr als bloße Ortsansässigkeit gehe, „nämlich um ein Geprägtsein, das typischerweise während der Kindheits- und Jugendjahre erfolgt.“

⁴² So *Battis* in *Sachs*, GG-Kommentar, Rn. 17 zu Art. 33 I; *Pieroth/Schlink* Rn. 471; auch *Lübbe-Wolf*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 33 I Rn. 28, die selbst freilich gerade wegen dieser Deutung des Art. 33 I als Differenzierungsverbot seine anderen Merkmale so eng auslegen will, daß das Verbot praktisch bedeutungslos wird; auch *Pfütze*, S. 134 f., äußert sich kritisch zur Tendenz in der Literatur, Art. 33 I so weit zu verstehen, daß schwer zu erklärende Ausnahmen von seiner Verbotswirkung nötig werden.

⁴³ So - meist unter Berufung auf *MD-Maunz* Art. 33 Rn. 6 - die ganz herrschende Meinung in der Literatur; vgl. etwa *Pieroth/Schlink*, Rn. 470; *Pfütze* S. 68 f.; 83, *Sachs*, HbdStR Band V, § 126, Rn. 112; *Battis* in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 15; a. A.

beruft sich hierfür vor allem auf die Entstehungsgeschichte dieser Norm. Schon der Vorläufer des Art. 33 I GG in der Weimarer Reichsverfassung, nämlich Art. 110 II, sei überwiegend so verstanden worden. Art. 33 I GG habe mit dieser Tradition nicht brechen sollen. Insbesondere sei das Attribut „staatsbürgerlich“ im Parlamentarischen Rat erst zu einem späten Zeitpunkt des Beratungsprozesses aufgenommen worden, und es gebe keine Hinweise darauf, daß damit eine Einschränkung bezweckt gewesen sei.⁴⁴

Als gefestigt kann diese weite Auslegung des Art 33 I dennoch nicht gelten. Ein Grund hierfür ist, daß es bis heute keine höchstrichterliche Stellungnahme zu dieser Frage gibt⁴⁵, so daß der einzige Hinweis das - womöglich beredete - Schweigen des Bundesverfassungsgerichts im NC-Urteil war. Aber das ist nicht der einzige Grund. Auch der Wortlaut würde ein engeres Verständnis nahelegen. Am weitesten in diese Richtung ist jüngst *Lübbe-Wolf* gegangen, die dafür eintritt, „staatsbürgerlich“ wörtlich zu nehmen und nur die „exklusiv mit der Staatsangehörigkeit verknüpften Rechte und Pflichten“ hierunter zu fassen.⁴⁶ Da es aber bis heute keine konkret ausgestalteten Landesstaatsangehörigkeiten gibt⁴⁷, geschweige denn an sie geknüpfte Rechte, wäre Art. 33 I GG nach dieser Auffassung bedeutungslos.⁴⁸ Dieses Ergebnis scheint zwar nicht gerade glücklich. Aber das Bemühen um eine engere Auslegung des Merkmals „staatsbürgerlich“ hat durchaus seine Berechtigung. Das offenbart sich, wenn man sich der zweiten Streitfrage innerhalb des Art. 33 I zuwendet.

(2) Das Differenzierungsverbot

Soweit man nicht ausschließt, daß es „staatsbürgerliche“ Rechte im Sinne des Art. 33 I GG gibt, so stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen: Welche Differenzierungen sollen verboten sein? Die gängige Antwort hierauf lautet,

Lübbe-Wolf in Dreier, GG-Kommentar, Art. 33 I Rn. 27; näher zu dieser Auffassung sogleich.

⁴⁴ Ausführlich hierzu *Pfütze*, S. 62 ff., insbesondere S. 66.

⁴⁵ Bisher wurde keine einzige Verfassungsbeschwerde erfolgreich auf Art. 33 I gestützt - vgl. dazu *Pfütze*, S. 199.

⁴⁶ So *Lübbe-Wolf* in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 27 ff.

⁴⁷ So *Lübbe-Wolf* in: Dreier, GG-Kommentar Art. 16 Rn. 33; vgl. dazu auch Art. 6 der Verfassung des Freistaates Bayern, der zwar eine solche Landesstaatsangehörigkeit vorsieht, aber auf ein ausführendes Gesetz verweist, das bisher nicht erlassen worden ist. *Sachs*, HbdStR Band V, § 126, Rn. 111, hält „Staatsangehörigkeitsregelungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 BayVerf“ für „grundgesetzwidrig“, offenbar weil diese Norm gegen Art. 33 I GG verstoße.

⁴⁸ Diese Konsequenz zieht auch *Lübbe-Wolf* ausdrücklich, vgl. Dreier, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 27 ff.

daß es um Schlechterstellungen aufgrund einer „Landesangehörigkeit“ gehe.⁴⁹ Aber dabei offenbart sich die eigentliche Tücke dieser Norm. Wenn es nämlich keine rechtlich konkretisierten Landesstaatsangehörigkeiten gibt, welches Differenzierungskriterium ist dann verboten? Ist es das Abstammen von Bürgern eines bestimmten Landes (nach Muster des *ius sanguinis*⁵⁰) oder die Geburt in einem Land (nach Muster des *ius soli*), geht es schlicht um den Wohnsitz (wie in den USA) oder gar das Beherrschen des lokalen Idioms⁵¹? Das Problem wäre überdies selbst dann nicht entschärft, wenn alle Bundesländer künftig eigene Landesstaatsangehörigkeitsgesetze erließen. Denn aller Wahrscheinlichkeit nach würden diese Gesetze unterschiedlich ausfallen, und es bliebe weiterhin offen, welche Differenzierungskriterien im Rahmen des Art. 33 I verpönt wären.

Nun könnte man sich auf den Standpunkt stellen, daß deswegen eben alle Merkmale unzulässig sein sollten, an die zur Bestimmung einer solchen Staatsangehörigkeit angeknüpft werden könnte.⁵² Dafür spricht, daß man nur so der Schwierigkeit entginge zu entscheiden, welches der gleichermaßen zulässigen Kriterien für die Staatsangehörigkeit verbindlich und damit gemäß Art. 33 I für Differenzierungen verboten sein sollte.

Die Schwäche dieses Ansatzes liegt darin, daß er zu viel zu verbieten droht. Denn nach ganz einhelliger Meinung muß den Ländern erlaubt sein, wenigstens an den aktuellen Wohnsitz anzuknüpfen. Das leuchtet ein - schließlich müßte Bayern das Erziehungsgeld sonst auch den aktuellen Einwohnern Schleswig-Holsteins überweisen. Deshalb versuchen die Vertreter dieser Auffassung, ihren Ansatz zu beschränken.⁵³ Nur das Anknüpfen an *dauerhafte* personale Bindungen an das jeweilige Land soll ausgeschlossen sein. Einfache Wohnsitzklauseln wären damit von der Reichweite des Art. 33 I ausgenommen.⁵⁴ Ande-

⁴⁹ Vgl. statt vieler *Battis* in: *Sachs*, GG-Kommentar, Rn. 17 zu Art. 33 I: „Art. 33 I verbietet den Ländern, aus dem In- oder Ausland zugezogene Deutsche, die *Angehörige* eines anderen Landes sind, gegenüber Landeskindern zu diskriminieren.“ (Hervorhebung nicht im Original).

⁵⁰ Vgl. hierzu auch *Sachs*, HbdStR Band V, § 126, Rn. 109, der zur Zielrichtung der historischen Vorläufer des Art. 33 I bemerkt: „Das verpönte Unterscheidungsmerkmal war die seit 1870 bundeseinheitlich nach dem *ius sanguinis* geregelte Staatsangehörigkeit in den Einzelstaaten ...“

⁵¹ Mit diesem nicht ganz ernst gemeinten Hinweis *Kisker*, S. 52.

⁵² So *Kisker* ebd.

⁵³ So insbesondere *Sachs*, HbdStR § 126 Rn. 111, 113; auch *Kisker*, ebd., würde erst langjährigen Wohnsitz unter Art. 33 I fassen.

⁵⁴ Wörtlich heißt es bei *Sachs*, HbdStR § 126 Rn. 111: „In der Tat wird die Gleichheit aller Deutschen ‚in jedem Lande‘ durch das Domizilprinzip folgerichtig im Sinne

res gälte vermutlich für Wohnsitzdauererfordernisse, jedenfalls für längerfristige. Das Problem ist freilich, daß diese Ausnahme zwar zweckmäßig sein mag, sich aber nicht aus der Verfassung erklären läßt.⁵⁵

(3) Weitere Alternativen

Ein anderer Ausweg bestünde darin, Art. 33 I nicht wie Art. 3 III als absolutes Differenzierungsverbot zu deuten. Dann wären Rechtfertigungen der bisher verpönten Differenzierungen möglich, und man könnte der Angemessenheit bestimmter Differenzierungen im Einzelfall Rechnung tragen - beispielsweise dem Anknüpfen an den aktuellen Wohnsitz. Allerdings drohen dann die Grenzen zu Art. 3 I zu verschwimmen, so daß man sich auch gleich der Auffassung anschließen könnte, die „staatsbürgerlich“ eng versteht und Art. 33 I somit für überflüssig hält.⁵⁶

Ähnlich wäre das Resultat, wenn man versuchte, die Reichweite des Art. 33 I GG unter Hinweis auf die Kopplung von „Rechten und Pflichten“ zu beschränken.⁵⁷ Danach könnte es zulässig sein, Landesfremden bestimmte Rechte zu verweigern, wenn sie auf der anderen Seite auch geringere Pflichten hätten. Konkret könnte das heißen: Wenn für die Steuerpflicht der Wohnsitz entscheidet, dann auch für die korrespondierenden Rechte. Nur - welches wären die *korrespondierenden* Rechte? Unversehens geriete man in die Lage, wertend über die Äquivalenz bestimmter Rechte und Pflichten zu entscheiden - und damit letztlich wie bei Art. 3 I über die Angemessenheit der Differenzierung.

cc) Resümee zu den Gleichheitsgarantien

Nach der in der Literatur überwiegenden weiten Auslegung des Art. 33 I wäre das Wohnsitzdauererfordernis des Landeserziehungsgeldgesetzes hiervon erfaßt und eine Rechtfertigung nicht möglich. Auf das Eingreifen von Art. 3 III und 3 I käme es danach nicht mehr an.

der historischen Entwicklung und der föderalistischen Zielsetzung auf Sicherung gesamtstaatlicher Freizügigkeit verwirklicht.“

⁵⁵ So zur „Textferne“ dieses Ansatzes auch *Lübbe-Wolf*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 33 I Rn. 29.

⁵⁶ So ausdrücklich *Lübbe-Wolf* in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 33 I Rn. 28 am Ende, die mit dieser berechtigten Kritik an dieser verbreiteten Auffassung für ihre Gegenansicht wirbt.

⁵⁷ Der Versuch einer solchen Lösung über den Zusammenhang von „Rechten und Pflichten“ scheint den Erwägungen bei MD-*Maunz* Art. 33 I, Rn. 7 zugrunde zu liegen, der „sachgerechte“ Unterscheidungen auch im Anwendungsbereich des Art. 33 I zulassen will und dessen Beispiele diese Deutung nahelegen.

Diese Meinung begegnet allerdings erheblichen Einwänden. Erstens droht sie, zu rigide zu sein. Zweitens vermag sie nicht zu erklären, warum manche in der Praxis übliche und allseits anerkannte Differenzierungen zulässig sein sollen.⁵⁸ Angesichts dieser Schwierigkeiten ist nicht verwunderlich, daß das Bundesverfassungsgericht im NC-Urteil einer Stellungnahme zu Art. 33 I aus dem Weg gegangen ist. Wenn aber eine engere als die in der Literatur herrschende Auslegung den Vorzug erhalten sollte, so könnte es auch auf Art. 3 III und - weil das Merkmal „Heimat“ selten passen wird - letztlich auch auf Art. 3 I ankommen.

3. Fazit

Wie das Wohnsitzdauererfordernis im bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz heute verfassungsrechtlich beurteilt würde, läßt sich kaum prognostizieren. Die spärliche Judikatur zu den einschlägigen Normen gibt allenfalls vage Hinweise. Auch die Literatur vermag die Unklarheit nicht zu beseitigen, solange die herrschenden Positionen grundlegenden Einwänden ausgesetzt bleiben. Aber vielleicht läßt sich der Offenheit der Rechtslage auch Positives abgewinnen: Immerhin ist damit die Grundvoraussetzung für den hier vorgeschlagenen Lösungsansatz erfüllt, der im nächsten Abschnitt konkretisiert werden soll.

III. Konkretisierung des Lösungsvorschlags

1. Voraussetzungen für die Übertragung von „Lehre II“

Zu den Voraussetzungen, unter denen das in „Lehre II“ entwickelte Lösungskonzept für die Zuwandererfrage Anwendung finden kann⁵⁹, gehörte neben der Unbestimmtheit der Rechtslage auch das Bedürfnis nach unterschiedlichen Prüfungsstandards gegenüber Bund und Gliedstaaten. Insoweit dürfte in Deutschland nichts anderes gelten als in den USA.

Denn erstens besteht hierzulande ebenso die Gefahr, daß ein Land sich bei der Ungleichbehandlung von Zuwanderern von seinen Partikularinteressen leiten läßt und dabei die entgegenstehenden Interessen des einzelnen wie auch der überregionalen Gemeinschaft unangemessen hintanstellt. Kurz: Es besteht Anlaß für Mißtrauen. Daß die praktischen Beispiele hierzulande nicht an die Bedeutung ihrer Pendants in den USA heranreichen, ändert daran nichts. Zweitens dürfte das Bundesverfassungsgericht in seiner institutionellen Tauglichkeit, eine differenzierende Regelung dieser Frage zu treffen, ebenso eingeschränkt

⁵⁸ So zur Rigidität und zu den Erklärungslücken der herrschenden Meinung auch das Resümee von Pfütze, S. 135.

⁵⁹ Vgl. dazu oben Teil II C. III. (S. 336 ff.).

sein wie der *Supreme Court*. Drittens schließlich ist in Deutschland auch die bereits in Teil I formulierte Grundvoraussetzung erfüllt, daß überhaupt ein vermittelnder Ausgleich innerhalb aller drei Ziele des magischen Dreiecks angestrebt wird. Insofern ist die Lage sogar klarer als in den USA. Denn mit dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20 I GG gibt es hierzulande sogar ein verfassungstextliches Bekenntnis zum Ziel der Wohlfahrtsstaatlichkeit, woran es in den USA mangelt.

Die Voraussetzungen für eine Übertragung des Ansatzes sind damit gegeben. Im folgenden geht es darum, wie er sich in das geltende Recht einpassen ließe.

2. Unterschiedliche Kontrollgrade und ihre Basis im Verfassungstext

Eingangs dieses Abschnittes A ist die These aufgestellt worden, daß Regelungen, die Migranten innerhalb Deutschlands vom Zugang zu den staatlichen (Sozial-)Leistungen der Länder ausschließen, vom Bundesverfassungsgericht unterschiedlich strengen Anforderungen unterworfen werden sollten. Das kann nunmehr spezifiziert werden, indem eine konkrete Deutung der einschlägigen Normen vorgeschlagen wird. Der Vorschlag basiert auf einem Zusammenspiel von Art. 11 und 33 I GG. Dabei sollte Art. 11 den auch für den Bund verbindlichen Mindeststandard festlegen. Art. 33 I dagegen sollte nur die Länder binden, dafür aber weitergehende Bindungen als Art. 11 enthalten.

Die vorgeschlagene Interpretation des Art. 11 würde jener engeren Auslegung entsprechen, die schon bisher mehrheitlich vertreten wird. Die Norm würde nur vor Eingriffen im klassischen Sinne schützen, und an die Rechtfertigungen wären gemäß Absatz II strenge Anforderungen zu stellen. Entsprechend der zuvor eingeführten Kategorisierungen⁶⁰ wäre der Schutz einem absoluten Niveau immerhin angenähert. Die Motivation für die Gewährleistung könnte ohne weiteres als subjektivrechtlich gelten - ganz im Einklang mit der historisch primären Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte zum Schutz der persönlichen Freiheit.

Art. 33 I dagegen bekäme vor allem objektivrechtliche Bedeutung als föderales Strukturprinzip - wiederum im Einklang mit seiner systematischen Stellung in Abschnitt II des GG („Der Bund und die Länder“). Er sollte als an die Länder gerichtetes Diskriminierungsverbot aufgefaßt werden. Der Bund dagegen sollte von dieser Bindungswirkung nicht erfaßt sein. Vielmehr sollte er berechtigt sein, per Bundesgesetz die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen die Länder solche Differenzierungen nach Landesangehörigkeit vornehmen

⁶⁰ Vgl. dazu oben Teil II C. II. 2. a) aa) (1) (S. 316 ff.).

dürfen.⁶¹ Freilich unterläge eine solche Autorisation durch den Bund weiterhin den (allerdings geringeren) Beschränkungen, die Art. 3 I, III und Art. 11 für solche Differenzierungen enthalten.

Gegenüber den Ländern könnte Art. 33 I dann in einer strikten Auslegung zur Anwendung kommen, wie es bereits jetzt die Tendenz in der Literatur ist. Denn die Gefahr, daß den Ländern auf diese Weise Unzumutbares abverlangt würde, ließe sich bannen, indem entsprechende Autorisationen auf Bundesebene eingeführt würden. Nun kann man im einzelnen darüber streiten, wie „strikt“ Art. 33 I GG verstanden werden sollte. Ein zu weitreichendes Differenzierungsverbot wäre insofern problematisch, als es auch solche landesrechtlichen Regelungen erfassen würde, die nach allgemeiner Einschätzung zulässig sein müssen. Es geht dabei insbesondere um simple Wohnsitzklauseln als Voraussetzung beispielsweise für den Bezug von Erziehungsgeld. In solchen „klaren“ Fällen könnte es auf den ersten Blick übertrieben formalistisch wirken, eine Ermächtigung durch den Bund zu fordern. Bei näherem Hinsehen jedoch sind auch diese nach allgemeiner Einschätzung zulässigen Kriterien nicht ohne Tücken. Was etwa geschähe, wenn ein Land den Bezug einer Leistung vom Wohnsitz abhängig machte, ein benachbartes Land dagegen - ebenso legitim - vom Beschäftigungsort? Grenzgänger liefen Gefahr, sich zwischen die (landes-)sozialrechtlichen Stühle zu setzen. Das illustriert, daß selbst in Deutschland ein Bedürfnis nach Sozialrechtskoordination aufkommen kann - ein Bedürfnis, dem nur überregional Rechnung getragen werden kann.

Wollte man dieser Eventualität vorbeugen, so müßte man das Differenzierungsverbot des Art. 33 I auch auf solche vermeintlich unschädlichen Kriterien erstrecken. Hält man dagegen das Erfordernis einer Bundesautorisation in solchen Fällen aus pragmatischen Erwägungen für übertrieben, so böte sich die zuvor dargestellte Auslegung⁶² an, die Art. 33 I als Verbot des Anknüpfens an dauerhafte personale Bindungen an ein Land versteht. Eine andere Option wäre, Art. 33 I nicht als kategorisches Verbot zu deuten, sondern Rechtfertigungen zuzulassen - mit all den Schwierigkeiten jedoch, die eine solche Öffnung für richterliche Wertungen mit sich brächte.

Ungeachtet dieser Zweifelsfrage könnte jedenfalls das Merkmal „staatsbürgerlich“ so weit gefaßt werden, wie es die herrschende Meinung in der Literatur bereits bisher befürwortet. Gemeint wären danach „alle öffentlich-rechtlichen Rechte.“⁶³

⁶¹ Auch daß der Bund selbst solche Differenzierungen vornähme, wäre denkbar, ob-
schon in der Praxis wohl kein Bedürfnis danach bestünde.

⁶² Vgl. dazu oben Teil III A. II. 2. b) bb) (2) (S. 348 ff.).

⁶³ Für Nachweise zu dieser Auffassung vgl. oben Teil III Fn. 43. In der Literatur
wird ferner darüber gestritten, ob es sich auch dann um „Rechte“ im Sinne des Art. 33 I

3. Die Dispositivität der verfassungsgerichtlichen Entscheidung

Eine Implikation der Annahme unterschiedlicher Bindungsgrade von Bund und Ländern ist die Dispositivität mancher verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für den Bundesgesetzgeber. Das war bereits in den USA unüblich, und in Deutschland scheint es - jedenfalls auf den ersten Blick - völlig systemfremd.

Doch dieser erste Eindruck trügt. Denn unbekannt ist eine solche Dispositivität auch dem deutschen Recht nicht. In anderem Zusammenhang ist das, was das Bundesverfassungsgericht der einen staatlichen Gewalt aus materiellrechtlichen Gründen untersagt hat, nicht unbedingt auch jeder anderen verboten. Die Rede ist von der Figur des Parlamentsvorbehalts, wie ihn die Wesentlichkeitstheorie zu Art. 80 I GG vorsieht. Freilich geht es dort nicht um horizontal geteilte staatliche Gewalten, also das Verhältnis Bund-Länder, sondern um die Beziehung von Legislative und Exekutive, also der vertikal geteilten Gewalten. Hinsichtlich der Dispositivität ist der Effekt jedoch derselbe. Grundrechtseingriffe, welche die Exekutive aus eigener Macht auch per Rechtsverordnung nicht vornehmen dürfte, können selbst nach ihrer verfassungsgerichtlichen Beanstandung noch zulässig werden, wenn die Legislative sie autorisiert.

Nach dem hier vorgeschlagenen Konzept wäre eine solche Dispositivität nunmehr auch im Verhältnis zwischen Bund und Ländern anzunehmen. Das wäre zwar neu, sollte aber keine Schwierigkeiten bereiten. Insbesondere käme es nicht zur Kollision mit § 31 BVerfGG, der den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich bindende Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber verleiht. Schließlich würde nach dem hier vorgeschlagenen Zusammenspiel von Art. 11 und 33 I die Dispositivität ihre Grundlage bereits im materiellen Recht finden. Der in der Zuwandererfrage weiterreichende Art. 33 I bände nur die Länder, so daß es weiterhin allein dem Bundesverfassungsgericht zustünde, diese Norm innerhalb ihres Geltungsbereiches verbindlich auszulegen. Normen des Bundes wären dagegen schon materiellrechtlich nicht erfaßt.

4. Die Kompetenz des Bundes zur Autorisation

Es hat nur dann Sinn, eine Lösung auf die Möglichkeit einer Autorisation durch den Bund zu stützen, wenn dieser die Kompetenz zu einer solchen Re-

handele, wenn die Vergabe einer staatlichen Leistung im Ermessen der Behörde stehe. Vgl. darstellend hierzu *Lübbe-Wolf* in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 33 I Rn. 31; befürwortend *Sachs*, HbdStR Band V, § 126, Rn. 112, mit Nachweisen auch für die Gegenansicht. Relevant wäre dieser Streit beispielsweise beim inzwischen abgeschafften Landeserziehungsgeld in Baden-Württemberg geworden, das als freiwillige Leistung ausgestaltet war (vgl. dazu oben Teil III Fn. 9). Zumal auch in solchen Fällen ein *Rechtsanspruch* immerhin auf ermessensfehlerfreie Vergabeentscheidung besteht, erlaubt der Wortlaut des Art. 33 I eine Anwendung.

gelung hätte. Wie in den meisten sozialpolitischen Bereichen geht es auch beim Landeserziehungsgeld um einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72, 74 GG. Einschlägig ist die Kompetenzzuweisung des Art. 74 I Nr. 7 („öffentliche Fürsorge“). Sie ist nach h.M. weit auszulegen⁶⁴ und umfaßt jedenfalls solche Sozialleistungen, die „Hilfsbedürftigkeit“⁶⁵ voraussetzen. Beim Landeserziehungsgeld ist das der Fall, weil es wie sein bundesgesetzliches Pendant eine Bedürftigkeitsprüfung vorsieht.⁶⁶ Damit hat der Bund also unter den Voraussetzungen des Art. 72 GG die Möglichkeit, die Materie ganz oder teilweise an sich zu ziehen. Tatsächlich hat er dies teilweise getan, nämlich im Bundeserziehungsgeldgesetz.

Zweifeln könnte man aber, ob diese Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung auch solche punktuellen Vorgaben oder Gestattungen abdeckt, wie sie die Erteilung einer eventuell beschränkten Autorisation darstellt. Auf den ersten Blick könnte man solche Autorisationen nämlich eher für einen Anwendungsfall der *Rahmengesetzgebung* halten. Die herrschende Meinung geht jedoch zurecht davon aus, daß die Rahmengesetzgebung ein Unterfall der konkurrierenden ist. Dafür sprechen sowohl der Wortlaut des Art. 75 I GG als auch die Entstehungsgeschichte der Norm.⁶⁷

Der Bund hat demnach die erforderliche Gesetzgebungskompetenz für solche Autorisationen - beim Landeserziehungsgeld und im übrigen auch in den meisten anderen sozialpolitischen Bereichen.⁶⁸ In den Grenzen des Art. 80 I GG und der Wesentlichkeitstheorie dürfte der Bundesgesetzgeber überdies befugt sein, die Autorisationsgewalt im Einzelfall an die Exekutive zu delegieren.

5. Fazit zur Bewertung des Landeserziehungsgeldgesetzes

Für das Wohnsitzdauererfordernis des bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes hieße dies, daß es mit dem eng auszulegenden Art. 11 GG vereinbar wäre. Für den Moment wäre damit freilich noch nicht viel gewonnen. Denn vor Art. 33 I GG könnte es nur bestehen, wenn der Bund die Länder zu dieser Art von „Abschottung“ autorisiert hätte. Doch nach einer ausdrücklichen Autorisa-

⁶⁴ So *Stettner* in: Dreier, GG-Kommentar, Rn. 42 zu Art. 74.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Vgl. Art. 5 I S. 2 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz, der auf die entsprechenden Vorschriften aus dem Bundeserziehungsgeldgesetz (§§ 5, 6) verweist

⁶⁷ So mit weiteren Nachweisen *Stettner* in: Dreier, GG-Kommentar, Rn. 15 zu Art. 75.

⁶⁸ Weitere einschlägige Kompetenzzuweisungen finden sich insbesondere in Art. 74 I Nr. 9, 10, 12 und 13.

tion sucht man derzeit vergebens, und bevor man sich auf die Suche nach einer konkludenten macht, sollte man sich gut überlegen, ob dies nicht den ganzen Ansatz wieder zunichte machen würde.⁶⁹

IV. Zur Tragweite von „Lehre II“

Das Wohnsitzdauererfordernis im bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz wäre demnach derzeit verfassungswidrig. Von Interesse könnte dieses Ergebnis vor allem für die betroffenen Empfänger sein. Ferner würde es Auswirkungen auf die bayerische Staatskasse haben, wenn auch vermutlich keine allzu tiefgreifenden. Darüber hinaus dürfte es keine allzu großen Wellen schlagen. Schließlich sind solche landesrechtlichen Normen in den letzten Jahrzehnten zwar immer wieder einmal aufgetaucht, aber letztlich handelte es sich dabei doch um Einzelfälle.

Nun war das Landeserziehungsgeldgesetz aber auch nur ein Beispiel dafür, welche konkrete Bedeutung „Lehre II“ im deutschen Recht haben könnte. Geeignet erschien es, weil die rechtlichen Parallelen zu den USA hier besonders deutlich sind. In beiden Fällen geht es um das Verhältnis von Bund und Ländern innerhalb eines im engen Sinne föderalen Staates. Auch die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Garantien für den einzelnen weisen offensichtliche Ähnlichkeiten auf. Nicht minder augenfällig sind jedoch die Unterschiede, die im Hinblick auf die praktische Relevanz dieses Problems bestehen. Auch das ist keine Überraschung. Denn verglichen mit den US-amerikanischen Gliedstaaten spielen die deutschen Länder eine deutlich geringere Rolle in der Sozialpolitik.

Freilich ist das Zuwandererproblem nicht auf die Bund/Länder-Konstellation beschränkt. Vielmehr kann es überall dort auftreten, wo innerhalb eines überregional integrierten Gemeinwesens regionale wohlfahrtsstaatliche Zuständigkeiten bestehen. Vereinzelt Beispiele dafür hat auch die Betrachtung des US-amerikanischen Rechts geliefert. Man denke insbesondere an die Entscheidung in *Martinez*, in der es um den Zugang auswärtiger Schüler zu den öffentlichen Schulen eines anderen Schulbezirks ging.

Das legt die Frage nahe, ob sich das Problem hierzulande nicht vielleicht ebenso auf anderen Ebenen stellt. In Frage kommen insoweit sowohl die kommunale als auch die supranationale Ebene. Im folgenden soll kurz skizziert werden, welche Bedeutung „Lehre II“ in diesem erweiterten Zusammenhang haben könnte.

⁶⁹ Vgl. dazu oben Teil II C. II. 3. e) aa) (S. 335 ff.).

1. Einbezug der kommunalen Ebene

Verläßt man das Bund/Länder-Verhältnis und wendet sich dem Verhältnis Land/Gemeinden (oder auch Bund/Gemeinden) zu, so stößt man auf eine Fülle ähnlicher Problemkonstellationen.⁷⁰ Schließlich decken die Gemeinden viele Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge ab, und es scheint, als würden auch hier die Zugangskriterien in der Praxis eine oft erhebliche freizügigkeitsbeschränkende Wirkung entfalten.⁷¹ Zwei Beispiele mögen das illustrieren.

Man betrachte etwa den bereits ganz zu Anfang dieser Arbeit genannten Fall einer jungen Familie, die aus Hessen nach Bayern zieht. Viel empfindlicher als das Vorenthalten des Landeserziehungsgeldes könnte es diese Familie treffen, wenn sie in ihrer neuen Heimatgemeinde keinen Platz in Kinderkrippe oder -garten bekommt, weil sie sich dafür bereits vor Jahren auf eine Warteliste hätte setzen lassen müssen und die Wartelisten regelmäßig nur den Bürgern der Gemeinde offenstehen.

Ein weiteres Beispiel sind die sogenannten Einheimischen-Modelle bei der gemeindlichen Bauleitplanung.⁷² Dabei handelt es sich typischer Weise⁷³ um

⁷⁰ Die - soweit ersichtlich - erste bereichsübergreifende Auseinandersetzung mit solchen Konstellation hat kürzlich *Burgi* unternommen, vgl. JZ 1999, S. 873-881.

⁷¹ Es gibt vereinzelt verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu diesen Fragen (Nachweise finden sich bei *Burgi*, JZ 1999, S. 873 ff.) Insgesamt ist diese Rechtsprechung bisher noch äußerst lückenhaft und uneinheitlich. Vgl. aus jüngerer Zeit etwa VGH BW (VBIBW 1996, S. 180), der hinsichtlich einer kommunalen Musikschule die Veranlagung Auswärtiger zu einer höheren Gebühr für unzulässig gehalten hat - und das, obwohl die Auswärtigen nicht einmal zugezogen waren, sondern weiterhin in einer anderen Gemeinde wohnten. Das BVerwG (E 104, 60 ff.) hat diese Entscheidung allerdings aufgehoben und den gegenteiligen Standpunkt vertreten.

⁷² Vgl. hierzu etwa eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, veröffentlicht in: BayVBl. 1991, S. 47 ff. sowie die begleitende Abhandlung von *Jahn*, BayVBl. 1991, S. 33 ff.; beide haben keine verfassungsrechtlichen Bedenken. In die Freizügigkeit werde nicht eingegriffen (*Jahn*), jedenfalls nicht unzulässig (so wohl der BayVGH), solange nicht das gesamte Bauland einer Gemeinde derart gebunden und Ortsfremde damit faktisch ausgeschlossen seien (BayVGH S. 49, *Jahn* S. 37). Das Problem der Verteuerung behandeln beide nicht. Einen Verstoß gegen Art. 3 lehnen beide ab. Weil die Unterstützung der am Wohnungsmarkt regelmäßig benachteiligten Einheimischen einen sachlichen Grund darstelle, sei die Differenzierung weder willkürlich noch würden die Ortsfremden wegen ihrer Herkunft oder Heimat (Art. 3 III) diskriminiert (*Jahn* S. 38, BayVGH S. 50). Das Problem ist freilich, daß nicht nur reiche, sondern auch arme Ortsfremde benachteiligt werden. Auch wenn der praktische Hintergrund solcher Regelungen sein mag, die ländlichen Gemeinden gegen eine drohende „Übernahme“ durch die aufs Land drängenden Städter zu schützen, und auch wenn diese in der Tat typischerweise wohlhabender sein sollten, so bleibt das Kriterium doch die Fremdheit.

Kritisch hierzu kürzlich *Burgi*, JZ 1999, S. 873, 879: Weil „die Gemeinden keine Personalkörperschaften“ seien, sondern „eine tägliche Momentaufnahme derer, die dort

Verträge zwischen Gemeinde und Bauträgern, in denen die Baugebietsausweisung durch die Gemeinde davon abhängig gemacht wird, daß die durch die Planung ermöglichten Wohnhäuser bevorzugt Ortsansässigen zugute kommen. Konkret muß sich der Bauträger beispielsweise verpflichten, einheimischen Kaufinteressenten Preisabschläge zu gewähren. Für den Ortsfremden, der zuziehen will, führt das zu einer Verknappung des ihm zugänglichen Angebots an Wohnraum und mithin zu einer Verteuerung.

Beide Fälle zeigen, daß sich die Bedeutung von „Lehre II“ hierzulande nicht darin zu erschöpfen braucht, eine neue Bewertung zu ermöglichen für das bayerische Landeserziehungsgeldgesetz, seine vereinzelt Vorläufer und eventuellen Nachfolger. Denn das Problem stellt sich auch auf kommunaler Ebene - in gleicher Schärfe und vermutlich sogar deutlich häufiger. Nun kann man darüber streiten, ob der Ausgleich zwischen Freizügigkeit und Wohlfahrtsstaatlichkeit hier gleich ausfallen sollte wie im Verhältnis zwischen Bund und Ländern. Die normativen Vorgaben jedenfalls sind andere, und sie können ferner von Fall zu Fall, von Bundesland zu Bundesland variieren. Hinzu kommt, daß auch die Art der jeweiligen Leistung die Beurteilung beeinflusst.

Aber „Lehre II“ gilt dennoch. Schließlich bezieht sie sich nicht auf die materielle Gestalt des Ausgleiches, sondern auf das Verfahren seines Zustandekommens. Konkret: In beiden Beispielfällen kann es gute Gründe für die Bevorzugung der Ansässigen geben. Weder die Einheimischen-Modelle bei der Bauleitplanung noch die (für Ortsfremde geschlossenen) Wartelisten bei Kindergärten müssen materiell falsch sein. Aber solchen Regelungen haftet ein Makel an, solange über ihre Zulässigkeit jene nicht mitentscheiden können, die von ihnen belastet werden. Erst eine Autorisation durch eine größere politische Gemeinschaft, in der auch die Ortsfremden repräsentiert sind, kann diesen Makel beseitigen.

Kurz: In einem überregional integrierten Gemeinwesen ist Regionalismus nicht falsch. Aber er bedarf der Legitimation durch überregionale Entscheidung - und zwar vorzugsweise des Gesetzgebers.⁷⁴ In dieser allgemeineren Fassung könnte „Lehre II“ in Deutschland deutlich weiterreichende Wirkungen entfalten, als „bloß“ das Wohnsitzdauererfordernis im bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz zu beseitigen.

wohnen“, könne „Anciennität ...keine Rolle spielen.“ Legitim sei aber „das Verlangen, daß die Grundstückserwerber Einheimische werden müssen.“

⁷³ Zu verschiedenen Erscheinungsformen der Einheimischen-Modelle und zu deren Verbreitung vgl. *Jahn*, S. 33.

⁷⁴ Oder unter den genannten Voraussetzungen auch der Exekutive; vgl. dazu oben Teil II C. II. 3. e) bb) (S. 335 ff.) und Teil III A. III. 4. (S. 354 ff.).

2. Einbezug der supranationalen Ebene

Weitet man die Perspektive in die andere Richtung, also auf die supranationale Ebene hin, so scheint „Lehre II“ auf den ersten Blick überflüssig. Zwar könnte man vermuten, daß sich das Zuwandererproblem in der EU in extremer Schärfe stellt. Schließlich gewährt hier die Zentralebene nahezu⁷⁵ keine Sozialleistungen, so daß der Wettbewerbsdruck auf die Mitgliedstaaten groß sein müßte - und mithin auch ihre Neigung zur Abschottung. Aber die abstrakten Freizügigkeitsgarantien des europäischen Primärrechts sind im Sekundärrecht konkretisiert worden. Dort ist detailliert geregelt, inwieweit die Gliedstaaten ihre Sozialleistungen auch Zuwanderern gewähren müssen. „Lehre II“ ist daher unanwendbar - oder vielmehr bereits erfüllt. Schließlich ist es genau dieses Anliegen, das sie letztlich verfolgt: den Vorrang der Legislativen auf Zentralebene bei der konkreten Ausgestaltung des magischen Dreiecks.

Bei näherem Hinschauen kann „Lehre II“ aber vielleicht auch in diesem Zusammenhang noch Bedeutung gewinnen, nämlich in Form einer simplen Erinnerung daran, daß Regionalismus durchaus legitim sein kann, wenn es gelingt, auf Zentralebene eine legislative Mehrheit hierfür zu erlangen. Daß es in Deutschland einer solchen Erinnerung bedarf, soll im folgenden gezeigt werden.

a) Zur europarechtlichen Beurteilung des Wohnsitzdauererfordernisses

Kehren wir hierzu noch ein letztes Mal zurück zum Wohnsitzdauererfordernis im bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz. Es könnte sein, daß sich die zuvor angestellten Erwägungen zu seiner Verfassungswidrigkeit erübrigt hätten, weil der Bestand solcher Normen inzwischen primär vom Europarecht abhängt. Insbesondere stellt sich die folgende Frage: Verstößt das Land Bayern gegen europäisches Sekundärrecht, wenn es sein Erziehungsgeld einem beispielsweise portugiesischen Wanderarbeitnehmer samt Familie mit der Begründung versagt, daß er noch nicht lange genug in Bayern gewohnt habe?⁷⁶

aa) Das anwendbare Sekundärrecht

Das bayerische Landeserziehungsgeld ist eine Familienleistung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. h der Verordnung (EWG) 1408/71. Für das Bundeserziehungsgeld hat der EuGH dies ausdrücklich festgestellt.⁷⁷ Dabei stützte er sich

⁷⁵ Zu den Ausnahmen vgl. unten Teil III B. II. (S. 366 ff.).

⁷⁶ Daß auch EU-Bürger grundsätzlich anspruchsberechtigt sind, bestimmt Art. 1 I Nr. 5 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

⁷⁷ EuGH C-245/94 und C-312/94; Slg. 1996-I-4895 ff. (Hoever und Zachow).

darauf, daß diese Leistung „unabhängig von jeder auf Ermessensausübung beruhenden Einzelfallbeurteilung der persönlichen Bedürftigkeit ohne weiteres den Personen gewährt wird, die bestimmte objektive, gesetzlich festgelegte Voraussetzungen erfüllen, und die dem Ausgleich von Familienlasten“ dient.⁷⁸ Diese Voraussetzungen sind beim Bayerischen Landeserziehungsgeld ebenso erfüllt. Demnach hätte der portugiesische Wanderarbeitnehmer - samt seiner Familie (Art. 2 Abs. 1) - gemäß Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung „die gleichen Rechte (...) aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates“. Dasselbe gebietet im übrigen Art. 7 Abs. 2 der parallel anwendbaren⁷⁹ Verordnung (EWG) 1612/68.

bb) Zum Vorliegen einer indirekten Diskriminierung

Nun könnte man zunächst einwenden, daß das Wohnsitzdauererfordernis nicht nach Staatsangehörigkeit differenziere, sondern nach Aufenthaltsdauer. Allerdings wird sich die Regelung so kaum retten lassen. Denn der EuGH erstreckt die genannten Diskriminierungsverbote grundsätzlich auch auf sog. mittelbare Diskriminierungen. Damit sind Regelungen gemeint, welche „die Leistungsgewährung ohne rechtfertigenden Grund von Bedingungen abhängig machen, die es zuwandernden Arbeitnehmern im Gegensatz zu eigenen Staatsangehörigen praktisch unmöglich machen, in den Genuß der Leistung zu kommen.“⁸⁰

Ein solcher Fall ist das Wohnsitzdauererfordernis des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes. Zwar bewirkt es nur eine Verzögerung der Anspruchsberechtigung um fünfzehn Monate. Doch kommt diese Verzögerung bei einer Leistung, die ohnehin auf nur ein Jahr befristet ist, einem Ausschluß nahe, mitunter sogar gleich. Demnach käme es darauf an, ob sich ein rechtfertigender Grund für dieses Kriterium fände. Das jedoch ist schwer vorstellbar. Denn weder der Schutz Bayerns vor einem Zustrom von Erziehungsgeld-Touristen noch die Entlastung des bayerischen Haushalts von den Mehrbelastungen durch zusätzliche Leistungsempfänger hätten eine Aussicht, vor dem EuGH zu bestehen. Schließlich bezwecken die beiden Verordnungen gerade, die Arbeitnehmerfreizügigkeit von solchen Beschränkungen zu befreien. Zwar mag die Sorge um die Auswirkungen einer derartigen Marktintegration auf die regionale

⁷⁸ Ebd. S. 4896.

⁷⁹ So zur parallelen Anwendbarkeit beider Verordnungen auf das Bundeserziehungsgeld kürzlich der EuGH, C-85/96; Slg. 1998-I-2691 ff. (Sala), insbesondere Rn. 27; dem folgend auch *Fuchs* in: Fuchs, NK Europäisches Sozialrecht, Rn. 18 zu Art. 4 der VO 1408/71; anders noch *Steinmeyer* in: Fuchs, NK Europäisches Sozialrecht Rn. 5 zu Art. 7 der VO 1612/86.

⁸⁰ So *Scheuer* in: Lenz, EGV-Kommentar Art. 42 Rn. 22.

Wohlfahrtsstaatlichkeit berechtigt sein. Sie findet im Gemeinschaftsrecht auch (derzeit noch) Berücksichtigung, soweit es um die Freizügigkeit von anderen Personen als Arbeitnehmern (und deren Familienangehörigen) geht.⁸¹ Aber bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt das Sekundärrecht dem Integrationsziel Vorrang.

cc) Die relevante Vergleichsgruppe

Freilich bliebe dem Land Bayern noch eine weitere Möglichkeit, das Wohnsitzdauererfordernis zu verteidigen. Schließlich wird der portugiesische Wanderarbeitnehmer nicht schlechter gestellt als Deutsche aus anderen Bundesländern. Die Frage wäre demnach, ob die relevante Vergleichsgruppe die in Bayern ansässigen Deutschen sind - dann läge eine Diskriminierung vor - oder aber der Rest der Republik - dann nicht. Allzu aussichtsreich ist aber auch diese Verteidigung nicht. Ein Grund dafür ist, daß, wie gesehen, bisher ungeklärt ist, ob die Diskriminierung gegenüber den anderen Deutschen nicht schon nach deutschem Verfassungsrecht unzulässig ist. Sollte das der Fall sein, würde sich die Frage nach der Vergleichsgruppe erübrigen und das Wohnsitzdauererfordernis wäre auch europarechtlich unzulässig.

Aber die Unanwendbarkeit des Wohnsitzdauererfordernisses läßt sich auch aus dem Europarecht selbst herleiten - ohne die unsichere Bezugnahme auf das deutsche Verfassungsrecht. Schließlich liegt der Sinn des Diskriminierungsverbots darin, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb des Binnenmarktes von regionalen Schranken zu befreien. Dabei unterscheiden sich Beschränkungen entlang nationaler Grenzen nicht von solchen innerhalb der Mitgliedstaaten.⁸² Eine teleologische Betrachtung würde daher nahelegen, die in Bayern ansässigen Deutschen als Vergleichsgruppe zu wählen, so daß eine Ungleichbehandlung vorläge.

Zwar könnte man einwenden, daß das Europarecht seinen Geltungsanspruch bislang grundsätzlich auf das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten begrenzt und Sachverhalte ohne grenzüberschreitendes Moment hiervon ausgenommen habe. Aber im Fall des portugiesischen Wanderarbeitnehmers führt dieser Einwand nicht zum Ziel. Denn ein solches grenzüberschreitendes Element wird ohne weiteres bereits dann angenommen, wenn bei der Ausübung einer Grundfreiheit die Grenze eines Mitgliedstaates überschritten wird, selbst wenn die be-

⁸¹ Näher dazu unten Teil III B. II. (S. 366 ff.).

⁸² Dieser Argumentation hat sich der EuGH bereits ausdrücklich bedient, und zwar erstmals in der Entscheidung EuGH C-163/90; Slg. 1992-I-4625 ff. (Legros). Dort ging um eine parallele Konstellation, allerdings aus dem Bereich der Warenverkehrsfreiheit. Ausführlich hierzu Graser, EuR 1998, 571, 574.

schränkende Regelung nur für ein bestimmtes Gebiet innerhalb des Zielstaates gilt.⁸³

Auch die Besonderheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen keine andere Auslegung. Richtig ist zwar, daß nicht alle wirtschaftlichen Freiheiten des EGV den gleichen Verwirklichungsgrad erreicht haben und daß sich gerade die Arbeitnehmerfreizügigkeit langsamer entwickelt hat als etwa die Waren- und Dienstleistungsfreiheit.⁸⁴ Aber spätestens seit der *Bosman*-Entscheidung⁸⁵ des EuGH hat auch sie den Schritt vom bloßen *Diskriminierungsverbot* hin zum *Beschränkungsverbot* getan.⁸⁶ Das heißt, die Zulässigkeit einer freizügigkeitsbeschränkenden Maßnahme ist nunmehr grundsätzlich unabhängig davon, ob sie Inländer bevorzugt. Im Lichte dieser Entscheidung dürfte auch Art. 3 Abs. 1 der VO (EWG) 1408/71 auszulegen sein. Für die Wahl der Vergleichsgruppe würde das bedeuten, daß die in Bayern Ansässigen die richtige Gruppe wären. Das Wohnsitzdauererfordernis wäre ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und unanwendbar, soweit das Europarecht reicht.⁸⁷

b) Konsequenzen für das bayerische Landeserziehungsgeldgesetz

Wenn aber EU-Ausländer⁸⁸ nicht mehr schlechter gestellt werden dürfen als Einheimische, müßte dann nicht auch das Wohnsitzdauererfordernis für Zuwanderer aus anderen Teilen Deutschlands fallen? Hessen und Sachsen müssen

⁸³ EuGH ebd., insbesondere Rn. 14-18.

⁸⁴ Für einen differenzierten Vergleich des Verwirklichungsgrads der wirtschaftlichen Freiheiten vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145 ff.; bei der Beurteilung der Arbeitnehmerfreizügigkeit kommt er zum selben Ergebnis wie hier (vgl. insbesondere S. 155.).

⁸⁵ EuGH C-415/93, Slg. EuGH 1995, I-4921 ff., insbesondere Rn. 96 und 103.

⁸⁶ Vgl. zum Wandel „von einem reinen Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot“ statt vieler *Schweitzer/Hummer*, Rn. 1158.

⁸⁷ Wie weit der Geltungsanspruch des Europarechts heute reicht, ist unklar. Grundsätzlich gilt als Kriterium, daß es nur auf Sachverhalte mit „grenzüberschreitendem Bezug“ angewendet werden kann (ausführlich zu diesem Kriterium in jüngerer Zeit *Hammerl*, S. 151 f.). Fraglich ist allerdings, welche Bedeutung dieses Kriterium in der aktuellen EuGH-Rechtsprechung noch hat. Nach den neueren Entwicklungen erscheint nicht einmal mehr sicher, daß der EuGH die hier behandelte Ungleichbehandlung gegenüber deutschen „Nicht-Bayern“ nicht ebenfalls dem Europarecht unterstellen und die Norm mithin gänzlich unanwendbar würde. Ausführlich zu diesen neueren Entwicklungen *Graser*, EuR 1998, 571 ff.; zu den Konsequenzen für das nationale Recht vgl. *Graser*, DÖV, 1998, S. 1004 ff.

⁸⁸ Infolge des weiten Verständnisses, welches das Kriterium des grenzüberschreitenden Bezugs inzwischen erfährt, gilt das jedenfalls auch für Deutsche, die aus dem EU-Ausland nach Bayern kommen.

warten, während Griechen und Schweden sofort zum Zug kommen? Befremdlich wäre eine solche Differenzierung zugunsten der „Fremderen“ allemal.⁸⁹ Womöglich wäre sie aus diesem Grund sogar verfassungswidrig, ohne daß es auf die vorangegangenen Erwägungen zu Art. 11 und 33 I GG ankäme. Das hängt von der bislang ungeklärten Frage ab, ob Art. 3 I GG in Fällen der sog. Inländerdiskriminierung greift.⁹⁰

Aber unabhängig davon, ob das Wohnsitzdauererfordernis noch Geltung beanspruchen könnte für die aus anderen Teilen Deutschlands nach Bayern ziehenden Deutschen - ein Anachronismus wäre ein solcher vom Europarecht zusammengestutzter „Gesetzesstorso“⁹¹ in jedem Fall.

c) Zur Bedeutung von „Lehre II“

Wie verträgt sich dieses Ergebnis mit der zuvor vorgeschlagenen Übertragung von „Lehre II“ ins deutsche Verfassungsrecht? Auf den ersten Blick ergibt sich kein Widerspruch. Auch nach dem Übertragungsvorschlag war das Landeserziehungsgeldgesetz schließlich verfassungswidrig. Allenfalls könnte man meinen, daß die Bemühungen um eine sachgerechte Auslegung des deutschen Verfassungsrechts überflüssig gewesen seien, weil ja das Europarecht bereits alles Wesentliche regelt. Aber dieser Eindruck trügt. Denn nach der vorgeschlagenen Übertragung von „Lehre II“ wäre das Wohnsitzdauererfordernis nur *derzeit* verfassungswidrig. Der Bund könnte es autorisieren. Und gerade hierin schlummert der Konflikt. Was wenn der Bund sich tatsächlich eines Tages dafür entschiede, solche Abschottungen innerhalb Deutschlands zu autorisieren? Spätestens dann stünde fest, daß die europäische Integration die deutsche überholt hätte.

Wie ist mit diesem drohenden Konflikt umzugehen? Eine Möglichkeit wäre, nicht mehr über das Verhältnis von Freizügigkeit und Wohlfahrtsstaatlichkeit innerhalb Deutschlands nachzudenken, sondern statt dessen schlicht zu versuchen, mit der europäischen (Markt-)Integration Schritt zu halten. Das ist die defätistische Option. Die andere bestünde darin, sich der Frage nach einem zeitgemäßen Ausgleich innerhalb des magischen Dreiecks zu stellen - auf europäischer Ebene ebenso wie auf nationaler.

Vielleicht würde sich in der deutschen Diskussion sogar herausstellen, daß das Landeserziehungsgeldgesetz sein Wohnsitzdauererfordernis behalten dürfen soll. Dann wäre es höchste Zeit, auch auf europäischer Ebene dafür einzu-

⁸⁹ Ausführlich hierzu *Graser*, EuR 1998, S. 571, 577 f.

⁹⁰ Ausführlich zum Diskussionsstand *Graser*, DÖV 1998, S. 1004 ff., 1005-1008.

⁹¹ Diese Bezeichnung stammt von *Herdegen*, Rn. 100.

treten, daß der derzeitige Ausgleich innerhalb des magischen Dreiecks überdacht wird. Insbesondere wäre unter diesen Voraussetzungen eine Verschiebung zulasten der Freizügigkeitsgarantie und zugunsten der regionalen Wohlfahrtsstaatlichkeit zu fordern.

Freilich ist dies nur einer von vielen möglichen Ausgängen, welche eine solche Diskussion nehmen kann - und ein unwahrscheinlicher obendrein. Aber auf das materielle Resultat kommt es zunächst auch nicht an. Wichtig ist vor allem, daß der Ausgleich innerhalb des magischen Dreiecks als politische Gestaltungsaufgabe wahrgenommen wird. Daran scheint es in Deutschland bisher zu mangeln. Jedenfalls zeugen die Brüche, die sich zwischen europäischem und nationalem Recht abzeichnen, nicht gerade von einem wachen Problembewußtsein.

Erst wenn das erreicht ist, kann es dazu kommen, daß die Legislative auf der jeweils zuständigen Ebene der Aufgabe nachkommt, die ihr „Lehre II“ zuweisen möchte, nämlich den Ausgleich innerhalb des magischen Dreiecks kontinuierlich anzupassen an die sozialen Bedingungen und herrschenden Wertvorstellungen. Der nächste und letzte Abschnitt dieser Arbeit wird versuchen, eine Anregung für eine solche Diskussion auf europäischer Ebene zu geben.

B. Zu „Lehre I“

„Für den Augenblick scheint geklärt zu sein, daß es ein einheitliches europäisches Sozialleistungsrecht nicht geben wird. Auch einheitliche Grundsätze sind schwer vorstellbar. ... Vielleicht wird man als erstes etwas über Mindeststandards einer Mindestsicherung sagen können. Viel mehr ist nicht abzusehen.“ Diese Worte stammen aus einem Festvortrag, den *Hans Zacher* im Jahre 1990 vor dem deutschen Juristentag gehalten hat.⁹² Seither sind die Vollendung des Binnenmarktes und die erste Stufe der Währungsunion ins Land gegangen. Es hat zwei Vertragsrevisionen gegeben, mit allmählichen Fortschritten auch auf dem Gebiet der Sozialpolitik.

Zwar sind ein einheitlicher europäischer Sozialstaat, ja selbst ein vereinheitlichtes Sozialrecht⁹³ auch heute noch Zukunftsmusik. Aber immerhin scheint die Vorstellung, daß auch die Sozialpolitik nach Brüssel wandert, ihre früheren Schrecken verloren zu haben. So befürwortete in einer Mitte 1999 durchgeführten Umfrage⁹⁴ die Mehrheit der EU-Bürger (62% der Befragten) die Er-

⁹² *Zacher*, Sozialrecht, H 47 f.; eine ähnlich zurückhaltende Einschätzung äußerte weniger Jahre vorher auch *Garth*, S. 113, 160.

⁹³ Vgl. aus jüngster Zeit etwa *Halfmann/Bommes*, S. 99: „Die Option eines einheitlichen europäischen Sozialrechts erscheint zur Zeit jedenfalls wenig aussichtsreich.“

⁹⁴ Vgl. ausführlich dazu *Die Zeit* Nr. 23 vom 2.6.1999.

richtung eines „einheitlichen Sozialstaates auf europäischer Ebene“. Zwar war die Zustimmung in den acht Mitgliedstaaten, in denen die Umfrage durchgeführt worden ist, keineswegs gleich, sondern bestätigte das gängige Klischee von Geber- und Nehmerstaaten. So gab es in Griechenland mit 82% die höchste Zustimmung, in Deutschland mit 52% die geringste. Doch es bleibt bemerkenswert, daß sich selbst in Deutschland, wo das Selbstbild des Nettozahlers in der europapolitischen Debatte eine große Rolle spielt, die Mehrheit für einen europäischen Sozialstaat aussprach.

Nun ist sicherlich Skepsis angebracht gegenüber solchen Umfragen mit ihren unvermeidbar pauschalen Fragestellungen. Vermutlich waren die Vorstellungen der Befragten von einem „einheitlichen Sozialstaat auf europäischer Ebene“ sehr unterschiedlich und überdies vage. Trotzdem sollte das Umfrageergebnis Ansporn sein, darüber nachzudenken, wie ein Engagement der europäischen Zentralebene in klassischen sozialstaatlichen Bereichen konkret aussehen könnte. Eine der denkbaren Optionen soll im folgenden skizziert werden (dazu I.), gefolgt von einer Auseinandersetzung mit den möglichen Einwänden dagegen (dazu II.).

I. Der Vorschlag

Der Blick in die USA hat gezeigt, wie man mit Hilfe einer teilweise zentralen Finanzierung der Sozialleistungen das „*race to the bottom*“ bremsen den Wettbewerbsdruck auf das regionale Sozialleistungsniveau mildern kann. Soweit „Lehre I“. Hier wird nun die These aufgestellt, daß eine solche Teilzentralisierung künftig auch in der Europäischen Union einen angemesseneren Ausgleich zwischen den drei kollidierenden Zielen Wohlfahrtsstaatlichkeit, Freizügigkeit und Subsidiarität ermöglichen kann.

Die Betrachtung des US-amerikanischen Rechts hat nicht zuletzt die Vielfalt der Gestaltungsinstrumente illustriert. Sie reichten von der vollen Zentralisierung einer speziellen Fürsorgeleistung (*Food Stamps*) über die zentrale Finanzierung eines Sockelbetrages (*SSI, TANF*) bis hin zur prozentualen Beteiligung der Zentralebene (*AFDC, Medicaid*) - nicht zu vergessen die Möglichkeiten der Zentralebene, durch Regulierung (so bei der Arbeitslosenversicherung) oder die bloße Drohung damit (Unfallversicherung) auf die Gliedstaaten einzuwirken.

Bei keinem dieser Instrumente ist eine Übertragung theoretisch ausgeschlossen. Realistisch kann in Europa auf absehbare Zeit jedoch allenfalls eine zurückhaltende Form der Teilzentralisierung sein. Überdies sollte sie sich möglichst auf eine Leistung beziehen, deren staatliche Gewährung von einem breiten Konsens getragen ist. Zu denken wäre daher zunächst - ganz im Einklang mit der *Zacher*'schen Prognose - an ein europäisches Engagement im Bereich der Mindestsicherung, und zwar in Form der zentralen Finanzierung eines Sockelbetrages pro Leistungsempfänger, der auf dem Niveau des kleinsten gemein-

samen Nenners festgesetzt werden sollte. Dabei sollte die EU gegenüber dem einzelnen Empfänger als leistungsgewährende Instanz wenigstens in Erscheinung treten, auch wenn sie eine direkte Vergabe nach Muster des US-amerikanischen *SSI*⁹⁵ auf absehbare Zeit nicht wird leisten können.

So könnte der Konkurrenzdruck auf das Leistungsniveau immerhin gemildert werden. Schließlich würde jeder neu hinzuziehende Bedürftige eine geringere Zusatzbelastung für den Mitgliedstaat bedeuten. Zudem wären die Abstriche an der regionalen Autonomie relativ gering. Denn die Entscheidung über das Niveau der Mindestsicherung bliebe weiterhin in der Hand der Mitgliedstaaten.

II. Die Einwände samt Repliken

Nun liegen die Einwände hiergegen auf der Hand. Wäre der Vorschlag je realisierbar? Vor allem aber: Bestünde überhaupt ein Bedürfnis nach einer solchen Regelung? Schließlich darf, wer fürsorgeabhängig ist, in Europa grundsätzlich ohnehin nicht über Staatsgrenzen wandern, zumindest nicht, um dauerhaft zu bleiben. Denn die Freizügigkeit für Unionsbürger (Art. 18 EGV) steht bislang unter den im Sekundärrecht verankerten Vorbehalten. Dazu gehört insbesondere, daß ausreichende Existenzmittel nachgewiesen werden.⁹⁶ Deswegen könnte es allenfalls im Rahmen der weitergehenden Freizügigkeit für Arbeitnehmer und für deren Angehörige (Art. 39 ff. EGV) dazu kommen, daß ein Mitgliedstaat längerfristig zur Gewährung von Leistungen der Mindestsicherung verpflichtet ist. Allerdings werden Arbeitnehmer regelmäßig nicht auf die Mindestsicherung angewiesen sein, weil sie sich typischer Weise über ihre Erwerbseinkünfte finanzieren. Ausnahmen sind freilich denkbar - so beispielsweise im Fall eines Verbleiberechts nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder wenn die Einkünfte für den Arbeitnehmer und seine Familienangehörigen nicht ausreichen.⁹⁷ Insgesamt jedoch dürfte die Wanderung fürsorgeabhängiger derzeit keinen allzu großen Druck verursachen.

Besteht also gar kein Handlungsbedarf? Im Moment vielleicht nicht. Aber die Lage könnte sich bald ändern. Schon jetzt mehren sich die Stimmen, die für eine Beseitigung der letzten noch verbliebenen aufenthaltsrechtlichen Be-

⁹⁵ Näher hierzu oben Teil II B. II. 2. b) cc) (S. 155 ff.).

⁹⁶ So jedenfalls die h.M.; vgl. dazu *Kaufmann-Bühler* in: Lenz, EGV-Kommentar, Art. 18, Rn. 1 f. (mit Nachweisen auch zur Gegenmeinung).

⁹⁷ Vgl. allgemein zu den europarechtlichen Vorgaben *Scheuer* in: Lenz, EGV-Kommentar, Art. 39 Rn. 45 ff., 59. In Deutschland sind sie im AufenthG/EWG umgesetzt; zum Verbleiberecht vgl. dort § 6a, zu den Familienangehörigen § 7. In § 12 ist der Vorrang dieser Regelungen vor den generellen ausländerrechtlichen Bestimmungen im AusG) geregelt.

schränkungen eintreten⁹⁸ - neben dem Vorbehalt ausreichender Existenzmittel ist dies auch der Nachweis von Krankenversicherungsschutz. Und auch im EGV selbst scheint diese Entwicklung vorgezeichnet. So findet sich die Verpflichtung der Gemeinschaft auf fortschreitende Integration nicht mehr „nur“ in der Präambel, sondern inzwischen auch im Vertragstext selbst. Im Hinblick auf die Unionsbürgerfreizügigkeit schreibt Art. 18 II EGV nunmehr den jeweils erreichten Integrationsstand fest, indem er dem Rat lediglich die Kompetenz einräumt, die Ausübung der Freizügigkeit zu *erleichtern*.⁹⁹

Sollte also die Personenfreizügigkeit diese letzte Stufe eines Tages erklimmen, so gewönne das Problem wanderungsbedingten Drucks auch im Bereich der Mindestsicherung an Bedeutung. Das gilt umso mehr, als mit der bevorstehenden Osterweiterung das Wohlstandsgefälle und damit auch das Wandlungspotential in der EU ansteigen dürfte. Damit käme Bewegung in den aktuellen Ausgleich innerhalb des magischen Dreiecks. Das „Mehr“ an rechtlich garantierter oder tatsächlich genutzter Freizügigkeit wäre zu bezahlen - mit weiterem Druck auf den Wohlfahrtsstaat oder eben mit Abstrichen bei der Subsidiarität.

Vielleicht wüchse dann das Interesse für die Instrumente zur Druckmilderung bei möglichst weitreichender Wahrung der regionalen Autonomie, und womöglich erschiene sogar der konkrete Vorschlag einer teilzentralisierten europäischen Mindestsicherung nicht mehr gar so fernliegend. Jedenfalls aber dürfte in einem solchen Szenario die Stimme derer lauter werden, welche schon heute eine stärkere wohlfahrtsstaatliche Komponente für Europa einfordern - oder, um es in der Worten eines führenden Vertreters dieser Auffassung zu sagen: eine „politische Alternative für ein im neoliberalen Format eingefrorenes Markteuropa“.¹⁰⁰

Das schlägt die Brücke zur in Teil I referierten Debatte um die Zukunft der europäischen Integration.¹⁰¹ Ist jenseits der Nation eine solidarische Verbundenheit denkbar, wie sie der Ausbau eines Wohlfahrtsstaates auf europäischer Ebene letztlich erfordern würde? Und wäre das überhaupt ein erstrebenswertes Ziel? Eine Antwort auf diese Fragen wird diese Arbeit auch an dieser Stelle schuldig bleiben. Mehr als das Bekenntnis zu einer der Geisteshaltungen könnte sie ohnehin nicht leisten.

Aber es scheint, als bedürfte es dessen auch gar nicht. Denn so wichtig die Debatte über Zukunftsvisionen sein mag - ein europäischer Staatskoloß vom

⁹⁸ So zum Beispiel *Schulz*, S. 277 f.

⁹⁹ So *Kaufmann-Bühler* in: *Lenz*, EGV-Kommentar, Art. 18 Rn. 7.

¹⁰⁰ So *Habermas*, *Postnationale Konstellation*, S. 149.

¹⁰¹ Vgl. dazu oben Teil I A. IV. 4. (S. 82 ff.).

Integrationsgrad eines Nationalstaats ist heute ebenso fern wie der Rückfall in das national zersplitterte Europa unserer Eltern. Eine derartige Überhöhung ins Grundsätzliche kann sogar lähmen, indem sie die Kontroverse betont, wo genügend Konsens bestünde, um den nächsten Schritt zu tun. So auch, wenn es um den konkreten Ausgleich innerhalb der kollidierenden Ziele des magischen Dreiecks geht, um seine kontinuierliche Anpassung an die sozialen Gegebenheiten und Wertvorstellungen. Europa wird nicht endgültig auf den einen oder anderen Kurs festgelegt, wenn zum Beispiel über eine Ausweitung der Freizügigkeit oder über die Einführung einer (teilweise) zentral finanzierten Basissicherung entschieden wird.

So revolutionär eine solche sozialstaatliche Leistung auf europäischer Ebene zunächst auch scheinen mag - bei Lichte besehen ist die EU längst auch in dieses Terrain vorgedrungen. Nicht nur haben die Ausgaben auf ihrem klassischen Betätigungsfeld der Wirtschaftspolitik *de facto* schon heute eine beträchtliche umverteilende Wirkung.¹⁰² Auch offen sozial motivierte Ausgaben spielen eine wachsende Rolle¹⁰³, allen voran der Sozialfonds¹⁰⁴ und die diversen anderen Fonds des Titel XVII EGV.

Wäre eine europäische Beteiligung bei der sozialen Basissicherung hiervon wirklich so weit entfernt? Gewiß, ein solches sozialpolitisches Engagement könnte in der Öffentlichkeit eine weitaus größere Aufmerksamkeit auf sich ziehen als die bisherigen Ausgaben. Das ist ein Wagnis. Vielleicht würde sich erweisen, daß es in der Bevölkerung bereits für das gegenwärtige Ausmaß der von EU vergebenen Mittel an einer hinreichenden Unterstützung fehlt.

Aber es birgt auch Chancen. Dabei geht es nicht so sehr um die Erwartung, daß von einer solchen (Mit-)Übernahme sozialstaatlicher Verantwortung auch die Akzeptanz der Union als politischer Gemeinschaft profitieren könnte. Dafür mag es zwar historische Beispiele geben.¹⁰⁵ Doch es ist zweifelhaft, ob diese Rechnung auch dann aufgeht, wenn nicht neue Leistungen geschaffen, sondern bestehende übernommen werden. Gerade in einer Zeit sozialstaatlichen

¹⁰² So zum Beispiel *Nowotny*, der auf S. 134 resümiert, „daß mit den EU-Haushalt bereits jetzt erhebliche, wenn auch nicht systematisch eindeutige Umverteilungseffekte verbunden sind.“

¹⁰³ Eine nach Politikbereichen differenzierende Übersicht über das Ausgabevolumen der europäischen Zentralebene und dessen Entwicklung findet sich bei *Kraff*, S. 513.

¹⁰⁴ Ausführlich zu den Zielen und Wirkungsweise des Sozialfonds *Haverkate/Huster*, Rn. 802 ff., die allerdings zurecht darauf hinweisen, daß die Mittel nur zur Mitfinanzierung mitgliedstaatlicher Arbeitsförderungs-subsidien eingesetzt würden. Sie betonen, daß es sich mithin nicht um eine „eigenständige“ Sozialpolitik der Gemeinschaft handle.

¹⁰⁵ Zum Bemühen um (national-)staatliche Integration als möglicher Entstehungsbedingung für die Einführung der Sozialversicherung in Österreich und Deutschland vgl. *Köhler*, Sozialversicherung, S. 66 f.

Schrumpfens könnte der Schuß sogar nach hinten losgehen. Denn auf die akzeptanzsteigernde Wirkung von Bonbons aus Brüssel sollte man insbesondere dann nicht setzen, wenn sie knapp zu werden drohen.

Die Hoffnung könnte deswegen weniger auf den Wohltaten als vielmehr auf den Zumutungen ruhen, die ein solches wohlfahrtsstaatliches Engagement der Bevölkerung beschert. Vielleicht klingt das paradox. Aber man braucht sich die Situation nur etwas farbiger auszumalen. Unversehens ginge es in Brüssel und Straßburg um „handfeste“ Sozialpolitik, nicht mehr „bloß“ um so komplexe und deswegen unzugängliche Materien wie die Harmonisierung technischer Standards oder die Regulierung des Agrarsektors. Die Umverteilung auf europäischer Ebene, wie sie längst Realität ist, würde plastisch. Umso mehr im übrigen, je leichter die umverteilende Institution zu identifizieren wäre - nicht nur für die Begünstigten, sondern auch für die Belasteten. Zur Finanzierung dieser Leistung sollte man deswegen selbst eine (moderate!) direkte Steuer, wie sie schon heute bisweilen gefordert wird, nicht von vornherein abtun.¹⁰⁶

Dem öffentlichen Interesse an den politischen Entscheidungen im „fernen“ Brüssel könnte das nur guttun.¹⁰⁷ Vielleicht würde sogar die allmähliche Formation einer europaweiten politischen Öffentlichkeit auf den Weg gebracht, die die allenthalben für die Vorbedingung einer wirklichen Demokratisierung Europas gehalten wird.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Den Vorschlag, eine direkte Steuer einzuführen, macht auch *Weiler*, *Constitution*, S. 354. Allerdings beurteilt er selbst die Realisierungschancen seines Vorschlags negativ und äußert sich, vermutlich deswegen, erst gar nicht dazu, wofür die Steuereinnahmen verwendet werden sollen. Aus ökonomischer Perspektive für die Einführung direkter EU-Abgaben auch *Nowotny*, S. 135 ff.; auch er beurteilt die Durchsetzungschancen allerdings derzeit skeptisch (S. 138). Kürzlich ist dieser Vorschlag auch zum Gegenstand der tagespolitischen Debatte geworden, nachdem sich die deutsche EU-Kommissarin *Michaele Schreyer* hierfür ausgesprochen hat; vgl. dazu die kritische Erwiderung von *Stratthaus* in der *FAZ* vom 16.4.2000.

¹⁰⁷ So - bezogen auf seinen Vorschlag, eine direkte Steuer einzuführen - auch *Weiler*, *Constitution*, S. 354 f.: „From the perspective of citizenship the problem of the Union is, in some respect, one of representation (flawed, to be sure), with no taxation ... (T)axation ... is a classical and meaningful artifact of citizenship: it instills accountability, it provokes citizen interest, it becomes an electoral issue, *par excellence*.“

¹⁰⁸ Bei allem Streit um die Zukunft Europas besteht weitgehende Einigkeit, daß dies eine notwendige Vorbedingung wäre; vgl. dazu bereits oben Teil I A. IV. 4. a) (S. 82 ff.).

Zusammenfassung

1. Die Arbeit untersucht die sozialrechtliche Stellung von Migranten innerhalb föderaler Systeme.

2. In einem solchen System bilden Freizügigkeit, Wohlfahrtsstaatlichkeit und Subsidiarität ein „magisches Dreieck“: Die Verfolgung eines dieser Ziele geht zulasten mindestens eines der beiden anderen. Diese These bildet die theoretische Grundlage der Arbeit. Sie zu entfalten und in den Kontext aktueller Diskussionen zu stellen, ist der zentrale Gegenstand der in Teil I angestellten Vorüberlegungen. Daneben finden sich in Teil I einige Reflexionen zum methodischen Vorgehen dieser vergleichend orientierten Studie.

3. Der Hauptteil (Teil II) befaßt sich mit dem konkreten Ausgleich, den der Zielkonflikt des magischen Dreiecks in den USA gefunden hat. Nach einem Überblick (Teil II A.) über die Rahmenbedingungen wendet sich dieser Teil II nacheinander den Rollen zu, welche die Legislative und die Judikative der Zentralebene bei der Ausgestaltung dieses Ausgleich spielen. Neben der Analyse des US-amerikanischen Rechts einschließlich seiner aktuellen Entwicklungen zielt dieser Teil darauf, konkrete Lehren zu ziehen, die von den Spezifika der US-amerikanischen Situation abstrahierbar sind.

a) Der erste, dem Einfluß des Bundesgesetzgebers gewidmete Abschnitt (Teil II B.) analysiert das hierzulande als „kooperativer Föderalismus“ bekannte Zusammenspiel der föderalen Ebenen im Bereich des US-amerikanischen Sozialrechts. Dabei werden konkrete gesetzgeberische Instrumente für eine nur partielle Zentralisierung aufgezeigt und in ihrer Wirkung unterschieden („Lehre I“).

b) Der zweite, dem Einfluß der Rechtsprechung gewidmete Abschnitt (Teil II C.) behandelt die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die sozialrechtliche Behandlung von Migranten innerhalb der USA. Im Mittelpunkt steht die Judikatur des *Supreme Court* zu dieser Frage. Sie ist bis zum heutigen Tag höchst umstritten. Der kritischen Analyse dieser Rechtsprechung folgt der Versuch, sie in ihrer Entwicklung zu erklären. Abschließend wird ein alternatives Lösungskonzept vorgestellt. Danach sollte die Verfassungsrechtsprechung auf Bundesebene gliedstaatliche Normen, die hinzugezogene Migranten benachteiligen, einer strengeren Kontrolle unterziehen als entsprechende Normen des Bundes. Dieses Konzept ist die Grundlage für die konkrete Lehre, die auch dieser zweite Abschnitt zu ziehen versucht („Lehre II“).

4. Der abschließende Teil III dieser Arbeit führt anhand zweier Beispiele vor, welche Bedeutung die zuvor gezogenen Lehren hierzulande haben könnten. Dabei wird Lehre I auf den supranationalen europäischen Kontext übertragen, Lehre II auf den nationalen deutschen. Konkret werden vorgeschlagen:

a) eine Auslegung von Art. 11 und 33 I des deutschen Grundgesetzes im Lichte der Lehre I. Die Implikationen dieser Interpretation werden anhand eines Wohnsitzdauererfordernisses im Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz illustriert, das danach verfassungswidrig wäre (Teil III A.).

b) die künftige Einführung einer teilweise zentral finanzierten sozialhilfeartigen Mindestleistung in der EU (Teil III B.).