

07. April 2008

Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 08.04.2008 zum
Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (Dienstrechtsneuordnungsgesetz – DNeuG) – BT-DRs. 16/7076

Manfred Bruns
Sprecher des LSVD
Bundesanwalt beim
Bundesgerichtshof a.D.

Treiberstrasse 31
70619 Stuttgart
Tel.: 0711 478 09 88
Fax: 0711 478 08 99
Email:
Bruns-Stuttgart@web.de

Ergänzende Stellungnahme des „Lesben- und Schwulenverbandes in Deutschland“

Der Sachverständige Prof. Dr. Ziekow hat in seiner schriftlichen Stellungnahme vom heutigen Tag die Auffassung vertreten, dass das Urteil des EuGH vom 01.04.2008 in der Vorlegungssache Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen - C-267/06 - nicht dazu zwingt, verpartnerte Beamte, Richter und Soldaten beim Familienzuschlag, bei der Beihilfe sowie beim Sterbegeld und der Hinterbliebenenpension mit ihren verheirateten Kollegen gleichzustellen.¹

1. Einordnung der beamtenrechtlichen Leistungen als „Arbeitsentgelt“ i.S.d. RL 2000/78/EG

Herr Prof. Ziekow bezweifelt, ob nach dem Urteil des EuGH in der Sache Maruko daran festgehalten werden könne, dass der von der Richtlinie verwendete Begriff „Arbeitsentgelt“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 141 EGV ausgelegt werden könne. Dazu verweisen wir auf den Erwägungsgrund 13 der Richtlinie. Er lautet:

„Diese Richtlinie findet weder Anwendung auf die Sozialversicherungs- und Sozialschutzsysteme, deren Leistungen nicht einem Arbeitsentgelt in dem Sinne gleichgestellt werden, der diesem Begriff für die Anwendung des Artikels 141 des EG-Vertrags gegeben wurde, noch auf Vergütungen jeder Art seitens des Staates, die den Zugang zu einer Beschäftigung oder die Aufrechterhaltung eines Beschäftigungsverhältnisses zum Ziel haben.“

Aus diesem Erwägungsgrund ergibt sich eindeutig, dass der Rat und das EU-Parlament den Begriff „Arbeitsentgelt“ in der Richtlinie in demselben verstanden haben, wie ihn der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 141 EGV ausgelegt hat.

Dass die Beamtenbesoldung unter den Begriff „Arbeitsentgelt“ fällt, hat der EuGH im Urteil Maruko wie folgt dargelegt (Rn 46):

„Außerdem hat der Gerichtshof hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob ein Ruhegehalt, auf dessen Grundlage sich gegebenenfalls wie im Ausgangsverfahren die Hinterbliebenenversorgung errechnet, in den Anwendungsbereich von

Bundesgeschäftsstelle

Hausadresse:
Pipinstrasse 7
50667 Köln

Postadresse
Postfach 103414
50474 Köln

Tel.: 0221 9259610
Fax: 0221 92595111
Email: lsvd@lsvd.de

Internet:
<http://www.lsvd.de>

Bank für Sozialwirtschaft
BLZ 370 20 500
Kto. 708 68 00

Mildtätiger Verein
Spenden sind
steuerabzugsfähig

Offizieller Beraterstatus im
Wirtschafts- und
Sozialausschuss der
Vereinten Nationen

Mitglied im Deutschen
Paritätischen
Wohlfahrtsverband
(DPWV)

Mitglied der International
Lesbian and Gay
Association ILGA

¹ Seite 20 ff. der schriftlichen Stellungnahme von Prof. Dr. Ziekow

Art. 141 EG fällt, klarge stellt, dass von den Kriterien, die er je nach Maßgabe der ihm vorgelegten Sachverhalte zur Qualifizierung eines Rentensystems aufgestellt hat, nur das Kriterium, dass das Ruhegehalt dem Arbeitnehmer aufgrund seines Dienstverhältnisses mit seinem früheren Arbeitgeber gezahlt wird, d. h. das aus dem Wortlaut dieses Artikels selbst abgeleitete Kriterium der Beschäftigung, entscheidend sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteile Beune, Randnr. 43, Evrenopoulos, Randnr. 19, vom 29. November 2001, Griesmar, C- 366/99, Slg. 2001, I- 9383, Randnr. 28, vom 12. September 2002, Niemi, C- 351/00, Slg. 2002, I- 7007, Randnrn. 44 und 45, sowie vom 23. Oktober 2003, Schönheit und Becker, C- 4/02 und C- 5/02, Slg. 2003, I- 12575, Randnr. 56).“

Zur Frage, ob die Beihilfe als „Arbeitsentgelt“ anzusehen ist, verweisen wir auf unsere Ausführungen unter Ziffer 2.1. unserer Stellungnahme vom 01.04.2008 (S. 2 f.).

2. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.11.2007

Herr Prof. Dr. Ziekow bezweifelt, ob sich verpartnerte Beamte hinsichtlich des streitigen Arbeitsentgelts **in einer Lage befinden, die mit der ihrer verheirateten Kollegen vergleichbar ist** und beruft sich dafür auf das zweite Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Familienzuschlag der Stufe 1 vom 15.11.2007. Das Gericht hat dort geschrieben:²

„Ob Vergleichbarkeit in diesem Sinne besteht, entscheidet das nationale Gericht nach nationalem Recht. Die Europäische Gemeinschaft besitzt für Regelungen, die an den Familienstand anknüpfen, keine Zuständigkeit (vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts a.a.O. Rn. 100).“

Sodann hat es ausführlich dargelegt, in welchen Punkten sich die Eingetragene Lebenspartnerschaft noch von der Ehe unterscheidet und dass deshalb beide Rechtsinstitute nicht vergleichbar seien. Diese Argumentation läuft daraus hinaus, dass verpartnerte Beamte den Familienzuschlag der Stufe 1 nicht beanspruchen können, weil sie auch noch in anderen Bereichen diskriminiert werden. Das ist der falsche Ansatz. Entscheidend ist nicht die generelle Vergleichbarkeit von Ehe und Lebenspartnerschaft, sondern die vergleichbare Lage von Ehegatten und Lebenspartner im Hinblick auf die Funktion des streitigen „Arbeitsentgelts“. So hat das auch der EuGH im Urteil Maruko formuliert. Er schreibt unter Rn. 73 seines Urteils:

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auf die dritte Frage zu antworten ist, dass Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2000/78 einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren entgegensteht, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhält, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die **in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist**. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob sich ein überlebender Lebenspartner in einer Situation befindet, die mit der eines Ehegatten, der die Hinterbliebenenversorgung aus dem berufsständischen Versorgungssystem der VdB erhält, vergleichbar ist (Hervorhebung von uns).

Davon abgesehen weisen die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zu den Unterschieden zwischen Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft handwerkliche Mängel auf, die für ein Gericht dieses Ranges ungewöhnlich sind. Die vom Bundesverwaltungsgericht behaupteten Unterschiede bestehen tatsächlich nicht oder sind für die Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 ohne Bedeutung.

² BVerwG, Urt. v. 15.11.2007 – 2 C 33.06, Rn. 23, NJW 2008, 868.

Das Bundesverwaltungsgericht schreibt unter Rn. 25 seines Urteils:

„Im Familienrecht besteht für die Partner in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft weder die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Haushaltsführung durch einen Lebenspartner, wie sie in § 1356 Abs. 1 Satz 2 BGB für Ehepartner vorgesehen ist, noch haben die Lebenspartner bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf die Belange des anderen Lebenspartners in der für Ehepartner in § 1356 Abs. 2 Satz 2 BGB vorgeschriebenen Weise Rücksicht zu nehmen.“

Dazu bist Folgendes zu bemerken: Die Tatsache, dass in § 2 LPartG nicht auf § 1356 BGB Bezug genommen worden ist, bedeutet nicht, dass in einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht "die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Haushaltsführung durch einen Lebenspartner" besteht, "wie sie in § 1356 Abs. 1 Satz 2 BGB für Ehepartner vorgesehen ist". § 1356 Abs. 1 BGB bestimmt: "Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, so leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung." Genauso dasselbe können auch Lebenspartner vereinbaren.

Noch abwegiger ist der Satz: "..... noch haben die Lebenspartner bei der Wahl und Auswahl einer Erwerbstätigkeit auf die Belange des anderen Lebenspartners in der für Ehepartner in § 1356 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen Weise Rücksicht zu nehmen." Genau das Gegenteil ergibt sich aus § 2 LPartG: "Die Lebenspartner sind einander zu Fürsorge und Unterstützung sowie zur gemeinsamen Lebensgestaltung verpflichtet. Sie tragen füreinander Verantwortung."

Außerdem nimmt § 5 LPartG ausdrücklich auf § 1360 Satz 2 BGB Bezug, der bestimmt: "Ist einem Ehegatten die Haushaltsführung überlassen, so erfüllt er seine Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushalts." Kemper³ folgert mit Recht, dass sich daraus für Lebenspartner dieselben möglichen Partnerschaftsmodelle ergeben wie für Eheleute.

Unter Rn. 26 schreibt das Bundesverwaltungsgericht:

„Der Unterhaltsanspruch eines Lebenspartners für die Zeit nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft ist abweichend vom nachehelichen Unterhaltsanspruch geregelt. Gemäß § 16 Abs. 2 LPartG geht der Unterhaltsanspruch des früheren Lebenspartners im Falle des § 1581 BGB lediglich dem Unterhaltsanspruch der übrigen Verwandten im Sinne des § 1609 Abs. 2 BGB vor. Hingegen geht der nacheheliche Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten bei beschränkter Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten i.S.d. § 1581 BGB gemäß § 1582 Satz 2 BGB dem Unterhaltsanspruch des neuen Ehegatten vor, wenn er nach § 1570 BGB oder nach § 1576 BGB unterhaltsberechtigt ist oder die Ehe mit dem geschiedenen Ehegatten von langer Dauer war. Zwar gab es in der 16. Wahlperiode des Bundestags Vorstöße zur weiteren Angleichung dieser Regelungen an die eingetragene Lebenspartnerschaft (BR-Drucks 16/497 und 16/565; BR-Drucks 253/06 S. 7, 61), doch ist es bislang zu keiner Gesetzesänderung gekommen.“

Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 15.11.2007 hatte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz bereits "mit breiter Mehrheit" am 07.11.2007 beschlossen und der Bundestag hatte das Gesetz am 09.11.2007 in zweiter und dritter Lesung verabschiedet. Darüber hatten die Tageszeitungen, der Rundfunk und das Fernsehen berichtet. Das hätte das Bundesverwaltungsgericht auch über die Webseite des

³

HK-LPartR § 5 Rn. 8 ff.

Deutschen Bundestages leicht feststellen können. Die Behauptung des Bundesverwaltungsgerichts, es sei bislang noch zu keiner Gesetzesänderung gekommen, ist deshalb falsch.

Unter Rn. 27 seines Urteils verweist das Bundesverwaltungsgericht darauf, dass nur die Stiefkindadoption des leiblichen Kindes des anderen Partners möglich ist, nicht dagegen die gemeinschaftliche Adoption. Warum das für den Familienzuschlag der Stufe 1 von Bedeutung sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Beim Familienzuschlag der Stufe 1 spielt die Zahl der Kinder keine Rolle (§ 40 Abs. 1 BBesG). Kinder haben erst für den Familienzuschlag der Stufe 2 (§ 40 Abs. 2 BBesG) bzw. für den Unterschiedsbetrag zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 (§ 40 Abs. 3 BBesG) Bedeutung.

Unter Rn. 28 schreibt das Bundesverwaltungsgericht:

„Unterschiede bestehen ferner im öffentlichen Dienstrecht. Abgesehen von der hier streitigen Vorschrift des § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG, der für Beamte, Richter und Soldaten gilt, kommen Tarifvertragsbeschäftigte des öffentlichen Dienstes in den Genuss des besonderen Ortszuschlages für Verheiratete nicht aufgrund tarifvertraglicher Vorschriften, sondern lediglich aufgrund eines Analogieschlusses des Bundesarbeitsgerichtes. Im Beihilferecht sind Lebenspartner, die mit einem Beamten in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, lediglich in Nordrhein-Westfalen und in Berlin Eheleuten gleichgestellt. Auch das Versorgungsrecht für den öffentlichen Dienst stellt Ehen und eingetragene Lebenspartnerschaften nicht gleich. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 16 Nr. 3 und 4, § 19 Abs. 1 Satz 1, §§ 21 und 22 BeamtVG erhalten nur Witwen und Witwer eine Hinterbliebenenversorgung. Auf den überlebenden Partner aus einer eingetragenen Lebenspartnerschaft sind diese Vorschriften nicht anwendbar.“

Es ist nicht nachvollziehbar, warum es einen Unterschied ausmachen soll, wenn verpartnerte Beschäftigte den Ortszuschlag nicht aufgrund eines Tarifvertrags, sondern aufgrund eines Analogieschlusses des Bundesarbeitsgerichts erhalten. Davon abgesehen bezog sich das Urteil des Bundesarbeitsgerichts⁴ auf den BAT. Dieser war im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts längst durch den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst für die Beschäftigten des Bundes und der Länder (TVöD) und durch den Tarifvertrag für die Beschäftigten der Länder (TV-L) abgelöst worden. In beiden Tarifverträgen sind Lebenspartner in vollem Umfang mit Ehegatten gleichgestellt worden.

Im Beihilferecht waren verpartnerte Beamte und Richter im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht bloß in den Ländern Berlin und Nordrhein-Westfalen mit Ehegatten gleichgestellt, sondern zusätzlich auch in Bremen, Hamburg, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern, in Bremen außerdem beim Familienzuschlag der Stufe 1 und bei der Hinterbliebenenpension.

Unter Rn. 30 seines Urteils führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass Lebenspartner im Einkommen- und Erbschaftsteuerrecht noch wie Ledige behandelt werden. Der Hinweis ist unverständlich. Durch die derzeitige Benachteiligung von Lebenspartner im Steuerrecht wird ihre Unterhaltslast erhöht. Sie müssten deshalb wegen dieses Mehrbedarfs eigentlich einen erhöhten Familienzuschlag erhalten.

Völlig unverständlich sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts unter Rn. 29 seines Urteils:

⁴ BAG, Urt. v. 29.04.2004 - 6 AZR 101/03; NZA 2005, 57, zum Ortszuschlag der Stufe 2.

„Auch im Aufenthaltsrecht bestehen Unterschiede. Nach § 27 Abs. 2 AufenthG wird zur Herstellung und Wahrung einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft im Bundesgebiet nicht der Nachzug von Kindern ermöglicht.“

Das ist schlichtweg Unsinn. Beim Kindernachzug geht es nicht um die "Herstellung und Wahrung einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft" (§ 27 Abs. 2 AufenthG), sondern um die "Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft" zwischen Eltern und Kindern (§ 27 Abs. 1 AufenthG), gleichgültig ob die Eltern verheiratet, verpartnert oder ledig sind.

Die Tatsache, dass dies nicht irgendein Einzelrichter, sondern das für die Auslegung des Ausländerrechts zuständige oberste deutsche Gericht geschrieben hat, lässt nur den Schluss zu, dass die Bundesrichter die durch den EuGH drohende Gleichberechtigung der Lesben und Schwulen unter allen Umständen abwehren wollten und dass ihnen dafür jedes Mittel Recht ist.

3. Der Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 20.09.2007

Auch in den anderen Urteilen der deutschen Gerichte zur Frage der Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten finden sich Formulierungen, die überraschen.

Dies gilt z.B. für die Aussage der 1. Kammer des Zweiten Senats in dem Beschluss vom 20.09. 2007⁵, dass „Art. 6 Abs.1 GG ein Differenzierungsgebot“ beinhalte, „spezieller als der allgemeine Gleichheitssatz“. Die 1. Kammer hat damit das „Abstandsgebot“ wiederbelebt, das der Erste Senat in seinem Urteil vom 17.07.2002 zum Lebenspartnerschaftsgesetz „beerdigt“ hatte. Wie der Erste Senat dort zutreffend dargestellt hat, beinhaltet Art. 6 Abs. 1 GG eine „Differenzierungserlaubnis“. Ein „Differenzierungs-“ oder „Abstandsgebot“ folgt aus ihm nur für solche Lebensgemeinschaften, die mit der Ehe konkurrieren.⁶ Das tun die Lebenspartnerschaften nicht.

Davon abgesehen hat die von der Kammer vorgenommene Änderung der Rechtsprechung „grundsätzliche Bedeutung“ im Sinne von § 93a Abs. 2 Buchst. a BVerfGG. Die Kammer hätte deshalb die Entscheidung dem Plenum des Zweiten Senats überlassen müssen. Sie war nicht der zuständige gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

Im Übrigen fällt auf, dass die Kammer ihre Entscheidung kurze Zeit nach der Veröffentlichung der Schlussanträge des Generalanwalts des EuGH in der Vorlegungssache Maruko gefällt hat. Offensichtlich wollte sie - wie das Bundesverwaltungsgericht - mit ihrer Entscheidung deutlich machen, dass in Deutschland die Uhren für Lesben und Schwule anders ticken als in Europa.

4. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2007

Der Generalanwalt hat unter Rn 87 ff. seiner Schlussanträge⁷ Ausführungen zu den drei Urteilen des EuGH gemacht, auf die sich der Bundesgerichtshof unter Rn. 17

⁵ BVerfG, 1 Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 20.09.2007 - 2 BvR 855/06, NJW 2008, 209, 211, Rn. 18.

⁶ BVerfG, Ur. v. 17.07.2002 - 1 BvF 1 u. 2/01, BVerfGE 105, 313, 350 f., 353.

⁷ BetrAV 2008, 90.

seines Urteils vom 14.02.2007 berufen hat.⁸ Sie zeigen, dass der Bundesgerichtshof den Urteilen einen Sinn unterschoben hat, der ihnen nicht zukommt.

Im Urteil vom 17.02.1998 in der Sache Grant⁹ hat der EuGH ausdrücklich festgestellt, „dass das Gemeinschaftsrecht bei seinem gegenwärtigen Stand eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung nicht erfasst“ (Rn. 47). Damals war zwar die Ermächtigungsgrundlage des Art. 13 EGV für solche Rechtsvorschriften mit dem Amsterdamer Vertrag schon beschlossen worden (als Art. 6a EGV), aber noch nicht in Kraft getreten. Darauf hat der EuGH in seinem Urteil ausdrücklich hingewiesen (Rn. 48). Die Frage, ob die Vorenthaltung von Fahrtvergünstigungen für gleichgeschlechtliche Paare eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstellt, ist deshalb im Urteil Grant offen geblieben.

Auch das Urteil des EuGH vom 31.05.2001 in der Sache D. und Schweden¹⁰ ist nicht einschlägig. Zwar ging es in dieser Entscheidung um die Frage, ob verpartnerten Beamten der EG aufgrund des EG-Beamtenstatuts derselbe Haushaltszuschlag wie verheirateten Beamten zusteht. In dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt enthielt das EG-Beamtenstatut aber noch keine Bestimmung, die die Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung verbietet. Sie ist erst danach vom Rat in das Statut eingefügt worden.¹¹ Darauf hat der EuGH in seinem Urteil ausdrücklich hingewiesen (Rn. 10). Seit der Ergänzung des EG-Beamtenstatuts um das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung erhalten verpartnerte EG-Beamte denselben Haushaltszuschlag wie verheiratete EG-Beamte.

In seinem Urteil vom 07.01.2004 in der Sache K.B.¹² hat der EuGH die Diskriminierung nicht darin gesehen, dass die Lebensgefährtin eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen wegen dessen sexueller Ausrichtung keine Hinterbliebenenrente erhalten konnte, sondern darin, dass sie ihren Partner nicht heiraten konnte (Rn. 32 f.). Das hat der EuGH als Verstoß gegen Art. 141 EG gewertet (Rn. 34). Diese Argumentation wird verständlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der EuGH die Diskriminierung von Transsexuellen nicht als Benachteiligung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung, sondern wegen ihres Geschlechts zu bewerten pflegt.¹³ Das Urteil in der Sache K.B. ist deshalb nicht einschlägig.

⁸ BGH, Urt. v. 14.02.2007 - IV ZR 267/04; FamRZ 2007, 805. Gegen dieses Urteil ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Das Verfahren ist beim Ersten Senat des BVerfG unter dem Az. 1 BvR 1164/07 anhängig. Der Erste Senat hat inzwischen die Verfassungsorgane und die Verbände zur Stellungnahme aufgefordert.

⁹ EuGH, Urt. v. 17.02.1998 C-294/96 (Rs. Grant); Slg. I 1998, 621; NJW 1998, 969.

¹⁰ EUGH, Urt. v. 31.05.2001 - C-122 P und 125/99 P (Rs. D und Schweden); Slg. I 2001, 4319; DVBl 2001, 1199.

¹¹ Verordnung (EG, EGKS, Euratom) Nr. 781/98 des Rates v. 07.04.1998, ABl. EG L 113/4 v. 15.04.1998.

¹² EuGH, Urt. v. 07.01.2004 - C-117/01 (Rs. K.B.); Slg. I 2004, 541; NJW 2004, 1440.

¹³ EuGH, Urt. v. 30.04.1996 - C-13/94 (Rs. P); Slg. I 1996, 2143; NJW 1996, 2421, Rn. 20 f.; EuGH, Urt. v. 27.04.2006 - C-423/04 (Rs. Richards); Slg. I 2006, 3585; DVBl. 2006, 963, Rn. 24.

Die vom Bundesgerichtshof zitierte¹⁴ Rn. 28 dieses Urteils sagt daher nichts aus über Benachteiligungen wegen der sexuellen Ausrichtung, sondern wiederholt nur die Ausführungen unter Rn. 37 und 38 des Urteils D. und Schweden über die Befugnisse des Gemeinschaftsrichters: Er dürfe Rechtsvorschriften nicht so auslegen, dass rechtliche Fallgestaltungen, die sich von der Ehe unterscheiden, ihr gleichgestellt werden; das könne nur der Gesetzgeber. Das ist eine Selbstverständlichkeit, weil die Europäische Gemeinschaft keine Zuständigkeit zur Regelung familienrechtlicher Angelegenheiten hat. Die Mitgliedstaaten sind deshalb frei, das Rechtsinstitut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft einzuführen und die Gleichstellung von Ehe einerseits und Eingetragener Lebenspartnerschaft andererseits vorzusehen oder nicht. Macht aber ein Mitgliedstaat von der Möglichkeit der Einführung des Rechtsinstituts der Eingetragenen Lebenspartnerschaft sowie einer weitgehenden Gleichstellung Gebrauch, ist er zur Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet.

Merkwürdig sind ferner die kurzen Ausführungen des Bundesgerichtshofs unter Rn. 24 seines Urteils zum AGG. Er begnügt sich mit dem Hinweis, dass § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG auf das Betriebsrentengesetz verweise, dass keine Änderung zugunsten Eingetragener Lebenspartner erfahren habe. Dabei gab es schon damals eine sehr breite Diskussion in der Fachliteratur, ob diese Bestimmung mit dem Europarecht vereinbar ist und ob sie europarechtskonform ausgelegt werden kann. Das hat das Bundesarbeitsgericht inzwischen getan¹⁵ und entschieden, dass das AGG auch in der betrieblichen Altersversorgung gilt. Die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG enthalte lediglich eine Kollisionsregel zwischen beiden Gesetzen: Soweit sich aus den Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes Anknüpfungen an die vom AGG erfassten Merkmale, z.B. Alter, ergeben, soll es dabei verbleiben.

5. Zitate von Präjudizen, die nicht einschlägig sind

Den Leser überrascht auch, dass sich der Bundesgerichtshof¹⁶ für seine Schlussfolgerung, die Begünstigung von Verheirateten sei durch Art. 6 Abs. 1 GG gerechtfertigt, auf einen Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 21.05.1999¹⁷ berufen hat. Bei diesem Beschluss ging es nicht um Lebenspartner, sondern um die Zahlung des Ortszuschlags der Stufe 2 für eine unverbindliche gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft. Der Beschluss konnte Lebenspartnerschaften schon deshalb nicht betreffen, weil es das Lebenspartnerschaftsgesetz damals noch gar nicht gab.

Das Bundesverwaltungsgericht hat ähnlich argumentiert. Als das Gericht im Jahr 2000 zum ersten Mal mit dem Problem der Hinterbliebenenrenten der berufsständischen Versorgungswerke für gleichgeschlechtliche Paare befasst wurde, gab es das Rechtsinstitut der Lebenspartnerschaft noch nicht. Der Kläger hatte deshalb mit seinem verstorbenen Partner nur in einer „unverbindlichen“ Lebensgemeinschaft zusammengeliebt. Deshalb hat das Bundesverwaltungsgericht damals die Auffassung

¹⁴ BGH, Fn, 8, Rn. 17.

¹⁵ BAG, Urt. v. 11.12.2007 - 3 AZR 249/06; BB 2008, 557.

¹⁶ BGH, Fn.8, Rn. 14.

¹⁷ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 21.05.1999 - 1 BvR 726/98, NZA 1999, 878.

vertreten, dass die Lage des Klägers nicht mit der eines hinterbliebenen Ehegatten nicht vergleichbar sei und dazu ausgeführt:¹⁸

„Die Satzung gewährt, wie sich aus der das Revisionsgericht bindenden Auslegung des Berufungsgerichts ergibt, im Falle des Todes des Mitglieds eine Rente nur den Hinterbliebenen, worunter Kinder und Ehepartner, nicht aber Partner gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften zu verstehen sind. Diese Regelung knüpft nicht an das Geschlecht des Mitglieds oder des Hinterbliebenen an, sondern allein an eine zwischen beiden bestehende, mit gesetzlichen Unterhaltspflichten verbundene familienrechtliche Beziehung. (.....)

Aus Gründen des Gleichheitssatzes des Art. 3 GG könnte - sieht man von dem Gesichtspunkt der Förderung von Ehe und Familie ab - eine Verpflichtung der Beklagten, Partnern gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften ebenfalls Hinterbliebenenversorgung zu gewähren, allenfalls dann in Betracht kommen, wenn der dafür zuständige Gesetzgeber solche Gemeinschaften in den für die Hinterbliebenenversorgung maßgebenden Punkten gleichstellt, also insbesondere eine gegenseitige gesetzliche Unterhaltspflicht und wohl auch als Voraussetzung dafür eine der Eheschließung ähnliche förmliche Begründung der Gemeinschaft einführt. Das aber ist bisher nicht geschehen.“

Diese vom Bundesverwaltungsgericht damals vermisste Gleichstellung von Lebenspartnerschaften mit Ehen bei den gegenseitigen gesetzlichen Unterhaltspflichten und bei der förmlichen Begründung der Partnerschaft ist inzwischen durch das Lebenspartnerschaftsgesetz erfolgt. Trotzdem hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem ersten Urteil vom 26.11.2006 zum Familienzuschlag¹⁹ für seine Auffassung, dass „der Unterschied zwischen dem Familienstand ‚verheiratet‘ und dem Familienstand ‚eingetragene Lebenspartnerschaft‘ unterschiedliche Rechtsfolgen“ rechtfertigt, ohne jede weitere Begründung auf das erste Urteil berufen, obwohl dieses keine Lebenspartnerschaft, sondern eine unverbindliche gleichgeschlechtliche Partnerschaft betraf. Auch in seinem Urteil zur Hinterbliebenenrente der berufsständischen Versorgungswerke für Lebenspartner hat sich das Bundesverwaltungsgericht wiederum auf seine frühere Entscheidung berufen²⁰.

Der Bundesfinanzhof ist genauso verfahren. Er hat in seinem Urteil vom 26.01.2006²¹ ausgeführt: Soweit der Gesetzgeber Ehe und Familie steuerliche besser gestellt habe als nichteheliche Lebensgemeinschaften, habe das Bundesverfassungsgericht dies durch Art. 6 Abs. 1 GG für gerechtfertigt gehalten. Zum Beleg hat sich der Bundesfinanzhof auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer bei eheähnlichen Partnern berufen²² und auf eigene Entscheidungen

¹⁸ BVerwG, Beschl. v. 29.02.2000 – 1 B 82/99, NJW 2000, 2038.

¹⁹ BVerwG, Urte. v. 26.01.2006 - 2 C 43/04; BVerwGE 125, 79, 82, Rn. 14..

²⁰ BVerwG, Urte. v. 25.07.2007 - 6 C 27.06; NJW 2008, 246, Rn. 25. Gegen dieses Urteil ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Das Verfahren ist beim Ersten Senat des BVerfG unter dem Az. 1 BvR 3091/07 anhängig. Der Erste Senat hat inzwischen die Verfassungsorgane zur Stellungnahme aufgefordert..

²¹ BFH, Urte. v. 26.01.2006 - III R 51/05, BStBl. II 2006, 515, 517, zur Einkommensteuer. Gegen dieses Urteil ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Das Verfahren ist beim Zweiten Senat unter dem Az. 2 BvR 909/06 anhängig.

²² BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschl. v. 01.06.1983 – 1 BvR 107/83, NJW 1984, 114; BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 15.11.1989 – 1 BvR 171/89, BStBl. II 1990, 103; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) Beschl. v. 15.05.1990 – 2 BvR 592/90, BStBl. II 1990, 764;; alle zur Frage der Erbschaftsteuer.

zur Grunderwerbsteuer bei Grundstücksübertragungen zwischen Partnern einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft²³, zum Kindergeldanspruch eines gleichgeschlechtlichen verpartnerten Stiefelternteils²⁴ und zur steuerlichen Absetzbarkeit von Aufwendungen einer nicht verheirateten, empfangnisunfähigen Frau für künstliche Befruchtungen.²⁵ Davon war allenfalls die Kindergeldentscheidung einschlägig. Sie enthält aber keine eigene Begründung, sondern verweist ihrerseits auf die auf hier angeführten und auf weitere Entscheidungen zu eheähnlichen Lebensgemeinschaften.

Wenn man das liest, fragt man sich, ob die Gerichte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.2002 zum Lebenspartnerschaftsgesetz überhaupt gelesen haben. Das Bundesverfassungsgericht hat dort darauf abgestellt, ob Lebensgemeinschaften mit der Ehe konkurrieren oder nicht. Das Abstands- oder Differenzierungsgebot gilt nur für konkurrierende Lebensgemeinschaften wie z.B. eheähnliche Partnerschaften. Für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, die nicht mit der Ehe konkurrieren, gilt es dagegen nicht. Für sie folgt aus Art. 6 Abs. 1 GG nur eine Differenzierungserlaubnis.

Sehr merkwürdig erscheint auch, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 26.01.2006 für seine Auffassung, der Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2000/78/EG sei trotz der Tatsache verbindlich, dass es für ihn im Text der Richtlinie keine Entsprechung gebe, auf das Urteil des EuGH v. 23.02.1988 - Rs. 131/86; Slg. I 1988, 905, Rn. 37, berufen hat.²⁶ In dem Urteil des EuGH ging es gar nicht um diese Frage, sondern um die Frage, ob eine vom Generalsekretariat des Rates vorgenommene Änderung einer Begründungserwägung verbindlich ist. Das hat der EuGH mit der vom Bundesverwaltungsgericht zitierten Rn. 37 verneint. Sie lautet:

„Daraus ergibt sich, dass die Begründung wesentlicher Bestandteil eines Rechtsaktes ist. Folglich sind weder der Generalsekretär des Rates noch die Bediensteten seines Generalsekretariats befugt, die Begründung des Rechtsaktes zu ändern, die der Rat beschlossen hat.“

Die Entscheidung gibt daher nichts dafür her, welche Bedeutung eine einschränkende Begründungserwägung hat, die im Text der Richtlinie nicht wiederholt wird.²⁷

Diese sich in den Urteilen wiederholenden ungenauen und fragwürdigen Argumentationen hängen nach unserem Eindruck mit den Vorbehalten zusammen, denen die Lebenspartnerschaft bei Teilen der Bevölkerung noch immer begegnet. Offenbar geht es den deutschen Gerichten mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Lebenspartnerschaftsgesetz vom 17.07.2002 so wie der römischen Kurie mit dem 2. Vatikanischen Konzil. Die Gerichte betrachten die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als „Betriebsunfall“ und wollen ihre Auswirkungen möglichst begrenzen.

²³ BFH, Ur. v. 25.04.2001 - II R 72/00; BStBl II 2001, 610.

²⁴ BFH, Ur. v. 20.04.2004 - VIII R 88/00; BFH/NV 2004, 1103.

²⁵ BFH, Ur. v. 28.07.2005 - III R 30/03; BStBl II 2006, 495.

²⁶ BVerwG, Fn.19, Rn. 16. Der Bundesgerichtshof hat dieses Zitat in seinem Urteil vom 14.02.2007 zustimmend angeführt, siehe Fn. 8, Rn. 20.

²⁷ Siehe dazu die Ausführungen des Generalanwalts des EuGH in seinen Schlussanträgen in der Sache Maruko, BetrAV 2008, 90, Rn. 73 ff.

Das wird ihnen auf die Dauer nicht gelingen. Sie können zwar versuchen, die Umsetzung des Urteils des EuGH in der Vorlegungssache Maruko zu torpedieren. Das wird aber die EU-Kommission nicht hinnehmen. Sie hat in ihrem „Mahnschreiben“ vom 31.01.2008 an den deutschen Außenminister dieselbe Auffassung vertreten wie der EuGH. Durch das Mahnschreiben hat die Kommission Deutschland gemäß Art. 226 Abs. 1 Halbs. 2 EGV Gelegenheit gegeben, sich zur Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien durch das AGG zu äußern. In diesem Mahnschreiben hat die Kommission u.a. beanstandet, dass verpartnerte Beamte und Soldaten nicht dasselbe „Arbeitsentgelt“ (Familienzuschlag, Beihilfe und Witwen- und Witwergeld) erhalten wie ihre verheirateten Kollegen.

Manfred B...