

## Anlage zum Schreiben v. 23.03.2007 an den Bundesminister des Innern

### Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (Dienstrechtsneuordnungsgesetz – DNeuG)

#### 1. Artikel 1, § 79 BBG - Beihilfe in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen

##### 1.1. Die gegenwärtige Rechtslage

Zur Zeit sind Lebenspartner von Bundesbeamten im selben Umfang beihilfeberechtigt wie Ehegatten. Das folgt aus § 79 BBG bzw. § 48 BRRG und aus § 24 Nr. 1 und 2 AGG.

##### a) Zu § 79 BBG und § 48 BRRG

Nach § 79 BBG und § 48 BRRG hat der Dienstherr im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten und seiner „Familie“ zu sorgen. Die Dienstherrn erfüllen ihre Fürsorgepflicht in Krankheits-, Pflege, Geburts- und Todesfällen durch die Gewährung von Beihilfe; sie soll die Beamten von den durch die Besoldung nicht gedeckten notwendigen Aufwendungen in angemessenem Umfang freistellen. Zwar erfordert die Fürsorgepflicht der Dienstherrn von Verfassungs wegen nicht den Ausgleich jeglicher Aufwendungen und auch nicht deren Erstattung in jeweils vollem Umfang. Die Beihilfe muss aber sicherstellen, dass die Beamten in den genannten Fällen nicht mit erheblichen Aufwendungen belastet bleiben, die für sie unabwendbar sind und denen sie sich nicht entziehen können.<sup>1</sup>

Damit ist nicht zu vereinbaren, dass Lebenspartner von Bundesbeamten selbst dann keine Beihilfe erhalten, wenn die Beamten die Aufwendungen für Krankheiten und für die Pflege ihrer Partner aufgrund ihrer Unterhaltungspflicht voll tragen müssen, weil diese kein eigenes Einkommen haben.

Gleichwohl verneinen die Dienstherrn und die Gerichte einen Verstoß gegen § 79 BBG und § 48 BRRG, weil mit dem Begriff "Familie" nur Ehen und Ehen mit Kindern gemeint seien. Das ist seit dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes nicht mehr richtig.

**Der Begriff "Familie" in § 79 BBG und § 48 BRRG einerseits und in Art. 6 Abs. 1 GG andererseits meinen nicht dasselbe.** Art. 6 Abs. 1 GG unterscheidet zwischen "Ehe" und "Familie". Demgemäß versteht das Bundesverfassungsgericht unter "Familie" i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG "die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemein-

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

Bundesgeschäftsstelle

Hausadresse:  
Pipinstrasse 7  
50667 Köln

Postadresse  
Postfach 103414  
50474 Köln

Tel.: 0221 9259610  
Fax: 0221 92596111  
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

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 2 BvF 3/88; BVerfGE 83, 89, 100 f.; Beschl. v. 07.11.2002 – 2 BvR 1053/98; BVerfGE 106, 225, 232 f.

schaft zwischen Eltern und Kindern".<sup>2</sup> So eng kann der Begriff "Familie" im Bundesbeamtengesetz und im Beamtenrechtsrahmengesetz nicht gemeint sein. Nach allgemeiner Meinung erstreckt sich die Fürsorgepflicht des Dienstherrn auf den Beamten und die Angehörigen des Beamten, denen gegenüber der Beamte üblicherweise unterhaltspflichtig ist, also seinen Ehegatten und seine Kinder. Er umfasst deshalb nicht nur "Beamte mit Kindern", sondern auch "kinderlos verheiratete Beamte und ihre Ehegatten". Aufgrund des Lebenspartnerschaftsgesetzes obliegen aber einem verpartnerten Beamten gegenüber seinem Partner dieselben Unterhaltspflichten wie einem verheirateten Beamten gegenüber seinem Ehegatten. Außerdem bestimmt § 11 Abs. 1 LPartG: "Ein Lebenspartner gilt als Familienangehöriger des anderen Lebenspartners, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist." Daraus folgt, dass unter den Begriff "Familie" i.S.d. § 79 BBG und des § 48 BRRG auch verpartnerte Beamte und ihre Lebenspartner fallen.

Davon geht auch der Entwurf des Beamtenstatusgesetzes. Das Gesetz soll das Beamtenrechtsrahmengesetz ersetzen. In der Begründung der Vorschrift über die Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 46) heißt es:<sup>3</sup>

"Die sich aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn ergebenden Einzelpflichten und die Art und Weise ihrer Erfüllung sind nicht abschließend festgelegt, sondern unter Einbeziehung der gesamten Rechtsordnung zu konkretisieren und können alle Bereiche der Rechtsstellung der Beamtinnen und Beamten und ihrer Familienangehörigen inhaltlich und in ihrer Reichweite betreffen."

Mit dem Begriff "Familienangehörige" soll auf § 11 Abs. 1 LPartG verwiesen werden.

Wenn aber mit dem Begriff „Familie“ in § 79 BBG und § 48 BRRG auch Lebenspartner gemeint sind, darf der Bund seine verheirateten Beamten einerseits und seine verpartnerten Beamten andererseits bei der Beihilfe nicht unterschiedlich behandeln. Die "Allgemeine Verwaltungsvorschrift" des Bundesministeriums des Innern „für Beihilfen in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen (Beihilfevorschriften - BhV)“, die den Bedeutungswandel des Begriffs „Familie“ als Folge des Inkrafttretens des Lebenspartnerschaftsgesetzes nicht berücksichtigt, verstößt in diesem Punkt gegen das Gesetz.

## **b) Zu § 24 Nr. 1 und 2 AGG**

Nach § 24 AGG gelten die Vorschriften des AGG auch für Beamte. Dadurch werden zwar diskriminierende Vorschriften in anderen Bundesgesetzen wie z.B. die Vorschriften über den Familienzuschlag im Bundesbeamtengesetz und über die Hinterbliebenenpension im Beamtenversorgungsgesetz nicht außer Kraft gesetzt. Das Gleichbehandlungsgebot gilt für das Handeln der Verwaltung gegenüber Beamten wie z.B. für ihre Einstellung, ihre Beförderung und ihre Entlassung.

Davon wird aber auch die Gewährung von Beihilfe erfasst, weil die Beihilfe für die Beamten des Bundes nicht in einem Gesetz oder einer Verordnung, sondern nur in einer Verwaltungsvorschrift geregelt ist. Die Ausführung dieser Verwaltungsvorschrift ist Verwaltungshandeln, bei dem das AGG beachtet werden muss.

---

<sup>2</sup> Siehe zuletzt BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01; BVerfGE 108, 82, 112.

<sup>3</sup> Bundestags-Drucksache 16/4027 v. 12.01.2007, Begründung zu § 46.

Die Bestimmungen des AGG gelten allerdings für Beamte nur „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend“. In der Amtlichen Begründung<sup>4</sup> heißt es dazu, die von der Richtlinie 2000/78/EG vorgeschriebene Einbeziehung der Beschäftigten der Beamten in das AGG könne nur unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung erfolgen. Insbesondere das Leistungsverweigerungsrecht des § 14 AGG gelte für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes nicht, soweit im Einzelfall dienstliche Belange entgegenstehen. Das macht deutlich, dass sich die Einschränkung nicht auf die Diskriminierungsverbote als solche bezieht, sondern nur auf die Reaktionsmöglichkeiten der benachteiligten Beamten und ihrer Dienstherrn. Die Bundesverwaltung muss auch bei ihren Beamten das Verbot der Benachteiligung wegen der sexuellen Identität ausnahmslos beachten.<sup>5</sup>

Allerdings unterscheiden die Dienstherrn bei der Gewährung von Beihilfe nicht nach der sexuellen Identität der Beamten, sondern danach, ob sie verheiratet oder verpartnert sind. Darauf hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zum Familienzuschlag für Beamte abgestellt.<sup>6</sup> Das Gericht meint: „Der sachliche Unterschied, der die unterschiedliche besoldungsrechtliche Behandlung von verheirateten und in einer Lebenspartnerschaft lebenden Beamten rechtfertigt, ist nicht Heterosexualität bei den Verheirateten und Homosexualität bei den Lebenspartnern. Homosexualität der Partner ist nicht zwingendes Merkmal der eingetragenen Lebenspartnerschaft.“

Daran ist richtig, dass eine bestimmte sexuelle Identität nicht Voraussetzung für die Eingehung einer Ehe oder Lebenspartnerschaft ist.<sup>7</sup> Eine Ehe mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner kann ebenso durch einen Homosexuellen begründet werden wie eine Lebenspartnerschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner durch einen Heterosexuellen. Insoweit kann aber nicht außer Betracht bleiben, dass sich das Rechtsinstitut der Ehe typischerweise an heterosexuelle Menschen richtet und die eingetragene Lebenspartnerschaft typischerweise an homosexuelle Menschen, denen auf diese Weise eine rechtliche Absicherung einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ermöglicht wird.<sup>8</sup> Infolgedessen bewirkt eine an den Familienstand „verheiratet“ oder „verpartnert“ anknüpfende Unleichbehandlung mittelbar eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität der Partner.<sup>9</sup>

Eine solche mittelbare Diskriminierung verstößt ebenfalls gegen das AGG. Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, "wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes (u.a. sexuelle Identität) gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien

---

<sup>4</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 49.

<sup>5</sup> Bauschke, RiA 2007, 1, 7; Nollert-Borasio/Perreng, Der Personrat 2006, 316, 321; Rahn, ZfPR 2006, 123, 125.

<sup>6</sup> Urt. v. 26.01.2006 - 2 C 43.04; BVerwGE 125, 79 Rz 14.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvL 3/03; BVerfGE 115, 1, 23.

<sup>8</sup> So die Amtliche Begründung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, BT-Drs. 14/3751 S. 33.

<sup>9</sup> Schmidt in FS Wissmann, 2005, 80, 84; Rengier, BB, 2005, 2574, 2577 f.; ders. NZA 2006, 1251, 1252.

oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen."

Das Kriterium "Familienstand" mag dem Anschein nach neutral sein. Es führt aber dazu, dass Lebenspartner von verpartnerten Bundesbeamten gegenüber Ehegatten bei der Beihilfe benachteiligt werden, obwohl die Beamten genauso für ihre Partner einstehen müssen wie Ehegatten. Das Überarbeitungsgesetz<sup>10</sup> hat die Lebenspartnerschaft zivilrechtlich völlig der Ehe angeglichen. Lebenspartner sind ihren Partnern in gleicher Weise zum Unterhalt verpflichtet wie Ehegatten. Sie leben, wenn sie nichts anderes vereinbart haben, wie Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und bilden daher wie Eheleute eine Gemeinschaft des Erwerbs und des Verbrauchs. Dementsprechend findet auch bei ihnen ein Versorgungsausgleich statt, wenn ihre Lebenspartnerschaft aufgehoben wird. Der einzige Unterschied zwischen Lebenspartnern und Ehegatten ist die sexuelle Ausrichtung, die die Lebenspartner daran hindert, ebenfalls eine Ehe einzugehen.

Als rechtmäßiges Ziel, das diese Diskriminierung rechtfertigen könnte, käme allenfalls die Förderung der Ehe in Betracht, weil die Ehe eine rechtliche Absicherung der Partner bei der Gründung einer Familie mit gemeinsamen Kindern ermöglichen soll.<sup>11</sup> Hier muss man aber unterscheiden. Es geht in diesen Fällen nicht um die Rechtfertigung von Mehrzahlungen an verheiratete Beamte, sondern um ihre Versagung gegenüber verpartnerten Beamten. Diese Versagung ist nicht geeignet, die Ehe zu fördern. Gleichgeschlechtlich ausgerichtete Menschen könne durch Gehaltsabzüge nicht dazu veranlasst werden, auf die Eingehung einer Lebenspartnerschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner zu verzichten und stattdessen eine Ehe mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner einzugehen.<sup>12</sup> Der Schutz der Ehe erfordert keine Benachteiligung eingetragener Lebenspartner.<sup>13</sup> Er kann daher die Benachteiligung gleichgeschlechtliche Lebenspartner nicht rechtfertigen.<sup>14</sup>

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Bund durch die Versagung der Vergünstigungen Leistungen einspart; denn der Bund verwendet diese Einsparungen nicht gezielt zur Förderung von Ehen. Hinzu kommt, dass die Anzahl der Lebenspartner noch sehr gering ist und dass es daher nur sehr wenige verpartnerte Bundesbeamte gibt. Die eingesparten Mittel sind deshalb außerordentlich gering. Da diese geringen Mittel außerdem nicht gezielt zur Förderung von Ehen eingesetzt werden, ist die Diskriminierung von verpartnerten Bundesbeamten zur Förderung von Ehen ungeeignet. § 3 Abs. 2 AGG verlangt aber nicht nur, dass die Diskriminierung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist, sie muss auch „zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sein. Das ist bei Versagung der Vergünstigungen nicht der Fall.

---

<sup>10</sup> Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004, BGBl I S. 3396.

<sup>11</sup> BVerfG, (3. Kammer des ersten Senats), Beschl. v. 04.10.1993 - 1 BvR 640/93, NJW 1993, 3058.

<sup>12</sup> Bergwitz, ZTR 2004, 512, 515 f.; Schmidt in FS Wissmann, 80, 88 f.; Rengier, BB 2005, 2574, 2578.

<sup>13</sup> BVerfG, Urt. v. 17.07.2002 – 1 BvF 1/01 und 2/01; BVerfGE 105, 313, 346 f., 348; vgl. dazu auch EGMR (1. Kammer) v. 24.07.2003 - 40016/98, Fall Karner v. Österreich, Tz. 37 ff., deutsche Übersetzung <http://www.typo3.lsvd.de/535.0.html>.

<sup>14</sup> Rengier, Fn. 12, S. 2578; Bergwitz, ZTR 2004, 512, 515 f.; Blomeyer/Otto/Rolfs, BetrAVG, 4.Aufl., Anh. § 1 Rz 207; Schmidt in FS Wissmann, 2005, 80, 88 f.

Nach der Rechtsprechung muss in solchen Fällen nach oben angepasst werden.<sup>15</sup> Verpartnerten Bundesbeamten steht deshalb für ihre Partner dieselbe Beihilfe zu wie verheirateten Bundesbeamten.

Das Bundesinnenministerium ist anderer Auffassung und hat sowohl der FDP<sup>16</sup> und Bündnis 90/Die Grünen<sup>17</sup> als auch dem LSVD<sup>18</sup> mitgeteilt, aus dem AGG könne ein Rechtsanspruch eingetragener Lebenspartner auf Beihilfe nicht abgeleitet werden. Das Ministerium hat seine Meinung aber gegenüber der FDP und dem LSVD nicht begründet. In der Antwort an Bündnis 90/Die Grünen hat das Ministerium zur Begründung seiner Meinung ausgeführt, dass das AGG für die Beamten nur entsprechend gelte. Die Entscheidung über ihre Einbeziehung in dienstrechtliche Regelungen müsse in der jeweiligen Einzelbestimmung getroffen werden. Das ist keine Antwort auf die Frage, ob § 24 AGG eine solche Einzelbestimmung ist.

Offenbar hat das Ministerium im Gesetzgebungsverfahren die Folgerungen übersehen, die sich aus § 24 AGG für die Beihilfe der Bundesbeamten ergeben, und möchte das nicht einräumen.

Die Bundesjustizministerin hat in einem Schreiben an den LSVD<sup>19</sup> auf die Auffassung des „federführenden“ Bundesinnenministeriums hingewiesen, aber hinzugefügt, die rechtliche Bedeutung der Einschränkung in § 24 AGG, dass das Gesetz für Beamte nur „entsprechend“ gelte, sei im Einzelnen noch nicht geklärt. Es bleibe den Betroffenen unbenommen, ihre Ansprüche bei den zuständigen Stellen geltend zu machen und sie verwaltungsgerichtlich weiterzuverfolgen. Solche Klagen seien bereits anhängig.

Daraus schließen wir, dass die beiden Ministerien in dieser Frage unterschiedlicher Meinung sind.

Lebenspartnern von Bundesbeamten würde somit durch § 79a BBG in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdisziplingesetzes, des Bundesbeamtengesetzes und weiterer Gesetz vom 18.07.2006<sup>20</sup> bzw. durch § 79 BBG in der Fassung des Entwurfs eines DNeuG die Beihilfeberechtigung entzogen, die ihnen jetzt aufgrund von § 79 BBG und von § 48 BRRG sowie aufgrund von § 24 AGG zusteht.

### **c) Unvereinbarkeit mit der gesetzlichen Krankenversicherung**

Das wäre außerdem mit der Struktur der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zu vereinbaren. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V sind Beamte nur dann von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung befreit, wenn sie nach beam-

---

<sup>15</sup> Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 20.03.2003 - C 187/00 - Rs. KutzBauer, Rz. 728 ff.; Slg. I 2003, 2741; NZA 2003, 506; BAG, Urt. v. 07.09.2004 - 3 AZR 550/03; NZA 2005, 1239.

<sup>16</sup> BT-Drs. 16/2692, Nr. 15..

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/3259.

<sup>18</sup> Schreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. Bergner v. 25.10.2006 an den LSVD.

<sup>19</sup> Vom 26.10.2006.

<sup>20</sup> BT-Drs 16/2253.

tenrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen bei Krankheit Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge und auf Beihilfe haben. Das würde für verpartnerte Bundesbeamte nur noch hinsichtlich ihrer eigenen Person zutreffen, nicht dagegen hinsichtlich ihrer Lebenspartner, wenn die geplanten Vorschriften Gesetz würden. Deshalb müsste man dann die Lebenspartner wenigstens in die Familienversicherung der gesetzlichen Krankenversicherung einbeziehen.

Sonst kommt es zu einem ein Wertungswiderspruch zur gesetzlichen Krankenversicherung. In der gesetzlichen Krankenversicherung werden Lebenspartner, die über kein nennenswertes Einkommen verfügen, beitragsfrei in die Versicherung ihrer Partner miteinbezogen (§ 10 SGB V). Bei der Beihilfe sollen sie dagegen selbst dann nicht mitberücksichtigt werden, wenn sie kein nennenswertes eigenes Einkommen haben. Diese unterschiedliche Behandlung verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil verpartnerte Beamte gegenüber ihren Lebenspartnern dieselben Unterhaltungspflichten haben wie verpartnerte Sozialversicherte. Es bestehen deshalb zwischen diesen Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.

## 1.2. Die Richtlinie 2000/78/EG

Der geplante § 79a BBG in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdisziplinalgesetzes, des Bundesbeamtengesetzes und weiterer Gesetz vom 18.07.2006 bzw. § 79 BBG in der Fassung des Entwurfs eines DNeuG verstößt außerdem gegen die Richtlinie 2000/78/EG.

Die Beihilfe für Beamte und ihre Familie gilt europarechtlich als „Arbeitsentgelt“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c RL 2000/78/EG. Das folgt auch aus der Begründungserwägung 13 der Richtlinie, die für den Begriff des "Arbeitsentgelts" ausdrücklich auf Art. 141 EGV und die Richtlinie 75/117/EWG verweist. Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 141 Abs. 2 EGV (ex Art. 119 EGV) und zu den Richtlinien über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen gelten alle gegenwärtigen oder künftigen Leistungen als Arbeitsentgelt, die der Arbeitgeber oder Dienstherr dem Beschäftigten aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses gewährt unabhängig davon, ob sie aufgrund eines Arbeitsvertrags, kraft einer Rechtsvorschrift oder freiwillig gewährt werden. Entscheidend ist der Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis.<sup>21</sup> Dazu gehört auch die Beihilfe.<sup>22</sup>

Das Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein<sup>23</sup> ist anderer Auffassung, "weil die Gewährung der Beihilfe ihre Grundlage allein in der Fürsorgepflicht des Dienstherrn findet und nicht Gegenstand des gemeinschaftsrechtlichen 'Arbeitsentgelts' ist, so dass weder die zu Art. 141 EGV ergangene Richtlinie 2000/78/EG (vgl. auch Vorerwägung Nr. 13) noch Art. 141 EGV einschlägig sind". Das überzeugt nicht. Für den europarechtlichen Begriff des Arbeitsentgelts kommt es nicht auf die Motive an, aufgrund derer der Arbeitgeber eine Leistung gewährt, sondern allein darauf, ob die Leistung

---

<sup>21</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 09.07.2003 - IV ZR 100/02; VersR 2004, 364, 368, m. w. Nachw; BAG, Urt. V. 20.11.1990 – 3 AZR 613/89, Rs. Bilka; NZA 1991, 635.

<sup>22</sup> Schmidt in FS Wissmann, 2005, 80, 91.

<sup>23</sup> Urt. v. 27.08.2004 - 11 A 39/04, NVwZ-RR 2006, 205 f.

"mit dem Beschäftigungsverhältnis in Zusammenhang" steht. Das trifft für die Beihilfe offensichtlich zu.

Die Versagung der Beihilfe für die Lebenspartner von Bundesbeamten stellt, wie oben Seite 3 f. dargelegt, eine mittelbare Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung dar, die unter Art. 2 Abs. 1 u. Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie fällt. Sie ist unzulässig, weil sie nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist bzw. weil die Versagung der Beihilfe zur Erreichung dieses Ziels ungeeignet ist.

#### a) **Zur Auslegung der Begründungserwägung 22**

Fraglich ist lediglich, ob die Begründungserwägung 22, die nicht in den Text der Richtlinie (und des AGG) aufgenommen wurde, den Geltungsbereich der Richtlinie einschränkt. Die Begründungserwägung lautet: "Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt."

Die Begründungserwägung war im Kommissionsentwurf der Richtlinie nicht vorgesehen.<sup>24</sup> In der Beratung der Gruppe Sozialfragen des Rates wurde dann vorgeschlagen, folgende Begründungserwägung aufzunehmen: „Die vorliegende Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand unberührt und verpflichtet die Mitgliedstaaten daher nicht dazu, Leistungen, die Ehepartnern gewährt werden, auch in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Personen zu gewähren“.<sup>25</sup> Die Kommission hielt die Formulierung für überflüssig. Während Deutschland und Irland sich für den vollständigen Text einsetzten, sprachen sich Belgien und Schweden dafür aus, die Passage „und verpflichtet ... gewährleisten“ zu streichen.<sup>26</sup> Auf den Vorschlag des Vorsitzes wurde schließlich die verabschiedete Fassung aufgenommen.<sup>27</sup> Obwohl damit offenkundig zwischen den Mitgliedstaaten unterschiedliche Auffassungen herrschten, wurde der Richtlinienentwurf nicht geändert. Dies hätte auch Einstimmigkeit vorausgesetzt. Der gefundene Kompromiss übernimmt eher die von Deutschland und Irland verfolgte Position und strafft diese lediglich sprachlich. Die Langfassung zeigt aber, dass es dem Rat bei dem Begriff „Familienstand“ um das Verhältnis von Ehe und eheähnlicher Gemeinschaft und damit um das Verhältnis von verbindlicher zu unverbindlicher Lebensgemeinschaft ging. Von gleichgeschlechtlichen eingetragenen und damit rechtlich wie die Ehe verbindlichen Partnerschaften mit Unterhaltsverpflichtungen war keine Rede.

Für diese Auslegung spricht auch, **dass der Sinn der Begründungserwägung 22 nach dem Prinzip des „effet utile“ zu ermitteln ist.** Zu fragen ist also, auf welche Weise das Ziel der Richtlinie am besten verwirklicht werden kann. Ziel der Richtlinie ist „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung

---

<sup>24</sup> KOM(1999) 565 endg., AmtsBl. EU 1999, C 177/E 42.

<sup>25</sup> Vgl. Begründungserwägung 11b im Prot. 6434/00;  
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st06/06434d0.pdf>.

<sup>26</sup> Prot. 6941/00, Fußn. 7 zu Begründungserwägung 11a  
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st06/06941d0.pdf>.  
und Prot. 11682/00, Fußn. 13 zur Begründungserwägung 11 a  
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st11/11682d0.pdf>.

<sup>27</sup> Prot. 12269/00, 21. Begründungserwägung  
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st12/12494d0.pdf>.

wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten“.<sup>28</sup> Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird aber am besten verwirklicht, wenn die Begründungserwägung so einschränkend ausgelegt wird wie das ihre Entstehungsgeschichte nahe legt.<sup>29</sup>

Das Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein hat demgemäß zutreffend festgestellt:<sup>30</sup>

"Der danach gebotenen Einstufung des Klägers in den Familienzuschlag der Stufe 1 steht aus Sicht der Kammer nicht entgegen, dass es in der der Richtlinie beigefügten Begründungserwägung Nr. 22 heißt, dass die „Richtlinie die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt lässt“. Das bedeutet, dass jedenfalls noch zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie Regelungen für an den Familienstand anknüpfende Leistungen wie den Familienzuschlag dem nationalen Recht vorbehalten bleiben sollten. Das entspricht zwar den primären Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, schließt aber einen sich aus der Richtlinie unmittelbar ableitenden Gleichbehandlungsanspruch dann nicht aus, wenn ohne Zuerkennung eines solchen Sinn und Zweck der Richtlinie ins Leere liefen. Das wäre hier der Fall, wollte man dem Kläger den Familienzuschlag der Stufe 1 vorenthalten. Denn das alleinige Abstellen auf den national gesetzlich geregelten „Familienstand“ lässt außer acht, dass dies nur insoweit ein sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium sein kann, als damit den sich aus verschiedenen Lebensverhältnissen ergebenden Unterhaltslasten jeweils typisierend Rechnung getragen wird. Jedenfalls insoweit besteht aber wegen identischer Unterhaltsverpflichtungen zwischen der eingetragenen Lebenspartnerschaft und der Ehe kein Unterschied. Die dennoch unterschiedliche Einstufung ist vielmehr allein Folge anderer sexueller Ausrichtung (Verschiedengeschlechtlichkeit dort, Gleichgeschlechtlichkeit der Partner hier). Allein daran anknüpfende unterschiedliche Behandlungen will die Richtlinie im Grunde nach verhindern, ohne dem nationalen Gesetzgeber vorzugeben, in welcher konkreten Höhe das Arbeitsentgelt hier mit Blick auf den Familienzuschlag dem Rechnung tragen muss. Soweit und solange es dazu an einer national gesetzlichen Regelung - wie hier - fehlt, hält die Kammer den Anspruch auch der Höhe nach wie für Verheiratete wegen der insoweit bestehenden Vergleichbarkeit der Lebensverhältnisse für begründet.“

## b) Bedeutung und Rechtswirkung von Begründungserwägungen

Begründungserwägungen sind das Resultat der in Art. 253 EG-Vertrag statuierten Begründungspflicht für Rechtsakte der Gemeinschaft, die dem Europäischen Gerichtshof die Ausübung seiner Rechtskontrolle und den Mitgliedstaaten die Unterrichtung darüber ermöglichen soll, in welcher Weise die Gemeinschaftsorgane den Vertrag angewandt haben. Die Begründungserwägungen haben daher dieselbe Bedeutung wie die Amtlichen Begründungen deutscher Gesetze. Daraus wird in der Literatur allgemein gefolgert, dass Begründungserwägungen eine wichtige Auslegungshilfe sind, dass sie aber einen entgegenstehenden Wortlaut der Richtlinie bzw. des Gesetzes nicht außer Kraft setzen können. Deshalb müssen einschränkende Begründungserwägungen in der Richtlinie selbst wiederholt werden, wenn sie Rechtswirkungen entfalten sollen.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Vgl. Art. 1 der Richtlinie.

<sup>29</sup> Rengier, NZA 2006, 1251, 1253; Stüber, NJW 2006, 1774, 1776.

<sup>30</sup> Urt. v. 27.08.2004 - 11 A 103/04, UA. S. 7, siehe <http://www.typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Rechtsprechung/vgschleswig01.pdf>.

<sup>31</sup> Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830; Redeker, ZRP 2004, 160, 162; Thüsing, NZA 2001, 1061, 1064 Fn. 28; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 84 f.; Schlachter, GS Blomeyer, 2003, 355, 363 f.; Zöllner, GS Blomeyer, 2003, 517, 529 f.; Hailbronner, NJW 2004, 2185, 2187; ders. ZAR 2004, 163,



Dafür sprechen auch die besonderen Entstehungsbedingungen von Begründungserwägungen. Ihre redaktionelle Abfassung erfolgt sehr oft in letzter Minute durch die an den Verhandlungen beteiligten Juristen, ohne dass der Ministerrat gewillt ist, das Verhandlungspakt der gefundenen Kompromisse noch einmal aufzuschnüren. Dies ist besonders problematisch, weil sich in den Begründungserwägungen häufig wieder findet, worauf sich die Mitgliedsstaaten nicht einigen konnten.<sup>32</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht<sup>33</sup> meint dagegen, die Begründungserwägung 22 gebe gemäß Art. 253 EGV einen der Gründe wieder, von dem der Rat sich bei Erlass der Richtlinie habe leiten lassen. Sie sei mitentscheidend für ihre Auslegung. Das gelte auch dann, wenn die Begründungserwägung – wie im vorliegenden Fall – nicht in den Text der Richtlinie aufgenommen worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht beruft sich für seine Auffassung auf das Urteil des EuGH v. 23.02.1988 - Rs. 131/86; Slg. I 1988, 905, Rz. 37. In dem zitierten Urteil ging es aber 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 Rz. 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. Es gibt auch sonst keine Entscheidung des EuGH die die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts stützen könnte. Im Urteil des EuGH vom 13.07.10989 – Rs. 215/88, Slg. I 1989, 2789, Tz. 31 – heißt es im Gegenteil: „Eine Begründungserwägung einer Verordnung kann zwar dazu beitragen, Aufschluss über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben, sie kann jedoch nicht selbst eine solche Vorschrift darstellen“.

An den Grundsatz, dass einschränkende Begründungserwägungen in der Richtlinie selbst wiederholt werden müssen, wenn sie Rechtswirkungen entfalten sollen, hat sich der Europäische Gesetzgeber bei den anderen einschränkenden Begründungserwägungen der Richtlinie 2000/78/EG gehalten.<sup>34</sup> Für die in der Begründungserwägung 22 erwähnten Leistungen, die vom Familienstand abhängen, findet sich dagegen in der Richtlinie keine korrespondierende Ausnahmeregelung. Nach dem Richtlinien-text ist die Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt ausnahmslos verboten. Dieses Verbot kann deshalb durch die „vereinsamte“ Begründungserwägung 22 nicht eingeschränkt werden.<sup>35</sup>

---

165; Stüber, NJW 2003, 2721, 2723; ders. NJW 2006, 1774, 1775 f.; Bertelsmann, ZESAR 2005, 242, 250; ders. in: Rust, Ursula u.a. (Hrsg.): Die Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien in Deutschland - Rehburg-Loccum: Evang. Akad. Loccum, 2005, S. 81, 99f.; Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 297; Kamanabrou, NJW 2006, 321, 331; Rengier, NZA 2006, 1251, 1252 f.; Wackerbarth, ZIP 2007, 453, 454.

<sup>32</sup> Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830.

<sup>33</sup> Ur. v. 26.01.2006 – 2 C 43.04; BVerwGE 125, 79, Rz. 16, zum Familienzuschlag.

<sup>34</sup> Ausgenommen die Begründungserwägung 14.

<sup>35</sup> Die Rechtsfrage ist vom VGH München durch Beschl. v. 01.06.2006 - M 3 K 05.1595; BetrAV 2006, 781 (nur Ls), dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt worden. Der Beschluss kann unter der URL

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt gilt deshalb uneingeschränkt für verpartnerte Bundesbeamte. Die geplante Streichung der Beihilfeberechtigung für Ihre Partner durch § 79a BBG in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdisziplinargesetzes, des Bundesbeamtengesetzes und weiterer Gesetz vom 18.07.2006 und durch § 79 BBG in der Fassung des DNeuG verstößt gegen die Richtlinie 2000/78/EG und ist unwirksam.

### **1.3. Das Gebot, die Ehe zu fördern (Art. 6 Abs. 1 GG) und der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)**

Viele verpartnerte Beamte haben sich gegen ihre Diskriminierung beim Familienzuschlag, bei der Hinterbliebenenversorgung und bei der Beihilfe durch Klagen gewehrt. Zur Zeit sind deswegen drei Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht anhängig.<sup>36</sup>

#### **a) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lebenspartnerschaftsgesetz**

In diesen Rechtsstreitigkeiten haben die Kläger jeweils geltend gemacht, ihre Benachteiligung beim Familienzuschlag, bei der Hinterbliebenenversorgung und bei der Beihilfe verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 3 Abs. 1 GG. Das ist von den Verwaltungsgerichten jeweils mit der Begründung zurückgewiesen worden, dem Gesetzgeber sei es wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht verwehrt, diese gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen. Dafür berufen sich die Gerichte auf einen entsprechenden Hinweis des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz.<sup>37</sup>

Dabei haben die Gerichte übersehen, dass das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle der Entscheidung ausgeführt hat:<sup>38</sup>

„Dass die beabsichtigte einkommensteuerrechtliche Berücksichtigung der mit dem LPart-DisBG in seinem Art. 1 §§ 5, 12 und 16 begründeten Unterhaltslasten für Lebenspartner wegen ihrer Aufnahme in den Entwurf des LPartGErgG nicht erfolgen kann, weil dieses Gesetz bisher nicht zustande gekommen ist, führt nicht zur Verfassungswidrigkeit der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen des LPartDisBG.

Zwar ist die wirtschaftliche Belastung durch Unterhaltungspflichten für den Steuerpflichtigen ein besonderer und unvermeidbarer, die Leistungsfähigkeit mindernder Umstand, dessen Nichtberücksichtigung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen kann (.....). Durch die Einführung der Unterhaltungspflichten für Lebenspartner ist jedoch kein Rechtszustand eingetreten, der diese Belastung einkommensteuerrechtlich außer Betracht lässt. Nach § 33 a EStG wird auf Antrag die Einkommensteuer dadurch ermäßigt, dass Aufwendungen, die einem Steuerpflichtigen für den Unterhalt einer ihm gegenüber gesetzlich unterhaltsberechtigten Person erwachsen, in Höhe einer für das jeweilige Kalenderjahr festgesetzten Summe vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. Da der Unterhaltsanspruch eines Lebenspartners gesetzlich statuiert ist, ist er

---

<http://www.typo3.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/lpartg/vgmuenchen.pdf> aufgerufen und heruntergeladen werden.

<sup>36</sup> Siehe <http://www.typo3.lsvd.de/211.0.html#3549>.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 17.07.2002 - 1 BvF 1/01 u. 2/01; BVerfGE 105, 313, 348.

<sup>38</sup> S. 356 f.

nach § 33 a EStG als außergewöhnliche Belastung einkommensteuermindernd zu berücksichtigen. Ob diese Berücksichtigung ausreichend auch im Vergleich zur steuerrechtlichen Behandlung von Ehegatten ist, ist keine Frage, die das LPartDisBG betrifft. Sie wäre durch verfassungsrechtliche Prüfung der einkommensteuerrechtlichen Regelungen zu klären, die nicht von den Normenkontrollanträgen umfasst sind."

Diese Ausführungen wären unverständlich, wenn nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Art. 6 Abs. 1 GG tatsächlich die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis zwischen Ehen und Lebenspartnerschaften ausschließen und der Gleichbehandlungsgrundsatz somit für Lebenspartnerschaften nicht gelten würde. Dann hätte an dieser Stelle der Hinweis genügt, dass die steuerliche Besserstellung von Ehegatten durch Art. 6 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist.

**Die Gerichte hätten sich deshalb mit dem Spannungsverhältnis zwischen Art. 6 Abs. 1 GG einerseits und Art. 3 Abs. 1 sowie Art 2 Abs. 1 GG andererseits auseinandersetzen und dieses sachgerecht und der Grundrechtsdogmatik folgend auflösen müssen.**

Nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Konflikt zwischen vorbehaltlos gewährten Grundrechtspositionen und anderen verfassungsrechtlich geschützten Positionen nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, dass nicht eine widerstreitende Rechtsposition maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren. Dazu muss zunächst der Maßstab für die Rechtfertigung von Benachteiligungen bestimmt werden.

## **b) Der Maßstab für die Rechtfertigung von Benachteiligungen**

Das Bundesverfassungsgericht überprüft Benachteiligungen nach folgendem Maßstab:<sup>39</sup>

"Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine un gerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (...) Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (...). Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (.....)."

Danach

"prüft das Bundesverfassungsgericht bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im Einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (...)"

---

<sup>39</sup> Urt. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87, 96 f. ; Urt. v. 20.04.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00; BVerfGE 110, 274, 291.

Die Urteile der Verwaltungsgerichte befassen sich nicht damit, welche dieser Kriterien erfüllt sein könnten und welcher Maßstab danach zu gelten hätte.

Bei Beachtung der Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich für die Beihilfe Folgendes:

**c) Die sexuelle Identität als Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlungen**

Äußerer Anknüpfungspunkt für die Vergünstigungen der Beihilfe ist die Ehe. Verpartnerte Bundesbeamte leben im Familienstand der Lebenspartnerschaft. Der maßgebliche Unterschied zwischen diesen Rechtsinstituten besteht in der Geschlechtskombination der Partner.<sup>40</sup> Gleichwohl handelt es sich nicht um eine unmittelbar an Art. 3 Abs. 3 GG zu messende Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts.<sup>41</sup>

Die Frage bleibt somit, ob die Geschlechtskombination, die den Unterschied zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft ausmacht, den personenbezogenen oder den verhaltensbezogenen Merkmalen zuzurechnen ist. Als personenbezogenes Merkmal käme die sexuelle Identität in Betracht. Zwar ist eine bestimmte sexuelle Identität nicht Voraussetzung für die Eingehung einer Ehe oder Lebenspartnerschaft.<sup>42</sup> Jedoch gilt nach dem oben zitierten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts die enge Bindung auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen zur Folge hat. Das ist hier der Fall. Die an den Familienstand „verheiratet“ oder „verpartnert“ anknüpfende Ungleichbehandlung bei der Beihilfe bewirkt mittelbar, wie oben Seite 3 dargelegt, eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität. Diese ist nicht beliebig wählbar.

Dementsprechend hat es das Bundesverfassungsgericht<sup>43</sup> als maßgeblich angesehen, dass ein homosexuell orientierter Mann-zu-Frau-Transsexueller sich mit einer Frau verbinden wollte, und beanstandet, dass dies nach derzeitigem Recht ausgeschlossen ist. Wäre nicht letztlich die sexuelle Orientierung maßgeblich für die Frage, welches der beiden Rechtsinstitute (Ehe oder Lebenspartnerschaft) für die Begründung einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft in Betracht kommt, wäre der dortige Antragsteller darauf zu verweisen gewesen, es stehe ihm ja frei, mit einem Mann eine Lebenspartnerschaft einzugehen.

**d) Enge Bindung an den Gleichheitssatz**

Hieraus wiederum ergibt sich, dass die Bindung an den Gleichheitssatz vorliegend besonders eng ist. Denn die Differenzierung bewirkt – jedenfalls mittelbar – eine Ungleichbehandlung von Personengruppen. Zudem kommt das Merkmal sexuelle Identität den in Art. 3 Abs. 3 GG benannten Merkmalen sehr nahe, insbesondere dem des Geschlechts. Diesem Umstand hat bereits 1988 das Bundesverwaltungsgericht Rechnung getragen, indem es die irreversible, schicksalhafte homosexuelle Prägung den in Art. 1 A Nr. 2 GK ausdrücklich genannten Merkmalen und Eigenschaften

---

<sup>40</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.02.2002 - 1 BvF 1/01 u. 2/01; BVerfGE 105, 313, 345, 350 f.; BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, 1 BvL 3/03, BVerfGE 115, 1, 23.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 105, 313, 351 f.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 115, 1, 23.

<sup>43</sup> BVerfGE 115, 1, 24.

gleichgestellt hat.<sup>44</sup> In den jetzigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte fehlt dagegen jegliche Auseinandersetzung mit der Nähe des Merkmals der Homosexualität zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen und den sich hieraus für die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Konsequenzen.

#### e) **Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit**

Es kommt hinzu, dass die Ungleichbehandlung bei der Beihilfe sich nur und gerade dann auswirkt, wenn die Beamten von dem jeweils zur Verfügung stehenden Rechtsinstitut zur Absicherung einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft Gebrauch gemacht haben. Diese Freiheit ist im Falle der Ehe durch Art. 6 Abs. 1 GG und im Falle der Lebenspartnerschaft durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.<sup>45</sup> Die Ungleichbehandlung zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft wirkt sich somit gerade im Bereich grundrechtlich geschützter Freiheiten aus und unterliegt somit auch aus diesem Grunde besonderen Beschränkungen.

#### f) **Abwägung**

Die Gerichte hätten deshalb abwägen müssen, ob das Gebot, die Ehe zu fördern, eine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten und Lebenspartnern bei der Beihilfe rechtfertigt, obwohl Lebenspartner in gleicher Weise zum Unterhalt verpflichtet sind wie Ehegatten und die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichbehandlungsgrundsatz in diesem Fall besonders eng ist, weil Lesben und Schwulen aufgrund ihrer schicksalhaft vorgegebenen sexuellen Identität nicht beliebig zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft wählen können, so dass eine Ungleichbehandlung zur Diskriminierung dieser Bevölkerungsgruppe führt und sich nachteilig auf ihre grundgesetzlich gewährte Freiheit auswirkt, eine verbindliche Partnerschaft mit einem Partner ihrer Wahl einzugehen.

Dabei hätten die Gerichte beachten müssen, dass es in diesen Fällen nicht um die Rechtfertigung von Mehrzahlungen an verheiratete Beamte, sondern um ihre Versagung gegenüber verpartnerten Beamten geht. Diese Versagung ist, wie oben Seite 4 f. dargelegt, nicht geeignet, die Ehe zu fördern.

Wenn die Gerichte diese Abwägung vorgenommen hätten, wäre sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die jetzigen Regelungen, nach denen nur verheiratete Beamte eine Beihilfe für ihre Partner erhalten, gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 3 Abs. 1 GG verstoßen.

### **1.4. Ergebnis**

- Die Lebenspartner von Bundesbeamten sind aufgrund von § 79 BBG und § 48 BRRG sowie von § 24 AGG im selben Umfang beihilfeberechtigt wie Ehegatten. Die Beihilfevorschriften des Bundesministeriums des Innern verstoßen insoweit gegen das Gesetz.

---

<sup>44</sup> BVerwG, Urt. v. 15.03.1988; BVerwGE 79, 143, 144 ff.

<sup>45</sup> Vgl. u.a. BVerfG (3. Kammer des ersten Senats) Beschl. v.. 04.10.1993 - 1 BvR 640/93, NJW 1993, 3058 f.; Urt. v. 18.07.2001 - 1 BvQ 23/01 und 26/01, BVerfGE 104, 51, 59; BVerwG, Urt. v. 27.02.1996 - 1 C 41.93, BVerwGE 100, 287, 299.

- Die geplante Streichung der Beihilfeberechtigung von Lebenspartnern von Bundesbeamten durch § 79a BBG in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdisziplingesetzes, des Bundesbeamtengesetzes und weiterer Gesetz vom 18.07.2006 bzw. durch § 79 BBG in der Fassung des Entwurfs eines DNeuG verstößt gegen die Richtlinie 2000/78/EG und gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

## 2. Artikel 2 Abschnitt 27, § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBG – Familienzuschlag Artikel 4, Änderung des Beamtenversorgungsgesetzes

Verpartnerte Bundesbeamte erhalten keinen Familienzuschlag und ihre Lebenspartner keine Hinterbliebenenversorgung, wenn der Beamte stirbt. Das widerspricht § 79 BBG und § 48 BRRG bzw. dem geplanten § 46 Beamtenstatusgesetz. Nach diesen Vorschriften erstreckt sich die Fürsorgepflicht des Dienstherrn auch auf die Familie des Beamten. Wie oben auf Seite 1 f. dargelegt, **umfasst der Begriff „Familie“ auch die Lebenspartner von Bundesbeamten.**

### a) Zum Familienzuschlag

Der Familienzuschlag ist Bestandteil der verfassungsrechtlich geschuldeten Alimentation des Beamten. Das Alimentationsprinzip gehört zu den hergebrachten und vom Gesetzgeber zu beachtenden Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG. Es gibt dem einzelnen Beamten ein grundrechtsähnliches Individualrecht gegenüber dem Staat. Der Dienstherr ist danach verpflichtet, dem Beamten den amtsangemessenen Unterhalt für sich und seine Familie zu gewähren. Dies umfasst die Pflicht, die dem Beamten durch seine Familie entstehenden Unterhaltungspflichten realitätsgerecht zu berücksichtigen. Art. 33 Abs. 5 GG, verlangt, dass in der Lebenswirklichkeit die Beamten sich für ihre Familie ohne Rücksicht auf deren Größe "annähernd das gleiche leisten" können. Der Gesetzgeber muss deshalb dafür Sorge tragen, dass jeder Beamter außer den Grundbedürfnissen ein Minimum am Lebenskomfort befriedigen und seine Unterhaltungspflichten gegenüber seiner Familie erfüllen kann. Der Gesetzgeber überschreitet seinen Gestaltungsspielraum, wenn er dem Beamten zumutet, für den Unterhalt seiner Familie auf die familienneutralen Bestandteile seines Gehalts zurückzugreifen, um den Bedarf seiner Familienangehörigen zu decken.<sup>46</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht meint demgegenüber in seinem Urteil zu Familienzuschlag:<sup>47</sup>

„Der Verheiratetenzuschlag nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG knüpft auch nicht an die persönliche Eigenschaft der Heterosexualität, sondern an den Familienstand ‚verheiratet‘ an, nicht anders als § 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BBesG an den Familienstand ‚verwitwet‘ und ‚geschieden‘“. Der Unterschied zwischen dem Familienstand ‚verheiratet‘ und dem Familienstand ‚eingetragene Lebenspartnerschaft‘ rechtfertigt unterschiedliche Rechtsfolgen (BVerwG, Beschluss vom 29. Februar 2000 - BVerwG 1 B 82.99 - Buchholz 430.4 Versorgungsrecht Nr. 41).

An diesen Ausführungen fällt zunächst auf, dass der vom Bundesverwaltungsgericht zitierte Beschluss vom 29.02.2000 nicht Lebenspartnerschaften betrifft, sondern

---

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.03.1990 - 2 BvL 1/86; BVerfGE 81, 363, 376; Beschl. v. 24.11.1998 - 2 BvL 26/91, u.a.; BVerfGE 99, 300, 314 ff.

<sup>47</sup> BVerwG, Urte. v. 26.01.2006 – 2 C 43.04; BVerwGE 125, 79. Rz 14

gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften. Das Lebenspartnerschaftsgesetz ist erst am 01.08.2001, also nach diesem Beschluss in Kraft getreten. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob die berufständischen Versorgungswerke der Freien Berufe aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 verpflichtet sind, Partnern einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft eine Hinterbliebenenrente zu gewähren. Das hat das Bundesverwaltungsgericht damals verneint und zur Begründung u.a. ausgeführt:<sup>48</sup>

„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. Das zitierte Urteil kann deshalb nicht auf Lebenspartnerschaften übertragen werden.

Ähnlich verhält es sich mit der Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts:

„Das Bestehen einer Ehe ist ein zureichender Grund für die Besserstellung. Es ist nicht, wie die Klägerin meint, weiter erforderlich, dass die Begünstigung des Verheirateten auch durch seine Situation im Übrigen, wie beispielsweise durch eine im Vergleich zu einem Ledigen höhere Unterhaltspflicht, gerechtfertigt ist. Der ‚besondere‘ verfassungsrechtliche Schutz, den nach Art. 6 Abs. 1 GG nur die Ehe genießt, stellt bereits den die Verschiedenbehandlung rechtfertigenden Unterschied dar (vgl. Urteil vom 3. November 2005 - BVerwG 2 C 16.04 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Tatsächlich ergibt sich aus dem zitierten Urteil genau das Gegenteil. Dort heißt es u.a.:<sup>49</sup>

„Dem Familienzuschlag kommt eine soziale, nämlich ehe- und familienbezogene Ausgleichsfunktion zu. Er tritt zu den leistungsbezogenen Besoldungsbestandteilen hinzu, um diejenigen Mehraufwendungen auszugleichen, die typischerweise durch Ehe und Familie entstehen. Dadurch erfüllt der Gesetzgeber die sich aus dem Alimentationsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 5 GG ergebende Verpflichtung, die dem Beamten obliegenden Unterhaltspflichten gegenüber Ehegatten und Kindern realitätsgerecht zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 81, 363 ; 99, 300 ). (.....)

Der Familienzuschlag der Stufe 1 soll einen pauschalen Beitrag zur Deckung des Mehrbedarfs leisten, der bei verheirateten Beamten aufgrund des gemeinsamen Hausstandes mit dem Ehegatten anfällt (BVerfGE 49, 260; BVerwG, Urteil vom 15. November 1984, aaO.).

---

<sup>48</sup> NJW 2000, 2038, 2039.

<sup>49</sup> NVwZ-RR 2006, 259

Dementsprechend knüpft der Familienzuschlag der Stufe 1 gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG an den Familienstand der Ehe an. Folgerichtig wird geschiedenen Beamten der Zuschlag gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG nur gewährt, wenn sie zum nahehelichen Unterhalt verpflichtet sind. Hier tritt die Unterhaltsleistung an die Stelle der Mehraufwendungen aufgrund des gemeinsamen Hausstandes; sie muss mindestens die Höhe des Zuschlages erreichen (Urteil vom 19. September 1991, a.a.O.) Der Zuschlagsgewährung an verwitwete Beamte gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 2 BBesG liegt die Erwägung zugrunde, dass ihnen aufgrund des regelmäßig vorgerückten Alters die Einschränkung der Haushaltsführung, d.h. ein Umzug in eine kleinere Wohnung nicht mehr zugemutet werden soll. Darin liegt keine gleichheitswidrige Bevorzugung (BVerfGE 49, 260).“

Entscheidend für die Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 ist also auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts die Verpflichtung von Ehegatten zum gegenseitigen Unterhalt. Die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung von Lebenspartnern entspricht aber der von Ehegatten. Das Lebenspartnerschaftsgesetz enthält insoweit keine eigene Regelungen, sondern verweist auf das eheliche Unterhaltsrecht.

Deshalb **widerspricht die Vorenthaltung des Familienzuschlags dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG** (siehe Seite 10 ff.) **und zusätzlich der Richtlinie 2000/78/EG** (siehe Seite 6 ff.). Es ist in der Rechtsprechung geklärt, dass der Familienzuschlag unter den europarechtlichen Begriff des „Arbeitsentgelts“ fällt.<sup>50</sup>

#### **b) Zur Hinterbliebenenversorgung der Beamten**

Aufgrund des Alimentationsprinzips braucht der Beamte seine Altersversorgung und die seiner Hinterbliebenen nicht selbst zu veranlassen; stattdessen sind die Brutto-bezüge von vornherein – unter Berücksichtigung der künftigen Pensionsansprüche – niedriger festgesetzt. Deshalb ist ein Versorgungsniveau verfassungswidrig, wenn es so niedrig ist, dass eine amtsangemessene Versorgung des Beamten und seiner Hinterbliebenen nur mithilfe zusätzlicher, privater Altersvorsorge gesichert werden kann.<sup>51</sup>

Lebenspartner sind Familienangehörige (§ 11 LPartG). Sie haben untereinander dieselben Unterhaltspflichten wie Ehegatten (§§ 5, 12, 16 LPartG). Darauf hat der Gesetzgeber in der gesetzlichen Krankenversicherung bereits reagiert und Lebenspartner bei der Hinterbliebenenrente mit Ehegatten gleichgestellt (§ 46 Abs. 4 SGB VI). Dass dies bei der Beamtenversorgung noch immer nicht geschehen ist, widerspricht dem Versorgungsanspruch, der verpartnerten Beamten aufgrund von Art. 33 Abs. 5 GG für sich und ihre Hinterbliebenen zusteht. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass nicht nur die beitragsfinanzierten Versicherungsrenten, sondern auch die Versorgungsbezüge der Beamten der Gegenwart für die zur Zeit der aktiven Beschäftigung erbrachten Dienstleistungen sind.<sup>52</sup>

Deshalb **widerspricht der Ausschluss von Lebenspartnern von Bundesbeamten von der Hinterbliebenenversorgung dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG** (siehe Seite 10 ff.) **und zusätzlich der Richtlinie 2000/78/EG** (siehe Seite 6 ff.). Es ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt,

---

<sup>50</sup> BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 19.11.2003 - 2 BvR 1476/01; FamRZ 2004, 524.

<sup>51</sup> BVerfG, Ur. v. 27.09.2005 – 2 BvR 1387/02, BVerfGE 114, 258; DVBl 2005, 1441, 1447 f..

<sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.03. 2002 - 2 BvL 17/99; BVerfGE 105, 73, 114.



dass die im Beamtenversorgungsgesetz geregelten Versorgungsansprüche unter den europarechtlichen Begriff des „Arbeitsentgelts“ fallen.<sup>53</sup>

Insoweit liegt auch ein Wertungswiderspruch zur gesetzlichen Rentenversicherung vor, der gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG), verstößt, weil verpartnerte Beamte gegenüber ihren Lebenspartnern dieselben Unterhaltspflichten haben wie verpartnerte Sozialversicherte. Es bestehen deshalb zwischen diesen Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.

---

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2003 - C- 4 u.5/02 (Rs. Schönheit u. Becker); Slg. I, 2003, 12575; DVBl. 2004, 188.