

**Schleswig-Holsteinischer Landtag □**  
**Umdruck 16/3749**



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

LSVD c/o M. Bruns, Lessingstrasse 37i, 76135 Karlsruhe

Innen- und Rechtsausschuss des  
Schleswig-Holsteinischen Landtags  
Postfach 7121

24171 Kiel

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

Ihr Schreiben vom  
3. Dezember 2008

Karlsruhe, den  
5. Dezember 2008

Bundesgeschäftsstelle

Hausadresse:  
Pipinstrasse 7  
50667 Köln

Sehr geehrter Herr Kalinka,

vielen Dank, dass Sie uns Gelegenheit geben, zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Beamtenrechts in Schleswig-Holstein Stellung zu nehmen.

Postadresse  
Postfach 103414  
50474 Köln

Tel.: 0221 9259610  
Fax: 0221 92595111  
Email: lsvd@lsvd.de

Wir haben uns in der anliegenden Stellungnahme auf den Aspekt der Gleichstellung von Lebenspartner mit Ehegatten beschränkt.

Internet:  
<http://www.lsvd.de>

Wir meinen, dass die Gleichstellung verpartnerter Landesbeamter mit verheirateten Landesbeamten beim Familienzuschlag der Stufe 1 und beim Witwen- und Witwergeld (Hinterbliebenenpension) aufgrund der EU-Richtlinie 2000/78/EG geboten ist und schlagen deshalb vor, den Entwurf des Beamtenrechtsneuregelungsgesetzes entsprechend zu ergänzen.

Bank für Sozialwirtschaft  
BLZ 370 20 500  
Kto. 708 68 00

Mildtätiger Verein  
Spenden sind  
steuerabzugsfähig

Wenn das geschieht, werden in Schleswig-Holstein nur noch die verpartnernten Freiberufler bei der Hinterbliebenenrente benachteiligt. Die schleswig-holsteinischen Versorgungswerke der Kammern der freien Berufe haben die Gleichstellung von hinterbliebenen Lebenspartnern mit hinterbliebenen Ehegatten bei der Hinterbliebenenrente noch nicht in ihre Satzungen aufgenommen. Das verstößt gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Wir regen deshalb an, in die Kammergesetze klarstellend einzufügen, dass zu den „Hinterbliebenen“ auch hinterbliebene Lebenspartner der Kammermitglieder zählen.

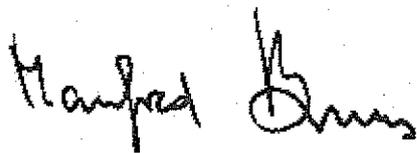
Offizieller Beraterstatus im  
Wirtschafts- und  
Sozialausschuss der  
Vereinten Nationen

Mitglied im Deutschen  
Paritätischen  
Wohlfahrtsverband  
(DPWV)

Mitglied der International  
Lesbian and Gay  
Association ILGA

Wegen der Einzelheiten verweisen wir auf die anliegende Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen,  
für den Lesben- und Schwulenverband in Deutschland

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Manfred Bruns'. The signature is written in a cursive style with some stylized flourishes.

(Manfred Bruns)

5. Dezember 2008

Stellungnahme zu:

- Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Beamtenrechts in Schleswig-Holstein – Beamtenrechtsneuregelungsgesetz (LBNeuG) – LT-Drs. 16/2306
- Antrag der Fraktion der FDP: Gleiche Rechte, gleiche Pflichten – Ungleichbehandlung von in einer Lebenspartnerschaft lebenden Beamten im Landesdienst beseitigen – LT-Drs. 16/1887

In der Niederschrift über die 92. Sitzung des Finanzausschusses am 15.05.2008 heißt es zu Punkt 7 der Tagesordnung:

„Der Finanzausschuss stellt die Beschlussfassung über den FDP-Antrag „Gleiche Rechte, gleiche Pflichten - Ungleichbehandlung von in einer Lebenspartnerschaft lebenden Beamten im Landesteil beseitigen“, Drucksache 16/1887, zurück. In der Sache signalisieren alle Fraktionen grundsätzliche Zustimmung. Der Finanzausschuss bittet die Landesregierung, dem Anliegen des Antragstellers im Rahmen der Änderung des Landesbeamtengesetzes Rechnung zu tragen.“

Dieser Bitte ist die Landesregierung mit dem Entwurf eines Beamtenrechtsneuregelungsgesetzes nicht nachgekommen. Im Landesbeamtengesetz (Art. 1 des Entwurfs) werden Lebenspartner nur bei der Beihilfe (§ 80 Abs. 6 LBGE) und bei den Reise- und Umzugskosten (§ 84 Nr. 4 LBGE) mit verheirateten Beamten gleichgestellt. Diese Gleichstellung gab es schon im bisherigen Landesbeamtengesetz (siehe für die Beihilfe § 100 Abs. 6 LBG und für die Reise- und Umzugskosten § 104 LBG):

Dagegen fehlt in dem Entwurf des Beamtenrechtsneuregelungsgesetzes die Gleichstellung verpartnerter Beamter mit verheirateten Beamten beim Familienzuschlag der Stufe 1 und beim Witwen- und Witwergeld (Hinterbliebenenpension):

Das ist eine bemerkenswerte Abweichung von dem Vorgehen der anderen norddeutschen Länder.

Beim Schleswig-Holsteinischen Lebenspartnerschaftsanpassungsgesetz vom 03.05.2005 (GVOBI 2005, 21) ist genauso wie bei den Landes Anpassungsgesetzen von Berlin, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt die Anpassung beim Familienzuschlag der Stufe 1 und der Hinterbliebenenpension zunächst unterblieben, weil zum damaligen Zeitpunkt dafür noch der Bundesgesetzgeber zuständig war. Beihilfe, Trennungsgeld und Umzugskostenvergütung wurden dagegen angepasst.

In Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern und dem Saarland (mit Ausnahme des Familienzuschlags) wurde dies nun nachgeholt. Angekündigt ist dies auch durch die Landesregierungen in Hamburg und Sachsen-Anhalt. In Brandenburg liegt ein Gesetzentwurf zur Gleichstellung bei der Beihilfe und zum Familienzuschlag der Stufe 1 dem Landtag zur Beratung vor. In Niedersachsen hat die Landesregierung einen Gesetzentwurf vorgelegt, der auch die Gleichstellung im gesamten Beamtenrecht, mit



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

Ausnahme des Familienzuschlags, vorsieht. Die Gleichstellung beim Familienzuschlag soll ausweislich des Gesetzesvorblatts bei der Reform des Landesbesoldungsrechts nachgeholt werden.

## 1. Zur Rechtslage beim Familienzuschlag und der Hinterbliebenenpension

### 1.1. Die Rechtslage

Die Gleichstellung der Lebenspartnerschaften im Beamtenrecht ist europarechtlich geboten. Dies ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache Maruko vom 01.04.2008 (NJW 2008, 1649) in Verbindung mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 30.10.2008 - M 12 K 08.1484 - in der Rechtssache Maruko und aus dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Schleswig vom 22.07.2008 - 3 LB 13/06. In die gleiche Richtung gehen die Beanstandungen, die die Europäische Kommission in ihrem Stellungnahme vom 31.01.2008 (2007/2362 - K(2008) 0103) gegenüber der Bundesrepublik Deutschland geäußert hat. Die Kommission rügt darin unter anderem, dass verpartnerte Beamte keine Familienzuschlag der Stufe 1 und ihre Partner keine Beihilfe und keine Hinterbliebenenversorgung erhalten.

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Maruko“ betrifft den Bereich „Beschäftigung und Beruf“ und speziell das „Arbeitsentgelt“. Der EuGH hat dort festgestellt, 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 (Rn 72). Diese Auslegung der RL 2000/78/EG durch den EuGH ist für die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie für die Gerichte und Behörden bindend.

Unter den Begriff „Arbeitsentgelt“ fallen 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 alle gegenwärtigen oder künftigen Leistungen, 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.

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" steht. Es ist deshalb unerheblich, dass diese Leistungen aus sozialpolitischen Gründen gewährt werden (vgl. z.B. Rs. Barber NJW 1991, 2204, 2205, Rn. 12 ff. 18).

Der EuGH hat entschieden, dass die deutschen Beamtenpensionen als „Entgelt“ i.S.v. Art. 141 EGV anzusehen sind (Rs. Schönheit, C- 4 u.5/02). Sie gelten damit auch als „Arbeitsentgelt“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Buchst c RL 2000/78/EG (vgl. Begründungserwägung 13). Damit gehören auch der Familienzuschlag, die Beihilfe, die Reise- und Umzugskostenvergütung und das Trennungsgeld europarechtlich zum Arbeitsentgelt der Beamten.

Da der EuGH die Benachteiligung von Lebenspartnern gegenüber Ehegatten als „unmittelbare“ Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung gewertet hat (Rn. 72 des Urteils), kann diese Benachteiligung nicht mit dem besonderen Schutz der Ehe gerechtfertigt werden, sondern nur nach Art. 4 Abs. 1 der RL 2000/78/EG. Das heißt, eine Rechtfertigung ist nur möglich, wenn die heterosexuelle Ausrichtung der

Beamten und anderen Beschäftigten „eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt. Das ist natürlich nicht der Fall.

Ehegatten und Lebenspartner befinden sich bezüglich der beamtenrechtlichen Leistungen in einer vergleichbaren Lage (vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 30.10.2008 - M 12 K 08.1484 - in der Rechtssache Maruko). Denn das Überarbeitungsgesetz 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.

Anderer Auffassung ist die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts. Sie meint, dass Ehe und Lebenspartnerschaft wegen ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung durch das deutsche Recht nicht vergleichbar seien. Es handelt sich dabei um den Nichtannahmebeschluss vom 06.05.2008 - 2 BvR 1830/06, NJW 2008, 2325.

Dieser Nichtannahmebeschluss ist für die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie für die Gerichte und Behörden nicht bindend. Nach 93 c Abs. 1 S. 2 BVerfGG sind nur Beschlüsse der Kammern nach § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG bindend, durch die Kammern "Verfassungsbeschwerden stattgeben".

Die 1. Kammer des Zweiten Senats hat mit diesen Beschlüssen zudem ihre Zuständigkeit überschritten. Zur Begründung ihrer Auffassung hat sie behauptet (Beschl. v. 20.09.2007, NJW 2008, 209, Rn. 18), dass "Art. 6 Abs.1 GG ein Differenzierungsgebot" beinhalte, "spezieller als der allgemeine Gleichheitssatz". Damit hat die Kammer das "Abstandsgebot" wiederbelebt, dass der Erste Senat in seinem Urteil zum Lebenspartnerschaftsgesetz "beerdigt" hatte (Urt. v. 17.07.2002, BVerfGE 105, 313). Wenn die Kammer an dieser Rechtsprechung nicht festhalten wollte, hätte sie die Entscheidung dem Plenum des Zweiten Senats überlassen müssen, der wiederum beim Ersten Senat hätte anfragen müssen, ob er an seiner Rechtsprechung festhält (§ 16 Abs. 1 BVerfGG).

Außerdem ist nach feststehender Rechtsprechung des Zweiten Senats das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar ist und ob ihr deshalb die Geltung versagt werden muss, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist insoweit der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (BVerfGE 31, 145, 174 f.; BVerfGE 82, 159, 191). Das hatte die 1.Kammer des Zweiten Senats in ihrem Beschluss vom 08.11.2007 zum Familienzuschlag der Stufe 1 noch selbst so gesehen und sich wörtlich genauso geäußert (FamRZ 2008, 487, 491).

Wenn die Kammer in derselben Besetzung sechs Monate später meint, dass das Bundesverfassungsgericht doch zu prüfen hat, ob deutsches Recht mit einer europäischen Richtlinie vereinbar ist, hat diese Änderung der Rechtsprechung „grundsätzliche Bedeutung“ im Sinne von § 93a Abs. 2 Buchst. a BVerfGG. Die Kammer hätte

deshalb die Entscheidung dem Plenum des Zweiten Senats überlassen müssen. Sie war nicht der zuständige gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

Der Beschluss ist darüber hinaus auch sachlich falsch. Die Kammer meint, die Vergleichbarkeit zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft sei nicht gegeben, weil

1. zum einen keine allgemeine rechtliche Gleichstellung der beiden Institute erfolgt sei. Die Gleichstellung sei nicht gesetzgeberischer Wille gewesen. Hätte der Gesetzgeber die völlige Gleichstellung gewollt, hätte er eine Generalklausel verwendet. Gerade dies habe er aber nicht getan, sondern stattdessen die Enumerationsmethode gewählt mit Abweichungen zur Ehe (Rn. 13).
2. Zum anderen sei keine Gleichstellung speziell im öffentlichen Dienst und bei der Alimentation erfolgt. Noch immer gäbe es Unterschiede vor allem im Besoldungs- und Beamtenversorgungsrecht (Rn. 14-17). Insbesondere sei das Alimentationsprinzip selbstständig und orientiere sich nicht an den zivilrechtlichen Unterhaltspflichten.
3. Schließlich sei für die mangelnde Vergleichbarkeit maßgebend, dass Ehepartner von Beamten „namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit“ typischerweise unterhaltsbedürftig seien, Lebenspartner hingegen typischerweise nicht (Rn. 17).

Die beiden ersten Erwägungen beruhen auf einem eklatanten Zirkelschluss: Denn wenn es keine Unterschiede zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft mehr gäbe, würde sich die Frage der Gleichstellung ja gar nicht stellen. Wird der Vergleichbarkeitstest auf diese Weise angewendet, so könnte - per definitionem - nie eine Diskriminierung festgestellt werden. Solange Lebenspartnerschaft und Ehe nicht identisch sind, sind sie nicht vergleichbar, also liegt keine Diskriminierung vor. Sind sie aber identisch, so liegt ebenfalls keine Diskriminierung vor, weil sich dann ja von vornherein die Frage der Diskriminierung gar nicht stellt. Entscheidend ist nicht die generelle Vergleichbarkeit von Ehe und Lebenspartnerschaft, sondern ob sich Ehegatten und Lebenspartner in Bezug auf das streitige Arbeitsentgelt in einer vergleichbaren Situation befinden (Rn. 72 des Urteils Maruko).

Auch das dritte Argument der Kammer, Ehen und Lebenspartnerschaften seien auch deshalb nicht vergleichbar, weil Ehen typischerweise auf Kinder ausgerichtet seien, Lebenspartnerschaften dagegen nicht, und dass der Gesetzgeber die Besoldung und Versorgung verheirateter und verpartnerter Beamter aus diesem Grund unterschiedlich bemessen habe, trifft für den Familienzuschlag der Stufe 1 gerade nicht zu. Denn tatsächlich ist die Zahlung des Familienzuschlags der Stufe 1 nicht davon abhängig, ob der Beamte für seinen Ehegatten aufkommen muss oder nicht bzw. welche Eigenmittel der Ehegatte hat. Verheiratete kinderlose Beamte erhalten den Familienzuschlag auch dann, wenn der andere Teil ein höheres Einkommen hat und der Beamte deshalb seinem Ehegatten keinen Unterhalt zu leisten braucht oder von seinem besser gestellten Ehegatten Unterhaltsleistungen erhält. Der „Familienzuschlag“ der Stufe 1 ist in Wirklichkeit ein „Verheiratetenzuschlag“, den alle verheirateten Beamten ganz unabhängig davon erhalten, welches Einkommen ihre Ehegatten haben.

Die Gleichstellung im Beamtenrecht bleibt deshalb europarechtlich geboten.

Davon abgesehen gehört der Lebenspartner zur „Familie“ des Beamten, auf die sich die Fürsorgepflicht des Dienstherrn nach § 46 BeamtStG erstreckt. In der Amtlichen

Begründung zum Beamtenstatusgesetz, das am 01.01.2009 in Kraft tritt, wird zu § 46 ausgeführt (BT-Drucks 16/4027 S. 34): "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" wird auch auf § 11 Abs. 1 LPartG verwiesen. Damit ist die bisherige Rechtsprechung zu § 48 BRRG und zu § 95 LBG überholt.

## **1.2. Zeitpunkt der Gleichstellung und Inkrafttreten**

Das als Landesrecht fortgeltende Bundesbesoldungsgesetz und das Beamtenversorgungsgesetz sollen durch das „Gesetz zur Überleitung des Bundesbesoldungsgesetzes, des Beamtenversorgungsgesetzes und ergänzender Vorschriften sowie Änderung dienstrechtlicher Vorschriften“ in das Landesrecht eingefügt werden.

Der Landesgesetzgeber hat beide Gesetze bereits punktuell geändert. Weitere punktuelle Änderungen sind in Art. 2 und 3 des vorliegenden Entwurfs vorgesehen. Es bietet sich deshalb an, in die beiden Gesetze zusätzlich die Gleichstellung der verpartneren Landesbeamten mit den verheirateten Landesbeamten einzufügen.

Diese punktuellen Änderungen hindern eine spätere Gesamtüberarbeitung und Neufassung der beiden Gesetze nicht.

Eine weitere Verschiebung der Gleichstellung bis zu einer Gesamtüberarbeitung ist nicht angezeigt. Denn die Gleichstellung verpartnerter Beamter mit ihren verheirateten Kollegen hätte aufgrund von Art 18 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG bereits bis zum 02.12.2003 geschehen müssen.

Die Anpassung des Landesbesoldungs- und -versorgungsrechts von Schleswig-Holstein muss deshalb rückwirkend zum 03.12.2008 erfolgen. Aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Maruko ergibt sich nichts Gegenteiliges, da der EuGH die zeitliche Wirkung seines Urteils nicht beschränkt hat.

## **1.3. Vorschlag**

Wir schlagen deshalb vor, den Entwurf des Beamtenrechtsneuregelungsgesetzes wie folgt zu ergänzen:

### **1. Artikel 2 § 2 „Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften“ sollte wie folgt gefasst werden:**

1. Nach § 2 wird folgender § 2a eingefügt:

#### **§ 2a**

#### **Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten**

„Für Ansprüche nach diesem Gesetz und der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen sowie nach den gemäß § 1a fortgeltenden bundesrechtlichen Vorschriften gelten als Eheschließung auch die Begründung einer Lebenspartnerschaft, als Ehe auch eine Lebenspartnerschaft, als Auflösung einer Ehe auch die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft, als Ehegatte auch ein Lebenspartner, als geschiedener Ehegatte auch ein früherer Lebenspartner und als Witwe oder Witwer auch ein hinterbliebener Lebenspartner. Der Anspruch einer Witwe oder eines Witwers aus einer zum Zeitpunkt des Todes bestehenden Ehe schließt den Anspruch eines hinterbliebenen Lebenspart-

ners aus einer zum Zeitpunkt des Todes bestehenden Lebenspartnerschaft aus.

(2) Lebenspartner können die sich aus Absatz 1 ergebenden Leistungen und Vorteile ab dem Tag ihrer Verpartnerung beanspruchen, frühestens jedoch ab dem 03.12.2003.“

2. Die bisherigen Nummern 1 und 2 werden 2 und 3

## **2. Artikel 3 „Änderung des als Landesrecht fortgeltenden Beamtenversorgungsgesetzes“ sollte wie folgt gefasst werden**

1. Nach § 2 wird folgender § 2a eingefügt:

### **§ 2a**

#### **Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten**

„(1) Für Ansprüche nach diesem Gesetz und der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen sowie nach den gemäß § 2 fortgeltenden bundesrechtlichen Vorschriften gelten als Eheschließung auch die Begründung einer Lebenspartnerschaft, als Ehe auch eine Lebenspartnerschaft, als Auflösung einer Ehe auch die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft, als Ehegatte auch ein Lebenspartner, als geschiedener Ehegatte auch ein früherer Lebenspartner und als Witwe oder Witwer auch ein hinterbliebener Lebenspartner. Der Anspruch einer Witwe oder eines Witwers aus einer zum Zeitpunkt des Todes bestehenden Ehe schließt den Anspruch eines hinterbliebenen Lebenspartners aus einer zum Zeitpunkt des Todes bestehenden Lebenspartnerschaft aus.

(2) Lebenspartner können die sich aus Absatz 1 ergebenden Leistungen und Vorteile ab dem Tag ihrer Verpartnerung beanspruchen, frühestens jedoch ab dem 03.12.2003.“

2. Die bisherigen Nummern 1 bis 11 werden 2 bis 12

## **2. Die berufsständischen Versorgungswerke der freien Berufe**

Neben den verpartnernten Landesbeamtinnen und -beamten werden in Schleswig-Holstein nur noch die verpartnernten Freiberufler benachteiligt. Die schleswig-holsteinischen Versorgungswerke gewähren nur hinterbliebenen Ehegatten eine Hinterbliebenenrente, hinterbliebene Lebenspartner dagegen nicht. Wir regen deshalb an, den schleswig-holsteinischen berufsständischen Versorgungswerken die Gleichstellung ebenfalls vorzuschreiben.

### **2.1. Zur Rechtslage**

Die berufsständischen Versorgungswerke der freien Berufe sind ein mit der gesetzlichen Rentenversicherung gleichgestelltes System. Dementsprechend bestimmt § 6 Abs. 1 SGB VI, dass die Mitglieder der Versorgungswerke nur dann von der gesetzlichen Rentenversicherung befreit sind, wenn es sich um ein auf Gesetz beruhendes Versorgungswerk mit Pflichtmitgliedschaft handelt und wenn die Versorgungswerke ihren Mitgliedern bestimmte Leistungen gewähren, darunter auch Hinterbliebenenrenten.

Die gesetzliche Ausformulierung dieser Bedingungen im Einzelnen obliegt den Landesgesetzgebern. Sie können deshalb anordnen, dass die Versorgungswerke nicht nur hinterbliebenen Ehegatten ihrer Mitglieder eine Hinterbliebenenrente zu gewähren haben, sondern auch hinterbliebenen Lebenspartnern. Das ist gerechtfertigt, weil die Hinterbliebenenrenten Unterhaltersatzfunktion haben und die Unterhaltspflichten von Ehegatten und Lebenspartnern völlig übereinstimmen.

Mittlerweile existiert in Deutschland ein Flickenteppich von Regelungen bei den Versorgungswerken, die Lebenspartner bei der Hinterbliebenenversorgung berücksichtigen und solchen, die dies noch verweigern (siehe die Übersicht unter <http://www.lsvd.de/194.0.html#c5139>). Deshalb ist es folgerichtig, dass der schleswig-holsteinische Gesetzgeber sicher stellt, dass die Lebenspartner der Mitglieder der Versorgungswerke Schleswig-Holsteins eine Hinterbliebenenrente erhalten.

Die gesetzliche Gleichstellung ist bereits in einigen Bundesländern vollzogen, z.B. in Hamburg, Bremen, Berlin und dem Saarland. In Rheinland-Pfalz wurde in einem ersten Schritt das Gesetz über das Versorgungswerk der Steuerberater angepasst. Weitere Länder bereiten entsprechende gesetzliche Änderungen vor.

Die Gleichstellung ist aufgrund des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) geboten. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies zwar durch Urteil vom 25.07.2007 (BVerwGE 129, 129, verneint. Dieses Urteil ist aber durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache Maruko vom 01.04.2008 überholt. Die Entscheidungen des EuGH sind für die nationalen Gesetzgeber, Behörden und Gerichte bindend. Zugleich ist damit vorgegeben, wie das AGG ausgelegt werden muss, durch das der deutsche Gesetzgeber die RL 2000/78/EG in deutsches Recht umgesetzt hat. Denn nach der feststehenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müssen die nationalen Gerichte das nationale Recht im Falle eines Widerspruchs zwischen dem nationalen Recht und einer Richtlinie so auslegen, dass Widersprüche zur Richtlinie möglichst vermieden werden (vgl. z.B. Rs. Pfeiffer, NJW 2004, 3547, Rn. 113, 114, m.w.Nachw.).

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Rn. 42 seines Urteils) findet die Richtlinie 2000/78/EG auf berufsständische Versorgungseinrichtungen keine Anwendung, weil diese ein mit dem staatlichen System der sozialen Sicherheit gleichgestelltes System seien. Diese sind von der Richtlinie ausgenommen (Art. 3 Abs. 3 und Begründungserwägung 13 RL 2000/78/EG). Das AGG enthält aber keine soweit gehende Ausnahmeregelung. Es gilt u.a. für „die Mitgliedschaft“ in „einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen“, für „den Sozialschutz einschließlich der sozialen Sicherheit“ und „für die sozialen Vergünstigungen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 AGG). Darunter fallen auch die berufsständischen Versorgungswerke und die Leistungen, die sie ihren Mitgliedern gewähren. Ausgenommen vom AGG sind lediglich die Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (§ 2 Abs. 2 AGG), also u.a. die gesetzlichen Renten, nicht dagegen die mit den staatlichen Systemen der sozialen Sicherheit gleichgestellten Systeme. Solche günstigeren nationalen Regelungen sind nach Art. 8 Abs. 1 RL 2000/78/EG erlaubt (vgl. Lembke, Mark, NJW 2008, 1631, 1633).

Ob dem Bundesgesetzgeber für die Einbeziehung der berufsständischen Versorgungswerke in das AGG die Gesetzgebungsbefugnis gefehlt hat (siehe die Bedenken des Bundesverwaltungsgerichts unter Rn. 35 seines Urteils), kann dahinstehen, weil der Verfassungsverstoß nicht evident ist. Ein Mangel im Gesetzgebungsverfahren führt mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nur dann zur Nichtigkeit des Geset-

zes, wenn er evident ist (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, siehe zuletzt NVwZ 2008, 665, 667 m.w. Nachw.). Es ist nicht evident, dass der Bund für die Einbeziehung der Versorgungswerke in das AGG nicht zuständig war. Es kommt nämlich die Zuständigkeit des Bundes für die Sozialversicherung in Betracht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), weil die Versorgungswerke ein mit der gesetzlichen Sozialversicherung gleichgestelltes System sind. Die Einordnung der Versorgungswerke in den Bereich „Sozialversicherung“ ist zwar nicht unstrittig (siehe Roetteken, Torssten v., NVwZ 2008, 615, 616 m.w.Nachw.), aber jedenfalls nicht evident unrichtig.

Auch der Hinweis in § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG, dass für die betriebliche Altersvorsorge das Betriebsrentengesetz gelte, macht das AGG nicht unanwendbar. Das AGG gilt trotz dieser Verweisung auch für die betriebliche Altersvorsorge, soweit das Betriebsrentenrecht nicht vorrangige Sonderregelungen enthält (BAG, NZA 2008, 532, Rn 22 ff.).

Ob die Hinterbliebenenrente, die die Versorgungswerke hinterbliebenen Ehegatten ihrer Mitglieder gewähren, unter den Begriff „Arbeitsentgelt“ i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG fällt (siehe Rn 38 des Urteils des BVerwG), kann ebenfalls dahinstehen. Sie ist jedenfalls eine „Leistung“ i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG, bei der eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität verboten ist.

Wenn Lebenspartner bei solchen Leistungen im Vergleich zu Ehegatten benachteiligt werden, stellt das nach dem Urteil Maruko eine unmittelbare Benachteiligung der Lebenspartner wegen ihrer sexuellen Ausrichtung dar, wenn sich Ehegatten und Lebenspartner hinsichtlich der streitigen Leistungen in einer vergleichbaren Situation befinden. Wie schon erwähnt, haben die Hinterbliebenenrenten Unterhaltersatzfunktion und die Unterhaltsverpflichtungen von Ehegatten und Lebenspartnern stimmen völlig überein. Lebenspartner und Ehegatten befinden sich deshalb insoweit in einer vergleichbaren Situation.

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine Benachteiligung von Lebenspartnern wegen ihrer sexuellen Identität nur zulässig, „wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“. Es liegt auf der Hand, dass danach eine Rechtfertigung der Benachteiligung von Lebenspartnern nicht möglich ist. § 7 Abs. 2 AGG ordnet an, dass Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam sind. Dies gilt auch für die diskriminierenden Satzungen der Versorgungswerke. Das folgt im Übrigen auch aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der in § 134 BGB seinen Ausdruck gefunden hat. Da die Satzungen durch die Beschränkung der Hinterbliebenenrenten auf hinterbliebene Ehegatten gegen das im AGG statuierte gesetzliche Verbot der Benachteiligung wegen der sexuellen Identität verstoßen, sind sie insoweit nichtig.

Außerdem sind die Versorgungswerke aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) verpflichtet, den hinterbliebenen Lebenspartnern ihrer Mitglieder dieselbe Hinterbliebenenrente zu gewähren wie den hinterbliebenen Ehegatten.

Der Sechste Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat zwar durch das oben erwähnte Urteil vom 25.07.2007 die Revision eines hinterbliebenen Lebenspartners gegen die Versagung der Hinterbliebenenrente durch die Bezirksärztekammer Koblenz als unbegründet zurückgewiesen. Gleichzeitig ist er aber von der Linie der bisherigen Rechtsprechung abgerückt. Der Zweite Senat des Bundesverwaltungsgericht und der Bundesgerichtshof hatten bisher die Auffassung vertreten, dass der durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete besondere Schutz von Ehe und Familie den An-

spruch von Lebenspartnern auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG völlig verdrängt. Das BVerwG hat nunmehr entschieden, die Satzungsversammlungen der berufsständischen Versorgungswerke dürften sich „bei typisierender Betrachtung“ an der unterschiedlichen Versorgungssituation von Ehen und Lebenspartnerschaften orientieren. Sie blieben aber gehalten, nach angemessener Zeit zu prüfen, ob sich die Versorgungssituation überlebender Ehepartner und diejenige überlebender Lebenspartner in der Lebenswirklichkeit annähert und ob sich daher eine Anpassungsnotwendigkeit ergibt.

Wie das geschehen soll, ist völlig offen. Die Versorgungswerke wissen nicht, ob und wie viele ihrer Mitglieder verheiratet oder verpartnert sind. Das erfahren sie erst im Versorgungsfall. Es gibt auch keine Statistiken darüber, wie viel Prozent der verheirateten und verpartnerten Ärzte und der anderen Berufsgruppen jeweils „Alleinverdiener“ sind. Es ist noch nicht einmal bekannt, wie viele Bürger in einer Lebenspartnerschaft leben, weil die Ausführungsgesetze der Länder zum Lebenspartnerschaftsgesetz melderechtlich unzureichend mit einander verknüpft sind bzw. waren.

Offenbar wollte der Sechste Senat den Zweiten Senat des Bundesverwaltungsgerichts nicht offen brüskieren und hat sich deshalb nur zu dieser gewundenen Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung durchringen können. Damit zwingt er die Betroffenen zu endlosen neuen Klagen.

Zwischenzeitlich ist gegen diese Rechtsprechung auch eine Klage beim BVerfG anhängig. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsorgane und Verbände bereits zur Stellungnahme aufgefordert. Das lässt darauf schließen, dass er die Verfassungsbeschwerde nicht als aussichtslos ansieht.

Im Sinne der Rechtssicherheit für die Versorgungswerke, wie auch für die Betroffenen erscheint es sachgemäß, diese unklare Rechtssituation zu bereinigen und in den einschlägigen Gesetzen klarzustellen, dass unter den Begriff „Hinterbliebene“ auch hinterbliebene Lebenspartner fallen. Das ist in Berlin, Bremen, Hamburg und dem Saarland bereits geschehen.

## **2.2. Vorschlag**

Wir schlagen deshalb vor, in den Entwurf des Beamtenrechtsneuregelungsgesetzes folgenden neuen Art. 20a aufzunehmen:

### **Art. 20a:**

#### **Änderung der Kammergesetze**

##### **§ 1**

#### **Änderung des Heilberufekammergesetzes**

In § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Kammern und die Berufsgerichtsbarkeit für die Heilberufe vom 29. Februar 1996 (GVOBl. Schl.-H. S. 248), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Dezember 2007 (GVOBl. Schl.-H. S. 487), wird nach Satz 1 folgender neue Satz 2 eingefügt:

„Als Hinterbliebene gelten auch hinterbliebene Lebenspartner von Mitgliedern.“

##### **§ 2**

#### **Änderung des Architekten- und Ingenieurkammergesetzes**

In § 32 Absatz 3 des Gesetzes über die Führung der Berufsbezeichnungen Architektin oder Architekt, Stadtplanerin oder Stadtplaner und Beratende Ingenieurin oder Beratender Ingenieur sowie über die Errichtung einer Architekten- und Ingenieur-

kammer in der Fassung vom 9. August 2001 (GVOBl. Schl.-H. S. 116), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2007 (GVOBl. Schl.-H. S. 364) wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Soweit Leistungen vom Bestehen oder früheren Bestehen einer Ehe abhängig gemacht werden, sind sie auch bei Bestehen einer Lebenspartnerschaft oder dem früheren Bestehen einer Lebenspartnerschaft zu gewähren.“

### § 3

#### **Änderung des Rechtsanwaltsversorgungsgesetzes**

§ 2 Absatz 2 des Gesetzes über die Rechtsanwaltsversorgung in Schleswig-Holstein vom 3. September 1984 (GVOBl. Schl.-H. S. 159), zuletzt geändert durch Artikel 83 der Verordnung vom 12. Oktober 2005 (GVOBl. Schl.-H. S. 487), wird wie folgt geändert:

1. Nach Satz 1 wird folgender neuer Satz 2 eingefügt:

„Soweit Leistungen vom Bestehen oder früheren Bestehen einer Ehe abhängig gemacht werden, sind sie auch bei Bestehen einer Lebenspartnerschaft oder dem früheren Bestehen einer Lebenspartnerschaft zu gewähren.“

2. Der bisherige Satz 2 wird Satz 3.

### § 4

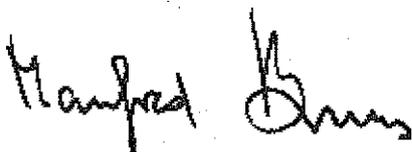
#### **Änderung des Gesetzes über die Versorgung der Steuerberaterinnen und Steuerberater**

§ 10 Absatz 1 des Gesetzes über die Versorgung der Steuerberaterinnen und Steuerberater vom 18. November 1998 (GVOBl. Schl.-H. S. 339), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Dezember 2006 (GVOBl. Schl.-H. S. 277), wird wie folgt geändert:

1. In Nr.6 werden hinter das Wort „Ehegatten“ die Wörter „oder Lebenspartner“ und hinter das Wort „Wiederverheiratung“ die Wörter „oder Begründung einer Lebenspartnerschaft“ eingefügt.

2. Nach Satz 1 wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Als Hinterbliebene gelten auch hinterbliebene Lebenspartner von Mitgliedern.“



(Manfred Bruns)