Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* Bochum – *Dr. Josef Christ,* Richter am BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke*, Münster – *Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff*, Vors. Richter am VG a. D., Berlin – *Dr. Stefan Paetow*, Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Prof. Dr. Rudolf Streinz*, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

4 2009

Seite 1–3
28. Jahrgang
11. Februar 2009

Bundesanwalt beim BGH a. D. Manfred Bruns, Karlsruhe*

Eine neue Runde im Streit um die Gleichstellung verpartnerter Beschäftigter

Während verpartnerte Beschäftigte mit ihren Klagen auf Zahlung des Familienzuschlags der Stufe 1 beim *BVerwG* und bei der *1. Kammer des Zweiten Senats* des *BVerfG* keinen Erfolg hatten, hat jetzt das *OVG Schleswig* einem verpartnerten Beamten den Familienzuschlag der Stufe 1 zugesprochen. Auf derselben Linie liegen das Urteil des VG München in der Rechtssache „Maruko“ und das neue Urteil des BAG vom 14. 1. 2009.

Seit dem Urteil des *BVerfG* zum Lebenspartnerschaftsgesetz vom 17. 7. 2002 (*BVerfGE* 105, 313 = NJW 2002, 2543 = FPR 2002, 576 = JuS 2003, 84 [Hufen], m. Anm. *Roellecke*, NJW 2002, 2539, und Braun, JuS 2003, 21) beschäftigen Klagen von Lebenspartnern auf Gleichstellung mit Ehegatten die Gerichte. Das BVerfG hatte damals entschieden, dass dem Institut „Ehe“ keine Einbußen drohen, wenn der Gesetzgeber Lebenspartner mit Ehegatten gleichstellt, weil Homosexuelle keine Ehe eingehen können und die Lebenspartnerschaft deshalb nicht mit der Ehe konkurriert. Aus Art. 6 I GG lasse sich auch kein Gebot ableiten, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu benachteiligten. Daraus hatten die Betroffenen abgeleitet, dass sich Lebenspartner auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG berufen können, wenn der Gesetzgeber sie in vergleichbaren Situationen gegenüber Ehegatten benachteiligt. Die meisten Gerichte hatten sich demgegenüber auf den Hinweis des *BVerfG* in demselben Urteil berufen, dass der Gesetzgeber Ehen unter Außerachtlassung des Gleichbehandlungsgrundsatzes besser behandeln dürfe. Daraus haben die Gerichte gefolgert, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis zwischen Ehegatten und Lebenspartnern nicht gilt. Über diesen Streit muss demnächst der Erste Senat des *BVerfG* entscheiden, bei dem mehrere einschlägige Verfassungsbeschwerden anhängig sind.

In den Rechtsstreitigkeiten geht es immer auch um die Frage, ob die Benachteiligung von Lebenspartnern beim Arbeitsentgelt (Familienzuschlag der Stufe 1, Beihilfe, Hinterbliebenenpension, betriebliche Hinterbliebenenrenten) gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstößt. In diesem Punkt hat das Urteil des *EuGH* vom 1. 4. 2008 in der Rechtssache „Maruko“ (NJW 2008, 1649 = NVwZ 2008, 537 = NZA 2008, 459 = EuZW 2008, 314) Vieles geklärt. Er hat – für die deutschen Gerichte bindend – entschieden, dass die Benachteiligung von Lebenspartnern gegenüber Ehegatten beim Arbeitsentgelt eine unmittelbare Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung darstellt, die durch die Richtlinie 2000/78/EG verboten ist, wenn sich die Lebenspartner hinsichtlich des streitigen Entgelts in einer vergleichbaren Situation befinden.

Da der *EuGH* eine „unmittelbare“ Benachteiligung bejaht hat, kann eine Benachteiligung nicht mit dem Zweck „Förderung der Ehe“, sondern nur nach Art. 4 I der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt werden. Danach dürfen Ehegatten und Lebenspartner ungleich behandelt werden, wenn ihre unterschiedliche sexuelle Ausrichtung „auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung darstellt“. Es liegt auf der Hand, dass nach dieser Bestimmung eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nicht möglich ist. Die heterosexuelle Ausrichtung der Beschäftigten ist keine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“.

Deshalb geht der Streit nur noch um die Frage, ob sich verpartnerte Beschäftigte hinsichtlich des streitigen Entgelts in einer Situation befinden, die mit der Situation ihrer verheirateten Kolleginnen und Kollegen vergleichbar ist.

Das hat das *BVerwG* in einem Urteil vom 15. 11. 2007 – schon im Vorgriff auf das Urteil „Maruko“ – verneint (NJW 2008, 868). Zwar sei das familienrechtliche Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft durch die Novellierung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze dem familienrechtlichen Institut der Ehe weiter angenähert worden. Es bestünden aber zwischen beiden Rechtsinstituten immer noch so erhebliche Unterschiede, dass nicht von ihrer Vergleichbarkeit ausgegangen werden könne. Eine vollständige oder

* Der Autor ist Sprecher des Lesben- und Schwulenverbands in Deutschland und Bundesanwalt beim *BGH* a. D.

allgemeine Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe sei weder erfolgt noch sei sie vom Bundesgesetzgeber beabsichtigt gewesen.

Auf dasselbe Argument hat sich auch die *1. Kammer des Zweiten Senats* in einem Nichtannahmebeschluss vom 6. 5. 2008 berufen (NJW 2008, 2325). Sie meint, wenn der Gesetzgeber die völlige Gleichstellung gewollt hätte, hätte er eine Generalklausel verwendet. Gerade dies habe er aber nicht getan, sondern statt dessen die Enumerationsmethode gewählt mit Abweichungen zur Ehe. Es sei auch keine Gleichstellung speziell im öffentlichen Dienst erfolgt. Noch immer gäbe es Unterschiede vor allem im Besoldungs- und Beamtenversorgungsrecht.

Das ist ein eklatanter Zirkelschluss: Denn wenn es keine Unterschiede zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft mehr gäbe, würde sich die Frage der Gleichstellung ja gar nicht stellen. Wird der Vergleichbarkeitstest auf diese Weise angewendet, so könnte – per definitionem – nie eine Diskriminierung festgestellt werden. Solange Lebenspartnerschaft und Ehe nicht identisch sind, sind sie nicht vergleichbar, also liegt keine Diskriminierung vor. Sind sie aber identisch, so liegt ebenfalls keine Diskriminierung vor, weil sich dann ja von vornherein die Frage der Diskriminierung gar nicht stellt. Eine wahrhaft absurde Auslegung des Urteils „Maruko"!

Oder anders gewendet: Es ist selbstverständlich, das man z. B. eine Benachteiligung von Frauen beim Arbeitslohn trotz gleicher Arbeitsleistung nicht damit rechtfertigen kann, dass Frauen und Männer unterschiedlich und damit nicht vergleichbar sind. Dasselbe gilt für die Benachteiligung verpartnerter Beschäftigter. Entscheidend ist nicht die generelle Vergleichbarkeit von Ehe und Lebenspartnerschaft, sondern ob sich Ehegatten und Lebenspartner in Bezug auf das streitige Arbeitsentgelt in einer vergleichbaren Situation befinden (Rdnr. 72 des „Maruko"-Urteils des *EuGH* [s. o.]).

Diese Frage hat die *1. Kammer des Zweiten Senats* mit der Begründung verneint, dass Ehepartner von Beamten namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit typischerweise unterhaltsbedürftig seien, Lebenspartner hingegen typischerweise nicht. Das sei der Grund, warum der Gesetzgeber die Besoldung und Versorgung verheirateter und verpartnerter Beamter unterschiedlich bemessen habe.

Das trifft aber für den Familienzuschlag der Stufe 1 gerade nicht zu: Denn tatsächlich ist die Zahlung des Familienzuschlags der Stufe 1 nicht davon abhängig, ob der Beamte für seinen Ehegatten aufkommen muss oder nicht bzw. welche Eigenmittel der Ehegatte hat. Verheiratete kinderlose Beamte erhalten den Familienzuschlag auch dann, wenn der andere Teil ein höheres Einkommen hat und der Beamte deshalb seinem Ehegatten keinen Unterhalt zu leisten braucht oder von seinem besser gestellten Ehegatten Unterhaltsleistungen erhält. Der „Familienzuschlag" der Stufe 1 ist in Wirklichkeit ein „Verheiratetenzuschlag", den alle verheirateten Beamten ganz unabhängig davon erhalten, welches Einkommen ihre Ehegatten haben. Erst der Familienzuschlag der Stufe 2 und der weiteren Stufen ist ein „Familienzuschlag". Ihn erhalten alle Beamten mit Kindern und zwar nicht nur die verheirateten, sondern auch die ledigen und verpartnerten Beamten.

So hat jetzt auch das *OVG Schleswig* in einem Urteil vom 22. 7. 2008 (BeckRS 2009, 31232) entschieden. Der Zuschlag habe nichts mit der Erwartung zu tun, dass aus der Ehe einmal Kinder hervorgehen oder adoptiert werden. Er knüpfe auch nicht daran an, dass früher in der Ehe Kinder gelebt haben, die inzwischen nicht mehr unterhaltsbedürftig sind, als Folge der Kindererziehung der Ehegatte des Beamten aber in seinen Erwerbschancen gemindert ist. Für die Ehe, in der unterhaltsbedürftige Kinder derzeit leben, gelte ohnehin der Familienzuschlag der Stufe 2. Das alles hätte der Gesetzgeber als sachgerechte Unterscheidungskriterien regeln können, wie etwa im Beihilferecht, wo die Beihilfefähigkeit des Ehegatten von dessen Bedürftigkeit abhängt. Deshalb befänden sich Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft in Bezug auf den Familienzuschlag der Stufe 1 in der gleichen Situation wie Eheleute, so dass eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt sei.

Auch das *VG München* hat in der Rechtssache „Maruko" durch Urteil vom 30. 10. 2008 entschieden (BeckRS 2009, 31231), dass sich hinterbliebene Lebenspartner von Mitgliedern des Versorgungswerks der deutschen Bühnen hinsichtlich der Hinterbliebenenrente in derselben Lage befinden wie hinterbliebene Ehegatten, weil die Hinterbliebenenversorgung Unterhaltsersatzfunktion habe. Für die normative Vergleichbarkeit sei daher auf die zivilrechtliche Regelung der Unterhaltspflichten in der Ehe und in der Lebenspartnerschaft abzustellen. Diese stimmten aber völlig überein.

Die Verwaltungsgerichte haben bisher Klagen von verpartnerten Beschäftigten auf Gleichstellung unter Berufung auf die ablehnenden Entscheidungen des BVerwG und der 1. Kammer des Zweiten Senats des *BVerfG* abgewiesen und die Berufung oder Revision nicht zugelassen. Das ist jetzt so nicht mehr möglich. Das Urteil des *OVG Schleswig* ist ein „Urteil" i. S. von § 124 II Nr. 4 VwGO und § 127 Nr. 2 BRRG, das die Verwaltungsgerichte zwingt, die Berufung oder die Revision zuzulassen, wenn sie Klagen von verpartnerten Beschäftigten weiterhin ablehnen: Denn die Ausführungen des *BVerwG* zum Urteil des *EuGH* sind nicht bindende „obiter dicta", auf denen das Urteil nicht beruht. Auch der Nichtannahmebeschluss der *1. Kammer des Zweiten Senats* des *BVerfG* vom 6. 5. 2008 bindet nicht.

Das *BVerwG* wiederum kann nicht mehr ohne Weiteres an seiner bisherigen Auffassung festhalten: Denn inzwischen hat auch das *BAG* die Frage, ob sich Lebenspartner und Ehegatten hinsichtlich der betrieblichen Altersversorgung in einer vergleichbaren Situation befinden, wie das *OVG Schleswig* beantwortet (Urt. v. 14. 1. 2009 – 3 AZR 20/07; das schriftliche Urteil liegt derzeit noch nicht vor). Wenn das *BVerwG* in einem neuen Urteil von dieser Auffassung des *BAG* abweichen will, muss es die Sache zwecks Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung dem *Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* vorlegen.

Der Streit um die Gleichstellung verpartnerter Beschäftigter geht damit in eine neue Runde!