

## Bundesgeschäftsstelle

Hausadresse:  
Pipinstraße 7  
50667 Köln

Tel.: 0221 9259610  
Fax: 0221 92595111  
Email: [lsvd@lsvd.de](mailto:lsvd@lsvd.de)  
Internet:  
<http://www.lsvd.de>

LSVD, Postfach 103414, 50474 Köln

Finanzministerium  
Postfach 7127

24171 Kiel

### Entwurf eines Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften

Ihr Schreiben vom 20. Januar 2010

Köln den 3. Februar 2010

Sehr geehrter Herr Staatssekretär Dr. Bastian,

vielen Dank, dass Sie uns Gelegenheit geben, zu dem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen.

Wir sind sehr froh, dass die langjährige Diskussion über die Anpassung des schleswig-holsteinischen Beamtenbesoldungs- und -versorgungsrechts an das Lebenspartnerschaftsrecht des Bundes nun endlich zu einem guten Ende kommt.

Die Umsetzung in dem Entwurf entspricht bis auf zwei Punkte unseren Vorstellungen.

#### 1. Gleichstellung von Lebenspartnern mit Stiefkindern beim Familienzuschlag der Stufe 2

Nach § 40 Abs. 2 und 3 BBesG in der in Schleswig-Holstein geltenden Überleitungsfassung erhalten Beamten und Richter, die verheiratet sind oder waren, den Familienzuschlag der Stufe 2, wenn Sie ein Kind ihres Ehegatten in ihren Haushalt aufgenommen haben. In diesem Punkt sollen Lebenspartner nach dem Entwurf nicht mit Ehegatten gleichgestellt werden. Das bedauern wir sehr, weil diese Benachteiligung vor allem Lebenspartnerschaften von Frauen trifft, bei denen eine der Frauen zu Haus bleibt, um das Kind zu betreuen, während die andere als Beamtin berufstätig ist. Wenn diese Partnerschaften den Familienzuschlag der Stufe 2 nicht erhalten, ist das eine spürbare Einbuße, von der auch die Kinder mit betroffen sind.

Wenn der Entwurf in diesem Punkt nicht geändert wird, erhalten verpartnerte Beamte und Richter mit Stiefkindern den Familienzuschlag der

Postadresse  
Postfach 103414  
50474 Köln

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

Stufe 2 erst, wenn Lebenspartner im Einkommensteuerrecht mit Ehegatten gleichgestellt werden. Das ist zwar beabsichtigt, aber erst zusammen mit der geplanten Steuerreform. Die Gleichstellung kann sich daher noch bis 2011 oder sogar 2012 hinziehen.

Die Tatsache, dass die Gleichstellung in diesem Punkt unterbleiben soll, **widerspricht dem Europarecht** (siehe Abschnitt 3 ff.).

Wir schlagen deshalb vor, in **Artikel 2 - Änderung des Bundesbesoldungsgesetzes - Überleitungsfassung für Schleswig-Holstein** - die Nummer 2 Buchstabe b) wie folgt zu fassen:

b) nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

„(3a) Die Absätze 2 und 3 gelten für Beamte und Richter, die eine Lebenspartnerschaft führen oder geführt haben, entsprechend, sofern sie ein Kind ihres Lebenspartners in ihren Haushalt aufgenommen haben.“

## 2. Inkrafttreten

Nach Artikel 5 des Entwurfs soll die Gleichstellung der verpartnerten schleswig-holsteinischen Beamten und Richter mit den verheirateten Beamten und Richtern zusammen mit dem übrigen Gesetz am Tag nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten. **Das widerspricht ebenfalls dem Europarecht** (siehe Abschnitt 3 ff.).

Wir schlagen deshalb vor, **Artikel 5** um folgende Absätze 2 und 3 zu ergänzen:

„(2) Beamte und Richter, die eine Lebenspartnerschaft führen oder geführt haben, können die sich aus diesem Gesetz ergebenden Leistungen ab dem Tag ihrer Verpartnerung beanspruchen, frühestens jedoch ab dem 03.12.2003.

(3) Hinterbliebene Lebenspartner von Beamten und Richtern haben Anspruch auf die sich aus diesem Gesetz ergebenden Leistungen, wenn ihre Partner nach dem 2. Dezember 2003 gestorben sind.“

## 3. Zur Rechtsprechung

Die Rechtslage ist aufgrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Maruko (C-267/06, NJW 2008, 1649) und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.07.2009 (1 BvR 1164/07, DVBl 2009, 1510, m. Anm. Hoppe, Tilman, 1516) geklärt.

Aufgrund der Entscheidung des EuGH steht fest, dass die Benachteiligung von Lebenspartnern gegenüber Ehegatten beim Arbeitsentgelt eine unmittelbare Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung darstellt, die durch die RL 2000/78/EG verboten ist, wenn sich die Lebenspartner hinsichtlich des streitigen Entgelts in einer vergleichbaren Situation befinden.

Zum „Arbeitsentgelt“ gehören alle Leistungen und Vergünstigungen, die verheiratete Beamte erhalten, also insbesondere der Familienzuschlag der Stufe 1 und die Hinterbliebenenpension für ihre Ehegatten.

Bisher hat die Mehrheit der deutschen Gerichte die Auffassung vertreten, dass das Rechtsinstitut der Lebenspartnerschaft mit dem Rechtsinstitut der Ehe nicht vergleichbar sei (BVerwG, Urt. v. 15.11.2007, 2 C 33.06; NJW 2008, 868). Der Gesetz-

geber dürfe die Ehe fördern, weil Ehen typischerweise zur Gründung einer Familie führen, Lebenspartnerschaften hingegen typischerweise nicht, so die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in einem Nichtannahmebeschluss vom 06.05.2008 (2 BvR 1830/06; NJW 2008, 2325).

Diese Begründung hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner neuen Entscheidung vom 07.07.2009 zurückgewiesen. Nach seine Auffassung reicht die abstrakte Vermutung, dass Ehen typischerweise zur Gründung einer Familie führen, nicht aus, um zahlreichen kinderlosen Ehen eine Vergünstigung zukommen zu lassen, die kinderlosen Lebenspartnern verwehrt wird. Wenn der Gesetzgeber für die Zeugung von Kindern einen Vorteil gewähren wolle, müsse er diesen an die tatsächliche Zeugung eines Kindes anknüpfen.

**Die beiden gegensätzlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben eine unterschiedliche Bindungswirkung.** Der Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats ist ein Nichtannahmebeschluss. Solche Beschlüsse sind nicht bindend (vgl. BVerfGE 92, 91, 107). Das war auch der Grund, warum der Erste Senat ohne Anrufung des Plenums des Bundesverfassungsgerichts anders entscheiden konnte (vgl. § 16 Abs. 1 BVerfGG).

Bei dem Beschluss des Ersten Senats handelt es sich dagegen um eine Entscheidung des Plenums des Ersten Senats. Sie ist deshalb gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG für die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden bindend. Das gilt auch für die tragenden Gründe des Beschlusses (BVerfGE 1, 14, 37; 40, 88, 93, st. Rspr.). Dazu gehören alle Gründe, die nicht hinweg gedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis sich veränderte (BVerfGE 96, 375, 404).

Demgemäß gehören jedenfalls folgende Erwägungen des Ersten Senats zu den tragenden Gründen seiner Entscheidung: Durch Art. 3 Abs. 1 GG wird auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss verboten, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (Rz 78). Bei Vorschriften, die eine Ungleichbehandlung von Ehepaaren und Lebenspartnern bewirken, sind erhebliche Unterschiede zwischen diesen beiden Formen einer auf Dauer angelegten, rechtlich verfestigten Partnerschaft erforderlich, um die konkrete Ungleichbehandlung rechtfertigen zu können (Rz 93). Mit dem besonderen Schutz von Ehe und Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG können solche Benachteiligungen nicht gerechtfertigt werden. An die bloß abstrakte Vermutung, dass die Ehe zur Gründung einer Familie führe, darf der Gesetzgeber keine Vorteile knüpfen. Auch in Lebenspartnerschaften wachsen Kinder auf (Rz 112 und 113).

Hillgruber hat die "Quintessenz" des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts in seiner (ablehnenden) Entscheidungsbesprechung mit Recht wie folgt zusammengefasst (JZ 2010, 41): "Die Ehe steht unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung; die eingetragene Lebenspartnerschaft ist unter gleichen Schutz zu stellen."

An diese Erwägungen ist auch der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts gebunden. Wenn er von ihnen abweichen wollte, müsste er das Plenum des Bundesverfassungsgerichts anrufen. Das wird er angesichts der Tatsache, dass die Entscheidung des Ersten Senats einstimmig ergangen ist, mit Sicherheit nicht tun. Im Lauf der fast fünfzigjährigen Geschichte des Bundesverfassungsgerichts ist das Plenum erst vier Mal angerufen worden.

**Die "tragenden Gründe" der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.07.2009 sind auch für die schleswig-holsteinischen Behörden und Gerichte und den schleswig-holsteinischen Landesgesetzgeber bindend. Es kommt somit nur noch darauf an, ob es zwischen verpartnerten und verheirateten Beamten und Richtern hinsichtlich der Beamtenbesoldung und -Versorgung "erhebliche Unterschiede" gibt.**

Das ist nicht der Fall. Der **Familienzuschlag der Stufe 1**, den verheiratete Beamte erhalten, sowie die **Hinterbliebenenpension** für ihre Ehegatten knüpfen an die Unterhaltungspflicht der verheirateten Beamten an oder haben Unterhaltersatzfunktion. Lebenspartner müssen aber in gleicher Weise füreinander eintreten wie Ehegatten (Rz 102 des Beschl. des BVerfG v. 07.07.2009).

Diese vergleichbare Lage bestand von Anfang an. Schon § 5 LPartG in der Fassung des „Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften“ vom 16.02.2001 (BGBl. I S. 266) bestimmte: „Die Lebenspartner sind einander zum angemessenen Unterhalt verpflichtet. Die §§ 1360a und 1360b des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend.“ Der Gesetzgeber hat also die Verpflichtung der Lebenspartner zum gegenseitigen Unterhalt von Anfang an im Lebenspartnerschaftsgesetz nicht eigenständig geregelt, sondern nur durch Verweis auf die entsprechenden Vorschriften des BGB für Ehegatten. Verpartnerte Beamte und Richter befinden sich deshalb hinsichtlich der Beamtenbesoldungs- und -versorgung in derselben Lage wie verheiratete Beamte und Richter. Es gibt zwischen ihnen keine „erheblichen Unterschiede“. Sie können sich daher hinsichtlich des Familienzuschlags der Stufe 1 sowie der Beihilfe und der Hinterbliebenenpension auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache Maruko berufen.

#### **4. Zur Frage der Rückwirkung**

**Es steht somit fest, dass Lebenspartner mit Ehegatten gleichgestellt werden müssen. Fraglich ist höchstens, ab welchem Zeitpunkt die Gleichstellung erfolgen muss.**

Nach der **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** braucht der Gesetzgeber verfassungswidrige Besoldungs- und Versorgungsgesetze nicht unbeschränkt rückwirkend zu korrigieren, sondern kann sich darauf beschränken, die Besoldungs- und Versorgungsgesetze ab dem Haushaltsjahr zu ändern, in dem das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit festgestellt hat. Allerdings muss der Gesetzgeber im Rahmen der gebotenen Neuregelung Vorsorge treffen, dass zeitnah rechtshängig gemachte, aber noch nicht abschließend beschiedene Besoldungsansprüche auch über den genannten Zeitrahmen hinaus erfüllt werden, soweit zu ihrer Begründung ihre Verfassungswidrigkeit behauptet worden ist (BVerfGE 81, 363, 384 ff.).

**Das ist im Europarecht anders.** Da Deutschland die Richtlinie 2000/78/EG bis zum 02.12.2003 in nationales Recht hätte umsetzen müssen (Art. 18 Abs. 1 RL 2000/78/EG), können sich die benachteiligten Beamten und Richter ab diesem Zeitpunkt unmittelbar auf die Richtlinie berufen. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die nationalen Behörden und Gerichte in solchen Fällen gehalten, die Diskriminierung auf jede denkbare Weise und insbesondere dadurch auszuschließen, dass sie die begünstigenden Regelungen zugunsten der benachteiligten Gruppe anwenden, ohne die Beseitigung der Diskriminierung durch

den Gesetzgeber oder in anderer Weise zu beantragen oder abzuwarten (EuGH, Rs. Kutz-Bauer, NZA 2003, 506, 509, Rz. 73 ff; Rs. Émilienne Jonkman u. a., NJW 2007, 3625, Rz. 39; Urt. v. 12.01.2010 - C-341/08, Rs. Petersen, Rz. 79 ff.).

Das heißt, wenn benachteiligte bayerische Beamte und Richter die ihnen ab dem 03.12.2003 vorenthaltenen Leistungen **jetzt einklagen, müssen die Verwaltungsgerichte ihnen die Leistungen zusprechen, auch wenn das schleswig-holsteinische Besoldungs- und Versorgungsgesetz (noch) nicht an die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts angeglichen worden ist.** Die Verwaltungsgerichte brauchen die Sachen nicht dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Es geht ja nicht um die Vereinbarkeit des schleswig-holsteinischen Landesrechts mit den Grundrechten, sondern mit dem europäischen Recht. Dafür ist das Bundesverfassungsgericht nicht zuständig.

**Der Landesgesetzgeber ist nicht befugt, die Rückwirkung des Urteils Maruko nachträglich zu begrenzen.** Der Europäische Gerichtshof hat es in der Rechtsache Maruko abgelehnt, entsprechend seiner Barber Rechtsprechung die Möglichkeit für die Betroffenen zu beschränken, sich auf die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG durch den Gerichtshof zu berufen (Rz 74 ff. des Urteils vom 01.01.2008). **Der nationale Gesetzgeber darf deshalb nicht nachträglich Ausschlussfristen einführen, die die unbeschränkte Rückwirkung der EuGH-Entscheidung eingrenzen würden.**

Der Landesgesetzgeber muss deshalb die Gleichstellung der verpartnerten Beamten und Richter mit den verheirateten Beamten und Richtern **rückwirkend zum 03.12.2003 in Kraft setzen.**

Das schließt nicht aus, dass sich die Besoldungsstellen im Einzelfall auf **Verjährung** berufen. Allgemeine nationale Ausschlussfristen wie die Verjährungsfristen sind europarechtlich zulässig.

## 5. Zur Frage der Rückwirkung bei der Hinterbliebenenpension

Das gilt auch für die **Hinterbliebenenpension**. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar gemeint, die Angleichung brauche erst zum 01.01.2005 erfolgen, weil Lebenspartner durch das sogenannte Überarbeitungsgesetz ab diesem Zeitpunkt in der gesetzlichen Rentenversicherung mit Ehegatten gleichgestellt worden sind.

Aber das ist der falsche Ansatzpunkt. Entscheidend ist nicht, ab wann die Versorgungssituation von Ehegatten und Lebenspartnern in anderen Rechtsbereichen vergleichbar war, sondern ab wann Lebenspartner rechtlich in gleicher Weise wie Ehegatten für ihre Partner aufkommen und einstehen mussten. Das war aber schon immer so, weil das Lebenspartnerschaftsgesetz die Unterhaltsverpflichtungen von Lebenspartnern von Anfang an nicht eigenständig geregelt hat, sondern nur durch Verweis auf die entsprechenden Vorschriften für Ehegatten.

Mit freundlichen Grüßen

