

G 21 336 F

VSSR

Juni 2003
Heft 2

Vierteljahresschrift für Sozialrecht

Herausgegeben von
Winfried Boecken und Rainer Pitschas

2



Carl Heymanns Verlag
Köln · Berlin · Bonn · München

VSSR

Vierteljahresschrift
für Sozialrecht

Juni 2003 Heft 2

Wissenschaftlicher Beirat

Professor Dr. Dagmar Coester-Waltjen,
Institut für internationales Recht der Universität München

Professor Dr. Christian von Ferber,
Universität zu Köln

Professor Dr. Josef Isensee,
Institut für öffentliches Recht der Universität Bonn

Professor Dr. Ferdinand Kirchhof,
Juristische Fakultät der Universität Tübingen

Professor Dr. Otto Ernst Krasney,
Vizepräsident des Bundessozialgerichts a.D., Kassel

Professor Dr. Dr. Detlef Merten,
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Professor Dr. J.-Matthias Graf von der Schulenburg,
Institut für Versicherungsbetriebslehre der Universität Hannover

Professor Dr. Bertram Schulin,
Augsburg

Professor Dr. Horst Sendler,
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts i.R., Berlin

Professor Dr. Alfred Söllner,
Richter am Bundesverfassungsgericht a.D.,
Juristische Fakultät der Universität Gießen

Professor Dr. Dr. h. c. mult. Hans F. Zacher,
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Bollwerk in einer entgrenzten Welt? – Das Problem sozialrechtlicher Zugehörigkeit, illustriert am Beispiel des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes

von Alexander Graser

Übersicht

- I. Zugehörigkeit im Volksmund
- II. Zugehörigkeit im Recht
- III. Zugehörigkeit im Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz
 - 1. »Bollwerk« – Die Vorschriften des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes
 - a) Überblick
 - b) Bestimmungen zum Empfängerkreis
 - aa) Wohnsitz
 - bb) Staatsangehörigkeit
 - aaa) Erste »Öffnung«: Ehe- oder Lebenspartner mit dauerhaftem Aufenthaltsstatus
 - bbb) Zweite »Öffnung«: Deutsche Kinder
 - c) Vorwohndauer
 - aaa) Verkürzung auf zwölf Monate
 - bbb) Verzichtbarkeit der Vorwohndauer in Ausnahmefällen
 - ccc) Verzichtbarkeit der Vorwohndauer insbesondere bei Gegenseitigkeit
 - ddd) Kostenwirkungen der Vorwohndauer
 - eee) Schutz der Vorwohndauer vor Umgehung
 - c) Zwischenergebnis
 - 2. »Entgrenzte Welt« – Die Einwirkungen des höherrangigen Rechts
 - a) Eindeutige Vorgaben
 - b) Uneindeutige Vorgaben
 - 3. Fazit
- IV. Zugehörigkeit zwischen Universalismus und Partikularismus

I. Zugehörigkeit im Volksmund

»Mir san mir«¹, heißt es in Bayern. Und in der Tat, selbst Anpassungswillige haben es hier nicht immer leicht. Spätestens beim Versuch, das zum Abschied obligate »Pfüat Eana«² *lege artis* über die Lippen zu bringen, sind sie enttarnt – als »Zuagroaste«³, wie man in der Landessprache sagt.

Einen einladenden Klang hat das nicht. Nur »zugereist« soll der – offenbar auf ewig – Fremde sein, nicht etwa zugezogen oder gar zugewandert, und auch nicht ein-, sondern bloß zu-. Zugegeben, das sind Nuancen. Aber die seit Jahren währende Debatte um Zu- oder Einwanderung in ihren klassischen oder auch unklassischen Spielarten hat das Gehör geschärft.⁴

1 »Wir sind wir«.

2 »Behüte Sie Gott«.

3 »Zugereiste«.

4 Eine Annäherung immerhin der Vokabeln, welche die Debatte prägen, dürfte der 2001 vorgelegte Bericht »Zuwanderung gestalten – Integration fördern« der »Unabhängigen Kommission

Andererseits sollte man es vielleicht so genau nicht nehmen, wenn man dem Volk aufs Maul schaut. Auch andere Stämme sind ja insofern nicht gerade zimperlich. Man denke nur an die Schwaben, die ihre »Zuagroasten« als »Reigschmeckte«⁵ titulieren und sich mithin auch noch mokieren über deren Assimilationsbemühungen.

Sicher ist Bayern also kein Einzelfall – wie auch? Schließlich muss jede Gemeinschaft definieren, wer dazugehört und wer nicht.⁶ Da ist Ausgrenzung unvermeidbar. Die Frage ist freilich, wo die Grenzen verlaufen und wie sie beschaffen sein sollen.

Darüber wird in letzter Zeit viel diskutiert. Meist geht es um jene Gemeinschaften, die sich bislang über die Nation definierten⁷, und um ihre Rolle in einem zunehmend integrierten Europa⁸, einer zunehmend globalisierten Welt.⁹ Aber es sind keineswegs nur die nationalen Grenzen, deren Bedeutung in Frage steht. Auch die kleineren Gemeinschaften sind betroffen¹⁰, in Deutschland also insbesondere Länder¹¹ und Kommunen.¹² Auch für sie gilt es, Inhalt und Grenzen des »Wir« neu zu bestimmen.

»Zuwanderung« unter Leitung von *Rita Süßmuth* (im Internet unter <http://www.bmi.bund.de/Downloads/Zuwanderungsbericht.pdf>) gebracht haben; vgl. dazu den Überblick über den Stand der Kontroverse »Wie soll Einwanderungspolitik gestaltet werden? – Die Positionspapire von CDU, SPD Bündnis 90/Die Grünen und der Süßmuth-Kommission im Vergleich« in FAZ vom 12.07.2001, S. 8. *Robert Leicht* ging in seiner Bewertung damals weiter und konstatierte einen »Paradigmenwechsel in der deutschen Politik ... Noch nie ist ein Tabu in derart himelschreiender Geräuschlosigkeit dahingesunken wie der Satz ‚Deutschland ist kein Einwanderungsland‘. Wahrscheinlich findet man heute kaum noch jemanden, der diesen Satz vor zwei, drei Jahren laut und deutlich gesagt haben will«; vgl. DIE ZEIT Nr. 28 vom 05.07.2001, S. 5. Offen ist freilich, ob diese Einschätzung auch heute noch zutrifft, nachdem das *Bundesverfassungsgericht* das Zuwanderungsgesetz aufgrund des fehlerhaften Verfahrens im Bundesrat für nichtig erklärt hat (vgl. Entscheidung vom 18.12.2002, Az.: 2 BvF 1/02) und die politische Diskussion um diese Frage von neuem begonnen hat.

5 »Hereingeschmeckte«.

6 »Klassisch« hier zu *Michael Walzer*, Mitgliedschaft und Zugehörigkeit, abgedruckt z.B. auf S. 65 ff. in: ders. (Hrsg.), Sphären der Gerechtigkeit, Frankfurt/Main 1994.

7 Vgl. zur gegenwärtigen Diskussion um das »Ende des Nationalstaates« statt vieler *Martin Albrow*, Abschied vom Nationalstaat, Frankfurt 1998; *Martin van Creveld*, The Rise and Decline of the State, Cambridge 1999; *Wolfgang Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 3. Aufl., München 2002.

8 Aus der jüngeren Diskussion um die künftige Rolle der Nationalstaaten in Europa vgl. statt vieler *Erhard Denninger*, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, S. 1121 ff.; *Udo Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998; Peter Gowan/Perry Anderson (Hrsg.), The Question of Europe; *Christian Hillgruber*, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, S. 1072 ff.; *Neil MacCormick*, Questioning Sovereignty, Oxford 1999; speziell zum Aspekt der Zugehörigkeit in Europa vgl. die Nachweise unten Fn. 15.

9 Vgl. zur Globalisierungsdiagnose statt vieler *Ulrich Beck*, Was ist Globalisierung, 5. Aufl., Frankfurt/Main 1998; mit einem empirischen Zugang *Beisheim/Dreher/Walter/Zangl/Zürn*, Im Zeitalter der Globalisierung, Baden-Baden 1999; zu den Perspektiven politischer Selbstbestimmung im Lichte dieser Diagnose *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation, Frankfurt/Main 1998; *Wolfgang Streeck* (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie, Frankfurt/Main 1998; speziell zur Frage der Zugehörigkeit *Andrew Linklater*, Cosmopolitan Citizenship, Citizenship Studies 1998, S. 23 ff.

10 Zu dieser Interdependenz der Grenzen vgl. *Walzer* (Fn. 6), S. 74 f.: »...wenn aus Staaten kleine Nachbarschaften (*gemeint ist: gänzlich offene Gemeinschaften, wie Wohnviertel sie darstellen* –

II. Zugehörigkeit im Recht

Ins Juristische übersetzt, zielt die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft zunächst auf die verschiedenen Konzeptionen von Bürgerschaft. Im Zentrum steht dabei noch immer die Staatsbürgerschaft¹³, schon weil die Nation weiterhin die primäre politische Gemeinschaft ist. Aber auch die anderen Kreise wollen gezogen sein.

In Maastricht ist dies erstmals auch auf überstaatlicher Ebene erfolgt¹⁴ – als Ausdruck eines veränderten Selbstverständnisses des integrierten Europas, das offenbar eine Gemeinschaft nicht mehr nur von Staaten, sondern auch von Menschen sein will. Zwar mag man darüber streiten, ob die Unionsbürgerschaft dieser Entwicklung nicht eher vorgreift, als dass es sie vollzöge.¹⁵ Immerhin aber ist seither klar umrissen, wer dazugehören soll.

Komplizierter sieht es – jedenfalls in Deutschland – unterhalb der staatlichen Ebene aus. So gibt es trotz weitgehend akzeptierter Staatlichkeit der Länder¹⁶ keine entsprechenden Länder-Staatsbürgerschaften.¹⁷ Die Frage, wer dazugehört, stellt sich freilich dennoch. Nur fehlt es an einer expliziten Antwort.

A.G.) werden, dann ist wahrscheinlich, dass sich Nachbarschaften zu kleinen Staaten entwickeln. Ihre Mitglieder werden sich organisieren, um ihre lokale Politik und Kultur Fremden und deren Einflüssen gegenüber zu bewahren. (...) Die Mauern des Staates niederreißen heißt nicht, ... eine Welt ohne Mauern zu schaffen, sondern vielmehr tausend kleine Festungen zu errichten.«

- 11 Vgl. statt vieler Franz Borkenhagen (Hrsg.), Arbeitsteilung in der EU, 3. Aufl., Gütersloh 2002.
- 12 Für eine exemplarische Studie zur veränderten Situation auf kommunaler Ebene vgl. *Martin Burgi*, Die Legitimität von Einheimischenprivilegierungen im globalen Dorf, JZ 1999, S. 873 ff.
- 13 Aus historischer Perspektive zur Staatsbürgerschaft als modernem Mechanismus von In- und Exklusion vgl. *Andreas Fabrmeir*, Citizens and Aliens, New York 2000; *John Torpey*, The Invention of the Passport, Cambridge 2000; speziell für Deutschland *Dieter Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, Göttingen 2001; noch spezieller für den deutschen Sozialstaat vgl. *Hans F. Zacher*, Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat: eine Geschichte des sozialen Einschusses im Zeichen von Nationalisierung und Internationalisierung, ZIAS 2002, S. 193 ff.
- 14 Art. 17 ff. EGV.
- 15 Für eine kritische Bewertung zur Unionsbürgerschaft und eine Diskussion der Entwicklungsperspektiven vgl. *Joseph H. H. Weiler*, To Be a European Citizen: Eros and Civilization, abgedruckt auf S. 324 ff. in: ders. (Hrsg.), The Constitution of Europe, Cambridge 1999; für eine breite Bestandsaufnahme der Unionsbürgern zustehenden Rechte vgl. *Norbert Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999; kritisch zum Verwirklichungsgrad selbst der explizit in Art 17 ff. EGV gewährten Rechte *Gránne de Búrca*, Report on the further development of citizenship in the European Union, S. 39 ff. in: 1. Europäischer Juristentag, Baden-Baden 2001.
- 16 Vgl. ausführlich zu diesem Problem bereits *Uwe Barschel*, Die Staatsqualität der deutschen Länder, Heidelberg 1982; für eine Auseinandersetzung mit Blick auf die europäische Integration vgl. *Sebastian Jeckel*, Die Staatlichkeit Deutschlands in der Europäischen Union aus verfassungsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, Köln 1997, insbesondere S. 7, 30-36; für eine Trennung der Frage nach der Staatsqualität vom Kriterium der Souveränität vgl. *Josef Isensee*, § 98, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, RdNr. 64 ff.; in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, Heidelberg 1990.
- 17 vgl. dazu *Isensee* (Fn. 16), RdNr. 49 ff.; die Verfassung des Freistaates Bayern enthält zwar in Art. 6 eine Regelung zur Bayerischen Staatsangehörigkeit. Freilich soll gemäß Abs. 3 das Nähere eine Gesetz regeln, das bis heute nicht erlassen worden ist.

Auf Gemeinde-Ebene gibt es dagegen keinen solchen Mangel, im Gegenteil. Neben dem Begriff des Bürgers kennt das Kommunalrecht zusätzlich auch den des bloßen Einwohners.¹⁸ Offenbar kann man also auch im Recht nicht nur ganz oder gar nicht, sondern auch ein bisschen dazugehören.

Das lenkt den Blick von den Voraussetzungen der Zugehörigkeit auf die weitere, nicht minder bedeutsame Frage, was denn Inhalt des jeweiligen Zugehörigkeitsstatus ist, also welche Rechte und Pflichten damit verbunden sind. Das ist ein weites Feld. Steuer-, Wehr-, und sonstige Pflichten auf der einen Seite, Wahlrecht, Grundrechtsberechtigung und Zugang zu öffentlichen Einrichtungen und Leistungen auf der anderen – das sind nur einige von vielen Kriterien, nach denen der Grad rechtlichen Dazugehörens in den jeweiligen Gemeinschaften zu bemessen wäre. Es ist abzusehen, dass sich dabei ein sehr viel differenzierteres Bild ergeben würde, als es die simple Matrix von Bürger oder Nicht-Bürger erfassen kann.

Nun kann es offensichtlich nicht die Ambition dieses Beitrags sein, umfassend zu untersuchen, wer – *de lege lata* – zu welcher Gemeinschaft wie sehr dazugehört oder – *de lege ferenda* – dazugehören sollte. Vielmehr wird der Betrachtungsgegenstand ein engerer sein. Nur um die Zugehörigkeit zum Freistaat Bayern wird es gehen, einziger Gradmesser der Zugang zu dessen Landeserziehungsgeld sein. Und auch das Ziel ist bescheidener: Keine Lösung, allenfalls eine Illustration des Problems kann hier vorgestellt werden.

III. Zugehörigkeit im Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz

Im Folgenden geht es also um das bayerische Landeserziehungsgeld und insbesondere darum, wer es bekommen kann. Zunächst soll versucht werden, aus dem Landesgesetz selbst sowie aus seiner Begründung die zugrunde liegende Konzeption von Zugehörigkeit zu ermitteln. Allerdings ist diese Perspektive verkürzt. Bayern entscheidet hierüber ja nicht allein. Vielmehr muss es sich als Teil anderer, größerer Gemeinschaften auch deren – regelmäßig höherrangigen – Normen beugen. In einem zweiten Schritt sollen deswegen diese Vorgaben näher betrachtet werden – wenn auch nur exemplarisch und ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

1. »Bollwerk« – Die Vorschriften des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes

a) Überblick

Das Bayerische Landeserziehungsgeldgesetz¹⁹ regelt – neben der Ausführung des Bundeserziehungsgeldgesetzes – die Zahlung des Landeserziehungsgeldes. Diese Leistung dient, wie es in der Begründung des Gesetzentwurfes durch die Bayerische Staatsregie-

¹⁸ Vgl. Art. 15 BayGemO.

¹⁹ Bayerisches Gesetz zur Zahlung eines Landeserziehungsgeldes und zur Ausführung des Bundeserziehungsgeldgesetzes; Bayerischer Landtag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6021 vom 13.03.2001; in Kraft getreten mit Wirkung vom 01.01.2001.

rung²⁰ heißt, »in Ergänzung des Bundeserziehungsgeldes dem Ziel, es den Eltern in den für die Entwicklung des Kindes besonders wichtigen ersten Lebensjahren des Kindes leichter zu ermöglichen, das Kind selbst zu betreuen und zu erziehen.« Mit der Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes zum 02.01.2001²¹ wurde auch die Novellierung der komplementären bayerischen Zusatzleistung erforderlich.²²

Empfänger des Landeserziehungsgeldes ist nicht das Kind, sondern ein Elternteil.²³ Die Leistung ist einkommensabhängig²⁴ und wird im dritten Lebensjahr des Kindes gewährt²⁵, also im Anschluss an die maximale Bezugsdauer des Bundeserziehungsgeldes²⁶ und bis zum Ende der regulären²⁷ »Elternzeit«, wie der Erziehungsurlaub jetzt treffender heißt²⁸. Die Leistung beträgt höchstens 256 €, ab dem dritten Kind 307 € monatlich.²⁹

Zu den Voraussetzungen gehört, dass der Leistungsempfänger mit dem Kind, für das ihm die Personensorge zusteht³⁰, in einem Haushalt lebt³¹ und es selbst betreut und erzieht.³² Ferner darf er keine volle Erwerbstätigkeit ausüben³³, wobei die maximal zulässige Wochenarbeitszeit – wie beim Bundeserziehungsgeld – nunmehr von 19 auf 30 Stunden angehoben wurde.³⁴

b) Bestimmungen zum Empfängerkreis

Nun kann offensichtlich nicht jeder, der diese Kriterien erfüllt, auch in den Genuss des Landeserziehungsgeldes kommen. Vielmehr bedarf der Kreis möglicher Empfänger weiterer Einschränkungen.

20 Bayerischer Landtag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/4679 vom 26.10.2000; im folgenden kurz: »Entwurfsbegründung«.

21 »Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit« in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.12.2000, BGBl. I, S. 1645.

22 So ausdrücklich Entwurfsbegründung (Fn. 20), S. 1.

23 Das folgt aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayLErzGG.

24 So Art. 4 Abs. 2 BayLErzGG, der weitgehend auf die entsprechenden Normen des Bundeserziehungsgeldgesetzes verweist.

25 So Art. 3 Abs. 1 BayLErzGG.

26 Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 BErzGG.

27 Gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BErzGG erster Halbsatz sind das weiterhin die ersten drei Lebensjahre des Kindes. Allerdings braucht gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz neuerdings die Elternzeit nicht mehr vollständig innerhalb dieses Zeitraums genommen zu werden. Vielmehr kann mit Zustimmung des Arbeitgebers bis zu ein Jahr auf die Zeit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes übertragen werden. Laut der Entwurfsbegründung (Fn. 20), S. 4, hielt es die Bayerische Staatsregierung aber nicht für angezeigt, eine entsprechende Flexibilisierung auch der Bezugszeit des Landeserziehungsgeldes einzuführen; näher dazu siehe unten III.1.b(cc)eee).

28 Vgl. insbesondere § 15 BErzGG.

29 Vgl. Art. 4 Abs. 1 BayLErzGG.

30 Erweiterungen zur Voraussetzung der Personensorge finden sich Art. 1 Abs. 3 BayLErzGG.

31 So Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayLErzGG.

32 So Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayLErzGG.

33 So Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BayLErzGG.

34 So Art. 6 Abs. 1 Nr. 1 BayLErzGG, der auf § 2 BErzGG verweist.

aa) Wohnsitz

Keinen Anspruch hat beispielsweise, wer im benachbarten Hessen, Tirol oder Böhmen wohnt. Das leuchtet unmittelbar ein. Schließlich ist es eine bayerische Leistung. Da sollte der Empfänger schon in Bayern wohnen, und genau so sieht es das Gesetz auch vor.³⁵

Bei näherem Hinsehen regen sich allerdings Zweifel selbst an dieser vermeintlich selbstverständlichen Voraussetzung. Kann denn tatsächlich nur dazugehören (jedenfalls landeserziehungsgeldrechtlich), wer vor Ort ist? Was etwa wäre mit jenem treuen Beamten des Freistaates, der vorübergehend in dessen Vertretung nach Brüssel abgeordnet wird und der seinem Vater(bundes)land dort zwar fern der Heimat, aber doch nicht minder aufopferungsvoll dient?

Natürlich darf so jemand nicht ausgeschlossen sein. Zum Glück trägt das Landeserziehungsgeldgesetz diesem Fall Rechnung – und sogar nicht nur diesem, sondern auch ähnlichen, weniger anrührenden Konstellationen. Es gilt die Faustregel: Wer aus beruflichen Gründen und nur vorübergehend seine Zelte in Bayern abbricht, kann dennoch Landeserziehungsgeld bekommen.³⁶ Oder allgemeiner: Wer einmal dazu gehört hat, soll nicht vorschnell wieder ausgeschlossen werden.

Die Zugehörigkeit erst einmal zu erlangen, ist dagegen schwerer. Denn mit dem bloßen Wohnsitzerfordernis ist es keineswegs getan. Sonst könnte ja jeder kommen – oder genauer: jeder, der kommt, könnte die Leistung beanspruchen.

bb) Staatsangehörigkeit

Auch nach der Novellierung sieht das Gesetz grundsätzlich vor, dass der Empfänger der Leistung Staatsangehöriger eines EU-Mitgliedstaates oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sein muss.³⁷ Im vorangegangenen Beispiel könnten demnach zwar Tiroler und Hessen, wenn sie denn nach Bayern zögen, das Landeserziehungsgeld bekommen, darüber hinaus auch Griechen und Norweger, nicht aber Böhmen, und selbst »IT-Inder« oder »Fußball-Brasilianer« würden leer ausgehen.

Offensichtlich stehen hinter dieser Auswahl also weder Vorstellungen von kultureller oder auch nur geographischer Nähe, noch die gerade in jüngster Zeit platzgreifenden Nützlichkeitservägungen.³⁸ Bestimmend ist, wer aufgrund höherrangigen Rechts einbe-

35 So Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayLErzGG.

36 Auch die Ehegatten von vorübergehend außerhalb Bayerns arbeitenden und wohnenden Personen können anspruchsberechtigt sein. Die genauen Voraussetzungen finden sich in Art. 1 Abs. 2 Satz 1 u. 2 BayLErzGG. Eine ähnliche Vorschrift findet sich in § 1 Abs. 2 BErzGG.

37 So Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayLErzGG.

38 In der Tonart sind freilich immer noch erhebliche Variationen festzustellen. Man vergleiche etwa den ersten Satz aus dem Bericht der Süsmuth-Kommission (vgl. oben Fn. 4), »Deutschland braucht Zuwanderinnen und Zuwanderer«, mit dem Bayerns Innenminister *Beckstein* zugeschriebenen Postulat, dass unterschieden werden müsse zwischen »Ausländern, die uns nutzen, und solchen, die uns ausnutzen.«; vgl. zu diesem Zitat etwa die Meldung vom 14.07.2000 im »Heise News-Ticker«, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/data/chr-14.07.00-003/>.

zogen werden muss in den Kreis der Leistungsempfänger.³⁹ Denn nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH⁴⁰ bestehen inzwischen⁴¹ keine Zweifel mehr daran, dass das deutsche Bundes- wie auch das bayerische Landeserziehungsgeld⁴² als »Familienleistungen« im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. h der VO (EWG) 1408/71 zu behandeln sind. Auch der persönliche Geltungsbereich der Verordnung wird meist eröffnet sein, weil es sich bei den Empfängern regelmäßig um »Wanderarbeitnehmer« oder deren Familienangehörige handeln dürfte.⁴³ Daraus folgt, dass sich der Einbezug der Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten sowie des EWR⁴⁴ für das Gros der Fälle ohnehin zwingend aus höherrangigem Recht⁴⁵ ergibt. Im Ergebnis operiert der Landesgesetzgeber hier also mit weitgehend gebundenen Händen, so dass man zunächst auch kaum Rückschlüsse auf seine Zugehörigkeitskonzeption ziehen kann.

Allerdings gibt es seit der Novelle zum Kriterium der Staatsangehörigkeit des Empfängers zwei Rückausnahmen – oder, in den Worten der Bayerischen Staatsregierung: »Öffnungen«⁴⁶.

aaa) Erste »Öffnung«: Ehe- oder Lebenspartner mit dauerhaftem Aufenthaltsstatus⁴⁷
Einen Anspruch auf Landeserziehungsgeld kann neuerdings auch haben, wer zwar nicht selbst Bürger eines EU- oder EWR-Staates ist, aber mit einem solchen durch Ehe oder

39 Allerdings berücksichtigt der Landesgesetzgeber in dieser Hinsicht keineswegs alle Vorgaben aus höherrangigem Recht. Dazu unten III.2.a).

40 Vgl. die verbundenen Rechtssachen C-245/94 und C-312/94 (Hoever und Zachow), Slg. 1996, I-4895; Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691.

41 Vor der genannten Entscheidung war in der deutschen Literatur die Gegenauffassung herrschend; vgl. hierzu *Igl* in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 3. Aufl., 2002, Art. 73 RdNr. 3.

42 In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass das bayerische Landeserziehungsgeld nicht anders als das des Bundes zu behandeln ist; vgl. *Ulrich Becker*, Erziehungsgeld und Gemeinschaftsrecht, SGB. 1998, S. 553 ff. (553, dortige Fn. 5); ausführlich hierzu auch *Stephanie Trinkel*, Die Gemeinschaftsrechtliche Koordinierung deutscher Familienleistungen, Baden-Baden 2001, S. 127 ff. Jüngst hat auch das BSG sich dieser Auffassung ausdrücklich angeschlossen; vgl. das Urteil vom 29.01.2002; Az.: B 10 EG 2/01 R.

43 Näher zum persönlichen Anwendungsbereich vgl. Art. 2 VO (EWG) 1408/71; neben »Arbeitnehmern und Selbständigen« (in sehr weitem Sinne, vgl. die Begriffsbestimmungen in Art. 1 lit. a) aus einem der Mitgliedstaaten sind auch Studierende erfasst, darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen auch Angehörige und Hinterbliebene; für Details vgl. die Kommentierung zu Art. 2 von *Eichenhofer* in: Fuchs (Fn. 41).

44 Diese Geltung wird vermittelt über die entsprechenden Kopplungsvorschriften im Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum, vgl. hierzu die Darstellung von *Fuchs/Höller* in: Fuchs (Fn. 41), Assoziationsrecht, RdNr. 23 f. Freilich hat der EWR in den letzten Jahren an Bedeutung verloren, weil er, hauptsächlich aufgrund der entsprechenden Erweiterung der EU, beträchtlich geschrumpft ist. Derzeit gehören noch Norwegen, Liechtenstein und Island dazu.

45 Einschlägig ist insofern der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 3 Abs. 1 der VO (EWG) 1408/71.

46 Vgl. Entwurfsbegründung (Fn. 20) S. 3 (12, 14).

47 Vgl. Art. 1 Abs. 4 Satz 2 BayLErzGG.

eheähnliche Gemeinschaft verbunden ist. Allerdings müssen dafür noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

So muss es sich erstens im Fall einer bloß eheähnlichen Gemeinschaft beim Empfänger und seinem Lebenspartner um die Eltern des Kindes handeln. Die Begründung stellt hierzu klar, dass leibliche Elternschaft gemeint ist. So soll Missbrauch verhindert werden.⁴⁸ Zweitens muss der Empfänger im Besitz eines qualifizierten Aufenthaltstitels im Sinne des ausdrücklich in Bezug genommenen § 1 Abs. 6 Satz 2 bis 4 BErzGG sein.

Anders als es dieser Verweis vielleicht vermuten ließe, ist das Bayerische Landeserziehungsgeldgesetz aber auch nach der Öffnung deutlich weniger »offen« als das Bundeserziehungsgeldgesetz. Denn auf Bundesebene ist der qualifizierte Aufenthaltstitel nicht bloß notwendige, sondern auch hinreichende Bedingung. Auf die Nationalität des Ehe- oder Lebenspartners kommt es dort nicht an. Und selbst bei der zurückhaltenderen Öffnung durch den bayerischen Landesgesetzgeber kann man sich nicht sicher sein, ob es sich wirklich um eine »Herzensangelegenheit« gehandelt hat. Bei Lichte besehen, trägt er damit nämlich größtenteils wiederum lediglich den Vorgaben des höherrangigen Recht Rechnung. Denn wie bereits erwähnt, gelten Normen der Sozialrechtskoordination in EU und EWR grundsätzlich auch für die Familienangehörigen⁴⁹ von Staatsangehörigen eines EU- oder EWR-Staats.⁵⁰

bbb) Zweite »Öffnung«: Deutsche Kinder⁵¹

Kein solcher Zwang steht hinter der zweiten Neuerung: Wenn das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit hat, dann besteht ein Anspruch auf Landeserziehungsgeld unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Eltern. Damit soll – so die Begründung – auf die Reform des Staatsangehörigkeitsrechts reagiert werden, die Kindern ausländischer Eltern unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet hat, durch Geburt im Inland die deutsche Staatsangehörigkeit zu erwerben.⁵²

Zwar verwundert es, dass ein Anspruch der Eltern von der Nationalität ihres Kindes abhängen soll. Aber wer wollte solch' einen kleinlich-rechtstechnischen Einwand erheben, wenn doch der Empfängerkreis ausgeweitet und damit überdies das Anliegen des Gesetzgebers weiter gefördert wird? Schließlich geht es ja eigentlich um das Kind und seine Entwicklung in dieser so wichtigen Phase. Da ist es doch nur konsequent, wenn den Kindern das Privileg elterlicher Betreuung selbst dann gesichert werden soll, wenn ihre Eltern keine der erforderlichen Staatsangehörigkeiten haben.

Auf den ersten Blick erscheint diese »Öffnung« also nicht nur ausgesprochen großmütig, sondern auch plausibel. Bei näherem Hinsehen jedoch büßt sie jedenfalls ihre Plausibilität rasch wieder ein. Denn wenn es – eigentlich – um das Kind geht, und zwar

48 So Entwurfsbegründung (Fn. 20), S. 14.

49 Für eine eingehende Erörterung zum Sonderproblem der nichtehelichen Lebenspartner vgl. *Trinkl* (Fn. 42), S. 174 ff., die eine Gleichstellung nur unter bestimmten Voraussetzungen für gemeinschaftsrechtlich geboten hält.

50 Zum persönlichen Anwendungsbereich des Koordinationsrechts vgl. oben Fn. 43.

51 Vgl. Art. 1 Abs. 4 Satz 1 BayLErzGG.

52 So die Entwurfsbegründung (Fn. 20) S. 1 (14).

um das Kind deutscher Staatsangehörigkeit, warum wird die Leistung dann auch gezahlt für ausländische Kinder, wenn ihre Eltern die deutsche oder eine der anderen privilegierten Staatsangehörigkeiten besitzen? Geht es also doch – wenigstens ein bisschen – auch um die Eltern? Und warum ist man bei den Kindern soviel strenger, was die Staatsangehörigkeit angeht? Bei den Eltern lösen ein griechischer oder norwegischer Pass den Anspruch aus, beim Kind nicht.

Offenbar glaubte sich der bayerische Gesetzgeber also hinsichtlich der ausländischen Kinder nicht durch höherrangiges Recht gebunden.⁵³ Dass die »Öffnung« nur für deutsche Kinder vorgenommen wurde, lässt überdies vermuten, dass bei den Eltern der Einbezug anderer als deutscher Staatsangehöriger eher *volens* denn *volens* erfolgt sein dürfte, dass also der Landesgesetzgeber, hätte er freie Hand, den Kreis auch dort enger ziehen würde. Wie eng, ist damit freilich noch nicht geklärt. Denn wie sich sogleich zeigen wird, könnten auch die deutschen Nicht-Bayern nicht freiwillig, sondern mit Rücksicht auf höherrangiges, nämlich auf das Verfassungsrecht des Bundes einbezogen worden sein.

cc) Vorwohndauer

Auch wer eines der Staatsangehörigkeitskriterien erfüllt, hat noch nicht alle Hürden genommen. Denn zusätzlich verlangt das Gesetz, dass der Empfänger »seine Hauptwohnung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit mindestens zwölf Monaten vor Leistungsbeginn in Bayern hat.«⁵⁴ Diese Vorwohndauer, so die Begründung des Gesetzentwurfs, soll »Leistungstourismus aus anderen Bundesländern und dem Ausland« vermeiden.⁵⁵

aaa) Verkürzung auf zwölf Monate

Auch hier ist zunächst wieder eine Öffnung zu konstatieren. Früher wurden drei Monate mehr verlangt. Auf fünfzehn Monate, so die Begründung, sei man ursprünglich gekommen, weil dies der damaligen Bezugsdauer des Bundeserziehungsgeldes entsprochen habe. Nachdem dieses nun zwei Jahre lang gewährt werde, gebe es keine Grundlage mehr dafür, an einer Vorwohndauer von fünfzehn Monaten festzuhalten.⁵⁶

Nun könnte man sich fragen, was denn die Bezugsdauer des Bundeserziehungsgeldes darüber aussagt, welche Vorwohndauer erforderlich ist, um Leistungstourismus zu vermeiden. Diese Frage ist auch heute noch von eminenter Bedeutung. Denn wenn es einen solchen Zusammenhang gäbe, dann müsste man sich doch jetzt, da die Vorwohndauer

53 Für das Europarecht könnte diese Einschätzung zutreffen. Jedenfalls wird in diesen Fällen, in denen ja auch die Eltern keine der begünstigten Staatsangehörigkeiten haben, das europäische Sekundärrecht regelmäßig nicht anwendbar sein. Aus Perspektive des deutschen Verfassungsrechts dagegen ist die Differenzierung fragwürdig. Lässt Art. 3 Abs. 1 GG es zu, dass bei der Vergabe einer für den Erziehenden bestimmten Leistung nach der Nationalität des Kindes differenziert wird?

54 So Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayLerzGG.

55 So wörtlich die Entwurfsbegründung (Fn. 20) auf S. 12; ähnlich auch auf S. 2, 13.

56 So die Entwurfsbegründung (Fn. 20) S. 13.

nurmehr die Hälfte der Bezugsdauer des Bundeserziehungsgeldes beträgt, die größten Sorgen machen, dass Bayern von Leistungstouristen überschwemmt werden könnte. Da beruhigt es zu hören, dass die Bayerische Staatsregierung nunmehr ausdrücklich befunden hat, dass auch zwölf Monate ausreichen, um Leistungstourismus zu vermeiden. Offenbar sieht sie also zumindest heute keinen Zusammenhang mehr zwischen der Bezugsdauer des Bundeserziehungsgeldes und der Vermeidung von Leistungstourismus.

Misstrauischere Gemüter mögen überdies auch bezweifeln, dass ein solcher Zusammenhang jemals ernstlich angenommen wurde. Könnte es nicht vielmehr sein, dass der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Vorwohndauer ursprünglich dazu genutzt hatte sicherzustellen, dass nur Eltern von in Bayern geborenen Kindern begünstigt werden? Genau diesen Effekt hat es nämlich, wenn die Vorwohndauer der maximalen Bezugsdauer des (schließlich von Geburt an gewährten) Bundeserziehungsgeldes entspricht.⁵⁷ Und ein solches sozialrechtliches »ius soli bavarici« konnte nur durch die Hintertür kommen. Vorne wäre es Gefahr gelaufen, als verfassungswidrig abgewiesen zu werden.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken ergeben sich aus Art. 33 Abs. 1 GG⁵⁸, der vorsieht, dass »jeder Deutsche (...) in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten« hat. Dabei versteht die ganz überwiegende Meinung in der Literatur⁵⁹ das Merkmal »staatsbürgerlich« weit. Erfasst seien jedenfalls alle öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten⁶⁰, also auch der Anspruch auf das Landeserziehungsgeld. Ferner gibt es nach herrschender Meinung im Rahmen des Art. 33 Abs. 1 GG keine Möglichkeit, eine einmal festgestellte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, insbesondere auch nicht, wie es der Wortlaut vielleicht andeuten könnte, unter Bezug auf den Konnex von Rechten und Pflichten. Der Grund ist, dass diese Norm wie Art. 3 Abs. 3 GG als absolutes Differen-

57 So war denn auch früher im BayLErzGG (vgl. noch die Fassung der Bekanntmachung vom 16. November 1995; GVBl S. 818, BayRS 2170-3-A) bei der Vorwohndauer neben den fünfzehn Monaten zusätzlich das Erfordernis genannt, dass der Bezieher seit der Geburt des Kindes in Bayern wohnen musste. Dieses Kriterium wurde in der Verwaltungspraxis als eigenständiges neben der Vorwohndauer behandelt, bis das *Bayerische Landessozialgericht* durch Urteil vom 11.05.1995 (Az.: L 9 Eg 10/94) diese Praxis für rechtswidrig erklärte.

58 So die herrschende Meinung; zu denken wäre zusätzlich oder alternativ auch an eine Anwendung der Art. 3 Abs. 3, 3 Abs. 1 oder 11 GG. Vgl. zu Art. 33 Abs. 1 GG insbesondere die Monographie von *Ulrike Pfütze*, Die Verfassungsmäßigkeit von Landeskinderklauseln, Frankfurt/Main 1998; ausführlich zum Meinungsstand und mit dem Vorschlag einer alternativen Lösung *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? Berlin 2001, S. 341 ff.

59 Eine höchstrichterliche Entscheidung, die eine Verstoß gegen Art. 33 Abs. 1 GG angenommen hätte, gibt es bislang nicht, hierzu *Graser* ebda., auch mit weiteren Nachweisen zur Literatur. Mit beachtlichen Argumenten gegen die herrschende Auffassung *Gertrude Lübke-Wolf*, Art. 33, RdNr. 27 ff., in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, Heidelberg 1998.

60 Vgl. hierzu statt vieler *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, § 126 in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl., Heidelberg 2000, RdNr. 112.

zierungsverbot eingestuft wird und sich insofern von allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unterscheidet.⁶¹

Wenn man also tatsächlich die Geburt »auf bayerischer Scholle« zur Voraussetzung hatte machen wollen, dann hatte es angesichts dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben durchaus Anlass gegeben, dieses Anliegen nicht direkt, sondern auf dem Umweg über die Vorwohndauer zu verfolgen. Vor diesem Hintergrund ist es umso mehr als »Öffnung« zu werten, dass die Vorwohndauer nunmehr nicht etwa auf zwei Jahre heraufgesetzt, sondern im Gegenteil sogar reduziert wurde. Jedenfalls ist damit fortan der Verdacht ausgeräumt, dass der Gesetzgeber bei der Bemessung der Vorwohndauer ein Übermaß an strategischem Geschick bewiesen haben könnte.

bbb) Verzichtbarkeit der Vorwohndauer in Ausnahmefällen

Aber auch in ihrem neuen Gewand gibt die Vorwohndauer ein verwirrendes Bild ab. So soll sie entbehrlich sein, wenn der Antragsteller aus einem Land kommt, in dem eine vergleichbare Leistung existiert.⁶² Das ist zunächst noch einleuchtend. Denn wer auch »zu Hause« in den Genuss eines Erziehungsgeldes gekommen wäre, der wird kaum deswegen nach Bayern gezogen und mithin auch kein Leistungstourist sein. Im obigen Beispiel hätte also, weil es in Hessen kein Landeserziehungsgeld gibt, der hessische »Zuagroaste« in Bayern die Vorwohndauer zu erfüllen – anders dagegen beispielsweise ein Baden-Württemberger. Denn dort gibt es eine vergleichbare Leistung.⁶³

Allerdings ist die Existenz einer vergleichbaren Leistung im Herkunftsland nicht die einzige Voraussetzung für den Verzicht auf die Vorwohndauer. Hinzu kommen muss, dass »die Gegenseitigkeit sichergestellt«⁶⁴ ist, dass also ein Zuzügler aus Bayern die entsprechende Leistung in dem anderen Land ebenfalls ohne Wartezeit bekäme. Das leuchtet nun nicht mehr ein. Denn für die Frage des Leistungstourismus spielt die Gegenseitigkeit keine Rolle.

Es bleibt also schwierig mit der Vorwohndauer. Kaum ist es gelungen, den Beigeschmack eines heimlichen *ius soli bavarici* loszuwerden, da weckt die gesetzliche Verankerung der (auf Verwaltungsebene schon vor der Novellierung praktizierten⁶⁵) Gegenseitigkeitsbedingung schon wieder neue Zweifel daran, dass es tatsächlich um die Vermeidung von Leistungstourismus geht.

Im Übrigen ist es auch nicht ganz leicht, sich einen Landeserziehungsgeldtouristen aus Fleisch und Blut vorzustellen. In Frage käme wohl nur ein trotz kleinen Kindes hoch mobiler Sozialrechtsexperte mit einem für diese Berufssparte ungewöhnlich niedrigem

61 Vgl. darstellend hierzu *Lübbe-Wolf* (Fn. 59).

62 Art. 1 Abs. 1 Satz 2 BayLErzGG; der Entwurfsbegründung (Fn. 20), S. 13, zufolge sind dies Sachsen, Thüringen und Baden-Württemberg.

63 Grundlage sind die Richtlinien des dortigen Ministeriums für Familie, Frauen, Weiterbildung und Kunst für die Gewährung von Landeserziehungsgeld in der Fassung vom 01.07.1995 (GABL. 1995, S. 455) – zitiert nach *VGH BW*, Urteil vom 08.02.2001, Az: 021 224930.

64 So Art. 1 Abs. 1 Satz 2 BayLErzGG.

65 Vgl. zur bisherigen, auf Verwaltungsvereinbarungen beruhenden Praxis die Entwurfsbegründung (Fn. 20), S. 12.

Einkommen. Das klingt nicht, als müsste Bayern eine zweite Völkerwanderung befürchten.

Wenn aber demnach der Zweck, Leistungstouristen fernzuhalten, die Vorwohndauer jedenfalls nicht in ihrer konkreten Ausgestaltung, womöglich sogar überhaupt nicht erklären kann – was dann?

ccc) Verzichtbarkeit der Vorwohndauer insbesondere bei Gegenseitigkeit

Weiteren Aufschluss verspricht zunächst ein genauerer Blick auf das Kriterium der Gegenseitigkeit. Solche Gegenseitigkeitsbedingungen sind zwar durchaus üblich, aber nicht im *intra*-, sondern im *internationalen* Sozialrecht. Das dürfte seinen Grund darin haben, dass hier der Fremde, sprich: der Angehörige eines anderen Staates, *a priori* nicht dazugehört und deswegen häufig auch zunächst einmal von den Sozialleistungen ausgeschlossen ist. *Internationale* Vereinbarungen können dann Abhilfe schaffen, und regelmäßig tun sie dies auf Gegenseitigkeitsbasis.

Im *intranationalen* Verkehr jedoch sind die Vorzeichen andere: Die Prämisse der Fremdheit und deswegen der Ausschließbarkeit des Neuen könnte hier nur dann gelten, wenn ihm auch nach dem Zug in ein anderes Bundesland noch die Zugehörigkeit zum Bundesland seiner Herkunft anhaften würde. Undenkbar wäre das nicht. Man braucht sich nur wieder jenen treuen Diener des Freistaates vorzustellen, der – diesmal nicht nach Brüssel, sondern nach Berlin entsandt – doch auch in der Fremde weiter Bayer bleiben soll, jedenfalls für das Landeserziehungsgeldgesetz.

Das Problem ist, dass es derzeit keinen formalisierten Status der Landesstaatsangehörigkeit gibt. Viele meinen sogar, dass Landeszugehörigkeit nur über den Wohnsitz definiert werden dürfe⁶⁶, sodass sich das Landesvolk auf die jeweils aktuelle (deutsche) Wohnbevölkerung in Bayern reduzieren würde. Dagegen hat sich der bayerische Gesetzgeber beim Erlass des Landeserziehungsgeldgesetzes offenbar von einer anderen Vorstellung leiten lassen. Denn wie schon bei den zuvor behandelten Regeln zum Export des Landeserziehungsgeldes, so wird auch bei der Vorwohndauer (oder genauer: beim der Ausnahmekriterium der Gegenseitigkeit) klar, dass Zugehörigkeit anders verstanden wird – weniger flüchtig, um es positiv zu formulieren. Handelt es sich also um ein verschlüsseltes Lebenszeichen der totgesagten Landesstaatsangehörigkeit?

Offen bliebe allerdings auch nach dieser Deutung, was sich denn genau in den vormals fünfzehn, nunmehr zwölf Monaten zutragen könnte, das die landeserziehungsgeldrechtliche Metamorphose vom Fremden zum Zugehörigen erklärt. Soll sich der Fremde erst einmal einfühlen und -fügen in seine neue Umgebung, Wurzeln schlagen sozusagen?

ddd) Kostenwirkungen der Vorwohndauer

Vielleicht lässt sich die Vorwohndauer aber auch profaner deuten. Einer ihrer Effekte ist schließlich die Entlastung der Staatskasse. Das anzuerkennen, bedeutet keinen Widerspruch zu der zuvor geäußerten Vermutung, dass Leistungstourismus wohl keine reale Gefahr darstelle. Denn auch wenn kaum jemand wegen des Landeserziehungsgeldes nach

66 Vgl. hierzu statt vieler *Sachs* (Fn. 60), RdNr. 111.

Bayern kommen wird, so entlastet es die Staatskasse dennoch, wenn alle, die – aus welchen Gründen auch immer – nach Bayern ziehen⁶⁷, erst einmal die Vorwohndauer zurücklegen müssen, bevor sie Landeserziehungsgeld bekommen können.

Die Frage ist freilich, ob dieser Effekt auch gewollt, mit anderen Worten: ob er auch Gesetzeszweck ist. Diese Vermutung läge eigentlich nahe. Denn welcher Gesetzgeber wollte nicht sparen? Andererseits steht in der Begründung zum Festhalten an der Vorwohndauer⁶⁸ nichts von einem derartigen Zweck. Selbst in der ansonsten detaillierten Kostenaufstellung⁶⁹ sind deren Wirkungen nicht erwähnt.

Das ist verwunderlich. Sparsamkeit ist schließlich nicht nur legitim, sondern auch populär, jedenfalls bei denen, die nicht betroffen sind. Und dass es die Neulinge trifft, wäre nur allzu leicht zu erklären gewesen. Wer gerade erst nach Bayern gezogen ist und noch nichts für die Gemeinschaft getan hat, der sollte vielleicht erst einmal Steuern zahlen, bevor er Ansprüche stellt. – Man braucht wohl kein gar zu großer Pessimist zu sein, um zu prognostizieren, dass sich dieses Argument in der Öffentlichkeit gut verkaufen ließe. Fragt sich umso mehr, warum es nicht in der Begründung des Gesetzesentwurfes steht.

Bei näherem Hinsehen ist das freilich nicht allzu rätselhaft. Denn bei den Gerichten würde eine solche Begründung womöglich weniger gut ankommen. Schließlich ist das Erziehungsgeld keine beitrags-, sondern eine steuerfinanzierte Leistung. Der Konnex zu erbrachten Gegenleistungen ist daher höchst problematisch. Als sachliche Rechtfertigung für die Schlechterstellung von Zuzüglern könnte er im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Gleichheitsprüfung kaum Bestand haben. Die Staatsregierung war deswegen gut beraten, an die günstigen Kostenwirkungen der Vorwohndauer gar nicht erst zu denken, geschweige denn sie in der Begründung zu erwähnen.

Freilich ist die Begründung nicht immer von soviel Zurückhaltung geprägt. Das zeigt das folgende Beispiel, in dem »weniger« fraglos »mehr« gewesen wäre.

eee) Schutz der Vorwohndauer vor Umgehung

Wie zuvor bereits erwähnt wurde, wird das Landeserziehungsgeld nur im dritten Lebensjahr des Kindes gewährt. Das steht im Einklang mit seiner komplementären Funktion zum Bundeserziehungsgeld. Allerdings wäre aufgrund der neuen Bundesregelungen zur Elternzeit denkbar gewesen, den Bezugszeitraum des Landeserziehungsgeldes zu flexibi-

67 Im Jahr 2000, als die Novelle des Landeserziehungsgeldgesetzes beschlossen wurde, ist die bayrische Bevölkerung um rund 75.000 Menschen oder gut 6 Promille gewachsen. Der Zuwachs ist fast ausschließlich migrationsbedingt, wobei knapp ein Drittel des Zuwachses auf Zuzüge aus dem Ausland zurückzuführen war, gut zwei Drittel auf solche aus den anderen Bundesländern. Zu beachten ist ferner, dass es sich dabei um den Saldo aus Zu- und Wegzügen handelt. Das heißt, dass die Zahl der Brutto-Zuzüge, die für die Spareffekte der Vorwohndauer maßgeblich ist, noch deutlich höher lag. Sie lag allein für die Zuzüge anderen Bundesländern bei knapp 150.000. Zu den Zahlen vgl. Bayern und der Zuwanderungsgewinn, Süddeutsche Zeitung vom 21.08.2001, S. 4.

68 Vgl. Entwurfsbegründung (Fn. 20) S. 2, 12 f.

69 Vgl. Entwurfsbegründung (Fn. 20) S. 5 f.

lisieren. Denn das Bundeserziehungsgeldgesetz sieht nunmehr vor, dass die Elternzeit nicht mehr (wie früher der Erziehungsurlaub) vollständig innerhalb der ersten drei Lebensjahre des Kindes genommen werden muss. Vielmehr kann mit Zustimmung des Arbeitgebers bis zu ein Jahr auf die Zeit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes übertragen werden. Wäre es da nicht angezeigt gewesen, in solchen Fällen auch den Bezug des Landeserziehungsgeldes zu einem späteren Zeitpunkt zu ermöglichen?

In ihrer Gesetzesvorlage hat sich die Bayerische Staatsregierung dagegen entschieden, und ihr folgend auch der Landesgesetzgeber. Dafür gibt es Gründe.⁷⁰ Einer davon ist, dass das Landeserziehungsgeld gerade für die frühkindliche Phase gedacht sei. Dagegen lässt sich nichts einwenden.

Allerdings lässt es die Begründung dabei nicht bewenden. Im Fall einer Flexibilisierung seien ferner »verwaltungstechnische Probleme« und »eine Umgehung der Vorwohndauer bei Zuzügen vorhersehbar«. Worin erstens die »verwaltungstechnischen Probleme« liegen sollen, wird immerhin näher erläutert, auch wenn dabei einiges offen bleibt. Damit Zuzügler nicht zu Unrecht behaupten könnten, das dritte Jahr Elternzeit noch nicht genommen zu haben, müssten im Fall der Flexibilisierung alle Akten bis zum achten Lebensjahr aufgehoben werden. Das klingt aufwändig, sicherlich. Aber müssen diese Akten im Interesse späterer Arbeitgeber nicht ohnehin aufgehoben werden, und zwar bei Zuzüglern ebenso wie bei Einheimischen?

Gar nicht erst erklärt wird dagegen, inwiefern im Fall der abgelehnten Flexibilisierung zweitens eine »Umgehung der Vorwohndauer« gedroht hätte. Vielleicht hielt die Bayerische Staatsregierung das für evident. Klar ist schließlich, dass eine Familie, die mit einem zweijährigen Kind zuzieht und nach geltendem Recht nicht in den Genuss des Landeserziehungsgeldes kommt, mithilfe der Flexibilisierung doch noch eine Chance gehabt hätte – nämlich wenn die Eltern das dritte Jahr Elternzeit tatsächlich später nehmen. Das gleiche gilt für zuziehende Familien mit einem Kind im Alter bis fast sieben Jahre, vorausgesetzt wiederum, dass auch sie die volle Elternzeit nicht bereits genommen haben, sondern sie erst nach einem Jahr Aufenthalts in Bayern nehmen.

Die Frage ist nur, inwiefern das eine »Umgehung« der Vorwohndauer sein sollte. Denn in all' diesen Konstellationen legen die Empfänger die Vorwohndauer ja zurück, schlagen Wurzeln, zahlen Steuern, oder was auch immer das Gesetz in diesem Zeitraum von ihnen erwarten mag. Wenn dennoch eine »Umgehung« droht, dann muss es also doch einen »tieferen« Sinn der Vorwohndauer geben.

Und so beginnt die Suche von neuem. Wieder gäbe es verschiedene Möglichkeiten, die gewundenen Wege des Gesetzgebers zu deuten. Erinnern wir uns etwa an den erklärten Zweck der Vermeidung von Leistungstourismus. Gewiss, wer es partout auf das bayerische Landeserziehungsgeld abgesehen hat und »'mal eben« für zwei Jahre nach Bayern ziehen will, nur um abzukassieren und danach wieder zu verschwinden, dem stünde für dieses perfide Unterfangen im Fall der Flexibilisierung ein längerer Zeitraum zur Verfügung. Aber sollte der Landesgesetzgeber bei der Bekämpfung von Leistungstourismus tatsächlich derart gründlich gewesen sein?

70 Zu den Gründen vgl. S. 4 der Entwurfsbegründung (Fn. 20).

Oder geht es womöglich doch darum, dass das Geld nur für »bayerische" Kinder gezahlt wird? Wir könnten es hier mit einem Fall der »Naturalisation« zu tun haben. Vielleicht kann man ja auch nach der Geburt noch zum »echten« Bayern werden, wenn man wenigstens noch in frühkindlicher Zeit zuzieht, wohingegen später, konkret also in den Jahren drei bis sieben, »Hopfen und Malz« verloren sind.

Wahrscheinlich ist es besser, an dieser Stelle abzubrechen. Jedenfalls droht sich die Suche nach Sinn spätestens hier in ihr Gegenteil zu verkehren.

c) Zwischenergebnis

Am Anfang stand das Bayerische. »Mir san mir« – eine Tautologie zwar, aber doch mit affirmativer Funktion. Vorausgesetzt freilich, dass klar ist, wer »mir eigentlich san«. Doch an dieser Prämisse muss man nach Lektüre des Landeserziehungsgeldgesetzes zweifeln.

Eines ist immerhin deutlich geworden: Dem Zufall wollte es der Landesgesetzgeber nicht überlassen, wer das Landeserziehungsgeld bekommt. Dafür sind die Regelungen zum Empfängerkreis zu ausgefeilt. Vielmehr wurden, wo immer man Spielräume zu haben glaubte, Grenzen gezogen – Grenzen zwischen Dazugehörenden und Fremden, nötigenfalls auch zwischen Fremden und noch Fremderen. Eine kohärente Konzeption von sozialrechtlicher Zugehörigkeit offenbart das Bayerische Landeserziehungsgeldgesetz dennoch nicht. Als Kriterien verschwimmen Wohnsitz, Nationalität und Vorwohndauer zu einer obskuren Melange, zu deren Aufhellung auch die Gesetzesbegründung wenig beiträgt.

Allerdings sollte man daraus nicht auf die Konzeptionslosigkeit des Landesgesetzgebers schließen. Zu stark ist dafür der Einfluss höherrangiger Ge- und Verbote auf Gesetzestext und -begründung, zu weit offenbar die Kluft zwischen landesgesetzlichem Wollen und verfassungs- oder supranationalrechtlichem Sollen. Das war in diesem Abschnitt schon unübersehbar. Im nächsten wird es noch deutlicher werden.

2. »Entgrenzte Welt« – Die Einwirkungen des höherrangigen Rechts

Verfassungs- und Europarecht sind bereits bei der Auseinandersetzung mit dem Landesrecht hier und da zum Vorschein gekommen, und zwar immer dann, wenn sie – wie insbesondere im Fall der Nationalitätserfordernisse – »Breschen« in das »bayerische Bollwerk« geschlagen haben. Neben diesen Fällen bereits sichtbarer »Entgrenzung« gibt es andere Konstellationen, in denen die Einwirkungen des höherrangigen Rechts weniger offen zu Tage liegen. Das sind erstens solche, in denen das Recht der größeren Gemeinschaften zwar eindeutige Vorgaben macht, diese aber auf Ebene des Landesrechts noch nicht vollzogen worden sind. Zweitens kommt es aber auch vor, dass die Vorgaben des höherrangigen Rechts (noch) uneindeutig sind. Beide Konstellationen sollen im Folgenden anhand von Beispielen illustriert werden.

a) Eindeutige Vorgaben

Von den eindeutigen, aber bislang missachteten Vorgaben seien hier zwei Fälle kurz angesprochen. Zum einen geht es um den so genannten Leistungsexport. Anders als das

insoweit neugefasste Bundeserziehungsgeldgesetz⁷¹ sieht die ansonsten weitgehend synchronisierte bayerische Novelle nämlich nicht vor, dass auch solche Empfänger anspruchsberechtigt sind, die zwar im Ausland wohnen, aber deren Ehegatte oder sie selbst in Bayern arbeiten. Deren Einbezug schreibt Art. 72 VO (EWG) 1408/71 jedoch vor⁷² – vorausgesetzt natürlich, dass die Empfänger die anderen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen.⁷³

Zum anderen geht es um den Einbezug türkischer Leistungsempfänger. Wie das Bundessozialgericht Anfang des Jahres 2002 entschieden hat⁷⁴, können grundsätzlich auch türkische Staatsangehörige das bayerische Landeserziehungsgeld beanspruchen. Denn für sie trifft das einschlägige und insoweit unmittelbar anwendbare Assoziationsrecht⁷⁵ im Wesentlichen dieselben Regelungen, wie sie für Angehörige eines EU-Mitgliedstaats in der VO (EWG) 1408/71 festgelegt sind. Dieses Ergebnis war keineswegs überraschend. Entsprechende Grundlagen in der Rechtsprechung des EuGH zum Assoziationsrecht gab es schon länger.⁷⁶ Dementsprechend waren auch bereits die Vorinstanzen zum selben Ergebnis gelangt wie das Bundessozialgericht.

Über die Gründe, warum die in beiden Fällen erforderliche Anpassung des Gesetzestextes noch nicht erfolgt ist, ließe sich nur spekulieren. Fest steht dagegen, dass sie dringend geboten wäre, damit die Berechtigten von ihrem Anspruch auch erfahren.

71 Vgl. § 1 Abs. 7 BErzGG, der sich in gekürzter Form wie folgt liest:

»Anspruchsberechtigt ist (...) auch, wer als (...) EU/EWR-Bürger mit dem Wohnsitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums (...) in Deutschland (...) ein Arbeitsverhältnis (...) hat. Der in einem anderen EU/EWR-Gebiet wohnende Ehegatte des in Satz 1 genannten EU/EWR-Bürgers ist anspruchsberechtigt, wenn er (...) die in den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 (...) niedergelegten Voraussetzungen erfüllt.«

72 Näher dazu *Igl* in: Fuchs (Fn. 41), Art. 73, RdNr. 10; *Trinkl* (Fn. 42), S. 160 ff.

73 Offen ist in diesem Zusammenhang ferner, inwiefern der Export in solchen Konstellationen auch dann geboten ist, wenn der Empfänger nicht im Ausland, sondern in einem anderen Bundesland wohnt. Für diesen aus der föderalen Gewaltenteilung resultierenden Sonderfall trifft Art. 73 – wie auch das übrige Koordinationsrecht – keine ausdrückliche Regelung. Im Hinblick auf den Normzweck, die Freizügigkeit in Europa von regionalen Schranken zu befreien, könnte man dazu neigen, auch solche Fälle innerdeutscher Grenzüberschreitung für erfasst zu halten. In diesem Sinne *Trinkl* (Fn. 42), S. 134, die freilich betont, dass dennoch ein »internationaler Anknüpfungspunkt« gegeben sein müsse. Zur Möglichkeit, dass auch diese »klassische« Anwendungsvoraussetzung des Europarechts fallen könnte vgl. *Graser*, Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung?, EuR 1998, S. 571 ff. Gegen eine Anwendung der sekundärrechtlichen Vorgaben ließe sich ins Feld führen, dass das deutsche Recht für parallele Fälle ohne Auslandsberührung bislang keinen Export in andere Bundesländer fordert.

74 Vgl. dazu oben Fn. 42; ebenso und fast zeitgleich das *BVerwG* zum formaliter als Ermessensleistung ausgestalteten Landeserziehungsgeld Baden-Württembergs; vgl. NVwZ 2002, S. 864 ff.

75 Es handelt sich dabei insbesondere um das Abkommen (EWG) 64/733 sowie den Assoziationsratsbeschluss Nr. 3/80; näher dazu *Fuchs/Höller* in: Fuchs (Fn. 41), Assoziationsrecht, RdNr. 25 ff., insbesondere 47 ff.; ausführlich *Andreas Hänlein*, Sozialrechtliche Probleme türkischer Staatsangehöriger in Deutschland, Münster 2000.

76 Ausführlich zu dieser Entwicklung die Urteilsgründe beider in Fn. 74 zitierten Entscheidungen.

b) Uneindeutige Vorgaben

Noch ungeklärt sind die Vorgaben des höherrangigen Rechts beispielsweise⁷⁷ bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Vorwohndauer, wie sie das Bayerische Landeserziehungsgeldgesetz zur Anspruchsvoraussetzung macht.⁷⁸ Zweifel ergeben sich zum einen aus Perspektive des deutschen Verfassungsrechts.⁷⁹ Wieder könnte der bayerischen Regelung insbesondere Art. 33 Abs. 1 GG entgegenstehen. Ob das der Fall ist, hängt vor allem von einer Frage ab: Wenn Art. 33 Abs. 1 tatsächlich mit herrschender Ansicht in der Literatur als Differenzierungsverbot zu lesen ist – welche Differenzierungen verbietet er denn dann? Das Anknüpfen an eine formalisierte Landesstaatsangehörigkeit kann es nicht sein, weil es einen solchen Status nicht gibt. Was aber sonst? Jedes Merkmal, an das eine Landesstaatsangehörigkeit, wenn es sie denn gäbe, anknüpfen könnte?⁸⁰ Alle Voraussetzungen einer »dauerhaften Verbindung« eines Bürgers zu einem Land?⁸¹ Ist also als Kriterium tatsächlich einzig der aktuelle Wohnsitz zulässig?⁸² Eine überzeugende Antwort hierauf ist noch nicht gefunden worden. Und jedenfalls solange das Bundesverfassungsgericht Art. 33 Abs. 1 GG noch nicht zum Einsatz gebracht hat⁸³, sind Prognosen höchst unsicher.

Zum anderen ist das Erfordernis der Vorwohndauer aber auch aus europarechtlicher Perspektive problematisch.⁸⁴ Soweit der persönliche Geltungsbereich der VO (EWG) 1408/71 reicht, könnte die Anwendung der Vorwohndauer gegen das allgemeine Gebot der Inländergleichstellung in Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung verstoßen. Fände sich die Vorwohndauer nicht in einem Landes-, sondern in einem Bundesgesetz, wäre ein solcher Verstoß ohne weiteres anzunehmen. Aber aus der Sonderstellung Bayerns als bloßem Teil eines Mitgliedstaates könnte sich etwas anderes ergeben. Die zentrale Frage für die Beurteilung der bayerischen Vorwohndauer ist nämlich, wem, also welchen Inländern die Zuzügler aus dem EU-Ausland gleichgestellt werden müssen. Als Vergleichsgruppe kommen zum einen deutsche Zuzügler aus anderen Bundesländern in Frage. In diesem Fall würde die Vorwohndauer zunächst keine Ungleichbehandlung bedeuten, es sei denn, die Vorwohndauer wäre mit Blick auf Art. 33 Abs. 1 GG auch im Innern Deutschlands nichtig. Zum anderen kommen als Vergleichsgruppe aber auch die schon länger in

77 Für eine insbesondere hinsichtlich der europarechtlichen Beurteilung weitgehend parallele Konstellation, die hier ebenfalls als Beispiel hätte dienen können, vgl. oben Fn. 73 zum Problem des innerdeutschen Leistungsexports.

78 Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen zum Folgenden *Graser* (Fn. 58), S. 339-364.

79 Zur Beurteilung nach deutschem Verfassungsrecht vgl. ebda. S. 341 ff.

80 So *Sachs* (Fn. 60), RdNr. 111.

81 Darstellend zu dieser Auffassung *Lübbe-Wolf* (Fn. 59), RdNr. 28.

82 So die wohl herrschende Auffassung, vgl. oben Fn. 66.

83 Vgl. dazu bereits oben Fn. 59. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang das aus anderem Grund berühmte NC-Urteil des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE 33, 303). Ein Teilaspekt dieser Entscheidung behandelte nämlich eine Konstellation, in der die Anwendung des Art. 33 Abs. 1 GG nahegelegen hätte. Das *Bundesverfassungsgericht* hat seine Begründung jedoch auf andere Vorschriften gestützt und Art. 33 Abs. 1 GG nicht einmal erwähnt.

84 Zur europarechtlichen Beurteilung vgl. ebda., S. 359 ff.

Bayern ansässigen Deutschen in Frage. In diesem Fall würde die Vorwohndauer eine Schlechterstellung beinhalten.

Welche Vergleichsgruppe maßgeblich sein soll, ist noch nicht entschieden. Inhaltlich geht es um die Frage, ob das Europarecht auch solche regionalen Barrieren einreißen soll, die das nationale Recht toleriert.⁸⁵ Dafür spricht, dass dem vom Sekundärrecht verfolgten Ziel der Freizügigkeitsverwirklichung regionale Grenzen ebenso im Wege stehen wie nationale.⁸⁶ Und die langfristige Entwicklung der Grundfreiheiten – »von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverboten«⁸⁷ – weist in eben diese Richtung.

Andererseits wird diese eindimensionale Integrationsdynamik immer zweifelhafter, je weiter sie fortgeschritten ist. Am Beispiel der Vorwohndauer und ihrer rechtlichen Bewertung wird das besonders augenfällig. Denn wenn das territorial begrenzte, personell aber umfassendere nationale Recht andere Integrationsstandards vorschreibt als das territorial weiterreichende, aber personell begrenzte europäische Koordinationsrecht, dann muss das zu Friktionen führen. Man denke nur – um bloß ein Beispiel zu nennen – an die widersinnigen Fälle der Inländerdiskriminierung, also wenn etwa ein Hesse in Bayern schlechter gestellt ist als ein Portugiese.

Freilich wären diese Friktionen behebbar. In beiden Rechtsordnungen gibt es Mechanismen der Angleichung. So wäre das Europarecht automatisch an ein womöglich integrationsfreudigeres nationales Recht gekoppelt, und zwar, wie gesehen, über das Gebot der Inländergleichstellung. Umgekehrt, wenn also das Europarecht mehr Integration geböte, könnte auch das nationale Recht sich ankoppeln, indem es mithilfe des Art. 3 Abs. 1 GG insbesondere die drohenden Inländerdiskriminierungen, aber auch andere »Friktionen« ausräumen würde.⁸⁸ Die Frage ist freilich, ob es das auch soll.

Schließlich sind die Friktionen nicht das einzige Problem. Denn spätestens wenn das Europarecht das nationale Recht in Punkto Integration zu überholen droht, dann sollte dies auch Anlass für die grundsätzlichere Frage sein, wie viel Integration überhaupt wünschenswert ist – oder negativ gewendet: wie viel Entgrenzung erträglich. Das Europarecht verfügt bislang über wenig Orientierung in diesem Punkt. Anders als beim deutschen Verfassungsrecht ist das in diesem Fall auch durchaus verständlich. Schließlich galt es in Europa jahrzehntelang, die Integration erst einmal auf ein entsprechendes Niveau zu bringen. Das Problem ihrer Begrenzung dagegen ist erst allmählich und in jüngerer Zeit virulent geworden.

85 Im Bereich Warenverkehrsfreiheit hat sich der *EuGH* mit einer ähnlichen Konstellation bereits befasst, und zwar erstmals in der Entscheidung C-163/90; Slg. 1992, I-4625 (Legros), dann jeweils bestätigend in den verbundenen Rechtssachen C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-408/93 und C-411/93, Slg. 1994, I-3957 (Lancry), und C-485/93 und C-486/93, Slg. 1995, I-2669 (Simitzi); näher zu diesen Entscheidungen Graser (Fn. 73).

86 So insbesondere der *EuGH* ebda.

87 Für eine differenzierte Analyse dieser Entwicklung vgl. Peter Behrens, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1992, S. 145 ff.; speziell zur Freizügigkeit, die insoweit eher die Nachhut bildet, vgl. *EuGH*, C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (Bosman), insbesondere RdNr. 96 und 103.

88 Näher zu dieser Möglichkeit vgl. Graser, Zum Stand der Diskussion zur Inländerdiskriminierung, *DÖV* 1998, S. 1004 ff.

3. Fazit

Was soll die Zugehörigkeit zum Land Bayern ausmachen, welchen Inhalt soll sie haben? War in dieser Hinsicht bereits die Studie des Landeserziehungsgeldgesetzes nur bedingt aufschlussreich, so sieht man sich letztlich auch nach der Untersuchung des Rechts der größeren, Bayern umgebenden Gemeinschaften zurückgeworfen auf diese Ausgangsfrage. Denn so entschieden das höherrangige Recht die Entgrenzung in vielen Aspekten auch betreiben mag – zu den Grenzen der Entgrenzung sagt es bislang wenig und bleibt die Antwort damit letztlich ebenfalls schuldig.

Allzu verwunderlich ist dieser Befund nicht. »Klare Verhältnisse«, ein spannungsfreies Miteinander der verschiedenen Gemeinschaften konnte man wohl nicht erwarten in dieser für jede von ihnen konstitutiven Frage der Zugehörigkeit. Und selbst der hohe Grad an Widersprüchlichkeit und Unordnung lässt sich vielleicht erklären. Denn soweit hinter den allgegenwärtigen Diskussionen um Denationalisierung⁸⁹, Globalisierung und inzwischen auch Regionalisierung tatsächlich Realitäten stecken, befinden wir uns in einem Umbruch, der zwangsläufig auch das Recht – und dessen Konzeptionen von Zugehörigkeit erfasst.

Damit wäre auch das eingangs skizzierte allgemeinere Problem der Gemeinschaftszugehörigkeit wieder erreicht. Eine Antwort – soviel war bereits vorausgeschickt worden – kann es hier nicht geben. Aber vielleicht kann immerhin die Frage jetzt anders gestellt werden.

IV. Zugehörigkeit zwischen Universalismus und Partikularismus

Integration ist gut, Ausgrenzung böse. Das klingt einfach, geradezu verführerisch. Und die Betrachtung des Bollwerks, hinter dem wir⁹⁰ Bayern uns und unser Erziehungsgeld verschanzen, ist kaum dazu angetan, dieses Klischee aufzubrechen. Gar zu kleinlich erscheint das Anliegen, gar zu beharrlich, ja fast trotzig die Versuche, dieses sozialstaatliche Bonbönchen auch wirklich nur denen vorzubehalten, für die es offenbar gedacht ist. Partikularismus pur – und das, während sonst allerorten die Globalisierung ausgerufen wird.

Fast zwangsläufig figurieren vor diesem Hintergrund die größeren Gemeinschaften als tapfere Helden eines edlen Universalismus. Dass dabei auch das höherrangige Recht keine Konzeption für die regionalen Zugehörigkeiten hat, dass insbesondere den »entgrenzenden« Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts seit jeher keine klare Linie zugrunde liegt, dass auch im Europarecht Orientierungslosigkeit aufkommt⁹¹, weil die

89 Vgl. grundlegend zu diesem Begriff *Michael Zürn*, *Regieren jenseits des Nationalstaats*, Frankfurt/Main 1998, S. 65 ff.

90 Mit Blick auf die wohl herrschende Ansicht zur Frage der Landeszugehörigkeit (vgl. dazu oben Fn. 17, 66) darf sich der Verfasser, obschon selbst ein »Zuagroaster«, zu den Bayern im Rechtsinne zählen.

91 Vgl. hierzu die treffende Analyse von *Weiler*, *Fin-de-Siècle Europe: Do the New Clothes Have an Emperor?*, abgedruckt in: ders. (Hrsg.), Fn. 15, S. 238 ff.

Gründungsvision der Marktintegration nicht über ihre Vollendung hinaus trägt, ja dass nicht einmal die Widerspruchsfreiheit zwischen den verschiedenen Ordnungen höherrangigen Rechts garantiert ist – das alles scheint nebensächlich, solange nur der anachronistische bayerische Partikularismus bekämpft wird.

Aber so simpel ist es nicht. Ausgrenzung, darauf wurde bereits ganz zu Anfang hingewiesen, ist eine zwingende Folge bereits aus der schieren Existenz politischer Gemeinschaften. Und wahrscheinlich hat sie eine Berechtigung auch über diese minimalistische Begründung hinaus. Denn wie die Autonomie des Individuums gegenüber der Gemeinschaft ihren Schutz wohl dadurch verdient, dass erst durch die Abgrenzbarkeit Vertrauen und Sicherheit für eine langfristig planende Lebensgestaltung entsteht, so könnten auch die Grenzen einer politischen Gemeinschaft eine parallele Funktion erfüllen, indem sie Raum schaffen, damit Solidarität, Kultur und Gemeinsinn gedeihen können. Kurz: Wie der Egoismus, jedenfalls dem Liberalen, Motor des Gemeinwohls sein kann, so könnte auch der Partikularismus, ob »anachronistisch« oder nicht, letztlich allen dienen.⁹²

Selbstverständlich braucht man deswegen noch nicht gutzuheißen, dass und wie wir Bayern den Empfängerkreis unseres Landeserziehungsgeldes beschränkt haben. Und selbstverständlich kann man es trotzdem begrüßen, dass und wie das höherrangige Recht uns Öffnung gebietet. Aber zugleich sollte man auch die entgegengerichteten Fragen stellen, also die allgemeine nach den Grenzen der Entgrenzung, die moralische nach den Schranken des Universalismus, die politisch-praktische nach dem gewünschten Zusammenspiel der sich überlagernden politischen Gemeinschaften – oder eben exemplarisch und konkret die nach der Rolle Bayerns zwischen Kommunen einerseits und Nation sowie supranationaler Gemeinschaft andererseits.

Nun ist das Beispiel Bayerns nicht der zentrale Schauplatz dieser Debatten. Schließlich ist unter den verschiedenen Zugehörigkeiten die zu einem Bundesland sicher nicht die wichtigste, und das bayerische Landeserziehungsgeld, gemessen an der Tragweite der Fragestellung, eine Marginalie. Aber vielleicht hat es auch Vorzüge, wenn die Diskussion auch an einem solchen Beispiel geführt wird – ohne die Emotionen, die hochkochen, wenn es um die Nation geht, und immerhin teilweise im toten Winkel der höherrangigen Normensysteme, deren Korrekturingriffe sonst viele der Spannungen längst überdeckt hätten.

92 Ausführlicher zu dieser Analogie Graser (Fn. 59), S. 42 f.