

26.01.2010

**Stellungnahme zum  
„Entwurf eines Gesetzes zum Neuen Dienstrecht in Bayern“ Stand  
10.12.2009**

Wir sind sehr froh, dass die langjährige Diskussion über die Anpassung des bayerischen Dienstrechts an das Lebenspartnerschaftsrecht des Bundes nun endlich zu einem guten Ende kommt.

Die Umsetzung in dem Entwurf entspricht unseren Vorstellungen, **ausgenommen der Zeitpunkt des Inkrafttretens.**

Nach § 14 des Entwurfs soll die Gleichstellung der verpartnerten bayerischen Beamten und Richter mit den verheirateten Beamten und Richtern zusammen mit dem übrigen Gesetz am 01.01.2011 in Kraft treten. **Das widerspricht dem Europarecht.**

**1. 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 sowie die Beihilfe 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 Gesetzgeber 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 seiner 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



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

Lessingstrasse 37i  
76135 Karlsruhe  
Tel: 0721 831 79 53  
Fax 0721 831 79 55  
eMail: Bruns-  
Karlsruhe@email.de

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

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 mit Sicherheit nicht tun, zumal da die Entscheidung des Ersten Senats einstimmig ergangen ist. 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 bayerischen Behörden und Gerichte und den bayerischen 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 **Beihilfe und die Hinterbliebenenpension** für ihre Ehegatten knüpfen an die Unterhaltspflicht der verheirateten Beamten an oder haben Unter-

haltersatzfunktion. Lebenspartner müssen aber in gleicher Weise füreinander einsteher 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.

## 2. 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 bayerische 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 Bundesverfas-

sungsgericht vorzulegen. Es geht ja nicht um die Vereinbarkeit des bayerischen 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** und bei der Beihilfe auf den **Ablauf der Antragsfrist** berufen. Allgemeine nationale Ausschlussfristen wie die Verjährungsfristen sind europarechtlich zulässig.

### 3. 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 eintreten 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.

Wir schlagen deshalb vor, § 14 um folgende Absätze zu ergänzen:

(2) Beamte und Richter, die eine Lebenspartnerschaft führen, 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.

