

Anlage 2

Stand: Juli 2006



Zur Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG

Das Bundesbesoldungsgesetz, das Beamtenversorgungsgesetz sowie die Beihilfevorschriften des Bundes und der meisten Bundesländer¹ sind noch nicht an das Lebenspartnerschaftsgesetz angepasst worden. Verpartnerte Beamte erhalten deshalb keinen Familienzuschlag der Stufe 1² und ihre Partner erhalten keine Beihilfe und keine Hinterbliebenenpension³. Gegen diese Diskriminierung haben sich viele verpartnerte Beamte durch Klagen gewehrt⁴.

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

¹ Ausgenommen Berlin, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein. Dort sind Lebenspartner genauso beihilfeberechtigt wie Ehegatten von Beamten.

² Anders wenn Lebenspartner zusammenwohnen und der Partner kein oder nur ein geringes Einkommen hat. Dann erhält der Beamte den Familienzuschlag nach § 40 Abs. 1 Nr. 4 BBesG.

³ Zum Stand der Gleichstellung von verpartnerten Beamten mit ihren verheirateten Kollegen siehe <http://typo3.lsvd.de/194.0.html#1372>.

⁴ Uns sind folgende Urteile bekannt:

Zum Familienzuschlag:

- **ablehnend:**

- **BVerwG**, Urt. v. 26.01.2006 - 2 C 43/04, NJW 2006, 1828, m. Aufsatz von Stüber, Stefan, 1774. Gegen dieses Urteil ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Das Verfahren ist beim Bundesverfassungsgericht unter dem Az. 2 BvR 855/06 anhängig.
- **Vorinstanz: VGH Baden-Württemberg**, Urt. v. 13.10.2004 - 4 S 1243/03; DÖD 2005, 87 (unvollständiger Abdruck); VBIBW 2005, 186.
- **VG Bremen**, Urt. v. 30.03.2004 - 6K 734/03.
- **VG Koblenz**, Urt. v. 14.09.2004 - 6 K 631/04.KO.
- **OVG NRW**, Beschl. v. 17.12.2004 - 6 A 3280/03; NJW 2005, 1002; DVBl. 2005, 458; DÖD 2005, 201.
- **VG Neustadt Weinstrasse**, Urt. v. 23.05.2005 - 6 K 1761/04.NW.

- **stattgebend:**

- **VG Schleswig-Holstein**, Urt. v. 27.08.2004 - 11 A 103/04.

Zur Beihilfe:

- **ablehnend:**

- **VG Schleswig-Holstein**, Urt. v. 27.08.2004 - 11 A 39/04, NVwZ-RR 2006, 205.
- **VG Bremen**, Urt. v. 08.03.2006 - 1 K 535/04.

Zur Hinterbliebenenpension:

- **ablehnend:**

- **VG Bremen**, Urt. v. 13.10.2005 - 2 K 2499/04.
- **VG Koblenz**, Urt. v. 07.02.2006 - 6 K 871/05.KO

Die Urteilsabdrucke können auf unserer Webseite als PDF-Dokumente aufgerufen und heruntergeladen werden: <http://www.typo3.lsvd.de/211.0.html#881>.

In diesen Prozessen ist unstrittig, dass sich verpartnerte Beamte gegenüber dem Staat unmittelbar auf das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt durch Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c der Richtlinie 2000/78/EG berufen können, weil Deutschland die Richtlinie nicht fristgemäß in deutsches Recht umgesetzt hat

1. Familienzuschlag, Hinterbliebenenpension und Beihilfe als „Arbeitsentgelt“

Die Gerichte gehen auch davon aus, dass der Familienzuschlag und die Hinterbliebenenpension europarechtlich unter den Begriff des „Arbeitsentgelts“ fallen. Hinsichtlich der Beihilfe ist das Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein dagegen 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 "mit dem Beschäftigungsverhältnis in Zusammenhang" steht⁵. Das trifft für die Beihilfe offensichtlich zu.

Streitig ist aber, ob es eine Diskriminierung wegen der „sexuellen Ausrichtung“ darstellt, wenn Ehegatten von Beamten diese Leistungen erhalten, Lebenspartner dagegen nicht.

2. Vergleichbare Situation

Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe (u.a.: sexuelle Ausrichtung) in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Die Situation von Lebenspartnern (ohne Kinder) ist mit der Situation von Ehegatten (ohne Kinder) vergleichbar. Das Überarbeitungsgesetz hat die Lebenspartnerschaft

⁵ Was als Arbeitsentgelt gilt, ist vom Europäischen Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 141 Abs. 2 EG-Vertrag (früher Art. 119 EG-Vertrag) und zu den Richtlinien über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen umfassend definiert worden. Danach 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 (BGH, Beschl. v. 09.07.2003 - IV ZR 100/02; VersR 2004, 364, 368, m. w. Nachw.).

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. Lebenspartner und Ehegatten befinden sich also in einer vergleichbaren Situation⁶.

3. Diskriminierung wegen der gesetzlichen Unterhaltspflichten, die sich aus dem Familienstand ergeben

Das Bundesverwaltungsgericht, der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg sowie die Verwaltungsgerichte Bremen, Koblenz, und Neustadt Weinstrasse meinen aber, Lebenspartner könnten sich gleichwohl nicht auf Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie berufen, weil ihnen der Familienzuschlag und die Hinterbliebenenpension nicht wegen ihre „sexuellen Ausrichtung“ verweigert würden, sondern weil sie in einem anderen „Familienstand“ leben als Ehegatten.

Das Bundesverwaltungsgericht beruft sich für seine Auffassung auf seinen Beschluss vom 29.02.2000⁷. Dieser betrifft aber nicht Lebenspartnerschaften, sondern 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 berufsständischen 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:

„Die Satzung gewährt (.....) 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, allen-

⁶ Rengier, BB 2005, 2574, 2577f.

⁷ Beschl. v. 29.02.2000 - 1 B 82/99, NJW 2000, 2038, 2039.

falls 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 hat das Bundesverwaltungsgericht in dem von ihm zitierten Urteil folgendes ausgeführt⁸:

„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, a.a.O.). 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 Familienzuschlages 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.

Anknüpfungspunkt für die Hinterbliebenenpension sind ebenfalls die Unterhaltspflichten der Beamten. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu festgestellt:

„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 Unterhaltspflichten realitätsgerecht zu berücksichtigen.“

Der Gesetzgeber hat deshalb

„dafür Sorge zu tragen, dass jeder Beamter außer den Grundbedürfnissen ein Minimum am Lebenskomfort befriedigen (.....) und seine Unterhaltspflichten gegenüber seiner Familie erfüllen kann. (.....)“

Der Gesetzgeber überschreitet seinen Gestaltungsspielraum, wenn er dem Beamten zumutet, für den Unterhalt seines dritten und weiterer Kinder auf die familienneutralen Bestandteile seines Gehalts zurückzugreifen, um den Bedarf seiner Familienangehörigen zu decken.“⁹

„Der Beamte hat seine Altersversorgung und die seiner Hinterbliebenen nicht selbst zu veranlassen (.....); stattdessen sind die Bruttobezüge der aktiven Beamten von vornherein - unter Berücksichtigung der künftigen Pensionsansprüche - niedriger festgesetzt.“¹⁰

Dasselbe gilt auch für die Beihilfe. Sie wird nur solchen Angehörigen gewährt, denen der Beamte zum Unterhalt verpflichtet ist. Das VG Bremen stellt dazu in seinem Urteil vom 08.03.2006 fest¹¹: „§ 3 BhV knüpft aber nicht an die sexuelle Orientierung an, sondern an die Rechtsnatur der Bindungen, die zwischen dem Beamten und dem Partner bestehen.“ Das ist insofern richtig, als sich die Beihilfevorschriften bei der Definition der berücksichtigungsfähigen Angehörigen davon leiten lassen, wem gegenüber der Beamte typischerweise zum Unterhalt verpflichtet ist.

Lebenspartner haben aber, wie schon erwähnt, dieselben Unterhaltsverpflichtungen wie Ehegatten.

4. Das Urteil des EuGH vom 31.05.2001 in der Sache D und Schweden

Das Bundesverwaltungsgericht, der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg sowie die Verwaltungsgerichte Bremen, Koblenz und Neustadt Weinstrasse berufen sich für ihre Auffassung, dass verpartnerte Beamte nicht wegen ihrer sexuellen Ausrichtung diskriminiert würden, zusätzlich auf das Urteil des EuGH vom 31.05.2001 im Fall D und Schweden¹².

⁹ BVerfG, Beschl. 24.11.1998 - 2 BvL 26/91 u.a. , BVerfGE 99, 300, 314 ff.

¹⁰ BVerfG, Urte. v. 27.09.2005 - 2 BvR 1387/02, DVBl. 2005, 1441

¹¹ UA.S. 10.

¹² C-122 und 125/99 P; Slg. 2001, I-4319; FamRZ 2001, 1053.

Das Urteil ist nicht einschlägig. Zwar ging es in der Entscheidung des EuGH um die Frage, ob verpartnerten Beamten der EG aufgrund des EG-Beamtenstatuts derselbe Haushaltszuschlag wie verheirateten Beamten zusteht. In dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt enthielt das EG-Beamtenstatut aber noch keine Bestimmung, die die Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung verbot. Sie ist erst danach vom Rat in das Statut eingefügt worden. Darauf hat der EuGH in seinem Urteil ausdrücklich hingewiesen (Tz. 10)¹³. Deshalb hat der EuGH nur die Frage geprüft, ob die Bestimmungen des EG-Beamtenstatuts in seiner für die Entscheidung maßgebenden Fassung es zulassen, den Familienstand "eingetragene Lebenspartnerschaft" im Wege der Auslegung mit der Ehe gleichzustellen. Diese Frage hat der EuGH verneint. Außerdem hat er die Auffassung vertreten, dass sich ein verpartneter Beamter nicht in der gleichen Lage wie ein verheirateter Beamter befinde, weil die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Anerkennung von Lebenspartnerschaften sehr unterschiedlich und dadurch gekennzeichnet seien, dass eine allgemeine Gleichstellung der Ehe mit den übrigen Formen gesetzlicher Lebenspartnerschaften fehle. Dementsprechend lässt sich dem Urteil nichts darüber entnehmen, ob die Verweigerung des Haushaltszuschlags für verpartnerte EG-Beamte eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstellt. Tatsächlich erhalten verpartnerte EG-Beamte inzwischen aufgrund der Einfügung des Verbots der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung in das EG-Beamtenstatut durch die Verordnung (EG, EGKS, Euratom) Nr. 781/98 des Rates v. 07.04.1998¹⁴ denselben Haushaltszuschlag wie verheiratete EG-Beamte.

5. Das Urteil des EuGH vom 17.02.1998 in der Sache Grant

Auch das Urteil des EuGH vom 17.02.1998 in der Sache Grant¹⁵, auf das sich das Verwaltungsgericht Koblenz in seinem Urteil vom 14.09.2004 zusätzlich beruft, ist nicht einschlägig. In diesem Urteil ging es um die Frage, ob der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von Fahrtvergünstigungen für Ehepaare und eheähnliche Paare eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt. Diese Frage hat der EuGH verneint. Außerdem hat der EuGH geprüft, ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass feste Beziehungen zwischen zwei Personen des gleichen Geschlechts von jedem Ar-

¹³ Bezeichnenderweise ist die Tz 10 in der vom Bundesverwaltungsgericht zitierten Veröffentlichung NVwZ 2001, 1259, nicht mit abgedruckt.

¹⁴ ABl. EG L 113/4 v. 15.04.1998.

¹⁵ C-294/96, Slg. 1998, I - 621; NJW 1998, 969.

beitgeber den Beziehungen zwischen Verheirateten und eheähnlichen Partnern gleichgestellt werden müssen und ob eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt. Auch das hat der EuGH verneint und ausdrücklich festgestellt, „dass das Gemeinschaftsrecht bei seinem gegenwärtigen Stand eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung nicht erfasst“ (Tz. 47). Damals war zwar die Ermächtigungsgrundlage des Art. 13 EGVG für solche Rechtsvorschriften mit dem Amsterdamer Vertrag schon beschlossen worden (als Art. 6a EGV), aber noch nicht in Kraft getreten. Darauf hat der EuGH in seinem Urteil ausdrücklich hingewiesen (Tz. 48). Deshalb hat er sich nicht zu der Frage geäußert, ob die Vorenthaltung von Fahrtvergünstigungen für gleichgeschlechtliche Paare eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstellt.

6. Mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung

Das Bundesverwaltungsgericht 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.“ In dieselbe Richtung zielt der Hinweis des Verwaltungsgerichts Koblenz in seinem Urteil vom 14.09.2004, eine Diskriminierung scheide auch deshalb aus, weil die entsprechenden Regelungen unterschiedslos auf Frauen und Männer angewandt würden.

Daran ist richtig, dass eine bestimmte sexuelle Identität nicht Voraussetzung für die Eingehung einer Ehe oder Lebenspartnerschaft ist¹⁶. 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 typischer Weise an heterosexuelle Menschen richtet, denen auf diese Weise eine rechtliche Absicherung einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ermöglicht wird, während sich das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft typischerweise an homosexuelle Menschen richtet, denen auf diese Weise eine rechtliche Absicherung ihrer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaften ermöglicht wird. Infolgedessen bewirkt eine an den Familienstand „verheiratet“ oder „verpartnert“ anknüpfende Unleichbehandlung mittelbar eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Ausrichtung der Partner.

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvL 3/03, FamRZ 2006, 182, 186.

Eine solche mittelbare Diskriminierung verstößt ebenfalls gegen die Richtlinie 2000/78/EG. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie „liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen, es sei denn diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Das Kriterium "Familienstand" mag dem Anschein nach neutral sein. Es führt aber dazu, dass verpartnerte Beamte gegenüber verheirateten Beamten beim Familienzuschlag, der Beihilfe und der Hinterbliebenenpension benachteiligt werden, obwohl sie genauso für ihre Partner einstehen müssen wie Ehegatten. Als rechtmäßiges Ziel, dass 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 soll¹⁷. 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 einzugehen¹⁸.

Deshalb werden Lebenspartner mittelbar wegen ihrer sexuellen Ausrichtung diskriminiert, wenn sie ein geringeres Arbeitsentgelt erhalten als Ehegatten.

7. Die Begründungserwägung 22

Die Mehrzahl der Verwaltungsgerichte, die Klagen von Lebenspartner abgewiesen haben, ist der Auffassung, Lebenspartner könnten sich wegen der Begründungserwägung 22 nicht auf die Richtlinie berufen. Die Begründungserwägung lautet: "Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt."

¹⁷ BVerfG, [3. Kammer des ersten Senats], Beschl. v. 04.10.1993 - 1 BvR 640/93, NJW 1993, 3058; so auch das VG Koblenz.

¹⁸ Rengier, BB 2005, 2574, 2577 f.; vgl. dazu auch EGMR [1. Kammer] v. 24.07.2003 - 40016/98 [Fall Karner v. Österreich] Tz. 37 ff.

Das ist schon deshalb nicht zutreffend, weil die Leistungen, um die es hier geht nicht vom „Familienstand“ der Lebenspartner abhängen, sondern von den Unterhaltspflichten, die mit ihrem Familienstand verbunden sind.

8. Die Entstehungsgeschichte der Begründungserwägung 22

Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte der Begründungserwägung 22. Sie war im Kommissionsentwurf der Richtlinie nicht vorgesehen. 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“¹⁹. 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 streichen²⁰. Auf den Vorschlag des Vorsitzes wurde schließlich die verabschiedete Fassung aufgenommen²¹. 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 Unterhaltspflichten war keine Rede.

9. Auslegung der Begründungserwägung 22 nach dem Prinzip des effet utile

Für die 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 wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexu-

¹⁹ Vgl. Begründungserwägung 11b im Prot. 6434/00.

²⁰ Prot. 6941/00, Fußn. zu Begründungserwägung 11a.

²¹ Vgl. Prot. 12269/00, 21. Begründungserwägung.

ellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten²². Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird aber am besten verwirklicht, wenn die Begründungserwägung so einschränkend ausgelegt wird wie das ihre Entstehungsgeschichte nahe legt.

Das Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein hat demgemäß zutreffend festgestellt²³:

"Der danach gebotenen Einstufung des Klägers in den Familienzuschlag der Stufe I 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.“

10. 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 Begründungs-

²² Vgl. Art. 1 der Richtlinie.

²³ Urt. v. 27.08.2004, UA. S. 7.

erwägungen in der Richtlinie selbst wiederholt werden, wenn sie Rechtswirkungen entfalten sollen²⁴.

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 konnten²⁵.

Das Bundesverwaltungsgericht meint dagegen, Die Begründungserwägung gebe gemäß Art. 253 EGV einen der Gründe wieder, von dem der Rat sich bei Erlass der Richtlinie habe leiten lassen. Er sei mitentscheidend für ihre Auslegung (EuGH, Ur. v. 23.02.1988 - Rs. 131/86; Slg. 1988, 905 Tz. 37). Das gelte auch dann, wenn die Begründungserwägung – wie im vorliegenden Fall – nicht in den Text der Richtlinie aufgenommen worden sei.

In dem zitierten Urteil des EuGH vom 23.02.1988 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 Tz 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 zu dieser Frage.

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. Sie betreffen unterschiedliche Behandlungen wegen der Staatsangehörigkeit (Begründungserwägung 12 und Art. 3 Abs. 2), bei den Systemen der sozialen Sicherheit (Begründungserwägung 13 und

²⁴ Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830; Redeker, ZRP 2004, 160, 162; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 84 f.; Stüber, NJW 2003, 2721, 2723; Hailbronner, NJW 2004, 2185, 2187; ZAR 2004, 163, 165.

²⁵ Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830.

Art. 3 Abs. 3), wegen des Alters (Begründungserwägungen 14 und 25 sowie Art. 6), bei den Streitkräften (Begründungserwägungen 18 und 19 sowie Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 4), bei den Ausnahmen von den Diskriminierungsverboten (Begründungserwägung 23 und Art. 4 Abs. 1), bei den Kirchen und Weltanschauungsgemeinschaften (Begründungserwägungen 24 und Art. 4 Abs. 2) sowie bei den Förderungsmaßnahmen (Begründungserwägung 26 und Art. 7).

Für die in der Begründungserwägung 22 erwähnten Leistungen, die vom Familienstand abhängen, findet sich dagegen in der Richtlinie keine korrespondierende Ausnahmeregelung. Nach dem Richtlinienentwurf ist die Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt ausnahmslos verboten. Dieses Verbot kann deshalb durch die „vereinsamte“ Begründungserwägung 22 nicht eingeschränkt werden.

11. Ergebnis

1. Die Tatsache, dass verpartnerte Beamte anders als ihre verheirateten Kollegen keinen Familienzuschlag, keine Hinterbliebenenpension und keine Beihilfe für ihre Partner erhalten, ist eine **mittelbare Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt**.
2. Der Staat kann sich für diese Diskriminierung nicht auf die Begründungserwägung 22 berufen, weil die Leistungen, um die es hier geht **nicht vom „Familienstand“ der Lebenspartner abhängen, sondern von den Unterhaltspflichten, die mit ihrem Familienstand verbunden sind**.
3. Für diese Auslegung spricht auch die **Entstehungsgeschichte der Begründungserwägung 22 und ihre Auslegung nach dem Prinzip des effet utile**.
4. Unabhängig davon entfaltet die einschränkende Begründungserwägung schon deshalb **keine Rechtswirkungen, weil sie im Text der Richtlinie nicht wiederholt worden ist**.