

# Do Hard Cases Make Bad Law?

## Zur Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Saenz v. Roe*

Alexander Graser\*

Im Mai 1999 entschied der U.S. Supreme Court in Sachen *Saenz v. Roe*.<sup>1</sup> Der Fall, ohne Frage ein "hard case", war schon im Vorfeld mit großer Aufmerksamkeit verfolgt worden.<sup>2</sup> Die nun gefällte Entscheidung wird von großer praktischer Bedeutung sein, und auch in dogmatischer Hinsicht ist sie bemerkenswert. Insbesondere enthalten die Urteilsgründe Anhaltspunkte für einen fundamentalen Wandel in der Rechtsprechung zu den Grundrechtsgarantien.

In der Sache ging es darum, ob die US-Gliedstaaten die Fürsorgeleistungen für solche Empfänger, die erst kürzlich hinzugezogen sind, geringer bemessen dürfen als für länger ansässige. Die Kläger hatten sich gegen ein kalifornisches Gesetz<sup>3</sup> gewandt, das die Vergabe einer Unterstützungsleistung für bedürftige Familien regelte. Alle Gliedstaaten gewähren solche Leistungen, an deren Finanzierung sich der Bund beteiligt.<sup>4</sup> Allerdings bestimmen die Gliedstaaten frei über die Anspruchshöhe, und in der Praxis variiert sie stark.<sup>5</sup> Die angegriffene Norm sah vor, daß Empfänger im ersten Jahr nach ihrem Zuzug nach Kalifornien Leistungen nur bis zu der Höhe erhalten, wie sie ihr Herkunftsgliedstaat gewährt. Da das Leistungsniveau in Kalifornien zu den höchsten in den USA gehört, bedeutete dies für die meisten Zugezogenen eine – mitunter beträchtliche – Schlechterstellung.<sup>6</sup> Zu entscheiden war über die Verfassungsmäßigkeit der kalifornischen Norm, insbesondere darüber, ob sie eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung oder eine unzulässige Beschränkung der Freizügigkeit enthalten könnte.

\* LL.M., Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München.

<sup>1</sup> 119 S.Ct. 1518.

<sup>2</sup> Das belegt unter anderem die Vielzahl von Interessengruppen, die sich als *amici curiae* am Verfahren beteiligt haben. Erhältlich sind diese Stellungnahmen beispielsweise über die online-Dienste Westlaw und Lexis-Nexis (unter dem Namen des Verfahrens in der Rubrik "Briefs").

<sup>3</sup> § 11450.03 des kalifornischen "Welfare and Institutions Code".

<sup>4</sup> Es handelt sich um Leistungen nach dem sog. "Temporary Aid for Needy Families Program" (TANF). Ziel der Leistungen ist eine sozialhilfeähnliche Basissicherung für besonders bedürftige Familien mit Kindern.

<sup>5</sup> Zu den enormen regionalen Schwankungen, denen diese Familienleistungen seit jeher unterliegen, vgl. die Aufstellung in: Committee on Ways and Means, U.S. House of Representatives, *Overview of Entitlement Programs*, Green Book 1994, 365 ff. Für eine dreiköpfige Familie lagen die Leistungen damals zwischen monatlich \$ 120.– in Mississippi und \$ 923.– in Alaska.

<sup>6</sup> Eine der Klägerinnen war aus Louisiana zugezogen, wo das Leistungsniveau besonders niedrig ist. Für ihre dreiköpfige Familie betrug die Leistung in ihrem Herkunftsstaat \$ 190.– gegenüber \$ 641.–, die sie in Kalifornien erhalten hätte, wenn sie dort schon länger als ein Jahr gewohnt hätte; vgl. dazu die Sachverhaltsschilderung, 119 S.Ct. 1518, 1522.

### I. Die Vorgeschichte – von Shapiro bis Saenz

Diese Frage war keineswegs neu. Vielmehr hatte sich das Gericht in den letzten dreißig Jahren immer wieder mit ähnlichen Fallkonstellationen auseinandergesetzt.

#### 1. Shapiro v. Thompson

Ausgangspunkt der Entwicklung war die Grundsatzentscheidung in *Shapiro v. Thompson*<sup>7</sup> aus dem Jahr 1969. Damals hatte der Supreme Court eine gliedstaatliche Norm verworfen, welche die Vergabe desselben Typs von Familienbasisleistungen<sup>8</sup> insgesamt davon abhängig machte, daß der Empfänger schon ein Jahr in dem Gliedstaat wohnte. Das Gericht stützte sich auf ein damals neuartiges Begründungsmuster: Weil die Differenzierung nach der Wohnsitzdauer eine "Bestrafung" der Ausübung der Freizügigkeit sei, müsse bei der Rechtfertigungsprüfung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitsgebots ("equal protection clause"<sup>9</sup>) ein besonders strenger Maßstab ("strict scrutiny") angelegt werden.<sup>10</sup> Die Gliedstaaten hätten danach zwingende Gründe ("compelling reasons") für diese Unterscheidung anführen müssen, was ihnen nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht gelungen war.

Bemerkenswert ist ferner, daß der Supreme Court in *Shapiro* zwei Arten von Rechtfertigungen ohne Rücksicht auf den Prüfungsmaßstab als *per se* verfassungswidrig zurückwies. Dazu gehörte erstens das Ziel, mit dem Wohnsitzdauererfordernis den Zustrom von Bedürftigen zu bremsen<sup>11</sup>, selbst wenn es sich um solche

<sup>7</sup> 394 U.S. 618.

<sup>8</sup> Damals handelte es sich noch um ein Programm unter der Bezeichnung "Aid for Families with Dependent Children" (AFDC). Dieser Vorläufer des heutigen TANF (vgl. Anm. 4) wurde durch die Fürsorgereform von 1996 abgelöst. In der grundsätzlichen Zielrichtung unterscheiden sich beide Programme nicht. TANF hat zum einen eine Veränderung des Finanzierungsmodus gebracht, die langfristig den Bundeszuschuß verringern wird, zum anderen einige Verschärfungen in den Anspruchsvoraussetzungen, die vor allem darauf zielen, stärkere Arbeitsanreize für Fürsorgeempfänger zu setzen.

<sup>9</sup> Amendment XIV section 1, 2. Satz, 3. Halbsatz: "No State shall .... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

<sup>10</sup> Im Rahmen der US-amerikanischen Gleichheitsrechtsprechung werden verschiedene Kontrollintensitäten unterschieden, insbesondere eine der deutschen Willkürkontrolle ähnelnde "low scrutiny" und die im Text erwähnte "strict scrutiny". Auch eine Zwischenstufe – "intermediate scrutiny" – ist zuweilen angewandt worden, vor allem im Bereich der Diskriminierung wegen Geschlechts. Regelfall ist die "low scrutiny". Eine strenge Kontrolle wird nur ausgelöst, wenn die Ungleichbehandlung entweder an ein verpöntes Kriterium ("suspect classification") anknüpft oder die Ausübung eines von Verfassungs wegen garantierten elementaren Rechts ("fundamental right") belastet. Die *Shapiro*-Entscheidung wird oft als Geburtsstunde der zweiten kontrollverschärfenden Fallgruppe bezeichnet. Allerdings hatte sich der Supreme Court bereits kurz zuvor einer solchen Argumentation bedient, nämlich in *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, aus dem Jahr 1964, und in *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89, aus dem Jahr danach. Instruktiv zu dieser neuen Figur die kritischen Ausführungen von Justice Harlan in seinem abweichenden Votum in *Shapiro*, 394 U.S. 618, 660. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der US-amerikanischen Gleichheitsdogmatik in deutscher Sprache vgl. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987, 144 ff., speziell zum Zusammenhang mit den sog. "fundamental rights", 75 ff.

<sup>11</sup> 394 U.S. 618, 628 ff.

handeln sollte, die allein wegen der höheren Leistungen kämen.<sup>12</sup> Denn ein Gesetz sei offensichtlich verfassungswidrig, wenn sein einziger Zweck sei, mittels Sanktionen von der Ausübung verfassungsrechtlich garantierter Rechte – hier der Freizügigkeit – abzuschrecken.<sup>13</sup> Zweitens hatten die Gliedstaaten versucht, die Differenzierung nach der Wohnsitzdauer damit zu rechtfertigen, daß sie die unterschiedlichen Beiträge widerspiegeln, die Zugezogene und länger Ansässige zur Finanzierung der Leistungen erbracht hätten. Auch diesen Zweck erklärte der Supreme Court für unzulässig, weil mit dieser Rechtfertigung auch alle anderen staatlichen Leistungen von den erbrachten Steuerleistungen abhängig gemacht werden könnten. Das aber verbiete der Gleichheitssatz.<sup>14</sup>

Im Ergebnis konnte man sich danach kaum vorstellen, daß eine Schlechterstellung neu Zugezogener bei der Vergabe gliedstaatlicher Leistungen jemals vor dem Supreme Court bestehen würde – vorausgesetzt, das Gericht würde an *Shapiro* festhalten. Das jedoch war keineswegs gesichert. Denn in dogmatischer Hinsicht galt die Entscheidung schon damals als höchst problematisch<sup>15</sup>, vor allem, weil sie sich wesentlich auf die Freizügigkeitsgarantie stützte, für die es in der US-Verfassung an einer geschriebenen Grundlage fehlt. Zwar gab es einige Vorentscheidungen, welche die Freizügigkeit unterschiedlichen Normen im Verfassungstext zugeordnet hatten. Aber in *Shapiro* enthielt sich der Supreme Court jeder Stellungnahme zur möglichen verfassungstextlichen Quelle dieses Rechts.<sup>16</sup> Dabei wäre eine solche Festlegung durchaus zu erwarten gewesen<sup>17</sup>, schon wegen der unterschiedlichen Anforderungen, welche die in Frage kommenden Normen an einen Eingriff stellten.

## 2. Das Ringen um die Reichweite der *Shapiro*-Entscheidung

### a) Entscheidungen in der *Shapiro*-Kontinuität, insbesondere *Memorial Hospital v. Maricopa County*

Ungeachtet dieser Einwände blieb der Supreme Court seiner Herleitung in den Folgejahren zunächst treu. So verwarf er kurz darauf eine Regelung, die den Zu-

<sup>12</sup> 394 U.S. 618, 631 f.

<sup>13</sup> 394 U.S. 618, 631: "If a law has no other purpose than to chill the assertion of constitutional rights by penalizing those who choose to exercise them, then it is patently unconstitutional". (Anführungszeichen aus dem Original hier nicht wiedergegeben.)

<sup>14</sup> 394 U.S. 618, 632 f.

<sup>15</sup> Das illustriert bereits die harsche Kritik, welche diese Lösung innerhalb des Supreme Court erfuhr; vgl. dazu die abweichenden Voten, 394 U.S. 618, 644 ff., von Chief Justice Warren, dem sich Justice Black anschloß, und 655 ff. von Justice Harlan).

<sup>16</sup> Vgl. 394 U.S. 618, 630: "We have no occasion to ascribe the source of this right to travel interstate to a particular constitutional provision."

<sup>17</sup> Vgl. hierzu statt vieler die erboste Kritik von Ely, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Cambridge M.A. 1980, 177, der die Weigerung des Supreme Court, eine textliche Grundlage für die Freizügigkeit zu benennen, als "nahezu blasierend" bezeichnet. In der Tat ist nicht einzusehen, warum die *Shapiro*-Entscheidung keine Gelegenheit zur Benennung einer solchen Grundlage geboten haben soll. Schließlich stützte sie sich maßgeblich auf dieses Recht.

gang zu einer rein gliedstaatlich finanzierten Fürsorgeleistung von einem ähnlichen Wohnsitzdauererfordernis abhängig gemacht hatte.<sup>18</sup> Wenige Jahre später folgte das Verfahren *Memorial Hospital v. Maricopa County*<sup>19</sup>, in dem es um den Zugang zu medizinischer Versorgung außerhalb akuter Notfälle ging. Auch hier wurde das gliedstaatliche Wohnsitzdauererfordernis für verfassungswidrig erklärt. Allerdings ließ der Supreme Court in dieser Entscheidung explizit offen<sup>20</sup>, ob der temporäre Ausschluß Zugezogener vielleicht dann zulässig sein könne, wenn es nicht um Leistungen gehe, die "elementare Grundbedürfnisse"<sup>21</sup> decken sollten.

b) Entscheidungen außerhalb der Shapiro-Kontinuität

Es gab aber auch Urteile, in denen sich der Supreme Court von seiner Entscheidung in *Shapiro* entfernte. Einen offenen Bruch hat er jedoch zunächst lange vermieden.

aa) Die erste Ausnahme: *Vlandis v. Kline*

Hierzu gehört insbesondere die Entscheidung in *Vlandis v. Kline*.<sup>22</sup> Dort setzte sich der Supreme Court in einem *obiter dictum* mit der Frage auseinander, ob die öffentlichen Hochschulen eines Gliedstaates für Studenten aus anderen Teilen der USA zu den gleichen Konditionen zugänglich sein müssen wie für einheimische Studenten. Das Gericht verneinte dies. Zwar hätte sich dieses Ergebnis auf den ersten Blick mit *Shapiro* in Einklang bringen lassen, indem das Gericht der Hochschulausbildung eine geringere Bedeutung beigemessen hätte als basissichernden Fürsorgeleistungen oder medizinischer Versorgung. So hätte sich das Vorliegen einer "Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit" entlang der in *Shapiro* entwickelten Prinzipien ablehnen lassen.

Diesen Weg hat der Supreme Court jedoch nicht eingeschlagen. Vermutlich fürchtete er, sich damit in Widerspruch zu seiner kurz zuvor gefällten Entscheidung in *San Antonio v. Rodriguez*<sup>23</sup> zu setzen. Dort nämlich hatte er betont, daß Ausbildung zu den "wichtigsten Leistungen gehört, die der Staat erbringt".<sup>24</sup> Danach wäre es problematisch gewesen, wenn das Gericht eine ungleiche Behandlung beim Zugang zu Ausbildungseinrichtungen nicht als "Bestrafung" gewertet hätte. Es verwundert daher nicht, daß das Gericht seine Entscheidung in *Vlandis* auf andere Weise von der in *Shapiro* abzugrenzen versuchte.

<sup>18</sup> *Pease v. Hansen*, 404 U.S.70, aus dem Jahr 1971.

<sup>19</sup> 415 U.S.250 aus dem Jahr 1974.

<sup>20</sup> 415 U.S.250, 258 f.

<sup>21</sup> Im Original lautet die Formulierung: "basic necessity of life", vgl. 415 U.S.250, 259; damit bezog sich das Gericht auf eine entsprechende Wendung aus der *Shapiro*-Entscheidung, 394 U.S.618, 627.

<sup>22</sup> 412 U.S.441 aus dem Jahr 1973.

<sup>23</sup> 411 U.S.1 aus dem Jahr 1973.

<sup>24</sup> Wörtlich: "... education is one of the most important services performed by the State ..."; vgl. 411 U.S.1 (sub. 1 b).

Allerdings war die Unterscheidung, die es anstelle dessen wählte, kaum tragfähig. Das Gericht stellte darauf ab, daß der Gliedstaat sein Ziel, Zugezogenen den gleichen Zugang zu den gliedstaatlichen Leistungen erst nach einer Wartezeit zu gewähren, in *Vlandis* auf andere Weise verfolgt hatte als in *Shapiro*. Denn in *Vlandis* ging es nicht um eine Wartezeit für als Bürger des Gliedstaates anerkannte Hinzugezogene, sondern um eine (grundsätzlich zulässige) Bevorzugung der eigenen Bürger des Gliedstaates – gekoppelt jedoch mit einer speziell für den Hochschulbereich geltenden Definition, wer als Bürger des Gliedstaates anzuerkennen sei. Zwar folgt in den USA grundsätzlich *qua* Verfassung der gliedstaatliche Bürger-Status aus dem eines Einwohners (“resident”). Aber es sind zunächst die Gliedstaaten selbst, die definieren, wer “resident” ist. Nach der in *Vlandis* angegriffenen Norm konnten Studenten den Status eines “resident student” nur unter Voraussetzungen erlangen, die deutlich strenger waren als die sonst üblichen Wohnsitzdefinitionen, nämlich erst nach einer Aufenthaltsdauer, welche die einjährige Wartefrist aus *Shapiro* sogar noch überstieg.

In der tatsächlichen Wirkung bestand also kein wesentlicher Unterschied zwischen der in *Vlandis* und der in *Shapiro* überprüften Norm. Deswegen bestanden auch von Anfang an erhebliche Zweifel an der in *Vlandis* eingeführten Differenzierung zwischen unzulässigem Wohnsitzdauererfordernis (*Shapiro*) und grundsätzlich zulässiger Wohnsitzdefinition (*Vlandis*).<sup>25</sup>

bb) Die Bestätigungen der Ausnahme, insbesondere *Martinez v. Bynum*

Dennoch hielt der Supreme Court in der Folgezeit an dieser Unterscheidung fest. Im Ergebnis bekräftigte er diesen Teil der Entscheidungsgründe aus *Vlandis*, indem er noch im selben Jahr summarisch ein vorinstanzliches Urteil bestätigte<sup>26</sup>, das den *Shapiro*-Prinzipien die Anwendung auf den Hochschulbereich versagte. Und auch in der Begründung blieb der Supreme Court seinem *obiter dictum* aus *Vlandis* treu. So folgte er zehn Jahre später einer ähnlichen Argumentationslinie, als es in *Martinez v. Bynum* um den Zugang zu öffentlichen Schulen ging.<sup>27</sup> Wiederum ließ das Gericht zu, daß eine ungewöhnlich restriktive Definition des “resident” eingesetzt wurde, um Neulingen den Zugang zu den öffentlichen Leistungen einer Region zu erschweren.

<sup>25</sup> Deutlich werden die Divergenzen insbesondere im abweichenden Votum von Justice Rehnquist, 412 U.S. 441, 464 ff., dessen alternative Lösung eine klarere Abkehr von *Shapiro* bedeutet hätte.

<sup>26</sup> *Sturgis v. Washington*, 414 U.S. 1057.

<sup>27</sup> *Martinez v. Bynum*, 461 U.S. 321 aus dem Jahr 1983: Für Zwecke des Schulzugangs, so die Entscheidung, kann ein Kind auch nach Jahren der tatsächlichen Ansässigkeit in einem Schulbezirk noch als auswärtig gelten und deswegen höhere Gebühren zahlen müssen, wenn es bei anderen als den sorgeberechtigten Personen wohnt und sich primär zum Zweck des Schulbesuchs dort aufhält.

cc) Die zweite Ausnahme: *Sosna v. Iowa*

Neben dem Ausbildungssektor gab es noch einen weiteren Bereich staatlicher Leistungen, in dem der Supreme Court den in *Shapiro* vorgezeichneten Weg verlassen hat. In *Sosna v. Iowa*<sup>28</sup> war zu entscheiden, ob der Zugang zu den gliedstaatlichen Gerichten in Ehescheidungsverfahren davon abhängig gemacht werden konnte, daß der Antragsteller seit mindestens einem Jahr dort wohnte. Die angegriffene Norm hatte den Zweck, einem möglichen "Scheidungstourismus" nach Iowa vorzubeugen. Denn nach dem Recht vieler anderer Gliedstaaten wurden Scheidungen nur unter restriktiveren Voraussetzungen ausgesprochen.

Der Supreme Court billigte dieses Wohnsitzdauererfordernis – zur Überraschung vieler Beobachter. Schließlich hätte man auch das Bereitstellen gerichtlicher Streitschlichtung als staatliche Leistung ansehen und den Fall deswegen den *Shapiro*-Prinzipien unterwerfen können.<sup>29</sup> Das Wohnsitzdauererfordernis hätte sich dann kaum aufrechterhalten lassen. Denn auch wenn "Geschieden-Werden" auf den ersten Blick kein elementares Grundbedürfnis vom Range der in *Shapiro* oder *Memorial* betroffenen Bedürfnisse sein mag, so hätte der Supreme Court wohl dennoch in der Wartezeit eine relevante Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit sehen müssen. Schließlich hatte er in den letzten Jahren vor der Entscheidung in *Sosna* die freie Selbstbestimmung in Fragen der Ehe zum verfassungsrechtlich geschützten Recht erhoben.<sup>30</sup> Die Rechtfertigungen, die *Iowa* vorgebracht hatte, hätten der verschärften Kontrolle aus *Shapiro* nicht standhalten können.

Ganz anders jedoch die Urteilsbegründung des Supreme Court. *Shapiro* sei nicht einschlägig, weil es sich im Fall des gerichtlichen Scheidungsverfahrens um eine andere Art der staatlichen Leistung handle als im Fall der Sozialleistungen.<sup>31</sup> Dementsprechend wird die Entscheidung in der Literatur auch meist als Sonderfall betrachtet, dessen Reichweite auf die spezielle Konstellation zu beschränken sei.<sup>32</sup> Dennoch läßt sich kaum leugnen, daß sich die Urteilsgründe in *Sosna* nur schwer mit den zuvor entwickelten Prinzipien vereinbaren lassen.<sup>33</sup> Denn worin der relevante Unterschied liegen soll, vermochte das Gericht damals nicht überzeugend zu begründen.

<sup>28</sup> 419 U.S.393 aus dem Jahr 1975.

<sup>29</sup> So das abweichende Votum von Justices Marshall und Brennan, 419 U.S.393, 418 ff.

<sup>30</sup> Grundlegend zum "right to marry" *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 aus dem Jahr 1967; speziell zum verfassungsrechtlichen Schutz auch der Scheidung *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S.371 aus dem Jahr 1971.

<sup>31</sup> Wörtlich heißt es: "... Iowa's divorce residency requirement is of a different stripe", 419 U.S.393, 406.

<sup>32</sup> Vgl. aus jüngster Zeit etwa Zuber, *The Right to Migrate and Welfare Reform. Time for Shapiro v. Thompson to Take a Hike*, 31 Valparaiso University Law Review, 893, 905: "... *Sosna* is probably best viewed as *sui generis*."

<sup>33</sup> So auch Justice Marshall in seinem abweichenden Votum: "I am concerned ... about the implications of the majority's analysis ... for durational residency cases in general.", 419 U.S.393, 419.

### 3. Die Neuorientierung in den achtziger Jahren

Gaben schon diese verdeckten Widersprüche zur *Shapiro*-Entscheidung Anlaß, an deren Fortbestand zu zweifeln, so schien der Supreme Court in zwei Entscheidungen aus den achtziger Jahren endgültig auf einen anderen Kurs einzuschwenken. Den Impuls für die Wende gab der Sachverhalt, über den das Gericht 1982 in *Zobel v. Williams*<sup>34</sup> zu befinden hatte.

#### a) Ein neuer Lösungsweg? – *Zobel v. Williams*

Den Gliedstaat Alaska plagte ein seltenes Problem: Er wußte nicht wohin mit den Reichtümern aus seinen Ölquellen, die seit einigen Jahren sprudelten. So entschloß man sich, jährliche "Dividenden" an die Bürger Alaskas auszuzahlen. Dabei wurde ein Verteilungsschlüssel zugrundegelegt, nach dem der auszuzahlende Betrag proportional zur Anzahl der Jahre der Ansässigkeit steigen sollte. Neu Hinzugezogene bekamen also weniger als länger Ansässige.

Offensichtlich hätte eine Subsumption dieses Sachverhalts unter die *Shapiro*-Prinzipien Schwierigkeiten bereitet. Sollte man es als "Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit" ansehen, daß die Zugezogenen weniger bekamen als die Ansässigen? Schließlich zahlten deren jeweilige Heimatgliedstaaten überhaupt keine "Dividenden" aus. So betrachtet, wurde die Ausübung der Freizügigkeit also eher belohnt als bestraft. Allerdings wäre auch diese Sicht nicht ohne Tücken gewesen. Denn über kurz oder lang hätte sich das Gericht der Frage stellen müssen, welches die Kriterien sein sollen, anhand derer über das Vorliegen einer "Bestrafung für die Ausübung der Freizügigkeit" zu entscheiden ist. Ist eine Ungleichbehandlung von Neulingen schon dann zulässig, wenn sich der einzelne Zugezogene in Bezug auf die konkrete Leistung besser steht als in seinem Heimatgliedstaat? Was aber, wenn ihm dort noch andere Leistungen gewährt wurden oder seine Lebenshaltungskosten geringer waren, wenn seine Arbeitsmarktchancen dort besser oder die Steuerlast niedriger war? Wenn eine Beurteilung nicht letztlich in einem kaum zu bewältigenden Gesamtvergleich aller staatlich beeinflussten Lebensbedingungen im Heimat- und im Zielgliedstaat münden soll, müßten Grenzen gezogen werden. Nur wo?

Es verwundert daher nicht, daß der Supreme Court einen anderen Lösungsweg wählte. Ausgangspunkt war wie in *Shapiro* die "equal protection clause". Aber im Gegensatz zu seinen bisherigen Entscheidungen ließ das Gericht offen, ob ein verschärfter Prüfungsmaßstab anzulegen sei. Denn die angegriffene Differenzierung bei der Dividendenverteilung sei unabhängig vom Prüfungsmaßstab unzulässig. Zur Begründung stützte es sich insbesondere darauf, daß Alaska bei der Dividendenausschüttung nicht die mit längerer Ansässigkeit verbundenen realen und ideellen Beiträge zum Aufbau des noch jungen Gliedstaates honorieren dürfe. Frühere Beiträge zu belohnen, sei kein zulässiger Zweck<sup>35</sup>, wiederholte der Su-

<sup>34</sup> 457 U.S.55.

<sup>35</sup> 457 U.S.55, 63.

preme Court die Feststellung, die sich bereits in *Shapiro* fand.<sup>36</sup> Zur Begründung verwies er erneut auf die sonst drohende Konsequenz, daß alle staatlichen Leistungen von den zuvor erbrachten Leistungen abhängig gemacht werden könnten, und fügte hinzu, daß dies letztlich dazu führen würde, daß die Bürger dauerhaft und in immer mehr Klassen unterteilt würden. Ein solches Resultat sei offensichtlich verfassungswidrig.<sup>37</sup>

Auch mit dieser Herleitung konnte sich das Gericht also auf *Shapiro* stützen, aber nur auf einen "Seitenzweig" der Urteilsbegründung. Dagegen sprach viel dafür, daß die zentrale Argumentationslinie über die "Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit" aufgegeben werden sollte. So verzichtete das Gericht nicht nur auf deren Anwendung, sondern äußerte auch offene Kritik an seiner bisherigen Rechtsprechung.<sup>38</sup> Die "Natur und Quelle" des Freizügigkeitsrechts seien bis heute im Dunkeln geblieben, und "in Wirklichkeit" handele es sich bei dieser auf die Freizügigkeit gestützten Herleitung um "wenig mehr" als eine spezielle Anwendung der Gleichheitsdogmatik.

b) Das "Auf und Ab" des neuen Ansatzes: *Hooper v. Bernalillo County* und *Attorney General of New York v. Soto-Lopez*

Der Entscheidung in *Zobel* schloß sich wenige Jahre später ein weiteres Urteil an, das dem neuen Begründungsmuster folgte. In *Hooper v. Bernalillo County*<sup>39</sup> ging es um eine gliedstaatliche Steuervergünstigung für Kriegsveteranen, die jedoch nur jenen zugute kommen sollte, die an einem bestimmten Stichtag Bürger dieses Gliedstaates gewesen waren. Solche Vergünstigungen waren keineswegs so exzeptionell wie die Dividenden in *Zobel*. Aber obwohl es der Sachverhalt demnach erlaubt hätte, die Regelung auch unter Anwendung der "herkömmlichen" *Shapiro*-Prinzipien zu verwerfen, zog es der Supreme Court vor, dieses Ergebnis erneut entlang der in *Zobel* verwendeten Herleitung zu begründen.

Spätestens nach dieser Bekräftigung des neuen Ansatzes hätte man die Wende für vollzogen halten können. Aber bereits ein Jahr später gab es einen abermaligen Richtungswechsel. In *Attorney General of New York v. Soto-Lopez*<sup>40</sup> ging es wieder um eine Vergünstigung für Veteranen. Der Staat New York gewährte ihnen einige Bonus-Punkte bei den Einstellungstests für den öffentlichen Dienst. Wieder sollte die Vergünstigung allerdings nur jenen zugute kommen, die ihren Wohnsitz in New York gehabt hatten, bevor sie zur Armee kamen.

Der Supreme Court verwarf die angegriffene Norm. Aber nur zwei der neun Supreme-Court-Richter folgten der in *Zobel* begründeten neuen Linie.<sup>41</sup> Die weiteren vier Richter, die das Ergebnis trugen und deren Votum die führende

<sup>36</sup> 394 U.S. 618, 632 f.

<sup>37</sup> 457 U.S. 55, 64.

<sup>38</sup> 457 U.S. 55, 60 (dortige Anm. 6).

<sup>39</sup> 472 U.S. 612 aus dem Jahr 1985.

<sup>40</sup> 476 U.S. 898 aus dem Jahr 1986.

<sup>41</sup> 476 U.S. 898, 915 f.



Urteilsbegründung ist, erklärten dagegen ausdrücklich, daß sie es für falsch hielten, wenn sich das Gericht nicht festlege, welchen Kontrollstandard es anwende.<sup>42</sup> Sie distanzierten sich damit explizit vom Vorgehen der Mehrheiten in *Zobel* und *Hooper*, zu denen sie selbst gehört hatten.<sup>43</sup> So kehrten sie wieder zur traditionellen *Shapiro*-Lösung zurück – und mithin zum Kriterium der “Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit”. Dabei war die in *Memorial Hospital* offengelassene Frage zu beantworten, ob eine Bestrafung auch dann vorliegen könne, wenn die vorenthaltene Leistung kein “elementares Grundbedürfnis” befriedigt. Für den konkreten Fall bejahten sie dies. Auch wenn die Schwere der Belastung nicht an jene in den vorangegangenen Entscheidungen heranreiche, so sei sie dennoch von hinreichendem Gewicht, um eine verschärfte Kontrolle auszulösen.

#### c) Zwischenergebnis

Mit *Soto-Lopez* hatte die Verwirrung ihren Zenit erreicht. Noch immer schob der Supreme Court die Herleitungsdefizite aus der *Shapiro*-Urteilsbegründung vor sich her. Insbesondere war die Frage nach der verfassungstextlichen Grundlage der Freizügigkeit weiterhin offen. Auch fehlte es an einer stimmigen Erklärung, warum manche Bereiche gliedstaatlicher Leistungen (Hochschule, Schule, Ehescheidung) von der Geltung der *Shapiro*-Rechtsprechung ausgespart bleiben sollten. Nicht einmal von einer gemeinsamen Linie des Gerichts konnte nach *Soto-Lopez* mehr die Rede sein.

#### 4. Höchstrichterliches Schweigen und das Eingreifen des Bundesgesetzgebers

Auf *Soto-Lopez* folgte eine lange Zeit höchstrichterlichen Schweigens.<sup>44</sup> An einschlägigen Streitigkeiten mangelte es zwar nicht. Aber vorerst blieben die Unterinstanzen bei deren Bewältigung auf sich allein gestellt. Im Ergebnis verwarfen sie – außerhalb des Hochschulbereichs – nahezu<sup>45</sup> alle gliedstaatlichen Normen, die länger ansässige Empfänger bei der Vergabe gliedstaatlicher Leistungen bevorzugten. In der Begründung jedoch taten sie sich angesichts der unklaren Vorgaben des

<sup>42</sup> 476 U.S. 898, 906 (insbesondere dortige Anm. 6).

<sup>43</sup> Mit der Ausnahme von Justice Powell, der an der Entscheidung in *Hooper* nicht teilgenommen hatte.

<sup>44</sup> Vgl. aber die Entscheidung in *Nordlinger v. Hahn*, 505 U.S. 1 aus dem Jahr 1992, in der es zwar um steuerrechtliche Fragen geht, die aber eine Stellungnahme zur *Shapiro*-Rechtsprechung enthält.

<sup>45</sup> Die – soweit ersichtlich – einzige Ausnahme ist die Entscheidung *Jones v. Milwaukee*, 168 Wis.2d 892 aus dem Jahr 1992. Es ging damals um ein nur zweimonatiges Wohnsitzdauererfordernis. Die Urteilsgründe dieser Entscheidung waren jedoch offensichtlich unvereinbar mit der Rechtsprechung des Supreme Court.

Supreme Court oft schwer. Zuweilen mahnten die Gerichte sogar explizit eine höchstrichterliche Klärung an.<sup>46</sup>

Im Jahr 1995 wäre es dazu auch beinahe gekommen, als eines der vielen Verfahren, nämlich der Rechtsstreit *Green v. Anderson*<sup>47</sup>, immerhin bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Supreme Court gelangte. Auslöser dieses Verfahrens waren die erneuten Bestrebungen einiger Gliedstaaten gewesen, den Zugang Zugezogener zu den Familienbasisleistungen aus dem bereits in *Shapiro* umstrittenen Programm zu limitieren. Die Gliedstaaten fürchteten, daß ein relativ hohes Leistungsniveau gerade in diesem Bereich sie zum Magneten für Fürsorgebedürftige aus den weniger großzügigen Gliedstaaten machen könnte. Zwar war es den Gliedstaaten bei diesem teilweise bundesfinanzierten Programm grundsätzlich bundesgesetzlich untersagt, Zugezogene schlechter zu stellen. Aber der Bund konnte Ausnahmegenehmigungen gewähren, und die Gliedstaaten trafen mit ihrer Sorge beim zuständigen Bundesminister damals auf offene Ohren. Die gliedstaatlichen Regelungen waren überdies deutlich milder als die in *Shapiro* verworfene Norm, so daß durchaus die Möglichkeit bestand, daß der Supreme Court sie billigen würde. Typischerweise wurde die Höhe des Fürsorgeanspruchs Zugezogener zunächst für einen Zeitraum meist von einem Jahr auf das Niveau beschränkt, das sie in ihrem Herkunftsgliedstaat erhalten hätten.

Damit stand der Supreme Court wieder vor der Frage, ob die Regelung auch dann unzulässig ist, wenn sich der Zugezogene trotz der Ungleichbehandlung (zumindest nominal) nicht schlechter steht als in seinem Heimatgliedstaat. Nach der Argumentationslinie aus *Zobel* würde allein die Ungleichbehandlung zählen. Die Regelung wäre ohne weiteres zu verwerfen. Weniger klar jedoch wäre die Lage, wenn sich das Gericht an die traditionelle *Shapiro*-Argumentation halten würde. Denn dann würde es darauf ankommen, ob dies eine "Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit" darstellt – und wirklich bestraft erschienen die Zugezogenen nicht, erhielten sie doch denselben Fürsorgebetrag wie vor ihrem Zuzug.

Ferner stellte sich die Frage, ob die Autorisation durch den Bundesminister die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der gliedstaatlichen Norm beeinflusse. Eine ähnliche Frage war zwar bereits in *Shapiro* behandelt worden. Denn schon damals war vorgetragen worden, der Bund habe diese Form des Ausschlusses Zugezogener durch die Gliedstaaten implizit autorisiert. Aber das Gericht hatte es anders gesehen und keine solche Autorisation in die fragliche Norm des Bundes hineingelesen. Gleichzeitig hatte es in einem – wiederum höchst umstrittenen<sup>48</sup> – *obiter*

<sup>46</sup> Vgl. etwa *Maldonado v. Houstoun*, 177 F.R.D. 311, 322: "... an area of jurisprudence that is unsettled and clearly in need of clarification by the United States Supreme Court." Auch in der Literatur wurde diese Einschätzung geteilt, vgl. statt vieler: Zuber (Anm. 32), 893 ff.: "... modern right to travel jurisprudence is a doctrinal mess."

<sup>47</sup> *Green v. Anderson*, ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz; erste Instanz: 811 F. Supp. 516 aus dem Jahr 1993, zweite: 26 F.3d 95 aus dem darauffolgenden Jahr.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu die beiden abweichenden Voten in *Shapiro*, 394 U.S. 618, 644 f. (Votum von Chief Justice Warren) und 394 U.S. 618, 665 f. (Votum von Justice Harlan).

*dictum* ausgeführt, daß auch eine Bundesautorisation nichts an der rechtlichen Beurteilung der gliedstaatlichen Normen geändert hätte.<sup>49</sup>

Parallel zu diesem Verfahren wurde eine heftige politische Debatte geführt um das Fürsorgewesen im allgemeinen sowie um eine eventuelle Magnetwirkung großzügiger Gliedstaaten im besonderen. Dementsprechend wurde die Entscheidung des Supreme Court mit großer Spannung erwartet. Aber man wartete vergebens. Denn kurz vor einer möglichen Entscheidung wurde die angegriffene Norm in einem parallelen Verfahren außer Kraft gesetzt, weil die Autorisation durch den Bundesminister an formalen Mängeln litt.<sup>50</sup> Der Supreme Court stellte deswegen nunmehr die Erledigung fest und traf keine Sachentscheidung.<sup>51</sup>

Es dauerte weitere vier Jahre, bis der Supreme Court in *Saenz* erneut mit fast demselben Sachverhalt konfrontiert wurde. In der Tat handelte es sich sogar um dieselbe kalifornische Norm, die bereits in *Green v. Anderson* angegriffen worden war. Inzwischen hatte der Bundesgesetzgeber nämlich die damals diskutierte Fürsorgereform vollzogen und dabei die zuvor von der Exekutive stammende Autorisation der Gliedstaaten nunmehr gesetzlich ausgesprochen.<sup>52</sup> Die Gliedstaaten durften danach die teilweise bundesfinanzierten Familienbasisleistungen für Zugezogene im ersten Jahr auf die Höhe der entsprechenden Leistungen im Herkunftsgliedstaat begrenzen. Damit lebte die zuvor außer Kraft gesetzte kalifornische Norm wieder auf – nur um sofort<sup>53</sup> wieder außer Kraft gesetzt zu werden, und zwar durch die einstweilige Verfügung eines unterinstanzlichen Gerichts, das sie bei Anwendung der *Shapiro*-Prinzipien für verfassungswidrig hielt. In zweiter Instanz wurde diese Entscheidung bestätigt<sup>54</sup> und gelangte dann schließlich vor den Supreme Court.

## II. Die Entscheidung des Supreme Court in *Saenz v. Roe and Doe*<sup>55</sup>

Der Supreme Court bestätigte die unterinstanzlichen Entscheidungen. Bemerkenswert ist zunächst das Bemühen des Gerichts um Systematisierung und verfassungsgemäße Erdung seiner bisherigen Rechtsprechung. So wendet sich die immerhin von sieben Richtern getragene Begründung in einem dogmatischen Vorspann dem Inhalt und den Grundlagen der Freizügigkeitsgarantie zu. Dieses Recht habe mindestens drei verschiedene Ausprägungen:

<sup>49</sup> 394 U.S. 618, 640 (insbesondere dortige Anm. 25).

<sup>50</sup> *Beno v. Shalala*, 30 F.3d 1057, aus dem Jahr 1994.

<sup>51</sup> 513 U.S. 557, aus dem Jahr 1995.

<sup>52</sup> Die Autorisation findet sich in 42 U.S.S.C. 604 (c) (Supp. 1997).

<sup>53</sup> Die Kläger hatten das Verfahren noch am selben Tag angestrengt, als mit der Umsetzung dieser Norm begonnen werden sollte.

<sup>54</sup> Erste Instanz: *Roe and Doe v. Anderson*, 966 F.Supp. 977; zweite: 134 F.3d 1400. Die Namensänderung des Falles erklärt sich daraus, daß kurz vor der Entscheidung des Supreme Court die damalige Direktorin des kalifornischen Department of Human Services, Eloise Anderson, in ihrem Amt abgelöst wurde durch Rita Saenz.

<sup>55</sup> 119 S.Ct. 1518.

- erstens das Recht der freien Ein- und Ausreise in allen Gliedstaaten,<sup>56</sup>
- zweitens das Recht, nicht als feindlicher Fremder, sondern willkommener Besucher behandelt zu werden, wenn man sich vorübergehend in einem anderen Gliedstaat aufhält<sup>57</sup>, und
- drittens schließlich das Recht dessen, der sich dauerhaft in einem neuen Gliedstaat niederläßt, so behandelt zu werden wie die anderen Bürger dieses Gliedstaates.<sup>58</sup>

Für die Entscheidung in *Saenz* ist nur die letztgenannte Ausprägung maßgeblich. Hierfür – und darin liegt die wichtigste Neuerung – hat der Supreme Court eine neue Grundlage gefunden. Quelle dieses Rechts seien die “Einleitungsworte”<sup>59</sup> des Amendment XIV.

Danach hält sich das Gericht wieder an das Begründungsmuster der traditionellen *Shapiro*-Lösung. Als “Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit” müsse das angegriffene Wohnsitzdauererfordernis strengsten Kontrollanforderungen unterzogen werden.<sup>60</sup> Dabei komme es nicht darauf an, daß die Zugezogenen (zumindest nominal) gar nicht schlechter gestellt seien als in ihrem Heimatgliedstaat. Denn die Freizügigkeit umfasse auch das Recht, nach der Zuwanderung gleich behandelt zu werden wie die anderen Bürger. Deswegen sei jede Differenzierung nach der Ansässigkeitsdauer *per se* eine “Bestrafung”.<sup>61</sup>

Auch auf der Rechtfertigungsebene bleibt der Supreme Court seiner *Shapiro*-Rechtsprechung treu. Erneut erklärt er das Ziel, (bedürftige) Zuwanderer abzuschrecken, als “eindeutig unzulässig”.<sup>62</sup> Die Differenzierung lasse sich ferner auch nicht mit so zu erzielenden Einsparungen rechtfertigen. Denn ungeachtet der Tatsache, daß diese Einsparungen in der Praxis ohnehin gering wären<sup>63</sup>, verbiete die “citizenship clause”<sup>64</sup> solche Differenzierungen nach Ansässigkeitsdauer oder Herkunftsgliedstaat. Schließlich hätten beide Kriterien nichts mit der Bedürftigkeit des einzelnen Bürgers zu tun. Zugleich weist das Gericht wie schon in *Shapiro*<sup>65</sup> alle Begründungen zurück, die den Sozialleistungsbezug von erbrachten Gegenleistungen abhängig machen.

<sup>56</sup> 119 S.Ct. 1518, 1525: “... the right of a citizen of one State to enter and leave another State ...”.

<sup>57</sup> 119 S.Ct. 1518, 1525: “... the right to be treated as a welcome visitor rather than an unfriendly alien when temporarily present in the second State ...”.

<sup>58</sup> 119 S.Ct. 1518, 1525 “... for those travelers who elect to become permanent residents, the right to be treated like other citizens of that State.”

<sup>59</sup> 119 S.Ct. 1518, 1526: “opening words”.

<sup>60</sup> 119 S.Ct. 1518, 1527: “The appropriate standard may be more categorical than that articulated in *Shapiro*..., but it is surely no less strict.”

<sup>61</sup> 119 S.Ct. 1518, 1527: “... since the right to travel embraces the citizen’s right to be treated equally in her new State of residence, the discriminatory classification is itself a penalty.”

<sup>62</sup> 119 S.Ct. 1518, 1528: “unequivocally impermissible”.

<sup>63</sup> Umgelegt auf alle Empfänger hätte eine Kürzung um 72 Cent genügt, um den Einschluß der Zugezogenen kostenneutral zu ermöglichen; vgl. 119 S.Ct. 1518, 1528.

<sup>64</sup> “All persons born or naturalized in the United States ... are citizens of the United States and of the State wherein they reside.”

<sup>65</sup> 119 S.Ct. 1518, 1528: “As in *Shapiro*, we reject any contributory rationale for the denial of benefits to new residents.”

Abschließend betont der Supreme Court unter Bezugnahme auf das *obiter dictum* aus *Shapiro*, daß auch die Autorisation durch den Bundesgesetzgeber nichts an diesem Ergebnis ändere. Denn auch der Bundesgesetzgeber sei an die "citizenship clause" in Amendment XIV gebunden.<sup>66</sup>

### III. Bewertung

Auf den ersten Blick gewinnt man nicht den Eindruck, als habe sich durch *Saenz* Wesentliches geändert. Noch immer scheint das seit *Shapiro* bekannte Zusammenspiel von Freizügigkeit und Gleichheit den dogmatischen Rahmen der Entscheidung zu bilden. Die angegriffene Norm sei eine "Bestrafung der Ausübung der Freizügigkeit"<sup>67</sup> und deswegen "der strengst möglichen Kontrolle"<sup>68</sup> anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes, der "equal protection clause", zu unterziehen.

Bei näherem Hinsehen jedoch wird klar, daß diese Reminiszenzen an die traditionelle *Shapiro*-Lösung bloße Lippenbekenntnisse sind. Denn wenn jede Ungleichbehandlung des Zuwanderers als "Bestrafung" der Ausübung der Freizügigkeit gelten soll, dann hat das Erfordernis einer "Bestrafung" jeglichen Gehalt verloren. Ebenso erweist sich der allgemeine Gleichheitssatz in der neuen Argumentationskette als überflüssig. Schließlich soll nunmehr die Freizügigkeit selbst in ihrer dritten Ausformung einen Anspruch auf Gleichbehandlung enthalten. Die Bezugnahme auf die "equal protection clause" wird dadurch entbehrlich.

Damit ist die dogmatische Kontinuität zur *Shapiro*-Rechtsprechung aufgegeben. Im folgenden soll zunächst gefragt werden, inwieweit sich durch *Saenz* im Ergebnis etwas an der bisherigen Rechtsprechung geändert hat (dazu 1). In einem zweiten Schritt geht es dann um die dogmatischen Fernwirkungen, die diese Entscheidung zeitigen könnte (dazu 2).

#### 1. Ergebnisrelevante Änderungen zur bisherigen Rechtsprechung?

Im Ergebnis dürfte sich an der bisherigen Rechtslage wenig ändern. Der Supreme Court hat seine bisherige Rechtsprechung weitgehend bestätigt, teilweise ist er sogar noch darüber hinausgegangen.

##### a) Bestätigung des Grundsatzes: Gleicher Zugang für Neulinge

Weiterhin können die Gliedstaaten bei der Vergabe staatlicher Leistungen Zugewogene grundsätzlich nicht benachteiligen, auch nicht geringfügig oder Übergangsweise. Die rechtlichen Vorgaben sind insoweit sogar noch strikter geworden. Schließlich werden nunmehr selbst solche gliedstaatlichen Normen an einem verschärften Kontrollmaßstab gemessen, die nach bisheriger Rechtslage eventuell un-

<sup>66</sup> 119 S.Ct. 1518, 1528 f.

<sup>67</sup> 119 S.Ct. 1518, 1527.

<sup>68</sup> 119 S.Ct. 1518, 1527.

terhalb der Bestrafungsschwelle geblieben und deswegen nur einer zurückhalten- den Kontrolle zu unterziehen gewesen wären. Allerdings wird diese Verschärfung kaum praktische Bedeutung erlangen. Denn auch vor *Saenz* hatte es keine höchst- richterliche und auch kaum unterinstanzliche Entscheidungen gegeben, in denen eine Benachteiligung nicht auch als "Bestrafung" gesehen wurde.<sup>69</sup> Außerdem hat- ten gliedstaatliche Normen, die Zuwanderer von den Leistungen auszuschließen suchten, regelmäßig auch ohne Verschärfung des Kontrollmaßstabs kaum eine Überlebenschance. Insbesondere die Entscheidung in *Zobel* hat dies illustriert.

*Saenz* wird deswegen auf dieselben Einwände treffen, welche die *Shapiro*- Rechtsprechung von Anfang an begleiten. Schon seit langem wird die Befürchtung geäußert, daß *Shapiro* für die Bedürftigen ein Pyrrhus-Sieg gewesen sein könnte. Gliedstaaten, die sich nicht abschotten könnten, würden über kurz oder lang ihr Fürsorgenniveau senken. So entstehe eine Abwärtsspirale – oder in der amerikani- schen Diktion: ein "race to the bottom" –, und letztlich fänden sich die Bedürfti- gen auf der Verliererseite. Denn für die gewonnene Freizügigkeit müßten sie auf lange Sicht mit Einbußen beim allgemeinen Fürsorgenniveau bezahlen.

Inwieweit tatsächlich Grund zu dieser Befürchtung besteht, ist in den USA höchst umstritten. Die empirischen Untersuchungen zur Mobilität von Soziallei- stungsempfängern und speziell zur Magnetwirkung hoher Sozialleistungsniveaus sprechen bis heute keine eindeutige Sprache.<sup>70</sup> Aber immerhin hat sich in den letz- ten Jahren die Einschätzung durchgesetzt, daß die politischen Entscheidungsträger in den Gliedstaaten die Befürchtung eines Zustroms von Bedürftigen tatsächlich zur Grundlage ihrer Politik machen. So ist das Sozialleistungsniveau anderer Gliedstaaten ein gängiges Argument in der politischen Debatte<sup>71</sup>, und es ist nach- gewiesen worden, daß Veränderungen des Sozialleistungsniveaus in einem Glied- staat entsprechende Impulse in den Nachbargliedstaaten auslösen.<sup>72</sup> Das "race to the bottom" findet also offenbar nicht nur in der Theorie statt. Allerdings spricht viel dafür, daß "race" übertrieben ist. Treffender wäre wohl, von einem "stately walk to the bottom" zu sprechen, wie es ein Kommentator in jüngerer Zeit vor- geschlagen hat.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Zu den Ausnahmen gehört zunächst die schon zuvor erwähnte (vgl. oben Anm. 45) Entschei- dung in *Jones v. Milwaukee*, 168 Wis.2d 892 – wie gesagt die einzige, in der die gliedstaatliche Norm in der Tat aufrechterhalten wurde. Daneben sind noch zu erwähnen *Maldonado v. Houston*, 177 FR.D. 311 aus dem Jahr 1997, und *Hicks v. Peters*, 10 F.Supp.2d. 1003 aus dem Jahr 1998, die zwar beide eine "Bestrafung" bei nur anteiliger Leistungskürzung verneinten, aber die Norm dennoch ver- warfen, und zwar mit Hilfe des in *Zobel* begründeten Argumentationsmusters.

<sup>70</sup> Zusammenfassungen des Diskussionsstandes finden sich etwa bei Alstott, *Federalism and U.S. Social Welfare Policy: Fundamental Change and New Uncertainties*, 2 Columbia Journal of Eu- ropean Law, 441 (dortige Anm. 70); ebenso *Devolving Welfare Programs to the States: A Public Choice Perspective*, "note" ohne Nennung des Autors, 109 Harvard Law Review 1984, 1991 f.

<sup>71</sup> Vgl. mit Beispielen dafür wieder Alstott, *ibid.*, dortige Anm. 70–72; ebenso *Devolving Wel- fare Programs to the States*, 109 Harvard Law Review 1984, 1992 (insbesondere dortige Anm. 39), auch bei Zubler (Anm. 32), 935.

<sup>72</sup> Vgl. näher zu den Veränderungsimpulsen bei verschiedenen Sozialleistungen Peterson, *Dev- olution's Price*, 14 Yale Journal on Regulation, 111, 117 m.w.N.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 120.

b) Fortgeltung der bisherigen Ausnahmen für Hochschule und Ehescheidung

Auch die bisherigen Ausnahmen von der *Shapiro*-Rechtsprechung werden durch *Saenz* nicht beseitigt. Das hat der Supreme Court klar zum Ausdruck gebracht. Zwar distanzieren sich die Urteilsgründe vorsichtig von der bisher maßgeblichen Unterscheidung zwischen Wohnsitzdauererfordernissen, die unter *Shapiro* fallen und unzulässig sind, und Wohnsitzdefinitionen, die nicht unter *Shapiro* fallen und deswegen grundsätzlich zulässig sind.<sup>74</sup> Aber gleichzeitig erklärt das Gericht die Ausnahmen neu. In *Sosna* (Ehescheidung) oder in *Vlandis* (Hochschulausbildung)<sup>75</sup> habe es sich um Leistungen gehandelt, deren Früchte in den Heimatgliedstaat hätten mitgenommen und dort genossen werden können.<sup>76</sup> Anders als in *Saenz* laufe der Gliedstaat in solchen Fällen Gefahr, daß die Zugezogenen nur kommen, um die begehrte staatliche Leistung zu beanspruchen, und den Gliedstaat danach wieder verlassen.

Das klingt, als sollten Zugezogene künftig nur insoweit gleichen Zugang beanspruchen können, als es sich nicht um mitnehmbare Leistungen handelt. Man mag jedoch bezweifeln, ob sich die "Mitnehmbarkeit" einer Leistung auf Dauer als taugliches Abgrenzungskriterium erweisen wird. Denn wenn sich ein "Ausgebildet-Worden-Sein" (*Vlandis*) und ein "Geschieden-Sein" (*Sosna*) "mitnehmen" lassen, warum dann nicht auch ein "Geheilt-Sein", wie es in *Memorial Hospital* zur Entscheidung stand? Auch Chief Justice Rehnquist hat sich in seinem abweichenden Votum in *Saenz* äußerst kritisch geäußert zu diesem Versuch, die Brüche in der bisherigen Rechtsprechung zu kitten.<sup>77</sup>

c) Erstreckung der *Shapiro*-Regeln auf den Bundesgesetzgeber

Die Urteilsgründe in *Saenz* enthalten erstmals auch entscheidungserhebliche Ausführungen zur Frage, ob der Bund die Gliedstaaten zur Schlechterstellung Zugezogener autorisieren kann. Daß der Supreme Court solche Autorisationen für irrelevant erklärte, war trotz des gleichlautenden *obiter dictum* aus der *Shapiro*-Entscheidung durchaus überraschend. Denn auch in dieser Hinsicht war die Kritik an *Shapiro* nie abgerissen, und gerade in den letzten Jahren war in der Litera-

<sup>74</sup> 119 S.Ct. 1518, 1527: "We ... have no occasion to consider what weight might be given to a citizen's length of residence if the bona fides of her claim to state citizenship were questioned."

<sup>75</sup> Im übrigen fällt auf, daß zwar *Sosna* und *Vlandis* ausdrücklich zitiert werden, nicht aber *Martinez*. Dabei wäre *Martinez* ein besseres Beispiel gewesen als *Vlandis*. Denn im Ergebnis ist in *Vlandis* zugunsten des Zuwanderers entschieden worden, obschon aufgrund von Erwägungen, die nichts mit Freizügigkeit oder Gleichheit zu tun haben. Es ist deswegen möglich, daß das Gericht, indem es *Martinez* nicht erwähnte, eine künftige Abkehr von dieser Entscheidung andeuten wollte.

<sup>76</sup> So heißt es in *Saenz* im direkten Anschluß an die zuvor (Anm. 74) zitierte Stelle: "Moreover, because whatever benefits they receive will be consumed while they remain in California, there is no danger that recognition of their claim will encourage citizens of other states to establish residency for just long enough to acquire some readily portable benefit, such as divorce and college education, that will be enjoyed after they return to their original domicile.", 119 S.Ct. 1518, 1527 (Herzhebung nicht im Original).

<sup>77</sup> Vgl. 119 S.Ct. 1518, 1534: "... the line drawn by the Court borders on the metaphysical ...".

tur die Auffassung aufgekommen, daß der Bundesgesetzgeber nicht denselben strikten Anforderungen zu unterwerfen sei wie die Gliedstaaten.<sup>78</sup> Dahinter stand der Gedanke, daß der Bund in dieser Frage deutlich mehr Vertrauen verdiene als die Gliedstaaten, deren Gesetzgeber unter dem Verdacht des Partikularismus stünden.

aa) Zum Hintergrund: Freizügigkeit und "commerce clause"

Verfassungsrechtliches Gewicht kommt dieser Erwägung insbesondere dadurch zu, daß sie augenfällige Gemeinsamkeiten mit einer dogmatischen Figur aufweist, die der Supreme Court im Zusammenhang mit der "commerce clause" entwickelt hat. Es handelt sich um die Rechtsprechung zur sog. "dormant commerce clause".<sup>79</sup>

Die "commerce clause" ist eine Norm aus dem Kompetenzkatalog der Bundesverfassung. Danach kann der Bund den Handel zwischen den Gliedstaaten regeln.<sup>80</sup> Soweit er keinen Gebrauch von dieser in der Praxis sehr weit ausgelegten Kompetenz macht, bleibt es bei der grundsätzlichen Regelungszuständigkeit der Gliedstaaten.

Diese subsidiäre gliedstaatliche Zuständigkeit wird jedoch ihrerseits beschränkt durch die Rechtsprechung zur "dormant commerce clause". Danach verwirft der Supreme Court gliedstaatliche Regelungen auch dann, wenn zwar der Bund keine entgegenstehende Regelung getroffen hat, die gliedstaatliche Norm aber den Handel innerhalb der USA belastet – vorausgesetzt, daß diese Belastung gemessen an den gliedstaatlichen Interessen unverhältnismäßig ist.<sup>81</sup> Bundesregelungen dagegen unterzieht der Supreme Court keiner solchen Kontrolle, so daß der Bundesgesetzgeber also eine sonst verfassungswidrige Abschottung der Gliedstaaten wirksam autorisieren kann.

Nun ist diese Rechtsprechung nicht ohne weiteres übertragbar auf die hier interessierende Frage nach dem Zugang Zugezogener zu den Sozialleistungen der Gliedstaaten. Für eine Übertragung spräche, daß aus ökonomischer Perspektive nicht nur der freie Warenverkehr, sondern auch der Verkehr von Personen und damit potentiell Arbeitskräften zu den Strukturprinzipien eines integrierten Wirtschaftsraumes wie der USA gehört. Auch die Interessenlage ist ähnlich, nämlich einerseits die zu befürchtende protektionistische Tendenz der Gliedstaaten und andererseits die Fähigkeit zur übergreifenden Gestaltung auf seiten des Bundes.

<sup>78</sup> Vgl. hierfür insbesondere den Aufsatz von Zubler (Anm. 32), 893 ff.

<sup>79</sup> Eine allgemeine Darstellung dazu findet sich in Tribe, *American Constitutional Law*, Bd. I, 3. Aufl. 2000, 1029 ff., instruktiv auch die Erörterung aus vergleichender Perspektive von Komers/Waelbroeck, *Legal Integration and the Free Movement of Goods: The American and European Experience*, 165–227, in: Cappelletti/Secombe/Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Vol. I Book 3, Berlin, New York 1986.

<sup>80</sup> Article I, section 8 [3]: "The Congress shall have Power ... To regulate Commerce ... among the several States".

<sup>81</sup> Für die "klassische" Formulierung des Kriteriums vgl. *Pike v. Bruce Church*, 397 U.S. 137 aus dem Jahr 1970, dort insbesondere 142.



Gegen die Übertragbarkeit spricht freilich, daß jedenfalls seit *Saenz* geklärt ist, daß die "commerce clause" nicht auch die Grundlage für die Personenfreizügigkeit ist, zumindest nicht für die hier interessierende Ausprägung dieses Rechts. Vorher hätte man dies vielleicht erwägen können, weil die verfassungstextliche Grundlage der Freizügigkeit – wie gesagt – ungeklärt war und es auch schon Entscheidungen gegeben hatte, die das Freizügigkeitsrecht mit der "commerce clause" in Zusammenhang gebracht hatten.<sup>82</sup>

Ansonsten ist es jedoch auch im US-amerikanischen Verfassungsrecht keineswegs üblich, bei der gerichtlichen Kontrolle danach zu differenzieren, ob die überprüfte Norm vom Bund oder von Gliedstaaten stammt. Die Rechtsprechung zur "dormant commerce clause" ist insoweit eine Ausnahme<sup>83</sup>, bei der sich diese Differenzierung zwangsläufig aus der Rechtsnatur der verfassungstextlichen Grundlage ergibt. Denn in Ermangelung spezifischer Regelungen zum freien Wirtschaftsverkehr hat der Supreme Court die dargestellte Abwägungsprüfung – wie gesagt – auf die "commerce clause" gestützt. Und als Kompetenzzuweisung an den Bund konnte diese Norm kaum als Grundlage für eine Beschränkung des Bundes dienen.

#### bb) Bindung des Bundesgesetzgebers an Amendment XIV

Allerdings wäre auch bei der neuen Grundlage, nämlich der section 1 von Amendment XIV, denkbar, daß sie Bund und Gliedstaaten nicht gleichermaßen bindet.<sup>84</sup> Denn in einigen Teilen richtet sie sich bereits dem Wortlaut nach nur an die Gliedstaaten, und im übrigen besteht weitestgehende Einigkeit darüber, daß sie ihrem historischen Ursprung nach Bindungen nur für die Gliedstaaten normieren sollte.<sup>85</sup>

Zwar sind schon bisher zwei bedeutsame Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannt, nämlich für die Reichweite der "due process clause" und der "equal protection clause", die sich beide in section 1 von Amendment XIV finden. Aber in beiden Fällen gibt es für die Erstreckung auf den Bund spezifische Begründungen, die nicht für die gesamte section 1 von Amendment XIV gelten. Bei der "due process clause" ist diese Begründung simpel. Die Norm findet sich fast wortgleich nochmals an anderer Stelle der Verfassung, nämlich in Amendment V<sup>86</sup>, und dort

<sup>82</sup> Vgl. insbesondere die Entscheidung *California v. Edwards*, 314 U.S.160, 177, aus dem Jahr 1941, wo das Gericht mehrheitlich die "commerce clause" als Grundlage des "right to (interstate) travel" ansah. Allerdings war diese Herleitung schon damals umstritten und wurde seither nicht wieder aufgegriffen. Vgl. näher dazu unten Anm. 105.

<sup>83</sup> Eine weitere Ausnahme kann sich ergeben, soweit die Garantien, die im "Bill of Rights" mit Wirkung gegen den Bund statuiert sind, nicht – wie im Regelfall – über die "due process clause" des Amendment XIV auch auf die Gliedstaaten erstreckt werden. Zu dieser Problematik der "selective incorporation" vgl. Tribe (Anm. 79), 2. Aufl. 1988, 772 ff.

<sup>84</sup> Vgl. hierzu Zubler (Anm. 32), 893 ff., dessen Alternativvorschlag für die Rechtsprechung auf der Prämisse unterschiedlicher Bindung aufbaut.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 893, 946 m.w.N.

<sup>86</sup> "No person shall ... be deprived of life, liberty or property, without due process of the law...".

ist der Bund klar erfaßt. Komplizierter ist die Erstreckung dagegen im Fall der "equal protection clause". Weil sich eine entsprechende Norm sonst nirgends in der Verfassung findet, hat der Supreme Court die Gleichheitsgarantie mit in diejenige Version der "due process clause" des Amendment V hineingelesen, die für den Bund gilt.<sup>87</sup> Fraglos eine gewagte Konstruktion, aber diese Verrenkungen machen um so deutlicher, daß im Grundsatz auch der Supreme Court bisher anerkannt hat, daß Amendment XIV nur die Gliedstaaten bindet.

Danach war es also auch nach der neuen Herleitung in *Saenz* keineswegs selbstverständlich, daß der Bund den gleichen Beschränkungen wie die Gliedstaaten unterzogen werden würde. Dennoch hat der Supreme Court dies in *Saenz* ausdrücklich getan, ohne die Frage der Reichweite von Amendment XIV zu problematisieren.<sup>88</sup> Man wird deswegen abwarten müssen, wie die Entscheidung künftig gedeutet werden wird – ob als bloß punktuelle Ausweitung der Geltung von Amendment XIV oder als grundlegende Wende im Verständnis dieser Norm.

Damit ist bereits die Frage nach den Wirkungen angesprochen, welche die Entscheidung in *Saenz* für die amerikanische Grundrechtsdogmatik haben könnte.

## 2. Mögliche Fernwirkungen für die Grundrechtsdogmatik

Nicht nur wegen der praktischen Relevanz der entschiedenen Frage, auch wegen der dogmatischen Neuerungen ist *Saenz* eine wichtige Entscheidung. Dabei dürfte zuvor behandelte Frage nach der Bindungswirkung von Amendment XIV für den Bund noch von eher geringer, weil weitgehend theoretischer, Bedeutung sein. Folgenreicher dagegen könnte die neue Verankerung der Freizügigkeit in den "Einleitungsworten" dieser Norm sein.

### a) Der ungewöhnliche Sprachgebrauch des Supreme Court in *Saenz*

Zunächst sticht die ungewöhnliche Bezeichnung ins Auge. Denn üblicherweise nennt man den ersten Satz des ersten Abschnittes dieses Ergänzungsartikels der US-Verfassung "citizenship clause".<sup>89</sup> Dort ist zum einen bestimmt, wer Bürger der Vereinigten Staaten ist. Zum anderen regelt diese Norm, daß US-Bürger zusätzlich Bürger des Gliedstaates sind, in dem sie wohnen. Ein Bezug zur Freizügigkeit ist jedenfalls auf den ersten Blick nicht ersichtlich.

<sup>87</sup> Die Grundlage dieser Erstreckung der "equal protection clause" auf den Bund findet sich bereits in der Entscheidung des Supreme Court in *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S.497, 499, aus dem Jahr 1954. Explizit hierzu nochmals *Buckley v. Valeo*, 424 U.S.1, 93, aus dem Jahr 1976.

<sup>88</sup> Vielmehr beließ es die Mehrheit der Richter bei der bloßen Feststellung, daß der Bund die Gliedstaaten nicht autorisieren könne, gegen Amendment XIV zu verstoßen – hierfür bezieht sich die Mehrheit auf ein *obiter dictum* aus der *Shapiro*-Entscheidung –, und daß der Bund überdies auch selbst durch die "citizenship clause" gebunden sei; vgl. 119 S.Ct. 1518, 1528f. Begründet werden diese – keineswegs unbestrittenen – Rechtsauffassungen nicht.

<sup>89</sup> "All persons born or naturalized in the United States ... are citizens of the United States and of the State wherein they reside."

Aber das Gericht meint mit "Einleitungsworten" auch nicht nur diesen ersten Satz, sondern auch noch den ersten Teil des zweiten Satzes<sup>90</sup>, der gemeinhin als "privileges or immunities clause"<sup>91</sup> bezeichnet wird. Dort ist den Gliedstaaten untersagt, die "privileges or immunities" der Bürger der Vereinigten Staaten zu beschränken. Bei dieser Norm ist der mögliche Zusammenhang mit der Freizügigkeit schon eher zu erkennen. Schließlich würde es der Wortlaut ohne weiteres erlauben, die Freizügigkeit zu den dort in allgemeiner Form verbürgten "Rechten" der US-Bürger zu zählen.

Warum aber zitiert das Gericht beide Normen zusammen? Nun ist zunächst einzuschränken, daß die Urteilsgründe diese ungewöhnliche Zitierweise nicht konsequent beibehalten. Nur zu Anfang werden die beiden Regelungen gemeinsam genannt. Im weiteren Verlauf dagegen stützt sich das Gericht zunächst allein auf die "privileges or immunities clause"<sup>92</sup>, später mehrfach auf die "citizenship clause".<sup>93</sup> Um das zu ergründen, muß zunächst der Hintergrund dieser Bestimmungen näher ausgeleuchtet werden.

#### b) Die Tücken der "privileges or immunities clause"

Warum hat sich der Supreme Court trotz des einladenden Wortlauts der "privileges or immunities clause" nicht dazu entschlossen, die Freizügigkeit allein auf diese Norm zu stützen? Der Grund dafür liegt in einer Entscheidung, die noch aus dem neunzehnten Jahrhundert stammt.

##### aa) Zum Hintergrund: Die *Slaughter-House*-Entscheidung

Die Entscheidung in den sog. *Slaughter-House-Cases*<sup>94</sup> erging kurz nach Erlaß des Amendment XIV. Der Gliedstaat Louisiana hatte ein Monopol auf das Betreiben von Schlachthöfen gewährt und zugleich bestimmt, daß Metzger diese Einrichtungen gegen gesetzlich bestimmte Gebühren nutzen durften. Die klagenden Metzger sahen sich dadurch in ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit beeinträchtigt, die sie unter anderem durch die besagte "privileges or immunities clause" garantiert glaubten.

Eine explizite Verbürgung der geltend gemachten Freiheit fand sich bis dahin nirgends in der Verfassung. Die zentrale Frage für den Supreme Court war also, ob die bereits bestehenden Garantien materieller Freiheitsrechte mit dem Erlaß

<sup>90</sup> Das wird daraus deutlich, daß der Supreme Court im Zusammenhang mit der Bezeichnung "opening words" beide Normen zusammen wörtlich zitiert, vgl. 119 S.Ct. 1518, 1526.

<sup>91</sup> "No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ...".

<sup>92</sup> 119 S.Ct. 1518, 1526: "... it has always been common ground that this clause (gemeint ist die "privileges or immunities clause" – der Verf.) protects the third component of the right to travel."

<sup>93</sup> 119 S.Ct. 1518, 1528.

<sup>94</sup> 83 U.S.36 aus dem Jahr 1873.

des Amendment XIV – inklusive der sehr allgemein gehaltenen “privileges or immunities clause” – ausgeweitet worden waren.

Die Entstehungsgeschichte dieser Norm sprach dafür, und immerhin eine Minderheit von vier Supreme-Court-Richtern bejahte diese Frage.<sup>95</sup> Aber letztlich überwog die Gegenseite, die sich von der Befürchtung leiten ließ, daß eine solche Auslegung die bisherige föderale Ordnung in ihren Grundfesten erschüttern würde.<sup>96</sup> Nicht nur drohe der Supreme Court auf diesem Wege zum “ewigen Zensor aller gliedstaatlichen Gesetzgebung”<sup>97</sup> zu werden, auch der Bundesgesetzgeber würde die Gliedstaaten in Bereichen kontrollieren können, die bislang allein deren Kompetenz zugeordnet gewesen seien. Letztere Befürchtung gründete sich auf eine Bestimmung in section 5 von Amendment XIV. Dort ist dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz gewährt, die geeigneten Regelungen zur Durchsetzung der materiellen Verbürgungen dieser Vorschrift zu erlassen.

Unbegründet waren diese Sorgen der Mehrheit nicht. Denn offensichtlich war die neue Verfassungsnorm außerordentlich inkonkret gefaßt und deswegen potentiell weit. Das wurde auch in den abweichenden Voten anerkannt.<sup>98</sup> Die Mehrheit der Richter wählte deswegen eine erklärtermaßen restriktive<sup>99</sup> Auslegung der neuen Bestimmung. In der “privileges or immunities clause” sei lediglich von den Rechten der Bürger der Vereinigten Staaten die Rede – ganz im Gegensatz zum vorangegangenen Satz, der nicht nur vom nationalen, sondern auch vom gliedstaatlichen Bürgerstatus handle.<sup>100</sup> Es sei deswegen von zwei getrennten Sphären von Bürgerrechten auszugehen, auf der einen Seite jene Rechte, die einem als Bürger eines Gliedstaats zustanden, und auf der anderen jene, die aus dem nationalen Bürgerrecht folgten. Zur gliedstaatlichen Sphäre sollten alle Rechte gehören, die traditionell der Regelung durch die Gliedstaaten unterlagen. Danach blieben für das nationale Bürgerrecht nur solche Rechte übrig, die ihre “Existenz dem Bund (...), seiner Gesetzgebung oder Verfassung verdankten”.<sup>101</sup>

bb) Implikationen für die “privileges or immunities clause”

Auch wenn niemals abschließend aufgezählt worden ist, welche Rechte dies sein sollten, so galt die “privileges or immunities clause” doch nach dieser Entschei-

<sup>95</sup> Vgl. für die abweichenden Voten 83 U.S.36, 83 ff.

<sup>96</sup> 83 U.S.36, 78: “... these consequences are so great a departure from the structure and spirit of our institutions”.

<sup>97</sup> 83 U.S.36, 78: “such a construction ... would constitute this court a perpetual censor upon all legislation of the states ... with the authority to nullify such as it did not approve”.

<sup>98</sup> So Justice Swayne in seinem abweichenden Votum 83 U.S.36, 129: “It is objected that the power conferred is novel and large. The answer is that the novelty was known and the measure deliberately adopted.”

<sup>99</sup> 83 U.S.36, 78: “... the argument ... (from consequences) ... has a force that is irresistible, in the absence of language ... (too clear) ... to admit of any doubt ...”.

<sup>100</sup> 83 U.S.36, 74.

<sup>101</sup> Wörtlich heißt es, die gemeinten Rechte verdankten “... their existence to the Federal government, its National character, its Constitution, or its laws”, 83 U.S.36, 79.

derung nach allgemeiner Ansicht als ausgehöhlt.<sup>102</sup> Alle Rechte, die ihr zugeordnet werden konnten, mußten *per definitionem* bereits an anderer Stelle im Bundesrecht verbürgt oder anerkannt sein. Nicht einmal um den Vorrang solcher bundesrechtlicher Verbürgungen gegenüber kollidierenden Normen der Gliedstaaten festzuschreiben, bedurfte es der "privileges or immunities clause". Denn auch diesen Vorrang des Bundesrechts bestimmt die US-Verfassung an anderer Stelle ausdrücklich.<sup>103</sup>

So verwundert es nicht, wenn diese Norm in der Rechtsprechung seither praktisch bedeutungslos gewesen ist. In den knapp hundertdreißig Jahren, die seit der *Slaughter-House*-Entscheidung vergangen sind, hat der Supreme Court nur ein einziges Mal ein Gesetz wegen Verstoßes gegen diese Norm verworfen.<sup>104</sup> Und auch diese Rechtsprechung revidierte er nur wenige Jahre später ausdrücklich.<sup>105</sup>

Demnach hatte die "privileges or immunities clause" also allenfalls deklaratorische Bedeutung, und zwar als textlicher Anker zuvor bereits anerkannter, aber ungeschriebener Rechte – wie insbesondere der Freizügigkeit. So dienten einzelne Facetten der Freizügigkeit schon in *Slaughter-House* dem Supreme Court als Beispiele für Rechte, die auch nach der engen Auslegung noch in der "privileges or immunities clause" verankert seien. Ausdrücklich genannt werden insbesondere die Ein- und Ausreisefreiheit in fremden Gliedstaaten<sup>106</sup> sowie das Recht, Bürger eines anderen Gliedstaats zu werden.<sup>107</sup> Wohlgemerkt: Die Quelle dieser Rechte sollte die "privileges or immunities clause" auch in diesen Fällen nicht sein, nur ein Ort ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung. Denn die Ein- und Ausreise-

<sup>102</sup> So Zubler (Anm. 32), 893, 917; in deutscher Sprache auch Brugger (Anm. 10), 45 ff.; vgl. so auch noch Tribe (Anm. 79), 2. Aufl. 1988, 556: "The *Slaughter-House* definition of national rights renders the fourteenth amendment's 'privileges or immunities clause' technically superfluous" (Anm. des Verf.: Kurz nach der Entscheidung in *Saenz* ist der erste Band der 3. Aufl. von Tribe [Anm. 79], *American Constitutional Law*, erschienen. Im folgenden wird die Neuauflage zitiert, soweit sie die jeweiligen Fragen bereits behandelt und soweit es nicht gerade darum geht, die Perspektive vor der Entscheidung in *Saenz* darzustellen.)

<sup>103</sup> Nämlich in der sog. "supremacy clause" des Article VI section 2.

<sup>104</sup> *Colgate v. Harvey*, 296 U.S. 404 aus dem Jahr 1935.

<sup>105</sup> *Madden v. Kentucky*, 309 U.S. 83 aus dem Jahr 1940. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung in *California v. Edwards*, 314 U.S. 160 aus dem Jahr 1941. Dort ging es um die Zulässigkeit einer kalifornischen Norm, die es unter Strafe stellte, Fürsorgebedürftigen bei der Einreise nach Kalifornien zu helfen. Der Supreme Court verwarf diese Norm einstimmig als unzulässige Beschränkung des "right to travel". Hinsichtlich der verfassungstextlichen Verankerung dieses Rechts war das Gericht gespalten. Die Mehrheit sah dessen Grundlage in der "commerce clause" (vgl. dazu bereits oben Anm. 82). Dagegen wollte eine Minderheit von immerhin vier Richtern das Ergebnis auf die "privileges or immunities clause" stützen (314 U.S. 160, 178 Justice Douglas, mit Zustimmung von Justices Black und Murphy; ebenso Justice Jackson, 314 U.S. 160, 183). Aber selbst wenn man heute den Minderheitsvoten aus *Edwards* den Vorzug gäbe, so wäre damit noch keine Lösung für die Konstellationen von *Shapiro* bis *Saenz* gefunden. Denn in *Edwards* ging es nicht um die rechtliche Gleichstellung der Zuwanderer mit den Ansässigen, sondern nur um den physischen Zugang nach Kalifornien. Und das Recht auf physischen Zugang war von Anfang an zu den Rechten gezählt worden, welche die "privileges or immunities clause" – deklaratorisch – absichert. Näher dazu sogleich.

<sup>106</sup> 83 U.S. 36, 79.

<sup>107</sup> 83 U.S. 36, 80.

freiheit war bereits zuvor als "konkludent von der Verfassung garantiertes"<sup>108</sup> Recht anerkannt worden. Und auch das Recht, Bürger eines anderen Gliedstaates zu werden, indem man seinen Wohnsitz dort begründete, sollte offenbar nicht der "privileges or immunities clause" selbst entspringen, sondern lediglich "demselben Artikel", also der "citizenship clause".<sup>109</sup>

c) *Der Umweg über die "citizenship clause"*

Wollte der Supreme Court seiner bisherigen Rechtsprechung treu bleiben, konnte er seine Entscheidung in *Saenz* nicht allein auf die "privileges or immunities clause" stützen. Daß er auch die "citizenship clause" in seine Lösung einbezog, war deswegen keine Überraschung – um so weniger, als es in seiner bisherigen Rechtsprechung auch schon Anknüpfungspunkte hierfür gegeben hatte. So war der Gedanke, daß die "citizenship clause" eine Differenzierung nach der Dauer der Ansässigkeit verbieten könnte, bereits in *Zobel* formuliert worden, wenn auch zunächst nur in einem zustimmenden Votum.<sup>110</sup> Wenig später war diese Auffassung dann in *Hooper* sogar von einer Mehrheit der Richter getragen worden.<sup>111</sup> Aber schon in *Soto-Lopez*, der nächsten einschlägigen Entscheidung, fand sich kein Hinweis mehr auf diese Herleitung des Differenzierungsverbots, obwohl der Sachverhalt durchaus Gelegenheit dazu geboten hätte.

Der Grund ist wohl, daß der Umweg über die "citizenship clause" schon damals nicht überzeugen konnte. Denn selbst wenn man akzeptierte, daß aus dem Bürger-Status ein Recht auf Gleichbehandlung folgt, so ist damit noch nicht erklärt, warum eine Differenzierung nach der Ansässigkeitsdauer kategorisch verboten sein sollte. Andere Differenzierungen zwischen seinen Bürgern darf und muß der Staat schließlich tagtäglich treffen, und das Gleichbehandlungsgebot verlangt hier nur, daß sie sachlich zu rechtfertigen sind. Es bleibt also die Frage, warum die Aufenthaltsdauer ein generell unzulässiges Kriterium sein sollte – ganz abgesehen davon, daß diese Lösung die "citizenship clause" mit Inhalten befrachtet, die in der "privileges or immunities clause" zwanglos hätten untergebracht werden können.

<sup>108</sup> 83 U.S.36, 79: "protected by implied guarantees of this great country's Constitution".

<sup>109</sup> 83 U.S.36, 80: "One of these privileges is conferred by the very article under consideration ..."; der Gebrauch von "article" anstatt "clause" läßt klar darauf schließen, daß nicht die "privileges or immunities clause" selbst die Quelle des Rechts sein sollte; auch Zubler deutet diese Passage als Hinweis auf die "citizenship clause", vgl. Zubler (Anm. 32), 893, 923.

<sup>110</sup> 457 U.S.55, 69; immerhin vier Richter trugen damals dieses von Justice Brennan verfaßte Votum.

<sup>111</sup> Allerdings fand sich diese Bekräftigung des Brennan'schen Votums aus *Zobel* bloß in einer Fußnote; vgl. 472 U.S.612, 623 (dortige Anm. 14).

## d) "Einleitungsworte"?

Es war demnach kein leichtes Unterfangen, in Amendment XIV eine solide neue Grundlage für die *Shapiro*-Rechtsprechung zu finden. Einstweilen hat sich der Supreme Court aus der Affäre gezogen, indem er eine Festlegung auf eines der beiden "Einleitungsworte" vermieden hat. Auf lange Sicht dürfte er aber nicht umhin kommen, sich für eine der beiden Alternativen zu entscheiden.

aa) Wiederbelebung der "privileges or immunities clause"?<sup>112</sup>

Sollte die "privileges or immunities clause" den Vorzug erhalten, so müsste *Slaughter-House* aufgegeben werden. Das wäre ein Paukenschlag. Denn nach knapp hundertdreißig Jahren ist diese Entscheidung längst zu verfassungsrechtlichem Urgestein geworden, dessen Bestand – jedenfalls vor *Saenz* – kaum mehr in Frage gestellt wurde.<sup>113</sup>

Dabei war die *Slaughter-House*-Entscheidung seit jeher umstritten. Und jedenfalls im Rückblick erscheint sie in der Tat unglücklich – ungeachtet der noch heute diskutierten Frage, ob sie ursprünglich auf einer Fehlinterpretation beruhte.<sup>114</sup> Denn der erklärte Zweck der restriktiven Auslegung, also der Schutz der Gliedstaaten vor einer durch den Gesetzeswortlaut kaum begrenzten Kontrolle, wurde bald danach ohnehin vereitelt. Nicht die "privileges or immunities clause", sondern die im nächsten Halbsatz des Amendment XIV folgende "due process clause" wurde zur nicht minder unbestimmten Grundlage für eine Rechtsprechung, welche die gliedstaatliche Gesetzgebung in den Jahrzehnten danach einer rigiden materiellen Kontrolle unterzog.<sup>115</sup> Insofern hat die *Slaughter-House*-Entscheidung die Kontroverse um Existenz und Reichweite ungeschriebener materieller Garantien in der US-Verfassung nicht beendet, sondern nur umgelenkt.

Das zeigt zugleich, welche Sprengkraft in einer "Wiederbelebung" der "privileges or immunities clause" stecken würde. Alle Diskussionen um den materiellen Schutzgehalt der "due process clause" wären obsolet. Mit einem Federstrich des

<sup>112</sup> Die folgenden Ausführungen beschränken sich darauf, die möglichen Interpretationen der Entscheidung in *Saenz* aufzuzeigen. Für eine ausführliche Diskussion der "Fürs" und "Widers" einer Wiederbelebung der "privileges or immunities clause", vgl. Tribe (Anm. 79), Bd. I, 3. Aufl. 2000, 1326 ff.

<sup>113</sup> Trotz aller Kritik an *Slaughter-House* kam etwa Zubler (Anm. 32), 893, 917, noch kurz vor *Saenz* zu folgendem Ergebnis: "Overruling *Slaughter-House* and resurrecting this dead clause at this late date seems far-fetched ...". Eine Ausnahme war Tribe (Anm. 79), 2. Aufl. 1988, 558, der (vorsichtig!) die Hoffnung artikulierte "... that courts and lawyers, growing weary of the heavily encumbered and often sputtering vehicles of due process and equal protection, might yet turn to the still shadowy 'privileges or immunities clause' not only for a rhetorical lift ..., but for a fresh source of distinctly personal rights." In Tribe (Anm. 79), Bd. I, 3. Aufl. 2000, 1331, findet sich dieselbe Hoffnung nochmals, inzwischen bestärkt durch die Entscheidung in *Saenz*.

<sup>114</sup> Tribe (Anm. 79), Bd. I, 3. Aufl. 2000, 1320, beklagt: "a century's use of a flawed doctrine".

<sup>115</sup> Darstellend zum historischen Zusammenhang des Verständnisses der "due process clause" einerseits und der "privileges or immunities clause" andererseits Tribe (Anm. 79), Bd. I, 3. Aufl. 2000, 1312 ff.

Supreme Court würden Bände seiner (changierenden)<sup>116</sup> Rechtsprechung zu dieser Frage Makulatur. Denn was bisher in der “due process clause” nicht gefunden wurde, könnte künftig in der “privileges or immunities clause” gesucht werden. Ob man es dort auch fände, wäre allerdings völlig offen – denn der Wortlaut hilft nicht weiter, und Präzedenzfälle gibt es zu dieser bislang scheinbaren Norm naturgemäß nicht.

bb) Der “sichere” Weg über die “citizenship clause”?

Vor diesem Hintergrund könnte man es für wahrscheinlicher halten, daß sich der Supreme Court letztlich für die – im Wortsinne: – konservativere Alternative entscheiden werde, also für die “citizenship clause”. Nur fragt sich, ob das tatsächlich mit weniger Erschütterungen für die etablierte Grundrechtsdogmatik verbunden wäre. Denn diese Norm ist zwar, anders als die “privileges or immunities clause”, bislang nicht mit grundrechtlichen Konnotationen aufgeladen – aber eben nur, weil bisher kein Anlaß dazu bestand. Das könnte sich jedoch sofort ändern, wenn die “citizenship clause” künftig zum Trampelpfad werden sollte, auf dem an *Slaughter-House* vorbei die unterdrückten Inhalte der “privileges or immunities clause” wieder Einzug in die Verfassung halten. Denn nichts im Wortlaut der “citizenship clause” deutet eine Begrenzung ihrer Reichweite an. Und wenn sich ein Recht Zugezogener auf Gleichbehandlung hinsichtlich nicht mitnehmbarer staatlicher Leistungen in dieser Vorschrift unterbringen läßt, warum dann nicht auch ein “right to die”, ein “right to marry” oder all die anderen ungeschriebenen Rechte<sup>117</sup>, die man bislang in der “due process clause” zu finden suchte?

e) *Ausblick*

Noch verschleiert der unklare Sprachgebrauch des Supreme Court, wohin genau die dogmatische Neuorientierung aus *Saenz* führen wird. Aber es zeichnet sich ab, daß die Entscheidung eine fundamentale Veränderung der geltenden Grundrechtsdogmatik bringen kann. Man darf deswegen gespannt sein, ob der Supreme Court den in *Saenz* eingeschlagenen Weg weiter verfolgen wird – vor allem aber, ob er die Geister, die er rief, wird in Schach halten können.

<sup>116</sup> Für einen Überblick über die unterschiedlichen Epochen, welche die Rechtsprechung zum materiellen Gehalt der “due process clause” (“substantive due process”) im 20. Jh. durchlaufen hat, vgl. Tribe (Anm. 79), Bd. I, 3. Aufl. 2000, 1332 ff.

<sup>117</sup> Zur Vielzahl ungeschriebener materieller Freiheitsgarantien, die in der Rechtsprechung des Supreme Court anerkannt sind, vgl. Tribe (Anm. 79), 2. Aufl. 1988, 1302 ff.; für eine kritische Auseinandersetzung mit der sog. “substantive due process”-Rechtsprechung in deutscher Sprache vgl. Brugger (Anm. 10), 133 ff.



#### IV. *Bad Law*?

“Hard cases”, so sagt man in den USA, “make bad law”. Auf den ersten Blick könnte man zweifeln, ob *Saenz v. Roe* diese Regel bestätigt. Denn sowohl die tatsächlichen Konsequenzen dieser Entscheidung für das Fürsorgewesen als auch ihre möglichen dogmatischen Fernwirkungen entziehen sich einer eindeutigen Bewertung. Allerdings wird das bei anderen “hard cases” nicht anders sein.

Klarer wäre die Lage, wenn es hieße: “Hard cases make new law”. Denn das bestätigen *Saenz* und all seine Vorläufer seit *Shapiro* allemal. Nicht nur im Ergebnis, auch in der Herleitung waren diese Entscheidungen stets für Überraschungen gut. Das jedoch ist – ungeachtet des materiellen Gehalts der einzelnen Urteile – nicht gerade ein Lob für die Rechtsprechung. Und zumindest in diesem Sinne gilt: New law is bad law.

#### Summary<sup>118</sup>

### Do Hard Cases Make Bad Law?

#### The Decision of the U.S. Supreme Court in the Case of *Saenz v. Roe*

In May 1999, the U.S. Supreme Court handed down its decision in *Saenz v. Roe*. The issue was whether California was constitutionally permitted to grant higher welfare benefits to its established residents than to the newly arrived. The challenged statute limited the amount payable to a family which had resided in the state for less than a year to the amount payable by the state of the family’s prior residence.

The Supreme Court had reviewed similar statutes on several occasions within the last thirty years. The starting point was its landmark decision in *Shapiro v. Thompson*, decided in 1969. There, the Court held that it is unconstitutional for a state to deny its welfare benefits to new residents within the first twelve months of their residence. The unequal treatment of the newly arrived was viewed as a “penalty” upon the exercise of their constitutional right to travel. Accordingly, the statute was subject to strict scrutiny under the equal protection clause, and as the state failed to show a compelling reason for the discriminatory treatment, the statute could not be upheld.

Although *Shapiro* has never been overruled, the subsequent case law cast some doubt on its validity. The first few follow-up decisions, however, served to consolidate and refine the *Shapiro* principles. The “penalty analysis” was applied to other types of state benefits such as state-financed cash assistance (*Pease v. Hansen*) and non-emergency health care (*Memorial Hospital v. Maricopa County*).

The first case in which the Supreme Court declined to follow *Shapiro* was *Vlandis v. Kline*, decided in 1973. The dispute was about a scheme that prescribed higher tuition fees

<sup>118</sup> Summary by the author.

at state universities for students who had not resided in the state prior to their studies. In an *obiter dictum*, the Court declared that a state could legitimately ensure that its services are consumed primarily by its own residents, and further that it could, for that purpose, enact rules which require out-of-state students to meet a stricter residence test.

Some further cases followed in which the Court departed from the *Shapiro* line, the most important being *Zobel v. Williams*, decided in 1982. Striking down a state statute which discriminated against new state residents, the Supreme Court explicitly avoided applying the “penalty analysis” established in *Shapiro*. Instead, it chose the more deferential standard of review, known as “low scrutiny”, under the equal protection clause. Only a few years later, however, the Court’s majority abandoned this new line of reasoning and returned to *Shapiro* (in *Attorney General of New York v. Soto-Lopez*, decided in 1986).

In the early nineties, the states gained federal support for their attempts to make welfare benefits dependent upon durational residence requirements. To avoid open conflict with *Shapiro*, most states chose not to deny their benefits to new residents completely, but only to limit them, usually to the amount they had received in their state of origin. As part of the 1996 welfare reform, Congress explicitly authorized the states to enact this type of durational requirement with respect to a certain family benefit which was federally subsidized (under the so-called “Temporary Aid for Needy Families” – TANF – Program).

This was the setting for the Supreme Court’s recent decision in *Saenz*. Apart from the new challenge to the *Shapiro* decision, the new questions presented were, first, whether it was permissible for the states to withhold at least partially welfare benefits to newly arrived residents, and secondly, whether congressional authorization could render the state statute constitutional. In affirming *Shapiro*, the Supreme Court answered both questions in the negative and struck down the Californian statute.

This result is likely to be controversial. For recent empirical studies have shown that the states tend to keep their overall welfare benefits on a relatively low level in order to deter needy migrants from other states. The norm voided in *Saenz* could have helped reduce this tendency, and proponents of more generous welfare benefits will consider *Saenz* a political mistake.

As the Supreme Court based its decision on a new textual source, *Saenz* is remarkable also from a doctrinal perspective. Instead of applying the equal protection clause, the Court based its reasoning on the “opening words” of Amendment XIV. By this unusual expression, the Court refers to both the “citizenship clause” and the “privileges or immunities clause”. It remains to be seen which of these alternatives the Court will ultimately prefer. Yet, it is clear already that the new reasoning bears the potential of unsettling the Court’s entire jurisprudence on the implied guarantees of individual rights within the Constitution.

Up to now, such guarantees were upheld under the “due process clause”, disputed though this construction had always been. The Court’s reasoning in *Saenz* could open the door for a relocation of these guarantees – and thus for a reassessment of their scope. This would plainly be the case if the Court were to base its analysis on the “privileges or immunities clause”, thereby overruling its nineteenth-century decision in *Slaughter-House* which had rendered this clause technically superfluous. However, if the Supreme Court decided to base the new approach on the “citizenship clause”, it is possible that attempts would ensue also to make this clause a new source of individual rights.

Finally, it is noteworthy that despite the new textual source, the Court held that congressional consent was immaterial for the unconstitutionality of the challenged state statute. Before *Saenz*, Amendment XIV was principally understood as binding only the states, not the federal legislature. However, as the Court did not address this issue in *Saenz*, it is still unclear which consequences will follow from the new approach.

